

# ΧΡΟΝΙΚΑ ΙΔΙΩΤΙΚΟΥ ΔΙΚΑΙΟΥ

ΕΤΟΣ ΚΑ΄ – ΝΟΕΜΒΡΙΟΣ 2021 – ΤΕΥΧΟΣ 9

---

ΦΙΛΙΠΠΟΣ ΔΩΡΗΣ

**Η επιφύλαξη «εφόσον δεν ορίστηκε διαφορετικά» στις ΑΚ 1166 και 1167 – Ένα παράδειγμα κακής νομοθέτησης στο υποσύστημα ρύθμισης της επικαρπίας και η αντιμετώπιση αυτού από τα δικαστήρια**

---

Ανάπτυπο από το περιοδικό Χρονικά Ιδιωτικού Δικαίου  
Τόμος ΚΑ΄ (2021), τεύχος 9ο, σ. 641-651

## ΑΡΘΡΟΓΡΑΦΙΑ

## Η επιφύλαξη «εφόσον δεν ορίστηκε διαφορετικά» στις ΑΚ 1166 και 1167 – Ένα παράδειγμα κακής νομοθέτησης στο υποσύστημα ρύθμισης της επικαρπίας και η αντιμετώπιση αυτού από τα δικαστήρια\*

ΦΙΛΙΠΠΟΥ ΔΩΡΗ

Ομότιμου Καθηγητή Αστικού Δικαίου του Πανεπιστημίου Αθηνών

Με τη μελέτη επιχειρείται η κάλυψη του κενού που δημιουργήθηκε με την προσθήκη από τον Γεώργιο Μπαλή στο τελικό κείμενο των άρθρων 1166 και 1167 ΑΚ της επιφύλαξης «ενόσω δεν ωρίσθη άλλως» («εφόσον δεν ορίστηκε διαφορετικά»). Η επιφύλαξη αυτή, με την οποία κατέστησαν οι διατάξεις των άρθρων 1166 και 1167 ΑΚ ενδοτικού δικαίου, είναι διατυπωμένη με μεγάλο βαθμό αοριστίας. Αυτό έχει ως συνέπεια να μη συνάγονται από το κείμενο της εν λόγω επιφύλαξης τα κατά νόμον όρια της επιτρεπτής με την ιδιωτική βούληση απόκλισης από τον κανόνα του μη μεταβιβάστου της επικαρπίας (ως προσωπικής δουλείας) από τον επικαρπωτή (ΑΚ 1166) και του μη κληρονομητού αυτής (ΑΚ 1167). Γι' αυτό ακριβώς το καίριας σημασίας ζήτημα των ορίων της ιδιωτικής αυτονομίας, μέσα στο υποσύστημα κυρίως του εμπράγματος δικαίου, αλλά (κατά το μέτρο που η έρευνα αφορά στη ρύθμιση του άρθρου 1167 ΑΚ) και του κληρονομικού δικαίου, δεν έχει επιτευχθεί ο απαιτούμενος βαθμός ασφάλειας τόσο στη νομολογία όσο και στη νομική θεωρία. Η προκείμενη μελέτη είναι μια προσπάθεια επιστημονικής συμβολής για την αντιμετώπιση αυτού ακριβώς του ζητήματος. Η αναζήτηση των κατά τα προεκτεθέντα ορίων της ιδιωτικής αυτονομίας στη δικαιοπρακτική διάπλαση (με σύμβαση ή με διαθήκη) του δικαιώματος της επικαρπίας επιχειρείται στο πλαίσιο των υποσυστημάτων του εμπράγματος και του κληρονομικού δικαίου. Οι εξεταζόμενες εδώ διατάξεις των άρθρων 1166 και 1167 ΑΚ δεν είναι όμως δεκτικές ενιαίας αντιμετώπισης στο πλαίσιο αυτής της μελέτης. Αυτό συμβαίνει επειδή έχουν ως βάση ένα διακριτό μεταξύ τους πραγματικό, επιτελούν διαφορετική (εν μέρει τουλάχιστον) λειτουργία και επισύρουν διαφορετικές (εν μέρει τουλάχιστον) έννομες συνέπειες, που επιβάλλουν διακριτή (εν μέρει) αντιμετώπιση.

### I. Προκαταρκτικές επισημάνσεις

Ο κανόνας που τίθεται κατά πρώτον με το άρθρο 1166 ΑΚ είναι ότι η επικαρπία, «εφόσον δεν ορίστηκε διαφορετικά, είναι αμεταβίβαστη». Η επιφύλαξη «εφόσον δεν ορίστηκε διαφορετικά» είναι διατυπωμένη με μεγάλο βαθμό αοριστίας. Με βεβαιότητα συνάγεται από την επιφύλαξη αυτή μόνο τούτο: ότι αναγνωρίζεται στον κύριο του πράγματος, που έχει εκ του νόμου την εξουσία διάθεσης του δικαιώματός του, η νομική δυνατότητα να αποστεί από τον κανόνα του αμεταβιβάστου της επικαρπίας με την ιδιωτική του βούληση. Αυτό δηλαδή που γίνεται ομόφωνα δεκτό και στη νομολογία και στη νομική θεωρία είναι αυτό και μόνο: ότι η νομοθετική ρύθμιση του άρθρου 1166 ΑΚ είναι ενδοτικού δικαίου. Η διάταξη αυτή όμως ουδεμία απάντηση δίνει (διά του κειμένου της και μόνο) στο πραιτέρω νομικώς σημαντικό ερώτημα, σε πόση έκταση μπορεί η ιδιωτική βούληση να αποκλίνει από τον σύμφωνο με τη νομική φύση της επικαρπίας, ως προσωπικής δουλείας, «κανόνα του αμεταβιβάστου» αυτής.

Αντίστοιχος είναι ο προβληματισμός και στην ΑΚ 1167. Και η διάταξη αυτή ουδεμία απάντηση δίνει (διά του κειμένου της και μόνο) στο όμοιο επίσης κρίσιμο ερώτημα σε ποια έκταση μπορεί ο κύριος του πράγματος, ένα δικαίωμα από τη φύση του προσωποπαγές, να το καταστήσει με διάταξη τελευταίας βούλησης κληρονομητό, αφιστάμενος δικαιοπρακτικά από τον κατ' εφαρμογήν της αυτής ως άνω διάταξης του άρθρου 1167 ΑΚ κανόνα του μη κληρονομητού της επικαρπίας.

Η τοποθέτησή μου επί των αντίστοιχων προς τις δύο ως άνω διατάξεις (ΑΚ 1166 και 1167) ερωτημάτων απαιτεί έναν πρώτο προσανατολισμό στους κινδύνους που ενέχει η γενικότητα της διατυπωμένης και με τις δύο αυτές διατάξεις επιφύλαξης («εφόσον δεν ορίστηκε διαφορετικά»), από την οποία, όπως ορθώς επισημαίνει ο Αγγ. Κορνηλάκης, «δεν προκύπτει οποιοσδήποτε περιορισμός»<sup>1</sup>. Μια τέτοια ερμηνευτική παραδοχή

από το γράμμα και μόνο της εν λόγω γενικόλογης επιφύλαξης ενέχει όμως κινδύνους, όπως επισημαίνει ο ίδιος συγγραφέας, που πλήττουν ολόκληρο το υποσύστημα του εμπράγματος δικαίου. Στην πραγματικότητα μια τέτοια θέση, στηριγμένη αποκλειστικά στο γράμμα των άρθρων 1166 και 1167 ΑΚ, θα ισοδυναμούσε με απάντηση διά του ζητούμενου. Πρόκειται για λογικό σφάλμα κατά την ερμηνευτική αναζήτηση του περιεχομένου της αναφερθείσας επιφύλαξης στο κείμενο των ΑΚ 1166 εδ. 1 και 1167 εδ. 1, το οποίο πρέπει να αρθεί. Η αναζήτηση αυτή μπορεί, ως εκ της πρακτικής λειτουργίας του δικαίου, να διευκολυνθεί, αν το υπό εξέταση ζήτημα θεθεί προκαταρκτικά υπό το φως των πρακτικών συνεπειών που θα επέφερε μια δικαιοπρακτικώς ορισθείσα μεταβιβάσιμη ή κληρονομητή επικαρπία χωρίς χρονικά όρια (ή πάντως, με εξωπραγματικά μεγάλης διάρκειας όρια, ασύμβατα προς το υποσύστημα του εμπράγματος δικαίου στον ΑΚ).

Πρωταρχική για το εδώ εξεταζόμενο ζήτημα σημασία έχει ασφαλώς το ζήτημα αν είναι ανεκτή μέσα στο υποσύστημα του εμπράγματος δικαίου στον ελληνικό ΑΚ μια επικαρπία εκτεινόμενη σε τέτοιο βάθος χρόνου, που να έχει ως αποτέλεσμα τη διαιώνιση ουσιαστικώς της αποψίλωσης του κατά το άρθρο 1000 ΑΚ καθολικού δικαιώματος της κυριότητας από το ουσιαστικό σκέλος αυτού, που είναι το δικαίωμα χρήσης και κάρπωσης του πράγματος. Μια τέτοια έννομη συνέπεια πλήττει καίρια το δικαίωμα κυριότητας, που είναι κεφαλαίωδες για την οργάνωση της ρύθμισης ολόκληρου του υποσυστήματος του εμπράγματος δικαίου. Η χωρίς συμβατά προς το εν λόγω υποσύστημα όρια ελευθερία απόκλισης από τον προσήκοντα στις προσωπικές δουλείες κανόνα του αμεταβιβάστου και μη κληρονομητού αυτών περιορίζει εις το διηνεκές, ή πάντως επί μακρότατο χρόνο την κυριότητα. Αν ληφθεί μάλιστα υπόψη ότι η επικαρπία είναι η εκτενέστερη των προσωπικών δουλειών στο υποσύστημα του εμπράγματος δικαίου του ΑΚ, παρέχοντας στον επικαρπωτή πλήρη και αποκλειστική εξουσία χρήσης και κάρπωσης του πράγματος, τότε το μόνο που μένει από μια στο διηνεκές ή πάντως για υπέρμετρα μεγάλο χρόνο βεβαρημένη με το εν λόγω δικαίωμα κυριότητα είναι η εξουσία διάθεσης του δικαιώματος κυριότητας από τον ψιλό κύριο. Ακόμη μάλιστα

\* Προδημοσίευση από τον τιμητικό τόμο για την Γιάννα Καρύμπαλη-Τσιπίτσιου.

1. Άγγελος Κορνηλάκης, Επικαρπία, 2013, § 6, σ. 104 [υπό (ii)].

και αυτή η εναπομένουσα στον ψιλό κύριο εξουσία διάθεσης του δικαιώματος της κυριότητας καθίσταται, εκ της αυτής αιτίας, σχεδόν εκμηδενισμένης ή πάντως σημαντικά περιορισμένης οικονομικής αξίας. Μια τέτοια θέση θα είχε ως συνέπεια τον εκφυλισμό ουσιαστικά της κυριότητας σε ένα δικαίωμα υποδεέστερης σημασίας και αξίας από το επιβαρύνον αυτήν περιορισμένο εμπράγματο δικαίωμα της επικαρπίας, ως προσωπικής δουλείας. Ένα τέτοιο αποτέλεσμα είναι προφανώς εντελώς ξένο προς το ισχύον στη χώρα μας υποσύστημα του εμπράγματος δικαίου. Η διαίωση της απόσχισης των ουσιαστικών εκ της κυριότητας εξουσιών του κυρίου, ο οποίος αποξενώνεται αυτών στο διηνεκές ή πάντως για εξωπραγματικά μεγάλη διάρκεια, ανταποκρίνεται κατ' αποτέλεσμα σε ρυθμίσεις δικαίων που αναγνωρίζουν ένα είδος διχοτομημένης κυριότητας, των οποίων η ιστορία ανάγεται σε περιόδους φεουδαρχικής διαχείρισης των γαιών<sup>2</sup>.

## II. Ερμηνευτική αναζήτηση των κατά τον νόμο απώτατων ορίων απόκλισης της ιδιωτικής βούλησης από τον κανόνα του μη μεταβιβαστού και μη κληρονομητού της επικαρπίας κατά τα άρθρα 1166 και 1167 ΑΚ

### A. Επισκόπηση της ιστορίας της ρύθμισης των άρθρων 1166 ΑΚ και 1167 ΑΚ υπό το φως και της συγκριτικής επισκόπησης των αντίστοιχων ρυθμίσεων στους αστικούς κώδικες που χρησίμευσαν ως πρότυπο για τη σύνταξη του ελληνικού ΑΚ

#### 1. Το προϊσχύσαν του ΑΚ δίκαιο

Στο προϊσχύσαν του ΑΚ δίκαιο δεν επιτρεπόταν στον κύριο του πράγματος να αποκλίνει δικαιοπρακτικά από τον κανόνα του αμεταβιβάστου της επικαρπίας και, ως εκ τούτου, οι αντίθετες προς τον εν λόγω κανόνα συμφωνίες των μερών ήταν άκυρες<sup>3</sup>. Η αφορώσα στο εξεταζόμενο εδώ ζήτημα ρύθμιση του προϊσχύσαντος δικαίου ήταν δηλαδή αναγκαστικού δικαίου και όχι ενδοτικού δικαίου, όπως ορίζεται στον ισχύοντα ΑΚ με το άρθρο 1166 εδ. 1 αυτού. Αναγκαστικού (και όχι ενδοτικού) δικαίου ήταν και εξακολουθεί να είναι ο εν λόγω κανόνας και στα κύρια πρότυπα για τη σύνταξη του ελληνικού ΑΚ (στον γερμανικό και στον ελβετικό ΑΚ), όπως εξετάζεται παρακάτω (υπό 3). Αντίστοιχη προς τη ρύθμιση της μεταβίβασης της επικαρπίας κατά το προϊσχύσαν δίκαιο ήταν και η ρύθμιση αυτού ως προς το κληρονομητό ή όχι της επικαρπίας. Είναι χαρακτη-

2. Βλ. για το ζήτημα αυτό την εμπειριστατωμένη ανάλυση της Χριστίνας Δεληγιάννη – Δημητράκου, «Trust – Καταπίστευση (Συγκριτική Θεώρηση)», 1998, § 24 επ., σ. 71 επ., ιδιαίτερα §§ 29 και 30, σ. 81-87, κυρίως σ. 83 και 84, με αναφορά στη διάσπαση της «legal ownership» από την «equitable ownership», δηλαδή από την ουσιαστική κυριότητα κατά το δίκαιο της επείκειας (Equity). Αυτή η διχοτόμηση είναι ξένο σώμα στο σύστημα του εμπράγματος δικαίου κατά τους αστικούς κώδικες των κρατών της Ηπειρωτικής Ευρώπης, όπως είναι και ο ελληνικός ΑΚ, ο οποίος γνωρίζει μια ενιαία κυριότητα, που είναι το καθολικό εμπράγματο δικαίωμα επί του πράγματος. Σε σχέση προς αυτό το καθολικό δικαίωμα κυριότητας κατά το άρθρο 1000 του ελληνικού ΑΚ, τα «περιορισμένα εμπράγματα δικαιώματα» είναι δικαιώματα για την ικανοποίηση χρονικά οριοθετημένων (πλην των πραγματικών δουλειών) αναγκών, τα οποία γίνονται αντιληπτά ως περιορισμένης διάρκειας εμπράγματα βάρη της κυριότητας.

3. Βλ. Απόστολο Γεωργιάδη, ΕμπρΔ, 2η έκδ., 2010, § 76 αρ. 1, υποσημ. 1, με παραπομπή στο Εμπράγματον Δίκαιον του Β. Οικονομίδη, Ανατύπωση εκ της Β' εκδόσεως, 1931, § 140, σ. 223, όπου και περαιτέρω παραπομπές στις πηγές του ρ.δ. (υποσημ. 6, 7 και 8) και σ. 224: «Η επικαρπία, ως προσωποπαγές δικαίωμα, ούτε κληρονομητή εστίν ούτε μεταβιβάσιμη. Η άσκησης όμως αυτής, επιδέχεται μεταβίβασιν, ολικόν ή μερικόν, επί ανταλλάγματι ή κατά δωρεάν». Ομοίως Σόντης, στην αναφερόμενη παρακάτω (στην υποσημ. 4) μελέτη του.

ριστικά όσα διαπιστώνει για το ζήτημα αυτό ο Ιωάννης Σόντης στην κλασική επί του θέματος μελέτη του από το έτος 1973, υπό τον τίτλο «Η υποκατάσταση των κληρονομών του επικαρπωτού εις την επικαρπία κατά το ρωμαϊκόν δίκαιον και τον Αστικόν Κώδικα»<sup>4</sup>. Από τον κανόνα αυτόν του προϊσχύσαντος β.ρ. δικαίου δεν απέστη και το Σχέδιο της Συντακτικής Επιτροπής του ΑΚ. Στο άρθρο 203 του εν λόγω σχεδίου, με μια υποδειγματική λιτότητα και σαφήνεια ρύθμιση, ορίζονται κατά λέξη τα εξής: «Η επικαρπία δεν μεταβιβάζεται. Μόνον η άσκησης του δικαιώματος της επικαρπίας δύναται να μεταβιβασθή»<sup>5</sup>. (Όμοια και η αντίστοιχη ρύθμιση του άρθρου 1190 ΑΚ/1945, όπως και η αφορώσα στο μη κληρονομητό της επικαρπίας ρύθμιση αναγκαστικού δικαίου του άρθρου 1215 του ίδιου ΑΚ/1945). Όπως εξετάζεται αναλυτικότερα παρακάτω, η διατύπωση του άρθρου 203 του ΣχΑΚ, όπως διαμορφώθηκε από την Συντακτική Επιτροπή, είναι ιδιαίτερως επιτυχής, επειδή με τις εισαγωγικές του δεύτερου εδαφίου λέξεις («Μόνον η άσκησης» της επικαρπίας είναι μεταβιβάσιμη, σε αντιπαράθεση προς το κατά το πρώτο εδάφιο «αμεταβιβάστο» του δικαιώματος της επικαρπίας), υποδηλώνεται διευκρινιστικά ότι το αμεταβιβάστο της επικαρπίας δεν σημαίνει αναγκαιώς ότι ο επικαρπωτής θα πρέπει να ασκεί τις εκ της επικαρπίας απορρέουσες φυσικές εξουσίες επί του πράγματος (την οιονεί δηλαδή νομή που έχει, ως επικαρπωτής επί του πράγματος, και την επ' αυτού κατοχή) αυτοπροσώπως. Μπορεί να την ασκεί και δι' άλλου, δυνάμει ενοχικής με αυτόν σύμβασης (π.χ. μίσθωσης ακινήτου, καρπούμενος το μίσθωμα, ως έχων το εμπράγματο δικαίωμα της αποκλειστικής οικονομικής εκμετάλλευσης του πράγματος).

Σύμφωνα με τα προεκτεθέντα, εκείνο δηλαδή που συνάγεται σαφώς από τη διατύπωση του άρθρου 203 του ΣχΑΚ είναι ότι το εμπράγματο δικαίωμα της επικαρπίας, ως προσωποπαγές, παραμένει αμεταβιβάστο και ότι μόνο η άσκησή του είναι δυνατόν να παραχωρηθεί σε άλλον (με ενοχικές συμβάσεις). Και για την παραχώρηση αυτή, την παραχώρηση δηλαδή της δυνατότητας άσκησης των ανηκουσών στον επικαρπωτή εξουσιών χρήσης και κάρπωσης του πράγματος (για όσο, αυτονοήτως, χρόνο έχει το περιορισμένο εμπράγματο δικαίωμα της επικαρπίας ο επικαρπωτής), διευκρινίζεται με το δεύτερο εδάφιο της ίδιας διάταξης του ΣχΑΚ ότι, όχι η επικαρπία, ως εμπράγματο δικαίωμα, που εξακολουθεί να ανήκει (ως προσωπική δουλεία) στον επικαρπωτή, αλλά –έτσι κατά λέξη– «μόνον η άσκησης του δικαιώματος της επικαρπίας δύναται να μεταβιβασθή». Η διατύπωση αυτή επαναλαμβάνεται και στο κείμενο του άρθρου 1166 του ισχύοντος ΑΚ (εδ. 2), παρότι ο κανόνας αυτός κατέστη, κατά τα προεκτεθέντα, ενδοτικού δικαίου. Το δεύτερο εδάφιο του άρθρων 1166 ΑΚ έχει ως εξής: «Η άσκηση της επικαρπίας μπορεί να μεταβιβαστεί», με την περαιτέρω διευκρίνιση, όπως γινόταν δεκτό και υπό το προϊσχύσαν του ΑΚ δίκαιο, ότι η μεταβιβαζόμενη αυτή σε άλλον άσκηση της επικαρπίας ισχύει «για χρόνο που δεν υπερβαίνει τη διάρκεια της επικαρπίας». Η μόνη διαφορά προς το προϊσχύσαν του ΑΚ δίκαιο είναι ότι η εν λόγω ρύθμιση στο προϊσχύσαν δίκαιο αποτελούσε αναγκαιά διευκρίνιση του τότε (πριν από την έναρξη ισχύος του ΑΚ) ισχύοντος κανόνα αναγκαστικού δικαίου περί του αμεταβιβάστου της επικαρπίας ως εμπράγματος προσωποπαγούς δικαιώματος (προσωπικής δουλείας επί του βεβαρημένου με την επικαρπία πράγματος). Σήμερα όμως ο κανόνας αυτός, σύμφωνα με το πρώτο εδάφιο του άρθρου 1166 ΑΚ, είναι ενδοτικού δικαίου, που επιτρέπει την αντίθετη (για τη μεταβίβαση του δικαιώματος της επικαρπίας) σύμβαση των μερών (κυρίου του πράγματος και επικαρπωτή). Υπό το ισχύον επομένως δίκαιο θα πρέπει οι εν λόγω δύο ρυθμίσεις (αφενός μεν η ρύθμιση του δεύτερου εδαφίου της ΑΚ 1166 για τη μεταβίβαση της άσκησης της επικαρπίας, αφετέρου δε η

4. Πρόκειται για τη συμβολή του Ι. Σόντη στον τιμητικό τόμο για τον Π. Ζέπο (Ξένιον Ζέπου ΙΙΙ), 1973, σ. 366 επ.

5. Όμοια και Β. Οικονομίδης, ό.π., υποσημ. 3.

ρύθμιση του πρώτου εδαφίου της ίδιας διάταξης, που επιτρέπει τη μεταβίβαση του ίδιου του εμπράγματος δικαιώματος της επικαρπίας, στο μέτρο που συγκρούονται μεταξύ τους, να εναρμονισθούν. Αλλιώς η εν λόγω δυσαρμονία θα έχει ως συνέπεια την ύπαρξη μιας εσωτερικής αντινομίας στο υποσύστημα ρύθμισης της επικαρπίας, που καλούνται τα δικαστήρια να άρουν ερμηνευτικά, όπως εξετάζεται παρακάτω (υπό Γ).

Αντίστοιχη προς τον νομοθετικό λόγο της εξετασθείσας ήδη ρύθμισης του άρθρου 1166 ΑΚ είναι και η ratio του άρθρου 1167 ΑΚ. Ειδικότερα, το πρώτο εδάφιο του άρθρου 1167 ΑΚ, έχει κατά λέξη ως εξής: «*Η επικαρπία, εφόσον δεν ορίστηκε διαφορετικά, αποσβήνεται με τον θάνατο του επικαρπωτή*». Αντίθετα, το προϊσχύσαν του ΑΚ β.ρ. δίκαιο δεν περιείχε στις πηγές του κάποιον γενικών κανόνα (όπως είναι εκείνος του πρώτου εδαφίου του άρθρου 1167 ΑΚ), που να παρέιχε τη δυνατότητα δικαιοπρακτικής απόκλισης από τον κανόνα του μη κληρονομητού της επικαρπίας. Άλλωστε το ρ.δ. ήταν περιπτωσιολογικό δίκαιο, το οποίο και με την κωδικοποίηση του Ιουστινιανού (κυρίως με τους Πανδέκτες) διατήρησε την υφή του αυτή. Η στηριζόμενη κυρίως σε χωρία των Πανδεκτών ερμηνεία αυτού (και στη χώρα μας πριν από την έναρξη ισχύος του ΑΚ) δεν είχε οδηγήσει, όπως παρατηρεί ο Σόντης (ό.π., υποσημ. 3), στην αποδοχή μιας τόσο γενικευμένης άποψης, όπως αυτή που εκφράζει ο κανόνας του άρθρου 1167 εδ. 1 ΑΚ. Κατά την κρατούσα πριν από την έναρξη ισχύος του ΑΚ άποψη ίσχυε δηλαδή ο κανόνας του μη κληρονομητού της επικαρπίας, ως προσωποπαγούς δικαιώματος (προσωπικής δουλείας), χωρίς μια γενική ρύθμιση που να επιτρέπει στην ιδιωτική βούληση την απόκλιση από τον κανόνα αυτόν. Κατηγορηματική περί αυτού ήταν και η θέση της Συντακτικής του Σχεδίου ΑΚ Επιτροπής στο άρθρο 204 του εν λόγω σχεδίου, με το οποίο στο μεν πρώτο εδάφιο αυτού οριζόταν ότι «*η επικαρπία αποσβήνεται άμα τω θανάτω του επικαρπωτού*», στο δε δεύτερο εδάφιο αυτού συμπληρωνόταν διευκρινιστικά ότι «*πάσα συμφωνία ή όρος, καθ' όν η επικαρπία περιέρχεται εις τους κληρονόμους του επικαρπωτού ή ονιστάται υπέρ αυτών, είναι άκυρος*».

## 2. Τα δίκαια που χρησίμευσαν ως πρότυπα για τη σύνταξη του ΑΚ

Αλλά και πέραν των ως άνω (υπό 1) δεδομένων, γεγονός είναι επίσης ότι η ρύθμιση της επικαρπίας στον γερμανικό ΑΚ, που ήταν το βασικό πρότυπο για τους Συντάκτες του ΑΚ, παραμένει έως σήμερα η ίδια. Συγκεκριμένα οι αφορώσες στο εν λόγω δίκαιο διατάξεις των παραγράφων 1059 και 1061 BGB έχουν ως εξής:

§ 1059 (με τον τίτλο «*Unübertragbarkeit. Überlassung der Ausübung*», δηλαδή «*Μεταβίβαστο της επικαρπίας. Παραχώρηση της άσκησης*»): «*Η επικαρπία δεν είναι μεταβίβαστη. Η άσκηση της επικαρπίας μπορεί να μεταβιβαστεί σε άλλον*». § 1061 εδ. 1 (με τον τίτλο «*Θάνατος του επικαρπωτή*»): «*Η επικαρπία αποσβήνεται με τον θάνατο του επικαρπωτή*». Αντίστοιχου περιεχομένου είναι και η ρύθμιση για τη διάρκεια της επικαρπίας με το άρθρο 749 του ελβετικού ΑΚ, που χρησίμευσε επίσης ως πρότυπο κατά τις εργασίες σύνταξης του ΑΚ<sup>6</sup>.

## 3. Οι διά της αναγωγής στην Ιστορία της ρύθμισης των άρθρων 1166 και 1167 του ΑΚ κρίσιμες διαπιστώσεις

Σύμφωνα με όσα αναπτύχθηκαν ήδη παραπάνω (υπό 1 και 2), η επιφύλαξη «*ενώσω δεν ωρίσθη άλλως*» στο κείμενο τόσο της ΑΚ 1166, όσο και της ΑΚ 1167, η οποία κατέστησε τους κανόνες του αμεταβίβαστου και του μη κληρονομητού της ε-

πικαρπίας (κατ' απόκλιση από το προϊσχύσαν του ΑΚ δίκαιο) ενδοτικού δικαίου, ούτε από τη Συντακτική ούτε από την Αναθεωρητική Επιτροπή του Σχ.ΑΚ είχε υποδειχθεί. Ο Σόντης [στην αναφερόμενη στην υποσημ. 3 συμβολή του στον τιμ. τόμο για τον Π. Ζέτο («Ξένιον ΙΙΙ», 1973)], αναφερόμενος ειδικότερα στην έχουσα ως αντικείμενο το κληρονομητό ή όχι της επικαρπίας ρύθμιση του άρθρου 1167 ΑΚ, επισημαίνει ότι το άρθρο αυτό –έτσι κατά λέξη στην ενότητα Γ, υπό Ι και υποσημ. 81 επ. της μελέτης του– «*αφιστάμενον αποτόμως*», όχι μόνο από τη ρύθμιση του προϊσχύσαντος δικαίου, αλλά και από το διατυπωθέν από τη Συντακτική Επιτροπή κείμενο του άρθρου 204 του Σχεδίου ΑΚ (όμοιος και οι ρυθμίσεις των άρθρων 1190 και 1215 του ΑΚ/1945) «*εισάγει το αντίθετον και δη καθ' όλως πρωτότυπον διατύπωσιν, οφειλομένην αποκλειστικώς εις την ιδίαν έμπνευσιν του συντάξαντος αυτό*», δηλαδή του Γεωργίου Μπαλή, στον οποίο ανατέθηκε από την τότε κρατική εξουσία η «*αναθεωρητική επεξεργασία των σχεδίων της Συντακτικής Επιτροπής*»<sup>7</sup>. Το αναθεωρηθέν κατ' αυτόν τον τρόπον τελικό κείμενο κατέστη νόμος του Κράτους (α.ν. 2250/1940), ο οποίος ετέθη τελικά σε ισχύ μετά την Απελευθέρωση, ύστερα από αναδρομική κατάργηση και του ΑΚ/1945) με το ν.δ. της 7/10 Μαΐου 1946<sup>8</sup>. Ο Σόντης (ό.π.), επιχειρώντας να ανεύρει τον λόγο για τον οποίον ο Γ. Μπαλής απέστη του κειμένου του Σχεδίου της Συντακτικής Επιτροπής, παραπέμπει στο Εγχειρίδιο του Εμπράγματος Δικαίου του τελευταίου (§ 174 αρ. 1), στο οποίο ο Μπαλής αρκείται να επισημάνει ότι και μεν η επικαρπία, ως προσωπική δουλεία, είναι κατ' αρχήν δικαίωμα αμεταβίβαστο και μη κληρονομητό, ο κανόνας αυτός όμως «*δεν είναι δημοσίας τάξεως*». Η επίκληση όμως απλώς ενός νομικού χαρακτηρισμού (το ότι δηλαδή ο εν λόγω κανόνας, όπως ήδη αναφέρθηκε, δεν είναι δημοσίας τάξης), δεν απέχει πολύ από μία ενέχουσα λογικό σφάλμα απάντηση διά του ζητούμενου και σε κάθε πάντως περίπτωση, όπως παρατηρεί εύστοχα ο Σόντης (ό.π.), «*δία του τρόπου τούτου παρακάμπτεται απλώς το ζήτημα. Δεν λύεται*». Γι' αυτό και ορθώς διερωτάται ο ίδιος: «*Επιτρέπεται άρα ρήτρα οιουδήποτε αντιθέτου περιεχομένου*;». Στο ερώτημα αυτό δεν δίνει απάντηση ο νομικός απλώς χαρακτηρισμός του εξεταζόμενου εδώ κανόνα ως δημοσίας ή όχι τάξης. Μέσω αυτού του χαρακτηρισμού, που και αυτός απαιτεί πάντως αιτιολόγηση, μπορεί απλώς να συναχθεί το συμπέρασμα ότι πρόκειται για κανόνα ενδοτικού δικαίου και ότι ως εκ τούτου επιτρέπεται δικαιοπρακτική από τον εν λόγω κανόνα απόκλιση, χωρίς όμως να προσδιορίζεται η έκταση αυτής της απόκλισης.

7. Η κριτική του Σόντη στον Μπαλή, ο οποίος απέστη από τη θέση στην οποία είχαν καταλήξει συλλογικά οι συντάκτες του ΑΚ, αφήνοντας μάλιστα (με τη γενικότητα και αοριστία με την οποία είναι διατυπωμένη από τον ίδιο η επιφύλαξη δικαιοπρακτικής απόκλισης από τον κανόνα του μη μεταβίβαστου και μη κληρονομητού της επικαρπίας) ένα τεράστιο κενό στο υποσύστημα του ΑΚ αναφορικά με τα όρια της εν λόγω απόκλισης, είναι μια απολύτως δικαιολογημένη κριτική, που εξαιρεί την ασφάλεια που παρέχουν οι δημοκρατικοί θεσμοί και οι δημοκρατικές διαδικασίες, σε αντίθεση προς τους κινδύνους που εγκυμονεί ο αποκλεισμός της πολυφωνίας. Βλ. για το γενικότερο αυτό ζήτημα των όρων καλής λειτουργίας της νομοθετικής εξουσίας τα δημοσευμένα στη «*Νομική Βιβλιοθήκη*», 2018, Πρακτικά του Συνεδρίου της 28 - 29/4/2017 στην Αίθουσα Γερουσίας της Βουλής των Ελλήνων, υπό τον τίτλο «*Η καλή νομοθέτηση ως αναγκαία προϋπόθεση μιας δικαίας και αποτελεσματικής λειτουργίας της πολιτείας*», passim, ιδιαίτερα σ. 237 επ., στις οποίες αποτυπώνονται τα συμπεράσματα του Συνεδρίου από την Μ. Καϊάφα - Γκμπάντι. Ειδικώς όσον αφορά στο πεδίο του ιδιωτικού δικαίου, βλ. στον ίδιο τόμο Φ. Δωρή, σ. 107 επ.

8. Βλ. σχετικά Σταθόπουλο, στον ΑΚ Γεωργιάδη/Σταθόπουλου, Β' εκδ., 2016, Γενική Εισαγωγή, αρ. 44 και 45-49, με πολλά κρίσιμα ιστορικά στοιχεία αναφορικά με το τελικό κείμενο του ΑΚ, όπως αυτό διαμορφώθηκε σε μια δεινή για τη χώρα μας ιστορική περίοδο. Βλ. επίσης για το ίδιο ζήτημα Φ. Δωρή, Εισαγωγή στο Αστικό Δίκαιο, τ. Α', 1991, § 4 ΙΙ 2, σ. 205 και 206.

6. Βλ. σχετικά και τις δικαιοσυγκριτικές επί των εξεταζόμενων εδώ ζητημάτων επισημάνσεις του Αγγ. Κορνηλάκη, ό.π. (υποσημ. 1), § 2 ΙΙ 1, α, σ. 15 και 16, καθώς επίσης 1, γ, σ. 23 και 24, όπου και περαιτέρω παραπομπές στη γερμανική βιβλιογραφία, υποσημ. 29-34 και 69-72.

## **Β. Ευσύνοπτη έκθεση της σημερινής θέσης της ελληνικής νομικής θεωρίας και νομολογίας για την ανάγκη ερμηνευτικής εναρμόνισης των ΑΚ 1166 και 1167 μέσα στο υποσύστημα του ισχύοντος ΑΚ**

Με δεδομένο, σύμφωνα με όσα ήδη αναπτύχθηκαν (παραπάνω, υπό II.A.), τον χαρακτήρα των ρυθμίσεων των άρθρων 1166 και 1167 ΑΚ ως ενδοτικού δικαίου, από τις οποίες επιτρέπεται κατ' αρχήν δικαιοπρακτική απόκλιση, το εξεταζόμενο εδώ ζήτημα είναι η οριοθέτηση της επιτρεπόμενης μέσα στο υποσύστημα του ισχύοντος ΑΚ έκτασης της εν λόγω δικαιοπρακτικής απόκλισης από τους κανόνες του αμεταβίβαστου και μη κληρονομητού της επικαρπίας. Ανεξάρτητα από την κριτική που μπορεί να ασκηθεί *de lege ferenda* για την κατά τα προεκτεθέντα επιλογή του Γεωργίου Μπαλή –στην πραγματικότητα χωρίς αιτιολογία ή πάντως με ανεπαρκή αιτιολογία– να αποστεί από τη ρύθμιση του προϊσχύσαντος αστικού δικαίου<sup>9</sup>, καθώς και από τα εξακολουθούνα να ισχύουν και σήμερα στους αστικούς κώδικες που χρησίμευσαν ως πρότυπα κατά τις εργασίες σύνταξης του ελληνικού ΑΚ<sup>10</sup> και να καταστήσει τις αναφερθείσες ρυθμίσεις των άρθρων 1166 και 1167 ενδοτικού δικαίου, και μάλιστα χωρίς καν να εναρμονίσει την επιλογή του αυτή και με άλλες διαφορετικές προσεγγίσεις του νομοθέτη του ΑΚ και στο εμπράγματο και στο κληρονομικό δίκαιο (βλ. παρακάτω, υπό Γ), το ερώτημα που παρέμεινε *de lege lata* αναπάντητο από τον Γεώργιο Μπαλή είναι η οριοθέτηση μέσα στο υποσύστημα του ισχύοντος ΑΚ της έκτασης της επιτρεπτής δικαιοπρακτικής απόκλισης από τον κανόνα του κατ' αρχήν («αν δεν ορίστηκε διαφορετικά») αμεταβίβαστου και μη κληρονομητού της επικαρπίας. Πρόκειται για ένα ζήτημα επιβαλλόμενης οριοθέτησης της έκτασης της εν λόγω δικαιοπρακτικής απόκλισης από τον ανταποκρινόμενο στη νομική φύση και λειτουργία της επικαρπίας (ως προσωπικής δουλείας) κανόνα του κατ' αρχήν αμεταβίβαστου και μη κληρονομητού αυτής. Για την ανάγκη μιας τέτοιας, επιβαλλόμενης *de lege lata* οριοθέτησης, προς ικανοποίηση του αιτήματος συστηματικής εναρμόνισης των αναφερθεισών διατάξεων με άλλες, διαφορετικές διατάξεις των υποσυστημάτων του εμπράγματος και του κληρονομικού δικαίου, είναι ομόφωνη η ελληνική νομική θεωρία στο πεδίο του αστικού δικαίου, όπως εξετάζεται παρακάτω (υπό Γ.2. και υποσημ. 19-23). Προς την ίδια κατεύθυνση κινούμενη, αντιμετωπίζει πάντως το ίδιο ζήτημα, παγίως πλέον, και η ελληνική νομολογία. Έτσι, με την πιο πρόσφατη από τις πολλές πλέον αρεοπαγитικές αποφάσεις αυτής της κατηγορίας, την ΑΠ 45/2019<sup>11</sup>, επαναλαμβάνεται το στερεοτύπως διατυπωμένο και σε προγενέστερες αρεοπαγитικές αποφάσεις σκεπτικό<sup>12</sup>. Οι αποφάσεις αυτές ορθώς αναφέρονται στο κενό που αφήνει η γενικόλογη και προβληματική, όπως αναπτύχθηκε ήδη παραπάνω, διατύπωση της όμοιας και στην ΑΚ 1166 και στην ΑΚ 1167 επιφύλαξης («εφόσον δεν ορίστηκε διαφορετικά») και επαναλαμβάνουν το ίδιο σκεπτικό (με παραπομπή στην παλαιότερη ΑΠ 1374/2014). Έτσι, στην πιο πρόσφατη από τις αρεοπαγитικές αυτές αποφάσεις, την ΑΠ 45/2019 (βλ. υποσημ. 11), αναγράφονται κατά λέξη τα εξής: «Σύσταση επικαρπίας, που θα μεταβαίνει σε όλους επ' άπειρον τους κληρονόμους του επικαρπωτή δεν είναι δυνατή ... Δεν είναι δυνατό να οριστεί με τη συστατική της επικαρπίας πράξη, ότι η επικαρπία θα είναι περαιτέρω μεταβιβαστή ... επ' άπειρον, γιατί τούτο θα είχε ως συνέπεια την οριστική και μόνιμη πλέον απόσχιση των ωφελειών του πράγματος από τον κύριο, του οποίου η κυριότητα θα παρέμενε στο διηκεές ως ψιλή κυριότητα, καθόσον

9. Βλ. παραπάνω, υπό II.A.1.

10. Βλ. παραπάνω, υπό II.A.2.

11. ΑΠ 45/2019 ΧρΙΔ 2019, 676 και Τ.Ν.Π. ΝΟΜΟΣ.

12. Πέραν της ως άνω (υποσημ. 11) αρεοπαγитικής απόφασης βλ. και τη δημοσιευμένη στην Τ.Ν.Π. ΝΟΜΟΣ ΑΠ 955/2017, καθώς και την ΑΠ 1374/2014 ΧρΙΔ 2015, 114 και Τ.Ν.Π. ΝΟΜΟΣ.

έτσι θα απογυμνωόταν εσαεί από τα κυριότερα ωφελήματά της, πράγμα το οποίο θα αντέβαινε στην έννοια της κυριότητας, ως καθολικής εξουσίας επί του πράγματος (άρθρο 1000 ΑΚ), σύμφωνα με την οποία ο κύριος δικαιούται να απολαύσει όλες τις ωφέλειες του πράγματος». Οι εν λόγω αρεοπαγитικές αποφάσεις, όπως και πολλές άλλες, των δικαστηρίων της ουσίας<sup>13</sup>, εστιάζουν κυρίως στο ζήτημα των ορίων του (κατά την εκφρασθείσα από τον κύριο βούληση) κληρονομητού της επικαρπίας (κατ' εξαίρεση του κανόνα περί του μη κληρονομητού αυτής σύμφωνα με το άρθρο 1167 εδ. 1 ΑΚ).

Το διατυπούμενο στις ως άνω αποφάσεις σκεπτικό αναφέρεται γενικότερα στους κινδύνους που δημιουργούνται αν δεν θεθούν διά της ερμηνείας όρια στη δικαιοπρακτική βούληση του κυρίου του πράγματος να αποστεί από τον ισχύοντα και κατά την ΑΚ 1166 και κατά την ΑΚ 1167 κανόνα τόσο του αμεταβίβαστου της επικαρπίας από τον επικαρπωτή, όσο και του μη κληρονομητού αυτής από τους κληρονόμους του τελευταίου. Το ζήτημα αυτό, όπως εξετάζεται αναλυτικότερα αμέσως παρακάτω (υπό Γ), είναι ένα ζήτημα μεζίζονος *de lege lata* σημασίας: το ζήτημα της διαπίστωσης και πλήρωσης από τα δικαστήρια του κενού που ανακύπτει αναφορικά με τα όρια του μεταβιβάστου και κληρονομητού της επικαρπίας (κατ' εξαίρεση του αντίθετου κανόνα που είναι διατυπωμένος με το πρώτο εδάφιο και του άρθρου 1166 και του άρθρου 1167 ΑΚ). Το ζήτημα αυτό τίθεται –θα πρέπει να διευκρινιστεί ευθύς εξ αρχής– πάνω στη βάση δύο, όμοιων βεβαίως ρυθμίσεων (ΑΚ 1166 και 1167) ως προς τον νομοθετικό τους λόγο, πλην όμως διακριτών μεταξύ τους ως προς το πραγματικό αυτών.

### **Γ. Το ζήτημα της πλήρωσης του υφιστάμενου κενού δικαίου στο υποσύστημα ρύθμισης του εμπράγματος δικαίου ως προς την οριοθέτηση του κατά τα άρθρα 1166 και 1167 ΑΚ δικαιώματος του κυρίου να καθιστά την συνιστώμενη από αυτόν επικαρπία μεταβιβαστή ή κληρονομητή**

Η ανάπτυξη που προηγήθηκε αναφορικά με τις συνέπειες της μεταβολής που επέφερε ο ΑΚ (όπως αυτός ετέθη σε ισχύ από 23/2/1946 δυνάμει του ν.δ. της 7/10-5-1946) κατέδειξε ότι οι ρυθμίσεις των άρθρων 1166 και 1167 ΑΚ κατέστησαν ενδοτικού δικαίου. Επιτρέπεται δηλαδή στον κύριο, σύμφωνα κατά πρώτον με την ΑΚ 1166, να συνιστά μεταβιβαστή επικαρπία είτε με σύμβαση με τον υπέρ ου η σύσταση αυτής, είτε με διαθήκη, αφιστάμενος, αν θέλει, από τον ισχύοντα και σήμερα κανόνα του μη μεταβιβάστου της επικαρπίας. Αντίστοιχα επίσης, σύμφωνα με την ΑΚ 1167, επιτρέπεται στον κύριο του πράγματος να καθιστά με διαθήκη κληρονομητή τη συνιστώμενη δι' αυτής επικαρπία.

Το καίριας σημασίας ζήτημα που τίθεται για τον κατ' ΑΚ χαρακτήρα των κανόνων των άρθρων 1166 και 1167 ΑΚ, ως κανόνων ενδοτικού δικαίου, είναι, τα χρονικά όρια της επιβαρύνουσας την κυριότητα επικαρπίας, όταν αυτή διαμορφώνεται δικαιοπρακτικά από τον κύριο (επιτρεπώς κατ' αρχήν σύμφωνα με τα άρθρα 1166 και 1167 ΑΚ) ως δικαίωμα μεταβιβαστό ή κληρονομητό. Τα όρια αυτά, όπως αναπτύσσεται παρακάτω (υπό 2 και 3), ούτε απεριόριστα μπορεί να είναι ούτε άδηλα. Όπως παρατηρεί ο Σόντης, αναφερόμενος στα όρια που τίθενται ακόμη και στο καθολικό εμπράγματο δικαίωμα της κυριότητας, ουδέν δικαίωμα μπορεί να νοηθεί χωρίς όρια: μία «απεριόριστος ελευθερία του απόμου είναι εν γένει αντίθετος» –επισημαίνει εύστοχα ο Σόντης– «προς την ιδέαν του δικαίου, διότι θα εσήμαινεν ουχί απλώς καταφρόνησιν του κοινή συμφέροντος, αλλ' άρνησιν αυτής της [εν κοινωνία] ελευθερίας, επομέ-

13. Βλ. ενδεικτικά, από τις ακολουθούσες το παγιωμένο ήδη στη νομολογία του ΑΠ σκεπτικό, τη δημοσιευμένη στην Τ.Ν.Π. ΝΟΜΟΣ ΕφΑΘ 525/2018 και τη δημοσιευμένη στην Ιστοσελίδα του Εφετείου Πειραιώς απόφαση υπ' αριθμ. 377/2019.

νως αυτού του δικαίου»<sup>14</sup>. Συνεπώς προς αυτήν την πρωταρχική θέση είναι ότι ο δικαστής θα πρέπει να αναζητήσει τα εν λόγω όρια είτε στις ρυθμίσεις (κατά πρώτον) του υποσυστήματος του εμπράγματος δικαίου είτε εκτός αυτού (ιδιαίτερα στις ρυθμίσεις του κληρονομικού δικαίου, σε ό,τι αφορά τα χρονικά όρια της διαπλασσομένης με την ιδιωτική βούληση του κυρίου κληρονομητής επικαρπίας, όπως εξετάζεται παρακάτω, υπό 3). Αν όμως οι αναζητήσιμες αυτές από τον δικαστή ρυθμίσεις δεν αντιμετωπίζουν ευθέως το ζήτημα των χρονικών ορίων ισχύος μιας επικαρπίας που κατέστη διά δικαιοπρακτικής δηλώσεως του κυρίου (επιτρεπώς κατ' αρχήν, κατ' ΑΚ 1166 εδ. 1 και 1167 εδ. 1) μεταβιβαστή ή κληρονομητή, τότε υφίσταται κενό νόμου για τον έλεγχο των εν λόγω ορίων και είναι δεσμευμένα τα δικαστήρια να προβούν στην πλήρωσή του, όπως εξετάζεται αμέσως παρακάτω. Ειδικότερα, στην πρώτη από τις αμέσως επόμενες ενότητες εξετάζονται ακριβέστερα οι ομοιότητες και οι διαφορές του πραγματικού των ΑΚ 1166 και 1167 (υπό 1). Ακολούθως εξετάζονται τα de lege lata όρια της κατά την ΑΚ 1166 επιτρεπόμενης δικαιοπρακτικής απόκλισης από τον κανόνα του μη μεταβιβαστού της επικαρπίας από τον επικαρπωτή (υπό 2) και τέλος εξετάζονται τα de lege lata όρια της κατά την ΑΚ 1167 επιτρεπόμενης δικαιοπρακτικής απόκλισης του κυρίου από τον κανόνα του μη κληρονομητού της επικαρπίας (υπό 3).

### 1. Η νομικά σημαντική για την πλήρωση του κατά τα ανωτέρω (υπό Γ) κενού διαφορά του πραγματικού των ΑΚ 1166 και 1167

**α)** Όπως ήδη διαπιστώθηκε, η διατυπωθείσα στο ισχύον κείμενο του ΑΚ επιφύλαξη «ενόσω δεν ορίσθη άλλως» (και κατά τη μεταγλωττίση της στη δημοτική «εφόσον δεν ορίστηκε διαφορετικά») είναι απολύτως όμοια και στα δύο άρθρα (1166 και 1167 ΑΚ). Όμοιος είναι επίσης και ο γενικότερος σκοπός της διατυπωμένης στα εν λόγω άρθρα επιφύλαξης: η αναγνώριση στον κύριο του πράγματος δικαιώματος να αφίσταται κατ' αρχήν, με την ιδιωτική του βούληση (δικαιοπρακτικά), από τον κανόνα τόσο του κατά το άρθρο 1166 ΑΚ μη μεταβιβαστού της επικαρπίας από τον επικαρπωτή, όσο και του κατά το άρθρο 1167 ΑΚ μη κληρονομητού αυτής. Το επιδιωκόμενο όμως με τη δικαιοπρακτική παρέμβαση του κυρίου του πράγματος έννομο αποτέλεσμα είναι διαφορετικό στις δύο αυτές ρυθμίσεις. Ειδικότερα:

Με την ΑΚ 1166 αναγνωρίζεται στον κύριο του πράγματος δικαίωμα να καταστήσει μεταβιβαστή από τον επικαρπωτή την εκ του νόμου (σύμφωνα με τον κανόνα του άρθρου 1166 εδ. 1 ΑΚ) αμεταβιβαστή επικαρπία. Το δικαίωμά του αυτό μπορεί να ασκήσει ο κύριος του πράγματος, όπως εξετάζεται αναλυτικότερα παρακάτω (υπό 2), είτε διά συμβάσεως με τον υπέρ ου η σύσταση της επικαρπίας, είτε με διαθήκη.

**β)** Διαφορετικά εν μέρει τίθεται το (αντίστοιχο προς το κατ' ΑΚ 1166 μη μεταβιβαστό κατ' αρχήν της επικαρπίας από τον επικαρπωτή) ζήτημα του κατ' εφαρμογήν της ΑΚ 1167 μη κληρονομητού κατ' αρχήν της επικαρπίας. Ειδικότερα, με την ΑΚ 1167 αναγνωρίζεται στον κύριο του πράγματος δικαίωμα να καταστήσει κληρονομητή την εκ του νόμου (ΑΚ 1167) μη κληρονομητή επικαρπία. Η κατ' ΑΚ 1167 σύσταση κληρονομητής επικαρπίας έχει ως αποτέλεσμα να εμποδίζεται η κατά το άρθρο αυτό απόσβεση της επικαρπίας διά του θανάτου του αρχικού επικαρπωτή. Εμποδίζεται συνεπώς δικαιοπρακτικά να καταστεί πλήρης κύριος επί του βεβαρημένου με την επικαρπία πράγματος (συνήθως ακινήτου) εκείνος που θα έχει την ψιλή κυριότητα κατά τον χρόνο θανάτου του αρχικού επικαρπωτή. Αυτός μπορεί να είναι είτε ο ίδιος ο συστήσας την επικαρπία

κύριος ή οι κληρονόμοι του, αν αυτός έχει πεθάνει, ή ο ειδικός του διάδοχος αν ο συστήσας την επικαρπία κύριος έχει μεταβιβάσει την ψιλή κυριότητα τού εφ' ου η επικαρπία πράγματος σε άλλον. Κατ' ακρίβειαν, με την κληρονομητή (επιτρεπώς κατ' αρχήν σύμφωνα με την ΑΚ 1167) επικαρπία, μετατίθεται ο χρόνος απόσβεσης της επικαρπίας σε ένα μεταγενέστερο χρονικό σημείο σε σχέση προς τον χρόνο θανάτου του αρχικού (διά της διαθήκης εγκατεστημένου) επικαρπωτή. Το ερώτημα συνεπώς που τίθεται σε μια τέτοια περίπτωση είναι τούτο: Έως πότε και με ποιόν νομικό τρόπο είναι αυτό επιτρεπτό;

Η ως άνω εκκρεμότητα είναι πρόδηλο ότι αφορά στη χρονική διάρκεια που επιτρέπεται στον διαθέτη να διατηρεί με την διά της διαθήκης εκφραζόμενη ιδιωτική του βούληση αποψιλωμένη την κυριότητα από τις επί του πράγματος εξουσίες χρήσης και κάρπωσης αυτού, οι οποίες συγκροτούν το ανήκον στον κύριο ουσιαστικό περιεχόμενο της κυριότητας. Με τη σύσταση κληρονομητής επικαρπίας μεταβαίνουν δηλαδή οι εν λόγω εξουσίες στον επικαρπωτή, που εγκαθίσταται διά της διαθήκης, ως εκ της ειδικότητας του αντικειμένου της επικαρπίας (κατ' εφαρμογήν του ερμηνευτικού κανόνα του άρθρου 1800 § 2 ΑΚ), ως κληροδόχος άμεσος σύμφωνα με την ΑΚ 1996. Το κρίσιμο επομένως ερώτημα που τίθεται, και μάλιστα όχι μόνο δικαιολογικά αλλά και de lege lata επί κληρονομητής (κατ' ΑΚ 1167) επικαρπίας, αφορά στα χρονικά όρια μιας τέτοιας επικαρπίας, με την οποία αίρεται η βασική στο υποσύστημα του εμπράγματος δικαίου ιδιότητα της κυριότητας ως του καθολικού (ως προς όλες τις χρησιμότητες του πράγματος) εμπράγματος δικαίωματος, που αποτελεί τον άξονα περί τον οποίον οργανώνεται ολόκληρο το εν λόγω υποσύστημα.

Ο ως άνω προβληματισμός είναι φανερό ότι εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής τόσο των κανόνων του κληρονομικού δικαίου, επειδή συνέχεται με το ερώτημα τί περιλαμβάνει η κληρονομική περιουσία, όσο και των κανόνων του εμπράγματος δικαίου, επειδή συνέχεται με το ερώτημα για πόσο χρόνο μπορεί η ιδιωτική βούληση, κατ' εφαρμογήν των άρθρων 1166 και 1167 ΑΚ, να αποσπά τις ανήκουσες στον κύριο εξουσίες χρήσης και κάρπωσης του βεβαρημένου με την επικαρπία πράγματος και να διατηρεί έτσι αποψιλωμένο από την ουσία του το καθολικό εμπράγματο δικαίωμα της κυριότητας. Διατάξεις για το ζήτημα αυτό εμπεριέχει μόνο το κληρονομικό δίκαιο. Είναι οι εξεταζόμενες παρακάτω (υπό 3) διατάξεις των άρθρων 1923, 2009 και 2010 ΑΚ. Σε ό,τι αφορά τον νόμιμο τρόπο με τον οποίον μπορεί να καταστήσει η ιδιωτική βούληση την επικαρπία κληρονομητή (επιτρεπώς κατ' αρχήν σύμφωνα με την ΑΚ 1167), που εξετάζεται επίσης παρακάτω (υπό 3), επισημαίνεται εδώ τούτο και μόνο: ότι η δικαιοπρακτική απόκλιση από τον κανόνα του μη κληρονομητού της επικαρπίας πλήττει άμεσα (σε περίπτωση που ο συστήσας την επικαρπία κύριος έχει προαποβιώσει του επικαρπωτή) το ex lege δικαίωμα πλήρους κυριότητας (μετά τον θάνατο του αρχικού επικαρπωτή), το οποίο, αν δεν ήταν κληρονομητή η επικαρπία, θα αποκτούσαν με τον θάνατο του εγκατάστατου με τη διαθήκη αρχικού επικαρπωτή, οι κληρονόμοι του ψιλού κυρίου. Σε μια τέτοια περίπτωση η κληρονομητή επικαρπία περιστελλεί, με άλλα λόγια, το περιεχόμενο της περιερχόμενης σε αυτούς κληρονομιακής περιουσίας λόγω της επέκτασης της νομικής υπόστασης της επικαρπίας και μετά τον θάνατο του αρχικού επικαρπωτή. Ένα τέτοιο έννομο αποτέλεσμα μπορεί να επέλθει, για τους λόγους που ήδη εκτέθηκαν, μόνο με διαθήκη μέσα στα όρια που προβλέπουν οι σχετικοί κανόνες του κληρονομικού δικαίου.

**γ)** Στο πλαίσιο της ίδιας εδώ (υπό 1) ενότητας άξια ιδιαίτερης επισήμανσης είναι και τα εξής: Η επισημαινόμενη αμέσως παραπάνω ανάγκη διάκρισης των δύο πραγματικών (των άρθρων 1166 και 1167) δικαιολογείται και από λόγους ουσιαστικούς (λόγους δηλαδή κάλυψης διαφορετικών εν μέρει επί της ουσίας αναγκών σε καθεμία από τις διακριτά ρυθμιζόμενες με

<sup>14</sup> Σόντης, στο post mortem εκδοθέν από τους μαθητές του, υπό τον τίτλο «Συμβολαί εις την θεωρίαν του Εμπράγματος Δικαίου», 1986, ημιτελές σύγγραμμά του «Εμπράγματος Δικαίου», κεφάλαιο Β, «Τα κατά τον ΑΚ εμπράγματα δικαιώματα», § 3 «Η κυριότητα», υπό ΙV.Γ. (σ. 14 των Συμβολών).

τις ΑΚ 1166 και 1167 περιπτώσεις). Ειδικότερα, οι εγκατάστατοι διά της διαθήκης κληρονόμοι ή κληροδόχοι του διαθέτη, όπως και οι κατ' ΑΚ 1923 επ. καταπιστευματοδόχοι ή οι κατ' ΑΚ 2009 και 2010 καταπιστευτικοί υποκατάστατοι κληροδόχοι, είναι, κατά το συνήθως συμβαίνον, οικεία στον διαθέτη πρόσωπα, για τα οποία αυτός μεριμνά διά της διαθήκης για τον χρόνο μετά τον θάνατό του. Μόνο για τον λόγο αυτό θεωρεί ο νομοθέτης εύλογη την διά της ιδιωτικής βουλήσεως του διαθέτη δέσμευση της ιδιωτικής αυτονομίας του κληρονόμου ή κληροδόχου του με τη σύσταση καταπιστεύματος ή καταπιστευτικής υποκατάστασης, επιτρέποντας όμως τούτο άπαξ μόνο, απαγορεύοντας δηλαδή το διαδοχικό καταπίστευμα (καταπίστευμα επί καταπιστεύματος) και την διαδοχική καταπιστευτική υποκατάσταση (ΑΚ 1923, 2009 και 2010). Με τις διατάξεις αυτές τίθεται φραγμός στην ιδιωτική αυτονομία του διαθέτη, στον οποίον δεν επιτρέπεται να περιορίσει διά της διαθήκης του την ελευθερία του διατιθέναι του καταπιστευματοδόχου και του καταπιστευτικού υποκαταστάτου με καταπιστευτικό όρο και επ' αυτών<sup>15</sup>. Υπό το πρίσμα αυτό ο απώτατος χρόνος ισχύος κατά νόμον της κληρονομητής (κατ' ΑΚ 1167) επικαρπίας είναι ο χρόνος θανάτου τού διά της διαθήκης του κυρίου οριζόμενου καταπιστευματοδόχου ή καταπιστευτικού υποκαταστάτου (υπό τις τασσόμενες στην τελευταία περίπτωση προϋποθέσεις των άρθρων 2009 ή 2010 ΑΚ). Αντίθετα, ο χρόνος ισχύος της κατ' ΑΚ 1166 μεταβιβαστής (από τον επικαρπωτή) επικαρπίας δεν επιτρέπεται να υπερβαίνει τον χρόνο ζωής του υπέρ ου η σύσταση της μεταβιβαστής επικαρπίας αρχικού επικαρπωτή, όπως εξετάζεται αναλυτικότερα παρακάτω (υπό 2). Ειδικότερα:

## 2. Τα όρια της δικαιοπρακτικής απόκλισης από τον κατ' ΑΚ 1166 κανόνα του μη μεταβιβαστού της επικαρπίας από τον επικαρπωτή

**α)** Σύμφωνα με την ΑΚ 1143, που προβλέπει ότι επικαρπία μπορεί να συσταθεί κατά πρώτον «με δικαιοπραξία», καθώς επίσης «με χρησικτησία», παγίως γίνεται δεκτό ότι μια τέτοια δικαιοπραξία μπορεί να είναι, όχι μόνο η σύμβαση συστάσεως επικαρπίας μεταξύ του κυρίου του βαρυνόμενου με την επικαρπία πράγματος και του υπέρ ου η σύσταση αυτής<sup>16</sup>. Μπορεί να εί-

15. Βλ. για το ζήτημα αυτό τους αναφερόμενους στις υποσημ. 19-23 συγγραφείς, όπου και περαιτέρω παραπομπές στη σχετική με το ζήτημα αυτό βιβλιογραφία, καθώς επίσης εκτενέστερα παρακάτω, υπό 3.

16. Αναφορικά με το ζήτημα αν μπορεί να συσταθεί μεταβιβαστή κατ' ΑΚ 1166 επικαρπία και με εμπράγματη σύμβαση υπέρ τρίτου μεταξύ του κυρίου και του προς ον λ.χ. η μεταβίβαση της κυριότητας πράγματος (κυρίως ακινήτου), είναι ένα ζήτημα που αφορά όχι στην κατ' ΑΚ 1166 δικαιοπρακτική απόκλιση από τον κανόνα του αμεταβιβαστού της επικαρπίας, αλλά στην κατ' ΑΚ 1143 (σε συνδυασμό προς την ΑΚ 1034 (επί κινητών) και 1033 ΑΚ (επί ακινήτων) δυνατότητα σύστασης επικαρπίας υπέρ τρίτου. Πρόκειται για το ζήτημα που αφορά στο επιτρεπτό ή όχι των εκποιητικών συμβάσεων υπέρ τρίτου, που δεν εμπιπτόν ευθέως στην αφορώσα σε υποσχετικές συμβάσεις ρύθμιση των συμβάσεων υπέρ τρίτου κατά τα άρθρα 410 επ. ΑΚ [π.χ. σύμβαση γονικής παροχής ακινήτου μεταξύ πατέρα και ενήλικου παιδιού του, με την οποία συμφωνείται η μεταβίβαση λόγω γονικής παροχής σε αυτό της (ψιλής) κυριότητας, με ταυτόχρονη περιέλευση της επικαρπίας υπέρ της μη συμμετέχουσας στη σύμβαση συζύγου του μεταβιβάζοντος]. Το ζήτημα αυτό είναι όμως πρόδηλο ότι εξέρχεται των ορίων της εδώ μελέτης, όχι μόνο επειδή είναι από μόνο του τεράστιο (βλ. ενδεικτικά Απ. Γεωργιάδη, στον ΑΚ Γεωργιάδη/Σταθόπουλου, Εισαγ. παρατηρήσεις στα άρθρα 410-415, αρ. 24-28), αλλά και επειδή αφορά όχι ευθέως στην κατ' ΑΚ 1166 συμφωνία απόκλισης από τον κανόνα του μη μεταβιβαστού της επικαρπίας, αλλά στη σύμβαση σύστασης επικαρπίας κατ' ΑΚ 1143, για την οποία τίθεται το ερώτημα αν είναι επιτρεπτή η σύστασή της και με εμπράγματη (εκποι-

ναι και διαθήκη. Όπως επισημαίνει ο Σπυριδάκης<sup>17</sup>, «σύσταση επικαρπίας μπορεί να γίνει και με διαθήκη. Στις περιπτώσεις αυτές (που είναι συνήθεις στην πράξη) η σύσταση της επικαρπίας» – παρατηρεί ο ίδιος συγγραφέας – «γίνεται με κληρονομική [επί δήλου] εγκατάσταση στην επικαρπία ή με κληροδοσία της επικαρπίας κληρονομιαίου πράγματος». Η συντέλεση της σύστασης της επικαρπίας, όταν αντικείμενο αυτής είναι ακίνητο, επιτυγχάνεται, όπως αναγράφεται στην ίδια θέση, «με τη μεταγραφή της αποδοχής της κληρονομίας ή κληροδοσίας ή του κληρονομητήριου (ΑΚ 1193, 1195)», διά της οποίας «ο κληρονόμος ή ο κληροδόχος» [στην τελευταία περίπτωση μόνο όταν πρόκειται για άμεση (με εμπράγματη ενέργεια) κληροδοσία κατά το άρθρο 1996 ΑΚ (και όχι 1995 ΑΚ)] «αποκτά την επικαρπία» – καταλήγει ο ίδιος συγγραφέας (ό.π., υποσημ. 14) – «από τη στιγμή του θανάτου του διαθέτη (ΑΚ 1199)», όπως ακριβώς θα συνέβαινε και με την κτήση της κυριότητας στο κληρονομιαίο ακίνητο επί κληρονομικής διά διαθήκης εγκαταστάσεως επί δήλου ή επί κληροδοσίας. Θα πρέπει να διευκρινιστεί πάντως εν προκειμένω ότι η διά διαθήκης εγκατάσταση στην επικαρπία εξετάζεται εδώ στο πλαίσιο του πεδίου εφαρμογής της ΑΚ 1166 και όχι της ΑΚ 1167, για την οποία βλ. αναλυτικά παρακάτω (υπό 3). Εντάσσεται εδώ σε ένα πλαίσιο αναζήτησης των όρων που πρέπει να συντρέχουν για να καταστεί δικαιοπρακτικά η συνιστώμενη επικαρπία μεταβιβαστή από τον επικαρπωτή κατ' ΑΚ 1166<sup>18</sup>. Δεν έχει σχέση με την κατά το άρθρο 1167 ΑΚ δικαιοπρακτική απόκλιση από τον κανόνα του μη κληρονομητού της επικαρπίας.

**β)** Ήδη με το δεύτερο εδάφιο του άρθρου 1166 ΑΚ, ο νομοθέτης κρίνει σκόπιμο να διαχωρίσει την άσκηση της επικαρπίας από το δικαίωμα της επικαρπίας, ορίζοντας κατά λέξη τα εξής: «Η άσκηση της [δηλαδή η άσκηση της επικαρπίας] μπορεί να μεταβιβαστεί σε άλλον». Πρόκειται για μια ρύθμιση που αντιπαρατίθεται εκ πρώτης όψεως σε εκείνην του πρώτου εδαφίου της ίδιας διάταξης, σύμφωνα με την οποία «η επικαρπία, εφόσον δεν ορίστηκε διαφορετικά, είναι αμεταβίβαστη». Και στον αστικό δηλαδή κώδικα, όπως και στο προϊσχύσαν δίκαιο, όπως επίσης και στους αστικούς κώδικες που χρησίμευσαν ως πρότυπα κατά τις εργασίες σύνταξης του ελληνικού ΑΚ και παραμένουν ως προς το σημείο αυτό, όπως αναπτύχθηκε ήδη παραπάνω, αναλλοίωτοι έως σήμερα, το δικαίωμα της επικαρπίας, ως δικαίωμα προσωπικής δουλείας, δεν είναι δεκτικό μεταβίβασης σε άλλον, όπως ρητά άλλωστε ορίζεται (ως κανόνας) και στο πρώτο εδάφιο του ισχύοντος άρθρου 1166 ΑΚ. Ο νομοθετικός λόγος της ρύθμισης περί του κατ' αρχήν αμεταβιβαστού (ΑΚ 1166 εδ. 1) του προσωποπαγούς δικαιώματος της επικαρπίας (ως προσωπικής δουλείας), συνέχεται με τη βούληση του νομοθέτη να μη διασπώνται στο διηνεκές (χωρίς χρονικά όρια), διά της συστάσεως ενός περιορισμένου εμπράγματου δικαιώματος ουσίας, και μάλιστα του ευρύτερου από αυτά, που είναι η επικαρπία, οι αποτελούσες περιεχόμενο της κυριότητας ουσιαστικές επί του πράγματος εξουσίες του κυρίου. Αν θεωρηθεί απεριόριστα μεταβιβαστή η επικαρπία, τότε η βαρυνόμενη δι' αυτής κυριότητα αποψιλώνεται στο διηνεκές και παύει να είναι το κεντρικής σημασίας δικαίωμα για την οργάνω-

ητική) σύμβαση υπέρ τρίτου. Το ζήτημα αυτό έχει τεθεί στη νομική θεωρία κατά την ερμηνεία όχι της ΑΚ 1166, αλλά της αφορώσας στο μη κληρονομητό της επικαρπίας ρύθμισης του άρθρου 1167 ΑΚ, για την οποία βλ. παρακάτω, υπό 3 και υποσημ. 29.

17. Ι. Σπυριδάκης, Εμπράγματο Δίκαιο, β' έκδ., 2021, σ. 831 (§ 209.3).

18. Μεταβιβαστή επικαρπία – επισημαίνει με λιτότητα ο Σόντης στην αναφερόμενη παραπάνω (υποσημ. 4) μελέτη του, η οποία εμπεριέχεται και στον αναφερόμενο στην υποσημ. 14 τόμο «Συμβολών αυτού εις το Εμπράγματον Δίκαιον», 1986 (σ. 163-213) – σημαίνει ότι, κατ' ενάσκηση της εξουσίας διαθέσεως του κυρίου, «συνεστήθη μεταβιβαστή επικαρπία και ο επικαρπωτής μεταβιβάζει αυτήν εν ζωή εις άλλον» [«Συμβολαί εις την θεωρίαν του Εμπραγμάτου Δικαίου» (ό.π., υποσημ. 14), υπό ΙΙΙ.5., σ. 211].

ση ολόκληρου του εμπράγματος δικαίου<sup>19</sup>. Το ίδιο φυσικά ισχύει και για μια εξωπραγματικά μεγάλης διάρκειας μεταβίβαση επικαρπία, που υπερβαίνει τον χρόνο ζωής του επικαρπωτή<sup>20</sup>.

Για όλους τους παραπάνω λόγους, που αποτελούν τη ratio του κανόνα του κατ' αρχήν αμεταβιβάστου (ΑΚ 1166 εδ. 1) του δικαιώματος επικαρπίας, ορίζεται με το δεύτερο εδάφιο της ίδιας διάταξης (ΑΚ 1166 εδ. 2) ότι δεκτική μεταβίβασης από τον επικαρπωτή (κατ' ακριβείαν παραχώρησης της χρήσης του πράγματος) είναι μόνο «η άσκηση της επικαρπίας»<sup>21</sup>, δηλαδή η παραχώρηση των ανηκουσών στον επικαρπωτή εξουσιών χρήσης και κάρπωσης του πράγματος (νοουμένων ως φυσικών επί του πράγματος εξουσιών) σε κάποιον άλλον: τον αντισυμβαλλόμενο του επικαρπωτή δυνάμει ενοχικής (κατά το συνηθώς συμβαίνον αμφοτεροβαρούς) σύμβασης. Είναι μάλιστα χαρακτηριστικό ότι ο νομοθέτης, ακόμη και γι' αυτήν την (μη επαγόμενη μεταβίβαση του δικαιώματος επικαρπίας, αλλά παράγουσα ενοχικά μόνο αποτελέσματα μεταξύ των μερών) σύμβαση παραχώρησης της άσκησης της επικαρπίας, ορίζει κατά λέξη (εδ. 2 του άρθρου 1166 ΑΚ) ότι η ενοχική αυτή δέσμευση μπορεί να συνομολογηθεί μόνο «για χρόνο που δεν υπερβαίνει τη διάρκεια της επικαρπίας». Με τη λήξη και γενικότερα με την απόσβεση του εμπράγματος (και άρα απόλυτου) δικαιώματος της επικαρπίας συναποσβήνεται και οποιοδήποτε ενοχικό δικαίωμα του τρίτου στον οποίο είχε παραχωρήσει ο επικαρπωτής την εξουσία χρήσης ή/και οικονομικής εκμετάλλευσης του πράγματος<sup>22</sup>. Και εδώ ακριβώς βρίσκεται η πρώτη (και μάλιστα

εντός του στενότερου υποσυστήματος της νομοθετικής ρύθμισης της επικαρπίας) εσωτερική αντινομία, η οποία πρέπει και μπορεί να αντιμετωπιστεί με μια εναρμονίζουσα τις ρυθμίσεις του εν λόγω υποσυστήματος ερμηνεία (συστηματική ερμηνεία).

Στο πλαίσιο μιας κατά τα προεκτεθέντα εναρμονιστικής ερμηνευτικής προσέγγισης, αναγκαίες είναι προκαταρκτικά οι ακόλουθες επισημάνσεις: Παρότι ο ΑΚ κατέστησε τον κατά την ΑΚ 1166 κανόνα του αμεταβιβάστου της επικαρπίας ενδοτικού δικαίου, επιτρέποντας στον κύριο να συνομολογεί την υπέρ του επικαρπωτή επικαρπία μεταβιβάσιμη από τον τελευταίο, εν τούτοις δεν κατήργησε τη διάταξη του δεύτερου εδαφίου του ίδιου άρθρου, που αναφέρεται, όπως διαπιστώθηκε ήδη παραπάνω, σε κάτι έλασσον: στη «μεταβίβαση της άσκησης της επικαρπίας», δηλαδή στην παραχώρηση εξουσίας χρήσης και εκμετάλλευσης του πράγματος από τρίτον δυνάμει ενοχικής σύμβασης με τον επικαρπωτή. Το ενδιαφέρον της ρύθμισης αυτής έγκειται στο ότι ακόμη και γι' αυτήν την ελάσσονα επίπτωση που έχει έναντι του κυρίου του πράγματος η δι' ενοχικής συμβάσεως παραχώρηση σε τρίτον από τον επικαρπωτή των εξουσιών που ανήκουν σε αυτόν, ο νόμος (ΑΚ 1166 εδ. 2) ορίζει ότι η παραχώρηση αυτή δεν μπορεί να υπερβεί τη διάρκεια της επικαρπίας. Ρητή όμοια ρύθμιση για τη μεταβίβαση της (συνιστώμενης ως μεταβιβάσιμης) επικαρπίας δεν υφίσταται. Αυτό όμως δεν σημαίνει ότι για τη μεταβίβαση της επικαρπίας δεν τίθεται ζήτημα ενός τέτοιου χρονικού περιορισμού: Μια τέτοια εκ της ουσίας του νόμου ερμηνευτική προσέγγιση ούτε λογικά αποδεκτή, ούτε αξιολογικά συνεπής θα μπορούσε να θεωρηθεί. Είναι λογικά αντιφατικό και ενέχει αξιολογική αντινομία να θεωρεί αναγκαίο ο νομοθέτης να τίθεται χρονικό όριο ακόμη και στην παράγουσα ελάσσονα (ενοχικού δικαίου) αποτελέσματα σύμβαση παραχώρησης απλώς των εξουσιών «άσκησης της επικαρπίας», η οποία δεν μπορεί να υπερβαίνει τον χρόνο νομικής υπόστασης της επικαρπίας, και να είναι από την άλλη μεριά ελεύθερος ο συνιστών την επικαρπία κύριος να συνομολογεί με τον υπέρ ου η σύσταση της επικαρπίας αντισυμβαλλόμενο του να έχει αυτός δικαίωμα να μεταβιβάσει σε άλλον το μείζον (το εμπράγματο δικαίωμα της επικαρπίας), ακόμη και για χρόνο υπερβαίνοντα το ισχύον για την κατ' ΑΚ 1166 εδ. 2 «μεταβίβαση της άσκησης» απώτατο χρονικό όριο ζωής (νομικής υπόστασης) της επικαρπίας<sup>23</sup>.

της μελέτης ρύθμιση του άρθρου 1166 ΑΚ (εδ. 2). Το ζήτημα αυτό εξετάζει διεξοδικά ο Κλ. Ρούσσος, ό.π. (υποσημ. 19), άρθρο 1164, passim, με πλούσια ενημέρωση στη σχετική νομολογία και θεωρία. 23. Η επιχειρηματολογία αυτή γίνεται γενικότερα αποδεκτή στην ελληνική νομική επιστήμη. Βλ. την εμπειριστατωμένη για το ζήτημα αυτό αναφορά στην ελληνική νομική θεωρία από τον Κλεάνθη Ρούσσο, στον ΑΚ Γεωργιάδη/Σταθόπουλου, άρθρο 1166 αρ. 12-16 και αρ. 17 επ., καθώς επίσης άρθρο 1167 αρ. 8 επ., όπου και περαιτέρω παραπομπές. Βλ. επίσης την πειστική (με αναφορά και σε ξένα δίκαια) επιχειρηματολογία του Σόντη, ό.π. (υποσημ. 18), υπό ΙΙΙ.5., σ. 211-213 και υποσημ. 119, στην οποία ρητά διαλαμβάνεται ότι με τη σύσταση από τον κύριο μεταβιβάσιμης επικαρπίας «επικαρπωτής καθίσταται ο προς τον μεταβιβάσει». Αυτό το έννομο αποτέλεσμα επέρχεται όμως –έτσι κατά λέξη– μόνο «υπό τον όρον ότι ζη ο πρώτος επικαρπωτής», ο οποίος προέβη στη μεταβίβαση της υπέρ αυτού συνεστημένης από τον κύριο επικαρπίας. Βλ. επίσης για το ίδιο ζήτημα Δημ. Παπαστερίου, ό.π. (υποσημ. 22), αρ. 95, ο οποίος (με παραπομπή στον Κ. Βαβούσκο, ΕμπρΔ, σ. 350, αρ. 348), επισημαίνει τα ακόλουθα: «Τόσο η μεταβίβαση της επικαρπίας όσο και η επιβάρυνση της επιτρέπεται να ισχύουν μέσα στον χρονικό ορίζοντα της επικαρπίας. Έτσι, κατά κανόνα με τον θάνατο του αρχικού επικαρπωτή επέρχεται απόσβεση της επικαρπίας εν γένει», δηλαδή και των έννομων συνεπειών που επήλθαν από δικαιοπραξίες μεταβίβασης, επιβάρυνσης (βλ. και παρακάτω, υπό γ) ή παραχώρησης της χρήσης από τον επικαρπωτή, όσο είχε αυτός την επικαρπία. Από τη νεότερη βιβλιογραφία βλ. περαιτέρω Άγγελος Κορνηλάκη, σε Απ. Γεωργιάδη ΣΕΑΚ, άρθρο 1166 αρ. 4 και 5, με περαιτέρω ενημέρωση στη σχετική επί του θέματος βιβλιογραφία. Βλ. επίσης τον

19. Πρβλ. για το ίδιο ζήτημα Απ. Γεωργιάδη, ό.π. (υποσημ. 3), § 76 αρ. 1 και υποσημ. 37, ο οποίος, παραπέμποντας στην ΑΠ 37/1909, Θεμ. Κ', 406, αλλά και στους κατονομαζόμενους από αυτόν συγγραφείς, μεταξύ των οποίων και στον Μπαλή, ΕμπρΔ, § 173, παρατηρεί ότι «το να είναι η επικαρπία αντικείμενο ελεύθερης συναλλαγής δεν συμβιβάζεται με τον προσωπικό της χαρακτήρα», ως προσωποπαγούς δικαιώματος προσωπικής δουλείας. Βλ. αναλυτικότερα για το ίδιο ζήτημα Κλ. Ρούσσο, στον ΑΚ Γεωργιάδη/Σταθόπουλου, άρθρο 1166 αρ. 9, ο οποίος, ύστερα από ενδελεχή αναφορά σε φωνές που συγκροτούν την κρατούσα (κριτική και de lege lata) άποψη έναντι μιας χωρίς όρια μεταβιβάσιμης και κληρονομητής (κατά τη βούληση του κυρίου του πράγματος) επικαρπίας (αρ. 9-14), συμπεραίνει (αρ. 15) ότι «με την [από τον κύριο, με την ιδιωτική του δηλαδή βούληση] παροχή της δυνατότητας στον κάθε επικαρπωτή να προβαίνει σε περαιτέρω μεταβίβαση του δικαιώματός του, ο κύριος και η κυριότητα αποκτούν διακοσμητική θέση κενή περιεχομένου. Αυτός άλλωστε είναι ο λόγος» –συμπεραίνει ο ίδιος συγγραφέας– «που η επικαρπία αναγνωρίζεται από τον νόμο σαν προσωπική και όχι πραγματική δουλεία». Σύμφωνη πλέον (ως προς τα όρια ισχύος της κληρονομητής επικαρπίας) και η πρόσφατη (παγιωμένη πλέον από το 2014) νομολογία (βλ. παραπάνω, υποσημ. 11, 12 και 13). Προς την ίδια κατεύθυνση επίσης κριτικός (με διαφορετική όμως εν μέρει ερμηνευτική προσέγγιση) και ο Χρ. Φίλιος, Μεταβίβαση άσκησης της επικαρπίας, ΝοΒ 2001, 1779 επ.

20. Πρβλ. και Άγγ. Κορνηλάκη, ό.π. (υποσημ. 1), § 9, σ. 164, ο οποίος, αναφερόμενος στους κατά τα άρθρα 1166 και 1167 ΑΚ κανόνες του μη μεταβιβάστου και μη κληρονομητού της επικαρπίας, επισημαίνει εύστοχα ότι οι εν λόγω κανόνες «αποτελούν τα κύρια μέσα αποφυγής μιας μόνιμης ή έστω εξαιρετικά μακρόχρονης διάσπασης της κυριότητας».

21. Εκτενώς για το ζήτημα αυτό Χρ. Φίλιος, ό.π. (υποσημ. 19).

22. Βλ. για το ζήτημα αυτό και Δημ. Παπαστερίου, Εμπράγματο Δίκαιο, τόμος ΙΙΙ, 2008, § 77 αρ. 98 και 99, με παραπομπές και στο ΕμπρΔ του Κ. Βαβούσκου (υποσημ. 109, 110 και 113). Όπως επισημαίνει μάλιστα αναλυτικότερα ο ίδιος συγγραφέας (αρ. 99), η μόνη κατά νόμον ισχύουσα επιφύλαξη αναφορικά με τη διατήρηση της χρήσης ακινήτου από τον συμβεβλημένο με τον επικαρπωτή μισθωτή αυτού, και μετά τη λήξη της επικαρπίας, είναι η επιφύλαξη ισχύος των προστατευτικών των μισθωτή διατάξεων των άρθρων 614 επ. ΑΚ, στις οποίες ρητά αναφέρεται (επιτάσσοντας την «ανάλογη εφαρμογή» τους) η ΑΚ 1164. Της τελευταίας αυτής διάταξης (ΑΚ 1164) ρητά επιφυλάσσει την εφαρμογή και η εξεταζόμενη στο πλαίσιο αυτής



Η άρση της ως άνω αξιολογικής αντινομίας στο υποσύστημα ρύθμισης της επικαρπίας αποτελεί καθήκον του δικαστή ενώπιον του οποίου τίθεται μια τέτοια διαφορά. Πρόκειται για ένα νομικά σημαντικό ζήτημα επί του οποίου καλείται να κρίνει ο δικαστής, χωρίς να του επιτρέπεται να αρνησιδικήσει. Το αναγνωριζόμενο στο άρθρο 1166 ΑΚ δικαίωμα του κυρίου του πράγματος να αφίσταται δικαιοπρακτικά από τον ισχύοντα κανόνα του αμεταβιβάστου της επικαρπίας δεν μπορεί, όπως αναπτύχθηκε ήδη παραπάνω, να ισχύει χωρίς όρια. Αν δεν υφίσταται ρητή διάταξη στον νόμο που να αίρει την διαπιστωμένη στο υποσύστημα αξιολογική αντινομία, θα πρέπει να διαπιστώνεται εξ αυτού του λόγου κενό, το οποίο καλείται να πληρώσει ο δικαστής, καταφεύγοντας στην πρόσφορη κατά περίπτωση μέθοδο πλήρωσης του διαπιστούμενου κενού<sup>24</sup>.

Η πρόσφορη κατά τα προεκτεθέντα μέθοδος συνέχεται εν προκειμένω (με βάση όλες τις σκέψεις που διατυπώθηκαν έως τώρα) με το επιχείρημα του λεγόμενου «μειζονος λόγου», δηλαδή ότι κατά μειζονα λόγο πρέπει να εφαρμοστεί και για τη μεταβίβαση της επικαρπίας από τον επικαρπωτή σε άλλον, που συνιστά μειζονα επέμβαση στην ιδιοκτησία του κυρίου, ο προστατευτικός για τον τελευταίο χρονικός της ισχύος της μεταβιβαθείσας στον τρίτο επικαρπίας περιορισμός του δεύτερου εδαφίου του άρθρου 1166 ΑΚ: Αφού δηλαδή ο περιορισμός αυτός ισχύει για το έλασσον, την δυνάμει ενοχικής συμβάσεως παραχώρηση σε τρίτον των εξουσιών χρήσης και εκμετάλλευσης του πράγματος που έχει ο επικαρπωτής, κατά μειζονα λόγο πρέπει να ισχύσει ο αυτός περιορισμός αναλόγως και σε περίπτωση που στον τρίτο μεταβιβάζεται όχι η άσκηση των εν λόγω εξουσιών (το έλασσον), αλλά αυτό τούτο το δικαίωμα επικαρπίας, του οποίου καθίσταται ειδικός διάδοχος ο αποκτών τούτο τρίτος. Στην ουσία πρόκειται για μια ενισχυμένη αναλογία νόμου (της ΑΚ 1166 εδ. 2), η οποία (αναλογία νόμου, όπως και η αναλογία δικαίου) αποτελεί τη συνθετέτερη μέθοδο πλήρωσης των κενών στο δίκαιο<sup>25</sup>.

Η θεμελίωση της υποστηριζόμενης εδώ ως άνω θέσης ενισχύεται επίσης και με την ανάλογη εφαρμογή μιας ακόμη διάταξης, της ΑΚ 1259, όπως αναπτύσσεται αμέσως παρακάτω (υπό γ).

γ) Αντίστοιχος χρονικός περιορισμός προς τον κατά τα προεκτεθέντα (υπό β) περιορισμό του δεύτερου εδαφίου του άρθρου 1166 εδ. 2 ΑΚ τίθεται και με το άρθρο 1259 ΑΚ. Με τη διάταξη αυτή ορίζεται ότι αντικείμενο υποθήκης δεν είναι μόνο «ακίνητα [κατ' ακρίβειαν η κυριότητα επί ακινήτων] που μπορούν να εκποιηθούν» (διά πλειστηριασμού), ώστε να καταστεί δυνατή η ικανοποίηση των ενυπόθηκων δανειστών από το πλειστηρίασμα. Δεκτική υποθήκευση είναι και η επικαρπία επί των εν λόγω ακινήτων, που όμως έχει ισχύ μόνο «για όσο χρόνο διαρκεί αυτή» (η επικαρπία). Με την απόσβεση της συναποσβήνεται και η επ' αυτής υποθήκη<sup>26</sup>. Η ρύθμιση αυτή (του άρθρου 1259 ΑΚ) έχει ιδιαίτερη σημασία στο εξεταζόμενο εδώ ζήτημα για τους ακόλουθους λόγους: Η

ίδιο, ό.π. (υποσημ. 1), § 6, σ. 105 στο τέλος, ο οποίος ρητά δέχεται στο πλαίσιο της τοποθέτησής του επί του ζητήματος των κατά νόμον ορίων του μεταβιβάστου της επικαρπίας με την ιδιωτική βούληση του έχοντος την εξουσία διαθέσεως κυρίου του πράγματος την «άπαξ δυνατότητα μεταβίβασης της επικαρπίας από τον πρώτο επικαρπωτή και μόνο για το χρονικό διάστημα που θα διαρκούσε και η αρχική επικαρπία».

24. Βλ. για το ζήτημα αυτό τη μελέτη μου με τον τίτλο «Σκέψεις για τη διαπίστωση και πλήρωση των κενών στο δίκαιο», ΧρΠΔ 2003, 577-602, ιδιαίτερα υπό ΙΙ.Β. (στην υποενότητα 4, με τον τίτλο «Μέθοδοι πλήρωσης των κενών», σ. 602 και 603), όπου και περαιτέρω παραπομπές (υποσημ. 107 επ.).

25. Ό.π. (υποσημ. 24), υπό ΙΙ.Β.1.α, σ. 582 και 583.

26. Βλ. Απ. Γεωργιάδη, Εμπράγματο Δίκαιο, 2η έκδ., 2010, § 87 αρ. 1-3 και 14 επ., όπου και περαιτέρω παραπομπές στη σχετική νομολογία και θεωρία.

ούσταση υποθήκης (και επί επικαρπίας ακινήτου) συνιστά εμπράγματη εκποιητική δικαιοπραξία, που επάγεται άμεση (εμπράγματη υψής) επιβάρυνση του εφ' ου η συνιστώμενη υποθήκη δικαιώματος κυριότητας. Πρόκειται για την εμπράγματη (erga omnes) εξουσία του ενυπόθηκου δανειστή να ικανοποιηθεί προνομιακά (έναντι των εγγειόγραφων, αλλά και των επόμενης τάξης ενυπόθηκων δανειστών) από το πλειστηρίασμα. Η ευχερώς συναγόμενη από τη διατύπωση του άρθρου 1259 ΑΚ νομοθετική βούληση είναι να μην υπερβαίνει ο χρόνος ισχύος της υποθήκης τη χρονική διάρκεια της επικαρπίας, επειδή με την απόσβεση της επικαρπίας συναποσβήνεται και όλες οι εξουσίες που είχε ο επικαρπωτής, ως εμπράγματος δικαιούχος, επί του πράγματος (μεταξύ αυτών και η εξουσία επιβάρυνσης της επικαρπίας δι' υποθήκης), καθώς επίσης, συνακόλουθα, και ό,τι προσπόρισε δικαιοπρακτικά ο επικαρπωτής σε τρίτους μέσα στα όρια που του επιτρέπει ο νόμος.

Το ενδιαφέρον που εμφανίζει η ως άνω διάταξη του άρθρου 1259 ΑΚ για το εξεταζόμενο εδώ ζήτημα έγκειται, με βάση όλα όσα ήδη αναπτύχθηκαν, σε τούτο: ότι συναρτά με τη διάρκεια της επικαρπίας ο ίδιος ο νομοθέτης την υπόσταση όχι απλώς ενός ενοχικού δικαιώματος που δημιουργείται με την ενοχική σύμβαση παραχώρησης των εξουσιών χρήσης και κάρπωσης (και γενικότερα των εξουσιών υλικής απόλαυσης) του πράγματος, όπως προβλέπει το δεύτερο εδάφιο του άρθρου 1166 ΑΚ. Τη διάρκεια ισχύος της επικαρπίας δεν επιτρέπεται, κατά το άρθρο 1259 ΑΚ, να υπερβαίνει ένα άλλο εμπράγματο δικαίωμα: η επί της επικαρπίας υποθήκη, η οποία προϋποθέτει την υπόσταση του αντικείμενου αυτής, που είναι η (υποθηκευμένη) επικαρπία. Η τομή που επιχειρείται με την ΑΚ 1166 επιλέγεται με την ΑΚ 1259 για ένα εμπράγματο δικαίωμα: την υποθήκη επί επικαρπίας ακινήτου, όχι απλώς προς ικανοποίηση του συμφέροντος του βεβαρημένου με την επικαρπία κυρίου, αλλά και για λόγους συστηματικής συνοχής, χωρίς αξιολογικές αντινομίες στο υποσύστημα του εμπράγματος δικαίου, του οποίου την βάση αποτελεί το δικαίωμα κυριότητας (ΑΚ 1000), ως δικαίωμα καθολικής εξουσίας επί πράγματος. Και η ΑΚ 1166 και η ΑΚ 1259 ενδεικνύουν την ανάγκη αποφυγής μακρόχρονης συρρίκνωσης του ουσιαστικού και βασικού στο υποσύστημα του εμπράγματος δικαίου δικαιώματος της κυριότητας, που συντελείται με την επιβολή στον κύριο μακρόχρονων εμπράγματων βαρών, και προεχόντως μιας άδηλου χρόνου λήξεως επικαρπίας, που απογυμνώνει στο διηνεκές το ουσιαστικό περιεχόμενο της κυριότητας.

δ) Το συμπέρασμα που πρέπει να συναχθεί, με αναφορά στην ανάλυση που προηγήθηκε, είναι ότι επιβάλλεται, κατά τα προεκτεθέντα, χρονική οριοθέτηση του προβλεπόμενου στην ΑΚ 1166 δικαιώματος του κυρίου να καθιστά τη συνιστώμενη επικαρπία δικαίωμα μεταβιβάστο σε άλλον από τον επικαρπωτή. Για την επίτευξη αυτού του μεγάλης σημασίας μέσα στο υποσύστημα του εμπράγματος δικαίου στόχου, τα άρθρα 1166 εδ. 2 και 1259 ΑΚ παρέχουν έρεισμα στον δικαστή για την πλήρωση του κενού που διαπιστώθηκε ότι υφίσταται για την επιβαλλόμενη χρονική οριοθέτηση της αναγνωριζόμενης στον επικαρπωτή εξουσίας διάθεσης της επικαρπίας, που περιλαμβάνει και την κατ' ΑΚ 1166 εδ. 1 ΑΚ μεταβίβαση αυτής από τον επικαρπωτή σε τρίτον (ειδικό διάδοχο του επικαρπωτή στο δικαίωμα επικαρπίας). Και να μεν οι δύο αυτές διατάξεις (ΑΚ 1166 εδ. 2 και 1259) δεν μπορούν να εφαρμοστούν ευθέως για τη χρονική οριοθέτηση του δικαιώματος επικαρπίας, μπορούν όμως και πρέπει, για την ταυτότητα του νομικού λόγου, να εφαρμοσθούν αναλόγως. Πρόκειται κατ' ακρίβειαν για αναγκαία προς πλήρωση κενού δικαστική διάπλαση, που συνίσταται στην χρονική οριοθέτηση τής με την ιδιωτική βούληση του κυρίου συνιστώμενης μεταβιβαστής από τον επικαρπωτή επικαρπίας (αναλογία δικαίου).

ε) Ενισχυτικό της ως άνω (υπό α-δ) επιχειρηματολογίας είναι

και το επιχείρημα από την κατάργηση με τον ΑΚ των εμπράγματων δικαιωμάτων (δουλειών) της εμφύτευσης σε ξένο έδαφος και της «επιφάνειας ή χωριστής κυριότητας σε φυτεία ή δέντρα ή οικοδομές σε ξένο έδαφος»<sup>27</sup>. Ο λόγος για τον οποίον δεν περιελήφθησαν ρυθμίσεις στον ΑΚ για τα αναφερθέντα δικαιώματα είναι ότι, όπως γίνεται γενικώς δεκτό, τα δικαιώματα αυτά οδηγούσαν σε διάσπαση των ουσιαστικών επί του ακινήτου εμπράγματων (erga omnes) εξουσιών του κυρίου, η οποία αδυνάτιζε σε μεγάλο βαθμό την κυριότητα, ως το κεντρικής σημασίας εμπράγματο δικαίωμα, περί το οποίο είναι οργανωμένο ολόκληρο το υποσύστημα του εμπράγματος δικαίου. Η κυριότητα, κατά την αντίληψη του νομοθέτη του ΑΚ, χαρακτηρίζεται από την καθολικότητα των εξουσιών του κυρίου επί του πράγματος (ως προς όλες τις χρησιμότητες αυτού). Αναγκαία συνέπεια αυτής της κεντρικής για την κυριότητα αντίληψης των συντακτών του ΑΚ είναι ότι τα λοιπά εμπράγματα δικαιώματα μόνο περιορισμένα μπορεί να είναι: δηλαδή ένα είδος βαρών για την ικανοποίηση ειδικών σκοπών<sup>28</sup>. Εξ εκ τούτου και ειδικώς όσον αφορά την επικαρπία, που επιτρέπεται να καθίσταται, με τη βούληση του κυρίου, μεταβιβαστέα και κληρονομή, είναι φανερό ότι δεν θα πρέπει αυτή να καθίσταται μέσο επαναφοράς του έννομου αποτελέσματος που θέλησαν να αποκλείσουν οι συντάκτες του ΑΚ με την κατάργηση των εμπράγματων δικαιωμάτων (δουλειών) της εμφύτευσης και της επιφάνειας. Το ηθελημένο από τους συντάκτες του ΑΚ έννομο αποτέλεσμα διά της καταργήσεως των αναφερθεισών δουλειών ήταν η αποτροπή της αποψίλωσης στο διηνεκές της κυριότητας και η διά του τρόπου αυτού μετάλλαξη της από καθολικό επί του πράγματος δικαίωμα, σε ένα δικαίωμα ουσιαστικώς υποδεέστερο των επί του ακινήτου δουλειών της εμφύτευσης και της επιφάνειας. Όπως παρατηρεί εύστοχα ο Σόντης (ό.π., υποσημ. 18, σ. 196), αναφερόμενος στην ΑΚ 1167 (το ίδιο ισχύει όμως και για την ΑΚ 1166), «η εμφύτευσις και η επιφάνεια κατηγορήθησαν δια του ΑΚ ως άσκοποι και επιβλαβείς μορφαί εμπραγμάτων δικαιωμάτων, τυχόν δε αποδοχή ως εγκύρου της ρήτρας κληρονομητής επικαρπίας θα εσήμαιναν ότι ο ημέτερος νόμος [ο ΑΚ] αντικατέστησε τας μορφάς ταύτας δια δικαιώματος εξ ίσου διηνεκούς και έτι μάλλον βλαβερού». Μια τέτοια έννομη συνέπεια –συμπεραίνει ο Σόντης (σ. 196 και 197)– «είναι καταδήλως ασύμφορος εις την εθνικήν οικονομίαν και αποτελεί απaráδεκτον αντίφασιν εις αυτά τα θεμέλια του συστήματος των εμπραγμάτων δικαιωμάτων κατά τον ΑΚ».

### 3. Τα τιθέμενα στον ΑΚ όρια της δικαιοπρακτικής (διά διαθήκης του κυρίου του πράγματος) απόκλισης από τον κατ' ΑΚ 1167 κανόνα του μη κληρονομητού της επικαρπίας

Όπως ήδη διαπιστώθηκε (υπό Γ.1.β), το κληρονομητό ή όχι της επικαρπίας προϋποθέτει επικαρπία συννεστημένη διά δια-

27. Αναφερόμενος ο Β. Οικονομίδης (ό.π., υποσημ. 3) στην ιδιαιτερότητα των (καταργηθέντων με τον ΑΚ) δικαιωμάτων της εμφύτευσης και της επιφάνειας (§ 152, σ. 298-300 και σ. 304-305, με υποσημ. 2, 11, 12, 13, καθώς επίσης § 154, σ. 311 επ. και υποσημ. 12 και 13), χαρακτηρίζει αυτά ως «βραχύ τι παραλλήλωςοντα της ιδιοκτησίας» και «παρέχοντα» στον δικαιούχο αυτών «ιδιοκτήτου σχεδόν εξουσίαν». Πρόκειται για δικαιώματα «κληρονομητά και μεταβιβαστά» με «πρωτεύον γνώρισμα» αυτών ότι είναι «διηνεκή κατά κανόνα».

28. Βλ. την αιτιολόγηση της κατάργησης με τον ΑΚ των δουλειών της εμφύτευσης και της επιφάνειας από τον Εισηγητή του Προσχεδίου του Εμπράγματος Δικαίου *Λέτρο Θηβαίο*, ο οποίος επισημαίνει εύστοχα (Σχέδιο ΑΚ – Εμπράγματο Δίκαιο, εκδ. Εθνικού Τυπογραφείου, 1936, σ. 12 και 13) ότι «εν τη διαμορφώσει δικαιωμάτων επί του πράγματος, άτινα, ως εκ της φύσεως και του προορισμού των, συστέλλουσι το δικαίωμα της κυριότητος, είναι σκόπιμον να αναγνωρίζονται ή τοιαύτα, δι' ών ουχί αισθηώς περιορίζεται η κυριότης (πραγματικά δουλείαι), ή τοιαύτα, εξαντλούντα μεν την κυριότητα», όπως είναι προεχόντως η επικαρπία, «ών όμως η διάρκεια είναι πεπερασμένη χρονικώς (προσωπικά δουλείαι)».

θήκης (κατ' εφαρμογήν των άρθρων 1143, 1712, 1714, 1996 ΑΚ, αλλά και των άρθρων 1193, 1195 και 1198 ΑΚ, όταν αντικείμενο επικαρπίας είναι ακίνητο). Ειδικότερα, στο πλαίσιο και της εδώ (υπό 3) υποενότητας θα πρέπει να παρατηρηθούν συνολικά τα ακόλουθα:

α) Οι επισημανθείσες παραπάνω (υπό Γ.1.) διαφορές του πραγματικού των άρθρων 1166 και 1167 ΑΚ έχουν τη σημασία τους και στο πλαίσιο της ανάπτυξης που αφορά στην εξεταζόμενη εδώ (υπό Γ.3.) ρύθμιση του άρθρου 1167 ΑΚ, ως ρύθμιση, κατά τα προεκτεθέντα (όπως και η ΑΚ 1166), ενδοτικού δικαίου. Ειδικότερα, για τις ανάγκες της ανάπτυξης αυτής θα πρέπει να παρατηρηθούν διευκρινιστικά τα ακόλουθα:

Σύμφωνα με την ΑΚ 1166 η δικαιοπρακτική απόκλιση του κυρίου από τον κανόνα του αμεταβιβάστου της επικαρπίας από τον επικαρπωτή έχει ως αποτέλεσμα να αποκτά ο υπέρ ου η σύσταση της επικαρπίας εξουσία μεταβίβασής της σε άλλον. Το με αυτήν την μεταβίβαση του επικαρπωτή επερχόμενο έννομο αποτέλεσμα έχει όμως απώτατο χρόνο ισχύος τον θάνατο του αρχικού επικαρπωτή. Με τον θάνατο αυτού συναποσβήνεται και η μεταβιβασθείσα από τον επικαρπωτή σε άλλον (ειδικόν διάδοχο αυτού) επικαρπία, όπως αναπτύχθηκε ήδη παραπάνω (υπό Γ.2.), κατ' ανάλογη εφαρμογή των άρθρων 1166 εδ. 2 και 1259 ΑΚ και με πρόσθετο επιχείρημα από την εκδηλωθείσα διά του ΑΚ (και ειδικότερα με την κατάργηση των δουλειών της εμφύτευσης και της επιφάνειας) νομοθετική βούληση αποτροπής της αποψίλωσης της κυριότητας στο διηνεκές ή πάντως για εξωπραγματικά μεγάλο χρόνο από τις εξουσίες υλικής απόλαυσης του πράγματος (παραπάνω, υπό Γ.2.ε).

Αντίθετα προς την ΑΚ 1166, με την ΑΚ 1167 η δικαιοπρακτική απόκλιση του κυρίου από τον κανόνα του μη κληρονομητού της επικαρπίας είναι δυνατή, όπως επισημάνθηκε ήδη παραπάνω (υπό Γ.1.β), μόνο με διαθήκη<sup>29</sup>. Πέραν τούτου η δικαιοπρακτική (διά διατάξεως τελευταίας βουλήσεως) απόκλιση του κυρίου από τον κανόνα του μη κληρονομητού της επικαρπίας δεν έχει ως αποτέλεσμα (αντίθετα προς την ΑΚ 1166) την παροχή στον εγκαθιστάμενο διά της διαθήκης επικαρπωτή (είτε ως κληρονόμον επί δήλου είτε ως άμεσον κληροδότη, κατ' ΑΚ 1996)<sup>30</sup> οποιασδήποτε εξουσίας διαθέσεως. Ο ίδιος ο κύριος, διά της διαθήκης του, μπορεί να ορίσει (ασκώντας την ανήκουσα σε αυτόν ελευθερία του διατιθέναι) ότι η συνιστώμενη διά της διαθήκης του επικαρπία μεταβαίνει, μετά τον θάνατο του επικαρπωτή, στον κατονομαζόμενο σε αυτήν καταπιστευτικό υποκατάστατο<sup>31</sup>. Αιτία δηλαδή της περιέλευσης της επικαρπίας στον τελευταίο είναι η βούληση του διαθέτη, η οποία περιβάλλεται τον προβλεπόμενο στις διατάξεις του δεύτερου κεφαλαίου του κληρονομικού δικαίου (ΑΚ 1716 επ.) τύπο και υπόκειται

29. Έτσι ρητά *Ψούνη*, Κληρονομικό Δίκαιο II, Β' έκδ., 2011, § 13 Β, σ. 166: «Η καταπιστευτική κληροδοσία συνιστάται πάντοτε με τη βούληση του διαθέτη (διαθήκη)». Πρβλ. και *Αγγ. Κορνηλάκη*, ό.π. (υποσημ. 1), § 9, σ. 164 στο τέλος και υποσημ. 301, καθώς επίσης *Π. Παπανικολάου*, στον ΑΚ Γεωργιάδη/Σταθόπουλου, Εισαγ. παρατηρήσεις στα άρθρα 1967-2010, αρ. 24 και άρθρο 2009, αρ. 1. Βλ. και παρακάτω, υποσημ. 31.

30. Πρβλ. *Σόντης*, ό.π. (υποσημ. 18), υπό Γ.11., σ. 194.

31. Μολοντί, θεωρητικά δεν μπορεί να αποκλειστεί η δυνατότητα του διαθέτη να καταστήσει τη συνιστώμενη από αυτόν (διά της διαθήκης του) επικαρπία κληρονομητή, με την εγκατάσταση του επικαρπωτή ως κληρονόμου επί δήλου (και συνακόλουθα και καταπιστευματοδόχου επί δήλου), εν τούτοις (λαμβάνοντας υπόψη και τον ερμηνευτικό κανόνα του άρθρου 1800 § 2 ΑΚ) θα πρέπει να γίνει δεκτό ότι το μόρφωμα που ανταποκρίνεται στην ισχύουσα και επί της επικαρπίας, ως εμπράγματος δικαιώματος αρχή της ειδικότητας, είναι εδώ όχι το κληρονομικό καταπίστευμα (για το οποίο θα ίσχυε πάντως η απαγόρευση του άρθρου 1923 ΑΚ), αλλά η καταπιστευτική υποκατάσταση (υπό τους περιορισμούς φυσικά που θέτουν οι διατάξεις των άρθρων 2009 και 2010 ΑΚ), όπως εξετάζεται παρακάτω, υπό γ.

στις οριζόμενες στο ίδιο κεφάλαιο με κανόνες αναγκαστικού δικαίου διατυπώσεις. Η γενεσιουργός δηλαδή υπέρ του καταπιστευτικού υποκαταστάτου αιτία κτήσης της επικαρπίας είναι η διαθήκη του κυρίου του πράγματος<sup>32</sup>. Η αιτία αυτή υπόκειται ευθέως (και όχι κατ' αναλογίαν, όπως στην ΑΚ 1166) στους τιθέμενους με τα άρθρα 2009 και 2010 περιορισμούς, όπως εξετάζεται αμέσως παρακάτω (υπό β και γ). Ειδικότερα:

**β)** Η κατανόηση του περιεχομένου των άρθρων 2009 και 2010 προϋποθέτει γνώση της ρύθμισης του άρθρου 1923 ΑΚ, και ειδικότερα της § 2 αυτού, στην οποία ρητά αναγράφεται ότι η προβλεπόμενη στην § 1 του εν λόγω άρθρου υποχρέωση που μπορεί να επιβάλει ο διαθέτης στον κληρονόμο [«να παραδώσει έπειτα από ορισμένο γεγονός ή χρονικό σημείο την κληρονομία ... σε άλλον (καταπιστευματοδόχο)»] «δεν μπορεί» – κατά την § 2 του ίδιου άρθρου– «να επιβληθεί στον καταπιστευματοδόχο». Με τη διάταξη αυτή, η οποία, όπως γίνεται παγίως δεκτό, είναι αναγκαστικού δικαίου, απαγορεύεται το διαδοχικό καταπίστευμα (καταπίστευμα επί καταπιστεύματος)<sup>33</sup>. Η παραβίαση του εν λόγω αναγκαστικού δικαίου κανόνα με αντίθετη προς αυτόν ρήτρα σε διαθήκη καθιστά τη ρήτρα αυτή άκυρη κατ' εφαρμογήν του άρθρου 174 ΑΚ.

**γ)** Ομοιότητα προς την ως άνω (υπό β) αναγκαστικού δικαίου ρύθμιση, που θέτει επίσης φραγμό στην ιδιωτική βούληση, απαγορεύοντας με ποινή ακυρότητας τη δημιουργία διά της διαθήκης διαδοχικών κληρονομικών καταπιστευμάτων, εμφανίζουν και οι ενταγμένες στο κεφάλαιο του ΑΚ για τις κληροδοσίες (ΑΚ 1967 επ.) διατάξεις των άρθρων 2009 και 2010 ΑΚ, που απαγορεύουν την «πολλαπλή δια διαθήκης καταπιστευτική υποκατάσταση» του κληροδόχου. Ειδικότερα, με την κατ' ΑΚ 2009 ρύθμιση η καταπιστευτική υποκατάσταση τελεί υπό σοβαρούς περιορισμούς, επιτρεπόμενη μόνο για «κοινωφελή σκοπό υπέρ ενός περιορισμένου κύκλου εξ αίματος συγγενών του διαθέτη». Αντίστοιχοι περιορισμοί στη βούληση του διαθέτη να προβλέψει διαδοχική υποκατάσταση του κληροδόχου τίθενται επίσης και με την επόμενη διάταξη του ίδιου κεφαλαίου (άρθρο 2010 ΑΚ). Με το τελευταίο εδάφιο του άρθρου 2009 ΑΚ ρητά μάλιστα επαναλαμβάνεται ο ίδιος απαγορευτικός κανόνας που ισχύει και επί καταπιστεύματος κατ' ΑΚ 1923 (ο κανόνας που απαγορεύει το καταπίστευμα επί καταπιστεύματος). Κατά τη ρητή διατύπωση του άρθρου 2009 ΑΚ (εδ. τελευταίο), «η υποκατάσταση δεν ισχύει για άλλο περαιτέρω πρόσωπο». Παρά τη διαφορά της διατύπωσης στην ΑΚ 2010, αντίστοιχη είναι και η απαγόρευση που τίθεται με τη διάταξη αυτή. Για το ρυθμιζόμενο με τη διάταξη αυτή «οικογενειακό κληροδόχημα», διευκρινίζεται ρητά ότι «θεωρούνται ότι έχουν τιμηθεί με κληροδοσία κατά υποκατάσταση

32. Πρόκειται, όπως παρατηρεί εύστοχα ο Σύντης (ό.π., υποσημ. 30), σ. 195, περί «*uno actu δευτέρας* [διά της αυτής διαθήκης] *συστάσεως επικαρπίας*» από το αυτό πρόσωπο: τον συστήσαντα και την χρονικά πρώτη (με άμεση κληρονομική εγκατάσταση ή κληροδοσία) επικαρπία υπέρ του άμεσου κληρονόμου του (επί δήλου) ή κληροδόχου κατ' ΑΚ 1996. Υπό το πρίσμα αυτό ορθώς κάνει λόγο ο ίδιος συγγραφέας στην αναφερθείσα μελέτη του (σ. 207, υπό Ι-ΙΙ.1.) για *uno actu* (διά διαθήκης) σύσταση «*δύο διαδοχικών επικαρπιών*» από τον διαθέτη. Θα πρέπει μάλιστα να διευκρινιστεί, όπως επισημαίνει ο ίδιος συγγραφέας (σ. 199), ότι ο διαθέτης δεν έχει καν την ευχέρεια να αναθέσει τον προσδιορισμό του προσώπου του καταπιστευματοδόχου ή και του καταπιστευτικού υποκαταστάτου στον εγκατασταθέντα διά της διαθήκης του (αρχικό) επικαρπική, δεδομένου ότι αυτό θα προσέκρουε στον απαγορευτικό κανόνα του άρθρου 1789 ΑΚ, σύμφωνα με το εδάφιο 2 του οποίου «ο διαθέτης δεν μπορεί ... να αναθέσει σε άλλον τον προσδιορισμό του τιμωμένου» [εν προκειμένου του οριζόμενου διά της διαθήκης ως καταπιστευματοδόχου (επί δήλου) ή καταπιστευτικού υποκαταστάτου στην επικαρπία προσώπου].

33. Βλ. για το ζήτημα αυτό τις εύστοχες κριτικές επισημάνσεις του Σύντη, ό.π. (υποσημ. 32), καθώς επίσης τους αναφερόμενους από αυτόν συγγραφείς, με περαιτέρω παραπομπές και στη σχετική βιβλιογραφία (υποσημ. 16, 17 και 19).

εκείνοι μόνο από τους συγγενείς του προηγούμενου άρθρου, οι οποίοι θα κληρονομούσαν εξ αδιαθέτου τον διαθέτη, αν πέθαινε τότε που πέθανε ο βεβαρημένος πρώτος κληροδόχος»<sup>34</sup>.

δ) Όλες οι προεκτεθείσες σκέψεις (υπό α, β και γ) που αφορούν στο εξεταζόμενο εδώ ζήτημα των ορίων της νομικά επιτρεπτής δικαιοπρακτικής (διά διαθήκης) απόκλισης από τον κατά το άρθρο 1167 ΑΚ κανόνα του μη κληρονομητού της επικαρπίας, τις οποίες υιοθετούν πλέον και η νομολογία και η νομική θεωρία<sup>35</sup>, παρέχουν ασφαλές έρεισμα για μια *de lege lata* οριοθέτηση της όλως ασαφούς διά του άρθρου αυτού επιφύλαξης της εν λόγω δικαιοπρακτικής απόκλισης του κυρίου του πράγματος από τον προαναφερθέντα κανόνα του μη κληρονομητού της επικαρπίας. Απώτατο ως εκ τούτου όριο της κληρονομητής κατά το άρθρο 1167 ΑΚ επικαρπίας είναι ο θάνατος του εγκαταστάτου με τη διαθήκη (υπό την ιδιότητα είτε του καταπιστευματοδόχου κατ' ΑΚ 1923 είτε του υποκαταστάτου κληροδόχου κατ' ΑΚ 2009, 2010) επικαρπιακή.

### III. Συμπερασματική τοποθέτηση

Είχα την ευκαιρία στο παρελθόν, στο πλαίσιο Συνεδρίου για την «Καλή νομοθέτηση ως αναγκαία προϋπόθεση μιας δίκαιης και αποτελεσματικής λειτουργίας της πολιτείας»<sup>36</sup>, να επισημάνω ότι η επιταγή καλής νομοθέτησης είναι μια θεμελιώδης δικαιοκρατική επιταγή, όπως αυτή αποτυπώνεται γενικότερα στο άρθρο 25 § 2 του Συντάγματος. Πρόκειται κατ' ακρίβειαν για ένα συνταγματικά θεμελιωμένο καθήκον του νομοθέτη, που εντάσσεται στον πυρήνα των περί του πρακτέου επιταγών της ελληνικής έννομης τάξης. Άλλωστε, όπως αντανακλάται στο αφορών στα συνταγματικά όρια άσκησης της κυβερνητικής πολιτικής άρθρο 82 § 1 του Συντάγματος, ουδεμία πολιτειακή δραστηριότητα κείται εκτός Συντάγματος. Από το πνεύμα αυτό εμφορείται και ο νόμος 4948/2012 για τις «*Αρχές και τα λοιπά μέσα Καλής Νομοθέτησης*». Ένα από τα επισημαινόμενα στην αιτιολογική έκθεση του εν λόγω νόμου αίτια κακής νομοθέτησης, για την άρση των οποίων παρέχει κατεύθυνση με τις διατάξεις του ο εν λόγω νόμος, είναι και η ανεπαρκής εξέταση της ανάγκης νομοθετικής παρέμβασης, ύστερα από έλεγχο της επάρκειας των υφιστάμενων ήδη ρυθμίσεων και των συνεπειών της νομοθετικής παρέμβασης. Καθήκον της Πολιτείας σε επίπεδο νομοθετικής πολιτικής είναι να μη διαταράσσεται με τη νομοθετική παρέμβαση η διασφαλισμένη στην πράξη ισορροπία της υφιστάμενης ρύθμισης, με άστοχες ή πάντως αμφίβολης ορθότητας νομοθετικές μεταβολές. Αυτός ο έλεγχος απαιτεί προεχόντως στάθμιση των επηρεαζόμενων από τη νομοθετική παρέμβαση συγκρουόμενων ενδεχομένων δικαιωμάτων και πρέπει να επιχειρείται με αναγωγή στα κρίσιμα κατά περίπτωση αξιολογικά για τη στάθμιση κριτήρια. Συναφώς επίσης αναγκαίος όρος καλής νομοθέτησης είναι η συστηματική συνοχή και εναρμόνιση της νομοθετικής παρέμβασης με τις ρυθμίσεις του υποσυστήματος δικαίου στο οποίο εντάσσεται η τελευταία και η αποφυγή εσωτερικών αντινομιών ή πάντως

34. Διεξοδική είναι η ερμηνεία των αναφερόμενων στο κείμενο διατάξεων (ΑΚ 2009 και 2010) από τον Π. Παπανικολάου, Καταπιστευτική υποκατάσταση και οικογενειακή κληροδοσία (ΑΚ 2009, 2010), στον τιμ. τόμο Ν. Παπαντωνίου, 1996, σ. 623 επ. = ΝοΒ 41 (1993), 417 επ. = Π. Παπανικολάου, Μελέτες Αστικού Δικαίου, 2012, σ. 235 επ., με περαιτέρω παραπομπές στη σχετική νομολογία και θεωρία. Βλ. επίσης τον ίδιο, στον ΑΚ Γεωργιάδη/Σταθόπουλου, τόμος Χ, άρθρα 2009 και 2010. Ομοίως Απ. Γεωργιάδης, Κληρονομικό Δίκαιο, 2009, § 59 αρ. 14 και υποσημ. 19 και 20. Βλ. επίσης την εμπεριστατωμένη για το ίδιο ζήτημα ανάπτυξη του Ν. Παπαντωνίου, ΚληρΔ, 5η έκδ., § 26ζ, σ. 137-141 και Ψούνη, ό.π. (υποσημ. 29), § 13 V, σ. 165-169, με περαιτέρω πλούσια βιβλιογραφική ενημέρωση (βλ. υποσημ. 302-322).

35. Βλ. υποσημ. 11-13 και 16-23.

36. Βλ. παραπάνω, υποσημ. 7 (στο τέλος).

ατελούς συντονισμού των υφιστάμενων ρυθμίσεων με τη νομοθετική παρέμβαση. Σε κάθε περίπτωση οι επισημανθέντες εδώ κίνδυνοι επιτείνονται και από ενδεχόμενη προχειρότητα της νομοθετικής διατύπωσης.

Στόχος της ανάπτυξης στις δύο προηγούμενες ενότητες (υπό Ι και ΙΙ) δεν ήταν βεβαίως μόνο η *de lege ferenda* κατάδειξη της αστοχίας της διατυπωθείσας [το πρώτον με το ισχύον (διά του α.ν. 2250/1940 και του ν.δ. της 7/10 Μαΐου 1946) κείμενο του ΑΚ] στα άρθρα 1166 και 1167 ΑΚ επιφύλαξης «*εφόσον δεν ωρίσθη άλλως*». Στόχος της μελέτης είναι η *de lege lata* ανάδειξη των τιθέμενων στο ισχύον δίκαιο ορίων της δικαιοπρακτικής απόκλισης από τον κανόνα του μη μεταβιβαστού και μη κληρονομητού της επικαρπίας, που επιτράπη με την ως άνω επιφύλαξη. Η επιχειρηθείσα για το ζήτημα αυτό ανάπτυξη (υπό Ι και ΙΙ) στηρίζεται πάντως σε μια κριτική τοποθέτηση απέναντι στην πρωτοβουλία του Γ. Μπαλή, ως συντάκτη του τελικού κειμένου του ισχύοντος ΑΚ, να θέσει στις ως άνω διατάξεις την γενικόλογα και με μεγάλη αοριστία διατυπωμένη επιφύλαξη «*εφόσον δεν ωρίσθη άλλως*». Η προσθήκη από τον τελευταίο της επιφύλαξης αυτής στο απολύτως ισορροπημένο και εναρμονισμένο με το όλο υποσύστημα του εμπράγματος δικαίου στον ΑΚ κείμενο των άρθρων 203 και 204 του Σχεδίου ΑΚ της Συντακτικής Επιτροπής υπήρξε άστοχη για τους αναπτυχθέντες ήδη (υπό Ι και ΙΙ) λόγους και συνιστά παράδειγμα κακής νομοθέτησης για τους εκτιθέμενους εδώ (υπό ΙΙΙ) λόγους. Η νομοθετική πρωτοβουλία του Μπαλή, ερήμην των λοιπών μελών της Συντακτικής Επιτροπής<sup>37</sup>, να καταστήσει διά της εισαγωγής του ΑΚ τους κανόνες των άρθρων 1166 και 1167 ΑΚ ενδοτικού δικαίου, διέταξε σε μεγάλο βαθμό την ισορροπία του υποσυστήματος του εμπράγματος δικαίου, την οποία επιχειρεί (*de lege lata* βεβαίως) να εξισορροπήσει στην πράξη, όπως ήδη αναπτύχθηκε (υπό ΙΙ.Β. και Γ), η ελληνική νομολογία και νομική θεωρία.

Παρά τον ως άνω κριτικό σχολιασμό, θα ήταν πάντως όχι μόνο δυσχερές, αλλά και προβληματικό να θεωρηθεί η άστοχη, κατά τα προεκτεθέντα, επιφύλαξη που έχει διατυπωθεί στα άρθρα 1166 και 1167 ΑΚ («*εφόσον δεν ορίστηκε διαφορετικά*») αντισυνταγματική. Τη συνταγματικότητά της διαφυλάσσει ο ερμηνευτικός προσδιορισμός από τη νομολογία και τη νομική θεωρία των ορίων της επιτρεπτής κατά τις κείμενες διατάξεις δικαιοπρακτικής απόκλισης από τους κατά τα άρθρα 1166 και 1167 ΑΚ κανόνες του μη μεταβιβαστού και μη κληρονομητού της επικαρπίας. Το κενό που δημιουργείται από την αοριστία με την οποία είναι διατυπωμένη στα εν λόγω άρθρα η επιφύλαξη «*εφόσον δεν ορίστηκε διαφορετικά*», αναφορικά με τα απώτατα στην ελληνική έννομη τάξη όρια της δικαιοπρακτικής απόκλισης του κυρίου από τον ισχύοντα κανόνα του μη μεταβιβαστού και μη κληρονομητού της επικαρπίας (ως προσωπικής δουλείας), έχει δικαίωμα και καθήκον να διαπισώσει, αν υφίσταται, και να πληρώσει ο δικαστής, όπως ήδη αναπτύχθηκε (παραπάνω, υπό ΙΙ.Γ.). Πρόκειται για οφειλόμενη από τον δικαστή ερμηνευτική αναζήτηση (μέσα στο σύστημα του ισχύοντος δικαίου)<sup>38</sup> των εν λόγω ορίων, τα οποία σαφώς και είναι *de lege lata* υποστατά για τους λόγους που εκτέθηκαν ήδη στην πρώτη (υπό Ι) ενότητα της μελέτης και αναλυτικότερα στις ενότητες ΙΙ.Β. και Γ. Υπό το πρίσμα αυτό είναι πρόδηλο ότι η διαπίστωση και πλήρωση του εν λόγω κενού από τα δικαστήρια δεν συνιστά αντιποίηση νομοθετικής εξουσίας από αυτά κατά παράβαση του άρθρου 26 Σ. Θα ήταν παραλογισμός (και όχι μόνο νομι-

κός), όπως αναπτύχθηκε ήδη παραπάνω (υπό Ι), να θεωρηθεί ότι η ιδιωτική βούληση είναι εν προκειμένω απεριορίστη, φθάνοντας έτσι σε πλήρη αχρήστευση του ισχύοντος (και με βάση το γράμμα των ΑΚ 1166 και 1167) κανόνα του μη μεταβιβαστού και μη κληρονομητού της επικαρπίας. Μια τέτοια θέση θα οδηγούσε σε πλήρη μετάλλαξη του περιεχομένου και της λειτουργίας της κυριότητας, ως καθολικής εξουσίας επί του πράγματος, που αποτελεί τον άξονα, περί τον οποίον οργανώνεται όλο το υποσύστημα του εμπράγματος δικαίου, με άμεση βεβαίως αντανάκλαση και στην οικονομική ζωή των πολιτών, όπως είχε επισημάνει ο Σόντης, ήδη πριν από μισό περίπου αιώνα<sup>39</sup>.

Η κατά τα προεκτεθέντα οριοθέτηση του αναγνωριζόμενου με τις ΑΚ 1166 και 1167 δικαιώματος δικαιοπρακτικής απόκλισης του κυρίου από τον κανόνα του μη μεταβιβαστού και μη κληρονομητού της επικαρπίας πρέπει να γίνει, για τους λόγους που αναπτύχθηκαν ήδη παραπάνω (υπό ΙΙ.Γ.2. και ΙΙ.Γ.3.), με διακριτή αναφορά σε καθεμία από τις αναφερθείσες δύο διατάξεις. Τα για λόγους και ασφάλειας δικαίου απώτατα όρια δικαιοπρακτικής απόκλισης του κυρίου από τους ως άνω κανόνες του μη μεταβιβαστού και μη κληρονομητού της επικαρπίας τίθενται διακριτώς για καθένα από τα εν μέρει διαφορετικά πραγματικά των άρθρων 1166 και 1167 ΑΚ. Ειδικότερα: Για το πραγματικό κατά πρώτον της ΑΚ 1166, που αφορά στη σύσταση μεταβιβαστής από τον επικαρπωτή επικαρπίας, απώτατο όριο ισχύος της μεταβίβασης (από τον επικαρπωτή) επικαρπίας είναι ο θάνατος του ορισθέντος από τον κύριο επικαρπωτή. Αυτός επάγεται απόσβεση της συνεστημένης υπέρ αυτού επικαρπίας (ΑΚ 1167) και συνεπφέρει (κατ' ανάλογη εφαρμογή των ΑΚ 1166 εδ. 2 και 1259 και με επιχείρημα και από την κατάργηση με τον ΑΚ των διατάξεων για τη σύσταση των επαχθών για τον κύριο δουλειών της εμφύτευσης και της επιφάνειας) απόσβεση και της επικαρπίας που απέκτησε τρίτος διά συμβάσεώς του με τον αρχικό επικαρπωτή (σύμβασης μεταβίβασης της επικαρπίας από τον επικαρπωτή στον ειδικό του ως προς την επικαρπία διάδοχο).

Η παραπάνω θέση διαφοροποιείται εν μέρει στην περίπτωση της κατ' ΑΚ 1167 επιτρεπτής δικαιοπρακτικής απόκλισης του κυρίου από τον κανόνα (με βάση την ίδια διάταξη) του μη κληρονομητού της επικαρπίας (ως προσωπικής δουλείας). Η *ratio* της εν λόγω ρύθμισης, όπως ήδη αναπτύχθηκε (υπό Ι.Ι.Γ.1.), συνέχεται με το συνήθως συμβαίνον επί διαθηκών: ότι τα τιμώμενα με τη διαθήκη πρόσωπα (είτε ως καθολικοί είτε ως ειδικοί διάδοχοι, είτε άμεσοι είτε υπό προθεσμία ή αίρεση) είναι οικεία στον διαθέτη πρόσωπα, για τα οποία αυτός μεριμνά διά της διαθήκης του για τον χρόνο μετά τον θάνατό του. Αυτός είναι ο ουσιαστικός λόγος για τον οποίον ο νομοθέτης θεωρεί εύλογο να επιβαρύνει τον αρχικό κληρονόμο ή κληροδόχο με καταπίστευμα ή καταπιστευτική υποκατάσταση κατ' εφαρμογή των άρθρων 1923, 2009 και 2010 ΑΚ. Απώτατο όριο ισχύος της εν λόγω κληρονομητής (διά της ιδιωτικής βουλήσεως) επικαρπίας είναι ο θάνατος του υπό την ιδιότητα του υποκατάστατου κληροδόχου εγκατεστημένου επικαρπωτή. Αυτό που απαγορεύει εν προκειμένω ο νόμος είναι η επιβάρυνση του καταπιστευτικού υποκαταστάτου με μια περαιτέρω (δεύτερη) καταπιστευτική υποκατάσταση. Στην περίπτωση αυτή πάντως, όπως ήδη αναπτύχθηκε (υπό ΙΙ.Γ.3.α), πρόκειται για ευθεία εφαρμογή των άρθρων 2009 και 2010 ΑΚ, δεδομένου ότι η εγκατάσταση στη συσταθείσα κληρονομητή επικαρπία γίνεται από τον κύριο πράγματος (που έχει την εξουσία διαθέσεως) με διαθήκη, υπό τη μορφή εγκατάστασης καταπιστευτικού υποκαταστάτου, στον οποίον περιέρχεται η επικαρπία (υπό τις προϋποθέσεις των αναφερθεισών διατάξεων) όταν παύσει να είναι κληροδόχος (κατά τη βούληση του διαθέτη) ο αρχικός δυνάμει της διαθήκης επικαρπωτής.

37. Βλ. σχετικά Σταθόπουλο, ό.π. (υποσημ. 8), αρ. 48, ο οποίος παρατηρεί εύστοχα ότι «ο σε γενικές γραμμές άρτιος ΑΚ του 1940 δεν στερείται αδυναμιών και μετά την τελική επεξεργασία του από τον Μπαλή, αδυναμιών που ίσως θα είχαν αποφευχθεί αν είχαν σ' αυτό συμπράξει και τα άλλα μέλη της Συντακτικής Επιτροπής».

38. Βλ. για το ζήτημα αυτό Φ. Διωρή, Ερμηνεία των νόμων με αναγωγή σε συνταγματικές διατάξεις στη νομολογία των πολιτικών δικαστηρίων, ΕλλΔνη 1991, 1188 επ., ιδιαίτερα υπό ΙΙ.1.γ και ΙΙ.3., 1190 επ. και 1195 επ.

39. Βλ. παραπάνω, υπό ΙΙ.Γ.2.ε, στο τέλος.