

ΤΕΧΝΟΛΟΓΙΚΟ ΕΚΠΑΙΔΕΥΤΙΚΟ ΙΔΡΥΜΑ ΠΑΤΡΩΝ

ΤΜΗΜΑ ΔΙΟΙΚΗΣΗΣ ΕΠΙΧΕΙΡΗΣΕΩΝ

ΠΤΥΧΙΑΚΗ ΕΡΓΑΣΙΑ

ΔΙΟΝΥΣΙΑ ΛΕΟΛΗ

Α.Μ 3042

ΓΡΑΠΤΟΙ & ΑΓΡΑΦΟΙ ΚΑΝΟΝΕΣ ΔΙΚΑΙΟΥ

ΚΑΤΑΓΡΑΦΗ & ΜΕΛΕΤΗ ΤΩΝ ΕΘΙΜΙΚΩΝ ΚΑΝΟΝΩΝ ΜΕΣΑ ΑΠΟ
ΤΗΝ ΝΟΜΟΛΟΓΙΑ ΤΩΝ ΕΛΛΗΝΙΚΩΝ ΔΙΚΑΣΤΗΡΙΩΝ



ΕΠΟΠΤΕΥΩΝ ΚΑΘΗΓΗΤΗΣ: Κ. ΑΝΤΩΝΙΟΣ ΜΑΝΙΑΤΗΣ

ΕΠΙΣΤΗΜΟΝΙΚΟΣ ΣΥΝΕΡΓΑΤΗΣ & ΕΠΙΚΟΥΡΟΣ ΚΑΘΗΓΗΤΗΣ

ΠΑΤΡΑ, 2011.

Περιεχόμενα

Εισαγωγή.....	3
Κεφάλαιο 1	7
Η εισαγωγή του εθίμου στο ελληνικό δίκαιο από τον Maurer	7
Περιεχόμενο και βιωσιμότητα των εθίμων αστικού δικαίου στο νομικό καθεστώς που εισήγαγε ο Maurer	8
Κεφάλαιο 2	13
Έθιμο	13
I. Το έθιμο ως πολιτειακό δίκαιο	13
II. Το έθιμο δυνατή πηγή	14
III. Θεμελίωση εθίμου (από πού έλκει ισχύ το έθιμο)	15
IV. Σχέση νόμου και εθίμου	17
Κεφάλαιο 3	19
Το δίκαιο και η ισχύς του	19
I. Έννοια της ισχύος	19
II. Ο σκοπός στον πρωταρχικό κανόνα	20
III. Κατάταξη των πηγών τρίτης βαθμίδας	21
Κεφάλαιο 4	23
Νόμος και έθιμο κατά τον αστικό κώδικα	23
I. Ιστορική σημασία του εθίμου ιδίως προ της εισαγωγής ΑΚ	23
II. Το άρθρο 1 του Αστικού Κώδικα και οι λογικές του σχέσεις	23
III. Το έθιμο ως πηγή δικαίου στο αστικό δίκαιο	24
IV. Το έθιμο στην αστική συναλλαγή	26
V. Τα τελικά πρακτικά συμπεράσματα	28
Σχέση εθίμου προς κανόνα αναγκαστικού δικαίου	31
Κεφάλαιο 5	37
Οικογενειακό έθιμο και κοινωνική πραγματικότητα	37
I. Η προίκα ως έθιμο και η αντιμετώπιση της ως νομικό πρόβλημα από τα ελληνικά δικαστήρια	40
II. Εκκλησιαστικές επιδράσεις στην νομοθεσία μέσω των ηθών και του εθίμου	43
III. Η λειτουργία των αόριστων εννοιών και ο ρόλος των ηθών.	44
IV. Κληρονομικό δίκαιο και έθιμο	46
Κεφάλαιο 6	51
Το έθιμο στην εμπορική συναλλαγή	51
I. Γενικές προϋποθέσεις	51
II. Τρόποι γέννησης του εμπορικού εθίμου	52
Ιστορία και πηγές του Ελληνικού εμπορικού δικαίου	54

I. Αγγραφες πηγές του εμπορικού δικαίου.....	54
II. Εμπορικές συνήθειες	55
III. Σύλλογή των εμπορικών εθίμων και συνηθειών.....	55
IV. Οι πηγές του ελληνικού ναυτικού δικαίου	56
V. Σύγκριση αστικού- εμπορικού εθίμου.....	57
VI. Συναλλακτικά ήθη ή συνήθειες και έθιμο	58
Το διεθνές έθιμο.....	63
Κεφάλαιο 7	71
Ποινικό δίκαιο «Κανένα έγκλημα, ούτε ποινή χωρίς νόμο».....	71
Συμπεράσματα	78
I. Σημασία εθίμου στις σύγχρονες κοινωνίες	78
II. Ρόλος του εθίμου σήμερα	78
III. Σχέση γραπτού κανόνα δικαίου- εθίμου: ιεράρχησή τους	79
Βιβλιογραφία	83

Εισαγωγή

Από τις απαρχές της δημιουργίας των πρώτων κοινωνικών μορφωμάτων κατέστη ζητούμενο η εύρυθμη και αρμονική συμβίωση μέσα σε πλαίσια προόδου και βελτίωσης της ποιότητας ζωής των ανθρώπων. Άλλωστε ο άνθρωπος είναι από τη φύση του κοινωνικό ον. Η συνύπαρξη με άλλους ανθρώπους είναι σαν μια φυσική αναγκαιότητα. Συνεπώς η συνύπαρξη αυτή από την απλοϊκή της μορφή, από την συμβίωση δηλαδή δύο ανθρώπων, έως την πιο σύνθετη, όπως αυτή που επικρατεί σήμερα στα κράτη, επιβάλλει την τήρηση ορισμένων κατ' αρχήν άγραφων κανόνων συμπεριφοράς, την επικράτηση αισθήματος δικαίου, δημιουργώντας τελικώς μια πεποίθηση δικαίου.

Η διαμόρφωση όλων αυτών των συμπεριφορών είναι άρτια συνδεδεμένη με τις κοινωνικοπολιτικές μεταβολές, με τις επιδράσεις τόσο από το φυσικό περιβάλλον όσο και από τις πολιτισμικές «συναντήσεις» μέσα από το εμπόριο και τις συναλλαγές. Όλες αυτές οι πρακτικές μέσα από το πέρασμα των χρόνων δημιούργησαν αρχικά το έθιμο, άγραφοι κανόνες συμπεριφοράς, παράγοντας δεσμευτικότητα, με προαπαιτούμενο την εξασφάλιση της τήρησής τους με καταναγκαστικές κυρώσεις εκ μέρους της κρατικής εξουσία.

Οι κανόνες δικαίου είναι αποκλειστικά νόμοι είτε υπό την μορφή γραπτών είτε άγραφων κανόνων δικαίου. Το γραπτό δίκαιο, είναι το δίκαιο που θεσπίζεται με γραπτούς κανόνες δικαίου. Άγραφοι κανόνες δικαίου είναι βασικά τα έθιμα. Για να σχηματιστεί και να υπάρξει έθιμο, γενικά, πρέπει να συντρέχουν δύο βασικά στοιχεία. Ένα αντικειμενικό και ένα «υποκειμενικό»: α) συνήθεια, δηλαδή επανειλημμένη μακρά, ομοιόμορφη και αδιάκοπη πρακτική άσκηση ορισμένης συμπεριφοράς και β) πεποίθηση ότι έτσι, με την πρακτική αυτή, εφαρμόζεται κανόνας δικαίου, ότι δηλαδή η συγκεκριμένη συμπεριφορά πραγματοποιείται σαν υποχρεωτική, «κατά νομική ανάγκη».

Ως προς το δεύτερο αυτό στοιχείο, δηλαδή την «πεποίθηση δικαίου», διαφέρουν τα έθιμα— που είναι κανόνες δικαίου— από τους κανόνες εθιμοτυπίας και γενικά τα κοινωνικά ήθη (συναλλακτικά και άλλα) που δεν τηρούνται με «πεποίθηση» συμμόρφωσης προς δικαιική επιταγή. Διαφέρουν όμως και ως προς κάτι πιο ουσιαστικό: για να ολοκληρωθεί ο δικαιικός χαρακτήρας και η ισχύς ενός εθίμου προαπαιτείται η εξασφάλιση της τήρησής τους με καταναγκαστικές

κυρώσεις εκ μέρους της κρατικής εξουσίας, πράγμα που δεν συμβαίνει με τους κανόνες εθιμοτυπίας. Και ακριβώς επειδή οι γραπτοί κανόνες δικαίου που θέτει απευθείας η κρατική εξουσία εκφράζουν την άμεση, ρητή και ανεπίδεκτη αμφισβητήσεων θέλησή της, είναι επόμενα να κατισχύουν των άγραφων (εθιμικών) κανόνων δικαίου. Επομένως ένας άγραφος κανόνας δικαίου δεν μπορεί να καταργήσει γραπτό κανόνα δικαίου, δηλαδή το έθιμο δεν μπορεί να καταργήσει το νόμο, ενώ πάντοτε συμβαίνει το αντίθετο.¹

Εθιμικοί κανόνες μπορούν να διαμορφωθούν και να ισχύσουν μόνο εφόσον η κρατική εξουσία επιτρέπει ή έστω ανέχεται το σχηματισμό και την ισχύ τους. Άρα το έθιμο αντλεί, σε τελική ανάλυση, το δικαίωκό του χαρακτήρα και την ισχύ του από την κρατική εξουσία.

Στην κοινωνία της εποχής μας, ύστερα από την οικονομική ανάπτυξη που άρχισε ιδίως πριν από δύο αιώνες με τη βιομηχανική επανάσταση και σηματοδεύτηκε από τις κατακτήσεις του τεχνολογικού πολιτισμού κατά τον εικοστό κυρίως αιώνα, το έθιμο έχει, αντικειμενικά, πολύ μικρό πεδίο εφαρμογής, τα περιθώρια του οποίου ολοένα ελαττώνονται.

Ελάχιστος χώρος βιοτικών σχέσεων παραμένει ακάλυπτος από το γραπτό δίκαιο, το δε έθιμο δεν προλαβαίνει καν να σχηματιστεί. Οι βιοτικές σχέσεις, στην κοινωνία της εποχής μας, έχουν καταστεί πολύπλοκες και τεταμένες, έχουν ανάγκη από σαφή και ακριβή, λεπτομερειακή και επείγουσα ρύθμιση, πολλές φορές και ριζοσπαστική, σε σχέση με την προϊσχύουσα.

Οι εθιμικοί κανόνες είναι απρόσφοροι διότι πάσχουν από ελαττώματα: α) την αβεβαιότητα, τόσο για το αν υπάρχουν, όσο και για το ποιο ακριβώς είναι το περιεχόμενό τους, β) τον αργό ρυθμό του σχηματισμού και της μεταβολής τους, γ) τον συντηρητικό χαρακτήρα τους, δεδομένου ότι υποβοηθούν αντικειμενικά την αναπαραγωγή και την επιβίωση ιστορικά παρωχημένων κοινωνικών σχέσεων, καλλιεργώντας την προσήλωσή τους στα «παραδεδομένα».

Στα μοναρχικά πολιτεύματα του παρελθόντος το εθιμογενές δίκαιο μπορούσε να προσλάβει βαθμιαία προοδευτικό χαρακτήρα, στο βαθμό που είχε τη δυνατότητα να προσαρμόζεται στις νέες συνθήκες ευκολότερα από τι επίσημο-γραφτό- δίκαιο της εποχής εκείνης.² Αντικειμενικά λοιπόν, είναι μειωμένες τόσο η

¹A. Μάνεση: Συνταγματικό δίκαιο τ.Ι 1980 σελ.111

²A.Μάνεση: Συνταγματικό δίκαιο, τ.Ι, 1980, σελ112

δυνατότητα όσο και η χρησιμότητα δημιουργίας άγραφων (εθιμικών) κανόνων δικαίου. Το έθιμο διαδραματίζει στα σύγχρονα κράτη ρόλο εντελώς δευτερεύοντα και υποβοηθητικό, κατά το μέτρο ιδίως που είτε επιβιώνει σαν τοπικό έθιμο ή λειτουργεί σαν επαγγελματικό έθιμο, μέσα σε στενό κύκλο προσώπων που ασκούν ορισμένο επάγγελμα (π.χ. εμπόρων). Συμπληρώνει απλώς ως ένα σημείο τα «κενά» συγκεκριμένης έννομης τάξης, χωρίς να μπορεί να καταργήσει τους γραπτούς κανόνες της.

Κεφάλαιο 1

Η εισαγωγή του εθίμου στο ελληνικό δίκαιο από τον Maurer

Η κωδικοποίηση του ελληνικού δικαίου με βάση τα γερμανικό δίκαιο ξεκίνησε συστηματικά με την έλευση του Maurer ως συμβούλου του βασιλιά Όθωνα του Α'. Ο Maurer, ο οπαδός της επικρατούσας τότε στη Γερμανία ιστορικής σχολής του δικαίου, δεν μπορούσε να υποτιμήσει το άγραφο δίκαιο. διέταξε πράγματι τη συλλογή των κατά τόπους ελληνικών εθίμων. Υποστήριξε όμως ότι το άγραφο αυτό δίκαιο έχει την πηγή του εν μέρει στο ρωμαϊκό και το κανονικό δίκαιο, κυρίως όμως στα όμοια σχεδόν μεταξύ τους αρχαία ελληνικά και παλαιά γερμανικά έθιμα και συνήθειες.³

Έτσι, απέβλεπε κατά τον Πανταζόπουλο, πάλι στη μέσω του ρωμαϊκού δικαίου τεχνητή συνείδηση του ελληνικού προς το γερμανικό δίκαιο και την αποκοπή τόσο της οργανικής ανασύνδεσης του ελληνικού προς τις δικές του πηγές όσο και της επίδρασης του γαλλικού δικαίου.⁴ Η νομοθετική πράξη που έλυσε τελικά το ζήτημα του ισχύοντος αστικού δικαίου εκδόθηκε μετά την αποχώρηση του Maurer από την Ελλάδα. Ήταν το διάταγμα της 23.2.1835, που, όπως είναι γνωστό, όρισε ως την σύνταξη του αστικού κώδικα, την παράλληλη ισχύ των νόμων των βυζαντινών αυτοκρατόρων, που περιέχονται στην Εξάβιβλο του Αρμενόπουλου, και των εθίμων (που μάλιστα προβλέφθηκε ότι θα υπερισχύσουν όπου επικράτησαν).⁵

Το έργο της αποκοπής του δικαίου από τα λαϊκά έθιμα δεν μπορούσε φυσικά να συντελεστεί από τον ίδιο τον εντομεταξύ απομακρυσθέντα Maurer. Με αυτόν τον τρόπο, συνεχίζοντας τη γραμμή που είχε προπαρασκευάσει ο Maurer, οι Έλληνες ρωμαϊστές υποδούλωσαν, κατά Πανταζόπουλο, το ελληνικό άγραφο λαϊκό δίκαιο στο νόμο, δηλ. κατά μεγάλο μέρος σε ξένο δίκαιο. και η πορεία αυτή συνεχίστηκε στον 20ό αι. έως και την εισαγωγή στις 23.2.1946 του Ελληνικού Αστικού Κώδικα, που, κατά τον Πανταζόπουλο, πάντοτε, δεν μπόρεσε να βρει τη σύνδεσή του με το παραγκωνισμένο λαϊκό δίκαιο. η ιστορική συνέχεια και ενότητα του ελληνικού δικαίου και η λειτουργική του ένταξη μεταξύ των

³ Βλ. Πανταζόπουλο: Georg Ludwig von Maurer, Η προς ευρωπαϊκά πρότυπα ολοκληρωτική στροφή της νεοελληνικικής νομοθεσίας, Θεσς. 1968, σελ.277επ.

⁴ Πανταζόπουλος: Το δια της επαναστάσεως του 1821 θεσπισθέν δίκαιον, σελ.15επ.

⁵ Κ.Αρμενόπουλος: Εξάβιβλος Αθήνα 1835

άλλων πολιτιστικών μας στοιχείων είχαν χαθεί οριστικά. Η αποφυγή εισαγωγής ξένου κώδικα μάλλον διευκόλυνε παρά εμπόδιζε τη διάσωση εθίμων.

Περιεχόμενο και βιωσιμότητα των εθίμων αστικού δικαίου στο νομικό καθεστώς που εισήγαγε ο Maurer

1. Οι συλλογές εθίμων και πρώτες διαπιστώσεις από τη μελέτη των γνωστών συλλογών εθίμων (που είχαν αρχίσει να καταρτίζονται με πρωτοβουλίες πρώτον της κυβέρνησης Καποδίστρια- που δεν υλοποιήθηκε- και αργότερα, όπως είπαμε, του Maurer, ενώ κάποιες προσπάθειες έγιναν και αργότερα) διαπιστώνουμε τα ακόλουθα:

α) τα έθιμα που περιέχονται στις συλλογές αυτές καλύπτουν ένα μικρό μέρος των σχέσεων ιδιωτικού δικαίου που ασφαλώς δεν μπορεί να αποτελέσει βάση για ένα πλήρες σύστημα αστικού δικαίου. Προφανώς για πάρα πολλά θέματα, ακόμη και για ολόκληρα τμήματα του δικαίου, δεν αναπτύχθηκαν έθιμα.⁶

β) πολλά έθιμα δεν εμφάνιζαν σταθερότητα και δημιουργούσαν αβεβαιότητα και αμφιβολίες ως προς την ακρίβειά τους ή τουλάχιστον ως προς την ομοιόμορφη εφαρμογή τους. Ο Maurer αναφέρει ότι στην Τήνο οι κάτοικοι, θέλοντας να απαντήσουν στο ερωτηματολόγιο του Υπουργείου Δικαιοσύνης για τα έθιμά τους «χωρίστηκαν σε δύο παρατάξεις, ανάλογα με τα συμφέροντά τους και η καθεμιά κατέγραψε διαφορετικά έθιμα ως προς την απονομή της δικαιοσύνης. Χαρακτηριστικό είναι ότι στο προοίμιο της γραπτής διατύπωσης (1797) των εθίμων της Σαντορίνης (μιας από τις λίγες περιπτώσεις καταγραφής εθίμων) οι προεστοί του νησιού αναφέρουν ότι αποφάσισαν να καταγράψουν τα έθιμά τους γιατί λόγω του άγραφου εμφανίζονταν συχνά μεταξύ των κατοίκων πολλές «λογοτριβές, φιλονικίες και αλληλομαχίες».⁷

γ) σε αρκετές περιπτώσεις παρουσιάζονται ως έθιμα, συνήθειες, για τις οποίες μπορεί εύλογα να αμφισβητήσει κανείς την ύπαρξη της συνείδησης του

⁶ Η Αυδή – Καλκάνη: εισαγ. στην ελλην.εκδ. (σε μετάφραση της ίδιας) του Geib, «Παρουσίαση της κατάστασης του δικαίου στην Ελλάδα στη διάρκεια της Τουρκοκρατίας και ως τον ερχομό του βασιλιά Όθωνα του Α'», 1835, σελ.38επ.

⁷ Οι πρώτες δημοσιευμένες συλλογές των ελληνικών εθίμων, που εμφανίστηκαν το (1935) στη Χαιδελβέργη είναι του Maurer, στο έργο του «Das Griechische Volk» («Ο Ελληνικός λαός»), σελ.244

λαού ότι πρόκειται για δεσμευτικό κανόνα, για κανόνα δικαίου (δηλ. κανόνα εφοδιασμένο με την *opinion juris*). Η συνείδηση αυτή π.χ. πρέπει να λείπει, όταν μνημονεύονται τα αυστηρά ήθη στην Πελοπόννησο πριν από την Επανάσταση, κατά τα οποία «ο αρραβωνιαστικός δεν επιτρεπόταν ούτε να πατήσει στο σπίτι της μνηστής του αλλά ούτε και να την δει πουθενά αλλού». Η όταν αναφέρεται η νησιώτικη συνήθεια, ένας ευυπόληπτος πολίτης να μη δίνει ποτέ απόδειξη για χρήματα που δανείστηκε, αλλά απλώς να σημειώνει το δάνειο στα βιβλία του. Ο Maurer μάλιστα υποστηρίζει, γενικεύοντας, ότι όσα δικαστήρια είχαν έως τότε λειτουργήσει δεν σεβάστηκαν το εθιμικό δίκαιο, άρα δεν αισθάνονταν δεσμευμένα από αυτό. Γενικότερα, μπορεί να λεχθεί ότι πολλά «έθιμα», ίσως τα πιο ενδιαφέροντα και τα πιο γνήσια λαϊκά, δεν εννοούνταν ως «δεσμευτικοί» κανόνες δικαίου, αλλά ως παραδοσιακά ήθη, πολλά από τα οποία διατηρούνται και σήμερα ζωντανά, ιδίως σε χωριά και νησιά.

δ) τέλος, και κυρίως, τα πλείστα έθιμα είχαν τοπικό χαρακτήρα και διέφεραν από επαρχία σε επαρχία και από νησί σε νησί. Η Ελλάδα, για πρώτη φορά ενιαίο κράτος, είχε ανάγκη όμως από ενότητα δικαίου και όχι από δικαική πολυμορφία, που θα εξέτρεφε ακόμα περισσότερο το τοπικιστικό πνεύμα. Την εποχή εκείνη υπήρχε άκρατος τοπικισμός και μεγάλες διαφορές ηθών και συνηθειών κατά τόπους και δύσκολα μπορεί να βρει κανείς γενικώς ισχύοντα έθιμα.⁸

2. Ενδεικτικό περιεχόμενο εθίμων που διασώθηκαν ως κανόνες δικαίου

Μετά τις διαπιστώσεις αυτές, η οριστική αξιολόγηση των εθίμων απαιτεί την εξέταση του ίδιου του περιεχομένου τους, για το οποίο και εκείνοι που ασκούν κριτική σχετικά με τον παραγκωνισμό τους ελάχιστα μιλούν. Ίσως οι δημοσιευμένες συλλογές αυτών των εθίμων να μην έχουν πληρότητα ως προς το σύνολο των εθίμων που έχουν αναπτυχθεί ούτε απόλυτη αξιοπιστία. Παρά ταύτα είναι σε θέση να δώσουν μια γενική εικόνα του πνεύματος και των αντιλήψεων που ενυπάρχουν στα έθιμα και να δικαιολογήσουν ορισμένα συμπεράσματα. Από μια τέτοια λοιπόν κατά το περιεχόμενο μελέτη των εθίμων προκύπτει ότι ένα μέρος των εθιμικών ρυθμίσεων διασώθηκε –αργά ή

⁸ Βλ. σχετικά Γ.Μιχαλίδη –Νουάρο: Λαϊκόν και επίσημον δίκαιον εις την νομικήν ζωήν, ΤιμΤΚ. Τριανταφυλλόπουλου, Αθήνα 1959, σελ.178επ.

γρήγορα- με τη μορφή, επομένως και με τη μεγαλύτερη σιγουριά, κανόνων γραπτού δικαίου.

α) η εθιμική αναγνώριση γενικών ρητρών που περιέχουν κανόνες επιείκειας και που έδιναν στους δικαστές ή τους επιλεγόμενους από τους διαδίκους διαιτητές ικανά περιθώρια διακριτικής ευχέρειας και απόκλισης από αυστηρούς κανόνες, διατηρήθηκε. Στους νεότερους χρόνους, χαρακτηριστικό των ελληνικών εθίμων είναι η χρησιμοποίηση κριτηρίων, όπως της επιείκειας, της καλής πίστης (που εφαρμοζόταν κυρίως στα νησιά), της εύλογης κρίσης, του ορθού λόγου κλπ.⁹

β) εθιμικοί κανόνες που ανταποκρίνονταν σε πραγματικές κοινωνικές ανάγκες ή σε αντιλήψεις της νεότερης εποχής ασκούσαν για αυτούς τους λόγους μια σταθερή και ουσιαστική (λαϊκή) επιρροή προς την οποιαδήποτε εξουσία, έτσι ώστε η τελική επιβολή τους υπό τη μορφή είτε του άγραφου ή του γραπτού δικαίου να αποτελεί μια αναγκαιότητα. Το ελληνικό έθιμο που δεχόταν την παύση της πατρικής εξουσίας κατά βάση με την ενηλικίωση ή το γάμο των τέκνων επικράτησε τελικά και στο γραπτό δίκαιο πολύ πριν από τον ΑΚ (ω. ΧΠΘ/ 1861) αλλά ακόμη περισσότερο υπό τον ΑΚ.¹⁰

γ) έθιμα που, ανεξάρτητα από το αν ανταποκρίνονται σε σύγχρονες κοινωνικές ανάγκες, απέδιδαν βαθιά ριζωμένες στο λαό αντιλήψεις, επίσης πέρασαν αναπόφευκτα στο νεότερο γραπτό δίκαιο. η δύναμη της λαϊκής επιρροής και εδώ τα επέβλε, είτε συμφωνούσαν είτε όχι με το ρωμαϊκό δίκαιο.

3. Ενδεικτικό περιεχόμενο εθίμων που εξαφανίστηκαν

Ένα μεγάλο μέρος των εθίμων δεν επιβίωσε αλλά υπήρχαν σοβαροί λόγοι που δικαιολογούσαν πλήρως, νομίζω, τη μη διάσωσή τους.

α) αναπόφευκτος ήταν ο παραμερισμός των εθίμων, τα οποία είχαν διαμορφωθεί σε μικρές κοινωνίες με απλές και στοιχειώδεις, σε ορισμένους τομείς και υποτυπώδεις οικονομικές και κοινωνικές σχέσεις. Τέτοια έθιμα ξεπερνιούνται με μόνη την οικονομική ανάπτυξη και πρόοδο της κοινωνίας και κατά συνέπεια ένας προοδευτικός νομοθέτης δεν μπορεί να τα λάβει υπόψη του. Το πιο χαρακτηριστικό παράδειγμα πρωτόγονου εθίμου που αναφέρει ο

⁹ Βλ. σχετικά Γ.Μιχαλίδη –Νουάρο: Λαϊκόν και επίσημον δίκαιον εις την νομικήν ζώνην, ΤιμηΤΚ. Τριανταφυλλόπουλου, Αθήνα 1959, σελ.178επ. (με αναφορά στο εθιμικό και στο βυζαντινό δίκαιο)

¹⁰ Κρασσά: Οικογ. Δ., 4^η έκδ. 1910, σελ.417 επ.

Geib, είναι το «κουτσούνιασμα», που ο Geib το παραβάλλει με τον «σκοπελισμό» του αρχαίου αττικού δικαίου και μάλιστα του προσολώνειου.

β) πολλές περιπτώσεις εθίμων δεν αντέχουν στο χρόνο, κυρίως γιατί η εξέλιξη των ηθών και των εν γένει κοινωνικών αντιλήψεων αφήνει τέτοια έθιμα στο περιθώριο ως αναχρονιστικά. Ένας νομοθέτης που σχεδιάζει- όπως πρέπει- και για το μέλλον θα είχε το ίδιο καθήκον. Εδώ ανήκει νομίζω η πλειοψηφία των εθίμων της εποχής.

γ) τέλος, σε αντίθεση με το γενικό αφορισμό του Πανταζόπουλου, υπήρχαν και τοπικά έθιμα, λίγα βέβαια, που δεν ανταποκρίνονταν σε ελληνικές αντιλήψεις, αλλά ήταν ξένης προέλευσης. Π.χ. το δυτικής προέλευσης έθιμο της κοινοκτημοσύνης επικράτησε όπου υπήρχε πλειοψηφία καθολικού πληθυσμού (Σύρος), ενώ γενικά στην Ελλάδα οι περιουσιακές σχέσεις των συζύγων διέποντο και διέπονται κατά βάση από την αρχή της περιουσιακής αυτοτελείας τους. Ο εκτοπισμός τέτοιων εθίμων από το γραπτό δίκαιο ανταποκρίνεται περισσότερο στις γενικά κρατούσες κοινωνικές αντιλήψεις.

4. Συμπεράσματα

1) τα έθιμα κατά κανόνα ήταν αναχρονιστικότερα από το γραπτό δίκαιο και ανταποκρίνονταν συνήθως σε απλές κοινωνικές σχέσεις. Το γραπτό δίκαιο είναι που κατά κανόνα μπορεί να συλλάβει πιο σύνθετες σχέσεις και να τις ρυθμίσει με τις αναγκαίες διαφοροποιήσεις και με μεγαλύτερη ακρίβεια και ασφάλεια δικαίου. Εδώ επιβεβαιώνεται και η παλιά αλήθεια, ότι οι μεγάλε προοδευτικές μεταρρυθμίσεις γίνονται συνήθως με νόμους. Προοδευτικότερο του γραπτού δικαίου βρήκαμε μόνο το έθιμο για τη γονική μέριμνα, περιορισμένης πάντως και αυτό τοπικής ισχύος, που βέβαια σήμερα, με πληρέστερη φυσικά εξασφάλιση της ισότητας των φύλων, είναι ισχύον δίκαιο στην Ελλάδα.¹¹

2) στα έθιμα συναντάμε συχνότερα προκαταλήψεις και λιγότερο συχνά τη λογική του γραπτού δικαίου. Το τελευταίο βέβαια υποχωρεί πολύ συχνά σε σκοπιμότητες ανάλογα με την ποιότητα και τη δημοκρατικότητα του νομοθέτη. Στα έθιμα υπάρχει επίσης όχι σπάνια ο παράγοντας της σκοπιμότητας ή της επιβολής «άνωθεν» ή «έξωθεν». Αλλά συνήθως τα έθιμα έχουν πράγματι το

¹¹ Μ. Σταθόπουλου: Τα έθιμα, ο Maufer και η νομοθετική στον τομέα του αστ. δικαίου τον 19^ο αιώνα, ανατ. από περ. Αρμενόπουλος ετος 46^ο σελ. 465επ.

στοιχείο του αυθορμητισμού στο σχηματισμό τους. Συγχρόνως όμως στηρίζονται ακριβώς περισσότερο στο θυμικό παρά τη λογική. Άρα το λεγόμενο ότι τα έθιμα είναι δημοκρατικότερα από το νόμο, ότι αποδίδουν καλύτερα την πραγματική λαϊκή βούληση είναι μάλλον μύθος.

Ακόμη και στα έθιμα δεν είναι άγνωστη η ξενική επιρροή. Αν μάλιστα θέλαμε να μεταφέρουμε στη σημερινή εποχή το σχετικό προβληματισμό, θα μπορούσαμε να πούμε ότι ο μιμητισμός προς ξένα πρότυπα στον τομέα της συμπεριφοράς και των συνηθειών έχει πάρει, με τα σύγχρονα μέσα επικοινωνίας και πολιτιστικής διείσδυσης, τεράστιες διαστάσεις. Αν υπάρχει τρόπος αντιμετώπισης από το ισχύον δίκαιο, των σχετικών κινδύνων για τον εθνικό χαρακτήρα, ακόμη και για την εθνική ταυτότητα ιδίως των μικρών εθνών, τότε μάλλον το από νομοθέτη παρά το εθιμικό δίκαιο μπορεί να προβάλει αντίσταση.

3) οι παραπάνω λόγοι πρέπει να εκτιμηθούν ως η κύρια αιτία που προκάλεσε την υποχώρηση της εθιμικής πηγής δικαίου στο απελευθερωμένο ελληνικό κράτος.

4) η μη εισαγωγή στο ελληνικό κράτος του γαλλικού ΑΚ ασφαλώς ευνόησε τη διατήρηση του εθνικού χαρακτήρα του αστικού δικαίου που θα διαμορφωνόταν στην Ελλάδα. Με το γαλλικό ΑΚ θα είχαμε ένα ξένο κώδικά, που θα είχε συλλήβδην υιοθετηθεί χωρίς έλεγχο των επιμέρους ρυθμίσεών του ως προς το να αυτές ταίριαζαν με την ελληνική νοοτροπία. Χωρίς το γαλλικό ΑΚ είχαμε ένα παλιότερο μεν, αλλά ελληνικότερο δίκαιο, το βυζαντινορωμαϊκό. Και συγχρόνως έμενε ανοικτός ο δρόμος για τη σύνταξη ελληνικού ΑΚ, ή έστω, ελληνικών αστικών νόμων ή και για την αποδοχή ορισμένων σύγχρονων αντιλήψεων ή θεσμών και αυτού του γαλλικού ΑΚ (όπως και συνέβη).

Κεφάλαιο 2

Έθιμο

Το έθιμο είναι άγραφος κανόνας δικαίου πού δημιουργείται με τη μακρά, αδιάκοπη, ομοιόμορφη και προαιρετική τήρηση ορισμένης συμπεριφοράς από τα μέλη μιας κοινωνίας με την πεποίθηση ότι τηρώντας τη συμπεριφορά αυτή εφαρμόζουν κανόνα δικαίου. Τα έθιμα διακρίνονται σε γενικά (πού έχουν εφαρμογή σε ολόκληρη τη χώρα και ισχύουν για όλους τούς κοινωνούς του δικαίου) και τοπικά (πού έχουν εφαρμογή σε ορισμένη τοπική περιοχή) ή ειδικά (πού ισχύουν για ορισμένο κύκλο προσώπων και σχέσεων, π.χ. εμπορικά έθιμα).

Για να δημιουργηθεί έθιμο όμως δεν αρκεί η επίκληση απλής συνήθειας.¹² Επειδή οι εκκαλούντες δεν ισχυρίζονται ότι αυτό που επικαλούνται ως τοπικό έθιμο ενέχει ειδικούς κανόνες δικαίου που μεταβάλλουν τις εκάστοτε ισχύουσες γενικές διατάξεις περί κληρονομικής διαδοχής αλλά μνημονεύουν απλή συνήθεια που τηρείται κατά την κατανομή της κληρονομιά μεταξύ των περισσοτέρων, σύμφωνα με την οποία διατείνονται ότι συμμορφώθηκαν.

I. Το έθιμο ως πολιτειακό δίκαιο

Το έθιμο ορίζεται από εμάς ως ο κανόνας δικαίου που δημιουργείται από την κοινωνική συνείδηση με τη συγκατάβαση της πολιτείας. Το έθιμο δεν θεωρείται συνήθως πηγή δικαίου που έλκει την ισχύ του από την πολιτεία. Αντίθετα θεωρείται δίκαιο από το λαό ή την κοινωνία και δημιουργείται εκτός πολιτείας και ενδεχομένως παρά τη θέλησή της.

Η τοποθέτησή του όμως μεταξύ των πηγών του πολιτειακού δικαίου δε χρειάζεται ιδιαίτερη ανάπτυξη αφού και ως προς αυτό το πρόβλημα ακολουθούμε τη θεωρία περί δικαίου που ήδη παραθέσαμε.

Η τοποθέτηση του εθίμου στο πλαίσιο του πολιτειακού δικαίου αποτελεί πάντως αναγκαία ακολουθία της αρχής της ενότητας του δικαίου. Το δίκαιο είναι δίκαιο μόνο εφόσον είναι και ενότητα και εφόσον οι ειδικότεροι κανόνες που το απαρτίζουν αποτελούν σύστημα.

Η δε ενότητα αυτή του δικαίου όπως ειπώθηκε νωρίτερα συμπίπτει με την ενότητα της πολιτείας, αφού ορίσαμε την πολιτεία ακριβώς ως την ενότητα του δικαίου, ως το σύνολο των θετικών κανόνων που ρυθμίζουν την δεδομένη

¹² ΕΦ.ΑΘ. Β' 4790/ 1974 ΝοΒ έτος 74

κοινωνία. Η θεωρία αυτή την οποία και αποδεχόμαστε και από την οποία εξαρτά τελικά την ύπαρξή της η πηγή του εθίμου από την άδεια της πολιτείας και στην οποία εναντιώνονται άμεσα ή έμμεσα οι οπαδοί της ιστορικής σχολής είναι γνωστή στην επιστήμη ως θεωρία της νομοθετικής άδειας.

Σύμφωνα με αυτή τη θεωρία είναι αδύνατο να θεωρηθούν ως κανόνες δικαίου αυτοί που αντλούν την ισχύ τους έξω από την ενότητα που αποτελεί την πολιτεία. Η ενότητα αυτή θεμελιώνεται στον πρωταρχικό κανόνα που περιλαμβάνει ολόκληρο το σύστημα του θετικού δικαίου. Ο πρωταρχικός αυτός κανόνας είναι σε κάθε σύστημα θετικού δικαίου η μόνη δυνατή πρωτογενής πηγή και των εθίμων.¹³

II. Το έθιμο δυνατή πηγή

Από αυτά προκύπτει ότι δεν είναι αυτονόητη η ισχύς των κανόνων που δημιουργούνται εθιμικά. Μόνο εφόσον κάποιος άλλος κανόνας ορίζει ότι οι κανόνες που δημιουργούνται εθιμικά έχουν την ισχύ δικαίου μπορεί να γίνει λόγος για έθιμο. Εφόσον ο πρωταρχικός κανόνας άμεσα ή έμμεσα από το σύνταγμα ή από το νόμο δεν θεσπίζει την πηγή του εθίμου, το εθιμικό δίκαιο δεν είναι δυνατόν να ισχύσει.

Επομένως λογικά δεν αποκλείεται η ύπαρξη συστήματος δικαίου στο οποίο να μην ισχύει το έθιμο ως πηγή δικαίου. Το γεγονός δε ότι η ιστορία δε γνωρίζει τέτοια συστήματα αποδεικνύει απλά ότι στις ιστορικά γνωστές κοινωνίες αναδείχθηκε πάντοτε πρόσφορο μέσο εξειδίκευσης του πρωταρχικού κανόνα παράλληλα με άλλες πηγές.

Και στο σύγχρονο βαθμό του πολιτισμού, παρά τη στενότερη σύνδεση του έργου της όσο γίνεται εξαντλητικής ρύθμισης των κοινωνικών σχέσεων με την οργανωμένη εξουσία, που ενεργεί συνειδητά και διατυπώνεται συγκεκριμένα, φαίνεται εντελώς απίθανο να βρεθεί σύστημα δικαίου, στο οποίο να μην ισχύει παρ' όλα αυτά, ακόμα και σε μικρότερο βαθμό, και το έθιμο.

Αλλά πρόκειται για ιστορική διαπίστωση και όχι για απόλυτο τρόπο δημιουργίας του δικαίου, που προκύπτει αναγκαστικά από την ίδια του τη φύση και ως τέτοιο το θεωρεί η ιστορική σχολή του δικαίου.

¹³ Κ.Τσάτσος: Το πρόβλημα των πηγών του δικαίου 1941, ανατ.1993 σελ.184-5

Από αυτά προκύπτει επίσης ότι το έθιμο δεν είναι απόλυτη αλλά ιστορική σχετική έννοια. Αλλιώς θα μπορούσε κάποιος θεωρητικά να δηλώσει εκ των προτέρων τι εννοεί λέγοντας έθιμο και η συζήτηση θα διχαζόταν.

Σε κάθε περίπτωση δεν πρέπει να νομισθεί ότι άμεση συνέπεια της παραδοχής της λαϊκής κυριαρχίας είναι και η παραδοχή της δύναμης του λαού να δημιουργεί έθιμα. Είναι δυνατό σε μια πολιτεία που στηρίζεται στην αρχή της λαϊκής κυριαρχίας, όπου κατ' ακολουθία φορέας της συντακτικής εξουσίας είναι ο λαός, να μη διατηρήσει αυτός ο λαός την εξουσία του να θέτει κανόνες δικαίου αλλά να το έχει αναθέσει πλήρως αυτό στις συντεταγμένες εξουσίες.¹⁴

III. Θεμελίωση εθίμου (από πού έλκει ισχύ το έθιμο)

Ο κανόνας από τον οποίο το έθιμο αντλεί την ισχύ του μπορεί να είναι γραπτός κανόνας του θετικού δικαίου, οπότε το εθιμικό δίκαιο αντλεί την ισχύ του από το νόμο ή από το σύνταγμα. Αλλά είναι δυνατόν ο νόμος και το σύνταγμα να σιωπούν, οπότε το έθιμο αντλεί το κύρος του από την ίδια πηγή από την οποία και το γραπτό δίκαιο αντλεί το δικό του, από τον πρωταρχικό δηλαδή κανόνα, ο οποίος ορίζει ότι: είναι δίκαιο ό,τι αφενός θέτει η οργανωμένη πολιτεία αλλά και ό,τι από την άλλη θέτει η συνείδηση του λαού περί δικαίου ή και οποιοσδήποτε άλλος ιστορικός σχηματισμός.

Έχει δε ιδιαίτερη σημασία το γεγονός ότι ιδρύεται άμεσα ως πηγή δικαίου από τον πρωταρχικό κανόνα γιατί μόνο τότε αυτός ο πρωταρχικός κανόνας καθορίζει την ιεραρχική του θέση έναντι των άλλων πηγών δικαίου. Ούτε οι νόμοι ούτε το ίδιο το σύνταγμα μπορούν να καθορίσουν την ιεραρχική θέση του εθίμου αντίθετα με τον πρωταρχικό κανόνα. Η συνταγματική διάταξη η οποία θα απαγόρευε την τροποποίηση του συντάγματος με το έθιμο θα ήταν αντίθετη με τον πρωταρχικό κανόνα και συνεπώς άκυρη. Από τον πρωταρχικό κανόνα συνάγεται αν ισχύει το έθιμο κατ' αρχήν ή αν ισχύει μόνο όπου και όπως ορίζει το γραπτό δίκαιο.

Επίσης αν μπορεί νεώτερο έθιμο και να τροποποιήσει ή να καταργήσει οποιονδήποτε κανόνα γραπτού δικαίου, όπως γίνεται ο νεώτερος κανόνας να καταργήσει υφιστάμενο έθιμο.

¹⁴ Κ.Τσάτσος: Το πρόβλημα των πηγών του δικαίου 1941, ανατ.1993 σελ.185 επ.

Σύμφωνα με αυτά, όσες φορές το έθιμο έλκει την ισχύ του από τον πρωταρχικό κανόνα, δημιουργείται το ζήτημα κατά πόσο θεσπίζεται πλήρης ισοτιμία από αυτό μεταξύ των δύο πηγών, οπότε ο νόμος δεν μπορεί να ρυθμίζει τα του εθίμου, γιατί κάθε τέτοια ρύθμιση θα κατισχύει ως νεώτερος κανόνας μεν του παλιότερου εθίμου αλλά θα μπορεί πάντα κάποιο νεώτερο έθιμο να καταργεί τον παλιότερο νόμο, που περιορίζει το έθιμο με οποιοδήποτε τρόπο. Με την απάντηση βέβαια αυτή δεν λύνονται όλα τα ζητήματα που προκύπτουν εν προκειμένω.

Έτσι, στην περίπτωση που δημιουργείται ταυτόχρονα αντιφατικό έθιμο και νόμος, τίθεται ζήτημα πρωτιάς της μια από τις δύο αυτές πηγές, το οποίο πρέπει να επιλύει ο πρωταρχικός κανόνας. Εφόσον το έθιμο ή ο νόμος έλκουν την ισχύ τους από τον πρωταρχικό κανόνα, το ζήτημα της σχέσης τους είναι κατά πρώτο λόγο ζήτημα ερμηνείας του πρωταρχικού κανόνα, ο οποίος ως έκφραση της ενότητας του συστήματος των κανόνων του γραπτού και άγραφου δικαίου, οφείλει να ορίσει οπωσδήποτε την τάξη των πηγών και τη σχέση τους με άλλες.

Ειδικότερα, εν προκειμένω, θα μελετηθούν οι οργανωτικές διατάξεις της πολιτείας και θα ερευνηθεί η πρόθεση της συντακτικής εξουσίας να θεσπίσει παράλληλα με τη νομοθετική εξουσία, που είναι σύμφωνη με το σύνταγμα ή ιδρύεται αλλιώς, άλλη ισότιμη δικαιόγνο εξουσία, την κοινωνική πεποιθήση.

Εάν παρά τους ορισμούς του πρωταρχικού κανόνα κατισχύσει νέα πηγή του δικαίου, π.χ. το έθιμο, βρισκόμαστε εμπρός στην κατάργηση της πολιτείας και την αντικατάστασή της από άλλη, δηλαδή εμπρός στη θέσπιση νέου πρωταρχικού κανόνα. Μέσα όμως στο πλαίσιο αυτής της πολιτείας δεν είναι δυνατόν να δημιουργηθεί το έθιμο παρά τον πρωταρχικό κανόνα.

Εάν δεν υπήρχε ο πρωταρχικός κανόνας και υπήρχαν παράλληλα δύο πρωτογενείς πηγές δικαίου, ο νόμος και το έθιμο, ή με περισσότερη ακρίβεια η οργανωμένη πολιτεία και η διάχυτη κοινωνική συνείδηση στην αδιάκοπη εξέλιξή της, τότε όσοι υποστηρίζουν ότι το έθιμο δεν μπορεί στην ουσία να περιοριστεί από το νόμο, αφού πάντα το νεώτερο έθιμο μπορεί να καταργήσει αυτό το νόμο, θα ήταν βέβαια συνεπείς, αλλά θα ξεχνούσαν ότι έτσι καταστρέφεται η ενότητα της πολιτείας.

Η λύση όμως της υποταγής του εθίμου στο νόμο, την οποία άλλωστε υποστηρίζουν πολλοί, από αυτούς που δεν αναγνωρίζουν κάποιο πρωταρχικό κανόνα, γίνεται συνεπής μόνο μέσω της υπαγωγής του εθίμου στον πρωταρχικό κανόνα δικαίου της πολιτείας, με την αποδοχή της θεωρίας της νομοθετικής

έγκρισης. Αν το σύνταγμα ιδρύσει ως πηγή το έθιμο, θέτοντας έτσι παράλληλα δύο νομοθετικά όργανα, τη νομοθετική πολιτειακή λειτουργία και τη νομοθετική λειτουργία που ασκείται από τη διάχυτη λαϊκή συνείδηση, τότε ο νόμος που απαγορεύει την πηγή του εθίμου ή που την περιορίζει παρά το σύνταγμα, είναι άκυρος. Όταν απλά ο νόμος ιδρύσει την πηγή του εθίμου, τότε πρέπει το σύνταγμα να επιτρέπει στο νόμο μια τέτοια μεταβίβαση της άσκησης της εξουσίας να νομοθετούν άλλα όργανα και μάλιστα η συνείδηση του λαού.

Μπορεί επίσης το σύνταγμα να αναθέσει τη ρύθμιση των όρων της ισχύος του εθίμου στο νόμο, οπότε ο δεύτερος καθορίζει ποια έθιμα ισχύουν και με ποιους όρους. Μια τέτοια έκταση της ισχύος του εθίμου θα είναι τότε ανάλογη της θέλησης του νομοθέτη, ευρύτερα ή στενότερα.¹⁵

IV. Σχέση νόμου και εθίμου

Τα έθιμα έχουν την ισχύ της ιεραρχικής βαθμίδας στην οποία τάχτηκαν από την ιδρυτική τους διάταξη. Όταν θεσπιστούν από τον πρωταρχικό κανόνα ή από το σύνταγμα μπορούν να έχουν μικρότερη ισχύ ή και ίση με τις συνταγματικές διατάξεις.

Τα συνταγματικά έθιμα μπορούν να τροποποιήσουν ή να καταργήσουν συνταγματικές διατάξεις ή και το αντίστροφο.

Όταν θεσπιστούν από το σύνταγμα ή από το νόμο για να ενταχθούν στην αμέσως μετά το σύνταγμα ιεραρχική βαθμίδα, τα έθιμα μπορούν να έχουν ισχύ ίση με αυτή του νόμου όχι όμως και μεγαλύτερη. Όταν η ισχύς τους είναι ίση με τον ουσιαστικό νόμο τότε κατατάσσονται στην ιεραρχική του βαθμίδα.

Όταν όμως ο νόμος μπορεί να ιδρύσει το έθιμο ως πηγή δικαίου, και να του δώσει ισχύ ίση με το νόμο, έτσι ώστε ένα νεώτερο έθιμο να μπορεί να καταργήσει το νόμο, αυτό δε σημαίνει καθόλου ότι η πηγή του νόμου ακριβώς ως ιδρυτική πηγή δεν έχει μεγαλύτερη ισχύ από την πηγή του εθίμου, διότι ανά πάσα στιγμή μπορεί ο νόμος να καταργήσει το νόμο με τον οποίο ιδρύθηκε η πηγή του εθίμου.

Το ζήτημα της ίσης ή της μικρότερης δύναμης της πηγής του εθίμου έναντι των άλλων πηγών είναι διαφορετικό από το ζήτημα της ίσης ή της μικρότερης

¹⁵ Κ.Τσάτσος: Το πρόβλημα των πηγών του δικαίου 1941, ανατ.1993 σελ.186 επ.

ισχύος του εθιμικού κανόνα έναντι των κανόνων της βαθμίδας στην οποία ανήκει ο κανόνας που θέσπισε την πηγή του εθίμου.

Μπορούν όμως να έχουν ίση ισχύ οπότεν το έθιμο της ιεραρχικής αυτής βαθμίδας να μπορεί να καταργήσει κάθε άλλο κανόνα της ίδιας βαθμίδας, εκτός εάν και πάλι η ιδρυτική πηγή του εθίμου περιόρισε την ισχύ του εθίμου.

Αλλά και όταν το έθιμο έχει περιορισμένη ισχύ έναντι των κανόνων της βαθμίδας στην οποία ανήκει, όπως όταν π.χ. θεσπίζεται το έθιμο ως συμπληρωματική πηγή, και απαγορεύεται η τροποποίηση ή η κατάργηση από αυτό κάποιου άλλου κανόνα αυτής της βαθμίδας, π.χ. του νόμου, και τότε το έθιμο ανήκει σε αυτή την ιεραρχική βαθμίδα.

Το έθιμο δεν μπορεί να καταταχθεί σε μία ιεραρχική βαθμίδα. Σε κάθε ιεραρχική βαθμίδα μπορούν να δημιουργηθούν έθιμα εφόσον έχουν ιδρυθεί αρμόδια και έχει καθοριστεί και η ίση ή μικρότερη ισχύ τους σε σχέση με τους κανόνες αυτής της βαθμίδας.

Έτσι, όλοι οι κανόνες δικαίου που θεσπίζονται με τους υπόλοιπους τρόπους αντλούν την ισχύ τους από το γεγονός ότι ο νόμος και το έθιμο τους έδωσαν αυτή τη δύναμη, ώστε η πολιτεία κατ' αρχήν να εκδηλώνεται είτε μέσω του τύπου του νόμου είτε του τύπου του εθίμου.

Αποτελεί συνηθισμένο συμπέρασμα όσων ασχολούνται με το πρόβλημα των συγγραφέων το γεγονός ότι το έθιμο και ο νόμος είναι a priori και όχι βάσει του θετικού δικαίου οι μόνες πηγές δικαίου. Και οι δυο αυτές πηγές αναγνωρίζονται άλλοτε σε ισοτιμία και άλλοτε μία από αυτές αναγνωρίζεται ως επικρατέστερη.¹⁶

¹⁶ Οικονομίδης: Γενικά Αρχαία Αθήνα σ.8

Κεφάλαιο 3

Το δίκαιο και η ισχύς του

Ο μόνος τρόπος για να υφίσταται δίκαιο είναι η ισχύς του. Κάθε κανόνας του δικαίου νοείται εφόσον τον βλέπει κανείς σε σχέση με την ισχύ του. Από εδώ συνάγεται ότι η έννοια της ισχύος είναι θεμελιώδης προκειμένου να γνωρίζουμε το δίκαιο. Ισχύς είναι ο τρόπος με τον οποίο αποκτούν ύπαρξη τα όντα που διαθέτουν νόηση. Ο όρος «κύρος» είναι ταυτόσημος με τον όρο «ισχύς».

Προκειμένου να κατανοήσουμε την έννοια της ισχύος, πρέπει να παρατηρηθεί ότι ισχύει εκείνο το οποίο έχει αξία ή απαξία, δηλαδή αρνητική αξία. Η επιστημονική αλήθεια έχει αξία, όπως ακριβώς και μια ηθική αρχή ή ένας κανόνας δικαίου. Συνεπώς ισχύει για οτιδήποτε έχει αξία ή ενδεχομένως απαξία.

I. Έννοια της ισχύος

Η έννοια της ισχύος σχετίζεται με τη διάκριση του κόσμου που είναι αντιληπτός από τις αισθήσεις από τον κόσμο που είναι αντιληπτός από τη νόηση, δηλαδή του κόσμου των αντικειμένων τα οποία αντιλαμβανόμαστε μέσω των αισθήσεων και αυτών που δεν αντιλαμβανόμαστε μέσω των αισθήσεων αλλά τα εννοούμε μόνο. Με τον τρόπο αυτό κατανοούμε μια επιστημονική αλήθεια, ένα γεωμετρικό θεώρημα, μια ηθική αρχή ή ένα κανόνα δικαίου, χωρίς αυτό να πέφτει στην αντίληψή μας, αλλά μόνο στο λόγο μας. Αυτά τα νοήματα δεν υπάρχουν, με την ακριβή έννοια της λέξεως.

Ο Stammler κάνει διάκριση μεταξύ του πρωτότυπου και του παράγωγου τρόπου δημιουργίας του δικαίου. Ο Παράγωγος τρόπος συντελείται παράλληλα με το ισχύον δίκαιο και έχει ως άμεση βάση συγκεκριμένη και θετική πηγή και αναγκαστικά δευτερογενή. Αντίθετα ο πρωτότυπος τρόπος, καθώς δημιουργείται ανεξάρτητα από το ισχύον θετικό δίκαιο, έχει αναγκαστικά ως άμεση βάση την πρωτογενή πηγή.

Και οι λεγόμενοι συμπληρωματικοί κανόνες δικαίου, όπως π.χ. το συμπληρωματικό έθιμο του νόμου, που δεν θα δημιουργηθεί έγκυρα, δηλαδή εντός του πλαισίου των κανόνων τους οποίους δικαιούται να συμπληρώνει, ανήκει ωστόσο σε κατώτερη βαθμίδα ιεραρχικά γιατί και αυτός ο γενικός περιορισμός

αποτελεί υποχρέωση για συμμόρφωση.¹⁷ Το όργανο λοιπόν ορίζεται ως το φυσικό ή τα φυσικά πρόσωπα τα οποία έχουν ταχθεί για την εξειδίκευση του δικαίου και τα οποία εκφράζουν ακριβώς αυτό, κατά την επικρατούσα αντίληψη, τη βούληση δηλαδή της πολιτείας η οποία ταυτίζεται με το δίκαιο. Η φυσική υπόσταση αυτών δεν έχει καμία σημασία για την πολιτεία και το δίκαιο.

Σημασία έχουν τα πρόσωπα αυτά, τα οποία, μέσα στο πλαίσιο των αρμοδιοτήτων που καθορίζουν σε αυτά οι γενικότεροι κανόνες δικαίου, ενεργούν εξειδικευτικά, είτε θέτοντας άλλους ειδικότερους κανόνες, είτε διενεργώντας εκτελεστικές πράξεις δικαίου. Τα πρόσωπα αυτά, όπως γενικά τα πρόσωπα στο δίκαιο, είναι κυρίως ενότητες πράξεων, και εφόσον επιμένουμε να διαχωρίζουμε το πρόσωπο από την πράξη, είναι απλά σημεία καταλογισμού των εξειδικευτικών πράξεων του δικαίου. Κάτω από αυτή την γενική έννοια χρησιμοποιούμε επί του παρόντος τον όρο όργανο.

Με την έννοια αυτή όργανα είναι και ο λαός ως δημιουργός του εθίμου αλλά και ο ιδιώτης που πράττει τα δίκαια και δεν υπάρχει καμία διαπιστωμένη ουσιαστική διαφορά μεταξύ ατών και των υπόλοιπων οργάνων του συστήματος του δικαίου.

II. Ο σκοπός στον πρωταρχικό κανόνα

Η ιδέα του δικαίου, όπως και η ιδέα της ηθικής, όπως και η κάθε ιδέα, υπηρετούν την ιδέα της ελευθερίας, με την οποία είναι ταυτόσημη όσον αφορά το πνεύμα. Η έννοια του δικαίου, ως ρυθμιστή της πράξης, συμπίπτει με την έννοια της κοινωνικής ελευθερίας.

Τυπικές πηγές είναι ο νόμος και το έθιμο. Από το γεγονός ότι κάποιος κανόνας περιβάλλεται από τον τύπο του νόμου και ή την τυπική μορφή του εθίμου έχει ισχύ ως κανόνας δικαίου. Αλλά λένε ότι η δικανική κρίση αντλεί τους κανόνες και τις αρχές της από άλλες πηγές που δεν έχουν καθιερωθεί από την οργανωμένη πολιτεία και οι οποίες δεν έχουν τυπικό κύρος. Οι κανόνες αυτοί επιβάλλονται όχι από τη δύναμη της πολιτείας αλλά από τη δύναμη των πραγμάτων. Αυτές οι μη τυπικές αλλά ουσιαστικές πηγές είναι η νομολογία, η νομική επιστήμη και το ιδεολογικό σύνολο της κάθε ανθρώπινης κοινωνίας. Από τις πηγές αυτές

¹⁷ Ρ.Στάμμερ: Εγχειρίδιον φιλοσοφίας του δικαίου, μεταφρ. από τα γερμανικά Ι.Κοσμόπουλος Αθήνα 1964.

προκύπτουν κανόνες οι οποίοι στερούνται το τυπικό κύρος του νόμου ή και του εθίμου.

III. Κατάταξη των πηγών τρίτης βαθμίδας

Οι πηγές του δικαίου που μέχρι τώρα ερευνήθηκαν, ο πρωταρχικός κανόνας και το σύνταγμα έχουν μια λογικά αναγκαία θέση και για κάθε σύστημα θετικού δικαίου. Μετά τον πρωταρχικό κανόνα ακολουθούν αναγκαία αυτοί που πηγάζουν από τις συντεταγμένες εξουσίες, και έτσι ακολουθούν και οι άλλες πηγές που ιδρύονται από την πηγή αυτή. Και αυτές τις ακολουθούν πάλι οι πηγές που ιδρύονται από την συντακτική εξουσία ή τις συντεταγμένες εξουσίες αλλά ως πηγές κανόνων κύρους. «Νόμος με την έννοια του Αστικού Κώδικα και αυτού του νόμου είναι κάθε κανόνας δικαίου».

Όλοι οι τυπικοί νόμοι είναι και ουσιαστικοί αλλά όλοι οι ουσιαστικοί νόμοι δεν είναι και τυπικοί διότι την εξειδίκευση στην αμέσως μετά το σύνταγμα ιεραρχική βαθμίδα την επιτελεί κυρίως το όργανο του οποίου οι πράξεις περιβάλλονται τον τύπο του νόμου αλλά ενδεχομένως και άλλα όργανα με άλλες μορφές που επιτελούν τη λειτουργία τους.

Ερωτάται ήδη όμως ότι εφόσον η εθιμική πηγή ιδρύθηκε παράλληλα με την εθιμοτυπική λειτουργία είτε από το σύνταγμα είτε από κάποιον κατώτερο κανόνα, δεν υπάγεται και το έθιμο στην έννοια του ουσιαστικού νόμου όπως έτσι την διατυπώσαμε; Η απάντηση δεν θα μπορούσε να είναι παρά καταφατική. Το έθιμο, εφόσον τοποθετείται στην ιεραρχική βαθμίδα αμέσως μετά το σύνταγμα είναι και αυτό ουσιαστικός νόμος.

Αυτός ο ορισμός του ουσιαστικού νόμου ώστε να περιλαμβάνει και το έθιμο, καταδεικνύει την ταυτότητά τους από άποψη ισχύος, αλλά πέρα από το ζήτημα αυτό η ορολογική καινοτομία καταντά περιττή. Ενώ σε τίποτα δεν προσκρούει η σκέψη ότι θα χαρακτηρίσουμε ως νόμο ένα διάταγμα, ωστόσο φαίνεται οξύμωρο να χαρακτηρίζουμε ως έθιμο το νόμο, αφού κατεξοχήν σε αντιδιαστολή με το έθιμο ορίζεται ο νόμος.

Γι' αυτό είναι ανάγκη ειδικά το έθιμο να το αποκλείουμε από την έννοια του ουσιαστικού νόμου παρόλο που διατηρείται στην ίδια με αυτό ιεραρχική βαθμίδα, εφόσον αποτελεί κανόνα που δεν προέρχεται από πολιτειακό όργανο με τη στενή

έννοια της λέξης, τον δε ουσιαστικό νόμο τον θεωρούμε προϊόν αποκλειστικά τέτοιου οργάνου.

Ο πολιτειακός νόμος, εφόσον θέλουμε να δώσουμε σε αυτή την έννοια το λογικό εύρος που της αρμόζει ταυτίζεται με τον κανόνα δικαίου, είτε αυτό τίθεται από συντακτικά είτε από συντεταγμένα όργανα, είτε άμεσα από την πολιτεία είτε έμμεσα καθιερώνεται από αυτά, όπως προκειμένου για εθιμοτυπικούς κανόνες που κυρώνονται νομοθετικά ή ιδιωτικών δικαιοπρακτικών ρητρών, είτε έχουν γενικό είτε και ειδικό περιεχόμενο.

Παρ' όλα αυτά και για λόγους σκοπιμότητας πρέπει να σημειώσουμε και να παραδεχτούμε και την ύπαρξη στενότερης έννοιας του πολιτειακού νόμου, καθαρά εμπειρική και συμβατική, της οποίας το περιεχόμενο θα είναι το σύνολο των κανόνων δικαίου που τίθενται από αυτά που συνήθως ονομάζουμε όργανα της πολιτείας, δηλαδή των πολιτειακών αρχών που ανήκουν στην ιεραρχία και με αυτόν τον τρόπο πιο μόνιμα και πιο στενά συνδεδεμένα με την πολιτεία. Έναντι σε αυτούς τους κανόνες δικαίου θα βρίσκονται οι εθιμοτυπικοί και δικαιοπρακτικοί κανόνες.

Όσον αφορά τους κανόνες δικαίου που τίθενται κατά την παραπομπή (εθιμοτυπικούς ή ηθικούς κανόνες ή και άλλους κανόνες ξένου δικαίου) πρέπει αυτοί να θεωρούνται ότι τέθηκαν από την εξουσία που θεσπίζει την παραπομπή. Αυτή η στενότερη έννοια του πολιτειακού νόμου, καθαρά συμβατική, έχει σταθερή βάση για εκείνους που δέχονται ότι υπάρχει και μη πολιτειακό δίκαιο, ότι το έθιμο δημιουργείται ανεξάρτητα από την άδεια της πολιτείας. Ή ότι η δεσμευτική δύναμη της δικαιοπρακτικής βούλησης έχει ανώτερη πηγή από την πολιτειακή επιταγή.

Κεφάλαιο 4

Νόμος και έθιμο κατά τον αστικό κώδικα

I. Ιστορική σημασία του εθίμου ιδίως προ της εισαγωγής ΑΚ

Στις πολύ παλιές αρχέγονες, κλειστές και μικρές κοινωνίες, όπου η νομοθεσία ήταν περιορισμένη, το έθιμο αποτελούσε αν όχι την αποκλειστική, πάντως τη συνηθέστερη πηγή κανόνων δικαίου. Άλλωστε «δια του εθίμου» εισήχθησαν κατά το 17ο και κυρίως κατά το 18ο αι. σπουδαίες αρχές στο προγενέστερο του ΑΚ θετικό μας δίκαιο, όπως η αρχή του άτυπου των συμβάσεων, η απώλεια του οικογενειακού ονόματος «της εις γάμον ερχόμενης γυναικός» κ.λ.π.

II. Το άρθρο 1 του Αστικού Κώδικα και οι λογικές του σχέσεις

1. το άρθρο 1 ΑΚ ορίζει «οι κανόνες του δικαίου περιλαμβάνονται εις τους νόμους και τα έθιμα». Η ανωτέρω διάταξη ορίζει δύο τινά.

Πρώτο. Ποια είναι η σχέση του «δικαίου», ως καθολικής τάξεως, προς τα μέρη του, τις τάξεις των κανόνων στις οποίες αναλύεται (νόμους και έθιμα).

Δεύτερο. Ποια είναι η σχέση των μερικών τάξεων κανόνων δικαίου μεταξύ τους. (Σχέση νόμου προς έθιμο). Το δίκαιο, ως καθολική τάξη κανόνων του δικαίου, αποτελεί το «περιέχον». Αυτό παρουσιάζεται μέσω των μερών του. Των τάξεων στις οποίες διχοτομείται. Οι τάξεις αυτές είναι, κατά το άρθρο 1 ΑΚ:

A. το σύνολο των γραπτών κανόνων δικαίου (οι νόμοι)

B. το σύνολο των άγραφων κανόνων δικαίου (τα έθιμα)

2. η «ένωση» ή «σύζευξη» των ανωτέρω δύο τάξεων κανόνων δικαίου οι οποίες αποτελούν το περιεχόμενο του δικαίου ως καθολικής τάξεως, ως «περιέχοντος» - δίνει το σύνολο των ισχυόντων κανόνων δικαίου, την καθολική θετική έννομη τάξη κατά το νομοθετικό ισχύον δόγμα οι πηγές των κανόνων είναι δύο και μόνο δύο. Τρίτη πηγή κανόνων δικαίου δεν υπάρχει. Δεν είναι επί παράδειγμα πηγή οι δικαστικές αποφάσεις, το επιστημονικό δόγμα κ.λ.π. οι νόμοι και τα έθιμα είναι οι δύο τυπικές πηγές των κανόνων του δικαίου. Μεταξύ τους είναι αντίστροφοι και ισοδύναμοι. Συνδέονται με την αρχή της συμμετρίας.

Η γενομένη όμως ρύθμιση από το άρθρο 2 § 2 του ν.δ. της 7/10 Μαΐου 1946 εισήγαγε στην εν λόγω περιοχή την αντί-συμμετρική σχέση μεταξύ των δύο πηγών των κανόνων δικαίου (αντιφατικό με την προηγούμενη συμμετρία). Είναι πιθανό να διερωτηθεί κάποιος, ποία η πρακτική αξία του ζητήματος, δοθησείς της μικρής σήμερα σημασίας του εθίμου ως πηγής κανόνων δικαίου.

III. Το έθιμο ως πηγή δικαίου στο αστικό δίκαιο

Όπως παρατηρούμε, το άρθρο 1 ΑΚ. παράλληλα με το νόμο, επικαλείται ως δεύτερη «πηγή» δικαίου και το έθιμο. Το έθιμο δημιουργείται άμεσα από την κοινωνία, ακριβέστερα από κοινωνικές ομάδες, και εκδηλώνεται μόνο με την άσκησή του, χωρίς την τυπική διαδικασία που απαιτείται για να τεθεί σε ισχύ ο νόμος

Στις αρχαίες κοινωνίες, όταν δεν λειτουργούσε ακόμα νομοθετική εξουσία, το έθιμο ήταν η αποκλειστική πηγή δικαίου. Αλλά και σε μεταγενέστερες εποχές όταν η νομοθεσία είχε ακόμα περιορισμένη έκταση, το έθιμο εξακολούθησε να αποτελεί κανόνα δικαίου. Αντίθετα σήμερα, με την ταχύτητα με την οποία δημοσιεύονται οι νόμοι είναι αμφίβολο αν παρέχεται χώρος και χρόνος για την ανάπτυξη εθίμου, ώστε να είναι πρακτικά πολύ μικρή η σημασία του.

Το έθιμο εκδηλώνεται όπως τα ήθη και οι συνήθειες με την άσκησή του. Το έθιμο όμως διακρίνεται από τα ήθη γιατί ως προς αυτό δεν αρκεί ή άσκηση, αλλά απαιτείται «*opinio necessitatis*», δηλαδή α' η άσκηση να προέρχεται από την πεποίθηση του πράττοντος ότι εφαρμόζει κανόνα δικαίου και β' η άσκηση αυτή να γίνεται αποδεκτή από ορισμένη κοινωνία είτε με παραδοχή είτε χωρίς εναντίωση. Στους ορισμούς του εθίμου, συνήθως προσθέτουν και το στοιχείο η με *opinio necessitates* άσκηση να είναι μακρά, αδιάκοπη και ομοιόμορφη, δηλαδή όχι συμπτωματική.¹⁸ Η μακρόχρονη όμως, αυτή άσκηση, αν εξακολουθούσε να θεωρείται στοιχείο του ορισμού, είναι βέβαιο ότι ουσιαστικά θα απέκλειε τη δημιουργία εθίμων.

Διαπιστώνεται έτσι η τάση να μην αντιμετωπίζεται πια η μακρόχρονη άσκηση σαν αποφασιστικό εννοιολογικό στοιχείο του εθίμου.¹⁹ Η ελληνική νομική επιστήμη έχει ασχοληθεί με το έθιμο κυρίως με δύο αφορμές: το διάταγμα της

¹⁸ ΕφΑθ 1307/1972, ΝοΒ 1972, σελ.1188

¹⁹ Γαμπάκης: Νόμος και έθιμον κατά τον αστικό κώδικα, ΕΕΝ 1975, σελ.653επ.

23.2.1835 που αναγνώρισε τα έθιμα σαν πηγή δικαίου και το ν.δ. της 7/10.5.1946, που με την § 2 του άρθρου 2, ορίζει ότι «το έθιμο δεν καταργεί νόμο» και που φαίνεται να είναι αντίθετο με τα άρθρα 1 και 2 ΑΚ.

Τα ζητήματα που ανέκυψαν με το διάταγμα της 23.2.1835, μετά την ισχύ τού αστικού κώδικα έχουν σημασία μόνο για την ιστορία του, ελληνικού δικαίου. Χαρακτηριστικό όμως είναι ότι οι τρεις Επαναστατικές Συνελεύσεις είχαν αποκλείσει τα έθιμα ως πηγή δικαίου, κυρίως γιατί η ελληνική διοίκηση πίστευε πως το εθιμικό δίκαιο, που έτεινε στο να διατηρηθεί το στενό τοπικιστικό πνεύμα, αντιστρατεύονταν προς την πολιτική της ενότητας του Έθνους.

Ως προς τα ζητήματα που ανέκυψαν από το ν.δ. της 7/10.5.1946, αυτά βέβαια έχουν σχέση με την ερμηνεία του κώδικα και επομένως πρακτικό ενδιαφέρον. Η γνώμη που μάλλον επικράτησε, δέχεται ότι ή διάταξη της § 2 του άρθρου 2 του νομοθ. αυτού διατάγματος δεν εννοεί παρά ότι και η διάταξη του άρθρου 3 ΑΚ, ότι δηλαδή το έθιμο, «επειδή απορρέει από την ιδιωτική βούληση», δεν μπορεί να καταργήσει νόμο δημόσιας τάξης.

Η άποψη αυτή αφαιρεί από το ν. διάταγμα του 1946 κάθε πρόθεση να τροποποιήσει τον αστικό κώδικα και, δέχεται ότι το έθιμο μπορεί όχι μόνο να τροποποιήσει αλλά και να καταργήσει νόμο, εκτός από νόμο δημόσιας τάξης.²⁰ Η άποψη αυτή όσο και αν είναι η πιο σκόπιμη, γιατί δεν δημιουργεί προβλήματα στην πράξη, δεν είναι βέβαια πολύ πειστική γιατί είναι φανερό πως η διάταξη του άρθρου 2 του ν.δ. του 1946 αντιφάσκει προς την αρχή που θέτει το άρθρο 1 ΑΚ. Ακόμα δεν είναι πειστική ταύτιση του εθίμου με την ιδιωτική βούληση, αφού ο νόμος το αναγνωρίζει σαν ισότιμη προς το νόμο πηγή δικαίου και η διάταξη του άρθρου 2 § 2 του ν.δ. του 1946 δεν θα είχε λόγο να τεθεί μόνο και μόνο για επαναλάβει με αδόκιμη διατύπωση, τη διάταξη του άρθρου 3 του κώδικα.

Το ζήτημα όμως δεν δημιούργησε σοβαρά πρακτικά προβλήματα, ακριβώς επειδή η νομοθετική μηχανή κινείται με τέτοια ταχύτητα ώστε να μη δίνει συχνά την ευκαιρία να παραχθούν έθιμα. Ακόμα και αν ο νομοθέτης δεν προσαρμόσει έγκαιρα τη νομοθεσία προς τις μεταβαλλόμενες απόψεις και ανάγκες της κοινωνίας, έχει ο δικαστής την δυνατότητα να προσαρμόσει τον νόμο προς τις

²⁰ ΕφΑθ 1307/1972, ΝοΒ 1972, σελ.1188

κοινωνικές ανάγκες με την ερμηνεία. Σήμερα τον κυριότερο τρόπο δημιουργίας εθίμου αποτελεί ασφαλώς η «πάγια νομολογία» των δικαστηρίων.²¹

IV. Το έθιμο στην αστική συναλλαγή

Το τι είναι κανόνας δικαίου και αν το έθιμο είναι κανόνας δικαίου έχει βεβαίως μεγάλη σημασία, αλλά ο Δικαστής κάποιας ιδιωτικής διαφοράς θα ασχοληθεί με το υλικό εκείνο που (το οποίο του) είναι απαραίτητο για να δώσει λύση, θα το χρησιμοποιήσει εφόσον μπορεί, αφήνοντας στην θεωρία να κρίνει την έννοια του κανόνος δικαίου.²² Ο Κώδικας μειονεκτεί έναντι του ισχύοντος δικαίου διότι αφήνει την κρίση επί του θέματος στην επιστήμη, ως προς το πώς και πότε καθίσταται το έθιμο υποχρεωτικό για τον δικαστή.

Το πρόβλημα της γεννήσεως του εθίμου και των νομικών προϋποθέσεων υποχρεωτικότητας του για τα δικαστήρια είναι το κύριο σημείο του θέματος. Το βασικό διακριτικό γνώρισμα είναι ότι στον κύκλο των αστικών σχέσεων δύσκολα δημιουργείται και δύσκολα αναγνωρίζεται έθιμο. Οι λόγοι είναι πολλοί.

Πρώτον, διότι στον κύκλο αυτό οι θεσμοί έχουν πληρότητα και ηλικία που με δυσκολία παραχωρούν έδαφος στις εθιμικές εκβλαστήσεις. όπως θα αποδείξει η κατωτέρω εμπεριστατωμένη ανάλυση της μετεπαναστατικής νομολογίας, τα θέματα σχετικά με τα έθιμα είναι ελάχιστα. Τα περισσότερα περιστρέφονται γύρω από το ζήτημα της προικίσεως των θυγατέρων και του κληρονομικού δικαιώματος των αρσενικών παιδιών.

Δεύτερον, διότι ο ρυθμός στις αστικές σχέσεις είναι βραδύς και αργοκίνητος. Ιδιαίτερα σε σύγκριση με την εμπορική κίνηση και συναλλαγή. Η νομολογία έχει μεγαλύτερη ευχέρεια και άνεση στην αντιμετώπιση εξελίξεων και μεταβολών στους θεσμούς. Δεν παρίσταται επομένως ανάγκη προσφυγής στις εθιμικές συνθέσεις οι οποίες είναι ως επί το πλείστον αποτέλεσμα ανεπάρκειας του γραπτού δικαίου.

²¹ Ν.Παπαντωνίου: Γενικές αρχές του αστικού δικαίου, Αθήνα 1988 σελ.43

²² Π.Λ, Περδικα: Το έθιμο στον αστικό κώδικα το ισχύσαν δίκαιο και την εμπορικήν συναλλαγήν Αθήνα 1946 σελ.12επ.

Τέλος η ιδιοσυστασία της αστικής συναλλαγής αποκρούει την εθιμική συμπλήρωση. Από τον συνολικό χαρακτήρα των αστικών θεσμών καταδεικνύεται ότι δεν πραγματοποιούν ταχείς και απότομες εξελίξεις.

Αν ο δικαστής που γνωρίζει και διερμηνεύει αλλά και προάγει την συνείδηση περί δικαίουπεισθεί ότι είναι αδύνατο να συμβιβαστεί με το προτεινόμενο έθιμο, καλώς κάνει και το απορρίπτει εκ των προτέρων. Διότι η άσκηση την οποία θα αποδείξει δια μέσω παραδειγμάτων ο διάδικος δεν αρκεί για να θεμελιώσει το έθιμο, εκτός αν είναι τόσο γενική, ομόρρυθμος και πολύχρονη οπότε ο δικαστής οφείλει να την γνωρίζει.

Η δύναμη και η σημασία του καταργητικού εθίμου θα φανεί από την ικανότητα του να παρακάμπτει και να εξουδετερώνει τον νόμο.

Δυο τα σταθερά σημεία αφετηρίας, πρώτον μεν ότι ο κώδικας δεν απαγορεύει το συμπληρωματικό έθιμο και δεύτερο ότι αποκλείει το καταργητικό (Την δύναμη του καταργητικού εθίμου αποκλείει ο Κώδικας ρητά, διότι μόνο δια νόμου συγχωρείται η κατάργηση του νόμου). Τα άρθρα 245 και 809 Πολ. Δικονομίας. Οι διατάξεις περί εθίμου της πολιτικής δικονομίας και κυρίως τα άρθρα 245 και 809 επέδρασαν ήδη στην διαμόρφωση του νομολογικού δικαίου. Θα τεθεί συνεπώς το ερώτημα για το ρόλο τους υπό το καθεστώς του Αστικού κώδικα.

Στο ισχύον δίκαιο η επιρροή τους δεν υπήρξε ευεργετική. Το θέμα της αποδείξεως του εθίμου επηρέασε κυριολεκτικά ολόκληρη την ουσία του θεσμού. Από το άρθρο 245 εδ. 3 προήλθε η νομολογική τακτική της αποδείξεως του εθίμου η οποία το έφερε σε μοίρα πραγματικού ισχυρισμού. Το άρθρο 809 εξ άλλου επιτρέποντας την αναίρεση για παράβαση αρχαίου εθίμου αποτέλεσε την αφετηρία για την ασθενέστερη αντίθετη ερμηνεία, η οποία προσπάθησε να κρατήσει το έθιμο στο επίπεδο του κανόνα δικαίου.

Η νομολογιακή πρακτική δεν προσπάθησε να υπερνικήσει την αντιπάθεια της προς την σκέψη ότι οι διάδικοι προβάλλοντες αβάσιμους ισχυρισμούς περί εθίμου αποκτούν την ευχέρεια να ανατρέψουν ότι επιτευχθεί κατά την πορεία της δίκης. Το πρόβλημα της αποδείξεως του εθίμου θα απασχολήσει εκ νέου την ερμηνεία υπό του καθεστώς του Κώδικα.

Το άρθρο 245 Πολ.Δικ. είναι διάταξη προς την οποία, λόγω ιστορικής προελεύσεως δεν είναι ξένη η άποψη του εθίμου ίσου προς το πραγματικό γεγονός. Το άρθρο 809 υπήρξε και θα παραμείνει και σήμερα απλώς τύπος. Το πράγμα εξηγείται εύκολα. Η Πολ.Δικον. δεν έχει σαφή θεωρητική θέση έναντι της

γεννήσεως του εθίμου. Η παραχώρηση αναιρέσεως υπέρ του εθίμου, όταν έγινε και όπως έγινε, είχε όρια ουσιαστικά και χρονικά πολύ περιορισμένα.

Συμπεραίνουμε λοιπόν ότι τα άρθρα 245 και 809 Πολ.Δικ. έχουν την δύναμη να επηρεάσουν μόνο δυσμενώς το νέο δίκαιο, και κυρίως υπέρ της εκδοχής ότι το έθιμο εξισώνεται με το πραγματικό γεγονός.

V. Τα τελικά πρακτικά συμπεράσματα

Η απομόνωση του νομικού προβλήματος του εθίμου είναι κατ' αρχή ορθή και πρακτικά χρήσιμη. Το έθιμο ως ολοκληρωμένος κοινωνιολογικός κανόνας δεν ενδιαφέρει την θεωρία και την πρακτική του ιδιωτικού δικαίου, αλλά η δικαιοπαραγωγός άσκηση η οποία εξελίσσεται σε κανόνα εφοδιασμένο με υποχρεωτικότητα για την συναλλαγή.

Μόνο το κοινωνιολογικά ώριμο έθιμο, λόγω της καθολικότητας της ασκήσεως του και των ηθικών ή κοινωνικών ερεισμάτων ορθώνεται εμφανώς υπεράνω της συνήθειας. Για τον αστικό κώδικα αναμένουν λύσεις 4 προβλήματα. Τι είναι έθιμο πρώτον είναι κανόνας δικαίου το έθιμο δεύτερον ποια η θέση του έναντι στον νόμο τρίτον. Ποια είναι η θέση της κατά πλάνη ασκήσεως.

Το πρώτο ερώτημα. Έθιμο είναι πρωτίστως και κυρίως άσκηση δικαιοπαραγωγός, έτσι εδραιώνεται στην συναλλαγή και αποκτά την αξία που έχει ένας συνήθης ενδοτικός κανών δικαίου με ανάλογη υποχρεωτικότητα. Αυτό δεν σημαίνει πλήρη απόρριψη της πανδεκτιστικής θεωρίας. Αντιθέτως όπου η φύση του θεσμού ή του κανόνα απαιτεί προσανατολισμό της λαϊκής συνειδήσεως ή επίδραση του ηθικού ή κοινωνικού συναισθήματος, τότε θα αναζητηθεί και το στοιχείο αυτό, ακόμα και στο οικογενειακό ή κληρονομικό δίκαιο. Η βάση εκκίνησης είναι η δικαιοπαραγωγός άσκηση ή συνήθεια. Επομένως είναι αδύνατη η διατήρηση ομοιογενείς έννοιας του άγραφου κανόνα. Στη αστική συναλλαγή προέχουν ποικίλες ηθικές έννοιες, ενώ στην εμπορική προέχουν οικονομικοί λόγοι ως αφετηρία της ασκήσεως. Συνεπώς τα δικαστήρια θα ερευνήσουν, αλλά μόνο εάν συντρέχουν ιδιάζοντες λόγοι θα υπεισέρθουν στη εξέταση τέτοιων όρων οι οποίοι τους χρωματίζουν σε κανόνα δικαίου.

Δεύτερο, αν το έθιμο θεωρείται κανόνας δικαίου. Και σε αυτό σιωπά ο Κώδικας πλην της ερμηνεία στην αναθεωρητικής Επιτροπής α.ν. 445/1945 δεν αφήνουν έδαφος αμφιβολίας, ότι το έθιμο είναι κανόνας δικαίου. Μένει όμως να

εξακριβωθεί αν αυτή η ιδιότητα θα αναγνωρισθεί στην δικαιοπρακτική συνήθεια. Αυτό επιβάλλεται διότι η αντιτιθέμενη πανδεκτιστική αντίληψη απέτυχε να εξυπηρετήσει την πρακτική της έννοιας του εθίμου της οποίας επεξεργάστηκε, και να περιλάβει κάθε περίπτωση δικαιοπαραγωγού ασκήσεως που να ενδιαφέρει το ιδιωτικό δίκαιο. Δεν ωφελεί λοιπόν να εμμένουμε στην θεωρία της οποίας η αποτυχία είναι φανερή. Η έκταση που μπορεί να πάρει αυτός ο άγραφος κανόνας εξαρτάται από την κρίση των δικαστηρίων και μπορεί να είναι πλατύτερη ή στενότερη εκείνης που ανταποκρίνεται στον ορισμό των Πανδεκτιστών. Οι Άγγλοι π.χ. αποδίδουν δύναμη κανόνα στην δικαιοπαράγωγο άσκηση υπό περιορισμούς όμως καθιστώντας την ανάδειξη της άκρως δυσχερής υπόθεση.

Αν σωπάσει ο κώδικας η νομολογία θα χαλκεύσει τα εμπειρικά εκείνα πλαίσια, εντός των οποίων η δικαιοπαραγωγός συνήθεια θα αναδειχτεί σε πραγματικό κανόνα δικαίου. Είναι ζωτική ανάγκη για το ιδιωτικό δίκαιο η αναγνώριση της δικαιοπαραγωγού ασκήσεως σε κανόνα δικαίου.

Η αναίρεση είναι απαραίτητη και για την εξακρίβωση των συνθηκών κάτω από τις οποίες δεχτήκαν τα κατώτερα δικαστήρια την δικαιοπαραγωγό άσκηση ως ρυθμιστή της ιδιωτικής συμπεριφοράς και για την ορθή ερμηνεία της ουσίας του κανόνα, την οποία περιέχει. Η ερμηνεία των άρθρων 245 και 809 Πολ.Δικ. είναι καλό να μείνει στα όρια που χάραξε μέχρι σήμερα η επιστήμη.

Στο τρίτο θέμα (σχέση εθίμου – νόμου) θα παρατηρήσουμε μια αντίφαση. Υπάρχει μεν στον Κώδικα και μάλιστα στο άρθρο 2 η απαγόρευση της κατάργησης του νόμου από το έθιμο. Είναι όμως τεχνικά αδύνατο να καταργηθεί η άσκηση ενάντια στο περιεχόμενο των περισσότερων αναγκαστικών νόμων εξαίρεση κάποια κατηγορία από τις απόλυτα απαγορευτικές. Έτσι θα υπάρχει άσκηση την οποία θα ανέχονται τα δικαστήρια σε κάθε ιδιαίτερη περίπτωση, θα απαγορεύεται ωστόσο να εξαχθεί από το σύνολο της άσκησης το γενικότερο πόρισμα ότι αποτέλεσε νέο κανόνα δικαίου, διαφορετικό από τον γραπτό τον οποίο παρακάμπτει η ασκούμενη συνήθεια. Έτσι δεν αποφεύγεται η διάβρωση των αναγκαστικών νόμων, απομακρύνεται μόνο η πιθανότητα να τεθεί ευθέως το ζήτημα αν έχει καταργηθεί ή όχι ο γραπτός κανόνας προς τον οποίο αντιτίθεται η συνήθεια. Το συμπέρασμα υποδηλώνει πρόβλεψη αποτυχίας του άρθρου 2 του ΑΚ.

Το τέταρτο πρόβλημα της πλάνης διευκολύνεται ουσιωδώς αν περιληφθεί στο έθιμο η δικαιοπαραγωγός συνήθεια. Διότι ο δικαστής απαλλάσσεται από το

άσκοπο έργο να κρίνει αν η άσκηση είναι σύμφωνη με την κοινή συνείδηση περί δικαίου της οποίας πρέπει να αποτελεί και εκδήλωση.

Η πλάνη μπορεί να εμφανισθεί με δύο τρόπους. Πρώτον ως εσφαλμένη αντίληψη σχετικά με την έννοια του αναγκαστικού νόμου. Ασκείται ο κανόνας με τρόπο που δεν ανταποκρίνεται στο γράμμα και το πνεύμα του νόμου. Τα δικαστήρια μπορούν να απαγορεύσουν τέτοια άσκηση αν συντρέχει περίπτωση εφαρμογής των άρθρων 4 και 5 του ΑΚ. Διαφορετικά θα κριθεί μετά την αποκάλυψή της αν θα επικρατήσει η εσφαλμένη άσκηση ή αυτή που αποδίδει σωστά το πνεύμα του νόμου. Είναι ζήτημα δυναμικής επικράτησης. Δεν αποκλείεται έτσι η άσκηση με πλάνη να αλλοιώσει τελικά το νόημα του νόμου.

Τέλος, μια πρακτική υπόδειξη. Διαπιστώθηκε ότι το έθιμο φέρεται τυπικά ως κανόνας δικαίου ενώ στην ουσία δεν ακτινοβολεί πέρα από τη δικαστική απόφαση η οποία το επιβάλλει. Αν δεν αποκτήσει γενικότερο κύρος και δεν υπερβεί το στάδιο της συμπτωματικής αναγνώρισης, δεν θα παίξει εκείνο το ρόλο, ο οποίος του είναι θεωρητικά προδιαγεγραμμένος. Πρέπει συνεπώς να διασφαλιστεί αυτή η επιδίωξη και υπάρχει μόνο ένας τρόπος. Οι αποφάσεις των δικαστηρίων που θέτουν επίδικη αναφορά με τη ρύθμιση εθίμου πρέπει να συλλέγονται και να δημοσιεύονται ανά έτος ιδιαιτέρως. Και σε αυτό να αφιερωθεί μια ειδική υπηρεσία κάποιου κεντρικού δικαστηρίου και το πιο σωστό θα ήταν να είναι η Γραμματεία του Αρείου Πάγου. Η συγκέντρωση αυτή θα ωφελήσει από κάθε πλευρά. Πρώτον θα καθιστά τα έθιμα που αποδείχτηκαν δικαστικά γνωστά σε όλα τα δικαστήρια. Δεύτερον θα ελέγχει τη συχνότητα, την έκταση και την τοπική αρμοδιότητα κάθε εθίμου.

Έτσι δεν θα αποτελεί εύκολο αντικείμενο κωλυσιεργίας η πρόταση εθίμου μετά την πρώτη συζήτηση. Διότι αν πρόκειται για έθιμο ήδη αναγνωρισμένο, το μεν δικαστήριο θα μπορεί γρήγορα να ελέγξει τη σοβαρότητά του, ενώ οι διάδικοι δεν θα διαμαρτύρονται ότι το αγνοούν τελείως. Η απλούστατη αυτή μέθοδος θα εξυγιάνει ασφαλώς την πρακτική, θα ματαιώσει την κωλυσιεργία και θα επιτρέψει στο εθιμικό δίκαιο την εκπλήρωση του πραγματικού προορισμού. Ιδιαίτερη βαρύτητα αποκτά μάλιστα η υποχρέωση του Δικαστή να αντιμετωπίσει το έθιμο ως νόμο.

Σχέση εθίμου προς κανόνα αναγκαστικού δικαίου

Η νομολογία στο ζήτημα της ισχύος της ιεράρχησης των πηγών του δικαίου και ιδίως της ισχύος του εθίμου του νόμου απεφάνθη κατά την απολύτως κρατούσα άποψη ότι το έθιμο δεν είναι δυνατό να καταργήσει νόμο αναγκαστικού δικαίου.

Έτσι: Δεν είναι νομικά δυνατή, σύμφωνα με το άρθρο 2 παρ. 2 του νδ. 7/10-5-1946 «περί αποκαταστάσεως του αστικού κώδικος και του εισαγωγικού αυτού νόμου», η δημιουργία εθίμου αντίθετου με τη διάταξη αναγκαστικού δικαίου. Τέτοια διάταξη, που δεν μπορεί να καταργηθεί εθιμικά, είναι και του άρθρου 26 ΑΚ, που ορίζει ως εφαρμοστέο δίκαιο για τις ενοχές από αδικαιοπραξία το δίκαιο του τόπου όπου τελέστηκε αυτή. Ως προς το είδος της οφειλόμενης αποζημίωσης από αδικαιοπραξία που τελέστηκε στην Ελλάδα, εφαρμόζεται η ΑΚ 297, χρηματική αποζημίωση, κατά την έννοια της ΑΚ 297, σημαίνει αποζημίωση σε δραχμές.

Επειδή από το συνδυασμό των διατάξεων των άρθρων 1 ΑΚ και 2 παρ. 3 του νδ. 7/10-5-1946 «περί αποκαταστάσεως του αστικού κώδικος και του εισαγωγικού αυτού νόμου», που ορίζουν, η μεν πρώτη ότι οι κανόνες του δικαίου περιλαμβάνονται στους νόμους και στα έθιμα, η δε δεύτερη ότι το έθιμο δεν καταργεί νόμο, προκύπτει ότι δεν επιτρέπεται η δημιουργία εθίμου, που καταργεί διάταξη αναγκαστικού δικαίου, και περιέχεται σε νόμο, όπως είναι η διάταξη του άρθρου 26 ΑΚ, σύμφωνα με το οποίο οι ενοχές από αδίκημα διέπονται από το δίκαιο του τόπου τελέσεως του αδικήματος.

Έθιμο διαπλασθέν από νομολογία, κατά το οποίο στις ενοχές από αδικαιοπραξία εφαρμοστέο είναι το δίκαιο του τόπου κατοικίας του ζημιωθέντος, αντίθ. προς 26 ΑΚ, γεν. αρχές): διαπλάστηκε από τη νομολογία εθιμικός κανόνας ιδιωτικού διεθνούς δικαίου, κατά τον οποίο οι ενοχές από αδίκημα, περιλαμβανομένου και του νομίματος στο οποίο θα προσδιοριστεί η αποζημίωση, διέπονται, αντίθετα από τα όσα ορίζονται στην παραπάνω διάταξη του άρθρ. 26 ΑΚ, από το δίκαιο της κατοικίας ή της έδρας του ζημιωθέντος και ότι συνεπώς, εφαρμοστέο δίκαιο στην ένδικη αγωγή επί της οποίας εκδόθηκε η προσβαλλόμενη απόφαση, με αίτημα την επιδίκαση 72413, 68 λιρών Αγγλίας, αλλιώς του ισάξιου αυτών σε δραχμές κατά το χρόνο της πληρωμής, ήταν το αγγλικό δίκαιο και όχι το ελληνικό, όπως εσφαλμένα δέχτηκε το Εφετείο. Ενόψει όμως των όσων εκτέθηκαν

ανωτέρω, ο λόγος είναι απορριπτέος ως αβάσιμος, αφού δημιουργία εθίμου, καταργητικού εν μέρει της αναγκαστικού δικαίου διάταξης του άρθρου 26ΑΚ δεν επιτρέπεται.

Α) Περαιτέρω Εφ.Θες. 697/52 διαλαμβάνεται ότι, Όνομα- έννοια και έκταση προστασίας σύμφωνα με τον ΑΚ- τρόπος κτήσεως ονόματος και επωνύμου- το όνομα αποκτάται μετά από ονοματοδοσία αυτού που έχει την επιμέλεια του τέκνου- κατάργηση του εθίμου υπό ΑΚ περί ονοματοδοσίας από ανάδοχο.

Το προστατευόμενο δικαίωμα κάποιου από την ίδια του την προσωπικότητα περιλαμβάνει και το δικαίωμα επί του ονόματος, για το οποίο παρέχεται προστασία υπέρ του δικαιούχου κατά οποιασδήποτε προσβολής, και το οποίο αποτελείται από το όνομα και το επώνυμο.

Αποκτάται το μεν επώνυμο από το νόμο βάσει των θεσπισμένων διαταγμάτων επί τούτου (άρθρο 1388, 1452, 1493, 1531, 1582 ΑΚ), το δε κύριο όνομα του ανήλικου δίνεται με τη θέληση όποιου έχει την επιμέλεια (1501, 1628, 1663 ΑΚ), δηλαδή κατά κύριο λόγο, αυτού που ασκεί την πατρική εξουσία, του πατέρα, που έχει σύμφωνα με το άρθρο 1501 την επιμέλεια του τέκνου του.

Επειδή το τυχόν ισχύον έθιμο πριν από την εισαγωγή του ΑΚ, σύμφωνα με το οποίο η ονοματοδοσία του βαπτιζόμενου ανήλικου δεν γίνεται από τον πατέρα αλλά από τον ανάδοχο, που ανάγεται, σύμφωνα με το περιεχόμενό του, σε θέμα που ρυθμίζεται από αυτόν και αντιτίθεται στις διατάξεις του, καταργήθηκε και έπαυσε να ισχύει, σύμφωνα με το άρθρο 1 από την εισαγωγή του ΑΚ, σύμφωνα με το οποίο, έθιμο που στηρίζεται στην ιδιωτική θέληση δεν μπορεί σύμφωνα με το άρθρο 3 ΑΚ, να καταργήσει νομικούς κανόνες δημόσιας τάξης, όπως οι παραπάνω, που ρυθμίζουν τα σχετικά με την επιμέλεια των ανηλίκων και την απόκτηση του ονόματος. Ο σχετικός λόγος έφεσης είναι αβάσιμος και απορριπτέος ως προς τον ο ισχυρισμός των εναγόμενων για την ύπαρξη τέτοιου εθίμου που εφαρμόζεται επί 100 χρόνια και λοιπά.

Γ) Στη 11314/ 1979 εκτίθεται ότι, γίνεται να δημιουργηθεί έθιμο, ως κανόνας δικαίου, είτε για τη συμπλήρωση είτε για την κατάργηση και του γραπτού και του εθιμικού δικαίου, επιφυλασσομένης της απαγόρευσης δημιουργίας εθίμου

που αντίκειται στους κανόνες δημόσιας τάξης. Για τη δημιουργία όμως του εθίμου ως κανόνα δικαίου απαιτείται μακρόχρονη και ομοιόμορφη άσκηση, η οποία μαρτυρά τη σταθερή κοινή συνείδηση, που εκφράζεται είτε ρητά είτε σιωπηρά, μέσω της ανοχής ή της μη εναντίωσης, ότι το ασκούμενο ισχύει ως δίκαιο, με την κοινή θέληση για την αναγκαιότητα αυτού ως δικαίου και το ασκούμενο στη συνείδηση ως δικαίου, είτε σε ολόκληρο το κράτος (γενικό έθιμο) είτε σε ορισμένο τμήμα του (τοπικό έθιμο) είτε σε ορισμένες μόνο βιοτικές σχέσεις, είτε ως ορισμένη μόνο τάξη, να μην αντίκειται όμως στη λογική ή ηθική τάξη.

Δ) Για δε τις περιπτώσεις προγενέστερων εθίμων η Εφ.Αθ. 3571/70 διέλαβε τα εξής, έθιμο, κατάργηση από την ισχύ του ΑΚ εθίμου το οποίο αντίκειται στις διατάξεις του ΑΚ. Αδυναμία δημιουργίας νέου αντικειμένου σε κανόνες δημόσιας τάξης, όπως οι περί δημοσίευσης σε ΕτΚ των εκδιδόμενων υπουργικών αποφάσεων.

Επειδή από το άρθρο 1 του ΕνΑΚ, που ορίζει ότι από την έναρξη της ισχύος του ΑΚ καταργούνται όλες οι διατάξεις νόμων ή γενικών τοπικών εθίμων, όσες αντίκεινται στις διατάξεις αυτού οι του παρόντος νόμου ή ανάγονται σε θέματα που ρυθμίζονται από αυτούς και του άρθρου 2 παρ. 2 του νδ. 7/10-5-1946 «περί αποκαταστάσεως του αστικού κώδικος και του εισαγωγικού αυτού νόμου», που ορίζει ότι το έθιμο δεν καταργεί το νόμο. Από αυτά προκύπτει ότι όλα τα έθιμα που διαμορφώθηκαν και ίσχυσα πριν από την εισαγωγή του ΑΚ, τα οποία αντίκεινται σε θέματα που ρυθμίζονται αποκλειστικά από τον ΑΚ, καταργήθηκαν, και όσα διαμορφώθηκαν μετά την ισχύ του ΑΚ, δεν μπορούν αν κατισχύσουν έναντι των ρητών διατάξεων του νόμου.

Ανεξάρτητα όμως από αυτά, έθιμο που υπάρχει από την εισαγωγή του ΑΚ, το οποίο στηρίζεται στην ιδιωτική θέληση, δεν μπορεί σύμφωνα με το άρθρο 3 ΑΚ και σε συνδυασμό με το ως άνω άρθρο 2 παρ. 2 του από 7-5-1946 νδ, να επικρατήσει έναντι κανόνων δημόσιας τάξης, ούτε να καταργήσει τέτοιους νομικούς κανόνες. Τέτοιοι κανόνες είναι οι εκ του άρθρου 1 του υπ' αριθ. 2 δ/τος της 1/ 16-2-1883, με τους οποίους επιβάλλεται για την ισχύ των υπουργικών αποφάσεων που εκδίδονται με την εξουσιοδότηση νόμου και που θέτουν κανόνες δικαίου, όπως τυχαίνει να είναι και οι υπ' αριθ. 4701/ 7-1-1963 και 90805/ 10-4-1964 υπουργικές αποφάσεις που δημοσιεύτηκαν στην Εφημερίδα της Κυβέρνησης. Κατ' ακολουθία, ορθά απορρίφθηκε σιωπηρά από την εκκαλούμενη απόφαση, ως αβάσιμος ως προς το νόμο, ο ισχυρισμός του ενάγοντος εκκαλούντος, ότι από τη

δημοσίευση του νδ. 3001/54 από την έκδοση των ως άνω υπουργικών αποφάσεων (1963 και 1964) διαμορφώθηκε έθιμο, σύμφωνα με το οποίο οι υπουργικές αποφάσεις που εκδίδονται όπως παραπάνω, με εξουσιοδότηση του νδ. 3001/ 54, ισχύουν και χωρίς τη δημοσίευσή τους στην Εφημερίδα της Κυβέρνησης και ότι αλλιώς διαμορφώθηκε έθιμο με το οποίο καταργήθηκε η διάταξη του άρθρου 1.

Ε) Για τη σχέση των εθίμων με τους κανόνες Βυζαντινού δικαίου αναφέρει ότι τα έθιμα, όσα καθιερώθηκαν από μακροχρόνιες και αδιάκοπες συνήθειες ή από δικαστικές αποφάσεις, υπερισχύουν όπου επικράτησαν των Βυζαντινών νόμων, και καθιερώνουν την ισχύ των τοπικών εθίμων έναντι των Βυζαντινών νόμων. Επομένως, η αρχή του ενδοτικού δικαίου, ότι ο κύριος του ακινήτου είναι αυτός και του υπερκείμενου σε αυτό χώρου, και δικαιούται να ενεργεί μόνιμο αποτέλεσμα στα άνω έργα, όπως να ανεγείρει σε αυτό οικοδομή ή να ανυψώσει την υπάρχουσα, εμποδίζεται σε αυτό μόνο από εργασίες, τις οποίες άλλος απέκτησε στην ιδιοκτησία του, μπορεί αν καμφθεί από τοπικό έθιμο, η διαμόρφωση του οποίου είναι επιτρεπτή, διότι το έθιμο αυτό πράγματι δεν αντιτίθεται στον ορθό λόγο και την ηθική τάξη της Πολιτείας. Εξάλλου, η μέσω του άρθρου 1 του Εισαγωγικού Νόμου του ΑΚ, κατάργηση των τοπικών εθίμων, αφορά στις σχέσεις που αναφέρονται στο εξής και δεν έχει καμία επιρροή στα δίκαια, τα οποία νόμιμα αποκτήθηκαν προηγουμένως, βάσει τοπικών εθίμων και τα οποία εξακολουθούν να διέπονται από το έως τότε ισχύον δίκαιο. Μετά την εισαγωγή όμως του ΑΚ αποκλείεται η απόκτηση δικαιώματος δυνάμει αυτών των τοπικών εθίμων ως καταργηθέντων.

Αποδείχθηκε πλήρως το αντιταχθέν τοπικό έθιμο από τους εναγόμενους, προς απόρριψη της αναγνωριστικής αρνητικής αγωγής των εναγόντων κατά τούτων, που edίωκε την αναγνώριση ότι οι εναγόμενοι δεν είχαν κανένα δικαίωμα κτήσης επί του εναερίου χώρου πάνω από τα ισόγεια κτίσματα των εναγόντων, σύμφωνα με το έθιμο που ίσχυε από τα χρόνια της Φραγκοκρατίας και εξής στη Μύκονο, (όπως και στα υπόλοιπα νησιά των Κυκλάδων). Ο κύριος του εδάφους, και των κτισμάτων σε αυτό, δεν αποκτά κανένα δικαίωμα μόνο από αυτό το λόγο, και στον αέρα, αν δεν μεταβιβασθεί σε αυτόν ρητά και εγγράφως από το δικαιοπάροχο, αλλά αποκλειστικός δικαιούχος του χώρους ή παραμένει ο δικαιοπάροχος που δεν μεταβίβασε σε αυτόν ή γίνεται δικαιούχος κάποιος τρίτος στον οποίο ο δικαιοπάροχος του τον μεταβίβασε.

Αυτό είναι ιδιόμορφο δικαίωμα. Ο τρίτος που αποκτά αυτόν τον εναέριο χώρο, δικαιούται να ανεγείρει δική του οικοδομή, χωρίς να έχει δικαίωμα συνιδιοκτησίας είτε στα κτίσματα κάτω από αυτήν είτε σε άλλα που βρίσκονται στον ίδιο χώρο, και είναι υποχρεωμένος ο ιδιοκτήτης των κτισμάτων όπου είναι η οικοδομή να τα διατηρεί σε τέτοια κατάσταση από δομική άποψη ώστε να κρατούν το βάρος του ανάλογου κατοικήσιμου ορόφου. Κατά την έννοια του ως άνω εθίμου, αυτό εφαρμόζεται αδιάκριτα σε κάθε είδους οικοδομή (ισόγειο ή άνω όροφος), δηλαδή κατοικίας, αποθήκης, κλιβάνου (φούρνου), κλπ, διότι συντρέχει ο ίδιος λόγος της καθιέρωσης του εθίμου, η εξοικονόμηση στεγαστικού χώρου, λόγω της στενότητας της στέγης, με την ανοικοδόμηση ορόφου στο δώμα (ταράτσα), η οποία (ανοικοδόμηση) τόσο στο παρελθόν όσο και σήμερα, κατά τη λογική, τα δεδομένα της πείρας και τους κανόνες της οικοδομικής τέχνης, δεν αποκλείεται να λάβει χώρα επί του δώματος κλιβάνου που έχει τυχόν καπνοδόχο που ανυψώνεται πάνω από το δώμα.

Η χωριστή κυριότητα επί του ορόφου ή του διαμερίσματος ή επί του αέρα (όπως στην παραπάνω περίπτωση) αποτελεί εξαίρεση του κανόνα superficies solo cedit.

Κεφάλαιο 5

Οικογενειακό έθιμο και κοινωνική πραγματικότητα

Αποτελεί κοινή διαπίστωση, για όλα τα οικογενειακά δίκαια, *οτι συνδέονται σε μεγάλο βαθμό — περισσότερο από ότι συμβαίνει με οποιονδήποτε άλλον κλάδο του δικαίου — με τα ήθη και τις παραδόσεις του λαού, του οποίου ρυθμίζουν τις οικογενειακές σχέσεις. Αυτό οφείλεται κατά πρώτο λόγο στο γεγονός οτι η. οικογένεια; και οι οικογενειακές σχέσεις παρουσιάστηκαν αρχικά, στις πρώτες πολιτειακά ανοργάνωτες κοινωνίες, σαν φαινόμενα καθαρά βιολογικά και κοινωνικά (βλ. και π.κ. § 15) που η ρύθμιση τους μόνο με εξωνομικούς κανόνες συμπεριφοράς, όπως αυτοί διαμορφώνονταν από τις σχετικές λαϊκές αντιλήψεις και παραδόσεις (δηλ. τα: οικογενειακά ήθη), ήταν δυνατή.²³ Έτσι, η νομική. ρύθμιση που ακολούθησε ήταν φυσικό να στηριχτεί κατεξοχήν στους εξωνομικούς αυτούς κανόνες.*

Αλλά η διαιώνιση, του καθοριστικού αυτού για το οικογενειακό δίκαιο ρόλου των παραδοσιακών ηθών οφείλεται και στο ότι απηχούν, κυρίως *αυτά, την κυρίαρχη κάθε φορά ιδεολογία, γι' αυτό και συνεχίζεται στη διαδρομή του χρόνου η, επικύρωσή τους απ' τον εκάστοτε νομοθέτη, κάθε φορά που αυτός θέτει σαν πολιτικό του στόχο τη, συντήρηση και την αναπαραγωγή αυτής της ιδεολογίας ακόμα και οταν έχουν ξεπεραστεί.²⁴ Έτσι, υπό το πρίσμα ακριβώς αυτών των διαπιστώσεων τονίζονται συχνά, αφενός η ιδιαίτερη εθνική φυσιογνωμία του κάθε οικογενειακού δικαίου, οφειλόμενη στο ότι τα οικογενειακά ήθη που αυτό εκφράζει διαφοροποιούνται από λαό σε λαό, ανάλογα, με τα εθνικά, φυλετικά και άλλα γνωρίσματά του, τις γεωγραφικές συνθήκες της χώρας όπου ζει και αφετέρου ο συντηρητικός χαρακτήρας του με την έννοια πως οι κανόνες του δεν μπορούν να απομακρύνονται από τις «παραδοσιακές» αντιλήψεις, που λειτουργούν έτσι ανασχετικά στην καθιέρωση νέων νομικών κανόνων με αντίθετο περιεχόμενο ή δυσκολεύουν την τήρηση τους.²⁵*

²³ Ι.Δεληγιάννη: Οικογενειακό Δίκαιο α' τευχος, 1984.

²⁴ Παπαχρίστου, εις «Δίκαιο και Πολιτική», 4/1983, σ. 119, 122/4 και Α. Μάνεση: Συνταγματικό δίκαιο τ.Ι 1980, 4/1983, σ. 30.

²⁵ Α. Μάνεση: Συνταγματικό δίκαιο τ.Ι 1980, σ. 30 Παπαχρίστου, εις «Δίκαιο και Πολιτική», σ.117.

Η παραπάνω εικόνα όμως της στενής σύνδεσης του οικογενειακού δικαίου κάθε λαού με τις παραδοσιακές αντιλήψεις του για τις οικογενειακές σχέσεις, φαίνεται σήμερα πια ξεπερασμένη. Όπως λέχθηκε πολύ σωστά, «Η Παράδοση, σηματοδοτεί τα όρια της νομοθετικής μεταβολής (μόνο) στις περιπτώσεις όπου η κοινωνική πραγματικότητα παρουσιάζει συμπτώματα στασιμότητας σε όλα τα επίπεδα της κοινωνικής δομής».²⁶

Αντίθετα, οι θεσμοί του οικογενειακού δικαίου αποδείχτηκαν, ήδη, από παλαιότερα στην ιστορία, πολύ ευαίσθητοι σε περιόδους απότομων κοινωνικών και πολιτικών μεταβολών, όπως συνέβη π.χ. με τον τύπο τέλεσης του γάμου και με το δίκαιο του διαζυγίου που η ρύθμισή τους άλλαξε επανειλημμένα και μάλιστα; ριζοσπαστικά στα διάφορα ευρωπαϊκά κράτη εξαιτίας σήμαναν ιστορικών γεγονότων(μεταρρύθμιση του Λουθήρου, γαλλική και ρωσική επανάσταση, πολικές και κοινωνικές ανακατατάξεις ύστερα; από τον β' παγκόσμιο πόλεμο κ.ά.). Ενώ, εξάλλου, είναι αξιοσημείωτη η επίδραση που είχε διεθνώς στη διαμόρφωση των σύγχρονων οικογενειακών δικαίων η ραγδαία μεταβολή, ιδίως κατά τις τελευταίες δεκαετίες, των ηθών και των κοινωνικών αντιλήψεων γενικότερα σχετικά με το γάμο και την οικογένεια εξαιτίας των ριζικών μεταβολών, που προκάλεσε στις παραγωγικές διαδικασίες., μετά τον τελευταίο πόλεμο, η βιομηχανική και η τεχνολογική ανάπτυξη και των κοινωνικών μετασχηματισμών που επακολούθησαν. Τα σύγχρονα οικογενειακά δίκαια, στο διεθνή χώρο, δυτικό και ανατολικό, χαρακτηρίζονται έτσι από τη ριζοσπαστικότητα των μεταρρυθμίσεων που επέβαλαν και επιβάλλουν για την γεφύρωση της αντινομίας ανάμεσα στις νέες κοινωνικές βάσεις των οικογενειακών σχέσεων και στις προηγούμενες αναχρονιστικές νομικές ρυθμίσεις τους. Σωστά ειπώθηκε πως το οικογενειακό δίκαιο., όσο και αν παρουσίαζε παλαιότερα την εικόνα της στατικότητας και της συντηρητικότητας, σήμερα πια έχει μεταβληθεί σε δίκαιο «εν εξελίξει». Φαινόμενο που οι διεθνείς διαστάσεις του εξηγούνται ακριβώς από το διεθνή χαρακτήρα των κοινωνικοοικονομικών μεταβολών που το προκάλεσαν.²⁷

²⁶ Παπαχρίστου εις «Δίκαιο και Πολιτική», σ. 1.18

²⁷ βλ. σχετικά Γαζή, Εισαγωγή ισότητας δικαιωμάτων και υποχρεώσεων ελλήνων και ελληνίδων εις το αστικόν δίκαιο έκδ. Εθν. Τυπογρ., Αθήνα 1979, σ. 48.

Από τις παραπάνω διεργασίες και τις διεθνείς εξελίξεις δεν ήταν βέβαια δυνατό να μην επηρεαστεί τελικά και το ελληνικό οικογενειακό δίκαιο. Δίκαιο κατά βάση συντηρητικό και με έντονη την εθνική φυσιογνωμία του κατά την αρχική μορφή του, όπως αυτή αποτυπώθηκε στον Αστικό Κώδικα του 1940, φέρει ήδη, ύστερα από τις εκτεταμένες μεταρρυθμίσεις που επιχειρήθηκαν σε αυτό με τους νόμους 1250/1982 και ιδίως 1329/1983, έντονη τη σφραγίδα της ριζοσπαστικής ανανέωσης και τον εκσυγχρονισμό, που τα κύρια χαρακτηριστικά τους είναι η απομάκρυνση από τα «παραδοσιακά» ήθη και η προωθητική λειτουργία του. Αυτό όμως δε σημαίνει καθόλου ούτε την αποσύνδεσή του από την ελληνική πραγματικότητα ούτε την απώλεια της εθνικής φυσιογνωμίας του.

Η ελληνική κοινωνία δεν έμεινε πράγματι, κατά τις προηγούμενες δεκαετίες, έξω από την εξέλιξη των οικονομικών και κοινωνικών συνθηκών και από τις προκαλούμενες εξαιτίας της διεργασίες στο χώρο' των οικογενειακών ηθών, που ήδη επισημάνθηκαν. Έτσι, όσο κι αν οι διεργασίες αυτές θεωρηθούν ακόμα περιθωριακές για τον ελληνικό κοινωνικό χώρο' σε σχέση, με τα «παραδοσιακά» οικογενειακά ήθη και όσο βαθιά ριζωμένα κι αν είναι ακόμα τα τελευταία σε πολλών τις συνειδήσεις, ο Έλληνας νομοθέτης δεν μπορούσε να μη λάβει υπόψη του πως αυτά, σαν εκφραστές μιας ιστορικά ξεπερασμένης πια ιδεολογίας, όπως ειδικότερα η, ιδεολογία της ανισότητας των φύλων, δεν ήταν δυνατό να εξακολουθήσουν να έχουν τη νομική κάλυψή του. Και ήταν, επομένως, φυσικό να γίνει τελικά ευαίσθητος δέκτης των νέων αντιλήψεων και παραστάσεων, σχετικά με τις οικογενειακές σχέσεις εν γένει (τέλεση του γάμου, ισότητα των φύλων στις συζυγικές σχέσεις, διαζύγιο, νομική θέση των «εξωγάμων», σχέσεις γονέων και τέκνων κ.ά.), που άρχισαν εδώ και κάμποσο καιρό να εμφανίζονται και να διαδίδονται σταδιακά και στη δική μας κοινωνία, άρα και της νέας κοινωνικής πρακτικής που άρχισε να διαμορφώνεται εξαιτίας τους.

Η ανθεκτικότητα και η σχετική στατικότητα των οικογενειακών ηθών και η βραδύτητα της προσαρμογής τους στις κοινωνικές και νομοθετικές μεταβολές συντέλεσαν βέβαια στο να αποφύγει ο νομοθέτης την υιοθέτηση ορισμένων υπερβολικά ριζοσπαστικών ρυθμίσεων και να προτιμήσει για ορισμένα θέματα συμβιβαστικές λύσεις, όπως έγινε ιδίως στους τομείς του τύπου τέλεσης του γάμου (υιοθέτηση, του διαζευκτικού συστήματος αντί για την υποχρεωτική επιβολή του πολιτικού γάμου), του διαζυγίου ή του επωνύμου των τέκνων. Θεωρώντας ωστόσο

το νέο ελληνικό οικογενειακό δίκαιο στο σύνολο του, δεν μπορούμε να μη διαπιστώσουμε το ριζοσπαστικό χαρακτήρα του, καθώς και την ικανότητά του — ιδίως χάρη στην καθιέρωση καινούργιων εκσυγχρονισμένων προτύπων συμπεριφοράς με τα οποία παρωθούνται τα μέλη της οικογένειας να απαλλαγούν από την επιρροή παρωχημένων ηθών²⁸ και στις δυνατότητες που παρέχει στην ελεύθερη λειτουργία της αυτονομίας των βουλήσεων (π.χ. ΑΚ 1387. 1505) — να ασκήσει την παιδαγωγική;-ιδεολογική λειτουργία του προς την κατεύθυνση της αλλαγής και των *ανθεχτικών* ακόμα αλλά ξεπερασμένων *πια* παραδοσιακών ηθών και της προώθησης μιας νέας ιδεολογίας για τις ενδοοικογενειακές σχέσεις, περισσότερο σύμφωνης με τις οικονομικές και κοινωνικές συνθήκες που διαμορφώνονται και στον ελληνικό κοινωνικό χώρο. Αλλά επιπλέον δεν μπορούμε, εξαιτίας ακριβώς της τελευταίας αυτής διαπίστωσης, να αρνηθούμε στο νέο ελληνικό οικογενειακό δίκαιο και τη διατήρηση της εθνικής φυσιογνωμίας του, οποιαδήποτε συγκριτικά δεδομένα απ' το διεθνή χώρο και αν χρησιμοποιήθηκαν για τη διαμόρφωση του.²⁹

I. Η προίκα ως έθιμο και η αντιμετώπιση της ως νομικό πρόβλημα από τα ελληνικά δικαστήρια

Η προίκα ήταν έθιμο και θεσμός δεν ήταν υποχρεωτική, αλλά την επέβαλαν οι τοπικές κοινωνίες. Προίκα έπαιρνε η κοπέλα από την πατρική περιουσία προς διευκόλυνση του γάμου. Αποτελείτο από χωράφια, κήπους, αμπέλια, ρουχισμό, χαλκωματένια είδη νοικοκυριού, σπίτι και μετρητά. Το ποσό της προίκας το καθόριζε, η τοπική κοινωνία και αποτελούσε θεσμό, για προστασία περισσότερο των αδυνάτων. Το έθιμο αυτό στηριζόταν στο αίσθημα ευθύνης των γονιών να στεριώσουν κοινωνικά και οικονομικά τα παιδιά τους, που έφτιαχναν καινούργια οικογένεια, και στην υποχρέωση, που εθιμικά αναλάβαιναν, να δώσουν σ' αυτά ένα μέρος της περιουσίας τους, κινητής ή ακίνητης, με τη μορφή της προίκας. Ο θεσμός της προικοδότησης των θυγατέρων είναι πανάρχαιος και από τα ομηρικά χρόνια φτάνει μέχρι την εποχή μας. Για αιώνες αμέτρητους από τα φυσικά και επίκτητα προσόντα της νέφης (ομορφιά, ψυχική και πνευματική καλλιέργεια κτλ.) το πρώτο που εξεταζόταν ήταν η προίκα της.

²⁸ Α. Μάνεση: Συνταγματικό δίκαιο τ.Ι 1980, σ. 31

²⁹ Α. Μάνεση: Συνταγματικό δίκαιο τ.Ι 1980, σ.36

Κατάργηση της προίκας

Η κατάργηση της προίκας θεσμοθετήθηκε στην Ελλάδα με τον νόμο 1329/1983. Σήμερα αντί για προίκα έχει θεσμοθετηθεί με το άρθρο 1509 ΑΚ η γονική παροχή στο τέκνο (άρρην ή θήλη) από οποιονδήποτε γονέα του είτε για την δημιουργία ή τη διατήρηση οικονομικής ή οικογενειακής αυτοτέλειας, ή για την έναρξη ή την εξακολούθηση επαγγέλματος. Σύμφωνα με το αρ.56 οι προίκες που έχουν ήδη συσταθεί κατά την έναρξη της ισχύος αυτού του νόμου αποδίδονται στη γυναίκα. Από το χρονικό αυτό σημείο η γυναίκα αποκτά αυτοδικαίως το πλήρες δικαίωμα στα προικώα. Ο άνδρας δεν οφείλει, σ' αυτή την περίπτωση τους καρπούς που συνέλλεξε πριν από την έναρξη της ισχύος αυτού του νόμου, ακόμη και αν τους συνέλλεξε υπερβαίνοντας την τακτική εκμετάλλευση ή από έκτακτα περιστατικά. Αλλά και δεν δικαιούται να απαιτήσει τις δαπάνες που έκανε στα προικώα κατά την ίδια περίοδο, εφόσον αυτές βαρύνουν τον επικαρπωτή σύμφωνα με τις διατάξεις που ρυθμίζουν την επικαρπία. Δικαιούται, αντίθετα στην περίπτωση που επιχείρησε ουσιώδεις προσθήκες στο προικώο, που δεν το βάρυναν ως επικαρπωτή, να απαιτήσει τη διαφορά ανάμεσα στην αξία του προικώου μαζί με την προσθήκη, κατά τον χρόνο της απόδοσης, και κατά αξία του, κατά τον ίδιο χρόνο, χωρίς την προσθήκη. Επίσης στο αρ.57 αναφέρει ότι, από την έναρξη της ισχύος αυτού του νόμου η γυναίκα αποκτά αυτοδικαίως χωρίς την καταβολή οποιοδήποτε φόρου ή τέλους, την κυριότητα των πραγμάτων που δόθηκαν στον άνδρα για προίκα κατά κυριότητα και σώζονται στην περιουσία του. Δεν θίγονται όμως τα δικαιώματα που απέκτησαν τυχόν τρίτοι σ' αυτά τα πράγματα πριν από την έναρξη ισχύος αυτού του νόμου. Για τα δικαιώματα αυτά η γυναίκα έχει μόνον ενοχική αξίωση κατά του άνδρα. Τέλος στο αρ.59 διευκρινίζει ότι αν με διάταξη τελευταίας βούλησης, που συντάχθηκε πριν από την έναρξη ισχύος αυτού του νόμου, καταλείφθηκε κάποιο περιουσιακό στοιχείο στον άνδρα για προίκα, το περιουσιακό αυτό στοιχείο περιέχεται στη γυναίκα, εκτός αν συσταθεί ήδη η προίκα, οπότε εφαρμόζονται τα άρθρα 56 και 57 αυτού του νόμου.

Το έθιμο σε περιπτώσεις οικογενειακό δικαίου και δη σε ότι έχει να κάνει με την μεταβίβαση προικός, είναι ανίσχυρο. Η μεταβίβαση αυτή είναι άκυρη όπως

αναφέρεται στην απόφαση ΑΠ 25/1956 τμ. Α',³⁰ στην περίπτωση που δεν συνοδεύεται με αντίστοιχο συμβολαιογραφικό έγγραφο και συνεπώς ο περί σύστασης προικός ισχυρισμός είναι εκ του ουσιαστικού νόμου ατελής και για αυτό τον λόγο απορριπτός.

Από την άλλη μεριά ο θεσμός της προίκας στερούσε το δικαίωμα στις προικισθέντες θυγατέρες να διεκδικήσουν πατρομητρική περιουσία από κληρονομιά. Σε πολλά μέρη της Ελλάδας υφίσταται από αρχαιοτάτων χρόνων έθιμο συνεχές και ομοιόμορφα ασκούμενο, το οποίο στη συνείδηση αποτελούσε κανόνα δικαίου και βάση του οποίου οι προικισθέντες θυγατέρες από τους γονείς ή τους αδερφούς τους, αποκλείονταν δια παντός και εν γένει του κληρονομικού δικαιώματος, όπως π.χ στην ΑΠ 684/1957 Τμ. Α', Αποκλείονται επίσης αυτές οι οποίες έχουν λάβει οποιοδήποτε χρηματικό ποσό για την αγορά ακινήτου ή για συντήρηση εξωπροίκου περιουσίας. Εξαίρεση αποτελεί η περίπτωση της εκδίκασης υπόθεσης στα Μέγαρα στην οποία αναφέρεται ότι όπως προκύπτει από την διαθήκη του πατρός, οι θυγατέρες καθίστανται κληρονόμοι του, εφόσον δεν υπάρχει αναφορά σε αυτή σχετικά με το έθιμο του αποκλεισμού από κληρονομιά.

Το έθιμο της προίκας, στα χρόνια της τουρκοκρατίας, επειδή στην Οθωμανική Αυτοκρατορία όσα ανάγονταν στη σύσταση της προίκας και γενικά όλες οι μεταξύ των Χριστιανών διαφορές ως προς την προίκα, διέπονταν από τις διατάξεις στον Αρμενόπουλο και τις Βασιλικές διατάξεις του Ρωμαϊκού και Βυζαντινού δικαίου, δυνάμει (μέσω των σουλτανικών βερατίων), των προνομίων που χορηγούνταν στο Οικουμενικό Πατριαρχείο). Προίκα συνιστάται έγκυρα τόσο από ιδιωτικό έγγραφο όσο και από άτυπη προφορική σύμβαση, που καταρτίζεται και επιτρέπεται και από τους μάρτυρες απόδειξης της σύστασης της προίκας, και τέτοια απόδειξη δεν απαγορεύεται από τους νόμους των Βυζαντινών Αυτοκρατόρων.

Τα εν λόγω έπαυσαν να ισχύουν με την εισαγωγή του ΑΚ και ούτως η Εφ.Αθ. 85/ 1975 διέλαβε τα ακόλουθα: Έθιμο, κατάργηση από το άρθρο 1 ΕισΝΑΚ τοπικών ή γενικών εθίμων που αντιβαίνουν στις διατάξεις του ΑΚ, κατάργηση νόμου δημόσιας τάξης μέσω εθίμου, τοπικού ή γενικού, ανεπίτρεπτη κατ' άρθρο 2 παρ. 2 και άρθρου 3 του νδ. 7/ 46, αβάσιμος ισχυρισμός για την ύπαρξη τοπικού εθίμου για την έγκυρη σύσταση, άτυπα, προικός.

³⁰ Αριθ. 25/1956 Τμ. Α' Πρόεδρος Ι. Αποστολόπουλος Εισηγητής Ε. Κολοκούρης
αρεοπαγίτης

Για τη σύσταση προικός απαιτείται συμβολαιογραφικό έγγραφο, που υποβάλλεται εάν η προίκα έχει ως αντικείμενο εμπράγματο δικαίωμα επί ακινήτου σε μεταγραφή.

Επειδή σύμφωνα με τη διάταξη του άρθρου 1 εισΝΑΚ (αν 2783/ 1841) από την έναρξη της ισχύος του ΑΚ καταργούνται όλες οι διατάξεις νόμων ή γενικών ή τοπικών εθίμων που αντίκεινται στις διατάξεις του ή ανάγονται σε θέματα που ρυθμίζονται από αυτές. Εξάλλου, από τη διάταξη του άρθρου 2 παρ. 2 του νδ. 7/10-5-1946 «περί αποκαταστάσεως του αστικού κώδικος και του εισαγωγικού αυτού νόμου», που ορίζει ότι το έθιμο δεν καταργεί το νόμο, και σε συνδυασμό με τη διάταξη του άρθρου 3 ΑΚ που ορίζει ότι με την ιδιωτική βούληση δεν μπορεί να αποκλεισθεί η εφαρμογή κανόνων δημόσιας τάξης, σαφώς προκύπτει ότι το έθιμο, είτε τοπικό είτε γενικό, δεν αναγνωρίζεται στον ΑΚ ως καταργητικό νόμου δημόσιας τάξης.

Συνεπώς, ορθά η εκκαλούμενη απέρριψε ως μη νόμιμο τον ισχυρισμό των εκκαλούντων- εναγομένων ότι τυγχάνουν κύριο των επίδικων διαμερισμάτων δυνάμει προικός που συστήθηκε από αυτούς, άτυπα, από τον εφεσίβλητο ενάγοντα, ως γαμπροί του από την αδελφή τους, κατ' εφαρμογή του ισχύοντος τοπικού εθίμου στο χωριό των Ιωαννίνων, αφού, όπως εκτέθηκε παραπάνω, τα έθιμα πριν από την εισαγωγή του ΑΚ καταργήθηκαν, και αυτά που διαμορφώθηκαν μετά την εισαγωγή του δεν μπορούν να κατισχύσουν έναντι των ρητών διατάξεων της δημόσιας τάξης, όπως είναι και αυτές που ρυθμίζουν τη σύσταση προικός όπως και αυτές των άρθρων 1402 παρ. 2, 1406, 1033 και 1192 ΑΚ, που ορίζουν ότι η προίκα συνιστάται με συμβολαιογραφικό έγγραφο που υποβάλλεται προκειμένου περί εμπραγμάτων δικαιωμάτων επί ακινήτων, σε μεταγραφή. Γι' αυτό και ο δεύτερος λόγος έφεσης με τον οποίο οι εκκαλούντες ισχυρίζονται τα αντίθετα, είναι απορριπτέος ως αβάσιμος.

II. Εκκλησιαστικές επιδράσεις στην νομοθεσία μέσω των ηθών και του εθίμου

Χαρακτηριστικό γνώρισμα, του ελληνικού οικογενειακού δικαίου ήταν, ως πριν από την μεταρρύθμιση του 1983, και ο έντονος επηρεασμός των ρυθμίσεων του από θρησκευτικές επιδράσεις. Αυτό οφειλόταν επίσης στο γενικότερο στενό σύνδεσμο του

οικογενειακού δικαίου με την παράδοση. Οφειλόταν όμως, παράλληλα, και στην πίεση της ίδιας της εκκλησίας που επικαλούνταν μάλιστα γι' αυτό ακόμα και *συνταγματικά* κατοχυρωμένα δικαιώματα της. Από τα πρώτα ακόμα χρόνια του Βυζαντίου, το δίκαιο του γάμου είχε δεχτεί πράγματι την έντονη επίδραση των απόψεων της χριστιανικής εκκλησίας, με αποτέλεσμα, άλλοτε να είναι προϊόν συμβιβασμού ανάμεσα σ' αυτή και στις απόψεις της πολιτείας και άλλοτε να εκφράζει αποκλειστικά τις εκκλησιαστικές αντιλήψεις (επιβολή της ιεροτελεστίας σαν υποχρεωτικού τύπου του γάμου).

Επίσης, την Υστεροβυζαντινή εποχή, θα παρατηρήσουμε μία αύξηση των αρμοδιοτήτων των εκκλησιαστικών δικαστηρίων, κυρίως λόγω της Νεαράς 27 του Αλεξίου του Α', όπου γίνεται η μεταβίβαση ορισμένων τέτοιων αρμοδιοτήτων, κυρίως οικογενειακών και κληρονομικών υποθέσεων. Όπως για παράδειγμα σε μια ενδιαφέρουσα περίπτωση υιοθεσίας Αρ.645/1956 τμ. Α', που αναφέρεται ότι δύναται το Μικτό Εκκλησιαστικό Δικαστήριο, αφού λάβει υπόψη του τους όρους για την τέλεση της υιοθεσίας, να δώσει εντολή στον συμβολαιογραφούντα γραμματέα ώστε να προβεί αυτός στην τέλεση στην υιοθεσία και την σύνταξη της υιοθετηρίου πράξεως, γεγονός που δεν αντίκειται στο έθιμο που ίσχυε σχετικά.

Ξέχωρα αυτού, όμως, η δικαστική δικαιοδοσία της εκκλησίας επεκτάθηκε και σε άλλα ζητήματα, εκτός αυτών των οποίων όριζε η εν λόγω Νεαρά, όπως η τοκογλυφία, η σύνταξη συμβολαίων κι άλλα. Η πρακτική αυτή, ουδέποτε συνάντησε οποιαδήποτε αυτοκρατορική αντίδραση. Ο λόγος ήταν ότι, αποδέσμευε σε αρκετά μεγάλο βαθμό τα πολιτειακά δικαστήρια από έναν μεγάλο όγκο υποθέσεων. Γεγονός όμως ήταν, πως με την πάροδο των αιώνων και ιδιαίτερα στους τελευταίους δύο, προ της οριστικής πτώσης του Βυζαντίου, η ισχύς του αυτοκράτορα έφθινε συνεχώς.

III. Η λειτουργία των αόριστων εννοιών και ο ρόλος των ηθών.

Ήδη πριν από την μεταρρύθμιση του οικογενειακού μας δικαίου ένα από τα κύρια χαρακτηριστικά του από νομοτεχνική άποψη ήταν ότι, με το να χρησιμοποιεί σε πολλούς από τους κανόνες του αόριστες ή «ευρείες» έννοιες και γενικές ρήτρες, παρείχε ευθέως στο δικαστή την ευχέρεια να θέτει και ο ίδιος δίκαιο πέρα από το τιθέμενο από το νομοθέτη. Η έκταση; του φαινομένου, χαρακτηριστική των οικογενειακών δικαίων εν γένει, είχε παλαιότερα σαν εξήγησή της την προϋπαρξη

ενός ολόκληρου συστήματος άγραφων κοινωνικών κανόνων ρυθμιστικών των ενδοοικογενειακών σχέσεων που παρείχε τη βάση για την ευρεία χρησιμοποίηση αόριστων εννοιών, προσφέροντας ακριβώς την κατάλληλη υλη για τη συγκεκριμενοποίηση τους. Αυτό αποτέλεσε όμως απλώς την κοινωνιολογική εξήγηση του φαινομένου. Γιατί το ίδιο αυτό φαινόμενο προσφέρθηκε κατά καιρούς και προσφέρεται, ανάλογα με τις περιστάσεις και τις εκάστοτε πολιτικές επιλογές του νομοθέτη, για την εξυπηρέτηση ποικίλων άλλων λειτουργιών.

Το φαινόμενο της εκτεταμένης χρησιμοποίησης αόριστων εννοιών αποτελεί χαρακτηριστικό γνώρισμα και του *ισχύοντος*, μετά τη μεταρρύθμιση ελληνικού οικογενειακού δικαίου. Έτσι, συναντούμε στις διατάξεις του ένα πλήθος από αόριστες έννοιες και γενικές ρήτρες, όπως σπουδαίος, σοβαρός ή ιδιαίτερος λόγος, ειδικές περιστάσεις ή απλώς περιστάσεις, συνεισφορά, διατροφή ή υπηρεσίες ανάλογες με τις δυνάμεις και τις συνθήκες της οικογενειακής ζωής ή τις ανάγκες, όπως αυτές προκύπτουν από τις συνθήκες της ή τις δυνάμεις και τις βιοτικές συνθήκες, επιείκεια ενόψει και των ειδικών συνθηκών, εύλογη αιτία, συμφέρον του τέκνου ή του ανηλίκου ή αυτού που τελεί υπό αντίληψη ή του, συμφέρον ή ανάγκες της οικογένειας, έγγαμη συμβίωση ή κοινός βίος των συζύγων, αφενός και διακοπή της έγγαμης συμβίωσης ή διάσταση των συζύγων αφετέρου, θέματα του συζυγικού βίου, κλονισμός του γάμου, κατάχρηση δικαιώματος μεταβολή των όρων ή των συνθηκών κ.ά.

Με τις αόριστες αυτές έννοιες ο νομοθέτης επιδιώκει κυρίως δυο πράγματα: α) να καταστήσει το νέο δίκαιο όσο γίνεται πιο ευέλικτο και επίκαιρο μπροστά στη συνεχή εξέλιξη των οικογενειακών ηθών, ώστε να μπορέσει να ασκήσει την παιδαγωγική - ιδεολογική λειτουργία του προς την κατεύθυνση της προώθησης των νέων αντιλήψεων και ιδεών που αποτέλεσαν τη βάση της μεταρρύθμισης και β) να δώσει στο δικαστή τη δυνατότητα να εξατομικεύει τις ρυθμίσεις του νόμου, ανάλογα με τις ιδιορρυθμίες της κάθε συγκεκριμένης περίπτωσης, ώστε να εφαρμόζει κάθε φορά την επιεικέστερη λύση και να ανταποκρίνεται έτσι πληρέστερα στο αίτημα της δικαιοσύνης. Όσο και αν η μεθόδευση αυτή δημιουργεί ανασφάλεια και όσο και αν η αντίστροφη μέθοδος, με την καθιέρωση ιδίως αμάχητων τεκμηρίων (π.χ. ΑΚ 1439 § 3), εξυπηρετεί τη βεβαιότητα του δικαίου, δεν μπορεί να αρνηθεί κανείς την ανάγκη, «δικαιων κρίσεων» με οπτική γωνία τη συγκεκριμένη ατομική κάθε φορά περίπτωση σε πολλά θέματα του οικογενειακού δικαίου.

Οι παραπάνω στόχοι και ιδίως ο πρώτος από αυτούς παρέχουν και το κριτήριο της εξατομίκευσης, από το δικαστή, των αόριστων εννοιών. Όσο κι αν το φαινόμενο εξηγείται κοινωνιολογικά από την προϋπαρξη του συστήματος των άγραφων κανόνων των παραδοσιακών ηθών και όσο και αν λέγεται πως οι αόριστες έννοιες του οικογενειακού δικαίου περιέχουν στην ουσία τους παραπομπή σε αυτούς τους κανόνες, στην παρούσα ιστορική στροφή του ελληνικού οικογενειακού δικαίου οι αόριστες έννοιες δεν μπορούν να σημαίνουν παραπομπή στα οποιαδήποτε (παραδοσιακά) ήθη.

Συγκεκριμένα δεν νοείται αναφορά παρά μόνο σ' εκείνες τις ενδοοικογενειακές πρακτικές ή αντιλήψεις που βρίσκονται σε αρμονία με το πνεύμα της μεταρρύθμισης και με τις θεμελιώδεις αρχές τον θετικού μας δικαίου και της κρατούσας συνταγματικής τάξης.³¹ Ενώ, αντίθετα, δεν είναι δυνατό να εφαρμόζει ο δικαστής, κατά την εξατομίκευση των αόριστων εννοιών, αναχρονιστικά παραδοσιακά ήθη, όσο ισχυρά και ανθεκτικά και αν είναι και όση. ανασχετική δύναμη και αν έχουν στην πραγματικότητα. Για αυτό και δεν πρέπει να συγχέεται ο ανασχετικός ρόλος των ηθών σαν δυναμικό de facto φαινόμενο — με την έννοια πως «μια δικαιοκή ρύθμιση αντίθετη προς τη νοοτροπία των ανθρώπων στους οποίους επιβάλλεται δε διευκολύνει την επιβολή της και πολύ περισσότερο τη διατήρησή της — με το τι οφείλει να πράττει ο δικαστής και με το ποια κριτήρια οφείλει να χρησιμοποιεί όταν πρόκειται να εξατομικεύει αόριστες έννοιες.

IV. Κληρονομικό δίκαιο και έθιμο

Με το θάνατο του προσώπου η περιουσία του ως σύνολο περιέρχεται από το νόμο ή από διαθήκη σε ένα ή περισσότερα πρόσωπα. Η μεταβίβαση αυτή της περιουσίας από τον άνθρωπο που πέθανε σε ένα ή περισσότερα πρόσωπα, ορίζεται ως κληρονομική διαδοχή. Για να υπάρξει κληρονομική διαδοχή πρέπει να συντρέχουν τρία στοιχεία: 1. κληρονομιά, 2. κληρονομούμενος, 3. κληρονόμος. Κληρονομιά είναι το ενιαίο περιουσιακό σύνολο (ενεργητικό και παθητικό δηλαδή χρέη) του προσώπου που πέθανε (το οποίο καλείται κληρονομούμενος) και στο οποίο υπεισέρχεται ορισμένο πρόσωπο που καλείται κληρονόμος. Επειδή ο κληρονόμος υπεισέρχεται με ενιαίο τρόπο στην περιουσία του κληρονομούμενου

³¹ Ν.Παπαντωνίου: Γενικές αρχές του αστικού δικαίου, Αθήνα 1988 432 επ

θεωρείται καθολικός διάδοχος. Ο κληρονόμος μπορεί να είναι είτε φυσικό πρόσωπο είτε νομικό πρόσωπο.

Κληρονομούμενος όμως είναι μόνο φυσικό πρόσωπο ανεξάρτητα με τον τρόπο που επήλθε ο θάνατος. Ο κληρονομούμενος μπορεί να θελήσει να αφήσει ορισμένα μόνο αντικείμενα από τη συνολική περιουσία του σε κάποιο πρόσωπο. Σε αυτή την περίπτωση ο κληρονομούμενος λέγεται κληροδότης. Το πρόσωπο που δέχεται τα αντικείμενα λέγεται κληροδόχος και τα αντικείμενα αυτά αποτελούν την κληροδοσία. Η κληρονομική διαδοχή γίνεται με τρεις τρόπους:

- α) διαδοχή εκ διαθήκης, δηλαδή η κληρονομική διαδοχή γίνεται με διαθήκη, με την οποία ο κληρονομούμενος καθορίζει την τύχη της περιουσίας του.
- β) διαδοχή εξ' αδιαθέτου, δηλαδή η κληρονομική διαδοχή, γίνεται όπως προβλέπει ο νόμος, στην περίπτωση που δεν υπάρχει διαθήκη.
- γ) Αναγκαστική διαδοχή, δηλαδή σε κληρονομική διαδοχή που γίνεται από το νόμο και παρά τη θέληση του κληρονομούμενου.

Κατά τους εκκλησιαστικούς κανόνες και με βάση τα πρακτικά του Πατριαρχείου της Κωνσταντινούπολης, ορίζονται οι προϋποθέσεις για την απόκτηση κτητορικού δικαιώματος επί των ανεγερθέντων ναών που έχουν οι ιδρυτές ή οι ευεργέτες αυτών. Ήτοι, τα δικαιώματα αυτά περιέρχονται στον οικοδομήσαντα του ναού σαν δικαιώματα διοίκησης και διαχείρισης και κυρίως ως τιμητικά προνόμια του ιδρυτή, ο οποίος ονομάζεται «κτήτορας». Επιβάλλονται δε και ορισμένα καθήκοντα όπως η μέριμνα συντήρησης, ενώ εκ των νομικών διατάξεων προκύπτει ότι τα παρεχόμενα στους κήτορες δικαιώματα φέρουν χαρακτήρα ηθικό και ουχί οικονομικά οφέλη με έμμεσο ή άμεσο τρόπο.

Μετά το θάνατο του κτήτορος, δεν συνάγεται δικαίωμα μεταβίβασης των κτητορικών δικαιωμάτων στους κληρονόμους του, αλλά το πατριαρχείο ορίζει τον διάδοχο του με βάση συνοδικών κανόνων και του τυπικού. Κατά παρέκκλιση των ανωτέρω, ισχύς εθίμου στη Χίο όριζε μόνο διάδοχο των κτητορικών προνομίων, τον πρωτότοκο υιό του κτήτορος και κανένα άλλο συγγενικό πρόσωπο. Επικυρώνεται δε, με την απόφαση Αρ.26/1961 τμ.Γ' η ισχύς του από αρχαιοτάτων χρόνων εθίμου στη Χίο και δεν καταργείται με το νόμο 2310/1920 αρ. 13 περί εξ αδιαθέτου κληρονομιάς, ενώ θεωρείται ότι δεν ανάγεται σε θέμα κληρονομικής διαδοχής.

Τοπικό πατροπαράδοτο ισχυρό έθιμο που ίσχυε στη Μήλο, μέχρι την προ του νόμου 2310/20 περίοδο και σύμφωνα με την οποία, οι θυγατέρες λάμβαναν μόνο την περιουσία της μητέρας και αποκλείονταν γενικά και παντός από την περιουσία του πατέρα η οποία περιέρχονταν μόνο στους άρρενες, σαν μόνου εξ αδιαθέτου κληρονόμους. Το έθιμο αυτό, καταργείται με νόμο³² στηριζόμενος στο δικαίωμα ότι όλη η πρώτη την τάξη κατιόντες του κληρονομούμενου, έχουν ίδια δικαιώματα επί της αδιαθέτου κληρονομιάς.

Από τη διάταξη του από 23/2/1835 διατάγματος συνάγεται ότι τα έθιμα υπερισχύουν των βυζαντινορωμαϊκών νόμων. Η κατάργηση των γενικών ή τοπικών εθίμων με το άρθρο 1 του του ΕισΝΑΚ σημαίνει την αδυναμία απόκτησης δικαιώματος με τοπικό έθιμο μετά την εισαγωγή του ΑΚ. Η διάταξη όμως αυτή δεν ασκεί επιρροή στα δικαιώματα που είχαν ήδη αποκτηθεί πριν την εισαγωγή του ΑΚ, με τοπικά έθιμα. Όπως για παράδειγμα, τοπικό έθιμο της Θάσου κατά το οποίο το πατρικό σπίτι το κληρονομεί ο πρωτότοκος γιος θεμελιώνει δικαίωμα για όλες τις προ του νόμου περιπτώσεις.

Ειδικώς για τη σχέση των προγενέστερων εθίμων με το εισαχθέν με τον ΑΚ κληρονομικό δίκαιο η Εφ.Θεσ.660/ 1990 διαλαμβάνει τα εξής: Έθιμο/ έννοια και προϋποθέσεις για να θεωρηθεί πηγή δικαίου υπό την ισχύ του ΑΚ/ στοιχεία που πρέπει να ισχυρισθεί και να αποδείξει ο επικαλούμενος την ύπαρξη εθίμου/ αποκλείεται η διατήρηση ή η δημιουργία εθίμου, που προσκρούει στις διατάξεις για τη νόμιμη μοίρα του ΑΚ.

Επειδή από τις διατάξεις των άρθρων 1, 2 και 3 ΑΚ, σε συνδυασμό με τη διάταξη του άρθρου 2 παρ. 2 του νδ. 7/10-5-1946 «περί αποκαταστάσεως του αστικού κώδικος και του εισαγωγικού αυτού νόμου», συνάγεται ότι μετά την ισχύ του ΑΚ μπορεί να γεννηθεί έθιμο ως κανόνας δικαίου είτε προς συμπλήρωση, είτε προς κατάργηση του γραπτού και του εθιμικού δικαίου, επιφυλασσόμενης της απαγόρευσης δημιουργίας εθίμου αντιτιθέμενου σε κανόνες δημόσιας τάξης. Για τη γέννηση του εθίμου ως κανόνα δικαίου απαιτείται 1) μακρά και ομοιόμορφη άσκηση που να μαρτυρά σταθερή κοινή συνείδηση (αδιάκοπη) και 2) η άσκηση να γίνεται με κοινή συνείδηση ή θέληση είτε των πολιτών ολόκληρου του Κράτους (γενικό έθιμο) είτε τμήματος αυτού (τοπικό έθιμο), είτε των ανηκόντων σε μια τάξη ή επάγγελμα προσώπων, περί της αναγκαιότητας του εφαρμοζόμενου ως

³² βλ. Α.Π. 684/1957 ΕΕΝ 25390

κανόνα δικαίου (opinion necessitates). Υποστηρίζεται ακόμη ότι το ασκούμενο δεν πρέπει να αντίκειται στον ορθό λόγο, ούτε να προσκρούει στις παραδεδεδεγμένες δικαιοκές αρχές, τη δημόσια τάξη ή τα χρηστά ήθη.

Ότι σύμφωνα με το έθιμο που προϋπάρχει του ΑΚ αλλά και που διαμορφώθηκε, διατηρήθηκε και ασκήθηκε με συνείδηση δικαίου υπάρχει «υποχρέωση του άρρενος παιδιού της οικογένειας να γηροκομήσει τους γονείς και να συγκατοικεί με αυτούς, και αυτό το τέκνο φροντίζει επίσης και για την αποκατάσταση των κοριτσιών της οικογένειας. Μοναδική ανταμοιβή του είναι η απόκτηση μετά το θάνατο των γονέων της σωζόμενης περιουσίας μετά και την προικοδότηση των κοριτσιών. Τέτοιο έθιμο όπου έτυχε να ισχύει έπαυσε μετά την εισαγωγή του ΑΚ, ως αναγόμενο σε θέματα που ρυθμίζονται από τις παραπάνω διατάξεις περί νόμιμης μοίρας.

Νεώτερο δε έθιμο που αντιτίθεται στις παραπάνω διατάξεις περί νόμιμης μοίρας, με έντονο χαρακτήρα δημόσιας τάξης δεν γίνεται να γεννηθεί. Σε κάθε περίπτωση τα προαναφερθέντα περιστατικά δεν ανταποκρίνονται στην έννοια του εθίμου όπως εκτέθηκε παραπάνω, το οποίο σύμφωνα με το άρθρο 337 ΚΠολΔ, πρέπει να αποδειχθεί αν το δικαστήριο δεν το γνωρίζει (βλ ΑΠ 296/ 68 ΝοΒ 16.831) καθόσον την απαιτούμενη κοινή συνείδηση ή θέληση, από την οποία κυρίως το έθιμο αντλεί το κύρος και την ισχύ του, οι εναγόμενοι δεν την επικαλέστηκαν με πληρότητα και σαφήνεια (βλ. ΑΠ 242/ 76 ΝοΒ 24. 782) αφού ούτε πού εφαρμόζεται το έθιμο αυτό επικαλούνται, ούτε μεταξύ ποίων τάξεων ή επαγγελματιών, ούτε από πότε, μετά την κατάργηση τέτοιου εθίμου, τυχόν υφιστάμενου, με την εισαγωγή του ΑΚ, επανεμφανίστηκε επικαλούνται. Συνεπώς ο σχετικός ως άνω ισχυρισμός τους είναι απορριπτέος, προεχόντως ως μη νόμιμος.

Κεφάλαιο 6

Το έθιμο στην εμπορική συναλλαγή

Η εικόνα που εμφανίζει η εμπορική συναλλαγή είναι τελείως διαφορετική από την εικόνα που έχει στο αστικό δίκαιο. Η εμπορική συναλλαγή σαν ευρεία έννοια περιλαμβάνει, όχι μόνο τους κλάδους του κυρίως εμπορικού δικαίου αλλά και οτιδήποτε άλλο είναι συνδεδεμένο δογματικά ή οργανικά μαζί τους. Οι προϋποθέσεις που επικρατούν στην εμπορική συναλλαγή καθώς και οι ειδικές συνθήκες που επηρεάζουν ή γεννούν το έθιμο θα αναφερθούν παρακάτω.

I. Γενικές προϋποθέσεις

- α) Οι θεσμοί στο εμπορικό δίκαιο είναι σχετικά πρόσφατοι και σε διαρκή ανανέωση. Η νομοθετική εξέλιξη και η νομολογιακή δραστηριότητα, κορυφώθηκε κατά το 19^ο αιώνα. Το γεγονός αυτό, συνεπάγεται ασάφεια και αστάθεια στην ουσία και στις λεπτομέρειες και έτσι προκύπτει ανάγκη εθιμοτυπικής συμπλήρωσης και οι θεσμοί είναι πλέον επιρρεπείς σε αυτό.³³
- β) Ο ρυθμός και η ταχύτητα που έγινε το εμπορικό δίκαιο είναι μεγαλύτερος από το ρυθμό που δημιουργήθηκε το αστικό. Παρότι την επιμελή και επιτυχή διατύπωση των γραπτών νόμων του εμπορικού, ο νομοθέτης αναγκάζεται συχνά να το αναθεωρεί και να το θέτει στο ύψος των περιστάσεων. Παρά την νομοθετική αυτή προσπάθεια, η νομολογιακή παρατήρηση δείχνει ότι η πρακτική δεν απαλλάχτηκε από την άμεση επιρροή της συνήθειας και του εθίμου.
- γ) Ο όγκος των εμπορικών συναλλαγών είναι κατά γεωμετρική πρόοδο μεγαλύτερος των αστικών. Κάτι το οποίο και πάλι ενισχύει τον άγραφο έναντι του γραπτού δικαίου, αφού ο όγκος δημιουργεί πλήθος διαφορών αφενός και μεγάλη ποικιλία αφετέρου. Σε αυτή την κατάσταση ανταποκρίνεται με δυσκολία το γραπτό δίκαιο, αναγκάζοντας συνεπώς τον δικαστή να προσφύγει στη συνήθεια.
- δ) Η διεθνοποίηση των εμπορικών συναλλαγών, η οποία μεγιστοποιήθηκε τους τελευταίους αιώνες, εξασθενεί την θέση του γραπτού δικαίου. Οι διεθνείς ανταλλαγές οι οποίες πύκνωσαν σε όγκο και σε έκταση, γεννούν

³³ Περδίκας: Εγχειρίδιον εμπορικού δικαίου, Αθήνα 1963 σελ.9επ.

την ανάγκη για διατύπωση και ενοποίηση γραπτών κειμένων διεθνούς επιβολής. Το τελειότερο αποτέλεσμα της προσπάθειας αυτής, είναι οι νόμοι περί συναλλαγματικής, γραμματίων και τραπεζικών επιταγών. Ζωντανή συνέπεια της διεθνοποίησης, είναι η διαμόρφωση συνηθειών υπερεθνικής αναγνώρισης, κυρίως στη σε ότι αφορά το ναυτικό δίκαιο.³⁴

II. Τρόποι γέννησης του εμπορικού εθίμου

Είναι ευνόητο ότι το έθιμο συγκροτείται αφού πρώτα ωριμάζει στην συνείδηση της συναλλαγής και εφόσον εφαρμοστεί αρκετά έτσι ώστε να θεμελιώσει την αναγνώριση του. Οι παράγοντες οι οποίοι ασκούν επιρροή στο εμπορικό έθιμο είναι οι εξής

α) Το εμπορικό έθιμο δεν έχει την καθολικότητα και κοινωνικότητα του αστικού. Η έλλειψη καθολικότητας οφείλεται στο γεγονός ότι οι εμπορικές συναλλαγές ενδιαφέρουν μερίδα μόνο της κοινωνίας και δη των κύκλο των εμπορευομένων. Πολλές φορές μάλιστα μικρή μερίδα και όχι ολόκληρο κλάδο επαγγελματιών. Έθιμο παραδείγματος χάρη για τα μεσιτικά δικαιώματα καπνού (ότι δικαιούνται πχ 8% προμήθεια) δεν ενδιαφέρει τους μεσίτες σταφίδας. Η μερικότητα αυτή του εμπορικού εθίμου το καθιστά πλέον εύπλαστο και ευκίνητο και πολλαπλασιάζει τις πιθανότητες γενέσεως του. Ο Δικαστής δύναται με λιγότερη ευχέρεια και βεβαιότητα να το παρακολουθήσει. Η έλλειψη κοινωνικότητας από την άλλη είναι εξίσου σημαντικό στοιχείο. Υπό τον όρο κοινωνικότητα νοείται κυρίως η σύμπραξη κοινωνικών, οικονομικών και ηθικών παραγόντων κατά τη γένεση του εθίμου. Ας δούμε μερικά παραδείγματα: α) Αστικό έθιμο περί καταργήσεως της ιερουργίας του γάμου και β) Έθιμο που επιτρέπει την διαμαρτύρηση συναλλαγματικής εντός τριών ημερών και όχι 48 ωρών από άρνηση πληρωμής.

Για να επικρατήσει το πρώτο έθιμο, πρέπει το ηθικό και θρησκευτικό συναίσθημα να υποστούν μεγάλη αλλοίωση και να προαχθεί μια κοινωνική αντίληψη που να θεωρεί την ιεροτελεστία του γάμου περιττή. Σε καμία περίπτωση λοιπόν δεν θα μπορούσε να επικρατήσει αν δεν είχε γίνει αποδεκτό από το σύνολο του κοινωνικού συνόλου. Στο δεύτερο παράδειγμα σχετικά με την προθεσμία

³⁴ Α.Τσιριντάνη: Η αγοραπωλησία εν τω θαλασσίω εμπορίω, Αθήνα 1934, σελ.10επ.

διαμαρτυρήσεως επί μη πληρωμής αφορά σε απόλυτο αναγκαστικό κανόνα δικαίου και το έθιμο που τη τροποποίηση ουδεμία σχέση έχει με κοινωνικές ή ηθικές πεποιθήσεις. Θα οφείλεται ίσως σε τοπικούς παράγοντες, την έλλειψη συμβολαιογράφου ή σε τραπεζική δυσχέρεια. Από τις παραπάνω συγκρίσεις βλέπουμε ότι το εμπορικό έθιμο στερείται κατά κανόνα την κοινωνικότητα του αστικού εθίμου. Οι αφορμές είναι απόλυτα διαφανείς και άσχετα προς την εξιχνίαση μεταβολών στο ηθικό ή κοινωνικό συναίσθημα, πράγμα δυσμενές προς τον δικαστή.³⁵

β) Ο δυναμικός παράγοντας κατά τη σύνθεση του εμπορικού εθίμου. Τα εμπορικά έθιμα, δεν είναι μόνο αποτέλεσμα ασυναίσθητου ή αυθόρμητου προσανατολισμού της κοινής περί δικαίου συνειδήσεως και οργανωμένης δυναμικής ενέργειας εμπορικών συμφερόντων. Η εμπορική συναλλαγή γνωρίζει την εσκεμμένη καθοδήγηση του λαϊκού δικαίου, και τη συναντάμε κατά τη διαδικασία διεθνοποίησης των κανόνων της ανταλλακτικής επαφής των Εθνών και των Ηπείρων. Κινούνται αντίθετες δυνάμεις για να επικρατήσει τελικά η ισχυρότερη.

Η διεθνής ανταλλαγή γεννά διαφορές και η κάθε πολιτεία ζητά να τις υποτάξει στο εσωτερικό της μέσω των δικαστηρίων τους. Κατά της επιθυμίας αυτής αντιτάσσονται οι ενδιαφερόμενοι και για την επιβολή των περί δικαίου απόψεων τους οργανώνονται και διατυπώνουν συμβατικούς όρους ή συμβατικά πρότυπα ότι θεωρούν ως δίκαιο. Το παραχθέν δίκαιο δεν είναι εκείνο το οποίο προέρχεται από τη νομοθετική πηγή. Δεν είναι όμως και το άγραφο δίκαιο το οποίο αναβλύζει απευθείας από τη λαϊκή πηγή χωρίς να γνωρίζει που και πότε. Οφείλεται στην εσκεμμένη πρωτοβουλία και διατύπωση των ενδιαφερομένων επαγγελματιών ορισμένου κλάδου, οι οποίοι πέτυχαν να αξιοποιήσουν την πείρα τους και να την συνδυάσουν προς το συμφέρον τους, θέτοντας κανόνες προορισμένους να ισχύσουν κατ' αρχήν να ισχύσουν εντός των ορίων της οργάνωσης αλλά μετά υπερβαίνουν τα όρια της αυτονομίας και παύουν να διέπουν μόνο τα μέλη της οργάνωσης και ξεφεύγουν ώστε να κατακτήσουν την διεθνή πρακτική. Από αυτή τη στιγμή οι κανόνες εφόσον δεν ανήκουν στο νομοθετικό δίκαιο, έχουν αφετηρία την κοινή περί δικαίου πεποίθηση και ανήκουν στο εθιμογενές δίκαιο. Ο τρόπος

³⁵ Π.Α.Περδίκας: Το έθιμο εις τον αστικόν κώδικα το ισχύσαν δίκαιον και την εμπορικὴν συναλλαγὴν, Αθήνα 1946, σελ.23επ.

γενέσεως εμπορικού εθιμογενούς δικαίου αποτελεί ιδιορρυθμία η οποία απέχει πολύ των αντιλήψεων που διέπουν το αστικό έθιμο.³⁶

Ιστορία και πηγές του Ελληνικού εμπορικού δικαίου

I. Άγραφες πηγές του εμπορικού δικαίου

1. Εμπορικά Έθιμα

Αυτά αποτελούν τις γραπτές πηγές των κανόνων του εμπορικού δικαίου. Οι κανόνες του δικαίου συνεπώς και του εμπορικού δεν περιλαμβάνονται μόνο στους νόμους αλλά και στα έθιμα.

Έθιμο είναι ο κανόνας δικαίου που διαμορφώνεται με τη μακρά και ομοιόμορφη άσκηση που γίνεται με συνείδηση δικαίου, από την πεποίθηση ότι η συμπεριφορά αυτή επιβάλλεται με την αναγκαιότητα με την οποία επιβάλλεται κάθε κανόνας δικαίου.

Πηγή του εμπορικού δικαίου δεν αποτελούν όλα ανεξαιρέτως τα έθιμα αλλά μόνο τα εμπορικά. Λόγω της συχνότητας με την οποία διεξάγονται οι εμπορικές συναλλαγές, τα εμπορικά έθιμα μπορεί να διαμορφωθούν γρηγορότερα από τα υπόλοιπα έθιμα. Εξάλλου, ο ρόλος των εμπορικών εθίμων είναι πολύ μεγαλύτερος από το ρόλο του υπόλοιπου ιδιωτικού δικαίου. Γιατί στο πεδίο του εμπορίου υπάρχουν πολυάριθμες σχέσεις οι οποίες δεν έχουν βρε ακόμη τη ρύθμιση που τους ταιριάζει. Και εκτός από αυτό, οι σχέσεις που έχουν βρε τη ρύθμιση που τους ταιριάζει, εξελίσσονται με ταχύ ρυθμό, τον οποίο το γραπτό δίκαιο (δηλαδή ο νόμος) δεν προλαβαίνει ή και δεν τολμά να παρακολουθήσει.

2. Σχέση Εθίμου – Νόμου στο Εμπορικό Δίκαιο

Ο νόμος «διατηρεί την ισχύ του για όσο χρόνο δεν τον καταργήσει ρητά ή σιωπηρά κάποιος άλλος κανόνας δικαίου (δηλαδή είτε νόμος είτε έθιμο). Αλλά «το έθιμο δεν καταργεί το νόμο». Υποστηρίχτηκε αυστηρά η άποψη ότι το έθιμο δεν μπορεί να τροποποιήσει ή να καταργήσει το νόμο ή ότι το έθιμο δεν

³⁶ Κ.Γ. Παμπούκη: Εισηγήσεις Εμπορικού Δικαίου, 1977 σελ.44επ.

μπορεί να καταργήσει ή να τροποποιήσει διατάξεις νόμου που είναι αναγκαστικού δικαίου (δηλαδή διατάξεις που δεν μπορούν να τροποποιηθούν με τη συμφωνία των ενδιαφερομένων). Τελικά επικράτησε η αντίθετη άποψη ότι το άρθρο 2 παρ. 2 του ν.δ. 7/ 10-05-1946 δεν μπορεί να αφαιρέσει από το έθιμο τη δύναμη να τροποποιεί και να καταργεί το νόμο οποιουδήποτε περιεχομένου.³⁷

Ωστόσο, σύμφωνα με την Π.Πρ.Πειρ. 1822/1964 ΝοΒ Έτος 12^ο σελ.876, η οποία αναφέρεται στην περίπτωση της επιθαλάσσιας αρωγής, δεν δύναται έθιμο να καταργεί διάταξη αναγκαστικού δικαίου.

Ο νόμος, δε, που ισχύει σε όλη της επικράτεια δεν μπορεί να τροποποιηθεί ή να καταργηθεί με τοπικό έθιμο (το οποίο δεν προέρχεται από την καθολική συνείδηση του λαού).

II. Εμπορικές συνήθειες

Συνήθεια είναι η μακρά και ομοιόμορφη άσκηση που γίνεται χωρίς συνείδηση δικαίου. (ορισμός συνήθειας). Στο πεδίο του εμπορικού δικαίου ενδιαφέρον παρουσιάζουν οι εμπορικές συνήθειες, δηλαδή εκείνες που έχουν διαμορφωθεί και τηρούνται επί των θεμάτων που υπάγονται στο εμπορικό δίκαιο.

A. Οι εμπορικές συνήθειες αυτές καθαυτές δεν αποτελούν πηγή του εμπορικού δικαίου. Οι εμπορικές συνήθειες έχουν μόνο ερμηνευτική και συμπληρωματική σημασία στο πεδίο των εμπορικών συναλλαγών.

B. Υπάρχουν και περιπτώσεις όμως, στις οποίες οι εμπορικές συνήθειες αποτελούν πηγές του εμπορικού δικαίου, όταν ο ίδιος ο εμπορικός νόμος παραπέμπει σε αυτές.

III. Συλλογή των εμπορικών εθίμων και συνηθειών

Το έθιμο και η συνήθεια ως άγραφες πηγές δικαίου εμφανίζουν το σοβαρό μειονέκτημα της αβεβαιότητας, που αφορά τόσο την ύπαρξή τους όσο και το περιεχόμενό τους. Αυτή η αβεβαιότητα δεν αποτελεί σοβαρό εμπόδιο στην εξέλιξη των κοινωνικών σχέσεων και στη λειτουργία τους. Το μειονέκτημα

³⁷ Κ.Γ.Μπαμπούκη: Εισηγήσεις εμπορικού δικαίου, 1977 σελ.57επ.

αυτό είναι σοβαρότερο όμως στο πεδίο του εμπορίου και για το λόγο αυτό ο νόμος ανέθεσε στα εμπορικά και βιομηχανικά επιμελητήρια το καθήκον να συλλέγουν, να καταγράφουν στα ειδικά βιβλία και να αναθεωρούν κατά πενταετία τα εμπορικά έθιμα και τις εμπορικές συνήθειες της περιφέρειάς τους.³⁸

IV. Οι πηγές του ελληνικού ναυτικού δικαίου

I. Πηγές του ναυτικού δικαίου είναι κατ' αρχή ο ναυτικός νόμος και το ναυτικό έθιμο. Οι πηγές αυτές είναι ισότιμες. Συνεπώς, το ναυτικό έθιμο χρησιμεύει όχι μόνο για την ερμηνεία και τη συμπλήρωση των κενών του ναυτικού νόμου, αλλά μπορεί να τον καταργήσει. Συμπληρωματικές πηγές του ναυτικού δικαίου είναι ο εμπορικός νόμος και το εμπορικό έθιμο, ο αστικός νόμος και το αστικό έθιμο.³⁹

A. Η ναυτική συνήθεια, κατ' αρχή, χρησιμεύει μόνο για την ερμηνεία και τη συμπλήρωση της βουλήσεως των συμβαλλομένων, όταν στη σύμβαση υπάρχουν ασάφειες ή κενά. Όταν όμως ο ναυτικός νόμος παραπέμπει στη ναυτική συνήθεια, αυτή ανάγεται σε (δευτερογενή) πηγή του ναυτικού δικαίου.⁴⁰

B. Πολλές και σημαντικές συμβάσεις του ναυτικού δικαίου καταρτίζονται με γενικούς όρους, που τους έχει διατυπώσει εκ των προτέρων και μονομερώς, ο ισχυρότερος συμβαλλόμενος και αποκαλούνται «συμβάσεις παραχωρήσεως».

Οι γενικοί όροι δεν αποτελούν πηγή δικαίου, είναι μόνο όροι της σύμβασης. Όμως, με την ομοιόμορφη επανάληψή τους στις ναυτιλιακές συναλλαγές, οι γενικοί όροι αποκτούν μια ιδιαιτερότητα που επιβάλλει να ερμηνεύονται όπως και οι νόμοι και επηρεάζουν σημαντικά τη διαμόρφωση του ναυτικού δικαίου. Όταν επιβάλλονται απευθείας με διάταξη νόμου, είναι και αυτοί πηγή του ναυτικού δικαίου, και συντάσσονται κατά νομοθετική εξουσιοδότηση.⁴¹

II. Συμπληρωματική πηγή του ναυτικού δικαίου είναι πρώτα το εμπορικό δίκαιο (νόμος και έθιμο) και ύστερα το αστικό δίκαιο (νόμος και έθιμο).

³⁸ Τσαγκάρη: Το Έθιμον και αι Συνηθελαι στο Εμπορικό και ίδια το Ναυτικόν Δίκαιον ΝοΒ Έτος 8ον Σελ.759επ.

³⁹ (βλ. Γενικότερο εμπορικό, Παμπούκη: ο.π, Βλ. και για την σημασία της εμπορικής συνήθειας στη ναυτική πρακτική ΑΠ 3034/61 ΠοΒ έτος 10^{ov} σ.296

⁴⁰ Βλ. Α. Κιαντου – Παμπούκη: Ναυτικό Δίκαιο, τ. I, 1985 σελ.16

⁴¹ Α. Κιαντου – Παμπούκη: Ναυτικό Δίκαιο, τ. I, 1985 σελ.17

Για τους ιδιαίτερους θεσμούς του ναυτικού δικαίου όπως η αβαρία, η επιθαλάσσια αρωγή, η ναυγιάρεση, η συμπλήρωση των κενών πρέπει να γίνεται κατ' αρχή από το ίδιο το ναυτικό δίκαιο με όλα τα μέσα ερμηνείας, και μόνο μετά την εξάντληση κάθε δυνατότητα ερμηνείας, μπορεί αν γίνεται προσφυγή στο εμπορικό και το αστικό δίκαιο. Για τους θεσμούς, αντίθετα, που εμφανίζονται ως εξαιρέσεις γενικότερων θεσμών του δικαίου, όπως η ναυτική υποθήκη, η μεταβίβαση της κυριότητας του πλοίου για εξασφάλιση απαιτήσεως, κ.ά., μπορεί αν γίνεται ευκολότερα προσφυγή στους κανόνες που βρίσκονται στο εμπορικό ή στο αστικό δίκαιο.

Όπου η θαλάσσια οδός είναι ο μόνος τρόπος μεταφοράς, το πλοίο ανήχθη ως το μοναδικό μέσο μεταφοράς και δημιουργήθηκε μια κοινωνία ανθρώπινων σχέσεων, όπου ήταν ολοφάνερη η ανάγκη της ύπαρξης κανόνων οι οποίοι ρυθμίζουν όχι μόνο τις σχέσεις αυτής της κοινωνίας αλλά και εκείνων που συμμετέχουν σε αυτήν τη μεταφορά.⁴²

Αλλά η επίδραση του ναυτικού εθίμου και της ναυτικής συνήθειας στο σύγχρονο ναυτικό δίκαιο γίνεται ακόμα μεγαλύτερη και από την αρχή της θεμελίωσης από εμάς γραπτού δικαίου, δηλαδή με το Διάταγμα του 1835, μετά τον αγώνα της απελευθέρωσης από την Τουρκοκρατία. Από εδώ προκύπτει ότι φάνηκε αρκετά η τεράστια επίδραση του ναυτικού εθίμου και της ναυτικής συνήθειας, ως ειδικότερου κλάδου του εμπορικού εθίμου και της εμπορικής συνήθειας, στη διαμόρφωση του Ιδιωτικού Ναυτικού Δικαίου.

V. Σύγκριση αστικού- εμπορικού εθίμου

Μεταξύ του αστικού και του εμπορικού εθίμου υπάρχει μεγάλη απόσταση. Η δημιουργία και η ύπαρξη εθίμου στο αστικό δίκαιο είναι πολύ δυσκολότερη απ' ό,τι είναι στο εμπορικό και είναι ελάχιστα τα έθιμα τα οποία κατίσχυσαν των διατάξεων του πρώτου. Αντίθετα η δημιουργία και η ύπαρξη εμπορικού εθίμου είναι κατά πολύ ευκολότερη λόγω των διάφορων ηθικών, κοινωνικών και

⁴² Τσαγκάρη: Το έθιμον και αι συνήθειες εις το εμπορικόν και ίδια το ναυτικόν δίκαιον ΝοΒ,1960 σελ.760-2

οικονομικών λόγων, οι οποίοι συντελούν στη δημιουργία του.⁴³ Οι παράγοντες που το διευκολύνουν είναι οι εξής: α) η κίνηση των εμπορικών συναλλαγών μόνο μεταξύ ορισμένης μερίδας της κοινωνίας, δηλαδή των εμπόρων και πάλι μεταξύ ορισμένης μερίδας εμπόρων ανάλογα με τις περιστάσεις, ενώ οι αστικές συναλλαγές διενεργούνται μεταξύ όλων των μερίδων της κοινωνίας, β) η δυναμικότητα των συναλλασσόμενων εμπορικά για να διαπλάσσουν κανόνες προστασίας των εμπορικών συμφερόντων, ευκολότερα και ταχύτερα λόγω του περιορισμένου κύκλου της ενέργειάς τους.⁴⁴

Η δημιουργία αστικού εθίμου που αντιτίθεται μάλιστα στις διατάξεις του ΣΚ, ως προς π.χ. αυτές του οικογενειακού και κληρονομικού δικαίου, είναι προβληματική, γιατί οι διατάξεις αυτές στηρίζονται σε ηθικές και κοινωνικές αντιλήψεις που είναι βαθιά ριζωμένες στη συνείδηση του λαού και οι οποίες μπορούν να ανατραπούν γιατί να καταργηθούν μέσω εθίμου είναι πολύ δύσκολο έως και αδύνατο.

Μέχρι την εισαγωγή του ΑΚ καμία γραπτή διάταξη δεν όριζε κάτι σχετικό με τη νομική έννοια και την ισχύ του εθίμου, η επιστήμη όμως και η νομολογία των Δικαστηρίων, αποφάνθηκαν ότι και αυτό είναι πηγή δικαίου και μάλιστα ισότιμη (2^α) όπως και ο νόμος. Το άρθρο 1 του ΑΚ, για να εξαλείψει κάθε αμφισβήτηση γύρω από αυτό και να επισημοποιήσει τα πορίσματα της επιστήμης και της νομολογίας ορίζει ότι οι πηγές του δικαίου είναι ο νόμος και το έθιμο, χωρίς να δίνει σε κανένα από αυτά μεγαλύτερη ή μικρότερη αξία. Ως πηγή δικαίου λοιπόν και εμείς θα το εξετάσουμε και μάλιστα στη σφαίρα του εμπορικού δικαίου και ιδιαίτερα του Ιδιωτικού Ναυτικού Δικαίου.

Για τη δημιουργία του εθίμου απαιτείται α) μακροχρόνια άσκηση και μάλιστα τόση ώστε να είναι δυνατόν να συναχθεί από αυτή σταθερή κοινή συναίνεση και β) η άσκηση να γίνεται με κοινή συνείδηση για να ισχύσει το ασκούμενο ως δίκαιο.

VI. Συναλλακτικά ήθη ή συνήθειες και έθιμο

Διαφορετική από την έννοια του εθίμου είναι και η έννοια της συνήθειας ή των συναλλακτικών ηθών, την ποία σε πολλά σημεία ο ΑΚ και ο Εμπορικός

⁴³ Π.Λ, Περδικα: Το έθιμο στον αστικό κώδικα το ισχύσαν δίκαιο και την εμπορικήν συναλλαγήν Αθήνα 1946 σελ.23επ.

⁴⁴ Ι.Τσαγκάρη: ΝοΒ Έτος 8^ο σελ.761

Νόμος και ο Κώδικας Ναυτικού Δικαίου αναγνωρίζουν, κυρίως για την ερμηνεία ή τη συμπλήρωση των δικαιοπραξιών. Οι συνήθειες αυτές δεν είναι πηγές δικαίου, όπως το έθιμο, γιατί σε αυτές δεν υπάρχει το στοιχείο της εφαρμογής τους στις εμπορικές συναλλαγές κατά νομική ανάγκη (*opinion necessitatis*), εφαρμόζονται όμως είτε όταν ο νόμος παραπέμπει σε αυτές είτε όταν τα επικαλεστούν οι διάδικοι προς ερμηνεία ή συμπλήρωση δικαιοπραξίας. Για την ύπαρξη των συνηθειών δεν απαιτούνται τα στοιχεία τα οποία απαιτούνται για την ύπαρξη εθίμου, ο δε δικαστής μπορεί να τις δεχτεί και χωρίς να διατάξει απόδειξή τους, εφόσον είμαι ολοφάνερες.

Κανένας ορισμός της συνήθειας δεν δίνεται στο νόμο, μπορούμε όμως να πούμε ότι συνήθεια είναι οι συνήθειες τρόποι ενέργειας στις συναλλαγές σε ορισμένο επαγγελματικό κύκλο (10) ή ορισμένης συναλλαγής με ορισμένο τρόπο. Όταν οι έμποροι ή οι ναυτιλλόμενοι ρυθμίζουν μια σχέση ή μια συναλλαγή βάσει ενός εθίμου ή μιας συνήθειας επί μακρό χρονικό διάστημα, η ρύθμιση αυτή, είναι βέβαιο ότι πέρασε από όλα τα στάδια της πληρέστερης εμφάνισης και απόδοσης, διότι αυτοί γνωρίζουν όχι μόνο τις ανάγκες τους αλλά και ότι αυτές θα εξυπηρετηθούν καλύτερα και δικαιότερα. Οι άγραφοι νόμοι τους οποίους δημιουργεί ο λαός στις συναλλαγές του είναι σύμφωνοι με τις ανάγκες του και τις ρυθμίζουν δικαιότερα και πληρέστερα, διότι αυτός πρώτος θα δοκιμάσει τα αγαθά του ή τα κακά του και να αυτός (ο νόμος) σε κάποια περίπτωση κριθεί από την εφαρμογή του ότι παρουσιάζει ατέλειες είναι ευκολότερο να διορθωθεί από τον ίδιο παρά από το νομοθέτη του συντάγματος. Γι' αυτό δικαίως πανηγυρίστηκε ως μεγάλη επιτυχία και κατάκτηση του λαϊκού δικαίου η πλήρης εξομοίωση του εθίμου με το νόμο, μέσω του ΑΚ αν και αυτό υποστηριζόταν και πριν από την εισαγωγή του, τώρα όμως πια δεν μπορεί να αμφισβητηθεί.

Πολύ πιο εύκολα από το εμπορικό έθιμο διαπλάθεται βέβαια η εμπορική συνήθεια, παρ' όλο που δύσκολα μπορεί κάποιος να διαβαθμίσει αυτές τις δύο νομικές καταστάσεις. Πάντως η εμπορική συνήθεια διαφέρει από το έθιμο, διότι σε αυτή δεν υπάρχει το στοιχείο της *opinion necessitates* και συνεπώς δεν είναι πρωτογενής πηγή δικαίου, αφού το άρθρο 1 του ΑΚ ως τέτοια αναγνωρίζει μόνο το νόμο. Παρ' όλα αυτά αποτελεί συμπληρωματικό στοιχείο απόδειξης της έννοιας και της θέλησης στη δικαιοπραξία.⁴⁵

⁴⁵ βλ. για την έννοια της συναλλακτικής συνήθειας: Α.Π703/76 ΝοΒ, Έτος 25^{ov} σελ.52

ΙΣΤΟΡΙΚΗ ΕΞΕΛΙΞΗ: Διάταγμα του Φεβρουαρίου 1835: η δεύτερη περίοδος του μοναδικού αυτού άρθρου αναφέρει: «τα έθιμα όμως, όσα καθιέρωσαν πολύχρονη και αδιάκοπη συνήθεια ή δικαστικές αποφάσεις, όπου επικράτησαν, υπερισχύουν των πολιτικών νόμων των Βυζαντινών αυτοκρατόρων». Ως προς την εξωτερική πλευρά της εμφάνισης του εθίμου ως κανόνα δικαίου παρατηρούμε ότι α) η άσκηση του εθίμου στο οποίο αναφέρεται το διάταγμα του 1835, μπορεί να είναι όχι μόνο πολύχρονη και αδιάκοπη αλλά και ομοιόμορφη, αν και στο στοιχείο αυτό πολεμήθηκε σφοδρά ως περιττό, και αυτό γιατί δεν ήταν δυνατό να υπάρξει κριτήριο για αυτό, και ο δικαστής παρέμενε ελεύθερος στην εκτίμησή του.

Θα εξετάσουμε ήδη το ζήτημα αν μετά την ισχύ του ΑΚ μπορεί αν δημιουργηθεί έθιμο και αν η δύναμή του είναι καταργητική του νόμου ή απλά συμπληρωματική. Σύμφωνα όμως με άλλη γνώμη, αυτή που είναι ορθή ασφαλώς και επικρατεί στην επιστήμη και τη νομολογία των δικαστηρίων μας εφόσον με το άρθρο 1 του ΑΚ αποδόθηκε ίση δύναμη του εθίμου με αυτή του νόμου ως πηγής δικαίου («οι κανόνες δικαίου περιλαμβάνονται στους νόμους και τα έθιμα»), η δε περίοδος β' του άρθρου 2 του ΑΚ ορίζει ότι ο νόμος (γραπτός ή και έθιμο) διατηρεί την ισχύ του όσο κάποιος άλλος κανόνας δικαίου (νόμος ή έθιμο δηλαδή) δεν τον καταργήσει ρητά ή σιωπηρά, είναι λάθος να υποστηρίζεται ότι ο νόμος δεν μπορεί να καταργήσει το έθιμο. Και αν μεν πρόκειται για κανόνες ενδοτικού δικαίου, δεδομένου ότι αυτοί υποχωρούν στην αντίθετη ιδιωτική θέληση είναι δυνατή η δημιουργία εθίμου καταργητικής μάλιστα ισχύος, με το άρθρο 3 του ΑΚ που ορίζει ότι απαγορεύεται η ιδιωτική θέληση μόνο όταν αυτή αντιβαίνει σε νόμους δημόσιας τάξης. Αν όμως πρόκειται για κανόνες δημόσιας τάξης υποστηρίζεται ορθά και κατ' εμένα ότι η δημιουργία καταργητικού εθίμου μετά τον ΑΚ αποκλείεται, αφού έναντι αυτών, η ιδιωτική θέληση είναι ανίσχυρη.

ΣΤΟ ΕΜΠΟΡΙΚΟ ΔΙΚΑΙΟ:

Από τη διάταξη περί ικανότητας του δικαιοπρακτείν δεν εθίγησαν καθόλου οι διατάξεις που περιέχονται στον εμπορικό νόμο και οι οποίες ορίζουν την ικανότητα για την άσκηση εμπορίας ή τη διενέργεια εμπορικών πράξεων, η περί ικανότητας για την ανάληψη υποχρεώσεων που προκύπτουν από συναλλαγματική, γραμματίου σε διαταγή και τραπεζική επιταγή. Οι διατάξεις αυτές του εμπορικού νόμου αν και είναι αντίθετες με αντίστοιχες διατάξεις του ΑΚ δεν καταργήθηκαν

αλλά εξακολουθούν αν ισχύουν, διότι δεν είναι δυνατόν να συμπεριληφθούν σε θέματα που έχουν ρυθμιστεί από τον ΑΚ και που έχουν αφεθεί άθικτα. Για αυτούς τους λόγους δεχτήκαμε παραπάνω ότι και κατά την εισαγωγή του ΑΚ διατηρούνται εμπορικά έθιμα και συνήθειες και παραμένουν σε ισχύ και μετά την εισαγωγή του ΑΚ, υπό την προϋπόθεση όμως ότι δεν πρόκειται για λεπτομέρειες κάποιου θεσμού που ρυθμίστηκε εξαντλητικά από τον ΑΚ.

Είναι λοιπόν δυνατό να δημιουργηθεί εμπορικό έθιμο μετά την εισαγωγή του ΑΚ που να είναι καταργητικό κάποιου προϋπάρχοντος νόμου και δεν υπάρχει καμία δυσκολία να αποδεχτούμε ότι δεν υπάρχει κανένα κώλυμα σε σχέση με αυτό για τους εξής λόγους: αφού δεχτήκαμε ότι μπορεί να δημιουργηθεί αστικό έθιμο, δεν μπορούμε να αρνηθούμε τη δημιουργία και εμπορικού, αφού και μάλιστα διατηρήθηκε η ισχύς και των εθίμων που προηγήθηκαν του ΑΚ, αρκεί το έθιμο αυτό να μην είναι τοπικό αλλά γενικό.⁴⁶ Το Πρωτοδικείο Πειραιώς ταλαντεύτηκε πολύ αλλά με την 32/59 απόφασή του δέχτηκε ότι και τα εμπορικά έθιμα που διαμορφώθηκαν και ίσχυσαν πριν από την εισαγωγή του ΑΚ, καταργήθηκαν από την εισαγωγή του ΑΚ, εφόσον βέβαια αντίκεινται σε θέματα που ρυθμίζονται αποκλειστικά από τον ΑΚ.

Από την άλλη, εσφαλμένα όμως, δέχτηκε ότι όσα διαμορφώθηκαν μετά την ισχύ του δεν μπορούν να κατισχύσουν έναντι των ρητών διατάξεων των νόμων, χωρίς να έχει σημασία αν είναι ενδοτικού χαρακτήρα ή δημόσιας τάξης, επρόκειτο όμως περί προταθέντος εθίμου, στο οποίο σε περίπτωση ακυρώσεως φόρτωσης εκ μέρους του πράκτορα δημιουργείται ευθύνη και προσωπική δική του για αποζημίωση του φορτωτή για τις αποθετικές ζημιές που προέκυψαν από τη ματαίωση της φόρτωσης.

ΝΑΥΤΙΚΑ ΕΘΙΜΑ:

Αλλά τα εμπορικά και ιδιαίτερα τα ναυτικά έθιμα και οι συνήθειες στη ναυτιλιακή επιχείρηση παίζουν εξαιρετικά σπουδαίο ρόλο λόγω της άσκησης αυτής σε διάφορα λιμάνια και διάφορες χώρες, και σπάνια οι λεπτομέρειες φόρτωσης και εκφόρτωσης περιλαμβάνονται στο ναυλοσύμφωνο και τη φορτωτική και έτσι η ρύθμιση των λεπτομερειών αυτών αφήθηκε στην επιτόπια συνήθεια όχι

⁴⁶ Τσαγκάρης: Το έθιμον και αι συνήθειες εις το εμπορικόν και ιδια το ναυτικον δίκαιον ΝοΒ,1960 σελ.765

μόνο μέσω θετών διατάξεων αλλά και αυτά τα ίδια τα ναυλοσύμφωνα και οι φορτωτικές το τηρούν αυτό κατά κανόνα.

Όσο και να επιθυμούν τα συμβαλλόμενα μέρη στη θαλάσσια μεταφορά να καθορίσουν εκ των προτέρων τους όρους και τις λεπτομέρειες αυτής τόσο σε ό,τι αφορά στη φόρτωση όσο και στην εκφόρτωση, θα είναι αδύνατον να το επιτύχουν και κατ' ανάγκη αφήνονται στην επιτόπια συνήθεια, την οποία όμως είναι υποχρεωμένα να γνωρίζουν και τα δύο (συμβαλλόμενα μέρη) διότι σε διαφορετική περίπτωση δεν γνωρίζουν όλους τους παράγοντες της επιχείρησης, οι οποίοι όμως παίζουν αποφασιστικό ρόλο στο οικονομικό αποτέλεσμά της. Έτσι, κατά την Π.Πρ.Πειρ. 4433/1963, ΝοΒ Έτος 12^ο σελ.820, το δικαστήριο έκρινε ότι δεν ήτο δυνατόν, έθιμο σύμφωνα με το οποίο μπορούσαν να φορτωθούν ορισμένα είδη εμπορευμάτων στο κατάστρωμα του πλοίου (χωρίς γραπτή συμφωνία επί της φορτωτικής), να καταργήσει την διάταξη του αρθ.114 Κ.Ι.Ν.Δ. η οποία απαγορεύει τη φόρτωση εμπορευμάτων επί του καταστρώματος.

Τα παραπάνω έθιμα και συνήθειες έχουν ισχύ νόμιμου απλού (δηλαδή μαχητού) τεκμηρίου, που απαλλάσσει δηλαδή αυτόν που το επικαλείται για απόδειξη της υποχρέωσής του, δεν αποκλείει όμως την ανταπόδειξη από μέρους του αντιδίκου του.

Το Εμπορικό και Βιομηχανικό Επιμελητήριο Πειραιώς κατάρτισε Επιτροπή το 1956 η οποία προέβη στη συγκέντρωση, αναθεώρηση και καταγραφή των εθίμων και συνηθειών που υπάρχουν στον Πειραιά, τα οποία αναγνωρίστηκαν ως τέτοια από το Διοικητικό Συμβούλιο του κατά τη συνεδρίαση της 28/ 5/ 1957.

Εν γένει, δε, σε όλη την επικράτεια υφίστανται εμπορικά και ναυτικά έθιμα που τηρούνται με συνείδηση δικαίου από τους εμπλεκόμενους και αναγνωρίζονται από τα δικαστήρια. Τέτοια είναι:

α) Έξοδα εκφόρτωσης κύτους.

Υπάρχει η συνήθεια στο λιμάνι του Πειραιά κατά την οποία οι δαπάνες του κύτους εκφόρτωσης του πλοίου βαρύνουν τον παραλήπτη, έστω και να η φόρτωση συμφωνήθηκε από τη ρήτρα Sotto Palango (Πρ. Πειρ. 920/ 1950 Επ. Εμπ. Δ. Α. 449)

β) Μη παράδοση τίτλων σε υπερημερία.

Σε όλη την Ελλάδα υπάρχει το έθιμο στο οποία σε περίπτωση πώλησης τίτλων ανώνυμων και γενικά οποιωνδήποτε χρεογράφων, στην οποία συμφωνήθηκε προθεσμία παράδοσής τους και πίστωση του τιμήματος, αν παρέλθει η προθεσμία

χωρίς να γίνει πληρωμή του τιμήματος και των τυχόν τόκων ή επέλθει παράδοση των τίτλων ή τελική απόδοσή τους από τον πωλητή για οποιονδήποτε λόγο, σε τέτοια περίπτωση η συμφωνία ατονεί και ο πωλητής δεν υποχρεούται σε οποιαδήποτε τελική παράδοση των τίτλων (ΑΠ 463/ 1950).

γ) Απομείωση θείου

Υπάρχει στην Ελλάδα έθιμο σύμφωνα με το οποίο στη μεταφορά θείου εκπίπτει απομείωση ½% επί του μετακομιζόμενου φορτίου (Πρ. Θεσ. 276/ 1952 Ε. Εμπ. Δ. Γ' 197).

δ) Τόκοι σε ανοιχτό λογαριασμό.

Υπάρχει στη Θεσσαλονίκη έθιμο, κατά το οποίο σε σύμβαση παροχή πιστώσεως από την Τράπεζα σε ανοιχτό λογαριασμό, ο δεδουλευμένος τόκος και η προμήθεια μεταφέρονται αυτοδίκαια κατά τριμηνία σε χρέωση του λογαριασμού, συγκεφαλαιούμενοι και τοκοφόροι μαζί με όλο το ποσό της χορηγούμενης πίστωσης, και το έθιμο αυτό δεν αντιβαίνει στο άρθρο 669 Εμπ. Ν (ΑΠ 139/ 1957 ΝοΒ 5, σελ. 663)

Το διεθνές έθιμο

Δεν συμβαίνει συχνά τα ελληνικά δικαστήρια να κρίνουν την ύπαρξη και το περιεχόμενο ενός διεθνούς εθμικού κανόνα. Και όταν, μάλιστα, ασχολούνται με παρόμοια ζητήματα δεν αντιμετωπίζουν ιδιαίτερα προβλήματα αφού συνήθως ο σχετικός εθμικός κανόνας είναι αποκρυσταλλωμένος και σαφής, γίνεται δε κοινά αποδεκτός από περισσότερα κράτη.⁴⁷

Εξαίρεση αποτελεί η σχολιαζόμενη υπ' αριθμ. 11/2000 απόφαση της Ολομέλειας του Αρείου Πάγου, με την οποία κρίθηκε η διεθνής δικαιοδοσία των εθνικών δικαστηρίων να εκδικάζουν, κατ' απόκλιση της αρχής της ετεροδικίας, αγωγές αποζημίωσης για αδικοπραξίες που τελέστηκαν σε βάρος προσώπων και της παρουσίας τους σε έδαφος του forum από όργανα αλλοδαπού κράτους που ήταν παρόντα στο ίδιο έδαφος κατά το χρόνο τέλεσης των αδικοπραξιών αυτών και αν ακόμη πρόκειται για πράξεις κυριαρχικής εξουσίας (acta jure imperii).

Αφορμή για την έκδοση της ανωτέρω αποφάσεως αποτέλεσε η αίτηση αναιρέσεως που άσκησε το Γερμανικό Δημόσιο κατά αποφάσεως του Πολυμελούς

⁴⁷ Α.Παπακωνσταντίνου Το διεθνές έθιμο ως "γενικά παραδεδεγμένος κανόνας του διεθνούς δικαίου" και η εφαρμογή του στην εθνική έννομη τάξη, Τευχος 1^ο, Αθήνα 2001

Πρωτοδικείου Λιβαδειάς, με την οποία γινόταν δεκτή η διεθνής δικαιοδοσία του τελευταίου να εκδικάσει αξιώσεις αποζημίωσης σε βάρος του Γερμανικού Δημοσίου για αδικοπραξίες που τελέστηκαν κατά τη περίοδο της γερμανικής κατοχής σε βάρος ελλήνων πολιτών. Η Ολομέλεια του Αρείου Πάγου ασχολήθηκε με το ζήτημα της ύπαρξης εθιμικού (διεθνούς) κανόνα που να στηρίζει την εν λόγω άποψη περί διεθνούς δικαιοδοσίας των εθνικών δικαστηρίων.

Το Σύνταγμα του 1975/86 ρυθμίζει το ζήτημα της εφαρμογής και της ισχύος του διεθνούς δικαίου στην εθνική έννομη τάξη σε ένα διπλό ταυτόχρονα επίπεδο: Το άρθρο 28 § 1 εμπεριέχει ορισμούς που αφορούν την ενσωμάτωση στο εσωτερικό δίκαιο τόσο των συμβατικών όσο και των μη συμβατικών (αλλά γενικά παραδεγμένων) κανόνων του διεθνούς δικαίου.⁴⁸

Στη θεωρία, ως γενικό διεθνές δίκαιο νοείται εκείνο που περιλαμβάνει τους κανόνες που εφαρμόζονται στις σχέσεις όλων των μελών της διεθνούς κοινωνίας.

Ως γενικοί κανόνες θεωρούνται έτσι:

- i) το γενικό διεθνές έθιμο,
- ii) οι γενικές αρχές του διεθνούς δικαίου και
- iii) οι γενικές αρχές του δικαίου των κρατών όταν και στο βαθμό που θεωρούνται ως πηγή του διεθνούς δικαίου.⁴⁹

Αντίθετα, το ειδικό (ή μερικό) διεθνές δίκαιο αποτελείται από τους κανόνες εκείνους, συμβατικούς ή εθιμικούς, που εφαρμόζονται στις σχέσεις μεταξύ ορισμένων μόνον από τα υποκείμενα του διεθνούς δικαίου έτσι, ως ειδικοί κανόνες θεωρούνται:

- i) το σύνολο των διεθνών συνθηκών (εξαιρουμένων εκείνων που οι κανόνες τους έχουν προσλάβει οικουμενικό χαρακτήρα εξαιτίας είτε της συμμετοχής σ' αυτές του συνόλου των χωρών είτε της ευρείας αποδοχής και εφαρμογής των αρχών τους είτε και για τους δύο λόγους) και
- ii) τα ειδικά (μερικά) διεθνή έθιμα.

Το γενικό διεθνές έθιμο αποτελεί αναμφισβήτητα τη σημαντικότερη κατηγορία κανόνων διεθνούς δικαίου που εντάσσονται στο νοηματικό και, συνακόλουθα, κανονιστικό πλαίσιο της έννοιας των "γενικά παραδεγμένων

⁴⁸ Κ.Ιωάννου, Κ.Οικονομίδη, Χ.Ροζακή, Α.Φατούρου:Σχέσεις διεθνούς και εσωτερικού δικαίου, 1990, σ.53επ,113επ

⁴⁹ Κ.Ευσταθιάδη, Διεθνές Δίκαιον, τ. Α', 1963, σ.60επ.

κανόνων του διεθνούς δικαίου". Από την άποψη αυτή, η κατίσχυση του διεθνούς εθίμου έναντι του τυπικού νόμου διασπά τη νομική αρχή ότι το έθιμο δεν υπερισχύει του νόμου.⁵⁰

Σε αντίθεση με τα εθνικά δίκαια, στο διεθνές δίκαιο το έθιμο αποτελεί τη σπουδαιότερη ίσως πηγή δικαίου, παρά το γεγονός ότι τις τελευταίες ιδίως δεκαετίες η συμπερίληψη των γενικών κανόνων του διεθνούς δικαίου σε πολυμερείς συμβάσεις αποτελεί μία συνηθισμένη πρακτική που εξαιτίας της μεγάλης της έκτασης έχει σχετικοποιήσει αρκετά τη σημασία του εθίμου ως πηγής των διεθνών κανόνων. Ωστόσο, ακόμη και σήμερα η εθιμική διαδικασία παραγωγής κανόνων διεθνούς δικαίου θεωρείται πύο διαδεδομένη και συνήθης σε σχέση με τη συμβατική, το γεγονός αυτό οφείλεται, βέβαια, στην απουσία από τη διεθνή έννομη τάξη μίας κεντρικής εξουσίας και, ιδίως, ενός νομοθετικού οργάνου που θα ρύθμιζε κατά τρόπο ενιαίο και συνεκτικό την κοινωνική συμβίωση στο επίπεδο της διεθνούς κοινωνίας.⁵¹

Το διεθνές έθιμο αποτελεί ουσιαστικά μία διεθνή πρακτική που έχει γίνει παραδεκτή ως δίκαιο. Το άρθρο 38 § 1 Κατ.Δ.Δ., το οποίο ορίζει ότι το Δικαστήριο εφαρμόζει ως μέρος του διεθνούς δικαίου "το διεθνές έθιμο, ως απόδειξη γενικής πρακτικής παραδεγμένης ως δικαίου", παρά την προβληματική του διατύπωση (το έθιμο δεν αποτελεί απόδειξη της πρακτικής αλλά, αντίθετα, η πρακτική αποτελεί απόδειξη του εθίμου) εισφέρει τη βασική αρχή και τις γενικές κατευθύνσεις για την ανεύρεση του νοηματικού περιεχομένου της εν λόγω (νομικής) έννοιας. Προκύπτει, λοιπόν, ότι το έθιμο συντίθεται από δύο βασικά στοιχεία η ταυτόχρονη ύπαρξη των οποίων είναι απαραίτητη για τη δημιουργία του: Το αντικειμενικό στοιχείο, που είναι η μακρά ομοιόμορφη πρακτική των κρατών (*usus*) και το υποκειμενικό, που είναι η πεποίθηση ότι υπάρχει νομική υποχρέωση συμπεριφοράς σύμφωνης με τον κανόνα που περιέχει ή εκφράζει η πρακτική αυτή (*opinio juris*).⁵²

⁵⁰ Α.Παπακωνσταντίνου: Το διεθνές έθιμο ως "γενικά παραδεγεμένος κανόνας του διεθνούς δικαίου" και η εφαρμογή του στην εθνική έννομη τάξη και η εφαρμογή του στην εθνική έννομη τάξη. Παρατηρήσεις με αφορμή την ΑΠ (Ολ.) 11/2000, Τεύχος 1^ο, Αθήνα 2001

⁵¹ Α.Παπακωνσταντίνου: Κράτος και διεθνές δίκαιο. Η συνταγματική διαρρύθμιση των σχέσεων εσωτερικού και διεθνούς δικαίου, Αθήνα 2001, σ.104επ.

⁵² Βλ. Α.Φατούρου: Δημόσιο διεθνές δίκαιο, Θεωρία των πηγών, Αθήνα 1988,σ.320επ.

Σε δογματικό επίπεδο, η θεμελίωση του εθίμου διήλθε, σχηματικά, από δύο βασικά στάδια: Στο πρώτο στάδιο θεμελιώθηκε στις αρχές του φυσικού δικαίου. Έκφραση της θεμελίωσης αυτής αποτελεί η λεγόμενη αντικειμενική θεωρία η οποία δέχεται την αντικειμενική υπόσταση του διεθνούς δικαίου ως κοινωνικού γεγονότος που οφείλεται στην αναπόφευκτη σχέση και αλληλεξάρτηση των κρατών στην διεθνή κοινότητα. Στο δεύτερο στάδιο, η θεμελίωση του εθίμου στηρίζεται σε περισσότερο "θετικές" βάσεις ως απόρροια των νέων αντιλήψεων που εισάγει ο νομικός θετικισμός την περίοδο του 19ου αιώνα. Στο πλαίσιο αυτό, αναπτύσσεται η συναινετική θεωρία η οποία δέχεται ότι το δίκαιο είναι έκφραση της κυρίαρχης κρατικής βούλησης και το διεθνές δίκαιο προέκταση προς τα έξω της ίδιας αυτής βούλησης.⁵³

Πολύ γενικά, πρέπει να γίνει δεκτό ότι το νέο κράτος από τη στιγμή που συμπληρωθούν οι προϋποθέσεις για τη δημιουργία του καθίσταται εξ ορισμού και εκ των πραγμάτων μέλος της διεθνούς κοινωνίας και συνακόλουθα υποκείμενο της διεθνούς έννομης τάξης, η υπαγωγή του, λοιπόν, στο διεθνές δίκαιο είναι αυτόματη και άμεση. Ωστόσο, όπως και κάθε άλλο (προϋφιστάμενο) κράτος "τεκμαίρεται" ότι συναινεί στη δέσμευσή του από τους εθιμικούς κανόνες που προϋπάρχουν της δημιουργίας του. Η παραβίαση των εν λόγω κανόνων, μερικά ή στο σύνολό τους, γεννά τη διεθνή ευθύνη του κράτους και επισύρει τις κυρώσεις που προβλέπονται από το διεθνές δίκαιο.

Α) Στιγμαίο έθιμο. Κατ' αρχήν, για να δημιουργηθεί ένα διεθνές έθιμο, αντίθετα με τα ισχύοντα στο εσωτερικό δίκαιο, δεν απαιτείται κατ' ανάγκη "μακρά και ομοιόμορφη πρακτική" των κρατών. Τα αποφασιστικά στοιχεία, αντίθετα, είναι εν προκειμένω η ένταση, η βαρύτητα και η σαφήνεια της συγκεκριμένης πρακτικής. Κατά τον τρόπο αυτό, είναι δυνατόν να έχουμε δημιουργία "στιγμαίου" εθίμου ή, έστω, εθίμου που στηρίζεται σε ολιγόχρονη πρακτική, διαθέτοντας όμως το στοιχείο της επαναληπτικότητας. Τελικά, η διάρκεια που απαιτείται για να δημιουργηθεί έθιμο σχετίζεται περισσότερο με τη συχνότητα της επανάληψης των σχετικών πράξεων και την ομοιομορφία τους "παρά με το αντικειμενικά διανύσιμο χρονικό διάστημα". Έτσι, η διπλωματική αλληλογραφία, τα σχετικά κρατικά έγγραφα και ιδίως οι γνωμοδοτήσεις καθώς και τα νομοθετήματα και οι

⁵³ Κ.Ευσταθιάδη: Διεθνές Δίκαιο, τ. Α', Αθήνα 1963, σ.48επ.

εθνικές δικαστικές αποφάσεις αποτελούν το "υλικό" για την ανεύρεση των εθιμικών κανόνων.⁵⁴

Β) Γενικό διεθνές έθιμο. Σε κάθε πάντως περίπτωση, για να χαρακτηριστεί ένα διεθνές έθιμο ως γενικό (και να υπαχθεί συνεπώς -κατ' αρχήν- στους "γενικά παραδεγμένους κανόνες") πρέπει η εν λόγω κρατική πρακτική να είναι γενικευμένη στο χώρο, να είναι, δηλαδή, γενική πρακτική των κρατών. Δεν είναι, πάντως, απαραίτητο όλα τα κράτη του κόσμου να έχουν εκδηλώσει με την πρακτική τους, αποδοχή του κανόνα, αρκεί συνεπώς να έχουν αποδεχθεί το έθιμο πολλά κράτη, η αποδοχή, δηλαδή, να είναι γενική και όχι παγκόσμια. Βέβαια, στη δημιουργία ενός γενικού εθίμου ο ρόλος της πρακτικής των άμεσα ενδιαφερομένων χωρών έχει μεγαλύτερη και πιο βαρύνουσα σημασία (π.χ. εθιμικός κανόνας για την ελεύθερη ναυσιπλοΐα αφορά αμεσότερα τα παραθαλάσσια κράτη). Ακόμη, μία πρακτική που δεν έχει γίνει δεκτή ως δικαίικος κανόνας από μία Μεγάλη Δύναμη είναι αμφίβολο αν μπορέσει να αποτελέσει διεθνές έθιμο. Γενικά, γίνεται δεκτό ότι ένας εθιμικός κανόνας μπορεί να υπάρξει έστω και αν η σχετική θετική πρακτική πηγάζει από μερικά κράτη, ενώ άλλα κράτη δεν έχουν με την πρακτική τους πάρει θέση. Όταν υπάρξει αντίθεση από κάποιο ή κάποια κράτη σε συγκεκριμένη κρατική πρακτική, ο εθιμικός κανόνας μπορεί να δημιουργηθεί αλλά δεν δεσμεύει το κράτος ή τα κράτη που έχουν αντιταχθεί.⁵⁵

Στην υπόθεση Lotus το Δ.Δ.Δ.Δ. έκρινε ότι "μόνον αν η αποχή των κρατών από κάποιες ενέργειες βασίζεται στην ενσυνείδητη υποχρέωσή τους να απόσχουν, θα ήταν δυνατό να μιλήσει κανείς για διεθνές έθιμο... Οι επιμέρους πράξεις πρέπει όχι μόνο να συνιστούν μία καθιερωμένη πρακτική, αλλά επίσης να είναι τέτοιες ή να πραγματοποιούνται κατά τέτοιο τρόπο ώστε να αποδεικνύουν την πεποίθηση ότι αυτή η πρακτική είναι υποχρεωτική επειδή υπάρχει κανόνας δικαίου που την απαιτεί.

Υπάρχουν πολλές διεθνείς πράξεις - λόγου χάρη στο επίπεδο της εθιμοτυπίας και των τελετών - που πραγματοποιούνται σχεδόν αμετάβλητα αλλά οι οποίες

⁵⁴ Α.Φατούρος: Σχέσεις διεθνούς και εσωτερικού δικαίου, Αθήνα 1990, σ.338

⁵⁵ Α.Φατούρος: Σχέσεις διεθνούς και εσωτερικού δικαίου, Αθήνα 1990, σ.338

αιτιολογούνται μόνο για λόγους αβροφροσύνης, πρακτικής ή παραδόσεως και όχι από κάποιο συναίσθημα νομικής υποχρεώσεως".⁵⁶

Όπως προβλέπει το άρθρο 28 § 1 Συντ. το οποίο εισάγει την αρχή της άμεσης εφαρμογής των γενικά παραδεγμένων κανόνων του διεθνούς δικαίου στην εσωτερική έννομη τάξη, δεν είναι δυνατόν να θεωρήσουμε ότι με τη συμπερίληψη των εθιμικών κανόνων σε συνθήκη αυτοί χάνουν τη νομική τους φύση ως γενικοί διεθνείς κανόνες. Αντίθετα, εξακολουθούν να διατηρούν τον αρχικό τους χαρακτήρα παράλληλα με αυτόν του συμβατικού κανόνα. Άλλωστε, η κωδικοποίηση των εθιμικών κανόνων αποβλέπει στην αποσαφήνιση και την ακριβέστερη διακρίβωση του περιεχομένου τους και όχι στην ανατροπή ή σχετικοποίηση της νομικής τους σημασίας ή στην αλλοίωση της νομικής τους φύσης. Έχει, δηλαδή, χαρακτήρα διαπιστωτικό (βεβαιωτικό) και όχι δημιουργικό.

Εξάλλου, η νομολογία των εθνικών μας δικαστηρίων τόσο υπό το προΐσχον του Συντάγματος του 1975 καθεστώς (π.χ. Π.Πρ.Αθ. 2626/65) όσο και υπό το ισχύον (βλ. Σ.τ.Ε. 359/78) αποδέχεται σταθερά ότι ο γενικός εθιμικός κανόνας εξακολουθεί να ισχύει ως τέτοιος και μετά τη συμπερίληψή του σε διεθνή συνθήκη. Προς αυτή την κατεύθυνση κινούνται και οι λύσεις που έδωσαν τα εθνικά δικαστήρια των άλλων χωρών που τα Συντάγματά τους κινούνται στον ίδιο κατά βάση συγκριτικό, νομικό και ιδεολογικό ορίζοντα με το Σύνταγμα του 1975, τουλάχιστον ως προς τα ζητήματα της αναγνώρισης, εισδοχής και εφαρμογής των κανόνων του διεθνούς δικαίου στην εσωτερική έννομη τάξη.

Κανόνας του διεθνούς εθιμικού δικαίου (δηλαδή, "γενικά παραδεγμένος κανόνας του δημόσιου διεθνούς δικαίου", σύμφωνα με τους σχετικούς ορισμούς του άρθρου 28 παρ. 1 Συντ.), "αποτελεί και η ετεροδικία ή κυριαρχική ασυλία των αλλοδαπών κρατών, δηλαδή η μη υπαγωγή τους στη διεθνή δικαιοδοσία των δικαστηρίων του forum". Προχωρώντας, μάλιστα, ένα βήμα παραπέρα, η πλειοψηφία σημειώνει ότι "υπό τη σύγχρονη εκδοχή του ο θεσμός αποτελεί συνέπεια της κυριαρχίας, ανεξαρτησίας και ισότητας μεταξύ των κρατών, αποσκοπεί δε στην αποφυγή διαταραχής των διεθνών σχέσεων".

⁵⁶ Α.Παπακωνσταντίνου: Το διεθνές έθιμο ως "γενικά παραδεγμένος κανόνας του διεθνούς δικαίου" και η εφαρμογή του στην εθνική έννομη τάξη και η εφαρμογή του στην εθνική έννομη τάξη. Παρατηρήσεις με αφορμή την ΑΠ (Ολ.) 11/2000, Τεύχος 1^ο, Αθήνα 2001

Εξαιρέση από το διεθνή αυτόν εθιμικό κανόνα μπορεί, ασφαλώς, να τεθεί με άλλον κανόνα του διεθνούς δικαίου, συμπεριλαμβανομένου, βέβαια, και του εθιμικού κανόνα. Κατά την πλειοψηφούσα άποψη, λοιπόν, ο διεθνής κανόνας που περιλαμβάνεται στο άρθρο 11 της Ευρωπαϊκής Σύμβασης για την Ετεροδικία των Κρατών (1972), σύμφωνα με τον οποίο ένα συμβαλλόμενο κράτος δεν μπορεί να επικαλεστεί την ετεροδικία του στο δικαστήριο ενός άλλου συμβαλλόμενου κράτους σχετικά με την αστική του ευθύνη για την αποκατάσταση της ζημίας που προκλήθηκε από αδικοπραξίες σε βάρος προσώπου ή περιουσίας, ανεξάρτητα από το αν η αδικοπραξία τελέστηκε από το συμβαλλόμενο κράτος *jure imperii* ή *jure gestionis*, συνιστά, εκτός από συμβατικό και εθιμικό κανόνα δικαίου.

Για να στηρίξει την άποψή του αυτή, το Δικαστήριο παραθέτει σειρά επιχειρημάτων, όπως το γεγονός ότι: α. Η ανωτέρω Ευρωπαϊκή Σύμβαση του 1972 "ενέπνευσε και επηρέασε σημαντικές αλλοδαπές πολιτείες που θεσμοθέτησαν συναφείς εσωτερικούς νόμους", β. το 1991 "η Επιτροπή Διεθνούς Δικαίου των Ηνωμένων Εθνών (ILC)... υπέβαλε στη Γενική Συνέλευση προς ψήφιση το οριστικό σχέδιο σύμβασης για τη "Δικαιοδοτική Ασυλία των Κρατών και της Περιουσίας τους", στο οποίο περιλαμβάνονταν "εξαιρέση από την ετεροδικία για την αδικοπρακτική ευθύνη της αλλοδαπής πολιτείας", γ. στα ερμηνευτικά σχόλια του ειδικού εισηγητή του ως άνω άρθρου διευκρινίζεται ότι τούτο "έχει ως βάση την αρχή της εδαφικότητας και αφορά αδικήματα από πρόθεση ή αμέλεια (ακόμη και πολιτική δολοφονία) που διαπράχθηκαν σε βάρος ατόμων στο έδαφος του *forum* από όργανα ή υπαλλήλους του αλλοδαπού κράτους, δ. ταυτόσημο με το παραπάνω σχέδιο της Επιτροπής Διεθνούς Δικαίου είναι και το σχέδιο του ίδιου έτους (1991) του Ινστιτούτου Διεθνούς Δικαίου, ε. "τα δικαστήρια των χωρών της διεθνούς κοινότητας... δέχθηκαν ότι είχαν δικαιοδοσία να εκδικάσουν παρόμοιες αγωγές ατόμων κατά αλλοδαπών κρατών", στ. την εν λόγω εξαιρέση από την ετεροδικία "υιοθετεί και μεγάλος αριθμός διακεκριμένων δημοσιολόγων".

Το ζήτημα είναι, βέβαια, συνθετότερο. Και τούτο διότι είναι εξαιρετικά αμφίβολο εάν και κατά πόσο μπορεί να προβληθεί ο διεθνής κανόνας της ετεροδικίας σε περιπτώσεις που παρόμοια επίκληση θα οδηγούσε στην αποφυγή αποζημίωσης για παραβίαση κανόνων του διεθνούς δικαίου, όπως είναι η απαγόρευση των εγκλημάτων κατά της ανθρωπότητας, γεγονός που εντόπισε η πλειοψηφούσα άποψη. Ανεξάρτητα, πάντως, από την ορθότητα των συναφών κρίσεων του Δικαστηρίου, είναι βέβαιο ότι η αναλυτική θεωρητική τεκμηρίωση

της ύπαρξης διεθνούς εθιμικού κανόνα από τα εθνικά δικαστήρια διαγράφει ευοίωνες προοπτικές για την περαιτέρω αποτελεσματική εφαρμογή του διεθνούς δικαίου.

Κεφάλαιο 7

Ποινικό δίκαιο «Κανένα έγκλημα, ούτε ποινή χωρίς νόμο»

Στο ποινικό δίκαιο αντιθέτως, το ζήτημα τόσο της αναγνώρισης του εθίμου ως πηγής δικαίου όσο και της ισχύος του εθιμικού κανόνα δικαίου ως προς το γραπτό δίκαιο έγινε αντικείμενο προβληματισμού και επηρεάστηκε καταλυτικά από την αρχή που δεσπάζει στον εν λόγω κλάδο δικαίου, ήτοι την αρχή N.C.N.P.S.L. («nullum crimen, nulla poena sine lege» ήτοι «ούτε έγκλημα, ούτε ποινή χωρίς νόμο») σύμφωνα με την αρχή αυτή που αποτυπώθηκε στο άρθρο 7 του Ελληνικού Συντάγματος (προσλαμβάνοντας έτσι αυξημένη τυπική ισχύ) και κυρίως στο άρθρο 1 (αλλά και στο άρθρο 2) ΠΚ, δεν είναι δυνατή η τιμώρηση ενός ανθρώπου, τουλάχιστον με το εργαλείο του ποινικού δικαίου, για συμπεριφορά που δεν έχει ήδη προβλεφθεί και περιγράφει ως αξιόποινη σε γραπτό κανόνα δικαίου⁵⁷ ιδίως στα πλαίσια της θεωρίας του ποινικού δικαίου την περίοδο του απόλυτου φιλελευθερισμού και προς προστασία των δικαιωμάτων του ανθρώπου από αυθαίρετη ποινική δίωξη είχε υποστηριχθεί ότι αποκλειστική πηγή του ποινικού δικαίου είναι ο γραπτός νόμος και κατά συνέπεια δεν είναι δυνατό να συνιστά πηγή του (ποινικού) δικαίου το έθιμο υπό οποιαδήποτε προϋπόθεση.⁵⁸

Ο αποκλεισμός του εθίμου ως πηγή του ποινικού δικαίου στηρίχθηκε κυρίως στο γεγονός ότι το περιεχόμενο του εθίμου αλλά και αυτή η ύπαρξη του (η πλήρωση δηλαδή των στοιχείων γένεσης του εθίμου από ορισμένη συμπεριφορά στα πλαίσια κάποιας κοινωνικής ομάδας) είναι ιδιαίτερος αμφίβολα και δημιουργούν κινδύνους αυθαιρεσίας εκ μέρους των εφαρμοστών του ποινικού δικαίου με συνέπεια να μην κατοχυρώνεται επαρκώς η ασφάλεια του ατόμου από άδικη ή μεροληπτική δίωξη.⁵⁹ Στα πλαίσια μάλιστα της ανωτέρω άποψης κατοχυρώθηκε η θέση ότι εφόσον πηγή του ποινικού δικαίου δεν είναι το έθιμο αλλά μόνον ο γραπτός νόμος (ήτοι εφόσον δι' εθίμου δεν είναι δυνατόν να χαρακτηριστεί ορισμένη συμπεριφορά ως αξιόποινη και να προβλεφθεί η ποινή

⁵⁷ Βλέπε για την εν λόγω αρχή σε Χωραφά: Ποινικό Δίκαιο, Τ.Α, 1978 σ. 50επ και ιδίως 56 επ., Κονταξή: Ποινικός Κώδικας (ερμηνεία κατ' άρθρο) Τ. Α' (Γενικό Μέρος) σ. 11 επ. και ιδίως 20 επ. και τις εκεί παραπομπές

⁵⁸ Βλέπε για την αντιμετώπιση του εθίμου ως πηγή του (ποινικού) δικαίου στα πλαίσια της εν λόγω άποψης η μελέτη του Χρήστου Δέδε: Το έθιμο ως πηγή κανόνων του Ποινικού Δικαίου, ΠΧΡ 1971 σ.273επ. και ιδίως τις παραπομπές στις σελ.273-74

⁵⁹ βλ. Κονταξή: ο.π. σ.24

που θα την τιμωρεί) δεν είναι δυνατό, περαιτέρω, να έχει το έθιμο ισότιμη ισχύ προς τον γραπτό κανόνα του ποινικού δικαίου.⁶⁰ Κατά συνέπεια δεν είναι δυνατό με έθιμο να αυξηθεί ποινή που προβλέπει ο γραπτός νόμος αλλά ούτε και να μειωθεί τοιαύτη (προβλεφθείσα από γραπτό δίκαιο) ποινή και κυρίως δεν είναι δυνατό να καταργηθεί με έθιμο κανόνας ποινικού δικαίου.⁶¹

Εν συνεχεία, ωστόσο, η απολύτως εκφρασθείσα στην θεωρία άποψη ότι δεν είναι δυνατόν να υπάρξει ως πηγή του ποινικού δικαίου υπό οποιαδήποτε μορφή το έθιμο, μετριάσθηκε στην κρατούσα σήμερα άποψη ότι το έθιμο δεν είναι δυνατόν να αποτελέσει πηγή του ποινικού δικαίου προς θεμελίωση ή επαύξηση του αξιόποινου⁶² ήτοι ότι δεν είναι δυνατό με έθιμο να χαρακτηριστεί συγκεκριμένη πράξη ως έγκλημα και να οριστεί η ποινή που θα επιβάλλεται στον τελέσαντα την εν λόγω πράξη⁶³ αλλά ούτε και να αυξηθεί (με έθιμο) η ποινή που προβλέπει ο γραπτός νόμος⁶⁴, είναι δυνατό όμως δια εθίμου να δημιουργηθεί λόγος που άρει τον άδικο χαρακτήρα της (καταρχήν αξιόποινης) πράξης, στα πλαίσια, ιδίως του άρθρου 20 ΠΚ⁶⁵, ή καταλύει το αξιόποινο⁶⁶, ή αποκλείει τον καταλογισμό⁶⁷, ή μειώνει το αξιόποινο ορισμένης πράξης⁶⁸.

Έγινε, δηλ. δεκτό κατά κρατούσα στην θεωρία άποψη ότι και το έθιμο μπορεί να αποτελέσει (δευτερεύουσα σε σχέση με τον γραπτό νόμο) πηγή του ποινικού δικαίου με την έννοια ότι μπορεί εθιμικά να διαμορφωθεί λόγος που η επίκληση και η εφαρμογή του θα οδηγήσει στην αθώωση του κατηγορουμένου ή στον μετριασμό της ποινής του εφόσον βέβαια μπορεί να ενταχθεί στα πλαίσια των προβλεπομένων στο ποινικό δίκαιο, λόγω άρσης του αδίκου (ως ιδίως το άρθρο 20

⁶⁰ βλ. Χρ.Δέδε: ο.π. σ. 274-275

⁶¹ βλ. Γάφο: Ποινικό Δίκαιο, Γεν. Μέρος τ.α. 1973, σ. 75, Ανδρουλάκη: Ποινικόν Δίκαιον (Γεν.Μέρος) τα Θεμέλια, 1985 σ.105, και ιδίως βλ. την Εφ.Πειρ. 159/82 ΠΧΡ1982 σ. 949

⁶² βλ. Κονταξή: ο.π. σ. 24 και τις εκεί παραπομπές, Μαγκάκη: Ποινικό Δίκαιο, Διάγραμμα γενικού μέρους (έκδοση α') τ.α, σ. 65

⁶³ βλ. Κονταξή: ο.π., Μανωλεδάκη: Γενική Θεωρία Ποινικού Δικαίου, τ.Α, 1976, σ. 42 και 45

⁶⁴ βλ. Κονταξή: ο.π. και τις εκεί παραπομπές, Μαγκάκη: ο.π. Κατσαντώνη: Ποιν. Δίκαιον, Γεν. Μέρος, τ.Α, τεύχος Α' (1972) σ.37

⁶⁵ βλ. Γάφο: ο.π. σ. 76, Κατσαντώνη: ο.π. σ. 31-32, Μαγκάκη: ο.π. σ. 66, Χωραφά: ο.π. σ.59, Μανωλεδάκη: ο.π. τ.Γ,

⁶⁶ βλ. Χωραφά: ο.π. σ.59 (1981) σ. 61-63

⁶⁷ βλ. Χωραφά: ο.π., Κατσαντώνη: ο.π. σ. 32, Κονταξή: ο.π. σ. 25

⁶⁸ βλ. Μαγκάκη: ο.π., Κονταξή: ο.π.

ΠΚ) ή του καταλογισμού⁶⁹. Απλοποιώντας την εν λόγο θέση, μπορεί κανείς να καταλήξει ότι το έθιμο μπορεί να λειτουργήσει υπό ορισμένες προϋποθέσεις υπέρ του κατηγορουμένου όχι όμως σε βάρος του.

Έχει, δε, περαιτέρω υποστηριχθεί ότι το έθιμο⁷⁰ μπορεί ακόμα και να θεμελιώσει το αξιόποινο ή εν πάση περιπτώσει να το επαυξήσει έμμεσα, όταν, δηλαδή, ο ποινικός νόμος κάνει χρήση αιτιολογικών εννοιών για τον προσδιορισμό των οποίων απαιτείται η προσφυγή και σε άγραφο κανόνα δικαίου («ασελγής πράξη», «ανήθικη πράξη», κλπ)⁷¹ ή όταν ο ποινικός νόμος αναφέρει του αστικού ή άλλου κλάδου δικαίου στον οποίο το έθιμο λειτουργεί ως ισότιμο με το γραπτό δίκαιο πηγή δικαίου⁷². Για τους λόγους αυτούς, άλλωστε, ο Χρήστος Δέδες στη δημοσιευθείσα στα ΠΧΡ 1971, μελέτη του «το έθιμο ως πηγή κανόνων του ποινικού δικαίου» υποστηρίζει ότι τελικώς και στο ποινικό δίκαιο το έθιμο αποτελεί πηγή του δικαίου της οποίας, βέβαια, η σημασία και η συμβολή αναμφίβολα περιορίζεται από την αρχή Ν.С.Ν.Р.Տ.Լ. όχι όμως μέχρι του σημείου να μηδενίζεται αυτή⁷³ σε κάθε, πάντως, περίπτωση φρονούμε ότι και όταν γίνεται δεκτό ότι το έθιμο αποτελεί πηγή του ποινικού δικαίου θα πρέπει η συμβολή του στην διαμόρφωση του ποινικού δικαίου να περιχαρακώνεται από αντικειμενικά κριτήρια προβλεπόμενα από το γραπτό δίκαιο ακριβώς διότι ιδίως τα συστατικά στοιχεία του εθίμου επιτρέπουν αμφίβολη, μη συγκεκριμένα διατυπωθείσα, εφαρμογή του ποινικού δικαίου από τον δικαστή σε βάρος των δικαιωμάτων του κατηγορουμένου (ιδίως όποτε το έθιμο έστω και έμμεσα συνιστά πηγή του ποινικού δικαίου θεμελιωτική ή επαυξάνουσα το αξιόποινο) ή σε βάρος της προστασίας ορισμένου έννομου αγαθού που επιθυμεί να προστατεύσει η τυποποίηση ορισμένης πράξης ως αξιόποινης (όποτε το έθιμο λειτουργεί ως λόγος μείωσης της ποινής ή κατάλυσης του αξιόποινου ορισμένης πράξης).

Τον εν λόγο προβληματισμό εκφράζει ακόμη και η πλευρά των θεωρητικών που δέχονται το έθιμο ως πηγή του ποινικού δικαίου και μάλιστα πηγή που έχει σημασία ευρύτερη αυτής που της αναγνωρίζει η κρατούσα άποψη, τονίζοντας μάλιστα ότι και όταν ακόμη η ποινική θεωρία, αναγνωρίζουσα την συμβολή του

⁶⁹ Για τον προβληματισμό ως προς την περιχαρακωση των ορίων λειτουργίας του εθίμου, ακόμα και υπέρ του κατηγορουμένου, από το γραπτό δίκαιο βλ. και Κονταξή: ο.π. σ. 26-27 και τις εκεί παραπομπές

⁷⁰ βλ. Χρ. Δέδε: ο.π. σ. 276-279 και τις εκεί παραπομπές

⁷¹ βλ. Ανδρουλάκη: ο.π. σ. 139επ., Χωραφά: ο.π. σ. 60

⁷² βλ. Κονταξή: ο.π. σ. 25 και τις εκεί παραπομπές, Μαγκάκη: ο.π. σ. 66-67

⁷³ βλ. Χρ. Δέδε: ο.π. σ. 283-285

εθίμου στην διαμόρφωση του ποινικού δικαίου, αποδέχεται αυτό ως πηγή του ποινικού δικαίου, τονίζει ότι τελικώς ο εθιμικός κανόνας μπορεί να «αναγνωρισθεί» και να εφαρμοσθεί μόνο από τους εφαρμοστές του ποινικού δικαίου (Εισαγγελείς και Ποινικούς Δικαστές) οι οποίοι όμως είναι εξαιρετικά δυσχερές να προτιμήσουν την εφαρμογή εθιμικού κανόνος είτε στα πλαίσια και κατά την εξειδίκευση του (γραφτού) ποινικού δικαίου είτε πολύ περισσότερο σε βάρος της εφαρμογής του τελευταίου⁷⁴.

Τους ανωτέρω προβληματισμούς ενισχύει η επισκόπηση των δικαστικών αποφάσεων (ή βουλευμάτων) μετά την εισαγωγή του ελληνικού ΠΚ που έκαναν ρητώς χρήση κανόνος εθιμικού δικαίου. Είναι χαρακτηριστικό ότι ευρέθησαν μόνο σε οκτώ (8) αποφάσεις ή βουλεύματα δημοσιευμένα στα ποινικά χρονικά ή στο νομικό βήμα γίνεται λόγος για το έθιμο ως πηγή διαμόρφωσης του ποινικού δικαίου. Θα πρέπει δε να επισημανθεί ότι σε τρεις (3) εξ αυτών και μάλιστα εκείνες που προέρχονται από ανώτερα δικαστήρια της ποινικής δικαιοδοσίας το έθιμο που κάθε φορά προεβλήθη από τον κατηγορούμενο ως λόγος καταλύων ή αίρων το αξιόποινο ή καταλύων την ισχύ του αντιστοίχου κανόνα ποινικού δικαίου, δεν εφαρμόστηκε είτε διότι ρητά εκφράστηκε η άποψη ότι το έθιμο δεν είναι δυνατόν να καταστήσει μια συμπεριφορά μη αξιόποινη καταργώντας έτσι γραπτό κανόνα δικαίου (με ρητή αναφορά στην αρχή ότι με έθιμο δεν μπορεί να καταργηθεί γραπτός ποινικός νόμος. Βλ. ΑΠ914/80 ΠΧΡ1981 σ.51ΕΠ, ιδίως σ.52, Εφ.Πειρ.159/82 ΠΧΡ1982 σελ. 947επ.) είτε διότι οι εφαρμοστές του ποινικού δικαίου αρνήθηκαν στη συγκεκριμένη περίπτωση ότι συνέτρεχαν τα στοιχεία του εθίμου ως λόγου αίροντος τον άδικο χαρακτήρα της πράξης και τον καταλογισμό του δράστη (βλ. ιδίως ΑΠ27/81 ΠΧΡ1981 σ.428-429)

Συγκεκριμένα:

I) στην ΑΠ914/80 (βλ. ανωτέρω) ρητώς εκφράστηκε ότι δεν είναι δυνατό η μακροχρόνια τακτική της χωρίς άδεια δόμησης (ανέγερσης αυθαιρέτων κατασκευών) που τηρήθηκε σε ορισμένη περιοχή να οδηγήσει στην κατάλυση της σχετικής ποινικής διάταξης και να καταστήσει μη αξιόποινη μια συμπεριφορά που έχει από το γραπτό δίκαιο χαρακτηριστεί ως αξιόποινη (όρα ΠΧΡ 1981 σ.52)

II) Στο ΑΠ 27/1981 (βούλευμα) ορίστηκε ότι η τέλεση ασελγών πράξεων μεταξύ μνηστευμένων [όταν η μετέχουσα σ' αυτές γυναίκα είναι μικρότερη των 16 ετών –

⁷⁴ βλ. ιδίως Χρ. Δέδε: ο.π. 282-283 και τις εκεί παραπομπές, βλ. Κονταξή: ο.π. σ. 289επ.

ήδη 15 ετών (σύμφωνα με το άρθρο 339ΠΚ)] ακόμα και αν τελούνται με την ανοχή και με την γνώση των γονέων της ανήλικης συνιστά αξιόποινη πράξη της οποίας το αξιόποινο δεν μπορεί να καταργηθεί από υπάρχουσα τοπική συνήθεια που επιτρέπει την τέλεση τοιούτων πράξεων μεταξύ μνηστευμένων εκ των οποίων ο ένας είναι ανήλικος εφόσον αυτές τελούνται με την γνώση των γονέων του ανήλικου, διότι η εν λόγω συνήθεια δεν θεμελιώνει λόγο άρσης του αδίκου χαρακτήρα της πράξης (κατ' αρθρ. 20 ΠΚ) ή αποκλείοντα τον καταλογισμό (βλ. ΠΧΡ 1981 σ.429)

III) Στην Εφ.Πειρ. 159/82 (απόφαση του Εφετείου Πειραιώς) γίνεται δεκτό ότι η επί πολλά έτη παραχώρηση υψηλών «φιλοδορημάτων» στους εργαζομένους στον λιμένα του Πειραιά πλοηγούς εκ μέρους των πλοιοκτητών ή των εφοπλιστών για να «προτιμώνται» τα πλοία αυτών κατά την πλοήγηση τους από και προς την είσοδο του άνω λιμένα δεν μπορεί σε καμία περίπτωση να καταλύσει την τυποποιούσα το αδίκημα της δωροδοκίας υπαλλήλου, διάταξη του άρθρου 235ΠΚ (σε συνδυασμό με το αρθρ.236ΠΚ) αλλά ούτε και να αποτελέσει «έθιμο» αποκλείων ή αίρων τον άδικο χαρακτήρα της πράξης (κατ' αρθρ.20ΠΚ) ενόψει του ότι, στην τελευταία περίπτωση, δεν συντρέχουν τα στοιχεία – ιδίως το υποκειμενικό – διαμόρφωσης ενός εθιμικού κανόνος δικαίου (βλ. ΠΧΡ1982 σ.949).

Αντιθέτως στην ελληνική ποινική νομολογία το έθιμο έγινε γνωστό ως λόγος άρσης του αδίκου χαρακτήρα αξιόποινης πράξης με την έννοια του ότι οι αποκλείοντες το άδικο λόγοι μπορούν να δημιουργηθούν εθιμικά⁷⁵, ενταγμένοι βεβαίως στα πλαίσια εφαρμογής του αρθρ.20ΠΚ. Δηλαδή με την θεώρηση της αρχικής διωκτέας πράξης ως εκπλήρωσης ενός καθήκοντος ή ως ενάσκησης ενός δικαιώματος, (καθήκοντος ή δικαιώματος) προβλεπομένου από εθιμικό κανόνα δικαίου, ο οποίος έχει τα χαρακτηριστικά της μακράς, σταθερά ομοιόμορφης άσκησης συμπεριφοράς που την επαναλαμβάνουν οι πολίτες (ορισμένου τύπου ή ορισμένης κοινωνικής ομάδας) με συνείδηση δικαίου. Ούτως ως εθιμικά δημιουργηθέντες λόγους αίροντες το άδικο της πράξης η νομολογία διαμόρφωσε:

A) Την άρση του αδίκου χαρακτήρα της πράξης της σωματικής βλάβης ή και της ανθρωποκτονίας ακόμη όταν λαμβάνουν χώρα κατά την τέλεση αθλητικού αγώνος

⁷⁵ βλ. Κονταξή ο.π. σ.289επ.

στον οποίο, βέβαια, τηρήθηκαν οι προβλεπόμενοι για το αντίστοιχο άθλημα κανόνες. Έτσι:

I) Σε βούλευμα του Συμβουλίου Πλημμελειοδικών Αθηνών, ήτοι στο Πλημ.Αθ. 5025/58 εκρίθη ότι η τελεσθείσα στα πλαίσια ποδοσφαιρικού αγώνος σωματική βλάβη ποδοσφαιριστού τελεσθείσα από συμπαίκτη του, ποδοσφαιριστή της αντίπαλης ομάδας στα πλαίσια όμως των αθλητικών κανόνων του συγκεκριμένου αθλήματος παρότι πληρεί κατ' αρχήν την αντικειμενική υπόσταση του εγκλήματος της σωματικής βλάβης δεν κρίνεται ως τελικώς άδικη πράξη διότι αίρεται το άδικο αυτής λόγω εθιμικά διαμορφωθέντος λόγου άρσης του άδικου χαρακτήρα της εν λόγω σωματικής βλάβης (βλ. ΝοΒ, Έτος 70, σ.1101)

II) Σε απόφαση του Τριμελούς Πλημ/κείου Τριπόλεως ήτοι στην Τρ.Πλημ.Τριπ. 130/65, τα αυτά ως άνω γίνονται δεκτά για την περίπτωση της ανθρωποκτονίας από αμέλεια από οδηγό αυτοκινήτου μετέχοντος σε αγώνα ταχύτητας αυτοκινήτων σε βάρος του συνοδηγού του στο εν λόγω αυτοκίνητο (βλ. ΠΧΡ 1965 σ.311)

[εν προκειμένω, βέβαια, θα πρέπει να σημειωθεί ότι οι εν λόγω παραδοχές έγιναν ρητά στις αντίστοιχες εισαγγελικές προτάσεις που έγιναν δεκτές από το άνω Συμβούλιο και το άνω δικαστήριο αντιστοίχως, τα οποία όμως (Συμβούλιο και Δικαστήριο) έκαναν επιπροσθέτως λόγο και για έλλειψη στοιχείων συνδρομής καταλογισμού στο πρόσωπο του δράστη ήτοι ότι δεν συνέτρεχε στο πρόσωπό του δόλος ή αμέλεια που να δικαιολογούν την τιμώρησή του, γεγονός που επιβεβαιώνει την ως άνω διατυπωθείσα θέση ότι εν γένει τα δικαστήρια της ποινικής δικαιοδοσίας δεν υιοθετούν εύκολα το έθιμο ως πηγή του ποινικού δικαίου στην Ελλάδα].

B) Την άρση του άδικου χαρακτήρος της ελαφράς ή απλής σωματικής βλάβης από πρόθεση όταν αυτή τελείει στα πλαίσια σωφρονισμού ορισμένου μαθητού από τον καθηγητή ή τον δάσκαλό του. Ούτως:

I) Σε βούλευμα του Συμβ. Πλημ/κων Πειραιώς, ήτοι στο Συμβ.Πλημ.Πειρ. 471/70, έγινε δεκτό ότι ή όλως ελαφρά σωματική βλάβη που προκάλεσε καθηγητής σε βάρος μαθητού του στα πλαίσια του δικαιώματος σωφρονισμού που έχει αυτός και μετά από όλως ανάρμοστη συμπεριφορά του μαθητού έγινε για λόγους καθαρά παιδαγωγικούς και ότι ως εκ τούτου αποκλείεται (σύμφωνα προς το αρθρ.20ΠΚ) ο άδικος χαρακτήρας της σωματικής βλάβης από πρόθεση, ενόψει του ότι η πράξη του καθηγητού αποτελεί γι' αυτόν ενάσκηση δικαιώματος (αυτού του προσήκοντος

σωφρονισμού του μαθητού του) θεμελιωθέντος εθιμικά (βλ. ΝοΒ, Έτος 18^ο, σ.863-865).

Π) τα αυτά περίπου γίνονται δεκτά και σε απόφαση του Τριμ. Πλημ/κείου Λαμίας, δηλ. στην Τρ.Πλημ.Λαμ. 109/69, με την οποία (έγινε δεκτό ότι) το άδικο της όλως ελαφράς σωματικής βλάβης που προκάλεσε καθηγήτρια σε μαθητή της (χωρίς βέβαια να υπερβεί τα όρια του προς σωφρονισμού δικαιώματός της και κατόπιν ευλόγου αφορμής που της εδόθη λόγω εντελώς ανάρμοστης συμπεριφοράς του τελευταίου) αίρεται, κατ' άρθρο 20ΠΚ, ενόψει του ότι η εν λόγω ενέργεια της άνω καθηγήτριας (κατηγορουμένης) αποτελεί ενάσκηση δικαιώματος της προς σωφρονισμό των μαθητών της, δικαιώματος που παρέχεται σε οποιοδήποτε δάσκαλο δυνάμει εθιμικού δικαίου, εφόσον, βέβαια, αυτό ασκείται μετά από εύλογη αφορμή και δεν υπερβαίνει τα καθορισθέντα από τον ίδιο τον σκοπό της διαπαιδαγώγησης των μαθητών όρια (βλ. ΠΧΡ 1969, σ.502-3)

[Θα πρέπει, πάντως, να επισημανθεί, ότι σε βούλευμα του Συμβουλίου του Εφετείου Πατρών και δη στο Συμβ.Εφετ.Πατρ. 60/61, μοναδική κρίση επί του θέματος προερχόμενη από δικαστήριο (Εφετείο) ανώτερο των εν λόγω δικαστηρίων (Πλημ/κείων) το, κατ' άρθρ.20 ΠΚ, δικαίωμα του καθηγητού δασκάλου προς σωφρονισμό των μαθητών δεν εμφανίζεται να απορρέει από εθιμικό κανόνα δικαίου ήτοι από έθιμο (δεν γίνεται καν σ' ολόκληρο το κείμενο χρήση του όρου «έθιμο») αλλά (εμφανίζεται να απορρέει) από ειδική σχέση εξουσίας ήτοι την έννομη σχέση δημοσίου δικαίου μεταξύ δασκάλου και μαθητού που δημιουργείται με την εγγραφή του μαθητού στο σχολείο (βλ. ΠΧΡ 1961, σ.487-491 και ιδίως σ. 489-490) επιβεβαιώνοντας την δυστοκία με την οποία η ελληνική νομολογία υιοθετεί ρητός το έθιμο ως πηγή του ποινικού δικαίου.

Γ) την άρση του άδικου χαρακτήρα της πράξης του «παράνομου εράνου» όταν αυτός γίνεται στα πλαίσια εθίμου που τηρείται μετά από μακρά και ομοιόμορφη τήρηση της αυτής συμπεριφοράς στα πλαίσια ορισμένου κοινωνικού συνόλου με πεποίθηση δικαίου:

Ι) Ειδικότερα απόφαση του Μονομελούς Πλημ/κειου Δράμας, δηλ. η Μον.Πλημ.Δραμ.1496/65, εδέχθη ότι η συλλογή από τον ιερέα χωριού του νομού Δράμας αγροτικών προϊόντων, που του παραδίδουν οικιοθελώς σε ποσότητες που οι ίδιοι επιθυμούν οι αγρότες – κάτοικοι του εν λόγω χωριού (προς αντιμετώπιση των οικογενειακών και βιοποριστικών του αναγκών του ιερέως) δεν συνιστά την πράξη του παράνομου εράνου διότι αίρεται ο άδικος χαρακτήρας αυτής δυνάμει

εθίμου που τηρούσαν αδιαλείπτως και σταθερά, με πεποίθηση ότι πράττουν δικαίως, οι κάτοικοι του συγκεκριμένου χωριού (τοπικό έθιμο) από μακρού χρόνου και για όλους τους ιερείς που υπηρετούσαν στο εν λόγω χωριό, εθίμου μάλιστα που έχει διαμορφωθεί και επικρατούσα εκτός Ελλάδος (στην περιοχή Καρκούση – Καυκάσου από την οποία προήρχοντο οι κάτοικοι του συγκεκριμένου χωριού) και από του οποίου (εθίμου) η τήρηση συνεχίστηκε υπό τις αυτές προϋποθέσεις και μετά την εγκατάστασή τους στην Ελλάδα (βλ. ΠΧΡ1965 σ.627-628).

Συμπεράσματα

I. Σημασία εθίμου στις σύγχρονες κοινωνίες

«Το έθιμον παραγκωνίζεται υποβιβαζόμενον εις δευτερεύουσας πηγές του δικαίου» μόνο στο Δημόσιο Διεθνές Δίκαιο η σημασία του εθιμικού κανόνα είναι προέχουσα και σπουδαία γιατί όχι ο νόμος αλλά η σύμβαση και το έθιμο εξακολουθούν να αποτελούν, κατά την άρχουσα γνώμη, τις μόνες εκδηλώσεις των διεθνών νομικών κανόνων συμπεριφοράς.

II. Ρόλος του εθίμου σήμερα

Ο μειωμένος ρόλος του εθιμικού κανόνα απέναντι στο νόμο γίνεται ιδιαίτερα αισθητός, αν ερευνηθεί από κοινωνιολογικής πλευράς, η σημασία του εθίμου ως πηγής δικαίου, στη σύγχρονη τεχνοκρατούμενη εποχή μας, οπότε εύκολα κανείς διαπιστώνει ότι η σημερινή ορθολογική οργάνωση της κοινωνίας δεν επιτρέπει τη ρύθμιση σοβαρών θεμάτων με την αργή και αβέβαιη διαδικασία σχηματισμού του εθίμου, αλλά επιβάλλει τη ρυθμιστική επέμβαση του νόμου, ο οποίος και γρήγορα θεσπίζεται και δεν αφήνει αμφιβολίες για το τι πραγματικά ισχύει. Επιπλέον ο νόμος καθιερώνει πιο προοδευτικές ρυθμίσεις και προσαρμόζεται πιο εύκολα στις συνθήκες που μεταβάλλονται συνεχώς, ενώ το έθιμο είναι συντηρητικό και προσηλωμένο σε παλιότερους τρόπους συμπεριφοράς, με αποτέλεσμα να αναστέλλει την κοινωνική πρόοδο.

III. Σχέση γραπτού κανόνα δικαίου- εθίμου: ιεράρχησή τους

Το θέμα των σχέσεων του Νόμου και Εθίμου ως πηγών Δικαίου και μάλιστα η θέση της μιας από τις πηγές αυτές απέναντι στην άλλη από άποψη διαβάθμισης της ισχύος τους κάτω από ορισμένο πρίσμα που σταθμίζεται προβληματικά, εμφανίζεται σα θέμα που δεν στερείται ούτε θεωρητικής νομικής αξίας, ούτε επίκαιρης πρακτικής σημασίας. Την άποψη αυτή πολύ ορθά προβάλλει ο Γ. Ταμπάκης στην αξιολογή μελέτη και μάλιστα πολύ αναλυτική ως προς τη μέθοδο διερεύνησης.⁷⁶

Επί του θέματος διατυπώνονται βασικά τρεις απόψεις:

A) η άποψη ότι το έθιμο είναι εκ φύσεώς του και κατ' αδιαμφισβήτητη συνταγματική αρχή, ισοδύναμη προς το νόμο δικαυκή πηγή.

B) η ακραία άποψη ότι το έθιμο είναι υποδεέστερο έναντι του νόμου, σύμφωνα με την οποία σε καμία περίπτωση το έθιμο δεν καταργεί το γραπτό νόμο

Γ) η κάπως διαλακτικότερη άποψη ότι το έθιμο είναι υποδεέστερο του νόμου και η οποία δέχεται ότι μπορεί το έθιμο να καταργήσει το νόμο, ποτέ όμως νόμο δημόσιας τάξης. Πρόκειται για την άποψη της οποίας κύριος υποστηρικτής είναι ο Μπαλής και που τελικά επικράτησε στον ελληνικό νομικό κόσμο.⁷⁷

Το έθιμο λοιπόν είναι πρωτογενής πηγή δικαίου όπως και ο νόμος. Είναι πρωτογενής πηγή δικαίου ανεξάρτητα και παράλληλα με το νόμο.

Σύμφωνα με τον Μπαλή: «Νόμος που κηρύσσει και επιτάσσει την υποδεεστερότητα του εθίμου έναντι του εαυτού του βρίσκεται για αυτό το λόγο σε αντίθεση προς βασική συνταγματική αρχή, είναι νόμος αντισυνταγματικός, ανίσχυρος, ανύπαρκτος μέσα στον κόσμο των νομικών κανόνων».⁷⁸

Ας σημειωθεί ότι με τη διάταξη της παρ. 2 του άρθρου 2 του νδ 7-5-1946, σύμφωνα με την οποία «το έθιμο δεν καταργεί το νόμο», επιχειρήθηκε νομοθετικά κάτι που, ούτε βάσει της άνω εντολής, σε ημέρες που τα δημοκρατικά δικαιώματα του λαού ήταν καταργημένα, η αναθεώρηση και προσαρμογή που πραγματοποιήθηκε αποτόλμησε. Επιχειρήθηκε δηλαδή σε περίοδο που η λαϊκή κυριαρχία ήταν γεγονός και οι δημοκρατικοί πολιτικοί θεσμοί λειτουργούσαν, η

⁷⁶ Γ.Ταμπάκης «Νόμος και Έθιμο κατά τον Αστικό Κώδικα».

⁷⁷ Α.Β.Ιακωβάκης: Μια κριτική ματιά στην υπο τα αρθρα 1 και 2 ΑΚ, ερμηνευτική θέση του Γ.Μπαλή, Εθιμο καταργεί νόμο;, Αρμενόπουλος 1977 (6-7), 495επ.

⁷⁸ Γ. ΜΠΑΛΗ, Γενικές Αρχές, Αθήνα 6^η έκδοση,σελ7επ.

υπονόμευση του άγραφου λαϊκού δικαίου – με πλήρη περιφρόνηση των συνταγματικών αρχών και των αντίστοιχων δεσμεύσεων- σε δεύτερης τάξης δικαιική πηγή που ασφυκτιά μέχρι θανάτου κάτω από το βάρος του γραπτού επίσημου δικαίου. Το δε ωραίο είναι ότι ωστόσο, η διάταξη του άρθρου 1 του ΑΚ δεν θίγεται. Έμεινε στο προσκήνιο για να διατυμπανίζει το «σεβασμό» μας στο έθιμο, αυτό που μέσω της διάταξης της παρ. 2 του άρθρου 2 της 7-5-1046 επιχειρούσαμε να στραγγαλίσουμε οριστικά. Τον ίδιο σεβασμό δε διστάζει να αποδώσει και ο Γ. Μπαλής στο έθιμο.

Η αντιεθιμική λογική που υιοθετούν και τα δικαστήρια, ξεκινά από φόβο απέναντι στο άγραφο λαϊκό δίκαιο και στη δύναμη της αμεσότητάς του (όσο φυσικά αυτή μπορεί να ξεφεύγει από τις φαλκιδεύσεις των αλλοιωτικών μηχανισμών του αντιπροσωπευτικού συστήματος), κρυσταλλώνεται σε μια συλλογιστική που ακολουθεί πορεία ανάστροφη της κανονικής. Αντικειμενικός στόχος είναι η ουσιαστική αποδυνάμωση του εθίμου με την παράλληλη φροντίδα η προσπάθεια αυτή να μην γίνεται ευδιάκριτη. Θεμελιώνεται πλέον κατά Μπαλή ελεύθερα το συμπέρασμα ότι το έθιμο δεν έχει τη δύναμη να καταργεί γραπτούς κανόνες δημόσιας τάξης.

Ορισμός εθίμου: «έθιμο είναι κανόνας δικαίου άγραφος, ο οποίος καθιερώθηκε μετά από μακρά και ομοιόμορφη άσκηση με τη συνείδηση ότι ασκείται δίκαιο».⁷⁹ (Να σημειωθεί εδώ ότι πολύ σωστά σήμερα, σε μια εποχή βραχυχρόνιων γενικά εξελικτικών διαδικασιών, γίνεται δεκτό ότι ο όρος της μακροχρόνιας άσκησής του έχει υποστεί ανάλογη αλλοίωση με σμίκρυνση του απαιτούμενου χρονικού διαστήματος.

Οποιαδήποτε λοιπόν εκδήλωση που αποτελεί επί μέρους έκφραση της κοινής δράσης και της κοινής θέλησης του λαού για την άμεση δημιουργία και την άμεση βίωση κανόνων δικαίου, βασικών κανόνων που ρυθμίζουν αναγκαστικά την κοινωνική ζωή, είναι χωρίς αμφιβολία, ενέργεια που βρίσκεται μέσα στο πεδίο των δημόσιων δραστηριοτήτων και όχι πράξη που συνιστά εκδήλωση ιδιωτικής θέλησης.

Ολοκληρώνοντας στην ίδια σελίδα (10^η) ο Μπαλής την επιχειρηματολογία του υπέρ της μη δυνατότητας του εθίμου να καταργεί κανόνες δημόσιας τάξης, εκθέτει: «θα ήταν όντως παράλογο αν την επομένη της ισχύος απαγορευτικού

⁷⁹ Γ. ΜΠΑΛΗΣ, Γενικές Αρχές, Αθήνα 6η έκδοση,σελ7επ.

νόμου δημόσιας τάξης αποδίδαμε έννομες συνέπειες στις παραβάσεις του που γίνονταν από ιδιώτες, αποδίδαμε δηλαδή σε αυτούς δύναμη άσκησης του εθίμου αν και τέτοια ιδιωτική βούληση θα ήταν απαγορευμένη. Έτσι θα βρισκόταν ο νομοθέτης, με το ένα χέρι να θεμελιώνει την έννομη τάξη και με το άλλο να δίνει το όπλο της κατάλυσής της και μάλιστα από την επόμενη κιόλας μέρα»

Αντί δηλαδή, καθώς το συγκεκριμένο πρόβλημα είναι η σχέση νόμου και εθίμου, να αντιπαραθέτει ο συγγραφέας, στο νόμο αντίθετό του έθιμο σχηματισμένο όμως και ολοκληρωμένο, και να μετρά τη δύναμή του (την καταργητική του δηλαδή δυνατότητα) απέναντι στον προθεσπισμένο νόμο, που ωστόσο αποκρούεται έμπρακτα, στρέφει περιοριστικά την οπτική του γωνία προς διάφορες παράνομες πράξεις, που η άσκησή τους τείνει να δημιουργήσει εθιμικό κανόνα, που αντιμάχεται και ανατρέπει τον γραπτό νόμο, και εξετάζει σε σχέση με το νόμο αυτές τις πράξεις (το δημιουργούμενο έθιμο) και όχι, επαναλαμβάνουμε, τον ίδιο το δημιουργούμενο και προς ολοκλήρωση η κατόπιν ολοκληρωμένο εθιμικό κανόνα, που είναι κανόνας δικαίου. Αλλά το είδος αυτής ακριβώς της τελευταίας σχέσης είναι το ζητούμενο του προβλήματος.⁸⁰

Συνεπώς, εκείνο που ενδιαφέρει δεν είναι η δύναμη απέναντι στον ισχύοντα νόμο, μιας σειράς πράξεων που αντιστρατεύονται το συγκεκριμένο νόμο, αλλά η απέναντι σε αυτόν δύναμη του ίδιου του εθιμικού κανόνα που αναδύθηκε από τις πράξεις αυτές, που πήγασε από την ευρεία δικαιοπλαστική βούληση του λαού, που παγιώθηκε και που η άρνηση της παραδοχής του δεν είναι, σε τελευταία ανάλυση, παρά άρνηση αποδοχής των υπαγορεύσεων της πραγματικότητας. Μια άρνηση που κατ' ανάγκη θα επιφέρει, όταν εκδηλωθεί, ανωμαλίες και διαταραχές στον κόσμο των ρυθμιστικών κανόνων της κοινωνική ζωής και στο πεδίο εφαρμογής αυτών των κανόνων.

Είπαμε πιο πάνω ότι ο άγραφος εθιμικός κανόνας είναι κανόνας δικαίου., αυτό αποτελεί κοινό τόπο. Το έθιμο με κανέναν τρόπο δεν γίνεται να αντιπαρατεθεί στην έννομη τάξη, στο σύστημα δηλαδή του δικαιοκού πλέγματος μιας χώρας. Το έθιμο βρίσκεται μέσα σε αυτό το πλέγμα αποτελώντας στοιχείο της έννομης τάξης. Σε καμία περίπτωση δεν μας επιτρέπεται να πούμε ότι το έθιμο καταλύει την έννομη τάξη ή στρέφεται εναντίον της. Το έθιμο, όπως και ο νόμος, ο

⁸⁰ Γ. ΜΠΑΛΗ, Γενικές Αρχές, Αθήνα 6η έκδοση,σελ6

δικαικός του αδελφός, λειτουργώντας μέσα στην ασταμάτητα μεταβαλλόμενη έννομη τάξη, την διαφοροποιεί, ποτέ δεν την καταργεί.

Αναγνωρίζοντας το έθιμο σαν δικαική πηγή, οφείλουμε, βάσει λογικής ανάγκης, να δεχτούμε ότι η διεργασία κυοφορίας του είναι μια διαδικασία που δημιουργεί το δίκαιο. Είναι έκφραση και υλοποίηση της θέλησης του λαού να δημιουργεί δίκαιο, καθαρά δημοσίου χαρακτήρα.⁸¹ Αυτή η διαδικασία που είναι άξια κάθε σεβασμού, φυσικά δεν νοείται να τοποθετηθεί έξω και πέρα από την έννομη τάξη, πολύ δε περισσότερο ενάντια στην έννομη τάξη. Η διαδικασία αυτή είναι μέρος του αναπόσπαστου βάρους από όπου συνεχώς αντλεί την ύπαρξή της και στο οποίο στηρίζεται η έννομη τάξη.

⁸¹ Γ. ΜΠΑΛΗ, Γενικές Αρχές, Αθήνα 6η έκδοση,σελ7επ.

Βιβλιογραφία

1. **Α.Μάνεση**: Συνταγματικό δίκαιο τ.Ι 1980
2. **Ν.Πανταζόπουλος**: Georg Ludwig von Maurer, Η προς ευρωπαϊκά πρότυπα ολοκληρωτική στρόφη της νεοελληνικής νομοθεσίας, Θεσσ. 1968
3. **Ν.Πανταζόπουλος**: Το δια της επανάστασεως του 1821 θεσπισθέν δίκαιον
4. **Κ.Αρμενόπουλος**: Εξάβιβλος Αθήνα 1835
5. **Ι.Αυδή – Καλκάνη**: εισαγ. στην ελλην.εκδ. (σε μετάφραση της ίδιας) του Geib, «Παρουσίαση της κατάστασης του δικαίου στην Ελλάδα στη διάρκεια της Τουρκοκρατίας και ως τον ερχομό του βασιλιά Όθωνα του Α΄», 1835
6. G.L Maurer: «Das Griechische Volk» («Ο Ελληνικός λαός») 1935
7. **Γ.Μιχαλίδη –Νουάρο**: Λαϊκόν και επίσημον δίκαιον εις την νομικήν ζωήν, ΤιμΤΚ. Τριανταφυλλόπουλου, Αθήνα 1959
8. **Ε.Κρασσά**: Οικογ. Δ., 4^η έκδ. 1910
9. **Μ.Σταθόπουλου**: Τα έθιμα, ο Maurer και η νομοθετική στον τομεα του αστ. δικαίου τον 19^ο αιώνα, ανατ. από περ.Αρμενόπουλος ετος 46^ο
10. **ΕΦ.ΑΘ.** Β΄ 4790/ 1974 ΝοΒ έτος 74
11. **Κ.Τσάτσος**: Το πρόβλημα των πηγών του δικαίου 1941, ανατ.1993
12. **Β. Οικονομίδης**: Γενικαί Αρχαί Αθήνα 1893
13. **Ρ.Στάμμελρ**: Εγχειρίδιον φιλοσοφίας του δικαίου, μεταφρ. από τα γερμανικά **Ι.Κοσμόπουλος**: Αθήνα 1964
14. **ΕΦΑΘ** 1307/1972, ΝοΒ 1972
15. **Δ. Ταμπάκης**: Νόμος και έθιμον κατά τον αστικό κώδικα, ΕΕΝ 1975
16. **Ν.Παπαντωνίου**: Γενικές αρχές του αστικού δικαίου, Αθήνα 1988
17. **Π.Λ. Περδικα**: Το έθιμο στον αστικό κώδικα το ισχύσαν δίκαιο και την εμπορικήν συναλλαγήν Αθήνα 1946
18. **Ι.Δεληγιάννη**: Οικογενειακό Δίκαιο α΄ τευχος,1984
19. **Θ.Παπαχρίστου**: εις «Δίκαιο και Πολιτική», 4/1983
20. **Α.Μάνεση**: Συνταγματικό δίκαιο τ.Ι 1980, 4/1983
21. **Α.Γαζης**: Εισαγωγή ισότητος δικαιωμάτων και υποχρεώσεων ελλήνων και ελληνίδων εις το αστικόν δίκαιο έκδ. Εθν. Τυπογρ., Αθήνα 1979
22. **Α.Μάνεση**: Συνταγματικό δίκαιο τ.Ι 1980
23. **Αριθ.** 25/1956 Τμ. Α΄Πρόεδρος Ι.Αποστολόπουλος Εισηγητής Ε.Κολοκούρης αρεοπαγίτης
24. **Ν.Παπαντωνίου**: Γενικές αρχές του αστικού δικαίου, Αθήνα 1988
25. **Α.Π.** 684/1957 ΕΕΝ 25390
26. **Α.Τσιριντάνη**: Η αγοραπωλησία εν τω θαλασσίω εμπορίω, Αθήνα 1934
27. **Π.Λ.Περδικα**: Το έθιμο εις τον αστικόν κώδικα το ισχύσαν δίκαιον και την εμπορικήν συναλλαγήν, Αθήνα 1946
28. **Κ.Γ. Παμπούκη**: Εισηγήσεις Εμπορικού Δικαίου, 1977
29. **Τσαγκάρη**: Το Έθιμον και αι Συνηθειαι στο Εμπορικό και ιδία το Ναυτικόν Δίκαιον ΝοΒ Έτος 8ον
30. **ΑΠ** 3034/61 ΠοΒ έτος 10^ο
31. **Α.Κιαντου – Παμπούκη**: Ναυτικό Δίκαιο, τ. Ι, 1985
32. **Α.Π703/76** ΝοΒ, Έτος 25^ο

33. **Α.Παπακωνσταντίνου**: Το διεθνές έθιμο ως "γενικά παραδεγμένος κανόνας του διεθνούς δικαίου" και η εφαρμογή του στην εθνική έννομη τάξη, Τευχος 1^ο, Αθήνα 2001
34. **Κ.Ιωάννου, Κ.Οικονομίδη, Χ.Ροζακή, Α.Φατούρου**: Σχέσεις διεθνούς και εσωτερικού δικαίου, 1990
35. **Κ.Ευσταθιάδη**: Διεθνές Δίκαιον, τ. Α', 1963, σ.60επ.
36. **Α.Παπακωνσταντίνου**: Κράτος και διεθνές δίκαιο. Η συνταγματική διαρρύθμιση των σχέσεων εσωτερικού και διεθνούς δικαίου, Αθήνα 2001
37. **Α.Φατούρου**: Δημόσιο διεθνές δίκαιο, Θεωρία των πηγών, Αθήνα 1988
38. **Α.Φατούρος**: Σχέσεις διεθνούς και εσωτερικού δικαίου, Αθήνα 1990
39. **Ν.Χωραφά**: Ποινικό Δίκαιο, Τ.Α, 1978
40. **Κονταξή**: Ποινικός Κώδικας (ερμηνεία κατ' άρθρο) Τ. Α' (Γενικό Μέρος)
41. **Χρήστου Δέδε**: Το έθιμο ως πηγή κανόνων του Ποινικού Δικαίου, ΠΧΡ 1971 σ.273επ. και ιδίως τις παραπομπές
42. **Γάφο** : Ποινικό Δίκαιο, Γεν. Μέρος τ.α. 1973
43. **Ανδρουλάκη**: Ποινικόν Δίκαιον (Γεν.Μέρος) τα Θεμέλια, 1985
44. **Εφ.Πειρ.** 159/82 ΠΧΡ1982
45. **Γ.Ταμπάκης**: «Νόμος και Έθιμο κατά τον Αστικό Κώδικα».
46. **Α.Β.Ιακωβάκης**: Μια κριτική ματιά στην υπο τα αρθρα 1 και 2 ΑΚ, ερμηνευτική θέση του Γ.Μπαλή, Εθιμο καταργεί νόμο;, Αρμενόπουλος 1977 (6-7)
47. **Γ. ΜΠΑΛΗ**: Γενικές Αρχές, Αθήνα 6η έκδοση