

ΑΡΘΡΟΓΡΑΦΙΑ

Η νομή ως αντικείμενο της αξιώσεως αδικαιολόγητου πλουτισμού (απαίτηση νομής, *condictio possessionis*)*

ΛΑΜΠΡΟΥ Ι. ΚΙΤΣΑΡΑ
Αναπληρωτή Καθηγητή Νομικής Δ.Π.Θ.

Στη μελέτη επιχειρείται μια διαφορετική, σε σχέση προς τη μάλιστα κρατούσα, προσέγγιση της *condictio possessionis* και δη τόσο εξ απόψεως λειτουργικής εντάξεώς της στο σύστημα προστασίας του φυσικού εξουσιασμού των πραγμάτων, όσο και εξ απόψεως προϋποθέσεων γενέσεώς της (αντικειμενικών και υποκειμενικών). Κεντρική θέση του συγγραφέα είναι ότι η απαίτηση νομής δεν συμπληρώνει την ένδικη προστασία της νομής, αλλά την προστασία της κυριότητας.

I. Προδιάθεση

Κατά την παραδεδομένη διδασκαλία η «απαίτηση νομής» συνιστά αξίωση, μέσω της οποίας επιτυγχάνεται η «έμμεση προστασία» της νομής¹. Πρόκειται ειδικότερα κατά την άποψη αυτή για ενοχική αξίωση, η οποία διευρύνει την προστασία που εξασφαλίζουν στον νομέα οι προστατευτικές της νομής αγωγές (ΑΚ 987 επ.). Συνέπεια της εν λόγω αντιλήψεως είναι όχι μόνο να συμπίπτουν αναγκάως τα υποκείμενα των δύο αξιώσεων στο πρόσωπο του απωλέσαντος τη φυσική εξουσίαση του πράγματος νομέα, ανεξαρτήτως αν σε κάθε συγκεκριμένη περίπτωση απώλειας της νομής πληρούνται οι προϋποθέσεις αμφοτέρων ή μίας μόνο εξ αυτών, αλλά και να επιχειρείται εν πολλοίς μεταφορά στην *condictio possessionis* όσων ισχύουν στις αγωγές της νομής, όπως λ.χ. της δυνατότητας αποκρούσεως της με την ένσταση της επιλήψιμης νομής².

Για τη θεμελίωση όμως της αξιώσεως αδικαιολόγητου πλουτισμού, που είναι γενική αξίωση «περί την περιουσία» και όχι αξίωση κατατείνουσα στην προστασία οποιουδήποτε συγκεκριμένου δικαιώματος, όπως η νομή, η ΑΚ 904 απαιτεί να συντρέχουν οι εξής προϋποθέσεις: α) Πλουτισμός ενός προσώπου, β) από την περιουσία ή επί ζημία ενός άλλου προσώπου, γ) χωρίς νόμιμη αιτία. Επομένως, το αν με την αγωγή του αδικαιολόγητου πλουτισμού δύναται να ζητηθεί η απόδοση της νομής/κατοχής πράγματος, συναρτάται κάθε φορά με το εάν πληρούνται οι προϋποθέσεις αυτές και σε ποίου το πρόσωπο. Επιπλέον, όταν καταφάσκει η δυνατότητα έγερσης της αξιώσεως αυτής, εξεταστέα είναι η σχέση της προς άλλες τυχόν αποκαταστατικές αξιώσεις του δότη ή τρίτων προσώπων (εμπράγματα, ενοχικές, προστατευτικές της νομής), ζήτημα που συναρτάται προς τη λειτουργική ένταξή της στο καθ' όλο σύστημα προστασίας του φυσικού εξουσιασμού στα πράγματα.

II. Οι προϋποθέσεις της *condictio possessionis*

A. Η νομή ή κατοχή ως πλουτισμός: ο περιουσιακός χαρακτήρας της νομής

Στο ερώτημα αν η νομή ή κατοχή έχουν περιουσιακή αξία, έτσι ώστε η κτήση τους να συνιστά πλουτισμό εκείνου που τις αποκτά, προσήκει καταφατική απάντηση. Αποτελεί κοινό τόπο στην επιστήμη και στη νομολογία ότι η νομή ή κατοχή ενέχουν περιουσιακή αξία καθ' εαυτά³, δηλαδή ανεξαρτήτως από το αν η κτήση τους επιστηρίζεται σε εμπράγματο ή ενοχικό δικαίωμα επί του πράγματος. Πράγματι, ο φυσικός εξουσιασμός του πράγματος παρέχει συγκεκριμένα και εν πολλοίς μετρήσιμα οικονομικά πλεονεκτήματα στον νομέα. Σ' αυτά συγκαταλέγεται πρωτίστως η ίδια η χρήση, επιπλέον δε η οικονομική αξιοποίηση και εκμετάλλευση του πράγματος. Πέραν δε τούτου, που αποτελεί συνέπεια της *de facto* απλής διαχείρισης του πράγματος από τον νομέα, ο νόμος συναρτά προς τον φυσικό εξουσιασμό του πράγματος ιδιαίτερα νομικά πλεονεκτήματα, όπως συνάγεται λ.χ. από τη διάταξη του άρθρου 1110 ΑΚ που καθιερώνει στην περίπτωση των κινητών τεκμήριο κυριότητας υπέρ του νομέα, ο οποίος έτσι στη δίκη περί κυριότητας απαλλάσσεται του βάρους αποδείξεως⁴, καθώς και από τις διατάξεις των άρθρων 1066-1068 για την κτήση καρπών και συστατικών, σε συνδ. με τις ΑΚ 1096 επ., που υπό τις εκεί αναφερόμενες προϋποθέσεις ανάγουν τη νομή ή κατοχή σε νόμιμο λόγο κτήσης και διατήρησής τους. Επίσης, η νομή οδηγεί, όταν συντρέχουν και άλλες προϋποθέσεις, σε κτήση κυριότητας με χρησικτησία. Εκ τούτων έπεται ότι η νομή ή κατοχή ενέχουν περιουσιακή αξία και η κτήση τους επαυξάνει την περιουσία του αποκτώντος, τον καθιστά δηλ. πλουσιότερο. Επομένως, εφόσον ο πλουτισμός αυτός δεν στηρίζεται σε νόμιμη αιτία, ο νομέας ή κάτοχος θα ενέχεται σε απόδοση του σε εκείνον, από την περιουσία του οποίου εξέφυγε.

B. Η *condictio possessionis* ως προστατευτική όχι της «γυμνής», αλλά της δικαιωματικής νομής αξίωση

Το ερώτημα ποιος είναι ο φορέας της *condictio possessionis*, ποιος είναι δηλ. ο δότης του πλουτισμού, συναρτάται μεν, αλλά δεν απορροφάται από το ερώτημα αν η νομή ή κατοχή έχουν περιουσιακή αξία. Η εκούσια ή ακούσια μετακίνηση της νομής από ένα πρόσωπο σε άλλο συνιστά μεν οπωσδήποτε κτήση πλουτισμού για το δεύτερο, ταυτόχρονα δε απώλεια πλουτισμού για το πρώτο, τούτο όμως ουδόλως σημαίνει ότι

* Η μελέτη αποδίδει εισήγησή μου σε ημερίδα της Ενώσεως Αστικολόγων, που διοργανώθηκε στην Αθήνα στις 14.10.2013, και αφιερώνεται στη μνήμη του λαμπρού συναδέλφου στη Νομική Σχολή του Δ.Π.Θ. καθηγητή Κωνσταντίνου Πιτσάκη, που έφυγε πρόωρα από τη ζωή.

1. Για το προ του ΑΚ καθεστώς βλ., αντί άλλων, Χρ. Θηβαίο, Το δικαίωμα της νομής, τ. Γ', 1957, σ. 273 επ. Για το ισχύον δικαίωμα βλ., ενδεικτικά, Μπόσδα, Η νομή ως αντικείμενο αδικαιολόγητου πλουτισμού, ΝΔίκ 1971, 238 («Ο σκοπός όθεν της...*condictio possessionis* είναι...έμμεσως η προστασία της νομής δια της αποδόσεως αυτής σωζομένων») και Γεωργιάδη, Εμπράγματο δικαίωμα², 2010, § 24 αρ. 7 επ.

2. Βλ. για τις σχετικές απόψεις, ενδεικτικά, Χρ. Θηβαίο, ό.π., σ. 283 επ. μ.π.π.

3. Για τα ισχύοντα στο β.ρ.δ. βλ. Χρ. Θηβαίο, ό.π., σ. 272 σημ.

2. Για τα ισχύοντα υπό το καθεστώς του ΑΚ βλ., ενδεικτικά, Γεωργιάδη, Εμπράγματο, § 24 αρ. 7 επ. και Σταθόπουλο, Αξίωση αδικαιολόγητου πλουτισμού, 1972, σ. 175.

4. Βλ. Μπόσδα, ΝΔίκ 1971, 237.

η απώλεια του πλουτισμού γίνεται από την περιουσία ή επί ζημία αυτού. Αυτό δεν φαίνεται εν τούτοις να απασχολεί επιστήμη και νομολογία, αφού κατά τη μάλλον κρατούσα γνώμη αρκεί για τη θεμελίωση της *condictio possessionis* στο πρόσωπο του απωλέσαντος τη νομή ή χωρίς νόμιμη αιτία κτήση της νομής/κατοχής από κάποιον άλλο⁵. Η άποψη αυτή εξομοιώνει λειτουργικά, όσον αφορά τουλάχιστον την ενεργητική νομιμοποίηση, την *condictio possessionis* με την αγωγή αποβολής από τη νομή (ΑΚ 987), τις οποίες τελικώς διακρίνει μόνον εν συναρτήσει προς την προϋπόθεση της νόμιμης αιτίας και του επιλήψιμου της νομής, αντίστοιχα, που αποτελούν τις αυτοτελείς προϋποθέσεις καθεμίας από αυτές. Αμφότερες όμως κατ' αποτελεσμα δίδονται, σύμφωνα με την κρατούσα αυτή γνώμη, για την προστασία της νομής.

Εντούτοις, παρά το ότι η *condictio possessionis* κατατείνει στο ίδιο πραγματικό-οικονομικό αποτέλεσμα με την αξίωση του άρθρου 987 εδ. α' ΑΚ, νομικώς εκάστη εξ αυτών έχει ως αντικείμενο διαφορετική παροχή. Η *condictio possessionis* δεν δίδεται προς τον σκοπό της ανακτήσεως της νομής που αφαιρέθηκε με επιλήψιμο τρόπο —σκοπό που θεραπεύει η αγωγή της νομής—, αλλά ικανοποιεί την ανάγκη άρσεως της αδικίας που δημιουργεί η χωρίς νόμιμη αιτία μετακίνηση του πλουτισμού, που εν προκειμένω συνίσταται στη νομή του πράγματος⁶. Γι' αυτό ενώ ο κύριος, που παρέδωσε το πράγμα στον νομέα, δεν έχει εναντίον του την αγωγή της νομής, όταν η αιτία της παραδόσεως πάσχει —αφού ο αποκτών δεν είναι τότε επιλήψιμος νομέας (ΑΚ 984 § 2)—, έχει εντούτοις την *condictio possessionis*⁷.

Πότε ο απωλέσας τη νομή έχει την προστασία του αδικαιοδότητου πλουτισμού, αποτελεί ζήτημα που συναρτάται με το πότε η απώλεια αυτή επάγεται πλουτισμό του αποκτώντος από την περιουσία ή επί ζημία του (ΑΚ 904). Η απάντηση στο ερώτημα αυτό συναρτάται με τη σειρά της από το κατά πόσον ο απωλέσας τη νομή είχε δικαίωμα προς νομή (*ius possidendi*), το οποίο ήλθε από το δικαίωμα της κυριότητας ή, αντιθέτως, είχε δημιουργήσει κατάσταση «γυμνής» (μη δικαιωματικής⁸) νομής ή κατοχής («*nackter Besitz*», *possessio*), απολάμβανε δηλαδή την προστασία του απλού νομέα ή κατόχου⁹. Η πρακτική

5. Ενδεικτικά βλ. *Γεωργιάδη*, Εμπράγματο, § 14 αρ. 24, ο οποίος δέχεται ότι ο μη κύριος, που μεταβίβασε με άκυρη σύμβαση κινητό πράγμα, έχει κατά του αποκτώντος την *condictio possessionis*. Πρβλ. και ΑΠ 1307/1982 ΝοΒ 1983, 1342, σύμφωνα με την οποία την *condictio possessionis* έχει και ο μη κύριος νομέας, που παρέδωσε στον λήπτη το πράγμα χωρίς νόμιμη αιτία. Φαινομενικώς μόνον προς την ίδια κατεύθυνση η ΑΠ 1208/2012 ΧρΔ 2013, 31. Στην εν λόγω περίπτωση το δικαστήριο, ναί μεν έκρινε ότι την *condictio possessionis* έχει και ο νομέας, στον οποίο «πώλησε» και παρέδωσε το πράγμα ο κύριος ατύπως, εάν στη συνέχεια αυτός αποβλήθει από τρίτον, πηλν όμως στη συγκεκριμένη περίπτωση ο κύριος είχε εφοδιάσει τον αρχικό νομέα-«αγοραστή» με πηληρεξούσιο, με το οποίο τον εξουσιοδοτούσε να το μεταβιβάσει περαιτέρω, ακόμη και στον εαυτό του, και να κρατήσει το τίμημα. Επομένως ο αγοραστής εδώ απέκτησε την κατοχή του πράγματος με βάση έγκυρη έννομη σχέση, ήτοι την εντολή (που αποτελεί την εσωτερική σχέση του με τον πηληρεξούσιο-κύριο) και επείχε εφεξής θέση *δικαιωματικού νομέα*. Ως τέτοιος δε πράγματι προστατευόταν με την *condictio possessionis*, ανεξαρτήτως ότι το δικαστήριο δεν προέβη στον αναγκαίο ως άνω συλλογισμό.

6. Βλ., ενδεικτικά, *Σταθόπουλο*, στον ΑΚ *Γεωργιάδη/Σταθόπουλο*, άρθρ. 904 αρ. 115 και Εισαγ. άρθρ. 904-913 αρ. 40.

7. *Μπόσδας*, ΝΔίκ 1971, 238.

8. Για την αντιπαράθεση της νομής που δεν στηρίζεται σε δικαίωμα (δεν είναι δηλαδή εξουσία έννομη) και της κυριότητας ως εξουσίας έννομης βλ. *Γεωργιάδη*, Εμπράγματο, § 3 αρ. 12.

9. Η εν λόγω διάκριση, η οποία συναρτάται με το κατά πόσον ο νομέας έλκει το δικαίωμα φυσικού εξουσιασμού του πράγματος από την κυριότητα ή άλλο εμπράγματο δικαίωμα, δεν πρέπει να συγχέεται με τη διάκριση μεταξύ καλόπιστου και κακόπιστου νομέα. Η κακή πίστη του πλουτίσαντος δεν ανάγεται από τον νο-

σημασία της διακρίσεως καθίσταται εμφανής στην περίπτωση κατά την οποία ο νομέας Β, που απέβαλε τον κύριο Α από τη νομή του πράγματος, αποβάλλεται με τη σειρά του από τον Γ. Ποιος εκ των Α και Β έχουν εν προκειμένω την *condictio possessionis* κατά του Γ; Προδιδήλως όχι αμφότεροι, αλλ' εκείνος, εκ της περιουσίας του οποίου πηλούτισε ο Γ. Και, άραγε, μεταβάλλεται η απάντηση αν ο Β δεν είχε αποβάλει τον Α, αλλ' ασκούσε οιονεί νομή επικαρπίας ή κατοχή, την οποία του είχε παραχωρήσει ο Α στο πλαίσιο συμβάσεως μισθώσεως;

Προκειμένου να κριθεί ποιος υφίσταται την υποθετική ζημία από τη χωρίς νόμιμη αιτία κτήση της νομής, πρέπει να ερευνηθεί σε ποιού της περιουσία αυτή εντάσσεται. Αποφασιστικό επομένως είναι το κριτήριο της εντάξεως της νομής στην περιουσία του αιτουμένου την απόδοσή της (*Zuweisungsgehalt*)¹⁰. Βρίσκει δε το εν λόγω κριτήριο εφαρμογή όχι μόνον επί προσβολής απόλυτων δικαιωμάτων, όπως στην αρχική της εκδοχή υπό την επιρροή της διδασκαλίας του *Wilburg*¹¹ η θεωρία της *condictio* εξ επεμβάσεως δογματίζει, αλλ' σε κάθε περίπτωση προσβολής της «δικαιοκτητικής» λειτουργίας¹², την οποία επιτελούν και τα ενοχικά ακόμη δικαιώματα¹³. Αναγκαία καθίσταται στο μέτρο αυτό η έρευνα περί τη δικαιοκτητική λειτουργία της νομής¹⁴, ήτοι το κατά πόσον από τις διατάξεις

μοθέτη σε προϋπόθεση για την ίδρυση της ευθύνης εξ αδικαιοδότητου πλουτισμού, π.χ. για την ίδρυση της ευθύνης για επιστροφή της αφαιρεθείσης νομής (βλ. αναλυτικά *Σταθόπουλο*, Αξίωσις, σ. 157-158), αλλ' ενδιαφέρει μόνο στο πλαίσιο των διατάξεων των άρθρων 911-912 ΑΚ, στις οποίες η καλή ή κακή πίστη διαδραματίζει νομικά σημαντικό ρόλο για την επίταση της ήδη γεννηθείσης, ανεξαρτήτως καλής ή κακής πίστης, ευθύνης του πλουτίσαντος. Για τον λόγο αυτό στην κρινόμενη περίπτωση η καλή πίστη του νομέα, που προφανώς θα πρέπει να γίνει αντιληπτή υπό την έννοια της ΑΚ 1042, δεν αποτελεί νομικώς αξιόλογο στοιχείο. Άλλη βεβαίως η έννοια της καλής πίστης στην ΑΚ 1100, η οποία εντάσσεται σε ένα σύστημα διατάξεων (ΑΚ 1096 επ.) που συγγενεύουν λειτουργικά με το δικαίωμα του αδικαιοδότητου πλουτισμού, στο πλαίσιο των οποίων η καλή πίστη διαδραματίζει νομικώς σημαντικό ρόλο για την ευθύνη του νομέα με ενοχικές, παρεπόμενες της διεκδικητικής αγωγής υποχρεώσεις. Πρβλ. όμως τον *Χελιδόνη*, *Condictio possessionis* και υπέρ του κακόπιστου νομέα;., ΝοΒ 2000, 1349 επ., ο οποίος, χρησιμοποιώντας ακριβώς ως κριτήριο την καλή ή κακή πίστη του νομέα, επιχειρηματολογεί προς την κατεύθυνση ότι ο κακόπιστος νομέας δεν προστατεύεται με την *condictio possessionis*.

10. Βλ. έτσι *Σταθόπουλο*, Αξίωσις, σ. 195 επ., 198 και ειδικώς για την *condictio possessionis*, σ. 306-307, ο οποίος εύστοχα αναζητεί το κριτήριο της αφηρημένης ζημίας στον αδικαιοδότητο πλουτισμό στην αυθαίρετη επέμβαση σε αγαθό, του οποίου την αξιοποίηση η έννομη τάξη άφησε στον δότη του πλουτισμού. Αναλυτικά περί αυτού κατωτέρω υπό III-A.

11. *Die Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung nach österreichischem und deutschem Recht*, 1934, σ. 27 επ.

12. Για τη «δικαιοκτησία» (*rechtliche Zuordnung*) ως εξουσία πηγάζουσα από κάθε δικαίωμα, ενοχικό ή εμπράγματο, συνεπεία της εντάξεώς του στην περιουσία του δικαιούχου, σαφώς δε διακρινόμενη από την «κυριότητα», βλ. *Σόντη*, Συμβολαί εις την θεωρίαν του εμπραγμάτου δικαίου, 1986, σ. 107 και *Γεωργιάδη*, Εμπράγματο, § 27 αρ. 2 σημ. 3 μ.π.π.

13. Έτσι, για παράδειγμα, λόγω ακριβώς της προσβολής του συνδέσμου του φορέα του ενοχικού δικαιώματος προς το δικαίωμα του (της δικαιοκτητικής λειτουργίας του δικαιώματος) γεννάται υπέρ του πραγματικού κληρονόμου αξίωση αδικαιοδότητου πλουτισμού κατ' ΑΚ 904, καθώς επίσης αξίωση αποζημίωσης κατ' ΑΚ 914 (συντρεχουσών και των λοιπών προϋποθέσεων της διατάξεως), εναντίον του νομέα κληρονομίας ο οποίος, επιτυχάνοντας την έκδοση κληρονομητηρίου στο όνομά του, αναλαμβάνει καταθετιμένα από τον κληρονομημένο σε τραπεζικούς λογαριασμούς ποσά, με συνέπεια την απόσβεση της αξιώσεως του πραγματικού κληρονόμου έναντι της τράπεζας.

14. Στο στοιχείο αυτό ως κριτήριο προστασίας της νομής με την

για τη νομή συνάγεται η ένταξη της χρήσης και κάρπωσης του πράγματος στην περιουσία του νομέα.

Η νομή δεν συγκρατείται μεταξύ των εμπράγματων δικαιωμάτων (πρβλ. ΑΚ 973¹⁵), αλλά αποτελεί μια πραγματική κατάσταση φυσικού εξουσιασμού, προς την οποία ο νόμος συναρτά ορισμένες έννομες συνέπειες¹⁶. Η πραγματική αυτή κατάσταση φέρει τα χαρακτηριστικά του δικαιώματος στο μέτρο και μόνον που ο νομοθέτης εξοπλίζει τον νομέα με την αυτοδύναμη και την ένδικη προστασία εντός του αυστηρού πλαισίου των άρθρων 985-992 ΑΚ¹⁷. Η πρόνοια του νομοθέτη για την προστασία της νομής, η οποία της προσδίδει εναν βλαβή τον ιδιότητα του δικαιώματος, είναι άρρηκτα συνδεδεμένη με τη φυσική εξουσία του πράγματος, εφόσον δε η τελευταία εκλείψει, η νομή προστατεύεται μόνο στα στενά χρονικά περιθώρια της ΑΚ 992¹⁸. Στην πραγματικότητα, με την αποβολή του νομέα από το πράγμα το «δικαίωμα» νομής του εκδηλώνεται ουσιαστικά μόνο στη δυνατότητά του «να αξιώσει την απόδοσή της» με τις διατάξεις της νομής (ΑΚ 987)¹⁹. Υπό την έννοια αυτή δεν πρόκειται για δικαίωμα, αλλά για μια εννόμως προστατευόμενη θέση ή συμφέρον²⁰. Εάν ο αποβληθείς νομέας επιτρέψει να παρέλθει άπρακτος ο χρόνος παραγραφής της αγωγής αποβολής (ΑΚ 992), η πριν από το χρονικό αυτό διάστημα υπάρξασα κάποτε κατάσταση φυσικού εξουσιασμού του πράγματος εκ μέρους του παύει πλέον να αποτελεί μια προστατευόμενη από τον νόμο κατάσταση –δεν αντιμετωπίζεται πλέον από τον νόμο ως προστατευόμενη έννομη θέση ή ως «δικαίωμα»²¹–, σε αντίθεση μάλιστα προς τη νέα κατάσταση φυσικού εξουσιασμού, που θεμελίωσε στο μεταξύ ο προσβολέας, η οποία προστατεύεται, αυτή πλέον, και μάλιστα έναντι πάντων, ακόμη και έναντι του προηγούμενου νομέα, αφού το στη μεταξύ τους σχέση υπήρξαν κάποτε στίγμα του επιληψισμού της νομής αποβάλλεται με την παραγραφή της αγωγής αποβολής της νομής: ΑΚ 988, 990, 992. Στο μέτρο αυτό είναι φανερό ότι η διάταξη του άρθρου 992 ΑΚ αποτελεί στην πραγματικότητα κανόνα που προσδιορίζει τα χρονικά όρια της νομής ως προστατευόμενης έννομης θέσης ή ως «δικαιώματος», οριοθετώντας χρονικά αυτή την ίδια την υπόστασή της και όχι απλώς την άσκησή της. Συνεπεία της παραγραφής της αγωγής αποβολής από τη νομή το «δικαίωμα» της νομής απονεκρώνεται, καθίσταται δηλαδή όχι απλώς ανενεργό, αλλά ανύπαρκτο²².

αγωγή αδικαιολόγητου πλουτισμού εξ επεμβάσεως προσανατολίζεται και η *Kurz*, Der Besitz als möglicher Gegenstand der Eingriffskondiktion, 1969, σ. 14.

15. Απλώς υπό το προίχον του ΑΚ δικαίο. Σύμφωνα με το άρθρο 22 του νόμου περί διακρίσεως κτημάτων του 1837 η «δικατοχή», κατά μίμηση του άρθρου 308 αυστρΑΚ, εφέρετο ως εμπράγματο δικαίωμα.

16. Ομοίως και η «προστατευόμενη» κατοχή (ΑΚ 997).

17. Για τη νομική φύση της νομής βλ. αντί πολλών *Γεωργιάδη*, Εμπράγματο, § 14 αρ. 29 επ.

18. *Γεωργιάδης*, Εμπράγματο, § 14 αρ. 34.

19. *Γεωργιάδης*, Εμπράγματο, § 20 αρ. 5.

20. Βλ. *Hedemman*, Sachenrecht², 1950 σ. 51.

21. Δεδομένου ότι κατά τον κρατούντα σήμερα ορισμό του δικαιώματος δικαίωμα είναι η απονεμόμενη από το δικαίο σε ένα πρόσωπο (νομική, όχι απλώς φυσική) εξουσία για την ικανοποίηση ενός νομικώς σημαντικού συμφέροντός του: βλ. ενδεικτικώς *Παπαντωνίου*, εις: *Σταθόπουλου/Αυγουστινάκη* (επιμ.), Εισαγωγή στο Αστικό Δίκαιο, 1986, σ. 195 και *Δωρή*, Εισαγωγή στο αστικό δικαίο, τ. Β-1, 1991, σ. 91.

22. Στη βάση αυτή ορθόν είναι να γίνει δεκτό ότι το άρθρο 992 ΑΚ δεν θεσπίζει προθεσμία παραγραφής, όπως γίνεται γενικώς δεκτό, αλλά σύντομη αποκλειστική προθεσμία, δεδομένου ότι με την προθεσμία αυτή οριοθετείται χρονικά το ίδιο το «δικαίωμα» της νομής, μετά δε την παρέλευσή της δεν είναι δυνατή η άσκησή του (έτσι *Μαριδάκης*, Το διαζύγιον κατά τω εν Ελλήδα ισχύον δικαίον², 1938, § 12 σ. 113 σημ. 21· *Σημαντήρας*, Αι αποσβεστικά προθεσμιαί του ιδιωτικού δικαίου, 1948, σ. 318· *Κιτοσπάς*, Η ατε-

*Εφεξής δεν δύναται καν να τεθεί το ερώτημα αν ο μη δικαιωματικός νομέας έχει κατά του αφαιρέσαντος απ' αυτόν τη νομή την *condictio possessionis*, αφού η γυμνή νομή, που είχε προηγουμένως θεμελιώσει, δεν αποτελεί πλέον μια προστατευόμενη ως προς αυτόν από το δικαίο έννομη κατάσταση. Στο μέτρο αυτό, η κρατούσα γνώμη, η οποία δέχεται ότι η *condictio possessionis* επιβιώνει και μετά την ενιαύσια παραγραφή της αγωγής αποβολής από νομή, χωρίς να εξετάζει αν ο αποβληθείς νομέας είχε δικαίωμα προς νομή²³, δεν είναι πειστική.*

Ερωτάται όμως αν από τις προστατευτικές για τη νομή διατάξεις (ΑΚ 987, 992) δύναται να συναχθεί το συμπέρασμα ότι, καθ' ον χρόνο ο μη δικαιωματικός νομέας έχει την προστασία της νομής, το δικαίο την εντάσσει στην περιουσία του, ώστε, εντός τουλάχιστον του χρονικού πλαισίου της ΑΚ 992, να έχει αυτός κατά του προσβολέα (εκτός από την αγωγή αποβολής από τη νομή και) την *condictio possessionis*.

Η απάντηση είναι και πάλι αρνητική. Κατ' ορθή και κρατούσα γνώμη, οι διατάξεις για τη νομή, συμπεριλαμβανομένων των σχετικών με την προστασία της, *δεν επιτελούν καθ' εαυτά δικαιοαπονεμτική λειτουργία*, διότι παρέχουν στον μη δικαιωματικό νομέα μόνο την αρνητική εξουσία να αποκρούσει την προσβολή της πραγματικής καταστάσεως που εδραίωσε, *δεν του προσπορίζουν όμως θετικά την εξουσία φυσικού εξουσιασμού (χρήσης²⁴) και διάθεσης²⁵ του πράγματος, ούτε, κατ' αρχήν, την εξουσία κάρπωσης του²⁶*. ἄλλοι ότι ειδικώς για την εξουσία κάρπωσης²⁷ οι ΑΚ 1066-1068 σε συνδ. προς τις ΑΚ 1096 επ. προβλέπουν απαλλοτρίαση του καλλοπιστού νομέα από την υποχρέωση απόδοσης των καρπών και ωφελημάτων, αλλά και πάλι για το πριν από την αγωγή διάστημα και μόνον²⁸.

Εκ τούτων έπεται ότι ο θεσμός της νομής συγκροτείται από διατάξεις ρυθμιστικές και προστατευτικές του απλού «συμφέ-

λης κυριότητα, 2013, σ. 209 σημ. 53), η άπρακτη πάροδος της δε ενδυναμώνει το «δικαίωμα» νομής του προσβολέα. Εξάλλου, ενόψει της εξυπηρετούσης το δημόσιο συμφέρον δικαιοπολιτικής αποστολής των διατάξεων για τη νομή, που έγκειται στη διασφάλιση της κοινωνικής ειρήνης δια της προσωρινής ρυθμίσεως των έννομων σχέσεων επί των πραγμάτων, η προθεσμία αυτή θα πρέπει να λαμβάνεται αυτεπαγγέλτως υπόψη από το δικαστήριο (χαρακτηριστικό ακριβώς που προσιδιάζει στην αποκλειστική προθεσμία, όχι όμως στην παραγραφή).

23. Βλ. κατωτέρω σημ. 41.

24. Δεν εντάσσουν δηλαδή τη χρήση του πράγματος στην περιουσία του.

25. Υλικής (π.χ. καταστροφής, μεταποίησης κλπ.) ή νομικής (μεταβίβασης, επιβάρυνσης κλπ.).

26. *Wilburg*, Die Lehre, σ. 37· *Klinkhammer*, Der Besitz als Gegenstand des Bereicherungsanspruchs, 1997, σ. 32 επ· *Ellger*, Bereicherung durch Eingriff, 2002, σ. 579 επ., 583· *Reuter/Martinek*, Ungerechtfertigte Bereicherung, 1983, σ. 250· *Larenz/Canaris*, Schuldrecht BT, σ. 174· *Baur/Stürner*, Sachenrecht¹⁷, 1999, § 9 V 2 σ. 81· *Wieling*, Sachenrecht³, 1997, § 3 III b· *Kurz*, Der Besitz, σ. 21, επ., 48 επ· *Raiser*, Rechtsschutz als Institutionenschutz, in: *Raiser* (Hrsg.), Die Aufgabe des Privatrechts, 1977, σ. 120· *Schick*, Besitzschutz nach § 823 BGB², 1967, σ. 27 επ· *Medicus*, Bürgerliches Recht¹⁹, 2002, αρ. 607. Αυτό μάλιστα δέχεται και ο *Σταθόπουλος*, Αξίωσις, σ. 306-306, δίδοντας την *condictio possessionis* στον *δικαιωματικό* κάτοχο (μισθωτή).

27. Όχι όμως για την εξουσία φυσικού εξουσιασμού ούτε για την εξουσία διάθεσης.

28. Επιπλέον, το ζήτημα των καρπών, ωφελημάτων και συστατικών, αφορά από τη σκοπιά της *condictio possessionis*, που κατατείνει στην απόδοση της κατοχής του πράγματος από τον μη δικαιωματικό νομέα, όχι στην ίδρυση (ΑΚ 904), αλλά την έκταση και επίταση της ευθύνης του (ΑΚ 908 εδ. β' σε συνδ. με 911-912). Για το εριζύμενο δε σε επιστήμη και νομολογία ζήτημα ως προς τον αν η ΑΚ 908 εδ. β' (σε συνδ. με 911-912) συρρέει με τις ΑΚ 1096 επ. ή αποκλείεται από αυτές, ως ειδικότερες, βλ., *Κιτοσπάς*, Η ατελής κυριότητα, σ. 179 επ. μ.π.π.

ροντος» του νομέα²⁹ για φυσικό εξουσιασμό του πράγματος και όχι από διατάξεις με χαρακτήρα απονεμτικό της εξουσίας αυτής και προστατευτικό αντίστοιχου «έννομου» συμφέροντός του³⁰: χαρακτήρα που κατ' εξαίρεση επιτελούν, όταν συντρέχουν αυστηρές προϋποθέσεις (καλή πίστη του νομέα κλπ.), μόνο ως προς τους καρπούς και τα ωφελήματα και δη για χρονικώς περιορισμένο διάστημα (για τον πριν από την αγωγή χρόνο). Δικαιοαπονεμτική ως προς την εξουσία φυσικού εξουσιασμού των πραγμάτων λειτουργία επιτελούν τα εμπράγματα δικαιώματα³¹, εκ των ενοχικών δε όσα έλκονται εξ αυτών αμέσως ή εμμέσως (ΑΚ 1095) και εντός του καθορισμένου από τη φύση τους πλαισίου.

Η νομή εξάλλου, κατ' αντιστοιχία προς το απόλυτο δικαίωμα της κυριότητας, εμφανίζει και αυτή χαρακτήρα απόλυτο, υπό την ειδικότερη εν προκειμένω έννοια ότι αποκλείεται η ύπαρξη καθολικής νομής περισσότερων επί του αυτού πράγματος³². Στο μέτρο αυτό, ενδεχόμενη πρόσδοση και στη γυμνή νομή δικαιοαπονεμτικής επί του πράγματος λειτουργίας, θα συνεπαγόταν αναγκαίως τον αποκλεισμό της αντίστοιχης δικαιοαπονεμτικής λειτουργίας της κυριότητας και των επ' αυτής θεμελιούμενων (και περιοριζόντων αντιστοίχως εκείνη) περιορισμένων εμπράγματων ή ενοχικών δικαιωμάτων, με συνέπεια, αν ο μη δικαιωματικός νομέας αποβαλλόταν από τρίτον, αυτός μόνον και όχι ο κύριος (ή οι εξ αυτού έλκοντες δικαιώματα) να διαθέτει την *condictio possessionis*, όπερ άτοπον. Γι' αυτό και ο πουβλικιανός νομέας που αποβάλλεται, τότε μόνο προστατεύεται με την *condictio possessionis*, όταν είναι δικαιοαπονεμτικός, ήτοι όταν το πράγμα του παραδόθηκε από τον κύριο σε εκτέλεση άκυρης μεταξύ τους σύμβασης. Σε κάθε άλλη περίπτωση όχι. Η επιπρόσθετη, σε σχέση με άλλες περιπτώσεις μη δικαιωματικής νομής, προστασία του, έγκειται στην προβλεπόμενη στην ΑΚ 1112 αξίωση. Η προστασία αυτή στην ουσία επεκτείνει τη νομική του εξουσία να αποκρούει προσβολές της νομής του και πέραν της προθεσμίας του άρθρου 992 ΑΚ, δεν εντάσσει όμως το πράγμα στην περιουσία του³³.

Ως εκ τούτου η «γυμνή», μη δικαιωματική νομή δεν προστατεύεται με την *condictio possessionis*³⁴ ούτε εντός του χρο-

νικού πλαισίου της ΑΚ 992. Υπό την έννοια αυτή όχι μόνο η κρατούσα γνώμη, που δεν διακρίνει, αλλά και η αποκλίνουσα γνώμη, που δέχεται ότι ο μη δικαιωματικός νομέας εξοπλίζεται με την *condictio possessionis*, αλλά εντός της προθεσμίας του άρθρου 992 ΑΚ³⁵, δεν είναι πειστικές. Την αγωγή αυτή έχει μόνο ο αποβληθείς από τη νομή κύριος και όποιος νέμεται ή κατέχει το πράγμα δυνάμει δικαιώματος αντιτάξιμου στον κύριο (ΑΚ 1095)³⁶. Αυτό δεν σημαίνει ότι ο ενάγων με την *condictio possessionis* οφείλει ήδη στο αγωγικό του δικόγραφο να επικαλεσθεί και αποδείξει το δικαίωμα, από το οποίο έλκει το δικαίωμα προς νομή³⁷. Όπως γενικότερα στην αγωγή αδικαιοδόγητου πλουτισμού, έτσι και εν προκειμένω, οσάκις δεν πρόκειται για πλουτισμό από παροχή ο ενάγων θα αρκεί να επικαλεσθεί και αποδείξει την παράδοση της νομής στον εναγόμενο για κάποια αιτία, η οποία όμως δεν ισχύει ή έληξε κλπ., εφόσον δε πρόκειται για πλουτισμό εξ επεμβάσεως ότι ο εναγόμενος χωρίς νόμιμη αιτία κατέλαβε και νέμεται το πράγμα³⁸. Σε αντίθεση όμως προς την αγωγή αποβολής α-

μεταξύ τους υποσχετική (πώληση κλπ.) σύμβαση χωλαίνει ή είναι ανύπαρκτη, να έχει εναντίον του ο μεταβιβάσας μη δικαιωματικός νομέας (και όχι ο πρώην κύριος) την *condictio rei*. Αλλά αυτό προφανώς δεν ισχύει, αφού ο μεταβιβάσας δεν ήταν κύριος (δεν κτήθηκε η κυριότητα από την περιουσία του).

35. Χελιδόνος, ό.π.: *Κουμουτζής*, *Condictio possessionis* μετά την παραγραφή της αξίωσης λόγω αποβολής από τη νομή;, ΧρΙΑ 2013, 145 επ.

36. Κιτσάρης, Η ατελής κυριότητα, σ. 203 επ.: Π. Φίλιος, Εμπράγματα δικαιο⁴, 2011, σ. 87-88.

37. Το ζήτημα αυτό αποκτά πρακτική σημασία ιδίως στην περίπτωση των ακινήτων, αφού στα κινητά, λόγω των τεκμηρίων των ΑΚ 1110-1111, που ισχύουν και στην *condictio possessionis* (*Γεωργιάδης*, Εμπράγματα, § 58 αρ. 67), από την επίκληση της προηγούμενης νομής του ενάγοντος θα γεννάται τεκμήριο και επικαλούμενος εκ μέρους του κυριότητας.

38. Βλ. ενδεικτικά *Βαλτούδη*, σε Γεωργιάδη/ΣΕΑΚ, άρθρ. 904 αρ. 124 επ., 128. Από τον συστηματικό συσχετισμό των δύο εδαφίων της ΑΚ 904 μεταξύ τους, σε συνδ. προς την τελολογική λειτουργία του θεσμού, μπορεί να συναχθεί το γενικότερο συμπέρασμα ότι, καίτοι η προέλευση του πλουτισμού από την περιουσία του δότη (ή επί ζημία αυτού) συνιστά ουσιαστική προϋπόθεση της αξίωσης (με συνέπεια να πρέπει αυτός να επικαλεσθεί και αποδείξει την ένταξη του πλουτισμού στην περιουσία του για κάποιον νόμιμο λόγο), αρκεί η επίκληση εκ μέρους του ότι προέβη στην παροχή προς τον εναγόμενο (πλουτισμός εκ παροχής) ή ότι ο πλουτισμός του λήπτη προέκυψε από επέμβαση στον χώρο εξουσιασμού του δότη (πλουτισμός εξ επεμβάσεως). Στον ισχυρισμό αυτό, που ικανοποιεί τον βασικό σκοπό της ΑΚ 904 για ανατροπή μιας αδικαιοδόγητης περιουσιακής μετακίνησης, ευυπάρχει πάντοτε, εν πολλοίς σιωπηρώς, ο ισχυρισμός περί τεκμαιρόμενης εντάξεως του αποδοτέου πλουτισμού στην περιουσία του ενάγοντος (βλ. έτσι γενικότερα για τη σημασία της νομής στο δίκαιο των πραγμάτων, ακόμη και των ακινήτων, Π. Φίλιος, ό.π., σ. 58) και γεννάται το δικονομικό βάρος του εναγομένου να τον καταρρίψει αποδεικνύοντας είτε ότι ποτέ ο πλουτισμός δεν εντασσόταν στην περιουσία του ενάγοντος, παρά το φαινομενικώς αντίθετο, ή ότι, πάντως, τώρα έχει νομίμως ενταχθεί στη δική του περιουσία (αμφίσημη η νομολογία στο ζήτημα αυτό, αφού, όπως ενδεικτικά η ΑΠ 1438/2005 ΕλλΔνη 2006, 181, δέχεται, η μεν «ζημία» του ενάγοντος δεν είναι προϋπόθεση της αξιώσεως και δεν χρειάζεται να αναφέρεται στην αγωγή, η ευθύνη εντοπίστος του λήπτη γεννάται απέναντι σε εκείνον, από την «περιουσία» του οποίου ο πλουτισμός εξέφυγε). Η ερμηνευτική αναγνώριση ενός τέτοιου τεκμηρίου περί εντάξεως του αποδοτέου πλουτισμού στην περιουσία του ενάγοντος δότη, η κατάρριψη του οποίου βαρύνει τον εναγόμενο, συνάγεται εμμέσως από το δεύτερο εδάφιο της ΑΚ 904, το οποίο, εισάγοντας ενδεικτικά απαρίθμηση περιπτώσεων ευθύνης εξ αδικαιοδόγητου πλουτισμού, αρκείται στις προϋποθέσεις της παροχής (δηλ. πλουτισμού) και της απουσίας έγκυρης αιτίας, χωρίς ειδική εν προκειμένω αναφορά στην προϋπόθεση της εντάξεως του πλουτισμού

29. Αυτό ισχύει και στην περίπτωση των κινητών, χωρίς να διαφοροποιείται η κατάσταση συνεπεία του τεκμηρίου κυριότητας που παράγει η νομή (ΑΚ 1110), στο οποίο, άλλωστε, αντιτάσσεται το τεκμήριο της ΑΚ 1111: βλ. *Klinkhammer*, ό.π., σ. 37 επ.

30. Η διαστολή μεταξύ «έννομου» και «απλού» συμφέροντος, εκ των οποίων μόνο το πρώτο αποτελεί νομοδολογικό στοιχείο του δικαιώματος, δεν είναι άγνωστη στο δίκαιο και ιδίως το εμπράγματο. Πλήθος διατάξεων (βλ. ενδεικτικά ΑΚ 1001 εδ. β', 1022 εδ. γ', 1031 εδ. α', 1125 εδ. β', 1126 εδ. α' και β', 1127, 1327) αναφέρονται και ρυθμίζουν όχι έννομα συμφέροντα, δηλαδή δικαιώματα, αλλά απλά συμφέροντα. Τέτοιο συμφέρον, ειδικώς ρυθμιζόμενο ως προς όλες τις εκφάνσεις του, είναι στην ουσία και το συμφέρον του νομέα να διατηρήσει υπό την εξουσία του το πράγμα.

31. Δεν θα ήταν πειστικό το επιχείρημα ότι η έννοια της περιουσίας είναι εν προκειμένω προσανατολισμένη σε κριτήρια εξωνομικά, σε κριτήρια της οικονομικής επιστήμης. Η έννοια της περιουσίας στο δίκαιο του αδικαιοδόγητου πλουτισμού είναι πρωτίστως νομική, δεδομένου ότι ο νόμος μόνον δύναται να λειτουργεί δικαιοαπονεμτικά (βλ. *Jakobs*, *Eingriffserwerb und Vermögensverschiebung in der Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung*, 1964, σ. 164 επ.: *Klinkhammer*, ό.π., σ. 46-47).

32. Βλ. ενδεικτικά *Γαζή*, Η σύγκρουση των δικαιωμάτων, 1959, σ. 181.

33. Δεν είναι τυχαίο ότι από παλαιά αμφισβητείται στην επιστήμη το ζήτημα, αν η αγωγή αυτή είναι αγωγή προστατευτική της νομής ή εμπράγματη αγωγή (βλ. *Οικονομίδης*, Εμπράγματα δίκαια, 1931, § 137 σημ. 8· ΑΠ 331/1962 ΝοΒ 10, 1106· πρβλ. και *Γεωργιάδης*, στον ΑΚ Γεωργιάδη/Σταθόπουλου, άρθρ. 1112 αρ. 3).

34. Αν αυτό ίσχυε, θα έπρεπε στην περίπτωση που ο αρχικός αποβολέας (μη δικαιωματικός νομέας) μεταβιβάσει το πράγμα σε τρίτον και αυτός καταστεί κύριος κατ' ΑΚ 1036 παρά το ότι η

νό τη νομή, στο πλαίσιο της οποίας το δικαίωμα προς νομή (κυριότητα κλη.) δεν διαδραματίζει νομικώς σημαντικό ρόλο ως βάση επίλυσης της διαφοράς (ΑΚ 991), στο πλαίσιο της *condictio possessionis* αυτό ανάγεται σε ουσιαστική προϋπόθεση, επί τη βάση της οποίας θα γίνει δεκτή ή θα απορριφθεί η αγωγή³⁹. Το δικονομικό βάρος της εισφοράς στη δίκη του σχετικού ισχυρισμού δεν φέρει εντούτοις ο ενάγων, όπως στη διεκδικητική αγωγή, όπου αυτός πρέπει να επικαλεσθεί και αποδείξει την κυριότητά του, αλλήλ' εναπόκειται στον εναγόμενο να προτείνει την ένσταση ότι διαθέτει δικαίωμα προς νομή/κατοχή, που αντιτάσσεται στον ενάγοντα⁴⁰. Εφόσον δε ο εναγόμενος προτείνει κατ' ένσταση ότι έχει δικαίωμα προς νομή, ο ενάγων είτε θα αρνηθεί αυτήν είτε θα προτείνει αντένσταση (δικαιοφθόρο, δικαιοανασταθική ή δικαιοκαταργητική), ισχυριζόμενος ότι αυτός και όχι ο εναγόμενος είναι ο δικαιωματικός νομέας. Έτσι, τελικά, θα αποδοθεί το πράγμα σε εκείνον, ο οποίος σύμφωνα με τις δικαιοσποννητικές διατάξεις του εμπράγματος δικαίου δικαιούται να νέμεται (έχει δικαίωμα προς νομή) και, εφόσον τέτοιο δικαίωμα έχουν αμφοτέρω, στον έχοντα το επικρατέστερο. Κυρίαρχο δικαίωμα προς νομή είναι το απορρέον από την κυριότητα, το οποίο όμως υπόκειται στους περιορισμούς της ΑΚ 1095. Η παρατήρηση αυτή αποδεικνύεται ιδιαίτερα χρήσιμη επί συγκρούσεως περισσότερων *condictiones* διαφορετικών προσώπων για απόδοση της νομής/κατοχής. Έτσι, π.χ., εάν αποβληθεί ο επικαρπωτής ή ο προστατευόμενος μισθωτής, έχουν τόσο αυτοί όσο και ο κύριος την *condictio possessionis*, ο κύριος όμως δικαιούται να ζητήσει να αποδοθεί υλικά ο οιονεί νομή ή κατοχή, αντίστοιχα, στον επικαρπωτή ή τον μισθωτή, στον ίδιο δε μόνο η απούλη-πονημένη νομή (κατά το πνευματικό της στοιχείο).

Ερωτάται, πλέον, αν ο δικαιωματικός, κατά την ανωτέρω έννοια, νομέας, διατηρεί την κατά του αποβληθέντος *condictio possessionis* και μετά την παραγραφή της αγωγής αποβολής από τη νομή, όπως η κρατούσα γνώμη δέχεται, χωρίς όμως να διακρίνει μεταξύ δικαιωματικού και μη δικαιωματικού νομέα, αλλήλ' αναγνωρίζοντας και στους δύο το δικαίωμα εγέρσεως της *condictio*⁴¹.

στην περιουσία του δότη. Αυτό δεν συμβαίνει επειδή τάχα αυτή δεν χρειάζεται, αλλήλ' ακριβώς επειδή από τις άλλες δύο τεκμαίρεται και αυτή και βαρύνεται ο εναγόμενος με την απόδειξη του αντιθέτου. Βλ. προς την κατεύθυνση αυτή και *Χρ. Φίλιος*, Αδικαιολόγητος πλουτισμός, Συνήγορος 2007, 48 επ., 49, όπου και έκθεση αντίστοιχων θέσεων σε άλλες έννομες τάξεις. Πρβλ. επίσης το άρθρο 4:101 των διατάξεων για τον αδικαιολόγητο πλουτισμό του Study Group on a European Civil Code (27.02.2006), που εκκινούν από την ύπαρξη τεκμηρίου στις περιπτώσεις αυτές.

39. Στην αγωγή της νομής, ακόμη και αν ο αποβληθείς νομέας, που ενάγει τον αποβληθέντα για απόδοση του πράγματος, ρητώς αναφέρει στο δικόγραφο του ότι δεν ήταν δικαιωματικός νομέας, η αγωγή του θα γίνει δεκτή, εφόσον συντρέχουν οι προϋποθέσεις της. Αντίθετα, αν στην *condictio possessionis* ο ενάγων ρητώς εκθέσει ότι δεν είχε δικαίωμα προς νομή, αλλήλ' ότι ασκούσε απλώς γυμνή-μη δικαιωματική νομή, η αγωγή του θα απορριφθεί ως νόμω αβάσιμη. Αντίθετα, αν ο ενάγων ισχυρισθεί, και σωπηρώς έστω, ότι ήταν δικαιωματικός νομέας, ο εναγόμενος όμως ισχυρισθεί και αποδείξει το αντίθετο, η αγωγή θα απορριφθεί ως ουσία αβάσιμη.

40. Ότι η ένσταση αυτή είναι επιτρεπτή στη δίκη της *condictio possessionis* βλ. κατωτέρω σημ. 45.

41. ΑΠ 1208/2012 ΧρΙΔ 2013, 31 με παρατ. *Κουμουτζή*: ΑΠ 2144/2009 ΧρΙΔ 2011, 104· ΑΠ 1112/2008 ΧρΙΔ 2009, 228· ΑΠ 632/2006 ΧρΙΔ 2006, 701 με παρατηρήσεις *Χριστοτάκου*: ΑΠ 657/2005 ΕλλΔνη 2005, 1117· ΑΠ 255/1983 ΝοΒ 31, 1562· ΑΠ 1510/1981 ΝοΒ 30, 917· ΑΠ 681/1977 ΝοΒ 26, 362· ΑΠ 80/1974 ΝοΒ 22, 892· ΑΠ 775/1971 ΝοΒ 20, 481· ΕφΑθ 2431/1997 ΕλλΔνη 1998, 192· ΕφΑθ 1101/1996 Αρμ 1996, 1329· ΕφΔωδ 274/1986 Αρμ 1988, 427. Έτσι στην επιστήμη *Θηθαίος*, Το δίκαιον της νομής Γ', σ. 326· *Γεωργιάδης*, Εμπράγματο, § 24 αρ. 11· *Σταθόπουλος*, στον ΑΚ Γεωργιάδης/Σταθόπουλου, Εισαγ. 904-913 αρ. 40 και άρθρ. 904 αρ. 105, 115· *Συριδάκης*, Εμπράγματο Α', σ.

Η απάντηση είναι καταφατική⁴². Οι δύο αξιώσεις συρρέουν μεταξύ τους ελεύθερα και η προβλεπόμενη για την προστασία της γυμνής νομής ενιαία παραγραφή δεν επιδρά επί της παραγραφής της *condictio possessionis*. Ούτε η σύντομη αυτή παραγραφή συνιστά νόμιμη αιτία πλουτισμού του αποβληθέντα, καθώς η νομή ως πλουτισμός δεν συνιστά συνέπεια της παραγραφής της αγωγής αποβολής από τη νομή, αλλήλ' είναι αυτοτελής και προϋπάρχει αυτής⁴³. Ο νομέας που απέβαλε τον κύριο (ή τον έλκοντα εξ αυτού δικαίωμα οιονεί νομής ή κατοχής), χωρίς ο αποβληθείς να ασκήσει εναντίον του την αγωγή αποβολής από τη νομή εντός της ενιαίας προθεσμίας του άρθρου 992 ΑΚ, προστατεύεται με έναντι αυτού στο πλαίσιο των διατάξεων για τη νομή (αφού η νομή του απέβαλε τον επιλήψιμο χαρακτήρα της στις μεταξύ τους σχέσεις), *όχι όμως και στο πλαίσιο των διατάξεων του αδικαιολόγητου πλουτισμού*. Η παραγραφή της αγωγής αποβολής από τη νομή συνεπάγεται μόνο την οριστική απώλεια της συγκεκριμένης μορφής προστασίας, όχι όμως και την απόσβεση του εμπράγματος δικαίου, από το οποίο συνεχίζει να εκπνέει η εξουσία του κυρίου για φυσικό εξουσιασμό του πράγματος, εξουσία που μπορεί αλλήλ'ωστε να ικανοποιηθεί με τη διεκδικητική αγωγή. Το δικαίωμα για φυσικό εξουσιασμό του πράγματος, που απορρέει από την κυριότητα, είναι αυτοτελές και ανεξάρτητο προς το αντίστοιχο «δικαίωμα» διατήρησης της φυσικής εξουσίας του πράγματος που έχει ο νομέας υπό τη «γυμνή» αυτή ιδιότητα του. Ο αυτοτελής χαρακτήρας των εν λόγω δικαιωμάτων δεν αποβλήθει όταν τυχαίνει να συμπίπτουν στο ίδιο πρόσωπο οι ιδιότητες του κυρίου και του νομέα, ούτε η ενδεχόμενη απώλεια του ενός δικαίου (π.χ. του «δικαίου» προστασίας της νομής) οδηγεί στην απώλεια του δικαιώματος φυσικού εξουσιασμού που απορρέει αυτοτελώς από το άλλο δικαίωμα (π.χ. την κυριότητα)⁴⁴. Έτσι, στην περίπτωση που ο κύριος αποβληθεί και στη συνέχεια ανακτήσει το πράγμα αποβλήθοντας με τη σειρά του τον νομέα μετά την παρέλευση έτους, από την οπτική γωνία (όχι του δικαίου της νομής αλλήλ') του δικαίου του αδικαιολόγητου πλουτισμού ασφαλώς δεν θα πρόκειται για αδικαιολόγητο εκ μέρους του κτήση και διατήρηση της νομής, αλλήλ', αντιθέτως, για δικαιολογημένη (υπό την έννοια της ΑΚ 904), αφού αυτός έχει νόμιμη αιτία (το απορρέον από την κυριότητα δικαίωμα προς νομή) για τη διατήρηση του πλουτισμού που συναρτάται προς τη φυσική εξουσία του. Ο αποβληθείς μη δικαιωματικός νομέας έχει βέβαια στην περίπτωση αυτή εναντίον του κυρίου την αγωγή αποβολής από τη νομή· *όχι όμως την condictio possessionis*, όπως σαφώς συνάγεται από την κρατούσα και ορθή γνώμη, σύμφωνα με την οποία ο κύριος, εναγόμενος τυχόν με την αγωγή αδικαιολόγητου πλουτισμού, διαθέτει την ένσταση ίδιας κυριότητας, την οποία δεν έχει αμυνόμενος κατά της

329· *Κορνηλάκης*, Ειδικό Ενοχικό Δίκαιο Ι', σ. 390· *Παπαδόπουλος*, Αγωγές εμπραγμάτων Α', σ. 185-186· *Βαλθούδης*, σε Γεωργιάδη/ΣΕΑΚ, Εισαγ 904-913 αρ. 26· *Βουζίκας*, Η αγωγή του αδικαιολόγητου πλουτισμού και η χρησικτησία, 1948, σ. 237 σημ. 26.

42. Βλ. *Κιτσαρά*, Η ατελής κυριότητα, σ. 203 επ.

43. Πρβλ. αναλυτικά *Κιτσαρά*, Η ατελής κυριότητα, σ. 191 επ. Βλ. επίσης *Σταθόπουλο*, στον ΑΚ Γεωργιάδη/Σταθόπουλου, άρθρ. 904 αρ. 115 και Εισαγ. άρθρ. 904-913 αρ. 40, ο οποίος εύστοχα τονίζει ότι η ωφέλεια από την παραγραφή των αγωγών της νομής (ΑΚ 992) αποτελεί νόμιμη αιτία μόνο για την απώλεια των αγωγών αυτών και όχι για την οριστική διατήρηση της νομής ή κατοχής, η οποία αποτελεί πλουτισμό ανεξάρτητο από την παραγραφή· έτσι και ΑΠ 1208/2012 ΧρΙΔ 2013, 31· ΑΠ 632/2006 ΧρΙΔ 2006, 701· ΑΠ 80/1974 ΝοΒ 22, 892· ΑΠ 255/1983 ΝοΒ 31, 1562· ΕφΔωδ 247/1986 Αρμ 1988, 427). Μεμονωμένα είχε παλαιότερα υποστηριχθεί η άποψη ότι η παραγραφή της αγωγής της νομής δημιουργεί νόμιμη αιτία πλουτισμού για τον νομέα, που έτσι δεν ευθύνεται σε απόδοση της νομής με την *condictio possessionis*: ΕφΘεσσ 549/1972 ΕΕΝ 1972, 392· ΠρΣερρών 451/1966 ΝοΒ 1966, 814· προς την ίδια πάντως κατεύθυνση και ο *Χρ. Φίλιος*, Συνήγορος 2007, 50.

44. Βλ. και *Μπόσδα*, ΝΔίκ 1971, 239.

αγωγής αποβολής από τη νομή (ΑΚ 991)⁴⁵. Η ένσταση αυτή σημαίνει ακριβώς τούτο: ότι ο εναγόμενος δεν πλούτισε από την περιουσία του ενάγοντος. Στη σύγκρουση μεταξύ του μη δικαιωματικού νομέα για ανάκτηση της απολεσθείσης νομής ως πλοουτισμού και του δικαιώματος του κυρίου να κρατήσει τον πλοουτισμό, επικρατεί το δικαίωμα του τελευταίου. Ότι η ένσταση ίδιας κυριότητας (και γενικότερα του δικαιώματος προς νομή) προτείνεται κατά της *condictio possessionis*, όχι όμως κατά της αγωγής αποβολής από τη νομή, εξηγείται ακριβώς με τη σκέψη ότι, ενώ προσβολή της (γυμνής) νομής δεν συνιστά η απλώς παράνομη, δηλαδή η χωρίς δικαίωμα προς νομή, κτήση της, αλλήλ χρειάζεται επιπλέον η κτήση αυτή να μην στηρίζεται στη βουλήση του πρώην νομέα (να είναι δηλ. επιλήψιμη), η *condictio possessionis* προϋποθέτει απλώς τη χωρίς δικαίωμα κτήση της νομής.

Η θέση ότι ο δικαιωματικός μόνο νομέας δικαιούται να ζητήσει απόδοση της νομής/κατοχής ως πλοουτισμού με την *condictio possessionis*, ενώ ο μη δικαιωματικός όχι, επειδή ο πρώτος μόνον υφίσταται προσβολή στην περιουσία του, επιβεβαιώνεται άλληλως και από το συγγενές στο σημείο αυτό σύστημα των διατάξεων για τις αδικπραξίες. Ειδικότερα, όταν με αδικπραξία προσβάλλονται δικαιώματα περισσότερων προσώπων πάνω σε ένα πράγμα –κυριότητα, δικαιωματική νομή/κατοχή, απλή νομή/προστατευόμενη (ΑΚ 997) κατοχή–, καθένα δικαιούται αποζημίωση για τη δική του ζημία, ανάλογα προς το είδος του δικαιώματός του. Έτσι, σε περίπτωση καταστροφής του πράγματος ο κάτοχος (ακόμη και όταν είναι δικαιωματικός έναντι του κυρίου κατά την έννοια της ΑΚ 1095) δικαιούται αποζημίωση μόνο για το διαφυγόν κέρδος του από τη στέρηση της χρήσης και κάρπωσης του πράγματος και επιπλέον τις δαπάνες που ενδεχομένως έκανε για να το επαναφέρει στην προηγούμενη κατάσταση, όχι όμως για την ίδια τη χειρότερηση ή καταστροφή του (τη μείωση ή πλήρη εξαφάνιση της εσωτερικής του αξίας), την οποία μόνον ο κύριος (ή άλλος εμπράγματος δικαιούχος, π.χ. επικαρπωτής) μπορεί να ζητήσει, αφού αποτελεί μέρος της δικής του περιουσίας (βλ. και ΑΚ 936)⁴⁶. Γι' αυτό και η προβλεπόμενη στην ΑΚ 987 εδ. β' δυνατότητα του απλού νομέα να ζητήσει παράλληλα με την απόδοση της νομής και αποζημίωση, αφορά στη ζημία που υπέστη από τη στέρηση της χρήσης⁴⁷ και όχι στην ίδια την απόδοση του πράγματος με την ΑΚ 914 σε συνδ. με την ΑΚ 297 εδ. β'. Απόδοση του πράγματος μπορεί να ζητήσει με τις διατάξεις για τις αδικπραξίες εκείνος, στην περιουσία του οποίου εντάσσεται η εξουσία φυσικού εξουσιασμού.

Εκ τούτων έπεται ότι την *condictio possessionis* δεν έχει κάθε νομέας που απώλησε τη νομή του πράγματος, αλλήλ μόνον

45. Βλ. έτσι ήδη *Windscheid/Kipp*, Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. I⁹, 1906, § 161 σ. 542 σημ. 12, θέση που υιοθέτησε κατά τις εργασίες σύνταξης του γερμΑΚ και ο εισηγητής του ενοχικού δικαίου *von Kübel· Heck*, Grundriss des Sachenrechts, 1930, § 14.6. Πάγια γνώμη και στο ελληνικό δίκαιο, για την οποία βλ. *Χρ. Θηβαίο*, Το δίκαιο της νομής Γ', σ. 281 επ. (282), 326· *Μπόσδα*, ΝΔίκ 1971, 238· *Τούση*, Εμπράγματον δίκαιο, 1988, § 43· *Γεωργιάδη*, Εμπράγματο, § 24 αρ. 11· *Σταθόπουλο*, στον ΑΚ Γεωργιάδη/Σταθόπουλου, άρθρο 904 αρ. 105· *Βαητούδη*, σε Γεωργιάδη/ΣΕΑΚ, άρθρ. 904 αρ. 123· ΕφΑθ 352/2001 ΕλλΔνη 2001, 809· Εφθεσ 807/1955 Αρμ 10, 51.

46. ΑΠ 358/2012 (ΝΟΜΟΣ)· ΑΠ 1495/2004 ΕλλΔνη 44, 1556· ΑΠ 1246/2003 ΕλλΔνη 45, 396· ΑΠ 983/1986 ΝοΒ 36, 339· ΕφΑθ 3759/2006 Επιδικία 2007, 395. Έτσι και *Π. Φίλιος*, ό.π., σ. 87. Αλλήλως στην περίπτωση της πώλησης με παρακράτηση της κυριότητας, επειδή εκεί ο κάτοχος είναι ταυτόχρονα και δικαιούχος κυριότητας υπό αναβλητική αίρεση, δηλ. ο «οικονομικός κύριος»: βλ. αναλυτικά *Κιτσαρά*, Η ατελής κυριότητα, σ. 313 σημ. 62.

47. Και πάλη όμως κατ' αντιστοιχία προς τις διατάξεις των ΑΚ 1066 επ. και 1096 επ., οι οποίες καθορίζουν την υπό προϋποθέσεις ένταξη των καρπών και ωφελημάτων στην περιουσία του.

ο δικαιωματικός. Τέτοιος δε είναι εκείνος, ο οποίος έλκει το δικαίωμα για φυσικό εξουσιασμό του πράγματος από εμπράγματο δικαίωμα, δυνάμει του οποίου εντάσσεται η νομή ή κατοχή στην περιουσία του, ή ενοχικό, αντιπασσόμενο όμως στον εμπράγματο δικαιούχο (ΑΚ 1095) και εν τέλει απορρέον από το εμπράγματο δικαίωμα στη βάση αλυσιδίας έννομων σχέσεων. Έτσι, τελικώς, σε αντίθεση με την κρατούσα γνώμη, που αντιμετωπίζει την *condictio possessionis* ως μια ενοχική αγωγή συμπληρωματική της προβλεπόμενης στον νόμο προστασίας της νομής καθ' εαυτήν (δηλ. και της γυμνής ακόμη νομής), η αγωγή αυτή εμφανίζει χαρακτηριστικά ουσιαστικών ομοιάζοντα προς τις εμπράγματος αγωγές και ιδίως τη διεκδικητική, αλλήλ με αντεστραμμένο ως προς εκείνες το βάρος επίκλησης και απόδειξης του προσβληθέντος δικαιώματος, που παρέχει δικαίωμα φυσικού εξουσιασμού. Κατ' επέκταση, ενώ με τη διεκδικητική αγωγή καθίσταται επίδικο (ουσιαστικό) αντικείμενο η κυριότητα, με συνέπεια, αφενός μεν να διακόπτεται η χρησιμότητα (ΑΚ 1049), αφετέρου δε το δεδικασμένο της αποφάσεως να καταλαμβάνει την κυριότητα ως εμπράγματο δικαίωμα, η *condictio possessionis* δεν εμφανίζει τα χαρακτηριστικά αυτά⁴⁸. Με αρετηρία εξέλληου την κρατούσα στην ελληνική νομολογία (αλλήλ εσφαλημένη) κατασκευή της «ουσιαστικής επικουρικότητας» της αξίωσης αδικαιολόγητου πλοουτισμού, σύμφωνα με την οποία η αγωγή αυτή είναι «επιβουθητική» και συνεπώς αποκλείεται όταν υφίσταται ενεργός αξίωση «από άλλη αιτία»⁴⁹, η πρακτική χρησιμότητα της *condictio* περιορίζεται στις περιπτώσεις που δεν μπορεί να ασκηθεί η εμπράγματο αξίωση (π.χ. λόγω παραγραφής, αποσβεστικής προθεσμίας κλπ.) ούτε αξίωση με βάση τις διατάξεις για τις αδικπραξίες ούτε υφίσταται αξίωση αποδόσεως από σύμβαση⁵⁰.

Γ. Η αιτία κτήσης της νομής

Ερευνητέα πλέον η προϋπόθεση της έλλειψης νόμιμης αιτίας ως προϋπόθεσης της *condictio possessionis*. Ο νόμος γνωρίζει αφενός την πρωτότυπη (ΑΚ 974) και αφετέρου την παράγωγη κτήση της νομής (ΑΚ 976-978). Και είναι γνωστή η προβλητική περί τον χαρακτήρα της πρωτότυπης κτήσης της νομής, δηλ. της κατάληψης, αλλήλ και της παράγωγης με παράδοση κτήσης της, ως δικαιοπραξιών ή μη, στην οποία η κρατούσα γνώμη τοποθετείται καταφατικά⁵¹. Τόσο η δικαιοπραξία αυτή, όσο και η σύμβαση για τη μεταβίβαση της νομής, διαμορφώνονται από τον νομοθέτη ως άτυπες⁵² και αφηρημένες δικαιοπραξίες⁵³. Το κτητικό της νομής αποτέλεσμά τους επέρχεται δηλ. ανεξαρτήτως της υπάρξεως και ισχύος μιας έγκυρης αιτίας. Έτσι, όπως σε κάθε άλλη περίπτωση αφηρημένης διαθετικής συμβάσεως ή μονομερούς δικαιοπραξίας δικαιοπραξίας (περίπτωση καταλήψεως: ΑΚ 974), η νομή αποκτάται ακόμη κι αν απουσιάζει έγκυρη αιτία. Στην περίπτωση όμως αυτή γεννάται στο πρόσωπο του αποκτώντος ευθύνη εξ αδικαιολογήτου πλοουτισμού. Υπό την έννοια αυτή η διαπί-

48. Εντούτοις, τα υποκειμενικά όρια του δεδικασμένου και της εκτελεστότητας των αποφάσεων που εκδίδονται σε αμφοτερές τις περιπτώσεις ταυτίζονται: βλ. *Κιτσαρά*, Η ατελής κυριότητα, σ. 26-27.

49. Για το ζήτημα της «επικουρικότητας» της αξίωσης αδικαιολόγητου πλοουτισμού σε σχέση ειδικώς προς την *condictio possessionis* και τους λόγους, για τους οποίους η κατασκευή αυτή δεν είναι ορθή, βλ. αναλυτικά *Κιτσαρά*, Η ατελής κυριότητα, σ. 191 επ., 198 επ., 203 επ.

50. ΑΠ 1433/2010 ΧρΙΑΔ 2011, 52 = ΕφΑΔ 2011, 89.

51. Βλ. για τις επί μέρους απόψεις, αντί άλλων, *Γεωργιάδη*, Εμπράγματο, § 17 αρ. 9 και § 18 αρ. 40, όπου και η αντίθετη δική του θέση.

52. Υπό το προ του ΑΚ καθεστώ, το άρθρο 45 του νόμου περί χαρτοσήμου του 1930 υπέβαλε τις μεταβιβαστικές της νομής ακινήτων συμβάσεις σε συμβολαιογραφικό τύπο.

53. Βλ., ενδεικτικά, *Γεωργιάδη*, Εμπράγματο, § 18 αρ. 45.

σωση της υπάρξεως νόμιμης αιτίας πλουτισμού ενδιαφέρει κατ' ακριβολογία *όχι ως λόγος κτήσεως*, αλλά ως λόγος *διατήρησης*, δηλαδή *ασκήσεως* της αποκτώμενης νομής/κατοχής.

Τούτων δοθέντων, εάν εκείνος που αποκτά την κυριότητα ακινήτου με σύμβαση (ΑΚ 1033), χωρίς αυτό να του παραδοθεί, καταλάβει τη νομή του (περίπτωση *πρωτότυπης κτήσης* της νομής), θα έχει νόμιμη αιτία *για τη διατήρησή της*, ειδικότερα δε την κυριότητά του και υπό την προϋπόθεση ότι το από την κυριότητα εκπηγάζον δικαίωμά του να εξουσιάζει φυσικά το πράγμα δεν περιορίζεται από δικαίωμα άλλου (περιορισμένο εμπράγματο ή και ενοχικό). Για τον ίδιο λόγο και ο μισθωτής, στον οποίο ο εκμισθωτής-κύριος δεν παραδίδει το πράγμα, καταλαμβάνοντας την κατοχή του θα έχει νόμιμη αιτία για τη διατήρησή της και ειδικότερα το (αντιτασσόμενο στον κύριο) μισθωτικό του δικαίωμα. Αντίθετα, οσάκις ο αποκτών πρωτότυπως τη νομή ή κατοχή του πράγματος δεν έχει νόμιμη αιτία για τη διατήρησή της, θα ευθύνεται σε απόδοση του πλουτισμού.

Περαιτέρω, στην περίπτωση της *παράγωγης κτήσης* της νομής, η σύμβαση για τη μεταβίβαση της αποτελεί ιδιαίτερη και αυτοτελώς στον νόμο ρυθμισμένη σύμβαση σε σχέση προς τη σύμβαση για τη μεταβίβαση της κυριότητας, η οποία για τα ακίνητα μεν είναι αιτιώδης, για τα κινητά δε αναίτιώδης. Ανακύπτει έτσι το ερώτημα ως προς την αιτία της συμβάσεως για τη μεταβίβαση της νομής και τη σχέση της προς την αιτία της συμβάσεως για τη μεταβίβαση της κυριότητας. Ερωτάται ειδικότερα αν η αιτία για την παράγωγη κτήση και διατήρηση της νομής δύναται να είναι μια αυτοτελής (σε σχέση προς την εμπράγματο για την κυριότητα σύμβαση) ενοχική υποσχετική σύμβαση (πώληση, ανταλλαγή, δωρεά κλπ.) και με ποιες περαιτέρω συνέπειες. Δύο παραδείγματα, τα οποία φαίνεται ότι αντανακλούν την κρατούσα γνώμη, βοηθούν στην οριοθέτηση της προβληματικής.

Παράδειγμα πρώτο: Ο Α, κύριος και νομέας ενός ακινήτου, αποβάλλεται από τον Β. Στη συνέχεια ο Β πωλεί και παραδίδει το ακίνητο στον Γ. Υποστηρίζεται εν προκειμένω ότι, αν ο Α ασκήσει κατά του Γ την αγωγή του αδικαιολόγητου πλουτισμού με αίτημα την απόδοση του πράγματος (*condictio possessionis*), η αγωγή του θα απορριφθεί, επειδή ο πλουτισμός του Γ, που συνίσταται στη νομή του ακινήτου, έχει νόμιμη αιτία και δη την υποσχετική σύμβαση της πώλησης που κατήρτισε με τον Β⁵⁴. Υπό την εκδοχή αυτή αξίωση αδικαιολόγητου πλουτισμού θα έχει ο Α μόνον κατά του Β και δη για το αντίληγμα που αυτός εισέπραξε για τη μεταβίβαση της νομής στον Γ. Μόνον αν ο Β είχε παραδώσει το πράγμα στον Γ από αιτία *χαριστική* θα είχε κατά την άποψη αυτή ο Α έναντι του Γ την *condictio possessionis* δύναμη της ΑΚ 913. Ακριβώς δε σε αυτό το σημείο εντοπίζεται κατά την εν λόγω άποψη η ουσιαστικότερη διαφορά της *condictio possessionis*, ως ενοχικής αγωγής, από τη διεκδικητική αγωγή, που είναι «εμπράγματο» και ως τέτοια στρέφεται και κατά παντός τρίτου, διαδόχου του αρχικού προσβολέα στη νομή.

Παράδειγμα δεύτερο: Οι Α και Β, κύριοι και νομείς, αντιστοίχως, δύο αγροτεμαχίων, τα ανταλλάσσουν και μεταβιβάζουν μεταξύ τους ατύπως. Μετά την παρέλευση πέντε ετών ο Α ασκεί κατά του Β διεκδικητική αγωγή, με την οποία ζητά να αναγνωρισθεί η ακυρότητα της μεταξύ τους άτυπης σύμβασης και η εντεύθεν κυριότητά του στο ακίνητο που ατύπως μεταβίβασε στον Β, το οποίο και ζητά να του αποδοθεί. Ο Β όμως του αντιτείνει ότι, εν πάση περιπτώσει, η σύμβαση για τη μεταβίβαση της νομής είναι αφενός μεν αφηρημένη, αφετέρου δε άτυπη και ως εκ τούτου εγκύριως απέκτησε τη νομή ανεξαρτήτως της ακυρότητας της σύμβασης για τη μεταβίβαση της κυριότητας.

Με αυτή την αιτιολογία ζητά την απόρριψη της διεκδικητικής αγωγής. Το παράδειγμα είναι πραγματικό και απασχόλησε τον Άρειο Πάγο στην υπ' αριθμ. 809/1989 απόφασή του⁵⁵, με την οποία το ακυρωτικό υιοθέτησε πλήρως το ως άνω σκεπτικό⁵⁶ και απέρριψε τη διεκδικητική αγωγή, προσθέτοντας στις αιτιολογίες του και το ότι τα μέρη δεν είχαν συναρτήσει το κύρος της μεταβίβασης της νομής προς το κύρος της σύμβασης για την ανταλλαγή της κυριότητας, όπως θα μπορούσαν αν ήθελαν να καταστήσουν αιτιώδη τη σύμβαση για τη μεταβίβαση της νομής. Είναι προφανές ότι με τη βάση που έθεσε στη μείζονα πρότασή του το δικαστήριο, θα έπρεπε να απορριφθεί και ενδεχόμενη αγωγή αδικαιολόγητου πλουτισμού που θα είχε ασκήσει ο Α κατά του Β, δεχόμενο στην περίπτωση αυτή ως νόμιμη αιτία πλουτισμού του Β τη σύμβαση ανταλλαγής της νομής (όχι της κυριότητας), η οποία επίσης θα ήταν άτυπη.

Οι λύσεις στις οποίες οδηγείται στα δύο ανωτέρω παραδείγματα η μάλλον κρατούσα γνώμη δημιουργεί εύλογα ερωτηματικά, αν και φαινομενικά εναρμονίζεται με τις περί αδικαιολόγητου πλουτισμού διατάξεις. Πέραν του ότι το σχήμα της ενοχικής υποσχετικής συμβάσεως, που συνιστά την αιτία της σύμβασης για τη μεταβίβαση της νομής, επιχειρεί να μεταφέρει στο πεδίο της παράγωγης κτήσης της νομής τα ισχύοντα στις εμπράγματος μεταβιβάσιμες συμβάσεις, δηλαδή εκείνες με τις οποίες μεταβιβάζονται εμπράγματα δικαιώματα, ενώ η νομή δεν είναι τέτοιο, η γνώμη αυτή φαίνεται πρωτίστως να προσκρούει στη λειτουργική και συστηματική αποστολή του θεσμού της νομής, την οποία αντιμετωπίζει ως αντικείμενο αυτοτελούς συναλλαγής, δηλ. δεκτικό πωλήσεως, ανταλλαγής κλπ., όπως είχε παλαιότερα υποστηρίξει ο *Ι. Αραβαντινός* στην επί υφηγεσία διατριβή του⁵⁷. Η άποψη όμως αυτή είναι λίαν αμφίβολης ορθότητας⁵⁸, όπως ευχερώς συνάγεται από την εισηγούμενη από τον συγγραφέα, αλλά' οπωσδήποτε αποκρουστέα συστηματικώς συνέπεια, να αρνείται ο δύναμει άτυπης πώλησης ακινήτου αποκτών τη νομή του αγοραστής να το αποδώσει στον πωλητή⁵⁹, επικαλούμενος την προς αυτόν *πώληση της νομής καθ' εαυτήν*, κατά μετατροπή (ΑΚ 182) της άκυρης πώλησης της κυριότητας σε έγκυρη πώληση της νομής, η οποία (πώληση της νομής) είναι άτυπη. Είναι χαρακτηριστικό ότι ο *Ι. Αραβαντινός* υποστήριξε στη μελέτη του ότι η πώληση της νομής καθ' εαυτήν παρέχει στον αγοραστή την ένσταση του άρθρου 1095 ΑΚ, με την οποία αυτός δύναται να αποκρούσει τη διεκδικητική αγωγή του πωλητή κυρίου. Ο ίδιος δεν εξέτασε και το κατά πόσον ο αγοραστής θα μπορούσε εδώ να αποκρούσει και την *condictio possessionis* του πωλητή-κυρίου, είναι όμως προφανές ότι θα κατέληγε στο ίδιο αποτέλεσμα, αφού εκκινούσε από την αντίληψη ότι η νομή μεταβιβάσθηκε από τον πωλητή στον αγοραστή στη βάση νόμιμης αιτίας, δηλ. της πώλησής της (της νομής).

Στο ίδιο αποτέλεσμα με τον *Ι. Αραβαντινό*, αλλά με άλλη θεμελίωση, κατέληξε ο Άρειος Πάγος στην προαναφερθείσα υπ' αριθμ. 809/1989 απόφασή του. Το δικαστήριο δέχθηκε εν προκειμένω ότι η άτυπη ανταλλαγή της κυριότητας ακινήτων περιλαμβάνει και την αμοιβαία, επίσης λόγω ανταλλαγής, μεταβίβαση της νομής τους, με συνέπεια, καθένα από τα συμβαλλόμενα μέρη να απεκδύεται έναντι του άλλου από την εξουσία δίωξης. Στο μέτρο δε που η ανταλλαγή της νομής δεν συναρτήθηκε από τα μέρη με το κύρος της ανταλλαγής της κυριότητας (η οποία πάσχει λόγω μη τήρησης του συμβολαιογραφικού τύπου), είναι ισχυρή αιτία για τη διατήρηση της νομής εις το διηνεκές. Έτσι, αν οποιοδήποτε από τα μέρη ασκήσει

55. ΝοΒ 38, 1434.

56. Σύμφωνα με την απόφαση και ο *Δωρής*, ΝοΒ 38, 1434 επ.

57. Ακυρότης, μερική ακυρότης, μετατροπή, 1957, σ. 104 επ.

58. Βλ. και τις σχετικές επισημάνσεις του *Σταθόπουλου* στον πρόλογό του κατά την επανέκδοση του έργου του *Ι. Αραβαντινού*.

59. Και μάλιστα εναγόμενος με τη διεκδικητική αγωγή, προτείνοντας την ένσταση της ΑΚ 1095: *Ι. Αραβαντινός*, ό.π., σ. 110, 114.

54. Βλ. *Χρ. Θνβαίο*, Το δίκαιον της νομής, τ. Γ', 1957, σ. 325· *Γεωργιάδης*, Εμπράγματο, § 24 αρ. 11. Έτσι στο γερμανικό δίκαιο *Diederichsen*, NJW 1964, 2296· *Koppensteiner/Kramer*, Ungerechtfertigte Bereicherung², 1988, § 9 III 2 d bb, σ. 96· *Reeb*, Grundprobleme des Bereicherungrechts, 1975, σ. 74.

κατά του άλλου τη διεκδικητική αγωγή, θα αποκρουσθεί με την ένσταση του άρθρου 1095 ΑΚ. Στη θεωρία η απόφαση αυτή επιδοκιμάστηκε. Υποστηρίχθηκε ειδικότερα ότι σε μια τέτοια περίπτωση μπορεί πράγματι ο νομέας να αποκρούσει τη διεκδικητική αγωγή με την ένσταση του άρθρου 1095 ΑΚ, η οποία, κατ' εξαίρεση εδώ, θα είναι ένσταση ανατρεπτική και όχι απλώς αναβλητική, όπως είναι κατά κανόνα, αφού ο κύριος μεταβιβάζοντας τη νομή αποξενώνεται οριστικά και όχι για συγκεκριμένο μόνο χρονικό διάστημα από την εμπράγματη εξουσία διώξεως⁶⁰. Μεταφέροντας δε τις σκέψεις αυτές στην αξίωση αδικαιοδότητου πλουτισμού είναι προφανές ότι ισοδυναμούν με κατάφαση της υπάρξεως νόμιμης αιτίας διατήρησης της νομής ως πλουτισμού, η οποία (νόμιμη αιτία) έγκειται στην ανταλλαγή της νομής των ακινήτων.

Καίτοι η θέση αυτή εμφορείται από την υγιή ιδέα για παροχή προστασίας στον νομέα, είναι εξαιρετικώς αμφιβολία αν νοείται στο ουσιαστικό δίκαιο οριστική, *δυνάμει δικαιοπραξίας*, αποξένωση του κυρίου⁶¹ από την εμπράγματη εξουσία διώξεως, χωρίς ισχυρή μεταβίβαση της κυριότητας (άλλο αν σε δικονομικό επίπεδο πρόκειται για ισχυρό *actum de non petendo*). Η εξουσία διώξεως δεν δύναται αυτοτελώς να εκχωρηθεί από τον κύριο σε τρίτον⁶² διότι συνιστά αναπόσπαστο περιεχόμενο της κυριότητας. Συνεπώς δεν χωρεί ούτε συμβατική παραίτηση από αυτή καθ' αυτήν σε ουσιαστικό επίπεδο δια της μεταβίβασης (μόνο) της νομής. Η ιδιωτική αυτονομία περιορίζεται εν προκειμένω όχι από τις διατάξεις για τον τύπο, που επιβάλλουν τήρηση συμβολαιογραφικού τύπου επί μεταβιβάσεως της κυριότητας μόνο, όχι όμως της νομής, *αλλά από την αρχή του numerus clausus*, η οποία αποκλείει συμφωνίες που αλλοιώνουν το περιεχόμενο της κυριότητας⁶³. Και είναι άλλο ασφαλώς

60. Δωρής, ό.π.

61. Άλλο αν ο νομέας, που δεν είναι κύριος, μπορεί να μεταβιβάζει τη νομή του και μόνο. Η παράδοση της νομής στην περίπτωση αυτή δεν έλκει σε εφαρμογή την ΑΚ 904 όχι επειδή στηρίζεται σε έγκυρη αιτία (πώληση της νομής καθ' εαυτήν), αλλά επειδή στο πρόσωπο του μη κυρίου-παραδόσαντος οικειοθελήως τη νομή δεν συντρέχει η προϋπόθεση της μετακίνησης του πλουτισμού από την περιουσία του: βλ. ανωτέρω υπό II-B.

62. BGH DtZ 1995, 360, 365· *Wieacker*, Zur Struktur des Berichtigungsanspruchs, DJZ 41 (1936), 989, 993· *Pohle*, Der materiellrechtliche und der prozessuale Verzicht auf den Grundbuchberichtigungsanspruch, JZ 1956, 53 επ.· *Köbler*, Die Grundbuchberichtigungsanspruch, JuS 1982, 184· *Schwab/Prütting*, Sachenrecht²⁸, 1999, αρ. 243· *Westermann/Gursky/Eickmann*, Sachenrecht⁷, 1998, § 72 II 1 b· *Georgiades*, Anspruchskonkurrenz im Zivilrecht und Zivilprozeßrecht, 1967, σ. 225 επ.· *MünchKomm³/Medicus*, vor 985 αρ. 5· *Staudinger/Gursky*, § 985 αρ. 3· *Erman/Hefermehl*, § 985 αρ. 2· *Palandt/Passenge*, § 985 αρ. 2· *Baur/Stürner*, Sachenrecht¹⁷, § 11 αρ. 43· έτσι και στο ελληνικό δίκαιο, για το οποίο βλ. αντί πολλών *Γεωργιάδης*, Εμπράγματο, § 58 αρ. 4. Άλλως ο *Wilhelm*, Sachenrecht, αρ. 590.

63. Βλ. έτσι ήδη την έκθεση του Εισηγητή του εμπράγματος δικαίου του γερμ.ΑΚ *Johow*, κατά τον οποίο η δικαιοπραξιακή εξουσία του κυρίου περιορίζεται από τον ίδιο τον θεσμό της κυριότητας, ο οποίος δίδεται από τον νόμο κατά τρόπον αυστηρό, χωρίς δυνατότητα περαιτέρω διάπλησής του από την ιδιωτική βούληση (*Johow*, Vorentwurf zum Sachenrecht, σ. 501). Ο κύριος μπορεί να μεταβιβάζει την κυριότητα, να την επιβαρύνει με τα γνωστά στον νόμο εμπράγματα δικαιώματα, μπορεί ακόμη να καταστρέψει το πράγμα και να απολέσει κάθε εξουσία πάνω σ' αυτό, χωρίς ταυτόχρονα να αποκτά την εξουσία αυτήν τρίτος. Δεν μπορεί όμως να αποξενώνεται από ορισμένες μόνο εξουσίες –που δεν αποτελούν περιορισμένο εμπράγματο δικαίωμα– παρακρατώντας τις υπόλοιπες. Κάτι τέτοιο θα αποδυνάμωνε την κυριότητα και θα τη μετέτρεπε σε ένα δικαίωμα άγνωστο στο σύστημα του αστικού δικαίου (για την αρχή του *numerus clausus* βλ. ιδίως τις μελέτες του *Wiegand*, Numerus clausus der dinglichen Rechte. Zur Entstehung und Bedeutung eines zentralen zivilrechtlichen Dogmas, FS für K.

ζήτημα το ότι ο νομέας στην ανωτέρω περίπτωση θα μπορούσε να αποκρούσει τη διεκδικητική αγωγή ή την αγωγή αδικαιοδότητου πλουτισμού ως αποδυναμωμένες, εάν συντρέχουν και οι λοιποί όροι της αποδυνάμωσης. Το ερώτημα είναι αν μπορεί να αποκρούσει τη διεκδικητική αγωγή ως νόμω αβάσιμη, επειδή εξέλιπε η εξουσία διώξεως (την οποία αντίθετα προϋποθέτει υπάρχουσα η ένσταση της ΑΚ 281), καθώς και αν μπορεί να αποκρούσει την *condictio possessionis* με την ένσταση της υπάρξεως νόμιμης αιτίας, δηλ. υποσχετικής σύμβασης για τη μεταβίβαση της νομής καθ' εαυτήν.

Από συστηματική και τελλολογική άποψη συνεπέστερη παρίσταται οπωσδήποτε η αρνητική απάντηση. Το αναίτιώδες της σύμβασης για τη μεταβίβαση της νομής διευκολύνει τη μεταβίβασή της και ισχυροποιεί την έννομη θέση του νομέα, που αντιδικεί με τον κύριο, όταν ο τελευταίος καταφεύγει στην προστασία που του παρέχει ο νόμος στο πλαίσιο των διατάξεων για τη νομή (ΑΚ 984 επ., ιδίως 984 § 2). Ο αποκτών τη νομή με τη θέληση του κυρίου καθίσταται ανεπιλήπτος στη μεταξύ τους σχέση νομέας (ΑΚ 988) ανεξαρτήτως της αιτίας της παραδόσεως⁶⁴, με συνέπεια, αν αποβληθεί από τον κύριο και ασκήσει εναντίον του την αγωγή αποβολής από τη νομή (ΑΚ 987), να μην μπορεί ο τελευταίος να τον αποκρούσει ούτε με την ένσταση ότι κατέχει το πράγμα ως κύριος (ΑΚ 991). Στο πλαίσιο των διατάξεων για τη νομή η οικειοθελής μεταβίβαση της καθιστά την έννομη θέση του αποκτώντος απρόσβλητη ανεξαρτήτως της ύπαρξης και του κύρους της αιτίας της μεταβίβασης. Εδώ η «αιτία» της κτήσης της νομής, ως κριτήριο προστασίας της, αντικαθίσταται από το κριτήριο του επιλήψιμου ή μη αυτής. Άλλιώς όμως έχουν τα πράγματα όταν ο κύριος ενεργοποιεί την προστασία του υπέρτερου δικαιώματος της κυριότητας (ΑΚ 1094), που του παρέχει δικαίωμα *pros* νομή, και ζητεί απόδοση του πράγματος με τη διεκδικητική αγωγή⁶⁵. Εν προκειμένω δεν ενδιαφέρει το επιλήψιμο ή μη της νομής, αλλά η ύπαρξη ή απουσία δικαιώματος οιονεί νομής ή κατοχής εδραζομένου σε κάποια αντιτάξιμη στον κύριο έννομη σχέση. Η εξουσία διώξεως συνιστά εξουσία απορρέουσα από την κυριότητα, όχι από τη νομή, προσκρούει δε σε δικαιώματα που περιστέλλουν την από την κυριότητα εκπηγάζουσα εξουσία φυσικού εξουσιασμού (ΑΚ 1095). Η ένσταση της ΑΚ 1095 προϋποθέτει υπάρχουσα κάποια έγκυρη και αντιτάξιμη στον κύριο εμπράγματο, ενοχική, οικογενειακή, κληρονομική κλπ. σχέση, από την οποία να απορρέει δικαίωμα του εναγομένου *pros* οιονεί νομή ή κατοχή. Στο ίδιο δε ακριβώς μέτρο και η ένσταση της υπάρξεως νόμιμης αιτίας για τη διατήρηση του πλουτισμού του νομέα, όταν αυτός ενάγεται με την *condictio possessionis*, πρέπει να στηρίζεται σε έννομη σχέση εμπράγματο, ενοχική κλπ., η οποία να του παρέχει εξουσία χρήσης *αντιτασσόμενη στον ενάγοντα κύριο*.

Εξάλλου, η μεταβίβαση της νομής (ΑΚ 976-978) διεκδικεί στο σύστημα του εμπράγματος δικαίου τεχνική, μόνο, αυτοτέλεια⁶⁶, ενώ λειτουργικώς είναι υποτελής των διατάξεων για την κυριότητα. Στο εμπράγματο δίκαιο η παράδοση της νομής εξυπηρετεί αφενός τη μεταβίβαση της κυριότητας και τη δημοσιότητα της εμπράγματος συναλλαγής των κινητών

Kroeschell 1987, σ. 623 επ. και Die Entwicklung des Sachenrechts im Verhältnis zum Schuldrecht, AcP 1990, 112 επ.).

64. *Γεωργιάδης*, Εμπράγματο, § 21 αρ. 21.

65. Έτσι ορθά και ΕφΘεσσ 1348/2000 Αρμ 2000, 939, η οποία έκρινε περίπτωση ανάλογη με εκείνη που είχε κρίνει η ΑΠ 809/1989 (άτυπη ανταλλαγή ακινήτων). Το δικαστήριο δέχτηκε ότι χωρίς έγκυρη αιτία για τη μεταβίβαση της κυριότητας δεν παρέχεται στον νομέα (που απέκτησε νομή παραγωγώς) η ένσταση της ΑΚ 1095. Στην ίδια κατεύθυνση και η ΠΠρΔράμ 65/2004 (ΝΟΜΟΣ).

66. Με τις διατάξεις για τη μεταβίβαση της νομής ρυθμίζεται η διαδοχή στην προστατευόμενη (και επαγόμενη εν γένει ορισμένες άλλες έννομες συνέπειες) κατάσταση φυσικού εξουσιασμού, δηλ. η διαδοχή στην έννομη θέση του νομέα (με ό,τι αυτό συνεπάγεται).

πραγμάτων, αφετέρου δε την απόπληση του περιεχομένου της κυριότητας τόσο στα κινητά, όσο και στα ακίνητα. Επί ωληνίσουσας μεταβίβασης της κυριότητας η παράδοση καθιστά εξάλλου δυνατή την έναρξη του χρόνου χρησικτησίας από τον αποκτώντα. Οπωσδήποτε όμως δεν συνιστά η μεταβίβαση της νομής όχημα αποξένωσης (παραίτησης) του κυρίου από την εξουσία δίκης. Η εξουσία αυτή ανήκει στον πυρήνα του περιεχομένου της κυριότητας, ώστε να μην νοείται αυτοτελής δικαιοπρακτική δέσμευση του κυρίου περί παραίτησής του από αυτήν ειδικώς, χωρίς παράλληλη ισχυρή δικαιοπρακτική δέσμευσή του για τη μεταβίβαση της κυριότητας. Ούτε, όμως, στο πλαίσιο των διατάξεων του ενοχικού δικαίου αντιμετωπίζεται από τον νομοθέτη η νομή ως αυτοτελής αντικείμενο συναλλαγής (πώλησης, ανταλλαγής κλπ.). Αιτία για την παράδοση του πράγματος είναι εν προκειμένω η πώληση (ανταλλαγή κλπ.) της κυριότητας⁶⁷ (π.χ. ΑΚ 513), όχι της νομής καθ' εαυτήν. Επιπλέον, σε συνάρτηση προς την παράδοση της νομής επέρχονται συγκεκριμένες ενοχικοί δικαίου έννομες συνέπειες (βλ. π.χ. ΑΚ 522). Τέλος, όταν μεταβιβάζεται η νομή καθ' εαυτήν για κάποια αιτία, η οποία δεν συνδέεται με τη μεταβίβαση της κυριότητας, η αιτία αυτή δεν αποτελεί νόμιμη αιτία διατήρησης της νομής ως πλουτισμού αντισσώμενη στον δικαιωματικό νομέα, που αξιώνει την απόδοσή της με την *condictio possessionis*. Στο πλαίσιο των διατάξεων για τον αδικαιολόγητο πλουτισμό η νομή καθ' εαυτήν δεν θεμελιώνει σε περίπτωση εκούσιας ή ακούσιας απώλειάς της αξίωση αποδόσεως του πλουτισμού, αλλά μόνον όταν αυτή εντάσσεται, *δυνάμει των διατάξεων για τα εμπράγματα δικαιώματα* (ΑΚ 1095), στην περιουσία του νομέα⁶⁸.

Κατά συνέπεια, όταν η πώληση της κυριότητας του ακινήτου (που συνιστά την αιτία για την παράδοση της νομής του) πάσχει, η νομή παραδίδεται στον αγοραστή από τον πωλητή-κύριο χωρίς νόμιμη αιτία και ο τελευταίος μπορεί να την αναζητήσει (ευθυνόμενος και ο ίδιος σε απόδοση του τιμήματος)⁶⁹. Πώληση της νομής καθ' εαυτήν από τον κύριο δεν νοείται⁷⁰. Αντιστρόφως, όταν η αιτία για τη μεταβίβαση της κυριότητας (π.χ. πώληση) είναι ισχυρή, η κτήση της νομής από τον αποκτώντα (π.χ. αγοραστή) στηρίζεται σε νόμιμη αιτία⁷¹ ανεξαρτήτως αν ακολούθησε έγκυρη εκ μέρους του κτήση και της κυριότητας. Εν προκειμένω ο αγοραστής αποκτά τη νομή με νόμιμη αιτία ήδη προτού καταστεί κύριος, έχοντας επιπλέον αξίωση κατά του πωλητή για μεταβίβαση και της κυριότητας,

67. ΟλΑΠ 26/1990 ΕλλΔνη 1990, 1604 (υπ' αυτή, μάλλον, την έννοια και ο Κορνηλάκης, Ειδικό Ενοχικό Δίκαιο Ι', § 28 1. 4, παραπέμποντας στην ως άνω απόφαση). Έτσι και ο ίδιος ο Ι. Αραβαντινός, ό.π., σ. 111. Για την *causa traditionis* βλ. Χρ. Θηβαίο, Το δίκαιον της νομής, τ. Β', 1953, § 46 σ. 116-117.

68. Βλ. ανωτέρω υπό II-B.

69. Όταν ο πωλητής είναι κύριος και η πώληση καθ' εαυτήν είναι έγκυρη, ο αγοραστής, στον οποίον παραδίδεται η νομή, έχει νόμιμη αιτία για τη διατήρησή της ανεξάρτητα αν δεν αποκτά για κάποιον λόγο κυριότητα, π.χ. επειδή η εμπράγματη σύμβαση δεν μεταγράφηκε: Στην περίπτωση αυτή ο αγοραστής έχει την ένσταση του πωληθέντος και παραδοθέντος πράγματος για να αποκρούσει τη διεκδικητική αγωγή.

70. Όπως αντιστρόφως δεν νοείται πώληση της κυριότητας με «παρακράτηση» της νομής από τον πωλητή-κύριο, όπως αντιθέτως υποστήριξε ο Ι. Αραβαντινός, ό.π., σ. 105 σημ. 11.

71. Ότι η πώληση της κυριότητας καθ' εαυτήν, ως ενοχική υποχρεωτική σύμβαση που υποχρεώνει τον πωλητή σε παράδοση της νομής, αποτελεί νόμιμη αιτία για την κτήση της νομής και παρέχει στον αγοραστή που εγκαταστάθηκε στο πράγμα την ένσταση της ΑΚ 1095 προς απόκρουση της διεκδικητικής αγωγής του πωλητή-κυρίου, δεν αμφισβητείται. Έτσι, λ.χ., όταν μεταβιβάζεται το πράγμα με επιφύλαξη της κυριότητας, ο αποκτών την κατοχή του αγοραστή έχει από την πώληση την ένσταση της ΑΚ 1095 (κρατούσα γνώμη, για την οποία βλ. Κιτοσπά, Η ατελής κυριότητα, σ. 294-295 και σημ. 7).

ή, εφόσον υπολείπεται μόνο η μεταγραφή της εμπράγματης σύμβασης, έχοντας το δικαίωμα της μεταγραφής της⁷². Ευθύνη του για απόδοση του πράγματος με την *condictio possessionis* δεν υπάρχει. Συνακόλουθα, εάν μεταβιβάσει περαιτέρω το πράγμα σε τρίτον για κάποια νόμιμη αιτία (π.χ. περαιτέρω πώληση της κυριότητας), ο τρίτος αποκτών θα έχει απέναντι στον κύριο-αρχικό πωλητή νόμιμη αιτία για τη διατήρηση της νομής ακόμη κι αν δεν έχει καταστεί κύριος (π.χ. επειδή ο δικός του δικαιοπάροχος δεν είχε κυριότητα), αφού, πάντως, θα έχει καταστεί δικαιωματικός νομέας στη βάση αληθινής έννομων σχέσεων (διαδοχικών πωλήσεων της κυριότητας), που αντιτάσσονται στον κύριο και δικαιολογούν την κτήση της νομής. Αυτό αποτελεί αυτονόητη συνέπεια του *δινεκούς χαρακτήρα* του δικαιώματος νομής που στηρίζεται στην πώληση της κυριότητας, εκ του οποίου συνάγεται ότι ο αγοραστής δεν έχει εφεξής υποχρέωση επιστροφής της στον πωλητή και μπορεί να τη διαθέσει κατ' αρέσκεια. Επί πώλησεως της κυριότητας ο αγοραστής και κάθε διάδοχός του στη νομή/κατοχή αποκτούν κατά του πωλητή-κυρίου *δινεκές* και όχι απλώς πρόσκαιρο δικαίωμα νομής/κατοχής, με συνέπεια να δύνανται να αποκρούσουν, εκτός από την *condictio possessionis* του κυρίου, και τη διεκδικητική του αγωγή με την ανατρεπτική, στη συγκεκριμένη περίπτωση, και όχι απλώς αναβλητική ένσταση της δικαιωματικής νομής/κατοχής (ΑΚ 1095). Υπό την έννοια αυτή δεν είναι πειστική η άποψη ότι η ένσταση του πωληθέντος και παραδοθέντος πράγματος δεν μπορεί να προταθεί από τον ειδικό διάδοχο του αγοραστή, όταν δεν συντρέχει το πραγματικό της ΑΚ 281⁷³. Η έγκυρη πώληση της κυριότητας, που υποχρεώνει τον πωλητή να παραδώσει τη νομή του πράγματος στον αγοραστή, αποτελεί για τον τελευταίο νόμιμη αιτία για την κτήση της και του παρέχει δικαίωμα *δινεκούς* νομής, το οποίο αυτός και κάθε ειδικός του διάδοχος μπορεί να αντιτάξει στη διεκδικητική αγωγή του κυρίου κατά την ΑΚ 1095.

Εξάλλου, όταν ο πωλητής (της κυριότητας) δεν είναι κύριος και επιπλέον δεν έχει δικαίωμα προς νομή, αντισσώμενο στον κύριο, η εκ μέρους του παράδοση του ακινήτου στον αγοραστή συνιστά εκπλήρωση της ενοχικής του από την ΑΚ 513 υποχρέωσης, η οποία τον δεσμεύει *στη μεταξύ τους συμβατική σχέση*. Επομένως ο αγοραστής δεν έχει *στη μεταξύ τους σχέση* ευθύνη για απόδοση του πλουτισμού αφενός μεν επειδή έχει νόμιμη αιτία, αφετέρου δε επειδή η κτηθείσα εκ μέρους του νομή δεν προέρχεται από την περιουσία του πωλητή⁷⁴. Διαφορετική είναι όμως η κατάσταση στη σχέση του τρίτου αγοραστή προς τον κύριο. Στο πλαίσιο της τριμερούς σχέσεως μεταξύ κυρίου, μη δικαιωματικού νομέα-πωλητή και ειδικού διαδόχου αυτού, απουσιάζει οποιαδήποτε δεσμευτική μεταξύ του πρώτου και του τρίτου σύμβαση. Επιπλέον, το αντίλλαγμα που ο αγοραστής κατέβαλε στον πωλητή-μη κύριο, δεν του εξασφαλίζει νόμιμη αιτία διατήρησης του πλουτισμού (της νομής) απέναντι στον κύριο. Το αντίλλαγμα ως αυτοτελής αιτία πλουτισμού, ιδέα που ολοκληρωμένα προτάθηκε στο ελληνικό δίκαιο από τον Σταθόπουλο⁷⁵ και επεκράτησε⁷⁶, προϋποθέτει, ιδίως στις τριμερείς σχέσεις, όπου απουσιάζει

72. Στην περίπτωση αυτή ο αγοραστής έχει κατά του πωλητή και την ένσταση του πωληθέντος και παραδοθέντος πράγματος, εάν ο τελευταίος ασκήσει εναντίον του τη διεκδικητική αγωγή.

73. Για την άποψη αυτή, που φέρεται ως κρατούσα, βλ. ενδεικτικά Γεωργιάδη, Εμπράγματο, § 58 αρ. 43.

74. Βλ. ανωτέρω υπό II-B.

75. Αξίωσης, σ. 101 επ.

76. Βλ. Γεωργιάδη, Ενοχικό δίκαιο, Γενικό Μέρος, 1999, § 55 αρ. 26-27· Κορνηλάκη, Ειδικό Ενοχικό Δίκαιο Ι', § 66 4 αρ. 13 επ.· Ασ. Γεωργιάδη, Γενικό ενοχικό Ι, § 17 αρ. 24· ΑΠ 791/2012 ΕλλΔνη 2012, 1037· ΑΠ 1627/2010 ΕλλΔνη 2011, 432· Εφθεσ 1503/1998 Αρμ 1998, 813· βλ. όμως κριτική από τους Βαϊτούδη, σε Γεωργιάδη/ΣΕΑΚ άρθρ. 904 αρ. 53 επ. και Χρ. Φίλιο, Το αντίλλαγμα ως νόμιμη αιτία του πλουτισμού, ΕλλΔνη 2012, 1521 επ.

παντελώς η βούληση του ζημιωθέντος ως δικαιολογητικός του πλουτισμού λόγος, αδυναμία του καταβλήλλοντος τρίτου να το επανακτήσει⁷⁷. Τότε μόνον παρίσταται δικαιοπολιτικός εξηγήσιμη η αυτοτελής απέναντι στον ζημιωθέντα αναγωγή του ανταλλάγματος σε αιτία νόμιμου πλουτισμού. Στην προκειμένη περίπτωση, όμως, ο αγοραστής έχει τη δυνατότητα, ασκώντας τα συμβατικά δικαιώματά του συνεπεία του νομικού ελαττώματος του πράγματος, να αναζητήσει από τον πωλητή-μη κύριο το τίμημα που του κατέβαλε (π.χ. ΑΚ 380). Επομένως το αντίλλαγμα δεν αποτελεί εν προκειμένω νόμιμη αιτία για τη διατήρηση της νομής εκ μέρους του τρίτου αγοραστή σε βάρος της περιουσίας και με ζημία του κυρίου. Τέλος, η νομή εντάσσεται στην περιουσία του κυρίου συνεπεία της δικαιοσπονεμτικής λειτουργίας της κυριότητας. Μόνον αν ο αγοραστής αποκτήσει και την κυριότητα του ακινήτου με τακτική χρησικτησία θα έχει εφεξής απέναντι στον (πρώην) κύριο νόμιμη αιτία για τη διατήρηση της νομής: *νόμιμη αιτία για τη διατήρηση της νομής θα συνιστά πλέον η δική του νέα κυριότητα ως εκ της δικαιοσπονεμτικής της λειτουργίας*. Η νέα αυτή κυριότητα, που θα δικαιολογεί τον εμπεριεχόμενο στη νομή πλουτισμό του αγοραστή στη σχέση του με τον πρώην κύριο, δεν θα συνιστά αδικαιολόγητο εκ μέρους του πλουτισμό, καθώς θα έχει κτηθεί με τακτική χρησικτησία με τίτλο επαχθή⁷⁸.

Ότι καθ' εαυτό το καταβληθέν εκ μέρους του τρίτου αποκτώντος προς τον μεταβιβάσαντα-μη δικαιούχο αντίλλαγμα δεν συνιστά επί τριμερών σχέσεων νόμιμη αιτία για τη διατήρηση της νομής από τον πρώτο στη σχέση του προς τον αληθή κύριο, επιβεβαιώνεται και από τα ισχύοντα στην περίπτωση της καλόπιστης κτήσης κυριότητας κιντού από μη κύριο κατά τους όρους των ΑΚ 1036 επ. Εν προκειμένω ο λόγος, για τον οποίο ο καλόπιστος τρίτος διατηρεί τη νομή ως πλουτισμό επί επαχθούς προς αυτόν μεταβίβασης, δεν έγκειται απλώς και μόνο στο αντίλλαγμα που κατέβαλε στον μη δικαιούχο, αλλά σωρευτικώς στο γεγονός ότι ο νομοθέτης θέλησε να αποκτήσει αυτός πρωτοτύπως την κυριότητα δυνάμει της «θεραπευθείσης» μέσω των ΑΚ 1036 επ. (αν και αρχικώς άκυρης) εμπράγματης σύμβασης μεταξύ αυτού και του μη δικαιούχου και στην ύπαρξη ανταλλάγματος. Εάν ελλείπει οποιαδήποτε από τις δύο αυτές προϋποθέσεις (δηλαδή είτε ο μηχανισμός των ΑΚ 1036 επ. δεν εφαρμόζεται, επειδή πρόκειται περί κληοπιαίου, είτε η υποσχετική σύμβαση χωλαίνει) το δίκαιο του αδικαιολόγητου πλουτισμού όχι μόνο δεν νομιμοποιεί τη διατήρηση των καταβληθεισών παροχών, αλλά αντίθετα επιτάσσει αυτές να επιστραφούν και δη το μεν αντίλλαγμα από τον μη δικαιούχο-μεταβιβάσαντα προς τον καλόπιστο τρίτο, το δε κιντό από τον τελευταίο προς τον αληθή κύριο⁷⁹. Έτσι, λ.χ., το γερμανικό ακρωτικό⁸⁰ έκρινε (υπόθεση Jungbullen) ότι η επιχείρηση επεξεργασίας κρέατων, στην οποία ο κλέφτης πώλησε κληοπιαία ζώα, δεν αποκτά κυριότητα κατά την § 932 γερμΑΚ (=1036 ΑΚ), αλλά κατά την § 951 (= ΑΚ 1061), η οποία δεν αποτελεί causa ex lege για τη διατήρηση του πλουτισμού (βλ. ΑΚ 1063). Τον πλουτισμό δε αυτό οφείλει ο αποκτήσας κατ' ΑΚ 1061 την κυριότητα να τον αποδώσει στον κύριο, καθώς το αντίλλαγμα που κατέβαλε στον μη κύριο δεν καθιστά τον πλουτισμό του δικαιολογημένο.

Επιπλέον, η γνώμη ότι στην τριμερή σχέση μεταξύ του κυρίου, του μεταβιβάζοντος τη νομή μη κυρίου και του τρίτου αποκτώντος αυτήν εφαρμόζεται η ΑΚ 913, ώστε μόνον επί χαριστικής παραδόσεως της νομής να έχει ο κύριος κατά του τελευταίου την *condictio possessionis*, δεν είναι πειστική⁸¹, για

τον επιπρόσθετο λόγο ότι απουσιάζει η αναγκαία αναλογία μεταξύ του πραγματικού της διατάξεως αυτής και της κρινόμενης περίπτωσης. Η ΑΚ 913 προϋποθέτει μια *αντιτάξιμη*⁸² *απέναντι στον κύριο* εμπράγματη δικαιοπραξία μεταξύ μη δικαιούχου και τρίτου (π.χ. ΑΚ 1036), συνεπεία της οποίας αποσβήνεται η παλαιά κυριότητα και κατ' επέκταση η διεκδικητική αγωγή, της οποίας ακριβώς λειτούργικό συμπλήρωμα αποτελεί η αξίωση αδικαιολόγητου πλουτισμού. Τέτοια σύμβαση εν προκειμένω δεν υπάρχει, η δε παράδοση του πράγματος από τον μη κύριο στον αποκτώντα με την άκυρη (λόγω της έλλειψης κυριότητας στο πρόσωπο του μεταβιβάζοντος) εμπράγματη σύμβαση δεν είναι αυτοτελής αντιτάξιμη απέναντι στον κύριο. Απουσιάζει επομένως η απαιτούμενη για την ανάλογη εφαρμογή της ΑΚ 913 ομοιότητα. Η περίπτωση παρουσιάζει μεγαλύτερη οπωσδήποτε ομοιότητα προς εκείνη, κατά την οποία ο μη δικαιούχος μεταβιβάζει την κυριότητα από επαχθή αιτία, ο αποκτών όμως δεν γίνεται κύριος, επειδή η μεταβιβαστική δικαιοπραξία χωλαίνει, ευθυνόμενος απέναντι στον κύριο με την *condictio possessionis*⁸³. Στην περίπτωση αυτή η αρχικώς κατά του εκποιήσαντος μη κυρίου στρεφόμενη *condictio possessionis* του κυρίου δεν μεταβάλλεται, συνεπεία της παραδόσεως του πράγματος σε τρίτον, σε αξίωση για απόδοση του ανταλλάγματος: διατηρεί τον γνήσιο αποκαταστατικό της χαρακτήρα και στρέφεται κατά του αποκτώντος, ανεξαρτήτως του επαχθούς χαρακτήρα της συμβάσεως μεταξύ αυτού και του μη κυρίου⁸⁴. Συμπερασματικά, στη σχέση μεταξύ κυρίου και τρίτου ο τελευταίος δεν αντιλείπει από τη σχέση του με τον μεταβιβάσαντα-μη κύριο νόμιμη αιτία διατήρησης της νομής ή κατοχής, αφού ο δικαιοπάροχος του δεν είχε δικαίωμα νομής ή κατοχής αντιτάξιμο απέναντι στον κύριο⁸⁵, το δε αντίλλαγμα που του κατέβαλε δεν είναι καθ' εαυτό ικανό να αποκλείσει την απαίτηση νομής του κυρίου. Ο κύριος δύναται βέβαια να εγκρίνει την παρά του μη δικαιούχου μεταβίβαση (ΑΚ 239), με συνέπεια ο αποκτών να καταστεί κύριος, έχοντας εφεξής εξ αυτού του λόγου νόμιμη έναντι του πρώην κυρίου αιτία διατήρησης της νομής, η δε αρχικώς εναντίον του στρεφόμενη *condictio possessionis* του κυρίου να μετατραπεί σε αξίωση απόδοσης του ανταλλάγματος με οφειλήτη τον μεταβιβάσαντα μη δικαιούχο⁸⁶. Πρόκειται όμως για απλή ευχέ-

82. Υπό την έννοια ότι επιφέρει άμεσες έννομες συνέπειες στην περιουσία του κυρίου.

83. Επί χωλαίνουσας μεταξύ μεταβιβάζοντος-μη κυρίου και αποκτώντος ενοχικής σχέσης και προτού επέλθει μεταβολή του εμπράγματος καθεστώτος μέσω του θεσμού της χρησικτησίας, το δίκαιο του αδικαιολόγητου πλουτισμού όχι μόνο δεν δύναται να ανακόψει την αναστροφή των εκπληρωθεισών παροχών επί τη βάση του ανταλλάκτικού τους χαρακτήρα, αλλά αντιθέτως την επιβάλλει, θέτοντας τους κανόνες της αναστροφής (βλ. Σταθόπουλο, Αξίωσις, σ. 308, για την περίπτωση της επί τη βάση χωλαίνουσας ενοχικής σχέσης εκποίησης κιντού από μη κύριο). Σύμφωνα με τους κανόνες αυτούς η νομή θα αποδοθεί από τον τρίτο στον κύριο και όχι στον μη δικαιούχο μεταβιβάσαντα, καθώς αυτός και όχι ο μη δικαιούχος είχε δικαίωμα προς νομή. Στη δική του περιουσία εντάσσεται η νομή του πράγματος και επομένως σε βάρος αυτού επήλθε ο πλουτισμός του τρίτου (Σταθόπουλος, ό.π.). Επομένως, η συνεπεία της αντιποίησης της νομής εκ μέρους του μεταβιβάσαντος μη δικαιούχου γεννηθείσα *condictio possessionis* διατηρεί τον γνήσιο αποκαταστατικό χαρακτήρα της και δεν μεταβάλλεται σε αξίωση για απόδοση της αξίας του πράγματος, στρέφεται όμως πλέον κατά του αποκτώντος και συρρέει με τη διεκδικητική αγωγή.

84. Έτσι μάλλον Larenz/Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts, Band 2, Besonderer Teil, Halbband 2¹³, 1994, § 69 IV 1 d, 182· Palandt/Thomas, § 816 αρ. 7.

85. Προς αυτή την κατεύθυνση πρέπει μάλλον να ερμηνευθεί και η αποκλίσιμη άποψη του Medicus, Bürgerliches Recht¹⁹, αρ. 715 επ., σύμφωνα με τον οποίο η λύση θα δοθεί με βάση τις διατάξεις που διέπουν τη σχέση κυρίου-νομέα-κατόχου.

86. Βλ. Κιτσάρης, Η ατελής κυριότητα, σ. 36 επ. και σημ. 68.

77. Βλ. τους συγγραφείς στην προηγούμενη σημ.

78. Ότι η τακτική χρησικτησία, που στηρίχθηκε σε επαχθή (μόνο) τίτλο, συνιστά νόμιμη αιτία πλουτισμού στις τριμερείς σχέσεις βλ. Κιτσάρης, Η ατελής κυριότητα, § 9 ΙΙ.

79. Βλ. Σταθόπουλο, Αξίωσις, σ. 308-309.

80. BGH 11.1.1971 BGHZ 55, 176 επ.

81. Έτσι και MünchKomm/Lieb, § 816 αρ. 16.

ρεια και όχι για υποχρέωση του κυρίου, ο οποίος δικαιούται να αξιώσει απόδοση του ίδιου του πράγματος από τον τρίτο με την *condictio possessionis*. Αυτό δεν αναιρεί τον ενοχικό χαρακτήρα της *condictio*, αφού, στην πραγματικότητα, αυτή δεν στρέφεται κατά «τρίτου»⁸⁷, αλλά κατ' αυτού τούτου του αδικαιολόγητως πλουτίσαντος.

Εξ όλην των ανωτέρω εκτεθεισών σκέψεων συνάγεται ότι, αδιαφόρως αν ο μεταβιβάζων είναι ή δεν είναι κύριος, η νομή καθ' εαυτήν δεν δύναται κατά το ισχύον δίκαιο να αποτελέσει αντικείμενο ιδιαίτερης συναλλαγής (πώλησης κλπ.), λειτουργικώς ανεξάρτητης από τη συναλλαγή για την κυριότητα του πράγματος, που ως τέτοια θα συνιστούσε νόμιμη αιτία για τη διατήρηση της νομής από τον αποκτώντα κατά την έννοια της ΑΚ 904. Η ορθότητα της θέσεως αυτής δεν αναιρείται από την προβλεπόμενη στον νόμο δυνατότητα αυτοτελείου, σε σχέση προς την κυριότητα, μεταβίβασης της νομής κατ' ΑΚ 976 επ., στην οποία ενδέχεται να προβεί και ο μη δικαιωματικός νομέας, ακόμη και έναντι ανταλλήγματος. Η μεταβίβαση μόνο της γυμνής-μη δικαιωματικής νομής δικαιολογείται όμως συστηματικώς και τελολογικώς όλως εξαιρετικώς, όταν δι' αυτής πρόκειται να συνενωθούν στο πρόσωπο του αποκτώντος το δικαίωμα της κυριότητας, την οποία αυτός είχε ή ισχυριζόταν ότι έχει, με τη νομή που είχε ο μεταβιβάζων νομέας, με τον οποίο ο αποκτών διαφιλονικούσε⁸⁸, ή, όταν κύριος και νομέας μεταβιβάζουν κυριότητα και νομή, αντίστοιχα, στο αυτό πρόσωπο. Ο αποκτών τη νομή στην περίπτωση αυτή θα έχει νόμιμη αιτία για τη διατήρησή της, η οποία δεν θα είναι η ανταλλακτική σύμβαση που κατήρτισε με τον δικαιοπαρόχο του, αλλά η δική του κυριότητα. Σε κάθε άλλη περίπτωση μεταβίβασης της μη δικαιωματικής νομής καθ' εαυτήν ο αποκτών, ακόμη κι αν υπεβλήθη σε οικονομική θυσία για την απόκτησή της, δεν θα έχει νόμιμη αιτία για τη διατήρησή της και θα ευθύνεται έναντι του δικαιωματικού νομέα (κυρίου κλπ.) με την *condictio possessionis* (έχοντας με τη σειρά του κατά του δικαιοπαρόχου του αξίωση για απόδοση του τιμήματος). Εξάλλου, εάν η αιτία της μεταβίβασης της νομής στην περίπτωση αυτή πάσχει, ο μεταβιβάσας-μη δικαιωματικός νομέας δεν θα έχει κατά του αποκτώντος γνήσια αποκαταστατική αξίωση αδικαιολόγητου πλουτισμού (*condictio possessionis*) για απόδοση της νομής (δηλ. αξίωση αποδόσεως με τις προϋποθέσεις της ΑΚ 904), συντρέχουσα με την *condictio possessionis* του δικαιωματικού νομέα, αλλά απλή ενοχική αξίωση για επαναφορά των πραγμάτων στην προτέρα κατάσταση κατά τους κανόνες των αμφοτεροβαρών συμβάσεων (π.χ. δύναμι των ΑΚ 380, 382 κλπ.), οι οποίοι παραπέμπουν μόνο στις ΑΚ 908 επ. και όχι στις προϋποθέσεις του αδικαιολόγητου πλουτισμού (ΑΚ 904)⁸⁹. Στη σύγκρουση δε των δύο αυτών αξιώσεων (της *condictio possessionis* του κυρίου και της αξίωσης του μη δικαιωματικού νομέα) επικρατεί η πρώτη ως υποκατάστατο της εμπράγματης αποκαταστατικής αγωγής, χαρακτήρα που δεν έχει η δεύτερη⁹⁰.

Εκ των ανωτέρω ακολουθεί ότι ο κύριος, εγείροντας την *condictio possessionis* κατά του ειδικού διαδόχου του αρχικού προσβολέα της νομής⁹¹, δεν κινδυνεύει να αποκρουσθεί με την ένσταση του δικαιολογημένου χαρακτήρα του πλουτισμού, ανεξαρτήτως του χαριστικού ή μη χαρακτήρα της μεταξί αυτών σχέσεως.

87. Έτσι όμως ο Γεωργιάδης, Εμπράγματο, § 24 αρ. 11.

88. Σε μια τέτοια περίπτωση αιτία της μεταβίβασης της γυμνής νομής θα είναι κατά κανόνα συμβιβασμός (ΑΚ 872) και όχι πώληση της νομής (όπως υποστηρίζει ο Ι. Αραβαντινός, ό.π., σ. 105), αφού το αντίληγμα που καταβάλλει ο κύριος συνιστά τη δική του αντιπαροχή στο πλαίσιο του συμβιβασμού, ενώ από την πλευρά του ο νομέας αναγνωρίζει την κυριότητα και παραδίδει τη νομή στον κύριο.

89. Βλ. ενδεικτικά Κορνηλάκη, Ειδικό Ενοχικό Δίκαιο Ι', § 62.2 Β.

90. Βλ. κατωτέρω υπό ΙΙΙ-Β.

91. Εφόσον, εννοείται, αυτός δεν έχει γίνει κύριος με χρησικτησία.

III. Η συστηματική λειτουργία της *condictio possessionis*

A. Η *condictio possessionis* ως υποκατάστατο των εμπράγματων αποκαταστατικών αγωγών

Από την ανάλυση που προηγήθηκε συνάγονται τα εξής πορίσματα για τη φύση και τη λειτουργία της *condictio possessionis*: Πρόκειται για ενοχική αγωγή προστατευτική της κυριότητας και όχι της γυμνής νομής, χαρακτηριστικό που δεν αναιρείται ούτε όταν εγείρεται από εκείνον που είχε προστατευόμενη οιοειδή νομή ή κατοχή δύναμι εμπράγματης ή ενοχικής σχέσης, αφού σε τελική ανάλυση αυτός στηρίζει το δικαίωμά του για φυσικό εξουσιασμό του πράγματος, αμέσως ή έμμεσα, μέσω κλιμακωτών σχέσεων, στην κυριότητα κάποιου προσώπου. Ο συμπληρωματικός και λειτουργικώς συγγενής προς τις διατάξεις για την προστασία της κυριότητας χαρακτήρας της *condictio possessionis* δεν πρέπει να ξενίζει για τον λόγο ότι αυτή είναι ενοχική, ενώ εκείνες εμπράγματος, δηλαδή προστατευτικές απόλυτου δικαιώματος. Οι εμπράγματος αξιώσεις, που γεννώνται από την προσβολή του απόλυτου δικαιώματος της κυριότητας, συνιστούν απόρροια της απολυτότητάς της και όχι δικαιολογητικό της λόγου. Ο απόλυτος χαρακτήρας της κυριότητας (ΑΚ 973, 1000) ουδόλως θα αναιρείται κι αν ακόμη απουσίαζε η διάταξη του άρθρου 1094 ΑΚ. Δεν είναι η διεκδικητική αγωγή που προσδίδει στην κυριότητα απόλυτο χαρακτήρα, αλλά ο τελευταίος είναι που εξηγεί τη νομοθετική επιλογή για προστασία της με την εμπράγματη αξίωση⁹². Προστασία της κυριότητας θα επιτυχανόταν, αν η ρύθμιση αυτή απουσίαζε, με τις διατάξεις για τις αδικοπραξίες, τον αδικαιολόγητο πλουτισμό και τη μη γνήσια διοίκηση αλλοτριών⁹³. Άλλες έννομες τάξεις αγνοούν τη διεκδικητική αγωγή ως αξίωση παραγόμενη από την κυριότητα και σε περίπτωση αποβολής από τη νομή εξοπλίζουν τον κύριο με αξιώσεις που πηγάζουν είτε από την έννομη σχέση, που οδήγησε στην αφαίρεση της νομής, είτε από το ειδικό πραγματικό αποβολής του κυρίου από τη νομή⁹⁴. Αλλά και στις έννομες τάξεις, όπως η γερμανική και η ελληνική, στις οποίες η εξουσία διώξεως –και επομένως η εμπράγματη αξίωση για απόδοση του πράγματος– ανήκει στο περιεχόμενο του δικαιώματος της κυριότητας⁹⁵, βέβαιον είναι ότι η διεκδικητική αγωγή δεν αποτελεί τη μόνη απορρέουσα από την κυριότητα εξουσία ή τη μόνη από την προσβολή της επηγάζουσα αξίωση του δικαιούχου.

Ασφαλώς, η πρόνοια του αστικού νομοθέτη να περιλάβει στον αστικό κώδικα διατάξεις που, σε περίπτωση προσβολής της κυριότητας, μετουσιώνουν την αφηρημένη εξουσία διώξεως σε συγκεκριμένη εμπράγματη αξίωση, φανερώνει ότι αυτή ανήκει στον πυρήνα του δικαιώματος της κυριότητας, εξασφαλίζοντας με τον πλέον δραστικό τρόπο στον δικαιούχο την απόλυση ορισμένων από τις ωφέλειες του πράγματος. Η διεκδικητική αγωγή αποτελεί το δραστικότερο μέσο προστασίας της κυριότητας, ως εμπράγματος δικαιώματος, σε περίπτωση καθολικής προσβολής της⁹⁶. Η κυριότητα είναι όμως κάτι περισσότερο από εμπράγματο δικαίωμα, είναι μια ευρύτερη έννομη σχέση⁹⁷. Η περιουσιακή αυτή έννομη σχέση διέπεται

92. Βλ. έτσι ορθά Dimopoulos-Vosikis, Die bereicherungs- und deliktsrechtlichen Elemente der §§ 987-1003 BGB, 1966, σ. 14 επ. (20).

93. Dimopoulos-Vosikis, ό.π.

94. Βλ. έτσι Westermann/Gursky/Eickmann, Sachenrecht⁷, § 30 I 2 σ. 186· Jänich, Geistiges Eigentum, 2002, σ. 296.

95. Βλ. προς την κατεύθυνση αυτή τον Wieacker, Bodenrecht, 1938, σ. 82.

96. Βλ. αντί πολλών Γεωργιάδη, Εμπράγματο, § 58 αρ. 1.

97. Αποτελεί κοινό τόπο στη σύγχρονη επιστήμη ότι και η ίδια η κυριότητα δεν αποτελεί απλώς ένα δικαίωμα, αλλά πολύ περισσότερο μια έννομη σχέση, από την οποία μάλιστα δεν απορρέουν μόνον δικαιώματα του κυρίου με τη στενή έννοια του όρου, δηλα-

από όλους εκείνους τους κανόνες της έννομης τάξης, οι οποίοι διασφαλίζουν όχι απλώς την άσκηση άμεσων (εμπράγματων) φυσικής εξουσίας του κυρίου επί του πράγματος, αλλά πολύ περισσότερο την ένταξη του στην περιουσία του και την απόλυση του περιεχομένου του. Τον πυρήνα της σχέσης αυτής συγκροτούν, ως ειδικές, οι διατάξεις του εμπράγματου δικαίου, οι οποίες με τη δικαιοσποννητική τους λειτουργία συγκεκριμενοποιούν τις εξουσίες του κυρίου επί του πράγματος. Στην περιφέρειά της βρίσκονται όμως και οι γενικότερες κατ' αρχήν ισχύος, επί προσβολής όμως της κυριότητας συμπληρωματική προς τις διατάξεις του εμπράγματου δικαίου λειτουργία επιπελούσες διατάξεις του ενοχικού δικαίου και ιδίως οι διατάξεις για τον αδικαιολόγητο πλουτισμό⁹⁸. Ενοχικές και εμπράγματα αποκαταστατικές αξιώσεις συγκροτούν την «έννομη σχέση της κυριότητας» ακριβώς επειδή σε περίπτωση προσβολής της συντείνουν στην προστασία της. Ο από λειτουργική άποψη συγγενικός αυτός χαρακτήρας της διεκδικητικής αγωγής και της *condictio possessionis* δεν καταφαίνεται μόνο στο ότι αμφότερες δίδονται στον κύριο, του οποίου η έννομη θέση προσβλήθηκε (ή στον έλκοντα εξ αυτού δικαίωμα οιοθενός νομής ή κατοχής), αλλά και στο ότι η άμυνα του εναγόμενου, που ισχυρίζεται ότι δικαιοῦται να νέμεται ή κατέχει το πράγμα, είναι κοινή στις δύο περιπτώσεις: μόνον όσα δικαιώματα μπορούν να αντισταθούν από τον εναγόμενο με τη διεκδικητική αγωγή στο πλαίσιο της ΑΚ 1095 ως ένσταση δικαιωματικής νομής ή κατοχής, μπορούν επίσης να αντισταθούν από την εναγόμενο με την *condictio possessionis* ως δικαιώματα που του παρέχουν νόμιμη αιτία διατήρησης της νομής.

Οι διατάξεις για τη διεκδικητική αγωγή εξοφλούν βέβαια τον κύριο με την πλήρη δραστική, την εμπράγματη αξίωση για

δη εμπράγματα και ενοχικές αξιώσεις, αλλά και υποχρεώσεις. Για τη σχετική προβληματική βλ. Sontis, Strukturelle Betrachtungen zum Eigentumsbegriff, FS Larenz, 1973, σ. 987 επ.: Georgiadis, Eigentumsbegriff und Eigentumsverhältnis, FS Sontis, 1977, σ. 149 επ.: Raiser, Funktionsteilung des Eigentums, FS Sontis, 1977, σ. 168 επ. En προκειμένω η αναφορά στην «έννομη σχέση» της κυριότητας γίνεται με ένα ακόμη ευρύτερο περιεχόμενο: Περιλαμβάνονται σ' αυτήν και όλες οι ενοχικές αξιώσεις, με τις οποίες το δίκαιο εξοφλεί τον κύριο σε περίπτωση προσβολής του δικαιώματός του, κυρίως δε οι αποκαταστατικές αξιώσεις, δηλαδή αυτές που, παρά τις διαφορές που εμφανίζουν προς τις εμπράγματα, κατ' αποτέλεσμα οδηγούν στην προστασία αυτού του ίδιου του εμπράγματος δικαιώματος. Τέτοια αποκαταστατική αξίωση είναι ιδίως η αξίωση αδικαιολόγητου πλουτισμού είτε με τη μορφή της *condictio possessionis* είτε με τη μορφή της *condictio rei*. Την ιδέα της διευρυμένης αυτής έννοιας της κυριότητας, στην οποία περιλαμβάνονται και τέτοιες αποκαταστατικές αξιώσεις, έχει υποστηρίξει στο παρελθόν στο αυστριακό δίκαιο ο Schwoboda, Der Begriff des Eigentums im weiteren Sinne des 353 ABGB und seine Bedeutung für die Gegenwart, RZ 1928, 32, 49, ο οποίος κάνει λόγο για κυριότητα υπό ευρεία έννοια, την οποία αντιδιαστέλλει προς την υπό στενή έννοια κυριότητα. Για όλα αυτά βλ. Κιτσάρης, Η ατελής κυριότητα, § 2 I.

98. Οι προστατευτικές (και) της κυριότητας, γενικής όμως φύσεως και ενοχικού χαρακτήρα αξιώσεις, δεν χάνουν την αυτοτέλειά τους ούτε μετατρέπονται σε δευτερογενείς αξιώσεις, προστατευτικές της κυριότητας. Η δικαιοπολιτική τους αποστολή είναι κατ' αρχήν αυτοτέλης. Στο μέτρο που ενεργοποιούνται για την προστασία της κυριότητας διαφέρουν από τη διεκδικητική αγωγή κατά το ότι, ενώ η τελευταία προστατεύει το εμπράγματο δικαίωμα ως τέτοιο, αυτές είτε προστατεύουν την περιουσιακή αξία που περικλείεται στο δικαίωμα αυτό, λόγω ακριβώς της δικαιοσποννητικής του λειτουργίας (αξίωση αποζημίωσης: έτσι ο Medicus, Besitzschutz durch Ansprüche auf Schadenersatz, AcP 1965, 115, 121, ο οποίος ως προϋπόθεση της αξιώσεως αποζημίωσης ανάγει ακριβώς την ένταξη του προσβληθέντος αγαθού στην περιουσία του ενάγοντος), είτε διορθώνουν μη ανεκτές από το δίκαιο επεμβάσεις τρίτων προσώπων στο δικαίωμα αυτό (αξίωση αδικαιολόγητου πλουτισμού).

αναγνώριση της κυριότητας και απόδοση της νομής του πράγματος. Όπως εκτέθηκε όμως, η εμπράγματη αυτή αξίωση αποτελεί συνέπεια της εντάξεως του πράγματος στην περιουσία του προσώπου, μέσω της κυριότητας, και όχι τον λόγο της εντάξεώς του σ' αυτή⁹⁹. Είναι χαρακτηριστικό ότι και οι εκπρόσωποι της επιστήμης, οι οποίοι αποδίδουν στη διεκδικητική αγωγή πρωτίστως ή και αποκλειστικά ενοχικό και όχι εμπράγματο χαρακτήρα¹⁰⁰, ουδόλως αμφισβητούν ότι πρόκειται για αξίωση εκπηγάζουσα από την κυριότητα και κατατείνουσα στην πραγμάτωση του σκοπού της¹⁰¹. Το ίδιο ακριβώς ισχύει όμως και για τις ενοχικού χαρακτήρα αξιώσεις, με τις οποίες το δίκαιο εξοφλεί τον κύριο σε περίπτωση παράνομης προσβολής της κυριότητάς του, όπως είναι οι αξιώσεις αποζημίωσης λόγω αδικοπραξίας, απόδοσης του αδικαιολόγητου πλουτισμού ή οι εκ της μη γνήσιας διοίκησης αλλοτριώνων πηγάζουσες. Και αυτών των αξιώσεων η γένεση δικαιολογείται συστηματικώς-τελολογικώς από τον δικαιοσποννητικό χαρακτήρα της κυριότητας¹⁰², όπως πειστικά κατέδειξε με την κλασική για τον αδικαιολόγητο πλουτισμό μελέτη του ο Wilburg¹⁰³. Ανεξαρτήτως αν η ιδέα, επί της οποίας οικοδόμησε ο Wilburg την κρατούσα σήμερα στο γερμανικό δίκαιο διάκριση μεταξύ πλουτισμού εξ επεμβάσεως και πλουτισμού εκ παροχής, μπορεί πράγματι να δικαιολογήσει τη διάσπαση της αξιώσεως αδικαιολόγητου πλουτισμού σε αντίστοιχες *condictiones*¹⁰⁴, καθ'

99. Αλλήλως ο λόγος για τον οποίο η κρατούσα στην επιστήμη άποψη αποκρούει την αυτοτέλη (χωρίς ταυτόχρονη μεταβίβαση κυριότητας) εκχώρηση της διεκδικητικής αγωγής (βλ. ανωτέρω σημ. 96) έγκειται στο γεγονός ότι η κυριότητα αποτελεί προϋπόθεση για την έγερση της διεκδικητικής αγωγής (και όχι, αντιθέτως, συνέπεια της υπάρξεως της αγωγής αυτής). Επομένως η τελευταία δεν δύναται να ασκηθεί από μη κύριο (BGHZ 60, 240 και Mager, Besonderheiten des dinglichen Anspruchs, AcP 1993, 68 επ., 74). 100. Heck, Grundriss des Sachenrechts, § 32 αρ. 2· Westermann, Harry, Sachenrecht⁵, 1966, § 2 III 1-3· Peters, C., Die Ansprüche aus dem Eigentum, AcP 153, 154.

101. Heck, ό.π., § 31, § 66 αρ. 1· Westermann, ό.π., § 30 I 2. Ακόμη χαρακτηριστικότερα ο Peters, ό.π., ο οποίος, μοιλονότι τάσσει υπέρ της ενοχικής φύσης της διεκδικητικής αγωγής, διαβλέποντας μάλιστα σ' αυτή (όπως επίσης στην αγωγή του αδικαιολόγητου πλουτισμού) στοιχεία αποζημιωτικού-αποκαταστατικού, ανεξαρτήτως όμως πταίσματος, χαρακτήρα, θεωρεί εντούτοις ότι συγκροτεί, μαζί με την αρνητική αγωγή, τον πυρήνα του δικαιώματος της κυριότητας.

102. Βλ. έτσι τον Dimopoulos-Vosikis, ό.π., σ. 17.

103. Wilburg, Die Lehre, σ. 27. Τη θεωρία του Wilburg επεξεργάσθηκε περαιτέρω και βελτίωσε ο v. Caemmerer, Bereicherung und unerlaubte Handlung, FS für Ernst Rabel, 1954, σ. 333 και αποτελεί σήμερα απολύτως κρατούσα γνώμη στη Γερμανία. Πρβλ. ήδη τις σκέψεις των Heck, Grundriss des Schuldrechts, 1929, σ. 421 και Leonhard, Das Schuldrecht des BGB II, 1931, σ. 455, τις οποίες αξιοποιεί και ο Wilburg.

104. Ότι η διάσπαση αυτή δεν δικαιολογείται τουλάχιστον στο πλαίσιο του ελληνικού δικαίου βλ. αντί πολλών Σταθόπουλο, Αξιώσεις, σ. 51 επ. Ήδη πάντως και στο γερμανικό δίκαιο επανέρχεται προς συζήτηση το ερώτημα αν είναι σκόπιμη η διάκριση μεταξύ περισσότερων τύπων αξιώσεων αδικαιολόγητου πλουτισμού ή αν θα πρέπει να επιχειρηθεί η ενοποίηση όλων αυτών των τύπων σε ένα υψηλότερο επίπεδο κάτω από μια κοινή αρχή· βλ. MünchKommLieb, § 812 αρ. 3 (όπου και κριτική του Lieb στη νεότερη αυστηρή επιστημονική τάση) και τις παραπομπές στη σημ. 8. Πρβλ. συνοπτικά, για το σχετικό ρεύμα στη γερμανική επιστήμη Schäfer, eis: Historisch-kritisches Kommentar zum BGB, §§ 812-822 αρ. 14. Ειδικά για την αποκαταστατική της κυριότητας αξίωση αδικαιολόγητου πλουτισμού και τον ενιαίο χαρακτήρα της βλ. τον Kaehler, Bereicherungsrecht und Vindikation, Allgemeine Prinzipien der Restitution, 1972, passim, ο οποίος επανέφερε με την εργασία του στο προσκήνιο την παλαιότερα από τον Krawielicki, Grundlagen des Bereicherungsanspruchs, 1936, ιδέα της προσβολής των δικαιωμάτων.

εαυτήν είναι πάντως εξαιρετικά πολύτιμη για την κατανόηση της λειτουργίας των διατάξεων του αδικαιολόγητου πλουτισμού ως συμπληρωματικής των διατάξεων για την προστασία της κυριότητας¹⁰⁵. Θέτοντας ο *Wilburg* το δικαίωμα της κυριότητας ως αφετηρία των σκέψεών του, επιχείρησε να καταδείξει τους λόγους για τους οποίους η αυθαίρετη επέμβαση σε ξένη κυριότητα γεννά υπέρ του κυρίου αξίωση αδικαιολόγητου πλουτισμού. Εντόπισε δε τον γενεσιουργό της αξιώσεως αυτής λόγο (το οργανικό της θεμέλιο) στη δικαιοσπονεμτική λειτουργία του δικαιώματος της κυριότητας.

Πράγματι, στην κυριότητα ενυπάρχει το δικαιοσπονεμτικό στοιχείο¹⁰⁶, το οποίο αντανakλάται πρωτίστως στην απολυτότητα της εμπράγματης κυριαρχίας και στον εξοπλισμό του κυρίου, σε περίπτωση καθολικής προσβολής του δικαιώματός του, με τη διεκδικητική αγωγή. Αντίθετα όμως προς τη φορμαλιστική διδασκαλία του κοινοδικαίου, κατά την οποία η απώλεια της διεκδικητικής αγωγής ισοδυναμούσε με ανάληψη των εξουσιών από την κυριότητα, ο *Wilburg* υποστήριξε με πειστικότητα ότι ο οικονομικός σκοπός (ο περιουσιακός χαρακτήρας) της κυριότητας υπερβαίνει τις παρεχόμενες από το εμπράγματο δίκαιο εξουσίες και δικαιολογεί, σε περίπτωση προσβολής της κυριότητας, τη γένεση αξιώσεων αποζημίωσης και απόδοσης του αδικαιολόγητου πλουτισμού¹⁰⁷. Οργανικό θεμέλιο και των αξιώσεων αυτών συνιστά κατά τον *Wilburg*

105. Στην ελληνική επιστήμη ο *Χρ. Φίλιος*, Συνήγορος 2007, 48 επ., 49-50, υιοθετώντας τη διχοτόμηση της αξιώσεως αδικαιολόγητου πλουτισμού κατά το πρότυπο της γερμανικής έννομης τάξης, δέχεται στη μεν αξίωση από επέμβαση ως δικαιολογητικό της λόγο τον δικαιοσπονεμτικό χαρακτήρα του προσβληθέντος δικαιώματος, στην αξίωση από παροχή όμως τον σκοπό του δότη. Με αφετηρία τόσο τον ενιαίο χαρακτήρα της αξιώσεως, όσο και τον κοινό δικαιολογητικό της λόγο, ήτοι τον απονεμτικό χαρακτήρα των δικαιωμάτων, εξηγείται καλύτερα ο μη εξοπλισμός του μη δικαιωματικού νομέα, που παρέδωσε το πράγμα στον κύριο στη βάση άκυρης μεταξύ τους σχέσης (π.χ. πώλησης), με την *condictio possessionis*: εν προκειμένω ο κύριος θα διατηρήσει τη νομή, αφού αυτός έχει δικαίωμα προς νομή. Ο σκοπός της παράδοσης του πράγματος από τον μη δικαιωματικό νομέα στον κύριο, που απέτυχε συνέπεια της ελλειψματικότητας της υποσχετικής δικαιοπραξίας, δεν αρκεί για να εξοπλίσει τον παραδώσαντα με την αξίωση αδικαιολόγητου πλουτισμού.

106. Για τη δικαιοσπονεμτική λειτουργία των ιδιωτικών δικαιωμάτων βλ., αντί πολλών, *Ellger*, Bereicherung durch Eingriff, § 15 επ. (και σημ. 25 με παραπομπές στην αποδεχόμενη το κριτήριο αυτό κρατούσα πλούσια νομολογία του BGH) και ειδικώς για την κυριότητα § 17.

107. Ορθά έτσι ήδη στο παρελθόν ο *Schwoboda*, RZ 1928, 32, 35, και πρόσφατα ο *Gusenleitner*, Ersitzung als allgemeiner Rechtserwerbstatbestand, 2004, σ. 90 επ., υποστηρίζουν ότι η διαφορά μεταξύ της κυριότητας υπό στενή έννοια και της κυριότητας ως ευρύτερης έννομης σχέσης έγκειται στη θετική της μόνο λειτουργία και όχι στην αρνητική, που συνιστά εκδήλωση του δικαιοσπονεμτικού της χαρακτήρα. Το αρνητικό στοιχείο, δηλ. η εξουσία του δικαιούχου να αποκρούσει προσβολές του δικαιώματος από τρίτους, συνιστά απόρροια της *δικαιοκτησίας*, όχι του εμπράγματος χαρακτήρα του δικαιώματος της κυριότητας υπό τη στενή, τεχνική έννοια του όρου. Γι' αυτό και η προστασία αυτή παρέχεται από το δίκαιο και όταν προσβάλληται η ένταξη ενοχικού, απλήως, δικαιώματος στην περιουσία ενός προσώπου (βλ. *Koziol*, Die Beeinträchtigung fremder Forderungsrechte, 1967, σ. 140 επ., 18, 152) με τις διατάξεις για τον αδικαιολόγητο πλουτισμό και τις αδικοπραξίες. Όταν προσβάλληται η υπό στενή έννοια κυριότητα, το δίκαιο εξοπλίζει τον κύριο με μία επιπλέον αξίωση, την εμπράγματη αξίωση, η οποία συνιστά απόρροια της απολυτότητας του δικαιώματος. Η *δικαιοκτησία όμως δεν προϋποθέτει την απολυτότητα του δικαιώματος*. Ακόμη και όταν αυτή απουσιάζει, η δικαιοκτησία καθ' εαυτήν ενεργοποιεί τις διατάξεις του ενοχικού δικαίου για την προστασία του δικαιώματος.

η κυριότητα, της οποίας αποτελούν τρόπον τινά οργανική μετενέργεια. Η «μετενέργεια» αυτή δεν προϋποθέτει όμως οπωσδήποτε απώλεια, για κάποιον λόγο, της εμπράγματης αξιώσεως, έτσι ώστε οι ενοχικές αξιώσεις να μετενεργούν κατά κυριολεξία¹⁰⁸. Πότε θα συμβαίνει αυτό ή πότε οι ενοχικές αξιώσεις θα συντρέχουν με την εμπράγματη αξίωση κρίνεται κάθε φορά στη βάση των ειδικότερων διατάξεων που καθορίζονται σε εφαρμογή και όχι στη βάση μιας προεδομένης αρχής. Έτσι, λ.χ., η καθιέρωση του αφηρημένου χαρακτήρα της εμπράγματης σύμβασης μεταβίβασης κιντού (ΑΚ 1034), προς τον σκοπό της προστασίας των συναλλαγών, του αιτιώδους όμως χαρακτήρα της εμπράγματης σύμβασης μεταβίβασης ακινήτου (ΑΚ 1033), έχει ως συνέπεια στην πρώτη περίπτωση η μεταβίβαση να επέρχεται παρά το τυχόν ελάττωμα στην υποσχετική σύμβαση που αποτελεί την αιτία της εμπράγματης, ενώ στη δεύτερη όχι· με περαιτέρω συνέπεια στην πρώτη μεν περίπτωση η προστασία του μεταβιβάσαντος, που παρέδωσε το πράγμα και απώλεσε την κυριότητά του (και επομένως τη διεκδικητική αγωγή), να επιτυγχάνεται δια της παροχής σ' αυτόν μόνο της αξιώσεως αδικαιολόγητου πλουτισμού (υπό τη μορφή της *condictio rei*), στη δεύτερη όμως περίπτωση να συρρέουν στο πρόσωπό του τόσο η αξίωση αδικαιολόγητου πλουτισμού (υπό τη μορφή της *condictio possessionis*) όσο και η διεκδικητική αγωγή. Στην πρώτη περίπτωση η κυριότητα μετενεργεί κατά κυριολεξία¹⁰⁹, στη δεύτερη όμως όχι. Το δίκαιο επιδιώκει εν προκειμένω διαφορετικούς σκοπούς με διαφορετικά μέσα. Ο λόγος όμως για τον οποίο δίδεται στη μία περίπτωση παράλληλα προς τη διεκδικητική αγωγή η αξίωση του αδικαιολόγητου πλουτισμού¹¹⁰, στη δε άλλη μόνον η τελευταία, είναι κοινός: Η *αντίθεση της δημιουργηθείσας κατάστασης προς τη δικαιοσπονεμτική λειτουργία της κυριότητας και εν τέλει η επιταγή για προστασία της τελευταίας*.

Είναι βέβαια σωστό ότι η αξίωση αδικαιολόγητου πλουτισμού, ακόμη και όταν κατευθύνεται στην απόδοση εξατομικευμένου πράγματος, δεν παύει να αποτελεί αξίωση «περί της περιουσίας» (*Vermögens- ή Wertanspruch*) ή «επί της αξίας» και όχι αξίωση «περί το αντικείμενο» (*Gegenstands- ή Sachanspruch*). Εντούτοις, βέβαιον είναι ότι οσάκις ενεργοποιείται ο μηχανισμός του αδικαιολόγητου πλουτισμού για την ανάκτηση του ίδιου του πράγματος και όχι του εισπραχθέντος από τον πλουτίσαντα για την εκποίηση του ανταλλάγματος (βλ. ΑΚ 908), δι' αυτού προστατεύεται ο κύριος ως φορέας της κυριότητας και όχι μόνο ως δικαιούχος της αξίας της. Υπ' αυτή την έννοια πράγματι συνιστά η *condictio possessionis* εκδήλωση της (μετε-)ενέργειας της προσβληθείσας έννομης σχέσης της κυριότητας¹¹¹, δηλαδή αξίωση που συνηπολογίζεται

108. Μια τέτοια εκδοχή μόνο ως συνέπεια της αποκρουόμενης θεωρίας της επικουρικότητας της αξιώσεως αδικαιολόγητου πλουτισμού έναντι της διεκδικητικής αγωγής θα μπορούσε να ιδωθεί, υπό την έννοια ότι η ύπαρξη της διεκδικητικής αγωγής ως μέσου προστασίας του κυρίου αποκλείει την ύπαρξη πλουτισμού στο πρόσωπο του νομέα.

109. Κατά τον ίδιο τρόπο η κυριότητα μετενεργεί στην περίπτωση που κιντό πράγμα ενωθεί με ξένο ακίνητο, με συνέπεια να αποσβεσθεί. Εάν αργότερα το κιντό αποχωρισθεί από το ακίνητο, δεν αναβιώνει η κυριότητα του πρώην κυρίου, αυτός όμως έχει, λόγω της μετενεργείας της, την *condictio rei* κατά του νέου κυρίου.

110. Ότι οι αξιώσεις αυτές συρρέουν ελεύθερα βλ. *Köbl*, Das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis im Anspruchssystem des BGB, 1971, σ. 280· *Reuter/Martinek*, Ungerechtfertigte Bereicherung, σ. 691· *Ellger*, Bereicherung durch Eingriff, σ. 494.

111. Η θέση αυτή αποδίδει άλλωστε την απολύτως κρατούσα γνώμη στην επιστήμη στο πλαίσιο της ερμηνείας της § 951 § 1 γερμΑΚ, προς την οποία αντιστοιχεί η διάταξη του άρθρου 1063 ΑΚ. Παράγεται εν προκειμένω δεκτό ότι η ενοχική αξίωση για απόδοση της αξίας του πράγματος, του οποίου η κυριότητα απωλήσθη, υπεισέρχεται στη θέση της αποσβεσθείσας κυριότητας, ακρι-

στο νομικό οπλοστάσιο του κυρίου και υπό την ιδιότητά του ως τέτοιου¹¹². Γι' αυτό εύστοχα περιγράφεται στη γερμανική επιστήμη η *condictio possessionis* ως «εξασθετισμένη διεκδικητική αγωγή» ή «απλουστευμένη διεκδικητική αγωγή», της οποίας και αποτελεί υποκατάστατο¹¹³.

βώς διότι η βασική ιδέα που κρύβεται πίσω από τη ρύθμιση είναι εκείνη της μετενέργειας του δικαιώματος της κυριότητας (*Larenz/Canaris, II/2 § 69, I 1b, σ. 69*; *Lorenz, Bereicherungsausgleich beim Einbau fremden Materials, FS Serick, 1992, σ. 255 επ., 263* με επίκληση των *Mot. III σ. 362*; *Wilburg, Zusammenspiel der Kräfte im Aufbau des Schuldrechts, AcP 1963, 346, 348*; *MünchKomm/Füller, § 951 αρ. 1*. Εάν όμως αυτό ισχύει στην περίπτωση της ΑΚ 1063, όπου η κυριότητα έχει ήδη μετατεθεί στον νέο κύριο και η αξίωση αδικαιολόγητου πλουτισμού δεν μπορεί να οδηγήσει στην επαναμεταβίβαση της στον παλαιό κύριο (ΑΚ 1063 § 2), τότε ισχύει κατά μείζονα λόγο στην περίπτωση της *condictio possessionis*, η οποία δίδεται στον κύριο και αποσκοπεί στην επανένωση κυριότητας και νομής. Ας σημειωθεί ότι και στην περίπτωση της κτήσης κυριότητας κινητού από μη κύριο με χαριστική αιτία, όπου ο πρώην κύριος διατηρεί κατά του αποκτώντος την αξίωση αδικαιολόγητου πλουτισμού υπό τις προϋποθέσεις της ΑΚ 913, γίνεται επίσης λόγος για μετενέργεια της απολεσθείσης κυριότητας: *Wilburg, Die Lehre, σ. 27 επ. (49)*; *πρβλ. και Ζένο, Ενοχικών Δίκαιον, Β' Μέρος Ειδικόν, 1964, σ. 693*, κατά τον οποίο στην περίπτωση αυτή η αγωγή αδικαιολόγητου πλουτισμού «προσλαμβάνει χρώμα απολύτου ή και εμπραγμάτου δυνάμεως». Δεν είναι επομένως ορθή η υποστηριζόμενη από τον *Giglio* (*Condictio proprietaria und europäisches Bereicherungsrecht, 2000, σ. 25-27*) θέση, σύμφωνα με την οποία μόνο η *condictio rei* (*Eigentumskondiktion*) ενέχει το στοιχείο της μετενέργειας της προσβληθείσης κυριότητας, ενώ η *condictio possessionis* (*Besitzkondiktion*) όχι, τούτο δε με τη σκέψη ότι η πρώτη υπεισέρχεται στη θέση της απολεσθείσης διεκδικητικής αγωγής, ενώ η δεύτερη δεν προϋποθέτει καν δυνατότητα άσκησης της διεκδικητικής αγωγής.

112. Βλ. έτσι χαρακτηριστικά *Schlechtriem, Güterschutz durch Eingriffskonditionen, in: Ungerechtfertigte Bereicherung, Symposium der Jurist. Fakultät der Universität Heidelberg zum Gedanken an Detlef König, 1983, σ. 57 επ., 59*, και *Würthwein, Schadenersatz für Verlust der Nutzungsmöglichkeit einer Sache oder für entgangene Gebrauchsvorteile, 2001, σ. 166-167*: «Από λειτουργική άποψη η *condictio ex επεμβάσεως συνιστά έναν θεσμό προστατευτικό του προσβληθέντος αγαθού, όπως εξάλλου η αξίωση αποζημίωσης λόγω αδικπραξίας, η διεκδικητική αγωγή ή η αγωγή για άρση της προσβολής. Στηρίζεται στην ιδέα ότι μόνον ο φορέας του δικαιώματος νομιμοποιείται να το ασκεί υλικά και νομικά, ενώ η αδικαιολόγητη, μη επιτρεπόμενη χρήση του αποτελεί επέμβαση στο ξένο δικαίωμα». *πρβλ. προς την ίδια κατεύθυνση v. Caemmerer, FS Rabel, σ. 352*; *Manfred Wolf, Die Verwendungersatzansprüche des Besitzers im Anspruchssystem, AcP 166, 188, 200*; *Köbl, Das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis, σ. 279*; *Emmerich, Das Verhältnis der Nebenfolgen der Vindikation zu anderen Ansprüchen, 1966, σ. 431*; *Waltjen, Das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis und Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung, AcP 175, 109, 121*. Από άλλη σκοπιά έτσι κατ' αποτέλεσμα και ο *Finkenauer, Rückwirkung der Genehmigung, Verfügungsmacht und Gutgläuberschutz, AcP 2003, 282 επ., 304*.*

113. Έτσι ιδίως ο *Kaehler, Bereicherungsrecht und Vindikation, Allgemeine Prinzipien der Restitution, 1972*. Ο συγγραφέας, με αφετηρία τη θεμελιώδη για την εργασία του θέση περί υπαγωγής της διεκδικητικής αγωγής, της αγωγής του αδικαιολόγητου πλουτισμού και της αγωγής αποζημίωσης από αδικπραξία στον γενικότερο θεσμό της «αποκαταστατικής» ή «επανορθωτικής» αξιώσεως (*Restitutionsanspruch*), καταλήγει στο συμπέρασμα (σ. 24 σημ. 30 και σ. 296) ότι η αξίωση αδικαιολόγητου πλουτισμού που κατευθύνεται στην αυτοΐα απόδοση πράγματος αποτελεί μια «εξασθετισμένη διεκδικητική αγωγή» («*abgeschwächte Vindikation*», «*abgeschwächter dinglicher Herausgabeanspruch*»). *πρβλ. προς την ίδια κατεύθυνση και τους Rothheft, Vermögensverlust und Bereicherungsausgleich, AcP 163, 215 επ., 220 επ., 238*

B. Η άρση της σύγκρουσης της *condictio possessionis* του δικαιωματικού νομέα με αξιώσεις του μη δικαιωματικού νομέα κατά τρίτου για απόδοση/παράδοση του πράγματος

Ο συγγενής προς τη διεκδικητική αγωγή χαρακτήρας της *condictio possessionis* διαδραματίζει σημαντικό ερμηνευτικό ρόλο και κατά την επίλυση του προβλήματος που ανακύπτει σε περίπτωση συγκρούσεως της με την αξίωση του μη δικαιωματικού νομέα, που απέβαλε τον κύριο, κατά τρίτου που τον απέβαλε με τη σειρά του ή αρνείται να του αποδώσει το πράγμα, μετά τη λήξη της μεταξύ τους ενοχικής συμβάσεως (π.χ. μίσθωσης). Η υπαγωγή όλων αυτών των αποκαταστατικών αξιώσεων στη γενική έννοια της αξιώσεως αποτελεί ίσως επιχείρημα υπέρ της ισχύος της αρχής της προληψίας για την άρση της μεταξύ τους συγκρούσεως. Η απολυτότης των εμπράγματων δικαιωμάτων, τα οποία ακριβώς προστατεύει η *condictio possessionis*, αποτελεί εντούτοις επιχείρημα ότι αυτή κατισχύει των λοιπών ενοχικών αξιώσεων σε περίπτωση μεταξύ τους συγκρούσεως. Το πρόβλημα αυτό, που αποτελεί αντικείμενο ζωηρής έριδας στην αλληλοδαπή νομολογία και επιστήμη¹¹⁴, δύναται κατ' αρχάς να ανακύψει επί συγκρούσεως της *condictio possessionis* του κυρίου με συμβατικές κατά του τρίτου αξιώσεις του μη δικαιωματικού νομέα για απόδοση¹¹⁵ ή παράδοση¹¹⁶ του πράγματος, όταν ο τρίτος, στον οποίον αρχικώς ο νομέας παρέδωσε την κατοχή δύναμει ορισμένων μεταξύ τους σχέσης, αρνείται να του το αποδώσει, παρά τη λήξη της σχέσης αυτής, αντιποιούμενος τη νομή. Στην περίπτωση αυτή, γενικότερα δε κάθε σε περίπτωση αποβολής του μη δικαιωματικού νομέα από τρίτον, ο μη δικαιωματικός νομέας έχει επιπλέον την αγωγή αποβολής από τη νομή. Εφόσον δε είχε τα προσόντα της τακτικής χρησικτησίας, έχει κατά του τρίτου και την πονηλικιανή αγωγή. Το ίδιο πρόβλημα ανακύπτει και όταν ο μη δικαιωματικός νομέας, που παρέδωσε το πράγμα σε τρίτον δύναμει ορισμένων έννομων σχέσης, η οποία εξελίχθηκε ανώμαλα, ζητεί την επιστροφή του με επίκληση των διατάξεων για τις αμφοτεροβάρεις συμβάσεις (ΑΚ 380, 382 κλη. σε συνδ. με ΑΚ 908 επ.).

Σε όλες τις ανωτέρω περιπτώσεις ο τρίτος νομέας ή κάτοχος μπορεί να εκπληρώσει μόνο τη μία από τις περισσότερες εναντίον του στρεφόμενες αξιώσεις. Το αν έχει την ευχέρεια να ικανοποιήσει όποια από τις περισσότερες αξιώσεις επιθυμεί, εξαρτάται από την απάντηση στο ερώτημα αν οι αξιώσεις αυτές είναι ισοδύναμες μεταξύ τους ή αν τελούν έναντι αλληλίων σε ιεραρχική σχέση, επειδή ισχύει, κατά την ορολογία του *Γαζή*¹¹⁷,

Costede/Kaehler, Haftungszuweisung und Haftungszugriff Dritten gegenüber, ZZP 1971, 395 επ. Για τον χαρακτήρα της *condictio possessionis* ως υποκαταστάτου της διεκδικητικής αγωγής ή ως μιας απλουστευμένης διεκδικητικής αγωγής βλ. επίσης *Klinkhammer, Der Besitz, σ. 69, 78*: ότι την ομοιότητα που ενυπάρχει μεταξύ διεκδικητικής αγωγής και *condictio possessionis* είχε επισημάνει ήδη και ο συντάκτης του 1^{ου} Προσχεδίου του γερμανικού δικαίου για τον αδικαιολόγητο πλουτισμό *Kübel* τονίζει ο *Greiner, Die Haftung auf Verwendungersatz, 1999, σ. 161 επ., 178*. *πρβλ. και την Kurz, Der Besitz, σ. 69-71*.

114. Συνοδική παρουσίαση της προβληματικής και των κατ' ιδίαν θέσεων επιστήμης και νομολογίας βλ., ενδεικτικά, στη διατριβή του *Oppermann, Die Kollision der Vindikation mit schuldrechtlichen Besitzübertragungsansprüchen, 2003, passim*.

115. Εδώ επιπίπτουν, ενδεικτικά, η αξίωση του εκμισθωτή για απόδοση του μισθίου (ΑΚ 599), η αξίωση του εργοδότη για απόδοση του πράγματος κατ' ΑΚ 685, η αξίωση του χρήστη για απόδοση του πράγματος (ΑΚ 810), η αξίωση του παρακαταθέτη για απόδοση του πράγματος (ΑΚ 827) κλη.

116. Εδώ επιπίπτουν, ενδεικτικά, η αξίωση του αγοραστή για παράδοση του πράγματος (ΑΚ 513), η αξίωση του μισθωτή για παράδοση του πράγματος (ΑΚ 574) κλη.

117. Η σύγκρουση των δικαιωμάτων, 1959, σ. 7-44.

κανόνες καθορίζων τη «σειρά» τους¹¹⁸. Το ζήτημα όμως δεν είναι, από τη σκοπιά τουλάχιστον της εδώ ερευνώμενης προβληματικής, εάν ο τρίτος «δικαιούται» να αρνηθεί την εκπλήρωση της μιας υποχρέωσής του, επικαλούμενος τον ισχυρότερο χαρακτήρα της άλλης, ούτε αν αυτό συνιστά νόμιμο λόγο απαλλοτρίωσής του από την ευθύνη για μη εκπλήρωση¹¹⁹. Ενδιαφέρει πολύ περισσότερο το ποια από τις συγκρουόμενες μεταξύ τους αξιώσεις του κυρίου και του μη δικαιωματικού νομέα κατισχύει τελικώς της άλλης στη μεταξύ τους σχέση, ανεξαρτήτως της ευθύνης του τρίτου απέναντι στον μη ικανοποιηθέντα δανειστή, ήτοι ποιος εκ των δύο θα επιτύχει εν τέλει να πάρει τη νομή του πράγματος.

Ερωτάται κατ' αρχάς πώς επιλύεται η σύγκρουση της κατά του τρίτου *condictio possessionis* του κυρίου με την αγωγή αποβολής από τη νομή του αποβληθέντος μη δικαιωματικού νομέα¹²⁰. Στο πλαίσιο της προσωρινής διευθέτησης των ερίδων περί τα πράγματα κατισχύει βέβαια η προστατευτική της νομής αγωγή, υπό την έννοια ότι στη δίκη για τη νομή ο εναγόμενος δεν δύναται να προβάλλει ένσταση περί δικαιώματος κυριότητας (ούτε) τρίτου προσώπου (αναλογική εφαρμογή ΑΚ 991). Στην προσωρινή διευθέτηση των πραγμάτων, στην οποία κατατείνει η προστασία της νομής, το δικαίωμα της κυριότητας (του εναγομένου ή τρίτου) δεν διαδραματίζει νομικώς σημαντικό ρόλο. Εντούτοις, ακόμη κι αν ο μη δικαιωματικός νομέας ασκήσει κατά του τρίτου την αγωγή της νομής και ανακτήσει το πράγμα, ο κύριος δύναται να του το ζητήσει με τη σειρά του (όχι μόνο με τη διεκδικητική αγωγή αλλήλα και με) την *condictio possessionis*. Έτσι, τελικώς, θα ανακτήσει αυτός τη νομή. Εξάλλου, εάν ο νομέας δεν ασκήσει εντός της προθεσμίας του άρθρου 992 ΑΚ την αγωγή της νομής κατά του τρίτου, αντιθέτως δε ο κύριος ασκήσει κατ' αυτού την *condictio possessionis*, η απόφαση που θα εκδοθεί στη δίκη για την κυριότητα εκτελείται και σε βάρος του νομέα¹²¹, στην περίπτωση που του αποδόθηκε εν τω μεταξύ το πράγμα, δύναται του άρθρου 325 αρ. 2 σε συνδ. με το άρθρο 919 § 1 περ. α' ΚΠολΔ. Ερωτάται τί θα ισχύει αν αμφότεροι, κύριος και νομέας, ασκήσουν κατά του τρίτου την *condictio possessionis* και την αγωγή της νομής αντίστοιχα.

Στην περίπτωση που ο νομέας ανακτήσει πρώτος τη νομή είτε διότι ο εναγόμενος συμμορφώθηκε οικειοθελώς και του απέδωσε το πράγμα, είτε διότι ο νομέας εκτέλεσε εναντίον του την απόφαση για τη νομή, η εκτελεστικότητα της μεταγενεστέρως εκδοθησόμενης στη δίκη για την *condictio possessionis* αποφάσεως καταλαμβάνει και τον νομέα δυνάμει του άρθρου 325 αρ. 2 σε συνδ. με το άρθρο 919 § 1 περ. α' ΚΠολΔ, σε κάθε δε περίπτωση κατά τη διάταξη της ΚΠολΔ 919 § 1 περ.

118. Για το ότι όμως η ενδεχόμενη ιεράρχηση των αξιώσεων και η αναγνώριση προβαδίσματος σε μία από αυτές έναντι των υπολοίπων δεν υποδεικνύει αυτομάτως και τις έννομες συνέπειες από την ιεράρχηση αυτή βλ. ορθώς *Oppermann*, ό.π., σ. 38-39, ο οποίος εύστοχα διαπιστώνει ότι μεταξύ των συγγραφέων που αναγνωρίζουν προβάδισμα σε κάποια αξίωση παρατηρείται διάσταση απόψεων ως προς τις έννομες συνέπειες που το προβάδισμα αυτό συνεπάγεται.

119. Γι' αυτό και η μεταφορά εν προκειμένω της έντονης επιστημονικής συζήτησης που διεξάγεται ιδίως στη Γερμανία περί του πρόβλημα αυτό, δεν είναι αναγκαία.

120. Εάν ο αποβληθείς δεν ήταν καν νομέας, αλλά μη δικαιωματικός (έναντι του κυρίου και νομέα) *κάτοχος*, επειδή ο νόμος θεσπίζει υπέρ του κυρίου πλήρως νομής (βλ. π.χ. άρθρο 4 α.ν. 1539/1938), δεν προστατεύεται με την αγωγή αποβολής από τη νομή (βλ. ΑΚ 997): *Κισσάρης*, Η ατελής κυριότητα, σ. 287 σημ. 22· ΟΔΑΠ 8/2013 ΝΟΜΟΣ· αλλίως ο *Δημοσθένους*, Η αχρησία της κυριότητας, η παραγραφή της διεκδικητικής αγωγής και οι συνέπειες τούτων, Μνήμη Βερβεσοπού, 1991, 123, σ. 159.

121. Εκτός αν στο μεταξύ συμπληρώθηκαν στο πρόσωπό του οι προϋποθέσεις της χρυσικτησίας.

β¹²² ΚΠολΔ. *Το αντίθετο όμως δεν ισχύει*. Η εκτελεστικότητα της απόφασης που εκδίδεται στη δίκη για τη νομή και την επιδικάζει στον μη δικαιωματικό νομέα, δεν εκτελείται κατά του κυρίου, που στο μεταξύ ανέκτησε από τον τρίτο τη νομή είτε με οικειοθελή παράδοση είτε με εκτέλεση της εκδοθείσας μεταξύ τους αποφάσεως. Αυτό δεν προκύπτει μεν ευθέως από γράμμα της ΚΠολΔ 919 § 1 περ. β', το οποίο φαίνεται να καταλαμβάνει και την περίπτωση αυτή, συνάγεται όμως αβίβαστα από τον συστηματικό και τελεολογικό συσχετισμό της προς τη διάταξη της ΚΠολΔ 936 § 1 εδ. α' περ. α' σε συνδυασμό με το β' εδάφιο¹²³. Στη διάταξη αυτή, που συστηματικώς εντάσσεται στους κανόνες που επιλύουν συγκρούσεις δικαιωμάτων περισσότερων προσώπων με διαφορητικά συμφέροντα επί του αντικείμενου της εκτέλεσης, δίδεται το προβάδισμα στην κυριότητα επί συγκρούσεώς της με τη μη δικαιωματική νομή. Η αρχή που θεσπίζει η διάταξη αυτή είναι ότι μόνον ο κύριος μπορεί να ανακόψει εκτέλεση που επισπεύδει ο μη δικαιωματικός νομέας κατά τρίτου, όχι δε το αντίστροφο. Το άρθρο 991 ΑΚ δεν εφαρμόζεται εν προκειμένω¹²⁴. Τούτο εξηγείται εκ του ότι η ΚΠολΔ 936 εισάγει κανόνα (και) ουσιαστικού δικαίου, που επιλύει στο στάδιο της εκτέλεσης τη σύγκρουση των δικαιωμάτων επί τη βάση της μεταξύ τους ισχύουσας «σειράς» και δη στο επίπεδο της οριστικής για αυτά διευθέτησης των ερίδων. Η σύγκρουση δε μεταξύ της κυριότητας και της γυμνής νομής επιλύεται στο πλαίσιο της καθ' όλην από το δίκαιο στάθμισης των συγκρουόμενων συμφερόντων υπέρ της κυριότητας, λόγω της δικαιαιοπονεμητικής της λειτουργίας, εκ της οποίας ακριβώς γεννάται σε περίπτωση προσβολής της, εκτός από τη διεκδικητική αγωγή, και η *condictio possessionis*. Στο πλαίσιο της ανακοπής του άρθρου 936 ΚΠολΔ δεν σταθμίζονται αξιώσεις, αλλήλα δικαιώματα, με συνέπεια η κυριότητα να επικρατεί της γυμνής νομής. Ο κανόνας αυτός φωτίζει αναπόφευκτα την ερμηνεία της διάταξης του άρθρου 919 § 1 περ. β' ΚΠολΔ και αποκτά ιδιαίτερη σημασία στο πλαίσιο της καθ' όλην ερευνώμενης προβληματικής, διότι οδηγεί στην τελική κατάσχυση των αποκαταστατικών αξιώσεων του κυρίου έναντι των αξιώσεων του μη δικαιωματικού νομέα για ανάκτηση του πράγματος, ανεξαρτήτως αν αυτές είναι από τεχνική άποψη εμπράγματα (όπως η διεκδικητική αγωγή) ή ενδοκίμια (όπως η *condictio possessionis*).

Επί τη βάση των κανόνων που θεσπίζει η ΚΠολΔ 936 και της δι' αυτών ερμηνείας της ΚΠολΔ 919 § 1 περ. β' ΚΠολΔ επιλύεται και η σύγκρουση μεταξύ της κατά του τρίτου *condictio possessionis* του κυρίου και των ενδοκίμων (συμβατικών) αξιώσεων του μη δικαιωματικού νομέα για παράδοση ή απόδοση του πράγματος¹²⁵, καθώς επίσης η σύγκρουση της πρώτης με την αξίωση του μη δικαιωματικού νομέα για επιστροφή του πράγματος λόγω ανώμαλης εξέλιξης της ενδοκίμιας (ΑΚ 380, 382 σε συνδ. με ΑΚ 908 επ.). Τυπικώς βέβαια και αυτή, όπως και εκείνες, είναι ενδοκίμια αξίωση, ώστε στη μεταξύ τους σχέση να διεκδικεί εφαρμογή η αρχή της προλήψεως. Εντούτοις, η εκτελεστικότητα μόνο της επί της *condictio possessionis* αποφάσεως καταλαμβάνει τον μη δικαιωματικό νομέα, στον οποίο θα α-

122. Ότι για την εφαρμογή του άρθρου 919 § 1 περ. β' είναι αδιάφορος ο τρόπος κτήσης της νομής βλ. *Γέσιου-Φαίτη*, Δίκαιο Αναγκαστικής Εκτέλεσης, τ. Ι, Γενικό Μέρος, 1998, § 28 αρ. 45. Η διάταξη διασπάζει τον κανόνα της σύμπτωσης των υποκειμενικών ορίων του δεδικασμένου και της εκτελεστικότητας.

123. Βλ. αναλυτικά *Κισσάρης*, Η ατελής κυριότητα, § 13-11.

124. *Γέσιου-Φαίτη*, ό.π., σ. 744· *Σταματοπούλος*, Η αναγκαστική προστασία του τρίτου στην αναγκαστική εκτέλεση κατά την ΚΠολΔ 936, 1994, σ. 249, 279· *Μηρίνας*, Αναγκαστική εκτέλεση, τ. Α', 1983, άρθρο. 936, σ. 500· *Νικόπουλος*, Η κατά της αναγκαστικής εκτέλεσεως ανακοπή του νομέως, Δ 1973, 60.

125. Βλ. *Σταματοπούλο*, ό.π., σ. 213 επ. για τη μίσθωση και τη σύγκρουση της κυριότητας με την ενδοκίμια αξίωση του μη κυρίου εκμισθωτή για απόδοση του πράγματος από τον μισθωτή.

ποδοθεί τυχόν το πράγμα από τον τρίτο είτε οικειοθελώς είτε αναγκαστικώς· όχι το αντίστροφο. Η *condictio possessionis*, ως αποκαταστατική της κυριότητας αξίωση, αναπτύσσεται στο στάδιο της εκτέλεσης οιονεί εμπράγματη δύναμη και κατισχύει των ενοχικών απλήως αξιώσεων του μη δικαιωματικού νομέα. Αντίθετα, η εκτελεστικότητα της επιδικαστικής της ενοχικής αξιώσεως του μη δικαιωματικού νομέα για απόδοση, παράδοση ή επιστροφή του πράγματος αποφάσεως δεν εκτείνεται στον κύριο.

Ο ίδιος κανόνας εφαρμόζεται, τέλος, στη σύγκρουση της πουβλικιανής κατά τρίτου αγωγής του μη δικαιωματικού νομέα με την *condictio possessionis* του κυρίου¹²⁶. Ανεξάρτητα

αν στη μεταξύ των αξιώσεων αυτών σχέση ισχύει η αρχή της προλήψεως¹²⁷ ή αν, όπως φαίνεται να είναι ορθότερο, επικρατεί το δικαίωμα της κυριότητας, δεδομένου ότι η πουβλικιανή αγωγή δίδεται για την προστασία του νομέα κατά τρίτων, *όχι όμως κατά του κυρίου*, πάντως στην τελική από τον νομοθέτη αξιολόγηση των συγκρουόμενων δικαιωμάτων, όπως αυτή εκφράζεται στη διάταξη του άρθρου 936 ΚΠολΔ και δι' αυτής στην ΚΠολΔ 919 § 1 περ. β', η κυριότητα επικρατεί της πουβλικιανής νομής.

126. Εννοείται ότι ο τίτλος τακτικής χρησικτησίας δεν είναι σύμβαση του νομέα με τον κύριο έγκυρη κατά το υποσχετικός της σκέλος. Στην περίπτωση αυτή δεν θα είναι μη δικαιωματικός νομέας, αλλά νομέας έλλκων το δικαίωμά του από τη σχέση του με τον κύριο, το οποίο κατισχύει της κυριότητας στη μεταξύ τους σύγκρουση (ΑΚ 1095).

127. Έτσι ο Γαζής, Σύγκρουσις, σ. 144.

Συσχετισμοί συμφερόντων στο εσωτερικό της Α.Ε.

ΓΕΩΡΓΙΟΥ ΧΡ. ΓΚΡΙΤΖΑΛΗ
Δικηγόρου – Δ.Ν.

Τόσο σε θεωρητικό όσο και σε πρακτικό επίπεδο, η Α.Ε. αποτελεί το ιδανικό τυπολογικό περιβάλλον για την άσκηση διευρυμένης έκτασης και σημασίας επιχειρηματικής δράσης. Ως πλαίσιο οργάνωσης και συλλειτουργίας των συντελεστών παραγωγής αυξημένης κλίμακας, η Α.Ε. προϋποθέτει τη συγκέντρωση των συντελεστών αυτών, συγχρόνως όμως ευνοεί, μέσω αυτής, την ανάπτυξη στους κόλπους της ετερόκλητων τάσεων και συμφερόντων. Οι εκφραστές και φορείς αντίστοιχα αυτών είναι τόσο εμφανείς, όπως το νομικό πρόσωπο της Α.Ε., οι μέτοχοι και οι εταιρικοί διοικητές, όσο και αφανείς, όπως οι εργαζόμενοι, οι προμηθευτές κ.λπ., αναλόγως της υιοθετούμενης κάθε φορά εννοιολογικής προσέγγισης της Α.Ε. Σαφώς, το εταιρικό συμφέρον επιβάλλει και η επίτευξη του εταιρικού σκοπού προϋποθέτει την συνύπαρξη και αποδοτική συνεργασία μεταξύ του συνόλου των συντελεστών παραγωγής, κάτι από το οποίο κρίνεται συνολικά, εκ του αποτελέσματος, η επιτυχία ή μη του θεσμού της Α.Ε. Η φυσική σχέση, όμως, μεταξύ των ανωτέρω συμφερόντων δεν είναι παράλληλη με συγκλίνουσα τελολογικά τάση, αλλά συγκρουσιακή. Γίνεται, έτσι, λόγος για συσχετισμούς συμφερόντων στο εσωτερικό της Α.Ε., με ζητούμενο το δημιουργικό συμβιβασμό τους, την προαγωγή του εταιρικού συμφέροντος της Α.Ε. και την προστασία του θεσμού της.

Α. Η Α.Ε. ως οργανωτική και λειτουργική φόρμα επιχειρηματικότητας

Στη βάση του εταιρικού τύπου της Α.Ε., ως εξιδανικευμένη μορφή και κανόνας, αφητηρία, σημείο αναφοράς και κριτήριο ερμηνείας και υπαγωγής, βρίσκεται το νομοθετικό πρότυπο του ν. 2190/1920. Πρόκειται για το πρότυπο της «μεγάλης» Α.Ε., με ευρεία διασπορά των μετοχών μεταξύ πλήθους μετόχων, που είναι απλήως χρηματοδότες¹, δεν αποκτούν σημαντικά ποσοστά επί του μετοχικού κεφαλαίου και δεν ασκούν σημαντική ή κυρίαρχη ανάληψη του μεγέθους της συμμετοχής τους επιρροή στα εταιρικά όργανα, ενώ έχουν όμοια συμφέροντα².

Το νομοθετικό αυτό πρότυπο αναφέρεται στη μορφή Α.Ε. που είναι βασισμένη στην κλασική οικονομική λειτουργία του εταιρικού τύπου της³ και που έχει ως κύρια χαρακτηριστικά

1. Χωρίς αυτό, όμως, να αναιρεί το χαρακτήρα τους ως συμμετόχων (βλ. Κοσίρη Λ.Ε., Σκέψεις σχετικά με τον ουσιαστικό πυρήνα της μετοχικής ιδιοκτησίας, σε: Κοσίρη, Σύγχρονα προβλήματα εμπορικού δικαίου, Εκδ. Σάκκουλα, Θεσσαλονίκη, 1995, σ. 389 επ., σ. 398).

2. Βλ. Μάρκου Ι.Π., Η προστασία της μειοψηφίας επί μεταβιβάσεως πακέτων μετοχών, ΕλλΔνη 2001, 1223 επ., 1224, υποσημ. 8.

3. Με τον κοινωνικό προσορισμό της Α.Ε. να καθίσταται εύκολη αντιληπτός, αν αναλογιστεί κανείς το συσχετισμό και τη σχέση αναλογίας της αξίας της επιχείρησης και της μετοχής προς την

εκείνα του σωματειακού και απρόσωπου χαρακτήρα, της έλλειψης υποχρεώσεων των μετόχων και του ελεύθερα μεταβιβαστού των μετοχών. Στόχος του εταιρικού τύπου της Α.Ε. είναι η ένταξη επιχειρήσεων αυξημένου οικονομικού, κοινωνικού και πολιτικού ενδιαφέροντος, σε ένα νομικό πλαίσιο οργάνωσης και λειτουργίας που ευνοεί την ανάπτυξη των επενδύσεων⁴. Η Α.Ε. αποτελεί το νομικό μέσο επιδίωξης στόχων οικονομικού κατά βάση περιεχομένου⁵, αυξημένης σημασίας

κοινωνική ευημερία που αυτή συνεπάγεται, κατά πρώτον σε μικροοικονομική και γενικότερα σε μακροοικονομική κλίμακα (βλ. και Jensen M.C., Value Maximization, Stakeholder Theory, and the Corporate Objective Function, Bank of America, Journal of Applied Corporate Finance 14 (2001), 8 επ., 12-13).

4. Βλ. Παμπούκη Κ.Γ., Η αρχή της πλειοψηφίας στην ανώνυμη εταιρία. Μύθος και νομική πραγματικότητα, σε: Μακεδονική Ένωση Εμπορικού Δικαίου, 4^ο Πανελλήνιο Συνέδριο Εμπορικού Δικαίου - Η αρχή της πλειοψηφίας στην ανώνυμη εταιρία. Μύθος και νομική πραγματικότητα, Εκδόσεις Σάκκουλα, Θεσσαλονίκη, 1995, σ. 1 επ., σ. 2, κατά τον οποίο χαρακτηριστικά «η ανώνυμη παρίσταται ως ο τύπος της εταιρίας που συγκεντρώνει τους υψηλότερους για την οικονομία στόχους...»· Αντωνόπουλο Β., Σύγκριση δομής της ΑΕ με άλλες ενώσεις προσώπων, σε: Σύνδεσμος Ελλήνων Εμπορικόλογων, Η οργάνωση της επιχείρησης των κεφαλαιουχικών εταιριών, 13^ο Πανελλήνιο Συνέδριο Εμπορικού Δικαίου, Εκδ. Νομική Βιβλιοθήκη, 2004, σ. 24 επ., σ. 26.

5. Βλ. ενδ. Γεωργακόπουλο Λ.Ν., Κέρδος - Ο Πυρήνας του Εμπο-

αλλά και δυσκολίας πραγματοποίησης, και το νομοθετικά ενδεδειγμένο εταιρικό τύπο για μεγάλες επιχειρήσεις με εταιρικό σκοπό, που η προώθηση και επίτευξή του απαιτεί μεγάλη συγκέντρωση κεφαλαίων⁶. Η ευελιξία, η προσαρμοστικότητα και η δυνατότητα ανανέωσης προσώπων και κεφαλαίων που παρέχει, ανταποκρίνονται στις ανάγκες για μακροπρόθεσμη επιχειρηματική και επενδυτική στρατηγική και οργάνωση. Καθιστούν δε περαιτέρω τον εταιρικό αυτό τύπο μια ζωντανή και δυναμική επιχειρηματική φόρμα, ικανή να ανταπεξέρχεται στις οικονομικές και λειτουργικές δυσχέρειες και διακυμάνσεις, μέσα από μια διαδικασία αναδίπλωσης και αυτοδιόρθωσης⁷. Συγχρόνως, ανταποκρίνεται στην ανάγκη για διαρκή προσέλευση μετόχων, που καλούνται, προκειμένου για τη συμμετοχή τους στην Α.Ε., να σταθμίσουν τα συμφέροντά τους, με μέτρο και κριτήριο την επάλληλη της συμμετοχής τους σύνδεση της οικονομικής πρωτοβουλίας με την ανάληψη του κινδύνου και της ιδιοκτησίας με την εξουσία διάθεσης⁸.

Με τα χαρακτηριστικά αυτά, ο εταιρικός τύπος της Α.Ε. συνθέτει ένα πεδίο σχέσεων, που ευνοεί εξ αρχής την παρουσία και ανάπτυξη πλήθους εσωτερικών και εξωτερικών αντιφάσεων ανάμεσα στους συντελεστές λειτουργίας του οικονομικού και επιχειρηματικού φαινομένου της. Αντιφάσεις ανάμεσα στους μετόχους, τους μετόχους και τους εταιρικούς διοικητές, την εταιρία και τους δανειστές της έως και ανάμεσα στην εταιρία και την οικονομία. Οι αντιφάσεις αυτές θεωρούνται ενδεχομένως εκδηλώσεις παθογένειας του συγκεκριμένου εταιρικού τύπου, όσον αφορά το νομοθετικό σκοπό και προορισμό του⁹, πλην όμως συχνότατα εκφράζουν τους εταιριζόμενους υπ' αυτόν συντελεστές παραγωγής και περαιτέρω αναδεικνύουν τα αίτια και την προβληματική της τάσης για ιδιαίτερη διαμόρφωση των διαφόρων πραγματικών μορφών Α.Ε.. Δεδομένων του μεγέθους, του ρόλου και του βασικού τρόπου οργάνωσης και λειτουργίας της Α.Ε., η ανάπτυξη, αναλόγως της εσωτερικής διάρθρωσής της, ποικίλων σε μέγεθος, έκταση και ένταση συμφερόντων υπήρξε αυτονόητα αναμενόμενη.

ρικού Δικαίου, Εκδ. Νομική Βιβλιοθήκη, 2008, σ. 60, που χαρακτηρίζει τη διευκόλυνση της επιδίωξης του κέρδους ως «μη αμφισβητούμενη άμεση αποστολή του εμπορικού δικαίου, στους δύο μεγάλους κλάδους του, δηλαδή αφενός τον κλάδο των συναλλαγών και αφετέρου τον κλάδο των νομικών προσώπων και ιδίως των ανωνύμων εταιρειών».

6. Βλ. *Ρόκα Ν.*, Το δίκαιο της ανώνυμης εταιρίας στο δρόμο προς τον 21^ο αιώνα, σε: *Σύνδεσμος Ελλήνων Εμπορικόλογων, Τάσεις και Προοπτικές του Δικαίου της Ανώνυμης Εταιρίας*, 18^ο Πανελλήνιο Συνέδριο Εμπορικού Δικαίου, Εκδ. Νομική Βιβλιοθήκη, 2009, σ. 1 επ., σ. 3-4. *Περάκη Ε.*, Ζητήματα του νέου νόμου 3604/2007 για τις ανώνυμες εταιρίες, ΝοΒ 2008, 515 επ., 520. *Γκριτζαλή Γ.Χ.*, Δικαιώματα μειοψηφίας και προσωπικά στοιχεία του μετόχου στο Ν. 3604/2007, ΧρΙΔ 2008, 875 επ., 875-876 με υποσημ. 7-8. Χαρακτηριστική είναι η διατύπωση ότι «οι πρώτες ΑΕ ήταν εταιρείες (που)...η δραστηριότητά τους αφορούσε...τουλάχιστον σε τομείς, όπου η ατομική ιδιωτική πρωτοβουλία ή η δραστηριότητα με μικρά σχήματα επιχειρήσεων δεν είχε τύχη» (*Βενιέρης Ι.Ε.*, Από τη διοικητική εποπτεία της ΑΕ στην αυτορρύθμιση. Κριτική αποτίμηση του Ν 3604/2007, σε: *Σύνδεσμος Ελλήνων Εμπορικόλογων, Τάσεις και Προοπτικές του Δικαίου της Ανώνυμης Εταιρίας*, 18^ο Πανελλήνιο Συνέδριο Εμπορικού Δικαίου, Εκδ. Νομική Βιβλιοθήκη, 2009, σ. 49 επ., σ. 71).

7. Βλ. *Rappaport A.*, The Staying Power of the Public Corporation, Harvard Business Review 1990, 96 επ., 96.

8. Βλ. *Κοτσίρη*, Σκέψεις σχετικά με τον ουσιαστικό πυρήνα..., σ. 398.

9. Βλ. *Παμπούκη Κ.Γ.*, Δίκαιον Εμπορικών Εταιριών - Γενικό Μέρος, εκδ. οίκος Αφοί Σάκκουλα, Αθήνα - Θεσσαλονίκη, 1979, σ. 91 επ.

Β. Φορείς και περιεχόμενο των επιμέρους συμφερόντων

Φορείς των συμφερόντων αυτών είναι τα πρόσωπα που συμμετέχουν ή/και επηρεάζονται από τη λειτουργία της Α.Ε. και τα αποτελέσματα της λειτουργίας της. Παρεπόμενα, ανάλογη είναι αντίστοιχα και η διαμόρφωση του περιεχομένου αυτών των συμφερόντων.

Ι. Εμφανείς φορείς συμφερόντων

Νομικό θεμέλιο των εσωτερικών σχέσεων στην Α.Ε. αποτελεί κατ' αρχήν η μετοχική ιδιότητα, που αποκτάται κατά τρόπο αντικειμενικό, εκ του γεγονότος και μόνον της συμμετοχής και μάλιστα ανεξάρτητα από το μέγεθος της τελευταίας. Υπό τον όρο εσωεταιρικές σχέσεις, λοιπόν, νοούνται κατά κανόνα οι σχέσεις που αναπτύσσονται ανάμεσα στα μέλη και το νομικό πρόσωπο της Α.Ε., αλλά και μεταξύ των ιδίων των μετόχων¹⁰, με περιεχόμενο τα απορρέοντα από την έννομη σχέση της εταιρικής συμμετοχής δικαιώματα και υποχρεώσεις.

Βέβαια, υποκείμενα της εταιρικής δραστηριότητας, οργάνωσης και λειτουργίας, εξωτερικά αλλά και εσωτερικά, δεν είναι μόνο οι μέτοχοι και το νομικό πρόσωπο της Α.Ε., αλλά και τα πρόσωπα που ασκούν την εν γένει και υπό ευρεία έννοια διαχείρισή της. Ο δικαιολογητικός λόγος είναι ότι τα πρόσωπα αυτά ασκούν εκ της θέσεώς τους αποφασιστική επιρροή στην πορεία των εταιρικών πραγμάτων, επηρεάζοντας με τις αποφάσεις και πράξεις τους την πραγματική και νομική θέση και κατάσταση τόσο της εταιρίας όσο και των μελών της. Το νομικό πρόσωπο της Α.Ε., οι εταιρικοί διοικητές και οι μέτοχοι της Α.Ε. αποτελούν στο σύνολό τους, τους εμφανείς φορείς συμφερόντων στην Α.Ε.

1. Το νομικό πρόσωπο της Α.Ε.

Σύμφωνα με την ομώνυμη θεωρία, η σύσταση του νομικού προσώπου σημαίνει την αυτονόμησή του στο νομικό κόσμο από τους ιδρυτές του και την αναγωγή του σε διακριτό αυτών υποκείμενο για την ανάληψη δικαιωμάτων και υποχρεώσεων¹¹, τόσο προς τα έξω όσο και προς τα έξω¹². Ο χωριστός αυτός

10. Βλ. ενδ. *Παναγιώτην*, Οι έννομες σχέσεις εταιρών και εταιρίας στην ομόρρυθμη εταιρία, Αρμ 2000, 14 επ., 14.

11. Βλ. *Μαρίνο Μ.-Θ.*, Ενοχική συμφωνία μετόχων και καταστατικό – Μερικές δογματικές παρατηρήσεις στη διάκριση μεταξύ καταστατικής και ενοχικής σύμβασης με αφορμή την απόφαση ΑΠ 1121/2006, ΕλλΔνην 2008, 677 επ., 679. *Kübler F.*, Gesellschaftrecht: Die privatrechtlichen Ordnungsstrukturen und Regelungsprobleme von Verbänden und Unternehmen, 5. Aufl., C.F.Müller Verlag, Heidelberg, 1998, σ. 22. Ενδιαφέρον παρουσιάζει η σχετική διατύπωση του *Velasco J.*, The Fundamental Rights of the Shareholder, Notre Dame Law School, Legal Studies Research Paper No. 05-16, <http://ssrn.com/abstract=761904>, σ. 33: «The separate entity status of the corporation is, of course, a legal fiction. The law finds the metaphor useful, because it allows the corporation to own property and its own name, to enter into contracts, and to be liable for its own obligations without reference to the shareholders.»

12. Βλ. *Katsuhito I.*, The Nature of the Business Corporation – Its Legal Structure and Economic Functions, October 2001, και ιδίως σ. 9-10, για τη θεωρητική συζήτηση περί «εταιρικής προσωπικότητας» (corporate personality controversy) και την αντιπαράθεση μεταξύ «εταιρικού νομιναλισμού» (corporate nominalism) και «εταιρικού ρεαλισμού» (corporate realism), όπως συνεχίζεται έως και σήμερα, εκφρασθείσα κατά καιρούς μέσω υποστηρικθεισών θεωριών (αφενός των transaction-cost economics theory και agency theory και αφετέρου των evolutionary theory και knowledge-base theory), με την πραγματικότητα να δικαιώνει μάλλον, κατά την άποψή του, αμφότερες τις θεωρήσεις της έννοις της επιχείρησης. Επίσης, *Τριανταφυλλάκη Γ.Δ.*, Από την προστα-

φορέας δικαιωμάτων και υποχρεώσεων, διακρινόμενος από τα υπόλοιπα πρόσωπα που μετέχουν με οποιοδήποτε τρόπο στη σύσταση και λειτουργία του, αναπτύσσει ένα ιδιαίτερο επιχειρηματικό συμφέρον, που προβλέπεται να εξυπηρετείται από την άσκηση της εταιρικής δραστηριότητας και την επιχειρησιακή επιδίωξη του εταιρικού σκοπού, εντός του πλαισίου που ο σκοπός αυτός θέτει. Το νομικό πρόσωπο της Α.Ε. αποτελεί το φορέα¹³ ενός επίσης αυτόνομου συμφέροντος, που αφίσταται των υπολοίπων συμφερόντων που αναπτύσσονται στο χώρο της Α.Ε. και έχει διακριτό περιεχόμενο, το οποίο προσδιορίζεται και οριοθετείται από τον εταιρικό σκοπό, όπως αυτός περιγράφεται στο καταστατικό της.

Αν και δεν αποκλείεται το περιεχόμενο της εταιρικής δραστηριότητας να είναι μερικές φορές διαφορετικό, ως περιεχόμενο του εταιρικού σκοπού της εμπορικής εκ του νόμου Α.Ε. νοείται το κέρδος¹⁴. Ο εταιρικός σκοπός περιβάλλει συνολικά

σία της μειοψηφίας στην προστασία του μετόχου, σε: Σύνδεσμος Ελλήνων Εμπορικών, Τάσεις και Προοπτικές του Δικαίου της Ανώνυμης Εταιρίας, 18^ο Πανελλήνιο Συνέδριο Εμπορικού Δικαίου, Εκδ. Νομική Βιβλιοθήκη, 2009, σ. 95 επ., σ. 101-102, με παραπομπές, για τη χρονική διαδοχή των ως άνω θεωριών. Η θεωρία, πάντως, του νομικού προσώπου αποτελεί έκφραση του εταιρικού ρεαλισμού, κάτι που επιβεβαιώνεται κυρίως από την αναγκαιότητα εφαρμογής της θεωρίας της άρσης του πένθλου της νομικής προσωπικότητας στην περίπτωση δεσπόζοντος μετόχου στην Α.Ε.. Ο Katsuhito μάλιστα αναφέρει την περίπτωση αυτή ως τρόπο εξάλειψης της προσωπικότητας («eliminate the personality») και χαρακτηριστικό παράδειγμα πώς να καταστήσουμε μια εταιρία νομιναλιστική (σ. 10).

13. Για το νομικό πρόσωπο ως φορέα του συμφέροντος της εταιρικής επιχείρησης, βλ. *Τριανταφυλλάκη Γ.Δ.*, Το συμφέρον της επιχείρησης ως κανόνας συμπεριφοράς των οργάνων της Α.Ε., Εκδ. Αντ. Ν. Σάκκουλα, Αθήνα-Κομοτηνή, 1998, σ. 185 επ. Βλ. και αντίθετα σε *Μαρίνο Μ.-Θ.*, Απαγορεύσεις ανταγωνισμού. Συγκρούσεις συμφερόντων στις κεφαλαιουχικές εταιρίες, Εκδ. Αντ. Ν. Σάκκουλα, Αθήνα – Κομοτηνή, 1997, σ. 86 επ.· *Μαστροκώστα Χ.Ι.*, Η έκταση της εξουσίας εκπροσώπησης των οργάνων διοίκησης της Α.Ε. και της Ε.Π.Ε. Τα όρια του εταιρικού σκοπού και του αντικείμενου της εταιρικής δραστηριότητας και η υπέρβασή τους, Εκδ. Αντ. Ν. Σάκκουλα, Αθήνα – Κομοτηνή, 1995, σ. 101 επ. Πάντως, θα πρέπει να γίνει δεκτό ότι φορέας του εταιρικού συμφέροντος είναι η εταιρία. Η αντίθετη άποψη παραγνωρίζει μια θεωρητική και πρακτική, νομολογιακή και δικονομική πραγματικότητα, ότι, δηλαδή, η όποια αξίωση από τυχόν προσβολή ή και βλάβη του εταιρικού συμφέροντος και ζημία της εταιρίας αποτελεί αξίωση της ίδιας της εταιρίας, ακόμη και όταν ασκείται για λογαριασμό της από εταίρο (περίπτωση της *actio pro socio* στις προσωπικές εταιρίες, βλ. *Κολοτούρο Π.*, *Actio pro socio – Η δικονομική διάσταση της εταιρικής αγωγής*, Εκδ. Αντ. Ν. Σάκκουλα, 2006· *Γκριτζαλή Γ.Χ.*, Η *actio pro socio* στις προσωπικές εταιρίες, ΧρΙΑ 2005, 596-609). Αν φορείς του εταιρικού συμφέροντος ήταν τα μέλη της εταιρίας, τότε η προσβολή – βλάβη του εταιρικού συμφέροντος θα προκαλούσε άμεση ζημία σε αυτούς, οι οποίοι θα ασκούσαν πλέον ίδια αξίωση προς αποκατάστασή της. Κάτι τέτοιο, όμως, δεν γίνεται δεκτό (περί της έμμεσης ζημίας του μετόχου σε σχέση και με την εταιρική αγωγή, βλ. *Στεργιαννίδου Ι.Θ.*, Το άρθρο 69 ΑΚ στις Ανώνυμες Εταιρίες. Προσέγγιση της έννοιας ‘σύγκρουση συμφερόντων’ στο Ελληνικό Δίκαιο, Εκδ. Αντ. Ν. Σάκκουλα, Αθήνα – Κομοτηνή, 1999, σ. 115 με παραπομπές και σ. 118-119 υποσημ. 161 και 165).

14. Ενδιαφέρον παρουσιάζει η θέση ότι «μέτρον πάντων» θεωρείται το κέρδος, που υποκαθιστά περαιτέρω στη συνείδηση του σύγχρονου ανθρώπου και πολύ περισσότερο του σύγχρονου επιχειρηματία, τον ίδιο το Θεό και τον άνθρωπο (βλ. *Hopt K.J.*, Δίκαιο και Ηθική – Η έννοια του εμπιστευματοδόχου με καθήκον πίστης και η αναγκαιότητα ηθικής συμπεριφοράς εκ μέρους μελών εταιρικών οργάνων διοίκησης και επαγγελματιών, ΔΕΕ 2008, 268 επ., 268). Για την ταύτιση του εταιρικού συμφέροντος με το κέρδος, βλ. και *Τριανταφυλλάκη*, Το συμφέρον της επιχείρησης..., σ. 92 επ. Ειδικά για την κερδοσκοπία ως σκοπό της Α.Ε., βλ. τον ίδιο,

την εταιρική δραστηριότητα και συμπεριφορά, ανεξαρτήτως του καταστατικού περιεχομένου του, αλλά και των καταστατικών τρόπων και μεθόδων προς επιδίωξη του (αντικείμενο της εταιρικής δραστηριότητας)¹⁵. Ως το σκοπούμενο αποτέλεσμα της συμμετοχικής επιδίωξης, υποδεικνύει κάθε φορά το εταιρικό συμφέρον ως μέτρο και γνώμονα αποφάσεων και ενεργειών, τόσο στο εξωτερικό όσο και στο εσωτερικό της εταιρίας. Το εταιρικό συμφέρον προβάλλει, δηλαδή, ως προϊόν του αντικειμενικού¹⁶ εταιρικού σκοπού, που αποτελεί τη νομική αιτία της προσδιοριστικής αυτής εταιρικής σύμβασης, σε αντίθεση με τα επιμέρους ατομικά συμφέροντα, η φύση των οποίων είναι υποκειμενική.

Δεδομένης της αυτόνομης του νομικού προσώπου στη βάση της νομικής θεώρησης της εταιρίας, που θέλει το νομικό πρόσωπο να είναι μόνος φορέας του εταιρικού συμφέροντος¹⁷, το εταιρικό συμφέρον παραμένει, ως έννοια, αμέτοχο των δομικών και λειτουργικών ιδιοτεροτήτων που τυχόν εμφανίζει η μορφή της Α.Ε. και περιβάλλει τη λειτουργία της. Η θέση του νομικού προσώπου της Α.Ε., ως φορέα του εταιρικού συμφέροντος, φέρει έτσι να μην επηρεάζεται από την οποιαδήποτε κατά περίπτωση ιδιαίτερη μορφή της και να μην μεταβάλλεται αναλόγως του κεφαλαιουχικού ή προσωπικού χαρακτήρα που τυγχάνει αυτή να εμφανίζει.

2. Οι μέτοχοι

Όπως κατ' αρχήν συμβαίνει σε κάθε ένωση προσώπων, ο μέτοχος αναλαμβάνει με τη συμμετοχή του στην Α.Ε. την υποχρέωση επιδίωξης του εταιρικού σκοπού (*Zweckförderungspflicht*)¹⁸. Ωστόσο, ο εταιρικός σκοπός δεν αποτελεί παρά την κοινή σε όλες τις εταιρικές συμβάσεις «άμεση και αφηρημένη αιτία, που ορίζεται από το νόμο ως σκοπός για τον οποίο ο εταίρος εκδηλώνει τη βούληση του να

ό.π., σ. 172 επ. και κριτική του ίδιου σε σ. 174 επ., που θεωρεί το κέρδος κύριο, όχι όμως και μοναδικό, σκοπό της εταιρίας, επισημαίνοντας συγχρόνως τη δυσκολία προσδιορισμού του περιεχομένου της έννοιάς του. Επίσης, για τον κερδοσκοπικό χαρακτήρα του εταιρικού σκοπού, βλ. *Μαστροκώστα*, Η έκταση της εξουσίας εκπροσώπησης..., σ. 10 επ. Βλ. ακόμη σχετικά *Ρόκα Ν.Κ.*, Τα όρια της εξουσίας της πλειοψηφίας εις το δίκαιον των ανωνύμων εταιριών, Αθήναι, 1971, σ. 90 επ. και 107 επ.

15. Για την εταιρική δραστηριότητα ως μέσο προς επιδίωξη του εταιρικού σκοπού, βλ. *Μαστροκώστα*, Η έκταση της εξουσίας εκπροσώπησης..., σ. 53 επ., ενώ για τη διάκριση των δύο εννοιών, βλ. *Schmidt K.*, *Gesellschaftsrecht*, 2. Aufl., Carl Heymanns Verlag KG, Köln – Berlin – Bonn – München, 1991, σ. 57-59.

16. Βλ. *Ρόκα Ν.Κ.*, Εμπορικές εταιρίες, 4^η έκδ., Εκδ. Αντ. Ν. Σάκκουλα, Αθήνα – Κομοτηνή, 1996, σ. 1: «...τα κοινά συμφέροντα δεν είναι ατομικά συμφέροντα των κατ' ιδίαν μελών αλλά αντικειμετοποιημένα συμφέροντα της ένωσης...» και τον ίδιο, Τα όρια..., σ. 106, όπου κάνει λόγο για αντικειμενική ερμηνεία της βούλησης των ιδρυτών της εταιρίας να ιδρύσουν ένωση προσώπων προς επιδίωξη κοινού σκοπού.

17. Βλ., όμως, και *Τριανταφυλλάκη*, Το συμφέρον της επιχείρησης..., σ. 24 επ. (αλλά και σ. 196 επ. σχετικά με το δούσιμό εταιρίας – επιχείρησης), που κάνει λόγο για συμφέρον της εταιρικής επιχείρησης, ως οργανωμένου συνόλου παραγωγικών μέσων για την επιδίωξη οικονομικού σκοπού, συμπεριλαμβανόμενος στην έννοια της ιδίας εργασιακής σχέσης, δικαιώματα βιομηχανικής ιδιοκτησίας, εμπράγματα και ενοχικά δικαιώματα και άλλες οικονομικές σχέσεις και πραγματικές καταστάσεις. Κριτική της άποψης αυτής, σε *Μαρίνο*, Απαγορεύσεις Ανταγωνισμού, σ. 86 επ. και *Μαστροκώστα*, Η έκταση της εξουσίας εκπροσώπησης..., σ. 101 επ.

18. Βλ. *Marsch-Barnier R.*, *Treuepflichten zwischen Aktionären und Verhaltenspflichten bei der Stimmrechtsbündelung. Prinzipienbildung und Differenzierung in der Praxis*, ZHR 157 (1993), 172 επ., 172: «...den Zweck ihren Gesellschaft aktiv zu fördern...».

συμμετάσχει στην εταιρία»¹⁹. Ο εταιρικός σκοπός δεν συνιστά, δηλαδή, την *causa remota* της βούλησης του μετόχου για την κατάρτιση της εταιρικής σύμβασης ή τη συμμετοχή του στην εταιρία, αλλά τη νομική αιτία αυτής. Έτσι, δεν αποκλείεται στην πραγματικότητα ο μέτοχος να δίδεται ψυχολογικά κατά τρόπο διαφορετικό και διάφορο απέναντι στο γεγονός της συμμετοχής ή ακόμη και να επιδιώκει με τη συμμετοχή του στην Α.Ε. την επίτευξη εξωεταιρικών στόχων²⁰. Τα στοιχεία μάλιστα αυτά, δηλαδή τα παραγωγικά αίτια (*motiva*) της δήλωσης συμμετοχής του μετόχου στην Α.Ε., είναι τελικά εκείνα που προσδιορίζουν το υποκειμενικά πλέον θεωρούμενο ατομικό του συμφέρον²¹.

Τα παραγωγικά αίτια της βούλησης του μετόχου για την κατάρτιση της εταιρικής σύμβασης και τη συμμετοχή του στην Α.Ε. συνίστανται στην ικανοποίηση ενός συνόλου ατομικών του επιδιώξεων και συμφερόντων. Υπό ιδανικές συνθήκες, η ικανοποίηση του ατομικού συμφέροντος του μετόχου περιορίζεται στην μέσω της επιδίωξης του εταιρικού σκοπού απόλαυση των απορροδώντων εκ της εταιρικής του ιδιότητας περιουσιακών δικαιωμάτων του, ως εξατομικευμένη υλοποίηση του τελικού εταιρικού σκοπού²². Συμβαίνει όμως ενίοτε, η ικανοποίηση του ατομικού συμφέροντος του μετόχου να υπερβαίνει το μέτρο που θέτει ο ίδιος ο εταιρικός σκοπός, παρακολουθώντας τις τυχόν μεταβολές της στάσης του φορέα του απέναντι στην εταιρική του συμμετοχή²³. Στην πρώτη περίπτωση, το «υποκειμενικό» ατομικό συμφέρον του μετόχου δεν έρχεται σε αντίθεση με το «αντικειμενικό» εταιρικό συμφέρον, αφού κινείται μέσα στα όρια που χαράσσει ο εταιρικός σκοπός. Μόλις, όμως, σημειωθεί υπέρβαση αυτών, το ατομικό συμφέρον

φέρεται να λειτουργεί σε βάρος του εταιρικού, οπότε γίνεται πλέον λόγος για αντίθεση και σύγκρουση συμφερόντων²⁴. Σε κάθε περίπτωση, άλλωστε, ακόμα και όταν το ατομικό συμφέρον του μετόχου συμπίπτει με το εταιρικό, δεν πρέπει ο μέτοχος να φτάνει στο σημείο της ενεργής επιδίωξης του εταιρικού σκοπού της Α.Ε.²⁵, καθώς κάτι τέτοιο θα συνιστούσε αλλοίωση του κεφαλαίου της χαρακτήρα.

Αν επιχειρούσαμε, λοιπόν, να προσδιορίσουμε το περιεχόμενο του ατομικού συμφέροντος του μετόχου, θα έπρεπε να ξεκινήσουμε από την συγκεκριμενοποίηση των παραγωγικών αιτιών της συμμετοχής στην Α.Ε., όπως αυτά συνάγονται από την αρχική και μετέπειτα συμμετοχική συμπεριφορά του. Απότοκο, μάλιστα, των διαφορετικών παραγωγικών αιτιών και της διαφορετικής προσέγγισης του γεγονότος της συμμετοχής από τους μετόχους είναι η δημιουργία διαφόρων μορφών Α.Ε. που άλλότε εμπίπτουν και άλλότε όχι στα όρια του εταιρικού της τύπου. Η Α.Ε. προσλαμβάνει κατά βάση τη μορφή που ανταποκρίνεται καλύτερα στην ικανοποίηση των ατομικών συμφερόντων και επιδιώξεων των μετόχων, που τείνουν να την διαπλάθουν με τη δράση τους και να την προσαρμόζουν ανάλογα. Ωστόσο, ανεξαρτήτως της όποιας εννοιολογικής του προσέγγισης²⁶, το εταιρικό συμφέρον ακόμα και όταν συμπλή-

19. Βλ. *Μαστροκώστα*, Η έκταση της εξουσίας εκπροσώπησης..., σ. 34.

20. Βλ. *Μαστροκώστα*, Η έκταση της εξουσίας εκπροσώπησης..., σ. 44 και εκεί υποσημ. 117· *Mülbert P.O.*, Η ανώνυμος εταιρία και η κεφαλαιαγορά – Η προστασία του επενδυτή, σε: Μαύρος Γ. (επιμ.), Ανώνυμη Εταιρία και κεφαλαιαγορά. Η προστασία του επενδυτή, 11^ο Πανελλήνιο Συνέδριο Εμπορικού Δικαίου, Εκδ. Αντ. Ν Σάκκουλα, Αθήνα – Κομοτηνή, 2002, σ. 1 επ., σ. 7. Επίσης, *Στεργιαννίδου*, Το άρθρο 69 ΑΚ..., σ. 81, υποσημ. 45, που κάνει λόγο για διάφορα συμφέροντα των μετόχων στην Α.Ε., ως αποτέλεσμα του διαφορετικού τρόπου προσέγγισης της εταιρίας, του διαφορετικού ρόλου τους και του διαφορετικού οικονομικού οφέλους που προσβλέπουν με τη συμμετοχή τους σε αυτήν.

21. Βλ. *Ρόκα*, Τα όρια..., σ. 103-115, ιδίως σ. 107-108 και 113-115, που κάνει λόγο για συμφέρον εταιρικό και συμφέροντα προσωπικά των μετόχων. Σύμφωνα με τη θεώρηση αυτή, εταιρικό και μετοχικό συμφέροντα φέρονται να συμβαδίζουν, αφού τα τελευταία ωφελούνται έμμεσα από την προώθηση του εταιρικού συμφέροντος, στην οποία αφορά άμεσα ο εταιρικός σκοπός. Υπό την έννοια αυτή, το εταιρικό συμφέρον φέρεται να συνίσταται στα αντικειμενικά και αφηρημένα νοούμενα συμφέροντα του συνόλου των μετόχων, προς εξασφάλιση, προώθηση και ικανότητα λειτουργίας και εκπλήρωσης της αποστολής της εταιρίας (βλ. *Ρόκα*, ό.π., σ. 108· *Στεργιαννίδου*, Το άρθρο 69 ΑΚ..., σ. 80).

22. Βλ. *Μαστροκώστα*, Η έκταση της εξουσίας εκπροσώπησης..., σ. 35. Για τη διάκριση του εταιρικού σκοπού σε ενδιάμεσο και τελικό, βλ. *Μαστροκώστα*, ό.π., σ. 10 επ. Επίσης, *Φαρμακίδης Ν.*, Η αλληλαγία του εταιρικού σκοπού, ΕλλΔνη 1991, 689 επ., 693-694, σχετικά με το ενιαίο του κοινού εταιρικού σκοπού.

23. Βλ. *Du Plessis J.J. & Dine J.*, The Fate of the Draft Fifth Directive on Company Law: Accommodation Instead of Harmonization, *The Journal of Business Law (J.B.L.)* 1997, 23 επ., σ. 27: «Different shareholders will have different interests at any one time: the interest of an aged shareholder intent on enjoying the good life before departure may differ radically from the young shareholder just starting out in life» και την προβληματική περί πρότυπο υποθετικού μετόχου ή μελλοντικού υποθετικού μετόχου (σ. 27-28), ως ενδεικτική της διαφορετικής θεώρησης του γεγονότος της εταιρικής συμμετοχής από τους μετόχους.

24. Ως σύγκρουση συμφερόντων νοείται «η κατάσταση όπου η πλήρης προαγωγή ενός συμφέροντος είναι (ή ενδέχεται να είναι) εκ των πραγμάτων αδύνατη, δίχως η ικανοποίηση αυτού να αποβαίνει σε βάρος άλλων συμφερόντων» (βλ. *Στεργιαννίδου*, Το άρθρο 69 ΑΚ..., σ. 43-44). Βλ. όμως και *Δρυιλληράκη Ι.Κ.*, Σύγκρουσεις συμφερόντων στην ΑΕ: πρόβλημα κύρους ή διαφάνειας, σε: Σύνδεσμος Ελλήνων Εμπορικών, Τάσεις και Προοπτικές του Δικαίου της Ανώνυμης Εταιρίας, 18^ο Πανελλήνιο Συνέδριο Εμπορικού Δικαίου, Εκδ. Νομική Βιβλιοθήκη, 2009, σ. 169 επ., σ. 170, κατά τον οποίο «σύγκρουση συμφερόντων υπάρχει σε κάθε περίπτωση, κατά την οποία παρέχεται η δυνατότητα ή καλλιεργείται η πιθανότητα σε (φυσικό ή νομικό) πρόσωπο να υπηρετήσει ίδια συμφέροντα επ' ευκαιρία κάποιας συναλλαγής ή και ανεξαρτήτως αυτής, εις βάρος συμφερόντων άλλου προσώπου, με το οποίο τελεί σε νομική σχέση εκπροσώπησης, αντιπροσωπεύσεως ή επαγγελματικής προσφοράς υπηρεσιών», παραπέμποντας περαιτέρω.

25. Βλ. *Kort M.*, Zur Treuepflicht des Aktionärs, ZIP 1990, 294 επ., 295-296: «Das Interesse des Aktionärs kann, muß aber nicht auf eine aktive Förderung des Zwecks der AG gerichtet sein.»

26. Περί της ατομικής και της υπερατομικής προσέγγισης της εταιρικής επιχείρησης, που απορρέουν τη βάση για την ανάλυση, μονιστική και πληουραλιστική προσέγγιση του εταιρικού συμφέροντος, βλ. *Τριανταφυλλίδης*, Το συμφέρον της επιχείρησης..., σ. 37 επ. Συνοπτική παρουσίαση των απόψεων περί εταιρικού συμφέροντος βλ. σε *Ρόκα*, Τα όρια..., σ. 107-111· *Στεργιαννίδου*, Το άρθρο 69 ΑΚ..., σ. 72 επ. Για τη μονιστική θεωρία και το εταιρικό συμφέρον ως κοινό των εταίρων, βλ. *Ρόκα*, Τα όρια..., σ. 103 επ. και ιδίως 107-108· *Μαρίνο*, Απαγορεύσεις ανταγωνισμού, σ. 21 και 86 επ.· *Μαστροκώστα*, Η έκταση της εξουσίας εκπροσώπησης..., σ. 39 επ. και 101 επ.· *Περάκη Ε.Ε.*, Ενοχικά δεσμεύσεις του δικαιώματος ψήφου του μετόχου, Αθήνα, 1976, σ. 103, κατά τον οποίο το εταιρικό συμφέρον καλύπτει μόνο τα ενδοεταιρικά συμφέροντα· *Τέλλη Ν.Δ.*, Υπογραφή και ευθύνη των διαχειριστών της Εταιρίας Περιορισμένης Ευθύνης, Εκδ. Νομική Βιβλιοθήκη, Αθήνα, 1994, σ. 99. Βλ. και *Μάρκου*, Η προστασία της μειοψηφίας..., ΕλλΔνη 2001, 1225, που θεωρεί το εταιρικό συμφέρον ως το υπέρτατο δέον, το οποίο συνθέτει τα αλληλοσυγκρουόμενα συμφέροντα όλων των μετόχων και κανονίζει τη συμπεριφορά τόσο των μελών των εταιρικών οργάνων όσο και των ιδίων των μετόχων. Λοιπές παραπομπές, από *Μαστροκώστα*, ό.π., σ. 41 υποσημ. 108. Για την πληουραλιστική άποψη και για το εταιρικό συμφέρον ως συμφέρον της επιχείρησης βλ. *Λιακόπουλο Θ.*, Η άρση της αυτοτέλειας του νομικού προσώπου στη νομολογία, εκδ. οίκος Σάκκουλα, Αθήνα, 1988, σ. 123 υποσημ. 56· *Μούζουλα Σπ.*, Εταιρική διακυβέρνηση (Corporate Governance). Διεθνής εμπειρία, ελληνική πραγματικότητα, Εκδ. Σάκκουλα, Αθήνα – Θεσσαλονίκη, 2003, σ. 217 επ., όπου το εταιρικό συμφέρον εμφανίζεται

ει με τα επιμέρους ατομικά συμφέροντα των μετόχων, δεν αποτελεί το σύνολο απλώς ή τη συνισταμένη αυτών ούτε ταυτίζεται εννοιολογικά με αυτά. Το εταιρικό συμφέρον, δηλαδή, δεν απορροφά το ατομικό συμφέρον των μετόχων ούτε αντίστοιχα το τελευταίο συγγέεται στο πρώτο, καθώς τόσο η αιτία τους όσο και οι φορείς τους είναι διαφορετικοί. Άλλωστε, η ταυτότητα των ικανοποιούμενων μέσω του εταιρικού σκοπού συμφερόντων δεν αποτελεί συστατικό στοιχείο της εταιρίας²⁷.

Παράλληλα, λοιπόν, και σε αντιστοιχία προς το νομοθετικό πρότυπο Α.Ε., αναπτύχθηκε επίσης το πρότυπο του τυπικού μετόχου. Ο προσδιορισμός των συμφερόντων, που είναι θεμιτό να επιδιώκει ο τυπικός μέτοχος μέσω της συμμετοχής του στην Α.Ε. πραγματοποιείται κανονιστικά, σύμφωνα με τη φύση του εταιρικού τύπου της Α.Ε. ως νομικής οντότητας και τη φύση του ιδίου ως επίσης νομικής κατασκευής²⁸. Περαιτέρω, όμως, όσο το εταιρικό πρότυπο της Α.Ε. παραλλήλως ή και μεταλλήλως, αναπτύσσονται όχι μόνο νέες μορφές Α.Ε. αλλά και νέα είδη μετόχου. Από τη στιγμή που η εταιρία αποτελεί το χώρο όπου εκδηλώνεται η μετοχική συμπεριφορά και το πεδίο όπου εξωτερικεύονται τα παραγωγικά αίτια της συμμετοχής του μετόχου, η αλληλεπίδραση μεταξύ εταιρικής μορφής και μορφής μετόχου είναι αναμενόμενη έως δεδομένη.

Ήδη εξ αρχής, ο ίδιος ο ν. 2190 αναγνωρίζει διαφορετικά είδη μετόχων μέσω της πρόβλεψης διαφορετικών ειδών μετοχών. Προβλέπει, έτσι, μετοχές ονομαστικές και ανώνυμες, κοινές και προνομιούχες, με και χωρίς ή με περιορισμένο δικαίωμα ψήφου, μετοχές δεσμευμένες και ελεύθερα μεταβιβάσιμες, με δικαίωμα προτίμησης και με προσφυγή της εταιρίας στο κοινό, μετοχές ίδιες και εξαγοράσιμες. Μέτοχοι, δηλαδή, που δεν έχουν τα ίδια δικαιώματα ήδη εκ της συμμετοχής τους και με βάση το είδος των μετοχών που κατέχουν, δεν αναμένεται να εκπροσωπούν κοινά ατομικά συμφέροντα ή ακόμη να επιδεικνύουν το ίδιο ενδιαφέρον για τα εταιρικά πράγματα. Σε σημείο μάλιστα, που ακόμα και η πρόσληψη της έννοιας της μεγιστοποίησης της αξίας της εταιρίας και της συμμετοχής τείνει να εμφανίζεται διαφορετική από είδος σε είδος μετόχου. Ποιό περισσότερο ευνοείται η εμφάνιση νέων ειδών μετοχών όταν, πέραν των υπολοίπων, προβλέπονται μορφές Α.Ε. με ιδιαίτερη δομή ή/και ειδικό καθεστώς διοίκησης. Προβλέπονται για παράδειγμα διμελείς Α.Ε., μικρές Α.Ε., Α.Ε. με τη συμμετοχή του Δημοσίου, θεσμικών επενδυτών και επενδυτικών κεφαλαίων, Α.Ε. - διφυή νομικά πρόσωπα, Α.Ε. συνδεδεμένες είτε με τη μορφή μητρικής ή θυγατρικής ομίλου είτε με τη μορφή κοινοπρακτικής ή ενταγμένης σε κοινοπραξία, ή ακόμη Α.Ε.

ως σύνθεση επιμέρους συμφερόντων· *Παμπούκη Κ.Γ.*, Το 'γενικό εταιρικό συμφέρον' ως ιδέα κεντρική στο θεσμό της εταιρικής διακυβέρνησης, ΕπισκΕΔ 2003, 955 επ., 967 επ.· *Τριανταφυλλιάκη*, Το συμφέρον της επιχείρησης..., *passim*, ιδίως σ. 185 επ. και 201 επ. Λοιπές παραπομπές από *Μαστροκώστα*, Η έκταση της εξουσίας εκπροσώπησης..., σ. 66 επ. και 101 επ. Για τη διαπραγμάτευση του εν λόγω ζητήματος σε Γερμανία, Γαλλία, Αγγλία και Η.Π.Α., αλλά και στην Ελλάδα, βλ. *Κοκκίνη Λ.*, 'Εταιρικό συμφέρον' και διοικούντες μη 'εισηγμένους' ανώνυμης εταιρίας, ΕΕμπΔ 2003, 558 επ., 559-566, με πλούσιες παραπομπές, που υποστηρίζει ότι πρόκειται για το προϊόν της στάθμισης των ενδοεταιρικών κατ' αρχήν συμφερόντων, αναγνωρίζοντας κεντρική θέση σε εκείνο των μετόχων. Ο καθορισμός δε των συμφερόντων πραγματοποιείται με βάση τις διατάξεις που συνθέτουν το νομοθετικό πλαίσιο της εταιρικής λειτουργίας (σ. 577 επ.) και η δράση της διοίκησης έχει ως κριτήριο το νόμο και όχι την αφηρημένα νοούμενη έννοια του εταιρικού συμφέροντος.

27. Βλ. και *Μαστροκώστα*, Η έκταση της εξουσίας εκπροσώπησης..., σ. 42, κατά τον οποίο το εταιρικό συμφέρον δεν είναι η συνισταμένη των ατομικών συμφερόντων των εταιρών ούτε σημαίνει την εκ παραλλήλου επιδίωξη ικανοποίησης ατομικών συμφερόντων που έχουν το αυτό περιεχόμενο.
28. Βλ. *Mülbert*, Η ανώνυμος εταιρία και η κεφαλαιαγορά..., σ. 7.

που τελούν υπό καθεστώς διαφορετικής έντασης ελέγχου, όπως Α.Ε. εισηγμένες ή μη στο Χρηματιστήριο²⁹.

Επιχειρώντας να προβούμε σε βασική κατηγοριοποίηση των ειδών μετόχων, θα μπορούσαμε εξαπλουστευτικά να θεωρήσουμε ότι οι μέτοχοι διακρίνονται σε «μετόχους που ήρθαν στην Α.Ε. για να μείνουν» και σε «μετόχους που ήρθαν στην Α.Ε. για να φύγουν». Οι πρώτοι χρηματοδοτούν την εταιρία και υποστηρίζουν την εταιρική λειτουργία και βιωσιμότητα έως τέλους. Αντίθετα, οι δεύτεροι σκοπούν στη βραχυπρόθεσμη (ή ενδεχομένως και μακροπρόθεσμη) αποκομιδή κέρδους από την υπεραξία της εταιρικής συμμετοχής και εγκαταλείπουν την εταιρία, όταν προβλέπουν ή πιθανολογούν απομείωση της αξίας της εταιρικής τους συμμετοχής. Πρόκειται βασικά για τη διάκριση μεταξύ μετόχου – χρηματοδότη, μετόχου – επιχειρηματία και μετόχου – κερδοσκόπου, κατηγορίες στις οποίες θα μπορούσαν να υπαχθούν, υπό στενή ή ευρεία έννοια, οι υπόλοιπες εισηγμένες μορφές.

Το είδος μετόχου στο οποίο αναφέρεται το δίκαιο της Α.Ε. είναι εκείνο του μετόχου – χρηματοδότη. Στην πράξη βέβαια, έχουν επίσης αναδειχθεί τα είδη του μετόχου – επιχειρηματία και του μετόχου – κερδοσκόπου³⁰, καθώς και του μετόχου – επενδυτή³¹. Ο μέτοχος – επενδυτής προσομοιάζει στο είδος του μετόχου – κερδοσκόπου, άλλοτε ταυτιζόμενος με αυτόν και άλλοτε ως πλέον διευρυμένη και σύνθετη αυτού μορφή μετόχου. Ενώ ο μέτοχος – κερδοσκόπος συμμετέχει στην Α.Ε. επιδιώκοντας να επωφεληθεί από τη βραχυπρόθεσμη υπεραξία της μετοχής συγκεκριμένης εταιρίας³², ο μέτοχος – επενδυτής αποβλέπει στη μεγιστοποίηση της συνολικής αξίας του ατομικού του χαρτοφυλακίου τίτλων³³. Αποβλέποντας, δηλαδή, στη μεγιστοποίηση της τελικής αξίας του κεφαλαίου που επενδύει σε μια ή συνήθως περισσότερες εταιρίες, ο μέτοχος – επενδυτής σχηματίζει ένα ατομικό χαρτοφυλάκιο μετοχικών τίτλων, με κριτήρια την προσδοκώμενη ωφέλεια³⁴ και το βαθμό διακινδύνευσης της επένδυσης, με βάση το συγκεκριμένο χαρτοφυλάκιο μετοχών.

Όταν η επένδυση του μετόχου περιορίζεται σε μία μόνο εταιρία ή σε περισσότερες εταιρίες που δραστηριοποιούνται, όμως, σε διαφορετικούς τομείς, η έννοια του μετόχου – επενδυτή και η θέση του στην εταιρία συμπήπτουν με εκείνη του μετόχου – κερδοσκόπου, στο πλαίσιο μιας ατομιστικής θεώρησης του συμφέροντος του μετόχου³⁵. Η κατάσταση, όμως, πε-

29. Βλ. και *Ρόκα*, Το δίκαιο της ανώνυμης εταιρίας..., σ. 11-12.

30. Για την κλασική διάκριση των μετόχων, βλ. *Γεωργακόπουλο Λ.Ν.*, Το δίκαιο των εταιριών, τόμ. ΙΙ. Η ανώνυμος εταιρεία, Μέρος Α', Αθήναι 1972, σ. 45· *Περάκη*, Ενοχικά δεσμεύσεις..., σ. 38-39.

31. Βλ. *Velasco*, The Fundamental Rights of the Shareholder, σ. 33-34: «Shareholders are not owners, but merely investors. They have no special status in the corporation... Rather, the shareholder is better understood as an investor.». Επίσης, *Γκρίτζαλης*, Δικαιώματα μειοψηφίας..., ό.π., 875-877, για τη διαμόρφωση του τύπου του μετόχου-επενδυτή, τη θέση και το ρόλο του στη σύγχρονη Α.Ε., με παραπομπές.

32. Βλ. *Περάκη*, Ενοχικά δεσμεύσεις..., σ. 38· *Παμπούκη*, Δίκαιον Εμπορικών Εταιριών, σ. 94, που αναφέρει το μέτοχο – κερδοσκόπο ως υπέρμαχο της ατομιστικής αντίληψης, που τονίζει το συμφέρον του καθενός εκ των παρόντων χωριστά μετόχων και χαρακτηρίζει το μέτοχο – επενδυτή (με κάπως σταθερότερο συμφέρον σε σχέση με εκείνο του μετόχου – κερδοσκόπου) και το μέτοχο – επιχειρηματία (με ακόμα σταθερότερο συμφέρον) ως «κέρυκες της υπερατομιστικής αντιλήψεως, που εξάγει το συμφέρον όλων των μετόχων και, συνεπώς, όχι μόνο των παρόντων αλλά και των μελλόντων».

33. Βλ. *Τριανταφυλλιάκη*, Το συμφέρον της επιχείρησης..., σ. 315 επ.

34. Για τα κριτήρια επιλογής μιας μετοχής προς επένδυση και προσδιορισμού της προσδοκώμενης ωφέλειας, βλ. *Τριανταφυλλιάκη*, Το συμφέρον της επιχείρησης..., σ. 85 επ.

35. Βλ. και *Τριανταφυλλιάκη*, Το συμφέρον της επιχείρησης..., σ. 77 επ. Επίσης, *Mülbert*, Η ανώνυμος εταιρία και η κεφαλαιαγορά..., σ. 9, που αναφέρεται σε συνειδητή επικέντρωση του

ριπλέκεται, όταν ο μέτοχος – επενδυτής μετέχει στο κεφάλαιο εταιριών που δραστηριοποιούνται στην ίδια σχετική αγορά και τελούν έτσι σε σχέση ανταγωνισμού μεταξύ τους³⁶. Στην περίπτωση αυτή, ο μέτοχος κατανέμει τον κίνδυνο των ακραίων αποτελεσμάτων που θα μπορούσε να έχει η μία και μόνη μετοχή και αντίστοιχα η εξαντλητική επένδυσή του σε αυτή, υπολογίζει πλέον το μέσο όρο του κινδύνου, στοχεύει αντίστοιχα στο μέσο όρο της απόδοσης των μετοχών του χαρτοφυλακίου του και προσανατολίζεται στην μεγιστοποίηση της συνολικής αξίας αυτού, επικεντρώνοντας το ενδιαφέρον του αποκλειστικά στην επιδίωξη αυτή³⁷. Αυτό έχει ως αποτέλεσμα ο εταιρικός σκοπός και το εταιρικό συμφέρον να συνιστούν, ενίοτε, αδιάφορες γι' αυτόν παραμέτρους, αν η συνολική αξία του χαρτοφυλακίου τίτλων του παρουσιάζει σημαίνουσα υπεραξία³⁸, οπότε η τυχόν ζημία από την επένδυση σε μια εταιρία αναπληρώνεται και υπερκαλύπτεται από το κέρδος της επένδυσης σε άλλη³⁹.

Όσο δε εντονότερα είναι τα προσωπικά χαρακτηριστικά της Α.Ε. και όσο στενότερος είναι ο σύνδεσμος μεταξύ μετόχου και Α.Ε. από οικονομικής και διοικητικής άποψης, τόσο μεγαλύτερη είναι η σύμπτωση μεταξύ ατομικού του και εταιρικού συμφέροντος και ο μέτοχος τείνει να έχει τα χαρακτηριστικά μετόχου – επιχειρηματία. Αντίθετα, όσο ο σύνδεσμος αυτός γίνεται χαλαρότερος, τόσο πιθανότερη καθίσταται μια ενδεχόμενη αντιπαράθεση τους, που οδηγεί ενίοτε και σε εκδηλωμένη σύγκρουσή τους.

3. Οι εταιρικοί διοικητές

Οι εταιρικοί διοικητές είναι τα πρόσωπα που συνιστούν το κέντρο αποφάσεων της Α.Ε., όσον αφορά στη διαχείριση και εκπροσώπησή της. Από τη θέση αυτή, έχουν τη δυνατότητα, με τις αποφάσεις, τις ενέργειες (αλλά και τις παραλείψεις τους), να καθορίζουν την επιχειρηματική πορεία της εταιρίας, και διαμορφώνοντας τις επιλογές της να οδηγούν την εταιρία στην ευόδωση του εταιρικού σκοπού και την πλήρωση του εταιρικού συμφέροντος. Πρόκειται, ως επί το πλείστον, για τρίτα προς την εταιρία πρόσωπα, ειδικά καταρτισμένα σε συγκεκριμένους τομείς επιχειρηματικής πολιτικής και λειτουργίας, με την ανάθεση της διοίκησης στα οποία επιδιώκεται η χάραξη της καλύτερης δυνατής επιχειρηματικής στρατηγικής, η άσκηση της

επενδυτή σε μια συγκεκριμένη μετοχή, που θεωρεί ότι κατά τη δεδομένη στιγμή της αγοράς είναι υποτιμημένη.

36. Πρόκειται τότε για μια κατάσταση σύγκρουσης ρόλων, ενός διλήμματος σύγκρουσης καθηκόντων (βλ. *Τριανταφυλλάκη*, Το συμφέρον της επιχείρησης..., σ. 315-316) και τελικά σύγκρουσης συμφερόντων (βλ. *Μαρίνο*, Απαγορεύσεις Ανταγωνισμού, σ. 336, σχετικά με την εξουσία δύο ανταγωνιστικών επιχειρήσεων από τον ίδιο μέτοχο). Βλ. και *Δρυλληράκη*, Συγκρούσεις συμφερόντων στην Α.Ε., σ. 170, για την εννοιολογική διάκριση μεταξύ σύγκρουσης καθηκόντων και σύγκρουσης συμφερόντων.

37. Βλ. *Γεωργακόπουλο Ν.Λ.*, Η φύση της υποχρέωσης πίστης στο δίκαιο, σε: Μαύρος Γ. (επιμ.), Ανώνυμη Εταιρία και κεφαλαιαγορά. Η προστασία του επενδυτή, 11^ο Πανελλήνιο Συνέδριο Εμπορικού Δικαίου, Εκδ. Αντ. Ν Σάκκουλα, Αθήνα – Κομοτηνή, 2002, σ. 79 επ., σ. 86.

38. Βλ. *Τριανταφυλλάκη*, Το συμφέρον της επιχείρησης..., σ. 317.

39. Βλ. *Easterbrook F./Fischel D.*, The Economic Structure of Corporate Law, New York, 1992, σ. 29: «ο επενδυτής δεν ενδιαφέρεται για τη μεγιστοποίηση της αξίας μιας εταιρίας, αν αυτή αναπληρώνεται από την υπεραξία άλλης επιχείρησης». Στην περίπτωση του μετόχου – κερδοσκόπου, υποστηρίζεται ότι δεν υφίσταται affectio societatis, ως πραγματική βούληση από κοινού επιδίωξης του εταιρικού σκοπού (βλ. *Περάκη*, Ενοχικά δεσμεύσεις..., σ. 26 με υποσημ. 17). Πολύ περισσότερο αναμένεται να ισχύει κάτι τέτοιο στην περίπτωση του μετόχου – επενδυτή, σε σημείο μάλιστα που η παρουσία του να θεωρείται ασυμβίβαστη με το ισχύον δίκαιο της Α.Ε. και το πλίσιο του ν. 2190/1920 (βλ. *Τριανταφυλλάκη*, Το συμφέρον της επιχείρησης..., σ. 319).

καλύτερης δυνατής διαχείρισης των εταιρικών υποθέσεων, η ενίσχυση της εταιρικής δραστηριότητας και η πλέον αποδοτική προώθηση του εταιρικού σκοπού⁴⁰.

Όπως συμβαίνει και στην περίπτωση των μετόχων, το ατομικό συμφέρον των εταιρικών διοικητών προσδιορίζεται από τα παραγωγικά αίτια της βούλησης προς ανάληψη των διαχειριστικών καθηκόντων. Και βέβαια, στην περίπτωση που τη θέση εταιρικού διοικητή κατέχει μέτοχος, τα ατομικά του συμφέροντα υπό τις δύο ιδιότητες συμπίπτουν, με αποτέλεσμα το εταιρικό συμφέρον του διοικητή να τείνει να προσδιορίζεται και να οδηγεί τη διαχειριστική συμπεριφορά του προς την ίδια κοινή κατεύθυνση. Δεν συμβαίνει όμως το ίδιο, όταν ως εταιρικοί διοικητές αναλαμβάνουν τρίτα προς την εταιρία πρόσωπα, που είναι και το πλέον σύνηθες στη μεγάλη και ευρείας διασποράς Α.Ε.⁴¹ Η διάρρηξη στην Α.Ε. του αναπόσπαστου στις προσωπικές εταιρίες μεταξύ εταιρικής και διαχειριστικής ιδιότητας, μέσω της παρεχόμενης δυνατότητας διορισμού στην Α.Ε. τρίτου προσώπου ως διοικητή, είναι ότι αυτός συνιστά διαχειριστή ξένηθ και όχι δικής του περιουσίας και υποθέσεων. Και βέβαια, μια τέτοια ανάθεση και εμπιστοσύνη συμφερόντων σε τρίτους ενέχει τον κίνδυνο της κατάχρησης της σχετικής εξουσίας προς ίδιον του διαχειριστή συμφέροντος ή και τρίτου⁴², καθ' υπέρβαση των ορίων που θέτει ο εταιρικός σκοπός ως κριτήριο της διαχειριστικής τους συμπεριφοράς⁴³. Μια υπέρβαση βέβαια που αποκαλύπτεται ad hoc και ex post με την εκ των υστέρων στάθμιση μεταξύ ατομικού και εταιρικού συμφέροντος, καθώς εκ των προτέρων δεν θα ήταν δυνατή.

Η διάσταση μεταξύ διοίκησης και ιδιοκτησίας στο χώρο της ευρείας διασποράς Α.Ε., αλλά και μεταξύ των εκπροσωπούμενων από αυτές συμφερόντων, αποτελεί θεωρητική διάπιση και θέση, με καταβολές στο αγγλοσαξωνικό δίκαιο, που ανατρέχει ήδη στην εποχή των Berle και Means⁴⁴. Ο εταιρικός διοικητής αντιμετωπίζεται ως πρόσωπο ευρισκόμενο σε θέση ισχύος, που τελεί σε σχέση εμπιστοσύνης και σεβασμού με το νομικό πρόσωπο και τους μετόχους (fiduciary: "occupying a position of power and confidence with respect to another")⁴⁵, απέναντι στους οποίους θεωρείται trustee⁴⁶,

40. Έτσι, το πρότυπο της «δημόσιας» Α.Ε. χαρακτηρίζεται από την ιεραρχική διάρρηξη τριών επιπέδων συμμετοχής στη διοίκηση και άσκησης της: Οι μέτοχοι – ιδιοκτήτες της Α.Ε. εκλέγουν το συλλογικό όργανο του δ.σ., τα μέλη του οποίου με τη σειρά τους εκλέγουν τα πρόσωπα που διοικούν άμεσα και καθημερινά την εταιρία (διευθύνοντες συμβούλους). Βλ. *Kleinberger D.S.*, Why Not Good Faith? The Foibles of Fairness in the Law of Close Corporations, *William Mitchell Law Review* 16 (1990), 1143 επ., σ. 1144.

41. Βλ. *Demsetz H.*, The Structure of Ownership and the Theory of the Firm, *Journal of Law and Economics* 26 (1983), 375 επ., σ. 387, που αναφερόμενος στο κενό ελέγχου που παρατηρείται στους εταιρικούς τύπους με ευρεία διασπορά μετοχών και διάσταση μεταξύ ιδιοκτησίας και διοίκησης παρατηρεί: «The alleged vacuum of control should not exist, for the self-interest of owners calls for avoiding the surrender of the control of valuable assets except to others who have similar interests.».

42. Βλ. *Anabtawi I.*, Some Skepticism About Increasing Shareholder Power, *UCLA Law Review* 53 (2006), 1 επ., 5, που αναφέρει χαρακτηριστικά: «Separating ownership from control, however, gives rise to an agency problem», με παραπομπές σε υποσημ. 11.

43. Βλ. ενδ. *Στεργιαννίδου*, Το άρθρο 69 ΑΚ..., σ. 44.

44. Βλ. *Berle – Means*, The Modern Corporation and Private Company.

45. Βλ. *Walker D.M.*, The Oxford Companion to Law, Clarendon Press, Oxford, 1980, σ. 469.

46. Βλ. *Walker*, ό.π., σ. 1242· *Berle A.A.*, For Whom Corporate Managers are Trustees: A Note, *Harvard Law Review* 45 (1932), 1365 επ.· *Dodd E.M.*, For Whom Are Corporate Managers Trustees?, *Harvard Law Review* 45 (1932), 1145 επ., 1145-1147.

υπέχοντας υποχρέωση να επιδεικνύει αυξημένη επιμέλεια και πίστη, να μην περιέρχεται σε κατάσταση σύγκρουσης συμφερόντων και να μην εκμεταλλεύεται τη θέση του προς παραγωγή οφέλους του ίδιου ή τρίτου.

Αντικείμενο συζήτησης έχει αποτελέσει, αν στη θέση του εταιρικού διοικητή ανταποκρίνεται περισσότερο ο θεσμός του εμπιστευματοδόχου (trustee)⁴⁷ ή του αντιπροσώπου (agent)⁴⁸. Στην εξέλιξη των θέσεων που έχουν κατά καιρούς διατυπωθεί, φαίνεται να επικρατεί η άποψη ότι ο εταιρικός διοικητής αποτελεί αντιπρόσωπο (agent) της εταιρίας και των μετόχων, σε σημείο μάλιστα, που να γίνεται λόγος για προβλήματα αντιπροσώπευσης (agency costs). Υπό τον όρο αυτό νοούνται τα ζητήματα και τα επακόλουθα αυτών κόστη, που ανακύπτουν για την εταιρία από τις εσωεταιρικές συγκρούσεις συμφερόντων με υποκείμενα τους εταιρικούς διοικητές, λόγω της διάστασης μεταξύ ιδιοκτησίας και διοίκησης⁴⁹. Συγκρούσεις συμφερόντων, δηλαδή, μεταξύ των τρίτων προς την Α.Ε. εταιρικών διοικητών και του εταιρικού συμφέροντος ή/και των συμφερόντων των μετόχων (shareholders ή stockholders) ή εν τέλει συνολικά όσων αντλούν συμφέροντα από τη λειτουργία της εταιρίας (των μετόχων συμπεριλαμβανομένων-stakeholders). Η ίδια αυτή θεωρία (agency theory) αναφέρεται, επίσης, σε μηχανισμούς ελέγχου του κόστους από την ως άνω σύγκρουση συμφερόντων και συντονισμού των συμφερόντων των εταιρικών διοικητών με το εταιρικό. Πέραν δε της διορθωτικής λειτουργίας της αγοράς για την απόκτηση του ελέγχου της εταιρίας (market for corporate control), προτείνεται χαρακτηριστικά, ως τέτοιος μηχανισμός, η κατά το δυνατόν «μετοχοποίηση»⁵⁰ της συμπεριφοράς των εταιρικών διοικητών, μέσω του συμβατικής φύσης συσχετισμού της αμοιβής τους με τη μεγιστοποίηση της αξίας της εταιρικής μετοχής (incentive pay arrangements). Ωστόσο, αμφότεροι οι μηχανισμοί κρίνονται αμφίβολης αποτελεσματικότητας⁵¹.

Το κυριότερο ζήτημα που ανακύπτει στην περίπτωση των τρίτων διοικητών, είναι ότι έρχεται να προστεθεί ένας ακόμη πυλώνας συμφερόντων στον ήδη διευρυμένο και πολυποικί-

λο κατάλογο των επισημαινόμενων επιμέρους συμφερόντων στο χώρο της Α.Ε.. Κατά βάση, το περιεχόμενο του ατομικού συμφέροντος των διευθυντικών στελεχών, που ασχολούνται με την ανάληψη της διαχείρισης εταιριών και την παροχή διαχειριστικών συμβουλών, συνίσταται στην καλή πορεία της εταιρίας που αναλαμβάνουν και στην προάσπιση και ικανοποίηση των εταιρικών της συμφερόντων, ως παρακαταθήκη για την επαγγελματική τους φήμη και μελλοντική εξέλιξη⁵².

Ο προσδιορισμός, ωστόσο, του περιεχομένου του εταιρικού συμφέροντος αποτελεί εν προκειμένω σημείο αμφιλεγόμενο. Η μεγιστοποίηση της αξίας της μετοχής, ως κοινός στόχος εταιρίας και εταιρικών διοικητών, αποτελεί τον πυρήνα της θεωρίας της αντιπροσώπευσης (agency theory), αλλά και θεμελιώδες συστατικό της έννοιας του εταιρικού συμφέροντος. Αυτό βέβαια, υπό την έννοια ότι η αύξηση της αξίας της μετοχής συνιστά έκφραση της πραγματικής αξίας της εταιρίας, ως αποτελέσματος ικανής διοίκησης και ουσιαστικής και επιτυχούς επιχειρηματικής δράσης⁵³. Υπό την έννοια, δηλαδή, ότι η αξία της μετοχής συνιστά προϊόν μιας όσο το δυνατόν αντικειμενικότερης χρηματοοικονομικής αποτίμησης της επιχείρησης, καθώς πράγματι δεν υπάρχει καλύτερο βαρόμετρο για την μακροπρόθεσμη προοπτική της εταιρίας από την προθυμία των επενδυτών να συμμετέχουν στο κεφάλαιό της, υποστηρίζοντας τον εταιρικό σκοπό⁵⁴.

Η επιτυχία της άσκησης της διοίκησης εκ μέρους των εταιρικών διοικητών, αλλά και της ίδιας της εταιρίας, κρίνεται υπό το πρίσμα ποσοτικών και ποιοτικών παραγόντων. Οι παράγοντες αυτοί συνίστανται στο ποσοστό αύξησης της μετοχικής αξίας, το χρόνο που απαιτείται για να επιτευχθεί, αλλά και την οικονομική και επιχειρηματική βάση της εταιρίας στην οποία θεμελιώνεται, όπως οι παράγοντες αυτοί αποτιμώνται συνολικά⁵⁵. Το θεμιτό ή μη και τελικά η νομιμότητα άσκησης της διαχείρισης κρίνεται έτσι εκ του αποτελέσματος, με αναδρομή στη σκοπιμότητα της διαχειριστικής δράσης σε σχέση και με την εξυπηρέτηση ατομικών συμφερόντων των εταιρικών παραγόντων. Το ατομικό συμφέρον των εταιρικών διοικητών τελεί υπό τον έλεγχο της δυναμικής ωφελιμότητας της διαχειριστικής συμπεριφοράς για την υποστήριξη του εταιρικού συμφέροντος. Αυτό, μάλιστα, καθίσταται περισσότερο εμφανές στην περίπτωση προσωποπαγών μορφών Α.Ε., όπου συναντάται το φαινόμενο οι εταιρικοί διοικητές να συντάσσονται με τους κυρίαρχους μετόχους για την εξυπηρέτηση των επιμέρους ατομικών συμφερόντων τους ή ακόμα περισσότερο οι ίδιοι οι κυρίαρχοι μέτοχοι να καταλαμβάνουν, επίσης, τη θέση των εταιρικών διοικητών.

Με αφετηρία τη διάκριση μεταξύ ιδιοκτησίας και διοίκησης στην «τυπική» Α.Ε., είναι πλέον έκδηλη η σύγκρουση μεταξύ μετόχων και εταιρικών διοικητών, με αντικείμενο διεκδίκησης την καθολική επικράτηση στον έλεγχο της «εταιρικής» επιδίωξης και προώθησης συμφερόντων. Μια σύγκρουση, που τείνει να λαμβάνει τη μορφή και ένταση μιας οικονομικής και πολιτι-

47. Αναλογία που αποδίδεται ιστορικά στην απουσία, πριν το 1844, συγκρότησης εταιρικής μορφής στις περισσότερες επιχειρήσεις που στηρίζονταν στην συγκέντρωση κεφαλαίων, με αποτέλεσμα η διαχείριση των περιουσιακών τους στοιχείων να ανατίθεται και να γίνεται από εμπιστευματοδόχους (βλ. *Hopt*, Δίκαιο και Ηθική..., σ. 269).

48. Βλ. ενδ. *Gower & Davies'*, Principles of Modern Company Law, 7th Edition, Publ. Sweet & Maxwell, London, 2003, σ. 382-383. Για τη διάκριση μεταξύ σύμβασης management και σύμβασης εμπιστευσης, βλ. *Γεωργιάδη Στ.*, Η σύμβαση διοίκησης και διαχείρισης επιχείρησης (management agreement), ΧρΙΑ 2003, 603 επ.

49. Για την έννοια των «agency costs», βλ. *Jensen M.C./Smith C.W.*, Stockholder, Manager and Creditor Interests: Applications of Agency Theory, <http://papers.ssrn.com/abstract=173461>, σ. 2-4. Για την έννοια και θεωρία της αντιπροσώπευσης, βλ. *Βερβεσό Ν.Α.*, Από την τριχοτόμηση του δικαίου της ανώνυμης εταιρίας (μικρή, μεγάλη, εισηγμένη) στη διάκριση μεταξύ εισηγμένης και μη εισηγμένης ΑΕ, σε: Σύνδεσμος Ελλήνων Εμπορικολόγων, Τάσεις και Προοπτικές του Δικαίου της Ανώνυμης Εταιρίας, 18^ο Πανελλήνιο Συνέδριο Εμπορικού Δικαίου, Εκδ. Νομική Βιβλιοθήκη, 2009, σ. 331 επ., σ. 372-373, με παραπομπές σε υποσημ. 239.

50. Βλ. *Anabtawi*, Some Skepticism..., 6: «To control agency costs, agency theory prescribes constraining managerial discretion such that it deviates from shareholder value-maximizing behavior as little as possible». Πρόκειται για τα αποκαλούμενα «συμβόλαια αποδοτικότητας» (incentive contracts) των εταιρικών διοικητών, στο πλαίσιο των οποίων κάποιος μετρήσιμος και επαληθεύσιμος δείκτης ανάγεται σε μέτρο επίδοσης του εταιρικού διοικητή και της ποιότητας των αποφάσεών του (βλ. σχετικά *Μέκο Κ.Ζ.*, Η εταιρική διακυβέρνηση. Όψεις του προβλήματος και πιθανές απαντήσεις, εκδ. οίκος Αντ. Σταμούλη, Θεσσαλονίκη, 2003, σ. 33 επ.).

51. Βλ. *Anabtawi*, Some Skepticism..., 6 επ. επ.

52. Βλ. *Jensen/Smith*, Stockholder, Manager..., σ. 11· *Stout L.A.*, The Mythical Benefits of Shareholder Control, *Virginia Law Review* 93 (2007), 789 επ., 797.

53. Υπό την έννοια ότι η επαύξηση της αξίας της μετοχής πρέπει να αντιμετωπίζεται ως μακροπρόθεσμη μεγιστοποίηση ή βελτιστοποίηση του κέρδους (βλ. *Hopt*, Δίκαιο και Ηθική..., σ. 273).

54. Βλ. *Rappaport*, The Staying Power of the Public Corporation, ό.π., 97: «...there is no better barometer of a company's long-term prospects than how much investors are willing to pay for its shares.»

55. Χαρακτηριστική είναι η διάκριση των μετοχικών συμφερόντων μεταξύ ενός hedge fund με πρόθεση ρευστοποίησης προηγούμενων επενδύσεων προς αύξηση του κεφαλαίου για ένα νέο fund και ενός pension fund. Τα μετοχικά συμφέροντα αυτών συνίστανται αντίστοιχα σε βραχυπρόθεσμη και μακροπρόθεσμη απόδοση της επένδυσης (βλ. *Anabtawi*, Some Skepticism..., 4 επ.).

κής φύσης «μάχης»⁵⁶. Ιδιαίτερο ενδιαφέρον παρουσιάζει σχετικά η θεωρητική συζήτηση για τα πλεονεκτήματα της ανάθεσης ή μη της διοίκησης της Α.Ε. και για το αν, στο συσχετισμό ισχύος στην Α.Ε., θα πρέπει να προκρίνεται και να υπερισχύει ο μέτοχος του εταιρικού διοικητή ή αντίστροφα. Αποτέλεσμα της συζήτησης αυτής υπήρξε η διατύπωση δύο θεωριών: αφενός της θεωρίας υπέρ της αποφασιστικής αρμοδιότητας και λειτουργίας των μετόχων (shareholder-primacy theory)⁵⁷ και αφετέρου της θεωρίας υπέρ της αποφασιστικής αρμοδιότητας και λειτουργίας των εταιρικών διοικητών (director-primacy theory)⁵⁸.

Σύμφωνα με την πρώτη από αυτές, οι εταιρικοί διοικητές ενεργούν ως εντολοδόχοι διαχειριστές (agents) των συμφερόντων των εντολιέντων τους (principals) μετόχων, με σκοπό τη μεγιστοποίηση της αξίας της μετοχής, ενώ η ενίσχυση της θέσης των μετόχων θεωρείται ότι θα επιφέρει μακροπρόθεσμα λύση στο ζήτημα της σύγκρουσης συμφερόντων μεταξύ μετόχων και εταιρικών διοικητών⁵⁹. Αντίθετα, σύμφωνα με τη δεύτερη (director-primacy theory), η αρμοδιότητα της λήψης αποφάσεων στην Α.Ε. πρέπει να ανατίθεται στους εταιρικούς διοικητές και μάλιστα στα μέλη του δ.σ.⁶⁰. Έτσι, το δ.σ. της Α.Ε. λειτουργεί ως ένα πληροφορημένο, ικανό και αποδοτικό κέντρο λήψης αποφάσεων. Η σύνθεσή του από άτομα με διοικητική ικανότητα και εξειδικευμένη γνώση της αγοράς, αλληλ και των επιμέρους συμφερόντων όλων των συντελεστών παραγωγής στην Α.Ε., ανάγει το δ.σ. σε κύριο μηχανισμό επίλυσης των ζητημάτων, που ανακύπτουν κατά τον οργανωτικό σχεδιασμό των συμβατικών και πραγματικών σχέσεων στην Α.Ε.⁶¹. Από την κεντρική μάλιστα αυτή θέση, το δ.σ. φέρεται να αναλαμβάνει ένα ρόλο εξισορρόπησης των επιμέρους συμφερόντων στην Α.Ε., επεμβαίνοντας και λειτουργώντας προληπτικά στην εκδήλωση φαινομένων ενδοεταιρικών συγκρούσεων συμφερόντων, κυρίως μεταξύ των μετόχων⁶².

56. Βλ. *Rappaport*, The Staying Power of the Public Corporation, ό.π., 97: «What we are witnessing today is an economic and political battle between management and shareholders over who will control the large public corporation and in whose interests it will be operated.».

57. Βλ. *Bebchuk L.A.*, The Case for Increasing Shareholder Power, Harvard Law Review 118 (2005), 833 επ.

58. Βλ. *Bainbridge S.M.*, Director Primacy and Shareholder Disempowerment, Harvard Law Review 199 (2006), 1 επ.

59. Βλ. *Anabtawi*, Some Skepticism About Increasing Shareholder Power, ό.π., 2 και υποσημ. 2.

60. Βλ. *Stout*, The Mythical Benefits of Shareholder Control, 793-794· *Bainbridge S.M.*, Why a Board? Group Decisionmaking in Corporate Governance, Vanderbilt Law Review 55 (2002), 1 επ., 35-36, κατά τους οποίους η ανάθεση της λήψης αποφάσεων σε μια ομάδα εταιρικών διοικητών είναι καλύτερη από την ανάθεση αυτής σε έναν και μόνο διευθύνοντα σύμβουλο, καθώς αφενός διευρύνει τον κύκλο των απόψεων για αποφάσεις επί κρίσιμων ζητημάτων και αφετέρου περιορίζει τον κίνδυνο κατάχρησης της σχετικής εξουσίας προς όφελος του διευθύνοντος συμβούλου («individual shirking and self-dealing»). Πρβλ. και *Kahan M./Rock E.*, Embattled CEOs, European Corporate Governance Institute Working Paper Series in Law, Working Paper No. 116/2008, December 2008, <http://ssrn.com/abstract=1281516>, για τη διαρκώς απομειούμενη ισχύ των διευθυνόντων συμβούλων στις δημόσιες Α.Ε., ενόψει της μεταβολής της μετοχικής δομής των εταιριών (αύξηση του μετοχικού ποσοστού των ιδρυματικού τύπου επενδυτών institutional investors έναντι των μεμονωμένων ιδιωτών μετόχων), αλλά και της μεταβολής της στάσης των παραδοσιακών μετόχων έναντι της διοίκησης και της ενεργούς πλέον συμμετοχής τους σε αυτή (shareholder activism).

61. Βλ. αντί πολλών *Anabtawi*, Some Skepticism..., ό.π., 3, με παραπομπές.

62. Βλ. *Stout*, The Mythical Benefits of Shareholder Control, 794 επ.· *Blair M.M./Stout L.A.*, A Team Production Theory of Corporate Law, Virginia Law Review 85 (1999), 247 επ., σ. 291, όπου ανα-

Έχει δε υποστηριχθεί ότι όσο πιο στενός είναι ο κύκλος των μετόχων, τόσο αποδοτικότερη για την Α.Ε. είναι η διατήρηση της αποφασιστικής λειτουργίας από αυτούς και αντίστοιχα ότι οι εταιρικοί διοικητές αποδίδουν καλύτερα όσο μεγαλύτερο μερίδιο ιδιοκτησίας έχουν στην εταιρία⁶³. Πρόκειται για μια θέση, που εκκινεί από τη σκέψη ότι η σύμπτωση εταιρικών διοικητών και μετόχων στις κλειστές Α.Ε. εξαλείφει το ζήτημα της σύγκρουσης συμφερόντων μεταξύ τους. Θεωρείται, δηλαδή, ότι αίρει τις προβληματικές της αντιστοιχίας μεταξύ μεγιστοποίησης του κέρδους και μεγιστοποίησης της αξίας της επιχείρησης, καθώς και της κατανομής της εξουσίας λήψης της απόφασης και της ανάληψης του κινδύνου από αυτή⁶⁴, που αποτελούν παράγοντες καθοριστικούς στη λήψη αποφάσεων από τους τρίτους εταιρικούς διοικητές⁶⁵. Εκλημβάνει, βέβαια, ως δεδομένου του δεσμούς εμπιστοσύνης μεταξύ των μελών, στο πλαίσιο μιας προσέγγισης που εντάσσεται στη λογική της δομής και λειτουργίας των προσωπικών εταιριών, η οποία, όμως, δεν ανταποκρίνεται στην περίπτωση των Α.Ε. που δεν παραπέμπουν εξ ολοκλήρου σε αυτές.

II. Οι αφανείς φορείς συμφερόντων

Πέραν των φορέων συμφερόντων που καθίστανται εμφανείς ήδη με την συμβατική προσέγγιση της έννοιας της επιχείρησης ως nexus of contracts, δηλαδή του νομικού προσώπου της Α.Ε., των μετόχων και των εταιρικών διοικητών, μια άλλη θεωρία, η stakeholder theory, έφερε στο προσκήνιο επιπλέον πρόσωπα, ως τελούντες σε σχέση αλληλεπίδρασης με την εταιρία, συντελεστές της οικονομικής και επιχειρηματικής της λειτουργίας. Σύμφωνα με τη θεωρία αυτή, πλέον των μετόχων ή επενδυτών και των εταιρικών διοικητών, αποτελούν φορείς συμφερόντων στην Α.Ε. οι εργαζόμενοι, οι προμηθευτές, οι πιστωτές, οι πελάτες⁶⁶, αλλά και δημόσιοι κοινωνικοί και πολιτικοί φορείς. Ιδιαίτερη σημασία αποδίδεται στους φορείς και τις κατηγορίες προσώπων που έχουν οικονομικής φύσης νομιμοποιούμενα συμφέροντα στην Α.Ε., όπως π.χ. ιδιοκτησιακά. Γνώμονα δε και σημείο αναφοράς αποτελεί η συνάρτηση των

φέρονται χαρακτηριστικά στα μέλη δ.σ. ως “mediating hierarchs” τονίζοντας τη μεσοληβητική τους λειτουργία. Προς την ανεύρεση και επίτευξη ενός είδους οικονομικής ισορροπίας μεταξύ των διαφόρων εταιρικών συντελεστών, υπό την έννοια κάποιας «σύγκλισης συμφερόντων», οφείλει να αποφασίζει και ενεργεί το όργανο διοίκησης της Α.Ε. και κατά τον *Hopt*, Δίκαιο και Ηθική..., σ. 272.

63. Βλ. *Jensen M.C./Meckling W.H.*, Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Cost and Ownership Structure, 1976, <http://papers.ssrn.com/abstract=94043>, passim.

64. Βλ. *Jensen M.C./Smith C.W.*, Stockholder, Manager, and Creditor Interests: Applications of Agency Theory, <http://papers.ssrn.com/abstract=173461>, σ. 6, κατά τους οποίους η διακρίση της διοίκησης από την ανάληψη του κινδύνου, συνηθιστά αιτία γενεσιουργό σύγκρουσης συμφερόντων μεταξύ εταιρικών διοικητών και μετόχων-εταιρίας, των τελευταίων ως τελικών υποκειμένων στο κόστος του κινδύνου.

65. Βλ. *James H.S., Jr*, Owner as Manager, Extended Horizons and the Family Firm, International Journal of the Economics of Business, Vol. 6 (1999), 41 επ., 41-42.

66. Βλ. και *Velasco*, The Fundamental Rights of the Shareholder, σ. 34: «Each of the various stakeholders contribute certain inputs in exchange for certain rights with respect to outputs.», αναφερόμενος περαιτέρω στις πιθανές προσδοκίες κάθε stakeholder από τη συμμετοχή του στην εταιρική λειτουργία («Employees...make a contribution –of labor rather than cash– and receive the right to...a specified salary...Suppliers contribute materials, supplies or equipment in exchange for a fixed payment. Customers contribute revenue in exchange for the product or service...»). Ωστόσο, οι σχέσεις αυτές δεν είναι από μόνες τους αρκετές για να χαρακτηρίσουν ποιοτικά την εταιρική σύμβαση ως απλώς ανταλλακτική.

συμφερόντων των προσώπων αυτών με τη μακροπρόθεσμη λειτουργική σταθερότητα της Α.Ε.⁶⁷.

Δεν είναι λίγες οι περιπτώσεις κλειστών, συνεταιρικών ή οικογενειακών Α.Ε., όπου μέτοχοι απασχολούνται και με υπαλληλική ακόμα σχέση στην εταιρία (ενδεχομένως και ως διευθύνοντες σύμβουλοι). Από την άλλη πλευρά, δεν είναι ξένη προς την πρακτική η διανομή μετοχών στους εργαζόμενους στην Α.Ε. ή σε διευθυντικά στελέχη. Μάλιστα, η εξάρτηση αυτή είναι ενίοτε σημαντικότερη και από την ίδια την εταιρική συμμετοχή. Η ύπαρξη τέτοιων σχέσεων, που απαντάται κυρίως σε προσωποπαγείς μορφές Α.Ε., φαίνεται πως λειτουργεί αποτρεπτικά στην ανάπτυξη εσωεταιρικών ομοιογενιστικών συμπεριφορών⁶⁸.

Η ένταξη των ως άνω κατηγοριών στον κύκλο των φορέων συμφερόντων στην Α.Ε. είναι απόρροια μιας ευρύτερης θεώρησης της εταιρίας και της επιχείρησης. Η θεώρηση αυτή υπερβαίνει την οικονομική και συμβατική διάσταση της Α.Ε.⁶⁹ και την αντιμετωπίζει υπερατομικά, ως ιδιαίτερη νομική, οικονομική, κοινωνική και πολιτική οντότητα⁷⁰, που η δράση και η (αλληλη) επίδρασή της εκτείνεται σε όλους τους αντίστοιχους τομείς. Τα επιμέρους, μάλιστα, συμφέροντα των εν λόγω φορέων διαμορφώνονται με κριτήρια κατά βάση οικονομικά⁷¹. Το γεγονός όμως αυτό δεν αίρει την πολυποικίλη διάσταση της επιχείρησης, η οποία αποτελεί όχι μόνο την αιτία αλληλίας και το χώρο δράσης των εν λόγω ομάδων. Ανεξαρτήτως, λοιπόν, των κριτηρίων διαμόρφωσης των ατομικών συμφερόντων των συντελεστών παραγωγής, προϋπόθεση για την παραγωγή είναι η λειτουργία και βιωσιμότητα της εταιρίας, στην οποία τελικά αποβλήθουν (ή έστω θα έπρεπε) το σύνολο των συντελεστών της⁷².

Χαρακτηριστικό είναι ότι όλες οι ανωτέρω κατηγορίες αντιμετωπίζονται ως συντελεστές μιας ομαδικής συλλογικής δράσης⁷³, όπου κρίνεται βασική η συνεισφορά του καθενός. Κάθε stakeholder θεωρείται ότι επενδύει στην εταιρία είτε σε χρήμα είτε σε χρόνο είτε σε εξειδικευμένη γνώση. Από τη στιγμή μάλιστα που όλες οι κατηγορίες των συντελεστών παραγωγής θεωρούνται μέλη μιας ομάδας με ισότιμα αποτιμητή συνεισφορά (πρόκειται για την team production theory)⁷⁴, η επένδυση

αυτή πρέπει να γίνεται σεβαστή στο πλαίσιο στάθμισης των συμφερόντων στην εταιρία, σε οποιαδήποτε ομάδα προσώπων και αν αφορά. Βέβαια, παρά την κοινότητα σκοπού, στην οποία φαίνεται να υπάγεται το σύνολο των stakeholders, η ανάπτυξη και προώθηση του ατομικού συμφέροντος της μιας κατηγορίας δείχνει να «συμπιέζει» τα επιμέρους συμφέροντα των υπολοίπων, με τη νομιμοποίηση του συμφέροντος κάθε κατηγορίας να μην αποτελεί αποκλειστικά εταιρική επιλογή.

Γ. Η συγκρουσιακή σχέση των συμφερόντων

Η θέση ενός κοινού εταιρικού σκοπού και ο συνασπισμός των μελών της εταιρίας για την επιδίωξή του, καθιστά εκ των πραγμάτων την εταιρία μια κοινωνία σκοπού, που η εκπλήρωσή του αποτελεί κοινό συμφέρον. Για το λόγο αυτό, άλλωστε, στην εταιρία γίνεται λόγος για κοινωνία συμφερόντων, στο πλαίσιο μάλιστα των οποίων δεν νοείται, κατ' αρχήν σε θεωρητικό επίπεδο, η εμφάνιση αντιτιθέμενων συμφερόντων⁷⁵. Τουλάχιστον πάντοτε εκ των προτέρων ή ακόμη και κατά το χρόνο κατάρτισης της εταιρικής σύμβασης, ενόσω, μάλιστα, η έννοια των κοινών συμφερόντων έχει μάλιστα χαρακτήρα δεοντολογικό⁷⁶.

Παρά ταύτα, η ανάδειξη διαφόρων φορέων συμφερόντων ποικίλου περιεχομένου, στο κοινωνικοοικονομικής δομής «όχημα» επιχειρηματικής δράσης της εταιρίας δεν είναι κάτι ξένο με την ίδια την έννοια της τελευταίας. Πρόκειται για διαπίστωση, στην οποία φέρεται να έχει προβεί ήδη ο Ιουστινιανός, συλλημβάνοντας την έννοια της *societas* ως μια σχέση μεταξύ μερών με αντιτιθέμενα συμφέροντα, όπου κάθε μέρος νομιμοποιείται να απαιτήσει την εκπλήρωση της συνεισφοράς του άλλου, σε χρήμα ή σε είδος, στο εταιρικό κεφάλαιο⁷⁷. Και αν κάτι τέτοιο συνέβαινε στην περίπτωση της ρωμαϊκής *societas*, που αποτελεί πρόγονο των προσωπικών εταιριών, πόσο μάλιστα αναμένεται να συμβαίνει όσο απομακρυνόμαστε από τη νομιναλιστική θεώρηση της εταιρίας και προσεγγίζουμε την κεφαλαίουσική Α.Ε..

Ήδη, από την παρουσίαση των φορέων συμφερόντων στην Α.Ε. και την ανάλυση του περιεχομένου αυτών, καθώς επίσης των παραγωγικών αιτιών της ανάμιξης των ως άνω φορέων στην Α.Ε., καθίσταται σαφές ότι η Α.Ε., ως κατεξοχήν κεφαλαιουσική εταιρία, αποτελεί συχνά πεδίο σύγκρουσης και συμβιβασμού ετερόκλητων συμφερόντων⁷⁸, με αντικείμενο τον έλεγχο της Α.Ε., ως προϊόντος αντικειμενικοποίησης των επιμέρους ατομικών συμφερόντων των φορέων τους. Όσο, μάλιστα, το ατομικό συμφέρον ενός φορέα αποκλίνει του εταιρικού σκοπού, τόσο πιθανότερη καθίσταται η εκδήλωση της αντίθεσης του ατομικού αυτού συμφέροντος με το εταιρικό και η εκδήλωσή της υπό τη μορφή σύγκρουσης τόσο με το εταιρικό συμφέρον όσο και με το ατομικό συμφέρον των άλλων φορέων.

Στο πλαίσιο, βέβαια, μιας οποιασδήποτε σύμβασης, τα εκατέρωθεν διασταυρούμενα συμφέροντα των συμβαλλομέ-

Benefits of Shareholder Control, ό.π., 795-797 και υποσημ. 16. Επίσης, Blair M.M., Team Production Theory and Corporate Law, Nordic Journal of Political Economy 27 (2001), 88 επ., passim· Blair/Stout, A Team Production Theory of Corporate Law, passim. 75. Βλ., ωστόσο, Schulze-Osterloh J., Der gemeinsame Zweck der Personengesellschaften, Walter de Gruyter, Berlin – New York, 1973, σ. 6-8, με παραπομπή σε Würdinger, για τη διαφοροποίηση μεταξύ κοινωνίας σκοπού (Zweckgemeinschaft) και κοινωνίας συμφερόντων (Interessengemeinschaft), άποψη που ο ίδιος πάντως δεν ασπάζεται, θεωρώντας ότι θα οδηγούσε σε συρρίκνωση των συμμετόχων στην κοινωνία σκοπού.

76. Βλ. Ρόκα, Εμπορικές Εταιρίες, σ. 1.

77. Βλ. Daube D., Societas as Consensual Contract, Cambridge Law Journal 2009, 381 επ., σ. 384, με περαιτέρω παραπομπές.

78. Βλ. Pailusseau, The Nature of the Company, σ. 28: «It is obvious that the enterprise operates as a focus for different interests».

67. Βλ. Rappaport, The Staying Power of the Public Corporation, ό.π., 97.

68. Βλ. Stout, The Mythical Benefits of Shareholder Control, 796, υποσημ. 18.

69. Με βάση την οποία η νομιμοποίηση των επιμέρους συμφερόντων προκύπτει από την ύπαρξη σύμβασης, εκφρασθείσας ή και εννοούμενης, μεταξύ των stakeholders και της εταιρίας (βλ. Donaldson T./Preston L.E., The Stakeholder Theory of the Corporation: Concepts, Evidence and Implications, Academy of Management Review 20 (1995), 65 επ., σ. 85).

70. Βλ. Τριανταφυλλάκη, Το συμφέρον της επιχείρησης..., σ. 41 επ.

71. Για τους μετόχους και επενδυτές η αύξηση της μετοχικής αξίας, για τους εργαζόμενους η εξασφάλιση της εργασίας τους, για τους πιστωτές η εξασφάλιση και είσπραξη των απαιτήσεών τους κ.λπ. (βλ. Jensen/Smith, Stockholder, Manager..., σ. 21 επ.).

72. Εξ ου και η παρατήρηση των Donaldson/Preston, The Stakeholder Theory of the Corporation..., ό.π., 70: «The stakeholder theory is intended both to explain and to guide the structure and operation of the established corporation». Επίσης, Stout, The Mythical Benefits of Shareholder Control, ό.π., 796: «These investments have value only if the company survives and thrives and the relationship is preserved», αλλά και Pailusseau J., The Nature of the Company, σε: Drury R.R. - Xuereb P.G. (Ed.), European Company Laws: A Comparative Approach, Dartmouth, 1991, σ. 19 επ., σ. 26: «...these interests only exist and have meaning in so far as a business exists and develops.».

73. Βλ. Stout, The Mythical Benefits of Shareholder Control, ό.π., 796, που απονέμει στους stakeholders το χαρακτηρισμό «specific investors», για να τονίσει το γεγονός της συνεισφοράς τους υπό τη μορφή «ειδικής εταιρικής επένδυσης» (σ. 795) στην επιχείρηση.

74. Για την team production theory, βλ. Stout, The Mythical

νων μερών αποτελούν, στο πλαίσιο της ιδιωτικής αυτονομίας και της ελευθερίας των συμβάσεων, αντικείμενο ελεύθερης διαπραγμάτευσης. Αυτό έχει ως αποτέλεσμα, τα επιμέρους συμφέροντα να σταθμίζονται και να καταλήγουν να οριοθετούνται στο πλαίσιο της τελικής συμφωνίας, στην ουσία και το περιεχόμενο της οποίας επέρχεται συμβιβασμός των εκατέρωθεν συμφερόντων και εξαρλείται η αρχική μεταξύ τους σύγκρουση. Ωστόσο, ο εγγενής στις συμβάσεις αυτός μηχανισμός εξάλειψης της αντίθεσης και αποφυγής της σύγκρουσης συμφερόντων δεν μπορεί να λειτουργήσει στην περίπτωση της εταιρικής σύμβασης και των εσωεταιρικών σχέσεων στην Α.Ε.. Η τυπικότητα του δικαίου της Α.Ε. με την περιορισμένη και ελεγχόμενη ιδιωτική αυτονομία, η φύση της εταιρικής σύμβασης ως ιδιόμορφης αμφοτεροβαρούς σύμβασης με την έλλειψη του ανταλλακτικού στοιχείου⁷⁹ και τον παράλληλο για τους μετόχους χαρακτήρα του εταιρικού σκοπού και ο ρόλος των εταιρικών διοικητών ως διαχειριστών ξένων συμφερόντων και υποθέσεων, δεν αφήνουν περιθώρια για την άμβλιση των αντιθέσεων συμφερόντων, μέσω ιδιωτικής, πηλη όμως εταιρικής φύσης, ρύθμισης.

Από τη στιγμή, βέβαια, που τα επιμέρους συμφέροντα αποτελούν απότοκα της ίδιας της εταιρικής δράσης ως αντικείμενου της επιχείρησης, υποστηρίζονται δε και εξαρτώνται από αυτήν⁸⁰, σύγκρουση συμφερόντων είναι δυνατό να ανακύψει μεταξύ των φορέων συμφερόντων, σε ολόκληρο το φάσμα των εσωεταιρικών σχέσεων. Πέραν έτσι της σύγκρουσης συμφερόντων μεταξύ μετόχων ή μετόχων και εταιρίας, είναι δυνατό να παρατηρηθεί σύγκρουση συμφερόντων μεταξύ εταιρίας και εταιρικών διοικητών, μεταξύ εταιρικών διοικητών και μετόχων ή των αφανών φορέων συμφερόντων⁸¹, μεταξύ μετόχων και των αφανών φορέων συμφερόντων⁸² κ.ο.κ.. Και ενώ η νομιμοποίηση των ατομικών συμφερόντων κάθε φορέα αποτελεί νομοθετική επιλογή, η κατανομή της ισχύος

μεταξύ των αντιμαχόμενων για την απόκτηση του ελέγχου της Α.Ε. φορέων συμφερόντων είναι τελικά το στοιχείο εκείνο που προσδιορίζει το χαρακτήρα της Α.Ε., με την οποία βρίσκεται σε σχέση αλληλεπίδρασης⁸³.

Αναζητώντας κανείς την αιτία της σύγκρουσης, καταλήγει στα αίτια καθαυτά της επιλογής του συγκεκριμένου εταιρικού τύπου, για να περιβάλλει νομικά μια πραγματική κατάσταση, που εκφεύγει των ερμηνευτικών ορίων της νομοθετικής πρόβλεψης και προορισμού. Οι προσωποπαγείς μορφές Α.Ε. αποτελούν χαρακτηριστικές περιπτώσεις καταχρηστικής άσκησης δικαιώματος και ειδικότερα, κατά πρώτον, του δικαιώματος επιλογής του εταιρικού τύπου. Πρόκειται για ένα δικαίωμα, που τελεί υπό το νομοθετικό περιορισμό του κλειστού αριθμού των εταιρικών τύπων, εκάστου εκ των οποίων θεωρούμενου, ως αμιγούς συνόλου κανόνων οργάνωσης, λειτουργίας και ρύθμισης εταιρικής δραστηριότητας συγκεκριμένου τύπου και μορφής. Η επιλογή εταιρικού τύπου, καθ' υπέρβαση των ορίων της νομοθετικά επιτρεπτής ελεύθερης διαμόρφωσης των εταιρικών τύπων, αποτελεί, περαιτέρω, υπέρβαση της ελευθερίας άσκησης του συγκεκριμένου δικαιώματος, με σκοπό την προσωπική καταχρηστική ιδιοποίηση των ιδιαίτερων χαρακτηριστικών του, καθ' υπέρβαση κάθε φορά επιλεγέντος εταιρικού τύπου.

Η σύγκρουση συμφερόντων στις εσωεταιρικές σχέσεις της Α.Ε. λειτουργεί ανασταλτικά στην προώθηση του εταιρικού σκοπού. Η διατήρηση επιμέρους συμφερόντων αντίθετων προς το εταιρικό και η εκδήλωση της σύγκρουσης μεταξύ τους, αλλοιώνει την κατά προορισμό λειτουργία των φορέων τους, ως μέρους του εταιρικού μηχανισμού προώθησης του εταιρικού σκοπού. Με τη σύγκρουση συμφερόντων επέρχεται διάσπαση της εσωτερικής συνοχής της Α.Ε., διαταράσσονται οι σχέσεις εμπιστοσύνης και διαρρηγνύονται οι σχέσεις συνεργασίας, όπου υπάρχουν και απαιτούνται. Κατ' αποτέλεσμα, επιβραδύνεται ο ρυθμός προώθησης του εταιρικού σκοπού και συμφέροντος, ανακόπτεται η υλοποίηση των εταιρικών στόχων και πλήττεται γενικά η εύρυθμη και αποδοτική λειτουργία της Α.Ε.. Ενίοτε, δημιουργείται μια κατάσταση εσωτερικού ανταγωνισμού της εταιρίας, που ενδέχεται να φτάνει έως το σημείο υπονόμησης και βλάβης του εταιρικού συμφέροντος. Μια τέτοια βλάβη, ωστόσο, δεν πλήττει μόνο το συμφέρον της Α.Ε., αλλά και τα επιμέρους συμφέροντα των υπόλοιπων φορέων, στο βαθμό που συνδέονται και τελούν σε συγκοινωνούσα και λειτουργικής συνάφειας σχέση με αυτό. Σε κάθε περίπτωση, η σύγκρουση συμφερόντων στο εσωτερικό της Α.Ε. ασκεί αρνητική επίδραση στην οργανωτική και επιχειρησιακή λειτουργία της, με αντίκτυπο στην επιδίωξη και εκπλήρωση του εταιρικού σκοπού, είτε αυτός θεωρείται ταυτόσημος της εταιρικής δραστηριότητας είτε απώτερος αυτής σκοπός⁸⁴.

Η ρύθμιση των συγκρούσεων αυτών επιβάλλεται, προς προστασία και διαφύλαξη του εταιρικού συμφέροντος και των μερικότερων ατομικών συμφερόντων στο βαθμό που συμπίπτουν με αυτό (στενή θεώρηση) ή γενικά των συμφερόντων των παραγόντων προώθησης του εταιρικού σκοπού (ευρεία θεώρηση). Περαιτέρω, όμως, αποβλήγει στην προστασία και την ενδυνάμωση του θεσμού της Α.Ε., ως συλλογικού μορφώματος κοινωνικής και οικονομικής συμπεριφοράς προς επίτευξη υπερατομικών και ευρύτερων στόχων⁸⁵.

79. Η εταιρική σύμβαση δεν αποτελεί μια κλασική αμφοτεροβαρή σύμβαση. Τα μέλη της εταιρίας εμφανίζονται ως μέλη μιας οργανωμένης κοινότητας προσώπων και περιουσίας, με συμπίπτοντα και παράλληλα κατευθυνόμενα, στο πλαίσιο επιδίωξης ενός κοινού σκοπού, συμφέροντα, εντός πάντοτε των ορίων του εταιρικού αυτού σκοπού (βλ. *Φαρμακίδη*, Η αλληγορία του εταιρικού σκοπού, σ. 692, που αναφέρεται στην εταιρική σύμβαση ως σύμβαση σκοπού, γεγονός που ανάγει τον κοινό σκοπό σε αιτία της εταιρικής σύμβασης· βλ. και σ. 693, όπου επισημαίνεται ότι ο κοινός σκοπός προϋποθέτει σύμπτωση συμφερόντων). Καθιερύεται, λοιπόν, μια διαρκής έννομη σχέση, με οργανωτικό περιεχόμενο και λειτουργία, από την οποία ελλείπει το ανταλλακτικό στοιχείο (βλ. *Λιακόπουλο*, Έννομες σχέσεις στην ανώνυμη εταιρία από το ιδρυτικό στάδιο, Εκδ. Αντ. Ν. Σάκκουλα, Αθήνα 1982, σ. 53 επ.· *Μαρίνο Μ.-Θ.*, Δικαιώματα και υποχρεώσεις των ομορρυθμών εταιρών. Σχέσεις εταιρών και εταιρίας, σε: Ρόκα Ν.Κ. (επιμ.), Το δίκαιο των προσωπικών εταιριών, τόμ. πρώτος, Η ομόρρυθμη εταιρία, Εκδ. Νομική Βιβλιοθήκη, Έκδοση 2001, σ. 65-66 και 68· *τον ίδιο*, Απαγορεύσεις Ανταγωνισμού, σ. 125 επ.· *Μαστροκόστα*, ό.π., σ. 18· βλ. ακόμη *Μάρκου*, Η προστασία της μειοψηφίας επί μεταβιβάσεως πακέτου μετοχών, ΕλλΔνη 2001, 1226, που τη χαρακτηρίζει σύμβαση οργάνωσης αλλά και διαρκούς συνεργασίας). Έτσι, γίνεται λόγος για ιδιόμορφη αμφοτεροβαρή σύμβαση, ενόψει της ανυπαρξίας αφενός του ανταλλακτικού στοιχείου και αφετέρου του στοιχείου συμβιβασμού αντιθέτων συμφερόντων (βλ. και παραπομπές από *Λιακόπουλο*, Έννομες σχέσεις..., σ. 53, υποσημ. 46).

80. Βλ. *Paillusseau*, The Nature of the Company, σ. 28: «These interests derive from the existence of the business, and are in turn supported by it.».

81. Βλ. *Jensen/Smith*, Stockholder, Manager, and Creditor Interests: Applications of Agency Theory.

82. Βλ. *Stout*, The Mythical Benefits of Shareholder Control, ό.π., 796: «...shareholders can profit from threatening other stakeholders' interests».

83. Βλ. *Jensen M.C./Warner J.B.*, The Distribution of Power among Corporate Managers, Shareholders and Directors, Journal of Financial Economics 20 (1988), 3 επ., όπου συνοψίζονται τα πορίσματα δεκαεπτά συναφών εργασιών.

84. Βλ. *Τριανταφυλλάκη*, Το συμφέρον της επιχείρησης..., σ. 172 επ. και *Μαστροκόστα*, Η έκταση της εξουσίας..., σ. 50 επ. αντίστοιχα.

85. Βλ. *Μαρίνο*, Απαγορεύσεις Ανταγωνισμού, σ. 50.

Δ. Κρίσεις – Συμπεράσματα

Είναι προφανές ότι η συνύπαρξη φορέων αντιτιθέμενων συμφερόντων αποτελεί στοιχείο εγγενές της έννοιας της Α.Ε., ως κοινωνίας συμφερόντων. Η εκδήλωση, ωστόσο, της σύγκρουσης μεταξύ τους συνιστά, αν μη τι άλλο, φαινόμενο παθογένειας της λειτουργίας του θεσμού της, που καθίσταται πλέον πρόδηλο όσο πλησιάζουμε σε προσωποπαγείς μορφές Α.Ε..

Η Α.Ε. από τη φύση της, ως εκ του νόμου εμπορική εταιρία, προορίζεται να δραστηριοποιείται επιχειρησιακά σε ένα οικονομικό και κοινωνικό περιβάλλον με έντονο το στοιχείο του ανταγωνισμού. Το γεγονός αυτό επιβάλλει την καταβολή κάθε δυνατής προσπάθειας εκ μέρους όλων των συντελεστών παραγωγής στην Α.Ε., για την εύρυθμη και αποδοτική λειτουργία της. Η επίτευξη του εταιρικού σκοπού και η επιτυχία της λειτουργίας της Α.Ε. κρίνεται εκ του αποτελέσματος, μετά από στάθμιση του μεγέθους της επιχειρηματικής επένδυσης με το οικονομικό αποτέλεσμα της επιχειρηματικής δραστηριότητας. Η στάθμιση αυτή γίνεται στο πλαίσιο ενός εσωτερικού και κατά περίπτωση απολογισμού, ως προς το ρυθμό και το βαθμό επίτευξης του εταιρικού σκοπού και ικανοποίησης του εταιρικού συμφέροντος.

Η αναγνώριση των συμφερόντων αυτών, των φορέων τους και η ανακήρυξή τους ή μη σε έννομα, αποτελούν επιλογή του εκάστοτε νομοθέτη, που ανάλογα επιλέγει να επέμβει ή να μην επέμβει ρυθμιστικά. Η νομοθετική αυτή επιλογή είναι

κρίσιμη, καθώς η αναγνώριση ενός συμφέροντος ως εννόμου, έχει ως αποτέλεσμα την αναγωγή της αξίωσης για ικανοποίησή του σε δικαίωμα⁸⁶. Έτσι, από τη στιγμή που ο νομοθέτης επεμβαίνει τελικά υπέρ του φορέα κάποιων από τα εκπροσωπούμενα στην επιχείρηση συμφέροντα, οφείλει συγχρόνως να εξασφαλίζει και να εγγυάται τη συμβιβαστική εξισορρόπηση του συνόλου αυτών, με απώτερο σκοπό την άρση των όποιων συγκρούσεων⁸⁷. Στην περίπτωση, όμως, που η ικανοποίηση όλων των συμφερόντων που αναπτύσσονται στο εσωτερικό της Α.Ε. δεν είναι δυνατή, είναι εύλογη και σκόπιμη η πρόταξη, κατά τη διαδικασία στάθμισης αυτών, του εταιρικού συμφέροντος, όποτε και εφόσον τίθεται τέτοιο ζήτημα.

Σε κάθε περίπτωση, πέραν των εκάστοτε νομοθετικών επιλογών, ποια συμφέροντα λαμβάνονται υπόψη και ποιων συμφερόντων η ικανοποίηση προτάσσεται σε περίπτωση σύγκρουσης και στάθμισής τους, επαφίεται στη διοίκηση της Α.Ε. και εξαρτάται από τα μικροοικονομικά, μακροοικονομικά, κοινωνικά, ηθικά και άλλα κριτήρια που αυτή θέτει, για να προβεί στη σχετική επιλογή.

⁸⁶. Για τη διάκριση και σχέση μεταξύ συμφέροντος, εννόμου συμφέροντος και δικαιώματος, βλ. *Δρυλληράκη*, Συγκρούσεις συμφερόντων στην ΑΕ..., σ. 169-170.

⁸⁷. Βλ. *Paillusseau*, *The Nature of the Company*, σ. 39.

ΝΟΜΟΛΟΓΙΑ

ΑΣΤΙΚΟ ΔΙΚΑΙΟ

ΓΕΝΙΚΕΣ ΑΡΧΕΣ

Άρειος Πάγος (Α΄ 1 Τμήμα) Αριθμ. 776/2013

Προεδρεύων: **Β. Λυκούδης**, Αντιπρόεδρος ΑΠ
Εισηγητής: **Μ. Αυγουλήας**, Αρεοπαγίτης
Δικηγόροι: **Φ. Κρεμμύδας – Μ. Καρανικόλα**

Άμεση και έμμεση αντιπροσώπευση. Διαφορές. Έννοια «φαινομένου πληρεξουσιότητας». Πότε στοιχειοθετείται. Προϋποθέσεις και έκταση προστασίας όσων συναλλήσσονται με φαινόμενο πληρεξούσιο.

Ενοχή εις ολόκληρον. Οι ειδικοί ερμηνευτικοί κανόνες του άρθρου 480 ΑΚ. Ερμηνεία δήλωσης βουλήσεως. Πότε παραβιάζονται οι ερμηνευτικοί κανόνες των άρθρων 173 και 200 ΑΚ. Οι ως άνω διατάξεις αλληλοσυμπληρώνονται. Έννοια καλής πίστης και χρηστών ηθών. Κριτήρια που λαμβάνει υπόψη του το δικαστήριο κατά την ερμηνεία. Οι σχετικοί ισχυρισμοί των διαδίκων δεν είναι δεσμευτικοί.

Διατάξεις: ΑΚ 173, 200, 211, 224, 480, 481, 482

[...Β) Από τη διάταξη του άρθρου 211 ΑΚ κατά την οποία, δήλωση βουλήσεως από κάποιον (αντιπρόσωπο) στο όνομα άλλου (αντιπροσωπευμένου) μέσα στα όρια της εξουσίας αντιπροσωπεύσεως ενεργεί αμέσως υπέρ και κατά του αντιπροσωπευμένου. Το αποτέλεσμα δε τούτο επέρχεται, είτε η δήλωση γίνει ρητά στο όνομα του αντιπροσωπευμένου, είτε συνάγεται από τις περιστάσεις. Στην περίπτωση αυτή, υποκεί-

μενο της δημιουργουμένης έννομης σχέσης από την ενέργεια του αμέσως αντιπροσώπου είναι ο αντιπροσωπευόμενος, ο οποίος και μόνον δεσμεύεται από τις επιχειρούμενες στο όνομά του πράξεις υπό του πρώτου. Αντιθέτως επί εμμέσου αντιπροσωπείας υποκείμενο της έννομης σχέσης που δημιουργείται από την ενέργεια του εμμέσου αντιπροσώπου είναι αυτός ο ίδιος (ο αντιπρόσωπος) και όχι ο αντιπροσωπευόμενος, ο οποίος (αντιπρόσωπος) με βάση και μόνο την εσωτερική σχέση που τον συνδέει με τον κύριο των υποθέσεων υποχρεώνεται να μεταφέρει τα επελθόντα στο πρόσωπο του αποτελέσματα με χωριστές μεταβιβαστικές πράξεις στον εμμέσως υπ' αυτού αντιπροσωπευόμενο. Η έμμεσος δηλαδή αντιπροσωπεία αποτελεί αντιπροσώπευση συμφερόντων, ενέργεια δηλαδή άλλου και όχι αντιπροσωπεία του άρθρου 211 ΑΚ. Συνεπώς στην περίπτωση εμμέσου αντιπροσωπείας παθητικώς νομιμοποιούμενος διάδικος είναι ο έμμεσος αντιπρόσωπος και όχι ο αντιπροσωπευόμενος, καθ' όσον η επίδραση των κατά τα άνω επιχειρουμένων υπ' αυτού πράξεων στην έννομη σφαίρα του κυρίου των υποθέσεων (αντιπροσωπευμένου) είναι έμμεση και όχι άμεση. Περαιτέρω από το συνδυασμό της πιο πάνω διάταξης με εκείνη του άρθρου 224 του ίδιου Κώδικα, προκύπτει, ότι σε ορισμένες περιπτώσεις, μοιλονότι δεν υπάρχει πληρεξουσιότητα, εν τούτοις κρίνεται άξια προστασίας η εμπιστοσύνη του τρίτου στην ύπαρξή της. Με βάση τις ανωτέρω διατάξεις και την αρχή της εμπιστοσύνης, διαπλάσθηκε η έννοια της «φαινομένου πληρεξουσιότητας». Πρόκειται για την περίπτωση που ο αντιπροσωπευόμενος, δεν παρέσχε μεν πληρεξουσιότητα ή την είχε παράσχει μεν κατά το παρελθόν, στη συνέχεια όμως την ανακάλεσε και ούτε ανέχθηκε, ούτε γνώριζε τη συμπεριφορά του φερόμενου «αντιπροσώπου» του, όμως θα μπορούσε να την γνωρίζει και να την είχε εμποδίσει, αν επιδείκνυε την επιβαλλόμενη στις συναλλαγές

επιμέλεια, ενώ από την άλλη πλευρά, ο συναλλιλαχθείς τρίτος δικαιούται, με βάση την καλή πίστη και τις αντιλήψεις των συναλλιλαγών, να πιστέψει ευλόγως, ότι στον εμφανιζόμενο ως αντιπρόσωπο, έχει παρασχεθεί πληρεξουσιότητα. Προς τούτο όμως απαιτείται, διαρκής ή επαναλαμβανόμενη συμπεριφορά του φερομένου «αντιπροσώπου» και καλή πίστη στο πρόσωπο του συναλλιλαγέντος τρίτου. Ο τελευταίος δε δεν προστατεύεται, αν γνώριζε την έλλειψη της πληρεξουσιότητας ή την αγνοούσε συνεπεία αμελείας. Εφόσον συντρέχουν οι παραπάνω προϋποθέσεις, καταλογίζεται στον «αντιπροσωπευόμενο», ότι με τη συμπεριφορά του δημιούργησε στους τρίτους, την εύλογη πεποίθηση για την ύπαρξη πληρεξουσιότητας και αν πρόκειται για σύμβαση, αυτή θεωρείται καταρτισθείσα, μέσω του «κατά φαινόμενο πληρεξουσίου», ο συναλλιλαχθείς δε τρίτος, έχει στην περίπτωση αυτή κατά του αντιπροσωπευόμενου, τις αξιώσεις που πηγάζουν από τέτοια σύμβαση. Δηλαδή και στην περίπτωση αυτή, ευθύνεται από τη σύμβαση μόνο ο αντιπροσωπευόμενος.

Γ) Σύμφωνα με την ΑΚ 480, «αν περισσότεροι οφείλουν διαιρετή παροχή ή αν περισσότεροι έχουν δικαίωμα σε διαιρετή παροχή, σε περίπτωση αμφιβολίας κάθε οφειλέτης έχει την υποχρέωση να καταβάλει και κάθε δανειστής έχει δικαίωμα να λάβει ίσο μέρος». Η διάταξη περιέχει δύο ερμηνευτικούς κανόνες: Με τον πρώτο αν αντικείμενο της ενοχής με περισσότερα υποκείμενα είναι διαιρετή παροχή, σε περίπτωση αμφιβολίας η ενοχή είναι διαιρεμένη. Το ζήτημα του είδους της ενοχής που υπάρχει σε κάθε συγκεκριμένη περίπτωση κρίνεται από τον γενεσιουργό λόγο της, δηλαδή είτε με βάση τη δικαιοπραξία που τη δημιούργησε (π.χ. σύμβαση), είτε τον νόμο που την προβλέπει. Όταν, ούτε από τη δικαιοπραξία (από τη βούληση των μερών), ούτε από τον νόμο προκύπτει σαφώς κάτι το διαφορετικό, δηλαδή ότι η ενοχή είναι εις ολόκληρον, εφαρμόζεται η ΑΚ 480 και η ενοχή είναι διαιρεμένη. Κατά τον δεύτερο ερμηνευτικό κανόνα όταν υπάρχει διαιρεμένη ενοχή, σε περίπτωση αμφιβολίας όλοι οι δανειστές δικαιούνται και όλοι οι οφειλέτες οφείλουν ίσα τμήματα από την παροχή. Η σύμμετρη, λοιπόν, διαίρεση της παροχής προϋποθέτει ότι δεν προκύπτει κάτι άλλο από το γενεσιουργό λόγο της διαιρεμένης παροχής. Εξάλλου η παθητική ενοχή εις ολόκληρον (Α.Κ. 481, 482) δημιουργείται είτε με σαφή δήλωση των συμβαλλομένων, είτε από το νόμο. Μπορεί λοιπόν, ιδρυτικός λόγος παθητικής ενοχής εις ολόκληρον να είναι, είτε μονομερής δικαιοπραξία, είτε σύμβαση ανάμεσα στον δανειστή και στους περισσότερους οφειλέτες. Σε κάθε περίπτωση πρέπει να προκύπτει σαφώς, έστω και σιωπηρά, από τη δικαιοπραξία η βούληση των δικαιοπρακτούντων για δημιουργία παθητικής ενοχής εις ολόκληρον. Εφόσον αυτό δεν συνάγεται με σαφήνεια, εφαρμόζεται ο ερμηνευτικός κανόνας του άρθρου 480 ΑΚ, και υπάρχει διαιρεμένη ενοχή, και

Δ) Οι γενικοί ερμηνευτικοί κανόνες των άρθρων 173 και 200 του Α.Κ., εφαρμόζονται σε κάθε περίπτωση που το δικαστήριο της ουσίας κατά την αναιρετικώς ανέλεγκτη κρίση του, διαπιστώνει ότι υφίσταται κενό στη σύμβαση ή ότι γεννιέται αμφιβολία για την έννοια των δηλώσεων βουλήσεως. Παραβιάζονται δε οι κανόνες αυτοί όταν το δικαστήριο, παρά τη διαπίστωση έστω και έμμεσα, της υπάρξεως κενού ή αμφιβολίας σχετικά με την έννοια της δηλώσεως βουλήσεως, παραλείπει να προσφύγει σ' αυτούς, για την (ερμηνευτική) αποσαφήνιση του νοηματικού περιεχομένου της δικαιοπρακτικής δηλώσεως βουλήσεως ή να παραθέσει στην απόφασή του τα πραγματικά στοιχεία από τα οποία προκύπτει η εφαρμογή τους ή προβαίνει σε κακή εφαρμογή τους, με την έννοια ότι το πόρισμα, στο οποίο κατέληξε μετά από ερμηνεία της δικαιοπραξίας, δεν είναι σύμφωνο με την καλή πίστη και τα συναλλιλακτικά ήθη (Ολ. ΑΠ 26/2004). Οι διατάξεις των ως άνω άρθρων αποσκοπούν στην ερμηνεία της δήλωσης βούλησης και κάθε μια από αυ-

τές συμπληρώνει την άλλη. Η πρώτη εξαίρει το υποκειμενικό στοιχείο της δήλωσης, δηλαδή την άποψη του δηλούντος και απαιτεί η ερμηνεία να μην προσκολλητάται στις λέξεις της δήλωσης αλλά να αναζητεί την αληθινή βούληση του δηλούντος, η δε δεύτερη εξαίρει το αντικειμενικό στοιχείο, δηλαδή την άποψη των συναλλιλαγών και επιβάλλει η δήλωση να ερμηνεύεται όπως απαιτεί η καλή πίστη, για τον προσδιορισμό της οποίας και μόνο θα πρέπει να ληφθούν υπόψη τα συναλλιλακτικά ήθη. Καλή πίστη είναι η συμπεριφορά που επιβάλλεται στις συναλλιλαγές κατά την κρίση χρηστού και εξέφρονος ανθρώπου και νοείται αντικειμενικά, ενώ συναλλιλακτικά ήθη είναι οι συνθησμένες, στις συναλλιλαγές τρόποι ενέργειας. Για τη διαμόρφωση της σχετικής κρίσης, το δικαστήριο λαμβάνει υπόψη, με διαφορετική κατά περίπτωση βαρύτητα, τα συμφέροντα των μερών και κυρίως εκείνου από αυτά, το οποίο αποβλέπει να προστατεύσει ο ερμηνευόμενος όρος, τον δικαιοπρακτικό σκοπό, τις συνθήκες και τις λοιπές τοπικές, χρονικές και άλλες συνθήκες, υπό τις οποίες έγιναν οι δηλώσεις βούλησης των συμβαλλομένων καθώς και τη φύση της σύμβασης. Έτσι, κάθε δήλωση βούλησης, θα πρέπει να ληφθεί με την έννοια που απαιτεί στη συγκεκριμένη περίπτωση η συναλλιλακτική ευθύτητα και κατά τους κανόνες της οποίας θα μπορούσε να γίνει αντιληπτή η δήλωση βούλησης και από τον τρίτο. Ωστόσο, το δικαστήριο, όταν ερμηνεύει, κατά τις αρχές της καλής πίστης, λαμβάνοντας υπόψη του και τα συναλλιλακτικά ήθη, τη δήλωση βούλησης, δεν είναι ανάγκη να αναλύσει και εξειδικεύσει τις αρχές αυτές ή τα συναλλιλακτικά ήθη και δεν δεσμεύεται στην κρίση του από τους ισχυρισμούς των διαδίκων, όταν είναι απλά επιχειρήματα, χωρίς να οδηγούν υποχρεωτικά στην παραδοχή της προβαλλόμενης ερμηνευτικής άποψης [...]

Στην προκειμένη περίπτωση, το δευτεροβάθμιο δικαστήριο, με την προσβαλλόμενη απόφασή του, όπως απ' αυτήν προκύπτει, μετά από συνεκτίμηση των αποδεικτικών στοιχείων που αναφέρει, δέχτηκε κατά την ανέλεγκτη κρίση του, ως αποδειχθέντα τα εξής: Ο ενάγων, από το έτος 2000, δραστηριοποιείται επιχειρηματικά στην Αλβανία στον χώρο των πετρελίων αλλά και των κατασκευών με την αγορά και αποπεράτωση πενταόροφου κτιρίου πολυτελούς κατασκευής στα Τίρανα. Τον Ιούλιο του 2004, επειδή η Κυβέρνηση της Αλβανίας ψήφισε νόμο με τον οποίο επιτρεπόταν η λειτουργία ιδιωτικών καζίνο στην Αλβανία, οι επιχειρηματικοί συνεργάτες του στην Αλβανία, Β. Σ. και Β. Α., κύριος μέτοχος και Γενικός Διευθυντής της εταιρίας ..., η οποία διέθετε πολυτελές κτίριο στο πάρκο ... των Τιράνων, κατάλληλο για λειτουργία καζίνο, του ζήτησαν να εξεύρει στρατηγικό επενδυτή στην Ελλάδα, διότι γνώριζαν τις στενές φιλικές σχέσεις που διατηρούσε ο ενάγων με την οικογένεια Λ. που δραστηριοποιείτο στον χώρο των καζίνο και ειδικά με τον 1^ο εναγόμενο, προκειμένου να συσταθεί ένα μικτό Ελληνοαλβανικό επιχειρηματικό σχήμα, το οποίο θα συμμετείχε στο διαγωνισμό που θα προκήρυσσε ο Αλβανικό Δημόσιο για τη χορήγηση μιας άδειας λειτουργίας και εκμετάλλευσης καζίνο στην περιοχή των Τιράνων. Πράγματι τον Ιούλιο του 2004 ο ενάγων ήλθε σε επαφή με τον πρώτο εναγόμενο, προσωπικό του φίλο και μέτοχο στην 3η εναγόμενη του υπέδειξε την ανωτέρω ευκαιρία επιχειρηματικής δραστηριοποίησής του σε επιχείρηση καζίνο στην Αλβανία και του παρουσίασε τους βασικούς όρους συνεργασίας των δύο επιχειρηματικών μερών και τον τρόπο συμμετοχής κάθε πλευράς στην επένδυση στην περίπτωση που το προτεινόμενο από τον ενάγοντα επιχειρηματικό σχήμα ανακηρυσσόταν ανάδοχος στον πιο πάνω διαγωνισμό. Σύμφωνα με αυτό, σε περίπτωση που το προτεινόμενο από τον ενάγοντα επιχειρηματικό σχήμα επιλεγόταν ως ανάδοχος στο διαγωνισμό για τη χορήγηση της άδειας καζίνο, οι μεν επενδυτές της αλβανικής πλευράς θα αναλάμβαναν την υποχρέωση να διαθέσουν το πιο πάνω κτίριο ιδιοκτησίας της εταιρείας ..., προκειμένου

να λειτουργήσει σε αυτό το καζίνο καθώς και να διασφαλίσουν τις απαραίτητες χρήσεις του ακινήτου για τη διατήρηση της άδειας αυτής, οι δε επενδυτές της ελληνικής πλευράς (1ος, 2η και 3η των εναγομένων) θα κάλυπταν το κόστος της άδειας, της διαμόρφωσης του χώρου του καζίνο και της προμήθειας του απαραίτητου εξοπλισμού (συνολικό κόστος περίπου 16.000.000 ευρώ). Το αντάλλαγμα της ελληνικής πλευράς για την πιο πάνω συνεισφορά θα συνίστατο, με βάση το σχέδιο του ενάγοντος, στο 51% των μετοχών της εταιρείας που θα συμμετείχε στο διαγωνισμό και θα επιλεγόταν ως ανάδοχος καθώς και στη διαχείριση (management) και την καθημερινή διαχείριση του εν λόγω επιχειρηματικού σχήματος, το δε υπόλοιπο 49% θα ελάμβαναν οι εταιρείες της αλβανικής πλευράς ... και ... (22% και 15% αντίστοιχα), συμφερόντων, Β. Σ. καθώς και η εταιρεία ..., συμφερόντων του ενάγοντος, με ποσοστό 12%. Οι παραπάνω όροι αποτέλεσαν το περιεχόμενο του από 5/7/2004 μνημονίου συνεργασίας Νο. 1, το οποίο ο ενάγων απέστειλε στον 1° εναγόμενο προσωπικά. Στο ίδιο έγγραφο περιελήφθη όρος (αριθ. 4 στοιχ. β'), κατά τον οποίο ο «Επενδυτής» ήτοι ο 1ος εναγόμενος ως εκπρόσωπος του Ομίλου των εταιρειών Λ. και της 3ης εναγόμενης, που, όπως ήδη ελέχθη, δραστηριοποιούνται στον χώρο της επιχείρησης των καζίνο, μετά την εξασφάλιση της οριστικής άδειας από τους επιχειρηματίες της Αλβανικής πλευράς, ανελάμβανε την υποχρέωση να καταθέσει σε λογαριασμό που θα υποδείξει ο Ε. Δ. το ποσό του ενός εκατομμυρίου δολαρίων ΗΠΑ. Σε απάντηση του αποσταλέντος από τον ενάγοντα ανωτέρω μνημονίου συνεργασίας, ο 1ος εναγόμενος έστειλε στον ενάγοντα την από 7/7/2004 απαντητική επιστολή, στην οποία αναγράφονται τα εξής: α) Ότι από 15 χρόνια ήδη, ο ίδιος δεν ενεργεί για ατομικό του λογαριασμό σε καμία υπόθεση επιχειρηματική, β) Ότι σε αυτή τη φάση το μόνο που μπορεί να δεχτεί είναι μία αναγνωριστική επίσκεψη στα Τίρανα με συνοδεία δύο ατόμων της ..., γ) Ότι αν υπάρξει κατοπινό σοβαρό ενδιαφέρον από μεριά της ... τότε θα προβούν σε συμφωνία, δ) Ότι καμία πληρωμή χωρίς τιμολόγια δεν θα είναι εφικτή και ότι πληρωμή προμήθειας ή αμοιβής θα είναι αποδεκτή μόνο αφού λειτουργήσει επιτυχώς η νέα επιχείρηση και όχι με τη λήψη κάποιου χαρτιού άδειας. Στη συνέχεια ο ενάγων απέστειλε στον 1° εναγόμενο αυθημερόν (7/7/2004) επιστολή, στην οποία αναφέρει: α) Ότι συμφωνεί με τις παρατηρήσεις που ο 1ος εναγόμενος έχει κάνει, β) Ότι επειδή ο ίδιος (ο ενάγων) είχε μια πιο σαφή αντίληψη των πραγμάτων, ήταν σίγουρος ότι μετά την επίσκεψη στην Αλβανία, και η εκτίμηση του 1ου εναγόμενου για τις πιθανότητες επιτυχίας της επένδυσης θα ήταν διαφορετική. Περαιτέρω αποδείχθηκε ότι το πιο πάνω διερευνητικό ταξίδι στα Τίρανα του 1ου εναγόμενου, ο οποίος συνοδεύονταν από τον Πρόεδρο και Διευθύνοντα Σύμβουλο της 3ης εναγομένης Γ. Γ. και τον νόμιμο εκπρόσωπο με απόφαση του Δ.Σ. αυτής Ν. Δ., έλαβε χώρα στις 14/7/2004. Κατά το ταξίδι αυτό, οι ανωτέρω εκπρόσωποι των επενδυτών της ελληνικής πλευράς, είδαν πρώτα τον χώρο και τις εγκαταστάσεις του κτιρίου τις οποίες έκριναν κατάλληλες για την λειτουργία του καζίνο, με την μεσολάβηση του ενάγοντος και με την διαρκή παρουσία του ενάγοντος, επακολούθησαν απευθείας επαφές και διαπραγματεύσεις μεταξύ της ελληνικής πλευράς εκπροσωπούμενης από τον 1° εναγόμενο, αφενός και των επιχειρηματιών της αλβανικής πλευράς αφετέρου, οι οποίες κατέληξαν σε οριστική συμφωνία με το επενδυτικό σχήμα που είχε προτείνει ο ενάγων ήτοι οι επενδυτές της ελληνικής πλευράς πήραν 51% και οι επενδυτές της αλβανικής πλευράς το 49%, και έτσι υπεγράφη το από 5-10-2004, (όπως η ημερομηνία αυτή, διορθώθηκε από την εσφαλισμένη 5-1-2004, με την 3895/2012 απόφαση του ίδιου δικαστηρίου) μνημόνιο συνεργασίας μεταξύ των Ελλήνων επενδυτών ήτοι της 4ης εναγόμενης, στην οποία μετείχαν η 2η και 3η των εναγομένων και των Αλβανών επιχειρη-

ματιών. Στην συνέχεια στις 18/11/2004 συστήθηκε η εταιρεία «... SHA» που θα συμμετείχε στο διαγωνισμό, στην οποία μετείχε κατά 51% η 4η εναγόμενη εταιρεία «... S.A.» και κατά 49% οι Αλβανικές εταιρείες ..., ... και η εταιρεία συμφερόντων του ενάγοντος ... με ποσοστά 22%, 15% και 12% αντίστοιχα. Τελικά με την επιμέλεια και τον συντονισμό των διαδικασιών στην Αλβανία από τον ενάγοντα και αφού ολοκληρώθηκε η διαδικασία του ως άνω διεθνούς διαγωνισμού ανακηρύχθηκε ανάδοχος η ανωτέρω συσταθείσα στις 18/11/2004 εταιρεία, στην οποία χορηγήθηκε η υπ' αριθμ. 01/29.06.2005 άδεια λειτουργίας και αφού διαμορφώθηκαν οι χώροι του κτιρίου, η επιχείρηση καζίνο άρχισε να λειτουργεί την 01.12.2005. Στις 16/1/2006 αφού είχαν περάσει 45 ημέρες επιτυχούς λειτουργίας του καζίνο, προϋπόθεση που είχε θέσει ο 1ος εναγόμενος με την από 7/7/04 επιστολή του, ως προς την καταβολή της αμοιβής του ενάγοντος, ο ενάγων απέστειλε επιστολή στον 1ο εναγόμενο με την οποία του ζήτησε να καθορίσει τον τρόπο και τον χρόνο καταβολής της συμφωνημένης αμοιβής του, πήλν όμως ο 1ος εναγόμενος με την από 26/1/2006 επιστολή του, αρνήθηκε την καταβολή της αμοιβής του ενάγοντος ισχυριζόμενος ότι δεν υπήρχε συμφωνία καταβολής αμοιβής. Από το σύνολο όμως του αποδεικτικού υλικού και ειδικότερα από την διατύπωση και το περιεχόμενο της από 7/7/2004 επιστολής του 1ου εναγόμενου προς τον ενάγοντα, ερμηνευομένης αυτής, όπου υπάρχει ασάφεια ως προς την ύπαρξη συμφωνίας για αμοιβή του ενάγοντος και το ύψος αυτής κατ' εφαρμογή των διατάξεων των άρθρων 173, 200 και 288 Α.Κ., ως απαιτεί η καλή πίστη και τα χρηστά συναλλακτικά ήθη, αποδείχθηκε ότι ο 1ος εναγόμενος ο οποίος ενεργούσε ατομικά αλλά και κατά δήλωσή του ως εκπρόσωπος των λοιπών συνεναγομένων του εταιρειών, καθόσον ρητά αναφέρει στην επιστολή του ότι «από 15 χρόνια δεν ενεργώ για ατομικό μου λογαριασμό σε καμία υπόθεση επιχειρηματική», αλλά και με την συμπεριφορά του καθ' όλη την διάρκεια των διαπραγματεύσεων, δημιούργησε ευλόγως την πεποίθηση στον ενάγοντα ότι ενεργεί και ως εκπρόσωπος των λοιπών εταιρειών, συμφώνησε στην καταβολή αμοιβής στον ενάγοντα για την ανωτέρω υπόδειξη ευκαιρίας και για την μεσολάβησή του στην ευόδωση της επιχειρηματικής επενδύσεως για την λειτουργία του καζίνο στα Τίρανα, υπό την αίρεση της επιτυχούς λειτουργίας αυτού και όχι με την λήψη της άδειας λειτουργίας (όπως είχε προτείνει ο ενάγων). Το Δικαστήριο άγεται στην κρίση αυτή από τις σαφείς και κατηγορηματικές καταθέσεις των μαρτύρων αποδείξεως που περιέχονται στα ταυτάριθμα με την εκκαλούμενη στα πρακτικά καθώς και στις υπ' αριθ. 8374/2007 και 3772/2007 έννομες βεβαιώσεις, οι οποίοι ήταν παρόντες στις διαπραγματεύσεις μεταξύ Ελλήνων και Αλβανών επιχειρηματιών και οι οποίοι ρητά καταθέτουν για την ύπαρξη συμφωνίας του ενάγοντος και του 1ου εναγόμενου που εκπροσωπούσε τις λοιπές εταιρείες, περί αμοιβής του ενάγοντος για την ανωτέρω διαμεσολάβησή του και ότι οι εναγόμενοι επιβεβαίωσαν την συμφωνία αυτή και το ύψος της συμφωνηθείσας αμοιβής. Οι ανωτέρω καταθέσεις δεν αναιρούνται, αλλά αντιθέτως επιβεβαιώνονται από την κατάθεση του επ' ακροατηρίου εξετασθέντος μάρτυρα ανταπόδειξης ο οποίος καταθέτει ότι: «... ο κ. Δ. ήταν ο μοχλός που πήγαμε στην Αλβανία ... χωρίς εκείνον δεν ξέραμε ότι οι Αλβανοί είχαν προκηρύξει διαδικασία να χορηγήσουν άδεια καζίνο ...» και περαιτέρω καταθέτει: «... στην Αλβανία έγινε συζήτηση, μετά από αίτημα του κ. Δ. ο οποίος ... παρουσία μου (ρώτησε) τον κ. Λ. τι θα γίνει με το εκατομμύριο μου; ... Η απάντηση του κ. Λ. ήταν η ίδια ... Άσε να λειτουργήσουμε και μετά θα δούμε ...». Ο ισχυρισμός των εναγομένων ότι δεν είχε συμφωνηθεί αμοιβή του ενάγοντος για την ανωτέρω διαμεσολάβησή του και ότι ο ίδιος ενήργησε για την ευόδωση του προταθέντος επενδυτικού σχήματος αποκλειστικά και μόνο διότι είχε προσωπικό επιχειρηματικό όφελος λό-

γω της συμμετοχής κατά ποσοστό 12% της εταιρείας ... δικών του συμφερόντων στο επενδυτικό σχήμα, δεν αποδείχθηκε αναιρούμενος από το σύνολο του αποδεικτικού υλικού προσκόπτως συνεκτιμώμενου και επομένως είναι απορριπτέος. Εξάλλου το ποσοστό 12% της συμμετοχής του ενάγοντος στην επένδυση με την εταιρεία ... συμπεριλαμβάνεται στο 49% της αλβανικής πλευράς και όπως αποδείχθηκε αφορούσε εσωτερική ρύθμιση οικονομικών διαφορών του ενάγοντος με την αλβανική πλευρά και ουδεμία σχέση είχε με την συμφωνηθείσα με την ελληνική πλευρά αμοιβή του λόγω της υπόδειξης της ευκαιρίας και την διαμεσολάβηση του στην ευόδωση της επενδύσεως. Επομένως το πρωτοβάθμιο Δικαστήριο το οποίο έκρινε ότι δεν συνομολογήθηκε αμοιβή του ενάγοντος για την ανωτέρω υπόδειξη και διαμεσολάβηση του ενάγοντος και απέρριψε την αγωγή ως αβάσιμη κατ' ουσίαν έσφαλλε περί την εκτίμηση των αποδείξεων, όπως βάσιμα παραπονείται ο ενάγων με τους σχετικούς λόγους εφέσεώς του οι οποίοι και πρέπει να γίνουν δεκτοί ως βάσιμοι κατ' ουσίαν». Στη συνέχεια το Εφετείο δέχτηκε ότι η συμφωνημένη αμοιβή του ενάγοντα ήταν το ποσό του 1.000.0000 δολαρίων ΗΠΑ. Ακολούθως, αφού δέχτηκε, ως εν μέρει κατ' ουσίαν βάσιμη την επικουρική ως προβληθείσα ένσταση των εναγομένων για το ότι η αμοιβή του ενάγοντα ήταν δυσανάλογα μεγάλη, μείωσε αυτήν στο ποσό των 450.000 δοληαρίων ΗΠΑ και αναγνώρισε ότι οι εναγόμενοι οφείλουν να καταβάλουν καθένας εις ολόκληρο το ισόποσο της αμοιβής αυτής, κατά την ημέρα της πληρωμής, με το νόμιμο τόκο από την επίδοση της αγωγής. Με τις κρίσεις του αυτές το Εφετείο, παραβίασε ευθέως, με εσφαλημένη ερμηνεία και εφαρμογή, τις προδιαληφθείσες ουσιαστικού δικαίου διατάξεις, αλλήλα και εκ πλαγίου στερώντας την απόφασή του της νόμιμης βάσης. Τούτο διότι, αφενός τα πραγματικά περιστατικά που δέχεται ως αποδειχθέντα, δεν στηρίζουν τη διαγνωσθείσα έννομη συνέπεια, αφετέρου, με ασαφείς, αντιφατικές και ανεπαρκείς αιτιολογίες κατέστησε ανέφικτο τον αναιρετικό έλεγχο για την ορθότητα εφαρμογής των, ως άνω, διατάξεων. Ειδικότερα: 1) δέχεται μεταξύ των εναγομένων υφίσταται παθητική εις ολόκληρο ενοχή και τους υποχρεώνει εις ολόκληρο μετ' αυτού να πληρώσουν τη συμφωνηθείσα μεριστική αμοιβή, αν και από τις διατάξεις, που ρυθμίζουν τη συνδέουσα τους διαδίκους έννομη σχέση (σύμβαση μεσιτείας) δεν καθιερώνεται, σε περίπτωση περισσοτέρων αντισυμβαλλομένων του μεσίτη, παθητική σε ολόκληρο ενοχή. Ούτε άλλωστε, δέχεται ότι, η σχέση αυτή ήταν αποτέλεσμα είτε αναμφισβήτησης δήλωσης όλων των εναγομένων (μονομερής δικαιοπραξία), είτε συμφωνίας όλων των εμπλεκόμενων προσώπων (σύμβαση). 2) δέχεται ότι ο πρώτος εναγόμενος ενεργούσε ατομικώς και ως εκπρόσωπος των λοιπών εναγομένων και κατέληξε ότι ευθύνεται και αυτός, μετά των λοιπών για την καταβολή της αμοιβής. Οι επί μέρους, όμως αυτές παραδοχές, με τις οποίες φέρεται να ενέχεται ο α' εναγόμενος υπό διπλή ιδιότητα (του ενεργούντος αποκλειστικά για τον εαυτό του και ως αντιπρόσωπος των λοιπών), είναι αντιφατικές, αφού η μια αποκλείει την άλλη. Τούτο διότι, στην πρώτη περίπτωση ευθύνεται αυτός και μόνο, ενώ στη δεύτερη, που φέρεται να ενήργησε ως αντιπρόσωπος ευθύνονται οι λοιποί, ως υποκείμενα της δημιουργηθείσας, με τις ενέργειες αυτού, έννομης σχέσης, αποκλειομένης της μετ' αυτών ευθύνης του, 3) δέχεται ότι ο πρώτος εναγόμενος ενεργούσε «υπό φαινομένη πληρεξουσιότητα», εκπροσωπώντας τους λοιπούς ομοδικούς τους, κατά την κατάρτιση της σύμβασης μεσιτείας, υποχρεώνοντας τους τελευταίους στην καταβολή της μεριστικής αμοιβής, χωρίς όμως να δέχεται ότι οι φερόμενοι ως αντιπροσωπευόμενοι, γνώριζαν ή έστω ότι ήταν δυνατόν να γνωρίζουν τις ενέργειές του αυτές και δεν τις εμπόδισαν, κατά παράβαση της επιβαλλομένης στις συναλλαγές επιμέλειας (προϋπόθεση απαραίτητη για ενέχονται από τη σύμβαση μεσιτείας), και 4) για το ύψος της

συμφωνημένης αμοιβής, δέχτηκε ασάφεια των σχετικών δηλώσεων των βουλήσεων των συμβαλλομένων και προς αποσαφήνιση αυτών, προέβη στον προσδιορισμό της, κατ' εφαρμογή, όπως αναφέρει, των διατάξεων των άρθρων 173 και 200 ΑΚ, και κατέληξε ότι η συμφωνημένη αμοιβή ήταν 1.000.000 δολάρια ΗΠΑ. Παρά όμως, την εφαρμογή των κανόνων αυτών, οι αιτιολογίες είναι ανεπαρκείς, καθόσον, για το σχηματισμό της κρίσης του αυτής, δεν παραθέτει πραγματικά στοιχεία από τα οποία να προκύπτουν: α) αν για τη συγκεκριμένη υπόδειξη ευκαιρίας εκ μέρους του αναιρεσιβλήτου, κατά τις συνηθισμένες περιστάσεις οφείλεται αμοιβή ή αν ο αναιρεσιβλήτος είναι επαγγελματίας μεσίτης και β) τα συμφέροντα των μερών, ο δικαιοπρακτικός σκοπός, οι συνθήκες και οι λοιπές τοπικές, χρονικές και άλλες συνθήκες υπό τις οποίες έγιναν οι δηλώσεις βουλήσεως, έτσι ώστε να μπορεί να ελεγχθεί αν το πόρισμα που κατέληξε για το συγκεκριμένο ζήτημα, είναι ή όχι σύμφωνο με τις αρχές της καλής πίστης και των χρηστών ηθών. Κατά συνέπεια, οι υπό στοιχεία 1ος, 2ος, 3ος, 4ος και 5ος λόγοι της κρινόμενης αίτησης, όσον αφορά τις πλημμέλειες από τους αρ. 1 και 19 του άρθρου 559 ΚΠολΔ, είναι βάσιμοι...]

ΕΝΗΜΕΡΩΤΙΚΟ ΣΗΜΕΙΩΜΑ

Η ενοχική σχέση κατά κανόνα καταλαμβάνει έναν δανειστή και έναν οφειλέτη (άρθρ. 287 ΑΚ). Δεν αποκλείεται όμως να μετέχουν στην ενοχή είτε από την πλευρά του δανειστή (ενεργητική πολυπρόσωπη ενοχή) είτε από την πλευρά του οφειλέτη (παθητική πολυπρόσωπη ενοχή) είτε και από τις δύο πλευρές (αμφιμερώς πολυπρόσωπες ενοχές) περισσότερα πρόσωπα (βλ. αντί άλλων Σταθόπουλο, Γενικό Ενοχικό Δίκαιο, 2004, § 26 αρ. 1 επ.: Γιαννόπουλο, σε Γεωργιάδη ΣΕΑΚ, Εισαγ. στα άρθρ. 480-495 ΑΚ). Ο ΑΚ στις διατάξεις των άρθρων 480-495 ΑΚ ρυθμίζει τις εξής μορφές πολυπρόσωπων ενοχικών σχέσεων: τη διαιρεμένη ενοχή (ή διαιρετή) ενοχή (άρθρ. 480 ΑΚ), την ενοχή εις ολόκληρον, η ρύθμιση της οποίας διακρίνεται μεταξύ παθητικής εις ολόκληρον ενοχής (άρθρ. 481-488 ΑΚ) και ενεργητικής εις ολόκληρον ενοχής (άρθρ. 489-493 ΑΚ) και γ) την αδιαίρετη παροχή (άρθρ. 494-495 ΑΚ).

Η δημοσιευόμενη απόφαση ακολουθεί την πάγια σε θεωρία και νομολογία άποψη, σύμφωνα με την οποία η διάταξη του άρθρου 480 ΑΚ («αν περισσότεροι οφείλουν διαιρετή παροχή, σε περίπτωση αμφισβήτησης κάθε οφειλέτης έχει την υποχρέωση να καταβάλει και κάθε δανειστής έχει δικαίωμα να λάβει ίσο μέρος») περιέχει δύο ερμηνευτικούς κανόνες: Σύμφωνα με τον πρώτο, αν αντικείμενο της ενοχής με περισσότερα υποκείμενα είναι διαιρετή παροχή, σε περίπτωση αμφισβήτησης η παροχή είναι διαιρεμένη και όχι εις ολόκληρον. Αυτό σημαίνει ότι με την ως άνω διάταξη καθιερώνεται η αρχή της διαιρεμένης ενοχής που κρίνεται ως απλούστερη, δεδομένου ότι με αυτόν τον τρόπο το κάθε μέρος λαμβάνει ή καταβάλει εξ αρχής το μέρος που του αναλογεί και αποφεύγεται έτσι η δυσχερέστερη εκ των υστέρων αναγωγή (βλ. Γεωργιάδη, Ενοχικό Δίκαιο, ΓενΜερ, 1998, § 38 αρ. 9). Όπως όμως κρίθηκε και από τη δημοσιευόμενη απόφαση για να μην ισχύσει ο ως άνω κανόνας περί διαιρεμένης ενοχής θα πρέπει από το γενεσιουργό λόγο της ενοχής (δικαιοπραξία ή νόμος) να συνάγεται με σαφήνεια ότι δεν πρόκειται για διαιρεμένη ενοχή αλλά για ενοχή εις ολόκληρον [από τη νομολογία βλ. ΑΠ 454/2006 Ισοκράτης, σύμφωνα με την οποία «την εις ολόκληρον ενοχή και ειδικότερα την παθητική εις ολόκληρον ενοχή αναγνωρίζει (ο νομοθέτης) μόνο όταν αυτή συνιστάται με αναμφισβήτη δήλωση βουλήσεως των συμβαλλομένων ή καθιερώνεται ευθέως από το νόμο»· στην εν λόγω απόφαση συγκεκριμένα κρίθηκε ότι είναι δυνατή η ύπαρξη σχέσης εργασίας με περισσότερες επί μέρους εταιρίες, που απασχολούν το μισθωτό ως συνεργάτριες και ευθύνονται απέναντί του εις ολόκληρον για την πληρωμή του μισθού του, στις περιπτώσεις ιδίως εταιριών, που ενώ είναι αυτοτελή νομικά πρόσωπα, συνδέονται μεταξύ τους με

κοινά οικονομικά συμφέροντα (κοινή διεύθυνση και έδρα, κοινή οικονομική πολιτική και χρηματοδότηση κλην): ΑΠ 1253/2005 ΕλλΔνη 2007, 1093 επ.· ΑΠ 122/2005 ΕλλΔνη 2006, 1434· ΑΠ 1532/2000 ΕλλΔνη 2001, 1342· βλ. και την ΑΠ 1095/2009 ΝοΒ 2009, 2395, σύμφωνα με την οποία αν η προσβολή της προσωπικότητας επήλθε με πράξεις περισσοτέρων, οι οποίες, ενόψει των περιστάσεων, εμφανίζουν ενότητα, οφείλεται χρηματική ικανοποίηση, συγκεντρούμενη, ως εκ της ταυτότητας του σκοπού της, συσταμένου στην ικανοποίηση του προσβληθέντος στην προσωπικότητά του για την ενιαία βλάβη, την οποία αυτός υπέστη, δηλαδή στην ικανοποίηση ενός και του αυτού συμφέροντος σε μία παροχή (ενιαίο χρηματικό ποσό), το οποίο ο προσβληθείς στην προσωπικότητα του μπορεί, κατ' επιλογήν του, να ζητήσει με αγωγή διαιρετώσ ή εις ολόκληρον από τον καθένα από τους αντιδίκους του].

Σύμφωνα με τον δεύτερο ερμηνευτικό κανόνα που καθιερώνει η διάταξη του άρθρου 480 ΑΚ, όταν υπάρχει διαιρεμένη ενοχή, σε περίπτωση αμφιβολίας όλοι οι συνδανειστές δικαιούνται και όλοι οι συνοφειλέτες οφείλουν ίσα τμήματα από την παροχή [ΑΠ 846/1998 ΕλλΔνη 1999 131 επ., από την οποία κρίθηκε ότι σε αυτή την περίπτωση η αγωγή είναι ορισμένη, ακόμη και όταν δεν αναγράφει το μέρος (ποσοστό) της υποχρέωσης του καθενός· ΕφΛαρ 255/2012 Ισοκράτης]. Η εφαρμογή του ως άνω ερμηνευτικού κανόνα, που αποτελεί εκδήλωση της αρχής της ισότητας (*Karásns*, στον ΑΚ Γεωργιάδη/Σταθόπουλου, άρθρ. 480 αρ. 6) προϋποθέτει, όπως και ο πρώτος ότι δεν προκύπτει κάτι άλλο από το γενεσιουργό λόγο της διαιρεμένης παροχής (*Γεωργιάδης*, ό.π., § 38 αρ. 10). Σε κάθε περίπτωση, πάντως, επειδή η διάταξη του άρθρου 480 ΑΚ αποτελεί ενδοτική ρύθμιση, χωρεί απόκλιση από τους ανωτέρω ερμηνευτικούς κανόνες με συμφωνία των μερών (ΑΠ 206/2000, Ισοκράτης· ΕφΛαρ 255/2012, ό.π.).

Κ. Α. Χριστακάκου

ΣΗΜΕΙΩΣΗ

Το Ακυρωτικό, ασχολούμενο με την διάκριση της άμεσης από την έμμεση αντιπροσώπευση (για την οποία βλ. *Δωρή*, στον ΑΚ Γεωργιάδη/Σταθόπουλου, άρθρ. 211-217 αρ. 24 επ.· *Γεωργιάδη*, ΓενΑρχ⁴, § 46 αρ. 5 επ.· *Κλαθανίδου*, σε Παπαστασίου/Κλαθανίδου, Δίκαιο της δικαιοπραξίας, § 65 αρ. 3 επ.· *Πουρνάρα*, σε Γεωργιάδη ΣΕΑΚ, 211-212 αρ. 23· από τη νομολογία ενδεικτικά βλ. ΑΠ 241/2012 ΧρΙΔ 2013, 421· ΑΠ 1865/2009 ΧρΙΔ 2010, 630) ορθώς κατατάσσει στην πρώτη κατηγορία και το συναλλακτικά διαπλάσμενο μόρφωμα της φαινόμενης πληρεξουσιότητας. Πράγματι, εφόσον συντρέχουν οι προϋποθέσεις προστασίας της εμπιστοσύνης εκείνου που συναλλήσασται με τον φερόμενο ως πληρεξούσιο (φαινόμενο ύπαρξης εξουσίας αντιπροσώπευσης, καταλογισμός του εν λόγω φαινομένου στον κύριο της υπόθεσης, καλή πίστη του αντισυμβαλλομένου, αιτιώδης σύνδεσμος αφενός ανάμεσα στο φαινόμενο δικαίω και τη γεννηθείσα εμπιστοσύνη και αφετέρου μεταξύ της εμπιστοσύνης και της σύναψης δικαιοπραξίας με τον ψευδοπληρεξούσιο), τότε τα αποτελέσματα της καταρτισθείσας δικαιοπραξίας επέρχονται όχι στο πρόσωπο του ψευδοπληρεξουσίου αλλά απευθείας υπέρ και εις βάρος του κυρίου της υπόθεσης. Ο ψευδοαντιπρόσωπος, βέβαια, κατά κανόνα θα ευθύνεται έναντι του κυρίου της υπόθεσης λόγω αδικοπραξίας (απάτης). Ανέναντι στον καλόπιστο αντισυμβαλλόμενο, ωστόσο, μόνος δεσμευόμενος παραμένει ο αντιπροσωπευόμενος. Με άλλα λόγια, η παρέμβαση του νομοθέτη ενεργεί προς την κατεύθυνση αναπλήρωσης της ελλείπουσας πληρεξουσιοδότησης, χωρίς να μεταβάλλει τη φύση της ιδρυόμενης σχέσης αντιπροσώπευσης από άμεση σε έμμεση, ή πολύ περισσότερο, από εκούσια σε νόμιμη. Σε μια τέτοια περίπτωση άλλωστε θα είχε επικρατήσει ο όρος «φαινόμενη αντιπροσώπευση» αντί του καθιερωθέντος «φαινόμενη πληρεξουσιότητα», που σαφώς παραπέμπει στην εκούσια άμεση αντιπροσώπευση.

E.N.

ΕΝΟΧΙΚΟ ΔΙΚΑΙΟ

Άρειος Πάγος (Α' 1 Τμήμα) Αριθμ. 778/2013

Προεδρεύων: Β. Λυκούδης, Αντιπρόεδρος ΑΠ
Εισηγητής: Μ. Αυγουλέας, Αρεοπαγίτης
Δικηγόροι: Ι.-Ι. Δούμπης – Β. Γιοβανούδας

Σύμβαση έργου. Υποχρεώσεις του εργολάβου. Ο εργολάβος υποχρεούται σε προεκπλήρωση των υποχρεώσεών του, ώστε να λάβει στη συνέχεια την αμοιβή του. Σε περίπτωση καταγγελίας της σύμβασης από τον εργοδότη ο εργολάβος δικαιούται να λάβει την αμοιβή του, χωρίς να έχει προεκπληρώσει. Στοιχεία ορισμένου της αγωγής του εργολάβου για καταβολή της αμοιβής του, ανάλογα με το αν έχει προηγηθεί ή όχι καταγγελία.

Διατάξεις: ΑΚ 361, 694, 700· ΚΠολΔ 335, 338

[...1. Από το συνδυασμό των διατάξεων των άρθρων 361 και 694 παρ. 1 του ΑΚ συνάγεται ότι στη σύμβαση μίσθωσης έργου, ο εργολάβος οφείλει έναντι του κυρίου του έργου να εκπληρώσει πρώτος τόσο την κύρια υποχρέωσή του, δηλαδή εκείνη της κατασκευής του έργου, όσο και κάθε άλλη υποχρέωσή του, η οποία βάσει συμβατικού όρου, ανάγεται σε κυρία υποχρέωση, μόλις δε προβεί στην εκπλήρωση των εν λόγω υποχρεώσεών του δικαιούται να ζητήσει την αμοιβή του ταυτόχρονα με την παράδοση του έργου, δηλαδή η περιεχυσή του στη σφαίρα εξουσίας του εργοδότη. Συνεπώς, ο εργολάβος υποχρεούται σε προεκπλήρωση. Η υποχρέωσή του, δε αυτή αποτελεί εξαίρεση από τις γενικές αρχές που ισχύουν στις αμφοτεροβαρείς συμβάσεις. Την πληρωμή της αμοιβής του δικαιούται ο εργολάβος και όταν ο εργοδότης κατάγγειλε τη σύμβαση, σύμφωνα με το άρθρο 700 ΑΚ, μετά την οποία η σύμβαση λύεται για το μέλλον. Στην περίπτωση αυτή ο εργοδότης δικαιούται να εκπέσει τη δαπάνη που εξοικονόμησε ο εργολάβος, λόγω της ματαιώσεως της σύμβασης, καθώς και οτιδήποτε άλλο ωφελήθηκε από άλλη εργασία. Από τα ως άνω συνάγεται ότι η περάτωση του έργου προηγείται χρονικά της παραδόσεως του έργου. Έτσι λοιπόν στη σύμβαση έργου, υπάρχουν δυο χρονικά διαστήματα. Η χρονική διάρκεια μέχρι της περατώσεως του έργου και εκείνη που αρχίζει από την παράδοση του έργου. Η διάταξη του άρθρου 694 ΑΚ, αναφέρεται στο δεύτερο χρονικό διάστημα στάδιο, ενώ η διάταξη 700 ΑΚ στο πρώτο. Όπως, αναφέρθηκε και στις δυο περιπτώσεις οφείλεται αμοιβή. Η διαφορά είναι ότι στη ΑΚ 700 ο εργολάβος δεν υποχρεούται σε προεκπλήρωση, όπως στην ΑΚ 694. Κατά συνέπεια, η παράδοση του μη περατωθέντος έργου δεν αποτελεί προϋπόθεση για την ενάσκηση της αξιώσεως προς καταβολή της αμοιβής του εργολάβου. Από το συνδυασμό των ως άνω διατάξεων με εκείνες των άρθρων 335, 338 ΚΠολΔ, προκύπτει ότι ο εργολάβος που ενάγει για την καταβολή της αμοιβής του κατά την ΑΚ 694, πρέπει να ισχυρισθεί και αποδείξει ότι εκτέλεσε και παρέδωσε το έργο. Αν ο εργολάβος ενάγει για καταβολή της αμοιβής του, στην περίπτωση καταγγελίας θα πρέπει να ισχυρισθεί με την αγωγή του και στη συνέχεια να αποδείξει την καταρτισθείσα σύμβαση έργου, την συμφωνηθείσα αμοιβή του και την καταγγελία της συμβάσεως πριν από την περάτωση του έργου. Η καταγγελία αποτελεί περιστατικό από εκείνα που θεμελιώνουν την αξίωση για καταβολή της αμοιβής και ο ενάγων-εργολάβος πρέπει να την επικαλείται σαφώς στην αγωγή. Ως προς την έλλειψη αυτή η αγωγή δεν μπορεί να συμπληρωθεί με τις προτάσεις ή το πρώτον στην κατ' έφεση δίκη ...]

Άρειος Πάγος (Α΄1 Τμήμα) Αριθμ. 581/2013

Προεδρεύων: **Β. Λυκούδης**, Αντιπρόεδρος ΑΠ
Εισηγητής: **Α. Ζευγώλης**, Αρεοπαγίτης
Δικηγόροι: **Μ. Κουράκος-Μαυρομιχάλης**

Σύμβαση ανέγερσης οικοδομής με το σύστημα της αντιπαροχής. Τόσο το προσύμφωνο όσο και η οριστική σύμβαση μεταξύ του οικοπεδούχου και του εργολάβου πρέπει να περιβληθούν τον τύπο του συμβολαιογραφικού εγγράφου. Αντίθετα, η σύμβαση με την οποία ο οικοπεδούχος υποσχέθηκε στον εργολάβο πρόσθετη αμοιβή σε χρήμα, πέραν της μεταβίβασης ποσοστών εξ αδιαιρέτου επί του οικοπέδου, δεν απαιτείται να καταρτισθεί συμβολαιογραφικά. Η διάταξη του άρθρ. 13 § 3 του α.ν. 1587/1950 δεν εφαρμόζεται εν προκειμένω.

Διατάξεις: ΑΚ 158, 159 § 1, 166, 180, 369, 681· άρθρ. 13 § 3 α.ν. 1587/1950· ΚΠολΔ 339, 559 αρ. 11 περ. α΄

[...Περαιτέρω, κατά τα άρθρα 166 και 369 του ΑΚ, συμβάσεις, καθώς και προσύμφωνα που έχουν ως αντικείμενο τη σύσταση, μετάθεση, αλληϊώωση ή κατάργηση εμπραγμάτων δικαιωμάτων πάνω σε ακίνητα απαιτείται να γίνονται ενώπιον συμβολαιογράφου, σε περίπτωση δε που δεν ήθελε καταρτισθεί συμβολαιογραφικό έγγραφο, η δικαιοπραξία είναι άκυρη, κατά τα άρθρα 158, 159 παρ. 1 και 180 του ΑΚ. Εξάλλου, κατά το άρθρο 681 ΑΚ, με τη σύμβαση έργου μεταξύ εργολάβου και κυρίου του έργου, ο μεν εργολάβος αναλαμβάνει την υποχρέωση να εκτελέσει το έργο, ο δε κύριος του έργου (εργοδότης) να του καταβάλει την εργολαβική αμοιβή. Σύμβαση έργου υπάρχει και στην περίπτωση κατά την οποία συμφωνείται μεταξύ οικοπεδούχου και τρίτου, όπως ο τελευταίος ανεγείρει επί του οικοπέδου του οικοδομή, η οποία θα διέπεται από της περί οριζοντίου ιδιοκτησίας διατάξεις, οπότε, η μεν βασική παροχή του εργολάβου συνίσταται στην κατασκευή της οικοδομής, του δε οικοπεδούχου-εργοδότη στην υποχρέωση που αναλαμβάνει να μεταβιβάσει, ως αμοιβή, στον εργολάβο ή τα πρόσωπα που αυτός θα του υποδείξει, ορισμένα ποσοστά εξ αδιαιρέτου επί του οικοπέδου, με τις οριζόντιες ιδιοκτησίες που αντιστοιχούν σ' αυτά, παραμένοντας κύριος των υπολοίπων ποσοστών εξ αδιαιρέτου του οικοπέδου, μετά των αντίστοιχων οριζόντιων ιδιοκτησιών. Και να μεν για την σύμβαση μισθώσεως έργου, δεν απαιτείται να τηρηθεί ο τύπος του συμβολαιογραφικού εγγράφου, αλλ'αρκεί και το ιδιωτικό έγγραφο, η συμφωνία όμως μεταξύ του οικοπεδούχου και του εργολάβου να κατασκευάσει επί του οικοπέδου του οριζόντιες ιδιοκτησίες (καταστήματα, διαμερίσματα), με το σύστημα της αντιπαροχής, κατά το οποίο θέση τιμήματος ή ανταλλάγματος για τα ποσοστά πάνω στο οικόπεδο τα οποία παραχωρούνται στον εργολάβο ή στα πρόσωπα που αυτός θα υποδείξει, πρέπει να περιβληθεί τον τύπο του συμβολαιογραφικού εγγράφου, τόσο για την οριστική σύμβαση, όσον και για το προσύμφωνο, αφού πρόκειται για μετάθεση εμπραγμάτων δικαιωμάτων πάνω σε ακίνητο. Αντίθετα, η σύμβαση με την οποία ο εργοδότης-οικοπεδούχος υποσχέθηκε πρόσθετη, σε χρήμα, αμοιβή, πέραν των ανταλλάγμάτων που συμφωνήθηκαν με το συμβολαιογραφικό έγγραφο και προσύμφωνο μεταβίβασης ποσοστών εξ αδιαιρέτου πάνω στο οικόπεδο, για την εκτέλεση του έργου της κατασκευής της οικοδομής, δεν υπόκειται στον τύπο του συμβολαιογραφικού εγγράφου, διότι αφορά αμοιβή την οποία ο οικοπεδούχος-εργοδότης υπόσχεται να καταβάλει στον εργολάβο για το έργο που ο τελευταίος ανέλαβε να εκτελέσει. Δεν είναι, δηλαδή, η αμοιβή αυτή αντίλλαγμα για τα ποσοστά πάνω στο οικόπεδο τα

οποία ο οικοπεδούχος-εργοδότης παραχωρεί στον εργολάβο, διότι το αντίλλαγμα αυτό προσδιορίστηκε επακριβώς στο συμβολαιογραφικό εργολαβικό-προσύμφωνο και συνίσταται στη υποχρέωση του εργολάβου να κατασκευάσει τις οριζόντιες ιδιοκτησίες της αντιπαροχής του οικοπεδούχου-εργοδότη. Συνεπώς, η, εκτός του συμβολαιογραφικού εργολαβικού προσυμφώνου, υπόσχεση καταβολής στον εργολάβο επιπλέον χρηματικής αμοιβής είναι καθαρή πρόσθετη αμοιβή μισθώσεως έργου, που έχει ως αντικείμενο παροχής ορισμένου οικονομικού αποτελέσματος, συγκείμενου από υλικά και εργασία, και όχι εμπράγματο δικαίωμα πάνω σε ακίνητο και επομένως δεν απαιτείται να περιβληθεί τον τύπο του συμβολαιογραφικού εγγράφου. Για τον ίδιο ακριβώς λόγο δεν έχει εφαρμογή στην περίπτωση αυτή η διάταξη του άρθρου 13 παρ. 3 του α.ν. 1587/1950, η οποία ορίζει ότι: «Το αντίγραφο εξ ου προκύπτει ότι συμφωνήθη ή κατεβλήθη τίμημα μεγαλύτερον του αναγραφέντος εν τω συμβολαίω και εν τη δηλώσει του φόρου του παρόντος Νόμου είναι άκυρον και δεν δύναται να προσαχθεί και να ληφθεί υπ' όψει υπό του Δικαστηρίου και υπ' οιασδήποτε ετέρας Αρχής», ακριβώς επειδή η διάταξη αυτή προϋποθέτει πώληση ακινήτου, προϋπόθεση η οποία όμως στην προκειμένη περίπτωση δεν συντρέχει.

Στην προκειμένη περίπτωση, με την προσβαλλόμενη υπ' αριθ. 5277/2011 απόφαση του Εφετείου Αθηνών, έγιναν δεκτά τα ακόλουθα πραγματικά περιστατικά, κατά την ανέλεκτη επί της ουσίας εκτίμηση των αποδείξεων: «Με το υπ' αριθ. .../20-07-2001 προσύμφωνο μεταβιβάσεως ποσοστών εξ αδιαιρέτου οικοπέδου και εργολαβικό συμβόλαιο της Συμβολαιογράφου Αθηνών ..., που καταρτίσθηκε μεταξύ της εταίρειας (ήδη αναιρεσβλήτης) εταιρίας υπό την επωνυμία «... ΕΠΕ», και των συνιδιοκτητών του οικοπέδου που βρίσκεται στην Αθήνα, στα ..., επί της οδού ... αριθ. 50, μεταξύ των οποίων και ο εναγόμενος Γ. Φ. (ήδη αναιρεσείων), κατά ποσοστό 222,22/000, η ενάγουσα ανέλαβε να κατασκευάσει σε αυτό, κατά το σύστημα της αντιπαροχής, πολυώροφη οικοδομή, διεπόμνη από τις διατάξεις των άρθρων 1002 και 1117 του ΑΚ, του Ν. 3741/1929 και του Ν. 1024/1971 «περί οριζοντίου ιδιοκτησίας», αντί αμοιβής, η οποία, κατά τους όρους του συμβολαίου, συνίστατο στην υποχρέωση των οικοπεδούχων, μεταξύ των οποίων και του εναγομένου, να μεταβιβάσουν στην ίδια ή στους τρίτους που αυτή θα υποδείκνυε, συνολικά, τα 594/000 εξ αδιαιρέτου του οικοπέδου, μετά των αυτοτελών οριζόντιων ιδιοκτησιών που αντιστοιχούν σε αυτά. Κατά τους όρους του συμβολαίου, εκ των υπό κατασκευή αυτοτελών οριζόντιων ιδιοκτησιών της οικοδομής, στον εναγόμενο συμφωνήθηκε να περιέλθει ως αντιπαροχή, το επί της προσώψεως της οδού ..., υπό στοιχεία Κ-α κατάσταση του ισογείου, επιφάνειας 60 τετρ. μέτρων, με ποσοστό συνιδιοκτησίας στο οικόπεδο 90/000, και το δικαίωμα αποκλειστικής χρήσεως της υπό στοιχεία Ρ-1 θέσης σταθμεύσεως αυτοκινήτου στον ακάλυπτο χώρο του οικοπέδου. Παράλληλα με το πιο πάνω εργολαβικό και την ίδια ημέρα της συντάξεώς του, δηλαδή την 20-07-2001, οι διάδικοι κατάρτισαν μεταξύ τους και υπέγραψαν και το από ιδίαν χρονολογία ιδιωτικό συμφωνητικό, με το οποίο όρισαν τα εξής: «Δυνάμει του σήμερα υπογραφέντος ενώπιον της Συμβολαιογράφου Αθηνών ... προσυμφώνου μεταβιβάσεως εξ αδιαιρέτου οικοπέδου και εργολαβικού ανεγέρσεως πολυκατοικίας, η εταιρία «... ΕΠΕ» ανέλαβε την, δαπάνη και ευθύνη της, ανέγερσης πολυώροφου οικοδομής επί του, επί της οδού ... αριθ. 50, οικοπέδου, του οποίου ο Γ. Φ. τυγχάνει συνιδιοκτήτης. Η μεταξύ των συμβαλλομένων μερών συμφωνηθείσα αντιπαροχή συνίσταται στο υπό στοιχεία Κ-α κατάσταση του ισογείου ορόφου, αρχικής επιφάνειας 22,30 τετρ. μέτρων, και στην υπό στοιχεία Ρ-1 θέση σταθμεύσεως. Προς καλύτερα εξυπηρέτηση των αναγκών του Γ. Φ. συμφωνείται με το παρόν το ως άνω κατάστημα να είναι τελικής επιφάνειας 60 τετρ. μέτρων. Για αυ-

τά τα 37,70 επιπλέον τετραγωνικά μέτρα συμφωνείται τίμημα δραχμών τριάντα επτά εκατομμυρίων επτακοσίων χιλιάδων (37.700.000), το οποίο τα μέρη θεωρούν δίκαιο και εύλογο και το οποίο συμφωνείται να καταβληθεί ως ακολούθως: 1) 9.000.000 δραχμές την 28-07-2001, ... 2) 5.000.000 δραχμές την 30-10-2001, με την προϋπόθεση της εκδόσεως της οικοδομικής άδειας και της ενάρξεως των εργασιών, 3) 10.000.000 δραχμές την 31-12-2001, με την προϋπόθεση της ενάρξεως κατασκευής του οπλισμένου σκυροδέματος του α' ορόφου, 4) 5.000.000 δραχμές την 01-03-2002, με την προϋπόθεση της ενάρξεως κατασκευής της τοιχοποιίας του α' ορόφου, 5) 4.700.000 δραχμές την 01-05-2002, με την προϋπόθεση της ενάρξεως κατασκευής των υδραυλικών και ηλεκτρολογικών εγκαταστάσεων του α' ορόφου και 6) 4.000.000 δραχμές την 01-06-2002 με την προϋπόθεση της ενάρξεως κατασκευής των επιχρισμάτων του α' ορόφου». Με το ιδιωτικό αυτό συμφωνητικό, όπως από το περιεχόμενό του προκύπτει, ο εναγόμενος ανέλαβε την υποχρέωση να καταβάλει στην ενάγουσα πρόσθετη εργολαβική αμοιβή, πέραν των ποσοστών πάνω στο οικοπέδο τα οποία με το εργολαβικό συμβόλαιο συμφωνήθηκε να της μεταβιβάσει ως εργολαβικό αντίληγμα, ποσού 37.700.000 δραχμών, για την εκτέλεση του συμφωνημένου έργου, δηλαδή της κατασκευής του καταστήματος της αντιπαροχής, επειδή το κατάστημα αυτό, από πλευράς επιφάνειας και θέσεώς του, ήταν μεγαλύτερης αξίας από εκείνο που αναλογούσε στο μερίδιό του πάνω στο οικοπέδο. Τον Αύγουστο του 2003, η ενάγουσα εξετέλεσε το συμφωνημένο έργο και παρέδωσε στον εναγόμενο, πλήρως αποπερατωμένο, το πιο πάνω υπό στοιχεία Κ-α κατάστημα επιφάνειας 60 τετρ. μέτρων, και την υπό στοιχεία Ρ-1 θέση σταθμεύσεως αυτοκινήτου στον ακάλυπτο χώρο του οικοπέδου, ο τελευταίος δε της μεταβίβασε τα συμφωνημένα με το εργολαβικό ποσοστά του οικοπέδου και της κατέβαλε, από την πιο πάνω συμφωνημένη με το ιδιωτικό συμφωνητικό πρόσθετη σε χρήμα εργολαβική αμοιβή της των 37.700.000 δραχμών, μόνο το ποσό των 24.000.000 δραχμών, περιστατικά τα οποία οι διάδικοι εκατέρωθεν συνολογούν. Εξακολουθεί δε, μετά ταύτα, να της οφείλει το υπόλοιπο της πρόσθετης σε χρήμα εργολαβικής αμοιβής εκ 13.000.000 δραχμών, το ισόποσο των οποίων σε ευρώ ανέρχεται σε 40.205. Με βάση τα πιο πάνω αποδειχθέντα ουσιαστικά και σύμφωνα με την προηγηθείσα νομική σκέψη, η μεταξύ των διαδίκων συμφωνία για την πρόσθετη σε χρήμα εργολαβική αμοιβή δεν χρειαζόταν να περιβληθεί τον τύπο του συμβολαιογραφικού εγγράφου, διότι η αμοιβή αυτή δεν συνιστά αντίληγμα για τα ποσοστά που ο εναγόμενος ανέλαβε την υποχρέωση να μεταβιβάσει και πράγματι μεταβίβασε στην ενάγουσα, αλλά αμοιβή για την εκτέλεση του συμφωνημένου έργου, ούτε το πιο πάνω από 20-07-2001 ιδιωτικό, μεταξύ των διαδίκων, συμφωνητικό, στο οποίο περιελήφθη η συμφωνία αυτή, είναι άκυρο κατ' εφαρμογήν του άρθρου 13 παρ. 3 του α.ν. 1587/1950, διότι, προκειμένων συμβάσεως μισθώσεως έργου, η διάταξη αυτή δεν έχει εφαρμογή. Επομένως, ο τρίτος λόγος της υπό κρίση εφέσεως, με τον οποίο ο εναγόμενος προβάλλει ότι εσφαλμένα το πρωτοβάθμιο Δικαστήριο έκρινε νόμιμη την υπό κρίση αγωγή, αντί να την απορρίψει, κατ' αρχήν μεν ως μη νόμιμη, λόγω μη υποβολής της συμφωνίας για την πρόσθετη σε χρήμα αμοιβή στον τύπο του συμβολαιογραφικού εγγράφου και εντεύθεν ακυρότητάς της, αλλά και λόγω ακυρότητας του από 20-07-2001 ιδιωτικού εγγράφου που συνετάγη γι' αυτήν, κατ' εφαρμογήν της διατάξεως του άρθρου 13 παρ. 3 του α.ν. 1587/1950, έπειτα δε και ως κατ' ουσίαν αβάσιμη, είναι αβάσιμος κατ' ουσίαν και πρέπει να απορριφθεί». Με βάση τις παραπάνω παραδοχές του το Εφετείο, και μετά την απόρριψη και των λοιπών λόγων της εφέσεως, που δεν ενδιαφέρουν εν προκειμένω, απέρριψε την τελευταία και στο σύνολό της, επικυρώνοντας έτσι την ομοίως κρίνασα από-

φαση του πρωτοβαθμίου Δικαστηρίου, που είχε κάνει δεκτή την ένδικη αγωγή της αναιρεσίβλητης εταιρίας, με την οποία επιδίωκε η επιδίκαση σ' αυτήν του υπολοίπου της αμοιβής της, ποσού 40.205 ευρώ, ενόψει της εκτέλεσης και παράδοσης στην αναιρεσείουσα, του συμφωνηθέντος μεταξύ τους, με το προαναφερόμενο ιδιωτικό συμφωνητικό, έργου. Κρίνοντας έτσι το Εφετείο, ορθά ερμήνευσε και εφάρμοσε τις ουσιαστικού δικαίου διατάξεις των άρθρων 166, 159 παρ. 1, 180, 369 του ΑΚ, και 13 παρ. 3 του α.ν. 1587/1950, τις οποίες δεν παραβίασε, καθόσον τα δεκτά γενόμενα ως αποδειχθέντα πραγματικά περιστατικά, δεν πληρούσαν το πραγματικό των άνω διατάξεων, αλλά αντίθετως πληρούσαν το πραγματικό των διατάξεων των άρθρων 681 και 694 του ΑΚ και δικαιολογούσαν την παραδοχή της ένδικης αγωγής της αναιρεσίβλητης. Ειδικότερα, δικαιολογούσαν την απόρριψη των ισχυρισμών του αναιρεσείουσας και παραδοχή της ένδικης αγωγής της αναιρεσίβλητης, οι ως άνω παραδοχές του Εφετείου ότι, η μεταξύ των διαδίκων συμφωνία για την πρόσθετη σε χρήμα εργολαβική αμοιβή δεν χρειαζόταν να περιβληθεί τον τύπο του συμβολαιογραφικού εγγράφου, διότι η αμοιβή αυτή δεν συνιστούσε αντίληγμα για τα ποσοστά που ο εναγόμενος (αναιρεσείουσας) ανέλαβε την υποχρέωση να μεταβιβάσει και πράγματι μεταβίβασε στην ενάγουσα (αναιρεσίβλητη), προκειμένου να περιέλθουν σ' αυτόν, η άνω οριζόντια ιδιοκτησία και η αποκλειστική χρήση του χώρου στάθμευσης, αλλά αμοιβή για την εκτέλεση του συμφωνημένου πρόσθετου έργου, και ότι το πιο πάνω από 20-07-2001 ιδιωτικό, μεταξύ των διαδίκων, συμφωνητικό, στο οποίο περιελήφθη η συμφωνία αυτή, δεν είναι άκυρο, κατ' εφαρμογήν του άρθρου 13 παρ. 3 του α.ν. 1587/1950, διότι, προκειμένων συμβάσεως έργου, η διάταξη αυτή δεν έχει εφαρμογή, αφού το τελευταίο προϋποθέτει πώληση ακινήτου, προϋπόθεση όμως που στην προκειμένη περίπτωση δεν συνέτρεχε. Επομένως, τα όσα αντίθετα υποστηρίζει ο αναιρεσείουσας με τον πρώτο λόγο του αναιρετηρίου, με τον οποίο αποδίδεται στην προσβαλλόμενη απόφαση η πλημμέλεια από τον αριθμό 1 του αρθρ. 559 του Κ.Πολ.Δ κρίνονται αβάσιμα και απορριπτέα, όπως και ο αντίστοιχος λόγος αναιρέσεως.

Ο από το άρθρο 559 αρ. 11 περ. α' ΚΠολΔ λόγος αναιρέσεως, ιδρύεται αν το δικαστήριο έλαβε υπόψη αποδεικτικά μέσα που ο νόμος δεν επιτρέπει. Ο νόμος (άρθρο 339 ΚΠολΔ) καθορίζει περιοριστικώς τα αποδεικτικά μέσα. Δεν επιτρέπεται η χρήση άλλων, είτε για άμηση είτε για έμμεση, δια τεκμηρίων, απόδειξη. Ο λόγος ιδρύεται επίσης αν το αποδεικτικό μέσο περιλαμβάνεται μεν στα απαριθμούμενα στο άρθρο 339 ΚΠολΔ, δεν επιτρέπεται όμως η χρήση του στη συγκεκριμένη περίπτωση λόγω της φύσεως της υποθέσεως, όπως στην περίπτωση του άρθρου 13 παρ. 3 του α.ν. 1587/1950.

Η απόδειξη όμως της οφειλόμενης στην αναιρεσίβλητη εργολαβία αμοιβής για την εκτέλεση του συμφωνηθέντος με το από 20-07-2001 ιδιωτικό συμφωνητικό έργου, δεν εμπίπτει στην παραπάνω διάταξη, αφού η εφαρμογή της διατάξης αυτής προϋποθέτει πώληση ακινήτου, με επί πλέον του αναγραφόμενου στο συμβόλαιο τιμήματος ή αμοιβής, προϋπόθεση όμως η οποία δεν συνέτρεχε εν προκειμένω, σύμφωνα με τα αναφερόμενα στην προηγούμενη σκέψη, και συνεπώς, νομίμως ήλφθηκε το εν λόγω ιδιωτικό συμφωνητικό υπόψη από το δικαστήριο της ουσίας. Επομένως, ο δεύτερος, από το άρθρο 559 αρ. 11 περ. α' ΚΠολΔ, αντίθετος, λόγος αναιρέσεως, είναι αβάσιμος...]

**Άρειος Πάγος (Α΄1 Τμήμα)
Αριθμ. 575/2013**

Προεδρεύων: **Β. Λυκούδης**, Αντιπρόεδρος ΑΠ
Εισηγητής: **Α. Ζευγώλης**, Αρεοπαγίτης
Δικηγόροι: **Α. Κοϊμτζίδης – Χ. Μπουζά**

Πώληση. Δικαιώματα του αγοραστή σε περίπτωση πραγματικού ελαττώματος ή έλλειψης συνομολογημένης ιδιότητας. Εφόσον το πραγματικό ελάττωμα ή η έλλειψη της ιδιότητας οφείλονται σε υπαιτιότητα του πωλητή, ο αγοραστής μπορεί σωρευτικά να απαιτήσει και αποζημίωση για τη ζημία που δεν καλύπτεται από την άσκηση των ως άνω δικαιωμάτων ή να ζητήσει μόνο αποζημίωση για μη εκτέλεση της σύμβασης. Έννοια «πραγματικού ελαττώματος» και «συνομολογημένης ιδιότητας». Τα προβλεπόμενα στο άρθρ. 540 ΑΚ δικαιώματα του αγοραστή δεν μπορούν να ασκηθούν σωρευτικά. Διόρθωση του πράγματος. Δεδομένου ότι η αξίωση διόρθωσης αποτελεί αξίωση μετεκπλήρωσης της σύμβασης, ο αγοραστής διατηρεί το δικαίωμα υπαναχώρησης ή μείωσης του τιμήματος, εφόσον το ελάττωμα εξακολουθεί να υφίσταται παρά την απόπειρα διόρθωσής του.

Διατάξεις: ΑΚ 306, 389, 513, 522, 534, 540, 541, 543, 547· ν. 3043/2002

[...Περαιτέρω, από τις διατάξεις των άρθρων 513, 522, 534, 540 και 543 ΑΚ, όπως ισχύουν μετά την τροποποίηση του δικαίου της πώλησης δυνάμει του ν. 3043/2002, προκύπτει, ότι σε περίπτωση που κατά το χρόνο μετάθεσης του κινδύνου στον αγοραστή υφίσταται πραγματικό ελάττωμα ή έλλειψη συνομολογημένης ιδιότητας του πωληθέντος αντικείμενου, ο αγοραστής δικαιούται να απαιτήσει διόρθωση ή αντικατάσταση του πράγματος με άλλο, εκτός αν η ενέργεια είναι αδύνατη ή προκαλεί δυσανάλογες δαπάνες, να μειώσει το τίμημα ή να υπαναχωρήσει από τη σύμβαση, εκτός και αν πρόκειται για επουσιώδες ελάττωμα. Σε περίπτωση, εξάλλου, που υφίσταται έλλειψη συνομολογημένης ιδιότητας ή η τυχόν ελαττωματικότητα του πράγματος οφείλεται σε υπαιτιότητα του πωλητή, ο αγοραστής μπορεί σωρευτικά με τα ανωτέρω δικαιώματα να απαιτήσει αποζημίωση για τη ζημία, που δεν καλύπτεται από την άσκησή τους. Εναλλακτικά και υπό τις ίδιες ως άνω προϋποθέσεις δικαιούται να επιλέξει τη μη άσκηση των δικαιωμάτων διόρθωσης, αντικατάστασης ή υπαναχώρησης και αντ' αυτών να ζητήσει απευθείας αποζημίωση για μη εκτέλεση της σύμβασης. Εξάλλου, πραγματικό ελάττωμα συνιστά η ατέλεια του πράγματος, που αφορά στην ιδιοσυστασία ή την κατάστασή του κατά τον κρίσιμο χρόνο της μετάθεσης του κινδύνου στον αγοραστή και η οποία έχει αρνητική επίδραση στην αξία ή τη χρησιμότητα αυτού (ΟπΑΠ 29/1990, ΑΠ 1544/2008). Ως ιδιότητα δε του πράγματος θεωρείται όχι μόνο κάποιο συγκεκριμένο φυσικό γνώρισμα ή πλεονέκτημα αυτού, αλλά και οποιαδήποτε σχέση, η οποία, από το είδος και τη διάρκειά της, επιδρά κατά την αντίληψη των συναλληλατών στην αξία ή τη χρησιμότητα του πράγματος. Εξάλλου, ως συνομολογημένη νοείται μία ιδιότητα, όταν υπάρχει ρητή ή σιωπηρή συμφωνία των μερών ότι το πράγμα έχει την συγκεκριμένη ιδιότητα, στην ύπαρξη της οποίας αποδίδεται ιδιαίτερη σημασία από τον αγοραστή και την οποία ο πωλητής εγγυάται αναλαμβάνοντας και την ευθύνη για την ενδεχόμενη έλλειψή της (ΑΠ 243/2009). Τέλος, τα εκ του άρθρου 540 ΑΚ χορηγούμενα στον αγοραστή δικαιώματα και αξιώσεις και στις δύο ως άνω περιπτώσεις, δεν μπορούν να ασκηθούν σωρευτικά, αλλά ο αγοραστής έχει το εκλεκτικό δικαίωμα να επιλέξει μία από αυτές και να την ασκήσει (ΑΠ 1312/1997), γιατί κατά τη διάταξη του άρθρου 306 ΑΚ, η οποία εφαρμόζεται αναλογικά και επί

διαζευκτικής συρροής αξιώσεων, η επιλογή, που θα γίνει μία φορά είναι αμετάκλητη. Ειδικώς, όμως, καθώςσον αφορά στην αξίωση διόρθωσης, που συνιστά επί της ουσίας αξίωση μετεκπλήρωσης της σύμβασης, ο αγοραστής εξακολουθεί να έχει δικαίωμα υπαναχώρησης ή μείωσης του τιμήματος, στην περίπτωση που η διόρθωση έλαβε μεν χώρα, το ελάττωμα, όμως, παρέμεινε. Τούτο σαφώς συνάγεται, τόσο από τη διάταξη του άρθρου 541 ΑΚ, σύμφωνα με την οποία «Ο αγοραστής μπορεί, αν διαπιστωθεί αργότερα και άλλο ελάττωμα, να ασκήσει εκ νέου ένα από τα δικαιώματα» του άρθρου 540 ΑΚ, όσο και από την τελολογία των οικείων διατάξεων, δεδομένου ότι η αξίωση διόρθωσης ως αξίωση μετεκπλήρωσης της σύμβασης παρέχει μία επιπλέον δυνατότητα στον πωλητή, πριν την άσκηση των λοιπών δραστικότερων δικαιωμάτων από μέρος του αγοραστή, να εκπληρώσει προσηκόντως τη σύμβαση, διορθώνοντας το ελάττωμα. Όταν, όμως, η διόρθωση αυτή αποβεί ατελέσφορη ή αποδεικνύεται αδύνατη ή αναποτελεσματική, τότε η στέρση του αγοραστή από τη δυνατότητα άσκησης των λοιπών δικαιωμάτων του, θα κατέληγε σε μία αντίθετη προς το σκοπό του νόμου, αδυναμία ικανοποίησής του. Έτσι, στην τελευταία αυτή περίπτωση, μπορεί να ασκήσει το διαπληστικό δικαίωμα της υπαναχώρησης, με την άσκηση του οποίου η σύμβαση της πώλησης ανατρέπεται αναδρομικά και οι συμβαλλόμενοι ενέχονται σε αμοιβαία επιστροφή των ληφθεισών παροχών (άρθρο 389, 547 Α.Κ.).

Στην προκείμενη περίπτωση, όπως προκύπτει από την προσαλλήσιμη απόφαση, το Πολυμελές Πρωτοδικείο Καβάλας, που δίκασε ως Εφετείο, πήλην άλλην, που ήδη δεν ενδιαφέρουσα, δέχθηκε, κατά την ανέλεγκτη εκτίμηση των αποδείξεων, να ακόλουθα: Ο ενάγων-εφεσίβλητος (ήδη αναιρεσιβλήτων) διατηρεί επιχείρηση (πρατήριο) πώλησης υγρών καυσίμων και συναφών ειδών στο ..., ενώ η εναγομένη-εκκαλούσα (ήδη αναιρεσιβλήτη) παρέχει συμβουλευτικές υπηρεσίες σε θέματα πληροφορικής και παράλληλα ασκεί εμπορία σχετικού εξοπλισμού. Στο πλαίσιο των άνω δραστηριοτήτων τους, οι διάδικοι συμφώνησαν το έτος 2007 στην πώληση – από την δεύτερη στον πρώτο – ενός συστήματος διαχείρισης και παρακολούθησης της λειτουργίας του καταστήματός του. Το εν λόγω σύστημα συμφωνήθηκε ότι θα αποτελείται αφενός μεν από λογισμικό (δηλ. πρόγραμμα με ηλεκτρονικό υπολογιστή) λήψης παραγγελιών και έκδοσης δελτίων αποστολής-τιμολογίων κλπ, αξίας 7.000 ευρώ (πλέον ΦΠΑ 19% ποσού 1.330 ευρώ, που συμφωνήθηκε ότι επίσης βαρύνει τον ενάγοντα-αγοραστή), αφετέρου δε από δύο περιφερειακά εξαρτήματα, αναγκαία για τη λειτουργία του συστήματος (φορητή τερματική μονάδα παραγγελιών με εκτυπωτή), αξίας 3280 ευρώ (πλέον του αναλογούντος ΦΠΑ 19% ποσού 623,20 ευρώ, που συμφωνήθηκε ότι επίσης βαρύνει τον ενάγοντα-αγοραστή). Συνεπώς, το συνολικό τίμημα της επίδικης πώλησης, για τη σύναψη της οποίας προηγήθηκαν διαπραγματεύσεις μηνών με αποστολή έγγραφων προσφορών και παραγγελιών, που προσκομίζει και επικαλείται νόμιμα η εναγομένη, ανερχόταν σε 12.233,20 ευρώ. Η αγορά του άνω συστήματος αποφασίσθηκε από τον ενάγοντα, παρότι ανάλογο σύστημα λειτουργούσε ήδη στο πρατήριο του, διότι το 2007 άλλαξε ο τρόπος παρακράτησης και απόδοσης του ειδικού φόρου κατανάλωσης στο πετρέλαιο θέρμανσης, γεγονός το οποίο καθιστούσε αναγκαία την ύπαρξη ενός πιο εξελιγμένου προγράμματος διαχείρισης και παρακολούθησης παραγγελιών-παραδόσεων κλπ. Επίσης, ο ενάγων επιθυμούσε, για λόγους ταχύτερης λήψης και διεκπεραίωσης των παραγγελιών, το νέο πρόγραμμα να έχει τη δυνατότητα έκδοσης συγκεντρωτικού τιμολογίου πώλησης για πολλά δελτία αποστολής προς το ίδιο πρόσωπο. Μάλιστα γι' αυτό το λόγο επισημάνθηκε από την εναγομένη στο πλαίσιο των διαπραγματεύσεων, ότι είναι αναγκαία η αλληλαγή του έντυπου τιμολογίου, που μέχρι τότε χρησιμοποιούσε ο ενάγων, προκειμένου στο

νέο έντυπο να υπάρχει χώρος για να αναγράφονται οι αριθμοί των δελτίων αποστολής που συνδέονται με έκαστο τιμολόγιο, όπως επιθυμούσε ο ενάγων. Το επίμαχο πρόγραμμα τελικά εγκαταστάθηκε στο κατάστημα του ενάγοντος τον Οκτώβριο του 2007, ενώ και τα παρεπόμενα περιφερειακά εξαρτήματα αυτού παραδόθηκαν σ' αυτόν τον ίδιο μήνα, αφού προηγουμένως η εναγομένη εταιρία τα είχε προμηθευτεί (στις 12-9-2007) από την ανώνυμη εταιρία «...», σύμφωνα με το τιμολόγιο που η ίδια προσκομίζει. Γι' αυτό το λόγο ο ενάγων οπισθογράφησε στην εναγομένη (έναντι λογαριασμού για το λογισμικό) δύο επιταγές πελατών του, συνολικού ποσού 5.083 ευρώ, οι οποίες κατά τη λήξη τους πληρώθηκαν κανονικά στην εναγομένη, όπως η ίδια ομολογεί στις έγγραφες προτάσεις της, ενώ κατέβαλε σ' αυτήν και το ποσό των 3.903,20 ευρώ για ολοσχερή εξόφληση του τιμήματος για τα ως άνω περιφερειακά εξαρτήματα. Παρά την ομαλή εξέλιξη στην εκπλήρωση των εκατέρωθεν υποχρεώσεων των συμβαλλομένων μερών, η λειτουργία του συστήματος δεν ήταν δυνατόν να γίνει άμεσα τον Οκτώβριο του 2007. Και τούτο διότι η λειτουργία του συστήματος απαιτούσε, αφού εκπαιδευτεί σχετικά το προσωπικό του ενάγοντος και ιδίως οι οδηγοί των βυτιοφόρων οχημάτων του (συμβατική υποχρέωση την οποία είχε αναλάβει να πραγματοποιήσει η εναγομένη), να δοκιμασθεί αυτό στην πράξη και να δηλωθεί στην Εφορία η μεταβολή του φορολογικού ταμειακού μηχανισμού, καθότι ο παλαιός δεν ήταν συμβατός με το επίμαχο σύστημα και γι' αυτό ο ενάγων αγόρασε νέο. Πέραν όμως αυτού, το φθινόπωρο κάθε έτους γίνεται μεγάλος αριθμός παραγγελιών και παραδόσεων πετρελαίου θέρμανσης, γεγονός που καθιστούσε προβληματική τη μετάβαση σε ένα νέο σύστημα διαχείρισης και παρακολούθησης τον Οκτώβριο του 2007. Εξάλλου, ο ενάγων επιθυμούσε να εντάξει την αγορά του ως άνω συστήματος σε πρόγραμμα κρατικής επιχορήγησης, η έγκριση για την οποία όμως καθυστερούσε, ενώ εκκρεμούσε τέλος Οκτωβρίου 2007 και το ζήτημα – αναγκαίας για το λόγο που προαναφέρθηκε – αλληλλαγής του εντύπου τιμολογίου, η οποία έγινε τον μήνα Ιανουάριο του 2008. Έτσι οι αντίδικοι, μετά από μία εβδομάδα προσωρινής λειτουργίας του πωληθέντος συστήματος, από 25 μέχρι 31 Οκτωβρίου 2007, κατά την οποία δεν παρατηρήθηκε καμία δυσλειτουργία του, αποφάσισαν να αναβάλουν τη μόνιμη λειτουργία του για το επόμενο έτος, αφού τακτοποιούνταν οι ως άνω εκκρεμότητες, λόγος άλλωστε για τον οποίο ο ενάγων άφησε ανεξόφλητο υπόλοιπο του τιμήματος για το λογισμικό, ποσού 3.247 ευρώ, γεγονός για το οποίο η εναγομένη εταιρία καθόλου δεν διαμαρτυρήθηκε, αλλ' αντιθέτως συναίνεσε. Δέχεται περαιτέρω το Εφετείο, ότι το νέο σύστημα διαχείρισης και παρακολούθησης της επιχείρησης του ενάγοντος, τέθηκε σε μόνιμη λειτουργία τον Ιούλιο του 2008, αφού είχαν εκλείψει οι παραπάνω εκκρεμότητες. Στο τέλος όμως του μήνα αυτού διαπιστώθηκε δυσλειτουργία του συστήματος, καθότι αυτό παρουσίασε ασυμβατότητα με το νέο έντυπο που είχε προμηθευτεί ο ενάγων καθ' υπόδειξη της εναγομένης. Ειδικότερα, το πρόγραμμα δεν μπορούσε, σε ορισμένες περιπτώσεις, να αναγράψει σε ένα συγκεντρωτικό τιμολόγιο τα στοιχεία όλων των σχετικών με αυτό δελτίων αποστολής του ίδιου προσώπου. Στις περιπτώσεις αυτές ο ενάγων αναγκαζόταν να ακυρώσει τα σχετικά τιμολόγια και να τα επανεκδώσει με ιδιόχειρη συμπλήρωση ως προς τα στοιχεία των σχετικών δελτίων αποστολής, γεγονός που αποδέχεται και η εναγομένη στις έγγραφες προτάσεις της, και αποδεικνύεται από τα σχετικά παραστατικά που ενδεικτικά προσκομίζει και επικαλείται ο ενάγων. Ο ενάγων ζήτησε από την εναγομένη να διορθώσει το συγκεκριμένο πρόβλημα και αυτή επέλεξε ως λύση να μην αναγράφονται στο τιμολόγιο οι ημερομηνίες έκδοσης των δελτίων αποστολής, έτσι ώστε να υπάρχει περισσότερος χώρος για την αναγραφή μόνο των αριθμών, των σχετικών με το τιμολόγιο, δελτίων. Η συγκεκριμένη διορθωτική παρέμβαση της εναγομέ-

νης, συναρτάται με τις δυνατότητες του συστήματος που αρχικά είχαν συμφωνηθεί μεταξύ των διαδίκων. Ωστόσο, η ως άνω διορθωτική παρέμβαση της εναγομένης δεν επέφερε το επιθυμητό αποτέλεσμα, διότι το σύστημα, για λόγους αδιευκρίνιστους, πάλι παρέλειπε αριθμούς δελτίων αποστολής του ίδιου πελάτη, ενώ σε ορισμένες περιπτώσεις αγόραζε λάθος αριθμούς δελτίων. Στις περιπτώσεις αυτές, ο ενάγων πάλι αναγκαζόταν είτε να ακυρώσει τα σχετικά τιμολόγια και να επανεκδώσει με ιδιόχειρη συμπλήρωση-διόρθωση, ως προς τα ορθά στοιχεία των σχετικών δελτίων αποστολής, είτε να εκδίδει μικρότερα συγκεντρωτικά τιμολόγια, δηλαδή τιμολόγια για λιγότερα δελτία αποστολής. Ακολουθώντας δέχεται το Πρωτοδικείο, ότι το επίδικο σύστημα, κατά τον κρίσιμο χρόνο της μετάθεσης του κινδύνου στον αγοραστή ενάγοντα, παρουσίαζε πραγματικό ελάττωμα, δηλαδή ατέλεια που αφορούσε εν προκειμένω τις λειτουργικές του ικανότητες και είχε αρνητική επίδραση πάνω στην χρησιμότητά του, καθόσον δεν ήταν εντελώς κατάλληλο για το σκοπό που αγοράστηκε, δηλαδή τη διαχείριση και παρακολούθηση του πρατηρίου υγρών καυσίμων του ενάγοντος, ιδιαίτερα δε για τη σύμφωνη με τον σκοπό αυτό ειδική χρήση, που περιλάμβανε και την έκδοση συγκεντρωτικών τιμολογίων πώλησης για πολλά δελτία αποστολής προς το ίδιο πρόσωπο. Όμως, ο ενάγων, παρά τις προαναφερθείσες δυσλειτουργίες του συστήματος, συνέχισε να χρησιμοποιεί αυτό, ζητώντας μόνο τη διόρθωσή του, η οποία απαιτούσε παρέμβαση μόνο στο λειτουργικό του σύστημα και δεν αφορούσε καθόλου τα περιφερειακά εξαρτήματα, που κανένα ελάττωμα δεν παρουσίασαν κατά τη λειτουργία τους. Ενόψει δε των ανωτέρω καταλήγει το Εφετείο στο συμπέρασμα, ότι ο ενάγων μόλις διαπίστωσε το επίδικο πραγματικό ελάττωμα, ζήτησε, επιτακτικά και σε ιδιαίτερα έντονο ύψος, από την εναγομένη την «οριστική επίλυση» του συγκεκριμένου προβλήματος, η οποία όμως δεν έλαβε χώρα. Δηλαδή, ουσιαστικά ο ενάγων ζήτησε από την εναγομένη την διόρθωση του ελαττώματος του πράγματος που του πώλησε η εναγομένη, δήλωση η οποία ήταν δεσμευτική ως προς το δικαίωμα που άσκησε, από αυτά που του παρέχει ο νόμος, με την έννοια της επιλογής της συγκεκριμένης διάταξης, η οποία ήταν αμετάκλητη. Η άσκηση δε του ως άνω δικαιώματος από τον ενάγοντα αποκλείει την άσκηση των υπόλοιπων δικαιωμάτων του και ειδικότερα αυτό της υπαναχώρησης, το οποίο ο ενάγων αβασίμως ισχυρίζεται ότι άσκησε με προφορική δήλωσή του, αμέσως μετά τη διαπίστωση του πραγματικού ελαττώματος, ασκούμενο δε τώρα με την ένδικη αγωγή του, δεν έχει καμιά έννομη συνέπεια, ενόψει της ως άνω επιλογής του για διόρθωση του ελαττώματος. Δεν αποδεικνύεται δε από κανένα στοιχείο, κατά τις παραδοχές της προσβαλλόμενης απόφασης, ότι όταν ο ενάγων ζήτησε τη διόρθωση του προαναφερθέντος ελαττώματος, δεν ασκούσε το σχετικό δικαίωμα, αλλά πρότεινε την ενδεχόμενη λύση στο πλαίσιο διαπραγματεύσεων για την συμβιβαστική επίλυση της διαφοράς του με την εναγομένη εταιρία. Αντίθετα δε προκύπτει, ότι ο ενάγων σε μεταγενέστερο χρόνο, και αφού είχε ζητήσει τη διόρθωση του ελαττώματος του πωληθέντος σ' αυτόν πράγματος, αποφάσισε ότι δεν ήθελε την εκτέλεση της επίδικης σύμβασης πώλησης, και συγκεκριμένα, όταν τον Οκτώβριο του 2008 η εναγομένη απέστειλε σ' αυτόν δύο πιστωτικά τιμολόγια πώλησης για το επίμαχο σύστημα διαχείρισης και παρακολούθησης λειτουργίας του καταστήματός του, συνολικού ποσού 12.590 ευρώ, συμπεριλαμβανομένου και του ΦΠΑ, ενώ ο ενάγων είχε ήδη καταβάλει έναντι του τιμήματος 8.983,20 ευρώ και είχε ζητήσει από την εναγομένη εξοφλημένα τιμολόγια, προκειμένου να εισπράξει από την τράπεζα ... Α.Ε. τα αντίστοιχα ποσά, δεδομένου ότι εν τω μεταξύ είχε επιτύχει την ένταξη του σε χρηματοδοτικό πρόγραμμα με κρατική επιχορήγηση. Με βάση τις παραδοχές αυτές το Πρωτοδικείο, αφού έκρινε ότι η αγωγή του αναιρεσιόντος για απόδοση σ' αυτόν, λόγω

υπαναχώρησής του από την επίδικη σύμβαση πωλήσεως, του καταβληθέντος στην αναιρεσίβλητη τιμήματος των 8.986,20 ευρώ, ήταν ουσιαστικά αβάσιμη, ενώ η ανταγωγή του αναιρεσίβλητου, με την οποία ζητούσε από τον αναιρεσείοντα την καταβολή του υπολοίπου μη καταβληθέντος για την ίδια σύμβαση τιμήματος, ποσού 3.247 ευρώ, ήταν βάσιμη και κατ' ουσίαν, ακολουθώντας εξαφάνισε την αντιθέτως κρίνασα απόφαση του Ειρηνοδικείου, και την μεν αγωγή απέρριψε, την δε ανταγωγή έκανε δεκτή κατά το ως άνω ποσόν. Έτσι που έκρινε το Πρωτοδικείο παραβίασε με εσφαλμένη ερμηνεία και εφαρμογή τις ουσιαστικού δικαίου διατάξεις των άρθρων 389, 513, 522, 534, 540, 541, 543 και 547 ΑΚ, καθόσον τα δεκτά γενόμενα ως αποδειχθέντα πραγματικά περιστατικά, πληρούσαν το πραγματικό των διατάξεων αυτών και δικαιολογούσαν την παραδοχή της ένδικης αγωγής και την απόρριψη της ανταγωγής, και ως προς το παραπάνω αίτημά της. Ειδικότερα, οι παραδοχές της προσβαλλόμενης απόφασης 1) ότι το επίδικο σύστημα, κατά τον κρίσιμο χρόνο της μετάθεσης του κινδύνου στον αγοραστή ενάγοντα, παρουσίαζε πραγματικό ελάττωμα, δηλαδή ατέλεια που αφορούσε εν προκειμένω τις λειτουργικές του ικανότητες και είχε αρνητική επίδραση πάνω στην χρησιμότητά του, καθόσον δεν ήταν εντελώς κατάλληλο για το σκοπό που αγοράστηκε, δηλαδή τη διαχείριση και παρακολούθηση του πρατηρίου υγρών καυσίμων του ενάγοντος, ιδιαίτερα δε για τη σύμφωνη με τον σκοπό αυτό ειδική χρήση, που περιλάμβανε και την έκδοση συγκεντρωτικών τιμολογίων πώλησης για πολλαπλά δελτία αποστολής προς το ίδιο πρόσωπο, που ειδικώς είχε συμφωνηθεί από τους διαδίκους, και 2) ότι, όταν ο ενάγων ζήτησε τον Ιούλιο 2008 από την εναγομένη να διορθώσει το πραγματικό αυτό ελάττωμα, το οποίο αποτελούσε συμφωνηθείσα δυνατότητα του συστήματος, αυτή μεν ανταποκρίθηκε, πλην όμως, παρά τη διορθωτική παρέμβαση του προσωπικού της το ελάττωμα δεν διορθώθηκε, ενώ όταν τον Οκτώβριο του ίδιου έτους την κάλεσε εκ νέου να διορθώσει την ίδια δυσλειτουργία του συστήματος και να δώσει οριστική λύση του προβλήματος, ώστε αυτό να ανταποκρίνεται στην παραπάνω συμφωνηθείσα ιδιότητα, αυτή δεν ανταποκρίθηκε στην πρόσκλησή του, παρείχαν στον ενάγοντα το δικαίωμα να υπαναχωρήσει με την ένδικη αγωγή από την επίδικη σύμβαση πωλήσεως και να ζητήσει την απόδοση από την εναγομένη του καταβληθέντος σ' αυτήν μέρους του τιμήματος, αφού ουσιαστικά η αξίωση του ενάγοντος για διόρθωση του άνω ελαττώματος, προκειμένου το πωληθέν σύστημα να ανταποκρίνεται σε όσα είχαν συμφωνήσει, συνιστούσε αξίωση μετεκπληρώσεως της σύμβασης, ενόψει δε αυτών, εφόσον το ελάττωμα δεν διορθώθηκε, με συνέπεια να παραμένει η έλλειψη της συμφωνηθείσας ιδιότητας, που καθιστούσε το σύστημα ακατάλληλο για το σκοπό που αγοράστηκε, η άσκηση της υπαναχώρησης και η συνεπεία αυτής ανατροπή εξ υπαρχής της συμβάσεως πωλήσεως, δικαιολογούσαν την παραδοχή της αγωγής του αναιρεσείοντος και την απόρριψη της ανταγωγής της αναιρεσίβλητης και ως προς το παραπάνω αίτημά της, αφού μετά την ανατροπή της συμβάσεως πωλήσεως, δεν υπήρχε πλέον ισχυρή σύμβαση, ώστε να καθίσταται ο ενάγων υπόχρεος για την καταβολή του υπολοίπου του συμφωνηθέντος τιμήματος. Επομένως, ο μοναδικός λόγος της αιτήσεως αναιρέσεως, από το άρθρο 560 αρ. 1 ΚΠολΔ, με τον οποίο προβάλλεται αντίστοιχη αιτίαση, είναι βάσιμος...]

**Ειρηνοδικείο Αθηνών
Αριθμ. 2959/2013**

Προεδρεύουσα: **Β. Δελλαπόρτα**, Ειρηνοδίκης
Δικηγόροι: **Ελ. Κουρτέσης – Ισ. Γεροντίδης**

Έκδοση διαταγής πληρωμής για αξίωση αδικαιολόγητου

πλουτισμού. Άσκηση ανακοπής λόγω παραβίασης της αρχής της έγγραφης απόδειξης. Προκαταβολή τιμήματος στο πλαίσιο άκυρου (λόγω μη τήρησης του νόμιμου τύπου) προσυμφώνου. Αναζήτηση του καταβληθέντος ποσού από τον εκδοχέα του δικαιώματος εκ του προσυμφώνου και μέλλοντα συμβαλλόμενο. Απαραίτητα έγγραφα για την απόδειξη της ενεργητικής νομιμοποίησης του εκδόσαντος τη διαταγή πληρωμή στην περίπτωση αυτή. Απόσβεση της αξίωσης αδικαιολόγητου πλουτισμού, εφόσον ο λήπτης δεν είναι πια πλουσιότερος κατά τον χρόνο της επίδοσης της αγωγής. Ο πλουτισμός θεωρείται ότι εξέλιψε και στην περίπτωση που το ληφθέν ποσό αναλήφθηκε σε δαπάνες του λήπτη, οι οποίες προέκυψαν λόγω της κτήσης του πλουτισμού, τελούν δηλαδή σε αιτιώδη συνάφεια μ' αυτόν. Βάρος απόδειξης των διαδίκων στην περίπτωση προβολής της ένστασης ανάληψης του πλουτισμού.

Διατάξεις: ΚΠολΔ 623, 624· ΑΚ 166, 365, 904, 909, 1033

[...Από την ένορκη κατάθεση ενώπιον του δικαστηρίου του μάρτυρα του ανακόπτοντος, τα προσκομιζόμενα με επίκληση από τους διαδίκους έγγραφα και την εν γένει διαδικασία, αποδείχθηκαν τα ακόλουθα: Επί της από 21-11-2012 αιτήσεως του καθ' ου η ανακοπή, εκδόθηκε η υπ' αριθμ. ... διαταγή πληρωμής του Ειρηνοδίκη Αθηνών, με την οποία διεδάχθη ο ανακόπτων να καταβάλει στον καθ' ου το ποσό των 15.000 ευρώ, με το νόμιμο τόκο από την επίδοσή της. Με την ανωτέρω αίτηση, επί της οποίας εκδόθηκε η προσβαλλόμενη διαταγή πληρωμής, ο καθ' ου ισχυρίστηκε ότι την 1-8-2011 κατέβαλε στον ανακόπτοντα ως αντιπρόσωπον των θυγατέρων του Π. και Γ. Κ. το ποσό των 15.000 ευρώ, ως προκαταβολή για την αγορά ενός ακινήτου, κυριότητας του ανακόπτοντος, κείμενου επί της οδού Β., αριθμός ... στην πλατεία Κάνιγγος, πλην όμως η συμφωνία αυτή ήταν άκυρη, διότι δεν περιβλήθη το συμβολαιογραφικό τύπο και ουδέποτε εν συνέχεια συντάχθηκε συμβολαιογραφικό έγγραφο για τη μεταβίβαση του ακινήτου, με συνέπεια το ποσό των 15.000 ευρώ να καταβλήθηκε στα πλαίσια άκυρης δικαιοπραξίας και να αναζητείται με τις διατάξεις του αδικαιολόγητου πλουτισμού, αφού δόθηκε χωρίς νόμιμη αιτία. Προς απόδειξη της εν λόγω απαίτησής του έναντι του ανακόπτοντος, ο καθ' ου επικαλέστηκε και προσκόμισε τα ακόλουθα έγγραφα. Α) Το από 1-8-2011 ιδιωτικό συμφωνητικό (προσύμφωνο πώλησης του ανωτέρω ακινήτου και απόδειξη προκαταβολής ποσού 15.000 ευρώ), Β) Τις από 30-7-2012 έγγραφες δηλώσεις των αρχικών μελλήουσών αγοραστριών Π. και Γ. Κ. το περιεχόμενο των οποίων έχει ως εξής: «Με την παρούσα δηλώνω ότι ποιοτική χρήση του δικαιώματος που είχα από το από 1-8-2012 ιδιωτικό συμφωνητικό προσύμφωνο πώλησης ακινήτου με τον Μ. Τ. του Β., κάτοικο Αθηνών, υπέδειξα, συμφώνησα και αποδέχθηκα να συμβληθεί στο οριστικό συμβόλαιο ως μόνος αγοραστής ο πατέρας μου Χ. Κ. του Ε., κάτοικος Αθηνών, ο οποίος άηλωσε είχε καταβάλει και την προκαταβολή των 15.000 ευρώ, την οποία μόνον αυτής δικαιούται να διεκδικήσει». Γ) Την με αριθμό 232/209-2011 δήλωση ΦΜΑ. το οποίο έχει εκδοθεί στο όνομα του καθ' ου η ανακοπή ως υπόχρεου και Δ) την από 30-7-2012 βεβαίωση της συμβολαιογράφου Αθηνών Δ.Μ. επί της ως άνω δήλωσης ΦΜΑ, ότι ουδέποτε καταρτίστηκε το οριστικό συμβόλαιο αγοραπωλησίας του εν λόγω ακινήτου. Με βάση τα έγγραφα αυτά, εκδόθηκε η προσβαλλόμενη διαταγή πληρωμής, η οποία, δεχόμενη ότι η καταβολή του ποσού των 15.000 ευρώ, ως προκαταβολή αγοράς ακινήτου, έλαβε χώρα, στα πλαίσια άκυρης συμφωνίας διότι δεν τηρήθηκε ο συμβολαιογραφικός τύπος, με συνέπεια η προκαταβολή του τιμήματος που καταβλήθηκε σε εκτέλεσή της από τον καθ' ου να αναζητείται με τις διατάξεις του αδικαιολόγητου πλουτισμού, προσέτι δε και ότι η ανωτέρω

απαίτηση του καθ' ου αποδεικνύεται από τα προαναφερόμενα έγγραφα, υποχρέωσε τον ανακόπτοντα να καταβάλει στον καθ' ου το ποσό αυτό νομιμοτόκως.

Με τον πρώτο λόγο της ανακοπής αυτής ο ανακόπτων διώκει την ακύρωση της προαναφερόμενης διαταγής πληρωμής, ισχυριζόμενος, κατ' εκτίμηση του λόγου αυτού, ότι υπήρχε έλλειψη εγγράφου απόδειξης ως αναγκαίας διαδικασίας προϋπόθεσης για την έκδοση διαταγής πληρωμής και ειδικότερα ότι ο καθ' ου επικαλέστηκε και προσκόμισε, μεταξύ άλλων, για την έκδοση της προσβαλλόμενης διαταγής πληρωμής, το από 1-8-2011 ιδιωτικό συμφωνητικό από το οποίο προκύπτει ότι συμβαλλόμενος σ' αυτό ήταν αφενός ο πωλητής και ήδη ανακόπτων και αφετέρου οι προαναφερθείσες μέλλουσες αγοράστριες θυγατέρες του ήδη καθ' ου η ανακοπή και όχι ο τελευταίος, δεδομένου ότι δεν συνεβλήθη με τον καθ' ου η ανακοπή αλλά με τις προρρηθείσες θυγατέρες του. Πήλν όμως, όπως προκύπτει από το 1-8-2011 ιδιωτικό συμφωνητικό με αντισυμβαλλομένους τον ανακόπτοντα και τις θυγατέρες του καθ' ου η ανακοπή, συμφωνήθηκε ρητώς ότι ο πωλητής-ανακόπτων έχει υποχρέωση να μεταβιβάσει το ακίνητο σε οποιοδήποτε μέλος ή μέλη της οικογένειας Χ. και Α. Κ. του υποδειχθεί τελικώς. Από το περιεχόμενο του όρου αυτού καθίσταται σαφές ότι ο ανακόπτων γνώριζε από την υπογραφή ακόμη του παραπάνω συμφωνητικού ότι ο καθ' ου η ανακοπή λειτουργούσε στα πλαίσια εκπροσώπησης των αντισυμβαλλομένων θυγατέρων του και ότι εδύνάτο να προχωρήσουν οι τελευταίες σε εκχώρηση των δικαιωμάτων τους προς τον πάτερα τους-καθ' ου, ο οποίος ρητώς ονομαστικώς μνημονεύεται στο ως άνω συμφωνητικό. Σύμφωνα με τα παραπάνω, η αίτηση για την έκδοση της πληττόμενης διαταγής πληρωμής ήταν ορισμένη και εκτίθετο σ' αυτήν ο ακριβής ο τρόπος διαδοχής του καθ' ου στα δικαιώματα των αρχικώς συμβαλλομένων θυγατέρων του και περαιτέρω η αίτηση αυτή παραδεκτώς ασκήθηκε δεδομένου ότι προσκομίστηκαν τα σχετικά έγγραφα που μνημονεύονται παραπάνω από τα οποία προκύπτει σαφώς η ενεργητική νομιμοποίηση του καθ' ου η ανακοπή για την κατάθεση της αίτησης για διαταγή πληρωμής. Πέραν δε των μνημονευομένων εγγράφων, μαζί με την αίτηση προσκομίστηκαν εξώδικες διαμαρτυρίες, στην μία εκ των οποίων, την από 27-7-2012, ο ανακόπτων αναγνωρίζοντας τον καθ' ου ως εκδοχέα τελικώς της απαίτησης και στην από 12-6-2012 εξώδικο διαμαρτυρία του καθ' ου η ανακοπή προς τον ανακόπτοντα, ο πρώτος γνωστοποιούσε στον τελευταίο, όπως προκύπτει από την επισκόπηση του περιεχομένου της ότι είχε ήδη καταστήσει γνωστό σ' αυτόν ότι σύμφωνα με τον σχετικό όρο του συμφωνητικού τελικώς θα συμβιβληθεί ο καθ' ου στην επικείμενη αγορά του ακινήτου που μεταβλήθηκε. Συνεπώς, δεν τίθεται ζήτημα για έλλειψη της απαραίτητης διαδικαστικής αυτής προϋπόθεσης για έκδοση της ένδικης διαταγής πληρωμής, αφού, τα αποδεικτικά μέσα που προσκομίστηκαν για την έκδοσή της επαρκούσαν για να νομιμοποιήσουν τον καθ' ου ως δανειστή της απαίτησης αυτή και ως εκ τούτου ο λόγος αυτός θα πρέπει να απορριφθεί ως ουσιαστικά αβάσιμος.

Με τον δεύτερο λόγο της ανακοπής ο ανακόπτων ζητεί την ακύρωση της προαναφερομένης διαταγής πληρωμής, ισχυριζόμενος ότι η επικαλούμενη από τον καθ' ου απαίτησή του από αδικαιολόγητο πλουτισμό, για την οποία και εκδόθηκε η εν λόγω διαταγή, δεν αποδεικνύεται μόνο από τα έγγραφα που επικαλέστηκε και προσκόμισε ο καθ' ου. Ο λόγος αυτός ανακοπής, αναφερόμενος στο κύρος της προσβαλλόμενης διαταγής πληρωμής, είναι μεν παραδεκτός και νόμιμος, στηριζόμενος στις διατάξεις των άρθρων 623 και 624 ΚΠολΔ, πήλν όμως θα απορριφθεί ως κατ' ουσίαν αβάσιμος δεδομένου ότι από το συνδυασμό των διατάξεων των άρθρων 623 και 624 του ΚΠολΔ, προκύπτει ότι μεταξύ των ουσιαστικών και διαδικαστικών προϋποθέσεων, με τη συνδρομή ή μη των οποίων

μπορεί να ζητηθεί η έκδοση διαταγής πληρωμής, είναι αφενός η ύπαρξη χρηματικής απαίτησης του αιτούντος από ορισμένη έννομη σχέση και αφετέρου η απαίτηση αυτή να αποδεικνύεται με δημόσια ή ιδιωτικά έγγραφα. Από τα έγγραφα πρέπει να προκύπτουν το οφειλόμενο ποσό, το ύψος της σχετικής αξίωσης, το ληξιπρόθεσμο και η αιτία της οφειλής, καθώς και τα πρόσωπα του δικαιούχου και οφειλέτη (βλ. ΑΠ 355/1999 ΕλλΔην 40.1535). Εάν τα ανωτέρω δεν αποδεικνύονται εγγράφως ο δικαστής οφείλει, κατ' άρθρο 628 του ΚΠολΔ, να μην εκδώσει διαταγή πληρωμής, εάν δε, παρά την έλλειψη της διαδικαστικής αυτής προϋπόθεσης, εκδοθεί διαταγή πληρωμής, τότε αυτή ακυρώνεται ύστερα από ανακοπή του οφειλέτη, κατά τα άρθρα 632 και 633 του ΚΠολΔ (βλ. ΟλΑΠ 10/1997 ΕΕμπΔ 1999.30, ΑΠ 1102/2008 δημοσιευμένη στην Τράπεζα Νομικών Πληροφοριών «ΝΟΜΟΣ», ΑΠ 1480/2007 ΧρΔ 2008.437, ΑΠ 901/2006 ΕλλΔην 2009.125, ΑΠ 737/2006, ΑΠ 665/2006 δημοσιευμένες στην Τράπεζα Νομικών Πληροφοριών «ΝΟΜΟΣ»). Εν προκειμένω όμως, από τα διαλαμβανόμενα στην προσβαλλόμενη διαταγή πληρωμής έγγραφα, όπως αυτά αναφέρθηκαν ανωτέρω ένα προς ένα και σε συνδυασμό μεταξύ τους, αποδεικνύεται εγγράφως η απαίτηση του καθ' ου έναντι του ανακόπτοντος και συγκεκριμένα η στηριζόμενη στις διατάξεις του αδικαιολόγητου πλουτισμού αξίωσή της για επιστροφή της ωφέλειας, ήτοι του ποσού 15.000 ευρώ που αφορά προκαταβολή τιμήματος αγοραπωλησίας ακινήτου και αποκτήθηκε από τον ανακόπτοντα χωρίς νόμιμη αιτία από την περιουσία του καθ' ου, καθόσον η παροχή του ανωτέρω ποσού έγινε σε εκτέλεση σύμβασης (συμφωνία αγοραπωλησίας ακινήτου που αποτυπώθηκε στο από 1-8-2011 ιδιωτικό έγγραφο), για την οποία ο νομός απαιτεί την τήρηση ορισμένου τύπου και ο τύπος αυτός δεν τηρήθηκε, ώστε η σύμβαση να είναι άκυρη και να θεωρείται ως μη γενομένη και επομένως να μην υπάρχει νόμιμη αιτία που να δικαιολογεί τη διατήρηση της παροχής στο λήπτη και εν προκειμένω τον ανακόπτοντα.

Περαιτέρω, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 369 και 1033 ΑΚ για τη μεταβίβαση της κυριότητας ακινήτου απαιτείται η σύνταξη συμβολαιογραφικού εγγράφου. Στον ίδιο τύπο υποβάλλεται και το προσύμφωνο (ΑΚ 166). Εάν και για το προσύμφωνο δεν τηρήθηκε ο συμβολαιογραφικός τύπος, το τίμημα που τυχόν καταβλήθηκε με αυτό από τον αγοραστή για τη μέλλουσα κατάρτιση του οριστικού συμβολαίου, λόγω της κατά τα άρθρα 159.180 ΑΚ ακυρότητας του προσυμφώνου, μπορεί να αναζητηθεί με τις διατάξεις του αδικαιολόγητου πλουτισμού. Κατά την έννοια του άρθρου 904 ΑΚ αναγνωρίζεται αξίωση προς απόδοση της ωφέλειας που αποκτήθηκε χωρίς νόμιμη αιτία από την περιουσία ή με ζημία άλλου και όταν η παροχή έγινε σε εκτέλεση της σύμβασης, για την οποία ο νόμος απαιτεί την τήρηση ορισμένου τύπου και ο τύπος αυτός δεν τηρήθηκε. Στην περίπτωση αυτή η σύμβαση, για την οποία δεν τηρήθηκε ο τύπος του συμβολαιογραφικού εγγράφου, θεωρείται ως μη γενομένη και επομένως δεν υπάρχει νόμιμη αιτία, που να δικαιολογεί τη διατήρηση της παροχής στο λήπτη, εφ' όσον ο βούληση του δότη, που εκδηλώθηκε άτυπα, δεν αναγνωρίζεται από το νόμο. Κατά συνέπεια, η προκαταβολή τιμήματος σε εκτέλεση προσυμφώνου αγοράς ακινήτου, για το οποίο δεν συντάχθηκε συμβολαιογραφικό έγγραφο, συνιστά χωρίς νόμιμη αιτία πλουτισμό του πωλητή από την περιουσία του αγοραστή. Εξάλλου κατά το άρθρο 909 ΑΚ η υποχρέωση για απόδοση του πλουτισμού αποσβήνεται, εφόσον ο λήπτης δεν είναι πλουσιότερος κατά το χρόνο της επίδοσης της αγωγής. Κατά την αληθή έννοια της διάταξης αυτής, απόσβεση της υποχρέωσης προς απόδοση του πλουτισμού, που επήλθε με τη λήψη χρημάτων χωρίς νόμιμη αιτία, ή για αιτία που δεν επακολούθησε ή έληξε ή είναι παράνομη ή ανήθικη, συμβαίνει και όταν ο λήπτης αναλίσκει

το χρηματικό ποσό που έλαβε, πραγματοποιώντας δαπάνες, στις οποίες διαφορετικά δε θα προέβαινε. Αντίθετα θεωρείται ότι υπάρχει πλούτισμός και πρέπει να επιστραφεί το ληφθέν στην περίπτωση που δαπανήθηκε τούτο για την εξόφληση ιδίων υποχρεώσεων του λήπτη (βλ. σχ. ΑΠ 852/2000 Δνν 41, 1654, ΑΠ 541/78 ΝοΒ 27, 387, ΑΠ 397/75 ΝοΒ 23, 1154, ΑΠ 1420/1996 Δνν 39, 1014, ΕφΑθ 1145/2005 Δνν 47, 506, ΕφΑθ 10355/1987 Δνν 30, 770).

Στη συγκεκριμένη περίπτωση, ο τρίτος, τέταρτος και πέμπτος λόγος ανακοπής, με τους οποίους γενικά επαναλαμβάνονται οι ίδιοι ως άνω ισχυρισμοί και επιπλέον προτείνεται ευθύνη του καθ' ου στην ολοκλήρωση της μεταβίβασης του ακινήτου, αλισιτελής προβάλλεται ως λόγος αφορών την απαίτηση για την οποία εκδόθηκε η προσβαλλόμενη διαταγή πληρωμής, αφού αυτή εκδόθηκε για απαίτηση του καθ' ου απορρέουσα αποκλειστικά από αδικαιολόγητο πλούτισμό, η οποία ως προϋποθέσεις έχει: α) τον πλούτισμό του λήπτη (εν προκειμένω του ανακόπτοντος με την έννοια επαύξησης της περιουσίας του κατά το ποσό των 15.000 ευρώ, β) την επέλευση του πλούτισμού από την περιουσία άλλου (εν προκειμένω του καθ' ου που κατέβαλε στον ανακόπτοντα το ανωτέρω ποσό), γ) την έλλειψη νόμιμης αιτίας του πλούτισμού (εν προκειμένω παροχή σε εκτέλεση άκυρης δικαιοπραξίας) και δ) την αιτιώδη συνάφεια μεταξύ του πλούτισμού και της επιβάρυνσης του δικαιούχου, με την έννοια ότι ο πλούτισμός του ανακόπτοντος εν προκειμένω συνιστά άμεση συνέπεια της παροχής του καθ' ου. Με τους ίδιους αυτούς λόγους της ανακοπής, κατ' ορθή εκτίμησή τους, προτείνεται κυρίως ένσταση ανάληψης του πλούτισμού (άρθρα 909 και 913 ΑΚ) και επικουρικά ένσταση συμψηφισμού (άρθρο 440 ΑΚ), πλην όμως θα απορριφθούν προεχόντως ως αόριστοι, αφού δεν γίνεται σαφής μνεία των περιστατικών που στοιχειοθετούν την προτεινόμενη σε συμψηφισμό αμοιβαία και ληξιπρόθεσμα ανταπαίτηση του ανακόπτοντος έναντι του καθ' ου, δεδομένου ότι για την αφαίρεση των δαπανών ή των ζημιών από τον πλούτισμό πρέπει να τελούν σε αιτιώδη συνάφεια μ' αυτόν. Προσπατείται δε και εσωτερική συνάφειά τους με την πεποίθηση του λήπτη ότι πρόκειται για οριστική κτήση πλούτισμού και γι' αυτό δεν χωρεί συνηγορία δαπανών που βρίσκονται σε σύνδεσμο με την προσωρινή κατοχή του πλούτισμού ή ζημίες που προκλήθηκαν τυχαία. Ο ανακόπων επικαλείται ότι προκείμενου να ελευθερωθεί το προς πώληση ακίνητό του, αναγκάστηκε να μισθώσει έτερο ακίνητο για να το χρησιμοποιήσει ως έδρα της επιχείρησής του καταβάλλοντας μηνιαίο μίσθωμα 500 ευρώ για δεκάξι μήνες και ως εκ τούτου έχει ισόποση τουλάχιστον ανταπαίτηση. Πλην όμως, ο ισχυρισμός αυτός είναι απαράδεκτος λόγω της αοριστίας του δεδομένου ότι δεν επικαλείται ως όφειλε τα ιδιαίτερα πραγματικά περιστατικά που τον ώθησαν στην απόφασή του αυτή, ούτε αν αποτελούσε μέρος της συμφωνίας του με τους αντισυμβαλλομένους του, αφού εξάλλου γνώριζε ότι δεν είχε συντελεσθεί η μεταβίβαση της κυριότητας του ακινήτου, κατά τρόπον ώστε να είναι δυνατόν να κριθεί αν πρόκειται για μια περιττή δαπάνη, στην οποία δε θα προέβαινε αν δεν είχε καταβληθεί το προαναφερόμενο ποσό από την περιουσία του καθ' ου η ανακοπή και συνεπώς δεν είναι πλουσιότερος ή θα προέβαινε ούτως ή άλλως σ' αυτήν και άρα υπάρχει πλούτισμός. Συνεπώς, ο ισχυρισμός αυτός όπως διατυπώνεται δεν είναι δυνατόν να κριθεί ότι συνδέεται αιτιωδώς με την κτήση του πλούτισμού, ώστε να τίθεται θέμα ισόποσης τουλάχιστον απόσβεσης της υποχρέωσής του για απόδοση του πλούτισμού, δεδομένου ότι δεν δύναται να εκτιμηθεί από το δικαστήριο αν οι επικαλούμενες αυτές δαπάνες επιπίπτουν στην έννοια των δαπανών που μπορούν να επιφέρουν απόσβεση, σύμφωνα με την αμέσως παραπάνω μείζονα σκέψη.

Ακόμη, στους ίδιους ως άνω λόγους της κρινόμενης ανακοπής, ο ανακόπων ισχυρίζεται ότι ουδέποτε συμφώνησε και

συγκατατέθηκε στην σύνταξη και συνυποβολή της με αριθμό 132/20-9-2011 δήλωσης μεταβίβασης ακινήτου προς την Α' ΔΟΥ Αθηνών, στην οποία ο καθ' ου φέρεται ως αγοραστής και ο ανακόπων ως πωλητής και ότι κακώς ελήφθη υπόψιν από τον Ειρηνοδίκη που εξέδωσε την προσβαλλόμενη διαταγή πληρωμής κατά τα προσαγόμενα ενώπιον του έγγραφου μετά της σχετικής αίτησης, πλην όμως αφενός ο ισχυρισμός αυτός δεν κρίνεται πειστικός και πρέπει να απορριφθεί ως αναπόδεικτος και αφετέρου το προσαγόμενο αυτό έγγραφο κατά την έκδοση της διαταγής πληρωμής είχε αποδεικτική δύναμη μόνο για την νομιμοποίηση του καθ' ου η ανακοπή προς άσκηση της αίτησης για έκδοση διαταγής πληρωμής, αφού αναφέρεται το όνομα του ως αγοραστής, συνδέεται δε με τον πρώτο ως άνω λόγο της ανακοπής. Συνεπώς, από το έγγραφο αυτό κατά την έκδοση της διαταγής πληρωμής δεν εξήχθησαν συμπεράσματα, ούτε ελήφθη υπόψιν για να καταστεί ο ανακόπων οφειλέτης της ως άνω απαίτησης από τον αδικαιολόγητο πλούτισμό, αφού το ιδιωτικό συμφωνητικό αρκούσε για τον συλλογισμό αυτό, ελήφθη υπόψιν μόνο για να ισχυροποιηθεί αποδεικτικά-συνδυαστικά με τα άλλα έγγραφα η θέση του καθ' ου η ανακοπή ως δανειστή του ανακόπτοντος και συνεπώς ως δικαιούχου για την έκδοση της διαταγής πληρωμής.

Ο έκτος και τελευταίος λόγος της κρινόμενης ανακοπής, με τον οποίο προτείνεται η καταχρηστική άσκηση της αξίωσης του καθ' ου, που ενσωματώνεται στην προσβαλλόμενη διαταγή πληρωμής, θα απορριφθεί ως μη νόμιμος, καθόσον τα επικαλούμενα πραγματικά περιστατικά και αληθή υποτιθέμενα δεν αρκούν για να περιαγάγουν το δικαίωμα του καθ' ου να αξιώσει την επιστροφή της, χωρίς νόμιμη αιτία, ωφέλεια με βάση τον αδικαιολόγητο πλούτισμό, σε προφανή και έκδηλη αντίθεση προς τα ακραία αξιολογικά όρια της καλής πίστης, των χρηστών ηθών και του κοινωνικοοικονομικού σκοπού του δικαίου...

ΚΛΗΡΟΝΟΜΙΚΟ ΔΙΚΑΙΟ

Άρειος Πάγος (Γ' Τμήμα) Αριθμ. 766/2013

Προεδρεύων: **Β. Φούκας**, Αρεοπαγίτης
Εισηγητής: **Ν. Μπιχάκης**, Αρεοπαγίτης
Δικηγόροι: **Εμμ. Πανοπούλου**, Πάρεδρος Ν.Σ.Κ. **Χ. Βασιλο-γεώργης**

Εγκατάσταση τιμώμενου σε δήλο. Μόνο σε περίπτωση αμφιβολίας αυτός που τιμήθηκε με το δήλο θεωρείται κληροδόχος. Αν οι εγκατάστατοι σε ποσοστό της κληρονομίας, κατά τη βούληση του διαθέτη, τιμήθηκαν ως μόνοι κληρονόμοι, επέρχεται ανάλογη επαύξηση των ποσοστών τους και δεν χωρεί εξ αδιαθέτου κληρονομική διαδοχή. Ερμηνεία διαθήκης με συνεκτίμηση και περιστατικών κείμενων εκτός αυτής, όπως οι προσωπικές σχέσεις του διαθέτη με τον τιμωμένο.

Διατάξεις: ΑΚ 173, 1781, 1800 § 2, 1801, 1802, 1890-ΚΠολΔ 559 αρ. 1 και 19

[... Επειδή, κατά το άρθρο 1800 § 2 ΑΚ, «αν έχουν αφαιρεθεί μόνο ειδικά αντικείμενα στον τιμώμενο, σε περίπτωση αμφιβολίας θεωρείται κληροδόχος, ακόμη και αν ονομάστηκε κληρονόμος». Από τη διάταξη αυτή προκύπτει ότι είναι ισχυρή η εγκατάσταση κληρονόμου επί δήλου πράγματος, δηλαδή επί ειδικά καθοριζόμενου στοιχείου της κληρονομίας, η οποία υπάρχει, αν συνάγεται από τη διαθήκη θέληση του διαθέτη, με τη μνεία του δήλου, να εγκαταστήσει τον τιμώμενο ως κλη-

ρονόμο, ως άμεσο δηλαδή καθολικό του διάδοχο σε όλη την κληρονομία του ή σε ποσοστό της. Μόνο σε περίπτωση αμφιβολίας, αν δηλαδή δεν προκύπτει θέληση του διαθέτη για εγκατάσταση του τιμώμενου ως κληρονόμου, αυτός που τιμήθηκε με το δήλο πράγμα θεωρείται κληροδόχος. Αναγκαία έννομη συνέπεια του χαρακτηρισμού ως κληρονόμου αυτού που μόνος ή μαζί με άλλους εγκαταστάθηκε επί ειδικού αντικειμένου είναι αφενός ότι η μνεία του δήλου έχει την έννοια του προσδιορισμού του ποσοστού (κλάσματος) της κληρονομίας, στο οποίο αυτός καλείται και το οποίο προσδιορίζεται κατά το λόγο της αξίας του δήλου σε σχέση προς την αξία της όλης κληρονομίας, και αποτελεί συνάμα (άρθρο 1890 ΑΚ) διάταξη του διαθέτη να περιληφθεί το δήλο στην κατά ποσοστό μερίδα και καθένας απ' αυτούς εγκαταστάθηκε σε ποσοστό και τα ποσοστά δεν εξαντλούν το κλήρο, επέρχεται ανάληψη αύξηση των ποσοστών. Για να επέλθει, δηλαδή, παράλληλα και η εξ αδιαθέτου διαδοχή, απαιτούνται δύο προϋποθέσεις: πρώτον, ότι ο διαθέτης διέθεσε μόνο ένα μέρος από τον κλήρο, έτσι ώστε, αν τα ποσοστά τον εξαντλούν, δεν υπάρχει λόγος για εξ αδιαθέτου διαδοχή και δεύτερον, ότι ο διαθέτης εξέφρασε τη θέληση (ή ότι προκύπτει η θέληση) το κληρονομικό δικαίωμα των εγκαταστάτων να περιορισθεί στο ποσοστό. Εφόσον γι' αυτά είναι σαφής η διαθήκη, εφόσον δηλαδή οι λέξεις που έχει χρησιμοποιήσει ο διαθέτης μόνες τους και χωρίς άλλο αποδίδουν τη βούληση του, δεν υπάρχει έδαφος για ερμηνεία της διαθήκης. Διαφορετικά, θα πρέπει να ανευρεθεί η αληθής βούληση του, η οποία αναζητείται με την ερμηνεία της διαθήκης, χωρίς προσήλωση στις λέξεις και κατά την υποκειμενική άποψη του διαθέτη, σύμφωνα με τα άρθρα 173 και 1781 ΑΚ, λαμβάνονται δε υπόψη και περιστατικά που βρίσκονται εκτός της διαθήκης, μεταξύ των οποίων και η σπουδαιότητα των αντικειμένων, που έχουν καταληφθεί με τη διαθήκη, σε σχέση με την όλη κληρονομία, καθώς και οι προσωπικές σχέσεις του διαθέτη. Εξάλλου, από τη διάταξη του άρθρου 559 αρ. 1 ΚΠολΔ προκύπτει ότι ο λόγος αναιρέσεως για ευθεία παράβαση ουσιαστικού κανόνα δικαίου ιδρύεται αν αυτός δεν εφαρμοσθεί, ενώ συντρέχουν οι προϋποθέσεις της εφαρμογής του, ή αν εφαρμοσθεί, ενώ δεν έπρεπε, καθώς και αν εφαρμοσθεί εσφαλμένα, αντιστοίχως δε, όταν στην ελάσσονα πρόταση του νομικού συλλογισμού δεν εκτίθενται καθόλου πραγματικά περιστατικά ή όταν τα εκτιθέμενα δεν καλύπτουν όλα τα στοιχεία που απαιτούνται, βάσει του πραγματικού κανόνα δικαίου, για την επέλευση της απαγγελθείσας έννομης συνέπειας ή την άρνησή της. Περαιτέρω, κατά την έννοια του αρ. 19 του άρθρου 559 ΚΠολΔ, ανεπαρκής ή αντιφατική αιτιολογία που έχει ως συνέπεια την ανάρτηση για έλλειψη νομίμου βάσεως, υπάρχει όταν από το αιτιολογικό της αποφάσεως δεν προκύπτουν κατά τρόπο σαφή και χωρίς αντιφάσεις τα πραγματικά περιστατικά, τα οποία σύμφωνα με τον νόμο είναι αναγκαία για τη θεμελίωση του κανόνα δικαίου που εφαρμόστηκε στη συγκεκριμένη περίπτωση, όχι όμως και όταν υπάρχουν ελλείψεις αναγόμενες στην εκτίμηση των αποδείξεων και ειδικότερα στην ανάλυση, στάθμιση και αιτιολόγηση του πορίσματος που έχει εξαχθεί από αυτές, εφόσον τούτο εκτίθεται σαφώς.

Στην προκειμένη περίπτωση, όπως προκύπτει από την προσβαλλόμενη απόφαση, το Εφετείο δέχτηκε τα ακόλουθα πραγματικά περιστατικά: «Την 23-5-1999 απεβίωσε στη ... στην οικία της και σε ηλικία 88 ετών η ..., χήρα του ..., το γένος

..., χωρίς να έχει εξ αίματος συγγενείς. Λόγω των αμοιβαίων σχέσεων αγάπης, σεβασμού, ενδιαφέροντος και συμπαραστάσεως που είχε αναπτύξει με τον ενάγοντα - εφεσίβλητο, που ήταν τέκνο της ..., θυγατέρας από πρώτο γάμο του εν ζωή συζύγου της ..., θεωρούσε η ίδια αυτόν ως δικό της εξ αίματος εγγονό και μελλοντικό κληρονόμο της. Η σχέση τους αυτή δεν διαταράχθηκε από το γεγονός της μόνιμης διαμονής αυτού στις ΗΠΑ, διότι καλλιεργείτο τα καλοκαίρια, όταν εκείνος ερχόταν για διακοπές στην Ελλάδα και φιλοξενείτο από την αποβιώσασα στην οικία της στην ..., ενδιάμεσα δε διατηρούσαν τακτική τηλεφωνική επικοινωνία. Δυνάμει της από 1.8.1993 ιδιόγραφης διαθήκης της αποβιώσασας, η οποία δημοσιεύθηκε με τα υπ' αριθ. ... πρακτικά του Μονομελούς Πρωτοδικείου Αθηνών και κηρύχθηκε κυρία με την υπ' αριθ. .../2000 απόφαση του ιδίου δικαστηρίου, αυτή εγκατέστησε ως κληρονόμο της τον ενάγοντα - εφεσίβλητο επί δήλου πράγματος (ειδικού αντικειμένου) της καταληφθείσας περιουσίας της, ήτοι επί του ενός από τα δύο ακίνητα που της ανήκαν κατά κυριότητα και ειδικότερα επί ενός οικοπέδου, επιφανείας 938,40 τ.μ., με την επ' αυτού παλαιά ισόγεια μονοκατοικία, (εμβαδού 50 τ.μ. περίπου, όπου η ίδια κατοικούσε μόνιμα εν ζωή), το οποίο βρίσκεται στη ..., στην περιοχή της ... επί της οδού ... και είχε αγοραία εμπορική αξία κατά τον ως άνω χρόνο θανάτου της διαθέτιδος (1999), περίπου 20.000.000 δρχ. (ή 58.695 ευρώ). Ισοδύναμο από απόψεως αξίας περιουσιακό στοιχείο της κληρονομούμενης είναι το δεύτερο από τα δύο μόνα ακίνητα, των οποίων ήταν αυτή κυρία εν ζωή και συγκεκριμένα ένα δι-αμέρισμα εμβαδού 65 τ.μ. του τρίτου ορόφου πολυκατοικίας, κειμένων στο ... και επί της οδού ... Το δεύτερο αυτό ακίνητο η κληρονομούμενη κατέλιπε, δυνάμει άλλης, (με ίδια όμως ημερομηνία συντάξεως, 1.8.1993 και ίδια διατύπωση), ιδιόγραφης διαθήκης της, στον αναδεκτό της (βαφτισιμιά), ... του ..., με τον οποίο διατηρούσε ανάλογες σχέσεις αγάπης, σεβασμού κλη., όπως και με τον ενάγοντα -εφεσίβλητο. Ότι οι τιμηθέντες εγκαταστάθηκαν άμεσα ως κληρονόμοι και όχι ως κληροδόχοι (έχοντας μόνο απαίτηση κατά της κληρονομίας), προκύπτει αναμφίβολα από το ταυτόσημο κείμενο των δύο διαθηκών, στο οποίο αναγράφεται ότι τα ακίνητα καταλείπονται αντίστοιχα σε καθένα από τους τιμηθέντες «εξ ολοκλήρου, κατά πλήρη κυριότητα και επικαρπία» και αιτιολογείται η εγκατάσταση με τις προαναφερθείσες σχέσεις αγάπης κλη. Περαιτέρω, διαπιστώθηκε, μετά τον θάνατο της διαθέτιδος, ότι αυτή διέθετε και κινητή περιουσία, αποτελούμενη από τραπεζικές καταθέσεις συνολικού ύψους περίπου 149.372 ευρώ, ήτοι: α) στην Εθνική Τράπεζα ποσού 14.000.000 δρχ. ή 41.085,80 ευρώ, β) στην Εμπορική Τράπεζα 23.789.939 δρχ. ή 69.816,40 ευρώ, γ) στο Ταχυδρομικό Ταμιευτήριο 5.125.121 δρχ. ή 15.304,80 ευρώ και δ) στην Εμπορική Τράπεζα 30.578,13 δολλάρια ΗΠΑ ή 23.165 ευρώ, περί των οποίων δεν προέβλεψε στις ανωτέρω διαθήκες της. Κατά συνέπεια, η ανωτέρω εγκαταστάσεις των τιμηθέντων επί δύο ισαξιών δήλων αντικειμένων της κληρονομίας (εκάστου περιερχομένου αντίστοιχα στον καθένα), τα οποία δεν εξαντλούν τον κλήρο, ενέχουν εγκατάσταση σε δύο ισοδύναμα ποσοστά της κληρονομίας. Για την τύχη των ανωτέρω αδιάθετων στοιχείων της κληρονομίας (τραπεζικών καταθέσεων) καλούνται σε εφαρμογή διαζευκτικών οι προαναφερθείσες διατάξεις των άρθρων 1801 και 1802 του ΑΚ. Η παράλειψη αναφοράς στις επίμαχες διαθήκες των ως άνω τραπεζικών καταθέσεων αποτελεί ασάφεια των διαθηκών αυτών, η οποία καθιστά αναγκαία την ερμηνεία τους, προκειμένου να διαπιστωθεί αν προκύπτει θέληση της διαθέτιδος να περιορίσει τους τιμηθέντες μόνο στα ρητώς μνημονευθέντα στις διαθήκες ειδικά περιουσιακά στοιχεία και να αποκλείσει έτσι αυτούς από την υπόλοιπη κληρονομία περιουσία, ώστε ως προς αυτήν να χωρήσει η εξ αδιαθέτου διαδοχή υπέρ του Ελληνικού Δημοσίου ή αν θέλησε αυ-

τούς ως μόνους και αποκλειστικούς κληρονόμους της. Η ερμηνεία αυτή θα γίνει με προσφυγή και σε εκτός του κειμένου των διαθηκών, αλλήλ προκύπτοντα από τις αποδείξεις περιστατικά. Από τη δέουσα ερμηνεία των διαθηκών αυτών προκύπτει ότι η ανωτέρω παράλειψη της διαθέτιδος οφείλεται σε παραδρομή και όχι σε εκ μέρους της διάθεση αποκλεισμού των δύο ως άνω κληρονόμων της από τις ανωτέρω καταθέσεις, ούτε βεβαίως σε επιθυμία της να καταλήξουν αυτές στο Δημόσιο. Το εν λόγω ερμηνευτικό συμπέρασμα συνάγεται από τα ακόλουθα αποδεικνυόμενα περιστατικά: 1) Στο κείμενο της επίμαχης προς τον ενάγοντα - εφεσίβλητο διαθήκης της η διαθέτης ονομάζει αυτόν «εγγονό» της, γεγονός που σημαίνει ότι θεωρούσε αυτόν ως έχοντα κληρονομικά δικαιώματα ανάλογα με εκείνα των εξ αίματος κατιόντων, χωρίς να αναφέρει κάποιο λόγο που θα δικαιολογούσε τον περιορισμό τους, αντίθετα κάνει ιδιαίτερη μνεία στις σχέσεις αγάπης της ίδιας και του εν ζωή συζύγου της με τον τιμηθέντα. 2) Αναφέρει ότι ίδια επιθυμία για την εγκατάσταση θα είχε και ο εν ζωή σύζυγος της, προσομοιάζοντας την επίδικη επαγωγή με εκείνη που θα είχε γίνει, εάν ο τελευταίος είχε κληρονομηθεί απευθείας από τον ενάγοντα - εφεσίβλητο. 3) Τα καταλειφθέντα ακίνητα, αν και από κοινού υπολείπονται κατά 31.982 ευρώ από τις επίδικες καταθέσεις (= 149.372 - 58.695 X 2, ευρώ), αποτελούν όμως κατά την κοινή αντίληψη τα σπουδαιότερα στοιχεία της κληρονομίας λόγω της ταχείας και ικανοποιητικής ανατιμής τους σε σχέση με τους τόκους που αποδίδουν οι καταθέσεις. 4) Ο ένας από τους επίδικους λογαριασμούς καταθέσεων ήταν σε δολάρια ΗΠΑ, προκειμένου από αυτόν να αποστέλλει η διαθέτης, όταν ήταν στην ζωή, επιβληθικά εμβάσματα στον διαμένοντα μόνιμα στις ΗΠΑ ενάγοντα -εφεσίβλητο, έχοντας συνεπώς υπόψη τα περιεχόμενα σε αυτόν χρήματα να περιέλθουν οπωσδήποτε στον τελευταίο, έστω και μετά τον θάνατο της. 5) Οι σχέσεις της διαθέτιδος με τον ενάγοντα - εφεσίβλητο, αλλήλ και με τον έτερο τιμηθέντα βαφτισιμίο της, ήταν, όπως προαναφέρθηκε, σχέσεις αμοιβαίας αγάπης, σεβασμού, στοργής, ενδιαφέροντος και συμπαραστάσεως, ώστε δεν υπήρχε λόγος να θέλει να περιορίσει το κληρονομικό τους δικαίωμα μόνο στα αναφερόμενα στις διαθήκες ακίνητα και να προτιμά στην υπόλοιπη περιουσία της ως εξ αδιαθέτου κληρονόμο το εναγόμενο - εκκαλούν Δημόσιο. 6) Η παράλειψη αναφοράς των επίδικων τραπεζικών καταθέσεων στις επίμαχες διαθήκες και ειδικότερα σε εκείνη που αφορά τον ενάγοντα, εξηγείται αφενός από το ότι η διαθέτης, έχοντας περιορισμένες γραμματικές γνώσεις (του δημοτικού) και ανύπαρκτες νομικές, αγνοούσε τον νόμιμο τρόπο μεταβίβασης κινητών αξιών με κληρονομική διαδοχή και αφετέρου από το ότι η ίδια, αισθανόμενη ανασφάλεια λόγω γήρατος και ασθενειών και θέλοντας να έχει πρόχειρα χρήματα, για να αντιμετωπίσει κάποια έκτακτη περίπτωση, δυσπιστούσε στην μετατροπή των τραπεζικών της λογαριασμών σε κοινούς με εκείνους που ήθελε ως μόνους κληρονόμους της καθώς και στην συμπερίληψη των λογαριασμών αυτών στις επίμαχες διαθήκες της. Η βασιμότητα όσων εκ των προαναφερθέντων περιστατικών βρίσκονται εκτός του κειμένου των ερμηνευόμενων διαθηκών προκύπτει κατά κύριο λόγο, εκτός από τα υπόλοιπα αποδεικτικά μέσα που την επιβουθούν, από τη μετά λόγου γνώσεως και κατά τρόπο σαφή και κατηγορηματικό κατάθεση της μάρτυρος αποδείξεως του ενάγοντος-εφεσίβλητου, η οποία, ως γειτόνισσα της κληρονομούμενης, την βοηθούσε στις καθημερινές δουλειές του σπιτιού, της κρατούσε συντροφιά και τη συνόδευε σε ιατρικές επισκέψεις και στην οποία, μία μόλις ημέρα προ του αιφνιδίου θανάτου της, η ίδια η κληρονομούμενη είχε εκμυστηρευθεί τη σχετική επιθυμία της, όπως τα χρήματα των καταθέσεών της περιέλθουν στα «παιδιά», όπως αποκαλούσε τον ενάγοντα και τον βαφτισιμίο της. Κατά συνέπεια, αποδεικνύεται ότι η αληθής βούληση της ... ήταν όπως τα ανωτέρω τιμηθέντα στις

διαθήκες της πρόσωπα καταστούν μοναδικοί κληρονόμοι της σε όλη την κληρονομιαία περιουσία της. Αντίθετη δε βούληση της από κανένα αποδεικτικό στοιχείο δεν προέκυψε. Επομένως, τα πρόσωπα αυτά λογίζονται κληρονόμοι σε ποσοστό 50% το καθένα και η μερίδα τους επαυξάνει ανάλογα κατά το άρθρο 1802 ΑΚ και επί των μη μνημονευθέντων στις επίμαχες διαθήκες περιουσιακών στοιχείων της κληρονομίας και συγκεκριμένα επί των επίδικων τραπεζικών καταθέσεων». Ακολουθώντας το Εφετείο απέρριψε την έφεση του αναιρεσιέοντος και επικύρωσε την εκκαλούμενη απόφαση, που δέχτηκε την ένδικη αγωγή του αναιρεσιβλήτου, με την οποία ο ενάγων και ήδη αναιρεσιβλήτος αναγνωρίσθηκε κληρονόμος κατά ποσοστό 1/2 σε ολόκληρη την περιουσία της κληρονομούμενης [...]

Με αυτά που δέχτηκε και έτσι που έκρινε το Εφετείο ως προς το κρίσιμο ζήτημα της εφαρμογής στην επίδικη περίπτωση του άρθρου 1802 ΑΚ μετά από ερμηνεία της διαθήκης, αφού διαπίστωσε κενό σε αυτήν, δεν παρεβίασε τις ως άνω ουσιαστικού δικαίου διατάξεις ευθέως ή εκ πλάγιου, αφού περιέλαβε πλήρεις, σαφείς και χωρίς αντιφάσεις αιτιολογίες, που καθιστούν εφικτό τον αναιρετικό έλεγχο για την ορθή εφαρμογή τους και επομένως οι πρώτος, δεύτερος και τρίτος λόγοι ανάρσεως από τους αρ. 1 και 19 του άρθρου 559 ΚΠολΔ, με τους οποίους υποστηρίζονται τα αντίθετα, είναι αβάσιμοι...].

ΠΑΡΑΤΗΡΗΣΕΙΣ

Περί της εγκαταστάσεως κληρονόμου επί δήλου και των συνεπειών της

I. Στην περίπτωση που ο διαθέτης κατέλιπε στον τετιμημένο ειδικό περιουσιακό αντικείμενο της κληρονομίας, το καλούμενο «δήλον», το οποίο δεν την εξαντλεί, ανακύπτουν κατά βάση δύο ερωτήματα: πρώτον, εάν ο διαθέτης θέλησε αυτόν κληροδόχο (δηλαδή ειδικό διάδοχο του στο δήλο) ή κληρονόμο (δηλαδή καθολικό του διάδοχο, ευθυνόμενο και για τα χρέη της κληρονομίας) και δεύτερον, σε ποιον περιέρχονται τα μη μνημονευόμενα στη διαθήκη περιουσιακά στοιχεία του διαθέτη (αν υπάρχουν τέτοια). Ο νομοθέτης επιλύει τα σχετικά ζητήματα με τις ΑΚ 1800-1802, η εφαρμογή των οποίων, ωστόσο, στην πράξη δεν είναι πάντοτε ευχερής. Πρόδηλη είναι, συνεπώς, η πρακτική σπουδαιότητα της αναλύσεως της δημοσιευμένης αρεοπαγίτικης αποφάσεως, η οποία ερμηνεύει τις πιο πάνω νομικές διατάξεις στο πλαίσιο ενός άκρας ενδιαφέροντος ιστορικού. Πρώτα, όμως, κρίνεται αναγκαία μια συνοπτική παρουσίαση των σχετικών νομοθετικών επιλογών.

II. Την απάντηση στο πρώτο ερώτημα τη δίδει η ΑΚ 1800 § 2, κατά την οποία «αν έχουν αφεθεί μόνο ειδικά αντικείμενα στον τιμώμενο, σε περίπτωση αμφιβολίας θεωρείται κληροδόχος, ακόμη και αν ονομάστηκε κληρονόμος». Όπως δεικνύει η φράση του νομοθέτη «σε περίπτωση αμφιβολίας», ο συγκεκριμένος κανόνας δικαίου είναι ερμηνευτικός, όπερ σημαίνει ότι εφαρμόζεται μόνο αν μέσω της ερμηνείας της διαθήκης δεν μπορεί να διακριβωθεί αν η κατάλειψη του ειδικού περιουσιακού αντικειμένου (π.χ. της κυριότητας του x ακινήτου) επάγεται εγκατάσταση (κληρονόμου) σε δήλο ή σύσταση κληροδοσίας (βλ. σχετ., αντί πολλών, Απ. Γεωργιάδη, Κληρονομικό Δίκαιο, β' έκδ. 2013, § 22 αρ. 38· ΑΠ 721/2010 ΝοΒ 2010, 2337· ΑΠ 768/2008 ΝοΒ 2008, 2451· ΕφΑθ 3617/1986 ΕλλΔνη 1986, 1197· για την έννοια του ερμηνευτικού κανόνα βλ. ενδεικτ. τον ίδιο, Γενικές Αρχές Αστικού Δικαίου, δ' έκδ. 2012, § 5 αρ. 25). Επομένως, πρώτα θα αναζητηθεί η (αληθής ή εικαζόμενη) βούληση του διαθέτη, χωρίς προσήλωση στις λέξεις (ΑΚ 173· ακόμη και στη βάση περιστατικών εκτός διαθήκης: ΑΠ 389/2012 ΝοΒ 2012, 1976· ΑΠ 1038/2004 ΤΝΠ ΔΣΑ), και αν δεν υπάρξει αποτέλεσμα από τη vonτική αυτή εργασία, τότε (και μόνο τότε) θα εφαρμοσθεί η ΑΚ 1800 § 2 και ο τετιμημένος θα θεωρηθεί κληροδόχος (βλ. ενταγώς ΑΠ 957/1985 ΕΕΝ 1986,

347· ΜΠρΑθ 5293/2007 ΤΝΠ ΔΣΑ· επιπλέον Χ. Φραγκίστα, Γνωμοδότησις, ΝοΒ 1961, 225 επ., 225-226).

Βούληση του διαθέτη να εγκαταστήσει τον τετιμημένο κληρονόμο θα υφίσταται, κατά κανόνα, όταν ο διαθέτης: α) αφήνει σε αυτόν αντικείμενα ή ποσά που, κατά την αντίληψή του, εξαντλούν κατ' ουσίαν την κληρονομία ή συνιστούν το σπουδαιότερο τμήμα αυτής· ή β) του αναθέτει την τακτοποίηση εκκρεμοτήτων, που αναγκαιώς δηλώνουν συμμετοχή του στο παθητικό της κληρονομίας (βλ. σχετ., μεταξύ πολλών, Γ. Μπαλή, Κληρονομικών Δίκαιον, δ' έκδ. 1959, § 96, σ. 138-139· Π. Φίλιο, Κληρονομικό δίκαιο, ν' έκδ. 2011, § 242 Β· Π. Κορνηλάκη, στον ΑΚ Γεωργιάδη/Σταθόπουλου, τόμ. ΙΧ, 1996, άρθρο 1800 αρ. 20 επ.· Αθ. Κοτζιάμπαση, σε Γεωργιάδη ΣΕΑΚ, τόμ. ΙΙ, 2013, άρθρο 1800 αρ. 13· βλ. και ΑΠ 644/2006 ΝοΒ 2006, 1033· ΑΠ 816/1995 ΕλλΔνη 1997, 592· ΕφΑθ 3285/2000 ΑρχΝ 2000, 650· ΜΠρΘεσ 23279/2011 ΤΝΠ ΔΣΑ). Η ορολογία που χρησιμοποίησε ο διαθέτης (λ.χ. «εγκαθιστώ κληρονόμο», «κληροδοτώ») δεν είναι καθοριστική, κατά ρητή νομοθετική διάταξη (ΑΚ 1800 § 2· βλ. και ΑΚ 173), ωστόσο θα συνεκτιμηθεί κατά την αναζήτηση της βουλήσεώς του, ιδίως αν ήταν νομικός ή συνέταξε δημόσια διαθήκη (βλ. ενδεικτ. Ν. Ψούνη, Κληρονομικό Δίκαιο, τόμ. ΙΙ, γ' έκδ. 2012, § 13, σ. 101 και 109· Εμμ. Βουζικά, Κληρονομικών Δίκαιον, τόμ. Β', 1975, § 99, σ. 373-374).

Στην περίπτωση που, με βάση τα ανωτέρω, κριθεί ότι ο τετιμημένος με δήλο εγκαταστάθηκε κληρονόμος, αυτός λαμβάνει αμέσως και απ' ευθείας το καταλειπόμενο αντικείμενο από την κληρονομία (χωρίς μεσολάβηση άλλου βεβαρημένου προσώπου). Η μνεία δε του δήλου στη διαθήκη συνιστά «διανεμητική διάταξη» (ΑΚ 1890 εδ. α'), υπό την έννοια ότι δι' αυτής προσδιορίζεται (έμμεσα) το ποσοστό της κληρονομίας στο οποίο καλείται ο τετιμημένος (ΑΠ 768/2008 ΝοΒ 2008, 2451· ΕφΛαρ 22/2009 ΤΝΠ ΔΣΑ· ΠΠρΘεσ 5238/2010 ΤΝΠ ΔΣΑ· Ν. Παπαντωνίου, Κληρονομικό Δίκαιο, δ' έκδ. 1985, § 57, σ. 248). Το σχετικό κλάσμα θα προκύψει ολοφάνερα από τον λόγο της αξίας του δήλου προς την αξία ολόκληρης της κληρονομίας (βλ. ενδεικτ. Γ. Μπαλή, ό.π., § 97, σ. 141· Απ. Γεωργιάδη, ΚληρΔ, § 22 αρ. 40). Παρέπεται ότι καθόλονται σε εφαρμογή και οι διατάξεις που αφορούν στην εγκατάσταση σε ποσοστά και δη οι ΑΚ 1801-1802, όταν η εγκατάσταση αυτή δεν εξαντλεί την κληρονομία (αν την υπερβαίνει βλ. ΑΚ 1803).

Η τελευταία παρατήρηση μας ωθεί στο πεδίο της προβληματικής του δευτέρου από τα ως άνω ερωτήματα, δηλαδή ποια θα είναι η τύχη της υπόλοιπης περιουσίας (για την οποία ο διαθέτης δεν όρισε κάτι). Η ΑΚ 1801 προβλέπει ότι ως προς το μέρος αυτό θα επέλθει η εξ αδιαθέτου διαδοχή, στην οποία θα κληθεί και ο εγκαταστάτος, αν είναι εξ αδιαθέτου κληρονόμος (ΑΚ 1710 § 2, 1813 επ.), εκτός φυσικά αν συνάγεται διαφορετική βούληση του διαθέτη (βλ. ενδεικτ. ΑΠ 2306/2009 ΝοΒ 2010, 1407· Π. Φίλιο, ΕρμΑΚ 1801 αρ. 10-11· Ν. Ψούνη, ό.π., § 13, σ. 105· Αθ. Κοτζιάμπαση, ό.π., άρθρο 1801 αρ. 9). Ωστόσο, η ΑΚ 1802 προβλέπει ουσιαστικά ότι η κατά την ΑΚ 1801 εξ αδιαθέτου διαδοχή χωρεί μόνο όταν ο διαθέτης δεν θέλησε (ή δεν αποδεικνύεται ότι θέλησε) τον εγκαταστάτο αποκλειστικό του κληρονόμο, διότι, αν συμβαίνει αυτό, επέρχεται ανάλογη επαύξηση του ποσοστού του εγκαταστάτου (ή των εγκαταστάτων). Αλλιώς ειπείν, το στοιχείο που θα κρίνει αν για την αδιάθετη κληρονομία θα εφαρμοσθεί η ΑΚ 1801, δηλαδή οι κανόνες της εξ αδιαθέτου διαδοχής, ή η ΑΚ 1802, οπότε θα επαυξάνονται οι μερίδες των εγκαταστάτων, είναι η βούληση του διαθέτη. Αν από την ερμηνεία της διαθήκης (ΑΚ 173) προκύπτει ότι ήθελε τους εγκαταστάτους μοναδικούς του κληρονόμους, εφαρμοστέα είναι η ΑΚ 1802. Στην αντίθετη περίπτωση ή αν δεν προκύπτει (δεν αποδεικνύεται) τέτοια βούληση, εφαρμόζεται η ΑΚ 1801 (βλ. ΑΠ 2306/2009 ΝοΒ 2010, 1407· ΑΠ 768/2008 ΝοΒ 2008, 2451· ΠΠρΘεσ 28050/2012 ΕλλΔνη 2013, 809· από τη θεωρία βλ. ενδεικτ. Π. Φίλιο, ΕρμΑΚ 1802 αρ. 10 και 24· Απ. Γεωργιάδη, ΚληρΔ, § 22 αρ. 20-21, 25· Π. Κορνηλάκη, ό.π., άρθρο 1802 αρ. 8· Ν. Ψούνη, ό.π., § 13, σ. 106· Ι. Καράκωστα, ΑΚ, τόμ. 9, 2008, άρθρο 1801 αρ. 453 και άρθρο 1802 αρ. 458). Αλλιώςτε, στο ότι για την εφαρμογή της ΑΚ 1801 δεν

απαιτείται απόδειξη της βουλήσεως του διαθέτου να επέλθει η εξ αδιαθέτου διαδοχή και ότι, άρα, αυτή εφαρμόζεται και όταν δεν προκύπτει ποια ήταν η βούληση του διαθέτη, πέραν του γράμματος της ΑΚ 1802, συνηγορεί η αναγκαστικού δικαίου διάταξη της ΑΚ 1710 § 2 περί επελεύσεως της εξ αδιαθέτου διαδοχής, όταν δεν υπάρχει διαθήκη ή όταν η εκ διαθήκης διαδοχή μεταωθεί (εν όλω ή εν μέρει). Κατά νομική αναγκαιότητα, λοιπόν, όταν ο διαθέτης δεν όρισε διαφορετικά ή δεν προκύπτει ποια ήταν η βούλησή του, επέρχεται η εξ αδιαθέτου διαδοχή (βλ. σχετ. Απ. Γεωργιάδη, ΚληρΔ, § 22 αρ. 21· Π. Κορνηλάκη, ό.π., άρθρο 1801 αρ. 11).

III. Στην προκειμένη περίπτωση, τα (αναίρετικώς ανέλεγκτα) πραγματικά περιστατικά, που επέζησαν υπ' όψιν του Ακυρωτικού, μπορούν να συνοψισθούν ως εξής: Η Α, η οποία απεβίωσε σε ηλικία 88 ετών και ως εξ αδιαθέτου κληρονόμο διέθετε μόνο το Δημόσιο, κατέλιπε με δύο ξεχωριστές διαθήκες της από ένα ακίνητο στον Β, εγγονό του συζύγου της από τον πρώτο του γάμο, και τον Γ, βαπτισμιό της, που θεωρούσε «παιδιά» της και με τους οποίους είχε αναπτύξει σχέσεις αμοιβαίας αγάπης, σεβασμού, στοργής και συμπαραστάσεως. Τα δύο ακίνητα αυτά, που ήταν ισοδύναμης εμπορικής αξίας κατά τον χρόνο θανάτου της διαθέτιδος (περίπου 59.000 ευρώ έκαστο), δεν εξαντλούσαν την κληρονομία, αφού η διαθέτης Α, όπως διαπιστώθηκε αργότερα, είχε και αξιόλογη κινητή περιουσία και δη τραπεζικές καταθέσεις συνολικού ύψους 149.372 ευρώ. Το χρηματικό αυτό ποσό αποτέλεσε το μήλον της έριδος μεταξύ των τετιμημένων (Β και Γ) και του Ελληνικού Δημοσίου (ως εξ αδιαθέτου κληρονόμου· ΑΚ 1824).

Το Εφετείο Αθηνών έκρινε ότι οι τετιμημένοι εγκαταστάθηκαν άμεσα ως κληρονόμοι με βάση δύο στοιχεία: πρώτον, την όμοια διατύπωση των δύο διαθηκών περί καταλείψεως των ακινήτων σε καθέναν από τους τετιμημένους «εξ ολοκληρώου, κατά πλήρη κυριότητα και επικαρπία», η οποία καταδεικνύει τη βούληση της διαθέτιδος αυτοί να είναι άμεσοι διάδοχοι της· και δεύτερον, την αγάπη της διαθέτιδος για τους τετιμημένους, που τους θεωρούσε «παιδιά» της, γεγονός που φανερώνει τη θέλησή της αυτοί να είναι καθολικοί της διάδοχοι. Επί τη βάση αυτή έκρινε, περαιτέρω, ότι οι εγκαταστάσεις αυτές επί των δήλων (δηλαδή των δύο συγκεκριμένων ακινήτων) συνιστά, δοθείσης της εμπορικής τους αξίας, εγκατάσταση σε δύο (ισοδύναμα) ποσοστά της κληρονομίας· οπότε η υπολειπομένη περιουσία (τραπεζικές καταθέσεις) πάντα κατά την απόφαση του Εφετείου ή θα δοθεί στους εξ αδιαθέτου κληρονόμους κατ' ΑΚ 1801, αν η βούληση της διαθέτιδος ήταν οι τετιμημένοι να περιορισθούν στα δήλα, ή θα δοθεί στους εγκαταστάτους, προσαυξάνοντας αναλόγως τη μερίδα τους, αν η βούληση της διαθέτιδος ήταν αυτοί να αποτελέσουν τους αποκλειστικούς κληρονόμους της. Το δευτεροβάθμιο δικαστήριο απεφάνθη, ύστερα από ερμηνεία της διαθήκης και συνεκτίμηση μαρτυρικής καταθέσεως της γειτόνισσας της διαθέτιδος, που την φρόντιζε τα τελευταία χρόνια του βίου της, ότι η βούληση της διαθέτιδος ήταν οι τετιμημένοι να είναι οι μόνοι κληρονόμοι της (ΑΚ 1802), επικαλούμενη κυρίως: τις προσωπικές σχέσεις αμοιβαίας αγάπης μεταξύ διαθέτιδος και τετιμημένων· το γεγονός ότι τα δύο καταλειφθέντα ακίνητα, αν και υπολείπονται τις αξίες των καταθέσεων, αποτελούν το σπουδαιότερο τμήμα της κληρονομίας λόγω της ικανοποιητικής ανατιμήσεώς τους με την πάροδο του χρόνου· το ότι δεν μπορεί να ήθελε κληρονόμο της το Δημόσιο αντί των «παιδιών» της· και το ότι η παράλειψη αναφοράς των επίμαχων τραπεζικών καταθέσεων οφείλεται αφ' ενός στις περιορισμένες γραμματικές γνώσεις της περί την κληρονομική διαδοχή σε κινητές αξίες και αφ' ετέρου στην ανασφάλεια που αισθανόταν λόγω γήρατος και τη συνακόλουθη θέλησή της να έχει πρόχειρα χρήματα για την αντιμετώπιση εκτάκτων περιστάσεων, γεγονότα που την ώθησαν στο να μην τρέψει τους τραπεζικούς λογαριασμούς της σε κοινούς με εκείνους τους οποίους ήθελε μόνους κληρονόμους της.

Το Ανώτατο Δικαστήριο, το οποίο εκλήθη να διαγνώσει κατά πόσον ορθώς εφάρμοσε το Εφετείο την ΑΚ 1802 και αν η αιτιολογία της σχετικής αποφάσεως παρουσιάζει ανεπάρκειες ή αντιφάσεις, με τη δημοσιευομένη απόφασή του απέρριψε την οικεία

αίτηση αναίρεσως του Ελληνικού Δημοσίου, επισημαίνοντας ολιγόλογα φυσικά μετά την πρόταση του κανονιστικού περιεχομένου των ΑΚ 1800-1802 ότι δεν διεπίστωσε καμία πλημμέλεια. Αναντιρρήτως, ουδέν σφάλμα εντοπίζεται στην υπαγωγή των γενομένων υπό του Εφετείου δεκτών ως αληθών περιστατικών στο πραγματικό της ΑΚ 1802. Αφού η βούληση της διαθέτιδος, με βάση όλα τα προπαρατεθέντα στοιχεία, ήταν οι εγκατάστατοι να αποτελέσουν τους μόνους κληρονόμους της, αποκλείεται η κατ' ΑΚ 1801 εξ αδιαθέτου διαδοχή ως προς τις μη μνημονευθείσες στη διαθήκη τραπεζικές καταθέσεις και αυτές θα αυξήσουν αναλόγως τις μερίδες των τετιμημένων.

Εκείνο όμως που αληθώς τραβά την προσοχή του αναγνώστη της ως άνω αρεοπαγίτικης αποφάσεως είναι η μείζονα σκέψη αυτής. Τα αναφερόμενα ως προς την ΑΚ 1800 § 2 αποδίδουν προσκόντως το περιεχόμενό της, κατά τα κρατούντα στην Επιστήμη (βλ. ανωτ. υπό II). Ως προς τη σχέση όμως μεταξύ των ΑΚ 1801-1802 οι διατυπώσεις του Ακυρωτικού δημιουργούν προβληματισμό. Συγκεκριμένα, μετά την απλή παράθεση του περιεχομένου των ΑΚ 1801-1802, σημειώνει ο Άρειος Πάγος ότι, για να υπάρξει συρροή εκ διαθήκης και εξ αδιαθέτου διαδοχής επί εγκαταστάσεως σε δήλο (δι' εφαρμογής προφανώς της ΑΚ 1801), πρέπει να συντρέχουν δύο προϋποθέσεις: α) ο διαθέτης να διέθεσε μέρος μόνο του κλήρου, ώστε να μην έχει εξαντληθεί η κληρονομία· και β) ο διαθέτης να εξέφρασε τη θέληση ή να προκύπτει η θέλησή του (με ερμηνεία της διαθήκης) το κληρονομικό δικαίωμα των εγκαταστάτων να περιορισθεί στο ποσοστό. Η διατύπωση αυτή του δευτέρου όρου, που απαντά ευρέως, αν και με παραλλήλασσοσα μορφή, και στη θεωρία (βλ. σχετ. Γ. Μπαλή, ό.π., § 97, σ. 141· Εμμ. Βουζικά, ό.π., § 100, σ. 380· Π. Ζένο, Γνωμοδότησις, ΕΕΝ 1973, 446 επ., 446· Ι. Σπυριδάκη, Εγχ.ΑσΔ, τόμ. 5, Κληρονομικό Δίκαιο, γ' έκδ. 2004, αρ. 81.4. in fine), θα μπορούσε κανείς να υποστηρίξει και ευλόγως ότι είναι ορθή. Και τούτο, διότι, αφού η ΑΚ 1802 εφαρμόζεται μόνο εφόσον ο διαθέτης ήθελε τους εγκαταστάτους μοναδικούς κληρονόμους του, η ΑΚ 1801 θα εφαρμόζεται στην αντίθετη περίπτωση, κατά την οποία ο διαθέτης ήθελε να περιορίσει τους τετιμημένους στα δήλα (βλ. σχετ. Σπ. Μπακανάκη, Επιστολή, ΝοΒ 1968, 1029). Όμως η θεώρηση αυτή είναι εμφανώς ατελής, καθώς δεν προβλέπει τί θα συμβεί αν διά της ερμηνείας δεν συνάγεται βούληση του διαθέτη προς τη μία ή την άλλη κατεύθυνση. Ήδη κατεδείχθη (ανωτ. υπό II) για ποιον λόγο στην τελευταία περίπτωση εφαρμοστέα τυχάνει η ΑΚ 1801. Αυτό που απομένει, επομένως, είναι η αναδιατύπωση της δεύτερης προϋποθέσεως, που αναφέρει, κατά τα ανωτέρω, το Ακυρωτικό, προς εφαρμογή της ΑΚ 1801, ώστε να αποδίδεται με ακρίβεια το κανονιστικό της περιεχόμενο και να αποφεύγονται παρερμηνείες. Η ακριβής διατύπωση αυτής θα μπορούσε να έχει ως εξής: «Να μη συνάγεται βούληση του διαθέτη οι εγκατάστατοι να αποτελέσουν τους μοναδικούς κληρονόμους του» (πρβλ. ενδεικτ. Απ. Γεωργιάδη, ΚληρΔ, § 22 αρ. 19-20 μ.π.π.).

IV. Εκ των προεκτεθέντων συνάγεται ότι ο Άρειος Πάγος, αν και με καταφανώς ατελή μείζονα σκέψη, ορθώς επεκύρωσε την εφετειακή απόφαση, η οποία πειστικά θεμελίωσε τη βούληση της διαθέτιδος οι εγκατάστατοι επί δήλων να είναι οι μοναδικοί κληρονόμοι της και, συνακολούθως, ευστόχως εφάρμοσε την ΑΚ 1802. Πράγματι, επί εγκαταστάσεως σε δήλο (ή, ευρύτερα, σε ποσοστό της κληρονομίας) η συνδυαστική ερμηνεία των ΑΚ 1801-1802 επιτάσσει να δεχθούμε ότι ως προς τα μη αναφερόμενα στη διαθήκη περιουσιακά στοιχεία της κληρονομίας ακολουθούνται οι κανόνες της εξ αδιαθέτου διαδοχής (κατ' ΑΚ 1801), μόνο όταν δεν αποδεικνύεται από τους ενδιαφερόμενους εγκαταστάτους βούληση του διαθέτη αυτοί να είναι οι μοναδικοί κληρονόμοι του. Όταν συντρέχει η βούληση αυτή, επαυξάνεται αναλόγως η μερίδα των εγκαταστάτων (ΑΚ 1802).

Σωτήριος Ελ. Ιωακείμίδης

ΕΙΔΙΚΟΙ ΑΣΤΙΚΟΙ ΝΟΜΟΙ

Ειρηνοδικείο Αθηνών Αριθμ. 489/2012

Προεδρεύουσα: Αγγ. Δεμέστιχα, Ειρηνοδίκης
Δικηγόροι: Π. Δαβερώνας, Μ. Αχουζαρίδης

Ρύθμιση των οφειλών υπερχρεωμένων φυσικών προσώπων κατά τον Ν. 3869/2010. Αίτηση υπαγωγής στο καθεστώς του ως άνω νόμου. Οι πιστωτές, στους οποίους ο αιτών οφειλέτης κοινοποιεί την αίτησή του, καθίστανται διάδικοι στη σχετική δίκη. Απαράδεκτη η ασκούμενη από πιστωτή κύρια παρέμβαση. Επίδοση της αίτησης στους πιστωτές εντός της οριζόμενης στον νόμο προθεσμίας με πρόσκληση αυτών να προτείνουν τυχόν τροποποιήσεις του υποβαλλόμενου σχεδίου ρύθμισης των οφειλών. Με την πάροδο της προθεσμίας προβολής αντιρρήσεων τεκμαίρεται ότι ο πιστωτής συμφωνεί με το σχέδιο, εφόσον οι συνέπειες της άπρακτης παρέλευσης της προθεσμίας έχουν επισημανθεί από τον οφειλέτη στην σχετική πρόσκληση.

Διατάξεις: άρθρ. 1, 2, 4, 5, 7 ν. 3869/2010

[...Από το συνδυασμό των διατάξεων των άρθρων 5 του Ν. 3869/2010 και 748 παρ. 3 ΚΠολΔ, σαφώς συνάγεται ότι με επιμέλεια του οφειλέτη κοινοποιείται αντίγραφο της αιτήσεως με πράξη ορισμού δικασίμου και κλήση προς συζήτηση προς τους πιστωτές, οι οποίοι με την κλήτευσή τους αυτή αποκτούν την ιδιότητα του διαδίκου και δεν απαιτείται να ασκήσουν παρέμβαση για να παραστούν στη δίκη (ΕφΔ 61/2006, ΝΟΜΟΣ). Εξ ετέρου για την άσκηση της παρέμβασης (κύριας ή πρόσθετης) απαιτείται να συντρέχει η διαδικαστική προϋπόθεση της ύπαρξης εννόμου συμφέροντος στο πρόσωπο του παρεμβαίνοντος, άλλως απορρίπτεται η παρέμβαση ως απαράδεκτη (άρθρο 73 ΚΠολΔ που εφαρμόζεται και στην εκούσια δικαιοδοσία κατ' άρθρο 741 ΚΠολΔ). Και στις δύο περιπτώσεις (κύριας και πρόσθετης παρέμβασης) ο παρεμβαίνων πρέπει να μην είναι διάδικος, αλλά τρίτος, άλλως απορρίπτεται η παρέμβαση ως απαράδεκτη. Έτσι απορρίπτεται ως απαράδεκτη η παρέμβαση που ασκεί εκείνος του οποίου την κλήτευση είχε διατάξει ο Δικαστής κατά την κατάθεση της αιτήσεως, αφού δεν είναι τρίτος (ΑΠ 1078/2002, ΝΟΜΟΣ, ΜΠΘ 11439/2001 ΔΕΕ 2001,616, ΜΠΚ 100/1989 Αρμ 43, 788). Περαιτέρω με την διάταξη του άρθρου 5 παρ. 1 του Ν. 3869/2010 ορίζεται ότι «ο οφειλέτης το αργότερο μέσα σε ένα μήνα από την υποβολή της αίτησης επιδίδει στους πιστωτές αντίγραφο της αίτησης με ορισμό δικασίμου για την συζήτηση της, με πρόσκληση να υποβάλουν στη γραμματεία του δικαστηρίου εγγράφως τις παρατηρήσεις και να δηλώσουν αν συμφωνούν με το προτεινόμενο σχέδιο διευθέτησης των οφειλών μέσα σε αποκλειστική προθεσμία δύο μηνών από την υποβολή της αίτησης». Με την παράγραφο δε 2 εδ. 3 και 4 του ίδιου Νόμου ορίζεται ότι «...Με την πάροδο της προθεσμίας αυτής άπρακτος, τεκμαίρεται ότι ο πιστωτής συμφωνεί με το σχέδιο διευθέτησης των οφειλών. Στην πρόσκληση γίνεται μνεία για τη συνέπεια αυτή». Από το συνδυασμό των διατάξεων αυτών σαφώς συνάγεται ότι δημιουργείται το μαχητό τεκμήριο, ότι η σιωπή του πιστωτή στην πρόταση του οφειλέτη θεωρείται ως συναίνεση. Προϋπόθεση όμως για την επέλευση της ως άνω έννομης συνέπειας είναι ότι εγκύρως επιδόθηκαν στο συγκεκριμένο πιστωτή τα έγγραφα και σχέδιο διευθετήσεως των οφειλών και ότι ο οφειλέτης κατά την πρόσκληση του πιστωτή επεσήμανε σε αυτόν την έννομη αυτή συνέπεια της συναίνεσής (βλ. Α. Κρητικό, Ρύθμιση των οφειλών υπερχρεωμένων φυσικών προσώπων, σελ. 127-128). [...]

Με την κρινόμενη αίτηση η αιτούσα, ζητεί την επικύρωση του Σχεδίου διευθέτησης οφειλών που υπέβαλε, ισχυριζόμενη ότι οι πιστώτριες Τράπεζες δεν απάντησαν εντός της αποκλειστικής προθεσμίας των δύο μηνών επί του σχεδίου, παρά τη νόμιμη και εμπρόθεσμη προς αυτές επίδοση της σχετικής αιτήσεως και ότι ως εκ τούτου (λόγω της παραλείψεως) επήλθε η οριζόμενη από τη διάταξη του άρθρου 5 παρ. 2 του Ν. 3869/2010 έννομη συνέπεια της τεκμαιρομένης συναίνεσης τους στο Σχέδιο.

Με αυτό το περιεχόμενο και αίτημα η κρινόμενη αίτηση εισάγεται παραδεκτώς για να συζητηθεί ενώπιον του Δικαστηρίου αυτού της περιφέρειας της κατοικίας της αιτούσας, κατά την διαδικασία της Εκούσιας δικαιοδοσίας (άρθρο 3 του Ν. 3869/2010). Για το παραδεκτό της προσκομίζεται νομίμως η προβλεπόμενη από το άρθρο 3 παρ. 2 του Ν. 3869/2010 βεβαίωση περί αποτυχίας του εξωδικαστικού συμβιβασμού και υπεύθυνη δήλωση της αιτούσας για την ορθότητα και πληρότητα των καταστάσεων: α. της περιουσίας της και των εισοδημάτων της και β. των πιστωτών της και των απαιτήσεών τους κατά κεφάλαιο, τόκους και έξοδα, καθώς και για τις μεταβιβάσεις εμπράγματων δικαιωμάτων επί ακινήτων κατά την τελευταία τριετία. Περαιτέρω από την αυτεπάγγελτη έρευνα του Δικαστηρίου στα τηρούμενα αρχεία δεν προέκυψε ότι εκκρεμεί άλλη σχετική αίτηση της αιτούσας, ούτε ότι έχει εκδοθεί προγενεστέρως απόφαση για την διευθέτηση των οφειλών της με απαίτηση από υπόλοιπα χρεών (άρθρο 13 παρ. 2 του Ν. 3869/2010) και πρέπει να εξετασθεί περαιτέρω ως προς τη νομική και ουσιαστική της βασιμότητα.

Η πρώτη των πιστωτριών της αιτούσας «...» άσκησε προφορικά στο ακροατήριο κύρια παρέμβαση, με την οποία ζητεί να απορριφθεί η κρινόμενη αίτηση. Σύμφωνα όμως με τα εκτεθέντα στην αρχή της παρούσας, η πιστώτρια-κυρίως παρεμβαίνουσα με την κλήτευσή της από την αιτούσα να παραστεί στη συζήτηση, την οποία (κλήτευση) είχε διατάξει ο Δικαστής κατά την κατάθεση της αιτήσεως, έχει αποκτήσει την ιδιότητα του διαδίκου, δεν είναι τρίτος και ως εκ τούτου δεν απαιτείται να ασκήσει παρέμβαση για να παραστεί στη δίκη. Κατά συνέπεια πρέπει να απορριφθεί η αίτηση ως απαράδεκτη.

Από τις επικαλούμενες και προσκομιζόμενες από την αιτούσα υπ' αριθμόν 1564/2011 και 1567/2011 εκθέσεις επιδόσεως του Δικαστικού Επιμελητού του Πρωτοδικείου Αθηνών Δ.Π., προκύπτει ότι αντίγραφο της αιτήσεως του άρθρου 4 του Ν. 3869/2010 στην οποία εμπεριέχεται Σχέδιο διευθέτησης των οφειλών της, με πράξη ορισμού δικασίμου και κλήση προς συζήτηση, επιδόθηκε νομίμως κι εμπροθέσμως στις πιστώτριες της αιτούσας «...» και «...». Πλην όμως στην πρόσκληση της αιτούσας για υποβολή από τις πιστώτριες στη γραμματεία του δικαστηρίου εγγράφως των παρατηρήσεών τους και της δηλώσεως τους αν συμφωνούν ή όχι με το προτεινόμενο Σχέδιο διευθέτησης των οφειλών της δεν γίνεται μνεία, υπόδειξη ή επισήμανση της έννομης συνέπειας της μη υποβολής. Συνεπώς με βάση τα εκτεθέντα στην αρχή της παρούσας, στην προκειμένη περίπτωση, δεν μπορεί να θεωρηθεί ότι η «σιωπή» των Πιστωτριών Τραπεζών προκάλεσε τεκμήριο συμφωνίας.

Κατ' ακολουθία των ανωτέρω πρέπει ν' απορριφθεί η αίτηση και η κύρια παρέμβαση και να μην επιδικασθεί δικαστική δαπάνη κατ' άρθρον 7 παρ. 6 του Ν. 3869/2010...

ΠΑΡΑΤΗΡΗΣΕΙΣ

Με το άρθρο 4 παρ. 1 του Ν. 3869/2010 ορίζεται ότι η αίτηση του οφειλέτη πρέπει να περιέχει, μεταξύ άλλων, κατάσταση των πιστωτών και των απαιτήσεών τους. Περαιτέρω με το άρθρο 5 παρ. 1 του ίδιου ως άνω νόμου ορίζεται ότι ο οφειλέτης το αργότερο μέσα σε ένα μήνα από την υποβολή της αίτησης επιδίδει στους πιστωτές αντίγραφο της αίτησης με ορισμό δικασίμου για τη

συζήτησή της. Από τις ως άνω διατάξεις προκύπτει ότι οι αναφερόμενοι στην αίτηση του οφειλέτη πιστωτές αποκτούν την ιδιότητα του διαδίκου στη διαδικασία της εκούσιας δικαιοδοσίας με μόνη την αναφορά τους αυτή. Δεν χρειάζεται να διαταχθεί η κλήτευσή τους από τον δικαστή του άρθρου 748 παρ. 3 του ΚΠολΔ. Επομένως, ο αναφερόμενος στην αίτηση του οφειλέτη πιστωτής δεν έχει ανάγκη και δεν επιτρέπεται να ασκήσει κύρια ή πρόσθετη παρέμβαση (άρθρο 752 ΚΠολΔ) για να εισέλθει στη δίκη. Τέτοια παρέμβαση ασκεί τρίτος κατά την έννοια του νόμου. Τέτοιος όμως δεν είναι ο ήδη διάδικος. Αν παρά ταύτα ένας τέτοιος αναφερόμενος στην αίτηση πιστωτής θελήσει να ασκήσει τέτοια παρέμβαση, αυτή πρέπει να απορριφθεί ως απαράδεκτη (άρθρο 73 ΚΠολΔ). Κατά κανόνα αυτός ο ασκήσας την παρέμβαση πιστωτής θα είναι δικονομικά απών κατά τη συζήτηση της αιτήσεως και επομένως σύμφωνα με το άρθρο 754 παρ. 2 του ΚΠολΔ δικάζεται ερήμην, δηλαδή η συζήτηση προχωρεί σαν αυτός να είχε εμφανισθεί. Αυτό σημαίνει ότι πρέπει να ερευνηθεί κατ' ουσία η αίτηση εφόσον λείπει οποιοδήποτε εμπόδιο προς τούτο.

Σύμφωνα με το άρθρο 5 του Ν. 3869/2010 οι πιστωτές μέσα σε αποκλειστική προθεσμία δύο (2) μηνών από την υποβολή της αιτήσεως έχουν την δυνατότητα να υποβάλουν τις παρατηρήσεις τους σχετικά με το προτεινόμενο σχέδιο διευθέτησης των οφειλών. Με την άπρακτη παρέλευση της προθεσμίας αυτής *τεκμαίρεται* ότι ο πιστωτής συμφωνεί με το σχέδιο διευθέτησεως των οφειλών. Για να λειτουργήσει όμως το άνω εκ του νόμου τεκμήριο θα πρέπει ο οφειλέτης να έχει προηγουμένως επιστημονικά την συνέπεια αυτή στην πρόσκληση που έχει απευθυνθεί στον πιστωτή. Επομένως αν τέτοια μνεία λείπει, δεν επέρχεται η συνέπεια αυτή. Βέβαια η μη δημιουργία τεκμηρίου συμφωνίας δεν αποκλείει στον πιστωτή τη δυνατότητα να συμφωνήσει πραγματικά στο σχέδιο κατά τη συζήτηση της αιτήσεως. Το τελευταίο όμως προϋποθέτει τη δικονομική παρουσία του πιστωτή.

Ζήτημα γεννάται στην άνω περίπτωση για το κατά πόσο μπορεί να εφαρμοσθεί η παρ. 2 του άρθρου 7 του Ν. 3869/2010. Ορίζει η τελευταία αυτή διάταξη τα ακόλουθα: Αν κανένας πιστωτής δεν προβάλλει αντιρρήσεις για το αρχικό ή τροποποιημένο σχέδιο διευθέτησης οφειλών ή συγκατατίθενται όλοι σε αυτό, θεωρείται ότι ο συμβιβασμός έχει γίνει αποδεκτός. Η παρέλευση άπρακτης της προθεσμίας της παρ. 2 του άρθ. 5 του Ν. 3869/2010 χωρίς να έχει επισημανθεί από τον οφειλέτη η συνέπεια της παρελεύσεως αυτής δεν παράγει τεκμήριο συγκαταθέσεως του πιστωτή. Ωστόσο αποτελιεί περίπτωση μη προβολής αντιρρήσεων για το αρχικό ή τροποποιημένο σχέδιο διευθέτησης των οφειλών. Η παραδοχή αυτή αρκεί για την κατά πλήρη του νόμου δημιουργία συμβιβασμού. Στη συνέχεια ο Ειρηνοδίκης με απόφαση του επικυρώνει το σχέδιο το οποίο αποκτά ισχύ δικαστικού συμβιβασμού.

Στην προκειμένη περίπτωση από τη δημοσιευόμενη απόφαση προκύπτουν τα ακόλουθα ουσιαστικά θέματα: Η αιτούσα οφειλέτρια με την αίτηση της στο Ειρηνοδικείο ζήτησε τη ρύθμιση των χρεών της και απαίτησή από αυτά. Στη συνέχεια η απόφαση δέχθηκε ότι συνέτρεχαν οι βασικές προϋποθέσεις του νόμου για την έρευνα της ουσιαστικής βασιμότητας της αιτήσεως. Ωστόσο η αναφερόμενη στην αίτηση ως πιστώτρια Εμπορική Τράπεζα άσκησε προφορικά στο ακροατήριο κατά τη συζήτηση της αιτήσεως κύρια παρέμβαση ζητώντας την απόρριψη της αιτήσεως. Με την απόφαση ορθώς απορρίφθηκε η παρέμβαση ως απαράδεκτη για το λόγο ότι η άνω πιστώτρια ως αναφερόμενη στην αίτηση με την ιδιότητα αυτή δεν ήταν τρίτη και επομένως δεν μπορούσε κατά νόμο να ασκήσει παρέμβαση. Στη συνέχεια η απόφαση ασχολείται με το κατά πόσο είναι εφαρμοστέα ή όχι η παρ. 2 του άρθρου 5 του άνω νόμου. Ορθώς απέκλεισε την εφαρμογή της για το λόγο ότι η αιτούσα στην πρόσκληση που της απηύθυνε στα πλαίσια της παρ. 1 του άρθρου 5 του νόμου δεν μνημόνευε τη συνέπεια της άπρακτης παρόδου της προθεσμίας. Μετά τα παραπάνω η απόφαση κατέληξε να απορρίψει την αίτηση. Ωστόσο μπορούν να διατυπωθούν επιφυλάξεις για την ορθότητα της τελευταίας αυτής κρίσεως της αποφάσεως. Τούτο για το λόγο ότι έπρεπε να ερευνηθεί την αίτηση

υπό την οπτική γωνία του άρθρου 7 παρ. 2 του Ν. 3869/2010, δηλαδή να εξετάσει κατά πόσο είχαν ή όχι διατυπωθεί από την πιστώτρια αντιρρήσεις μέσα στη νόμιμη προθεσμία. Δηλαδή εν προκειμένω μπορεί να μη συνήνεσε η πιστώτρια, όμως δεν προέβηλε αντιρρήσεις. Το τελευταίο τούτο πάντως αρκούσε για την εφαρμογή της διατάξεως της παρ. 2 του άρθρου 7 του Ν. 3869/2010 και επομένως δεν έπρεπε να απορριφθεί η αίτηση.

Αθανάσιος Κρητικός

ΔΙΚΟΝΟΜΙΚΟ ΔΙΚΑΙΟ

Άρειος Πάγος (Γ΄ Τμήμα) Αριθμ. 735/2013

Προεδρεύων: **Β. Φούκας**, Αρεοπαγίτης
Εισηγήτρια: **Μ. Βαρελά**, Αρεοπαγίτης
Δικηγόροι: **Ε. Μανωλάκης – Ε. Ζαμπίτης**

Διαδικασία δικαστικής διανομής οικοπέδου στο οποίο υπάρχει οικοδομή. Το δικαστήριο δεν είναι υποχρεωμένο να διατάξει απόδειξη αν κρίνει ότι η αυτούσια διανομή είναι προδήλως δυνατή, αδύνατη ή ασύμφορη. Η σχετική κρίση δεν ελέγχεται αναιρετικά. Διατηρητέα ακίνητα. Η αυτούσια διανομή διατηρητέου ακινήτου με σύσταση οριζόντιας ιδιοκτησίας δεν είναι κατ' αρχήν δυνατή. Μοναδικός τρόπος διανομής του διατηρητέου είναι η πώλησή του με πλειστηριασμό, ώστε καθένas από τους συγκυρίους να λάβει από το εκπλειστηρίασμα ποσό ανάλογο προς την εξ αδιαίρετου μερίδα του επί του ακινήτου.

Διατάξεις: ΑΚ 789, 795, 799, 800, 1002, 1117· άρθρ. 1, 2 § 1, 3 § 1 4 § 1, 5, 13 ν. 3741/1929· ΚΠολΔ 480 § 1, 480Α, 481 εδ. 1, 484 § 1, 561 § 1, 559 αρ. 1, 19, 20· άρθρ. 4 § 2α ν. 1577/1985

[...Επειδή, κατά το άρθρο 798 ΑΚ, η λύση της κοινωνίας επέρχεται με διανομή, ενώ κατά το άρθρο 795 ΑΚ κάθε κοινωνός έχει δικαίωμα να απαιτήσει οποτεδήποτε τη λύση της κοινωνίας εφόσον το δικαίωμα αυτό δεν αποκλείεται από δικαιοπραξία ή από τον περιορισμό του κοινού πράγματος για κάποιο διαρκή σκοπό. Κατά το άρθρο 799 ΑΚ, αν δεν συμφωνούν για τη διανομή όλοι οι κοινωνοί, κάθε κοινωνός μπορεί να απαιτήσει δικαστική διανομή κατά τις διατάξεις της πολιτικής δικονομίας, ενώ κατά το άρθρο 800 ΑΚ η διανομή γίνεται αυτοούσια αν το αντικείμενο που πρόκειται να διανεμηθεί είναι δυνατόν, χωρίς μείωση της αξίας του, να διαιρεθεί σε ομοειδή μέρη ανάλογα με τις μερίδες των κοινωνών. Από τις διατάξεις των άρθρων 1002, 1117 ΑΚ, 1, 2 παρ.1, 3 παρ.1 4 παρ.1, 5 και 13 ν. 3741/1929 προκύπτει ότι επί οριζόντιας ιδιοκτησίας δημιουργείται χωριστή κυριότητα επί ορόφου ή διαμερίσματος ορόφου και αναγκαστική συγκυριότητα που αποκτάται αυτοδικαίως κατ' ανάλογη μερίδα επί του εδάφους και επί των μερών της οικοδομής που χρησιμεύουν στην κοινή χρήση όλων των οροφωκτιτών. Εξάλλου, σύμφωνα με τη διάταξη του άρθρου 480 παρ. 1 ΚΠολΔ, το δικαστήριο αποφασίζει την αυτοούσια διανομή αν είναι δυνατή η διαίρεση του διανεμητέου σε μέρη ανάλογα προς τις μερίδες των κοινωνών δίχως να μειώνεται η αξία του, ενώ σύμφωνα με τη διάταξη του άρθρου 480Α ΚΠολΔ κάθε συγκύριος οικοπέδου στο οποίο υπάρχει οικοδομή ή χωριστές οικοδομές έχει το δικαίωμα να ζητήσει την αυτοούσια διανομή του οικοπέδου με σύσταση χωριστής ιδιοκτησίας κατ' ορόφου ή μέρη ορόφων ή με σύσταση χωριστής ιδιοκτησίας σε διακεκριμένα μέρη του ενιαίου οικοπέδου στα οποία έχουν ανεγερθεί οι χωριστές οικοδομές με την επιφύλαξη των πολεοδομικών διατάξεων. Το δικαστήριο αποφασίζει τη διανομή με

τον τρόπο αυτό αν είναι εφικτή και δεν αντιβαίνει στο συμφέρον των λοιπών συγκυρίων. Όπως προκύπτει από την τελευταία αυτή διάταξη η κατ' αυτήν αιτούμενη από κάποιον συγκύριο αυτοούσια διανομή οικοπέδου στο οποίο υπάρχει οικοδομή, τελεί υπό την προϋπόθεση ότι είναι εφικτή και δεν αντιβαίνει στο συμφέρον των λοιπών συγκυρίων. Επομένως, αν κάποια από τις προϋποθέσεις δεν υπάρχει, τότε ακολουθείται, εφόσον είναι εφικτός και συμφέρων, ο προβλεπόμενος από το άρθρο 480 ΚΠολΔ και τις λοιπές συναφείς διατάξεις του ΚΠολΔ, τρόπος αυτοούσιας διανομής και αν και αυτός είναι ανέφικτος ή ασύμφορος, διατάσσεται κατά το άρθρο 484 παρ. 1 ιδίου Κώδικα, η πώληση του διανεμητέου οικοπέδου με την οικοδομή δια πλειστηριασμού (ΑΠ 145/1995). Περαιτέρω, κατ' άρθρο 481 εδ. 1 ΚΠολΔ στις περιπτώσεις των άρθρων 480 και 480Α το δικαστήριο, δεν είναι υποχρεωμένο να διατάξει απόδειξη αν κρίνει ότι η αυτοούσια διανομή είναι προδήλως δυνατή, αδύνατη ή ασύμφορη. Η κρίση του δικαστηρίου της ουσίας περί του δυνατού, αδυνάτου ή του ασυμφόρου της κατά τα άρθρα 480 και 480Α ΚΠολΔ αυτοούσιας διανομής, τóσσον όταν σχηματίζεται χωρίς αποδείξεις κατά το άρθρο 481 εδ. 1 αυτού όσον και όταν σχηματίζεται κατόπιν διατάξεως αποδείξεων, ανάγεται σε πράγματα και συνεπώς δεν υπόκειται σύμφωνα με το άρθρο 561 παρ. 1 του ίδιου Κώδικα στον έλεγχο του Αρείου Πάγου εκτός αν παραβιάστηκαν κανόνες δικαίου ή υπάρχει λόγος αναιρέσεως κατά το άρθρο 559 αρ. 19 και 20 ΚΠολΔ. Εξάλλου, κατά το άρθρο 4 παρ. 2α Γ.Ο.Κ. (ν. 1577/1985) με απόφαση του Υπουργού Περιβάλλοντος, Χωροταξίας και Δημοσίων Έργων ή του κατά περίπτωση αρμόδιου Υπουργού που εκδίδεται ύστερα από αιτιολογική έκθεση της αρμόδιας υπηρεσίας του Υπουργείου και δημοσιεύεται στην Εφημερίδα της Κυβερνήσεως, μπορεί να χαρακτηρίζονται ως διατηρητέα, μεταξύ άλλων, μεμονωμένα κτίρια ή τμήματα κτιρίων ή συγκροτήματα κτιρίων και να καθορίζονται ειδικοί όροι προστασίας και περιορισμοί δόμησης και χρήσης κατά παρέκκλιση από τις διατάξεις του νόμου αυτού και από κάθε άλλη γενική ή ειδική διάταξη με σκοπό τη διατήρηση και ανάδειξη της ιδιαίτερης ιστορικής πολεοδομικής, αρχιτεκτονικής, λαογραφικής, κοινωνικής και αισθητικής φυσιογνωμίας τους. Η αυτοούσια διανομή χαρακτηρισμένου νομίμως ως διατηρητέου ακινήτου που χρήζει ειδικής κρατικής προστασίας, με σύσταση χωριστής ιδιοκτησίας κατ' ορόφου ή μέρη ορόφων δεν είναι εφικτή διότι η αυτοούσια διανομή τέτοιου ακινήτου δεν συμβιβάζεται με τη φύση του που είναι διατηρητέο ως ενιαίο σύνολο και όχι μόνον κατά ένα τμήμα του και η διατήρησή του μπορεί να επιτευχθεί αν αυτό περιέλθει σε έναν μόνον ιδιοκτήτη καθόσον η ύπαρξη περισσότερων του ενός συγκυρίων είναι η κύρια αιτία για την εγκατάλειψη και τις αυθαίρετες επεμβάσεις που υφίσταται το διατηρητέο κτίριο. Μοναδικός τρόπος διανομής του επικοινωνού διατηρητέου ακινήτου είναι η πώλησή του με πλειστηριασμό ώστε καθένas από τους συγκυρίους να λάβει από το εκπλειστηρίασμα που θα επιτευχθεί ποσό ανάλογο προς την εξ αδιαίρετου μερίδα του επί του επικοινωνού ακινήτου (ΑΠ 218/2001, ΑΠ 1047/2003, ΑΠ 235/1998).

Άρειος Πάγος (Α΄ 1 Τμήμα) Αριθμ. 683/2013

Προεδρεύων: **Β. Λυκούδης**, Αντιπρόεδρος ΑΠ
Εισηγητής: **Γ. Γιαννούλης**, Αρεοπαγίτης
Δικηγόροι: **Ε.-Δ. Καλαμίδας – Α. Πάνου-Κοκκιάσμένου**

Πληαστότητα εγγράφου. Ο αποδεικτικός περιορισμός του άρθρου 463 ΚΠολΔ ισχύει μόνο όταν ο ισχυρισμός της πληαστότητας προβάλλεται κατ' ένσταση ή με παρεμπόδιση αγωγή. Ειδική πληρηξουσιότητα του δικηγόρου του

διαδίκου που επικαλείται την πλαστικότητα. Συνέπειες της έλλειψής της. Αποδεικτική δύναμη των ιατρικών βεβαιώσεων ή γνωματεύσεων, ειδικά εκείνων που εκδίδονται από δημόσιο νοσοκομείο.

Διατάξεις: ΚΠολΔ 96 § 1, 97 § 1, 98, 104, 105, 159, 160 §§ 1 και 2, 216, 270, 340, 387, 309, 438, 440, 460, 461, 463, 544 αρ. 4, 559 αρ. 8, 12 και 14, 561 § 1· ΑΚ 211, 229, 238

[...3. Κατά το άρθρ. 460 ΚΠολΔ, κάθε έγγραφο μπορεί να προσβληθεί ως πλαστό, τα ιδιωτικά και όταν με παραβολή προς άλλα αποδείχθηκαν γνήσια. Κατά το επόμενο άρθρ. 461 του ίδιου Κώδικα, αν η πλαστογραφία αποδίδεται σε ορισμένο πρόσωπο, μπορεί να προταθεί σε οποιαδήποτε στάση της δίκης με κύρια ή παρεμπόδιση αγωγή ή με τις προτάσεις ή και προφορικά, όταν η υποβολή προτάσεων δεν είναι υποχρεωτική, όπως και με τους τρόπους που προβλέπει ο ΚΠΔ. Τέλος, κατά το άρθρ. 463 ΚΠολΔ, όποιος προβάλλει ισχυρισμούς για πλαστικότητα εγγράφου είναι ταυτόχρονα υποχρεωμένος να προσκομίσει τα έγγραφα που αποδεικνύουν την πλαστικότητα και να αναφέρει ονομαστικά τους μάρτυρες και τα άλλα αποδεικτικά μέσα, αλλιώς οι ισχυρισμοί του είναι απαράδεκτοι. Το άρθρο αυτό είναι ενταγμένο στο κεφάλαιο της απόδειξης και συνιστά, ενόψει και της θέσης του στον ΚΠολΔ, παρά τη γενική του διατύπωση, κανόνα της αποδεικτικής μόνο διαδικασίας. Επομένως ο περιορισμός που τάσσει δεν ανάγεται στο ουσιαστικό δικαίωμα της κήρυξης εγγράφου ως πλαστού και για το λόγο αυτό η προβλεπόμενη από το άρθρο αυτό υποχρέωση έχει εφαρμογή μόνο όταν ο ισχυρισμός της πλαστικότητας προβάλλεται κατ' ένσταση ή με παρεμπόδιση αγωγή, με στόχο έτσι να αποτραπεί η στρεψοδικία και η παρέλκυση της εκκρεμότητας δίκης. Όταν όμως πρόκειται για αναγνωριστική αγωγή της πλαστικότητας εγγράφου που εισάγεται με αυτοτελές δικόγραφο και δεν φέρει χαρακτήρα παρεμπόδισης αγωγής, δεν δικαιολογείται η εξαιρετική και περιοριστική ρύθμιση του άρθρ. 463 ΚΠολΔ, αλλά στην περίπτωση αυτή εφαρμόζονται οι γενικοί κανόνες των άρθρ. 216 και 270 ΚΠολΔ (ΟλΑΠ 23/1999, ΑΠ 37/2010). Ωστόσο και σ' αυτή την περίπτωση το άρθρ. 98(β) ΚΠολΔ απαιτεί για την προσβολή του εγγράφου ως πλαστού να είναι εφοδιασμένος με αντίστοιχη ειδική πληρεξουσιότητα ο δικηγόρος του διαδίκου που προσβάλλει το έγγραφο ως πλαστό, διαφορετικά, αν το δικαστήριο λάβει υπόψη του το σχετικό ισχυρισμό και παραλείψει να τον απορρίψει ως απαράδεκτο, υποπίπτει στην πλημμέλεια που ιδρύει τον αναιρετικό λόγο από τον αριθμό 8 του άρθρ. 559 ΚΠολΔ σε συνδυασμό με αυτόν από τον αριθμό 14 του ίδιου άρθρου. Όπως όμως προκύπτει από το συνδυασμό των διατάξεων των άρθρ. 96 § 1, 97 § 1, 98, 104, 105, 159, 160 §§ 1 και 2, 544 αριθ. 4 ΚΠολΔ, 211, 229 και 238 ΑΚ, η έλλειψη της αναγκαίας πληρεξουσιότητας και κατ' επέκταση το απαράδεκτο ή η ακυρότητα που προκαλεί, καλύπτονται αναδρομικά, ακόμη και αν πρόκειται για ειδική πληρεξουσιότητα (ΟλΑΠ 1408/1984), αν ο διάδικος, που εκπροσωπήθηκε από δικηγόρο χωρίς πληρεξουσιότητα, εγκρίνει στη συνέχεια τις μέχρι τότε πράξεις του δικηγόρου, η έγκριση δε αυτή, όταν δεν πρόκειται για ειδική πληρεξουσιότητα, μπορεί να είναι και σιωπηρή, συναγόμενη ιδίως από τη νόμιμη παράσταση του διαδίκου σε μεταγενέστερο στάδιο της διαδικασίας, χωρίς επιφύλαξη ως προς το κύρος των προηγούμενων πράξεων και μάλιστα είναι αδιάφορο αν παρίσταται με τον ίδιο ή άλλο δικηγόρο, αφού η έγκριση αφορά τις πράξεις και όχι το πρόσωπο (ΑΠ 1085/2000, 203/2003, 36/2006, 2018/2009). Εξ άλλου ο λόγος αναιρέσης από τον αριθμό 12 του άρθρ. 559 ΚΠολΔ ιδρύεται όταν το δικαστήριο της ουσίας αποδίδει σε ορισμένα αποδεικτικά μέσα δύναμη απόδειξης μικρότερη ή μεγαλύτερη από εκείνη που δεσμευτικά για το δικαστήριο καθορίζει ο νό-

μος. Αντίθετα δεν ιδρύεται ο λόγος αυτός στην περίπτωση που το δικαστήριο, συνεκτιμώντας ελεύθερα, κατά το άρθρ. 340 ΚΠολΔ, ίδιας αποδεικτικής δύναμης αποδεικτικά μέσα αποδίδει μικρότερη ή μεγαλύτερη βαρύτητα ή αξιοπιστία σε κάποιο ή κάποια από αυτά, αφού τότε η εκτίμηση αφορά την ουσία των πραγμάτων και είναι συνεπώς κατά το άρθρ. 561 § 1 ΚΠολΔ αναιρετικά ανέλεγκτη. Επομένως ο παραπάνω λόγος αναιρέσης δημιουργείται μόνο αν πρόκειται για αποδεικτικά μέσα, στα οποία, σύμφωνα με το νόμο, το δικαστήριο είναι υποχρεωμένο να προσδώσει δύναμη πλήρους απόδειξης, δηλαδή ο λόγος αυτός προϋποθέτει αποδεικτικά μέσα αυξημένης αποδεικτικής δύναμης και γενικότερα είναι ανεφάρμοστοι στις υποθέσεις που λαμβάνονται υπόψη και μη πληρούνται τους όρους του νόμου αποδεικτικά μέσα. Περαιτέρω, όπως προκύπτει από τις διατάξεις των άρθρ. 438 και 440 ΚΠολΔ, οι ιατρικές βεβαιώσεις ή γνωματεύσεις είναι δημόσια έγγραφα, εφόσον εκδίδονται από ιατρό που ασκεί δημόσια υπηρεσία ή λειτουργία και συνεπώς για όσα βεβαιώνονται σ' αυτές ότι έγιναν από τον ιατρό που τις συνέταξε ή ενώπιον αυτού μέσα στα πλαίσια των αρμοδιοτήτων του, έχουν δεσμευτική αποδεικτική δύναμη, δηλαδή αποτελούν πλήρη απόδειξη, χωρίς να επιτρέπεται ανταπόδειξη, παρά μόνο με την προσβολή τους ως πλαστών, ενώ για όσα βεβαιώνονται σ' αυτές, την αλήθεια των οποίων όφειλε να διαπιστώσει ο συντάκτης τους, αποτελούν επίσης πλήρη απόδειξη, κατά της οποίας όμως επιτρέπεται ανταπόδειξη και χωρίς την προσβολή τους ως πλαστών. Κατά την έννοια αυτή αποτελούν δημόσια έγγραφα οι προερχόμενες από δημόσιο νοσοκομείο ιατρικές βεβαιώσεις ή γνωματεύσεις και παρέχουν έτσι πλήρη απόδειξη, η οποία μόνο με την προσβολή τους ως πλαστών μπορεί να ανατραπεί, ως προς το βεβαιούμενο σ' αυτές γεγονός της εξέτασης συγκεκριμένου ασθενούς από τον συντάκτη τους ιατρό και επίσης ως προς το τυπικό περιεχόμενο της διάγνωσης του και την υποδειχθείσα από αυτόν θεραπευτική αγωγή. Ως προς την εκφερόμενη όμως με τη διάγνωση του ιατρού αυτή καθ' αυτή την επιστημονική εκτίμηση και γνώμη του οι ως άνω ιατρικές βεβαιώσεις ή γνωματεύσεις εκτιμώνται, ακόμη και ως προς τις επιπτώσεις που τα αναφερόμενα σε αυτές ευρήματα έχουν στην πνευματική και σωματική κατάσταση του ασθενούς, ελεύθερα από το δικαστήριο, σύμφωνα με τον κανόνα του άρθρ. 340 ΚΠολΔ, όπως άλλωστε ισχύει, σύμφωνα με τα άρθρ. 387 και 390 ΚΠολΔ, και για τις γνωμοδοτήσεις των ιατρών πραγματογνωμόνων που διόρισε το δικαστήριο ή για τις γνωμοδοτήσεις ιατρών, που έχουν ειδικές επιστημονικές γνώσεις και συντάχθηκαν με αίτηση διαδίκου...]

ΕΜΠΟΡΙΚΟ ΔΙΚΑΙΟ

ΓΕΝΙΚΟ ΜΕΡΟΣ – ΕΜΠΟΡΙΚΕΣ ΣΥΜΒΑΣΕΙΣ

Άρειος Πάγος (Ολομέλεια)

Αριθμ. 11/2013

Προεδρεύουσα: **Ρ. Ασημακοπούλου**, Πρόεδρος ΑΠ

Εισηγητής: **Ν. Πάσσο**, Αρεοπαγίτης

Δικηγόροι: **Β.-Σ. Χριστιανός** – **Γ. Νικολόπουλος**, **Ν. Τσουτσάνης**

Κοινοτικές Οδηγίες. Υποχρέωση σύμφωνης με το κοινοτικό δίκαιο ερμηνείας του εθνικού δικαίου. Έννοια «επενδυτικών υπηρεσιών» κατά το κοινοτικό και το εθνικό δίκαιο. Συνεγγυητικό Κεφάλαιο Εξασφάλισης Επενδυτικών Υπηρεσιών. Η διαχείριση από Ε.Π.Ε.Υ. επενδυτικού κεφαλαίου εντολέα, που περιλαμβάνει μόνο χρήματα, εφόσον η διαχείριση αυτή δεν περιλαμβάνει την εντολή διενέργειας για λογαριασμό του συναλληλαγής επί χρηματοπιστωτικών

μέσων ή την παροχή επενδυτικών υπηρεσιών στον ίδιο τομέα, δεν αποτελεί «επενδυτική υπηρεσία» κατά την Οδηγία 93/22/ΕΟΚ, καθυπτόμενη από το Συνεγγυητικό Κεφάλαιο.

Διατάξεις: άρθρ. 1 § 12 ν. 2533/1997· άρθρ. 2 ν. 2396/1996· άρθρ. 1 § 4, 2 §§ 2 και 4, 8 §§1 και 3 Οδηγίας 97/9/ΕΚ· ΣυνθΕΕ 5, 10, 189 (249 εδ. 3)· Σ 28 § 1· Οδηγία 93/22/ΕΟΚ· άρθρ. 1 § 12, 61-78 ν. 2533/1997· ν.δ. 3078/1954· άρθρ. 13 § 1 ν. 2651/1998· άρθρ. 4α ν. 1806/1988

[...II. (Α) Κατά την διάταξη του άρθρ. 559 αριθ. 1 ΚΠολΔ αναίρεση επιτρέπεται και εάν παραβιάσθηκε κανόνας του ουσιαστικού δικαίου. Κατά την έννοια της διάταξης αυτής ο ως άνω λόγος αναίρεσης για παραβίαση κανόνα ουσιαστικού δικαίου ιδρύεται αν αυτός εφαρμοσθεί, αν και κατά τα γενόμενα δεκτά με την απόφαση του δικαστηρίου της ουσίας δεν υπάρχουν οι προϋποθέσεις εφαρμογής του ή αντίθετα, όταν αυτός δεν εφαρμοσθεί, μοιλονότι συντρέχουν οι προϋποθέσεις εφαρμογής του ή εφαρμοσθεί εσφαλμένα, η δε παραβίαση εκδηλώνεται είτε με ψευδή ερμηνεία, είτε με κακή εφαρμογή, δηλ. με εσφαλμένη υπαγωγή (ΟλΑΠ 7/2006). (Β) Εξάλλου, με το άρθρο 10 της Συνθήκης της Ευρωπαϊκής Ένωσης υποχρεώνονται όλες οι κρατικές λειτουργίες, συνεπώς και η δικαστική, στη λήψη γενικών ή ειδικών μέτρων, καταλήθην να εξασφαλίσουν την εκπλήρωση των υποχρεώσεων που απορρέουν από την Συνθήκη, συμπεριλαμβανομένης και της μεταφοράς των Οδηγιών στο εσωτερικό δίκαιο και της σύμφωνης με το κοινοτικό δίκαιο ερμηνείας του εθνικού δικαίου. Η υποχρέωση σύμφωνης με το κοινοτικό δίκαιο ερμηνείας του εθνικού δικαίου, που απορρέει από την αρχή της υπεροχής του, υφίσταται και πριν από την πάροδο της προθεσμίας προσαρμογής της νομοθεσίας των κρατών-μελών στις απαιτήσεις της σχετικής Οδηγίας (ΔΕΚ C. 74, 129/1995). Περαιτέρω προφανές είναι ότι τόσο ο εθνικός νομοθέτης όσο και ο εθνικός δικαστής δεν έχουν την εξουσία να μεταβάλουν ή να παρερμηνεύσουν τις διατάξεις κοινοτικής Οδηγίας, με παραβίαση στην περίπτωση αυτή του κοινοτικού δικαίου, το οποίο, κατά το άρθρο 28 § 1 του Συντάγματος, κασιχύει πάσης άλλης αντίθετης διατάξεως του εσωτερικού δικαίου (Ολ.ΑΠ 23/1998). Έτσι, τα κράτη μέλη οφείλουν, προκειμένου να διασφαλίζουν την πλήρη εφαρμογή των Οδηγιών, από νομική άποψη, αλλήλ και στην πράξη, να προβλέπουν την ύπαρξη σαφούς νομικού πλαισίου στον συγκεκριμένο τομέα με την θέσπιση νομικών διατάξεων ικανών να δημιουργήσουν μια αρκούντως ακριβή, σαφή και διαφανή κατάσταση, ώστε να καθίσταται δυνατό στους ιδιώτες να γνωρίζουν τα δικαιώματά τους και να τα προβάλουν ενώπιον των εθνικών δικαστηρίων (ΔΕΚ C-220/1994). Η υποχρέωση των κρατών μελών, που απορρέει από κοινοτική Οδηγία, να επιτύχουν το με αυτήν επιδιωκόμενο αποτέλεσμα, καθώς και το καθήκον, που έχουν κατά το άρθρ. 5 της Ευρωπαϊκής Συνθήκης, να λαμβάνουν κάθε γενικό ή ειδικό μέτρο κατάλληλο να εξασφαλίσει την εκπλήρωση της υποχρέωσης, επιβάλλονται σε όλες τις αρχές των κρατών μελών, συμπεριλαμβανομένων των δικαστηρίων στα πλαίσια των αρμοδιοτήτων τους. Συνεπώς, το εθνικό δικαστήριο, εφαρμόζοντας το εθνικό δίκαιο, είτε πρόκειται για προγενέστερες είτε για μεταγενέστερες της Οδηγίας διατάξεις, οφείλει να ερμηνεύσει το εθνικό δίκαιο υπό το φως του κειμένου και του σκοπού της Οδηγίας, ώστε να επιτευχθεί το επιδιωκόμενο με αυτήν αποτέλεσμα, συμμορφούμενο έτσι προς το άρθρο 189 και ήδη 249 εδ. 3 της Συνθήκης (ΔΕΚ 91/92). Επομένως, το Εθνικό δικαστήριο υποχρεούται να μην εφαρμόζει οποιοδήποτε μέτρο εθνικού δικαίου, που εμποδίζει την πλήρη αποτελεσματικότητα των κοινοτικών κανόνων (ΔΕΚ C 201/2002). Με βάση τις κατευθυντήριες και δεσμευτικές αυτές αρχές θα ερμηνευθεί και θα εφαρμοσθεί το εθνικό δίκαιο, που νομοθετήθηκε σε

συμμόρφωση προς τις κοινοτικές Οδηγίες που αναφέρονται στις επενδυτικές υπηρεσίες.

Ειδικότερα, την 10-5-1993 εκδόθηκε η Οδηγία 22/93 του Συμβουλίου της Ευρωπαϊκής Οικονομικής Κοινότητας, με την οποία ορίσθηκε το θεσμικό πλαίσιο σχετικά με τις επενδυτικές υπηρεσίες στον τομέα των κινητών αξιών. Κατά το άρθρο 1 της ως άνω Οδηγίας, για τους σκοπούς αυτής νοούνται ως: 1) Επενδυτική υπηρεσία: οποιαδήποτε από τις υπηρεσίες του τμήματος Α του παραρτήματος που αφορά οποιονδήποτε από τους τίτλους που απαριθμούνται στο τμήμα Β του παραρτήματος και παρέχεται σε τρίτους. Στο τμήμα Α του παραρτήματος ορίζεται ότι υπηρεσίες είναι: 1α) Λήψη και διαβίβαση, για λογαριασμό επενδυτών, εντολών σχετικών με έναν ή περισσότερους τίτλους του τμήματος Β, β) Εκτέλεση των εντολών αυτών για λογαριασμό τρίτων, 2. Διαπραγμάτευση, για ίδιο λογαριασμό τίτλων που αναφέρονται στο τμήμα Β, 3. Διαχείριση υπό καθεστώς διακριτικής ευχέρειας και ανά πελάτη χαρτοφυλακίων επενδύσεων στα πλαίσια εντολής των επενδυτών, εφόσον τα χαρτοφυλάκια αυτά συμπεριλαμβάνουν έναν ή περισσότερους από τους τίτλους του τμήματος Β, 4. Αναδοχή της έκδοσης του συνόλου ή μέρους των τίτλων που αναφέρονται στο τμήμα Β ή και τοποθέτησή της. Κατά το τμήμα Β του παραρτήματος, τίτλοι είναι: «1α) κινητές αξίες β) μερίδια οργανισμού συλλογικών επενδύσεων, 2. τίτλοι χρηματαγοράς, 3. τίτλοι προθεσμιακών συμβάσεων (futures), συμπεριλαμβανομένων των ισοδύναμων τίτλων που παρέχουν δικαίωμα εκκαθάρισης τοις μετρητοίς, 4. προθεσμιακά συμβόλαια επιτοκίου (FRA), 5. συμβάσεις ανταλλαγής (swaps) με αντικείμενο επιτόκιο ή συνάλλαγμα ή συμβάσεις ανταλλαγής συνδεδεμένες με μετοχές ή με δείκτη μετοχών (equity), 6. προαίρεσης (option) αγοράς ή πώλησης οποιουδήποτε τίτλου υπαγόμενου στο παρόν τμήμα του παραρτήματος, συμπεριλαμβανομένων των ισοδύναμων τίτλων που παρέχουν δικαίωμα εκκαθάρισης τοις μετρητοίς. Συμπεριλαμβάνονται ιδίως στην κατηγορία αυτή οι προαίρεσεις συναλλάγματος και επιτοκίων». Στο άρθρο 1 αριθ. 4 της Οδηγίας ορίζεται ότι κινητές αξίες είναι «οι μετοχές και οι λοιπές αξίες οι εξομοιωσίδες με μετοχές, οι ομολογίες και οι λοιποί χρεωστικοί τίτλοι που αποτελούν αντικείμενο διαπραγμάτευσης στην Κεφαλαιαγορά και κάθε άλλη αξία, η οποία συνήθως αποτελεί αντικείμενο διαπραγμάτευσης που επιτρέπει την απόκτηση αυτών των κινητών αξιών με εγγραφή ή ανταλλαγή ή παρέχει δικαίωμα εκκαθάρισης τοις μετρητοίς, ενώ αποκλείονται τα μέσα πληρωμής». Σύμφωνα, επομένως, με την Οδηγία 93/22/ΕΚ η διαχείριση χρημάτων δεν αποτελεί επενδυτική υπηρεσία, αφού ρητώς αποκλείονται από την έννοια των κινητών αξιών τα μέσα πληρωμής. Η Οδηγία αυτή ενσωματώθηκε στο ελληνικό δίκαιο με το ν. 2396/1996, στο άρθρο 2 του οποίου ορίζεται: «Για τους σκοπούς του παρόντος νόμου νοούνται ως: 1. Κύρια Επενδυτική Υπηρεσία: Οποιαδήποτε από τις κατωτέρω υπηρεσίες: α) (i) Λήψη και διαβίβαση για λογαριασμό επενδυτών εντολών για κατάρτιση συναλλαγών επί ενός ή περισσότερων από τα κατωτέρω χρηματοπιστωτικά μέσα: αα. κινητές αξίες και μερίδια οργανισμών συλλογικών επενδύσεων, ββ. τίτλους της χρηματαγοράς, γγ. τίτλους προθεσμιακών χρηματοπιστωτικών συμβάσεων (futures), συμπεριλαμβανομένων των ισοδύναμων τίτλων που παρέχουν δικαίωμα εκκαθάρισης τοις μετρητοίς, δδ. προθεσμιακά συμβόλαια επιτοκίου (FRA), εε. συμβάσεις ανταλλαγής (swaps) υποχρεώσεων με αντικείμενο επιτόκιο ή συνάλλαγμα ή συμβάσεις ανταλλαγής συνδεδεμένες με μετοχές ή με δείκτη μετοχών, ζζ. δικαιώματα προαίρεσης, ..., (ii) Εκτέλεση των παραγγελιών και των εντολών αυτών για λογαριασμό τρίτων, β) Διαπραγμάτευση και αγοραπωλησία για ίδιο λογαριασμό τίτλων που αναφέρονται υπό α (i), γ) Διαχείριση επενδυτικών χαρτοφυλακίων πελατών, στα πλαίσια εντολής τους, εφόσον τα χαρτοφυλάκια συμπεριλαμβάνουν έναν ή περισσότε-

ρους από τους τίτλους που αναφέρονται υπό α (ι), δ) Αναδοχή της έκδοσης του συνόλου ή μέρους τίτλων που αναφέρονται στο ανωτέρω εδάφιο α (ι) ή και η διάθεση τους». Στο άρθρο 2 § 6 του ίδιου νόμου 2396/1996 ορίζονται ως Κινητές Αξίες: α. Οι μετοχές και οι λοιπές αξίες με χαρακτηριστικά μετοχών β. Οι ομολογίες και οι λοιποί χρεωστικοί τίτλοι που αποτελούν αντικείμενο διαπραγμάτευσης στην κεφαλαιαγορά γ. Κάθε άλλος τίτλος ο οποίος αποτελεί αντικείμενο διαπραγμάτευσης και ο οποίος παρέχει δικαίωμα απόκτησης άλλης κινητής αξίας, μέσω εγγραφής ή ανταλλαγής ή που παρέχει δικαίωμα εκκαθάρισης τοις μετρητοίς. Τα μέσα πληρωμής αποκλείονται. Στην συνέχεια το έτος 1997 εκδόθηκε η Οδηγία 97/9/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 3ης Μαρτίου 1997 σχετικά με τα συστήματα αποζημίωσης των επενδυτών, με την οποία τέθηκαν κανόνες προληπτικής εποπτείας των επιχειρήσεων επενδύσεων πλέον αυτών που είχαν τεθεί με την Οδηγία 93/22/ΕΟΚ. Σκοπός της οδηγίας αυτής ήταν η προστασία των επενδυτών και η διατήρηση της εμπιστοσύνης τους στο χρηματοπιστωτικό σύστημα με τη δημιουργία συστημάτων αποζημίωσης κλπ. Συγκεκριμένα, κατά το προοίμιο της νεότερης αυτής Οδηγίας «το Συμβούλιο εξέδωσε ... την Οδηγία 93/22/ΕΟΚ σχετικά με τις επενδυτικές υπηρεσίες στον τομέα των κινητών αξιών ... η εν λόγω Οδηγία αποτελεί βασικό μέσο για την υλοποίηση της εσωτερικής αγοράς στον τομέα των επιχειρήσεων επενδύσεων» (1η σκέψη), «η προστασία των επενδυτών και η διατήρηση της εμπιστοσύνης τους στο χρηματοπιστωτικό σύστημα έχουν μεγάλη σημασία για την ολοκλήρωση και την εύρυθμη λειτουργία της εσωτερικής αγοράς στον εν λόγω τομέα και ... προς τον σκοπό αυτό είναι σημαντικό να διαθείται κάθε κράτος μέλος ένα σύστημα αποζημίωσης των επενδυτών που να εγγυάται ένα ελάχιστο εναρμονισμένο επίπεδο προστασίας τουλάχιστον στους μικρούς επενδυτές, στην περίπτωση κατά την οποία μία επιχείρηση επενδύσεων αδυνατεί να εκπληρώσει τις υποχρεώσεις της προς τους πελάτες επενδυτές» (4η σκέψη), «οι μικροί επενδυτές θα μπορούν συνεπώς να έχουν την ίδια εμπιστοσύνη όταν λαμβάνουν επενδυτικές υπηρεσίες μέσω των υποκαταστημάτων των επιχειρήσεων επενδύσεων της Κοινότητας ή σε διασυνοριακή βάση, όπως όταν απευθύνονται σε επιχειρήσεις επενδύσεων της χώρας τους, γνωρίζοντας ότι καλύπτονται από ένα εναρμονισμένο ελάχιστο επίπεδο προστασίας σε περίπτωση αδυναμίας μιας επιχείρησης επενδύσεων να εκπληρώσει τις υποχρεώσεις της προς τους πελάτες επενδυτές» (5η σκέψη), και «κατά συνέπεια όλα τα κράτη μέλη θα πρέπει να υποχρεούνται να διαθέτουν ένα ή περισσότερα συστήματα αποζημίωσης των επενδυτών, στα οποία θα συμμετέχουν όλες αυτές οι επιχειρήσεις επενδύσεων ... αυτό το σύστημα πρέπει να καλύπτει τα κεφάλαια ή τίτλους που κρατεί μια επιχείρηση επενδύσεων σε σχέση με τις επενδυτικές πράξεις ενός επενδυτή και τα οποία, σε περίπτωση αδυναμίας της επιχείρησης να εκπληρώσει τις υποχρεώσεις της προς τους πελάτες επενδυτές, δεν καθίσταται δυνατόν να επιστραφούν στον επενδυτή ... αυτό δεν θίγει τους κανόνες και τις διαδικασίες που εφαρμόζονται σε κάθε κράτος μέλος για τη λήψη αποφάσεων σε περίπτωση αφερεγγυότητας ή εκκαθάρισης μιας επιχείρησης επενδύσεων» (8η σκέψη). Τον σκοπό αυτόν εξυπηρετεί το αναιρεσίβλητο ΝΠΙΔ «Συνεργητικό Κεφάλαιο Εξασφάλισης Επενδυτικών Υπηρεσιών». Ειδικότερα, με το άρθ. 61 ν. 2533/1997, ο οποίος άρχισε να ισχύει από 11-11-1997, αναδιαρθρώθηκε το συσταθέν με το ν.δ. 3078/1954 «Κοινόν Συνεργητικών Κεφάλαιον Ασφαλείας των Χρηματιστηριακών Συναλλαγών» και μετονομάστηκε σε «Συνεργητικό Κεφάλαιο Εξασφάλισης Επενδυτικών Υπηρεσιών» (με διακριτικό τίτλο «Συνεργητικό»), με σκοπό την καλύτερη ανταπόκριση του Συνεργητικού στις ανάγκες προστασίας του επενδυτικού κοινού και την προσαρμογή της νομοθεσίας προς τις διατάξεις της προαναφερθείσας Οδηγίας

97/9/ΕΚ σχετικά με τα συστήματα αποζημίωσης των επενδυτών, αποτελεί δε αυτό ΝΠΙΔ με εξασφαλιστικό χαρακτήρα και διέπεται ως προς κάθε θέμα που αφορά την λειτουργία του από τις διατάξεις των άρθ. 61-78 του ως άνω ν. 2533/1997, ενώ η αναδιάρθρωση αυτού δεν επέφερε οποιαδήποτε μεταβολή στη νομική κατάσταση και στις υφιστάμενες έννομες σχέσεις του, εκτός από τις μεταβολές που ρητά προβλέπονται στις ως άνω διατάξεις. Ως προς το επίπεδο και το εύρος της παρεχομένης προστασίας στους επενδυτές αφενός από την Οδηγία 97/9/ΕΚ και αφετέρου από το ν. 2533/1997 και την μεταξύ τους σχέση πρέπει να παρατηρηθούν τα εξής: (i) Σύμφωνα με την Οδηγία αυτή: (1) Νοείται ως (α) «επενδυτική εργασία», κάθε επενδυτική υπηρεσία, όπως ορίζεται στο άρθ. 1 σημείο 1 της Οδηγίας 93/22/ΕΟΚ, καθώς και η υπηρεσία που αναφέρεται στο σημείο 1 του τμήματος Γ του παραρτήματος της εν λόγω Οδηγίας, δηλ. η φύλαξη και διαχείριση τίτλων που απαριθμούνται στο τμήμα Β (β) «τίτλοι», οι τίτλοι που απαριθμούνται στο τμήμα Β του παραρτήματος της Οδηγίας 93/22/ΕΟΚ, (γ) «επενδυτής», το πρόσωπο που καταθέτει χρήματα ή τίτλους σε μια επιχείρηση επενδύσεων, στο πλαίσιο της διεξαγωγής επενδυτικών εργασιών (άρθ. 1 § 2-4), (2) Κάθε κράτος μέλος φροντίζει να συσταθούν και να αναγνωρισθούν επίσημα στην επικράτειά του ένα ή περισσότερα συστήματα αποζημίωσης επενδυτών (άρθ. 2 § 1 εδ. α'). Το σύστημα αποζημιώνει τους επενδυτές σύμφωνα με το άρθ. 4 όταν οι αρμόδιες αρχές έχουν διαπισώσει ότι, κατά την γνώμη τους, μία επιχείρηση επενδύσεων δεν φαίνεται προς το παρόν ικανή να εκπληρώσει τις υποχρεώσεις της τις απορρέουσες από απαιτήσεις επενδυτών, για λόγους έχοντες άμεση σχέση με την οικονομική της κατάσταση, και δεν προβλέπεται ότι θα καταστεί ικανή στο προσεχές μέλλον ή όταν δικαστική αρχή, βασιζόμενη σε λόγους που έχουν άμεση σχέση με την οικονομική κατάσταση μίας επιχείρησης επενδύσεων, εξέδωσε απόφαση, η οποία έχει ως αποτέλεσμα την αναστολή της δυνατότητας των επενδυτών να επιδιώξουν την ικανοποίηση των απαιτήσεών τους έναντι της εν λόγω επιχείρησης επενδύσεων, ανάλογα με το αν θα προηγηθεί η διαπίστωση ή η απόφαση. Πρέπει να εξασφαλιζέται η κάλυψη των απαιτήσεων λόγω αδυναμίας της επιχείρησης ν' αποδώσει στους επενδυτές τα κεφάλαια, τα οποία τους οφείλει ή τους ανήκουν και τα οποία κρατεί για λογαριασμό τους σε σχέση με επενδυτικές εργασίες, κατά τα ισχύοντα εκ του νόμου ή εκ της σύμβασης (άρθ. 2 § 2). Το ύψος της απαίτησης ενός επενδυτή υπολογίζεται σύμφωνα με τους νομικούς και συμβατικούς όρους, ιδίως εκείνους περί συμπληρισμού και ανταπαιτήσεων, που εφαρμόζονται για την αποτίμηση του ύψους του κεφαλαίου ή της αξίας κλπ. (άρθ. 2 § 4). (3) Εξακολουθεί να παρέχεται η κάλυψη που προβλέπεται στο άρθ. 2 παράγραφος 2 δεύτερο εδάφιο και μετά την ανάκληση της άδειας λειτουργίας της επιχείρησης επενδύσεων για τις επενδυτικές εργασίες που πραγματοποιήθηκαν μέχρι την ανάκληση (άρθ. 6). (4) Όταν ο επενδυτής δεν είναι απόλυτος δικαιούχος των ποσών ή των τίτλων που κρατεί η επιχείρηση επενδύσεων, η αποζημίωση καταβάλλεται στον απόλυτο δικαιούχο (άρθ. 8). Από τις διατάξεις αυτές συνάγεται ότι: α) η επενδυτική υπηρεσία της διαχείρισης επενδυτικού χαρτοφυλακίου και υπό την οδηγία 97/9/ΕΚ έχει το ίδιο περιεχόμενο που είχε κατά τις διατάξεις της οδηγίας 93/22/ΕΟΚ, στην οποία και ρητά παραπέμπει, ήτοι πρέπει να περιέχει έναν ή περισσότερους από τους αναφερόμενους στο Τμήμα Β του παραρτήματος της οδηγίας 93/22/ΕΟΚ (άρθρο 2 παρ. 1 α (ii)) τίτλους, των μέσων πληρωμής ρητώς αποκλεισμένων (άρθρο 1 σημ. 4 Οδηγίας, 2 § 6γ ν. 2396/1996). Μόνη, συνεπώς, η κατάθεση χρημάτων από τον επενδυτή δεν συνεπάγεται την δημιουργία επενδυτικής υπηρεσίας διαχείρισης επενδυτικού χαρτοφυλακίου, η οποία κατά τα προεκτεθέντα έχει ως περιεχόμενο έναν ή περισσότερους τίτλους. Η κατάθεση χρημάτων σε σχέση με

την επενδυτική υπηρεσία της διαχείρισης, σύμφωνα με τις ρητές διατάξεις της οδηγίας 93/22/ΕΚ, στην οποία για το σχετικό ζήτημα ρητά παραπέμπει, όπως προαναφέρθηκε, η Οδηγία 97/9/ΕΚ επιτρέπει την μέσω διενέργειας αντιστοίχων επενδυτικών υπηρεσιών απόκτηση των χρηματοπιστωτικών μέσων του άρθρου 2 § 1 (α) ν. 2396/1996, τα οποία αυτά και μόνον αποτελούν το αντικείμενο της επενδυτικής υπηρεσίας της διαχείρισης. β) Η οδηγία 97/9/ΕΚ, στοχεύοντας ως εκ του σκοπού της στην προστασία κυρίως των μικροεπενδυτών, προστατεύει και καλύπτει το κεφάλαιο που καταθέτει ο επενδυτής σε ΕΠΕΥ (επιχείρηση παροχής επενδυτικών υπηρεσιών), στο πλαίσιο της διεξαγωγής επενδυτικών εργασιών κατά τις εντολές του (άρθ. 1 § 4 της Οδηγίας), είτε αυτές (επενδυτικές εργασίες) έχουν πραγματοποιηθεί μέχρι την ανάκληση, είτε όχι. Αντίθετα, η ως άνω Οδηγία δεν καλύπτει τις καταθέσεις σε επενδυτική επιχείρηση κεφαλαίων που δεν γίνονται στο πλαίσιο διενέργειας επενδυτικών εργασιών και τις καταθέσεις κεφαλαίων υπό προθεσμία με εντολή διαχείρισης. Θεωρείται, δηλ. με άλλα λόγια, ανεξάρτητα από την έννοια της «επενδυτικής εργασίας», ως καλυπτομένη επενδυτική υπηρεσία σε σχέση με την απαίτηση αποζημίωσης όχι μόνο κάθε πράξη λήψης, διαβίβασης και εκτέλεσης εντολών, αλλά και η πράξη κατάθεσης κεφαλαίων σε σχέση, όμως, με τέτοιες επενδυτικές εργασίες, ανεξάρτητα αν είχαν πραγματοποιηθεί κατά τον χρόνο της ανάκλησης (ii) Σύμφωνα με το ν. 2533/1997, με τον οποίο, πηλη των άλλων, έγινε προσαρμογή της ελληνικής νομοθεσίας προς τις διατάξεις της ως άνω Οδηγίας: (1) Κατά το άρθ. 63 του ως άνω νόμου σκοπός του αναιρεσιβλήτου «Συνεγγυητικού» είναι η καταβολή αποζημιώσεων σε εντολές και σε αντισυμβαλλόμενα μέρη, σε περίπτωση διαπιστωμένης οριστικής ή μη αναστρέψιμης αδυναμίας επιχείρησης παροχής επενδυτικών υπηρεσιών (ΕΠΕΥ) να εκπληρώσει τις υποχρεώσεις της, που απορρέουν από την παροχή των καλυπτομένων επενδυτικών υπηρεσιών και υποστήριξη με τον τρόπο αυτόν της σταθερότητας και αξιοπιστίας της λειτουργίας της αγοράς επενδυτικών υπηρεσιών. Αναγκαία προϋπόθεση παροχής αποζημίωσης από το Συνεγγυητικό είναι, κατά το άρθ. 65 § 1 περ. ε' του ίδιου νόμου (όπως η περίπτωση αυτή προσέθηκε με το άρθ. 13 § 1 ν. 2651/1998), μεταξύ άλλων διαζευκτικά αναφερομένων, και η ανάκληση άδειας σύστασης ΕΠΕΥ και η θέση της σε ειδική εκκαθάριση σύμφωνα με το άρθ. 4α του ν. 1806/1988. Περαιτέρω, σύμφωνα με το άρθ. 1 § 12 του ως άνω ν. 2533/1997 «Ός «καλυπτόμενες επενδυτικές υπηρεσίες» νοούνται αποκλειστικά οι ακόλουθες υπηρεσίες: (α) κατάρτιση συναλλαγών επί χρηματιστηριακών πραγμάτων στο Χ.Α.Α. για λογαριασμό τρίτων ή για ίδιο λογαριασμό, (β) φύλαξη και διακίνηση χρηματιστηριακών πραγμάτων για λογαριασμό τρίτων για κατάρτιση συναλλαγών στο Χ.Α.Α. ή που αποτελούν το προϊόν κατάρτισης συναλλαγών στο Χ.Α.Α., (γ) κατοχή κεφαλαίων τρίτων για κατάρτιση συναλλαγών επί χρηματιστηριακών πραγμάτων στο Χ.Α.Α. ή που αποτελούν το προϊόν κατάρτισης συναλλαγών επί χρηματιστηριακών πραγμάτων στο Χ.Α.Α., (δ) από την 26η Σεπτεμβρίου 1998 ή προγενέστερη ημερομηνία που θα καθορισθεί με απόφαση του Υπουργού Εθνικής Οικονομίας, μετά από εισήγηση της Επιτροπής Κεφαλαιαγοράς, ως «καλυπτόμενες υπηρεσίες» νοούνται πλέον των υπηρεσιών των παραπάνω εδαφίων (α) έως (γ) της παρούσας παραγράφου, οι υπηρεσίες των εδαφίων (α)ι, (γ) και (δ) της παραγράφου 1 του άρθρου 2 του ν. 2396/1996 (ΦΕΚ 73 Α.)». Ειδικότερα και σύμφωνα με τα προεκτεθέντα κατά τις τελευταίες αυτές διατάξεις καλυπτομένη επενδυτική υπηρεσία συνιστά (1) κατά το ως άνω άρθ. 2 § 1 (α) i η «Λήψη και διαβίβαση για λογαριασμό επενδυτών εντολών για κατάρτιση συναλλαγών επί ενός ή περισσότερων από τα κατωτέρω αναφερόμενα χρηματοπιστωτικά μέσα: αα. κινητές αξίες και μερίδια οργανισμών συλλογικών επενδύσεων, ββ. τίτλους της

χρηματαγοράς, γγ. τίτλους προθεσμιακών χρηματοπιστωτικών συμβάσεων (futures), συμπεριλαμβανομένων των ισοδύναμων τίτλων που παρέχουν δικαίωμα εκκαθάρισης τοις μετρητοίς, δδ. προθεσμιακά συμβόλαια επιτοκίου (FRA), εε. συμβάσεις ανταλλαγής (swaps) υποχρεώσεων με αντικείμενο επιτόκιο ή συνάλλαγμα ή συμβάσεις ανταλλαγής συνδεδεμένες με μετοχές ή με δείκτη μετοχών (equity swaps), ζζ. δικαιώματα προαίρεσως (options) για την αγορά ή πώληση οποιουδήποτε από τους ανωτέρω τίτλους, περιλαμβανομένων των ισοδύναμων τίτλων που παρέχουν δικαίωμα εκκαθάρισης τοις μετρητοίς. Στην κατηγορία αυτή περιλαμβάνονται ιδίως δικαιώματα προαίρεσως (options) επί συναλλαγμάτων και επιτοκίων», (2) κατά το άρθ. 2 § 1 (γ) και (δ) «Διαχείριση επενδυτικών χαρτοφυλακίων πελατών, στα πλαίσια εντολής τους, εφόσον τα χαρτοφυλάκια συμπεριλαμβάνουν έναν ή περισσότερους από τους τίτλους που αναφέρονται υπό α (i). Αναδοχή της έκδοσης του συνόλου ή μέρους τίτλων που αναφέρονται στο ανωτέρω εδάφιο α (i) ή και διάθεσή τους», ενώ κατά το άρθ. 2 § 6γ του ίδιου ως άνω ν. 2396/1996 στις κινητές αξίες δεν περιλαμβάνονται τα μέσα πληρωμής. Σύμφωνα με τις παραπάνω διατάξεις μεταξύ των καλυπτομένων επενδυτικών υπηρεσιών, για τις οποίες δημιουργείται υποχρέωση αποζημίωσης εκ μέρους του αναιρεσιβλήτου και αναφέρονται περιοριστικά στο άρθ. 1 § 12 ν. 2533/1997, είναι (α) η επενδυτική υπηρεσία της διαχείρισης επενδυτικού χαρτοφυλακίου που έχει ως αντικείμενο έναν ή περισσότερους τίτλους από τους αναφερομένους στο άρθ. 2 § 1 α(ι), ενώ εξαιρούνται τα μέσα πληρωμής, δηλ. τα χρήματα και (β) η κατοχή κεφαλαίων τρίτων για κατάρτιση συναλλαγών επί χρηματιστηριακών πραγμάτων. Δεν αποτελεί, κατά την έννοια των διατάξεων αυτών, καλυπτομένη επενδυτική υπηρεσία (α) η κατάθεση κεφαλαίων που δεν γίνεται στο πλαίσιο της διεξαγωγής επενδυτικών εργασιών και (β) η κατάθεση προς διαχείριση κεφαλαίων. Από την αντιπαράθεση και σύγκριση των διατάξεων του κοινοτικού και του εθνικού δικαίου προκύπτει ότι η διάταξη του άρθρου 1 § 12 του ν. 2533/1997 παρέχει (καταρχήν) χαμηλότερο επίπεδο προστασίας από εκείνο της Οδηγίας 97/9/ΕΚ και κατά συνέπεια η ερμηνεία των εν λόγω διατάξεων του εθνικού δικαίου πρέπει να γίνει υπό το φως και το πρίσμα της τελευταίας αυτής Οδηγίας, ώστε να εξασφαλισθεί η αρχή της αποτελεσματικότητας του κοινοτικού δικαίου, η 97/9/ΕΚ Οδηγία του οποίου ρητώς καταλαμβάνει και προστατεύει και την κατάθεση κεφαλαίων προς επένδυση (σε αντιδιαστολή με την 93/22/ΕΟΚ Οδηγία, η οποία αναφέρεται μόνο σε τίτλους). Επομένως, κατ' ορθή ερμηνεία των διατάξεων του εσωτερικού δικαίου, η διαχείριση επενδυτικού κεφαλαίων πελατών δεν απαιτείται να έχει ως μόνο περιεχόμενο την παροχή επενδυτικών υπηρεσιών, οι οποίες θα έχουν ως αντικείμενο έναν ή περισσότερους από τους εν λόγω τίτλους, αλλά και την διαχείριση επενδυτικού χαρτοφυλακίου πελάτη που περιλαμβάνει χρήματα, που δόθηκαν με εντολή για επενδυτικές υπηρεσίες, ανεξάρτητα αν πραγματοποιήθηκαν κατά τον χρόνο ανάκλησης της άδειας λειτουργίας της χρηματιστηριακής εταιρείας, όταν και δημιουργείται η υποχρέωση του αναιρεσιβλήτου προς αποζημίωση. Αντίθετα και σε αρμονία, κατά τούτο, με την ως άνω Οδηγία δεν εμπίπτει στις καλυπτόμενες επενδυτικές υπηρεσίες (αυτές δηλ. για τις οποίες δημιουργείται υποχρέωση του αναιρεσιβλήτου προς αποζημίωση σε περίπτωση, μεταξύ άλλων, ανάκλησης της άδειας λειτουργίας ΕΠΕΥ) η διαχείριση επενδυτικού κεφαλαίου εντολέως που περιλαμβάνει μόνο χρήματα, την διαχείριση των οποίων αναλαμβάνει η Ε.Π.Ε.Υ, χωρίς όμως η διαχείριση αυτή να διαλαμβάνει την εντολή διενέργειας, για λογαριασμό του, συναλλαγής επί χρηματοπιστωτικών μέσων ή την παροχή επενδυτικών υπηρεσιών στον ίδιο τομέα, προϋπόθεση που τίθεται, άλλωστε, και με την ως άνω Οδηγία. Έτσι, δεν αρκεί για την υπαγωγή συγκεκριμένων κεφαλαίων

ων στις καλυπτόμενες επενδυτικές υπηρεσίες η απλή μνεία στην σχετική σύμβαση περί παροχής υπηρεσιών διαχείρισης χαρτοφυλακίου, χωρίς εντολή και για διαχείριση έχουσα ως περιεχόμενο, κατά τα ανωτέρω, συναλλαγή επί χρηματοπιστωτικών μέσων ή την παροχή επενδυτικών υπηρεσιών...]

Άρειος Πάγος (Α΄ 1 Τμήμα) Αριθμ. 689/2013

Προεδρεύων: **Β. Λυκούδης**, Αντιπρόεδρος ΑΠ

Εισηγητής: **Ι. Σίδερης**, Αρεοπαγίτης

Δικηγόροι: **Α. Ρούτσας – Γ. Κοντοσέας**

Πηλοιοκτησία, κυριότητα του πλοίου και εφοπλισμός. Διάκριση των εννοιών. Ελλείπει δήλωσης τρίτου περί εφοπλισμού, δημιουργείται μαχητό τεκμήριο ότι ο κύριος του πλοίου το εκμεταλλεύεται για ίδιο λογαριασμό. Έκταση της ευθύνης του εφοπλιστή και του κυρίου του πλοίου. Το γεγονός ότι ένας επιχειρηματίας διοχετεύει την επιχειρηματική του δραστηριότητα σε μια κεφαλαιουχική εταιρεία, δεν δικαιολογεί την ταύτιση του επιχειρηματία αυτού με την εταιρεία και τη μεταφορά στον ίδιο της ευθύνης που βαρύνει το νομικό πρόσωπο. Πότε κατ' εξαίρεση επιβάλλεται η άρση της ως άνω αυτοτέλειας του νομικού προσώπου. Έννομες συνέπειες της άρσης. Εισ ολόκληρον ευθύνη του νομικού προσώπου με τον κυρίαρχο μέτοχο. Πότε ειδικότερα συντρέχει κατάχρηση της νομικής προσωπικότητας εκ μέρους του κυρίαρχου μετόχου. Άμεση αντιπροσώπευση. Αρχή του εμφανούς.

Διατάξεις: ΚΙΝΔ 84, 105, 106 (ν. 3816/1959)· άρθρ. 47α § 2 κ.ν. 2190/1920· άρθρ. 43α ν. 3190/1955· άρθρ. 41 § 2 ν. 959/1979· Σ 5 § 1, 12 §§ 1 και 3, 25 § 1γ· ΑΚ 211, 212, 216, 281

[...]. Από το συνδυασμό των διατάξεων των άρθρων 84, 105 και 106 του Κώδικα Ιδιωτικού Ναυτικού Δικαίου (ν. 3816/1959) προκύπτει ότι γίνεται διάκριση των εννοιών πηλοιοκτησίας, κυριότητας του πλοίου και εφοπλισμού. Η πηλοιοκτησία υποδηλώνει σύμπτωση κυριότητας και εφοπλισμού, έτσι ώστε όταν τα δύο αυτά στοιχεία χωρίζονται να έχουμε αφενός μόνο κυριότητα και αφετέρου μόνο εφοπλισμό. Κατά δε τη διάταξη του άρθρου 105 ΚΙΝΔ «ο εκμεταλλευόμενος το πλοίο δι' εαυτών ανήκον εις άλλον (εφοπλιστής) οφείλει να δηλώσει τούτο εγγράφως από κοινού μετά του κυρίου του πλοίου εις την λιμενικήν αρχήν του τόπου της νοσηλογήσεως. Μη γενομένης τοιαύτης δηλώσεως ο κύριος του πλοίου τεκμαίρεται ότι εκμεταλλεύεται τούτο δι' εαυτών». Εκ της διατάξεως αυτής προκύπτει ότι η δήλωση του τρίτου περί εφοπλισμού του πλοίου παρ' αυτού που γίνεται στο λιμάνι νοσηλογήσεως του πλοίου από κοινού μετά του κυρίου του πλοίου αποσκοπεί στην προστασία των τρίτων συναλλησσομένων, αλλά εξυπηρετεί και τα έννομα συμφέροντα της ιδιοκτησίας του πλοίου, εν ελλείψει της οποίας (δηλώσεως) τίθεται μαχητό τεκμήριο, ήτοι τεκμαίρεται ότι ο κύριος του πλοίου εκμεταλλεύεται τούτο δι' ίδιον λογαριασμό, είναι δηλαδή πηλοιοκτήτης. Το τεκμήριο τούτο είναι μαχητό και επιτρέπεται ανταπόδειξη, ήτοι μπορεί ν' αποδειχθεί ότι ο τρίτος που δεν αναγγέλληκε στην ανωτέρω λιμενική αρχή είναι αυτός που εκμεταλλεύεται το πλοίο για δικό του λογαριασμό, δηλαδή είναι ο εφοπλιστής. Για τις απαιτήσεις από τον εφοπλισμό ευθύνεται απεριόριστα ο εφοπλιστής, ο δε κύριος του πλοίου ευθύνεται μόνο δια του συγκεκριμένου πλοίου και μέχρι της αξίας αυτού (πραγματοπαγής και περιορισμένης ευθύνης). Συνήθως μορφή ναυτιλιακής επιχειρηματικής δραστηριότητας είναι περαιτέρω και εκείνη που ο επιχειρηματί-

ας μη θέλοντας να διακινδυνεύσει απεριόριστα κεφάλαια, συνιστά σπουδαίως και όχι εικονικώς μία ή περισσότερες εταιρίες στην ημεδαπή ή αλλοδαπή, για την εκμετάλλευση για δικό τους λογαριασμό, είτε άμεσα, είτε με την ανάθεση της διαχείρισεως των πλοίων τους σε άλλη εταιρία που προϋπάρχει ή ιδρύεται για το λόγο αυτό και ενεργεί για λογαριασμό της. Τον έλεγχο της πηλοιοκτησίας, αλλά κατά κανόνα και της διαχείρισης εταιρίας, διατηρεί το ίδιο φυσικό ή νομικό πρόσωπο, που συμμετέχει συνήθως στη διοίκησή τους και το οποίο έτσι κερδοσκοπεί έμμεσα, ως αποκλειστικός μέτοχος, με την απόληψη κερδών και την οικονομική ανάπτυξη της πηλοιοκτησίας εταιρίας. Η επιχειρηματική αυτή δραστηριότητα δεν προσδίδει μόνη της την ιδιότητα και τις έννομες συνέπειες του εφοπλιστή, με την προεκτεινόμενη έννοια, στο φυσικό ή νομικό πρόσωπο επιχειρηματία, που όντας συνάμα και αποκλειστικός μέτοχος, ελέγχει ή διοικεί την πηλοιοκτησία ή και τη διαχειρίστρια. Στην περίπτωση αυτή ότι ακριβώς δεν θέλει να έχει και δεν έχει ο εν λόγω επιχειρηματίας είναι η βούληση της εκμετάλλευσης του πλοίου (άμεσα) για λογαριασμό του. Συνεπώς το γεγονός ότι ένας επιχειρηματίας διοχετεύει την επιχειρηματική του δραστηριότητα σε μια κεφαλαιουχική εταιρία ΑΕ (άρθρ. 47α παρ. 2 του Ν. 2190/1920) ή ΕΠΕ (άρθρ. 43α του Ν. 3190/1955) ή ναυτική εταιρεία (άρθρ. 41 παρ. 2 του Ν. 959/1979), οι οποίες προσφέρουν σ' αυτόν το πλεονέκτημα του περιορισμού του επιχειρηματικού κινδύνου μόνο στα κεφάλαια της εταιρίας, δεν δικαιολογεί την ταύτιση του επιχειρηματία αυτού με την εταιρία και τη μεταφορά στον ίδιο της ευθύνης που βαρύνει το νομικό πρόσωπο της εταιρίας, δοθέντος ότι τα πλεονεκτήματα αυτά δόθηκαν στην περίπτωση της ναυτικής εταιρίας σκόπιμα, ώστε τα ελληνοκά πλοία να προσέλθουν στην ελληνική σημαία και ότι χρησιμοποιεί τη νομική προσωπικότητα της εταιρίας ως «μηχανισμό απορρόφησης» των δυσμενών συνεπειών της επιχειρηματικής του δραστηριότητας. Διαφορετικά βέβαια έχει το ζήτημα αν αποδειχθεί ότι οι εταιρίες αυτές: 1) είναι εικονικές, 2) ή χρησιμοποιήθηκαν ως παρένθετο πρόσωπο, με την έννοια της κάλυψης υποκρυπτόμενου προσώπου και 3) ότι δεν έχουν αναπτύξει καθόλου συναλλακτική οργάνωση και δράση ή επιχειρηματική δραστηριότητα και ότι στην πραγματικότητα τη νομή του πλοίου και τη ναυτιλιακή επιχείρηση ασκεί ο ως άνω επιχειρηματίας για λογαριασμό του, πράγμα το οποίο συμβαίνει ιδίως, όταν συμβάλλεται στο δικό του όνομα και αναλαμβάνει προσωπικά και απεριόριστα τον επιχειρηματικό κίνδυνο. Από τις πιο πάνω τρεις διακριτές περιπτώσεις, η συνδρομή μεμονωμένα της δεύτερης, δηλαδή η άσκηση εμπορίας αφανώς από φυσικό πρόσωπο δια παρενθέτου νομικού προσώπου, χωρίς άλλο, ως αποδοκιμάζεται ως εμπορική πρακτική από την έννομη τάξη και αφετηριάζει μόνο τις έννομες συνέπειες: 1) της απόκτησης της εμπορικής ιδιότητας και από το κρυπτόμενο αφενός φυσικό πρόσωπο πίσω από το νομικό πρόσωπο που ενεργεί εμφανώς τις εμπορικές πράξεις και 2) την εις ολόκληρο ενοχή τόσο του φαινόμενου νομικού προσώπου σαν εμπόρου, όσο και του κρυπτόμενου πίσω από αυτό φυσικού προσώπου, για τις δημιουργούμενες από τη δράση του φαινόμενου εμπόρου ενοχές, χωρίς η καθιερούμενη αυτή εις ολόκληρο ενοχή να αποτελεί «επέκταση-μετακύλιση» των εννόμων συνεπειών του φαινόμενου νομικού προσώπου στο πλαίσιο «της παραχώρησης της νομικής προσωπικότητας» ή «της άρσης-κάμψης της αυτοτέλειας του νομικού προσώπου» ή «της άρσης του πέπλου-νομικού ενδύματος του φαινόμενου νομικού προσώπου» που θεμελιώνεται μόνον όταν μεσοβαθεί κατάχρηση της αυτοτελούς υπάρξεως του νομικού προσώπου με τη συνδρομή των στοιχείων που παρατίθενται κατωτέρω. Η άρση αυτή όμως της αυτοτέλειας του νομικού προσώπου προσωρινά και περιορισμένα δεν σημαίνει ταυτόχρονα και «κατάργηση» ή «άρση» της νομικής προσωπικότητας, με την έννοια ότι το εμφανές νομικό πρόσωπο ευθύνεται σε ολόκληρο με το κυρίαρχο μέλος-

μέτοχο του φυσικού προσώπου, αφού παρά την προσωρινή άρση-κάμψη της αυτοτέλειάς του, το νομικό πρόσωπο παραμένει οφειλέτης και αντισυμβαλλόμενος. Το γεγονός όμως ότι ένας επιχειρηματίας διοχετεύει την επιχειρηματική του δραστηριότητα σε μία κεφαλαιουχική εταιρεία, ανώνυμη ή ναυτική εταιρεία ή τοιαύτη περιορισμένης ευθύνης δεν δικαιολογεί αυτό καθ' εαυτό, όπως προαναφέρθηκε, την ταύτιση του επιχειρηματία αυτού με την εταιρεία και την μεταφορά στον ίδιο της ευθύνης που βαρύνει το νομικό πρόσωπο της εταιρείας. Για να υποστεί τις συνέπειες αυτές πρέπει να συντρέχουν, να προτείνονται και ν' αποδεικνύονται συγκεκριμένα περιστατικά, τα οποία να μαρτυρούν ότι έγινε κακή χρήση των εταιρικών τύπων, ακριβέστερα ότι έγινε κατάχρηση της νομικής προσωπικότητάς τους, ειδικότερα στην περίπτωση κατά την οποία η επίκληση αυτής και του χωρισμού που αυτή συνεπάγεται, παρίσταται είτε ως κατάχρηση της εταιρικής σχέσης ως θεσμού άσκησης επαγγελματικής-επιχειρηματικής δράσης στο πεδίο της εφαρμογής του Συνταγματικού Δικαίου (άρθρα 5 παρ. 1, 12 παρ. 1, 3 και 25 παρ. 1γ του Συντάγματος), είτε ως κατάχρηση δικαιώματος κατ' άρθρο 281 Α.Κ., με την έννοια ότι οι φερόμενες ως πράξεις της εταιρείας αποτελούν στην πραγματικότητα πράξεις του κυριάρχου μετόχου ή εταίρου της, οι οποίες σκοπίμως παραλλήλασσονται και αντιστρόφως οι πράξεις του φυσικού προσώπου συνεχονται προς την εταιρεία από την οποία αθεμίτως επιχειρούν ν' αποκοπούν. Ο κανόνας αυτός απορρέει από την θεωρία της παραμέρισης της νομικής προσωπικότητας ή άρσης της αυτοτέλειας του νομικού προσώπου ή ακόμη της ταύτισής του νομικού προσώπου με τον υποκείμενο οργανισμό του. Η θέση κατά μέρος της νομικής προσωπικότητας νομίμως συσταθέντος και λειτουργούντος νομικού προσώπου δεν δικαιολογείται μόνο από τη συγκέντρωση του συνόλου ή των περισσότερων μετόχων στο πρόσωπο ενός μετόχου ή από τη συμμετοχή μόνο τούτου στα όργανα της εταιρείας και την εντεύθεν καθοριστική συμβολή του στη λήψη των εταιρικών αποφάσεων. Επίσης, δεν δικαιολογείται μόνο από την ταύτιση των συμφερόντων της εταιρείας προς τα αυτά του κυρίου μετόχου ή από τη συστηματική παροχή εγγυήσεων του προσώπου αυτού για λογαριασμό της εταιρείας ή τέλησ από την εμφάνιση τούτου ως του ουσιαστικού φορέα της επιχείρησης. Η κατάχρηση της νομικής προσωπικότητας υπάρχει όταν ο κυριάρχος εταίρος χρησιμοποιεί την νομική προσωπικότητα για να καταστρατηγήσει το νόμο ή για να προκαλέσει δολίως ζημία σε τρίτο δανειστή ή για να αποφύγει την εκπλήρωση των υποχρεώσεών του. Ενδεικτικά κριτήρια τέτοιας κατάχρησης αποτελούν η ανεπαρκής χρηματοδότηση της εταιρείας σε αντίθεση με προηγούμενη συμπεριφορά του, η σύγχυση της νομικής και εταιρικής περιουσίας, ή αποφυγή παροχής εγγυήσεων του κυρίου ή μοναδικού μετόχου υπέρ του νομικού προσώπου παρά την προηγούμενη αντίθετη πρακτική του. Αλλά και η ταύτιση των συμφερόντων νομικού και φυσικού προσώπου, η κυρίαρχη θέση του φυσικού προσώπου στην εταιρεία, την οποία επιβεβαιώνει ο ίδιος με αντίστοιχη δηλωτική συμπεριφορά του, όταν συντρέχουν και με τα προαναφερθέντα ειδικά αντικειμενικά και υποκειμενικά κριτήρια, θεμελιώνουν κατάχρηση του θεσμού της νομικής προσωπικότητας, εάν ο κυριάρχος εταίρος χρησιμοποιεί τη νομική προσωπικότητα για να καταστρατηγήσει το νόμο και να προκαλέσει δολίως ζημία σε τρίτους δανειστές του, με την αποφυγή εκπλήρωσης έναντι εκείνων των κατ' ουσίαν ατομικών υποχρεώσεών του, ιδιαίτερα όταν οι αντισυμβαλλόμενοι δανειστές οδηγήθηκαν στη συγκεκριμένη συναλλαγή εξαιτίας της εμφανιζόμενης σ' αυτούς κατάστασης, στην οποία δεν θα προέβαιαν αν γνώριζαν την πραγματικότητα και την πρόθεση καταστρατήγησης του κυριάρχου μετόχου (Α.Π 11/2009). Εξάλλου από τις διατάξεις των ων άρθρων 211, 212, 216 ΑΚ, που εφαρμόζονται και στις εμπορικές σχέσεις, συνάγεται ότι για την προστασία του συμφέροντος του τρίτου και την ασφάλεια των

συναλλαγών πρέπει, προκειμένου η δήλωση βουλήσεως να ενεργήσει υπέρ και κατά του αντιπροσωπευμένου, ο αντιπρόσωπος να αποκαλύπτει κατά τρόπο έκδηλο προς εκείνο, προς τον οποίο γίνεται η δήλωση, ότι η ενέργεια της δικαιοπραξίας θα επέλθει ευθέως στο πρόσωπο του αντιπροσωπευμένου. Απαιτείται, δηλαδή, να προκύπτει σαφώς ότι η επιχειρούμενη δικαιοπραξία είναι δικαιοπραξία του αντιπροσωπευμένου, διότι ο νόμος αποδέχεται για την άμεση αντιπροσώπηση την αρχή του εμφανούς συναλληλασόμενου. Η κατά τον τρόπο αυτό φανερή δήλωση στο όνομα άλλου υπάρχει όχι μόνο όταν ρητώς δηλώνει ο αντιπρόσωπος ότι ενεργεί για τον αντιπροσωπευόμενο, αλλά και όταν από όλες τις περιστάσεις προκύπτει ότι η δήλωση του αντιπρόσωπου έγινε στο όνομα του αντιπροσωπευμένου. [...] Στην προκειμένη περίπτωση το Εφετείο με την προσβαλλομένη απόφασή του δέχθηκε ανελέγκτως τα ακόλουθα πραγματικά περιστατικά: «Η πρώτη των εναγομένων τυγχάνει αλληλοδαπή εταιρεία, συνεστήθη κατά τον τύπον τον οριζόμενον υπό του δικαίου της ... και είχε την καταστατική της έδρα στην ... διετρήει δε γραφείο εν Ελλάδι συμφώνως προς τον Α.Ν. 89/1967, ως τροποποιηθείς ισχύει, και δη εν Πειραιεί επί της οδού ... αριθ. ..., ενώ νόμιμος εκπρόσωπος της ετύχχανε κατά το επίδοκο χρονικό διάστημα ο Ν. Μ. Αύτη ετύχχανε διαχειρίστρια του υπό σημαίαν ... και ... πλοίου ... πλοιοκτησίας της ανηκούσης εις τον αυτόν επιχειρηματικόν Όμιλον πρώτης των εναγομένων, συνεστημένης ομοίως κατά το δίκαιον της Περὶ τα μέσα Ιανουαρίου 2005 απεφασίσθη η εκτέλεση επισκευαστικών εργασιών στο ανωτέρω πλοίο, ως και η εγκατάσταση δύο συστημάτων σχετικώς προς την ασφάλεια τούτου, ήτοι α) σύστημα προειδοποιήσεως εισόδου υδάτων στα κύπη και το πρωραίο στεγανό το πλοίου (WATER INGRESS ALARM SYSTEM) και β) σύστημα ελέγχου απαντήσεως υδάτων (Dewatering Control System) Η πρώτη των εναγομένων, ενεργήσασα υπό την ιδιότητα της ως διαχειρίστριας του πλοίου εξήτησε και έλαβε σχετικές προσφορές δια την ως άνω εκτέλεση επισκευαστικών εργασιών και εγκατάσταση συστημάτων από τεχνικές εταιρείες, ενώ δια την εγκατάσταση των ως άνω συστημάτων επελέγη η προσφορά του ενάγοντος-υην εφεσίβητου, ηλεκτρολόγου, ασκούντος την επαγγελματική του δραστηριότητα δι' ατομικής επιχείρησεως υπό τον τίτλον Ο τελευταίος δια της από 3.2.2005 εγγράφου προσφοράς του υποβλήθεισης προς την ως άνω διαχειρίστρια του πλοίου υπέβαλε τους οικονομικούς και λοιπούς όρους υπό τους οποίους ανέλαμβανε την εκτέλεση του έργου, προσδιορίσας το συνολικόν κόστος εις 12.450 ευρώ, πλέον αμοιβής δι' απασχόληση 10 τεχνικών ημερησίως επί ενδεκάωρο προς 25 ευρώ ανά ώρα εργασίας. Δια του από 15.3.2005 εγγράφου της (τηλεομοιοτυπικού μηνύματος) η ως άνω διαχειρίστρια, ενεργούσα ως αντιπρόσωπος δια ρητῆς προς τούτο αναφοράς εις το έγγραφο (As agents only) επεβεβαίωσε και απεδέχθη την ως άνω προσφορά του ενάγοντος (βλ. προσκ. έγγραφο με νόμιμον αποσπασμ. μετάφραση). Την 26.3.2005 το ανωτέρω πλοίο κατέπλευσε εις λιμένα ..., ένθα εδεξαμενίσθη, ο δε ενάγων ανέλαβε την εκτέλεση του έργου. Κατόπιν διενεργηθείσης επιθεωρήσεως διεπιστώθη η ανάγκη επισκευών και στο σύστημα κινήσεων της κυρίας μηχανής (...) το αποκαλούμενο «πνευματικόν». Η από 31.3.2005 υποβλήθεισα προσφορά του ενάγοντος προς την ως άνω διαχειρίστρια εγένετο αποδεκτή και ο ειρημένος ανέλαβε να προμηθεύση το πλοίο δια των απαιτουμένων ανταλλακτικών, συνολικής αξίας 2.425 ευρώ. Την 7.4.2005 το ως άνω πλοίο κατέπλευσε στην επισκευαστική βάση ..., ενώ ο ενάγων υπέβαλε την από 20.5.2005 έγγραφο προσφορά δια την τοποθέτηση των προστατευτικών καλυμμάτων και της καταδυομένων αντλίας, η οποία εγένετο αποδεκτή. Την 17.5.2005 η πρώτη των εναγομένων απέστειλε προς τον ενάγοντα επιστολή υπό την ρητήν αναφορά ότι ενεργεί ως αντιπρόσωπος (As agent only) δια της οποίας προέβαλε αιτιάσεις λόγω μη λειτουργίας

του «πνευματικού» συστήματος της κυρίας μηχανής (βλ. προσκ. ως άνω έγγραφο και νόμιμον αποσπασμ. μετάφραση). Την 27.5.2005 απεστάλη υπό του ενάγοντος το από 11.5.2005 τηλεομοιοτυπικό μήνυμα δια του οποίου υπεβλήθη εκ μέρους τούτου Γενικός Λογαριασμός σχετικός με τα εργατικά και την προμήθεια υλικών στο ... συνολικού ύψους 42.895 ευρώ. Εν τω μεταξύ την 19.4.05 είχε παραδοθή στον ενάγοντα έναντι της προς τούτον οφειλομένης αμοιβής τραπεζική επιταγή, εκδόσεως της δευτέρας των εναγομένων, ποσού 20.000 ευρώ, φέρουσα ημερομηνία εκδόσεως την 19.6.2005 και πληρωτέα παρά τη Εκ του ως άνω αποδεικτικού υλικού προκύπτει ότι κατά την ένδικον συναλλαγή, της τοιαύτης δηλονότι ενεργείας επισκευαστικών ηλεκτρολογικών εργασιών υπό του ενάγοντος δια της διαθέσεως εργατοτεχνικού προσωπικού και προμηθείας των εκάστοτε απαιτούμενων ανταλλακτικών, η πρώτη των εναγομένων συνεβλήθη υπό την ιδιότητά της ως διαχειρίστρια του πλοίου επ' ονόματι και δια λογαριασμόν της δευτέρας των εναγομένων ως πλοιοκτήτριας τούτου. Την ιδιότητα ως αντιπροσώπου ρητώς και εγγράφως εδήλωσε η πρώτη των εναγομένων (δια της αναγραφής «as agent only», όρου χρησιμοποιούμενου στη διεθνή ναυτιλιακή πρακτική και αναφερομένου στην έννοιαν του αντιπροσώπου (agent) κατά το Αγγλικό δίκαιο) εις αμφοτέρω τα έγγραφα (τηλεομοιοτυπίες) τα οποία απέστειλε προς τον ενάγοντα, ο οποίος εδραστηριοποιείτο επαγγελματικώς στον ναυτιλιακό χώρο, εντεύθεν κρίνεται ότι γνώριζε τα της λειτουργίας των ναυτιλιακών επιχειρήσεων, ώστε δεν καταλείπεται αμφιβολία περί της γνώσεως τούτου ως προς την ιδιότητα υπό την οποία ενήργησε η αντισυμβαλλομένη του. Εξ άλλου, η πληρωμή μέρους της αμοιβής κατεβλήθη εις τον ενάγοντα δια τραπεζικής επιταγής, εκδοθείσης, ως προαναφέρθη, υπό της δευτέρας των εναγομένων. Πράγματι, δεν απεδείχθη ότι η πρώτη των εναγομένων ήσκει τον εφοπλισμόν του πλοίου και ότι η επίδικος συναλλαγή διενεργήθη εντός των πλαισίων της τοιαύτης δραστηριότητος, ως αβασίμως ισχυρίζεται ο ενάγων. Εξ ουδενός αποδεικτικού στοιχείου προέκυψε ότι η πρώτη των εναγομένων εξεμεταλλεύετο το πλοίο ασκούσα την ναυτιλιακή επιχείρησιν δι' ίδιον αυτής λογαριασμόν. Η εκμετάλλευσιν τούτου εγένετο υπό της δευτέρας των εναγομένων ιδίω ονόματι δια των οργάνων της ή των αντιπροσώπων της, ως η διαχειρίστρια πρώτη των εναγομένων. Η ειρημένη, ως πλοιοκτήτρια συνεβλήθη στο από 17.9.2004 ναυλοσύμφωνο δια του οποίου χρονοεξανούησε το ανωτέρω πλοίο δια χρονική περίοδο 24 μηνών. Η ανωτέρω εξενεχθείσα κρίση δεν δύναται ν' ανατραπή εκ των υπό του εκκαλούντος-ενάγοντος προσκομιζομένων υπ' αριθ. 360, 361, 362, 363, 381/2005 τιμολογίων, τα οποία εξεδόθησαν υπό της εταιρείας «...» επ' ονόματι της πρώτης των εναγομένων, εφ' όσον ταύτα να μεν αναφέρονται σε επισκευαστικές εργασίες του πλοίου κατά την ανωτέρω χρονική περίοδο, αλλήλ δεν αφορούν την επίδικον συναλλαγή. Εκ των προαναφερθέντων συνέπεται ότι η πρώτη των εναγομένων δεν εκέκτισε την υπό του ενάγοντος αποδοιδομένην εις ταύτην ιδιότητα της εφοπλιστριας του πλοίου ... και εργοδότης της εν λόγω συμβάσεως έργου, εντεύθεν δεν ευθύνεται αύτη δια την ικανοποίηση των επίδικων αξιώσεων. Τούτοις επομένως, έδει όπως γίνη δεκτή η νομοτύπως κατά τον πρώτον βαθμό υποβληθείσα, νόμιμος κατ άρθρ. 211, ένσταση της πρώτης των εναγομένων περί συνάψεως της επίδικου συναλλαγής υπό την ιδιότητα της ως αντιπροσώπου, και απορριφθή κατ' ουσίαν η αγωγή ως προς την διάδικον ταύτην. Ούτως αποφηνάμενον το πρωτοβάθμιον Δικαστήριον και απόρριψαν την ένδικον αγωγήν ορθώς εξετίμησε τις αποδείξεις, τα δε αντιθέτως υποστηριζόμενα υπό του εκκαλούντος στον πέμπτον λόγον της εφέσεώς του, δια του οποίου προσβάλλεται η εκκαλούμενη λόγω εσφαλημένης εκτιμήσεως των αποδείξεων. Μετά την ως άνω κρίση περί μη υπάρξεως ευθύνης της πρώτης των εναγομένων υπό την αποδοθείσαν αυτή δια της αγωγής ιδιότητα

και την απόρριψη της αγωγής ως προς ταύτην δεν δύναται να θεμελιωθή ευθύνη της δευτέρας των εναγομένων ως κυρίας του πλοίου. Τούτο δε διότι δεν απεδείχθη ύπαρξη απαιτήσεων εκ του εφοπλισμού, δηλονότι η υπό του νόμου απαιτούμενη προϋπόθεση, συμφώνως και προς τα εκτεθέντα στην μείζονα σκέψη. Λεκτέον, ενταύθα, ότι εκ του ως άνω αποδεικθέντος γεγονότος, ότι δηλαδή η δευτέρα των εναγομένων δεν ετύγχανε κυρία του πλοίου, ευθυνόμενη δια της εκ του εφοπλισμού απαιτήσεως, ως ηζιώνετο δια της αγωγής, αλλήλ πλοιοκτήτρια, δεν δύναται να θεμελιωθή εις βάρος ταύτης ευθύνη προς εκπλήρωσιν των εκ επίδικου συμβάσεως έργου υποχρεώσεων –δι' ισχυρισμού ότι στο μείζον (πλοιοκτησία) περιέχεται και το έλλασσον (κυριότητα)– εφ' όσον ως βάση της αγωγικής αξιώσεως κατά της διαδίκου ταύτης δεν ήτο η σύμβαση έργου αλλήλ η επίκληση της εκ του νόμου προβλεπομένης «πραγματοπαγούς» ευθύνης, εκούσης ενοχική φύση. Μία τοιαύτη παραδοχή θα αποτελούσε νομικό σφάλμα, εφ' όσον θα ελάμβανε υπ' όψιν πράγματα, μη προαθέντα, θα μετέφερε δηλονότι στην δευτέρα των εναγομένων τις εκ της συμβάσεως έργου υποχρεώσεις, ενώ κατά τα εκτιθέμενα στην αγωγή, και κατά τα ως άνω κριθέντα δεν ήτο συμβαλλόμενη. Κατ' ακολουθίαν των ανωτέρω η αγωγή, ως προς την δευτέρα των εναγομένων δέον όπως απορριφθή ως κατ' ουσίαν αβάσιμος ...». Έτσι που έκρινε το Εφετείο, ως προς την απόρριψη της αγωγής ορθώς ερμήνευσε και εφάρμοσε τις ως άνω ουσιαστικού δικαίου διατάξεις, ως και τις διατάξεις των άρθρων 211, 212, 216 Α.Κ. των και 84, 105 και 106 του ΚΙΝΔ, διέλαβε δε περαιτέρω επαρκείς και σαφείς αιτιολογίες, ως προς τα ουσιώδη ως άνω ζητήματα και την ανυπαρξία ευθύνης εκ της καταρτίσεως της ενδίκου συμβάσεως μισθώσεως έργου της πρώτης μεν των εναγομένων, για το λόγω ότι αυτή ενήργησε ως αντιπρόσωπος της δεύτερης εναγομένης και όχι ως εφοπλιστρια του ως άνω πλοίου, της δε δεύτερης εξ αυτών, λόγω της ανυπαρξίας εφοπλιστικού χρέους και εφοπλιστρίας και της εναγωγής αυτής ως κυρίας, και όχι ως πλοιοκτητρίας, του πλοίου. Επομένως, τα όσα αντίθετα υποστηρίζει ο αναιρεσείων με τους πρώτον, δεύτερον, τρίτον, τέταρτον και πέμπτον λόγους της αιτήσεως αναιρέσεως, με τους οποίους αποδίδεται στην προσβαλλόμενη απόφαση η πλημμέλεια από τους αριθ. 1 και 19 του άρθρ. 559 του Κ.Πολ.Δ κρίνονται αβάσιμα και απορριπτέα, όπως και οι λόγοι αναιρέσεως, η δε προτεινομένη με τους ως άνω λόγους αναιρέσεως αιτίαση περί εσφαλημένης εφαρμογής του άρθρου 281 Α.Κ., σχετικά με το ότι έγινε κατάχρηση των εταιρικών τύπων είτε ως κατάχρηση της εταιρικής σχέσης είτε ως κατάχρηση δικαιώματος κατ' άρθρο 281 Α.Κ., με την έννοια ότι οι φερόμενες ως πράξεις των εταιρειών αποτελούν στην πραγματικότητα πράξεις του κυριάρχου μετόχου ή εταιρού τους, προτείνεται απαράδεκτως, κατά το άρθρο 562 παρ. 2 ΚΠολ.Δ., κατ' όσον στο δικαστήριο της ουσίας δεν προτάθηκαν από τον αναιρεσείοντα συγκεκριμένα περιστατικά, τα οποία είναι απαραίτητα, κατά τα ανωτέρω, να εκτίθενται για τη θεμελίωση του στηριζομένου στο άρθρο 281 Α.Κ. ισχυρισμού. Κατ' ακολουθίαν των ανωτέρω πρέπει να απορριφθή η αίτηση αναιρέσεως εξ ολοκλήρου...]

ΑΣΦΑΛΙΣΤΙΚΟ ΔΙΚΑΙΟ

Άρειος Πάγος (Δ' Τμήμα) Αριθμ. 677/2013

Προεδρεύων: Γ. Γιαννούλης, Αντιπρόεδρος ΑΠ
Εισηγήτρια: Δ. Υφαντή, Αρεοπαγίτης
Δικηγόροι: Μ. Λαγού – Ν. Ζέρβας

**Ασφάλιση αστικής ευθύνης από αυτοκινητικά ατυχήματα.
Έκταση υποχρέωσης (βάρους) του αντισυμβαλλομένου να**

γνωστοποιήσει στον ασφαλιστή στοιχεία κρίσιμα για την αναδοχή των κινδύνων και τα καταβλητέα ασφαλιστήρια. Συνέπειες παράβασης της ως άνω υποχρέωσης. Η παράλειψη γνωστοποίησης, όταν οφείλεται σε δόλο ή βαριά αμέλεια του αντισυμβαλλομένου, θεμελιώνει ευθύνη του προς αποζημίωση, εφόσον υφίσταται αιτιώδης συνάφεια μεταξύ της παράβασης του ασφαλιστικού βάρους και της ζημίας του ασφαλιστή. Έκταση καταβλητέας αποζημίωσης. Στοιχεία της βάσης της σχετικής αγωγής του ασφαλιστή. Πότε κατ' εξαίρεση δεν απαιτείται η επίκληση αιτιώδους συνάφειας.

Διατάξεις: άρθρ. 11 § 1 ν. 489/1976· άρθρ. 12, 25, 26 της Κ4/585/1978 ΑΥΕ· ΑΚ 281, 361· άρθρ. 1, 2 ν. 2496/1997

[...Εξάλλου σύμφωνα με το άρθρο 11 παρ. 1 Ν. 489/76 «Ο ασφαλιστής δεν δύναται να αντιτάξει κατά του ζημιωθέντος προσώπου ασκούντος την κατ' άρθρο 10 παρ. 1 αξίωση ενστάσεις απορρέουσες εκ της ασφαλιστικής σύμβασης, επιφυλλισσόμενου αυτό του δικαιώματος αγωγής κατά του ασφαλισμένου, του αντισυμβαλλομένου και του οδηγού». Το κατά τα ανωτέρω δικαίωμα αναγωγής της ασφαλιστικής εταιρείας θεμελιώνουν οι γενικές και ειδικές εξαιρέσεις από την ασφαλιστική κάλυψη, που προβλέπονται στις διατάξεις των άρθρων 12, 25 και 26 της Κ4/585/1978 ΑΥΕ που κατά το χρόνο της ισχύος τους μπορούσαν να καταστούν περιεχόμενο της ασφαλιστικής συμβάσεως με τη ρητή παραπομπή σ' αυτές με όρο του ασφαλιστηρίου. Ειδικότερα, ορίζεται στο άρθρο 12 παρ. 2, 3, 4 της Κ4/585/1978 ΑΥΕ (ΦΕΚ 795, τ. ΑΕ και ΕΠΕ) ότι κατά τη σύναψη της ασφαλιστικής σύμβασης ο αντισυμβαλλόμενος υποχρεούται να γνωστοποιεί στον ασφαλιστή τα στοιχεία του κυρίου ή κατόχου του οχήματος και να γνωρίζει σ' αυτόν κάθε αιτούμενο στοιχείο ή περιστατικό, που μπορεί να έχει επίδραση στην αναδοχή των κινδύνων και των καταβλητέων ασφαλιστηρίων. Όσο δε διαρκεί η σύμβαση, ο αντισυμβαλλόμενος και οι ασφαλισμένοι υποχρεούνται να γνωστοποιούν στον ασφαλιστή, μέσα σε τρεις εργάσιμες ημέρες αφότου έλαβαν γνώση, κάθε μεταβολή των στοιχείων της παρ. 2 του παρόντος άρθρου, όπως και κάθε περιστατικό, που μπορεί να μεταβληθεί ή να επιτείνει τον κίνδυνο, καθώς και κάθε μεταβολή της κυριότητας ή κατοχής του οχήματος. Η επαύξηση του κινδύνου αναφέρεται στον ασφαλισμένο κίνδυνο. Σε περίπτωση δε παράβασης των παραπάνω ασφαλιστικών βαρών από δόλο ή βαριά αμέλεια του αντισυμβαλλομένου ή κάποιου από τους ασφαλισμένους, αυτός υποχρεούται να αποκαταστήσει οποιοδήποτε ποσό αποζημίωσης και εξόδων, στα οποία ήθελε υποβληθεί ο ασφαλιστής απ' αυτή την παράβαση. Η επίταση δε αυτή του κινδύνου, που αναφέρεται στον ασφαλισμένο κίνδυνο, πρέπει να έχει διάρκεια και να μην είναι παροδική. Η παράβαση αυτή των ασφαλιστικών βαρών δεν επάγει αυτόματα τη λύση της ασφαλιστικής σύμβασης ή δικαίωμα καταγγελίας από τον ασφαλιστή, αλλά καθιερώνει μόνο υποχρέωση αποζημίωσης του ασφαλιστή μόνο αν η παράβαση οφείλεται σε δόλο ή βαρεία αμέλεια του αντισυμβαλλομένου ή των ασφαλισμένων. Είλαφρά αμέλεια δεν αρκεί. Περιεχόμενο της αποζημιώσεως είναι η αποκατάσταση κάθε ζημίας και των εξόδων στα οποία ήθελε υποβληθεί ο ασφαλιστής από την παράβαση αυτή. Ο ασφαλιστής οφείλει στην κατά του ασφαλισμένου αγωγή να επικαλεστεί την παράβαση του ασφαλιστικού βάρους, ότι αυτή προέρχεται από τον αντισυμβαλλομένο ή τον ασφαλισμένο, τη ζημία του και την αιτιώδη συνάφεια μεταξύ της παραβάσεως του ασφαλιστικού βάρους και της ζημίας. Όλα τα παραπάνω στοιχεία συνιστούν την ιστορική βάση της αγωγής. Ο ασφαλιστής δικαιούται ν' απαιτήσει αποζημίωση προς αποκατάσταση της ζημίας η οποία προκαλείται από την παράβαση του ασφαλιστικού βάρους. Αυτό σημαίνει ότι πρέπει να υπάρχει αιτιώδης συνάφεια μεταξύ της παραβάσεως του ασφαλιστικού βάρους

και της ζημίας του ασφαλιστή. Η αιτιώδης αυτή συνάφεια είναι απαραίτητη προϋπόθεση για την πληρότητα του δικογράφου της αγωγής και ακολούθως την ουσιαστική βασιμότητά της. Επομένως σε περίπτωση παράβασης ασφαλιστικού βάρους κατά την έννοια του άρθρου 12 της πιο πάνω Υπουργικής Αποφάσεως για να συντρέξει αιτιώδης συνάφεια πρέπει ο ασφαλιστής να ισχυριστεί και αποδείξει ότι το ατύχημα οφείλεται ακριβώς στην παράβαση αυτή. Περαιτέρω, με τα άρθρα 25 και 26 της ίδιας Υπουργικής Αποφάσεως προβλεπόταν 17 περιπτώσεις και 5 περιπτώσεις, αντίστοιχα, με την έννοια των γενικών και ειδικών αντίστοιχα εξαιρέσεων από την ασφαλιστική κάλυψη, που συγκροτούν συγχρόνως και παράβαση ασφαλιστικών βαρών, η οποία με την επέλευσή της θεμελιώνει την απαίτηση της ασφαλιστικής εταιρείας συμβατικά ανεξάρτητα από την ύπαρξη αιτιώδους συνάφειας μεταξύ της παράβασης του ασφαλιστικού βάρους και της ζημίας και υπαιτιότητας στο πρόσωπο του ασφαλισμένου κατά την παράβαση του ασφαλιστικού βάρους, εκτός εάν η επίκληση του λόγου απαίτησης εκ μέρους της ασφαλιστικής εταιρείας αποκρούεται από τον ασφαλισμένο με την ένσταση από τη διάταξη του άρθρου 281 ΑΚ. Τέλος, τα συμβαλλόμενα μέρη μπορούν, στα πλαίσια του άρθρου 1 και 2 του Ν. 2496/97, της ελευθερίας των συμβάσεων και του άρθρου 361 ΑΚ, να συμφωνήσουν και άλλους προσθετούς όρους (εξαιρέσεις από την ασφαλιστική κάλυψη), πέραν των προβλεπόμενων από την παραπάνω ΑΥΕ, όπως τον αποκλεισμό της ευθύνης του ασφαλιστή σε περίπτωση πρόκλησης ατυχήματος από οδηγό ηλικίας κάτω των 23 ετών, χωρίς να έχει δηλωθεί η ηλικία στην ασφαλιστική εταιρία και να έχει καταβληθεί επασφάλιστρο. Ο εν λόγω όρος αποτελεί εξαίρεση από την ασφαλιστική κάλυψη και όχι παράβαση ασφαλιστικού βάρους, όπως κατά τα προαναφερθέντα λεπτομερώς περιέχονται στο άρθρο 12 της ως άνω Α.Υ.Ε., και θεμελιώνει δικαίωμα αναγωγής του ασφαλιστή, με διαφορετικές προϋποθέσεις αναγωγής, απ' ότι στην περίπτωση αποζημίωσης λόγω παράβασης ασφαλιστικού βάρους, καθώς στις περιπτώσεις εξαιρέσεων από την ασφαλιστική κάλυψη δεν απαιτείται να αναγράφεται στο δικόγραφο, ούτε και ερευνείται η ύπαρξη αιτιώδους συνάφειας μεταξύ της παραβάσεως και του επελθόντος ατυχήματος, όπως συμβαίνει στις περιπτώσεις των ασφαλιστικών βαρών, όπου απαιτείται αιτιώδης συνάφεια μεταξύ της παραβάσεως του ασφαλιστικού βάρους και της ζημίας.

Στην προκειμένη περίπτωση με την από 25-8-2006 παρεμπόδιση αγωγή η παρεμπιπτόντως ενάγουσα ασφαλιστική εταιρεία και ήδη αναιρεσείουσα εκθέτει ότι εναντίον της ασκήθηκε η από 29-12-2005 κυρία αγωγή, το περιεχόμενο της οποίας παραθέτει ενσωματωμένο και ότι ο πρώτος ενάγοντος οδηγός του ασφαλισμένου σ' αυτή οχήματος, ήταν κατά τον χρόνο του ατυχήματος είκοσι ετών, ήτοι νεότερος των είκοσι τριών ετών, χωρίς όμως να έχει δηλωθεί η ηλικία του σ' αυτή και να έχει καταβληθεί επασφάλιστρο, με αποτέλεσμα το ένδικο ατύχημα να εμπίπτει στις εξαιρέσεις της ασφαλιστικής κάλυψης, σύμφωνα με τον αναφερόμενο στην παρεμπόδιση αγωγή όρο, που περιλαμβάνεται στους γενικούς όρους που αποτελούν συμβατικούς όρους του υπ' αριθμ. 1190794220/2005 ασφαλιστηρίου συμβολαίου, το οποίο παρέλαβαν οι δεύτερος και τρίτη των εναγόντων, χωρίς να εναντιωθούν. Με βάση τα παραπάνω ζήτησε μετά από παραδεκτό περιορισμό του αιτήματος από καταψηφιστικό σε αναγνωριστικό, ν' αναγνωριστεί ότι οι παρεμπιπτόντως εναγόμενοι οφείλουν να της καταβάλουν, εις ολόκληρον ο καθένας, το 50% του ποσού που θα υποχρεωθεί να καταβάλει στους ενάγοντες της κυρίας αγωγής, σε περίπτωση που αυτή γίνει δεκτή, με το νόμιμο τόκο από την επίδοση της παρεμπόδισης αγωγής, αλλιώς από την επομένη της καταβολής. Επικουρικώς δε ζήτησε την καταβολή του ως άνω ποσού, επικαλούμενη ότι η εκ μέρους της πληρωμή, παρότι αυτή εξαιρείται της ασφαλιστικής σύμβασης, θα έχει ως αποτέλεσμα να

καταστούν πλουσιότεροι οι παρεμπιπτόντως εναγόμενοι σε βάρος της, χωρίς νόμιμη αιτία, καθόσον απέφυγαν την πληρωμή. Το Πρωτοβάθμιο Δικαστήριο με την υπ' αριθ. 205/2007 απόφασή του απέρριψε την παρεμπιπτούσα αυτή αγωγή ως αβάσιμη κατ' ουσία, γιατί δέχτηκε ότι δεν είχε συμφωνηθεί μεταξύ των μερών η προαναφερθείσα εξαίρεση που στήριζε την απαίτησή της αναιρεσεύουσας και την παρεμπιπτούσα αγωγή της. Το Εφετείο κρίνοντας επί εφέσεως της αναιρεσεύουσας παρεμπιπτόντως ενάγουσας δέχθηκε τ' ακόλουθα: «Στην προκειμένη περίπτωση, η παρεμπιπτόντως ενάγουσα ασφαλιστική εταιρεία δεν αναφέρει στην παρεμπιπτούσα αγωγή της, όπως θα έπρεπε, κατά τα προαναφερόμενα στη μείζονα σκέψη, ότι υπάρχει αιτιώδης συνάφεια μεταξύ της παραβάσεως του ασφαλιστικού βάρους και της ζημίας της και συγκεκριμένα ότι το επίδικο ατύχημα οφείλεται ακριβώς στην παράβαση του ασφαλιστικού βάρους, που επικαλείται ότι υπέπεσαν οι ασφαλισμένοι σ' αυτήν παρεμπιπτόντως εναγόμενοι και συγκεκριμένα στο γεγονός ότι ο οδηγός του ζημιογόνου οχήματος, πρώτος παρεμπιπτόντως εναγόμενος, ήταν κάτω των 23 ετών. Κατόπιν αυτών η παρεμπιπτούσα αγωγή είναι προεχόντως απορριπτέα ως απαράδεκτη λόγω αοριστίας. Η εκκαλούμενη απόφαση, που έκρινε ότι η παρεμπιπτούσα αγωγή είναι ορισμένη και κατόπιν τούτου προχώρησε στην έρευνα της ουσίας της και απέρριψε αυτήν ως ουσία αβάσιμη, εσφαλμένως εφάρμοσε το νόμο και πρέπει, κατ' αυτεπάγγελτη έρευνα του δικαστηρίου τούτου και δεδομένου ότι δεν καθίσταται χειρότερη η θέση της εκκαλούσας-ενάγουσας να εξαφανιστεί ως προς το μέρος της αυτό και στη συνέχεια ν' απορριφθεί η παρεμπιπτούσα αγωγή, κατά την κυρία βάση της προεχόντως ως αόριστη. Εξάλλου, όπως προαναφέρθηκε, η παρεμπιπτούσα αγωγή απορρίφθηκε ως προς την επικουρική βάση της ως μη νόμιμη, ως προς το μέρος της δε αυτό δεν προσβάλλεται η εκκαλούμενη με ειδικό λόγο έφεσης της εκκαλούσας ασφαλιστικής εταιρείας». Έτσι που έκρινε το Εφετείο κατά παράβαση της δικονομικού δικαίου διατάξεως του άρθρου 216 ΚΠολΔ κήρυξε απαράδεκτο, αλλιά και παρέλιψε να λάβει υπόψη του τα αναφερόμενα στην ένδικη παρεμπιπτούσα αγωγή περιστατικά που απέκλειαν την ασφαλιστική κάλυψη για το συγκεκριμένο λόγο της συμβατικής εξαίρεσεως, που ρητά είχε συμφωνηθεί κατά τα εκτιθέμενα μεταξύ των μερών ως εξαίρεση από την ασφαλιστική σύμβαση, όχι με την έννοια του ασφαλιστικού βάρους από το άρθρο 12 της πιο πάνω Υπουργικής αποφάσεως, επί πλέον δε αξίωσε για τη θεμελίωση του δικαιώματος αναγωγής της αναιρεσεύουσας περισσότερα στοιχεία από εκείνα που απαιτούν οι διατάξεις των άρθρων 11 παρ. 1 του ν. 489/1986, 1 και 2 του ν. 2496/1997 και 361 του Α.Κ. Επομένως, τα όσα συναφώς υποστηρίζει η αναιρεσεύουσα με το δεύτερο λόγο της αίτησης αναιρέσεως υπό την επίκληση πλημμελειών από τους αριθμούς 8 και 14 του άρθρου 559 ΚΠολΔ (αηυσαιτελώς δε με τον πρώτο λόγο της αίτησης αναιρέσεως υπό την επίκληση πλημμελειών από τους αριθμούς 1 και 19 του άρθρου 559 ΚΠολΔ) κρίνονται βάσιμα. Μετά τα παραπάνω, πρέπει να αναιρεθεί η προσβαλλόμενη απόφαση, να παραπεμφθεί η υπόθεση για περαιτέρω εκδίκαση στο ίδιο Εφετείο, αφού είναι δυνατή η σύνθεσή του από άλλους δικαστές (άρθρ. 580 παρ. 3 ΚΠολΔ), κατά το μέρος της που δεχόμενο την έφεση της αναιρεσεύουσας απέρριψε την από 25-8-2006 παρεμπιπτούσα αγωγή της κατά την κύρια βάση της ως αόριστη και να καταδικασθούν οι αναιρεσίβλητοι στα δικαστικά έξοδα της αναιρεσεύουσας (άρθρ. 176 και 183 ΚΠολΔ)...]

Άρειος Πάγος (Δ' Τμήμα) Αριθμ. 675/2013

Προεδρεύων: Γ. Γιαννούλης, Αντιπρόεδρος ΑΠ
Εισηγήτρια: Δ. Υφαντή, Αρεοπαγίτης
Δικηγόροι: Δ. Κρεμεζής – Β. Κούρτης

Ασφάλιση αστικής ευθύνης από αυτοκινητικά ατυχήματα. Έκταση ασφαλιστικής κάλυψης. Οι συγγενείς του οδηγού του ζημιογόνου αυτοκινήτου θεωρούνται τρίτοι και άρα στο πρόσωπό τους θεμελιώνεται αξίωση αποζημίωσης ή χρηματικής ικανοποίησης για ηθική βλάβη ή ψυχική οδύνη κατά της ασφαλιστικής εταιρείας.

Διατάξεις: άρθρ. 2 § 2, 4 π.δ. 264/1991· Οδηγία 84/5/ΕΟΚ· άρθρ. 6 § 2, 7, 10 § 1 π.δ. 237/1989· άρθρ. 6 § 2 ν. 489/1976· ΑΚ 932

[...Περαιτέρω, κατ' άρθρο 2 παρ. 2 ΠΔ 264/1991, που εκδόθηκε σε συμμόρφωση προς τις διατάξεις της οδηγίας 84/5/ΕΟΚ (Ε.Ε.) για την εναρμόνιση των νομοθεσιών των κρατών-μελών των σχετικών με την ασφάλιση της αστικής ευθύνης που προκύπτει από την κυκλοφορία αυτοκινήτων οχημάτων και αντικατέστησε την παράγραφο 2 του άρθρου 6 του ΠΔ 237/1989 «η ασφαλιστική κάλυψη πρέπει να περιλαμβάνει την έναντι τρίτων αστική ευθύνη εξαιτίας θανάτωσης ή σωματικής βλάβης ή ζημιών σε πράγματα, στην οποία περιλαμβάνεται και η χρηματική ικανοποίηση για ψυχική οδύνη ή ηθική βλάβη, καθώς και την αστική ευθύνη λόγω θανάτωσης ή σωματικών βλαβών έναντι των μελών της οικογένειας του ασφαλισμένου οδηγού ή κάθε άλλου προσώπου, του οποίου η αστική ευθύνη καλύπτεται σύμφωνα με την πρώτη παράγραφο, ανεξάρτητα από το δεσμό συγγενείας». Κατά δε το άρθρο 4 του ίδιου ΠΔ 264/1991 που τροποποίησε και αντικατέστησε το άρθρο 7 του ΠΔ 237/1986, «δεν θεωρούνται τρίτοι κατά την έννοια των διατάξεων του άρθρου 2 παράγραφος 1 και του άρθρου 6 παρ. 2: α) Ο οδηγός του αυτοκινήτου που προξένησε τη ζημία, β) κάθε πρόσωπο του οποίου η ευθύνη καλύπτεται από τη σύμβαση ασφάλισης, γ) εκείνος ο οποίος έχει καταρτίσει μετά του ασφαλιστή την ασφαλιστική σύμβαση, δ) οι νόμιμοι εκπρόσωποι νομικού προσώπου που είναι ασφαλισμένο ή εταιρείας που δεν έχει αποκτήσει νομική προσωπικότητα» (84/5/ΕΟΚ αριθμ. 3). Έτσι θεωρούνται τρίτοι και έχουν ευθεία αξίωση αποζημίωσης κατά της ασφαλιστικής εταιρείας και οι συγγενείς του οδηγού του αυτοκινήτου που προξένησε τη ζημία ή του προσώπου του οποίου η ευθύνη καλύπτεται με τη σύμβαση ασφάλισεως ή έχει καταρτίσει με τον ασφαλιστή την ασφαλιστική σύμβαση (άρθρα 10 παράγραφος 1 ΠΔ 237/1986). Από το συνδυασμό των διατάξεων αυτών, προκύπτει ότι η ως άνω ασφάλιση γίνεται για να καλύψει την αστική ευθύνη των ασφαλισμένων προσώπων έναντι των τρίτων που ζημιώνονται και ότι τα πρόσωπα τα οποία ο νόμος θεωρεί τρίτους έχουν αξίωση αποζημίωσης, την οποία ακριβώς καλύπτει η σύμβαση ασφάλισεως (ΑΠ 790/2010 και 637/2010). Με το ως άνω άρθρο 4 του ΠΔ 264/1991 με το οποίο τροποποιήθηκε το άρθρο 7 του Ν. 489/1976 ορίστηκαν σε τέσσερεις οι περιπτώσεις των προσώπων που δεν θεωρούνται τρίτοι, καταργήθηκε δε η περίπτωση δ' (σύζυγοι συγγενείς οδηγού). Τούτο έγινε προς συμμόρφωση προς την υπ' αριθμ. 84/5/ΕΕΓ της 30.12.1983 σχετική οδηγία της ΕΟΚ, στην οποία αναφέρεται ότι «τα μέλη της οικογένειας του ασφαλισμένου του οδηγού ή κάθε άλλου προσώπου το οποίο φέρει σε περίπτωση ατυχήματος την αστική ευθύνη δεν μπορούν να αποκλεισθούν λόγω του δεσμού της συγγενείας από το δικαίωμα ασφάλισης για σωματικές βλάβες του». Έτσι έπαυσαν τα πρόσωπα αυτά (μέλη οικογένειας του οδηγού) να μη θεωρούνται τρίτοι και διαμορφώθηκε η παράγραφος 2 του άρθρου 6 όπως ήδη ισχύει, δηλαδή με την περικοπή ότι η ασφαλιστική κάλυψη πρέπει να περιλαμβάνει ... «και την αστική ευθύνη λόγω θανάτωσης ή σωματικών βλαβών έναντι των μελών της οικογένειας του ασφαλισμένου οδηγού». Ενόψει τούτων και οι συγγενείς του οδηγού το ζημιογόνο αυτοκίνητο είναι τρίτοι και ως τέτοιοι σύμφωνα με το πρώτο εδάφιο της παραγράφου 2 του άρθρου 6 του Ν. 489/1976 σε περίπτω-

ση θανατώσεως ή σωματικής βλάβης αυτών η ασφαλιστική κάλυψη αυτών περιλαμβάνει και την χρηματική ικανοποίηση για ηθική βλάβη ή ψυχική οδύνη, η οποία συνεπεία θανάτου αυτών δύναται να επιδικασθεί στην οικογένεια τους κατά το άρθρο 932 ΑΚ. Το ότι δεν επανέλαβε ο νομοθέτης στην εκτεθείσα περικοπή (η οποία αναφέρεται στους συγγενείς του οδηγού), ότι στην αστική ευθύνη περιλαμβάνεται και η χρηματική ικανοποίηση για ηθική βλάβη ή ψυχική οδύνη, όπως το πράττει στο πρώτο εδάφιο του άρθρου 6 παρ. 2, δεν είχε σκοπό να αποκλείσει για τα πρόσωπα αυτά, μέλη της οικογένειας του οδηγού, την χρηματική ικανοποίηση, αλλά τούτο και δεν θα εδικαιολογείτο, αφού και τα πρόσωπα αυτά θεωρούνται ήδη τρίτοι και ακριβώς το τελούσα τούτο θέλησε να τονίσει ώστε να παύσουν τα πρόσωπα αυτά των μελών της οικογένειας του οδηγού να μη θεωρούνται τρίτοι (βλέπε ΑΠ 924/2004), και επομένως δικαιούνται ν' αξιώσουν από την ασφαλιστική εταιρεία χρηματική ικανοποίηση λόγω ψυχικής οδύνης...]

Άρειος Πάγος (Δ΄ Τμήμα)
Αριθμ. 671/2013

Προεδρεύων: Γ. Γιαννούλης, Αντιπρόεδρος ΑΠ
Εισηγητής: Π. Ρουμπής, Αρεοπαγίτης
Δικηγόροι: Η. Σύριος – Α. Κουνέλη

Επικουρικός χαρακτήρας της ευθύνης του Επικουρικού Κεφαλαίου. Η υποχρέωση αποζημίωσης περιορίζεται στη συμπλήρωση του ποσού που καταβάλλεται από ασφαλιστικό ταμείο ή άλλο οργανισμό κοινωνικής ασφάλισης για την ίδια αιτία· το άρθρ. 930 § 3 ΑΚ δεν εφαρμόζεται εν προκειμένω. Τα παραπάνω ισχύουν σε κάθε περίπτωση ευθύνης του Επικουρικού Κεφαλαίου. Η εν λόγω ευνοϊκή μεταχείριση δεν αντίκειται στο Σύνταγμα ή στο Πρώτο Πρόσθετο Πρωτόκολλο της ΕΣΔΑ.

Διατάξεις: άρθρ. 19 § 5 ν. 489/1976· άρθρ. 5 § 3 π.δ. 264/1991· άρθρ. 1 § 44 εδ. α΄ Οδηγίας 84/5/ΕΟΚ· ΑΚ 929, 930 § 3· Σ 25· άρθρ. 1 Πρώτου Προσθέτου Πρωτοκόλλου ΕΣΔΑ· ΚΠολΔ 559 αρ. 1

[...Με την παρ. 5 του άρθρου 19 του ν. 489/1976, που προστέθηκε με το άρθρο 5 παρ. 3 του ΠΔ/τος 264/1991 και αποτελεί υλοποίηση της υπ' αριθμ. 84/5/ΕΟΚ αρ. 1 παρ. 44 εδ. α΄ Οδηγίας, ορίζεται ότι «η αποζημίωση του Επικουρικού Κεφαλαίου περιορίζεται στη συμπλήρωση του ποσού, που υποχρεούται να καταβάλει ασφαλιστικό ταμείο ή άλλος οργανισμός κοινωνικής ασφάλισης για την αιτία αυτή στον ζημιωθέντα». Με τη διάταξη αυτή καθιερώνεται ο επικουρικός χαρακτήρας της ευθύνης του Επικουρικού Κεφαλαίου, με την έννοια ότι στο μέτρο που ο παθών και γενικά ο δικαιούχος από τη διαπραχθείσα αδικοπραξία δικαιούται να καλύψει τη ζημία του από ασφαλιστικό ταμείο ή άλλο οργανισμό κοινωνικής ασφάλισης, επέρχεται απαλλογία του Επικουρικού Κεφαλαίου. Με τη ρύθμιση αυτή του νόμου αποκλείεται η εφαρμογή της ΑΚ 930 παρ. 3 στην περίπτωση που αυτή ήταν εφαρμοστέα και η οποία προβλέπει την αθροιστική απόληψη της αποζημίωσης από το Επικουρικό Κεφάλαιο, το οποίο την οφείλει στον δικαιούχο, με βάση το άρθρο 19 παρ. 1 του ν. 489/1976, και της παροχής την οποία για την ίδια αιτία οφείλει στο δικαιούχο ασφαλιστικό ταμείο ή άλλος οργανισμός κοινωνικής ασφάλισης. Επομένως, σε μία τέτοια περίπτωση εφόσον προβάλλεται σχετικός ισχυρισμός από το εναγόμενο Επικουρικό Κεφάλαιο, για συνδρομή των όρων του άρθρου 19 παρ. 5 του ν. 489/1976, πρέπει να γίνεται αφαίρεση από την οφειλόμενη από το Επικουρικό Κεφάλαιο αποζημίωση,

κατά το άρθρο 929 ΑΚ, κάθε ποσού, το οποίο με την ίδια αιτία δικαιούται ο δικαιούχος να αξιώσει από το ασφαλιστικό ταμείο ή άλλο οργανισμό κοινωνικής ασφάλισης. Η ως άνω νομοθετική ρύθμιση αφορά κάθε περίπτωση ευθύνης του Επικουρικού Κεφαλαίου και δεν περιορίζεται μόνο στις περιπτώσεις ανασφάλιστων ή αγνώστων αυτοκινήτων (ΑΠ 1258/2006, ΑΠ 883/2006). Η εν λόγω ευνοϊκή μεταχείριση ισχύει μόνο, όταν είναι υπόχρεο το Επικουρικό Κεφάλαιο και όχι άλλο πρόσωπο. Συνεπώς, άλλος υπόχρεος, π.χ. ο υπαίτιος οδηγός ή ο ιδιοκτήτης του ζημιογόνου αυτοκινήτου, δεν δικαιούται να επικαλεσθεί, έναντι του δικαιούχου παθόντος, ότι ισχύει και έναντι αυτών ο περιορισμός, κατά το ποσό, το οποίο ο παθών δικαιούται να απαιτήσει από ασφαλιστικό ταμείο. Για τους λοιπούς υποχρέους ισχύουν οι κοινές διατάξεις, οι οποίες προβλέπουν, σωρευτική απόληψη του ποσού της αποζημίωσης (άρθρ. 930 παρ. 3 ΑΚ). Η τελευταία διάταξη, εξ άλλου, δεν αντίκειται στις Συνταγματικές διατάξεις και ειδικότερα στο άρθρ. 25 του Συντάγματος και του άρθρ. 1 του Πρώτου Προσθέτου Πρωτοκόλλου της ΕΣΔΑ (ΑΠ 1229/2010). Εξ άλλου, ο από το αρθρ. 559 αριθ. 1 Κ.Πολ.Δ. λόγος αναιρέσεως ιδρύεται όταν ο κανόνας δικαίου δεν εφαρμοσθεί, ενώ συνέτρεχαν οι προϋποθέσεις εφαρμογής του, ή εάν εφαρμοσθεί, ενώ δεν έπρεπε, καθώς και εάν εφαρμοσθεί εσφαλμένα (Ολ.ΑΠ 36/1988).

Στην κρινόμενη περίπτωση το Εφετείο Αθηνών με την προσβαλλόμενη απόφαση, δικάζοντας σε δεύτερο βαθμό επί της από 4-12-2008 αγωγής του αναιρεσιβλήτου, μετά από την εξαφάνιση της υπ' αρ. 4273/2009 απόφασης του Μονομελούς Πρωτοδικείου Αθηνών, επιδίκασε εκτός των λοιπών, στον αναιρεσιβλήτο: α) το ποσό των € 305,89 που κατέβαλε ο ασφαλιστικός του φορέας, ΤΑΠ-ΟΤΕ, ως δαπάνη νοσηλείας του στο ΘΡΙΑΣΙΟ νοσοκομείο, β) το συνολικό ποσό των € 19.058,90 που ο ίδιος ασφαλιστικός φορέας (ΤΑΠ-ΟΤΕ) κατέβαλε στον αντίδικο ως αποδοχές από την εργασία του για το διάστημα από 13-10-08 έως 12-1-09 οπότε και είχε λάβει αναρρωτική άδεια λόγω του τραυματισμού του και γ) τα ποσά των € 90,00 για ιατρική επίσκεψη, € 170,30 συνολικά για αγορά ορθοπεδικών ειδών και αεροστρώματος και € 8,10 για ακτινογραφία ΟΜΣΣ, ποσά που υποχρεούται το ανωτέρω ασφαλιστικό ταμείο να καταβάλει στον αντίδικο. Με τις ως άνω παραδοχές στην προσβαλλόμενη απόφαση το Εφετείο Αθηνών παραβίασε ευθέως το άρθρο 19 παρ. 5 του ν. 489/76 (όπως αντικαταστάθηκε με το άρθρο 5 του π.δ. 264/91) και επιδίκασε στον αναιρεσιβλήτο, που κατά το χρόνο του επιδικίου ατυχήματος ήταν υπάλληλος της ... ΑΕ και αμειβόταν απ' αυτήν, τα ανωτέρω ποσά, αν και το Επικουρικό Κεφάλαιο δεν νομιμοποιείται παθητικώς στην καταβολή αποζημίωσης για απώλεια εισοδημάτων και ιατρικές δαπάνες που έχει καταβάλει ήδη στον παθόντα ο ασφαλιστικός του φορέας ή υποχρεούται να καταβάλει σ' αυτόν, όπως ισχύει στην ένδικη περίπτωση (βλ. τις ΑΠ 34/2012 και 1229/2010). Επομένως, πρέπει να γίνει δεκτός ο μόνος από το άρθρο 559 αρ. 1 εδ. α΄ ΚΠολΔ λόγος της ένδικης αίτησης αναιρέσεως ως βάσιμος. Συνακόλουθα όλων των ανωτέρω πρέπει να αναιρεθεί εν μέρει [κατά το μέρος που υποχρεώνεται το αναιρεσιβλήτο να καταβάλει στον αναιρεσιβλήτο το ποσό των 19.633,19 ευρώ (305,89 + 19.058,90 + 90,00 + 170,30 + 8,10 ευρώ)] η προσβαλλόμενη απόφαση, να παραπεμφθεί η υπόθεση για περαιτέρω εκδίκαση στο ίδιο δικαστήριο που εξέδωσε την ως άνω απόφαση, που θα συγκροτηθεί από άλλους δικαστές εκτός εκείνων που δίκασαν προηγουμένως (άρθρο 580 παρ. 3 ΚΠολΔ) και να καταδικασθεί ο αναιρεσιβλήτος ως πτώμενος στα δικαστικά έξοδα του αναιρεσιβλήτου (άρθρα 176 και 183 ΚΠολΔ), όπως ειδικότερα ορίζεται στο διατακτικό...]

ΑΞΙΟΓΡΑΦΑ**Άρειος Πάγος (Δ΄ Τμήμα)
Αριθμ. 668/2013**

Προεδρεύων: Γ. Γιαννούλης, Αντιπρόεδρος ΑΠ
Εισηγήτρια: Δ. Υφαντή, Αρεοπαγίτης
Δικηγόροι: Α. Ροϊλός, Πάρεδρος Ν.Σ.Κ. — Λ. Κοκκίνης

Κήρυξη αξιόγραφου ως ανίσχυρου. Τηρούμενη διαδικασία.

Διατάξεις: ΚΠολΔ 845, 847 §§ 1 και 4, 854 § 2

[...Εξάλλου σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 845 ΚΠολΔ η πρόσκληση για την αναγγελία δημοσιεύεται σε μια ή περισσότερες εφημερίδες που ορίζει το δικαστήριο, μία ή όσες φορές ορίζει η απόφαση (παρ. 1). Η προθεσμία για την αναγγελία αρχίζει από την τελευταία δημοσίευση και δεν μπορεί να είναι μικρότερη από εξήντα ημέρες (παρ. 2). Κατά τη διάταξη του άρθρου 854 § 2 του ΚΠολΔ, επί κηρύξεως, κατά τη διαδικασία της πρόσκλησης, αξιόγραφου ανίσχυρου, η πρόσκληση της παρ. 1 του άρθρου 854 δημοσιεύεται επιπλέον και στο Δελτίο Ανωτύμων Εταιρειών και Εταιρειών Περιορισμένης Ευθύνης της Εφημερίδας της Κυβερνήσεως και τοιχοκολλήσεται στην αίθουσα του Χρηματιστηρίου Αθηνών. Τέλος, κατά τις διατάξεις των παρ. 1 και 4 του άρθρου 847 ΚΠολΔ, μέσα σε τριάντα ημέρες, από την παρέλευση της προθεσμίας για την αναγγελία, όποιος ζήτησε να εκδοθεί διαταγή για τη δημοσίευση της πρόσκλησης μπορεί να υποβάλει αίτηση, για να εκδοθεί απόφαση που ορίζει τις συνέπειες αποκλεισμού του δικαιώματος ή της απαίτησης σύμφωνα με το νόμο (παρ. 1). Αν μέσα στην προθεσμία της παρ. 1 δεν υποβληθεί αίτηση, το δικαστήριο, ύστερα από αίτηση, που υποβάλλεται μέσα σε άλλες τριάντα ημέρες, μπορεί να ορίσει νέα προθεσμία για να υποβληθεί η αίτηση που αναφέρεται στην παράγραφο 1 (παρ. 4). Από το συνδυασμό, των ανωτέρω διατάξεων σαφώς προκύπτει ότι, η αίτηση για την έκδοση της οριστικής απόφασης που ορίζει τις συνέπειες αποκλεισμού του δικαιώματος ή της απαίτησης, ήτοι στην προκειμένη περίπτωση για την μετά την έκδοση της διαταγής για τη δημοσίευση της πρόσκλησης προς αναγγελία δικαιώματος (α΄ στάδιο), κήρυξη του αξιόγραφου ανίσχυρου, πρέπει να υποβληθεί στο δικαστήριο, μέσα σε συνολική προθεσμία εξήντα (60) ημερών από την παρέλευση της πιο πάνω οριζόμενης προθεσμίας για την αναγγελία, και ότι συνακόλουθα, αν δεν υποβληθεί η αίτηση αυτή μέσα στην ανωτέρω προθεσμία είναι απορριπτή ως απαράδεκτη. Από τις προαναφερθείσες διατάξεις προκύπτει ότι η διαδικασία της κηρύξεως ανίσχυρου απωλεσθέντος αξιόγραφου διέρχεται δύο αυτοτελή στάδια: της προσκλήσεως του κομιστή και της ακυρώσεως του αξιόγραφου. Το δεύτερο από τα στάδια αυτά δεν αποτελεί απλή προέκταση του πρώτου, αλλ' ανοίγει, αφού προηγουμένως υποβληθεί νέα αυτοτελής αίτηση (847 § 1). Η αυτοτέλεια όμως της δεύτερης αιτήσεως δεν αποκλείει να σωρευθεί στο δικόγραφο της πρώτης και να εκδικασθεί όταν θα είναι παραδεκτή και η αυτοτελής υποβολή της. Η πρώτη αίτηση έχει ως αντικείμενο την έκδοση αποφάσεως, με την οποία να διαταχθεί η πρόσκληση του κομιστή ν' αναγγελθεί και να καταθέσει τον τίτλο στη γραμματεία του δικαστηρίου (πρβλ. 856). Συνεπώς η επ' αυτής διαδικασία εξαντλείται με την έκδοση αποφάσεως που διατάσσει τη δημοσίευση της προσκλήσεως (ή που απορριπτει την αίτηση ως απαράδεκτη ή αβάσιμη).

Στην προκειμένη περίπτωση με την προσβαλλόμενη υπ' αρ. 1520/2008 απόφαση του Εφετείου Αθηνών έγιναν δεκτά τα ακόλουθα: «Αποδείχθηκε ότι, απωλέσθηκαν τέσσερα έντο-

κα γραμμάτια του Ελληνικού Δημοσίου, των οποίων η αιτούσα και ήδη (αναειδίβλητη Τράπεζα) ήταν νόμιμη κομιστρια και συγκεκριμένα τα: α) με αρ. ..., ημερομηνία εκδόσεως 17-7-1995 και ημερομηνία λήξεως 17-7-1996, ονομαστικής αξίας 5.000.000 δρχ., β) με αρ. ..., με ημερομηνία εκδόσεως 31-8-1995 και ημερομηνία λήξεως 31-8-1996, ονομαστικής αξίας 5.000.000 δρχ., γ) με αρ. ..., με ημερομηνία εκδόσεως 31-8-1995 και ημερομηνία λήξεως 31-8-1996, ονομαστικής αξίας 1.000.000 δρχ. και δ) με αρ. ..., με ημερομηνία εκδόσεως 31-8-1995 και ημερομηνία λήξεως 31-8-1996, ονομαστικής αξίας 1.000.000 δρχ. Κατόπιν της από 23-7-2003 αιτήσεως της εφεσιβλήτης εκδόθηκε η 6424/2003 απόφαση του Μονομελούς Πρωτοδικείου Αθηνών που έκρινε παραδεκτή την αίτηση και απνύθηκε δημόσια πρόσκληση στον κομιστή των ως άνω απωλεσθέντων γραμματίων, να αναγγείλει τα δικαιώματά του και, αν κατέχει τα γραμμάτια αυτά, να τα καταθέσει στο γραμματεία του δικαστηρίου αυτού, μέσα σε προθεσμία εξήντα (60) ημερών από την τελευταία δημοσίευση της πρόσκλησης αυτής, που διέταξε να γίνει μία φορά στην ημερησία εφημερίδα «Η Καθημερινή» και στο Δελτίο Ανωτύμων Εταιρειών και Εταιρειών Περιορισμένης Ευθύνης της Εφημερίδας της Κυβερνήσεως και την τοιχοκόλληση της στην αίθουσα του Χρηματιστηρίου Αθηνών. Περίληψη της απόφασης αυτής τοιχοκολλήθηκε στην αίθουσα συναληλαγών του Χρηματιστηρίου Αθηνών στις 26-1-2004 και δημοσιεύθηκε στο Δελτίο Ανωτύμων Εταιρειών και Εταιρειών Περιορισμένης Ευθύνης της Εφημερίδας της Κυβερνήσεως στις 26-1-2004 και στην εφημερίδα «Η Καθημερινή» στις 28-1-2004. Έτσι, η ταχθείσα προθεσμία των εξήντα (60) ημερών προς αναγγελία του δικαιώματος από τον κομιστή των απωλεσθέντων τίτλων άρχισε στις 29-1-2004 και έληξε στις 29-3-2004, η δε προθεσμία των εξήντα (60) συνολικά ημερών που προβλέπεται από τις παρ. 1 και 4 του άρθρου 847 του ΚΠολΔ, για την υποβολή της αιτήσεως προς έκδοση της απόφασης για την κήρυξη των τίτλων ανίσχυρων άρχισε στις 30-3-2004 και έληξε στις 30-5-2004». Συνεχίζει δε το Εφετείο δεχόμενο και τα ακόλουθα: «Η αιτούσα και ήδη εφεσιβλήτη κατέθεσε στη γραμματεία του δικαστηρίου, που εξέδωσε την εκκαλούμενη απόφαση, τη δεύτερη από 1-4-2004 αίτησή της, περί κηρύξεως ανίσχυρων των ως άνω τίτλων (β΄ στάδιο) στις 2-4-2004, ήτοι εντός της ανωτέρω προθεσμίας των εξήντα (60) ημερών, η συζήτηση της οποίας προσδιορίστηκε για τις 16-9-2004, οπότε και ματαιώθηκε. Πλην όμως, η αιτούσα εκ των υστέρων διαπίστωσε ότι, κατά τη δημοσίευση της ως άνω προσκλήσεως στην Εφημερίδα «Η Καθημερινή», που έγινε στις 28-1-2004, η οποία και ήταν η τελευταία από τις διαταχθείσες δημοσιεύσεις, είχε αναγραφεί εσφαλμένα ο αριθμός ενός εκ των τεσσάρων εντόκων γραμματίων, ήτοι του πρώτου από αυτά, όπως αναφέρθηκαν παραπάνω, και συγκεκριμένα αντί του σωστού του αριθμού ... είχε αναγραφεί λανθασμένα ο αριθμός ... Κατόπιν τούτων η αιτούσα προέβη σε ορθή επανάληψη της προσκλήσεως, η οποία δημοσιεύθηκε στην ως άνω εφημερίδα «Η Καθημερινή», στις 31-5-2005. Επομένως, όσον αφορά το εν λόγω έντοκο γραμμάτιο, για το οποίο υπήρξε η λανθασμένη καταχώριση και επαναλήφθηκε ορθώς η πρόσκληση με την εκ νέου δημοσίευσή της στην ως άνω εφημερίδα, κατά τα προαναφερόμενα, η ταχθείσα προθεσμία των εξήντα (60) ημερών προς αναγγελία του δικαιώματος από τον κομιστή του εν λόγω τίτλου άρχισε την 1-6-2005 και έληξε την 30-7-2005, η δε προθεσμία των εξήντα (60) συνολικά ημερών, που προβλέπεται από τις παρ. 1 και 4 του άρθρου 847 του ΚΠολΔ, για την υποβολή της αιτήσεως προς έκδοση της απόφασης για την κήρυξη του τίτλου ανίσχυρου, άρχισε στις 31-7-2005 και έληξε στις 29-9-2005. Η αιτούσα όμως και ήδη εφεσιβλήτη την από 15-12-2005 κλήση της, προς συζήτηση της από 1-4-2004 αίτησής της για την κήρυξη των εντόκων γραμματίων ως ανίσχυρων, την κατέθεσε στη γραμματεία του πρωτοβάθμιου δικα-

στηρίου την 10-3-2006, ήτοι μετά την παρέλευση της ανωτέρω προθεσμίας των εξήντα (60) ημερών. Κατόπιν τούτων η αίτηση για κήρυξη του συγκεκριμένου ως άνω τίτλου ανίσχυρου (του υπ' αρ. ... εντόκου γραμματίου του Ελληνικού Δημοσίου), που κατατέθηκε στη γραμματεία του πρωτοβαθμίου δικαστηρίου, κατά τα προαναφερόμενα, στις 2-4-2004, είναι απαράδεκτη (κατά τούτο), αφού κατατέθηκε σε χρόνο προγενέστερο του προβλεπόμενου κατά τα άνω από το άρθρ. 847 παρ. 1 και 4 ΚΠολΔ, αλλήλ και η κλήση προς συζήτηση της εν λόγω αίτησης, όσον αφορά πάντα το εν λόγω γραμμάτιο, σε κάθε περίπτωση, κατατέθηκε επίσης εκπροθέσμως, ήτοι μετά την παρέλευση της ανωτέρω προθεσμίας των εξήντα (60) ημερών. Επομένως η εκκαλούμενη, που έκρινε ότι, παραδεκτά ασκήθηκε η αίτηση, καθόσον αφορά τον προαναφερόμενο τίτλο, εντός της προθεσμίας του άρθρ. 847 § 1 και 4 ΚΠολΔ και κατόπιν τούτου κήρυξε αυτόν ανίσχυρο, εσφαλμένως εφάρμοσε το νόμο και πρέπει να εξαφανιστεί, γενομένου δεκτού εν μέρει ως βάσιμου του σχετικού λόγου της έφεσης». Συνεχίζει δε το Εφετείο δεχόμενο τ' ακόλουθα με την προσβαλλόμενη. «Περαιτέρω, όμως, όσον αφορά τους υπόλοιπους τρεις τίτλους η αρχική δημοσίευση της πρόσκλησης προς τον κομιστή τους στην εφημερίδα «Η Καθημερινή» που έγινε στις 28-1-2004 ήταν ορθή και επομένως ως προς αυτούς παραδεκτά ασκήθηκε η από 1-4-2004 αίτηση για κήρυξή τους ως ανίσχυρων, ήτοι εντός της προθεσμίας του άρθρ. 847 § 1 και 4 ΚΠολΔ (όπως αναλυτικά αναφέρθηκε παραπάνω), απορριπτόμενου ως αβασίμου, ως προς τους τίτλους αυτούς, του σχετικού λόγου της έφεσης. Πλην όμως, για την ενότητα της εκτελέσεως πρέπει να εξαφανιστεί στο σύνολό της η εκκαλούμενη και να κρατηθεί η υπόθεση στο δικαστήριο αυτό και εξεταστεί στην ουσία της, όσον αφορά τους προαναφερόμενους τρεις τίτλους. Από τα προσκομιζόμενα και επικαλούμενα έγγραφα και ειδικότερα: α) το με ημερομηνία 28-1-2004 φύλλο της εκδιδόμενης στην Αθήνα ημερησίας εφημερίδας «Η Καθημερινή», β) το με αρ. 570/26-1-2004 ΦΕΚ, τεύχος ΑΕ και ΕΠΕ, γ) την με αρ. πρωτ. 3321/26-1-2004 βεβαίωση του Χρηματιστηρίου Αθηνών ΑΕ και δ) το με αρ. 17705/6-6-2006 πιστοποιητικό του Γραμματέα του Πρωτοδικείου Αθηνών, αποδεικνύεται η, κατά τον ορισθέντα από την προαναφερθείσα με αρ. 6424/2003 απόφαση του Μονομελούς Πρωτοδικείου Αθηνών, τρόπο, δημοσίευση προσκλήσεως προς κάθε κομιστή των προαναφερόμενων τριών τίτλων ν' αναγγείλει τα δικαιώματα του μέσα σε προθεσμία εξήντα (60) ημερών από την τελευταία των κατά τα ως άνω δημοσιεύσεων προς το Γραμματέα του ως άνω Δικαστηρίου, ως και ότι καμία τέτοια αναγγελία δεν έγινε από τη δημοσίευση της ως την απόφρασης μέχρι και την συζήτηση της δεύτερης αιτήσεως στον πρώτο βαθμό (ήτοι μέχρι 5-6-2006) και επομένως η ταχθείσα συναφής προθεσμία παρήλθε άπρακτη. Κατόπιν όλων αυτών, εφόσον συντρέχουν οι νόμιμες προϋποθέσεις και δικαιολογείται το έννομο συμφέρον της αιτούσας, ως δικαιούχου του δικαιώματος που πηγάζει από τους προαναφερόμενους τρεις τίτλους πρέπει η κρινόμενη αίτηση να γίνει δεκτή ως βάσιμη και κατ' ουσίαν και να κηρυχθούν ανίσχυροι οι τίτλοι αυτοί, διατασσόμενων των σχετικών κατά νόμο δημοσιεύσεων (άρθρ. 857 σε συνδ. με 848 παρ. 3 και 845 παρ. 1 του ΚΠολΔ), κατά τα οριζόμενα στο διατακτικό ειδικότερα». Με αυτά που δέχθηκε το Εφετείο, όχι παρά το νόμο δεν απέρριψε ως απαράδεκτη τη δεύτερη κατά σειρά από 1-4-2004 αίτηση της αναιρεσίβλητης περί κηρύξεως ανισχύρων των υπολοίπων τριών εντόκων γραμματίων του αναιρεσειόντος Ελληνικού Δημοσίου, εφ' όσον ως προς αυτά είχαν αφηρησιασθεί με τις προαναφερθείσες δημοσιεύσεις μέχρι της 29-3-2004 οι έννομες συνέπειες των παραγράφων 1 και 4 του άρθρου 847 του ΚΠολΔ, ώστε η από 1-4-2004 αίτηση της αναιρεσίβλητης στηριζόμενη σε έγκυρες και νόμιμες δημοσίευση και πρόσκληση αντίστοιχα, ήταν παραδεκτή και νόμιμη, χωρίς να επηρεάζεται το παραδεκτό της

ασκήσεως της αιτήσεως εκείνης από το γεγονός ότι ως προς το τέταρτο έντοκο γραμμάτιο δεν είχε προηγηθεί νομότυπη (λόγω του προαναφερθέντος λάθους) δημοσίευση έγκυρης πρόσκλησης. Περαιτέρω, το ίδιο παραδεκτό της από 1-4-2004 αίτησης της εφεσίβλητης καθόσον αφορά πάντοτε τα ίδια 3 έντοκα γραμμάτια (πλην εκείνου για το οποίο κηρύχθηκε τελικά απαράδεκτα η αίτηση της αναιρεσίβλητης) δεν επηρεάστηκε από το γεγονός ότι σε μεταγενέστερο χρόνο η αναιρεσίβλητη προσπαθώντας να επανορθώσει το αριθμητικό λάθος της προσκλήσεώς της ως προς το τέταρτο έντοκο γραμμάτιο, επανέλαβε ενιαία τη δημοσίευση και για τα 4 έντοκα γραμμάτια στις 31-5-2005, ούτε η δημοσίευση αυτή που έγινε πλεοναστικά και για τα 3 έντοκα γραμμάτια των οποίων είχε μεσολαβήσει ορθή δημοσίευση μέχρι τις 28-1-2004, καθιστούσε χωρίς αντικείμενο την εκκρεμούσα από 1-4-2004 αίτηση της αναιρεσίβλητης για τα ίδια 3 έντοκα γραμμάτια του Ελληνικού Δημοσίου, για τα οποία τελικά το Εφετείο δέχτηκε την ίδια αίτηση, χωρίς το εκπρόθεσμο της από 15-12-2005 κλήσεως, με την οποία επαναφέρθηκε προς συζήτηση η από 1-4-2004 αίτηση της αναιρεσίβλητης, σε σχέση με τη δεύτερη επανορθωτική δημοσίευση της αναιρεσίβλητης, να καθιστά απαράδεκτη την ίδια αίτηση για τα άλλα 3 έντοκα γραμμάτια, για τα οποία η όλη διαδικασία κατά τα προαναφερθέντα (κατάθεση αίτησης πρώτου σταδίου, δημοσιεύσεις και προσκλήσεις και κατάθεση αιτήσεως για το δεύτερο στάδιο), είχαν προχωρήσει εμπρόθεσμα με βάση τις προαναφερθείσες διατάξεις. Επομένως ο συναφής πρώτος λόγος της αναιρέσεως υπό την επίκληση πλημμελείας από τον αριθμό 14 του άρθρου 559 του ΚΠολΔ κρίνεται αβάσιμος ερειδόμενος σε εσφαλμένους κατά νόμο προϋποθέσεις.

II. Ο λόγος αναιρέσεως του αριθ. 8 του άρθρου 559 του ΚΠολΔ δίδεται όταν το δικαστήριο παρά το νόμο έλαβε υπόψη του πράγματα που δεν προτάθηκαν ή δεν έλαβε υπόψη πράγματα που προτάθηκαν και έχουν ουσιώδη επίδραση στην έκβαση της δίκης. Κατά την έννοια της διάταξης αυτής ως «πράγματα» θεωρούνται οι πραγματικοί ισχυρισμοί που έχουν αυτοτελή ύπαρξη και τείνουν στη θεμελίωση, κατάλυση ή παρακώληση ουσιαστικού ή δικονομικού δικαιώματος που ασκήθηκε είτε ως επιθετικό είτε ως αμυντικό μέσο και άρα στηρίζουν το αίτημα αγωγής, ανταγωγής, ένστασης ή αντένστασης λόγου έφεσης, όχι δε οι αιτιολογημένες αρνήσεις τους, ούτε οι ισχυρισμοί που αποτελούν επιχειρήματα ή συμπεράσματα των διαδίκων ή του δικαστηρίου, τα οποία συνάγονται από την εκτίμηση των αποδείξεων, αλλήλ ούτε και οι απαράδεκτοι ή αβάσιμοι κατά νόμο ισχυρισμοί (Ολ.ΑΠ 3/1997, ΑΠ 1933/2006). Εξ άλλου δεν στοιχειοθετείται ο λόγος αυτός αναιρέσεως όταν το δικαστήριο έλαβε υπόψη προταθέντα ισχυρισμό (πράγμα) και τον απέρριψε ευθέως για οποιοδήποτε λόγο τυπικό ή ουσιαστικό (Ολ.ΑΠ 12/1997), αλλήλ και όταν το δικαστήριο αντιμετωπίζει και απορρίπτει στην ουσία εκ των πραγμάτων προβληθέντα ισχυρισμό, με την παραδοχή ως αποδειχθέντων γεγονότων αντίθετων προς αυτά που τον συγκροτούν (Ολ.ΑΠ 11/1996).

Με τον δεύτερο λόγο του αναιρετηρίου αποδίδεται στην προσβαλλόμενη απόφαση η πλημμελία από τον αριθ. 8 άρθρου 559 του ΚΠολΔ ότι το Εφετείο δεν έλαβε υπόψη του τον ισχυρισμό του αναιρεσειόντος που επαναφέρθηκε στο Εφετείο ως αυτοτελής λόγος της έφεσης του αναιρεσειόντος, ότι η αίτηση του δεύτερου σταδίου της αναιρεσίβλητης έπρεπε ν' απορριφθεί ως απαράδεκτη και για τα υπόλοιπα 3 έντοκα γραμμάτια γιατί δεν επακολούθησε εμπρόθεσμη αίτηση για τα ίδια έντοκα γραμμάτια μετά τις επανορθωτικές δημοσιεύσεις της προσκλήσεως της αναιρεσίβλητης. Ο λόγος αυτός αναιρέσεως είναι αβάσιμος και απορριπτέος διότι ο ανωτέρω «ισχυρισμός» ως «πράγμα» κατά την έννοια που προαναφέρθηκε, που προβλήθηκε από το αναιρεσειόν ως λόγος έφεσεως εκτιμήθηκε προσκόντως από το Εφετείο, δεχόμενο ως

αποδειχθέντα γεγονότα αντίθετα προς αυτά που συγκροτούν τον ισχυρισμό αυτό. Κατ' ακολουθία των ανωτέρω πρέπει ν' απορριφθεί η αίτηση αναιρέσεως και να καταδικασθεί το αναιρεσείον Ελληνικό Δημόσιο στα δικαστικά έξοδα της αναιρεσίβλητης (άρθρ. 183 του Κ.Πολ.Δ. σε συνδυασμό με άρθρο 22 παρ. 2 του ν. 2693/1957)...]

ΠΤΩΧΕΥΣΗ – ΕΚΚΑΘΑΡΙΣΗ

Άρειος Πάγος (Α΄ Τμήμα) Αριθμ. 684/2013

Προεδρεύων: **Β. Λυκούδης**, Αντιπρόεδρος ΑΠ
Εισηγητής: **Δ. Κράνης**, Αρεοπαγίτης
Δικηγόροι: **Α. Κοκκαλιάρη-Γιατρά, Δ. Πασσάς – Γ. Σταματέκος**

Πτώχευση. Διαδικασίες πτώχευσης που άρχισαν πριν από τη θέση σε ισχύ του Ν. 3588/2007 (16.9.2007) εξακολουθούν να διέπονται από τις διατάξεις του Εμπορικού Νόμου. Εάν ελλείψει περιουσίας οι εργασίες της πτώχευσης δεν μπορούν να ολοκληρωθούν, το δικαστήριο μπορεί να κηρύξει αυτεπαγγέλτως την παύση των εργασιών της πτώχευσης και να αποφασίσει ότι ο πτωχός είναι συγγνωστός. Μετά την παύση των εργασιών ο πτωχός αναλαμβάνει τη διαχείριση της πτωχευτικής περιουσίας και νομιμοποιείται να ασκεί ο ίδιος τα δικαιώματά του και να παρίσταται στο δικαστήριο χωρίς τη σύμπραξη του συνδίκου. Τα ίδια αποτελέσματα έχει η παύση των εργασιών της πτώχευσης και στην περίπτωση που η εκκαθάριση της πτωχευτικής περιουσίας είναι αδύνατη ή προφανώς ασύμφορη. Απόσβεση της ενοχής με καταβολή. Η καταβολή συνιστά υλική πράξη και πρέπει να είναι προσήκουσα: τμηματική καταβολή δεν επιφέρει απόσβεση της ενοχής. Πότε η δημόσια κατάθεση της χρηματικής οφειλής ισοδυναμεί με καταβολή.

Διατάξεις: άρθρ. 180, 181, 182 §§ 1 και 2 ν. 3588/2007· ΕμπΝ 525-707· άρθρ. 1, 2 α.ν. 635/1937· άρθρ. 6 § 18(ιγ) ν. 2479/1997· ΑΚ 349 επ., 416, 427, 431, 434

[...2. Σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρ. 180, 181 και 182 §§ 1 και 2 του Πτωχευτικού Κώδικα (ν. 3588/2007), από την έναρξη ισχύος του, στις 16.9.2007, καταργήθηκαν, μεταξύ άλλων, και τα άρθρ. 525-707 του Εμπορικού Νόμου (ΕμπΝ), τα οποία όμως εξακολουθούν να ισχύουν και να εφαρμόζονται στις εκκρεμείς διαδικασίες, ενώ αντίθετα στις διαδικασίες που άρχισαν μετά την ως άνω θέση σε ισχύ του Πτωχευτικού Κώδικα εφαρμόζονται αποκλειστικά οι διατάξεις του. Προκειμένου έτσι για διαδικασία πτώχευσης πριν από τις 16.9.2007 ορίζει το άρθρ. 637 του ΕμπΝ, ότι εάν οι εργασίες της πτώχευσης δεν μπορούν να εξακολουθήσουν για έλλειψη περιουσίας, το δικαστήριο μπορεί, ύστερα από έκθεση του εισηγητή και αφού ακουσθεί ο σύνδικος, να κηρύξει και αυτεπαγγέλτως την παύση των εργασιών της πτώχευσης, οπότε οι πιστωτές αναλαμβάνουν την άσκηση των ατομικών τους δικαιωμάτων κατά του προσώπου και της περιουσίας του πτωχού, μπορεί δε το δικαστήριο με την αυτή απόφαση, η εκτέλεση της οποίας αναστέλλεται σε κάθε περίπτωση για ένα μήνα από τη δημοσίευσή της, να αποφασίσει ότι ο πτωχός είναι συγγνωστός, εξαιτίας ιδιαίτερων λόγων και αφού ακουσθεί ο σύνδικος. Από τις διατάξεις αυτές, σε συνδυασμό και με τις διατάξεις των άρθρ. 534, 638 του ΕμπΝ, 1 και 2 του α.ν. 635/1937, προκύπτει ότι και μετά την παύση των εργασιών της πτώχευσης αυτή εξακολουθεί να υπάρχει, είναι όμως σε αδράνεια, κατά τη διάρκεια της οποίας παύει το λειτούργημα του συνδίκου, καθώς

και η διαχείριση απ' αυτόν της πτωχευτικής περιουσίας, την οποία αναλαμβάνει πλέον ο πτωχός, ο οποίος νομιμοποιείται έκτοτε να ασκεί ο ίδιος τα δικαιώματά του τόσο ενεργητικά όσο και παθητικά και να παρίσταται στο δικαστήριο χωρίς τη σύμπραξη του συνδίκου (ΟλΑΠ 395/1980, ΑΠ 535/1998, ΣτΕ 3199/2011, 399/2012). Τα αυτά αποτελέσματα έχει και η παύση των εργασιών της πτώχευσης κατά το άρθρ. 6 § 18(ιγ) του ν. 2479/1997, που όρισε ότι αν κατά το στάδιο της ένωσης των πιστωτών η εκκαθάριση της πτωχευτικής περιουσίας καταστεί αδύνατη ή προφανώς ασύμφορη, το πτωχευτικό δικαστήριο, ύστερα από αίτηση του εισηγητή και αφού ακουσθεί ή κλητευθεί ο σύνδικος, μπορεί να αποφασίσει την παύση των εργασιών της πτώχευσης. Έτσι κατά την παραπάνω διάταξη η παύση των εργασιών της πτώχευσης είναι δυνατή και όταν υπάρχει μεν πτωχευτική περιουσία, αυτή όμως είναι ελάχιστη ή δυσχερώς ρευστοποιήσιμη. Εξ άλλου η απόσβεση της ενοχής επέρχεται κατά το άρθρ. 416 του ΑΚ με καταβολή, η οποία συνιστά υλική πράξη, δηλαδή απλό πραγματικό γεγονός και όχι σύμβαση ή μονομερή δικαιοπραξία, για να έχει όμως η καταβολή ως αποτέλεσμα την απόσβεση της ενοχής πρέπει να είναι η προσήκουσα, δηλαδή να λαμβάνει ο δανειστής αυτό που πραγματικά δικαιούται σύμφωνα με το νόμο ή τη σύμβαση, ενώ δεν αρκεί η τμηματική καταβολή. Απόσβεση της ενοχής επέρχεται και με τη δημόσια κατάθεση της οφειλόμενης χρηματικής παροχής, η οποία, όπως προκύπτει από τις συνδυαζόμενες διατάξεις των άρθρ. 427, 431 και 434 του ΑΚ, ισοδυναμεί με καταβολή και είναι επιτρεπτή, ώστε να έχει το αποτέλεσμα αυτό, όταν συντρέχει μια από τις αναφερόμενες στο νόμο περιπτώσεις, δηλαδή όταν ο δανειστής έγινε υπερήμερος κατά τις διατάξεις των άρθρ. 349 επ. του ΑΚ ή όταν ο οφειλέτης αδυνατεί να εκπληρώσει με ασφάλεια την παροχή του για λόγο που αφορά το πρόσωπο του δανειστή ή εξαιτίας εύλογης αβεβαιότητας ως προς το πρόσωπό του...]

ΒΙΟΜΗΧΑΝΙΚΗ ΚΑΙ ΠΝΕΥΜΑΤΙΚΗ ΙΔΙΟΚΤΗΣΙΑ – ΔΙΚΑΙΟ ΑΝΤΑΓΩΝΙΣΜΟΥ

**Δικαστήριο της Ευρωπαϊκής Ένωσης (πρώτο Τμήμα)
Απόφαση της 3.10.2013 – Υπόθεση C-59/12
BKK Mobil Oil Körperschaft des öffentlichen Rechts κατά
Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs eV**

Προεδρεύων: **A. Tizzano**, Πρόεδρος τμήματος
Εισηγητής: **J.J. Kasel**, Δικαστής
Γενικός Εισαγγελέας: **Y. Bot**

Οδηγία 2005/29/ΕΚ. Αθέμιτες εμπορικές πρακτικές. Πεδίο εφαρμογής. Διάδοση παραπληθυντικών πληροφοριακών στοιχείων από ταμεία υγείας του συστήματος υποχρεωτικής κοινωνικής ασφαλίσεως. Ταμείο που έχει συσταθεί υπό μορφή οργανισμού δημοσίου δικαίου.

Διατάξεις: Οδηγία 2005/29/ΕΚ

1. Η αίτηση προδικαστικής αποφάσεως αφορά την ερμηνεία της οδηγίας 2005/29/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 11ης Μαΐου 2005, για τις αθέμιτες εμπορικές πρακτικές των επιχειρήσεων προς τους καταναλωτές στην εσωτερική αγορά και για την τροποποίηση της οδηγίας 84/450/ΕΟΚ του Συμβουλίου, των οδηγιών 97/7/ΕΚ, 98/27/ΕΚ και 2002/65/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου και του κανονισμού (ΕΚ) 2006/2004 του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου (οδηγία για τις αθέμιτες εμπορικές πρακτικές) (ΕΕ L 149, σ. 22).

2. Η αίτηση αυτή υποβλήθηκε στο πλαίσιο ένδικης διαφο-

ράς μεταξύ του BKK Mobil Oil Körperschaft des öffentlichen Rechts (στο εξής: BKK) και της Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs eV (ενώσεως για την πάταξη του αθέμιτου ανταγωνισμού, στο εξής: Wettbewerbszentrale), με αντικείμενο τη διάδοση ορισμένων πληροφοριακών στοιχείων από το BKK προς τους ασφαλισμένους του.

Το νομικό πλαίσιο

Το δίκαιο της Ένωσης

3. Οι αιτιολογικές σκέψεις 5 έως 8, 11, 12 και 14 της οδηγίας για τις αθέμιτες εμπορικές πρακτικές προβλέπουν τα ακόλουθα: «(5) [...] [τ]α εμπόδια στην ελεύθερη κυκλοφορία υπηρεσιών και αγαθών δια μέσου των συνόρων ή στην ελευθερία εγκατάστασης [...] θα πρέπει να εξαλειφθούν. Τα εμπόδια αυτά μπορούν να εξαλειφθούν μόνο με τη θέσπιση ενιαίων κανόνων σε κοινοτικό επίπεδο οι οποίοι να προβλέπουν υψηλό επίπεδο προστασίας των καταναλωτών και με τη διασαφήνιση ορισμένων νομικών εννοιών σε κοινοτικό επίπεδο, στο βαθμό που αυτό είναι αναγκαίο για την ορθή λειτουργία της εσωτερικής αγοράς και για τη συμμόρφωση με την απαίτηση ασφάλειας του δικαίου. (6) Ως εκ τούτου, η παρούσα οδηγία επιδιώκει την προσέγγιση της νομοθεσίας των κρατών μελών για τις αθέμιτες εμπορικές πρακτικές, συμπεριλαμβανομένης της αθέμιτης διαφήμισης, οι οποίες βλάπτουν άμεσα τα οικονομικά συμφέροντα των καταναλωτών και, συνεπώς, έμμεσα τα οικονομικά συμφέροντα των θεμιτών ανταγωνιστών. [...] (7) Η παρούσα οδηγία αφορά εμπορικές πρακτικές που αποβλέπουν άμεσα στον επηρεασμό των αποφάσεων των καταναλωτών σε σχέση με προϊόντα. [...] (8) Η παρούσα οδηγία προ οικονομικά συμφέροντα των καταναλωτών από τις αθέμιτες εμπορικές πρακτικές των επιχειρήσεων προς τους καταναλωτές. Συνεπώς, προστατεύει έμμεσα τις επιχειρήσεις που λειτουργούν με θεμιτό τρόπο έναντι των ανταγωνιστών που δεν τηρούν τους κανόνες της οδηγίας και διασφαλίζει έτσι το θεμιτό ανταγωνισμό στον τομέα τον οποίο συντονίζει η οδηγία. [...] (11) Το υψηλό επίπεδο σύγκλισης που επιτυγχάνεται με την προσέγγιση των εθνικών διατάξεων μέσω της παρούσας οδηγίας δημιουργεί ένα κοινό υψηλό επίπεδο προστασίας των καταναλωτών. Η παρούσα οδηγία θεσπίζει μια ενιαία γενική απαγόρευση των αθέμιτων εμπορικών πρακτικών που στρεβλώνουν την οικονομική συμπεριφορά των καταναλωτών. [...] (12) Η εναρμόνιση θα αυξήσει σημαντικά τη νομική βεβαιότητα και για τους καταναλωτές και για τις επιχειρήσεις. Τόσο οι καταναλωτές όσο και οι επιχειρήσεις θα μπορούν να βασίζονται σε ένα ενιαίο ρυθμιστικό πλαίσιο βασισμένο, με τη σειρά του, σε σαφώς καθορισμένες νομικές έννοιες που θα ρυθμίζουν όλες τις πτυχές των αθέμιτων εμπορικών πρακτικών σε όλη την ΕΕ. [...] (14) Επιδίωξη είναι οι παραπληθυντικές εμπορικές πρακτικές να καλύπτουν εκείνες τις πρακτικές, συμπεριλαμβανομένης της παραπληθυντικής διαφήμισης, οι οποίες εξαπατούν τον καταναλωτή και τον εμποδίζουν να κάνει τεκμηριωμένη και, επομένως, αποτελεσματική επιλογή. [...]»

4. Κατά το άρθρο 1 της εν λόγω οδηγίας: «Σκοπός της παρούσας οδηγίας είναι να συμβάλει στην ορθή λειτουργία της εσωτερικής αγοράς και στην επίτευξη υψηλού επιπέδου προστασίας των καταναλωτών με την προσέγγιση των νομοθετικών, κανονιστικών και διοικητικών διατάξεων των κρατών μελών για τις αθέμιτες εμπορικές πρακτικές που βλάπτουν τα οικονομικά συμφέροντα των καταναλωτών.»

5. Το άρθρο 2 της ίδιας οδηγίας έχει ως εξής: «Για τους σκοπούς της παρούσας οδηγίας, νοούνται ως: α) “καταναλωτής”: κάθε φυσικό πρόσωπο το οποίο, όσον αφορά τις εμπορικές πρακτικές που καλύπτει η παρούσα οδηγία, ενεργεί για λόγους οι οποίοι δεν εμπίπτουν στην εμπορική, επιχειρημα-

τική, βιοτεχνική ή ελεύθερα επαγγελματική του δραστηριότητα· β) “εμπορευόμενος”: κάθε φυσικό ή νομικό πρόσωπο το οποίο, όσον αφορά τις εμπορικές πρακτικές που καλύπτει η παρούσα οδηγία, ενεργεί για σκοπούς οι οποίοι σχετίζονται με την εμπορική, επιχειρηματική, βιοτεχνική ή ελεύθερα επαγγελματική του δραστηριότητα και κάθε πρόσωπο το οποίο ενεργεί εξ ονόματος ή για λογαριασμό του εμπορευόμενου· γ) “προϊόν”: κάθε αγαθό ή υπηρεσία [...]· δ) “εμπορικές πρακτικές των επιχειρήσεων προς τους καταναλωτές” (οι οποίες αναφέρονται στο εξής και ως “εμπορικές πρακτικές”): κάθε πράξη, παράλειψη, τρόπος συμπεριφοράς ή εκπροσώπησης, εμπορική επικοινωνία, συμπεριλαμβανομένης της διαφήμισης και του μάρκετινγκ, ενός εμπορευόμενου, άμεσα συνδεδεμένη με την προώθηση, πώληση ή προμήθεια ενός προϊόντος σε καταναλωτές: [...]».

6. Το άρθρο 3, παράγραφος 1, της οδηγίας για τις αθέμιτες εμπορικές πρακτικές ορίζει τα εξής: «Η παρούσα οδηγία ισχύει για τις αθέμιτες εμπορικές πρακτικές των επιχειρήσεων προς τους καταναλωτές, όπως αυτές θεσπίζονται στο άρθρο 5, πριν, κατά τη διάρκεια και ύστερα από εμπορική συναλλαγή σχετιζόμενη με ένα συγκεκριμένο προϊόν.»

7. Το άρθρο 5 της οδηγίας αυτής, το οποίο επιγράφεται «Απαγόρευση αθέμιτων εμπορικών πρακτικών», έχει ως εξής: «1. Απαγορεύονται οι αθέμιτες εμπορικές πρακτικές. 2. Μια εμπορική πρακτική είναι αθέμιτη όταν: α) είναι αντίθετη προς τις απαιτήσεις επαγγελματικής ευσυνειδησίας, και β) στρεβλώνει ουσιαστικά ή ενδέχεται να στρεβλώσει ουσιαστικά την οικονομική συμπεριφορά του μέσου καταναλωτή στον οποίο φθάνει ή στον οποίο απευθύνεται το προϊόν ή του μέσου μέλους της ομάδας, όταν μια εμπορική πρακτική απευθύνεται σε μια συγκεκριμένη ομάδα καταναλωτών. [...] 4. Ιδιαίτερως, εμπορικές πρακτικές είναι αθέμιτες όταν: α) είναι παραπληθυντικές όπως καθορίζεται στα άρθρα 6 και 7, [...]».

8. Το άρθρο 6, παράγραφος 1, της ίδιας οδηγίας ορίζει τα εξής: «Μια εμπορική πρακτική θεωρείται παραπληθυντική όταν περιλαμβάνει εσφαλμένες πληροφορίες και είναι επομένως αναληθής ή όταν, με οποιονδήποτε τρόπο, συμπεριλαμβανομένης της συνολικής παρουσίας της, εξαπατά ή ενδέχεται να εξαπατήσει τον μέσο καταναλωτή, ακόμα και εάν οι πληροφορίες είναι, αντικειμενικά, ορθές όσον αφορά ένα ή περισσότερα από τα στοιχεία τα οποία παρατίθενται κατωτέρω και, ούτως ή άλλως, τον οδηγεί ή ενδέχεται να τον οδηγήσει να λάβει απόφαση συναλλαγής την οποία, διαφορετικά, δεν θα ελάμβανε: [...]».

Το γερμανικό δίκαιο

9. Η οδηγία για τις αθέμιτες εμπορικές πρακτικές έχει μεταφερθεί στη γερμανική έννομη τάξη με τον νόμο κατά του αθέμιτου ανταγωνισμού (Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, *BGBI.* 2004 I, σ. 1414, στο εξής: UWG).

10. Το άρθρο 2 του UWG ορίζει τα ακόλουθα: «(1) Για τους σκοπούς του παρόντος νόμου νοείται ως: 1. “εμπορική πρακτική”: κάθε πράξη την οποία τελεί ένα πρόσωπο προς όφελος της δικής του ή ξένης επιχειρήσεως πριν, κατά ή μετά την πραγματοποίηση εμπορικής συναλλαγής και η οποία συναρτάται αντικειμενικά προς την προώθηση των πωλήσεων ή της προμήθειας αγαθών ή υπηρεσιών ή προς τη σύναψη ή προς την εκτέλεση συμβάσεως που έχει ως αντικείμενο αγαθά ή υπηρεσίες· μεταξύ των αγαθών περιλαμβάνονται επίσης τα ακίνητα και μεταξύ των υπηρεσιών τα δικαιώματα και οι υποχρεώσεις· [...] 6. “επαγγελματίας”: κάθε φυσικό ή νομικό πρόσωπο το οποίο εφαρμόζει εμπορικές πρακτικές στο πλαίσιο εμπορικής, βιομηχανικής, βιοτεχνικής ή ελεύθερα επαγγελματικής δραστηριότητας και κάθε πρόσωπο το οποίο ενεργεί στο όνομα ή για λογαριασμό του επαγγελματία: [...]».

Η διαφορά της κύριας δίκης και το προδικαστικό ερώτημα

11. Το ΒΚΚ είναι ταμείο ασφαλίσεως υγείας του γερμανικού συστήματος υποχρεωτικής ασφαλίσεως, το οποίο έχει συσταθεί υπό μορφή οργανισμού διεπόμενου από το δημόσιο δίκαιο.

12. Η Wettbewerbszentrale, με αγωγή που άσκησε ενώπιον του πρωτοβάθμιου δικαστηρίου, ζήτησε να υποχρεωθεί το ΒΚΚ να παύσει τη διάδοση των κάτωθι στοιχείων τα οποία είχε αναρτήσει στην ιστοσελίδα του τον Δεκεμβρίου του 2008: «Όποιος εγκαταλείπει τώρα το ΒΚΚ [...], δεσμεύεται με το επόμενο [ταμείο υποχρεωτικής ασφαλίσεως υγείας] για τους επόμενους 18 μήνες. Έτσι χάνει τις ελκυστικές προσφορές που του προτείνει το ΒΚΚ [...] για τον επόμενο χρόνο και στο τέλος θα υποχρεωθεί πιθανώς να πληρώσει περισσότερα χρήματα, εάν το ποσό που έχει καταβάλει στο νέο του ταμείο δεν επαρκεί και, για τον λόγο αυτόν, του ζητηθεί πρόσθετη εισφορά.»

13. Η Wettbewerbszentrale έχει την άποψη ότι τα επίμαχα πληροφοριακά στοιχεία είναι παραπλανητικά και ότι, ως εκ τούτου, απαγορεύονται τόσο από την οδηγία για τις αθέμιτες εμπορικές πρακτικές όσο και από το δίκαιο του αθέμιτου ανταγωνισμού. Ειδικότερα, το ΒΚΚ απσιώπησε το γεγονός ότι, σε περίπτωση που ζητηθεί πρόσθετη εισφορά, ο γερμανικός νόμος παρέχει στον ασφαλισμένο ειδικό δικαίωμα καταγγελίας.

14. Ως εκ τούτου, η Wettbewerbszentrale, με το από 17 Δεκεμβρίου 2008 έγγραφο εξώδικης διαμαρτυρίας, ζήτησε από το ΒΚΚ να παύσει τη διάδοση των ως άνω πληροφοριακών στοιχείων και να υπογράψει σχετική δήλωση, που να προβλέπει ποινή σε περίπτωση μη συμμορφώσεως, καθώς και να της αποδώσει τα εξώδικα έξοδα.

15. Κατόπιν τούτου, το ΒΚΚ απέσυρε τα επίμαχα πληροφοριακά στοιχεία από την ιστοσελίδα του. Με το από 6 Ιανουαρίου 2009 έγγραφο, αναγνώρισε ότι είχε αναρτήσει ανακριβή πληροφοριακά στοιχεία στην ιστοσελίδα του και ότι δεσμευόταν να μην προβεί σε εμπορική προώθηση των υπηρεσιών του μέσω ανακοινώσεων με το επίμαχο περιεχόμενο. Αντιθέτως, το ΒΚΚ δήλωσε ότι δεν ήταν διατεθειμένο να απευθύνει στη Wettbewerbszentrale τη ζητηθείσα δήλωση, που να προβλέπει ποινή σε περίπτωση μη συμμορφώσεως, ή να αναλάβει τα εξώδικα έξοδα.

16. Κατά το ΒΚΚ, ούτε οι διατάξεις του UWG ούτε οι διατάξεις της οδηγίας για τις αθέμιτες εμπορικές πρακτικές έχουν εφαρμογή στη διαφορά της κύριας δίκης. Όπως προκύπτει από το άρθρο 2, στοιχείο δ', αυτής, η εν λόγω οδηγία εφαρμόζεται μόνον επί «εμπορικών πρακτικών» «εμπορευόμενων» κατά την έννοια του άρθρου 2, στοιχείο β', της ίδιας οδηγίας, το δε γράμμα του άρθρου 2, παράγραφος 1, σημεία 1 και 6, του UWG είναι κατ' ουσίαν πανομοιότυπο με το γράμμα των ως άνω διατάξεων της προαναφερθείσας οδηγίας. Τα κριτήρια όμως αυτά δεν πληρούνται εν προκειμένω, δεδομένου ότι το ΒΚΚ, ως διεπόμενος από το δημόσιο δίκαιο οργανισμός, δεν επιδιώκει κερδοσκοπικό σκοπό.

17. Το πρωτοβάθμιο δικαστήριο υποχρέωσε το ΒΚΚ να παύσει, επ' απειλή αστικών κυρώσεων, τη διάδοση των επίμαχων πληροφοριακών στοιχείων για διαφημιστικούς σκοπούς ή στο πλαίσιο του ανταγωνισμού και να καταβάλει στη Wettbewerbszentrale το ποσό των 208,65 ευρώ συν τόκους.

18. Η έφεση που άσκησε το ΒΚΚ κατά της πρωτόδικης αποφάσεως απορρίφθηκε. Με την αίτηση αναίρεσεως την οποία άσκησε κατόπιν άδειας του δευτεροβάθμιου δικαστηρίου, το ΒΚΚ ζητεί την απόρριψη της αγωγής της Wettbewerbszentrale.

19. Το Bundesgerichtshof εκτιμά ότι τα περιλαμβανόμενα στη διαφήμιση του ΒΚΚ πληροφοριακά στοιχεία αποτελούν παραπλανητική πρακτική, κατά την έννοια της οδηγίας για τις

αθέμιτες εμπορικές πρακτικές, η οποία θα έπρεπε, κατά την άποψή του, να απαγορευτεί ως παράβαση του UWG.

20. Εντούτοις, για να μπορεί να διαπιστωθεί η παράβαση αυτή, η επίμαχη πρακτική θα πρέπει οπωσδήποτε να μπορεί να εξεταστεί υπό το πρίσμα των διατάξεων της εν λόγω οδηγίας επί της οποίας στηρίζεται ο UWG.

21. Ωστόσο, δεν προκύπτει με βεβαιότητα ότι η οδηγία για τις αθέμιτες εμπορικές πρακτικές πρέπει να ερμηνεύεται υπό την έννοια ότι φορέας, όπως το ΒΚΚ, ο οποίος έχει τη μορφή οργανισμού διεπόμενου από το δημόσιο δίκαιο και είναι επιφορτισμένος με καθήκοντα του συστήματος υποχρεωτικής ασφαλίσεως υγείας ενήργησε ως «επιχείρηση» προβαίνοντας στη διάδοση των επικρινόμενων στοιχείων. Ειδικότερα, θα μπορούσε να υποστηριχθεί ότι ένας τέτοιος οργανισμός δεν ασκεί οικονομική δραστηριότητα, αλλά επιδιώκει την επίτευξη σκοπού αποκλειστικώς κοινωνικού χαρακτήρα.

22. Υπό τις συνθήκες αυτές, το Bundesgerichtshof ανέστειλε την ενώπιόν του διαδικασία και υπέβαλε στο Δικαστήριο το ακόλουθο προδικαστικό ερώτημα: «Έχει το άρθρο 3, παράγραφος 1, σε συνδυασμό με το άρθρο 2, στοιχείο δ', της [οδηγίας για τις αθέμιτες εμπορικές πρακτικές] την έννοια ότι ως πράξη εμπορευόμενου (η οποία εμφανίζεται ως εμπορική πρακτική μιας επιχειρήσεως προς τους καταναλωτές) μπορεί να χαρακτηρίζεται και η πράξη με την οποία ένα ταμείο υποχρεωτικής ασφαλίσεως υγείας παρέχει στους ασφαλισμένους του (παραπλανητικά) στοιχεία ως προς τα μειονεκτήματα που θα συνεπαγόταν η υπαγωγή τους σε διαφορετικό ταμείο υποχρεωτικής ασφαλίσεως υγείας;»

Επί του προδικαστικού ερωτήματος

23. Προκαταρκτικώς, επισημαίνεται ότι, όπως προκύπτει από τη δικογραφία, το Bundesgerichtshof εκτιμά ότι τα πληροφοριακά στοιχεία που αποτελούν αντικείμενο της διαφοράς της κύριας δίκης πρέπει να χαρακτηριστούν ως παραπλανητική πρακτική κατά την έννοια του άρθρου 6, παράγραφος 1, της οδηγίας για τις αθέμιτες εμπορικές πρακτικές, πρακτική την οποία προτίθεται να απαγορεύσει κατά τα οριζόμενα στο άρθρο 5, παράγραφος 1, της οδηγίας αυτής καθώς και του UWG.

24. Εντούτοις, το αιτούν δικαστήριο διερωτάται συναφώς αν ο φορέας από τον οποίο προέρχονται τα εν λόγω πληροφοριακά στοιχεία, εν προκειμένω το ΒΚΚ, εμπίπτει στο υποκειμενικό πεδίο εφαρμογής της εν λόγω οδηγίας, παρά το γεγονός ότι ο φορέας αυτός έχει την ιδιότητα οργανισμού διεπόμενου από το δημόσιο δίκαιο και επιφορτισμένου με ορισμένη αποστολή γενικού συμφέροντος, όπως η διαχείριση συστήματος υποχρεωτικής ασφαλίσεως υγείας.

25. Προκειμένου να κριθεί αν ένας εθνικός οργανισμός, όπως το ΒΚΚ, ο οποίος υπόκειται σε καθεστώς δημοσίου δικαίου και είναι επιφορτισμένος με τη διαχείριση συστήματος υποχρεωτικής ασφαλίσεως υγείας πρέπει να λογίζεται ως «επιχείρηση» κατά την έννοια της οδηγίας για τις αθέμιτες εμπορικές πρακτικές και αν, υπ' αυτή την ιδιότητα, υπόκειται στις επιβαλλόμενες από την οδηγία αυτή απαιτήσεις στην περίπτωση κατά την οποία παρέχει, όπως εν προκειμένω, παραπλανητικά πληροφοριακά στοιχεία στους ασφαλισμένους του, υπενθυμίζεται ευθύς εξ αρχής ότι, κατά πάγια νομολογία του Δικαστηρίου, από τις επιταγές τόσο της ομοίμορφης εφαρμογής του δικαίου της Ένωσης όσο και της αρχής της ισότητας προκύπτει ότι το γράμμα διατάξεως του δικαίου της Ένωσης, η οποία δεν παρέμεινε ρητώς στο δίκαιο των κρατών μελών για τον καθορισμό της έννοιας και του περιεχομένου της, πρέπει κατά κανόνα να ερμηνεύεται, σε ολόκληρη την Ένωση, με αυτοτελή και ενιαίο τρόπο, ο οποίος πρέπει να αναζητείται λαμβανομένων υπόψη του πλαισίου της διατάξεως και του σκοπού της οικείας ρυθμίσεως (βλ., μεταξύ άλλων, αποφάσεις της 19ης Σεπτεμβρίου

ου 2000, C287/98, Linster, Συλλογή 2000, σ. 16917, σκέψη 43· της 11ης Μαρτίου 2003, C40/01, Ansul, Συλλογή 2003, σ. 12439, σκέψη 26, και της 30ής Ιουνίου 2011, C-271/10, VEWA, Συλλογή 2011, σ. I-5815, σκέψη 25).

26. Κατά συνέπεια, ο νομικός χαρακτηρισμός, το νομικό καθεστώς καθώς και τα ειδικά χαρακτηριστικά του επίμαχου οργανισμού βάσει του εθνικού δικαίου δεν ασκούν επιρροή στην ερμηνεία της εν λόγω οδηγίας από το Δικαστήριο και στην απάντηση που πρόκειται αυτό να δώσει στο προδικαστικό ερώτημα που του έχει υποβάλει το αιτούν δικαστήριο.

27. Προκειμένου να δοθεί τέτοια απάντηση, επιβάλλεται η διαπίστωση ότι, μολονότι η οδηγία για τις αθέμιτες εμπορικές πρακτικές χρησιμοποιεί σταθερά τον όρο «καταναλωτής», εντούτοις χρησιμοποιεί τον όρο «επιχείρηση» ή τον όρο «εμπορευόμενος» για να κατονομάσει τον αντισυμβαλλόμενο σε μια εμπορική συναλλαγή που αφορά ορισμένο προϊόν.

28. Ειδικότερα, κατά το άρθρο 3, παράγραφος 1, αυτής, η εν λόγω οδηγία «ισχύει για τις αθέμιτες εμπορικές πρακτικές των επιχειρήσεων προς τους καταναλωτές [...] πριν, κατά τη διάρκεια και ύστερα από εμπορική συναλλαγή [...]».

29. Κατά δε το άρθρο 2, στοιχείο δ', της ίδιας οδηγίας ως «εμπορικές πρακτικές των επιχειρήσεων προς τους καταναλωτές» νοούνται «κάθε πράξη, παράληψη, τρόπος συμπεριφοράς ή εκπροσώπησης, εμπορική επικοινωνία, συμπεριλαμβανομένης της διαφήμισης και του μάρκετινγκ, ενός εμπορευόμενου, άμεσα συνδεδεμένη με την προώθηση, πώληση ή προμήθεια ενός προϊόντος σε καταναλωτές». Ως «προϊόν», κατά το ίδιο άρθρο, στοιχείο γ', νοείται κάθε αγαθό ή υπηρεσία, χωρίς να εξαιρείται οποιοσδήποτε τομέας δραστηριοτήτων.

30. Κατά το εν λόγω άρθρο 2, στοιχείο β', ως «εμπορευόμενος» νοείται «κάθε φυσικό ή νομικό πρόσωπο το οποίο, όσον αφορά τις εμπορικές πρακτικές που καλύπτει η [ίδια] οδηγία, ενεργεί για σκοπούς οι οποίοι σχετίζονται με την εμπορική, επιχειρηματική, βιοτεχνική ή ελευθέρια επαγγελματική του δραστηριότητα και κάθε πρόσωπο το οποίο ενεργεί εξ ονόματος ή για λογαριασμό του εμπορευόμενου».

31. Κατόπιν των ανωτέρω, πρέπει να γίνει δεκτό ότι, για τους σκοπούς εφαρμογής της οδηγίας για τις αθέμιτες εμπορικές πρακτικές, οι δύο όροι, «επιχείρηση» και «εμπορευόμενος», έχουν το ίδιο νοηματικό περιεχόμενο και την ίδια νομική εμβέλεια. Κατά τα λοιπά, ο δεύτερος από τους ανωτέρω όρους χρησιμοποιείται συχνότερα στις διατάξεις της οδηγίας αυτής.

32. Συναφώς, όπως σαφώς προκύπτει από τη διατύπωση του άρθρου 2, στοιχείο β', της οδηγίας για τις αθέμιτες εμπορικές πρακτικές, ο νομοθέτης της Ένωσης προέκρινε έναν ιδιαίτερο ευρύ ορισμό της έννοιας «εμπορευόμενος», ο οποίος καλύπτει «κάθε φυσικό ή νομικό πρόσωπο» εφόσον αυτό ασκεί μια αμειβόμενη δραστηριότητα, και δεν αποκλείει από το πεδίο εφαρμογής της οδηγίας φορείς που είναι επιφορτισμένοι με ορισμένη αποστολή γενικού συμφέροντος ή φορείς που υπόκεινται σε νομικό καθεστώς δημοσίου δικαίου.

33. Επιπροσθέτως, λαμβανομένου υπόψη του γράμματος των ορισμών που περιλαμβάνονται στο άρθρο 2, στοιχεία α' και β', της εν λόγω οδηγίας, η έννοια και το περιεχόμενο του όρου «εμπορευόμενος» κατά τη διάταξη αυτή πρέπει να καθορίζονται σε σχέση με τη σύστοιχη πηλη όμως αντιθετική έννοια του «καταναλωτή», η οποία καλύπτει κάθε ιδιώτη ο οποίος δεν αναπτύσσει εμπορικές ή επαγγελματικές δραστηριότητες (βλ., κατ' αναλογία, απόφαση της 19ης Ιανουαρίου 1993, C89/91, Shearson Lehman Hutton, Συλλογή 1993, σ. I139, σκέψη 22).

34. Πάντως, όπως προκύπτει, μεταξύ άλλων, από το άρθρο 1 και από την αιτιολογική σκέψη της 23, η οδηγία για τις αθέμιτες εμπορικές πρακτικές αποσκοπεί στη διασφάλιση ενός κοινού υψηλού επιπέδου προστασίας των καταναλωτών προβαίνοντας σε πλήρη εναρμόνιση των κανόνων περί αθέμιτων εμπορικών πρακτικών, συμπεριλαμβανομένης της αθέμιτης

διαφήμισης των εμπορευόμενων έναντι των καταναλωτών, οι οποίες βλάπτουν τα οικονομικά συμφέροντα των καταναλωτών (βλ., επ' αυτού, απόφαση της 9ης Νοεμβρίου 2010, C540/08, Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag, Συλλογή 2010, σ. I10909, σκέψη 27).

35. Ο επιδιωκόμενος με την οδηγία για τις αθέμιτες εμπορικές πρακτικές σκοπός, ο οποίος συνίσταται στην πλήρη προστασία των καταναλωτών από πρακτικές αυτής της φύσεως, στηρίζεται στη διαπίστωση ότι, σε σχέση με τον εμπορευόμενο, ο καταναλωτής βρίσκεται σε πιο αδύναμη θέση, καθόσον είναι κατά τεκμήριο ασθενέστερος οικονομικά και έχει μικρότερη πείρα, από νομικής απόψεως, σε σύγκριση με τον αντισυμβαλλόμενο του (βλ., κατ' αναλογία, προαναφερθείσα απόφαση Shearson Lehman Hutton, σκέψη 18).

36. Επίσης, το Δικαστήριο έχει κρίνει ότι, για την ερμηνεία της εν λόγω οδηγίας, η έννοια του όρου «καταναλωτής» έχει πρωταρχική σημασία και ότι οι διατάξεις αυτής έχουν διαμορφωθεί με γνώμονα τη θέση του καταναλωτή ως αποδέκτη αθέμιτων εμπορικών πρακτικών (βλ., επ' αυτού, αποφάσεις της 12ης Μαΐου 2011, C122/10, Ving Sverige, Συλλογή 2011, σ. I3903, σκέψεις 22 και 23, καθώς και της 19ης Σεπτεμβρίου 2013, C435/11, CHS Tour Services, σκέψη 43).

37. Πάντως, σε περίπτωση όπως αυτή της κύριας δίκης, υφίσταται κίνδυνος η εκ μέρους του ΒΚΚ διάδοση παραπληθικών στοιχείων να οδηγήσει τους ασφαλισμένους του οργανισμού αυτού, οι οποίοι πρέπει ασφαλώς να χαρακτηριστούν ως καταναλωτές κατά την έννοια της οδηγίας για τις αθέμιτες εμπορικές πρακτικές, σε λανθασμένες επιλογές, εμποδίζοντάς τους να λάβουν τεκμηριωμένη απόφαση (βλ. αιτιολογική σκέψη 14 της οδηγίας αυτής) και ωθώντας τους στη λήψη αποφάσεως την οποία δεν θα ελάμβαναν αν δεν υφίσταντο τα εν λόγω στοιχεία, όπως ορίζει το άρθρο 6, παράγραφος 1, της ίδιας οδηγίας. Στο πλαίσιο αυτό, άνευ σημασίας είναι το νομικό καθεστώς, δημοσίου ή ιδιωτικού δικαίου, του επίμαχου οργανισμού καθώς και η ειδική αποστολή με την οποία αυτός είναι επιφορτισμένος.

38. Λαμβανομένων υπόψη των ανωτέρω, πρέπει να γίνει δεκτό ότι οργανισμός όπως το ΒΚΚ έχει την ιδιότητα του «εμπορευόμενου» κατά την έννοια της εν λόγω οδηγίας.

39. Πράγματι, η ανωτέρω ερμηνεία είναι η μόνη που μπορεί να εγγυηθεί την πλήρη αποτελεσματικότητα της οδηγίας για τις αθέμιτες εμπορικές πρακτικές, διασφαλίζοντας, σύμφωνα με την επιταγή περί υψηλού επιπέδου προστασίας των καταναλωτών, την αποτελεσματική πάταξη των αθέμιτων εμπορικών πρακτικών.

40. Η ερμηνεία αυτή τελεί επίσης σε αρμονία με το ευρύτατο περιεχόμενο που έχει αναγνωριστεί στην εν λόγω οδηγία όσον αφορά το καθ' ύλην πεδίο εφαρμογής της (βλ., επ' αυτού, προαναφερθείσα απόφαση Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag, σκέψη 21).

41. Δεδομένου του συνόλου των ανωτέρω εκτιμήσεων, στο υποβληθέν προδικαστικό ερώτημα πρέπει να δοθεί η απάντηση ότι η οδηγία για τις αθέμιτες εμπορικές πρακτικές έχει την έννοια ότι στο υποκειμενικό πεδίο εφαρμογής της εμπίπτει οργανισμός διεπόμενος από το δημόσιο δίκαιο και επιφορτισμένος με ορισμένη αποστολή γενικού συμφέροντος, όπως η διαχείριση συστήματος υποχρεωτικής ασφαλίσεως υγείας. [...]

Για τους λόγους αυτούς, το Δικαστήριο (πρώτο τμήμα) αποφαινεται: Η οδηγία 2005/29/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 11ης Μαΐου 2005, για τις αθέμιτες εμπορικές πρακτικές των επιχειρήσεων προς τους καταναλωτές στην εσωτερική αγορά και για την τροποποίηση της οδηγίας 84/450/ΕΟΚ του Συμβουλίου, των οδηγιών 97/7/ΕΚ, 98/27/ΕΚ και 2002/65/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου και του κανονισμού (ΕΚ) 2006/2004 του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου (οδηγία για τις

αθέμιτες εμπορικές πρακτικές), έχει την έννοια ότι στο υποκειμενικό πεδίο εφαρμογής της εμπίπτει οργανισμός διεπόμενος από το δημόσιο δίκαιο και επιφορτισμένος με ορισμένη αποστολή γενικού συμφέροντος, όπως η διαχείριση συστήματος υποχρεωτικής ασφάλισης υγείας.

ΠΑΡΑΤΗΡΗΣΕΙΣ

I. Η σχολιαζόμενη απόφαση του ΔικΕΕ είναι εξαιρετικά ενδιαφέρουσα και σημαντική. Εντάσσει κατ' αποτέλεσμα ένα νομικό πρόσωπο δημοσίου δικαίου, ταμείο ασφάλισης υγείας του γερμανικού συστήματος υποχρεωτικής ασφάλισης και δημόσιος οργανισμός που διέπεται από το γερμανικό δίκαιο, στην έννοια της επιχειρήσεως ή του εμπορευόμενου με την έννοια της Οδηγίας 2005/29 για τις αθέμιτες εμπορικές πρακτικές. Το ΔικΕΕ είχε να κρίνει στο πλαίσιο ενός προδικαστικού ερωτήματος αν η παραπληρωτική διαφήμιση στην οποία προέβη ο δημόσιος αυτός οργανισμός, επιφορτισμένος με ορισμένη αποστολή γενικού συμφέροντος, όπως είναι ένα ταμείο ασφάλισης υγείας, εμπίπτει στην έννοια της αθέμιτης εμπορικής πρακτικής. Πρόκριμα του ερωτήματος αυτού ήταν ο αν προβιάνων στην διαφήμιση δημόσιος οργανισμός δύναται να θεωρηθεί «εμπορευόμενος» κατά την έννοια της Οδηγίας 2005/29 για τις αθέμιτες εμπορικές πρακτικές.

II. Επειδή η Οδηγία αυτή είναι πλέον ο αδιαμφισβήτητος πυρήνας και πυλώνας του ενωσιακού δικαίου του αθέμιτου ανταγωνισμού, τουλάχιστον στο επίπεδο επιχειρήσεως καταναλωτή (B2C) και ανακλαστικά στο επίπεδο επιχειρήσεως προς επιχείρηση (B2B), η θέση αυτή του ΔικΕΕ ισοδυναμεί με την εφαρμογή του αθέμιτου ανταγωνισμού και σε κάθε δημόσια επιχείρηση ή κρατικό οργανισμό, εφόσον τα νομικά αυτά πρόσωπα προβιάνουν σε μια αθέμιτη εμπορική πρακτική με την έννοια της Οδηγίας. Η ριζοσπαστική απόφαση αυτή του ΔικΕΕ διευρύνει την έννοια της επιχειρήσεως υπό το δίκαιο της προστασίας του καταναλωτή και το δίκαιο του αθέμιτου ανταγωνισμού. Υιοθετείται πλέον μια ενιαία έννοια της επιχειρήσεως και στους τρεις βασικούς κλάδους που ρυθμίζουν την συμπεριφορά των επιχειρήσεων στην αγορά.

III. Ως «εμπορευόμενος» (trader, *Gerwerbetreibende, professionel*) «επιχείρηση» (φορέας επιχειρήσεως) και συνεκδοχικά επιχείρηση ορίζεται κατά το νομοθετικό ορισμό του άρθρου 2 στοιχ. β' Οδηγίας «*κάθε φυσικό ή νομικό πρόσωπο, το οποίο, όσον αφορά τις εμπορικές πρακτικές που καλύπτει η παρούσα οδηγία, ενεργεί για σκοπούς οι οποίοι σχετίζονται με την εμπορική, επιχειρηματική βιοτεχνική ή ελευθέρια επαγγελματική του δραστηριότητα και κάθε πρόσωπο το οποίο ενεργεί εξ ονόματος ή για λογαριασμό του εμπορευόμενου*». Ο ορισμός αυτός υπό την ταυτόσημη έννοια του «προμηθευτή» αποτυπώνεται και στο άρθρο 9α στοιχ. β ν. 2251/1994 για την προστασία των καταναλωτών.

Το ΔικΕΕ ρητά εξισώνει την έννοια του εμπορευόμενου προς την έννοια της επιχειρήσεως υπό την Οδηγία 2005/29 (σκέψη 31). Υιοθετεί εν προκειμένω μια αμιγώς λειτουργική προσέγγιση. Υπό αυτήν, στην έννοια της επιχειρήσεως περιλαμβάνεται κάθε ένας, φυσικό ή νομικό πρόσωπο, που ενεργεί οικονομικά, δηλ. δραστηριοποιείται αυτόνομα στην αγορά, παράγοντας ή διαθέτοντας «αγαθά» με αντίλλαγμα (πάγια νομολογία ΔΕΚ από την αποφ. από 23.4.1991, υποθ. C-41/90, Höfner, σκέψη 21). Ενδιαφέρει η οικονομική («επιχειρηματική») δραστηριότητά του και όχι η νομική μορφή και η βαθμίδα της αγοράς στην οποία αναπτύσσει την δραστηριότητα αυτή. Η έννοια της επιχειρήσεως ή του εμπορευόμενου ερμηνεύεται από το ΔικΕΕ δισταχτικά, ήτοι ως κάθε υποκείμενο («κάθε φυσικό ή νομικό πρόσωπο, εφόσον αυτό ασκεί μια αμειβόμενη δραστηριότητα»), χωρίς να αποκλείει από το πεδίο εφαρμογής της «*φορείς που είναι επιφορτισμένοι με ορισμένη αποστολή γενικού συμφέροντος ή φορείς που υπόκεινται σε καθεστώς δημοσίου δικαίου*» (σκέψη 32). Το ερμηνευτικό αυτό αποτέλεσμα είναι απότοκος αφενός μιας τελολογικής προσεγγίσεως σύμφωνα με την Οδηγία (άρθρο 2 στοιχ. β Οδηγίας 2005/29) και της συνδέσεως με την

επίσης ευρεία έννοια του καταναλωτή (σκέψεις 33 επ.). Αφετέρου συνάγεται υπό το πρόσχημα της αποτελεσματικής εφαρμογής της Οδηγίας 2005/29 (σκέψη 39) και της «πλήρους προστασίας των καταναλωτών» από αθέμιτες εμπορικές πρακτικές (σκέψη 35).

Επιχείρηση με την έννοια της Οδηγίας 2005/29 είναι «*κάθε φυσικό ή νομικό πρόσωπο, το οποίο, όσον αφορά τις εμπορικές πρακτικές που καλύπτει η παρούσα οδηγία, ενεργεί για σκοπούς οι οποίοι σχετίζονται με την εμπορική, επιχειρηματική βιοτεχνική ή ελευθέρια επαγγελματική του δραστηριότητα*» (πρβλ. ενδεικτικά ΔΕΚ αποφ. από 11.3.2003, υποθ. C-40/01 Ansul BV σκέψη 26). Ομοίως την ίδια προσέγγιση υιοθετεί και η Οδηγία 2011/83/ΕΕ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, σχετικά με τα δικαιώματα των καταναλωτών. Θεωρείται «έμπορος»: «*κάθε φυσικό πρόσωπο ή κάθε νομικό πρόσωπο, ανεξάρτητα από το εάν διέπεται από το ιδιωτικό ή δημόσιο δίκαιο, το οποίο ενεργεί, ακόμη και μέσω κάθε άλλου προσώπου ενεργούτος εξ ονόματός του ή για λογαριασμό του, για σκοπούς οι οποίοι σχετίζονται με τις εμπορικές, επιχειρηματικές, βιοτεχνικές ή επαγγελματικές δραστηριότητές του σε σχέση με συμβάσεις καλυπτόμενες από την παρούσα οδηγία*» (άρθρο 2 στοιχ. 2).

V. Η ευρύτερη αυτή ερμηνεία συνεπάγεται μια οικονομική δραστηριότητα με σημείο αναφορά την αγορά και είναι αυτόνομη έννοια του ενωσιακού δικαίου, αντικείμενο αυθεντικής ερμηνείας από το ΔικΕΕ. Κατά την ενωσιακή νομολογία ως οικονομική δραστηριότητα θεωρείται κάθε δραστηριότητα που συνίσταται στην προσφορά αγαθών και υπηρεσιών σε μια αγορά (ενδεικτικά ΔΕΚ, αποφ. από 11.9.2006, υποθ. C-205/03P, FENIN, σκέψη 25 με παραπομπές). Κρίσιμη από νομική άποψη είναι η μορφή της συμμετοχής στην αγορά, το ότι συμμετέχει στην αγορά είτε στην ζήτηση είτε στην προσφορά με «κάποια» διάρκεια και οργάνωση. Ως συμμετοχή ισχύει η δραστηριοποίηση της επιχειρήσεως σε κάθε βαθμίδα της αγοράς με στόχο την προώθηση ή την προμήθεια αγαθών. Η ίδια ερμηνεία συνεχεται με την ευρεία επίσης έννοια των εμπορικών πρακτικών κατά την Οδηγία 2005 (ενδεικτικά ΔικΕΕ αποφ. από 11.9.2013, υποθ. C-657/11, Belgian Electronic Technology, σκέψεις 37/38), αλλά και του «προϊόντος», την οποία υπογραμμίζει το ΔικΕΕ (σκέψη 29).

VI. Υπό το πρίσμα αυτό είναι αυτόνομο ότι καλύπτει, όπως δέχεται το ΔικΕΕ κάθε επιχείρηση, ιδιωτικού ή δημοσίου δικαίου, αδιαφόρως του νομικού καθεστώτος της και της ειδικής αποστολής με την οποία έχει επιφορτισθεί (σκέψη 37) ή αν έχει επιφορτισθεί με αποστολή γενικού συμφέροντος, όπως η διαχείριση συστήματος υποχρεωτικής ασφάλισης υγείας (σκέψη 41). Για τον ίδιο λόγο θα είναι νομικά αδιάφορο αν η σχέση του δημοσίου οργανισμού προς τους αποδέκτες των υπηρεσιών ή προϊόντων του ή χρήστες του διαπλάσσεται κατά το εσωτερικό δίκαιο ως σχέση δημοσίου ή ιδιωτικού δικαίου (*Köhler/Bornkamp, UWG Kommentar, München, 31. Aufl. 2013, § 4 Rdn 13*).

Κατ' αποτέλεσμα η απόφαση μεταφέρει στο δίκαιο του αθέμιτου ανταγωνισμού ό,τι ισχύει και στο δίκαιο κατά των περιορισμών του ανταγωνισμού, ήτοι την αρχή της ίσης μεταχειρίσεως μεταξύ ιδιωτικών και δημοσίων επιχειρήσεων. Δημόσιες επιχειρήσεις και οργανισμοί δεν απολαμβάνουν «ασυλία» από το δίκαιο του αθέμιτου ανταγωνισμού, όπως ακριβώς συμβαίνει και στο δίκαιο κατά των περιορισμών του ανταγωνισμού. Εκεί ισχύει η ισότητα ευκαιριών μεταξύ ιδιωτικών και δημοσίων επιχειρήσεων (*Marínos, NoB 2011, 1133 με παραπομπές*). Ούτε με βάση την προκειμένη απόφαση του ΔικΕΕ μπορούν να εφαρμοσθούν ελαστικότερα κριτήρια αλλά ούτε και αυστηρότερα, όταν κρίνεται υπό την σκοπιά του αθέμιτου μια εμπορική πρακτική κατά την έννοια της Οδηγίας 2005/29.

VII. Αυτόνομο σχεδόν είναι ότι εξαιρετικές δυσχέρειες παρουσιάζουν τα κριτήρια με τα οποία θα αποφασισθεί αν ορισμένη οικονομική δραστηριότητα έχει ως στόχο το κέρδος/έσοδα του δημόσιου τομέα, ιδίως αν η δραστηριότητα αυτή αναπτύσσεται με μέσα του ιδιωτικού δικαίου. Όπως υπογραμμίζει ο Γενικός Εισαγγελέας Yves Bot (σκέψη 40) «*θα πρέπει να διερευνείται η φύση της δραστηριότητας στο πλαίσιο της οποίας εντάσσεται η επίμαχη ενέργεια και να γίνεται διάκριση μεταξύ, αφενός, των ενεργειών με τις οποίες*

επιδιώκεται η επίτευξη σκοπού αποκλειστικώς κοινωνικού χαρακτήρα – και οι οποίες, ελλείψει εμπορικού χαρακτήρα, εκφεύγουν του πεδίου εφαρμογής της οδηγίας– και, αφετέρου, των πράξεων που εντάσσονται στο πλαίσιο οικονομικής ή εμπορικής δραστηριότητας, όπως η επίμαχη διαφήμιση, οι οποίες, καίτοι παρεπόμενες, ενδέχεται να εμπιπτουν στο πεδίο εφαρμογής της οδηγίας».

VIII. Ειδικότερα, στις περιπτώσεις που η επίμαχη δραστηριότητα συνδέεται είτε με την άσκηση δημόσιας εξουσίας [αποφ. από 19.1.1994, υποθ. C-364/92, SAT Fluggesellschaft (Eurocontrol), σκέψεις 28 επ.] είτε με την υλοποίηση αποστολής καθαρά κοινωνικού χαρακτήρα (ΔΕΚ αποφ. από 23.4.1991, υποθ. C-41/90, Höfner, σκέψεις 21 επ.), η δραστηριότητα αυτή δεν είναι οικονομικής φύσεως. Τότε μόνον ο κρατικός οργανισμός δεν μπορεί να χαρακτηριστεί ως «επιχείρηση» με την έννοια του δικαίου του ανταγωνισμού και της προστασίας του καταναλωτή. Αντίστροφα, όμως το γεγονός ότι ένας διεπόμενος από το δημόσιο δίκαιο οργανισμός είναι επιφορτισμένος με ορισμένη αποστολή γενικού συμφέροντος δεν συνεπάγεται κατά μείζονα λόγο ότι ο οργανισμός αυτός δεν ασκεί καμία εμπορική ή οικονομική δραστηριότητα στον οικείο τομέα της αγοράς (Γεν. Εισαγγελίας αγόρευση από 4.7.2013, υποθ. C-59/12, ΒΚΚ, σκέψη 49).

Ως εκ τούτου το γεγονός ότι ένας κρατικός οργανισμός επιτελεί υπηρεσίες κοινωνικής ωφέλειας ή έχει επιφορτισθεί με άλλη αποστολή γενικού συμφέροντος, όπως ένα ταμείο υποχρεωτικής ασφαλίσεως υγείας, δεν τον απαλλάσσει από τον έλεγχο της συμπεριφοράς του κατά το δίκαιο του αθέμιτου ανταγωνισμού και της προστασίας του καταναλωτή, όταν εφαρμόζει μια ορισμένη εμπορική πρακτική κατά την έννοια της Οδηγίας 2005/29 (Γεν. Εισαγγελίας, αγόρευση από 4.7.2013, υποθ. C-59/12, ΒΚΚ, σκέψη 55). Η συμπεριφορά στην αγορά δεν είναι ελεύθερη των χρηστών ηθών και των «κανόνων επαγγελματικής ευσυνειδήσιας» της Οδηγίας.

IX. Μια άλλη συνέπεια της «λειτουργικής» προσεγγίσεως του ΔικΕΕ είναι η ακόλουθη. Εφόσον κάθε οργανισμός δημοσίου δικαίου χρησιμοποιεί πρακτικές στις επιχειρηματικές συναλλαγές που εμπιπτουν στην έννοια της εμπορικών πρακτικών με την έννοια της Οδηγίας 2005/29, δύναται να επικαλεσθεί υπέρ του τις διατάξεις της Οδηγίας (= άρθρο 9 ν. 2251/1994, άρθρο 1 ν. 146/1914) και αντίστροφα κάθε τρίτος, έχων έννομο συμφέρον, τις ίδιες διατάξεις εναντίον του. Άρα η σχολιαζόμενη απόφαση του ΔικΕΕ επενεργεί στην ενεργητική και παθητική νομιμοποίηση δημοσίων επιχειρήσεων και οργανισμών. Μοναδική προϋπόθεση είναι να συμμετέχουν στις επιχειρηματικές συναλλαγές και να προβαίνουν είτε οι ίδιες είτε μέσω τρίτων ιδιωτικών επιχειρήσεων ή να είναι στόχος τέτοιων πρακτικών.

X. Στο ελληνικό δίκαιο η ευρύτατη αυτή έννοια της επιχειρήσεως αποτυπώνεται στην πρόσφατη, εξαιρετικής σημασίας, απόφαση του ΑΠ υπ' αριθμ. 1125/2011 (ΧρΙΔ 2013, 304). Εκεί το Δικαστήριο δέχεται ηλακωνικά με παραπομπή στην θεωρία ότι πλέον ο ν. 146/1914 εφαρμόζεται «σε κάθε επιχείρηση», χωρίς να διευκρινίζει αν πρόκειται για ιδιωτική ή δημόσια επιχείρηση ή οργανισμό. Με βάση τα πραγματικά περιστατικά της αποφάσεως ο Άρειος Πάγος ήθελε να συμπεριλάβει πρώτιστα τα ελεύθερα επαγγέλματα στην ρυθμιστική εμβέλεια του δικαίου του αθέμιτου ανταγωνισμού. Επισημαίνεται ότι μετά την μεταστέγαση του πρώην άρθρου 2α ν. 703/1997 στην σκέψη του ν. 146/1914 ως νέο άρθρο 18α (Μαρίνος, ΧρΙΔ 2011, 2011, 532 επ.) για πρώτη φορά ο ν. 146/1914 χρησιμοποιεί την έννοια της επιχειρήσεως, αν και αυτή τον διέτρεχε ήδη. Οι «εμπορικές, βιομηχανικές ή γεωργικές συναλλαγές» του άρθρου 1 ν. 146/1914 ως προϋπόθεση του πραγματικού της διατάξεως αυτής διευρύνονται κατά αποτέλεσμα στις «επιχειρηματικές συναλλαγές», άρα σε κάθε δραστηριοποίηση στην αγορά. Η μέχρι τώρα θεωρούμενη αποκλειστική απαρίθμηση τους καθίσταται απλώς ενδεικτική.

XI. Η απόφαση του ΔικΕΕ σφραγίζει την θέση ότι στο δίκαιο του αθέμιτου ανταγωνισμού υπάγεται πλέον «κάθε επιχείρηση», μεταξύ άλλων και κάθε δημόσια επιχείρηση και οργανισμός, που διέπεται εν όλω ή εν μέρει από το δημόσιο δίκαιο. Η άποψη είχε

ήδη υποστηριχθεί στην ελληνική θεωρία (Μαρίνος, Αθέμιτος ανταγωνισμός, 2η εκδ. 2009, αρ. 214 επ. και αρ. 217 επ., αρ. 219-ο ίδιος, ΕλλΔνη 2009, 1443). Αρκεί ότι το νομικό αυτό πρόσωπο δημοσίου δικαίου ή οργανισμός δραστηριοποιείται στην αγορά με δηλώσεις, πράξεις και διαφημιστικές πρακτικές («εμπορικές πρακτικές» με την έννοια της Οδηγίας 2005/29 (άρθρο 2 στοιχ. δ = άρθρο 9α στοιχ. δ' ν. 2251/1994).

Με την διατύπωση του ΔικΕΕ «ο νομικός χαρακτηρισμός, το νομικό καθεστώς καθώς και τα ειδικά χαρακτηριστικά» του εθνικού οργανισμού, δεν ασκούν έννομη επιρροή στην ενωσιακή έννοια της επιχειρήσεως/εμπορευόμενου κατά την Οδηγία 2005/29 (σκέψη 26). Επειδή δεν είναι δυνατόν στον ν. 146/1914 να χρησιμοποιείται η στενή έννοια της επιχειρήσεως είτε πριν την απόφαση του 1125/2011 του Αρείου Πάγου είτε μετά, θα πρέπει να δεχθεί κανείς την ισχύ της αποφάσεως του ΔικΕΕ αναφορικά με το πραγματικό τόσο του άρθρου 1 όσο και του άρθρου 18α ν. 146/1914.

XII. Η σχολιαζόμενη απόφαση βεβαιώνει εξάλλου ότι η έννοια του καταναλωτή υπό την Οδηγία 2005/29 είναι στενή. Καλύπτει «κάθε ιδιώτη, ο οποίος δεν αναπτύσσει εμπορικές ή επαγγελματικές δραστηριότητες» (σκέψη 33). Η ευρεία έννοια του καταναλωτή που υιοθετείται και ακολουθεί ατυχώς και ο ν. 2251/1994 δεν μπορεί να εφαρμοσθεί στις αθέμιτες εμπορικές πρακτικές.

Μιχαήλ-Θεόδωρος Δ. Μαρίνος

Άρειος Πάγος (Α' 2 Τμήμα) Αριθμ. 651/2013

Προεδρεύουσα: **Ρ. Ασημακοπούλου**, Αντιπρόεδρος ΑΠ
Εισηγήτρια: **Ρ. Ασημακοπούλου**, Αρεοπαγίτης
Δικηγόροι: **Σ. Κοκοιλιάκης, Θ. Ασπρογέρακας-Γρίβας – Δ. Ζωπτός, Ι. Καράκωστας, Γ. Λάλλης – Γ. Τρικούκης**

Πνευματική ιδιοκτησία. Εξουσίες που απορρέουν από το περιουσιακό δικαίωμα του δημιουργού. Παρουσίαση έργου στο κοινό. Η παρουσίαση ενός έργου από τηλεοπτικούς δέκτες που είναι εγκατεστημένοι σε δωμάτια ξενοδοχείου, συνιστά παρουσίαση προς ένα νέο κοινό, διαφορετικό από το κοινό της πρωτότυπης παρουσιάσεως του έργου ως εκ τούτου απαιτείται η παροχή σχετικής άδειας από τον δημιουργό. Δικαιώματα του δημιουργού σε περίπτωση έλλειψης της άδειας.

Διατάξεις: άρθρ. 1 § 1, 2 § 1, 3 § 1 και 2, 54 § 1 και 3, 55 § 2 εδ. α', 65 § 1 και 2 ν. 2121/1993· άρθρ. 81 § 1 ν. 3057/2002· άρθρ. 3 § 1 Οδηγίας 2001/29/ΕΚ· ΑΚ 57 εδ. γ', 59, 60 εδ. β', 173, 200, 914, 932

[...II. Κατά τη διάταξη του άρθρου 1 παρ. 1 του Ν. 2121/1993, οι πνευματικοί δημιουργοί, με τη δημιουργία του έργου αποκτούν πάνω σ' αυτό πνευματική ιδιοκτησία, η οποία περιλαμβάνει, ως αποκλειστικό και απόλυτο δικαίωμα, το δικαίωμα της εκμετάλλευσης του έργου (περιουσιακό δικαίωμα) και το δικαίωμα του προσωπικού τους δεσμού προς αυτό (ηθικό δικαίωμα), ενώ κατά το άρθρο 2 παρ. 1 του ίδιου νόμου «ως έργο νοείται κάθε πρωτότυπο πνευματικό δημιούργημα λόγου ή τέχνης ή επιστήμης, που εκφράζεται με οποιαδήποτε μορφή, ιδίως τα γραπτά ή προφορικά κείμενα, οι μουσικές συνθέσεις με κείμενα ή χωρίς ... τα οπτικοακουστικά έργα ...». Με τη διάταξη δε του άρθρου 3 παρ. 1, όπως αυτή αντικαταστάθηκε με την παρ. 1 του άρθρου 81 του Ν. 3057/2002, με το οποίο μεταφέρθηκε αυτούσια στο εσωτερικό δίκαιο η Οδηγία 2001/29 του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 22ας Μαΐου 2001, ορίζεται ότι «το περιουσιακό δικαίωμα δίνει στους δημιουργούς ιδίως την εξουσία (δικαίωμα) να επιτρέπουν ή απαγορεύουν: α) την εγ-

γραφή και την άμεση ή έμμεση, προσωρινή ή μόνιμη αναπαραγωγή των έργων τους με οποιοδήποτε μέσο και μορφή εν όλω ή εν μέρει, β) ..., γ) ..., δ) ..., ε) ..., στ) τη δημόσια εκτέλεση του έργου τους, ζ) τη μετάδοση ή αναμετάδοση των έργων τους στο κοινό με τη ραδιοφωνία και την τηλεόραση, με ηλεκτρομαγνητικά κύματα ή με καλώδια ή με άλλους αγωγούς ή με οποιοδήποτε άλλο τρόπο, παραλλήλως προς την επιφάνεια της γης ή μέσω δορυφόρων, η) την παρουσίαση στο κοινό των έργων τους ενσυρμάτως ή ασυρμάτως ή με οποιονδήποτε άλλο τρόπο, καθώς και να καθιστούν προσιτά τα έργα τους στο κοινό κατά τρόπο ώστε οποιοσδήποτε να έχει πρόσβαση σε αυτά, όπου και όταν επιλέγει ο ίδιος. Τα δικαιώματα αυτά δεν αναλώνονται με οποιαδήποτε πράξη παρουσίασης στο κοινό με την έννοια της παρούσας ρύθμισης, θ) ...». Στην παρ. 2 του ίδιου άρθρου ορίζεται, ότι «δημόσια θεωρείται κάθε χρήση ή εκτέλεση ή παρουσίαση του έργου, που κάνει το έργο προσιτό σε κύκλο προσώπων ευρύτερο από το στενό κύκλο της οικογένειας και το άμεσο κοινωνικό περιβάλλον, ανεξαρτήτως από το αν τα πρόσωπα αυτού του ευρύτερου κύκλου βρίσκονται στον ίδιο ή σε διαφορετικούς χώρους». Περαιτέρω, κατά τη διάταξη του άρθρου 54 παρ. 1, 3 του ίδιου νόμου, οι δημιουργοί μπορούν να αναθέτουν σε οργανισμούς συλλογικής διαχείρισης και προστασίας, που έχουν αποκλειστικά αυτόν το σκοπό, τη διαχείριση ή την προστασία ή τη διαχείριση και την προστασία του περιουσιακού τους δικαιώματος ή εξουσιών που απορρέουν από αυτό, η δε ανάθεση μπορεί να γίνεται είτε με μεταβίβαση του δικαιώματος ή των σχετικών εξουσιών προς το σκοπό της διαχείρισης ή της προστασίας είτε με παροχή σχετικής πληρεξουσιότητας, κατά δε τη διάταξη του άρθρου 55 παρ. 2 εδ. α' του ίδιου νόμου, τεκμαίρεται, ότι οι οργανισμοί συλλογικής διαχείρισης ή προστασίας έχουν την αρμοδιότητα διαχείρισης ή προστασίας όλων των έργων ή όλων των πνευματικών δημιουργιών για τα οποία δηλώνουν εγγράφως ότι έχουν μεταβιβασθεί σ' αυτούς οι σχετικές εξουσίες ή ότι καλύπτονται από την πληρεξουσιότητα. Με βάση τη διάταξη αυτή, θεσπίζεται μαχητό τεκμήριο που λειτουργεί, κατ' αρχήν αποδεικτικά και αποβλήπει στη διευκόλυνση της απόδειξης εκ μέρους των οργανισμών συλλογικής διαχείρισης δικαιωμάτων πνευματικής ιδιοκτησίας ή συγγενικών προς τούτο δικαιωμάτων, της νομιμοποίησής τους, τόσο για την κατάρτιση των σχετικών συμβάσεων και την είσπραξη των προβλεπόμενων από τον παραπάνω νόμο αμοιβών, όσο και για τη δικαστική προστασία των δικαιούχων των δικαιωμάτων αυτών, ενισχύοντας, έτσι, σημαντικά την έναντι των χρηστών θέση των οργανισμών συλλογικής διαχείρισης, η οποία, υπό το προίχον δικαιο, ήταν ιδιαίτερα ασθενής, με εντεύθεν συνέπεια τη μαζική προσβολή των δικαιωμάτων πνευματικής ιδιοκτησίας και των συγγενικών δικαιωμάτων. Τέλος, σύμφωνα με το άρθρο 65 παρ. 1 και 2, σε κάθε περίπτωση προσβολής της πνευματικής ιδιοκτησίας ή του συγγενικού δικαιώματος, ο δημιουργός ή ο δικαιούχος του συγγενικού δικαιώματος μπορεί να αξιώσει την αναγνώριση του δικαιώματός του, την άρση της προσβολής και την παράλειψη της στο μέλλον, ενώ όποιος υπαίτιος προσέβαλε την πνευματική ιδιοκτησία ή τα συγγενικά δικαιώματα άλλου υποχρεούται σε αποζημίωση και ικανοποίηση της ηθικής βλάβης. Η αποζημίωση δεν μπορεί να είναι κατώτερη από το διπλάσιο της αμοιβής που συνήθως ή κατά νόμο καταβάλλεται για το είδος της εκμετάλλευσης που έκανε, χωρίς την άδεια, ο υπόχρεος. Με την διάταξη αυτή ενσωματώνεται στο δίκαιο της πνευματικής ιδιοκτησίας βασικά η ρύθμιση του άρθρου 914 του ΑΚ, καθώς και οι αντίστοιχες ρυθμίσεις των άρθρων 57 εδ. γ', 59, 60 εδ. β' και 932 του ίδιου Κώδικα, το πραγματικό δε του κανόνα δικαίου που περιέχει η εν λόγω διάταξη, για ό,τι αφορά την αποζημίωση, προϋποθέτει (περιλαμβάνει) υπαιτιότητα και προσβολή της πνευματικής ιδιοκτησίας (ή του συγγενικού δι-

καιώματος), παράνομη δηλαδή συμπεριφορά (Α.Π. 1030/2010, 872/2009). Γενικά, ως παράνομη προσβολή θεωρείται κάθε πράξη που επεμβαίνει στις εξουσίες (ηθικές ή περιουσιακές) του δημιουργού και γίνεται χωρίς την άδειά του, χωρίς να συντρέχει άλλος λόγος που αίρει τον παράνομο χαρακτήρα της προσβολής. Η υπαιτιότητα απαιτείται μόνο για την αξίωση αποζημίωσης, ενώ η ίδια η πράξη της προσβολής συνεπάγεται και το παράνομο. Προς διευκόλυνση της απόδειξης της ζημίας του δικαιούχου και προσδιορισμό της πλήρους αποζημίωσης καθορίζεται με το άρθρο 65 παράγραφος 2 εδ. β' ν. 2121/1993 ένα ελάχιστο όριο αποζημίωσης που είναι το διπλάσιο της αμοιβής που συνήθως ή κατά νόμο καταβάλλεται για το είδος της εκμετάλλευσης που έκανε χωρίς άδεια ο υπόχρεος. Το Δικαστήριο Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων (ΔΕΚ), απαντώντας σε σχετικά προδικαστικά ερωτήματα που του υπέβαλαν για όμοιες με την ένδικη υποθέσει το Ισπανικό δικαστήριο Audiencia Provincial de Barcelona και το δικαστήριο του Αρείου Πάγου της Ελλάδος με την υπ' αριθ. 161/2009 απόφασή του, αναφορικά με την έννοια όρων της Οδηγίας 2001/29/Ε.Κ., ερμήνευσε αυθεντικά την ανωτέρω Οδηγία και δέχθηκε, με τις από 7-12-2006 (C 306/2005) και 18-3-2010 (C 136/2009), αντίστοιχα, αποφάσεις του τα εξής: 1) Μολονότι η παροχή απλής των υλικών εγκαταστάσεων δεν συνιστά από μόνη της παρουσίαση υπό την έννοια της οδηγίας 2001/99 ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 22ας Μαΐου 2001, για την εναρμόνιση ορισμένων πτυχών του δικαιώματος του δημιουργού και των συγγενικών δικαιωμάτων στην κοινωνία της πληροφορίας, η διανομή του σήματος από ξενοδοχειακό συγκρότημα μέσω συσκευών τηλεόρασης σε πελάτες που διαμένουν στα δωμάτια του συγκροτήματος αυτού, ασχέτως τεχνικής μεταδόσεως του χρησιμοποιούμενου σήματος, δηλαδή μόνη η σύνδεση από τον ξενοδόχο των συσκευών τηλεόρασης με την κεντρική κεραία του ξενοδοχείου συνιστά πράξη παρουσιάσεως στο κοινό υπό την έννοια του άρθρου 3 παράγραφος 1 της οδηγίας αυτής, 2) Ο ιδιωτικός χαρακτήρας των δωματίων ξενοδοχειακού συγκροτήματος δεν κωλύει το να αποτελεί η πράξη παρουσιάσεως του έργου που πραγματοποιείται εκεί μέσω συσκευών τηλεόρασης πράξη παρουσιάσεως στο κοινό υπό την έννοια του άρθρου 3 παράγραφος 1 της οδηγίας 2001/29, η έννοια δε της «παρουσιάσεως στο κοινό» πρέπει να ερμηνεύεται σε όλη την Κοινότητα αυτοτελώς και ενιαίως, 3) Η παρουσίαση ενός έργου από τους τηλεοπτικούς δέκτες, οι οποίοι είναι εγκατεστημένοι σε δωμάτια ξενοδοχείου συνιστά παρουσίαση, η οποία πραγματοποιείται από οργανισμό διαφορετικό από αυτόν από τον οποίο προέρχεται και απευθύνεται προς ένα κοινό, διαφορετικό από το κοινό της πρωτότυπης παρουσιάσεως του έργου, δηλαδή προς ένα νέο κοινό. Προς τούτο το ΔΕΚ έλαβε υπόψη του τον Οδηγό της Σύμβασης της Βέρνης (Ν. 100/1975) και δέχθηκε, ότι ο δημιουργός, επιτρέποντας τη ραδιοτηλεοπτική μετάδοση του έργου του, λαμβάνει υπόψη του μόνο τους άμεσους χρήστες, δηλαδή του κατόχους συσκευών λήψεως, οι οποίοι μεμονωμένα ή στο πλαίσιο του ιδιωτικού ή οικογενειακού τους περιβάλλοντος, λαμβάνουν τις εκπομπές. Αφότου, όμως, η λήψη γίνεται για να μεταδοθεί σε ακροατήριο μεγαλύτερης κλίμακας και ενίοτε με κερδοσκοπικό σκοπό, ένα νέο τμήμα του κοινού αποκτά πρόσβαση στην ακρόαση ή τη θέαση του έργου. Η δε παρουσίαση της εκπομπής μέσω μεγαφώνου ή ανάλογου μέσου δεν αποτελεί απλή λήψη μόνος της εκπομπής, αλλά ανεξάρτητη πράξη, με την οποία το εκπεμπόμενο έργο παρουσιάζεται σε νέο κοινό, με συνέπεια η δημόσια αυτή λήψη να ενεργοποιεί το αποκλειστικό δικαίωμα του δημιουργού να παράσχει τη σχετική άδεια και 4) Η πελατεία του ξενοδοχειακού συγκροτήματος, η οποία εναλλάσσεται ταχέως, αποτελεί νέο κοινό και η διανομή του εκπεμπόμενου έργου στην πελατεία αυτή μέσω συσκευών τηλεόρασεως δεν αποτε-

λθεί απλώς τεχνικό μέσο για την εξασφάλιση ή τη βελτίωση της λήψεως του πρωτοτύπου της εκπομπής εντός της ζώνης καλύψεώς της, αλλά αντιθέτως πραγματοποιείται στο πλαίσιο της τεχνικής διαμεσολάβησης του ξενοδοχειακού συγκροτήματος, το οποίο, με πλήρη επίγνωση των συνεπειών της συμπεριφοράς του, παρεμβάλλεται για να δώσει πρόσβαση προς το προστατευόμενο έργο στους πελάτες του, οι οποίοι, ελλείψει της παρεμβάσεως αυτής, ευρισκόμενοι εντός του ξενοδοχειακού συγκροτήματος, δεν θα μπορούσαν, κατ' αρχήν να έχουν από μόνοι τους πρόσβαση στο μεταδιδόμενο έργο. [...]

Στην προκειμένη υπόθεση από την προσβαλλόμενη απόφαση προκύπτει ότι το Εφετείο δέχθηκε κατά την ανέλεγκτη περί τα πράγματα κρίση του τα εξής: Ο ενάγων συνεταιρισμός έχει ως αποκλειστικό σκοπό τη διαχείριση και προστασία των περιουσιακών πνευματικών δικαιωμάτων επί των έργων των θεατρικών συγγραφέων, των σκηνοθετών οπτικοακουστικών έργων, των σεναριογράφων, των μεταφραστών και των διασκευαστών θεατρικών έργων, των σκηνοθετών θεάτρου και ραδιοφώνου και των δημιουργών πρωτότυπων μουσικών συνθέσεων και στίχων για το θέατρο. Στο πλαίσιο της πραγματοποίησης του σκοπού αυτού τα μέλη του, τα οποία είναι δημιουργοί των προαναφερόμενων κατηγοριών, καθώς και κληρονόμοι δημιουργών των άνω κατηγοριών, έχουν μεταβιβάσει σ' αυτόν με σκοπό τη συλλογική διαχείριση με έγγραφες συμβάσεις τα δικαιώματα πνευματικής ιδιοκτησίας εφ' όλην ανεξαιρέτως αντιστοίχως των έργων που έχουν δημιουργήσει ή θα δημιουργήσουν στο μέλλον ή των έργων που έχουν κληρονομήσει. Οι συμβάσεις μεταβίβασης των δικαιωμάτων έχουν τριετή διάρκεια, που ανανεώνονται στη λήξη τους για ίσο χρονικό διάστημα, όταν δεν καταγγέλλονται από δικαιούχους εξί μήνες πριν τη λήξη της τριετίας, μεταξύ δε των δικαιωμάτων που έχουν μεταβιβάσει σ' αυτόν είναι και το δικαίωμα της δημόσιας εκτέλεσης των έργων τους υπό οποιαδήποτε μορφή. Εξάλλου, ο ενάγων μπορεί, μεταξύ άλλων, να καταρτίζει συμφωνίες με τους χρήστες για τους όρους εκμετάλλευσης των έργων των μελών του και για την οφειλόμενη από τη χρήση αμοιβή, και να προβαίνει σε κάθε διοικητική ή δικαστική ή εξώδικη ενέργεια για τη νόμιμη προστασία των δικαιωμάτων. Η εναγόμενη ξενοδοχειακή ανώνυμη εταιρία με την επωνυμία ... Ανώνυμη Ξενοδοχειακή και Τουριστική Εταιρεία, που εδρεύει στην Αθήνα έχει τη διαχείριση, την εκμετάλλευση και την κατά νόμο ευθύνη λειτουργίας του ξενοδοχείου, κατηγορίας LUX που λειτουργεί επί της οδού ..., με το διακριτικό τίτλο ..., και διαθέτει διακόσια πενήντα τρία (253) δωμάτια. Η εναγόμενη σε όλα τα δωμάτια του ξενοδοχείου της έχει εγκαταστήσει δεστές τηλεόρασης, οι οποίες είναι συνδεδεμένοι με κεντρική κεραία από την οποία λαμβάνεται σήμα από τους τηλεοπτικούς σταθμούς, έτσι ώστε οι πελάτες της που κάνουν χρήση των δωματίων κατά την προσωρινή διαμονή τους να έχουν την ευχέρεια να παρακολουθούν οποιοδήποτε από τις τηλεοπτικές εκπομπές επιθυμούν. Οι τηλεοπτικοί σταθμοί στα προγράμματά τους περιλαμβάνουν και την εκτέλεση (έμμεση με τη χρήση υλικών φορέων) οπτικοακουστικών έργων, στα οποία βέβαια περιλαμβάνονται και έργα στα οποία έχουν, πνευματικά δικαιώματα τα μέλη του ενάγοντος συνεταιρισμού. Σύμφωνα με τις σκέψεις που αναπτύσσονται παραπάνω η διάθεση των συσκευών από την εναγομένη και η χρήση στην οποία προβαίνουν οι πελάτες της δεν δημιουργεί τις προϋποθέσεις ώστε να κριθεί ότι πρόκειται για δημόσια εκτέλεση του έργου, η οποία δημιουργεί υποχρέωση της εναγομένης να ζητήσει άδεια από τον ενάγοντα προκειμένου να γίνεται η χρήση κατά τον προαναφερόμενο τρόπο και συνεπώς την κατάφαση της συνδρομής προσβολής του δικαιώματος πνευματικής ιδιοκτησίας και γέννησης αξίωσης αποζημίωσης. Και τούτο, διότι το δωμάτιο του ξενοδοχείου δεν είναι δημόσιος χώρος, αλλά αποτελεί προσωρινή κατοικία

του προσώπου που κάνει χρήση αυτού, το οποίο (πρόσωπο) παρακολουθεί εκπομπές ιδιωτικής κατ' επιλογή του και όχι κατ' επιλογή των υπευθύνων της εναγομένης ξενοδοχειακής επιχείρησης, η οποία πέραν της εγκατάστασης της κεραίας και των συσκευών στα δωμάτια δεν έχει εμπλοκή στη χρήση αυτών, οι ένοικοι δε του ξενοδοχείου δεν είναι ένα νέο κοινό, αλλά ένα κοινό που είχε ήδη τη δυνατότητα να παρακολουθεί το πρόγραμμα από τη μόνιμη κατοικία του. Περαιτέρω, πρέπει να σημειωθεί, ότι η ραδιοφωνική και τηλεοπτική μετάδοση του έργου αποτελούν αυτόνομους τρόπους οικονομικής εκμετάλλευσης του έργου και από την έννοια της μετάδοσης συνάγεται, ότι η λήψη του μεταδιδόμενου έργου από τον εκάστοτε χρήστη δεν αποτελεί προσβολή της εξουσίας μετάδοσης, αφού η δυνατότητα λήψης του προγράμματος είναι φυσικό αποτέλεσμα της διαδικασίας εκπομπής και ως εκ τούτου είναι πράξη εξελευθέρη από τη σκοπιά της πνευματικής ιδιοκτησίας, ούτε δε για συνταγματικούς και πρακτικούς λόγους μπορεί να θεωρηθεί ότι υπάγεται στο γενικό περιουσιακό δικαίωμα εκμετάλλευσης του δημιουργού. Με την κρίση του αυτή το Εφετείο, εφ' όσον δέχτηκε, ότι τα δωμάτια του ξενοδοχείου, δεν είναι δημόσιοι χώροι, ώστε η μετάδοση των παραπάνω έργων κατά τον προεκτεθέντα τρόπο, να μη συνιστά δημόσια εκτέλεση, εσφαλμένα ερμήνευσε και εφάρμοσε τις διατάξεις των άρθρων 1 § 1, 2, 3 § 2, 18 § 1 εδ. β', 28Γ, 65 Ν. 2191/1993. Επίσης το άρθρο 8 της Διεθνούς Σύμβασης WIPO για την πνευματική ιδιοκτησία, η οποία κυρώθηκε με το Νόμο 3184/2003 και ορίζει ότι «οι δημιουργοί πνευματικών και καλλιτεχνικών έργων έχουν αποκλειστικό δικαίωμα να επιτρέπουν κάθε παράσταση των έργων τους στο κοινό με ενσύρματα ή ασύρματα μέσα, περιλαμβανομένων της διάθεσης στο κοινό των έργων τους κατά τρόπο, ώστε τα μέλη του κοινού να μπορούν να έχουν πρόσβαση σε αυτά από τον τόπο και το χρόνο της ατομικής επιλογής τους, και το άρθρο 3 παρ. 1 της με αριθμό 2001/29/EK της Κοινοτικής Οδηγίας του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 22/5/2001, η οποία εισήχθη στην ελληνική έννομη τάξη, με το άρθρο 81 παρ. 13 εδ. γ' Ν. 3057/2002. Παρέλκει δε, μετά απ' αυτά η έρευνα των λοιπών λόγων αναιρέσεως. Συνεπώς, ο πρώτος κύριος λόγος αναιρέσεως και οι πρόσθετοι αυτής λόγοι, που πλήττουν την αναιρεσιβαλλόμενη απόφαση, για την από το άρθρο 559 αρ. 1 ΚΠολΔ πλημμέλεια, πρέπει να γίνουν δεκτοί, ως βάσιμοι. Μετά απ' αυτά πρέπει: α) να γίνει δεκτή, όπως παραπάνω, η αναιρέση, όπως αυτή διαμορφώθηκε με τους πρόσθετους αυτής λόγους, β) να γίνει δεκτή η πρόσθετη παρέμβαση του Οργανισμού Συλλογικής Διαχείρισης Δικαιωμάτων Ελλήνων Ηθοποιών ΣΥΝ.ΠΕ. και να απορριφθεί εκείνη του Ξενοδοχειακού Επιμελητηρίου της Ελλάδος, γ) να επιβληθεί η δικαστική δαπάνη των αναιρεσιβαντών και των προσθέτων υπέρ αυτού παρεμβαίνοντων οι οποίοι κατέθεσαν προτάσεις (εκτιμάται, πως, από το σύνολο των διαλαμβανόμενων στις προτάσεις του παρεμβαίνοντος Αστικού Συνεταιρισμού ΔΙΟΝΥΣΟΣ, υφίσταται σχετικό αίτημα, εν όψει και της επίκλησης προκαταβολής της σχετικής δικηγορικής αμοιβής), σε βάρος της αναιρεσιβλήτης και του προσθέτως, υπέρ αυτής, παρεμβαίνοντος...]

Μονομελές Πρωτοδικείο Αθηνών Αριθμ. 4292/2013

Προεδρεύουσα: Δ. Ιωσηφίδου, Πρωτοδίκης
Δικηγόροι: Γ. Καραζάνος – Β. Γαβρίλης

Αναπαραγωγή πνευματικού έργου από τρίτο για ιδιωτική χρήση έναντι καταβολής εύλογης αποζημίωσης στον δημιουργό ή στον δικαιούχο συγγενικού δικαιώματος. Έννοια ιδιωτικής χρήσης. Ποιοι επιβαρύνονται με την ως άνω αποζη-

μίωση και για ποιες κατηγορίες προϊόντων. Ενιαία ερμηνεία του κοινοτικού δικαίου από τα εθνικά δικαστήρια. Σύμφωνη με το κοινοτικό δίκαιο ερμηνεία του εθνικού δικαίου.

Διατάξεις: άρθρ. 2, 5 Οδηγίας 2001/29/ΕΚ· άρθρ. 18 ν. 2121/1993· άρθρ. 267, 288 ΣΛΕΕ

[...Σύμφωνα με τη διάταξη του άρθρου 2 της Οδηγίας 2001/29/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 22ας Μαΐου 2001 για την εναρμόνιση ορισμένων πτυχών του δικαιώματος του δημιουργού και συγγενικών δικαιωμάτων στην κοινωνία της πληροφορίας, τα κράτη μέλη παρέχουν το αποκλειστικό δικαίωμα να επιτρέπουν ή να απαγορεύουν, την άμεση ή έμμεση, προσωρινή ή μόνιμη αναπαραγωγή με οποιοδήποτε μέσο και μορφή, εν όλω ή εν μέρει: α) στους δημιουργούς, όσον αφορά τα έργα τους, β) στους καλλιτέχνες ερμηνευτές ή εκτελεστές, όσον αφορά την εγγραφή σε υλικό φορέα των ερμηνειών ή εκτελέσεων τους, γ) στους παραγωγούς φωνογραφημάτων, όσον αφορά τα φωνογραφήματά τους, δ) στους παραγωγούς της πρώτης υλικής ενσωμάτωσης ταινιών σε φορέα, όσον αφορά το πρωτότυπο και τα αντίγραφα των ταινιών τους, ε) στους ραδιοτηλεοπτικούς οργανισμούς, όσον αφορά την υλική ενσωμάτωση των εκπομπών τους, που μεταδίδονται ενσυρμάτως ή ασυρμάτως, συμπεριλαμβανομένης της καλωδιακής ή δορυφορικής μετάδοσης. Περαιτέρω, κατά τη διάταξη του άρθρου 5 παρ. 2 της ως άνω οδηγίας, «Τα κράτη μέλη μπορούν να προβλέπουν εξαιρέσεις ή περιορισμούς από το δικαίωμα αναπαραγωγής που προβλέπεται στο άρθρο 2 στις ακόλουθες περιπτώσεις: α) αναπαραγωγή σε χαρτί ή ανάλογο υλικό φορέα, με τη χρήση οποιοδήποτε είδους φωτογραφικής τεχνικής ή με οποιαδήποτε άλλη μέθοδο που επιφέρει παρόμοια αποτελέσματα, εκτός από τις παρτιτούρες, υπό τον όρο ότι οι δικαιούχοι λαμβάνουν δίκαιη αποζημίωση, β) αναπαραγωγές σε οποιοδήποτε μέσο που πραγματοποιούνται από φυσικό πρόσωπο για ιδιωτική χρήση και για μη άμεσους ή έμμεσους εμπορικούς σκοπούς, υπό τον όρο ότι οι δικαιούχοι λαμβάνουν δίκαιη αποζημίωση που συνεκτιμά την εφαρμογή ή όχι των τεχνολογικών μέτρων του άρθρου 6 στο συγκεκριμένο έργο ή άλλο υλικό...». Τέτοιος περιορισμός του περιουσιακού δικαιώματος των δημιουργών και δικαιούχων συγγενικών δικαιωμάτων, υπό την προϋπόθεση καταβολής δίκαιης αποζημίωσης, κατά το άρθρο 5 παρ. 2 στοιχείο β' της οδηγίας 2001/29, προβλεπόταν ήδη στο ελληνικό δίκαιο στο άρθρο 18 παρ. 3 του ν. 2121/1993 (Γ. Κουμάντος, Πνευματική Ιδιοκτησία, όγδοη έκδοση, σελ. 309), το οποίο, στην προϊσχύουσα μορφή του, προέβλεπε μεταξύ άλλων ότι «εάν για την ελεύθερη αναπαραγωγή του έργου χρησιμοποιούνται τεχνικά μέσα, όπως συσκευές εγγραφής ήχου ή εικόνας ή ήχου και εικόνας, μαγνητικές ταινίες ή άλλοι υλικοί φορείς πρόσφοροι για την αναπαραγωγή ήχου ή εικόνας ή ήχου και εικόνας, φωτοτυπικά μηχανήματα, χαρτί κατάλληλο για φωτοτυπίες ή ηλεκτρονικοί υπολογιστές, οφείλεται εύλογη αμοιβή στο δημιουργό του έργου και σε δικαιούχους συγγενικών δικαιωμάτων. Η αμοιβή ορίζεται σε 6% της αξίας των συσκευών εγγραφής ήχου ή εικόνας ή ήχου και εικόνας και των μαγνητικών ταινιών ή άλλων υλικών φορέων, 4% της αξίας των φωτοτυπικών συσκευών και του χαρτιού κατάλληλου για φωτοτυπίες και 2% της αξίας των ηλεκτρονικών υπολογιστών. Σε κάθε περίπτωση, ο υπολογισμός γίνεται κατά την εισαγωγή ή τη διάθεση από το εργοστάσιο ή τη χονδρική ή λιανική πώληση. Η αμοιβή καταβάλλεται από τους παραγωγούς ή τους εισαγωγείς ή τους έμπορους των αντικειμένων αυτών και σημειώνεται στο τιμολόγιο, εισπράττεται δε από οργανισμούς συλλογικής διαχείρισης, που καλύπτουν εν όλω ή εν μέρει την ενδιαφερόμενη κατηγορία δικαιούχων, οι οποίοι και επιλέγουν τον οφειλέτη». Η

προαναφερθείσα διάταξη της παρ. 3 του άρθρου 18 του ν. 2121/1993 αντικαταστάθηκε από την παρ. 1 του άρθρου 14 του ν. 3049/2002, με την οποία αφενός καταργήθηκαν οι υπολογιστές από τα τεχνικά μέσα επί της αξίας των οποίων υπολογίζεται η εύλογη αμοιβή, αφετέρου προστέθηκαν νέα τεχνικά μέσα αντιγραφής και αναπαραγωγής (CD-ROM, CD-R, φορητοί μαγνητικοί δίσκοι και σαρωτές). Η δε αμοιβή ορίστηκε σε 6% της αξίας των συσκευών εγγραφής ήχου ή εικόνας ή ήχου και εικόνας, συμπεριλαμβανομένων και των συσκευών ή εξαρτημάτων μη ενσωματωμένων ή μη ενσωματωσιμων στην κύρια μονάδα του ηλεκτρονικού υπολογιστή (εκτός από σαρωτές), των μαγνητικών ταινιών ή άλλων υλικών φορέων πρόσφορων για την αναπαραγωγή ήχου ή εικόνας ή ήχου και εικόνας, καθώς και των υλικών φορέων ψηφιακής αντιγραφής εκτός από τα αποθηκευτικά μέσα/δισκέτες κάτω των 100 εκατομμυρίων ψηφίων (κάτω των 100 Mbytes) και σε 4% της αξίας των φωτοτυπικών συσκευών, των σαρωτών, του χαρτιού κατάλληλου για φωτοτυπίες και των αποθηκευτικών μέσων (δισκέτες) χωρητικότητας κάτω των 100 εκατομμυρίων ψηφίων (κάτω των 100 Mbytes). Σε κάθε περίπτωση, ο υπολογισμός της αξίας γίνεται κατά την εισαγωγή ή τη διάθεση από το εργοστάσιο. Ειδικότερα, όπως ορίστηκε στην εισηγητική έκθεση του ν. 2121/1993, η καταβολή της ανωτέρω επιβάρυνσης είναι το αντιστάθμισμα για την ελευθερία της αναπαραγωγής για ιδιωτική χρήση, υπό την προϋπόθεση ότι η αναπαραγωγή γίνεται από τον ίδιο τον χρήστη και δεν εμποδίζει την κανονική εκμετάλλευση του έργου, π.χ. όταν αναπαράγεται το σύνολο του ή ουσιαστικά τμήματά του, εξαιρουμένης της αναπαραγωγής από τους «μεγάλους χρήστες» επιχειρήσεις, δημόσιες υπηρεσίες κλπ που χρειάζονται την άδεια των δημιουργών ή δικαιούχων συγγενικών δικαιωμάτων, ιδιωτική δε είναι η χρήση που γίνεται από τον κάτοχο του υλικού υποστρώματος του έργου ή ενός αντιτύπου του είτε ατομικά είτε μέσα στο χώρο που από το νόμο ορίζεται ως ιδιωτικός και που περιλαμβάνει το στενό κύκλο της οικογένειάς του και το άμεσο κοινωνικό περιβάλλον (Γ. Κουμάντος, ό.π., σελ. 305-306). Σημειωτέον δε ότι, κατά την τροποποίηση που έλαβε χώρα με το άρθρο 14 του ν. 3042/2002, επιβεβαιώθηκε εκ νέου η ratio της ρύθμισης αυτής για την προστασία των συμφερόντων των δικαιούχων δικαιωμάτων πνευματικής ιδιοκτησίας και συγγενικών δικαιωμάτων, σε σχέση με τις τεχνολογικές και οικονομικές εξελίξεις (βλ. και εισαγωγικές σκέψεις 35 επ. και 52 της ως άνω οδηγίας 2001/29), λαμβανομένης υπόψη ρητώς στην εισηγητική έκθεση του ν. 3042/2002 της προαναφερθείσας διάταξης της παρ. 2 του άρθρου 5 της οδηγίας 2001/29/ΕΚ. Το Δ.Ε.Ε. –πρώην Δ.Ε.Κ– ερμήνευσε το άρθρο 5 παρ. 2 στοιχείο β' της ανωτέρω οδηγίας, στην υπόθεση της 21ης Οκτωβρίου 2010, C-467/08 Padawan SL κατά Sociedad General de Autores y Editores de Espana (SGAE), κατόπιν υποβολής αίτησης έκδοσης προδικαστικής απόφασης, με αφορμή τη διαφορά μεταξύ της SGAE, που αποτελεί οργανισμό συλλογικής διαχείρισης δικαιωμάτων πνευματικής ιδιοκτησίας στην Ισπανία, και της εταιρίας Padawan SL, που εμπορεύεται τεχνικά μέσα αναπαραγωγής, όταν η τελευταία αρνήθηκε να καταβάλει το ανάλογο ιδιωτικής αντιγραφής με την αιτιολογία ότι η επιβολή αυτού αδικρως στα υποθέματα ψηφιακής εγγραφής και ανεξαρτήτως χρήσης (ιδιωτικής ή εμπορικής επαγγελματικής) αντιβαίνει στην προμνησθείσα οδηγία. Το Δ.Ε.Ε. δέχθηκε ότι η δίκαιη αποζημίωση που προβλέπεται στο άρθρο 5 παρ. 2 στοιχείο β' της ανωτέρω οδηγίας είναι αυτοτελής έννοια του δικαίου της Ένωσης, η οποία πρέπει να ερμηνεύεται κατά τρόπο ενιαίο σε όλα τα κράτη μέλη που έχουν εισαγάγει εξαίρεση ιδιωτικής αντιγραφής, ανεξαρτήτως της ευχέρειας που τους παρέχεται να καθορίζουν, εντός των ορίων που επιβάλλονται από το δίκαιο της Ένωσης και ιδίως από την ως άνω οδηγία, τη μορφή, τις λεπτομέρειες χρηματοδότησεως και εισπράξεως και το ύψος

της ως άνω δίκαιης αποζημίωσης (σκέψη 37 της απόφασης, ΔΕΕ 2012, 330). Περαιτέρω, όπως κρίθηκε από το Δ.Ε.Ε., στο πλαίσιο της ερμηνείας της διάταξης του άρθρου 5 παρ. 2 στοιχείο β΄ της ανωτέρω κοινοτικής οδηγίας, είναι σύμφωνο με το πνεύμα αυτής το να προβλεφθεί ότι τα πρόσωπα τα οποία προβαίνουν σε διάθεση εξοπλισμού, συσκευών καθώς και υποθεμάτων ψηφιακής αναπαραγωγής και τα οποία κατά συνέπεια διαθέτουν από νομικής ή πραγματικής απόψεως τον ως άνω εξοπλισμό σε ιδιώτες χρήστες ή παρέχουν σε αυτούς υπηρεσία αναπαραγωγής είναι υπόχρεοι για τη χρηματοδότηση της δίκαιης αποζημίωσης, εφόσον τα πρόσωπα αυτά έχουν τη δυνατότητα να μετακυλίσουν την πραγματική επιβάρυνση από την ως άνω χρηματοδότηση στους ιδιώτες χρήστες. Υφίσταται όμως, αναγκαίος σύνδεσμος μεταξύ της επιβολής του τέλους ιδιωτικής αντιγραφής στον εν λόγω εξοπλισμό, τις συσκευές και στα υποθέματα ψηφιακής αναπαραγωγής και της χρήσεως τούτων για ιδιωτική αναπαραγωγή. Κατά συνέπεια, η άνευ διακρίσεως επιβολή του τέλους ιδιωτικής αντιγραφής σε όλους τους τύπους εξοπλισμού, συσκευών και υποθεμάτων ψηφιακής αναπαραγωγής, ακόμη και στην περίπτωση αγοράς τους από μη φυσικά πρόσωπα, για σκοπούς προδηλώνει ξένους προς την ιδιωτική αντιγραφή δεν είναι σύμφωνη προς το άρθρο 5 παράγραφος 2, της οδηγίας 2001/29. Αντιστρόφως, από τη στιγμή που ο επίμαχος εξοπλισμός διατέθηκε στα φυσικά πρόσωπα για ιδιωτικούς σκοπούς, δεν χρειάζεται να αποδειχθεί ότι τα πρόσωπα αυτά όντως παρήγαγαν με αυτόν ιδιωτικά αντίγραφα και προξένησαν έτσι όντως ζημία στον δημιουργό του προστατευόμενου έργου. Πράγματι, καθώς τεκμαίρεται ότι τα ως άνω φυσικά πρόσωπα επωφελούνται πλήρως από τη θέση του εξοπλισμού στη διάθεσή τους, λογίζεται δηλαδή ότι κάνουν χρήση όλων των σχετικών με τον εν λόγω εξοπλισμό λειτουργιών, περιλαμβανομένης της λειτουργίας της αναπαραγωγής. Εξ αυτού συνάγεται ότι απλώς και μόνο η ικανότητα του ως άνω εξοπλισμού ή των ως άνω συσκευών να παράγουν αντίγραφα αρκεί για να δικαιολογήσει την επιβολή του τέλους ιδιωτικής αντιγραφής, υπό την προϋπόθεση ότι ο εν λόγω εξοπλισμός ή συσκευές έχουν διατεθεί στα φυσικά πρόσωπα υπό την ιδιότητα τους ως ιδιωτών χρηστών (σκέψεις 46 επ., 51 επ. της απόφασης του Δ.Ε.Ε. της 21ης Οκτωβρίου 2010, ό.π., Σ. Σταυρίδου, Η συμβολή της νομολογίας του Ευρωπαϊκού Δικαστηρίου στον προσδιορισμό της εύλογης αμοιβής στο δίκαιο της πνευματικής ιδιοκτησίας, ΧρΙΔ 2012, 647). Τα ανωτέρω επιβεβαιώθηκαν και από την απόφαση του Δ.Ε.Ε. της 16ης Ιουνίου 2011, C-462/09, Stichting de Thuiskopie κατά Opus Supplies Deutschland GmbH, Mijndert van der Lee, Hananja van der Lee, κατά την οποία τελικός χρήστης που προβαίνει, για ιδιωτικούς σκοπούς, στην αναπαραγωγή προστατευόμενου έργου πρέπει καταρχήν να θεωρείται ως ο οφειλέτης της δίκαιης αποζημίωσης που προβλέπεται στην εν λόγω παράγραφο 2, στοιχείο β, όμως είναι θεμιτό να προβλέπουν τα κράτη μέλη τέλος ιδιωτικής αντιγραφής σε βάρος των προσώπων που θέτουν εξοπλισμό, συσκευές ή υποθέματα αναπαραγωγής στη διάθεση του τελικού αυτού χρήστη, όταν τα πρόσωπα αυτά έχουν τη δυνατότητα να μετακυλίσουν το ποσό του τέλους αυτού στην τιμή που καταβάλλεται από τον τελικό χρήστη για την εν λόγω διάθεση. Εξάλλου, οι ανωτέρω διαπιστώσεις δεν έρχονται σε αντίθεση με την απόφαση του Δ.Ε.Κ. 7ης Δεκεμβρίου 2006, C-306/05 SGAE κατά Rafael, κατά την οποία κρίθηκε ότι παρουσίαση έργου στο κοινό υπάρχει στην περίπτωση της διανομής σήματος από ξενοδοχειακό συγκρότημα μέσω συσκευών τηλεοράσεως σε πελάτες που διαμένουν στα δωμάτια του, ανεξάρτητα από το ότι οι πελάτες ενός ξενοδοχείου που δεν έθεσαν σε λειτουργία τη συσκευή τηλεοράσεως δεν είχαν πραγματική πρόσβαση στα έργα, καθώς αρκεί να τεθεί το έργο στη διάθεση του κοινού με αποτέλεσμα τα πρόσωπα που το συνθέτουν να έχουν πρό-

σβαση σε αυτό (σκέψεις 41-43 ΧρΙΔ 2007.250, ΕφΑΘ 7196/2007 ΔΕΕ 2008.702), αφού πράγματι, για την επιβολή της κατά τα ανωτέρω εύλογης αποζημίωσης, κατά το άρθρο 5 παρ. 2 στοιχείο β΄ της οδηγίας 2001/29, πρέπει να λαμβάνεται υπόψη απλώς η δυνατότητα του τελικού χρήστη, αλλά υπό την προϋπόθεση ότι ο τελικός χρήστης είναι ιδιωτικής-φυσικό πρόσωπο και ότι το τεχνικό μέσο προορίζεται για ιδιωτική χρήση. Περαιτέρω, κατ' εφαρμογή του άρθρου 267 Συνθήκης για την λειτουργία της ΕΕ (πρώην άρθρου 234 της ΣυνθΕΚ), όταν ο εθνικός δικαστής διαπιστώσει ότι για την επίλυση της εκκρεμύσας ενώπιον του διαφοράς, είναι αναγκαία η επίλυση του ζητήματος της ερμηνείας διάταξης του κοινοτικού δικαίου, οφείλει να εξετάσει, εάν το Δ.Ε.Ε. έχει με προγενέστερη απόφαση του αποφανθεί επί του ίδιου νομικού ζητήματος. Σε καταφατική περίπτωση οφείλει, βασισζόμενος στην παρά το Δ.Ε.Ε. γενόμενη ερμηνεία του κοινοτικού δικαίου, να επιλύσει απευθείας την επίδικη διαφορά και μόνο εάν δεν υφίσταται τέτοια απόφαση, δύναται να απευθυνθεί στο Δ.Ε.Ε., εάν κρίνει ότι τούτο είναι αναγκαίο (ΕφΑΘ 1897/2010 ΕπισκΕμΠΔ 2010.1167, ΕφΑΘ 16/2010 ΔΙΜΕΕ 2010.247). Ως εκ τούτου, υφίσταται υποχρέωση όμοιας ερμηνείας κατ' άρθρο 267 ΣΛΕΕ, καθόσον η άνω διάταξη σκοπεί στην παρεμπόδιση της δημιουργίας νομολογίας των εθνικών Δικαστηρίων μη σύμφωνης προς την νομολογία του Δ.Ε.Ε. και την ενοποίηση της νομολογίας στο άνω πεδίο (ΕφΑΘ 915/2010 ΔΕΕ 2011/306, ΕφΑΘ 3095/2009, ΕφΘεσ 1636/2009, ΕφΑΘ 7196/2007 όλης δημ. ΤΝΠ Νόμος). Εξάλλου, σε περίπτωση πλημμελούς μεταφοράς κοινοτικής οδηγίας, το δικάζον Δικαστήριο οφείλει να ερμηνεύσει το εθνικό δίκαιο, στο μέτρο του δυνατού, υπό το φως του κειμένου και του σκοπού της οδηγίας, ώστε να επιτευχθεί το αποτέλεσμα που αυτή επιδιώκει, συμμορφούμενο προς τις επιταγές των διατάξεων των άρθρων 4 παρ. 3 της Συνθήκης για την ΕΕ και 288 παρ. 3 της Συνθήκης για την λειτουργία της ΕΕ (πρώην άρθρα 10 παρ. 1 και 249 παρ. 3 ΣυνθΕΚ, βλ. απόφαση ΔΕΚ της 13ης Νοεμβρίου 1990, C-106/89, Marleasing, σκέψη 8, Π. Στάγκο - Ευγ. Σαχπεκίδου, Δίκαιο Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων, 1994, σελ. 152). Μάλιστα, η αρχή της σύμφωνης προς το κοινοτικό δίκαιο ερμηνείας επιβάλλει στα εθνικά Δικαστήρια να πράττουν ό,τι εμπίπτει στην αρμοδιότητα τους, λαμβάνοντας υπόψη το σύνολο του εσωτερικού δικαίου και εφαρμόζοντας παραδεδεγμένες μεθόδους ερμηνείας προκείμενου να εξασφαλίζουν την πλήρη αποτελεσματικότητα της επίμαχης οδηγίας και να καταλήγουν σε λύση σύμφωνη με τον επιδιωκόμενο από αυτήν σκοπό (ΠΠΑΘ 1038/2012, αδημ., ΠΠρΑΘ 585/2010 δημ ΤΝΠ Νόμος). Σημειωτέον τέλος ότι καίτοι προκύπτουν πρακτικές δυσκολίες για τον εντοπισμό των ιδιωτών χρηστών και την διαφορετική μεταχείρισή τους από τις επιχειρήσεις, καίτοι υπάρχει εγγενής δυσκολία εξακρίβωσης της αναπαραγωγής για ιδιωτική χρήση (βλ Ευάγγ. Λιάσκο, σημείωση στην ανωτέρω απόφαση του Δ.Ε.Ε. της 21ης Οκτωβρίου 2010, ΔΕΕ 2012.330, ο οποίος προτείνει ότι η οφειλόμενη αμοιβή θα πρέπει να σημειώνεται στο τιμολόγιο ή την απόδειξη και ότι όσοι δεν προβαίνουν σε επαγγελματική χρήση θα πρέπει προηγουμένως να έχουν λάβει σχετική άδεια από τους οργανισμούς συλλογικής διαχείρισης), τούτο δεν σημαίνει ότι πρέπει να αμφισβητηθεί το κύρος της ανωτέρω κοινοτικής οδηγίας, όπως αυθεντικά ερμηνεύθηκε από το Δ.Ε.Ε.. Άλλωστε, η καταβολή της εύλογης αμοιβής δικαιολογεί την αναπαραγωγή για ιδιωτική χρήση· οποιαδήποτε, όμως, άλλη αναπαραγωγή, εκτός του πλαισίου της ανωτέρω νομοθεσίας, επισύρει τις αυστηρότερες κυρώσεις του άρθρου 65 ν 2121/1993 (βλ. Κουμάντο, ό.π., σελ. 241. Μ.-Θ. Μαρίνο, Η προσβολή του δικαιώματος πνευματικής ιδιοκτησίας και των συγγενικών δικαιωμάτων, ΕλλΔνη 35.1440 επ. και ιδίως 1448. 1450)...]

ΠΑΡΑΤΗΡΗΣΕΙΣ

I. Η σχολιαζόμενη απόφαση του Μονομελούς Πρωτοδικείου Αθηνών αφορά στο επίκαιρο ζήτημα της υποχρέωσης καταβολής της εύλογης αμοιβής, η οποία ορίζεται στο άρθρο 18 παρ. 3 ν. 2121/1993¹. Οι ενάγοντες οργανισμοί συλλογικής διαχείρισης ζητούσαν από την εναγόμενη εταιρεία, εισαγωγής και εμπορίας αναλογικών φωτοαντιγραφικών τεχνικών μέσων και πολυμηχανημάτων με δυνατότητα φωτοτυπικής αναπαραγωγής την καταβολή της αναλογούσης εύλογης αμοιβής. Η εναγόμενη αρνήθηκε την καταβολή οποιουδήποτε ποσού, ισχυριζόμενη ότι τα τεχνικά μέσα που εμπιπτουν στην υποχρέωση καταβολής εύλογης αμοιβής και εμπορεύεται δεν τα πωλούσε σε ιδιώτες αλλά αποκλειστικά σε νομικά πρόσωπα (τράπεζες και άλλες επιχειρήσεις).

II. Οι σύγχρονες μέθοδοι της φωτοτυπικής και ψηφιακής αναπαραγωγής έργων κατέληξαν διεθνώς στην υιοθέτηση της άποψης ότι δεν επαρκεί για την προστασία του δημιουργού η σύλληψη του περιουσιακού δικαιώματος ως απόλυτου και αποκλειστικού. Και τούτο διότι ο δημιουργός είναι αδύνατον να ελέγξει την μαζική αναπαραγωγή του έργου του, η οποία γίνεται για ιδιωτική χρήση². Η διαπίστωση αυτή οδήγησε στην μετατροπή του δικαιώματος από απόλυτο και αποκλειστικό με εμπράγματο, απόλυτη ενέργεια σε απλή ενοχική αξίωση³. Ως αποζημιωτικό αντιστάθμισμα τς εκ του νόμου αδείας για την ελεύθερη αναπαραγωγή για ιδιωτική χρήση και των οικονομικών συνεπειών που η άνευ αδείας τους χρήση των έργων τους συνεπάγεται για τους δημιουργούς, ο νόμος προέβλεψε την καταβολή εύλογης αμοιβής όχι από τα πρόσωπα που προβαίνουν στην αναπαραγωγή αλλά από τους εισαγωγείς ή κατασκευαστές τεχνικών μέσων αναπαραγωγής και αποθήκευσης⁴.

Οι σχετικές διατάξεις στην ελληνική νομοθεσία εισήχθησαν με το άρθρο 18 ν. 2121/1993, το οποίο τροποποιήθηκε αρκετές φορές εν συνεχεία. Η όλη ρύθμιση τοποθετείται μέσα στο πλαίσιο της επιτρεπόμενης αναπαραγωγής για ιδιωτική χρήση που ορίζεται με ακρίβεια στο ν. 2121/1993⁵. Εκτός του πλαισίου αυτού, η αναπαραγωγή χωρίς την άδεια του δημιουργού είναι παράνομη και επισύρει τις κυρώσεις του νόμου⁶.

III. Η εξαίρεση στην λήψη αδείας από τον δημιουργό για την αναπαραγωγή για ιδιωτική χρήση των έργων του προβλέπεται επίσης και από το δίκαιο τς Ε.Ε. Το άρθρο 5 τς οδηγίας 2001/29⁷, που έχει τον τίτλο «Εξαιρέσεις και περιορισμοί», προβλέπει στην παράγραφο 2, στοιχείο β' ότι τα κράτη μέλη μπορούν να προβλέ-

πουν εξαιρέσεις ή περιορισμούς από το δικαίωμα αναπαραγωγής που προβλέπεται στο άρθρο 2 σε περιπτώσεις αναπαραγωγών σε οποιοδήποτε μέσο που πραγματοποιούνται από φυσικό πρόσωπο για ιδιωτική χρήση και για μη άμεσους ή έμμεσους εμπορικούς σκοπούς, υπό τον όρο ότι οι δικαιούχοι λαμβάνουν δίκαιη αποζημίωση που συνεκτιμά την εφαρμογή ή όχι των τεχνολογικών μέτρων του άρθρου 6 στο συγκεκριμένο έργο ή άλλο υλικό.

Το γεγονός ότι το ενωσιακό δίκαιο, μέσω τς Οδηγίας 2001/29, ρυθμίζει τη δίκαιη αποζημίωση προς όφελος των δικαιούχων για την ιδιωτική αναπαραγωγή των έργων τους, καθιστά την έννοια αυτή έννοια του ενωσιακού δικαίου⁸. Το θέμα αυτό ετέθη για πρώτη φορά με αφορμή προδικαστικό ερώτημα που έθεσε στο ΔικΕΕ το Audiencia Provincial de Barcelona, κατ' εφαρμογή του άρθρου 267 ΣΛΕΕ (ηρών 234 ΣυνθΕΚ)⁹.

Το ΔικΕΕ έκρινε ότι μολονότι τα κράτη μέλη είναι ελεύθερα, βάσει του άρθρου 5, παράγραφος 2, στοιχείο β', τς οδηγίας 2001/29, να κάνουν χρήση τς ευχέρειας να εισαγάγουν εξαίρεση ιδιωτικής αντιγραφής από το αποκλειστικό δικαίωμα αναπαραγωγής του δημιουργού, το οποίο καθιερώνει το δίκαιο τς Ένωσης, όσα κράτη μέλη κάνουν χρήση τς ευχέρειας αυτής είναι υποχρεωμένα να προβλέψουν την καταβολή δίκαιης αποζημίωσης υπέρ των δημιουργών που θίγονται από την εφαρμογή τς ως άνω εξαίρεσης (σκέψη 36 τς απόφασης).

Αυτό σημαίνει ότι ο προσδιορισμός τς έννοιας τς «δίκαιης αποζημίωσης» δεν μπορεί να αφεθεί στους εθνικούς νομοθέτες, γιατί δημιουργείται ο κίνδυνος να διαμορφωθεί ένα ανομοιογενές περιβάλλον, το οποίο θα εμποδίζει την ομοιόμορφη προστασία του δικαίου τς πνευματικής ιδιοκτησίας εντός τς ΕΕ και θα δημιουργεί σημαντικά εμπόδια στην απρόσκοπτη κυκλοφορία των πνευματικών έργων.

Κατά τη νομολογία του Δικαστηρίου, από τη λήξη τς προθεσμίας μεταφοράς τς Οδηγίας στις εθνικές έννομες τάξεις, τα εθνικά δικαστήρια υπέχουν τη γενική υποχρέωση να ερμηνεύουν το εσωτερικό δίκαιο κατά τρόπο σύμφωνο προς την οδηγία¹⁰. Η υποχρέωση αυτή σημαίνει ότι ερμηνεύουν το εσωτερικό δίκαιο, στο μέτρο του δυνατού, υπό το πρίσμα του κειμένου και του σκοπού τς οικείας οδηγίας, προκειμένου να επιτευχθούν τα επιδιωκόμενα από αυτήν αποτελέσματα, προκρίνοντας την ερμηνεία των εθνικών κανόνων που είναι η πλέον σύμφωνη προς τον σκοπό αυτόν, για να καταλήξουν έτσι σε λύση συμβατή με τς διατάξεις τς εν λόγω οδηγίας¹¹.

1. Σε ενωσιακό επίπεδο το ΔικΕΕ έχει εκδώσει τέσσερις αποφάσεις, οι οποίες αφορούν στην εύλογη αμοιβή για ιδιωτική αναπαραγωγή. Βλ. ΔικΕΕ, απόφαση τς 21ης Οκτωβρίου 2010, υπόθεση C-467/08, Padawan, Συλλογή 2010, I-10055· απόφαση τς 16ης Ιουνίου 2011, υπόθεση C-462/09, Stichting de Thuiskopie, Συλλογή 2011, I-5331· απόφαση τς 27ης Ιουνίου 2013, υπόθεση C-457/11 έως C-460/11, Kyocera, αδημ.: απόφαση τς 11ης Ιουλίου 2013, υπόθεση C-521/11, Amazon, αδημ. Εκκρεμούν δε πολλά σχετικά προδικαστικά ερωτήματα, τα οποία έχουν αποσταλεί από εθνικά δικαστήρια.

2. Μαρίνος, Πνευματική Ιδιοκτησία, 2η εκδ., αρ. 416.

3. Άλλες έννομες τάξεις οδηγήθηκαν και στη θεσμοθέτηση τεχνικών μέσων προστασίας από την ψηφιακή αντιγραφή. Πρόκειται για το λεγόμενο Serial Copy Management System, SCMS (άρθρο 17 αμερικανικού νόμου πνευματικής ιδιοκτησίας, το οποίο προστέθηκε με το Audio Home Recording Act από 28.10.1992).

4. Γεωργιάδης, Η εύλογη αμοιβή του δημιουργού και των δικαιούχων συγγενικών δικαιωμάτων κατά το άρθρο 18 παρ. 3 ν. 2121/1993 για την πνευματική ιδιοκτησία, ΧρΙΔ 2004, 385.

5. Πρόκειται για το άρθρο παρ. 1 και 2 ν. 2121/1993.

6. Κουμάντος, σ. 241.

7. Οδηγία 2001/29/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, τς 22ας Μαΐου 2001, για την εναρμόνιση ορισμένων πτυχών του δικαιώματος του δημιουργού και συγγενικών δικαιωμάτων στην κοινωνία τς πληροφορίας, Επίσημη Εφημερίδα αριθ. L 167 τς 22/06/2001, σ. 10-19.

8. Βλ., ΔικΕΕ, αποφάσεις Padawan, Stichting de Thuiskopie και Amazon, ό.π.

9. Βλ. ΔΕΕ 2012, 330, με σχόλιο *Λιάσκου*. Η SGAE είναι ένας από τους οργανισμούς συλλογικής διαχείρισης δικαιωμάτων πνευματικής ιδιοκτησίας που λειτουργούν στην Ισπανία. Η εταιρεία Padawan εμπορεύεται CD-R, CD-RW, DVD-R και συσκευές MP3. Η SGAE ζήτησε από την Padawan να τς καταβάλει το κατά το άρθρο 25 του ΤRLPI «τέλος ιδιωτικής αντιγραφής» για τα έτη από το 2002 έως το 2004. Η Padawan αρνήθηκε με την αιτιολογία ότι η επιβολή τς ως άνω τέλους αδιακρίτως στα εν λόγω υποθέματα ψηφιακής εγγραφής και ανεξαρτήτως τς χρήσεως για την οποία προορίζονται (ιδιωτική χρήση ή άλλη επαγγελματική ή εμπορική δραστηριότητα), αντιβαίνει στην οδηγία 2001/29. Με απόφαση τς 14ης Ιουνίου 2007, το Juzgado de lo Mercantil no 4 de Barcelona δέχθηκε καθ' ολοκληρίαν την αξίωση τς SGAE και υποχρέωσε την Padawan να καταβάλει το ποσό των 16.759,25 ευρώ, πλέον των νομίμων τόκων. Κατά τς αποφάσεως αυτής η εταιρεία Padawan άσκησε έφεση ενώπιον του Audiencia Provincial de Barcelona, το οποίο έθεσε, κατ' άρθρο 267 ΣΛΕΕ (ηρών 234 ΣυνθΕΚ), διάφορα προδικαστικά ερωτήματα στο ΔικΕΕ.

10. ΔικΕΕ, αποφάσεις τς 4ης Ιουλίου 2006, υπόθεση C-212/04, Αδενέλερ κ.λπ., Συλλογή 2006, I-6057, σκέψη 115, και τς 14ης Ιανουαρίου 2010, υπόθεση C-304/08, Plus Warenhandels-gesellschaft (δεν έχει δημοσιευθεί ακόμη στη Συλλογή), σκέψη 17.

11. Βλ. ΔικΕΕ αποφάσεις τς 5ης Οκτωβρίου 2004, υπόθεση

Κατά πάγια νομολογία του Δικαστηρίου, αν το γράμμα κοινοτικής διατάξεως δεν περιέχει ρητή παραπομπή στο δίκαιο των κρατών μελών για τον προσδιορισμό της έννοιας και του περιεχομένου της, πρέπει κανονικά να ερμηνεύεται, σε ολόκληρη την Ευρωπαϊκή Ένωση, κατά τρόπο αυτοτελή και ενιαίο, με βάση το πλαίσιο στο οποίο εντάσσεται η διάταξη αυτή και τον σκοπό που επιδιώκει η οικεία κανονιστική ρύθμιση¹². Η γενική υποχρέωση που υπέχουν τα εθνικά δικαστήρια να ερμηνεύουν το εσωτερικό δίκαιο κατά τρόπο σύμφωνο προς την οδηγία υφίσταται μόνον από τη λήξη της προθεσμίας μεταφοράς της οδηγίας αυτής στο εσωτερικό δίκαιο¹³.

Επειδή ακριβώς για τον ορισμό της έννοιας της «δικαίως αποζημίωσης» δεν γίνεται παραπομπή από την Οδηγία 2001/29 σε διάταξη εθνικής νομοθεσίας, συνάγεται το συμπέρασμα ότι πρόκειται για αυτοτελή ενωσιακή έννοια, η οποία πρέπει να ερμηνεύεται με όμοιο και ενιαίο τρόπο εντός της ΕΕ¹⁴.

Η κρίση αυτή του ΔικΕΕ δεσμεύει τους εθνικούς νομοθέτες ως προς τον προσδιορισμό της δικαίως αποζημίωσης για την ιδιωτική αναπαραγωγή. Παρά το γεγονός ότι τους παρέχεται η ευχέρεια να καθορίζουν τη μορφή, τις λεπτομέρειες χρηματοδοτήσεως και εισπράξεως και το ύψος της ως άνω δικαίως αποζημίωσης, ο προσδιορισμός αυτός πρέπει να γίνεται εντός των ορίων που επιβάλλονται από το δίκαιο της Ένωσης και ειδικά από την Οδηγία 2001/29, προκειμένου να μην τεθούν εμπόδια στο στόχο της εναρμόνισης της εσωτερικής αγοράς¹⁵. Δεν είναι δυνατόν δηλαδή να σημειωθούν σημαντικές αποκλίσεις ανάμεσα στις εθνικές νομοθεσίες, οι οποίες θα καθορίζουν τις λεπτομέρειες της «δικαίως αποζημίωσης».

Είναι πάγια νομολογία του ΔικΕΕ ότι ακόμα και σε περίπτωση πλήρη εφαρμογής κοινοτικής οδηγίας από το εθνικό δίκαιο, τα εθνικά δικαστήρια οφείλουν να ερμηνεύουν το εθνικό δίκαιο υπό το φως της ενωσιακής νομοθεσίας και νομολογίας, και ειδικότερα υπό το φως του κείμενου και του σκοπού της οικείας οδηγίας, ώστε να επιτευχθεί το αποτέλεσμα που αυτή επιδιώκει, προκειμένου το εθνικό δικαστήριο να συμμορφωθεί προς τις απαιτήσεις των διατάξεων των άρθρων 4 παρ. 3 ΣΕΕ και 288 παρ. 3 ΣΛΕΕ¹⁶. Μάλιστα, η αρχή της σύμφωνης προς το ενωσιακό δίκαιο ερμηνείας επιβάλλει στα εθνικά δικαστήρια να πράττουν ό,τι εμπίπτει στην αρμοδιότητά τους, λαμβάνοντας υπόψη το σύνολο του εσωτερικού δικαίου και εφαρμόζοντας παραδεδομένες μεθόδους ερμηνείας, προκειμένου να εξασφαλίζουν την πλήρη αποτελεσματικότητα της επίμαχης οδηγίας και να καταλήγουν σε λύση σύμφωνη με τον επιδιωκόμενο από αυτήν σκοπό¹⁷, απαγορευμένης βέβαια της *contra legem* ερμηνείας του εθνικού δικαίου¹⁸.

Κατά συνέπεια, η ερμηνεία του άρθρου 18 παρ. 3 ν. 2121/1993 πρέπει να είναι σύμφωνη με το ενωσιακό δίκαιο, όπως ερμηνεύεται αυθεντικά από το ΔικΕΕ.

IV. Κατ' αρχήν σκοπός της «δικαίως αποζημίωσης» του άρθρου 5 παρ. 2 στ. β της Οδηγίας 2001/29 και, κατ' επέκταση, του άρθρου 18 παρ. 3 ν. 2121/1993 είναι να παράσχει «επαρκή» επανόρθωση στους δημιουργούς για την ζημιά που υφίστανται

C-397/01 έως C-403/01, Pfeiffer κ.λπ., Συλλογή 2004, I-8835, σκέψεις 115, 116, 118 και 119, και της 4ης Ιουλίου 2006, Αδενέλερ κ.λπ., ό.π., σκέψη 111.

12. βλ. ΔικΕΕ, αποφάσεις της 18ης Ιανουαρίου 1984, 327/82, υπόθεση Ekro, Συλλογή 1984, σ. 107, σκέψη 11· της 19ης Σεπτεμβρίου 2000, C-287/98, υπόθεση Linster, Συλλογή 2000, σ. I-6917, σκέψη 43· της 2ας Απριλίου 2009, C-523/07, Συλλογή 2009, σ. I-2805, σκέψη 34.

13. βλ. ΔικΕΕ, απόφαση Αδενέλερ, σκέψη 115.

14. ΔικΕΕ, απόφαση Padawan, σκέψη 33.

15. ΔικΕΕ, υπόθεση Amazon σκέψη 20 και Stichting de Thuiskopie, σκέψη 23.

16. βλ. αποφάσεις ΔικΕΕ, Αδενέλερ, σκέψεις 108, 113, Pfeiffer, σκέψεις 110-114, Faccini Dori, σκέψη 26 και της 13ης Νοεμβρίου 1990, C-106/89, Marleasing, Συλλογή, I-4435, σκέψη 8.

17. βλ. αποφάσεις ΔικΕΕ, Αδενέλερ σκέψη 111, Pfeiffer, σκέψη 115.

18. βλ. απόφαση ΔικΕΕ, Αδενέλερ, σκέψη 110.

από την χρήση των προστατευόμενων έργων τους χωρίς την άδειά τους, η οποία συντελείται όταν υφίσταται αναπαραγωγή για ιδιωτική χρήση πνευματικών έργων¹⁹.

Η «δικαίως αποζημίωση» συναρτάται κατ' αρχήν με την ζημιά που υφίσταται ο δημιουργός από την αναπαραγωγή για ιδιωτική χρήση των έργων του²⁰. Αυτό σημαίνει ότι η «δικαίως αποζημίωση» έχει την φύση της παροχής προς τον δικαιούχο, η οποία συνιστά, λαμβανομένων υπόψη όλων των περιστάσεων της επιτρεπόμενης ιδιωτικής αντιγραφής, εύλογο αντιστάθμισμα για τη χρήση του προστατευόμενου έργου του από ιδιώτες²¹.

Το ΔικΕΕ αναγνωρίζει ότι η ζημιά στον δημιουργό προκαλείται από τον ιδιώτη, ο οποίος προβαίνει σε αναπαραγωγή πνευματικών έργων άνευ άδειας για ιδιωτική χρήση. Αναγνωρίζει επίσης ότι είναι σχεδόν αδύνατον να ανευρεθούν τα φυσικά πρόσωπα που προβαίνουν στην πράξη αυτή. Για τον λόγο αυτό επιτρέπεται στα κράτη μέλη να θεσπίσουν για τη χρηματοδότηση της δικαίως αποζημίωσης «τέλιος ιδιωτικής αντιγραφής» το οποίο δεν βαρύνει τους ιδιώτες, αλλά εκείνους οι οποίοι προβαίνουν σε διάθεση εξοπλισμού, συσκευών και υποθεμάτων ψηφιακής αναπαραγωγής²². Εφόσον το τέλος αυτός μετακυλίεται στους ιδιώτες, οι οποίοι αγοράζουν τον ανωτέρω εξοπλισμό ή απολαμβάνουν τις υπηρεσίες αναπαραγωγής, οι ιδιώτες αυτοί καθίστανται έμμεσοι οφειλότες της «δικαίως αποζημίωσης»²³.

Συνέπεια του επανορθωτικού χαρακτήρα της «δικαίως αποζημίωσης» και της συνάφειάς της κατ' αρχήν με τη ζημιά που υφίστανται οι δημιουργοί από την αναπαραγωγή των έργων τους για ιδιωτική χρήση, είναι η κρίση της απόφασης *Padawan* ότι το τέλος ιδιωτικής αντιγραφής βαρύνει μόνο τον εξοπλισμό, ο οποίος μπορεί να χρησιμοποιηθεί για ιδιωτική αντιγραφή και, ως εκ τούτου, να προξενήσει ζημιά στον δημιουργό του προστατευόμενου έργου. *A contrario*, η άνευ διακρίσεως επιβολή του τέλους ιδιωτικής αντιγραφής σε όλους τους τύπους εξοπλισμού, συσκευών και υποθεμάτων ψηφιακής αναπαραγωγής, ακόμη και στην περίπτωση αγοράς τους από μη φυσικά πρόσωπα, για σκοπούς προδήλως ξένους προς την ιδιωτική αντιγραφή, δεν είναι σύμφωνη προς το άρθρο 5, παράγραφος 2, της οδηγίας 2001/29 (σκέψη 53).

Η διάκριση που γίνεται μεταξύ αναπαραγωγής για ιδιωτική και για επαγγελματική/εμπορική χρήση είναι ορθή και βασίζεται στο γράμμα και στο πνεύμα της Οδηγίας 2001/29. Το άρθρο 18 παρ. 1 ν. 2121/1993 ρητά προβλέπει ότι δεν υφίσταται ιδιωτική αναπαραγωγή όταν η χρήση γίνεται στο πλαίσιο μιας επιχείρησης ή μιας υπηρεσίας ή ενός οργανισμού. Κατά συνέπεια, η χρήση αυτή δεν μπορεί να επιβαρυνθεί με την ειδικό «τέλιος ιδιωτικής αναπαραγωγής». Αντιθέτως, οι χρήστες αυτοί πρέπει να λάβουν άδεια αναπαραγωγής από τους αντίστοιχους οργανισμούς συλλογικής διαχείρισης των δημιουργών²⁴.

Η χρήση που όντως γίνεται από τα μηχανήματα πρέπει να αποδειχθεί. Το βάρος απόδειξης δε το φέρουν οι προμνηθευτές/

19. βλ. αποφάσεις ΔικΕΕ, *Padawan*, σκέψη 39, *Kyocera*, σκέψη 31, *Stichting de Thuiskopie*, σκέψη 24 και *Amazon*, σκέψη 19.

20. ΔικΕΕ, απόφαση *Padawan*, σκέψεις 41 και 41, απόφαση *Amazon*, σκέψη 47. Η θέση αυτή αποστασιοποιείται από τις παραδοσιακές θέσεις για τη φύση της «εύλογης αμοιβής» (ανωτέρω υπό Ι) και την αντιμετωπίζει ως «εύλογο» αποκατάσταση της βλάβης που υφίστανται οι δημιουργοί από την αναπαραγωγή για ιδιωτικής χρήση. βλ. *Lucas-Lucas*, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 3e éd., 2006, παρ. 372.

21. Σκέψη 84 των προτάσεων της Γενικής Εισαγγελέως *Trstenjak*. Επίσης, ΔικΕΕ, απόφαση *Kyocera*, σκέψη 31 και *Stichting de Thuiskopie*, σκέψη 24.

22. ΔικΕΕ, απόφαση *Padawan*, σκέψη 46.

23. ΔικΕΕ, απόφαση *Stichting de Thuiskopie*, σκέψη 28, απόφαση *Kyocera*, σκέψη 76.

24. Για το θέμα της αναπαραγωγής μέσω φωτοτυπικών κέντρων, βλ. *Marino*, Πρόβλημα Πνευματικής Ιδιοκτησίας από την Αναπαραγωγή μέσω Φωτοτυπικών Κέντρων, ΕΕμμΔ 2002, 463.

εισαγωγείς, οι οποίοι υποχρεούνται στην καταβολή της εύλογης αμοιβής²⁵.

Υ. Στην επίδικη περίπτωση αποδείχτηκε, από τα τιμολόγια που προσκόμισε η εναγόμενη, ότι οι πωλήσεις των μηχανημάτων, τα οποία υπάγονται στο τέλος ιδιωτικής αναπαραγωγής, έγιναν προς επιχειρήσεις. Απεδείχθη συνεπώς ότι τα εν λόγω μηχανήματα δεν προορίζονται για ιδιωτική χρήση αλλά για επαγγελματική. Άρα δεν οφείλεται εύλογη αμοιβή για ιδιωτική αναπαραγωγή. Η σχολιαζόμενη απόφαση ορθώς εφάρμοσε τη σχετική νομολογία του ΔικΕΕ, εναρμονίζοντας την ερμηνεία του ελληνικού δικαίου με το ενωσιακό, ως όφειλε.

Ευάγγελος Μετ. Λιάσκος
Δικηγόρος – Δ.Ν.

Μονομελές Πρωτοδικείο Πειραιώς Αριθμ. 520/2013

Προεδρεύουσα: Στ. Λιακέα, Πρόεδρος Πρωτοδικών
Δικηγόροι: Μ. Σουριαδάκης, Π. Κωνσταντίνου, Σπ. Παπασταθόπουλος

Δικαίωμα αποκλειστικής τηλεοπτικής (ανα)μετάδοσης ποδοσφαιρικών αγώνων. Οι αγώνες της Superleague, στους οποίους συμμετέχουν οι εκάστοτε έντε πρώτες ομάδες του βαθμολογικού πίνακα, μπορούν να θεωρηθούν ως «διοργανώσεις μεγάλου ενδιαφέροντος». Συνεπώς, επιτρέπεται (χωρίς την άδεια του δικαιούχου αποκλειστικής αναμετάδοσης και χωρίς την καταβολή ανταλλάγματος) η προβολή σύντομων αποσπασμάτων (διάρκειας 90'') των αγώνων αυτών στο πλαίσιο αθλητικών ειδησεογραφικών εκπομπών άλλων ραδιοτηλεοπτικών σταθμών. Αντιθέτως, δεν είναι νόμιμη η προβολή αποσπασμάτων των αγώνων των λοιπών ομάδων της Superleague.

Διατάξεις: άρθρ. 84 ν. 2725/1999· άρθρ. 16 π.δ. 109/2010

[...Από την εκτίμηση των ενόρκων καταθέσεων της μάρτυρος της αιτούσας Κ.Κ. και του μάρτυρα των καθών Κ.Κ. και του μάρτυρα των προσθέτως παρεμβαίνοντων Μ.Α. που εξετάστηκαν ενόρκως στο ακροατήριο του Δικαστηρίου αυτού και από όλα τα έγγραφα που νομίμως προσκομίζουν και επικαλούνται οι διάδικοι πιθανολογήθηκαν τα ακόλουθα πραγματικά περιστατικά: Η αιτούσα, ως οιονεί καθολική διάδοχος της εταιρίας με την επωνυμία «N. HELLAS ...» με την οποία συγχωνεύθηκε διά απορροφήσεως της τελευταίας είναι διαχειρίστρια τηλεοπτικών προγραμμάτων κατ' άρθρο 3 παρ. 1 του ν. 2644/1998 και προμηθεύει δύναμει της από 1.7.2011 σχετικής συμβάσεως την εταιρεία με την επωνυμία «M. HELLAS A.E.E...» τα συνδρομικά τηλεοπτικά προγράμματα ... και ... των οποίων έχει και τη συντακτική ευθύνη για τη σύνθεση και παραγωγή. Η προς τη Μ. προμήθεια εκ μέρους της αιτούσας των ως άνω τηλεοπτικών προγραμμάτων γίνεται δύναμει της από 1.7.2011 σχετικής συμβάσεως προμήθειας οπτικοακουστικού περιεχομένου που έχει συνάψει η ως άνω εταιρία με την αιτούσα, η οποία (σύμβαση) έχει νομίμως εγκριθεί από το Εθνικό Συμβούλιο Ραδιοτηλεόρασης δύναμει του Ν. 2644/1998 και αντικατέστησε την προηγούμενη, αντίστοιχου περιεχομένου, από 22.8.2006 σύμβαση που είχε συνάψει η Μ. με την δικαιούχο της αιτούσας. Τα τηλεοπτικά προγράμματα που διαχειρίζεται η αιτούσα για λογαριασμό της Μ. μεταδίδονται μέσω του ψηφιακού συνδρομητικού τηλεοπτικού πακέτου («μπουκέτο») γνωστού ως «N.». Επιπλέον η αιτούσα πραγ-

25. Βλ. σχετικά ΔικΕΕ, απόφαση Amazon, σκέψη 44.

ματοποιεί επίγεια ψηφιακή κωδικοποιημένη και συνδρομητική τηλεοπτική μετάδοση προγράμματος, με βάση την από 1.10.1994 σύμβαση, όπως αυτή συμπληρώθηκε και τροποποιήθηκε, που είχε συνάψει η ανώνυμη εταιρεία με την επωνυμία «ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΡΑΔΙΟΦΩΝΙΑ ΤΗΛΕΟΡΑΣΗ Α.Ε.» με τη ως άνω δικαιούχο της. Με βάση το παραπάνω νομοθετικό καθεστώς, η αιτούσα εταιρία εκπέμπει και προγράμματα ... και ... τα οποία μεταδίδει μέσω επίγειων συχνοτήτων και επίγειων αναμεταδοτών και, συνεπώς, παρέχει γραμμικές υπηρεσίες οπτικοακουστικών μέσων, ήτοι τηλεοπτική μετάδοση –μέσω δικτύου ηλεκτρονικών επικοινωνιών– των προαναφερθέντων τηλεοπτικών προγραμμάτων βάσει χρονολογικά προγραμματισμένων μεταδόσεων. Πρόσβαση στα τηλεοπτικά προγράμματα που εκπέμπονται από την αιτούσα μπορούν να έχουν μόνο συνδρομητές της που είναι εφοδιασμένοι με τον αποκωδικοποιητή και καταβάλλουν στην αιτούσα μηνιαία συνδρομή. Τα προγράμματα είναι ακριβώς τα ίδια που μεταδίδονται –μαζί με άλλα– και μέσω του ψηφιακού συνδρομητικού τηλεοπτικού πακέτου («μπουκέτο») επεξεργασίας, γνωστού ως Ν. Η μητρική εταιρία της αιτούσας, ήτοι η ανώνυμη εταιρία με την επωνυμία «ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΕΤΑΙΡΕΙΑ ...», αποτελεί ιδιωτική εταιρία παροχής ευρυζωνικών τηλεπικοινωνιακών υπηρεσιών και δορυφορικών υπηρεσιών στην Ελλάδα και έχει εγγραφεί ως τέτοια στο Μητρώο Παροχών Δικτύων και Υπηρεσιών Ηλεκτρονικών Επικοινωνιών της Εθνικής Επιτροπής Τηλεπικοινωνιών και Ταχυδρομείων (ΕΕΤΤ), με αποτέλεσμα να αποτελεί και αυτή τηλεοπτικό οργανισμό με τη χρήση δικτύων ηλεκτρονικών επικοινωνιών κατά την έννοια των διατάξεων της ραδιοτηλεοπτικής νομοθεσίας. Παράλληλα, παρέχει στο καταναλωτικό κοινό ευρύ φάσμα ευρυζωνικών υπηρεσιών, με έμφαση στις υπηρεσίες σταθερής τηλεφωνίας και στις υπηρεσίες διαδικτύου (ίντερνετ). Ότι δύναμει της από 5-8-2011 σύμβασης που τιτλοφορείται «σύμβαση Κεντρικής Διαχείρισης Τηλεοπτικών Προγραμμάτων» που συνήφθη μεταξύ της μητρικής εταιρίας της αιτούσας F. A.E και όλων των ποδοσφαιρικών ανώνυμων εταιριών (ΠΑΕ) που συμμετέχουν στο ποδοσφαιρικό πρωτάθλημα Α' Εθνικής Κατηγορίας και από την ΣΟΥΠΕΡΛΙΓΚ, η οποία αποτελεί την επίσημη διοργανώτρια αρχή του πρωταθλήματος επαγγελματικού ποδοσφαίρου Α' εθνικής κατηγορίας ανδρών, οι ποδοσφαιρικές ανώνυμες εταιρίες (ΠΑΕ), μέλη της ΣΟΥΠΕΡΛΙΓΚ, παραχώρησαν προς τη ΣΟΥΠΕΡΛΙΓΚ τις προαναφερθείσες ειδικές έγγραφες άδειες του άρθρου 84 παρ. 1 ν. 2725/1999 για το σύνολο των δικαιωμάτων τους που αναφέρονται στην ίδια σύμβαση. Με την ίδια σύμβαση, η ΣΟΥΠΕΡΛΙΓΚ μεταβίβασε τα ίδια τηλεοπτικά δικαιώματα (που είχε αποκτήσει από τις ως άνω ΠΑΕ) προς την μητρική εταιρία της αιτούσας F. A.E δηλ. στην τρίτη συμβαλλόμενη στην ως άνω σύμβαση. Η διάρκεια της ανωτέρω σύμβασης ορίστηκε για τέσσερις αγωνιστικές περιόδους ήτοι για τις αγωνιστικές περιόδους 2011-2012, 2012-2013, 2013-2014 και 2014-2015 με συμφωνημένη λήξη είκοσι (20) ημερολογιακές ημέρες ύστερα από την ολοκλήρωση της αγωνιστικής περιόδου 2014-2015. Στη συνέχεια, η μητρική εταιρία της αιτούσας F. A.E, παραχώρησε, κατ' αποκλειστικότητα τα δικαιώματά της αυτά για την αγωνιστική περίοδο 2012-2013 προς την αιτούσα με το από 17.8.2012 ιδιωτικό συμφωνητικό («σύμβαση παραχώρησης»), την οποία ανήγγειλαν στο Εθνικό Συμβούλιο Ραδιοτηλεόρασης. Δύναμει των συμβάσεων αυτών η αιτούσα έχει αποκτήσει νόμιμα τόσο το δικαίωμα αναμετάδοσης ή /και μετάδοσης (σε απεριόριστο αριθμό επαναλήψεων), στην Ελληνική επικράτεια, μέσω των καναλιών της Ν., όλων των εντός έδρας Αγώνων των ΠΑΕ (ή τμημάτων αυτών μεγάλων ή μικρών ή συνθέσεων αυτών) όσο και το δικαίωμα απεριόριστης μετάδοσης στιγμιότυπων από τους αγώνες αυτούς. Περαιτέρω πιθανολογήθηκε ότι η πρώτη των καθών είναι ιδιοκτήτρια του ελεύθερης λήψεως τηλεοπτικού σταθμού εθνικής εμβέλειας «Σ.» στο τηλεοπτικό πρόγραμμα του οποίου

περιλαμβάνονται οι ειδικές, αυτόνομες αθλητικές εκπομπές «...» και «...». Περαιτέρω πιθανολογήθηκε ότι η πρώτη εκ των ανωτέρω εκπομπών προβάλλεται από την έναρξη του φετινού ποδοσφαιρικού πρωταθλήματος ΣΟΥΠΕΡΛΙΓΚ κάθε Κυριακή, μετά το πέρας του δελητίου ειδήσεων, κατά τη διάρκεια της οποίας προβάλλονται μαγνητοσκοπημένα στιγμιότυπα από κάθε αγώνα της αγωνιστικής ημέρας του πρωταθλήματος της ΣΟΥΠΕΡΛΙΓΚ, όπως και των λοιπών πρωταθλημάτων που διεξάγονται σε άλλες χώρες της Ευρώπης, στα οποία περιλαμβάνονται τα γκολ, οι καλύτερες φάσεις καθώς και αμφισβητούμενες φάσεις των ως άνω πρωταθλημάτων. Η παρουσίαση της εγχώριας και διεθνούς αθλητικής επικαιρότητας διαρκεί συνολικά περίπου μία ώρα κατά την οποία η παρουσίαση της εγχώριας αθλητικής ενημέρωσης καταλαμβάνει περίπου τη μισή διάρκεια του δελητίου και ο υπόλοιπος χρόνος καταλαμβάνεται μεταξύ των διοργανώσεων ευρωπαϊκών πρωταθλημάτων. [...] Περαιτέρω, πιθανολογήθηκε ότι το θεσπισθέν στο ευρωπαϊκό και εσωτερικό δίκαιο πλαίσιο οριοθετείται από τα οριζόμενα στο άρθρο 16 ΠΔ 109/2010 (άρθρο 15 Οδηγίας 2010/13/ΕΕ) –το οποίο μεταφέρει στο εθνικό δίκαιο ιεραρχικώς ανώτερο δίκαιο, ήτοι την παραπάνω Οδηγία– και από το άρθρο 84 παρ. 3 του ν. 2725/1999 που εφαρμόζονται παράλληλα και συγκεκριμένα το άρθρο 15 ή 16 ΠΔ 109/2010 (άρθρο 15 Οδηγίας 2010/13/ΕΕ) μπορεί να εφαρμοστεί μόνο αν μια διοργάνωση μπορεί να χαρακτηριστεί μείζονος σημασίας για την ελληνική κοινωνία ή μεγάλου ενδιαφέροντος για το κοινό, ενώ η διάταξη του άρθρου 84 παρ. 3 του ν. 2725/1999 δεν επιβάλλει τέτοιο κριτήριο για την εφαρμογή της και συνεπώς μπορεί να εφαρμοστεί και επί αθλητικών διοργανώσεων συνήθους ή μικρής σημασίας, περίπτωση που θα έμενε αρρύθμιστη αν οι διατάξεις του άρθρου 84 παρ. 3 του ν. 2725/1999 είχαν καταργηθεί σιωπηρώς άλλως αντικατασταθεί με τα άρθρα 15 ή 16 του ΠΔ 109/2010 όπως αβασίμως ισχυρίζονται οι καθών. Ειδικότερα, σύμφωνα με την επιβαλλόμενη από το άρθρο 84 § 3 ν. 2725/1999 υποχρέωση, με το οποίο θεσπίζεται λόγος άρσης του αδικού της προσβολής του δικαιώματος αποκλειστικής μετάδοσης αγώνων χάριν της προστασίας δικαιώματος πληροφόρησης του κοινού καθιερώνεται η υποχρέωση του δικαιούχου τηλεοπτικών δικαιωμάτων να παραχωρεί δωρεάν σε οποίον άλλο τηλεοπτικό σταθμό το επιθυμεί μαγνητοσκοπημένα αγωνιστικά στιγμιότυπα τρίλεπτης διάρκειας για όλους τους αγώνες της κάθε αγωνιστικής περιόδου, προκειμένου να μεταδίδονται μόνο για ειδησεογραφικούς σκοπούς στο πλαίσιο του δελητίου ειδήσεων. Περαιτέρω, το άρθρο 16 ΠΔ 109/2010 (άρθρο 15 Οδηγίας 2010/13/ΕΕ) ορίζει ότι «οι τηλεοπτικοί οργανισμοί που ασκούν αποκλειστικά δικαιώματα μετάδοσης σε διοργανώσεις μεγάλου ενδιαφέροντος για το κοινό και σε επιμέρους εκδηλώσεις αυτών, οφείλουν να παρέχουν αδιακρίτως σε άλλους τηλεοπτικούς οργανισμούς που είναι εγκατεστημένοι στην Ελλάδα ή σε άλλους κράτος μέλη της Ευρωπαϊκής Ένωσης το δικαίωμα χρήσης σύντομων αποσπασμάτων αποκλειστικά και μόνο για τους σκοπούς των προγραμμάτων γενικής ειδησεογραφίας, με δίκαιους, εύλογους και ίσους όρους. Οι εν λόγω όροι πρέπει να ανακινούνται εγκαίρως πριν από την πραγματοποίηση της εκδήλωσης, ώστε να παρέχεται επαρκής χρόνος για την άσκηση του δικαιώματος.» Η παρ. 3 του άρθρου 16 ορίζει ότι οι τηλεοπτικοί οργανισμοί επιλέγουν ελεύθερα σύντομα αποσπάσματα από το σήμα του εκπέμποντος την διοργάνωση ή την εκάστοτε εκδήλωση της κάθε διοργάνωσης, τηλεοπτικού οργανισμού αναφέροντας τουλάχιστον την πηγή τους, εκτός εάν τούτο είναι αδύνατο για πρακτικούς λόγους. Το άρθρο 15 της Οδηγίας δεν ορίζει την ακριβή διάρκεια των ως άνω αποσπασμάτων. Η συγκεκριμένη ποσοτική της διάταξης ανατίθεται στα κράτη μέλη και έτσι το άρθρο 16 παρ. 4 ΠΔ 109/2010 ορίζει ότι τα σύντομα αποσπάσματα δεν μπορούν να υπερβαίνουν τα ενενήντα (90) δεύτερα λεπτά της ώρας για κά-

θε αυτοτελή εκδήλωση ή αυτοτελώς μεταδιδόμενο τμήμα της. Σκοπός των ως άνω σύντομων αποσπασμάτων, όπως αυτός αποτυπώνεται στην αιτιολογική σκέψη 55 της Οδηγίας είναι να διασφαλισθεί η θεμελιώδης ελευθερία της πληροφόρησης. Στην προκειμένη περίπτωση πιθανολογήθηκε ότι από την γραμματική και τελεολογική ερμηνεία του όρου «αυτοτελής εκδήλωση» προκύπτει η χρήση των 90 δευτερολέπτων ανά αγώνα. Περαιτέρω ο όρος «διοργανώσεις μεγάλου ενδιαφέροντος» δεν ορίζεται ούτε στο Π.Δ. ούτε στην Οδηγία, θα πρέπει όμως να γίνει δεκτό ότι τέτοιες οργανώσεις είναι όσες προσελκύουν το ενδιαφέρον σημαντικής μερίδας τηλεθεατών και σε εθνικό επίπεδο. Ακολουθώντας πιθανολογήθηκε ότι δεδομένου ότι το ποδόσφαιρο είναι δημοφιλέστερο άθλημα στην Ελλάδα και η εξέλιξη του ποδοσφαιρικού πρωταθλήματος της ΣΟΥΠΕΡΛΙΓΚ συγκεντρώνει την προσοχή των ποδοσφαιρόφιλων φιλάθλων, οι αγώνες της ΣΟΥΠΕΡΛΙΓΚ στους οποίους συμμετέχουν οι πέντε πρώτες ομάδες που προηγούνται βαθμολογικά κάθε αγωνιστική μπορούν να θεωρηθούν «διοργανώσεις μεγάλου ενδιαφέροντος» γιατί παίζουν σημαντικό ρόλο στην εξέλιξη του ποδοσφαιρικού πρωταθλήματος και την ανάδειξη του πρωταθλητή αλλά και των ομάδων που θα συμμετάσχουν στις ευρωπαϊκές διοργανώσεις. Περαιτέρω, πιθανολογήθηκε ότι οι ως άνω αθλητικές εκπομπές έχουν ενημερωτικό χαρακτήρα και αποτελούν εκπομπές γενικής αθλητικής ειδησεογραφίας και όχι ψυχαγωγικές εκπομπές, όπως αβασίμως υποστηρίζει η αιτούσα και με τον τρόπο αυτό εντάσσονται ως προς τα προβαλλόμενα στιγμιότυπα των αγώνων στους οποίους συμμετέχουν οι πέντε πρώτες ομάδες που προηγούνται βαθμολογικά κάθε αγωνιστική στα απαιτούμενα από την ως άνω Οδηγία και το προαναφερόμενο ΠΔ προγράμματα γενικής ειδησεογραφίας, τα οποία πέραν των δελητίων ειδήσεων, συμπεριλαμβάνουν και τις αθλητικές ειδησεογραφικές εκπομπές. Εκ των ανωτέρω πιθανολογήθηκε ότι τα προβαλλόμενα από τις εκπομπές «...» και «...» στιγμιότυπα από τους αγώνες στους οποίους συμμετέχουν οι πέντε πρώτες ομάδες που προηγούνται βαθμολογικά κάθε αγωνιστική, εμπίπτουν στους ορισμούς του αρ. 16 του Π.Δ 109/2010 που καθιερώνει εξαίρεση από το απόλυτο και αποκλειστικό δικαίωμα που προβλέπεται από το άρθρο 84 παρ. 3 του ν. 2725/1999 και κατ'επέκταση από τον κανόνα της προστασίας των απόλυτων και αποκλειστικών συγγενικών δικαιωμάτων του παραγωγού οπτικοακουστικών μέσων και του ραδιοτηλεοπτικού οργανισμού παραγωγής της αιτούσας. Ακολουθώντας πιθανολογήθηκε ότι η αναμετάδοση από τις εκπομπές «...» και «...» στιγμιότυπων από τους αγώνες στους οποίους συμμετέχουν η έκτη έως και η τελευταία στην βαθμολογική κατάταξη ομάδα κάθε αγωνιστικής, πέραν των στιγμιότυπων των αγώνων στους οποίους συμμετέχουν οι πέντε πρώτες ομάδες που προηγούνται βαθμολογικά κάθε αγωνιστικής, χωρίς την άδεια της αιτούσας και χωρίς την καταβολή οικονομικού ανταλλάγματος κινείται εκτός του θεσπισθέντος στο ευρωπαϊκό και εσωτερικό δίκαιο πλαισίου κατά τα εκτιθέμενα ανωτέρω. Εξάλλου πιθανολογήθηκε ότι η πρώτη των καθών η οποία προβάλλει στα πλαίσια του δελητίου ειδήσεων τα «Αγωνιστικά Στιγμιότυπα» περιορισμένης (3λεπτης) συνολικής διάρκειας για όλους τους αγώνες της κάθε αγωνιστικής κανονικής περιόδου εκμεταλλεύεται εμπορικά τα προβαλλόμενα από τις εκπομπές «...» και «...» στιγμιότυπα των αγώνων στους οποίους συμμετέχουν η έκτη έως και η τελευταία στην βαθμολογική κατάταξη ομάδα κάθε αγωνιστικής που συμμετέχουν στο ποδοσφαιρικό πρωτάθλημα, πέραν των πέντε ομάδων που κάθε αγωνιστική προηγούνται στη βαθμολογική κατάταξη, χωρίς την άδεια της αιτούσας αποσκοπώντας στο να προσποριστεί κέρδος από την αναμετάδοσή τους σε βάρος της αιτούσας, αφενός διότι δεν καταβάλλει κανένα αντίλλαγμα σε αυτή (αιτούσα) για την αναμετάδοση των παραπάνω στιγμιότυπων και αφετέρου εισπράττει η ίδια μεγάλα ποσά από τις διαφημίσεις και/ή τις χορηγίες

προϊόντων που προβάλλονται ταυτόχρονα με τη μετάδοση των ως άνω στιγμιότυπων από την εκπομπή. Συντρέχει δε περίπτωση για την απαγόρευση μετάδοσης των ως άνω στιγμιότυπων από τους αγώνες του πρωταθλήματος ποδοσφαίρου στους οποίους συμμετέχουν η έκτη έως και η τελευταία στην βαθμολογική κατάταξη ομάδα κάθε αγωνιστικής που συμμετέχουν στο ποδοσφαιρικό πρωτάθλημα, πέραν των αγώνων στους οποίους συμμετέχουν οι πέντε πρώτες βαθμολογικά ομάδες, λόγω της υποβάθμισης της εμπορικής αξίας των προβληθέντων στιγμιότυπων αφού η χωρίς την καταβολή οικονομικού ανταλλάγματος αναμετάδοση τους από την ως άνω εκπομπή της αιτούσας δίνει στο τηλεοπτικό κοινό τη δυνατότητα πρόσβασης στο συγκεκριμένο τηλεοπτικό προϊόν, αφενός με αποτέλεσμα η αιτούσα να μην μπορεί να τα εκμεταλλευτεί εμπορικά παραχωρώντας σχετικές άδειες σε άλλους τηλεοπτικούς σταθμούς και αφετέρου δημιουργεί κίνδυνο απώλειας των συνδρομητών της που ενδιαφέρονται για το συγκεκριμένο τηλεοπτικό προϊόν, καθώς, εφόσον οι τελευταίοι διαπιστώσουν ότι έχουν τη δυνατότητα να παρακολουθούν τις σημαντικότερες φάσεις όλων των αγώνων του ελληνικού πρωταθλήματος της ΣΟΥΠΕΡΛΙΓΚ, παρακολουθώντας την εκπομπή «...», είναι πιθανό να προτιμήσουν είτε να διακόψουν τη συνδρομή τους είτε να μη την ανανεώσουν. Εξάλλου η μάρτυρα της αιτούσας κατέθεσε χαρακτηριστικά ότι οι τηλεοπτικοί σταθμοί Μ. και Α. έχουν απευθυνθεί στην αιτούσα διερευνώντας το ενδεχόμενο να προχωρήσουν και αυτοί στην προβολή ανάλογων στιγμιότυπων ποδοσφαιρικών αγώνων ενόψει της προβολής των εκπομπών του τηλεοπτικού σταθμού Σ. Τέλος, ο ισχυρισμός των καθ' ου περί έλλειψης κατεπίγοντος για το λόγο ότι η αιτούσα δεν είχε συμπεριλάβει την εκπομπή «...» στην από 23.9.2011 και με αριθμό κατάθεσης δικογράφου 6116/2011 αίτηση της με την οποία ζητούσε την προστασία των δικαιωμάτων που απέκτησε κατά την αγωνιστική περίοδο 2011-2012 και στην από 6.5.2012 τακτική αγωγή που κατέθεσε ενώπιον του Πολυμελούς Πρωτοδικείου Πειραιά, αν και η εκπομπή αυτή προβάλλονταν και κατά την περσινή αγωνιστική περίοδο τυχάνει απορριπτέος, καθόσον όπως προαναφέρθηκε η υπό κρίση αίτηση στηρίζεται στην επικαλούμενη προσβολή των δικαιωμάτων της αιτούσας κατά την αγωνιστική περίοδο 2012-2013 και αποσκοπεί στην προστασία των δικαιωμάτων που η αιτούσα απέκτησε για την αγωνιστική περίοδο 2012-2013, δυνάμει σύμβασης που υπεγράφη, κατά τα προεκτεθέντα το μήνα Αύγουστο του έτους 2012, ήτοι μεταγενέστερα από την κατάθεση και την εκδίκαση της από 23.9.2011 και με αριθμό κατάθεσης δικογράφου 6116/2011 αίτησης και συνεπώς δεν αναι-

ρείται το κατεπίγον για την άσκηση της κρινόμενης αίτησης. Τέλος όσον αφορά την προμήθεια του ως άνω οπτικοακουστικού υλικού της, ήτοι το σύνολο των ως άνω αναφερόμενων εκπομπών «...» και «...» από την πρώτη στη δεύτερη των καθών, η οποία αποτελεί διαφορετικό νομικό πρόσωπο, διαθέτοντας τις εκπομπές αυτές κατά παραγγελία (υπηρεσία on demand) μέσω της ιστοσελίδας ... της οποίας έχει τη διαχείριση, πιθανολογήθηκε ότι από τον Οκτώβριο του έτους 2012 δεν αναρτώνται πλέον προς on demand ζήτηση οι ως άνω εκπομπές της πρώτης των καθ' ου στον ισότοπο ... ούτε πιθανολογήθηκε κίνδυνος επανάληψης, καθόσον οι προσβολές των δικαιωμάτων της αιτούσας είχαν σταματήσει ήδη πριν την κατάθεση της υπό κρίση αίτησης. Συνεπώς, δεν συντρέχει πλέον περίπτωση ούτε επικείμενος κίνδυνος για τη λήψη του αιτούμενου ασφαλιστικού μέτρου και η σχετική αίτηση ως προς το αίτημα αυτό τυχάνει απορριπτέα. Κατ' ακολουθία των ανωτέρω, η υπό κρίση αίτηση πρέπει να απορριφθεί ως προς την δεύτερη των καθ' ου και να επιβληθούν τα δικαστικά έξοδα της δεύτερης των καθών σε βάρος της αιτούσας, λόγω της ήττας της (άρθρα 176, 191 παρ. 2 του ΚΠολΔ), όπως ορίζονται ειδικότερα στο διατακτικό. Περαιτέρω πρέπει η υπό κρίση αίτηση να γίνει εν μέρει δεκτή και ως προς την ουσιαστική βασιμότητα της ως προς την πρώτη των καθ' ου. Πρέπει, επομένως, να ρυθμιστεί προσωρινά η κατάσταση και να απαγορευτεί προσωρινώς στην πρώτη των καθ' ου να εγγράφει, να αναπαράγει, να αναμεταδίδει ή και να προβάλλει και να καθιστά προσιτά στο κοινό με οποιονδήποτε τρόπο και μέσω στιγμιότυπα των αγώνων στους οποίους συμμετέχουν οι ομάδες του ποδοσφαιρικού πρωταθλήματος της ΣΟΥΠΕΡΛΙΓΚ που κατατάσσονται από την έκτη και μέχρι την τελευταία θέση στη βαθμολογική κατάταξη εκάστης αγωνιστικής, εκτός των στιγμιότυπων διάρκειας ενενήντα (90) δευτερολέπτων για έκαστο των αγώνων στους οποίους συμμετέχουν οι πέντε πρώτες ομάδες που προηγούνται βαθμολογικά κάθε αγωνιστική, κατά τη διάρκεια των αθλητικών εκπομπών με τίτλο «...» και «...». Πρέπει, επίσης, να απειληθεί χρηματική ποινή τριών (3.000) χιλιάδων ευρώ για κάθε παράβαση της απόφασης αυτής...]

ΣΗΜΕΙΩΣΗ: Για τα ζητήματα που θίγει η απόφαση βλ. *Μαρίνο*, Ζητήματα μεταδόσεως ποδοσφαιρικών αγώνων μεταξύ πνευματικής ιδιοκτησίας, δικαίου ΜΜΕ και δικαίου κατά των περιορισμών του ανταγωνισμού, ΔιΜΜΕΕ 2011, 451 επ., καθώς και την πρόσφατη απόφαση του ΔικΕΕ, της 22.1.2013, υπόθ. 283/11, *Sky Österreich GmbH κατά Österreichische Republik*.

ΝΟΜΙΚΑ ΖΗΤΗΜΑΤΑ

Προς μια ενιαία ρύθμιση του δικαίου συμβάσεων εκμετάλλευσης δικαιωμάτων διανοητικής ιδιοκτησίας

Σκέψεις de lege ferenda με αφορμή τις ρυθμίσεις συμβατικής εκμετάλλευσης σημάτων του Ν. 4072/2012

ΘΕΟΔΩΡΟΥ ΧΙΟΥ

Δικηγόρου – Master 2, CEIPI (Πανεπιστήμιο Στρασβούργου)

Η υιοθέτηση νέου ειδικού νομοθετήματος περί σημάτων αποτελεί συνέχεια της παραδοσιακής αποσπασματικής ρύθμισης του δικαίου διανοητικής ιδιοκτησίας και, μεταξύ άλλων, της συμβατικής εκμετάλλευσης αυτών. Η παρούσα μελέτη διερευνά κατά πόσο η εν λόγω αποσπασματική προσέγγιση θα πρέπει να εγκαταλειφθεί προς όφελος μιας ενιαίας ρύθμισης του δικαίου συμβάσεων εκμετάλλευσης δικαιωμάτων διανοητικής ιδιοκτησίας. Η επισκόπηση της υπάρχουσας αποσπασματικής νομοθεσίας, έχοντας σαν σημείο αναφοράς το ζήτημα του δικαιώματος του αδειούχου για αυτοτελή δικαστική προστασία, καταδεικνύει τις αποκλίσεις που παρατηρούνται ανάμεσα στις ρυθμίσεις του νέου νόμου σημάτων και τις αντίστοιχες ρυθμίσεις του δικαίου πνευματικής ιδιοκτησίας και ευρεσιτεχνιών. Οι εν λόγω αποκλίσεις αφενός δημιουργούν πρακτικές δυσκολίες και αφετέρου, δεν συνάδουν με τη θεωρητική και συστηματική ενοποίηση του κλάδου της διανοητικής ιδιοκτησίας. Για το λόγο αυτό, η αναζήτηση ενιαίας αλληλά όχι ισοπεδωτικά ταυτόσημης ρύθμισης του υπό εξέταση ζητήματος αλληλά και του δικαίου συμβάσεων διανοητικής ιδιοκτησίας εν γένει κρίνεται χρήσιμη και θεμιτή.

Εισαγωγή

Από το Μάιο του 2012 τέθηκε σε ισχύ ο νέος νόμος σημάτων (Ν. 4072/2012)¹. Ο νέος νόμος επέφερε αναμφίβολη εκσυγχρονισμό στο δίκαιο σημάτων αφού βελτίωσε το προϋπάρχον δίκαιο² σε κάποια σημεία τουλάχιστον και επέφερε εναρμόνιση με το Ευρωπαϊκό δίκαιο. Η υιοθέτηση του νέου (ειδικού) νόμου σημάτων αποτελεί συνέχεια μιας νομοτεχνικής παράδοσης³, σύμφωνα με την οποία τα (κύρια) δικαιώματα διανοητικής ιδιοκτησίας (πνευματική ιδιοκτησία, ευρεσιτεχνίες, σήματα) ρυθμίζονται χωριστά από επιμέρους ειδικά νομοθετήματα (Ν. 2121/1993, Ν. 1733/1987, πλέον Ν. 4072/2012). Το ελληνικό δίκαιο διανοητικής ιδιοκτησίας παρουσιάζει συνεπώς αποσπασματικό χαρακτήρα⁴. Πράγματι, οι ειδικοί νόμοι του δικαίου της διανοητικής ιδιοκτησίας είναι αυτοτελείς και οι ρυθμίσεις που εμπεριέχουν δεν συνδέονται (τουλάχιστον

ευθέως) μεταξύ τους. Έτσι, κάθε ειδικό νομοθέτημα περιέχει όλες τις ρυθμίσεις που συναρπάζουν το (ειδικό) νομικό πλαίσιο του εκάστοτε δικαιώματος διανοητικής ιδιοκτησίας μεταξύ άλλων, δε, τις διατάξεις οι οποίες αφορούν τη συμβατική τους εκμετάλλευση. Πράγματι, ο νέος νόμος σημάτων εισάγει, μεταξύ άλλων, ειδικές ρυθμίσεις για τις άδειες εκμετάλλευσης σημάτων (άρθρα 132 επ. Ν. 4072/2012).

Η παρούσα μελέτη δεν έχει ως αντικείμενο την αξιολόγηση του περιεχομένου των νεοεισαχθεισών ρυθμίσεων περί της συμβατικής εκμετάλλευσης σημάτων που περιλαμβάνονται στο Ν. 4072/2012. Αντίθετα, το αντικείμενο αυτής είναι η κριτική αξιολόγηση της νομικής παράδοσης της αποσπασματικής ρύθμισης του (ελληνικού) δικαίου της διανοητικής ιδιοκτησίας και ειδικότερα του δικαίου συμβάσεων εκμετάλλευσης των εν λόγω δικαιωμάτων, όπως αυτή διατηρείται και επικυρώνεται από την πρόσφατη υιοθέτηση του νέου (ειδικού) νόμου σημάτων. Πιο συγκεκριμένα, ερωτάται εάν η νομοτεχνική επιλογή της αποσπασματικής ρύθμισης του δικαίου συμβάσεων εκμετάλλευσης δικαιωμάτων πνευματικής και βιομηχανικής ιδιοκτησίας από διάσπαρτους ειδικούς νόμους είναι επιτυχής, σκόπιμη και επιβεβλημένη. Για την απάντηση του ερωτήματος αυτού θα χρησιμοποιηθεί σαν σημείο αναφοράς το ζήτημα του δικαιώματος του αδειούχου για αυτοτελή δικαστική προστασία, όπως αυτό ρυθμίζεται στα επιμέρους ειδικά νομοθετήματα του δικαίου της διανοητικής ιδιοκτησίας. Το ζήτημα αυτό πέραν της εξέχουσας πρακτικής σημασίας του, αποτελεί ένα από τα χαρακτηριστικά θέματα ειδικού ενδιαφέροντος του δικαίου συμβάσεων εκμετάλλευσης δικαιωμάτων διανοητικής ιδιοκτησίας.

Το περιεχόμενο της μελέτης οργανώνεται ως εξής: Η επισκόπηση του δικαίου συμβάσεων εκμετάλλευσης και ιδίως του ζητήματος της αυτοτελούς δικαστικής προστασίας του αδειούχου καταδεικνύει την ύπαρξη αποκλίσεων ανάμεσα στις επιμέρους ρυθμίσεις των αυτοτελών ειδικών νομοθετημάτων (I). Η αποκλίνουσα ρύθμιση τουλάχιστον όσον αφορά το συγκεκριμένο ζήτημα, δεν κρίνεται σκόπιμη και επιτυχής, τόσο από πρακτική όσο και από θεωρητική άποψη (II). Γι' αυτό το λόγο είναι χρήσιμο να εξετασθεί κατά πόσο η αποσπασματική αντιμετώπιση θα πρέπει να εγκαταλειφθεί προς όφελος μιας οριζόντιας ρύθμισης του συγκεκριμένου ζητήματος αλληλά και του δικαίου συμβάσεων εκμετάλλευσης δικαιωμάτων διανοητικής ιδιοκτησίας εν γένει (III).

* Ο συγγραφέας ευχαριστεί θερμά την κ. Π. Παπαρσένιου, Επίκουρη Καθηγήτρια της Νομικής Σχολής του Πανεπιστημίου Αθηνών και τον κ. Μ.-Θ. Μαρίνο, Καθηγητή της Νομικής Σχολής του Δημοκρίτειου Πανεπιστημίου Θράκης για την προθυμία τους να σχολιάσουν προσχέδιο της παρούσας μελέτης.

1. ΦΕΚ Α' 86/11.4.2012. Για μια παρουσίαση βλ. *Ε. Ασημακοπούλου*, Οι ρυθμίσεις του Ν. 4072/2012 για την καταχώρηση και προστασία των εθνικών εμπορικών σημάτων, ΔΕΕ 2012, 422 επ.· *Μ.-Θ. Μαρίνο*, Το νέο δίκαιο των σημάτων (άρθρα 121 επ. ν. 4072/2012) Μια πρώτη εισαγωγή, ΕλλΔνη 2012, 327.

2. Ν. 2239/1994.

3. Βλ. για παράδειγμα, *Θ. Λιακόπουλο*, Ζητήματα Εμπορικού Δικαίου, τόμος III, Σάκκουλας, 1996, σ. 1: «Η νομική παράδοση, εθνική και διεθνής, ήθελε, από τον περασμένο αιώνα, χωριστή τη ρύθμιση και επιστημονική διαπραγμάτευση της βιομηχανικής και πνευματικής ιδιοκτησίας.» Άλλωστε, η παράδοση αυτή δεν συναντάται μόνο στο ελληνικό δίκαιο. Στα περισσότερα εθνικά δίκαια των κρατών-μελών, πέραν του Γαλλικού, όπου η νομοθεσία της Διανοητικής Ιδιοκτησίας είναι κωδικοποιημένη, το δίκαιο της διανοητικής ιδιοκτησίας ρυθμίζεται αποσπασματικά από επιμέρους ειδικά νομοθετήματα.

4. Βλ. *Θ. Λιακόπουλο*, Βιομηχανική Ιδιοκτησία, Σάκκουλας, 2000, σ. 10, σχετικά με την αποσπασματική ρύθμιση και την απουσία κωδικοποίησης στο δίκαιο βιομηχανικής ιδιοκτησίας. Διανοίας δεν αναγνωρίζει γενικά δικαίωμα επάνω σε κάθε προϊόν της ανθρώπινης διάνοιας αλληλά προϋποθέτει ειδική διάταξη που διαμορφώνει τέτοιο δικαίωμα. Βλ. επίσης *ibidem*, σ. 79.

Ι. Η αποσπασματική ρύθμιση του ζητήματος της δικαστικής προστασίας του αδειούχου κατά το ισχύον δίκαιο

Η επισκόπηση της νομικής αντιμετώπισης του ζητήματος της δικαστικής προστασίας του αδειούχου στην υπάρχουσα νομοθεσία περιλαμβάνει αφενός την παράθεση των επιμέρους ειδικών ρυθμίσεων που αφορούν τα τρία βασικά δικαιώματα διανοητικής ιδιοκτησίας (πνευματική ιδιοκτησία, ευρεσιτεχνίες, σήματα) (Α) και, αφετέρου, την αντιπαραβολή αυτών (Β).

Α. Οι επιμέρους ρυθμίσεις

Όλα τα επιμέρους ειδικά νομοθετήματα περιλαμβάνουν διατάξεις με τις οποίες ρυθμίζεται ειδικά το δικαίωμα αυτοτελούς δικαστικής προστασίας του απλού και αποκλειστικού αδειούχου (ή συμβασιούχου) εκμετάλλευσης.

1. Νέος νόμος σημάτων

Σύμφωνα με το άρθρο 132 παρ. 4 εδ. α΄ Ν. 4072/2012, «τις αξιώσεις επί προσβολής του σήματος ασκεί αυτοτελώς και ο αδειούχος χρήσης σήματος, εφόσον συναινεί ο δικαιούχος.» Επίσης, σύμφωνα με το εδάφιο β΄ του ίδιου άρθρου, «εφόσον δεν έχει συμφωνηθεί διαφορετικά, ο αποκλειστικός αδειούχος μπορεί, και χωρίς τη συναίνεση του δικαιούχου, να ασκήσει αυτοτελώς τις αξιώσεις επί προσβολής σήματος όταν ο τελειωτής, μολονότι ειδοποιήθηκε για την προσβολή του σήματος, δεν ασκεί τις αξιώσεις του σε εύλογο χρονικό διάστημα.»

2. Ευρεσιτεχνίες

Σύμφωνα με το άρθρο 17 παρ. 3 του Ν. 1733/1983, τα δικαιώματα που έχει ο δικαιούχος του διπλώματος ευρεσιτεχνίας σε περίπτωση παράνομης προσβολής παρέχονται στον κάτοχο αποκλειστικής άδειας⁵. Επίσης, με το σχετικά πρόσφατο άρθρο 17 ΣΤ⁶ του ίδιου νόμου, επέρχεται διεύρυνση των νομιμοποιούμενων προσώπων για αγωγή εξ ιδίου δικαιώματος σε περίπτωση προσβολής του δικαιώματος επί της ευρεσιτεχνίας. Πιο συγκεκριμένα, το εν λόγω άρθρο ορίζει ότι «η εφαρμογή των μέτρων που προβλέπονται στις διατάξεις της παρ. 1 του άρθρου 17 και των άρθρων 17Α, 17Β, 17Γ, 17Δ και 17Ε μπορεί να ζητηθεί και από α) κάθε άλλο πρόσωπο που έχει εξουσιοδοτηθεί να χρησιμοποιεί τα εν λόγω δικαιώματα, ιδίως οι κάτοχοι άδειας εκμετάλλευσης, σύμφωνα με τις ισχύουσες διατάξεις. β) οργανισμούς πρόσπισης επαγγελματικών συμφερόντων, στους οποίους αναγνωρίζεται συνήθως το δικαίωμα να εκπροσωπούν τους δικαιούχους δικαιωμάτων διανοητικής ιδιοκτησίας, σύμφωνα με τις ισχύουσες διατάξεις.»

3. Πνευματική Ιδιοκτησία

Σύμφωνα με το άρθρο 13 παρ. 3 εδ. δ΄ του Ν. 2121/1993, «όταν υπάρχει σύμβαση ή άδεια εκμετάλλευσης ο αντισυμβαλλόμενος νομιμοποιείται, εφόσον δεν υπάρχει αντίθετη συμφωνία να ζητεί, στο δικό του όνομα, τη δικαστική προστασία των εξουσιών, που ασκεί από παράνομες προσβολές τρίτων.» Σύμφωνα με την ορθότερη άποψη⁷ και εφόσον ο νόμος

5. Άρθρο 17 παρ. 3 εδ. α΄: «Τα ίδια δικαιώματα παρέχονται στο δικαιούχο αποκλειστικής άδειας εκμετάλλευσης, σε όποιον έχει δικαίωμα στην ευρεσιτεχνία και σ΄ εκείνον που έχει καταθέσει αίτηση χορήγησης διπλώματος ευρεσιτεχνίας.»

6. Το εν λόγω άρθρο προστέθηκε από τον Ν. 3966/2011, ΦΕΚ Α΄ 118/24.05.2011.

7. Βλ. Α. Δεσποτίδου, Άρθρο 13, σε Λ. Κοτσίρης/Ε. Σταματούδη (επιμ.), Νόμος για την πνευματική ιδιοκτησία-Ερμηνεία κατ' άρθρο, εκδ. Σάκκουλας, 2009, αρ. 17, σ. 354· Γ. Κουμάντο, Règles générales sur les contrats de droit d'auteur dans la nouvelle loi

δεν διακρίνει, η εν λόγω διάταξη εφαρμόζεται τόσο στην περίπτωση απλής όσο και στην περίπτωση αποκλειστικής άδειας ή σύμβασης εκμετάλλευσης⁸.

Β. Αντιπαραβολή ρυθμίσεων

Η συγκριτική επισκόπηση των επιμέρους ρυθμίσεων επιτρέπει την εξαγωγή συμπεράσματος σχετικά με την ομοιότητα ή μη των λύσεων που προβλέπει κάθε ειδικό νομοθέτημα αναφορικά με το ζήτημα της αυτοτελούς δικαστικής προστασίας του αδειούχου.

1. Το δικαίωμα δικαστικής προστασίας του απλού αδειούχου

Όλα τα επιμέρους ειδικά νομοθετήματα του δικαίου διανοητικής ιδιοκτησίας προβλέπουν τη δυνατότητα για τον απλό αδειούχο να αναζητήσει αυτοτελώς *ex jure proprio* δικαστική προστασία σε περίπτωση παράνομης προσβολής του αειοδοτηθέντος δικαιώματος. Παρόλα αυτά, η αντιπαραβολή των επιμέρους διατάξεων καταδεικνύει την ύπαρξη αποκλίσεων ανάμεσα στις λύσεις που δίνονται από τα ειδικά νομοθετήματα στο θέμα αυτό⁹. Πιο συγκεκριμένα, ένας απλός αδειούχος χρήσης σήματος μπορεί *a priori* να ασκήσει αυτοτελώς τις αξιώσεις επί προσβολής του σήματος μόνον εφόσον συναινεί ο δικαιούχος. Αντίθετα, ο απλός αδειούχος (ή συμβασιούχος) εκμετάλλευσης ευρεσιτεχνίας ή πνευματικών δικαιωμάτων έχει *a priori* τη δυνατότητα να ασκήσει εξ ιδίου δικαιώματος τις αξιώσεις που παρέχονται από το νόμο σε περίπτωση προσβολής του δικαιωμάτων του, χωρίς να λάβει τη συναίνεση του παραχωρώντος την άδεια (ή σύμβαση).

Συνεπώς, απουσία ειδικής πρόβλεψης στη σύμβαση από τα μέρη, στην περίπτωση του αδειούχου ευρεσιτεχνίας ή πνευματικού δικαιώματος, η άσκηση των αξιώσεων επί προσβολής του δικαιώματος είναι απροϋπόθετη. Αντίθετα, ο αδειούχος χρήσης σήματος δύναται να τις ασκήσει υπό τον όρο ότι ο σηματούχος τού έχει παραχωρήσει αυτό το δικαίωμα.

2. Το δικαίωμα δικαστικής προστασίας του αποκλειστικού αδειούχου

Όλα τα επιμέρους ειδικά νομοθετήματα προβλέπουν τη δυνατότητα για τον αποκλειστικό αδειούχο να αναζητήσει αυτοτελώς *ex jure proprio* δικαστική προστασία σε περίπτωση παράνομης προσβολής του αειοδοτηθέντος δικαιώματος. Εντούτοις, όπως στην περίπτωση του απλού αδειούχου, το περιεχόμενο της ρύθμισης που εμπεριέχεται στα επιμέρους ειδικά νομοθετήματα ποικίλει. Πιο συγκεκριμένα, ένας αποκλει-

hellénique, σε Propriétés intellectuelles, Mélanges A. Francon, Dalloz, 1995, σ. 311 επ. και ιδίως σ. 317. Contra Εισηγητική Έκθεση Νόμου 2121/1993, σ. 3· Μ. Θ. Μαρinos, Συμβάσεις εκμετάλλευσης άυλων αγαθών, in Εθνική Σχολή Δικαστικών Λειτουργιών, Νέες μορφές συμβάσεων: στο δίκαιο του ανταγωνισμού και της προστασίας του καταναλωτή, Νομική Βιβλιοθήκη, 2010, σ. 55 επ., ιδίως σ. 61: «Αντίθετα προς τον αποκλειστικό αδειούχο, ο απλός αδειούχος δεν διαθέτει δικαίωμα εξ ιδίου δικαίου δικαστικής προστασίας κατά τρίτων.»

8. Η διάκριση ανάμεσα σε σύμβαση και άδεια εκμετάλλευσης καθιερώνεται με ρητή νομοθετική διάταξη στο άρθρο 13 § 1 και 2. Κριτικοί απέναντι στην εν λόγω διάκριση που δεν απαντάει στα λοιπά άυλα αγαθά, οι Μ.-Θ. Μαρinos, Πνευματική Ιδιοκτησία, Σάκκουλας, 2005, αρ. 487, σ. 220 και Α. Δεσποτίδου, Φύση και λειτουργία της εκδοτικής σύμβασης, Σάκκουλας, 2003, σ. 23.

9. Βλ. ήδη Θ. Λιακόπουλο, Intellectual property in Greece, Kluwer/Sakkoulas, 1999, αρ. 37, σ. 39: «Licences on immaterial goods are related with the issue of the licensee's protection against potential infringers. The issue is not dealt with unanimity in all rights»

στικός αδειούχος χρήσης σήματος μπορεί *a priori* να ασκήσει αυτοτελώς τις αξιώσεις επί προσβολής του σήματος, χωρίς τη συναίνεση του σηματούχου, εφόσον ο τελευταίος, μολονότι ειδοποιήθηκε για την προσβολή του σήματος, δεν ασκεί τις αξιώσεις του σε εύλογο χρονικό διάστημα. Αντίθετα, ο αποκλειστικός αδειούχος (ή συμβασιούχος) δικαιώματος πνευματικής ιδιοκτησίας ή ευρεσιτεχνίας έχει *a priori* τη δυνατότητα να ασκήσει εξ ιδίου δικαιώματος τις αξιώσεις επί προσβολής της ευρεσιτεχνίας, εφόσον δεν ορίζεται κάτι διαφορετικό στη σύμβαση.

Κατά συνέπεια, και απουσία ειδικής συμφωνίας των μερών, στην περίπτωση του αποκλειστικού αδειούχου ευρεσιτεχνίας ή πνευματικού δικαιώματος, η άσκηση των αξιώσεων επί προσβολής του δικαιώματος είναι απορριπτική. Αντίθετα, ο αποκλειστικός αδειούχος χρήσης σήματος δικαιούται να τις ασκήσει υπό τον όρο της άπρακτης παρόδου ενός εύλογου διαστήματος, κατόπιν οχλήσεως του σηματούχου από τον αδειούχο ώστε ο πρώτος να ασκήσει τις αξιώσεις επί προσβολής του δικαιώματος στο σήμα.

Συμπερασματικά, διαπιστώνεται πως η ρύθμιση του ζητήματος της δικαστικής προστασίας του αδειούχου σήματος στην περίπτωση που τα μέρη δεν έχουν προβλέψει ειδική ρήτρα στα πλαίσια της σύμβασης, αποκλίνει από τις αντίστοιχες ρυθμίσεις που περιέχονται στις επιμέρους ειδικές νομοθεσίες του δικαίου πνευματικής ιδιοκτησίας και δικαίου ευρεσιτεχνιών.

II. Κριτική της αποσπασματικής και αποκλίνουσας ρύθμισης του ζητήματος της δικαστικής προστασίας του αδειούχου δικαιώματος διανοητικής ιδιοκτησίας

Η υπάρχουσα αποσπασματική ρύθμιση του ζητήματος της δικαστικής προστασίας του αδειούχου δικαιώματος διανοητικής ιδιοκτησίας χαρακτηρίζεται από ύπαρξη αποκλίσεων ανάμεσα στις λύσεις που προσφέρουν τα ειδικά νομοθετήματα της διανοητικής ιδιοκτησίας. Εντούτοις, η ύπαρξη αποκλίσεων είναι μια επιτυχής επιλογή; Παρακάτω γίνεται η παρουσίαση επιχειρημάτων που καταδεικνύουν τον από πρακτικής και θεωρητικής άποψης προβληματικό χαρακτήρα της ύπαρξης αποκλίσεων ανάμεσα στις επιμέρους διατάξεις των ειδικών νομοθετημάτων στο ζήτημα αυτό.

A. Πρακτικά επιχειρήματα

1. Οι αποκλίσεις ανάμεσα στις επιμέρους ρυθμίσεις οδηγούν σε ανεπιχειρήσιμα αποτελέσματα

Σύμφωνα με τη δικαιοκή αρχή της ίσης μεταχείρισης, όμοια προβλήματα απαιτούν όμοιες λύσεις. Αντίθετα, διαφορετικές λύσεις επιβάλλονται σε περίπτωση διαφορετικών ρυθμιζόμενων αντικειμένων. Ως εκ τούτου, οι αποκλίσεις που χαρακτηρίζουν τη ρύθμιση του ζητήματος της δικαστικής προστασίας του αδειούχου σήματος σε σχέση με τις αντίστοιχες ρυθμίσεις στο δικαιο πνευματικής ιδιοκτησίας και ευρεσιτεχνιών κρίνονται δικαιολογημένες μόνο εφόσον εξυπηρετούν ιδιαίτερες ανάγκες που συνδέονται με την συμβατική εκμετάλλευση του σήματος. Εντούτοις, πολλοί λόγοι συνηγορούν για το αντίθετο.

Κατ' αρχάς, το ζήτημα της συμβατικής τους εκμετάλλευσης είναι κοινός τύπος για όλα τα δικαιώματα διανοητικής ιδιοκτησίας. Αυτό προκύπτει από την κοινή αφετηρία όλων των δικαιωμάτων της διανοητικής ιδιοκτησίας, δηλαδή, την ύπαρξη δικαιώματος αποκλειστικού χαρακτήρα πάνω σε προϊόν ανθρώπινης διανοίας. Πράγματι, η συμβατική εκμετάλλευση δικαιωμάτων διανοητικής ιδιοκτησίας ερείδεται σε κοινές βάσεις και διέπεται από κοινά χαρακτηριστικά. Πιο συγκεκριμένα, ο φορέας του αποκλειστικού δικαιώματος διανοητικής ιδιοκτησίας έχει την εξουσία να διαθέτει μέσω σύμβασης κατά βούληση την πνευματική λειτουργία που συνιστά το αντικεί-

μενο προστασίας του δικαιώματος και συνεπώς να παράγει, χρησιμοποιεί και διαθέτει πάλι κατά βούληση και τους υλικούς φορείς στους οποίους ενσωματώνεται το άυλο αγαθό. Επίσης, ο άυλος χαρακτήρας των προστατευόμενων από τα δικαιώματα διανοητικής ιδιοκτησίας αγαθών επιτρέπει την ταυτόχρονη «κατοχή» και εκμετάλλευση αυτού από απεριόριστο αριθμό προσώπων. Αυτό καθιστά την εκμετάλλευση των άυλων αγαθών πολυσιχιδέστερη και εντονότερη σε σχέση με την εκμετάλλευση των ενσώματων αγαθών. Η κοινή αφετηρία της (συμβατικής) εκμετάλλευσης των δικαιωμάτων διανοητικής ιδιοκτησίας θέτει προκλήσεις και δημιουργεί προβλήματα που αφορούν στην πράξη εξίσου όλα τα επιμέρους δικαιώματα¹⁰. Το ζήτημα της δικαστικής προστασίας του αδειούχου είναι κοινή «πρόκληση» και ζήτημα που αφορά όλα τα δικαιώματα διανοητικής ιδιοκτησίας, τα οποία δύνανται εξίσου να προσβληθούν από τρίτους. Αυτό καταδεικνύεται εξάλλου και από το γεγονός πως το ζήτημα της προστασίας του αδειούχου «απασχόλησε» εξίσου όλα τα ειδικά νομοθετήματα του δικαίου διανοητικής ιδιοκτησίας. Όσον αφορά την ουσία του ζητήματος, η φύση και η λειτουργία του σήματος ως προστατευόμενου άυλου αγαθού δεν δείχνει να υπαγορεύει ειδική και αποκλίνουσα αντιμετώπιση του ζητήματος σε σχέση με τις λύσεις που δίνονται στο δικαιο πνευματικής ιδιοκτησίας και ευρεσιτεχνιών. Άλλωστε, είναι χαρακτηριστικό ότι το ζήτημα της προστασίας του αδειούχου έχει τύχει ενιαίας ρύθμισης από την Οδηγία 2004/48 σχετικά με την επιβολή των δικαιωμάτων διανοητικής ιδιοκτησίας¹¹. Πράγματι, σύμφωνα με το άρθρο 4 παρ. 1 β της εν λόγω Οδηγίας «τα κράτη μέλη αναγνωρίζουν ως πρόσωπα που έχουν δικαίωμα να ζητούν την εφαρμογή των μέτρων, διαδικασιών και μέτρων αποκατάστασης του παρόντος κεφαλαίου κάθε άλλο πρόσωπο που έχει εξουσιοδοτηθεί να χρησιμοποιεί *ta en λόγω δικαιώματα*, ιδίως οι κάτοχοι άδειας εκμετάλλευσης, εφόσον το επιτρέπουν οι διατάξεις της εφαρμοστέας νομοθεσίας και σύμφωνα με αυτές». Εξάλλου, οι διαφορές των επιμέρους λύσεων δεν αναιρούν την ουσιαστική σε νομικό και πρακτικό επίπεδο ομοιότητα των ζητημάτων της συμβατικής εκμετάλλευσης των δικαιωμάτων διανοητικής ιδιοκτησίας και, μεταξύ αυτών, του ζητήματος της δικαστικής προστασίας του αδειούχου¹².

Η διαφορετική νομική αντιμετώπιση του ζητήματος της δικαστικής προστασίας του αδειούχου δεν κρίνεται σκόπιμη δεδομένης της ομοιότητας του προβλήματος ανεξάρτητα απ' το είδος δικαιώματος διανοητικής ιδιοκτησίας που είναι εμπλεκόμενο κάθε φορά. *A fortiori*, η διαφορετική αντιμετώπιση του ζητήματος της δικαστικής προστασίας του αδειούχου ανά δικαίωμα διανοητικής ιδιοκτησίας είναι ακατάλληλη εφόσον αντίκειται στην αρχή της ίσης μεταχείρισης. Πράγματι, η νόμιμη μεταχείριση του εν λόγω όμοιου ζητήματος οδηγεί σε διακρίσεις ανάμεσα στους αδειούχους των διαφόρων δικαιωμάτων διανοητικής ιδιοκτησίας. Απουσία ειδικής πρόβλεψης στη σύμβαση, ο (απλός ή αποκλειστικός) αδειούχος σήματος βρίσκεται σε δυσμενέστερη θέση σε σχέση με τους αδειούχους ευρεσιτεχνίας ή πνευματικής ιδιοκτησίας, διότι η δυνατότητα αυτοτελούς δικαστικής προστασίας σε περίπτωση προσβολής

10. Γ. Κουμάντος, Διανοητική Ιδιοκτησία, ΕπλΔνη 35, 1994, 1464 επ., ιδίως 1465: «Ο άυλος χαρακτήρας του αντικειμένου των τριών δικαιωμάτων θέτει και στα τρία μερικά όμοια προβλήματα έστω κι αν οι λύσεις που δίνονται στα προβλήματα αυτά μπορεί να είναι διαφορετικές».

11. Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης 30.4.2004 L 157/45.

12. Πρβλ. Θ. Λιακόπουλο, Ζητήματα..., ό.π., αρ. 2: «Οι επιμέρους διαφορές (κτήση του δικαιώματος, διάρκεια ζωής του σχετικού δικαιώματος, οικονομική εκμετάλλευση, δηλαδή μεταβίβαση και άδειες εκμετάλλευσης) δεν αναιρούν την ουσιαστική σε νομικό επίπεδο ομοιότητα».

του δικαιώματός του είναι πάντα υποβιβημένη σε προϋποθέσεις (συναίνεση ή αδράνεια του σηματούχου).

Συνεπώς, η αποκλίνουσα ρύθμιση που εισήγαγε ο νέος νόμος σημάτων αναφορικά με το ζήτημα της προστασίας του αδειούχου δεν είναι επαρκώς δικαιολογημένη¹³ και οδηγεί σε ανεπιχειρήσιμα αποτελέσματα.

2. Οι αποκλίσεις ανάμεσα στις επιμέρους ρυθμίσεις δημιουργούν πρόβλημα στην από κοινού εκμετάλλευση των δικαιωμάτων διανοητικής ιδιοκτησίας

Η αποσπασματική ρύθμιση των υπό εξέταση ζητημάτων και η προϊούσα αποκλίνουσα ρύθμιση του ζητήματος του δικαιώματος του αδειούχου να αναζητήσει αυτοτελώς δικαστική προστασία στον τομέα των σημάτων δυσκολεύει τη συμβατική εκμετάλλευση των προστατευόμενων ύψων αγαθών στην πράξη. Πιο συγκεκριμένα, αυτό καθίσταται φανερό στην περίπτωση ταυτόχρονης εκμετάλλευσης περισσότερων του ενός δικαιωμάτων διανοητικής ιδιοκτησίας από έναν αδειούχο. Πράγματι, οι αποκλίσεις που παρατηρούνται ανάμεσα στις ρυθμίσεις του νέου νόμου σημάτων και των αντίστοιχων ρυθμίσεων στο δίκαιο πνευματικής ιδιοκτησίας και ευρεσιτεχνιών αναφορικά με το ζήτημα της αυτοτελούς δικαστικής προστασίας του αδειούχου δυσχεραίνουν την από κοινού εκμετάλλευση και την προστασία από ενδεχόμενη κοινή προσβολή των αδειοδοτηθέντων δικαιωμάτων διανοητικής ιδιοκτησίας.

Η από κοινού συμβατική εκμετάλλευση περισσότερων του ενός δικαιώματος διανοητικής ιδιοκτησίας είναι συχνό φαινόμενο. Αυτό μπορεί να συμβαίνει για παράδειγμα, όταν σε ένα προϊόν «συγκατοικούν» περισσότερα του ενός ύψια αγαθά, τα οποία προστατεύονται από διαφορετικά δικαιώματα διανοητικής ιδιοκτησίας. Αυτή η περίπτωση δεν είναι σχολικό παράδειγμα. Η γενίκευση της καινοτομίας και της δημιουργικότητας συντέλεσε στην ενσωμάτωση ύψων αγαθών σε μια πληθώρα αγαθών. Από κοινού συμβατική εκμετάλλευση δικαιωμάτων διανοητικής ιδιοκτησίας δύναται να υπάρχει επίσης στην περίπτωση που η προστασία του ίδιου οικονομικού αντικείμενου αλληλοσυμπληρώνεται από δύο ή περισσότερα δικαιώματα.

13. Βέβαια, η αιτία της αποκλίνουσας ρύθμισης οφείλεται και στην έλλειψη συνοχής του ευρωπαϊκού δικαίου διανοητικής ιδιοκτησίας. Πιο συγκεκριμένα, ο Έλληνας νομοθέτης επέλεξε να υιοθετήσει τη ρύθμιση που προβλέπεται για τη δικαστική προστασία του αδειούχου κοινοτικού σήματος (άρθρο 22 παρ. 3 Κανονισμού (ΕΚ) αριθ. 207/2009 της 26^{ης} Φεβρουαρίου 2009 για το κοινοτικό σήμα (Κωδικοποιημένη έκδοση)). Πρβλ. επίσης την Πρόταση για Οδηγία του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου για την Προσέγγιση των νομοθεσιών των κρατών μελών περί σημάτων (Αναδιατύπωση){SWD(2013) 95 final} {SWD(2013) 96 final} Βρυξέλλες, 27.3.2013, COM(2013) 162 final 2013/0089 (COD), άρθρο 26, η οποία προτείνει την υιοθέτηση της ίδιας ρύθμισης και για τις άδειες εθνικών σημάτων). Κατά συνέπεια, και ελλείψει ευρωπαϊκής ρύθμισης του ζητήματος της δικαστικής προστασίας του αδειούχου στην πνευματική ιδιοκτησία και στο δίκαιο ευρεσιτεχνιών, η εναρμονιστική αποτελεσματικότητα της οριζόντιας ρύθμισης του άρθρου 4 παρ. 1 β της Οδηγίας 2004/48 είναι περιορισμένη, ιδίως εφόσον αφήνει περιθώριο στα Κράτη μέλη να καθορίσουν τη ρύθμιση του δικαιώματος αυτοτελούς δικαστικής προστασίας του αδειούχου. Βλ. *J. De Werra, The Need to Harmonize Intellectual Property Licensing Law: A European Perspective*, 30th Annual ATRIP Congress, IP at the Crossroad of Trade (National University of Singapore (NUS), July 2011, διαθέσιμο στον ιστότοπο <http://www.atrip2011.sg>, σ. 18: «It can in this respect be referred to the Directive 2004/48/EC of the European Parliament and of the Council of 29 April 2004 on the enforcement of intellectual property rights which unfortunately leaves this issue open by offering to the Member States the flexibility to decide whether licensees shall have the power to initiate legal actions for protecting the relevant intellectual property rights».

Για παράδειγμα, τέτοιου είδους «διαδοχική επικάλυψη» της προστασίας εμφανίζει το λογισμικό, όπου ο κώδικας προστατεύεται από το δίκαιο πνευματικής ιδιοκτησίας, οι λειτουργικές του εφαρμογές προστατεύονται με δίπλωμα ευρεσιτεχνίας ενώ η ονομασία αυτού αλλήλα και του «δημιουργού» προστατεύεται συνήθως από σήμα.

Στις παραπάνω περιπτώσεις, η εμπορική εκμετάλλευση του οικονομικού αντικείμενου από τρίτο προϋποθέτει σύναψη άδειας εκμετάλλευσης η οποία να καλύπτει ταυτόχρονα όλα τα εμπλεκόμενα δικαιώματα διανοητικής ιδιοκτησίας, και πιο συγκεκριμένα, το δικαίωμα επί του σήματος και το δικαίωμα πνευματικής ιδιοκτησίας ή/και το δικαίωμα στην ευρεσιτεχνία. Για παράδειγμα, για την εμπορευματοποίηση γυαλιών ηλίου απαιτείται άδεια η οποία θα καλύπτει τόσο το δικαίωμα πνευματικής ιδιοκτησίας επί του σχεδίου όσο και το σήμα το οποίο επιτίθεται επ' αυτών¹⁴. Επίσης, ο αδειούχος εκμετάλλευσης ενός προστατευόμενου από ευρεσιτεχνία φαρμάκου θα είναι τις περισσότερες φορές και αδειούχος χρήσης σήματος το οποίο διακρίνει ή συνδέεται με το φάρμακο. Εντούτοις, η ύπαρξη αποκλίνουσας ρύθμισης του ζητήματος της αυτοτελούς δικαστικής προστασίας του αδειούχου στα επιμέρους ειδικά νομοθετήματα περιπλέκει το νομικό πλαίσιο μιας τέτοιας άδειας. Πιο συγκεκριμένα, η άσκηση αξιώσεων εκ μέρους του αδειούχου για να αντιμετωπίσει (ταυτόχρονη) προσβολή του σήματος και του δικαιώματος πνευματικής ιδιοκτησίας ή/και ευρεσιτεχνίας, ελλείψει ειδικής πρόβλεψης στη σύμβαση, δεν θα υπόκειται στις ίδιες διατυπώσεις. Συνεπώς, η αποσπασματική και αποκλίνουσα ρύθμιση του εν λόγω ζητήματος καθιστά το νομικό πλαίσιο της συμβατικής εκμετάλλευσης περισσότερων του ενός δικαιωμάτων διανοητικής ιδιοκτησίας πολύπλοκο και απρόβλεπτο, κάτι που επιτείνει την ανασφάλεια δικαίου κατά την εκμετάλλευση των δικαιωμάτων διανοητικής ιδιοκτησίας από αδειούχο.

Σύμφωνα με τα ανωτέρω, οι αποκλίσεις των επιμέρους λύσεων στο ζήτημα της δικαστικής προστασίας του αδειούχου που προκύπτουν από την αποσπασματική ρύθμιση του δικαίου συμβάσεων εκμετάλλευσης δημιουργούν σοβαρά πρακτικά προβλήματα καθώς οδηγούν σε ανεπιχειρήσιμες διακρίσεις ανάμεσα στους αδειούχους και καθιστούν το νομικό πλαίσιο των αδειών εκμετάλλευσης πολύπλοκο και απρόβλεπτο, ιδίως όταν εμπλέκονται περισσότερα δικαιώματα διανοητικής ιδιοκτησίας.

B. Θεωρητικά επιχειρήματα

Πέραν των πρακτικών προβλημάτων που δημιουργούνται από την αποκλίνουσα ρύθμιση του ζητήματος της δικαστικής προστασίας του αδειούχου από τα επιμέρους ειδικά νομοθετήματα, υπάρχουν και θεωρητικά επιχειρήματα τα οποία συνυπογράφουν υπέρ της εγκατάλειψης της αποσπασματικής ρύθμισης του ζητήματος αυτού αλλήλα και του δικαίου των συμβάσεων εκμετάλλευσης δικαιωμάτων διανοητικής ιδιοκτησίας εν γένει.

1. Η σχετικοποίηση των υφιστάμενων διακρίσεων ανάμεσα στα προστατευόμενα ύψια αγαθά από δικαιώματα διανοητικής ιδιοκτησίας

Η παραδοσιακή χωριστή ρύθμιση των δικαιωμάτων επί ύψων αγαθών βασίστηκε στην αντίληψη της τριχοτόμησης της ανθρωπίνης πνευματικής δραστηριότητας και δημιουργίας, σε τεχνική, εμπορική και καλλιτεχνική. Ως εκ τούτου, η χωριστή ρύθμιση κάθε δικαιώματος διανοητικής ιδιοκτησίας υπηρετεί τη λειτουργική διαφορετικότητα του εκάστοτε τομέα ανθρωπίνης διανοητικής δραστηριότητας: τα αντικείμενα προστασίας

14. Αλλήλωσε, η κυκλοφορία απομιμήσεων γυαλιών ηλίου επιφέρει ταυτόχρονη προσβολή τόσο του δικαιώματος πνευματικής ιδιοκτησίας όσο και σήματος, βλ. Συμπλήρωμα 294/2011, Νόμος.

του δικαίου πνευματικής ιδιοκτησίας εξυπηρετούν καλλιτεχνικές και αισθητικές ανάγκες, οι εφευρέσεις τεχνικές ανάγκες και τα σήματα τις ανάγκες της εμπορικής δραστηριότητας. Εντούτοις, η τριχοτόμηση της ανθρώπινης πνευματικής δραστηριότητας και δημιουργίας εμφανίζεται σήμερα σχετικοποιημένη¹⁵. Αυτό αντικατοπτρίζεται και στο επίπεδο της κατηγοριοποίησης της προστασίας των άυλων αγαθών από τα δικαιώματα διανοητικής ιδιοκτησίας. Πράγματι, οι κατηγορίες των δικαιωμάτων διανοητικής ιδιοκτησίας δεν παρουσιάζουν την ίδια ομοιογένεια και στεγανότητα, όπως κατά την περίοδο θέσπισης των πρώτων νομοθετημάτων για την προστασία άυλων αγαθών¹⁶. Για παράδειγμα, παρατηρούμε ότι η πνευματική ιδιοκτησία δεν περιορίζεται πλέον στο χώρο της τέχνης αλλά επεκτείνεται και σε τεχνικές δημιουργίες, όπως το λογισμικό και η εφαρμοσμένη τέχνη. Αντίστοιχα, το δίκαιο σημάτων προστατεύει και τρισδιάστατες απεικονίσεις αντικειμένων. Επίσης, τα όρια ανάμεσα στους επιμέρους κλάδους της διανοητικής ιδιοκτησίας εμφανίζονται σχετικοποιημένα, ιδίως λόγω των επικαλύψεων της προστασίας των αυτών άυλων αγαθών από περισσότερα δικαιώματα¹⁷ αλλά και λόγω της προϊούσας εμπορευματοποίησης του χώρου των άυλων αγαθών γενικότερα¹⁸. Αλλήωστε, στην πράξη, η άυλη φύση, η προέλευση των προστατευόμενων αγαθών από τη δημιουργική ανθρώπινη δραστηριότητα¹⁹ και η αναγνώριση αποκλειστικού δικαιώματος από την έννομη

τάξη πάνω σε αυτά²⁰ αποτελούν τις σε νομικό επίπεδο προϋποθέσεις προσέγγισης των επιμέρους κατηγοριών²¹.

Συμπερασματικά, υπό το φως της σχετικοποίησης των υφιστάμενων διακρίσεων και της προσέγγισης των επιμέρους κατηγοριών των άυλων αγαθών και των δικαιωμάτων που τα προστατεύουν, η καταλληλότητα της αποσπασματικής και αποκλίνουσας ρύθμισης του ζητήματος της αυτοτελούς δικαστικής προστασίας του αδειούχου, η οποία αντικατοπτρίζει την εν λόγω κατηγοριοποίηση, τίθεται σε αμφισβήτηση.

2. Η αναγνώριση της συστηματικής ενότητας του δικαίου διανοητικής ιδιοκτησίας στο θετικό δίκαιο

Η de facto προσέγγιση των επιμέρους δικαιωμάτων διανοητικής ιδιοκτησίας αντικατοπτρίζεται και στην αναγνώριση της συστηματικής ενότητας του δικαίου διανοητικής ιδιοκτησίας από το θετικό δίκαιο. Πράγματι, τις τελευταίες δεκαετίες έχει εκδηλωθεί το επιστημονικό και πολιτικό ενδιαφέρον για ενιαία αντιμετώπιση των άυλων αγαθών, είτε πρόκειται για καλλιτεχνικές δημιουργίες, εφευρέσεις ή σήματα²², μέσω της αναγνώρισης ενός ενιαίου κλάδου δικαίου, του δικαίου της διανοητικής ιδιοκτησίας ή δικαίου άυλων αγαθών²³. Η συστηματική ενότητα του κλάδου έχει παγιωθεί σε διεθνές και ευρωπαϊκό επίπεδο (α) ενώ, τουλάχιστον τυπικά, έχει καθιερωθεί και στην ελληνική έννομη τάξη (β).

α. Συστηματική ενότητα του δικαίου διανοητικής ιδιοκτησίας σε υπερεθνικό επίπεδο

Η πρακτική της ενιαίας ρυθμιστικής αντιμετώπισης του κλάδου της διανοητικής ιδιοκτησίας σε διεθνές επίπεδο εισάγεται μέσα από δύο βασικά διεθνή νομοθετήματα. Πρόκειται αφενός, για τη Διεθνή Συνθήκη της Στοκχόλμης της 4ης Ιουλίου 1967 με την οποία ιδρύθηκε ο Π.Ο.Δ.Ι. (WIPO), η οποία προβλέπει και καθιερώνει τον όρο "Intellectual Property" (άρθρο 2 αρ. viii) ο οποίος καλύπτει με τρόπο ευρύ τόσο την πνευματική όσο και τη βιομηχανική ιδιοκτησία²⁴. Αλλήω-

15. Θ. Λιακόπουλος, Βιομηχανική Ιδιοκτησία, ό.π., σ. 7· Β. Αντωνόπουλος, Βιομηχανική Ιδιοκτησία, Σάκκουλας, β' εκδ. 2005, αρ. 160 σ. 171, ο οποίος κάνει λόγο για «προϊούσα σχετικοποίηση της διάκρισης ανάμεσα στο αισθητικό αντικείμενο και το τεχνικό προϊόν υπό το κράτος της εξέλιξης της τεχνικής και της ηλεκτρονικής από την άλλη».

16. Θ. Λιακόπουλος, Βιομηχανική Ιδιοκτησία, ό.π., σ. 7: «Η πνευματική δημιουργία ως αντικείμενο απόλυτου δικαιώματος μπορεί να αποτελέσει παρέμβαση του ανθρώπινου πνεύματος είτε στο χώρο της τεχνικής είτε στο χώρο της εμπορικής επικοινωνίας είτε στο χώρο της τέχνης και γενικότερα της κουλτούρας. Η τριχοτόμηση αυτή δεν είναι πλέον απόλυτη, με την έννοια ότι και η τεχνική παρεμβαίνει στο χώρο του αισθητικού αποτελέσματος.» *ibidem*, σ. 17: «Η σχετική άποψη, έχοντας ως αφετηρία τη διαπίστωση ότι τόσο στην πνευματική ιδιοκτησία όσο και στη βιομηχανική ιδιοκτησία πρόκειται για την προστασία της πνευματικής δημιουργίας στη μορφή των άυλων αγαθών [...] Η αφορμή είναι κυρίως οι τεχνικές και αισθητικές δημιουργίες που επισημαίνουν τις ομοιότητες ανάμεσα στην πνευματική και βιομηχανική ιδιοκτησία.»· Θ. Λιακόπουλος, Ζητήματα..., ό.π., σ. 1: «Η διάκριση ανάμεσα στο αισθητικό αντικείμενο και το τεχνικό προϊόν εμφανίζεται σήμερα σχετικοποιημένη. Ήδη οι Χορκχάιμπερ και Αντόρνο είχαν επισημάνει την αρχή μιας βιομηχανικής κουλτούρας που καταργούσε ή τουλάχιστον σχετικοποιούσε τη διάκριση μεταξύ Zivilisation και Kultur.»

17. Βλ. ιδίως Θ. Λιακόπουλο, Βιομηχανική Ιδιοκτησία, ό.π., σ. 17: «Αλλά και γενικότερα δεν αποκλείονται επικαλύψεις των δύο κύκλων δικαίων, αν συντρέχουν οι σχετικές προϋποθέσεις.» Πρβλ. Κ. Χριστοδούλου, Σημειώσεις στη γενική θεωρία των άυλων αγαθών, ΔιΜΕΕ 2/2007, 180, υποσημ. αρ. 2, αναφερόμενος στην ΜΠρΑθ 275/2007 (ΔιΜΕΕ 2/2007, 237).

18. Θ. Λιακόπουλος, Ζητήματα..., ό.π., σ. 1: «Και τα έργα λόγου και τέχνης, χωρίς βέβαια να αποβάλλουν την ταυτότητα της πνευματικής δημιουργίας, απέκτησαν τη μορφή του εμπορεύματος και εντάχθηκαν στην παραγωγική διαδικασία. Η καλλιτεχνική δημιουργία έγινε με τη σειρά της αντικείμενο επικερδούς επένδυσης.»

19. Βλ. Β. Αντωνόπουλο, Βιομηχανική Ιδιοκτησία, Σάκκουλας, ό.π., αρ. 126, σ. 135: «Τα άυλα αγαθά που προστατεύονται από δικαιώματα διανοητικής ιδιοκτησίας έχουν ως περιεχόμενο μια πνευματική δραστηριότητα που είναι είτε δημιουργική είτε ανταγωνιστική.» Γ. Κουμάντο, Διανοητική Ιδιοκτησία, ό.π., σ. 1466: «όλα τα άυλα αγαθά αποτελούν εκδηλώσεις της ανθρώπινης δημιουργικότητας και όλα τα δικαιώματα πάνω στα άυλα αγαθά αποτελούν ανταμοιβή και κίνητρο για τη δημιουργικότητα αυτή.»

20. Θ. Λιακόπουλος, Βιομηχανική Ιδιοκτησία, ό.π., σ. 17: «Η σχετική άποψη, έχοντας ως αφετηρία τη διαπίστωση ότι τόσο στην πνευματική ιδιοκτησία όσο και στη βιομηχανική ιδιοκτησία πρόκειται για την προστασία της πνευματικής δημιουργίας στη μορφή των άυλων αγαθών [...] Πράγματι πρόκειται για πνευματικές δημιουργίες που για το δίκαιο εμφανίζονται ως απόλυτα δικαιώματα σε άυλα αγαθά.»· Θ. Λιακόπουλος, Ζητήματα..., ό.π., σ. 2: «Βέβαια σε νομικό επίπεδο οι προϋποθέσεις υπήρχαν πάντοτε: αντικείμενο της βιομηχανικής και πνευματικής ιδιοκτησίας είναι άυλα αγαθά [...] και για τα οποία ο φορέας τους έχει απόλυτο δικαίωμα.»· Β. Αντωνόπουλος, Βιομηχανική Ιδιοκτησία, Σάκκουλας, ό.π., αρ. 160, σ. 171: «Η φύση όμως των δικαιωμάτων των δύο αυτών κλάδων του δικαίου, ως δικαιωμάτων σε άυλα αγαθά...».

21. Αλλήωστε «δεν πρέπει να παραβλέψουμε ότι οι διακρίσεις αυτές ούτε στη λογική κάποιων επιστημονικών στερεοτύπων ανταποκρίνονται απόλυτα ούτε εκφράζουν την προοπτική των σύγχρονων κοινωνικών και οικονομικών σχέσεων.» βλ. Θ. Λιακόπουλο, Βιομηχανική Ιδιοκτησία, ό.π., αρ. 5, σ. 20.

22. Θ. Λιακόπουλος, Ζητήματα..., ό.π., σ. 2.

23. Πρβλ. Θ. Λιακόπουλο, Προς το δίκαιο των άυλων αγαθών, Νομ.Επιθ., τ. 21, 1995, σ. 5.

24. Σύμφωνα με το άρθρο αυτό, στη διανοητική ιδιοκτησία περιλαμβάνονται «τα δικαιώματα σχετικά προς τα φιλολογικά, καλλιτεχνικά και επιστημονικά έργα· οι ερμηνείες των ερμηνευτών καλλιτεχνών, τα φωνογραφήματα και οι ραδιοφωνικές εκπομπές· οι εφευρέσεις σε όλους τους τομείς της ανθρώπινης δραστηριότητας· οι επιστημονικές ανακαλύψεις· τα βιομηχανικά σχέδια και υποδείγματα· τα σήματα προϊόντων και υπηρεσιών· τα εμπορικά ονόματα και οι εμπορικές επωνυμίες· η προστασία του αθέμιτου ανταγωνισμού και τα λοιπά δικαιώματα απορρέοντα από τη διανοητική δραστηριότητα στο βιομηχανικό, επιστημονικό φιλολογι-

στε, ο Παγκόσμιος Οργανισμός Διανοτικής Ιδιοκτησίας που δραστηριοποιείται ενεργά στη χάραξη διεθνούς πολιτικής στο χώρο της Διανοτικής Ιδιοκτησίας, αποτελεί την έκφραση της θεσμικής αναγνώρισης του κλάδου της διανοτικής Ιδιοκτησίας σε διεθνές επίπεδο. Αφετέρου, η Συμφωνία TRIPS (Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights) που αποτελεί παράρτημα της Τελικής Πράξης για την ίδρυση του Παγκοσμίου Οργανισμού Εμπορίου (ΠΟΕ) που υπογράφηκε στις 15 Απριλίου 1994 στο Μαρακές (άρθρο 1 εδ. β' της Συμφωνίας) αντιμετωπίζει επίσης ενιαία τον κλάδο των δικαιωμάτων επί αυτών των αγαθών²⁵. Ενδεικτικά είναι εξάλλου και η καθιέρωση από το έτος 2000 της παγκόσμιας ημέρας Διανοτικής Ιδιοκτησίας, η οποία εορτάζεται στις 26 Απριλίου.

Η συστηματική ενότητα του κλάδου της διανοτικής ιδιοκτησίας αναγνωρίζεται και σε Ευρωπαϊκό επίπεδο. Πέρα από την καθιέρωση της χρήσης του όρου «διανοτική ιδιοκτησίας» τόσο στο πρωτογενές²⁶, όσο και στο παράγωγο δίκαιο²⁷, η αναγνώριση της συστηματικής ενότητας του κλάδου αντικατοπτρίζεται και στην υιοθέτηση νομοθετημάτων που περιλαμβάνουν οριζόντιες ρυθμίσεις, οι οποίες καλύπτουν το σύνολο των δικαιωμάτων διανοτικής ιδιοκτησίας. Πιο συγκεκριμένα, οριζόντιες ρυθμίσεις προβλέπονται ιδίως από τον Κανονισμό (ΕΚ) αριθ. 1383/2003 του Συμβουλίου της 22ας Ιουλίου 2003 για την παρέμβαση των τελωνειακών αρχών έναντι εμπορευμάτων που είναι ύποπτα ότι παραβιάζουν ορισμένα δικαιώματα «πνευματικής ιδιοκτησίας» και για τα μέτρα που πρέπει να λαμβάνονται έναντι των εμπορευμάτων που διαπιστώνεται ότι παραβιάζουν παρόμοια δικαιώματα²⁸, από τον Κανονισμό (ΕΚ) αρ. 864/2007 του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 11ης Ιουλίου 2007 («Ρώμη II») για το εφαρμοστέο δίκαιο στις εξωσυμβατικές ενοχές²⁹ που απορρέει από την προσβολή δικαιωμάτων διανοτικής ιδιοκτησίας (άρθρο 8) αλλά και από την Οδηγία 2004/48/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 29ης Απριλίου 2004 σχετικά με την επιβολή των δικαιωμάτων διανοτικής ιδιοκτησίας για την οποία έγινε λόγος παραπάνω³⁰. Αλλωστε,

κό και καλλιτεχνικό τομέα»

25. Άρθρο 1 εδ. β': «Για τους σκοπούς της παρούσας συμφωνίας, η έκφραση «διανοτική ιδιοκτησία» περιλαμβάνει όλους τους τομείς της διανοτικής ιδιοκτησίας στα οποία αναφέρονται τα τμήματα 1 έως 7 του μέρους II, δηλαδή τα δικαιώματα δημιουργού και συγγενικά δικαιώματα, τα βιομηχανικά και εμπορικά σήματα, οι γεωγραφικές ενδείξεις, τα βιομηχανικά σχέδια και υποδείγματα, τις ευρεσιτεχνίες, τις τοπογραφίες κυκλωμάτων και την προστασία μη αποκαλυμμένων πληροφοριών».

26. Βλ. άρθρο 118 και 262 της Συνθήκης για τη λειτουργία της Ευρωπαϊκής Ένωσης, όπου γίνεται λόγος για τους «ευρωπαϊκούς τίτλους διανοτικής ιδιοκτησίας», ενώ στο άρθρο 207 παρ. 1 και 4 γίνεται αναφορά στις «εμπορικές πτυχές των δικαιωμάτων διανοτικής ιδιοκτησίας». Επίσης, ο Χάρτης Θεμελιωδών Δικαιωμάτων της Ευρωπαϊκής Ένωσης αναγνωρίζει τη διανοτική ιδιοκτησία ως θεμελιώδες δικαίωμα. Σύμφωνα με το άρθρο 17 παρ. 2, «η διανοτική ιδιοκτησία προστατεύεται».

27. Μεγάλος αριθμός νομοθετημάτων του δευτερογενούς δικαίου κάνουν αναφορά στον όρο της διανοτικής ιδιοκτησίας. Βλ. για παράδειγμα, το άρθρο 1 παρ. 2 β της Οδηγίας 2001/29/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 22ας Μαΐου 2001, για την εναρμόνιση ορισμένων πτυχών του δικαιώματος του δημιουργού και συγγενικών δικαιωμάτων στην κοινωνία της πληροφορίας ή το άρθρο 1 παρ. 1 ζ του Κανονισμού (ΕΚ) αριθ. 772/2004 της Επιτροπής, της 27ης Απριλίου 2004, για την εφαρμογή του άρθρου 81 παράγραφος 3 της συνθήκης σε ορισμένες κατηγορίες συμφωνιών μεταφοράς τεχνολογίας.

28. ΕΕ L 196/7, 2.08.2013.

29. ΕΕ L 199/40, 31.07.2007.

30. Βλ. επίσης και τον Κανονισμό (ΕΕ) αριθ. 386/2012 του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 19ης Απριλίου 2012 σχετικά με την ανάθεση στο Γραφείο Εναρμόνισης στο

το Δικαστήριο της Ευρωπαϊκής Ένωσης ενθαρρύνει την ενιαία προσέγγιση του δικαίου της διανοτικής ιδιοκτησίας καθώς αναπτύσσει θεσμούς οι οποίοι δεν περιορίζονται σε ένα μόνο τύπο δικαιώματος διανοτικής ιδιοκτησίας, όπως το «ειδικό αντικείμενο» των δικαιωμάτων διανοτικής ιδιοκτησίας³¹.

β. Συστηματική ενότητα σε εθνικό επίπεδο³²

Η συστηματική ενότητα του δικαίου της διανοτικής ιδιοκτησίας είναι τυπικά τουλάχιστον αναγνωσμένη σε νομοθετικό επίπεδο στην Ελλάδα από τη διάταξη του άρθρου 8 παρ. 18 του Ν. 2557/1997. Σύμφωνα με τη διάταξη αυτή «ο διεισθής όρος «propriété intellectuelle (intellectual property)» αποδίδεται στην ελληνική γλώσσα με τον όρο «διανοτική ιδιοκτησία» και περιλαμβάνει τόσο την πνευματική ιδιοκτησία (propriété littéraire et artistique ή droit d'auteur, copyright) και τα συγγενικά δικαιώματα, όσο και τη βιομηχανική ιδιοκτησία (propriété industrielle, industrial property), όπως εφευρέσεις και σήματα.» «Επικουρική» νομική βάση για την αναγνώριση της συστηματικής ενότητας του κλάδου της διανοτικής ιδιοκτησίας προσφέρει και το άρθρο 60 του ΑΚ, το οποίο κάνει γενική αναφορά στα αποκλειστικά δικαιώματα επί προϊόντων της διανοίας. Αλλωστε είναι χαρακτηριστικό πως στις αιτιολογικές εκθέσεις των πρόσφατων νόμων οι οποίοι μεταφέρουν στο εθνικό δίκαιο την «οριζόντια» Οδηγία 2004/48/ΕΚ, σχετικά με την επιβολή των δικαιωμάτων διανοτικής ιδιοκτησίας, γίνεται ρητή και εκτενής αναφορά στη νομοθετική αναγνώριση της συστηματικής ενότητας του δικαίου διανοτικής ιδιοκτησίας αλλά και στις ιδιαιτερότητες της μεταφοράς της εν λόγω Οδηγίας, λόγω της ύπαρξης διακριτών νομοθετημάτων για τα επιμέρους δικαιώματα του κλάδου³³. Επίσης, δεν θα πρέπει να

Πλαίσιο της Εσωτερικής Αγοράς (εμπορικά σήματα, σχέδια και υποδείγματα καθυκόντων συναφών με την επιβολή της εφαρμογής των δικαιωμάτων διανοτικής ιδιοκτησίας, συμπεριλαμβανομένης της σύγκλησης Ευρωπαϊκού Παρατηρητηρίου για την Παραβίαση των Δικαιωμάτων Διανοτικής Ιδιοκτησίας, με εκπροσώπους του δημόσιου και του ιδιωτικού τομέα, L 129/1, 16.05.2012.

31. Βλ. *Ε. Σταματούδη*, Κοινοτικό δίκαιο του ανταγωνισμού και διανοτική ιδιοκτησία, Νομική Βιβλιοθήκη, 2006· *N. Binctin*, Droit de la propriété intellectuelle, 2e éd., Lexis-Nexis, 2012, αρ. 1, σ. 20· *J. Schovsbo*, The exhaustion of Rights and Common Principles of European Intellectual Property Law, in *A. Ohly* (επιμ.), Common Principles of European Intellectual Property Law, Mohr Siebeck, 2012, σ. 169 επ.

32. Για εκτενέστερη ανάλυση του ζητήματος και περαιτέρω παραπομπές, βλ. *Θ. Χίου*, Ο όρος διανοτική ιδιοκτησία και η ένταξη του στην ελληνική έννομη τάξη, ΔΙΜΕΕ 2011, 174 επ.

33. Βλ. την αιτιολογική έκθεση του Ν. 3699/2011, σ. 15 και την αιτιολογική έκθεση του Ν. 4072/2012, σ. 29-30. Πρβλ. και το άρθρο 192 παρ. 1 ε) Ν. 4072/2012, στο οποίο γίνεται λόγος περί «νομοθεσίας περί διανοτικής ιδιοκτησίας». Αλλωστε, η αποσπασματική μεταφορά των οριζόντιων ρυθμίσεων του ευρωπαϊκού δικαίου ανά ειδικό νόμο δεν αντανακλά το πνεύμα της κοινοτικής ρύθμισης καθότι δημιουργεί αποκλίσεις και εν μέρει διαφορετικές ρυθμίσεις. Βλ. *Μ.-Θ. Μαρίνο*, Η Οδηγία 2004/48 για την επιβολή των δικαιωμάτων διανοτικής ιδιοκτησίας. Βασικές νομοθετικές επιλογές και ερμηνευτικά προβλήματα για τον εθνικό Νομοθέτη, ΕλλΔνη 2009, 1 επ. και ιδίως σ. 4: «Αντίθετα με άλλες έννομες τάξεις, στην ελληνική έννομη τάξη δεν αποδοθείται η γενική εναρμόνιση με ενιαίο νομοθέτημα που εμπεριέχει ειδικές ή γενικές ρυθμίσεις για κάθε δικαίωμα διανοτικής ιδιοκτησίας που αναγνωρίζει η ελληνική έννομη τάξη. Μια τέτοια προσέγγιση θα αντανάκλασε καλύτερα τη Συμφωνία Trips καθώς και την κοινοτική ρύθμιση. Επελέγη ατυχώς η προσέγγιση ανά ειδικό νόμο. Ο διαφορετικός χρόνος εναρμόνισης της ειδικής νομοθεσίας δημιουργεί όπως είναι φυσικό αποκλίσεις και εν μέρει διαφορετικές ρυθμίσεις, αφού ο νομοθέτης κάθε φορά εξετάζει την αναλογικό-

ξενάμε πως τόσο η Συνθήκη της Στοκχόλμης της 4ης Ιουλίου 1967 που ίδρυσε τον Π.Ο.Δ.Ι. (WIPO) όσο και η Συμφωνία TRIPs, οι οποίες καθιερώνουν επίσημα τον όρο "Intellectual Property" και αναγνωρίζουν τη συστηματική ενότητα του κλάδου σε διεθνές επίπεδο, αποτελούν εθνικό δίκαιο με αυξημένη μάλιστα τυπική ισχύ³⁴. Πέραν της νομοθετικής αναγνώρισης, η συστηματική ενότητα του κλάδου προκύπτει έμμεσα άλληλωςτε και από το γεγονός πως συχνά αναζητείται η πλήρωση των κενών που παρουσιάζουν οι ρυθμίσεις ενός ειδικού νομοθετήματος μέσω αναλογικής εφαρμογής διατάξεων ή θεωριών που εφαρμόζονται και αφορούν κάποιο άλλο άυλο αγαθό³⁵. Βέβαια, θα πρέπει να σημειωθεί πως η αναγνώριση της συστηματικής ενότητας του κλάδου της διανοητικής ιδιοκτησίας στη θεωρία είναι διστακτική³⁶.

Με βάση τα ανωτέρω, η αποσπασματική και αποκλίνουσα ρύθμιση του ζητήματος της δικαστικής προστασίας του αδειούχου δεν συνάδει με την θεωρητική και συστηματική ενοποίηση του κλάδου της διανοητικής ιδιοκτησίας.

III. Προς μία ενιαία ρύθμιση του δικαίου συμβάσεων εκμετάλλευσης

Η προηγούμενη ανάλυση η οποία βασίστηκε στην παράθεση των ειδικών νομοθετικών ρυθμίσεων αναφορικά με το ζήτημα της δικαστικής προστασίας του αδειούχου κατέδειξε ότι η αποσπασματική ρύθμιση οδηγεί σε αποκλίσεις οι οποίες είναι αφενός πηγή πρακτικών δυσχερειών και ανειπικών διακρίσεων ανάμεσα στους αδειούχους και αφετέρου δεν συνάδουν με την προϊούσα θεωρητική και συστηματική ενοποίηση του κλάδου της διανοητικής ιδιοκτησίας. Γι' αυτούς τους λόγους, η εγκατάλειψη της παρούσας χωριστής και αποκλίνουσας ρύθμισης του ζητήματος αυτού προς όφελος μιας

τητα των προτεινόμενων ρυθμίσεων προς την Οδηγία.»

34. Βλ. τους κυρωτικούς νόμους Ν. 100/1975 και Ν. 2290/1995 αντίστοιχα.

35. Βλ. Μ.-Θ. Μαρβίνο, Η αρχή του κλειστού αριθμού (numerus clausus) στο δίκαιο των άυλων αγαθών – Επιπτώσεις στη νομική φύση της άδειας χρήσης σήματος, Γενέθλιον Απ. Γεωργιάδη, Τομ. II, Σάκουλης, 2006, σ. 1575 επ. και ιδίως σ. 1602-1603: «Παράλληλα ανοίγεται ο δρόμος αναλογικής εφαρμογής των ισχυόντων σε έναν τομέα της ειδικής νομοθεσίας των άυλων αγαθών, ήχ. Ευρεσιτεχνίας, δικαίου πνευματικής ιδιοκτησίας, σε άλλο κλάδο, ήχ. στο δίκαιο των σημάτων. Με τον τρόπο αυτό αναπληρώνεται η ελλείπουσα ή ατελής ειδική ρύθμιση στο δίκαιο των σημάτων.» τον ίδιο, Ο μερισμός εξουσιών στο δίκαιο των σημάτων – σύγχρονες μερικές παρατηρήσεις στην ερμηνεία της άδειας χρήσεως σήματος, ΔΕΕ 2005, 660 επ. και ιδίως 662, αναφορικά με το *erga omnes* αποτέλεσμα του συμβατικού μερισμού. Πρβλ. Χ. Αποστολόπουλο, Η Οδηγία 2004/48/ΕΚ σχετικά με την επιβολή των δικαιωμάτων διανοητικής ιδιοκτησίας και ο νόμος 3524/2007 για τη μεταφορά της στο ελληνικό δίκαιο, ΧρΙΑ 2008, 179 και ιδίως 180, προτρέποντας για αναλογική εφαρμογή των διατάξεων περί επιβολής όπως αυτές μετέφεραν την Οδηγία 2004/48 στην πνευματική ιδιοκτησία, προτού επιτευχθεί η μεταφορά της οδηγίας: «Ορθότερο είναι να γίνει δεκτό πως οι αντίστοιχες ρυθμίσεις της Οδηγίας στο νόμο 2121/1993, εφαρμόζονται αναλογικά και για την επιβολή των άλλων δικαιωμάτων διανοητικής ιδιοκτησίας.» Άλλωστε, η αναλογική εφαρμογή διατάξεων του δικαίου συμβάσεων εκμετάλλευσης που περιλαμβάνονται σε «γειτονικά» νομοθετήματα προστασίας άυλων αγαθών (βλ. παρακάτω) προϋποθέτει μεταξύ άλλων ότι εν λόγω πραγματικό παρουσιάζει κρίσιμη ομοιότητα σε σχέση με το πραγματικό της αναλογικώς εφαρμοστέας διάταξης. Βλ. Ν. Τέλλη, Σχέση δικαίου των σημάτων και δικαίου των διακριτικών γνωρισμάτων ουσιαστικού δικαίου: Ανάγκη ενιαίας ρύθμισης;», ΕπισκεΔ 2011, 881 επ., ιδίως 890.

36. Βλ. ιδίως Γ. Κουμάντο, Διανοητική Ιδιοκτησία, ό.π.· Θ. Λιακόπουλο, Προς τη θεωρία..., ό.π.· Θ. Χίου, Ο όρος διανοητική ιδιοκτησία..., ό.π. και με περαιτέρω παραπομπές.

ενιαίας και οριζόντιας αντιμετώπισης του εν λόγω ζητήματος σε επίπεδο κλάδου διανοητικής ιδιοκτησίας είναι χρήσιμη και θεμιτή³⁷.

Με ανάλογο τρόπο, η ενιαία και οριζόντια αντιμετώπιση θα μπορούσε να υιοθετηθεί και για άλλα ζητήματα που σχετίζονται με τη συμβατική εκμετάλλευση των δικαιωμάτων διανοητικής ιδιοκτησίας και αντιμετωπίζονται αποσπασματικά στο υπάρχον δίκαιο³⁸.

Ασφαλώς, μια ενιαία ρύθμιση του δικαίου των συμβάσεων εκμετάλλευσης, όσο επιθυμητή και αν φαντάζει, τόσο από θεωρητική όσο και από πρακτική σκοπιά, δεν θα πρέπει να καταλήξει σε μια υπεραπλουστευτική εξίσωση ή ευθυγράμμιση των επιμέρους δικαιωμάτων που αφορούν το εκάστοτε δικαίωμα διανοητικής ιδιοκτησίας. Κάτι τέτοιο θα απαξίωνε τις πραγματικές διαφορές που χαρακτηρίζουν τις εκφάνσεις της ανθρώπινης δημιουργίας (στο χώρο της τεχνικής, στο χώρο της εμπορικής επικοινωνίας και στο χώρο της τέχνης και γενικότερα της κοινότητας³⁹)⁴⁰ αλλά και θα υποτιμούσε τη

37. Βέβαια, θα πρέπει να σημειώσουμε στο σημείο αυτό πως η οριζόντια αντιμετώπιση του ζητήματος της (αυτοτελούς) δικαστικής προστασίας του αδειούχου δικαιώματος διανοητικής ιδιοκτησίας φέρνει στο προσκήνιο το υποκείμενο ζήτημα της φύσης του δικαιώματος (ενοχικό ή εμπράγματο) του αδειούχου και ιδίως του αποκλειστικού αδειούχου δικαιώματος διανοητικής ιδιοκτησίας, ιδίως αν λάβουμε υπ' όψη το γεγονός πως η αυτοτελής δικαστική προστασία αποτελεί αρνητική έκφανση απόλυτου δικαιώματος. Το ζήτημα της φύσης του δικαιώματος του αδειούχου (ιδίως αποκλειστικού) είναι από τα πλέον σοβαρά αλλά και αμφισβητούμενα στη θεωρία και νομολογία του (ελληνικού) δικαίου διανοητικής ιδιοκτησίας. Κατά συνέπεια, η οριζόντια ρύθμιση του ζητήματος αυτού, αν και χρήσιμη, μοιάζει εξαιρετικά ακανθώδης. Υπέρ του απόλυτου χαρακτήρα του δικαιώματος αποκλειστικού αδειούχου οποιουδήποτε δικαιώματος διανοητικής ιδιοκτησίας, βλ. Μ.-Θ. Μαρβίνο, Μερικές σκέψεις για τη νομική φύση της αποκλειστικής άδειας χρήσης σήματος, ΕλλΔνη 2006, 327 επ., ιδίως 339.

38. Θα μπορούσαμε ενδεικτικά να αναφερθούμε στον ορισμό της άδειας εκμετάλλευσης, ο οποίος δεν είναι εναρμονισμένος στο ελληνικό δίκαιο διανοητικής ιδιοκτησίας. Πράγματι, στο δίκαιο πνευματικής ιδιοκτησίας, η άδεια εκμετάλλευσης έχει εκ του νόμου (άρθρο 13 παρ. 2 του νόμου 2121/1993) απλώς επιτρεπτικό χαρακτήρα, σε αντίθεση με τη «σύμβαση εκμετάλλευσης» (άρθρο 13 παρ. 1 του νόμου 2121/1993), η οποία περιέχει υποχρέωση εκμετάλλευσης σε βάρος του αντισυμβαλλόμενου. Στο δίκαιο ευρεσιτεχνίας και σημάτων η διάκριση μεταξύ σύμβασης και άδειας εκμετάλλευσης δεν υφίσταται. Η άδεια εκμετάλλευσης δύναται να έχει απλώς επιτρεπτικό χαρακτήρα αλλά επίσης, πολύ συχνά, θα περιέχει και υποχρέωση εκμετάλλευσης του σήματος ή της ευρεσιτεχνίας αντίστοιχα από τον αδειούχο. Στο σημείο αυτό βλ. Μ.-Θ. Μαρβίνο, Πνευματική Ιδιοκτησία, ό.π., αρ. 487, σ. 220: «Ο ν. 2121 διακρίνει μεταξύ συμβάσεων εκμετάλλευσης (άρθρο 13 παράγρ. 1) και αδειών εκμετάλλευσης (άρθρο 13 παράγρ. 2), διάκριση αμφίβολης πρακτικής σημασίας, η οποία επιφέρει εννοιολογική σύγχυση στον από θεωρητική, συστηματική άποψη ελάχιστο επεξεργασμένο τομέα της μεταβίβασης των άυλων αγαθών.»

39. Έτσι, για παράδειγμα, με την έννοια ότι στην τεχνική δημιουργία υπερτερεί το χρηστικό αποτέλεσμα ενώ στα έργα του λόγου και της τέχνης η πνευματική απόλαυση, βλ. Θ. Λιακόπουλο, Βιομηχανική Ιδιοκτησία, ό.π., σ. 7. Πρβλ. Θ. Λιακόπουλο, Ζητήματα..., ό.π., σ. 4: «Η ένταση μεταξύ βιομηχανικής και πνευματικής ιδιοκτησίας ασφαλώς θα παραμείνει αφού αντανakλά διαφορετικές εκφάνσεις της ανθρώπινης δημιουργίας.»

40. Πρβλ. Ν. Τέλλη, Σχέση δικαίου των σημάτων και δικαίου των διακριτικών γνωρισμάτων ουσιαστικού δικαίου: Ανάγκη ενιαίας ρύθμισης;», ό.π., 884: «Κάνοντας λόγο για ενιαία ρύθμιση προφανώς και δεν μπορεί να υπαινισσεται κανείς ότι πρέπει να θεσπιστούν διατάξεις ταυτόσημου περιεχομένου για όλα εν γένει τα διακριτικά γνωρίσματα και μάλιστα αναφορικά με όλα εν γένει τα ρυθμιζέα θέματα. Κάτι τέτοιο και τεχνικά ανέφικτο θα ήταν και απευκτό, ενόψει των ιδιαιτεροτήτων –ουσιαστικής τεχνικής και

διαφορετική λειτουργία και δικαιοπολιτική προσέγγιση του κάθε επιμέρους δικαιώματος διανοητικής ιδιοκτησίας, οι οποίες επιβάλλουν διαφοροποιημένη ρύθμιση, ούτως ώστε να καλυφθούν εξειδικευμένες ανάγκες που παρουσιάζονται κάθε φορά. Κατά συνέπεια, η ενιαία προσέγγιση του δικαίου συμβάσεων εκμετάλλευσης δεν δύναται να είναι ισοπεδωτική και απόλυτη⁴¹. Η οριζόντια εναρμόνιση των ρυθμίσεων που αφορούν τη συμβατική εκμετάλλευση των δικαιωμάτων διανοητικής ιδιοκτησίας πρέπει να είναι επιλεκτική και επαρκώς θεμελιωμένη στην σε οριζόντιο επίπεδο ομοιότητα των υπό ρύθμιση ζητημάτων.

Τίθεται συνεπώς το ερώτημα σε ποια θέματα η προσέγγιση πρέπει να είναι χωριστή και σε ποια ενιαία⁴². Η απάντηση στο ερώτημα αυτό μπορεί να δοθεί μόνον κατόπιν διατομικής συγκριτικής ανάλυσης των επιμέρους ρυθμίσεων της συμβατικής εκμετάλλευσης των διαφόρων δικαιωμάτων διανοητικής ιδιοκτησίας, όπως αυτές παρουσιάζονται στα ειδικά νομοθετήματα. Μια τέτοια ανάλυση θα αναδείκνυε τα στοιχεία ενότητας και διαφορετικότητας της συμβατικής εκμετάλλευσης των δικαιωμάτων διανοητικής ιδιοκτησίας⁴³.

Συνεπώς, η προτεινόμενη και επιθυμητή ενιαία ρύθμιση του δικαίου συμβάσεων εκμετάλλευσης των δικαιωμάτων διανοητικής ιδιοκτησίας θα πρέπει να βασιστεί στην αναζήτηση οριζόντιας ρύθμισης για τα συναγόμενα κοινά στοιχεία όλων των δικαιωμάτων διανοητικής ιδιοκτησίας⁴⁴, με παράλληλη ειδική και χωριστή αντιμετώπιση των ζητημάτων τα οποία αποτελούν την έκφραση της διαφορετικότητας των μελών που συναπαρτίζουν το ίδιο δικαιοκλήρο της διανοητικής ιδιοκτησίας⁴⁵.

λειτουργικής φύσης που παρουσιάζουν οι διάφορες κατηγορίες διακριτικών γνωρισμάτων.»

41. Ε. Σταματούδη, Κοινοτικό δίκαιο του ανταγωνισμού και διανοητική ιδιοκτησία, Νομική Βιβλιοθήκη, 2006, σ 33: «Η εξίσωση πνευματικής και βιομηχανικής ιδιοκτησίας, ακόμη και αν αυτές συμπήκνουν ως προς την εμπορική πλευρά τους, δεν μπορεί να είναι απόλυτη.»· Ν. Τέλλης, Σχέση δικαίου των σημάτων και δικαίου των διακριτικών γνωρισμάτων ουσιαστικού δικαίου: Ανάγκη ενιαίας ρύθμισης;», ό.π., 884. Πρβλ. και Θ. Λιακόπουλο, Βιομηχανική Ιδιοκτησία, ό.π., σ. 20 σημ. 26: «[...] και όταν επιχειρείται συνολική συστηματική επεξεργασία της πνευματικής και βιομηχανικής ιδιοκτησίας είτε ως πνευματική ιδιοκτησία που περιλαμβάνει και τη βιομηχανική είτε ως δίκαιο των άυλων αγαθών δεν παραβλέπονται οι διαφορές μεταξύ των επιμέρους δικαιωμάτων.»

42. Γ. Κουμάντος, Διανοητική Ιδιοκτησία, ό.π., σ. 1464.

43. Πρβλ. Α. Ohly, The quest for Common Principles of European Intellectual Property Law- Useful, Futile, Dangerous? in A. Ohly (επιμ.), Common Principles of European Intellectual Property Law, Mohr Siebeck, 2012, σ. 11: «An intra-disciplinary comparison between the different intellectual property rights can highlight inconsistencies which may be the result of historical accident. At the same time, justified differences can be stressed. If there is common ground, judgments and academic analysis can be transferred and can contribute to the solution of problems.»· J. Raynard, Propriétés incorporelles: un pluriel bien singulier, in Mélanges offerts à J.-J. Burst, Litec, 1997, σ. 529 επ. και ιδίως 538· Adde Ν. Binctin, Les biens intellectuels: contribution à l'étude des choses. Communication Commerce électronique –Juin 2006– n° 6., Comm. Comm. Elect., 8: «Il s'agit de renforcer la diversité des propriétés intellectuelles par une prise en compte de leurs éléments d'unité.»

44. Γ. Κουμάντος, Διανοητική Ιδιοκτησία, ό.π., σ. 1465, μιλώντας για «διαπίστωση της ύπαρξης ενός γένους».

45. Παρόμοια προσέγγιση από Ν. Τέλλη, Σχέση δικαίου των σημάτων και δικαίου των διακριτικών γνωρισμάτων ουσιαστικού δικαίου: Ανάγκη ενιαίας ρύθμισης;», ό.π., 884: Το μόνο που αξίζει να αποτελέσει αντικείμενο προβληματισμού είναι το εάν συνίσταται όλα εν γένει τα δικαιώματα επί διακριτικών δικαιωμάτων να ρυθμιστούν στο πλαίσιο ενός ενιαίου νομοθετήματος το οποίο πάντως

Συμπέρασμα

Ο νέος νόμος σημάτων, παρά τις βελτιώσεις που παρέχει στο νομικό πλαίσιο της συμβατικής εκμετάλλευσης, αποτελεί συνέχεια της παραδοσιακής αποσπασματικής ρύθμισης του δικαίου των άυλων αγαθών και ειδικότερα της συμβατικής εκμετάλλευσης αυτών. Η επισκόπηση της υπάρχουσας αποσπασματικής νομοθεσίας κατέδειξε τις αποκλίσεις που παρατηρούνται ανάμεσα στις ρυθμίσεις του νέου νόμου σημάτων και τις αντίστοιχες ρυθμίσεις του δικαίου πνευματικής ιδιοκτησίας και ευρεσιτεχνιών, όσον αφορά το ζήτημα της αυτόνομης δικαστικής προστασίας του αδειούχου. Οι εν λόγω αποκλίσεις δημιουργούν πρακτικές δυσκολίες και δεν συνάδουν με τη θεωρητική και συστηματική ενοποίηση του κλάδου της διανοητικής ιδιοκτησίας. Με βάση τις ανωτέρω σκέψεις, η αναζήτηση ενιαίας αλληλά όχι ισοπεδωτικά ταυτόσημης ρύθμισης του εν λόγω ζητήματος αλληλά και του δικαίου συμβάσεων διανοητικής ιδιοκτησίας εν γένει κρίνεται θεμιτή και επιθυμητή. Μια τέτοια προσέγγιση θα μπορούσε να αντικατοπτριστεί μέσω της υιοθέτησης ενός ενιαίου νομοθετήματος⁴⁶, το οποίο θα περιλάμβανε τόσο οριζόντιες ρυθμίσεις γενικής εφαρμογής ή αλληλά, τις γενικές αρχές της συμβατικής εκμετάλλευσης των δικαιωμάτων διανοητικής ιδιοκτησίας⁴⁷, όσο και ειδικές διατάξεις, προσαρμοσμένες στη φύση του εκάστοτε εκάστοτε δικαιώματος διανοητικής ιδιοκτησίας και τις ειδικότερες ανάγκες που σχετίζονται με τη συμβατική εκμετάλλευση του εκάστοτε άυλου αγαθού⁴⁸.

Με το ίδιο σκεπτικό, μια τέτοια προσέγγιση θα μπορούσε

για ορισμένα μόνο θέματα θα περιέχει ρυθμίσεις γενικής εφαρμογής για όλα τα διακριτικά γνωρίσματα, ενώ όπου η φύση του πράγματος ή τεχνολογικές σταθμίσεις επιβάλλουν διαφοροποίηση των ρυθμίσεων κατά περίπτωση θα περιέχει και ειδικές διατάξεις.» Πρβλ. Θ. Λιακόπουλο, Βιομηχανική Ιδιοκτησία, ό.π., αρ. 5, σ. 20: «Στην προοπτική των πραγμάτων, η διάκριση θα είναι επιστημονικά θεμιτή περισσότερο μάλλον κατά το αποτέλεσμα (λειτουργική διαφοροποίηση) και λιγότερο κατά τις προϋποθέσεις.»

46. Ν. Τέλλης, Σχέση δικαίου των σημάτων και δικαίου των διακριτικών γνωρισμάτων ουσιαστικού δικαίου: Ανάγκη ενιαίας ρύθμισης;», ό.π., 884.

47. Για τον εντοπισμό των γενικών αρχών της συμβατικής εκμετάλλευσης δικαιωμάτων διανοητικής ιδιοκτησίας στο ελληνικό δίκαιο βλ. Μ.-Θ. Μαρίνο, Δίκαιο Σημάτων, Σάκουλης, 2007, αρ. 523, σ. 243, ο οποίος αναφέρεται στη γενική αρχή του μερισμού που χαρακτηρίζει τη συμβατική εκμετάλλευση των δικαιωμάτων διανοητικής ιδιοκτησίας· Κ. Χριστοδούλου, Σημειώσεις στη γενική θεωρία των άυλων αγαθών, ό.π., σ. 183, ο οποίος αναφέρεται στις κοινές αρχές του δικαίου των άυλων αγαθών, οι οποίες αφορούν, μεταξύ άλλων, «τις μεταβιβάσιμες περιορισμένες εξουσίες πάνω στο ίδιο άυλο αγαθό (πχ. είδη αδειών εκμετάλλευσης της ευρεσιτεχνίας, είδη αδειών εκμετάλλευσης πνευματικής ιδιοκτησίας κ.τ.τ.»· Μ.-Θ. Μαρίνο, Πνευματική Ιδιοκτησία, ό.π., αρ. 490, σ. 220, αναφερόμενο στη θεμελιώδη διάκριση μεταξύ αποκλειστικών και απλών αδειών/συμβάσεων εκμετάλλευσης που διατρέχει ολόκληρο το δίκαιο των άυλων αγαθών.

48. Αλλωστε, «και όταν επιχειρείται συνολική συστηματική επεξεργασία της πνευματικής και βιομηχανικής ιδιοκτησίας είτε ως πνευματική ιδιοκτησία (intellectual property) που περιλαμβάνει και τη βιομηχανική (πχ. στην Αγγλία ο Cornish) είτε ως δίκαιο άυλων αγαθών (όπως αλληλά ο Troller) δεν παραβλέπονται οι διαφορές μεταξύ των επιμέρους δικαιωμάτων.»· Θ. Λιακόπουλος, Βιομηχανική Ιδιοκτησία, ό.π., σ. 20, υποσ. αρ. 26. Πρβλ. επίσης στο σημείο αυτό Μ.-Θ. Μαρίνο, Η Οδηγία 2004/48 για την επιβολή των δικαιωμάτων διανοητικής ιδιοκτησίας. Βασικές νομοθετικές επιλογές και ερμηνευτικά προβλήματα για τον εθνικό Νομοθέτη, ό.π., 4: «[Σ]την ελληνική έννομη τάξη δεν ακολουθείται η γενική εναρμόνιση με ενιαίο νομοθέτημα, που εμπεριέχει ειδικές ή γενικές ρυθμίσεις για κάθε δικαίωμα διανοητικής ιδιοκτησίας που αναγνωρίζει η ελληνική έννομη τάξη.»

να αποτελέσει τη βάση για την αναδιάρθρωση του δικαίου διανοητικής ιδιοκτησίας στο σύνολό του. Η δημιουργία ενός δικαίου συμβάσεων εκμετάλλευσης θα μπορούσε να αποτελέσει μέρος μιας πορείας προς τη δημιουργία ενός ενιαίου *δικαίου διανοητικής ιδιοκτησίας*, του οποίου η δομή θα βασιζόταν στην οριζόντια (αλλά όχι ισοπεδωτική) ρυθμιστική προσέγγιση του κλάδου⁴⁹. Η αλληλαγή παραδείγματος από την αποσπασματική στην συστηματικά ενοποιημένη αντιμετώπιση του δικαίου διανοητικής ιδιοκτησίας, όπως αυτή σημειώνεται σε Ευρωπαϊκά

49. Για την αναζήτηση γενικών (οριζόντιων) αρχών στο δικαίο της διανοητικής ιδιοκτησίας συνολικά βλ. Θ. Λιακόπουλο, Ζητήματα..., ό.π., σ. 4: «Γενικές αρχές, συναγόμενες από τις επιμέρους ρυθμίσεις εφαρμόζονται και στην πνευματική και τη βιομηχανική ιδιοκτησία.» Πρβλ. επίσης Μ.-Θ. Μαρίνο, Το νέο δίκαιο των σημάτων (άρθρα 121 επ. ν. 4072/2012) Μια πρώτη εισαγωγή, ό.π., 343: «Δικαιολογημένα μπορεί πλέον να μιλήσει [sic] ότι το ζήτημα της επιβολής και προστασίας των δικαιωμάτων διανοητικής ιδιοκτησίας απαρτίζει ένα κομβικό σημείο του *εν τώ γίνεσθαι* «γενικού μέρους» της διανοητικής ιδιοκτησίας.»

ικό⁵⁰ και διεθνές επίπεδο⁵¹, καθίστα επίκαιρη και ρεαλιστική μια τέτοια πρόταση. Μήπως ήρθε ο καιρός να εορταστεί η ημέρα διανοητικής ιδιοκτησίας όπως της αξίζει στην Ελλάδα;

50. Πρβλ. το παράρτημα της Ανακοίνωσης της Επιτροπής για τη δημιουργία μιας ενιαίας αγοράς της διανοητικής ιδιοκτησίας, της 24.05.2011 Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions. A Single Market for Intellectual Property Rights Boosting creativity and innovation to provide economic growth, high quality jobs and first class products and services in Europe, Brussels, COM(2011) 287 final, 24.5.2011, όπου μια πληθώρα μέτρων έχουν οριζόντιο χαρακτήρα.

51. Πρβλ. το σχέδιο ενιαίου νομοθέτηματος διανοητικής ιδιοκτησίας στη Γερμανία· βλ. και Η.-J. Ahrens/M.-R. McGuire, Modellgesetz für Geistiges Eigentum. Normtext und Begründung, Sellier, 2012.

ΕΠΙΣΤΗΜΟΝΙΚΗ ΚΙΝΗΣΗ

Η προσφορά του Γεώργιου Κουμάντου στην εξέλιξη του Οικογενειακού Δικαίου*

ΘΑΝΑΣΗ Κ. ΠΑΠΑΧΡΙΣΤΟΥ / ΔΙΟΝΥΣΙΑΣ ΚΑΛΛΙΝΙΚΟΥ

«Η οικογένεια μπορεί να είναι είτε χώρος καταπίεσης είτε χώρος ανάπτυξης της προσωπικότητας και ανθρώπινης ευτυχίας. Το δίκαιο δημιουργεί τα εξωτερικά περιγράμματα που αφήνουν να αναδειχθεί η μία ή η άλλη όψη της οικογένειας. Την οικογένεια ως εργαστήρι ευτυχίας θέλησαν να προωθήσουν οι νέες μεταρρυθμίσεις του Οικογενειακού Δικαίου...».

Οι σκέψεις αυτές γραμμένες από τον καθηγητή Γιώργο Κουμάντο στον πρόλογο της έκδοσης (1988) του δίτομου βιβλίου με τίτλο «Οικογενειακό Δίκαιο» σηματοδοτούν την προσφορά του αξεχάστου Δασκάλου στη διαμόρφωση ενός Οικογενειακού Δικαίου φιλελεύθερου, ανταυταρχικού και ανοικτού στα μηνύματα των καιρών που θα μπορούσε να παίξει καταλυτικό ρόλο στην οικογενειακή ευτυχία. Όσο και αν φαίνεται σήμερα ρομαντικό και ουτοπικό, δεν προκαλεί έκπληξη με δεδομένη την επιλογή ζωής του Γεώργιου Κουμάντου. Εμφορούμενος από το πνεύμα του μεταρρυθμιστικού διαφωτισμού, ευαίσθητος στα κοινωνικά προβλήματα και στη μοίρα του κοινού, αναζητεί ένα δίκαιο που θα δίνει άμεσες λύσεις, γιατί όπως γράφει χαρακτηριστικά στην «Απολογία ενός Αστικολόγου»: «δεν έχω ραντεβού με την ιστορία για να με περιμένει ή να την περιμένω». Η αναζήτηση αυτή χαρακτηρίζει την πορεία του και ως συντάκτη νομοσχεδίων και ως ερμηνευτή δικαίου.

Η συμβολή του Γεώργιου Κουμάντου στην ολική μεταρρύθμιση του Οικογενειακού Δικαίου υπήρξε καθοριστική από το νόμο για τον πολιτικό γάμο, του οποίου ήταν ο συντάκτης, έως το νόμο για την τεχνητή αναπαραγωγή, νόμο με διεθνή

πρωτοτυπία, που επιδιώκει ρεαλιστικές λύσεις, χωρίς ιδεολογικές αγκυλώσεις αποφεύγοντας συνειδητά την περιπλοκότητα. Όταν του το επεσήμαιναν, απαντούσε με το γνωστό του χιούμορ: «Αφήστε να έχουν δουλειά οι δικηγόροι», θυμίζοντας τη ρήση του J. Carbonnier κατά την οποία «ο νομοθέτης δεν παύει να νομοθετεί και όταν σωπά».

Αλλά και ως ερμηνευτής επεδείκνυε πάντοτε την ίδια ευαισθησία απέναντι στον άνθρωπο, επιζητώντας την ερμηνεία εκείνη, που δογματικά θεμελιωμένη και ηθικά δικαιωμένη, θα τον βοηθούσε να αντιμετωπίσει τα προβλήματά του.

Μερικά παραδείγματα είναι διαφωτιστικά: Για την ηλικία γάμου υποστηρίζει την ενιαία ηλικία για τον άντρα και τη γυναίκα. Τα 18 χρόνια ήταν μια εύλογη ηλικία με το πρόσθετο προσόν ότι συνέπιπτε με τη γενική ηλικία δικαιοπρακτικής ικανότητας που τελικά κατέβηκε και αυτή στα 18 χρόνια. Δεν διστάζει να αναγνωρίσει στον ανήλικο που έχει συμπληρώσει τα δέκα τέσσερα χρόνια τη δυνατότητα να προσφεύγει ο ίδιος στο δικαστήριο, προκειμένου να ζητήσει άδεια γάμου, αφού διαφορετικά, οι νόμιμοι αντιπρόσωποί του θα μπορούσαν να εμποδίσουν αυτήν την προσφυγή και επομένως και την τέλεση του γάμου, που όμως το δικαστήριο θα μπορούσε να επιτρέψει¹.

Αντίστοιχη είναι και η περίπτωση του ανίκανου για δικαιοπραξία συζύγου, ο οποίος σύμφωνα με τον αυστηρώς προστατευτικό χαρακτήρα του δικαιώματος διαζυγίου, δεν μπορεί να πάρει διαζύγιο, όποια και αν είναι η συμπεριφορά του άλλου συζύγου. Με την αποδοχή της δυνατότητας να ασκηθεί η αγωγή διαζυγίου από το νόμιμο αντιπρόσωπο, το πρόβλημα αντιμετωπίζεται με κοινωνικά πρόσφορο τρόπο².

* Εκφωνήθηκε στο 10^ο Πανελλήνιο Συνέδριο της ΕΝΑΣ με θέμα «Τριάντα χρόνια εφαρμογής του Ν. 1329/1983 για τη μεταρρύθμιση του Οικογενειακού Δικαίου» αφιερωμένο στη μνήμη των Καθηγητών Ι. Δεληγιάννη και Γ. Κουμάντου.

1. Γ. Κουμάντος, Οικογενειακό Δίκαιο, Τόμος Ι, Εκδ. Οίκος Αφοί Π. Σάκκουλα, 1988, σ. 48.

2. Γ. Κουμάντος, Οικογενειακό Δίκαιο, Τόμος Ι, ό.π., σ. 258.

Η ερμηνεία των διατάξεων για το διαζύγιο δίνει στο Γιώργο Κουμάντο την ευκαιρία να προτείνει λύσεις επιβεβλημένες από τις ανάγκες της κοινωνικής πραγματικότητας.

Η άποψη ότι η σύνδεση του κληονιστικού γεγονότος με το πρόσωπο τουλάχιστον και του εναγομένου, δεν θα πρέπει να αποκλείει το διαζύγιο για ισχυρό κληονισμό με βάση το άρθρο 1439 παρ. 1 ΑΚ, όταν το γεγονός αυτό είναι τυχαίο ή συνδέεται με τρίτα πρόσωπα, και κοινωνικά σκόπιμη είναι και στη τελλολογία της διάταξης ανταποκρίνεται, αφού αυτό που θέλει να αποφύγει ο νόμος είναι η άσκηση αγωγής διαζυγίου από εκείνον στον οποίο αποκλειστικά αφορά το κληονιστικό γεγονός³.

Η ίδια ευρύτητα πνεύματος χαρακτηρίζει και την άποψη ότι στην περίπτωση κατά την οποία στη δίκη διαζυγίου γίνεται επίκληση τόσο του κληονισμού που δεν αναφέρεται στο πρόσωπο του ενάγοντος, όσο και του κληονισμού για τετραετή διάσταση, το δικαστήριο θα πρέπει να εξετάζει πρώτα τη βάση του κληονισμού με τετράχρονη διάσταση και, αν την κάνει δεκτή, να μην προχωρά στην εξέταση της άλλης βάσης, ώστε «να αποφεύγεται η πλαστολογία στις δίκες διαζυγίου και η άσκοπη παράταση των δικών αυτών»⁴.

Η συμμετοχή στα αποκτήματα είναι ο καινούργιος θεσμός που εισάγεται στο δίκαιο με βάση το σκεπτικό ότι η κοινότητα βίου και η κοινή προσπάθεια των συζύγων με τη βοήθεια που ο ένας δίνει στον άλλο μπορεί να έχει διαφορετικά οικονομικά αποτελέσματα για τον καθέναν⁵. Έτσι καθιερώθηκε η αναγνώριση του δικαιώματος συμμετοχής του ενός συζύγου σε ένα μέρος από τη διαφορά στη μεγαλύτερη αύξηση της περιουσίας του άλλου. Για το θέμα της αξίωσης στη διαφορά, ο Γ. Κουμάντος υποστήριξε την άποψη ότι συγκρίνονται οι αυξήσεις στην περιουσία του κάθε συζύγου, διαπιστώνεται η διαφορά και ο σύζυγος με τη μικρότερη αύξηση έχει αξίωση σε μέρος της διαφοράς αυτής, κατασκευή που δίνει ικανοποιητική λύση στην περίπτωση που επέρχεται λύση του γάμου με το θάνατο του ενός συζύγου δεδομένου ότι οι κληρονόμοι αυτού του συζύγου δεν αποκτούν καμιά αξίωση⁶.

Στα θέματα των τέκνων επικρατεί η ίδια ερμηνευτική γραμμή. Η αναγνώριση τέκνου χωρίς γάμο έχει αναδρομική ισχύ, παρά το διαπληστικό χαρακτήρα της, και αυτό με μια τολμηρή αναλογία δικαίου που επιβάλλεται από την ανάγκη προστασίας του τέκνου⁷. Παρά το γράμμα του νόμου, ο γονέας που δεν

έχει την επιμέλεια του τέκνου, συναποφασίζει με τον άλλο, αν πρόκειται για θέματα καθοριστικής σημασίας για το τέκνο που ανήκουν στον «πυρήνα» της γονικής μέριμνας και για τα οποία πάντοτε είναι αρμόδιοι και οι δύο γονείς⁸. Η άποψη αυτή που έγινε δεκτή και από τη νομολογία του Αρείου Πάγου, υπερβαίνει τη μηχανιστική προσέγγιση των προβλημάτων που συνδέονται με την άσκηση της γονικής μέριμνας μετά το διαζύγιο και ανταποκρίνεται στην κοινωνική πραγματικότητα για ενεργό ρόλο και των δύο γονέων σε ό,τι αφορά τα παιδιά τους, παρά την αποτυχία και τη λύση του γάμου.

Στην αναμέτρηση της παράδοσης με την εξέλιξη ο Γ. Κουμάντος πάντα υποστήριξε την εξέλιξη που τη θεωρούσε σίγουρη από το 1975 γιατί είχε το Σύνταγμα με το μέρος της⁹. Η αμφισβήτηση της παραδοσιακής έννοιας του γάμου, η νομική περιένδυση των ελεύθερων ενώσεων, η συμβίωση προσώπων του ίδιου φύλου, οι προβληματισμοί για τα πρόσωπα με αλληγάτη φύλου είναι θέματα που απασχολούν το Γ. Κουμάντο σε αναζήτηση ερμηνευτικών λύσεων που επιζητούν την πρόοδο, την ανάδειξη καινούργιων οικογενειακών ηθών, την αύξηση της ευαισθησίας για τις ομάδες που ανήκουν σε κάποια μειονότητα.

Το Οικογενειακό Δίκαιο το οραματίστηκε «εργαστήρι ευτυχίας για την οικογένεια», αλλά και «για όλους τους ανθρώπους και τους περισσότερους και τους λιγότερους» και από την άποψη αυτή τη συνολική αποτίμηση για την αναμόρφωση του Οικογενειακού Δικαίου τη θεώρησε θετική¹⁰.

Ο Γιώργος Κουμάντος θεωρούσε κρίσιμο σημείο συνάντησης όλων των επιστημών ότι υπηρετούν τον άνθρωπο ή καλύτερα την αλήθεια για χάρη του ανθρώπου. Αυτή ήταν η θέση του και για τη νομική επιστήμη που θεωρούσε ότι υπηρετεί τον άνθρωπο σε επίπεδο των θεσμών του δικαίου για τη δίκαιη μεταχείριση και την ελευθερία του¹¹. Η θέση αυτή δικαιώθηκε με την προσφορά του στην εξέλιξη του Οικογενειακού Δικαίου. Ο Γιώργος Κουμάντος μπορεί να μην είχε ραντεβού με την ιστορία αλλά η ιστορία του Οικογενειακού Δικαίου είχε ραντεβού μαζί του.

Σάκκουλα, 1989, σ. 66-67.

8. Γ. Κουμάντος, Οικογενειακό Δίκαιο, Τόμος ΙΙ, ό.π., σ. 207.

9. Γ. Κουμάντος, Το Οικογενειακό Δίκαιο ως σημείο αναμέτρησης, Digesta 2005, 120.

10. Γ. Κουμάντος, Το Οικογενειακό Δίκαιο ως σημείο αναμέτρησης, ό.π., 128.

11. Γ. Κουμάντος, Το κράτος, η οικογένεια και το παιδί, Διάλεξη στο 15^ο Παιδιατρικό Συμπόσιο, Ιατρική 1976, σ. 290.

3. Γ. Κουμάντος, Οικογενειακό Δίκαιο, Τόμος Ι, ό.π., σ. 275.

4. Γ. Κουμάντος, Οικογενειακό Δίκαιο, Τόμος Ι, ό.π., σ. 287.

5. Γ. Κουμάντος, Οικογενειακό Δίκαιο, Τόμος Ι, ό.π., σ. 197 επ.

6. Γ. Κουμάντος, Οικογενειακό Δίκαιο, Τόμος Ι, ό.π., σ. 205.

7. Γ. Κουμάντος, Οικογενειακό Δίκαιο, Τόμος ΙΙ, Εκδ. Οίκος Αφοί Π.