

ΠΡΟΛΟΓΟΣ

Αν και η συγγραφή της ανά χείρας μελέτης είχε ξεκινήσει παλαιότερα, η πανδημία του 2020 την πρόλαβε στο τελευταίο της στάδιο. Και παρά το ότι η ψηφιοποίηση των πηγών βοηθά, για αρκετό καιρό μετά τον Μάρτιο του 2020 ήταν αδύνατο να έχει κανείς φυσική πρόσβαση σε βιβλιοθήκες, στην χώρα μας ή στο εξωτερικό. Η ανάγκη να γίνει ένας τελευταίος έστω έλεγχος της βιβλιογραφίας, μετά την χαλάρωση των περιοριστικών μέτρων, είναι και ο λόγος που καθυστέρησε η έκδοση, αν και η συγγραφή είχε ουσιαστικά ολοκληρωθεί στις αρχές του 2021. Η καθυστέρηση αυτή επέτρεψε –σε περιορισμένη έκταση– να ενημερωθεί η –ούτως ή άλλως αχανής– σχετική βιβλιογραφία μέχρι και τις αρχές του 2022.

Στην μελέτη προσεγγίζονται τα θεωρητικά θεμέλια της διάκρισης πραγματικού και νομικού ζητήματος (Μέρος Α) και η ειδικότερη σημασία της στον αναιρετικό έλεγχο της παραβίασης των ερμηνευτικών κανόνων των δικαιопραξιών (Μέρος Β). Η σημασία της διάκρισης για τον αναιρετικό έλεγχο της εξειδίκευσης των αορίστων νομικών εννοιών αναδεικνύεται ήδη από τις αναφορές που γίνονται στην μελέτη, αλλά θα αναπτυχθεί και αυτοτελώς στο άμεσο μέλλον. Άλλωστε, όποιο έργο δοκιμάζει να καταπιαστεί με το γενικότερο ζήτημα που πραγματεύεται η μελέτη είναι εξ αρχής καταδικασμένο να μην μπορεί να τελειώσει ποτέ.

Η συνάδελφος και επί χρόνια συνεργάτις μου κ. Χρυσάφενια Ιωάννου βοήθησε στην συλλογή της –επίσης αχανούς– αρεοπαγитικής νομολογίας. Την ευχαριστώ θερμά και από την θέση αυτή.

Χρησιμοποιούνται οι καθιερωμένες συντομογραφίες. Αρεοπαγитικές αποφάσεις που αναφέρονται μόνον με την αριθμό τους είναι προσβάσιμες στην ιστοσελίδα του Αρείου Πάγου (www.areiospagos.gr), όπως επίσης και στις γνωστές ηλεκτρονικές βάσεις νομικών πληροφοριών.

Η μελέτη αφιερώνεται στην μνήμη των Δασκάλων μου *Κωνσταντίνου Δ. Κεραμέως* (†2021) και *Peter Gilles* (†2020).

Κομοτηνή, Μάρτιος 2022

ΜΕΡΟΣ ΠΡΩΤΟ

Η διάκριση πραγματικού και νομικού ζητήματος στο δίκαιο της αναίρεσης

§ 1. Εισαγωγικές παρατηρήσεις

Ο τίτλος της ανά χείρας μελέτης, «Η διάκριση πραγματικού και νομικού ζητήματος...», περιέχει ένα λεκτικό δίλημμα. Η ίδια η διατύπωση ενός τέτοιου λεκτικού διλήμματος, μιας αντίθεσης¹ –εδώ: «πραγματικό» ζήτημα, από την μία, και «νομικό» ζήτημα, από την άλλη–, επιβάλλει ενίοτε μια βίαιη ιεραρχία του ενός όρου της αντίθεσης, συνηθέστερα του πρώτου, στον δεύτερο. Με το λεξιλόγιο του *Derrida*, «ένας από τους δύο όρους εξουσιάζει τον άλλο (αξιολογικά, λογικά² κ.λπ.): καταλαμβάνει την υψηλότερη θέση»³. Επικρατεί, ανέκαθεν και παντού⁴, η πρόταξη του επιθέτου «πραγματικό» πριν από

1. Κατά *Derrida* «κλασικής φιλοσοφικής αντίθεσης» βλ. και υποσημ. 3. Πρβλ. άλλες ανάλογες φιλοσοφικές αντιθέσεις: «Εννοεῖν» («Begreifen») σε αντίστιξη με το «Κατανοεῖν» («Verstehen»): *Hartmann*, *Neue Wege der Ontologie*³, σ. 28. Εάν βεβαίως υπάρχουν γνήσια φιλοσοφικά προβλήματα και δεν πρόκειται και εδώ (άλλος) ένας γλωσσολογικός γρίφος («linguistic puzzle»), όπως θα έλεγε ο *Wittgenstein* (βλ. κατωτ., σ. 240, υποσημ. 980).

2. Πρβλ. το αξίωμα της φυσικής προτεραιότητας της διαπίστωσης των πραγματικών περιστατικών («Postulat des natürlichen Prius der Faktenfeststellung») σε *Scheuerle*, *Beiträge zum Problem der Trennung von Tat- und Rechtsfrage*, AcP 1958/1959, 1 επ., 20, 28, 43· *Henke*, *Die Tatfrage*, σ. 139 επ.

3. *Derrida*, *Positions* (πρωτότυπο στα γαλλικά, Paris 1972) = «Θέσεις», και εκεί στην συνέντευξη του συγγραφέα στους *Houbedine* και *Scarpetta* (σ. 63-64 επ. στην ελληνική μετάφραση): «...μια κλασική φιλοσοφική αντίθεση δεν έχει τη μορφή μιας ειρηνικής συνύπαρξης πρόσωπο με πρόσωπο, αλλά μιας βίαιης ιεραρχίας». Ο *Derrida*, ό.π., σ. 64-65, προειδοποιεί και για τον κίνδυνο να αμφισβητήσει κανείς βίαια την αντίθεση και να προσπαθήσει να την «εξαφανίσει» ή να την αμφισβητήσει ευθέως διακηρύσσοντας και υιοθετώντας απλοϊκά ότι στην αντίθεση δεν ισχύει «ούτε το ένα, ούτε το άλλο».

4. Βλ. ενδ. στην ελληνική βιβλιογραφία: *Μητσόπουλο*, *Η διάκρισις πραγματικού και νομικού ζητήματος εν τη αναιρετική διαδικασία*, ΝοΒ 1967, 945 =

Μέρος 1^ο: Η διάκριση πραγματικού και νομικού ζητήματος στο δίκαιο της αναίρεσης

το «νομικό». Προτάσσεται και εδώ το «πραγματικό»⁵, επειδή αυτό, τα *πραγματικά περιστατικά*, όπως τα επικαλείται κάθε διάδικος⁶, είναι το πρώτο που εισφέρεται σε κάθε αντιδικία. Στην πολιτική δίκη το «πραγματικό» είναι «ζήτημα», αφού τα πραγματικά περιστατικά (ακριβέστερα: τα εξ αυτών *κρίσιμα*⁷) ο διάδικος βαρύνεται –κατ’ αρχήν– και να τα αποδείξει: «Facta non praesumuntur, sed probantur»⁸.

Μελέται γενικής θεωρίας δικαίου και αστικού δικονομικού δικαίου, Αθήνα – Κομοτηνή 1983, σ. 93 επ.: *Μπουρόπουλο*, Ο μύθος της εννοιολογικής διακρίσεως πραγματικών και νομικών ζητημάτων, ΑρχΝ 1950, 41· στην γερμανική βιβλιογραφία: *Wach*, Die That- und Rechtsfrage bei der Revision im Civilprozeß (Separatdruck), σ. 3 επ.: στην γαλλική: *Marty*, La distinction du fait et du droit – Essais sur le pouvoir de contrôle de la Cour de cassation sur les Juges du fait, Paris 1929· στην αγγλόφωνη: *Brown*, Fact and Law in Judicial Review, Harvard Law Review 1942-1943 σ. 899 επ. Στην αγγλόφωνη βιβλιογραφία προτάσσεται ενίοτε και το νομικό: *Fox*, Law and Fact, Harvard Law Review 1899, 545· *Bohlen*, Mixed Questions of Law and Fact, 72 U. Pa. L. Rev. 1923-1924, 111.

5. Πρβλ. *Punzi*, Giudizio di fatto e giudizio di diritto, σ. 1 επ.

6. Ενάγων, εναγόμενος, αιτών, καθ’ ου η αίτηση, ανακόπτων κ.ο.κ.· πρβλ. ΚΠολΔ 216 § 1: «Η αγωγή εκτός από τα στοιχεία που ορίζονται στα άρθρα 118 ή 117 πρέπει να περιέχει: α) σαφή έκθεση των γεγονότων που θεμελιώνουν σύμφωνα με το νόμο την αγωγή και δικαιολογούν την άσκησή της από τον εναγόμενο κατά του εναγομένου»· βλ. και αμέσως κατωτ.

7. Και δη τα «αναγκαία για να υποστηρίξει την αυτοτελή αίτηση ή ανταίτησή του»: ΚΠολΔ 338.

8. *Liebs*, Lateinische Rechtsregeln und Rechtssprichwörter⁶, F.3: Εξωτερική Γλώσσα «Facta» του Dionysius *Gothofredus* στην Γλώσσα στο χωρίο Codex Iustinianus IV.XXX.10: «[Imperatores Diocletianus, Maximianus ad Mucazano]. Adseveratio debitum solutum contententis temporis diuturnitatis non excluditur. nec huic obloquitur, quod exceptio non numeratae pecuniae certa die non delata querella prius evanescat, cum inter eum, qui factum adseverans onus subiit probationis, et negantem numerationem, cuius naturali ratione probatio nulla est, et ob hoc ad petitem eius rei necessitatem transferentem magna sit differentia» (εδώ το κείμενο από την έκδοση *Krüger*, Paulus, Corpus Iuris Civilis, Ed. 11., Vol. Secundum, Codex Iustinianus, Berlin 1954). Δηλαδή: «Ο ισχυρισμός ότι το χρέος εξοφλήθηκε δεν αποκλείεται από το μακρό του χρόνου. Και σ’ αυτό δεν αντιτίθεται ότι χάθηκε η ένσταση της μη δόσεως του δανείου [ένσταση ότι δεν μετρήθηκε το χρήμα: «exceptio non numeratae pecuniae»]., εάν δεν υπάρξει σχετική αντίκρουση εντός ορισμένης προθεσμίας· διότι υπάρχει μεγάλη διαφορά μεταξύ αυτού που επικαλείται ένα πραγματικό περιστατικό –και έτσι φέρει το βάρος απόδειξης– και

Η αρχή αυτή, συνυφασμένη με τον νομικό μας πολιτισμό, φαίνεται, σε πρώτη προσέγγιση, απλή και κατανοητή. Δίδασκε ήδη ο Αριστοτέλης⁹: «Ἐπειτα εἶναι φανερόν ὅτι τὸ μόνον ποῦ ἔχουν νὰ κάνουν οἱ διάδικοι εἶναι νὰ αποδείξουν ὅτι τὸ συγκεκριμένο γεγονός εἶναι ἢ δεν εἶναι ἔτσι, ὅτι συνέβη ἢ δεν συνέβη· για τὸ αν εἶναι ὁμως σημαντικό ἢ ασήμαντο, δίκαιο ἢ ἀδικο, τὴν ἀπόφαση –στον βαθμό ποῦ δεν ὑπάρχει καθοριστικός λόγος τοῦ νομοθέτη– θα τὴν πάρει πια μόνο ο δικαστής, και δεν εἶναι καθόλου δουλειά τῶν διαδίκων νὰ τοῦ τα μάθουν»¹⁰.

Παρόμοια εἶναι και ἡ ἀνάλυση τοῦ Hegel¹¹, τοῦ οἰοῦ το λεξιλόγιο προοικονομεῖ το λεξιλόγιο τοῦ Savigny¹²: διακρίνει ο Hegel δύο ὄψεις στην δικαιοδοτική λειτουργία ως εφαρμογή τοῦ νόμου στην ατομική περίπτωση: «πρώτον τὴν διαπίστωση τοῦ πῶς ἔχει ἡ ὑπόθεση κατὰ τῖς ἀμεσες λεπτομέρειές τῆς, εἴαν μια σύμβαση¹³ κ.ο.κ.

αυτοῦ ποῦ αρνεῖται ὅτι δόθηκε τὸ δάνειο [κυριολεκτικῶς: «ὅτι μετρήθηκε το χρήμα»], για τὸ οἰοῦ φυσικῶ τῶ λόγῶ [«naturali ratione»] δεν μπορεί νὰ διεξαχθεῖ ἀπόδειξη [καθότι αρνητικό γεγονός], ἡ ἀνάγκη τῆς οἰοῦς ἔτσι μεταφέρεται στον ἐνάγοντα».

9. Αριστοτέλης, Ρητορική Α 1354^a 30· πρβλ. Aristoteles, Rhetorik –Übersetzt und erläutert von Christof Rapp, Zweiter Halbband, Berlin 2002, σ. 48 επ., 50 επ.· Μητσόπουλος, Αἰ ἀόριστοι ἐνοιαι εν τῆ ανααιρετική διαδικασία (Μελέται), σ. 91.

10. Μτφρ. Λυπουρλή, σ. 123 επ. Στο πρωτότυπο: «ἔτι δὲ φανερόν ὅτι τοῦ μὲν ἀμφισβητοῦντος οὔδεν ἔστιν ἔξῶ τοῦ δείξει τὸ πρᾶγμα ὅτι ἔστιν ἢ οὐκ ἔστιν, ἢ γέγονεν· ἢ οὐ γέγονεν: εἰ δὲ μέγα ἢ μικρόν, ἢ δίκαιον ἢ ἀδίκον, ὅσα μὴ ὁ νομοθέτης διώρικεν, αὐτὸν δὴ ποῦ τὸν δικαστὴν δεῖ γινώσκειν και οὐ μανθάνειν παρὰ τῶν ἀμφισβητούντων». Ἡ περικοπή αυτή τῆς Αριστοτέλειας Ρητορικής ακολουθεῖ ἀμέσως μετὰ τὴν αναφορά στην προφορική διαδικασία ἐνώπιον τοῦ Ἀρείου Πάγου (ἐπίσης 1354a): «ἅπαντες γὰρ οἱ μὲν οἶονται δεῖν οὔτῶ τοῦς νόμους ἀγορεύειν, οἱ δὲ και χρώνται και κωλύουσιν ἔξῶ τοῦ πρᾶγματος λέγειν, καθάπερ και ἐν Ἀρείῳ πάγῶ, ὀρθῶς τοῦτο νομίζοντες» δηλαδή (Μτφρ. Λυπουρλή): «Γιατί ὅλοι οἱ ἄνθρωποι ἢ πιστεύουν ὅτι αὐτὸ πρέπει νὰ το ορίζουν ρητᾶ οἱ νόμοι ἢ το κάνουν οἱ ἴδιοι πρᾶξη και ἀπαγορεύουν νὰ μιλάει κανεῖς ἔξῶ ἀπὸ τὸ θέμα (ἔτσι γίνεται στον Ἀρειο Πάγο) – και φυσικά ἔχουν το δίκαιο με το μέρος τοῦς».

11. Grundlinien der Philosophie des Rechts, § 225, σ. 218 επ.· πρβλ. και τὴν μετάφραση τοῦ Γιακουμή, σ. 274 επ.

12. System VI, § 291, σ. 361.

13. Ἀς παραβλέψουμε τὴν μικρὴ παγίδα ποῦ κρύβεται ἐδῶ, ἀφοῦ ἡ σύμ-

υπάρχει, εάν διεπράχθη μια ζημιογόνος πράξη, και ποιος ήταν ο δράστης¹⁴... δεύτερον την υπαγωγή της συγκεκριμένης περιπτώσεως στον νόμο της αποκαταστάσεως του δικαίου¹⁵... Οι αποφάσεις περί των δύο αυτών διαφορετικών όψεων είναι δύο διαφορετικές λειτουργίες¹⁶. Συνεχίζει δε ο ίδιος¹⁷: «Η πρώτη όψη, η γνώση της υποθέσεως στην άμεση ατομικότητά της και ο χαρακτηρισμός της¹⁸, δεν περιέχει καθ' εαυτήν καμία νομική κρίση¹⁹. Είναι μια γνώση, που εναπόκειται σε κάθε μορφωμένο άνθρωπο. Στο μέτρο που ουσιώδες για τον χαρακτηρισμό της πράξης είναι το υποκειμενικό στοιχείο της ενοράσεως και της απόψεως του δρώντος... και η απόδειξη δεν περιλαμβάνει την λογική (λογικές επαγωγές) ή αφηρημένα αντικείμενα της νοήσεως, αλλά μόνον λεπτομέρειες, περιστάσεις και αντικείμενα αντιλήψεως δια των αισθήσεων και αφορά υποκειμενική βεβαιότητα, έτσι δεν περιέχει κανέναν απολύτως αντικειμενικό ορισμό, τότε το τελευταίο στην απόφαση είναι η υποκειμενική πεποίθηση και η επίγνωση (*animi sententia*), όπως σε σχέση με την απόδειξη, που βασίζεται²⁰ σε καταθέσεις ή διαβεβαιώσεις άλλων, ο όρκος είναι η υποκειμενική μεν, αλλά έσχατη εγγύηση²¹. Και ό,τι ανάγεται στην υποκειμενική πεποίθηση του δικαστή και στο πώς αυτή σχηματίστηκε, είναι πραγματικό και όχι νομικό ζήτημα²².

Βαση ως νομικός τεχνικός όρος προϋποθέτει υπαγωγική σκέψη.

14. Προσοχή: Ο *Hegel*, ό.π., § 116 σ. 123-124, έχει ήδη εννοιολογήσει και έχει εξάρει και φυλάξει και την διάκριση μεταξύ των ζητημάτων «ποιος ήταν ο δράστης;» και «σε ποιον θα καταλογιστεί;».

15. Η φράση «die Subsumtion des Falles» όχι απλώς «unter das Gesetz», αλλά «unter das Gesetz der Wiederherstellung des Rechts» (αραιογράμμιση στο πρωτότυπο – πλαγιογράμμιση του γράφοντος), είναι καθ'εαυτήν αξιόπρόσεκτη· εγγύτερη ανάλυσή της εκφεύγει του πλαισίου της μελέτης αυτής.

16. Πρβλ. κατωτ. στους εκθ. 131 και 132.

17. *Hegel*, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, § 227, σ. 219 επ.· ακολουθείται η μετάφραση του *Γιακουμή* (σ. 274) με μικρές τροποποιήσεις. Οι αραιογραμμίσεις υπάρχουν στο γερμανικό πρωτότυπο.

18. Όχι ο νομικός χαρακτηρισμός!

19. «*Rechtssprechen*».

20. Και, προφανώς, όχι «βασανίζεται».

21. Και εδώ ο *Hegel* προϋπαντά τον *Savigny*, *System VI*, § 291, σ. 361, και τους υποκειμενικούς λόγους («*subjektive Gründe*») του τελευταίου.

22. Στην συνέχεια του ίδιου χωρίου της § 227, ο *Hegel* επεξηγεί με απόλυτη καθαρότητα, αυτό που όπως θα δούμε αποτελεί κατ' ουσίαν και πά-

Η αρχική εντούτοις εντύπωση, ότι η διάκριση μεταξύ πραγματικού και νομικού ζητήματος είναι σε κάθε περίπτωση απλή, ή ίσως και αυτονόητη, είναι παραπλανητική²³. Ήδη οι Ρωμαίοι θεωρούσαν, αίφνης, ότι «facta per testes, non pecta probantur»²⁴. Δηλαδή: «τα πραγματικά περιστατικά, όχι οι συμβάσεις, αποδεικνύονται δια μαρτύρων». Το εάν, βάσει των περιστατικών που οι διάδικοι ιστορούν και αποδεικνύουν (λ.χ. με μάρτυρες), συνήφθη σύμβαση, αυτό θα το κρίνει ο δικαστής. Το εάν συνήφθη σύμβαση δεν είναι γεγονός, επομένως δεν είναι ζήτημα απόδειξης, αλλά αντικείμενο νομικής (ιδίως δικαστικής) αξιολόγησης και κρίσης. Είναι νομικό ζήτημα. Δίδασκε σχετικά ο Αριστοτέλης²⁵: «Δεδομένου ότι πολλές φορές οι άνθρω-

για αρεοπαγίτικη νομολογία, ως προς την διάκριση μεταξύ πραγματικής (και ανέλεγκτης) παραδοχής και υπαγωγικού συλλογισμού. Ο *Hegel* υπογραμμίζει ότι εν προκειμένω ουσιώδες είναι να διακριθεί η απόδειξη στην δίκη από την γνώση και την απόδειξη άλλου είδους (λ.χ. ενός γεωμετρικού θεωρήματος). Στην δίκη η αντικειμενική αλήθεια αναδύεται μέσα από το αποδεικτικό υλικό («Stoff des Erkennens») και τον συναγωγικό συνδυασμό («das Schließen und kombinieren») μαρτυρικών καταθέσεων, αποδεικτικών εγγράφων, περιστάσεων κ.λ.π. Ο *Hegel* εννοιοθετεί εδώ την «αντικειμενική αλήθεια» στην δίκη και την διακρίνει με την αλήθεια λ.χ. μιας μαθηματικής πρότασης: «Η αντικειμενική αλήθεια [σ.σ. «σχετικώς» αντικειμενική· η *contradictio* φωτίζεται λίγο παρακάτω], που αναδύεται από μια τέτοια ύλη και την αντίστοιχη μέθοδο, στο πλαίσιο της προσπάθειας να καθορισθεί αντικειμενικά [σ.σ. καθ' εαυτό αντικειμενικά], και οδηγεί σε μισές αποδείξεις και κατά τυπική συνένεια, που ταυτόχρονα περιέχει μια τυπική ασυνένεια, σε αυστηρότατες ποινές, έχει ένα εντελώς άλλο νόημα από την αλήθεια ενός ελλόγου καθορισμού [«*Vernunftsbestimmung*»] ή μιας πρότασης [σ.σ. «*Satz*»: λ.χ. μαθηματικής πρότασης], της οποίας την ύλη έχει ήδη θεωρητικοποιήσει η νόηση. Η διάγνωση τώρα της εμπειρικής αλήθειας ενός δεδομένου μέσα στον κατεξοχήν νομικό καθορισμό ενός δικαστηρίου, ότι σ' αυτήν κείται μια ιδιαίτερη ποιότητα κι ένα αποκλειστικό δικαίωμα καθαυτό και μία αναγκαιότητα, το να το δείξει κανείς αυτό, αποτέλεσε μια βασική έποψη στο ερώτημα, σε ποιο βαθμό πρέπει να ανατίθεται στα τυποκρατούμενα νομικά δικαστήρια η κρίση για τα πραγματικά γεγονότα, εκτός της νομικής κρίσης» (μτφρ. *Γιακουμή*, σ. 274 επ.).

23. Ενδεικτικά και λακωνικά: *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, *Zivilprozessrecht*¹⁸, § 143, σ. 893 «[η] λογικώς δυνατή οριοθέτηση πραγματικού και νομικού ζητήματος δημιουργεί όμως δυσκολίες στην πράξη».

24. *Liebs*, *Lateinische Rechtsregeln und Rechtssprichwörter*⁶, F.4.

25. *Αριστοτέλης*, *Ρητορική*, 1373b 38 επ.

ποι, μολονότι παραδέχονται [1374a] την πράξη τους, δεν συμφωνούν με τον χαρακτηρισμό που της δίνεται ή με την εγκληματική ενέργεια στην οποία αποδίδεται αυτός ο χαρακτηρισμός (π.χ. παραδέχονται ότι «πήραν» κάτι, όχι όμως ότι το «έκλεψαν»· ότι χτύπησαν πρώτοι, όχι όμως ότι πρόσβαλαν· ότι «είχαν σχέση με κάποια γυναίκα», όχι όμως ότι «διέπραξαν μοιχεία»· ότι «έκλεψαν», όχι όμως ότι «έκαναν ιεροσυλία», αφού δεν έκλεψαν κάτι που ανήκε σε θεό· ότι καταπάτησαν²⁶ ξένη γη, όχι όμως δημόσια γη· ότι «συνομίλησαν» με τους εχθρούς, όχι όμως ότι «πρόδωσαν»²⁷), γι αυτό είναι, νομίζω, ανάγκη να δώσουμε και αυτούς τους ορισμούς: τί είναι κλοπή, τί είναι προσωπική προσβολή, τί είναι μοιχεία, ώστε να μπορούμε, είτε θέλουμε να δείξουμε ότι υπάρχει το αδίκημα είτε ότι δεν υπάρχει, να κάνουμε σαφές τί είναι δίκαιο στη συγκεκριμένη περίπτωση. Σε όλες αυτές τις περιπτώσεις το ερώτημα που τίθεται και προκαλεί συζητήσεις είναι τούτο: Είναι το συγκεκριμένο άτομο άδικο και τιποτένιο ή δεν είναι άδικο;»²⁸. Το νομικό ζήτημα, η αριστοτελική «ἀμφισβήτησις περι τοῦ ἄδικον εἶναι καὶ φαῦλον ἢ μὴ ἄδικον»²⁹, θα κριθεί από το δικαστήριο³⁰.

26. Ο *Rapp* αποδίδει το «ἐπεργάσασθαι» εδώ όχι ως «καταπάτησαν», αλλά ως «ἐχτίσαν» (*bebaut*)· γενικότερα θα λέγαμε: «εκμεταλλεύθηκαν».

27. Πρβλ. εδώ κατωτ., υποσημ. 723.

28. Μτφρ. *Λυπουρλή*, σ. 318. Στο πρωτότυπο: «Ἐπει δ' ὁμολογούντες πολ- λάκις [1374a] πεπραχέναι ἢ τὸ ἐπίγραμμα οὐχ ὁμολογοῦσιν ἢ περὶ ὃ τὸ ἐπί- γραμμα, οἷον λαβεῖν μὲν ἀλλ' οὐ κλέψαι, καὶ πατάξαι πρότερον ἀλλ' οὐχ ὑβρί- σαι, καὶ συγγενέσθαι ἀλλ' οὐ μοιχεύσαι, ἢ κλέψαι μὲν ἀλλ' οὐχ ἱεροσυλήσαι (οὐ γὰρ θεοῦ τι), ἢ ἐπεργάσασθαι μὲν ἀλλ' οὐ δημοσίαν, ἢ διειλέχθαι μὲν τοῖς πολεμίοις ἀλλ' οὐ προδοῦναι, διὰ ταῦτα δέοι ἂν καὶ περὶ τούτων διωρίσθαι, τί κλοπή, τί ὕβρις, τί μοιχεία, ὅπως ἐάν τε ὑπάρχῃν ἐάν τε μὴ ὑπάρχῃν βουλώ- μεθα δεικνύναι ἔχωμεν ἐμφανίζειν τὸ δίκαιον. ἔστι δὲ πάντα τὰ τοιαῦτα περὶ τοῦ ἄδικον εἶναι καὶ φαῦλον ἢ μὴ ἄδικον ἢ ἀμφισβήτησις»· σχετ. βλ. *Rapp*, ὁ.π., σ. 496 επ., ἰδίως περὶ των ζητημάτων: (α) κατὰ πόσον εντέλει η «πράξη» που ομολογούν οι διάδικοι (οι «ὁμολογούντες πεπραχέναι») είναι ή μπορεί να είναι η ἴδια· (β) κατὰ πόσον ο Αριστοτέλης εννοεῖται ότι ο ρήτωρ οφείλει να έχει προπαρασκευάσει τους αντίστοιχους ορισμούς (ὁ.π., σ. 498).

29. Βλ. προηγ. υποσημ.

30. Περί της ουσίας της ευρέσεως της αποφάσεως («Urteilsfindung») πρβλ. *Fasching*, ZPR² αρ. 1458 επ.· πρβλ. ακριβώς την ἴδια διαδικασία σε *Ράμμο*, Εισ'Εκθ επί του Διαγράμματος της Συντάξεως Νέας Πολιτικής Δικονομίας, Σχέδ' Πολδ' III, 170-171· επίσης *Βασιλείου/Γιδόπουλος*, Περί του ενδίκου μέσου της αναίρεσεως², § 30 σ. 195 επ.

Παρατηρούμε ήδη ότι η διάκριση πραγματικού και νομικού ζητήματος δεν γίνεται πάντα αβίαστα, αν και επ' αυτής³¹ στηρίζεται το σύστημα της πολιτικής δίκης, το οποίο κινείται βάσει της αρχής: «da mihi facta, dabo tibi ius»³² (αφού: «ex facto oritur ius»³³).

Επιστρέφοντας στην αντίθεση «πραγματικού» – «νομικού» ζητήματος, βλέπουμε ότι, κατ' αρχήν, σε επίπεδο λογικό³⁴, ο όρος «πραγματικό» (φαίνεται να) εξουσιάζει τον όρο «νομικό»³⁵. Η προτεραιότητα

31. Ή, έστω, επί της υποθέσεως ότι κατά την κατάσταση του δικανικού ιδίως συλλογισμού (που είναι υπαγωγικός) χωρούν υποχρεωτικώς διαπιστώσεις διαφορετικών ειδών: ο *Kuchinke*, *FS Beys*, σ. 874 κάνει λόγο για την «Annahme, daß im Rahmen jedes rechtsanwendenden Denkvorganges der Art nach verschiedene Feststellungen getroffen werden müssen».

32. Πρβλ., αντί πολλών, τον κύριο θεμελιωτή της έννοιας του αντικειμένου της δίκης, *Leo Rosenberg*, *Zur Lehre vom Streitgegenstand*, in: *Festgabe R. Schmidt*, σ. 256, 260. Ως προς την αρχή, βλ. *Liebs*, *Lateinische Rechtsregeln und Rechtssprichwörter*⁶, D.1., σ. 60· πρβλ. επίσης *Corpus Iuris Canonici, Decretatum Gregorii IX, Liber II, Titulus I, VI* (Πάπας Αλέξανδρος ο 3ος προς τον Επίσκοπο του Exeter και στην Επισκοπική Σύνοδο –«capitulus»– του Λονδίνου –περί το 1160 από Ρώμη προς Αγγλία): «Dilecti filii Prior & clerici de Guiseburnen, contra Eboracen. archiepiscopu Apostolicae sedis legatu graue querimonia trasmitterung: & infra. Prouideatis attentius, ne ita subtiliter, sicut a multis fieri solet, cuiusmodi actio intentetur inquiratis, sed simpliciter et pure factu ipsum & rei veritatem, secundum formam canonum, & sanctorum patru instituta, inuestigare curetis» (εδώ από την έκδοση *Friedberg/Richter*, *Corpus Iuris Canonici*, τόμ. II.), δηλαδή (με βάση την γερμανική μετάφραση των *Schilling/Sintenis*, *Corpus Iuris Canonici*, 2. Bd., σ. 237): «Τα αγαπημένα μας τέκνα, ο Προκαθήμενος και οι ιερείς του Giseburn ήγειραν βαρεία κατηγορία («αγωγή») ενώπιόν Μας κατά του Αρχιεπισκόπου της Υόρκης, του απεσταλμένου της Αποστολικής Έδρας· και παρακάτω: πρέπει να προνοείτε, ώστε, όχι όπως συμβαίνει σε πολλούς, να ασκούνται αγωγές που δεν βασίζονται παρά μόνον σε εφευρετικότητα, [αλλά] να [ασκείτε αγωγές και να] προβάλλετε απλά και καθαρά τα γεγονότα τα ίδια και την αλήθεια τους κατά τον τύπο που προβλέπουν οι εκκλησιαστικοί κανόνες και να τα ερευνάτε βάσει των θεσμών των Αγίων Πατέρων».

33. Πρβλ. τις απολαυστικές σχετικές παρατηρήσεις του *Calamandrei*, *Lob der Richter*, σ. 101: «Von der Vorliebe der Anwälte und Richter für Rechtsfragen oder Tatfragen» και σ. 103 επ.

34. Εδώ υπό την έννοια της λογικής διάρθρωσης του κανόνα δικαίου· βλ. υποσημ. 36.

35. Σε επίπεδο ιεραρχικής αξιολόγησης, το νομικό ζήτημα τοποθετείται

Μέρος 1^ο: Η διάκριση πραγματικού και νομικού ζητήματος στο δίκαιο της αναίρεσης

του πραγματικού σε λογικό επίπεδο αντιστοιχεί στην λογική διάρθρωση του κανόνα δικαίου: στο πραγματικό (στην νομοτυπική μορφή) του εφαρμοστέου κανόνα δικαίου υπάγονται τα πραγματικά περιστατικά: κατ' αρχάς δοκιμαστικά ή κατά πρόληψιν, όπως τα επικαλείται ο διάδικος· εντέλει δε οριστικά, όπως αποδείχθηκαν, πλέον, ως «γεγονότα»³⁶. Η λογική σχέση της διαπίστωσης των πραγματικών περιστατικών με την υπαγωγή στο πραγματικό της μείζονος προτάσεως δεν φαίνεται, εντούτοις, να είναι σαφής³⁷. Η διάκριση πραγματικού και νομικού ζητήματος φαίνεται να προσκρούει σε δυσχέρειες, όταν λ.χ. καλείται ο δικαστής να αξιολογήσει νομικά κάποιο πραγματικό (λ.χ. να συναγάγει από το *factum* το *ractum*). Υπογραμμίζεται μάλιστα, ότι στοιχείο νομικής αξιολόγησης ενυπάρχει και σε πρότερο ήδη στάδιο και δη σε αυτήν τούτη την εννοιολογική σύλληψη πραγματικών

εντούτοις υψηλότερα. Το δίκαιο διακρίνεται από τα πραγματικά περιστατικά: τα καθορίζει και τα κυβερνά: *Louis-Caporal*, *La distinction du fait et du droit*, σ. 96· *Atias*, *Devenir juriste*², αρ. 167, σ. 88: «σκοπός της διάκρισης πραγματικού και νομικού ζητήματος είναι να εισαχθεί μια ιεραρχία, ή ακριβέστερα, ιεραρχίες»

36. Χαρακτηριστικά *Engisch*, *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*³, 82 επ. (υπό: «C. Das logische Verhältnis der Tatsachenfeststellung zur Subsumtion»)- πρβλ. *Mezger*, *Der psychiatrische Sachverständige im Prozeß*, σ. 23 επ.: μια μελέτη στην οποία –δικαιώς– αναγνωρίζεται σαφώς ευρύτερη σημασία απ' όση αφήνει να φανεί ο τίτλος της· πρβλ. επίσης *Marty*, *La distinction du fait et du droit*, σ. 11 επ., όπου και η διαπίστωση ότι υπάρχει ασφαλώς κάτι το τεχνητό στην ως άνω σχηματοποίηση της υπαγωγικής δραστηριότητας, αν και εντέλει «η ιδέα του δικανικού συλλογισμού είναι επαρκώς ακριβής και βολική ώστε να την διατηρήσουμε»- πρβλ. *Plassard*, *Des ouvertures communes à cassation et à requête civile*, σ. 29-30.

37. Αναρωτιέται emphaticά ο *Engisch*, *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*³, 83: «Πώς σχετίζεται ακριβώς η διαπίστωση των πραγματικών περιστατικών με την καθ' αυτό υπαγωγή στην νομοτυπική μορφή της νομικής μείζονος προτάσεως;»- επίσης αυτόθι, σ. 99 επ.· πρβλ. όμως και *Mitsopoulos*, *Studi Segni*, σ. 404, 446. Η δραστηριότητα του δικαστή για την διαπίστωση των κρίσιμων πραγματικών περιστατικών και για την υπαγωγή τους στο πραγματικό του κανόνα είναι λογικώς η ίδια κατά τον *Pick*, *Der Parteieid über innere Tatsachen*, σ. 1 και είναι σε αμφότερες τις περιπτώσεις υπαγωγική (πρβλ. τις περαιτέρω εκδιαφοροποιήσεις στον ίδιο, ό.π., σ. 16 επ.)· πρβλ. *Stein*, *Das private Wissen des Richters*, σ. 12.

περιστατικών³⁸. Και ενώ τα κριτήριά της δεν προβλέπονται ούτε οριοθετούνται σε συγκεκριμένη διάταξη³⁹, αλλά προϋποτίθενται⁴⁰, η διάκριση μεταξύ *πραγματικών περιστατικών* (*factorum*⁴¹) και *δικαίου* (*ius*) διατρέχει το δίκαιό μας, όπως και τα οικεία στον Έλληνα νομικό δίκαια των χωρών που ανήκουν στην δυτική παράδοση⁴². Τα δίκαια αυτά απετέλεσαν και το ρυθμιστικό πρότυπο της αναίρεσης κατά τον Κώδικα Πολιτικής Δικονομίας⁴³, ενώ η σημασία της διάκρισης δεν εξαντλείται στο αστικό δικονομικό δίκαιο: η διάκριση πραγματικού – νομικού ζητήματος είναι κρίσιμη και σε άλλους δικαιοκούς κλάδους, όπως λ.χ. στο ποινικό δίκαιο (λ.χ. για το εύρος της διαγνωστικής εξουσίας των ενόρκων), την νομική πλάνη κ.ο.κ.

38. Ήδη «στην εννοιολογική σύλληψη μιας ακολουθίας πραγματικών περιστατικών ενυπάρχει απλώς και ένα στοιχείο νομικής εκτίμησης» («In dem begrifflichen Erfassen tatsächlicher Vorgänge liegt einfach ein Element rechtlicher Erwägung») διαπιστώνει ο *Schulz*, *Die Entlastung des Reichsgerichts*, in *Handbuch der Politik*, 2. Aufl., 1. Bd., σ. 344 επ., 346· σύμφωνοι και οι *Wehli*, *Beiträge zur Analyse der Urteilsfindung*, in: *FS Wach*, Bd. 1, σ. 405, 436 (ο *Wehli* παραπέμπει στην 1^η έκδ. του *Handbuch der Politik*) και *Engisch*, ό.π., αυτόθι.

39. Πρβλ. *Kuchinke*, *FS Beys*, σ. 873.

40. *Lovreč*, in *Fasching/Konecny*³ IV/1 § 503 ZPO Rz. 160· *Zechner* in *Fasching/Konecny*² IV/1 § 503 ZPO Rz. 205· *Stein*, *Das private Wissen des Richters*, σ. 107, υποσημ. 17.

41. Η *factum*.

42. Πρβλ. ενδ. *Kuchinke*, *FS Beys*, σ. 874.

43. Ο *Ράμμος*, στην ΕισΈκθ επί του Διαγράμματος της Συντάξεως Νέας Πολιτικής Δικονομίας, ΣχέδΠολΔικ III, σ. 171 αναφέρεται ρητώς στα ακόλουθα βασικά έργα: *Wach*, *Das Rechtsmittelsystem*, II. Die Revision, in: *Vorträge*², σ. 243 επ., 286· του *ιδίου*, *Die That- und Rechtsfrage bei der Revision im Civilprozeß*, JW 1881, 73 επ. [ο *Ράμμος* παραπέμπει στο ανάτυπο (Separatdruck) της μελέτης]· *Stein*, *Das private Wissen des Richters*, σ. 104 επ., 172 επ.· *Calamandrei*, *La cassazione civile I*, §§ 103, 104, 105· *Chiovenda*, *Principii*⁴, § 87 σ. 1027 επ. Ο διάλογος γερμανικής (και εν γένει γερμανόφωνης) και ελληνικής επιστήμης έχει, ως γνωστόν, συνδιαμορφώσει την νομοθετική εξέλιξη του αστικού δικονομικού δικαίου στην χώρα μας. Μάλιστα, ο ελληνικός ΚΠολΔ είχε χαιρετισθεί από τον *Baumgärtel*, ZJP 1968, 6 επ., ως ο νεωτερικότερος ευρωπαϊκός δικονομικός κώδικας. Ο *Baumgärtel* πρότεινε μάλιστα (αυτόθι) να αποτελέσει ο ΚΠολΔ πρότυπο για την σχεδιαζόμενη τότε (1968) τροποποίηση της γερμανικής ZPO.