

ΤΙΜΗΤΙΚΟΣ ΤΟΜΟΣ
ΔΗΜΗΤΡΙΟΥ Ν. ΜΑΝΙΩΤΗ

© & Εκδόσεις Πανεπιστημίου Μακεδονίας
Θεσσαλονίκη 2021

ISBN: 978-618-0000-00-0

Επιμέλεια παραγωγής: Εκδόσεις Πανεπιστημίου Μακεδονίας

Εκδόσεις Πανεπιστημίου Μακεδονίας
Εγνατία 156, 546 36 Θεσσαλονίκη
Τηλ. 2310 891 743

Απαγορεύεται η με οποιονδήποτε τρόπο αναπαραγωγή του συνόλου ή μέρους του παρόντος, με οποιοδήποτε μέσο, μηχανικό, ηλεκτρονικό, φωτοτυπικό ή άλλο, χωρίς την γραπτή άδεια του συγγραφέα, συμφώνως με τον Νόμο 2121/1993 και τους κανόνες του Διεθνούς Δικαίου που ισχύουν στην Ελλάδα.

ΤΙΜΗΤΙΚΟΣ ΤΟΜΟΣ
ΔΗΜΗΤΡΙΟΥ Ν. ΜΑΝΙΩΤΗ

Επιτροπή Εκδόσεως:
Παναγιώτης Η. Κολοτούρος
Σπυρίδων Κ. Τσαντίνης
Ιωάννης Π. Μαντζουράνης

Θεσσαλονίκη 2021



ΠΡΟΛΟΓΟΣ

Ο ΠΑΡΩΝ ΤΙΜΗΤΙΚΟΣ ΤΟΜΟΣ αφιερώνεται στον ομότιμο καθηγητή της Νομικής Σχολής του Δημοκριτείου Πανεπιστημίου Θράκης, Δημήτριο Ν. Μανιώτη, έναν διακεκριμένο νομικό που επί πενήντα περίπου έτη υπηρέτησε ακοπίαστα την επιστήμη του Αστικού Δικονομικού Δικαίου.

Ο τιμώμενος καθηγητής γεννήθηκε στη Θεσσαλονίκη το 1954, όπου και ολοκλήρωσε τις εγκύκλιες σπουδές του, και έλαβε το πτυχίο του από τη Νομική Σχολή του Αριστοτελείου Πανεπιστημίου το 1976. Ακολούθως μετέβη στο Φράιμπουργκ Γερμανίας, προκειμένου να εκπονήσει στο πλευρό του διαπρεπούς καθηγητή *Peter Arens* διδακτορική διατριβή με θέμα «Το δικονομικό πταίσμα και ο αντικειμενικός αποκλεισμός. Δύο ερμηνευτικά προβλήματα της § 233 γερμΚΠολΔ» (*Das prozessuale Verschulden und die objektive Prækclusion. Zwei Auslegungsprobleme des § 233 ZPO*). Το 1983 ανακηρύχθηκε διδάκτορας του πανεπιστημίου Αλβέρτος-Λουδοβίκος (*Albert-Ludwigs Universität Freiburg*) και το 1984 εξελέγη λέκτορας στη Νομική Σχολή του Δημοκριτείου Πανεπιστημίου Θράκης. Έκτοτε και μέχρι το 2021, οπότε και αφυπηρέτησε με την ιδιότητα του τακτικού καθηγητή λόγω συμπλήρωσης του ορίου ηλικίας, γαλούχησε με τη γνώση, το ήθος και την ψυχική ευγένεια που τον διακρίνει πολλές γενιές φοιτητών, ενώ συνέβαλε καθοριστικά στην καλλιέργεια των διεθνών σχέσεων του Δημοκριτείου Πανεπιστημίου με ακαδημαϊκά ιδρύματα της Γερμανίας, της Ιαπωνίας, της Ισπανίας, της Ιταλίας και της Ουγγαρίας.

Ο Δημήτριος Ν. Μανιώτης αναδείχθηκε βαθύς ερευνητής των δικονομικών θεσμών συγγράφοντας μονογραφίες για ζητήματα σπουδαίας δογματικής σημασίας, όπως «Η αρχή τηρήσεως προδικασίας κατά τον ΚΠολΔ» (1994) και οι «Αρχές του δικαίου αποδείξεως» (2013). Συγχρόνως όμως είχε πάντοτε το βλέμμα του στραμμένο στην πρακτική εφαρμογή του δικαίου αφιερώνοντας πλήθος μελετών στην Διοίκηση της Δικαιοσύνης, στην αποτελεσματικότητα της παρεχόμενης δικαστικής προστασίας και στην αποδεικτική αξιοποίηση των εργαλείων που προσφέρει η ψηφιακή τεχνολογία. Την πρακτική εφαρμογή του δικαίου υπηρέτησε άλλωστε και ο ίδιος, καθώς από το 2006 έως το 2012 διετέλεσε μέλος του Ανώτατου Ειδικού Δικαστηρίου, του Δικαστηρίου Εκδικάσεως Αγωγών Κακοδικίας και του Δικαστηρίου του άρθρ. 88 § 2 του Συντάγματος. Από την ογκώδη συγγραφική προσφορά του αξίζουν να σημειωθούν εδώ, έστω και κατά τυχαία επιλογή, οι μονογραφίες του «Η συμβολή των συστημάτων διορισμού και ελέγχου των δικαστικών λειτουργών στην

κατοχύρωση της δικαστικής ανεξαρτησίας» (1989), «Η ψηφιακή υπογραφή ως μέσο διαπιστώσεως της γνησιότητας των εγγράφων στο αστικό δικονομικό δίκαιο» (1998) και «Η σύναψη της ηλεκτρονικής συμβάσεως και η ευθύνη των παρεχόντων συνδρομή στην κατοχύρωση της γνησιότητας και του αναλλοίωτου των ηλεκτρονικών εγγράφων» (2003). Στην εργογραφία του τιμώμενου καθηγητή περιλαμβάνονται ακόμη περισσότερες από είκοσι μελέτες δημοσιευμένες σε ξενόγλωσσα νομικά περιοδικά, καθώς και μία συστηματική παρουσίαση της ελληνικής πολιτικής δίκης γραμμένη στην αγγλική γλώσσα (*Maniotis/Tsantinis, Civil Justice in Greece, 2010*).

Η παρούσα έκδοση αποτελεί ένδειξη αναγνώρισης του επιστημονικού έργου του τιμώμενου καθηγητή εκ μέρους συναδέλφων, φίλων και μαθητών του. Η ευχή ότι ο Δημήτριος Μανιώτης θα συνεχίσει, και μετά την γόνιμη καθηγεσία του, να προσφέρει στην ακαδημαϊκή κοινότητα, αποτελεί ευχή και της Επιτροπής Εκδόσεως.

Αθήνα, Δεκέμβριος 2021

Η Επιτροπή Εκδόσεως
Καθηγητής Παναγιώτης Η. Κολοτούρος
Καθηγητής Σπυρίδων Κ. Τσαντίνης
Επίκ. Καθηγητής Ιωάννης Π. Μαντζουράνης

Π Ε Ρ Ι Ε Χ Ο Μ Ε Ν Α

Η υποχρέωση για κοινολόγηση της παραβίασης προσωπικών δεδομένων σύμφωνα με τον Γενικό Κανονισμό Προστασίας Δεδομένων. Συμβολή στην ερμηνεία των άρθρων 33 και 34 ΓΚΠΔ <i>Ευγενία Αλεξανδροπούλου-Αιγυπτιάδου</i>	1
Καταχρηστική άσκηση του δικαιώματος διατροφής λόγω παραβίασης από τον δικαιούχο του άρθρου 1507 ΑΚ έναντι του υποχρέου <i>Χρήστος Γ. Ανυφαντής</i>	15
Χρόνος επελεύσεως των εννόμων συνεπειών της ακυρωτικής της αναγκαστικής εκτελέσεως αποφάσεως <i>Πάρις Αρβανιτάκης</i>	29
Η αρχή της απαγόρευσης διακρίσεων ως βάση προσεγγίσεων δικονομικού δικαίου. Σκέψεις με αφορμή την απόφαση του Δ.Ε.Ε.: C-30/19 Diskrimineringsombudsmannen vs. Braathens Regional Aviation AB <i>Ευαγγελία Ασημακοπούλου</i>	35
Η δωσιδικία της αξιόποινης πράξης κατά το άρθρο 7 σημ. 3 του κανονισμού Βρυξέλλες Ια <i>Ευάγγελος Βασιλακάκης</i>	47
Επίκαιρα δικονομικά ζητήματα στο πεδίο των συγγενικών δικαιωμάτων (Με αφορμή την ΕφΘεσ 350/2021) <i>Αναστασία Βεζυρτζή</i>	63
Non-Financial Statements in Greek Company Law <i>Nikolaos Vervessos</i>	77
Δικονομικού δικαίου ζητήματα από τη διαδικασία συγχωνεύσεως ανωνύμων εταιρειών και μετέπειτα ανακλήσεως της σχετικής εγκριτικής αποφάσεως. Μέσα εκτελέσεως - Προσωρινή ρύθμιση καταστάσεως <i>Πελαγία Γέσιου-Φαλτσή</i>	91
Ζητήματα υπαιτιότητας και καταλογισμού στο πεδίο έκδοσης ακάλυπτης επιταγής <i>Γεώργιος-Αλέξανδρος Αθ. Γεωργιάδης</i>	113

Η απλοποιημένη διαδικασία πτωχεύσεων μικρού αντικειμένου κατά το Ν. 4738/2020. Δικονομικά ζητήματα και <i>de lege ferenda</i> προτάσεις <i>Παναγιώτης Σ. Γιαννόπουλος</i>	125
Η δίκη του Ιησού και το Ρωμαϊκό δίκαιο στην πράξη <i>Μαρία Σ. Γιούνη</i>	153
Αρμοδιότητα για την αναστολή εκτέλεσης ασφαλιστικών μέτρων του άρθρου 724 ΚΠολΔ <i>Ιωάννης Στ. Δεληκωστόπουλος</i>	169
Η σχέση της διαμαρτυρίας με τη δίκη ψευδομαρτυριών στην κλασική Αθήνα <i>Αθανάσιος Α. Δέλιος</i>	179
Σκέψεις περί του οριστικού ή μη χαρακτήρα της παραπεμπτικής λόγω αναρμοδιότητας αποφάσεως <i>Αντώνιος Διακονής</i>	189
Ζητήματα από την <i>ex lege</i> (κατ' άρθρ. 30 § 3 ΚΕΔΕ) εκχώρηση απαίτησης αδικαιολόγητου πλουτισμού υπέρ του καθ' ού η εκτέλεση οφειλέτη στην κατάσχεση εις χείρας τρίτου <i>Γεώργιος Διαμαντόπουλος</i>	207
Συμφωνίες οριζόντιας συνεργασίας στην εθνική έννομη τάξη υπό το πρίσμα των κανόνων του ελεύθερου ανταγωνισμού. Οριοθετήσεις μέσα από την πρακτική της Επιτροπής Ανταγωνισμού (οι υποθέσεις Audatex & Focus Bari/MRB) <i>Νικόλαος Εμμ. Ζευγώλης</i>	225
Grenzüberschreitende Zustellung und Beweisaufnahme nach dem neuen ungarischen IPR <i>Viktória Harsági</i>	241
Τυπικό και ουσιαστικό δεδικασμένο των διαιτητικών αποφάσεων και αυτονομία των μερών <i>Κωνσταντίνος Φ. Καλαβρός</i>	257
Οι συνέπειες επιγενόμενης ειδικής ή καθολικής διαδοχής επί συμφωνηθείσας ρήτρας παρεκτάσεως διεθνούς δικαιοδοσίας κατά το ενωσιακό δίκαιο. (Σκέψεις με αφορμή τη ΔΕΕ, 18.11.2020, Ryanair DAC/DelayFix, C-519/19) <i>Στέφανος Κ. Καραμέρος</i>	267
Η διείσδυση του Μηδενισμού στην παρμενίδεια οντολογία <i>Μαριάνος Δ. Καραύης</i>	303

Ο τίτλος ως στοιχείο τακτικής χρησικτησίας και η σχέση του με την καλή πίστη και τη μεταγραφή <i>Γιάννα Καρύμπαλη-Τσίπτσιου</i>	313
Ευθύνη του κληρονόμου της εταιρικής συμμετοχής <i>Ελευθέριος Ι. Καστρήσιος</i>	325
Άρθρο 43 εδ. α' και β' του ν. 4715/2020: Ένας (ακόμη) ψευδοερμηνευτικός κανόνας δικαίου; <i>Νικόλαος Μ. Κατηφόρης</i>	349
Περί του αναιρετικού ελέγχου της εικονικότητας <i>Λάμπρος Κιτσράς</i>	359
Εσφαλμένες/ατυχείς ή/και ασύμβατες με το Κράτος Δικαίου οικονομικές ρυθμίσεις διαχρονικής/μεταβατικής ή/και αναδρομικής δικαιοσύνης/οικονομικής εμβέλειας στο ρυθμιστικό/ οικονομικό πεδίο της προσβολής των δικαστικών αποφάσεων με ένδικα μέσα. [Σύντομες σκέψεις και επισημάνσεις τόσο γενικότερες (με αφορμή το Ν. 4335/2015), όσο και ειδικότερες (για την Αναψηλάφηση και τους Λόγους Αναψηλάφησης υπό το πρίσμα του Ν. 4745/2020)]. <i>Νικόλαος Καν. Κλαμαρής</i>	377
Αναγκαστική κατάσχεση δικαστικώς μεσεγγυημένου πράγματος <i>Αλτάνα Κοκκοβού</i>	409
Περί του επιτρεπτού της παραστάσεως διαδίκου με δήλωσιν κατά την συζήτησιν εφέσεως, λειτουργούσης ως υποκατάστατον αναιτιολογήτου ανακοπής ερημοδικίας –άρθρα 242 II, 524 II, 528 ΚΠολΔ– <i>Παναγιώτης Η. Κολοτούρος</i>	419
Ηλεκτρονικό έγγραφο και πανδημική κρίση <i>Γεώργιος Κόντης</i>	435
Οι σχέσεις της αυτοτελούς πρόσθετης παρέμβασης με την αναγκαστική ομοδικία και την προσεπίκληση <i>Σταύρος Αν. Κουταλιανός</i>	469
Internationale Zuständigkeitsvereinbarung und Forderungsabtretung <i>Dieter Leipold</i>	505
European procedural mechanisms for judicial cooperation in matters of international child abduction: the way forward <i>Michele Angelo Lupoi</i>	513

Διεθνής δικαιοδοσία επί περιουσιακών διαφορών μεταξύ συζύγων κατά τον Κανονισμό (ΕΕ) 1103/2016 – Με αφορμή την αγωγή συμμετοχής στα αποκτήματα (ΑΚ 1400) <i>Καλλιόπη Μακρίδου</i>	545
Μεταξύ ουσιαστικής και δικονομικής νομιμότητας – Σκέψεις για την άδικη αναγκαστική εκτέλεση – <i>Ιωάννης Π. Μαντζουράνης</i>	557
Σκέψεις περί της έννοιας του εγγράφου κατά το άρθρο 544 αριθ. 7 ΚΠολΔ <i>Μιχαήλ Γ. Μαρκουλάκης</i>	583
Το πεδίο υπαγωγής σε προπτωχευτική διαδικασία εξυγίανσης με αίτημα του οφειλέτη <i>Χρήστος Μαστροκώστας</i>	599
Justizsylogismus: Drei Schritte zur Entscheidungsfindung Zur Richtigkeitsprüfung des Untersatzes <i>Εμμανουήλ Μαυραντωνάκης</i>	613
Ερμηνευτικά ζητήματα της προσωρινής διαταγής κατ'άρθρο 691Α ΚΠολΔ <i>Δημήτριος Κ. Μηχιώτης</i>	629
Η δημόσια διατύπωση επιστημονικής άποψης στην προβληματική της εξαίρεσης των διαιτητών <i>Δημήτρης Μπαμπινιώτης</i>	663
Άσκηση νομής χρησικτησίας από τον νυν κύριο; – Μερικές σκέψεις για το υποκειμενικό πεδίο εφαρμογής των άρθρων 1041 επ. ΑΚ <i>Ευαγγελία Νεζερίτη</i>	695
Ο νέος ευρωπαϊκός Κανονισμός 2020/1784 για τις διασυνοριακές επιδόσεις <i>Νικόλαος Θ. Νίκας</i>	721
Διάκριση πραγματικού και νομικού ζητήματος στο δίκαιο της αναίρεσης <i>Κυριάκος Οικονόμου</i>	737
Σκέψεις για την αρχή της δημοσιότητας στην πολιτική δίκη <i>Γεώργιος Ορφανίδης</i>	753
Ο ηλεκτρονικός πλειστηριασμός: Συγκριτική και δογματική προσέγγιση ενός νέου θεσμού <i>Αθανάσιος Π. Πανταζόπουλος</i>	771

Διαταγή πληρωμής, ευρωπαϊκή διαταγή πληρωμής, υποθήκη και προσημείωση υποθήκης <i>Στέφανος Πανταζόπουλος</i>	833
Η γονική μέριμνα και το δικαίωμα επικοινωνίας με το τέκνο εκτός γάμου: Δύο θεσμοί σε εξέλιξη <i>Καλλιρρόη Δ. Παντελίδου</i>	847
Ζητήματα από τον νόμο 4800/2021. Ιδίως οι αποφάσεις των γονέων <i>Δήμητρα Παπαδοπούλου - Κλαμαρή</i>	865
Η σημασία του άρθρου 340 Ι 2 ΚΠολΔ για τη διαγνωστική δίκη – Θεμελιώδη ερμηνευτικά ζητήματα <i>Δημήτριος Α. Παπανικολάου</i>	875
Κάμψη της προαπόδειξης στην διοικητική δίκη και άρχη της ισότητας των διαδικών <i>Κυριάκος Π. Παπανικολάου</i>	903
Ματαίωση της συζήτησης και παραγραφή <i>Βιργινία Α. Περάκη</i>	923
Το κύρος και η αποδεικτική δύναμη του ηλεκτρονικού ιδιωτικού εγγράφου βάσει του ν. 4727/2020 για την ψηφιακή διακυβέρνηση <i>Δήμητρα Μ. Πηλαβάκη</i>	939
Η φύση της διαδικασίας έκδοσης της βεβαίωσης του άρθρου 53 Κανονισμού 1215/2015 κατά τη διασυνοριακή εκτέλεση αποφάσεων υπό το φως της πρόσφατης νομολογίας του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης <i>Λήδα-Μαρία Πίψου</i>	945
Κατάχρηση δικαιώματος στην αναγκαστική εκτέλεση – Σύγχρονες νομολογιακές εφαρμογές <i>Άννα Εμ. Πλεύρη</i>	965
Τυποκρατική ερμηνεία δικονομικών κανόνων και παραβίαση του άρθρ. 6 ΕΣΔΑ. Ένα παράδειγμα από την εφαρμογή των άρθρ. ΚΠολΔ 524§2 και 242§2 στην τακτική διαδικασία <i>Ευαγγελία Ν. Ποδηματά</i>	987
Rückwirkende Parteivereinbarung und Verbot des Vertrags zulasten Dritter – Kollisionsrecht und materielles Recht <i>Lukas Rademacher</i>	1003
Η έφεση ως κύριος βαθμός ουσίας <i>Απόστολος Σοφιαλίδης</i>	1017

Επαγωγική και παραγωγική θεμελίωση του ανταλλάγματος ως νόμιμης αιτίας πλουτισμού <i>Μιχαήλ Π. Σταθόπουλος</i>	1071
Αναγνώριση δεδικασμένου αγγλικής δικαστικής απόφασης [με αφορμή την ΠΠρΠειρ 259/2016] <i>Στυλιανός Γ. Σταματόπουλος</i>	1083
Ενιαίοι κανόνες παροχών και εισφορών για μη ομοειδείς κατηγορίες ασφαλισμένων εντός e-ΕΦΚΑ <i>Άγγελος Στεργίου</i>	1095
Εξωσυμβατική ευθύνη στο πλαίσιο της Τεχνικής Νοημοσύνης: Ο μακρύς δρόμος για τα υπό διαμόρφωση νομοθετικά εργαλεία της ΕΕ <i>Εμμανουέλα Τρούλη</i>	1125
Η απαιτούμενη δικονομική ωριμότητα της απόφασης επί της ανακοπής του άρθρου 933 ΚΠολΔ για την ακύρωση πράξεων εκτέλεσης <i>Σπυρίδων Τσαντίνης</i>	1151
Σκέψεις σχετικά με τη δικονομική μεταχείριση της κοινωνίας αστικού δικαίου και ειδικότερα της κοινωνίας κληρονόμων <i>Δημήτριος Α. Τσικρικάς</i>	1161
Η έννοια της συνάφειας στην αποκλειστική δωσιδικία του άρθρου 31 παρ. 3 ΚΠολΔ - Ζητήματα συνεκδίκασης περισσότερων συναφών δικών <i>Αλεξία Χ. Φλώρου</i>	1169
Η ανατροπή της αναγκαστικής κατάσχεσης: Μια κριτική επαναξιολόγηση (μετά το ν. 4335/2015 και τους μεταγενέστερους του νόμους) <i>Βασίλειος Α. Χατζηϊωάννου</i>	1189
Περί υποθετικής αιτιότητας <i>Απόστολος Χελιδόνης</i>	1233
Σκέψεις περί του επιτρεπτού της αυτούσιας διανομής «διατηρητέου» ακινήτου υπό το πρίσμα της ασφάλειας του δικαίου <i>Παναγής Α. Χριστοδούλου</i>	1267
Εργογραφία Δημητρίου Ν. Μανιώτη.....	1281

Η υποχρέωση για κοινολόγηση της παραβίασης προσωπικών δεδομένων σύμφωνα με τον Γενικό Κανονισμό Προστασίας Δεδομένων. Συμβολή στην ερμηνεία των άρθρων 33 και 34 ΓΚΠΔ

Ευγενία Αλεξανδροπούλου-Αιγυπτιάδου

Καθηγήτρια Τμήματος Εφαρμοσμένης Πληροφορικής ΠΑ.ΜΑΚ.

Εισαγωγή

Η θέσπιση του Γενικού Κανονισμού Προστασίας Δεδομένων (ΓΚΠΔ)^{1,2} έχει έντονα κινητοποιήσει το επιστημονικό και κοινωνικοοικονομικό γίγνεσθαι στην κατεύθυνση της συνειδητοποίησης της αναγκαιότητας προστασίας των προσωπικών δεδομένων. Η μετάβαση στην ψηφιακή εποχή ανέδειξε τα θεσμικά κενά στην εφαρμογή της κοινοτικής Οδηγίας 95/46 για την προστασία των προσωπικών δεδομένων και επαναπροσδιόρισε τις σχετικές υποχρεώσεις και δικαιώματα. Ο Γενικός Κανονισμός Προστασίας Δεδομένων είναι το αποτέλεσμα πολυετούς διαλόγου μεταξύ των χωρών μελών της ΕΕ που, ανταποκρινόμενες στην ιλιγγιώδη τεχνολογική εξέλιξη των τελευταίων ετών, έθεσαν ως

1 Κανονισμός (ΕΕ) 2016/679 του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 27^{ης} Απριλίου 2016, για την προστασία των φυσικών προσώπων έναντι της επεξεργασίας των δεδομένων προσωπικού χαρακτήρα και για την ελεύθερη κυκλοφορία των δεδομένων αυτών και την κατάργηση της οδηγίας 95/46/ΕΚ (Γενικός ΓΚΠΔ για την Προστασία Δεδομένων) (Κείμενο που παρουσιάζει ενδιαφέρον για τον ΕΟΧ), ΕΕ L 119, 4.5.2016, σελ. 1-88. Ακολούθησε η δημοσίευση δύο διορθωτικών κειμένων του ΓΚΠΔ σε ΕΕ L 127 της 23-5-2018 και σε ΕΕ L 174/35 της 4-3-2021. Το ισχύον κείμενο του ΓΚΠΔ βλ. στην ιστοσελίδα της ελληνικής εποπτικής αρχής, ΚΑΝΟΝΙΣΜΟΣ (ΕΕ) 2016/679 ΤΟΥ ΕΥΡΩΠΑΪΚΟΥ ΚΟΙΝΟΒΟΥΛΙΟΥ ΚΑΙ ΤΟΥ ΣΥΜΒΟΥΛΙΟΥ (dpa.gr)

2 Για τον Γενικό Κανονισμό Προστασίας Δεδομένων βλ. ενδεικτικά Αλεξανδροπούλου-Αιγυπτιάδου, Ε., Γενικός Κανονισμός Προστασίας Δεδομένων 2016/679 - Προκλήσεις εφαρμογής, σε Αλεξανδροπούλου, Ε. Δαλακούρας, Θ. Μαστροκώστας, Χ., Πρακτικά 1^{ου} διεπιστημονικού συνεδρίου «ΔΙΚΑΙΟ ΚΑΙ ΠΛΗΡΟΦΟΡΙΚΗ», Αντιμετωπίζοντας τις προκλήσεις της ψηφιακής εποχής, Νομική Σχολή ΔΠΘ, Κομοτηνή 25-26 Μαΐου 2018, εκδ. Νομική Βιβλιοθήκη, Αθήνα 2019, 8482-Praktika_2018.pdf (uom.gr), Κοτσαλή, Λ. Μεனுδάκο, Κ., Γενικός Κανονισμός για την Προστασία των Προσωπικών Δεδομένων, εκδ. ΝΟΜΙΚΗ ΒΙΒΛΙΟΘΗΚΗ, Αθήνα 2018, 2^η έκδ., Αθήνα 2021, Μήτρου, Λ., Ο Γενικός Κανονισμός Προστασίας Προσωπικών Δεδομένων, εκδ. Σάκκουλα, Αθήνα-Θεσσαλονίκη 2017, Ιγγλεζάκη, Ι., Ο Γενικός Κανονισμός Προστασίας Προσωπικών Δεδομένων, Θεσσαλονίκη 2018, Κόμνιο, Κ., Γενικός Κανονισμός για την Προστασία Δεδομένων (Προσφυγές-Ευθύνη-Κυρώσεις), εκδ. Σάκκουλα, Αθήνα-Θεσσαλονίκη 2020, Φ. Παναγοπούλου-Κουτνατζή, Ο Γενικός Κανονισμός Προστασίας Προσωπικών Δεδομένων, Αθήνα-Θεσσαλονίκη, εκδ. Σάκκουλα, 2017, Παννόπουλο, Γ., Γενικός Κανονισμός Προστασίας Προσωπικών Δεδομένων, ΕφημΔΔ 2017, σελ. 199 επ.

προτεραιότητά τους τη συνεκτική εφαρμογή ενός ενιαίου ρυθμιστικού πλαισίου στο πεδίο της προστασίας της ιδιωτικής ζωής του ατόμου, με ενίσχυση της ασφάλειας δικαίου και της επιταγής τα υποκείμενα των δεδομένων να έχουν τον έλεγχο των δεδομένων τους³.

Προκειμένου να διασφαλιστεί η συμμόρφωση με τις απαιτήσεις του ΓΚΠΔ, επιβάλλονται υποχρεώσεις στον υπεύθυνο επεξεργασίας στο πλαίσιο της γενικής υποχρέωσής του για λογοδοσία. Στις υποχρεώσεις του υπευθύνου επεξεργασίας, τις οποίες εγκαθίδρυσε ο ΓΚΠΔ, εντάσσεται –στο πλαίσιο της γενικής υποχρέωσής του για ασφαλή επεξεργασία των δεδομένων - η υποχρέωσή του για την κοινολόγηση της παραβίασης των προσωπικών δεδομένων, που περιλαμβάνει την υποχρέωση γνωστοποίησης στην εποπτική αρχή και την υποχρέωση γνωστοποίησης στο υποκείμενο των δεδομένων⁴.

Παρά την τεχνολογική πρόοδο στον τομέα της ασφάλειας των δεδομένων, οι παραβιάσεις προσωπικών δεδομένων εξακολουθούν να αποτελούν φαινόμενο προς αντιμετώπιση. Παραβίαση προσωπικών δεδομένων σημαίνει παραβίαση της ασφάλειας που οδηγεί σε τυχαία ή παράνομη καταστροφή⁵, απώλεια⁶, μεταβολή, άνευ άδειας κοινολόγηση ή πρόσβαση δεδομένων που

3 Βλ. προοίμιο ΓΚΠΔ, αιτιολογική σκέψη 7, η οποία αναφέρεται στην ενίσχυση και «της πρακτικής ασφάλειας για τα φυσικά πρόσωπα, τους οικονομικούς παράγοντες και τις δημόσιες αρχές».

4 Άρθρο 33 και 34 του Κανονισμού. Βλ. και Κατευθυντήριες γραμμές της Ομάδας εργασίας του άρθρου 29 σχετικά με τη γνωστοποίηση παραβιάσεων δεδομένων προσωπικού χαρακτήρα δυνάμει του κανονισμού 2016/679, 3-10-2017/6-2-2018, https://ec.europa.eu/newsroom/article29/item-detail.cfm?item_id=612052, καθώς και υπ' αριθ. 3/2014 γνώμη της Ομάδας του άρθρου 29 σχετικά με τη γνωστοποίηση παραβίασης προσωπικών δεδομένων, Personal Data Breach Notification – typical use cases requiring notification to individuals (europa.eu), η οποία, παρότι είχε εκδοθεί για τη σχετική υποχρέωση των παρόχων ηλεκτρονικών επικοινωνιών κατά την Οδηγία 2002/58, περιέχει πλούσια περιπτωσιολογία, χρήσιμη για την εφαρμογή της αντίστοιχης υποχρέωσης του υπευθύνου επεξεργασίας υπό τον ΓΚΠΔ.

5 Πρόκειται για την περίπτωση όπου τα δεδομένα παύουν να υπάρχουν ή παύουν να υπάρχουν σε μορφή την οποία μπορεί να χρησιμοποιήσει ο υπεύθυνος επεξεργασίας: Κατευθυντήριες γραμμές της Ομάδας εργασίας του άρθρου 29 σχετικά με τη γνωστοποίηση παραβιάσεων δεδομένων προσωπικού χαρακτήρα δυνάμει του κανονισμού 2016/679, 3-10-2017/6-2-2018, https://ec.europa.eu/newsroom/article29/item-detail.cfm?item_id=612052, όπου (ορθά) ως πιθανή συνέπεια της παραβίασης προβλέπεται και η φθορά των δεδομένων, με την έννοια ότι τα δεδομένα έχουν μεταβληθεί, αλλοιωθεί ή δεν είναι πλέον πλήρη.

6 Πρόκειται για την περίπτωση που τα δεδομένα μπορεί να εξακολουθούν να υπάρχουν, αλλά ο υπεύθυνος επεξεργασίας έχει χάσει τον έλεγχό τους ή την πρόσβαση σ' αυτά ή δεν τα έχει πλέον στην κατοχή του. Ένα παράδειγμα θα αφορούσε την απώλεια ή κλοπή συσκευής που περιέχει ένα αντίγραφο βάσης δεδομένων πελάτη του υπευθύνου επεξεργασίας, ή την περίπτωση που το μοναδικό αντίγραφο ενός συνόλου δεδομένων έχει κρυπτογραφηθεί από λυτρισμικό ή έχει κρυπτογραφηθεί από τον υπεύθυνο επεξεργασίας με τη χρήση κλειδιού που δεν είναι πλέον στην κατοχή του: Κατευθυντήριες γραμμές της Ομάδας εργασίας του

διαβιβάστηκαν, αποθηκεύτηκαν ή υποβλήθηκαν κατ' άλλο τρόπο σε επεξεργασία⁷. Ανάλογα με τις περιστάσεις, μια παραβίαση μπορεί να αφορά την εμπιστευτικότητα (απόρρητο)⁸, την ακεραιότητα⁹ και τη διαθεσιμότητα¹⁰ προσωπικών δεδομένων ταυτόχρονα, καθώς και οποιονδήποτε συνδυασμό αυτών.

Οι παραβιάσεις μπορεί να οφείλονται σε τυχαία γεγονότα, σε αμέλεια ή δόλο των εξουσιοδοτημένων για την επεξεργασία προσώπων είτε σε έκνομες ενέργειες τρίτων προσώπων, που δρουν μεμονωμένα ή ομαδικά και οργανωμένα στον κυβερνοχώρο. Η παραβίαση προσωπικών δεδομένων μπορεί, εάν δεν αντιμετωπιστεί κατάλληλα και έγκαιρα, να έχει ως αποτέλεσμα σωματική, υλική ή ηθική βλάβη για φυσικά πρόσωπα, όπως η απώλεια του ελέγχου επί των δεδομένων τους ή ο περιορισμός των δικαιωμάτων τους, διακρίσεις, κατάχρηση ή υποκλοπή ταυτότητας, οικονομική απώλεια, παράνομη άρση της ψευδωνυμοποίησης, βλάβη της φήμης, απώλεια της εμπιστευτικότητας των δεδομένων που προστατεύονται από επαγγελματικό απόρρητο ή άλλο σημαντικό οικονομικό ή κοινωνικό μειονέκτημα για το ενδιαφερόμενο φυσικό πρόσωπο¹¹.

Η γνωστοποίηση παραβιάσεων προσωπικών δεδομένων στην Εποπτική Αρχή και στο υποκείμενο προβλεπόταν ήδη στον χώρο των ηλεκτρονικών επικοινωνιών από την Οδηγία 2002/58¹² (άρθρο 4 παρ. 2 και 3), όπως ισχύει και τον Κανονισμό 611/2013¹³, από τον Κανονισμό 910/2014¹⁴ σχετικά με την ηλεκτρονική ταυτοποίηση και τις υπηρεσίες εμπιστοσύνης για ηλεκτρονικές συ-

άρθρου 29 σχετικά με τη γνωστοποίηση παραβιάσεων δεδομένων προσωπικού χαρακτήρα δυνάμει του κανονισμού 2016/679, 3-10- 2017/6-2-2018, https://ec.europa.eu/newsroom/article29/item-detail.cfm?item_id=612052

7 Άρθρο 4 στοιχ. 12 ΓΚΠΔ.

8 Μη εξουσιοδοτημένη ή τυχαία αποκάλυψη δεδομένων ή μη εξουσιοδοτημένη ή τυχαία πρόσβαση σε δεδομένα.

9 Μη εξουσιοδοτημένη ή τυχαία αλλοίωση δεδομένων ή τυχαία ή μη εξουσιοδοτημένη καταστροφή δεδομένων προσωπικού χαρακτήρα.

10 Τυχαία ή μη εξουσιοδοτημένη απώλεια πρόσβασης σε δεδομένα ή τυχαία ή μη εξουσιοδοτημένη καταστροφή δεδομένων.

11 Αιτιολογική σκέψη 85 ΓΚΠΔ.

12 Οδηγία 2002/58/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 12^{ης} Ιουλίου 2002 σχετικά με την επεξεργασία των δεδομένων προσωπικού χαρακτήρα και την προστασία της ιδιωτικής ζωής στον τομέα των ηλεκτρονικών επικοινωνιών (οδηγία για την προστασία των προσωπικών δεδομένων στον τομέα των ηλεκτρονικών επικοινωνιών), ΕΕ L 201 της 31.7.2002.

13 Κανονισμός 611/2013/ΕΕ σχετικά με τα εφαρμοστέα μέτρα για την κοινοποίηση παραβιάσεων προσωπικών δεδομένων βάσει της οδηγίας 2002/58/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου για την προστασία της ιδιωτικής ζωής στις ηλεκτρονικές επικοινωνίες, ΕΕ 173 της 26.6.2013

14 ΕΕ 257 της 28.8.2014

ναλλαγές στην εσωτερική αγορά (κανονισμός eIDAS, άρθρο 19 παράγραφος 2), από την Οδηγία 2016/1148¹⁵ σχετικά με μέτρα για υψηλό κοινό επίπεδο ασφάλειας συστημάτων δικτύου και πληροφοριών σε ολόκληρη την Ένωση.

Ωστόσο η υποχρέωση αυτή του υπευθύνου επεξεργασίας δεν προβλεπόταν στην προϊσχύουσα Οδηγία 95/46/ΕΚ¹⁶, αλλά εισήχθη με τον ΓΚΠΔ.

1. Περιεχόμενο της υποχρέωσης και ο παράγοντας του κινδύνου για τα προσωπικά δεδομένα

Σε περίπτωση παραβίασης προσωπικών δεδομένων, ο υπεύθυνος επεξεργασίας οφείλει να γνωστοποιήσει την παραβίαση στην εποπτική αρχή, η οποία μπορεί να παρέμβει για την αποσόβηση του κινδύνου. Επιπλέον, ο υπεύθυνος επεξεργασίας υποχρεούται, υπό προϋποθέσεις, να ανακοινώσει την παραβίαση στο υποκείμενο των δεδομένων. Είναι χαρακτηριστικό ότι η υποχρέωση αυτή, εναρμονισμένη με τον κινδυνοκεντρικό χαρακτήρα του ΓΚΠΔ, είναι δομημένη ανάλογα με τον βαθμό κινδύνου¹⁷ που συνεπάγεται η παραβίαση για τα δικαιώματα και τις ελευθερίες των φυσικών προσώπων. Έτσι, η ανυπαρξία τέτοιου κινδύνου σημαίνει ανυπαρξία της υποχρέωσης κοινολόγησης της παραβίασης¹⁸, το ενδεχόμενο μη υψηλού κινδύνου συνεπάγεται υποχρέωση γνωστοποίησης στην εποπτική αρχή και μόνο το ενδεχόμενο υψηλού κινδύνου δημιουργεί την επιπλέον υποχρέωση ανακοίνωσης της παραβίασης των δεδομένων στο υποκείμενο των δεδομένων. Η τελευταία μάλιστα υποχρέωση υπόκειται σε εξαιρέσεις¹⁹. Η διάκριση αυτή οφείλεται προφανώς σε λόγους μη κοινολόγησης στα υποκείμενα των δεδομένων γεγονότων που κλονίζουν την αξιοπιστία του υπευθύνου επεξεργασίας, ως προς την ασφαλή τήρηση προσωπικών δεδομένων και συνεπώς την καλή του -π.χ. εμπορική- φήμη, παρά μόνο στις εντελώς αναγκαίες για την ασφάλεια των δεδομένων περιπτώσεις.

Η αξιολόγηση της ύπαρξης ή μη κινδύνου λόγω της παραβίασης και σε κα-

¹⁵ ΕΕ 194 της 19.7.2016

¹⁶ Οδηγία 95/46/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 24ης Οκτωβρίου 1995 για την προστασία των φυσικών προσώπων έναντι της επεξεργασίας δεδομένων προσωπικού χαρακτήρα και για την ελεύθερη κυκλοφορία των δεδομένων αυτών, ΕΕ 281/31 της 23.11.1995.

¹⁷ Βλ. ειδικότερα Λουκά, Ν., Η έννοια και η διαχείριση του «κινδύνου» στον Γενικό Κανονισμό Προστασίας Δεδομένων (GDPR), ΔιΜΕΕ 4/2017, σελ. 544 επ.

¹⁸ Παράδειγμα παραβίασης που είναι απίθανο να επιφέρει κίνδυνο για τα δικαιώματα και τις ελευθερίες των προσώπων είναι η περίπτωση που τα συστήματα μιας εταιρείας καθίστανται μη διαθέσιμα για αρκετές ώρες (π.χ. λόγω διακοπής ρεύματος), με αποτέλεσμα η συγκεκριμένη εταιρεία να μην μπορεί να αποστείλει ενημερωτικά δελτία στους συνδρομητές της.

¹⁹ Παρακάτω, υπό 3.1.

ταφατική περίπτωση η εκτίμηση αν ο κίνδυνος είναι υψηλός αποτελεί βασική διαδικασία για την εκπλήρωση της υποχρέωσης κοινολόγησης της παραβίασης. Κατά την αξιολόγηση του κινδύνου που είναι πιθανό να επιφέρει μια παραβίαση, ο υπεύθυνος επεξεργασίας θα πρέπει να εξετάζει συνδυαστικά²⁰ τη σοβαρότητα του πιθανού αντικτύπου στα δικαιώματα και στις ελευθερίες των προσώπων και την πιθανότητα επέλευσής του. Εάν έχει αμφιβολία, ο υπεύθυνος επεξεργασίας θα πρέπει να επιδείξει ιδιαίτερη προσοχή και να προβεί σε γνωστοποίηση. Κριτήρια²¹ που μπορούν να χρησιμοποιηθούν για την αξιολόγηση είναι το είδος της παραβίασης, η φύση, η ευαισθησία και ο όγκος των δεδομένων, η ευκολία ταυτοποίησης των υποκειμένων των δεδομένων και η σοβαρότητα των συνεπειών της παραβίασης γι' αυτά, τα ειδικά χαρακτηριστικά (π.χ. ευάλωτες ομάδες) και το πλήθος των υποκειμένων των δεδομένων, τα ειδικά χαρακτηριστικά του υπευθύνου επεξεργασίας²².

Ο εκτελών την επεξεργασία ενημερώνει τον υπεύθυνο επεξεργασίας αμελλητί, μόλις αντιληφθεί παραβίαση προσωπικών δεδομένων, έτσι ώστε ο υπεύθυνος επεξεργασίας να μπορέσει να ανταποκριθεί στην υποχρέωσή του για κοινολόγηση της παραβίασης.

Κατά την εξέταση της συμμόρφωσης του υπευθύνου επεξεργασίας προς την υποχρέωσή του για κοινολόγηση της παραβίασης των δεδομένων, θα πρέπει να εξακριβώνεται κατά πόσον έχουν τεθεί σε εφαρμογή όλα τα κατάλληλα μέτρα τεχνολογικής προστασίας και οργανωτικά μέτρα για τον άμεσο εντοπισμό κάθε παραβίασης δεδομένων και την άμεση ενημέρωση της εποπτικής αρχής και, αν απαιτείται, και του υποκειμένου των δεδομένων²³. Θα πρέπει να διαπιστώνεται ότι η κοινοποίηση πραγματοποιήθηκε χωρίς αδικαιολόγητη καθυστέρηση, λαμβανομένων υπόψη ιδίως της φύσης και της σοβαρότητας της παραβίασης των δεδομένων, καθώς και των συνεπειών και των δυσμενών αποτελε-

20 Βλ. παραδείγματα συνδυαστικής αξιολόγησης κινδύνου σε Κατευθυντήριες γραμμές της Ομάδας εργασίας του άρθρου 29 σχετικά με τη γνωστοποίηση παραβιάσεων δεδομένων προσωπικού χαρακτήρα δυνάμει του κανονισμού 2016/679, 3-10- 2017/6-2-2018, https://ec.europa.eu/newsroom/article29/item-detail.cfm?item_id=612052 και σε ENISA, Συστάσεις για μια μεθοδολογία αξιολόγησης της σοβαρότητας των παραβιάσεων δεδομένων προσωπικού χαρακτήρα, <https://www.enisa.europa.eu/publications/dbn-severity>

21 Ανάλυση των κριτηρίων με παραδείγματα βλ. σε Κατευθυντήριες γραμμές της Ομάδας εργασίας του άρθρου 29 σχετικά με τη γνωστοποίηση παραβιάσεων δεδομένων προσωπικού χαρακτήρα δυνάμει του κανονισμού 2016/679, 3-10- 2017/6-2-2018, https://ec.europa.eu/newsroom/article29/item-detail.cfm?item_id=612052, σελ. 28 επ.

22 Για παράδειγμα, μεγαλύτερος είναι ο κίνδυνος αν ο υπεύθυνος επεξεργασίας είναι ένα νοσοκομείο από ό,τι ένας μικρέμπορος.

23 Σε ορισμένες δηλ. περιπτώσεις, η μη γνωστοποίηση μιας παραβίασης θα μπορούσε να υποδεικνύει είτε την απουσία υφιστάμενων μέτρων ασφάλειας είτε την ανεπάρκεια των υφιστάμενων μέτρων ασφάλειας.

σμάτων της για το υποκείμενο των δεδομένων²⁴.

Περαιτέρω, κατά τη θέσπιση λεπτομερών κανόνων σχετικά με τον μορφότυπο και τις διαδικασίες που εφαρμόζονται στη γνωστοποίηση παραβιάσεων δεδομένων προσωπικού χαρακτήρα, θα πρέπει να λαμβάνονται υπόψη οι συνθήκες της παραβίασης, περιλαμβανομένου του κατά πόσον τα δεδομένα προστατεύονταν από κατάλληλα τεχνικά μέτρα προστασίας, περιορίζοντας ουσιαστικά το ενδεχόμενο υποκλοπής ταυτότητας ή άλλων μορφών κατάχρησης²⁵. Στην κατεύθυνση αυτή, όταν ο υπεύθυνος επεξεργασίας ανακοινώσει στην εποπτική αρχή παραβίαση προσωπικών δεδομένων, εύλογα η Αρχή εξετάζει αν αυτός έχει τηρήσει τη συναφή υποχρέωσή του για ασφάλεια της επεξεργασίας, σύμφωνα με το άρθρο 32 ΓΚΠΔ καθώς και την εκ μέρους του εφαρμογή της αρχής επεξεργασίας του άρθρου 5 παρ. 1 στοιχ. στ, που αφορά επίσης την ασφαλή επεξεργασία δεδομένων. Έτσι η γνωστοποίηση της παραβίασης στην Αρχή, παρότι σύμφωνη με τα άρθρα 33-34 ΓΚΠΔ, μπορεί να αποτελέσει την αφορμή για επιβολή κυρώσεων λόγω παραβίασης των άρθρων 5 παρ. 1 στοιχ. στ και 32 ΓΚΠΔ²⁶ ή -αντίθετα- μπορεί να κριθεί ότι ο υπεύθυνος επεξεργασίας τήρησε πλήρως τις σχετικές υποχρεώσεις του²⁷.

Είναι σημαντικό ο υπεύθυνος επεξεργασίας να έχει σχεδιάσει εσωτερικές διαδικασίες μέσω των οποίων θα είναι δυνατός ο εντοπισμός και η αντιμετώπιση μιας παραβίασης, όπως η χρήση τεχνικών μέτρων (π.χ. ροή δεδομένων και αναλυτές αρχείων καταγραφής, με τα οποία είναι δυνατόν να καθοριστούν περιστατικά και ειδοποιήσεις μέσω της συσχέτισης οποιωνδήποτε δεδομένων καταγραφής). Όταν εντοπίζεται μια παραβίαση, είναι σημαντικό να αναφέρεται στο κατάλληλο ανώτερο διοικητικό επίπεδο ώστε να είναι δυνατή η αντιμετώπισή της και, εάν απαιτείται, η κοινολόγησή της. Αυτά τα μέτρα και οι μηχανισμοί αναφοράς θα μπορούσαν να περιγράφονται λεπτομερώς σε πολιτική αντιμετώπισης περιστατικών ασφαλείας²⁸.

Ο υπεύθυνος επεξεργασίας πρέπει να τηρεί αρχεία τεκμηρίωσης όλων των παραβιάσεων (άρθρο 33 παρ. 5 ΓΚΠΔ), ανεξάρτητα αν τις κοινολόγησε ή όχι, έτσι ώστε να μπορεί η εποπτική αρχή να ασκεί το ελεγκτικό της έργο. Τα αρ-

24 Αιτιολογική σκέψη 87 ΓΚΠΔ.

25 Αιτιολογική σκέψη 88 ΓΚΠΔ.

26 Βλ. απόφαση 67/2018 της Αρχής, www.dpa.gr.

27 Βλ. απόφαση 14/2019 της Αρχής, www.dpa.gr. Επρόκειτο για (από παραδρομή) αποστολή αποτελεσμάτων ιατρικών εξετάσεων από Διαγνωστικό Κέντρο σε διαφορετικό πρόσωπο από τον εξετασθέντα.

28 Κατευθυντήριες γραμμές της Ομάδας εργασίας του άρθρου 29 σχετικά με τη γνωστοποίηση παραβιάσεων δεδομένων προσωπικού χαρακτήρα δυνάμει του κανονισμού 2016/679, 3-10-2017/6-2-2018, https://ec.europa.eu/newsroom/article29/item-detail.cfm?item_id=612052, σελ. 16.

χεία περιλαμβάνουν τα πραγματικά περιστατικά που αφορούν την παραβίαση, τις συνέπειες και τα ληφθέντα διορθωτικά μέτρα.

2. Γνωστοποίηση της παραβίασης προσωπικών δεδομένων στην εποπτική αρχή²⁹

Ο υπεύθυνος επεξεργασίας μόλις λάβει γνώση της παραβίασης των επεξεργαζόμενων δεδομένων, θα πρέπει αμελλητί και, εάν είναι δυνατόν, εντός 72 ωρών από τη στιγμή που αποκτά γνώση του γεγονότος, να γνωστοποιήσει την παραβίαση στην εποπτική αρχή³⁰, εκτός εάν ο υπεύθυνος επεξεργασίας μπορεί να αποδείξει ότι η παραβίαση των δεδομένων δεν ενδέχεται να επιφέρει κίνδυνο για τα δικαιώματα και τις ελευθερίες των υποκειμένων των δεδομένων³¹. Εάν μια τέτοια γνωστοποίηση δεν μπορεί να επιτευχθεί εντός 72 ωρών, η γνωστοποίηση θα πρέπει να συνοδεύεται από αιτιολογία η οποία αναφέρει τους λόγους της καθυστέρησης και οι πληροφορίες μπορούν να παρέχονται σταδιακά χωρίς αδικαιολόγητη καθυστέρηση. Η χρονική αφετηρία για την εκπλήρωση της υποχρέωσης είναι η στιγμή που ο υπεύθυνος επεξεργασίας λαμβάνει γνώση της παραβίασης. Θεωρείται ότι ο υπεύθυνος επεξεργασίας αποκτά γνώση μόλις έχει εύλογο βαθμό βεβαιότητας ότι προέκυψε παραβίαση με αποτέλεσμα να τεθούν σε κίνδυνο τα προσωπικά δεδομένα³². Το ακριβές χρονικό σημείο όπου ένας υπεύθυνος επεξεργασίας μπορεί να θεωρείται ότι αποκτά «γνώση» μιας συγκεκριμένης παραβίασης κρίνεται κατά περίπτωση. Έτσι, στην περίπτωση της απώλειας ενός κλειδιού USB με κρυπτογραφημένα δεδομένα, αυτό πρέπει να γνωστοποιείται μόλις ο υπεύθυνος επεξεργασίας αντιληφτεί την απώλεια, ανεξάρτητα αν δεν μπορεί να εξακριβωθεί μη εξουσιοδοτημένη πρόσβαση μετά την απώλεια. Αντίθετα στην περίπτωση που ο υπεύθυνος επεξεργασίας υποπτεύεται ότι ενδέχεται να έχει γίνει εισβολή στο

29 Άρθρο 33 ΓΚΠΔ.

30 Η γνωστοποίηση γίνεται προς την αρμόδια εθνική εποπτική αρχή (άρθρο 55 ΓΚΠΔ). Όταν προκύπτει παραβίαση στο πλαίσιο διασυνοριακής επεξεργασίας και απαιτείται γνωστοποίηση, ο υπεύθυνος επεξεργασίας θα πρέπει να ενημερώνει την επικεφαλής εποπτική αρχή του άρθρου 56 ΓΚΠΔ, με την επιφύλαξη του άρθρου 55 παρ. 2 ΓΚΠΔ. Αναλυτικά για τον καθορισμό της επικεφαλής εποπτικής αρχής βλ. Κατευθυντήριες γραμμές της Ομάδας του άρθρου 29 για την επικεφαλής εποπτική αρχή της 13-12-2016/5-4-2017, file:///C:/Users/ealex/Downloads/wp244_rev01_enpdf.pdf

31 Όπως στην περίπτωση που τα δεδομένα είναι ήδη διαθέσιμα στο κοινό και η κοινοποίησή τους δεν επιφέρει πιθανό κίνδυνο για το υποκείμενό τους.

32 Κατευθυντήριες γραμμές της Ομάδας εργασίας του άρθρου 29 σχετικά με τη γνωστοποίηση παραβιάσεων δεδομένων προσωπικού χαρακτήρα δυνάμει του κανονισμού 2016/679, 3-10-2017/6-2-2018, https://ec.europa.eu/newsroom/article29/item-detail.cfm?item_id=612052, σελ. 12.

δίκτυό του, η χρονική στιγμή που λαμβάνει γνώση της παραβίασης είναι εκείνη που επιβεβαιώνει ότι, πράγματι, αυτό συμβαίνει, μετά από σχετικό έλεγχο. Σε περίπτωση που ο εκτελών την επεξεργασία διαπιστώνει παραβίαση και ειδοποιεί τον υπεύθυνο επεξεργασίας, ως χρόνος απόκτησης γνώσης της παραβίασης είναι ο χρόνος που η γνώση της παραβίασης περιήλθε στον υπεύθυνο επεξεργασίας. Ο εκτελών την επεξεργασία δεν χρειάζεται να αξιολογήσει την πιθανότητα κινδύνου που προκύπτει από παραβίαση προτού ενημερώσει τον υπεύθυνο επεξεργασίας. Αντίθετα ο υπεύθυνος επεξεργασίας είναι εκείνος που πρέπει να διενεργήσει αυτή την αξιολόγηση μόλις λάβει γνώση της παραβίασης.

Ο υπεύθυνος επεξεργασίας τεκμηριώνει κάθε παραβίαση δεδομένων, αναφέροντας τα πραγματικά περιστατικά που αφορούν την παραβίαση, τις συνέπειες και τα ληφθέντα διορθωτικά μέτρα. Με τον τρόπο αυτόν επιτρέπεται στην εποπτική αρχή να ανταποκρίνεται στη ελεγκτική της αρμοδιότητα, που συνίσταται στη διαπίστωση της συμμόρφωσης του υπεύθυνου επεξεργασίας προς την υποχρέωσή του.

Η γνωστοποίηση της παραβίασης δεδομένων προς την εποπτική αρχή περιλαμβάνει τουλάχιστον: α) περιγραφή της φύσης της παραβίασης, συμπεριλαμβανομένων, όπου είναι δυνατό, των κατηγοριών και του κατά προσέγγιση αριθμού των επηρεαζόμενων υποκειμένων των δεδομένων³³, καθώς και των κατηγοριών και του κατά προσέγγιση αριθμού των επηρεαζόμενων αρχείων δεδομένων, β) το όνομα και τα στοιχεία επικοινωνίας του υπευθύνου προστασίας δεδομένων ή άλλου σημείου επικοινωνίας από το οποίο μπορούν να ληφθούν περισσότερες πληροφορίες, γ) τις ενδεχόμενες συνέπειες της παραβίασης, δ) τα ληφθέντα ή τα προτεινόμενα προς λήψη μέτρα από τον υπεύθυνο επεξεργασίας για την αντιμετώπιση της παραβίασης, καθώς και, όπου ενδείκνυται, μέτρα για την άμβλυνση ενδεχόμενων δυσμενών συνεπειών. Σε κάθε περίπτωση, η εποπτική αρχή μπορεί να ζητά και άλλα στοιχεία στο πλαίσιο της έρευνάς της για την παραβίαση.

Για τη γνωστοποίηση περιστατικού παραβίασης στην ελληνική εποπτική Αρχή, ο υπεύθυνος επεξεργασίας πρέπει να συμπληρώσει ειδική φόρμα και να την υποβάλει στην Εποπτική Αρχή ηλεκτρονικά και προτείνεται, για την

33 Τα υποκείμενα των δεδομένων θα μπορούσαν να περιλαμβάνουν, μεταξύ άλλων, παιδιά και άλλες εύλωτες ομάδες, άτομα με αναπηρίες, εργαζομένους ή πελάτες. Οι κατηγορίες αρχείων δεδομένων μπορούν να αφορούν τους διάφορους τύπους αρχείων που ο υπεύθυνος επεξεργασίας μπορεί να επεξεργάζεται, όπως δεδομένα υγείας, εκπαιδευτικά αρχεία, πληροφορίες κοινωνικής πρόνοιας, χρηματοπιστωτικά στοιχεία, αριθμούς τραπεζικών λογαριασμών, αριθμούς διαβατηρίων κ.λ.π.: Κατευθυντήριες γραμμές της Ομάδας εργασίας του άρθρου 29 σχετικά με τη γνωστοποίηση παραβιάσεων δεδομένων προσωπικού χαρακτήρα δυνάμει του κανονισμού 2016/679, 3-10- 2017/6-2-2018, https://ec.europa.eu/newsroom/article29/item-detail.cfm?item_id=612052, σελ. 17.

ασφάλεια της ηλεκτρονικής αποστολής, να αποστέλλεται η εν λόγω φόρμα κρυπτογραφημένη, με τρόπο τέτοιο ώστε να μπορεί να αναγνωσθεί (αποκρυπτογραφηθεί) μόνο από την Αρχή³⁴. Αν οι σχετικές αυτές πληροφορίες δεν είναι όλες διαθέσιμες κατά την υποβολή της γνωστοποίησης, αυτή θα πρέπει να υποβληθεί ως αρχική και να ακολουθήσει στο μέλλον, χωρίς αδικαιολόγητη καθυστέρηση, επικαιροποίησή της (με υποβολή συμπληρωματικής γνωστοποίησης).

Όπως αναφέρθηκε παραπάνω, σε περίπτωση που δεν είναι δυνατόν να παρασχεθούν οι πληροφορίες ταυτόχρονα, μπορούν να παρέχονται σταδιακά χωρίς αδικαιολόγητη καθυστέρηση. Αυτό ενδέχεται να συμβαίνει στην περίπτωση παραβιάσεων με περίπλοκο χαρακτήρα, όπως ορισμένα περιστατικά κυβερνοασφάλειας όπου απαιτείται διεξοδική εγκληματολογική έρευνα ώστε να διαπιστωθούν πλήρως η φύση της παραβίασης και ο βαθμός στον οποίο τα δεδομένα έχουν τεθεί σε κίνδυνο. Σημειώνεται ότι η Ελληνική εποπτική αρχή σε δύο³⁵ από τις πρώτες αποφάσεις της εφαρμογής του Κανονισμού απηύθυνε επίπληξη, με βάση το άρθρο 58 παρ. 2 β' του ΓΚΠΔ σε Τράπεζες διότι καθυστέρησαν αναιτιολόγητα να της γνωστοποιήσουν παραβίαση προσωπικών δεδομένων, απορρίπτοντας την ένσταση της δικαιολογημένης καθυστέρησης λόγω της συλλογής των αναγκαίων στοιχείων, με το σκεπτικό ότι οι σχετικές πληροφορίες μπορούσαν να παρασχεθούν στην Αρχή σταδιακά, σύμφωνα με τη δυνατότητα που παρέχει ο ΓΚΠΔ.

34 Σχετικές οδηγίες βλ. σε https://www.dpa.gr/portal/page?_pageid=33,211142&_dad=portal&_schema=PORTAL

35 Υπ' αριθ. 68 και 69/2018, www.dpa.gr. Η γνωστοποίηση έγινε μετά από 24 ημέρες από το περιστατικό, αντί εντός της νόμιμης προθεσμίας των 72 ωρών. Η παραβίαση οφειλόταν σε αποστολή παραστατικών συναλλαγών σε λάθος παραλήπτες, δηλ. σε διαφορετικούς πελάτες από αυτούς τους οποίους αφορούσαν οι συναλλαγές του private banking.

3. Ανακοίνωση παραβίασης προσωπικών δεδομένων στο υποκείμενο των δεδομένων³⁶

Σε περίπτωση που η παραβίαση πιθανολογείται ότι συνεπάγεται *υψηλό*³⁷, κίνδυνο για τα δικαιώματα και τις ελευθερίες του υποκειμένου των δεδομένων, ο υπεύθυνος επεξεργασίας οφείλει, πέρα από τη γνωστοποίηση προς την εποπτική αρχή, να ανακοινώνει αμελλητί στο υποκείμενο των δεδομένων την παραβίαση των προσωπικών του δεδομένων, προκειμένου να του επιτραπεί να λάβει τις αναγκαίες προφυλάξεις. Τα ελάχιστα στοιχεία που πρέπει να περιγράφει με σαφήνεια η ανακοίνωση αφορούν α) τη φύση της παραβίασης των δεδομένων β) το όνομα και τα στοιχεία επικοινωνίας του υπευθύνου προστασίας δεδομένων ή άλλου σημείου επικοινωνίας από το οποίο μπορούν να ληφθούν περισσότερες πληροφορίες, γ) τις ενδεχόμενες συνέπειες της παραβίασης, δ) τα ληφθέντα ή τα προτεινόμενα προς λήψη μέτρα³⁸ από τον υπεύθυνο επεξεργασίας για την αντιμετώπιση της παραβίασης, καθώς και, όπου ενδείκνυται, συστάσεις προς το ενδιαφερόμενο φυσικό πρόσωπο για τον μετριασμό δυνητικών δυσμενών συνεπειών (π.χ. αλλαγή κωδικού πρόσβασης). Οι ανακοινώσεις αυτές στα υποκείμενα των δεδομένων θα πρέπει να πραγματοποιούνται το συντομότερο δυνατόν, σε στενή συνεργασία με την ελεγκτική αρχή, τηρώντας την καθοδήγηση που παρέχεται από αυτήν ή άλλες σχετικές αρχές, όπως αρχές επιβολής του νόμου. Για παράδειγμα, η ανάγκη να μετριαστεί άμεσος κίνδυνος ζημίας θα απαιτούσε την άμεση ανακοίνωση στα υποκείμενα των δεδομένων, ενώ η αναγκαιότητα εφαρμογής κατάλληλων μέτρων κατά συνεχών ή παρόμοιων παραβιάσεων δεδομένων μπορεί να δικαιολογεί

³⁶ Άρθρο 34 του Κανονισμού.

³⁷ Ως «κίνδυνος» νοείται μια υπόθεση εργασίας που περιγράφει ένα συμβάν και τις επιπτώσεις του, που έχουν εκτιμηθεί με όρους σοβαρότητας και πιθανότητας επέλευσης: Κατευθυντήριες γραμμές της Ομάδας του άρθρου 29 για την εκτίμηση του αντικτύπου σχετικά με την προστασία δεδομένων (ΕΑΠΔ) και καθορισμός του κατά πόσον η επεξεργασία «ενδέχεται να επιφέρει υψηλό κίνδυνο» για τους σκοπούς του κανονισμού 2016/679 (4-4-2017, τελική αναθεώρηση 4-10-2017), https://www.dpa.gr/pls/portal/docs/PAGE/APDPX/GDPR/FILES%20GDPR/WP248%20REV.01_EL.PDF. Παράδειγμα υψηλού κινδύνου είναι η περίπτωση που ιατρικά δεδομένα νοσηλευόμενων ασθενών καθίστανται μη διαθέσιμα –έστω και προσωρινά– με κίνδυνο για τα δικαιώματα και τις ελευθερίες των προσώπων, όπως η ακύρωση επεμβάσεων και η συνακόλουθη διακινδύνευση ζωών: Κατευθυντήριες γραμμές της Ομάδας εργασίας του άρθρου 29 σχετικά με τη γνωστοποίηση παραβιάσεων δεδομένων προσωπικού χαρακτήρα δυνάμει του κανονισμού 2016/679, 3-10-2017/6-2-2018, https://ec.europa.eu/newsroom/article29/item-detail.cfm?item_id=612052

³⁸ Ως τέτοια μέτρα ο υπεύθυνος επεξεργασίας θα μπορούσε να αναφέρει ότι, αφού γνωστοποίησε την παραβίαση στην αρμόδια εποπτική αρχή, έλαβε συμβουλές σχετικά με τη διαχείριση της παραβίασης και τον μετριασμό των επιπτώσεών της.

περισσότερο χρόνο για την ανακοίνωση³⁹.

Για την εξασφάλιση της σαφήνειας και διαφάνειας κατά την ανακοίνωση μιας παραβίασης στα υποκείμενα των δεδομένων, θα πρέπει να χρησιμοποιούνται για παράδειγμα, με στόχο τη μεγιστοποίηση των πιθανοτήτων ενημέρωσης, ειδικά ηλεκτρονικά μηνύματα (τα οποία δεν θα πρέπει να αποστέλλονται μαζί με άλλες πληροφορίες, όπως τακτικές ενημερώσεις, ενημερωτικά δελτία ή τυποποιημένα μηνύματα) ή/και γνωστοποίηση σε περίοπτη θέση ιστοτόπων ή έντυπων μέσων ενημέρωσης. Πρέπει επίσης να εξασφαλίζεται η κατανόηση από τους παραλήπτες με τη χρήση της κατάλληλης γλώσσας, εικόνων κ.ά.⁴⁰

3.1 Εξαιρέσεις από την υποχρέωση

Η ανακοίνωση της παραβίασης των δεδομένων στο υποκείμενο των δεδομένων υπόκειται σε εξαιρέσεις. Συγκεκριμένα δεν απαιτείται, εάν:

α) ο υπεύθυνος επεξεργασίας εφάρμοσε κατάλληλα τεχνικά και οργανωτικά μέτρα προστασίας, όπως μέτρα που καθιστούν μη κατανοητά τα δεδομένα σε όσους δεν διαθέτουν άδεια πρόσβασης σε αυτά (π.χ. κρυπτογράφηση), β) ο υπεύθυνος επεξεργασίας έλαβε στη συνέχεια μέτρα που διασφαλίζουν ότι δεν είναι πλέον πιθανό να προκύψει υψηλός κίνδυνος για τα δικαιώματα και τις ελευθερίες των υποκειμένων των δεδομένων, π.χ. ο υπεύθυνος επεξεργασίας εξακρίβωσε την ταυτότητα του δράστη και έλαβε δράση εναντίον του, γ) η ανακοίνωση στο υποκείμενο των δεδομένων προϋποθέτει δυσανάλογες προσπάθειες⁴¹. Στην περίπτωση αυτή, γίνεται δημόσια ανακοίνωση ή χρησιμοποιείται παρόμοιο αποτελεσματικό μέτρο ενημέρωσης των υποκειμένων των δεδομένων.

39 Υπ' αριθ. 86 αιτιολογική σκέψη ΓΚΠΔ. Περαιτέρω, σύμφωνα με την υπ' αριθ. 88 σκέψη ΓΚΠΔ, κατά τη γνωστοποίηση μιας παραβίασης, θα πρέπει να λαμβάνονται υπόψη τα έννομα συμφέροντα των αρχών επιβολής του νόμου, όταν η πρόωγη κοινολόγηση μπορεί να εμποδίσει χωρίς λόγο τη διερεύνηση των συνθηκών μιας παραβίασης δεδομένων προσωπικού χαρακτήρα. Αυτό σημαίνει ότι, σε ορισμένες περιστάσεις, όταν αυτό δικαιολογείται και κατόπιν συμβουλής των αρχών επιβολής του νόμου, ο υπεύθυνος επεξεργασίας μπορεί να καθυστερεί την ανακοίνωση της παραβίασης στα επηρεαζόμενα πρόσωπα μέχρι ότου αυτή δεν θα επηρεάζει αυτές τις έρευνες. Ωστόσο, τα υποκείμενα των δεδομένων θα πρέπει να ενημερωθούν άμεσα έπειτα από αυτό το χρονικό διάστημα. Κατευθυντήριες γραμμές της Ομάδας εργασίας του άρθρου 29 σχετικά με τη γνωστοποίηση παραβιάσεων δεδομένων προσωπικού χαρακτήρα δυνάμει του κανονισμού 2016/679, 3-10- 2017/6-2-2018, https://ec.europa.eu/newsroom/article29/item-detail.cfm?item_id=612052

40 Κατευθυντήριες γραμμές της Ομάδας εργασίας του άρθρου 29 σχετικά με τη γνωστοποίηση παραβιάσεων δεδομένων προσωπικού χαρακτήρα δυνάμει του κανονισμού 2016/679, 3-10- 2017/6-2-2018, https://ec.europa.eu/newsroom/article29/item-detail.cfm?item_id=612052, σελ. 25.

41 Π.χ. εάν τα στοιχεία επικοινωνίας του υποκειμένου των δεδομένων έχουν χαθεί ως αποτέλεσμα της παραβίασης ή δεν είναι εξαρχής γνωστά.

Εάν ο υπεύθυνος επεξεργασίας δεν έχει ήδη ανακοινώσει την παραβίαση των δεδομένων στο υποκείμενο των δεδομένων, η εποπτική αρχή μπορεί, έχοντας εξετάσει την πιθανότητα επέλευσης υψηλού κινδύνου για τα δεδομένα λόγω της παραβίασης, να του ζητήσει να το πράξει ή μπορεί να αποφασίσει ότι πράγματι δεν απαιτείται ανακοίνωση της παραβίασης στο υποκείμενο των δεδομένων, διότι συντρέχει κάποια από τις ανωτέρω εξαιρέσεις από τη σχετική υποχρέωση.

Τελικές σκέψεις

Το δικαίωμα στα προσωπικά δεδομένα δεν είναι απόλυτο δικαίωμα⁴². Ανταγωνίζεται με άλλα δικαιώματα και συνεπώς η ρύθμιση για την προστασία του είναι προϊόν στάθμισης του δικαιώματος αυτού με άλλα δικαιώματα⁴³, όπως το δικαίωμα στην επιχειρηματική ελευθερία, στην πληροφόρηση, στη δημόσια ασφάλεια, στην επιστημονική έρευνα, στη διαφάνεια κ.ά. Αυτή η αντιπαλότητα και η επιχείρηση συγκερασμού και εξισορρόπησης συμφερόντων, με εργαλείο την αρχή της αναλογικότητας, αντανακλάται στις επιμέρους ρυθμίσεις του ΓΚΠΔ.

Στην κατεύθυνση αυτή, η ρύθμιση του ΓΚΠΔ που αφορά την υποχρέωση του υπευθύνου επεξεργασίας για κοινολόγηση των παραβιάσεων προσωπικών δεδομένων αποτελεί απόρροια σταθμίσεων συμφερόντων, των οποίων φορείς είναι από τη μία πλευρά το υποκείμενο των δεδομένων και από την άλλη ο υπεύθυνος επεξεργασίας ή τρίτος/τρίτοι. Έτσι, η πρόβλεψη της υποχρέωσης της κοινολόγησης της παραβίασης προσωπικών δεδομένων στοχεύει στην προστασία του υποκειμένου των δεδομένων, ενώ οι εξαιρέσεις από την

42 Ελάχιστα ανθρώπινα δικαιώματα είναι απόλυτα, δηλ. δεν επιδέχονται στάθμιση έναντι των δικαιωμάτων τρίτων ή των ευρύτερων κοινωνικών συμφερόντων. Ανεξάρτητα από τις περιστάσεις, τα δικαιώματα αυτά δεν μπορούν να περιορίζονται — ακόμη και αν υφίσταται εμπόλεμη κατάσταση ή σε κατάσταση έκτακτης ανάγκης. Απόλυτο δικαίωμα είναι π.χ. το δικαίωμα του ατόμου να μην υποβάλλεται σε βασανιστήρια ή σε απάνθρωπη ή εξευτελιστική μεταχείριση: Γνώμη της Ομάδας 29 αρ. 6/2014 για την έννοια των εννόμων συμφερόντων του υπευθύνου επεξεργασίας https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2014/wp217_el.pdf, σημ. 24

43 Σύμφωνα με την αιτιολογική σκέψη 4 του ΓΚΠΔ, το δικαίωμα στην προστασία των δεδομένων προσωπικού χαρακτήρα πρέπει να εκτιμάται σε σχέση με τη λειτουργία του στην κοινωνία και να σταθμίζεται με άλλα θεμελιώδη δικαιώματα, σύμφωνα με την αρχή της αναλογικότητας. Ο παρών ΓΚΠΔ σέβεται όλα τα θεμελιώδη δικαιώματα και τηρεί τις ελευθερίες και αρχές που αναγνωρίζονται στον Χάρτη όπως κατοχυρώνονται στις Συνθήκες, ιδίως τον σεβασμό της ιδιωτικής και οικογενειακής ζωής, της κατοικίας και των επικοινωνιών, την προστασία των δεδομένων προσωπικού χαρακτήρα, την ελευθερία σκέψης, συνείδησης και θρησκείας, την ελευθερία έκφρασης και πληροφόρησης, την επιχειρηματική ελευθερία, το δικαίωμα πραγματικής προσφυγής και αμερόληπτου δικαστηρίου και την πολιτιστική, θρησκευτική και γλωσσική πολυμορφία.

υποχρέωση αυτή στην εξυπηρέτηση των έννομων συμφερόντων του υπευθύνου επεξεργασίας ή τρίτου/τρίτων.

Η ύπαρξη και η έκταση της υποχρέωσης αυτής εξαρτάται από παράγοντες, των οποίων πρέπει να γίνει προσεκτική αξιολόγηση: Βασικός παράγοντας είναι ο βαθμός/μέγεθος του κινδύνου για τα παραβιασθέντα προσωπικά δεδομένα, ανάλογα π.χ. με τη φύση των δεδομένων και τον όγκο τους, το πλήθος των υποκειμένων των δεδομένων και την ευκολία ταυτοποίησής τους, καθώς και τη σοβαρότητα των συνεπειών της παραβίασης. Η εξάρτηση της ύπαρξης ή μη της υποχρέωσης κοινολόγησης στην περίπτωση αυτή λειτουργεί υπέρ της θεμιτής προσδοκίας του υπευθύνου επεξεργασίας να μη κοινολογούνται περιστατικά, η δημοσιοποίηση των οποίων ενδέχεται να βλάψει την καλή φήμη του. Ένας άλλος σημαντικός παράγοντας, ο οποίος σταθμίζεται προκειμένου να απαλλαγεί ο υπεύθυνος επεξεργασίας από την υποχρέωση ανακοίνωσης της παραβίασης στο υποκείμενο των δεδομένων, είναι οι δυσανάλογες προσπάθειες που θα απαιτούνταν για την εκπλήρωση της υποχρέωσης ανακοίνωσης της παραβίασης στο υποκείμενο των δεδομένων. Πρόκειται για ρύθμιση που επίσης εξυπηρετεί το έννομο συμφέρον του υπευθύνου επεξεργασίας.

Η ορθή στάθμιση των αντικρουόμενων συμφερόντων στο πεδίο της εξεταζόμενης υποχρέωσης του υπευθύνου επεξεργασίας προσωπικών δεδομένων αποτελεί πρόκληση, η οποία, όπως είναι αυτονόητο, κατά τελευταίο και κύριο λόγο αφορά τους ερμηνευτές και εφαρμοστές του ΓΚΠΔ.

Καταχρηστική άσκηση του δικαιώματος διατροφής λόγω παραβίασης από τον δικαιούχο του άρθρου 1507 ΑΚ έναντι του υποχρέου

Χρήστος Γ. Ανυφαντής
Πάρεδρος Πρωτοδικών

Ι. Πρόλογος

Αντικείμενο της υπέρ - τριακονταετούς επιστημονικής ενασχόλησης του Καθηγητή Δημητρίου Μανιώτη αποτέλεσε η έρευνα των τριών βασικών επιμέρους στοιχείων που συγκροτούν το δικαίωμα στη χρηστή απονομή δικαιοσύνης (δίκαιη δίκη, ανεξάρτητος και αμερόληπτος δικαστής), όπως αυτό οριοθετείται στο άρθρ. 6 § 1 της Ευρωπαϊκής Σύμβασης Δικαιωμάτων του Ανθρώπου (όπως κυρώθηκε με το ν.δ 53 της 19/20 Σεπτεμβρίου 1974). Σύμφωνα με τη διάταξη αυτή, «*παν πρόσωπον έχει δικαίωμα όπως η υπόθεσις του δικασθή δικάως, δημόσια και εντός λογικής προθεσμίας υπό ανεξάρτητου και αμερόληπτου δικαστηρίου, νομίμως λειτουργούντος, το οποίον θα αποφασίση είτε επί των αμφισβητήσεων επί των δικαιωμάτων και υποχρεώσεων του αστικής φύσεως, είτε επί του βασίμου πάσης εναντίον του κατηγορίας ποινικής φύσεως*». Έτσι, η θεσμική διασφάλιση της ανεξαρτησίας των Ελλήνων Δικαστών αποτέλεσε εξ' αρχής αντικείμενο έρευνας του τιμώμενου Καθηγητή στη μελέτη του «*Η συμβολή των συστημάτων διορισμού και ελέγχου των δικαστικών λειτουργών στην κατοχύρωση της δικαστικής ανεξαρτησίας*» (1989). Εξάλλου, η ικανοποίηση του δικαιώματος για δίκαιη δίκη, προϋποθέτει την κατοχύρωση του δικαιώματος ακροάσεως των διαδίκων. Το στάδιο της προδικασίας προηγείται της συζητήσεως αυτοτελούς αίτησης παροχής δικαστικής προστασίας και έχει σκοπό την κατοχύρωση του δικαιώματος ακροάσεως του διαδίκου κατά του οποίου στρέφεται η αίτηση¹. Με τα κριτήρια οριοθέτησης του προπαρασκευαστικού αυτού σταδίου της πολιτικής δίκης ασχολήθηκε ο τιμώμενος Καθηγητής στη μελέτη του «*Η αρχή τηρήσεως της προδικασίας κατά τον Κώδικα Πολιτικής Δικονομίας*» (1994). Παράλληλα, όμως, καθοριστική είναι συνεισφορά του τιμώμενου Καθηγητή και στο «*βάθεμα*» της έννοιας της αμεροληψίας του Δικαστή. Εγγύηση της απροσωπώληπτης κρίσης του Δικαστή αποτελεί η εκπλήρωση της συνταγματικής του υποχρέωσης για ειδική και εμπειριστατωμένη αιτιολόγηση των δικα-

1 Βλ. Δ. Μανιώτης, Η αρχή τηρήσεως της προδικασίας κατά τον Κώδικα Πολιτικής Δικονομίας (1994), σ. 195.

στικών αποφάσεων (άρθ. 93 § 3 Συντάγματος). Η πρόσδοση στην απόφαση ειδικής και εμπεριστατωμένης αιτιολογίας προϋποθέτει έναν άρτιο² δικανικό συλλογισμό, όπου στην ελάχιστο πρόταση θα πραγματοποιείται η υπαγωγή των αποδειχθέντων πραγματικών περιστατικών στο πραγματικό του κανόνα δικαίου, ώστε να επέλθει ακολούθως η έννομη συνέπεια στην επίδικη περίπτωση. Ωστόσο, αν ο Δικαστής δεν αξιολογήσει τα πραγματικά περιστατικά, ακολουθώντας συγκεκριμένη μέθοδο διάγνωσης της αλήθειας, σύμφωνα με τις επιταγές του δικαίου αποδείξεως, κινδυνεύει ο δικανικός συλλογισμός - και κατ' επέκταση η απόφαση του - να αλλοιωθεί από ιδιοσυγκρασιακούς παράγοντες και άρα να τεθεί εν αμφιβόλω η αμεροληψία του. Έτσι, ο τιμώμενος Καθηγητής ασχολήθηκε εκτενώς και συστηματικά με τις αρχές του δικαίου αποδείξεως στη μελέτη του «Αρχές του δικαίου αποδείξεως στην πολιτική δίκη» (2013). Στον Καθηγητή, Δημήτριο Μανιώτη, τις πανεπιστημιακές παραδόσεις του οποίου είχα την τύχη να παρακολουθήσω κατά τις Μεταπτυχιακές μου Σπουδές στο Δημοκρίτειο Πανεπιστήμιο Θράκης, είναι αφιερωμένες οι ακόλουθες σκέψεις γύρω από το ζήτημα της καταχρηστικής άσκησης του δικαιώματος διατροφής, όταν ο ενάγων, γονέας ή τέκνο, δικαιούχος διατροφής, παραβιάζει κάποια από τις υποχρεώσεις του άρθ. 1507 ΑΚ έναντι του υποχρεού γονέα ή τέκνου αντίστοιχα.

II. Ο “ατελής” κανόνας δικαίου του άρθ. 1507 ΑΚ και η έννομη συνέπεια στο δίκαιο της διατροφής

Σύμφωνα με τη διάταξη του άρθ. 1485 ΑΚ, ανιόντες και κατιόντες έχουν αμοιβαία υποχρέωση διατροφής κατά τους όρους των άρθρων 1486 έως 1502 ΑΚ, ενώ σύμφωνα με τη διάταξη του άρθ. 1486 εδ. α' ΑΚ, δικαίωμα διατροφής έχει μόνο όποιος δεν μπορεί να διατρέφει τον εαυτό του από την περιουσία του ή από εργασία κατάλληλη για την ηλικία του, την κατάσταση της υγείας του και τις λοιπές βιοτικές του συνθήκες ενόψει και των τυχόν αναγκών της εκπαίδευσης του. Αντίθετα, σύμφωνα με τη διάταξη του άρθ. 1487 ΑΚ, δεν έχει υποχρέωση διατροφής εκείνος που, ενόψει και των λοιπών υποχρεώσεων του, δεν είναι σε θέση να τη δώσει χωρίς να διακινδυνεύσει η δική του διατροφή. Ο κανόνας αυτός δεν ισχύει, όταν πρόκειται για τη διατροφή ανήλικου τέκνου από τον γονέα του, εκτός αν αυτό μπορεί να στραφεί εναντίον άλλου υπο-

2 Ο καθηγητής Κ. Καλαβρός (Τα όρια του αναιρετικού ελέγχου, 2015, σ. 10) αναφέρει «η υπαγωγική κρίση ως δεοντολογική κρίση είναι ουσιαστικά αληθής, μόνον όταν ο συλλογισμός, στον οποίο αναλύεται η κρίση αυτή, εκπληρώνει τόσο την αξίωση αληθείας, όσο και την αξίωση της τυπικής - λογικής ορθότητας» και περαιτέρω παραπομπές σε Ε. Ποδηματά, Η τελολογική θεμελίωση των νομικών κρίσεων, ΝοΒ 2007, 2009· Κ. Μπέη, Δεοντικές (νομικές) και οντολογικές (εμπειρικές) έννοιες στην αναιρετική διαδικασία του Αρείου Πάγου, Δ 2009, 1120 επ.

χρέου ή μπορεί να διατραφεί από την περιουσία του. Κατά τη διάταξη δε του άρθ. 1489 εδ β' ΑΚ, οι γονείς έχουν υποχρέωση να διατρέφουν το τέκνο τους από κοινού, ο καθένας ανάλογα με τις δυνάμεις του³. Από τις ανωτέρω διατάξεις προκύπτει ότι η υποχρέωση διατροφής μεταξύ ανιόντων και κατιόντων προϋποθέτει αφενός την απορία του δικαιούχου και αφετέρου την ευπορία του υποχρέου⁴. Κατά τον νόμο, λοιπόν, η αγωγή διατροφής είναι ορισμένη (άρθ. 216 § 1 ΚΠολΔ), εφόσον περιέχει σαφή έκθεση των γεγονότων από τα οποία προκύπτει: α) η ύπαρξη συγγενικού δεσμού μεταξύ των διαδίκων· β) η αδυναμία του δικαιούχου να διατρέφει τον εαυτό του από τα εισοδήματα ή το κεφάλαιο της περιουσίας καθώς και από το προϊόν της εργασίας του· και γ) οι βιοτικές ανάγκες του δικαιούχου, όπως αυτές προκύπτουν από τις συνθήκες ζωής του⁵. Περαιτέρω, δεν απαιτείται να προσδιορίζεται στο δικόγραφο της αγωγής με ακρίβεια και το απαραίτητο χρηματικό ποσό για την κάλυψη κάθε επί μέρους ανάγκης του, που προκύπτει από τις συνθήκες της ζωής του⁶, ούτε επίσης, κατά την ορθότερη άποψη⁷, τα περιουσιακά στοιχεία του υπόχρεου σε διατροφή γονέα, αφού στα γεγονότα που θεμελιώνουν το δικαίωμα διατροφής σύμφωνα με το νόμο (άρθ. 1486 § 1 και 1493 εδ. α' ΑΚ) δεν περιλαμβάνεται και η οικονομική κατάσταση του υπόχρεου γονέα ούτε η δυνατότητα συνεισφοράς του άλλου (μη εναγόμενου) γονέα στη διατροφή του τέκνου. Επιπλέον, η αγωγή θα πρέπει να περιέχει ορισμένο αίτημα, το οποίο συνίσταται στην περιοδική καταβολή ορισμένου χρηματικού ποσού (ή ενδεχομένως άλλης παροχής) για συγκεκριμένο χρονικό διάστημα με τον νόμιμο τόκο από την ημέρα καταβολής κάθε μίας απαιτητής και ληξιπρόθεσμης περιοδικής (κατά κανόνα μηνιαίας) δόσης⁸.

3 Από την πρόσφατη νομολογία του Αρείου Πάγου, ιδιαίτερο ενδιαφέρον παρουσιάζει η ΑΠ 1016/2019 (ΕλλΔνη (61) 2020, 1041), η οποία δέχθηκε ότι το εισόδημα που εναντίον της καλής πίστης (άρθ. 288 ΑΚ) απέφυγε να αποκτήσει ο υπόχρεος γονέας συνυπολογίζεται για τον προσδιορισμό της διατροφής του ανηλίκου τέκνου του, διότι, κατά την έννοια της διάταξης του άρθρου 1489 εδάφ. β' του ΑΚ, στις δυνάμεις (οικονομικές) του γονέα, κατ' αναλογία των οποίων αυτός υποχρεούται σε διατροφή του τέκνου του, περιλαμβάνονται και τα εισοδήματα που απέφυγε να αποκτήσει εξαιτίας προσωπικών εκτιμήσεων, που ενέχουν και αδιαφορία για την υποχρέωση διατροφής του τέκνου του.

4 Βλ. Α. Γεωργιάδης, Οικογενειακό Δίκαιο, 2014, σ. 633.

5 Βλ. Α. Γεωργιάδης, ο.π. (σημ. 4), σ. 663.

6 Βλ. ΑΠ 204/2010· ΑΠ 1397/2009· ΑΠ 823/2000, ΜΕφΔωδ 42/2020· ΜΕφΘεσ 200/2019· ΜΕφΠειρ 664/2014· ΜΕφΛαρ 341/2015· ΕφΔωδ 241/2006 όλες δημοσιευμένες σε ΝΟΜΟΣ.

7 Έτσι ΜΕφΠατρ 195/2020 σε ΝΟΜΟΣ· και σε θεωρία Α. Γεωργιάδης, ο.π. (σημ. 4), σ. 664. Αντίθετα, υποστηρίζεται από μερίδα της νομολογίας ότι για το ορισμένο της αγωγής πρέπει να αναφέρονται και τα περιουσιακά στοιχεία του υποχρέου σε διατροφή (βλ. ΑΠ 204/2010· ΑΠ 1388/2009 δημοσιευμένες σε ΝΟΜΟΣ).

8 Βλ. Α. Γεωργιάδης, ο.π. (σημ. 4), σ. 664.

Περαιτέρω, το δικαίωμα διατροφής δεν πρέπει να ασκείται καταχρηστικά (άρθ. 281 ΑΚ). Η υποχρέωση για πλήρη διατροφή, παρόλο που είναι συνέπεια της ύπαρξης απλώς του συγγενικού δεσμού, χωρίς να υπόκεινται σε έλεγχο τα βαθύτερα αισθήματα του δικαιούχου προς τον υπόχρεο, θέτει, ωστόσο, ως προαπαιτούμενο ένα *minimum* καλών σχέσεων μεταξύ δικαιούχου και υποχρέου⁹. Η παραβίαση από τον γονέα ή τέκνο, δικαιούχο διατροφής, κάποιας από τις αμοιβαίες υποχρεώσεις του άρθ. 1507 ΑΚ έναντι του υπόχρεου γονέα ή τέκνου, αντίστοιχα, μπορεί να καθιστά σε περίπτωση υπέρβασης των ορίων του άρθ. 281 ΑΚ καταχρηστική την αξίωση διατροφής. Ειδικότερα, κατά το άρθ. 1507 ΑΚ, γονείς και τέκνα οφείλουν αμοιβαία μεταξύ τους βοήθεια, στοργή και σεβασμό. Εκδήλωση των ανωτέρω στοιχείων αποτελεί η επιθυμία του ενός να επικοινωνεί με τον άλλο, να προσφέρει υλική ή ηθική στήριξη και συμπαράσταση σε καλές ή κακές στιγμές της ζωής του άλλου και να επιδεικνύει σεβασμό στην προσωπικότητα του άλλου¹⁰. Το μέτρο δε της υποχρέωσης αυτής προσδιορίζεται από την καλή πίστη (άρθ. 288 ΑΚ) και τα εκάστοτε κρατούντα οικογενειακά ήθη ενόψει και των συγκεκριμένων κάθε φορά συνθηκών¹¹.

Η ρύθμιση του άρθρου 1507 ΑΚ συνιστά έναν μη αυτοτελή (ή ατελή) κανόνα δικαίου, δηλαδή το πραγματικό της δεν συνδέεται από μόνο του με ορισμένη έννομη συνέπεια (ή με άλλη διατύπωση οι θεσπιζόμενες υποχρεώσεις δεν είναι άμεσα εξαναγκαστές), πράγμα που σημαίνει ότι η ανεύρεση της έννομης συνέπειας και η με αυτόν τον τρόπο πλήρωση της «ατέλειας» της θα πρέπει να γίνει σε συνδυασμό με άλλες διατάξεις. Έτσι, στη θεωρία επισημαίνεται ότι η παραβίαση των υποχρεώσεων που απορρέουν από τη διάταξη του άρθ. 1507 ΑΚ, μπορεί να θεμελιώσει ενδεχομένως αξίωση αποζημίωσης ή να οδηγήσει σε κυρώσεις, όπως στη λήψη σωφρονιστικών μέτρων (άρθ. 1518 § 2 εδ. β' ΑΚ), στη μείωση της οφειλόμενης διατροφής (άρθ. 1495 ΑΚ) ή σε όλως εξαιρετικές περιπτώσεις στον χαρακτηρισμό της τελευταίας αυτής αξίωσης ως καταχρηστικής (άρθ. 281 ΑΚ) καθώς και στη μερική ή ολική αφαίρεση της γονικής μέριμνας λόγω κακής άσκησης της (άρθ. 1532 ΑΚ)¹².

9 Βλ. Π. Κουμάντος, Οικογενειακό Δίκαιο ΙΙ, 1989, 125.

10 Βλ. Α. Γεωργιάδης, ο.π. (σημ. 4), σ. 531.

11 Βλ. Α. Γεωργιάδης, ο.π. (σημ. 4), σ. 531.

12 Βλ. Α. Γεωργιάδης, ο.π. (σημ. 4), σ. 531.

III. Το βάρος επίκλησης και απόδειξης των πραγματικών περιστατικών στα οποία θεμελιώνεται η ένσταση του κανόνα δικαίου των άρθ. 1507 σε συνδυασμό με 281 ΑΚ

Περαιτέρω, σύμφωνα με τη διάταξη του άρθ. 340 § 2 ΚΠολΔ, εκτός από τις περιπτώσεις που ορίζει ρητά ο νόμος, το δικαστήριο κρίνει ελεύθερα τα αποδεικτικά μέσα και αποφασίζει κατά συνείδηση αν οι ισχυρισμοί είναι αληθινοί. Στην απόφαση πρέπει να αναφέρονται οι λόγοι που οδήγησαν τον Δικαστή να σχηματίσει την πεποίθηση του. Ο Δικαστής, λοιπόν, πριν προχωρήσει στην υπαγωγή των πραγματικών περιστατικών στο πραγματικό του κανόνα δικαίου, πρέπει να έχει πεισθεί πλήρως ως προς την αλήθεια των πραγματικών ισχυρισμών (σχηματισμός πλήρους δικανικής πεποίθησης), που θα συμπεριλάβει στην ελάχιστονα πρόταση του δικανικού του συλλογισμού. Θεσπίζεται, δηλαδή, η υποκειμενική πλήρης απόδειξη¹³. Η υποχρέωση του Δικαστή για τον σχηματισμό πλήρους δικανικής πεποίθησης αίρεται στην περίπτωση της διαδικασίας των ασφαλιστικών μέτρων, όπου ο νόμος θεωρεί αρκετή την πιθανολόγηση (βλ. άρθ. 347 ΚΠολΔ). Στην τελευταία αυτή περίπτωση, τα αποδεικτέα πραγματικά περιστατικά αρκεί να κρίνονται απλώς πιθανά από τον Δικαστή προκειμένου να παρασχεθεί η αιτούμενη δικαστική προστασία¹⁴. Πάραυτα, στα πλαίσια του συζητητικού συστήματος της πολιτικής δίκης (άρθ. 106 ΚΠολΔ), η επιτυχία της νοητικής προσπάθειας του Δικαστή δεν εξαρτάται αποκλειστικά από τον ίδιο, αλλά επηρεάζεται από την πιθανή αποτυχία των διαδίκων να εισφέρουν στη δίκη το αναγκαίο αποδεικτικό υλικό και να αποδείξουν τα θεμελιωτικά των ισχυρισμών τους πραγματικά περιστατικά. Στην περίπτωση αυτή, όπου ο διάδικος έχει αφήσει τον δικαστή να αμφιβάλλει ως προς ορισμένα περιστατικά, δεν επιτυγχάνεται το απαιτούμενο μέτρο αποδείξεως και οι ισχυρισμοί θεωρούνται ως μη αποδειχθέντες¹⁵. Ο δικονομικός νομοθέτης με τους κανόνες κατανομής του βάρους απόδειξης, αφενός καθορίζει ποιος διάδικος πρέπει να αποδείξει τί και άρα είναι επιφορτισμένος με την ευθύνη προσκομιδής του αποδεικτικού υλικού (υποκειμενικό βάρος απόδειξης) και αφετέρου καθορίζει σε ποιον διάδικο θα καταλογιστεί η ευθύνη της αδυναμίας του Δικαστή να σχηματίσει πλήρη δικανική πεποίθηση (γέννηση και διατήρηση της αμφιβολίας) ως προς το αποδεικτέο ζήτημα (αντικειμενικό βάρος απόδειξης), η οποία και θα συνεπάγεται την απώλεια της δίκης για τον βαρυνόμενο διάδικο, διότι ο σχετικός ισχυρισμός θα απορρίπτεται ως ουσι-

13 Βλ. Δ. Μανιώτη, Αστικό Δικονομικό Δίκαιο2, 2019, σ. 106.

14 Βλ. Κεραμεύς/Κονδύλης/Νίκας (-Κράνης), Ερμηνεία ΚΠολΔ2, 2020, άρθ 690 αριθ. 7.

15 Βλ. Δ. Μανιώτης, ο.π. (σημ. 13), σ. 129.

αστικά αβάσιμος, ελλείψει αποδείξεως¹⁶. Ο ΚΠολΔ εισάγει στη διάταξη του άρθ. 338 § 1 ένα γενικό κριτήριο κατανομής του βάρους απόδειξης σύμφωνα με το οποίο κάθε διάδικος οφείλει να αποδείξει τα πραγματικά γεγονότα που είναι αναγκαία για να υποστηρίξει την αυτοτελή αίτηση ή ανταίτηση του. Όπως επισημαίνει ο τιμώμενος Καθηγητής, «η αυτοτελής αίτηση παροχής δικαστικής προστασίας θεμελιώνεται σε ιδιαίτερα γεγονότα σε σχέση με αυτά στα οποία ερείδετο αντίστοιχο αίτημα του αντιδίκου, υπαγόμενα σε ιδιαίτερους κανόνες δικαίου. Οι προϋποθέσεις αυτές, δηλαδή η αυτοτέλεια τόσο της πραγματικής όσο και της νομικής βάσεως, πρέπει να ισχύουν σωρευτικά»¹⁷. Στην απλή του, λοιπόν, μορφή ο κανόνας του άρθ. 338 § 1 ΚΠολΔ αναθέτει στον ενάγοντα το βάρος απόδειξης των προϋποθέσεων παραγωγής του δικαιώματος, ενώ ο εναγόμενος βαρύνεται με την απόδειξη της πραγματικής βάσεως των κανόνων που εμποδίζουν τη γέννηση (δικαιοκωλυτικών) ή τη λειτουργία του δικαιώματος (δικαιοανασταλτικών) ή τέλος επιφέρουν την απόσβεση του (δικαιοφθόρων)¹⁸. Η άρνηση της ιστορικής βάσης των περιεχόμενων στην αγωγή ή σε κάποια ένσταση αυτοτελών ισχυρισμών του αντιδίκου, απλή ή αιτιολογημένη, εφόσον δεν εισφέρει νέα γεγονότα στηριγμένα σε ιδιαίτερους κανόνες δικαίου, δεν στηρίζεται σε προβολή αυτοτελούς ισχυρισμού, όπως απαιτεί το άρθ. 338 § 1 ΚΠολΔ και άρα ο διάδικος που αρνείται αιτιολογημένα διεξάγει ανταπόδειξη προς την κύρια απόδειξη την οποία διεξάγει ο διάδικος που φέρει το βάρος αποδείξεως των αυτοτελών ισχυρισμών του¹⁹.

Σύμφωνα με τις ανωτέρω γενικές παραδοχές, ο εναγόμενος σε δίκη διατροφής υπόχρεος γονέας ή τέκνο, ο οποίος προβάλλει τον ισχυρισμό ότι η αξίωση διατροφής του δικαιούχου γονέα ή τέκνου, αντίστοιχα, ασκείται καταχρηστικά (άρθ. 281 ΑΚ), διότι ο αντίδικος του παραβιάζει τις απορρέουσες από τη διάταξη του άρθ. 1507 ΑΚ έναντι αυτού υποχρεώσεις του, προβάλλει έναν αυτοτελή ισχυρισμό και συνεπώς θα πρέπει να επικαλεστεί και να αποδείξει (άρθ. 338 § 1 ΚΠολΔ) τα ιδιαίτερα πραγματικά περιστατικά, τα οποία στη συγκεκριμένη περίπτωση καθιστούν προφανή την υπέρβαση των ορίων της καλής πίστης ή των χρηστών ηθών ή του κοινωνικού ή οικονομικού σκοπού του δικαιώματος διατροφής. Σε αυτή την περίπτωση τα γεγονότα που θεμελιώνουν την καταχρηστική συμπεριφορά του ενάγοντος είναι ιδιαίτερα σε σχέση με την ιστορική βάση της αγωγής, αφού δεν περιλαμβάνονται στο πραγματικό των διατάξεων των άρθ. 1485, 1486 και 1493 ΑΚ, όπου προβλέπε-

16 Αναλυτικότερα για την κατανομή του βάρους αποδείξεως βλ. Δ. Μανιώτη, Αρχές του δικαίου αποδείξεως στην πολιτική δίκη, (2013), σ. 127 επ.

17 Βλ. Δ. Μανιώτης, ο.π. (σημ. 13), σ. 131.

18 Βλ. Δ. Μανιώτης, ο.π. (σημ. 13), σ. 131.

19 Βλ. Δ. Μανιώτης, ο.π. (σημ. 13) σ. 131.

ται το δικαίωμα διατροφής μεταξύ ανιόντων και κατιόντων, αλλά υπάγονται σε ιδιαίτερο κανόνα δικαίου, ο οποίος προκύπτει από τον συνδυασμό των διατάξεων των άρθρ. 1507 και 281 ΑΚ. Ο ανωτέρω ισχυρισμός αποτελεί, κατά τη γνώμη μας, μια γνήσια αυτοτελή ένσταση²⁰, διότι αφενός δεν λαμβάνεται υπόψη αυτεπαγγέλτως²¹, αφετέρου δεν επιδρά στην υπόσταση του αντικρουόμενου δικαιώματος, το οποίο δεν καταλύεται, αλλά συνεχίζει να υπάρχει, παρά το γεγονός ότι καθ' ό μέρος ασκείται καταχρηστικά έχει παραλύσει η ισχύς του²². Για την παραδεκτή προβολή της εν λόγω ενστάσεως απαιτείται να διατυπώνεται ορισμένο αίτημα απόρριψης της αγωγής για την αιτία αυτή (άρθρ. 262 ΚΠολΔ)²³. Γίνεται πάντως νομολογιακά δεκτό ότι το αίτημα αυτό είναι δυνατόν να καλυφθεί από το περιεχόμενο, κατά κανόνα, στο τέλος των προτάσεων γενικό αίτημα του εναγομένου για παραδοχή όλων των ισχυρισμών του και την απόρριψη της αγωγής²⁴. Η άποψη αυτή είναι συνεπής με την κρατούσα θέση στη νομολογία ότι η ένσταση καταχρηστικής ασκήσεως δικαιώματος (άρθρ. 281 ΑΚ) αποτελεί καταχρηστική ένσταση²⁵. Περαιτέρω, στις ειδικές διαδικασίες, όπως στη διαδικασία των οικογενειακών διαφορών με την οποία δικάζονται οι διαφορές διατροφής εκ του νόμου μεταξύ ανιόντων και κατιόντων (άρθρ. 592 § 3 περιπτ. α' ΚΠολΔ), σημαντικό είναι να τονιστεί ότι οι διάδικοι οφείλουν να προτείνουν όλους τους αυτοτελείς ισχυρισμούς τους, όπως την ένσταση καταχρηστικής ασκήσεως του δικαιώματος διατροφής, προφορικά κατά τη συζήτηση στο ακροατήριο και επιπλέον οι ισχυρισμοί αυτοί καταχωρίζονται στα πρακτικά με σαφή έκθεση των γεγονότων που τους

20 Έτσι ΑΠ 1731/2012 σε ΝΟΜΟΣ· ΑΠ 122/1997, Δ 1998. 12· και σε θεωρία Ν. Νίκας, Πολιτική Δικονομία ΙΙ, 2005, σ. 266· Σ. Κουσουλής, Οι πραγματικοί ισχυρισμοί στην πολιτική δίκη, 2003, σ. 129 επ.· Κεραμεύς/Κονδύλης/Νίκας (-Μακρίδου), ΚΠολΔ Ι (2000), 262 αρ. 6· Γ. Νικολόπουλος, Η έννοια και η λειτουργία της ενστάσεως στο αστικό δικονομικό δίκαιο, σ. 79, 89· Αντίθετα, ως καταχρηστική (κρατούσα στη νομολογία του ΑΠ) θεωρείται η ένσταση αυτή από τις: ΟΛΑΠ 49/2005, ΟΛΑΠ 10/1993, ΝοΒ (42)1994. 378· ΑΠ 754/2004· ΑΠ 370/2001 δημοσιευμένες σε ΝΟΜΟΣ· και σε θεωρία: Δ. Κονδύλης, Το δεδικασμένο κατά τον ΚΠολΔ2, 2007, υποσημ. 25 σ. 461· Κ. Μπέης, παρατηρήσεις σε ΑΠ 357/2004, Δ. 2005. 47· κατά την καθηγήτρια Ε. Ποδηματά (Δεδικασμένο Ι, σ. 284 επ.) η αντίθεση στην καλή πίστη θεμελιώνει γνήσια ένσταση, ενώ η αντίθεση στα χρηστά ήθη καταχρηστική· κατά τον καθηγητή Δ. Μανιώτη (Αστικό Δικονομικό Δίκαιο2, 2019, σ. 69) η ένσταση καταχρήσεως δικαιώματος είναι καταρχήν γνήσια, εκτός εάν συντρέχουν οι προϋποθέσεις της αποδυνάμωσης δικαιώματος, οπότε πρόκειται για καταχρηστική ένσταση, διότι σε αυτή την περίπτωση το αντικρουόμενο δικαίωμα θεωρείται αποσβεσμένο.

21 Βλ. Κ. Κεραμεύς, Αστικό Δικονομικό Δίκαιο. Γενικό Μέρος, 1986, σ. 238 σημ. 9.

22 Βλ. Κ. Σημαντήρας, Γενικές Αρχές Αστικού Δικαίου4,, 1988, αριθ. 324.

23 Βλ. ΟΛΑΠ 472/1983· ΑΠ 691/2018· ΑΠ 1032/2014·δημοσιευμένες σε ΝΟΜΟΣ.

24 Βλ. ΑΠ 212/2019· ΑΠ 1357/2010· ΑΠ 496/2007 δημοσιευμένες σε ΝΟΜΟΣ.

25 Βλ. ανωτέρω σημ. 18.

θεμελιώνουν, διαφορετικά ο ισχυρισμός απορρίπτεται ως απαράδεκτος²⁶. Αυτονόητο είναι ότι τα επικαλούμενα για τη θεμελίωση της ένστασης περιστατικά πρέπει να αφορούν το πρόσωπο του ίδιου του ενάγοντος - δικαιούχου διατροφής και όχι τρίτου προσώπου (π.χ. της μητέρας του δικαιούχου)²⁷, όπως επίσης και η παραβίαση των υποχρεώσεων του άρθ. 1507 ΑΚ θα πρέπει να στρέφεται άμεσα κατά του προσώπου του υπόχρεου διατροφής²⁸.

IV. Η νομολογιακή εφαρμογή του κανόνα δικαίου των άρθ. 1507 σε συνδυασμό με 281 ΑΚ στη δίκη διατροφής

Τα κριτήρια του άρθ. 281 ΑΚ αποτελούν αόριστες νομικές αξιολογικές έννοιες και εξειδικεύονται σε κάθε συγκεκριμένη περίπτωση από τον δικαστή με βάση τις εκάστοτε κοινωνικές αντιλήψεις και όχι τις προσωπικές του πεποιθήσεις²⁹. Η νομολογία, προσεγγίζοντας τις ανωτέρω αόριστες έννοιες, διευκρινίζει ότι η αξίωση διατροφής ασκείται καταχρηστικά, όταν από τα πραγματικά περιστατικά προκύπτει η σαφής και κατηγορηματική δήλωση του αιτούμενου τη διατροφή γονέα ή τέκνου να μην υπάρχει πλέον μεταξύ του υποχρέου και αυτού οποιοσδήποτε συναισθηματικός δεσμός (ιδίως όταν η συνειδητή άρνηση επικοινωνίας είναι μακροχρόνια³⁰) ή (συνάγεται) η σαφής προσβολή του προσώπου του εναγομένου γονέα ή τέκνου ή άλλα περιστατικά από τα οποία να προκύπτουν ενέργειες του δικαιούχου που να δείχνουν περιφρόνηση προς τον εναγόμενο (όπως π.χ. η αλλαγή του επωνύμου του δικαιούχου τέκνου και η επιλογή του επωνύμου της μητέρας) και έλλειψη αγάπης και σεβασμού προς αυτόν. Αντίθετα, έχει κριθεί³¹ ότι η άρνηση και η αδιαφορία του ενήλικου τέκνου να επικοινωνήσει με τον εναγόμενο γονέα, όπως επίσης και το γεγονός ότι το τέκνο απευθύνεται στον γονέα με το μικρό του όνομα ή προσφωνώντας τον «κύριο» ή «κυρία» και όχι «πατέρα» ή «μητέρα», αν και συνιστούν γεγονότα τα οποία καταδεικνύουν ότι οι σχέσεις γονέα και τέκνου έχουν κλονι-

26 Βλ. ΑΠ 1313/2014 σε ΝΟΜΟΣ

27 Βλ. ΕφΠειρ 479/2016· ΕφΠειρ 780/2014 δημοσιευμένες σε ΝΟΜΟΣ.

28 Βλ. ΕφΑθ 1355/1963, ΕΕΝ (30) 1963, 541, κατά την οποία κρίθηκε ότι δεν είναι καταχρηστική η αξίωση μητέρας που ζήτησε από τα παιδιά της, τα οποία εγκατέλειψε ως ανήλικα παλαιότερα, όταν μοιχεύθηκε και έφυγε από το κοινό σπίτι. Το δικαστήριο στη συγκεκριμένη υπόθεση έκρινε ότι η μοιχεία δεν στρεφόταν κατά του προσώπου των τέκνων, αλλά κατά του συζύγου. Μόνο η εγκατάλειψη θα μπορούσε υπό ορισμένες προϋποθέσεις να χαρακτηριστεί σοβαρό πταίσμα της μητέρας έναντι των τέκνων της.

29 Βλ. Α. Γεωργιάδης, Γενικές Αρχές Αστικού Δικαίου⁴, 2012, σ. 310.

30 Βλ. ΕφΠειρ 3/1996, ΝοΒ (44)1996. 1023.

31 Βλ. ΕφΠειρ 537/2015· ΕφΛαρ 129/2013· ΕφΑθ 2564/2011· ΜΠρΚορ 31/2020 δημοσιευμένες σε ΝΟΜΟΣ.

σθεί σοβαρά, εντούτοις δεν επαρκούν, ώστε να κριθεί ότι η αξίωση διατροφής ασκείται καταχρηστικά. Όπως επισημαίνεται από την ίδια νομολογία, τα περιστατικά αυτά μπορεί μεν να έχουν οδηγήσει συν τω χρόνω σε χαλάρωση του συναισθηματικού δεσμού, ο οποίος θα έπρεπε να υφίσταται μεταξύ γονέων και τέκνων, πλην όμως δεν χαρακτηρίζονται ως ακραία περιστατικά αχαριστίας ή προσβολής του προσώπου του υποχρέου, τα οποία να μπορούν να θεμελιώσουν την ένσταση της καταχρηστικής άσκησης της αξίωσης διατροφής. Τέτοιου είδους αντιδράσεις ιδίως από την πλευρά του ενάγοντος τέκνου κρίνονται ως ένα βαθμό δικαιολογημένες, όταν αυτό είναι ανήλικο, καθώς πολλές φορές η αντιδικία και οι εντάσεις γύρω από το διαζύγιο των γονέων μπορούν να επηρεάσουν αρνητικά τον ψυχισμό του και δικαιολογούν την εν θερμώ άρνηση του να επικοινωνήσει με τον γονέα, τον οποίο θεωρεί υπαίτιο των ακραίων καταστάσεων που έχει πιθανόν βιώσει το ίδιο ή ο μη εναγόμενος γονέας, με τον οποίο αυτό συζεί. Εξάλλου, όσο το τέκνο είναι ανήλικο, τα τυχόν παραπτώματα του απέναντι στον γονέα μπορεί να οφείλονται και στην αποτυχία του τελευταίου να ασκήσει σωστά τη γονική μέριμνα³². Ομοίως και η θεωρία επισημαίνει ότι η σχετική κρίση θα πρέπει να γίνεται με αυστηρά κριτήρια, ιδίως όταν το δικαίωμα ασκεί ανήλικο τέκνο, οπότε προτάσσεται το συμφέρον του, ενόψει των παιδοκεντρικών αντιλήψεων του σύγχρονου νομοθέτη, αφενός διότι το δικαίωμα διατροφής στηρίζεται σε κανόνες δημόσιας τάξης, και αφετέρου διότι η έννομη συνέπεια της καταχρηστικότητας είναι πολύ αυστηρή για τον δικαιούχο, καθώς του στερεί τη δυνατότητα να συντηρηθεί από τον υπόχρεο³³.

V. Μια πρόταση συμπληρωτικής (praeter legem) περαιτέρω διάπλασης του δικαίου με βάση το άρθρο 1495 ΑΚ

Το ζήτημα που πρέπει να μας απασχολήσει περαιτέρω σχετίζεται με την έννομη συνέπεια της ρύθμισης των άρθρ. 1507 και 281 ΑΚ. Η εν λόγω ρύθμιση παρουσιάζει, κατά τη γνώμη μας, μια νομοθετική ατέλεια, καθώς αν γίνει δεκτή η ένσταση του άρθρ. 281 ΑΚ η αγωγή διατροφής θα πρέπει να απορριφθεί, αφού η παραδοχή της ένστασης κατ' ουσίαν παραλύει το ασκούμενο δικαίωμα. Η έννομη αυτή συνέπεια παρουσιάζεται ιδιαίτερα επαχθής για τον φορέα του δικαιώματος γονέα ή τέκνο, αφού του στερεί ακόμη και τα στοιχειώδη μέσα για τη διαβίωση του. Αντίθετα, σύμφωνα με το άρθρ. 1495 ΑΚ, οι κατιόντες και οι ανιόντες δικαιούνται μόνο τη στοιχειώδη διατροφή, που περιλαμβάνει τα

32 Βλ. *Ε. Κουνουγέρη - Μανωλεδάκη*, Η νομολογιακή εφαρμογή του άρθρου 281 ΑΚ στο οικογενειακό δίκαιο, *ΕλλΔνη* (38)1997. 1460 (1461).

33 Βλ. *Α. Γεωργιάδης*, ο.π. (σημ. 4), σ. 627· *Ε. Κουνουγέρη - Μανωλεδάκη*, ο.π., 1461.

απολύτως αναγκαία για τη συντήρησή τους, αν υπέπεσαν απέναντι στον υπόχρεο διατροφής σε παράπτωμα που δικαιολογεί την αποκλήρωση τους (άρθ. 1839 επ. ΑΚ). Τέτοια παραπτώματα κατά το άρθ. 1840 ΑΚ, στρεφόμενα έναντι του υπόχρεου γονέα, μπορεί να είναι τα εξής: α) η επιβουλή της ζωής του, ή του συζύγου του ή άλλου κατιόντος του από το τέκνο, β) η πρόκληση με πρόθεση σωματικών κακώσεων στον ίδιο ή στη σύζυγο του από το τέκνο, γ) η τέλεση από το τέκνο κακουργήματος ή σοβαρού εκ προθέσεως πλημμελήματος για το οποίο κρίθηκε ένοχο σε βάρος του υποχρέου ή της συζύγου του, δ) η κακόβουλη αθέτηση της υποχρέωσης του τέκνου που είχε από το νόμο να παράσχει διατροφή στον υπόχρεο γονέα, και ε) η επιλογή του τέκνου να διάγει βίο άτιμο και ανήθικο, παρά τη θέληση του υπόχρεου γονέα. Αντίστοιχα, τέτοια παραπτώματα έναντι του υπόχρεου τέκνου μπορεί να είναι σύμφωνα με το άρθ. 1841 ΑΚ, τα παραπτώματα των ανωτέρω περιπτώσεων (α), (γ) και (δ) στα οποία έχει υποπέσει έναντι αυτού ο δικαιούχος γονέας.

Εν προκειμένω, παρατηρούμε ότι αν και τα παραπτώματα που δικαιολογούν την αποκλήρωση, αναφορικά με τη συμπεριφορά του δικαιούχου προς τον υπόχρεο, στο άρθ. 1495 ΑΚ είναι βαρύτερα από εκείνα που κατά περίπτωση μπορεί να εμπίπτουν στις προϋποθέσεις του άρθ. 281 ΑΚ, εντούτοις, η διατροφή μειώνεται στο επίπεδο της στοιχειώδους χωρίς να αποκλείεται πλήρως. Συγχρόνως, οι περιπτώσεις αφενός των άρθ. 1507 και 281 ΑΚ και αφετέρου του άρθ. 1495 ΑΚ παρουσιάζουν αξιολογικά ουσιώδεις ομοιότητες³⁴ ως προς τα εξής σημεία: α) υποκείμενα των ρυθμίσεων σε αμφότερες τις περιπτώσεις είναι γονείς και τέκνα, ως δικαιούχοι ή υπόχρεοι διατροφής και βαρυνόμενοι με τις υποχρεώσεις του άρθ. 1507 ΑΚ, β) τα παραπτώματα που δικαιολογούν την αποκλήρωση (άρθ. 1839 επ. ΑΚ), όταν μεταξύ ανιόντος και κατιόντος υπάρχει σχέση γονέως και τέκνου, συνιστούν ταυτόχρονα παραβίαση των αμοιβαίων υποχρεώσεων βοήθειας, στοργής και σεβασμού (άρθ. 1507 ΑΚ). Αντίστοιχα, η παραβίαση των ιδίων υποχρεώσεων, χωρίς να εμπίπτει στο πραγματικό του κανόνα δικαίου του άρθ. 1495 ΑΚ, μπορεί να καθιστά την άσκηση του δικαιώματος διατροφής καταχρηστική (άρθ. 281 ΑΚ). Και γ) σε αμφότερες τις ρυθμίσεις ενυπάρχει η κοινή ανάγκη ακόμη και ο «κακός» συγγενής, όταν πρόκειται για διατροφή γονέα ή τέκνου, να μη στερηθεί έστω τη στοιχειώδη αρωγή της οικογένειας, αφού φαίνεται ο νόμος να μην αναγνωρίζει ως δικαιολογητική

34 Όπως επισημαίνει ο καθηγητής Π. Παπανικολάου (Μεθοδολογία του Ιδιωτικού Δικαίου και Ερμηνεία των Δικαιοπραξιών, 2000, σ. 250) «η ομοιότητα μεταξύ των συγκρινόμενων πραγματικών που αποτελεί τη βάση της αναλογίας δεν αρκεί να είναι μια οποιαδήποτε εξωτερική ομοιότητα, αλλά θα πρέπει να είναι αξιολογικά ουσιώδης. Τούτο σημαίνει ότι η κατάσταση των συμφερόντων και στις δυο περιπτώσεις θα πρέπει να είναι τέτοια που να μπορεί από τη σκοπιά της αρχής της ίσης μεταχειρίσεως να δικαιολογεί την κρίση ότι η νομοθετική αξιολόγηση, την οποία εκφράζει η ήδη υφιστάμενη ρύθμιση, -όσον αφορά στην πρόσδοση ορισμένων έννομων συνεπειών στο ρυθμιζόμενο συγκεκριμένο πραγματικό -ήτοι η *ratio legis*, ευσταθεί και αναφορικά με την αρρύθμιστη περίπτωση».

βάση της παραβίασης των αμοιβαίων υποχρεώσεων του άρθ. 1507 ΑΚ μεταξύ γονέων και τέκνων την προηγούμενη μη τήρηση τους από τον άλλο υπόχρεο. Με διαφορετική διατύπωση, επιβάλλεται να γίνει δεκτό ότι για λόγους δημοσίου συμφέροντος, που σχετίζονται με την προστασία του βασικού πυρήνα της οικογένειας, η μη τήρηση των υποχρεώσεων για βοήθεια, στοργή και σεβασμό από τη μια πλευρά δεν δικαιολογεί την αμοιβαία απαλλαγή και της άλλης πλευράς που βαρύνεται με τις ίδιες υποχρεώσεις.

Στην περίπτωση, λοιπόν, που μας απασχολεί ανακύπτει ένα εμφανές ρυθμιστικό κενό. Σύμφωνα με τον K. English, «*κενά είναι ελαττώματα του θετικού δικαίου (του γραπτού ή του εθιμικού δικαίου) που γίνονται αισθητά ως ελλείψεις νομικών ρυθμίσεων εκεί όπου αναμένονται τέτοιες ρυθμίσεις για ορισμένα πραγματικά γεγονότα, και επιτρέπουν ή αξιώνουν την άρση τους διαμέσου μιας συμπληρωματικής του δικαίου δικαστικής απόφασης*»³⁵. Στη νομοθετική ατέλεια αυτής της μορφής την κανονιστική της ποιότητα ως κενού του νόμου είναι προφανές ότι την προσδίδει η αρχή της ίσης μεταχείρισης αξιολογικά ουσιασώς όμοιων περιπτώσεων³⁶. Η μέθοδος πληρώσεως των εμφανών κενών είναι η αναλογία. Στην προκειμένη περίπτωση καταδείξαμε ότι η ρύθμιση των άρθ. 1507 και 281 ΑΚ παρουσιάζει από τη μια κενό ως προς την έννομη συνέπεια της σε σύγκριση με τη ρύθμιση του άρθ. 1405 ΑΚ ενώ από την άλλη μεταξύ των δύο ρυθμίσεων υπάρχουν ουσιαστές αξιολογικές ομοιότητες και άρα κατ' εφαρμογή της αρχής της ίσης μεταχείρισης όμοιων περιπτώσεων, η οποία απορρέει από την συνταγματικά κατοχυρωμένη αρχή της ισότητας (άρθ. 4 § 1 Συντάγματος)³⁷, καθίσταται αναγκαία η συμπληρωτική (*praeter legem*) περαιτέρω διάπλαση του δικαίου σε αυτή την περίπτωση, ώστε να αποφευχθούν τα άτοπα προς την τελολογία του οικογενειακού δικαίου έννομα αποτελέσματα. Οδηγούμαστε, συνεπώς, στο συμπέρασμα ότι για την ταυτότητα του νομικού λόγου είναι ορθότερο στην περίπτωση που συντρέχουν οι προϋποθέσεις εφαρμογής του άρθ. 281 ΑΚ, λόγω προηγούμενης μη τήρησης των υποχρεώσεων του άρθ. 1507 ΑΚ από τον δικαιούχο γονέα ή τέκνο, η διατροφή του τελευταίου να μην αποκλείεται εντελώς, αλλά να περιορίζεται μέχρι τη στοιχειώδη διατροφή, αναλόγως εφαρμοζόμενης της έννομης συνέπειας του άρθ. 1495 ΑΚ³⁸. Αντίθετα η συνδρομή των προϋποθέσεων της κατάχρησης δικαιώματος αποκλείει την

35 Βλ. K. English, Εισαγωγή στη Νομική Σκέψη 4 (2017), (μετάφραση Δ. Σπινέλλη), 170.

36 Βλ. Π. Παπανικολάου, ο.π. (υποσημ. 33), σ. 243.

37 Βλ. ΟΛΑΠ 34/1998· ΟΛΑΠ 7/1993 δημοσιευμένες σε ΝΟΜΟΣ.

38 Βλ. Ανδρουλιδάκη στον ΑΚ Γεωργιάδη/Σταθόπουλου, άρθ. 1486 αρ. 28, όπου καταλήγει στο ίδιο συμπέρασμα με το σκεπτικό ότι η αλλοίωση αυτή των συνεπειών της κατάχρησης του δικαιώματος διατροφής απορρέει από τις αρχές τις επιείκειας και είναι σύμφωνη με το σκοπό και τη λειτουργία των οικογενειακών δικαιωμάτων, διότι η βιοτική εξαθλίωση του στενού συγγενούς, ή του συζύγου επιδρά αρνητικά στον θεσμό της οικογένειας.

αξίωση διατροφής, όταν πρόκειται για δικαιούχο της πλάγιας γραμμής (αδερφό) ή πρώην σύζυγο (βλ. και άρθ. 1444 §§ 1 και 2 ΑΚ)³⁹, καθώς σε αυτή την περίπτωση δεν συντρέχουν οι προϋποθέσεις της αναλογίας.

VI. Συμπεράσματα

Συγκεφαλαιώνοντας τις σκέψεις που προηγήθηκαν στις παραπάνω γραμμές, κρίνουμε σκόπιμο να σταθούμε στα εξής σημεία. Το δικαίωμα διατροφής δεν πρέπει να ασκείται καταχρηστικά (άρθ. 281 ΑΚ). Η παραβίαση από τον γονέα ή τέκνο, δικαιούχο διατροφής, κάποιας από τις αμοιβαίες υποχρεώσεις του άρθ. 1507 ΑΚ έναντι του υπόχρεου γονέα ή τέκνου, αντίστοιχα, μπορεί να καθιστά σε περίπτωση υπέρβασης των ορίων του άρθ. 281 ΑΚ καταχρηστική την αξίωση διατροφής. Ο εναγόμενος σε δίκη διατροφής υπόχρεος γονέας ή τέκνο, ο οποίος προβάλλει τον ισχυρισμό ότι η αξίωση διατροφής του δικαιούχου γονέα ή τέκνου αντίστοιχα ασκείται καταχρηστικά (άρθ. 281 ΑΚ), διότι ο αντίδικος του παραβιάζει τις απορρέουσες από τη διάταξη του άρθ. 1507 ΑΚ έναντι αυτού υποχρεώσεις του, προβάλλει έναν αυτοτελή ισχυρισμό, καθώς επικαλείται ιδιαίτερα πραγματικά γεγονότα σε σχέση με την ιστορική βάση της αγωγής, τα οποία υπάγονται σε ιδιαίτερο κανόνα δικαίου (άρθ. 1507 σε συνδυασμό με 281 ΑΚ) και ζητεί την παροχή έννομης προστασίας με την απόρριψη της αγωγής για τη συγκεκριμένη αιτία (άρθ. 262 ΚΠολΔ). Λόγω της αυτοτέλειας του ισχυρισμού ο εναγόμενος φέρει το βάρος απόδειξης (άρθ. 338 § 1 ΚΠολΔ) των ιδιαίτερων πραγματικών περιστατικών, τα οποία στη συγκεκριμένη περίπτωση καθιστούν προφανή την υπέρβαση των ορίων της καλής πίστης ή των χρηστών ηθών ή του κοινωνικού ή οικονομικού σκοπού του δικαιώματος διατροφής. Ο συγκεκριμένος ισχυρισμός έχει τον χαρακτήρα γνήσιας αυτοτελούς ένστασης. Περαιτέρω, ως προς τη νομική βασιμότητα της ενστάσεως, η νομολογία αξιώνει από τον εναγόμενο, με σύμφωνη και τη θεωρία, την αναφορά πραγματικών γεγονότων, τα οποία να καταδεικνύουν τη σαφή και κατηγορηματική δήλωση του δικαιούχου διατροφής να μην υπάρχει πλέον μεταξύ του υποχρέου και αυτού οποιοσδήποτε συναισθηματικός δεσμός ή πραγματικών περιστατικών από τα οποία συνάγεται η σαφής προσβολή του προσώπου του εναγομένου ή άλλα περιστατικά από τα οποία να προκύπτουν ενέργειες του δικαιούχου που να δείχνουν περιφρόνηση προς τον εναγόμενο και έλλειψη αγάπης και σεβασμού προς αυτόν. Αντίθετα, περιστατικά με τα οποία εκδηλώνεται η απλή χαλάρωση του συναισθηματικού δεσμού, ο οποίος ιδανικά θα έπρεπε να υφίσταται μεταξύ γονέων και τέκνων, χωρίς να μπορούν να χαρακτηριστούν ως ακραία περιστατικά αχαριστίας ή

³⁹ Βλ. Η ίδια, ο.π., άρθ. 1486 αρ. 29.

προσβολής του προσώπου του υποχρέου, δεν αρκούν για τη θεμελίωση της ένστασης του άρθ. 281 ΑΚ. Τέλος, εντοπίσαμε την ύπαρξη μιας νομοθετικής ατέλειας, και συγκεκριμένα ως προς την έννομη συνέπεια, στη ρύθμιση του κανόνα δικαίου που προκύπτει από τον συνδυασμό των άρθ. 1507 και 281 ΑΚ σε σύγκριση με τον κανόνα του άρθ. 1495 ΑΚ, η οποία καθιστά απαραίτητη, κατά την άποψη μας, τη συμπληρωτική (*praeter legem*) περαιτέρω διάπλαση του κανόνα δικαίου. Στις παραπάνω γραμμές διαπιστώσαμε ότι οι δυο κανόνες δικαίου παρουσιάζουν αξιολογικά ουσιώδεις ομοιότητες και συνεπώς για την ταυτότητα του νομικού λόγου, η οποία επιβάλλεται για λόγους ίσης μεταχείρισης ουσιωδώς όμοιων περιπτώσεων, θα πρέπει και στην περίπτωση που συντρέχουν οι προϋποθέσεις εφαρμογής του άρθ. 281 ΑΚ, η διατροφή του δικαιούχου γονέα ή τέκνου να μην αποκλείεται εντελώς, αλλά να περιορίζεται μέχρι τη στοιχειώδη διατροφή, αναλόγως εφαρμοζόμενης της έννομης συνέπειας του άρθ. 1495 ΑΚ.

Χρόνος επελεύσεως των εννόμων συνεπειών της ακυρωτικής της αναγκαστικής εκτελέσεως αποφάσεως

Πάρις Αρβανιτάκης

Καθηγητής Νομικής Σχολής Α.Π.Θ.

I. Δικονομική ωριμότητα της αποφάσεως και χρόνος επελεύσεως των εννόμων συνεπειών της

Συχνά και υπό περισσότερες εκδοχές απασχολεί την πράξη το ερώτημα, αν, τόσο υπό το προϋσχύσαν του ν. 4335/2015 όσο και υπό το νυν ισχύον δίκαιο, η πρωτόδικη απόφαση επί ανακοπής κατά της εκτελέσεως κατ' άρθρ. 933 ΚΠολΔ, και ειδικότερα κατά του πλειστηριασμού και της περιλήψεως της κατακυρωτικής εκθέσεως, παράγει άμεση διαπλαστική ενέργεια, ή αν η επέλευση των έννομων συνεπειών της ακυρωτικής αυτής αποφάσεως προϋποθέτει την τελεσιδικία της. Το ζήτημα αυτό επιτάθηκε κυρίως μετά την τροποποίηση του άρθρ. 937 § 1 ΚΠολΔ δυνάμει του ν. 4335/2015, που μετέβαλε το καθεστώς των επιτρεπόμενων ενδίκων μέσων κατά της αποφάσεως που εκδίδεται επί ανακοπής κατά της εκτελέσεως κατ' άρθρ. 933 ΚΠολΔ.

Το απαιτούμενο στάδιο δικονομικής ωριμότητας, κατά το οποίο ορισμένη απόφαση, αναλόγως του είδους της, εκδηλώνει τις κύριες έννομες συνέπειές της, εξαρτάται κατά περίπτωση από τις επιλογές του δικονομικού νομοθέτη. Άλλοτε απαιτείται αυξημένος βαθμός δικονομικής ωριμότητας, όπως η τελεσιδικία ή το αμετάκλητο, ιδίως όταν ο νομοθέτης ενδιαφέρεται πρωτίστως για τη βεβαιότητα της δικονομικής καταστάσεως, και άλλοτε αρκεί η δικαιοδοτική κρίση και σε πιο πρώιμο ακόμη στάδιο, όταν η προτεραιότητα δίδεται στην ανάγκη ταχείας διευθετήσεως της διαφοράς. Στο πλαίσιο αυτό ο δικονομικός νομοθέτης συνδέει καταρχήν την κύρια έννομη συνέπεια κάθε αποφάσεως, το δεδικασμένο, κατά κανόνα με την τελεσιδικία τους (άρθρ. 321 ΚΠολΔ· εξαίρεση εισάγει το άρθρ. 602 ΚΠολΔ: αμετάκλητο), ενώ στο ίδιο στάδιο της τελεσιδικίας εκδηλώνεται και η επίσης κύρια έννομη συνέπεια των καταψηφιστικών ειδικά αποφάσεων, η εκτελεστότητά τους (άρθρ. 904 § 2 περ. α' ΚΠολΔ), εκτός αν προβλέπεται άλλως από τον νόμο (λχ. άρθρ. 910 ΚΠολΔ) ή ορίσθηκε άλλως από το δικαστήριο (άρθρ. 908 ΚΠολΔ), και υπήρξε σχετικό αίτημα του ενάγοντος. Σε αντίθεση προς το δεδικασμένο και την εκτελεστότητα, που εκδηλώνονται κατά νόμο στο κοινό, σταθερό κατά

κανόνα στάδιο της τελεσιδικίας της αποφάσεως, η διαπλαστική ενέργεια, κύρια έννομη συνέπεια των διαπλαστικών ειδικά αποφάσεων, δεν γνωρίζει ανάλογη σταθερή δικονομική αντιμετώπιση. Στις διαπλαστικές αποφάσεις η βασική τους έννομη συνέπεια εκδηλώνεται κατά περίπτωση σε διάφορο διαδικαστικό στάδιο, άλλοτε μετά την οριστικότητα της πρωτόδικης αποφάσεως (λχ. άρθρ. 7 § 5 ΠτΚ, ν. 3588/2007, και ήδη άρθρ. 81 § 3 ν. 4738/2020), άλλοτε μετά την τελεσιδικία (λχ. άρθρ. 771 εδ. β', 1863 εδ. α' ΑΚ), και άλλοτε μετά το αμετάκλητό τους (λχ. άρθρ. 1381, 1438 ΑΚ), ανάλογα με την πρόβλεψη της εκάστοτε συγκεκριμένης ουσιαστικής διατάξεως, που επιβάλλει την μέσω της δικαστικής αποφάσεως νομική μεταβολή και παρέχει το αντίστοιχο δικαίωμα δικαστικής διαπλάσεως. Στις διαπλαστικές, έτσι, αποφάσεις το διαδικαστικό στάδιο εκδηλώσεως των εννόμων συνεπειών τους εξαρτάται καταρχήν από την εκάστοτε νομοθετική επιλογή.

Στην κατηγορία των διαπλαστικών αποφάσεων εντάσσονται και οι αποφάσεις εκείνες, διά των οποίων επέρχεται η *ακύρωση ορισμένης έννομης σχέσεως* κατόπιν ασκήσεως αγωγής ή άλλου ενδίκου βοηθήματος, λχ. ανακοπής (άρθρ. 583 ΚΠολΔ). Στις ακυρωτικές διαπλαστικές αποφάσεις η επερχόμενη διάπλαση, δηλαδή η απαγγελία της ακυρώσεως, επέρχεται εν αμφιβολία, αν δεν ορίζεται δηλαδή κάτι διαφορετικό στον νόμο, *κατά τον χρόνο της τελεσιδικίας της αποφάσεως*¹. Το ίδιο, άλλωστε, ισχύει και γενικότερα, πάντοτε εν αμφιβολία, και για όλες τις διαπλαστικές αποφάσεις².

II. Χρόνος επελεύσεως των εννόμων συνεπειών της ακυρωτικής της εκτελέσεως αποφάσεως πριν από τον ν. 4335/2015

Ένδικο βοήθημα, με το οποίο επιδιώκεται η απαγγελία της ακυρότητας (άρθρ. 159-160 ΚΠολΔ) ελαττωματικών πράξεων της αναγκαστικής εκτελέσεως διά της εκδόσεως αποφάσεως διαπλαστικής φύσεως, αποτελεί και η ανακοπή κατά της εκτελέσεως κατ' άρθρ. 933 ΚΠολΔ³, όπως, κατά την κρατούσα άπο-

1 Λχ. ακύρωση δικαιοπραξίας λόγω πλάνης, απάτης ή απειλής: άρθρ. 140 επ., ιδίως 154 ΑΚ-βλ. αντί άλλων Απ. Γεωργιάδη, Γενικές Αρχές Αστικού Δικαίου⁵, 2019, § 40 αριθ. 91 σ. 526-Γεωργιάδη-Σταθόπουλο -Καρακατσάνη, ΑΚ Ι, άρθ. 155 αριθ. 1 και -Καράση, άρθρ. 184 αριθ. 2· Λαδά, Γενικές Αρχές Αστικού Δικαίου ΙΙ, 2009, § 48 αριθ. 13 σ. 641-642· Λεοντή (-Θανάσις), ΕρμΑΚ Ι, 2020, άρθρ. 154-155 αριθ. 1· Αυγουστιανάκης, Το δικαίωμα προς ακύρωση δικαιοπραξίας λόγω πλάνης, απάτης, απειλής, 2011, σ. 91.

2 Βλ. Schlosser, Gestaltungs-klagen und Gestaltungsurteile, 1966, σ. 231: "formelle Rechtskraft".

3 Γέσιου-Φαλτσή, Δίκαιο αναγκαστικής εκτελέσεως. Γενικό μέρος², 2017, § 34 αριθ. 28 σ. 565-566· Νίκας, Δίκαιο αναγκαστικής εκτελέσεως Ι. Γενικό μέρος², 2017, § 25 αριθ. 9 σ. 554· Καργάδος, Το πρόβλημα των "διαπλαστικών" αγωγών και αποφάσεων, 1975, σ. 217· Κονδύλης, Το δεδικασμένο κατά τον ΚΠολΔ², 2007, σ. 434.

ψη, και η αντίστοιχη ανακοπή τρίτου κατ' άρθρ. 936 ΚΠολΔ⁴. Κατ' ακολουθία και η απόφαση που εκδίδεται επ' αυτής και κηρύσσει την ακυρότητα πράξεως της εκτελεστικής διαδικασίας έχει και αυτή διαπλαστικό χαρακτήρα. Το ερώτημα, λοιπόν, που ανακύπτει σε σχέση και με τη συγκεκριμένη διαπλαστική απόφαση, είναι το ακριβές διαδικαστικό στάδιο, κατά το οποίο εκδηλώνεται η ακυρωτική διαπλαστική της ενέργεια.

Όπως όριζε στην αρχική του μορφή (πριν από τον ν. 4335/2015) το αναφερόμενο στη διαδικασία των δικών περί την εκτέλεση άρθρ. 937 § 1 αριθ. 3 ΚΠολΔ «[σ]τις δίκες τις σχετικές με την εκτέλεση ... 3) η προθεσμία και η άσκηση ενδίκων μέσων δεν αναστέλλει την εκτέλεση της απόφασης». Με τη διάταξη αυτή εισήχθη εξαίρεση ιδίως από τα άρθρ. 519 § 1 και 521 § 1 ΚΠολΔ, με τα οποία ρυθμίζεται ειδικότερα το ανασταλτικό αποτέλεσμα, αντίστοιχα, της προθεσμίας και της ασκήσεως του ενδίκου μέσου της εφέσεως, εκτός και αν η πρωτόδικη απόφαση κηρύχθηκε προσωρινά εκτελεστή. Έτσι, μετά την πρωτόδικη απόρριψη της ανακοπής κατά της εκτελέσεως ήταν δυνατή η συνέχιση της εκτελεστικής διαδικασίας, ακόμη και να είχε παρασχεθεί στον καθ' ού αναστολή της εκτελέσεως κατά το (παλαιό) άρθρ. 938 ΚΠολΔ⁵, η οποία χορηγείτο έως την έκδοση οριστικής αποφάσεως επί της ανακοπής⁶.

Η αναφορά του αρχικού άρθρ. 937 § 1 αριθ. 3 ΚΠολΔ σε αναστολή της εκτελέσεως παρέπεμπε καταρχήν στην εξελισσόμενη εκτελεστική διαδικασία, εν όψει της οποίας ασκήθηκε η συγκεκριμένη ανακοπή. Καθώς, όμως, η επί της ανακοπής απόφαση εξ ορισμού έχει διαπλαστικό χαρακτήρα, η δυνατότητα αναστολής της κατ' άρθρ. 937 § 1 αριθ. 3 ΚΠολΔ, όπως γινόταν κατά την κρατούσα άποψη δεκτό υπό την αρχική μορφή του ΚΠολΔ, δεν αναφερόταν μόνον στενά στην εξέλιξη της εκτελεστικής διαδικασίας, αλλά αφορούσε και στις λοιπές έννομες συνέπειες της επί της ανακοπής αποφάσεως, καθεαυτήν. Υπό το πρίσμα αυτό, η διάταξη, αναφερόμενη ευρύτερα στην αναστολή της εν γένει ισχύος της επί της ανακοπής διαπλαστικής αποφάσεως, με εξαίρεση το δεδικασμένο για το οποίο ίσχυε και στις εκτελεστικές δίκες η γενική διάταξη του άρθρ. 321 ΚΠολΔ, αφορούσε ειδικότερα και στην ίδια την ακυρωτική διαπλαστική της ενέργεια⁷. Η αναστολή της εν γένει ισχύος μιας διαπλαστικής αποφά-

4 Για το ζήτημα βλ. Γέσιου-Φαλτσή, ΔικΑναγκΕκτ.ΓενΜερ², § 42 αριθ. 9-23 σ. 808 επ., με περαιτέρω παραπομπές.

5 Για τη στενή σύνδεση των δύο διατάξεων των άρθρ. 937 § 1 αριθ. 3 και 938 ΚΠολΔ βλ. ιδίως Γέσιου-Φαλτσή, ΔικΑναγκΕκτ. ΓενΜερ², § 41 αριθ. 96 σ. 787-788.

6 ΕφΑθ 2475/1990, ΕλλΔνη 1992.613· ΕφΑθ 1891/1983, ΑρχΝ 1983.573· ΕφΑθ 2339/1983, ΕλλΔνη 1982.397· Κεραμεύς/Κονδύλης/Νίκας-Νικολόπουλος, ΕρμΚΠολΔ Ι¹, 2000, άρθρ. 938 αριθ. 10· Μαργαρίτης/Μαργαρίτη, ΕρμΚΠολΔ ΙΙ¹, 2012, άρθρ. 938 αριθ. 23.

7 Γέσιου-Φαλτσή, ΔικΑναγκΕκτ. ΓενΜερ², § 41 αριθ. 93 σ. 786· Νίκας, ΔικΑναγκΕκτ.ΓενΜερ², § 29 αριθ. 44 σ. 662· Μπρίνιας, Αναγκαστική εκτέλεσις Ι², 1983, άρθρ. 937 σ. 530.

σεως δεν είναι, άλλωστε, άγνωστη στον δικονομικό νομοθέτη, καθώς το ίδιο ορίζεται λχ. και με τη ρύθμιση του άρθρ. 763 ΚΠολΔ, η οποία προβλέπει την αναστολή της «ισχύος και της εκτελέσεως» της διαπλαστικού/ρυθμιστικού χαρακτήρα αποφάσεως της εκούσιας δικαιοδοσίας. Υπό την έννοια αυτή η εν γένει ισχύς της αποφάσεως επί της ανακοπής του άρθρ. 933 ΚΠολΔ, υπό την αρχική μορφή της διατάξεως, συνδεόταν καταρχήν κατά νόμο με τον χρόνο της οριστικότητάς της, με την έκδοση δηλαδή της πρωτόδικης αποφάσεως, με την οποία εκδηλώνονταν όλες οι έννομες συνέπειές της⁸.

Εξάιρεση, πάντως, και υπό την αρχική, πριν από τον ν. 4335/2015, διατύπωση του άρθρ. 937 § 1 αριθ. 3 ΚΠολΔ γινόταν κατά κρατούσα άποψη δεκτή ειδικά για την απόφαση που ακυρώνει τον πλειστηριασμό, ως τελευταία πράξη εκτελέσεως, για την οποία γινόταν γενικώς αποδεκτό ότι απαιτούνταν τελεσιδικία⁹. Ο λόγος, προφανώς, αναγόταν στην ανάγκη ασφάλειας δικαίου ως προς την τύχη του πλειστηριασθέντος πράγματος και του πλειστηριασματος που επιτεύχθηκε απ' αυτό, η οποία επέβαλε αυξημένο βαθμό δικονομικής ωριμότητας για την οριστικοποίηση των σχετικών μεταβιβάσεων. Η άποψη αυτή γινόταν εν γένει δεκτή και στη νομολογία. Όπως χαρακτηριστικά έκρινε η ΑΠ 1773/2007, ΝΟΜΟΣ, «[μ]ετά την τελεσίδικη ακύρωση του πλειστηριασμού, κατέστησαν νομικά ελαττωματικές οι αναφερόμενες μεταβιβάσεις του πλειστηριασθέντος ακινήτου αρχικά προς την υπερθεματίστρια και τελικά προς τον ανωτέρω τρίτο ...». Τελεσιδικία απαιτείτο, επίσης, και υπό το προϊσχύσαν του ν. 4335/2015 δίκαιο, για τους ίδιους λόγους και για την απόφαση επί της ανακοπής κατά του πίνακα κατατάξεως, μολοντί και το άρθρ. 979 ΚΠολΔ εισήγαγε, και εισάγει, δίκη περί την εκτέλεση¹⁰.

8 Γέσιου-Φαλτσή, ΔικΑναγκΕκτ.ΓενΜερ¹, 1998, § 41 αριθ. 71 σ. 677, και ήδη ΔικΑναγκΕκτ. ΓενΜερ², 2017, § 41 αριθ. 93 σ. 786· Νίκας, ΔικΑναγκΕκτ.ΓενΜερ², § 29 αριθ. 44 σ. 662· Καργάδος, ό.π., σ. 217· βλ. και ΑΠ 9/2015, ΧρΙΔ 2015.437· έτσι και Νικολόπουλος, Αναγκαστική εκτέλεση², 2012, σ. 223.

9 Νικολόπουλος, ανωτ., σ. 224· Μάζης, Ζητήματα από την ακύρωση του αναγκαστικού πλειστηριασμού, ΝοΒ 1992.1205 επ.· βλ. και Νίκα, ό.π., αριθ. 45 σ. 663-664· βλ. όμως και Μπρίνια, Αναγκαστική εκτέλεσις, ό.π., αριθ. 188 σ. 437.

10 Αντί άλλων ΑΠ 1100/1996, ΝοΒ 1997.783, με παρατηρ. Μάζη· ΑΠ 1380/1994, Δ 1997.529, παρατηρ. Γιαννακάκι· Νικολόπουλος, ό.π., σ. 424.

III. Χρόνος επελεύσεως των εννόμων συνεπειών της ακυρωτικής της εκτελέσεως αποφάσεως υπό το ισχύον, μετά τον ν. 4335/2015, δίκαιο

Το νομοθετικό, όμως, έρεισμα της συνδέσεως του χρόνου εκδηλώσεως της διαπλαστικής ενέργειας της επί της ανακοπής του άρθρ. 933 ΚΠολΔ αποφάσεως με την οριστικότητα της στον πρώτο βαθμό έχει πλέον, μετά την τροποποίηση του άρθρ. 937 ΚΠολΔ δυνάμει του άρθρ. 2 άρθρο «όγδοο» § 2 ν. 4335/2015, εκλείψει. Σύμφωνα με το ισχύον σήμερα άρθρ. 937 § 1 περ. β' εδ. 3 ΚΠολΔ «[σ]τις περιπτώσεις των προηγούμενων εδαφίων, η άσκηση ενδίκου μέσου δεν αναστέλλει την πρόοδο της εκτέλεσης, εκτός αν το δικαστήριο του ενδίκου μέσου ... διατάξει την αναστολή ...». Σε αντίθεση, λοιπόν, με την αρχική διάταξη του άρθρ. 937 ΚΠολΔ, η οποία, αποκλείοντας το ανασταλτικό αποτέλεσμα των ενδίκων μέσων, επέφερε την άμεση ακυρωτική ενέργεια της πρωτόδικης, θετικής επί της ανακοπής κατά της εκτελέσεως αποφάσεως, το νέο άρθρ. 937 § 1 περ. β' εδ. 3 ΚΠολΔ, εισάγοντας τον κανόνα ότι η άσκηση του ενδίκου μέσου δεν αναστέλλει την πρόοδο της εκτελέσεως, αποσυνδέει πλέον απολύτως την εκδήλωση της διαπλαστικής ενέργειας της αποφάσεως από τον χρόνο της οριστικότητάς της στον πρώτο βαθμό, με συνέπεια, ελλείψει αντίθετης ρυθμίσεως, η επέλευση της ακυρωτικής διαπλαστικής ενέργειας της ακυρώσεως κάθε πράξεως εκτελέσεως να ανατρέχει πλέον στον χρόνο της τελεσιδικίας της¹¹.

Η παρατήρηση πλέον αυτή έχει ιδιαίτερη πρακτική σημασία τόσο για τον καθ' ού όσο και για τους τρίτους. Καταρχήν για τον καθ' ού, η αναγκαστική εκτέλεση, παρά την αποδοχή της ανακοπής του πρωτοδίκως, συνεχίζεται κανονικά μέχρι την τελεσιδικία της ακυρωτικής αποφάσεως¹² ή την ενδεχόμενη χορήγηση αναστολής της κατόπιν σχετικής αιτήσεώς του ενώπιον του δικάζοντος το ένδικο μέσο δικαστηρίου (νέο άρθρ. 937 § 1 περ. β' ΚΠολΔ). Έτσι, λχ., η επιβληθείσα κατάσχεση, ακόμη και αν ακυρώθηκε πρωτοδίκως, θεωρείται έγκυρη και η πορεία της εκτελέσεως θα συνεχίσει κανονικά¹³, ωστόσο λάβει χώρα ένα από τα ανωτέρω αναφερθέντα νομικά γεγονότα. Και αντίστοιχα, οι τρίτοι δεν μπορούν να επικαλεσθούν την πρωτόδικη ακύρωση της εκτελε-

11 Έτσι ρητώς Γέσιου-Φαλτσή, ΔικΑναγκΕκτ. ΓενΜερ², § 41 αριθ. 97-98 σ. 788-789· έτσι επίσης Νίκας, ΔικΑναγκΕκτ.ΓενΜερ², § 29 αριθ. 47 σ. 664-665, με ειδικότερη ερμηνεία του όρου της νέας διατάξεως «αναστολή της προόδου της εκτελέσεως», καθώς επίσης και σ. 666-667, με τελολογικές σταθμίσεις των αντικρουόμενων συμφερόντων· Κεραμεύς/Κονδύλης/Νίκας-Μάζης, ΕρμΚΠολΔ², Αναγκαστική εκτέλεση, άρθρ. 937 αριθ. 5, 8.

12 Γέσιου-Φαλτσή, ό.π., σ. 789.

13 Νίκας, ΔικΑναγκΕκτ.ΓενΜερ², § 29 σ. 665-666· Μιχαηλίδου, Η άμυνα κατά της εκτέλεσης, 2017, σ. 398 σημ. 1993.

στικής διαδικασίας, για να αποκτήσουν οποιοδήποτε δικαίωμα προϋποθέτει άκυρη κατάσχεση, και εν γένει εκτέλεση που ακυρώθηκε με ακυρωτική διαπλαστική απόφαση. Για αμφοτέρους, με την έκδοση της πρωτόδικης, θετικής επί της ανακοπής του καθ' ού αποφάσεως δεν έχει επέλθει ακόμη η ακυρωτική διαπλαστική ενέργεια της αποφάσεως, και δεν θα επέλθει παρά μόνον με την τελεσιδικία της σχετικής δικαστικής κρίσεως.

IV. Τελικές παρατηρήσεις

Συνάγεται, λοιπόν, ότι καταρχήν η επέλευση της ακυρωτικής διαπλαστικής ενέργειας της αποφάσεως, που κρίνει επί ανακοπής κατά της εκτελέσεως κατ' άρθρ. 933 ΚΠολΔ, προϋποθέτει πλέον, σε αντίθεση προς το ισχύσαν προ του ν. 4335/2015 καθεστώς (παλαιό άρθρ. 937 § 1 αριθ. 3 ΚΠολΔ), την τελεσιδικία της αποφάσεως. Ειδικά, όμως, σε σχέση με την ανακοπή κατά του πλειστηριασμού (και, κατ' επέκταση, και κατά της περιλήψεως της κατακυρωτικής εκθέσεως), καθώς και με την ανακοπή κατά του πίνακα κατατάξεως, η νομοθετική μεταβολή που επήλθε δυνάμει του ν. 4335/2015, δεν επέφερε κατ' ουσίαν καμία μεταβολή, καθώς και υπό το προϋσχύσαν δίκαιο κρίσιμος χρόνος για την εκδήλωση των εννόμων συνεπειών της ακυρωτικής αποφάσεως θεωρούνταν, για λόγους ασφαλείας δικαίου, η τελεσιδικία της σχετικής αποφάσεως, σύμφωνα άλλωστε με όσα εν αμφιβολία ισχύουν επί πάσης εν γένει διαπλαστικής αποφάσεως.

Η αρχή της απαγόρευσης διακρίσεων ως βάση προσεγγίσεων δικονομικού δικαίου

Σκέψεις με αφορμή την απόφαση του Δ.Ε.Ε.: C-30/19
Diskrimineringsombudsmannen vs. Braathens Regional Aviation AB

Ευαγγελία Ασημακοπούλου

Δικηγόρος Δ.Ν.

Εισαγωγικές παρατηρήσεις

Το θέμα που αναλύεται στην προκείμενη μελέτη εντάσσεται στο πλαίσιο ενός γενικότερου προβληματισμού για τον επηρεασμό του δικονομικού δικαίου από τη στοχοθεσία του εκάστοτε εφαρμοζόμενου ουσιαστικού δικαίου, ιδίως από τη στοχοθεσία του ευρωπαϊκού δικαίου. Η ανάγκη αποτελεσματικής εφαρμογής του κοινοτικού δικαίου, υπό το φως του άρθρου 47 του Χάρτη Θεμελιωδών Δικαιωμάτων και του άρθρου 6 παρ. 1 της ΕΣΔΑ, δικαιολογεί την επέμβαση του κοινοτικού δικαίου στην δικονομική αυτονομία των κρατών μελών¹ και

* Η μελέτη αφιερώνεται στον Ομ.Καθ.Νομικής Δ.Π.Θ. Δημήτριο Μανιώτη, με θερμές ευχαριστίες για την προσφορά του στην γνώση και την αγάπη για την εξέλιξη αυτής. Το ζήτημα που πραγματεύεται συνιστά επέκταση των προβληματισμών της συντάκτριας σχετικά με την επίδραση του κοινοτικού δικαίου περί απαγόρευσης των διακρίσεων στο δικονομικό δίκαιο των κρατών μελών, ιδίως σχετικά με τους κανόνες του βάρους απόδειξης, όπως εκφράστηκαν σε εισήγησή της στο Διεθνές Συνέδριο με θέμα «*Social exclusion, vulnerable groups and the new EU Social Pillar*», συνδιοργάνωσης της έδρας Jean Monnet EU Davis και του Κ.Δ.Ε.Ο.Δ. (Online Conference, 5-6 Μαρτίου 2021) με τίτλο εισήγησης «*Procedural safeguarding of gender equality through burden of proof in EU law. The contribution of Directive 2019/1158 in light of ECJ case law*». Μέρος της ίδιας θεματικής αναπτύχθηκε και σε σχετική εισήγηση σε Επιμορφωτικό Σεμινάριο της Εθνικής Σχολής Δικαστικών Λειτουργιών (22/23 Απριλίου 2021), με θέμα του σεμιναρίου «*Ερμηνευτικά ζητήματα σχετικά με τα εγκλήματα κατά της γενετήσιας ελευθερίας. Ποινική, αστική και πειθαρχική ευθύνη*» και ειδικότερο θέμα εισήγησης «*Το βάρος απόδειξης ενώπιον των πολιτικών δικαστηρίων σε υποθέσεις σχετικές με σεξουαλική παρενόχληση στο χώρο εργασίας*». Η συγκεκριμένη μελέτη αναλύει μία άλλη πτυχή του δικονομικού προσανατολισμού του ευρωπαϊκού δικαίου διακρίσεων, όπως αποτυπώθηκε στην απόφαση με αριθμό C-30/19 του Δ.Ε.Ε.

1 Βλ.αντί άλλων *Σαχπεκίδου*, Ευρωπαϊκό Δίκαιο (2013) σ. 139, 484, 562 μ.π.π. Βλ. ιδίως *Unibet C- 432/05*, *Factortame C-213/89* δημοσιευμένες στον ιστότοπο της curia.eu. Για το ζήτημα της διαμόρφωσης ευρωπαϊκού δικαίου δικονομικών κανόνων, υπό το φως του άρθρου 47 του ΧΘΔΕ και 6 παρ. 1 της ΕΣΔΑ Βλ. αντί άλλων *Hess*, *Europäisches Zivilprozessrecht* (2020) σ. 162/163επ. μ.π.π. Βλ. συγκριτική μελέτη για την επέμβαση ευρωπαϊκού δικαίου στα δικονομικά δίκαια κρατών μελών *Nylund/Krans (ed.)*, *The European Union and National Civil Procedure* (2016).

την ανάλογη προσαρμογή της ερμηνευτικής του προσέγγισης. Το ειδικότερο ζήτημα των παρατηρήσεων της μελέτης είναι η δικονομική εξασφάλιση της αποτελεσματικής εφαρμογής του ευρωπαϊκού δικαίου των διακρίσεων, το οποίο συνιστά πυρηνικό ζήτημα του *κοινωνικού πυλώνα*² και εντασσόμενο στο πλαίσιο της προστασίας των δικαιωμάτων του ανθρώπου συνιστά βασικό εργαλείο ερμηνείας του παράγωγου κοινοτικού δικαίου³. Η *Ευρωπαϊκή Σύμβαση Δικαιωμάτων του Ανθρώπου* (άρθρο 14 και 12^ο Πρωτόκολλο⁴), ο *Χάρτης Θεμελιωδών Δικαιωμάτων* (άρθρο 21) αλλά και το *πρωτογενές* (άρθρο 2 ΣΕΕ και 157 ΣΛΕΕ) και *παράγωγο κοινοτικό δίκαιο*, μέσω των κατωτέρω αναφερόμενων *Οδηγιών*⁵ λειτουργούν αλληλοσυμπληρωματικά και συνθέτουν τις βασικές νομοθετικές πηγές της αρχής απαγόρευσης των διακρίσεων⁶. Αφορμή και συγκεκριμένο αντικείμενο μελέτης συνιστά η απόφαση του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης (Δ.Ε.Ε.) με αριθμό C-30/19 *Diskrimineringsombudsmannen vs. Braathens Regional Aviation AB*, εκδοθείσα την 15 Απριλίου 2021⁷.

2 Για την ιστορική και συστηματική ανάλυση του δικαίου των διακρίσεων βλ. αντί άλλων *Κοφίνης Σ.*, *Ισότητα και Απαγόρευση Διακρίσεων* (2016). Βλ. επίσης Συλλογικό Τόμο/Αγγελόπουλος Ε., Αναγνωστοπούλου Δ., Γούλας Δ., Κοφίνης Σ., Μπουμπουχερόπουλος Π., Παπαϊωάννου Κ., Pavlidou K., Πικραμένος Μ., Topidi K., Tsiganou J., Waddigton L.: *Η απαγόρευση των διακρίσεων στην πράξη* (έκδοση Ελληνική Ένωση για τα Δικαιώματα του Ανθρώπου, με την υποστήριξη του Ιδρύματος Ωνάση, 2018), *Ειδική Έκθεση του έτους 2019 για την ίση μεταχείριση από τον Συνήγορο του Πολίτη* Βλ. επίσης στην αγγλική γλώσσα *Handbook on European Non-Discrimination Law* (edition 2018, by Liddel R./Flaherty M., cooperation of European Court of Human Rights and European Union Agency for Fundamental Human Rights), Waddigton L. and Lawson A., *Disability and Non-Discrimination Law in the European Union* (2009). Για την αρχή της ίσης μεταχείρισης και απαγόρευσης διακρίσεων μετά τη Συνθήκη της Λισαβώνας βλ. ιδίως *Σκουρή Β.*, *Συνθήκη της Λισαβώνας* (2020) σ. 2191επ.

3 Βλ. αντί άλλων *Σαχπεκίδου*, ό.π. σημ. 1 σ. 139

4 Το κείμενο της ΕΣΔΑ αποτελεί αναπόσπαστο μέρος του εσωτερικού μας δικαίου Βλ. *Σαχπεκίδου*, ό.π. σημ. 1 σ. 134

5 Βλ. σημ.10

6 Βλ. *Handbook*, ό.π. σημ. 2 σ. 19

7 Δημοσιευμένη στον ιστότοπο της *curia.eu*

I. C-30/19: Το προδικαστικό ερώτημα και η απόφαση

Το προδικαστικό ερώτημα της συγκεκριμένης υπόθεσης αφορούσε την ερμηνεία των άρθρων 7⁸ και 15⁹ της οδηγίας 2000/43/EK¹⁰, ιδίως υπό το φως του άρθρου 47 του Χάρτη των Θεμελιωδών Δικαιωμάτων της Ευρωπαϊκής Ένωσης. Το ερώτημα ετέθη στο πλαίσιο αγωγής που άσκησε ο *Diskrimineringsombudsmannen*¹¹, για λογαριασμό επιβάτη αεροπορικών μεταφορών ο οποίος εκτι-

8 Τα κράτη μέλη διασφαλίζουν ότι κάθε πρόσωπο που θεωρεί εαυτό ζημιωθέν από τη μη τήρηση της αρχής της ίσης μεταχείρισης, ακόμη και εάν η σχέση στο πλαίσιο της οποίας εικάζεται ότι σημειώθηκε η διάκριση έχει λήξει, έχει πρόσβαση σε δικαστικές ή/και διοικητικές διαδικασίες, συμπεριλαμβανομένων, όπου κρίνεται ενδεδειγμένο, διαδικασιών συνδιαλλαγής, για την πραγμάτωση των υποχρεώσεων εκ της παρούσας οδηγίας. 2. Τα κράτη μέλη διασφαλίζουν ότι ενώσεις, οργανώσεις ή άλλα νομικά πρόσωπα, τα οποία έχουν, σύμφωνα με τα κριτήρια της εθνικής τους νομοθεσίας, ένομο συμφέρον να διασφαλίσουν ότι τηρούνται οι διατάξεις της παρούσας οδηγίας, μπορούν να κινηθούν, είτε εξ ονόματος του ενάγοντος/αιτούντος είτε προς υπεράσπισή του, και με την έγκρισή του, κάθε δικαστική ή/και διοικητική διαδικασία, προβλεπόμενη για την πραγμάτωση των υποχρεώσεων εκ της παρούσας οδηγίας. 3. Οι παράγραφοι 1 και 2 δεν θίγουν τις εθνικές διατάξεις περί των προθεσμιών ασκήσεως αγωγής σχετιζόμενης με την αρχή της ίσης μεταχείρισης.

9 Τα κράτη μέλη καθορίζουν τους κανόνες επιβολής κυρώσεων σε περίπτωση παραβίασης των εθνικών διατάξεων που θεσπίζονται κατ' εφαρμογή της παρούσας οδηγίας και λαμβάνουν όλα τα αναγκαία μέτρα εφαρμογής τους. Οι κυρώσεις, οι οποίες μπορεί να περιλαμβάνουν την καταβολή αποζημίωσης στο θύμα, πρέπει να είναι αποτελεσματικές, ανάλογες με την παράβαση και αποτρεπτικές. Τα κράτη μέλη κοινοποιούν τις εν λόγω διατάξεις στην Επιτροπή έως τις 19 Ιουλίου 2003 το αργότερο και κοινοποιούν κάθε μεταγενέστερη τροποποίηση το συντομότερο δυνατόν.

10 Η Οδηγία 2000/43 εκδόθηκε στο πλαίσιο μίας σειράς Οδηγιών οι οποίες στόχευσαν στην προστασία του ατόμου από διακρίσεις και αποτέλεσαν απόρροια μίας μακράς νομολογίας του ΔΕΕ (*Colm O' Cinneide* (2012), *The Evolution and Impact of the Case-Law of the Court of Justice of the European Union on Directives 2000/43/EC and 2000/78/EC*, σ. 36, *Lilla Farkas/Orlagh O' Farrel*, *Reversing the Burden of Proof: Practical Dilemmas at the European and national level* (2014), σ. 39/40) αλλά και προηγούμενων νομοθετικών κατοχυρώσεων (Οδηγία 76/207/ΕΟΚ περί της εφαρμογής ίσης μεταχείρισης ανδρών και γυναικών όσον αφορά στην πρόσβαση στην απασχόληση, την επαγγελματική εκπαίδευση και τις συνθήκες εργασίας, 75/117/ΕΟΚ περί προσεγγίσεως νομοθεσιών των κρατών μελών που αφορούν την εφαρμογή της αρχής της ισότητας των αμοιβών μεταξύ εργαζομένων ανδρών και γυναικών, 97/80/ΕΚ σχετικά με το βάρος απόδειξης σε περιπτώσεις διακριτικής μεταχείρισης λόγω φύλου). Έτσι, η Οδηγία 2000/43 εκδόθηκε περί εφαρμογής της αρχής ίσης μεταχείρισης προσώπων ασχέτως της φυλετικής ή εθνοτικής καταγωγής τους, η Οδηγία 2000/78 περί της αρχής ίσης μεταχείρισης στην απασχόληση και στην εργασία, η Οδηγία 2002/73 για την ίση μεταχείριση στην πρόσβαση στην απασχόληση και στις συνθήκες εργασίας, η Οδηγία 2006/54 για την εφαρμογή της αρχής των ίσων ευκαιριών και της ίσης μεταχείρισης ανδρών και γυναικών σε θέματα εργασίας και απασχόλησης, η Οδηγία 2010/41/ΕΕ για την εφαρμογή της ίσης μεταχείρισης ανδρών και γυναικών που ασκούν αυτοτελή επαγγελματική δραστηριότητα.

11 Συνήγορος του Πολίτη για θέματα δυσμενών διακρίσεων στη Σουηδία

μά ότι υπέστη δυσμενή διάκριση, κατά της *Braathens Regional Aviation AB*, σουηδικής αεροπορικής εταιρίας, η οποία αποδέχθηκε το αίτημα αποζημιώσεως του επιβάτη αλλά δεν αναγνώρισε την ύπαρξη δυσμενούς διάκρισης εις βάρος του. Συγκεκριμένα, το ερώτημα ετέθη ως εξής: «Σε υπόθεση αφορώσα παραβίαση της προβλεπόμενης από την οδηγία [2000/43] απαγορεύσεως, όπου ο ζημιωθείς ζητεί αποζημίωση λόγω δυσμενούς διακρίσεως, πρέπει ένα κράτος μέλος, αν το ζητεί ο ζημιωθείς, να εξετάζει πάντοτε αν έλαβε χώρα δυσμενής διάκριση –και, αν έλαβε χώρα τέτοια διάκριση, να διαπιστώσει την ύπαρξη της διακρίσεως αυτής– ανεξάρτητα από το αν το πρόσωπο στο οποίο προσάπτεται η δυσμενής διάκριση αποδέχθηκε ή όχι την ύπαρξη της δυσμενούς αυτής διακρίσεως, ώστε να θεωρείται ότι ικανοποιείται η απαίτηση του άρθρου 15 [της οδηγίας αυτής] για αποτελεσματικές, αναλογικές και αποτρεπτικές κυρώσεις;». Το Δικαστήριο απάντησε πως «...τα άρθρα 7 και 15 της οδηγίας 2000/43, ερμηνευόμενα υπό το πρίσμα του άρθρου 47 του Χάρτη, έχουν την έννοια ότι αντιτίθενται σε εθνική νομοθεσία κατά την οποία δικαστήριο που επιλαμβάνεται αγωγής αποζημιώσεως στηριζόμενης σε ισχυρισμό περί δυσμενούς διακρίσεως απαγορευόμενης από την εν λόγω οδηγία εμποδίζεται να εξετάσει το αίτημα περί διαπιστώσεως της υπάρξεως της δυσμενούς διακρίσεως, οσάκις ο εναγόμενος αποδέχεται την καταβολή της ζητηθείσας αποζημιώσεως, χωρίς ωστόσο να αναγνωρίζει την ύπαρξη της εν λόγω δυσμενούς διακρίσεως. Στο εθνικό δικαστήριο που επιλαμβάνεται διαφοράς μεταξύ ιδιωτών απόκειται να διασφαλίσει, στο πλαίσιο των αρμοδιοτήτων του, την έννομη προστασία που απορρέει για τους ιδιώτες από το άρθρο 47 του Χάρτη, αφήνοντας εν ανάγκη ανεφάρμοστη κάθε αντίθετη διάταξη της εθνικής νομοθεσίας».

II. Τα βασικά σημεία ανάλυσης στην απόφαση του Δ.Ε.Ε.

Η έναρξη των προβληματισμών του Δικαστηρίου τίθεται στον σκοπό της Οδηγίας 2000/43, που είναι ιδίως η θέσπιση πλαισίου για την καταπολέμηση των διακρίσεων λόγω φυλετικής ή εθνοτικής καταγωγής, με στόχο να πραγματοποιηθεί στα κράτη μέλη η αρχή της ίσης μεταχείρισης¹². Οι στόχοι της Οδηγίας αποτυπώνονται στις αιτιολογικές σκέψεις αυτής. Ειδικότερα, στον αριθμό 19 αναφέρεται ότι τα άτομα που έχουν υποστεί διακριτική μεταχείριση λόγω φυλετικής ή εθνοτικής καταγωγής πρέπει να διαθέτουν τα κατάλληλα μέσα έννομης προστασίας και, προκειμένου να υπάρξει ένα πιο ουσιαστικό επίπεδο προστασίας. Η αποτελεσματικότητα εφαρμογής του ενωσιακού δικαίου επιβάλλει, κάθε φορά που διαπιστώνεται η ύπαρξη δυσμενούς διακρίσεως και επιλέγεται ως μέτρο η χρηματική αποζημίωση, αυτή πρέπει να είναι επαρκής, υπό την έννοια

12 Βλ. και άρθρο 21 του Χάρτη και παραπομπή της απόφασης στην C-83/14

ότι πρέπει να αποκαθιστά στο ακέραιο τις ζημίες που πράγματι προκάλεσε η επίμαχη δυσμενής διάκριση, σύμφωνα με τους εφαρμοστέους κανόνες της εθνικής νομοθεσίας¹³. Αξίζει κανείς να παραθέσει αυτολεξί τις σκέψεις του Δικαστηρίου: «Η επίμαχη στην κύρια δίκη εθνική νομοθεσία προβλέπει ότι, όταν ο εναγόμενος αποδέχεται το αίτημα αποζημιώσεως του ενάγοντος, το επιληφθέν της αγωγής δικαστήριο διατάσσει τον εναγόμενο να καταβάλει το ζητηθέν από τον ενάγοντα ποσό ως αποζημίωση. Εντούτοις, από την αίτηση προδικαστικής αποφάσεως προκύπτει επίσης ότι η αποδοχή αυτή – η οποία, δυνάμει της εθνικής νομοθεσίας, είναι νομικώς δεσμευτική για το δικαστήριο και συνεπάγεται την κατάργηση της δίκης – μπορεί να λάβει χώρα χωρίς ο εναγόμενος να αναγνωρίσει την ύπαρξη της προβαλλόμενης δυσμενούς διακρίσεως ή ακόμη και σε περίπτωση που, όπως στην υπόθεση της κύριας δίκης, την αμφισβητεί ρητώς. Σε μια τέτοια περίπτωση, το εθνικό δικαστήριο εκδίδει απόφαση η οποία βασίζεται στην αποδοχή, χωρίς ωστόσο από την απόφαση αυτή να μπορεί να συναχθεί οιαδήποτε διαπίστωση όσον αφορά την ύπαρξη της προβαλλόμενης δυσμενούς διακρίσεως. Επομένως, σε μια τέτοια περίπτωση, η αποδοχή του αιτήματος από τον εναγόμενο έχει ως αποτέλεσμα ότι η υποχρέωσή του να καταβάλει τη ζητηθείσα από τον ενάγοντα αποζημίωση δεν συνδέεται με την αναγνώριση από τον εναγόμενο της υπάρξεως της προβαλλόμενης δυσμενούς διακρίσεως ή με τη διαπίστωση αυτής από το αρμόδιο δικαστήριο. Επιπλέον και προπάντων, η αποδοχή αυτή έχει ως συνέπεια ότι το δικαστήριο που επιλαμβάνεται της αγωγής δεν έχει τη δυνατότητα να αποφανθεί επί του υποστατού της προβαλλόμενης δυσμενούς διακρίσεως, καίτοι αυτή αποτελεί τη βάση του αιτήματος αποζημιώσεως και, ως εκ τούτου, αποτελεί αναπόσπαστο μέρος της εν λόγω αγωγής... Όσον αφορά την αναγνωριστική αγωγή την οποία προβλέπει η επίμαχη στην κύρια δίκη εθνική νομοθεσία, από τα στοιχεία που περιέχονται στην αίτηση προδικαστικής αποφάσεως προκύπτει ότι η αγωγή αυτή δεν διασφαλίζει στο πρόσωπο που θεωρεί ότι υπέστη δυσμενή διάκριση απαγορευόμενη από την οδηγία 2000/43 το δικαίωμα να ζητήσει να εξεταστεί και, ενδεχομένως, να διαπιστωθεί από δικαστήριο η ύπαρξη της προβαλλόμενης δυσμενούς διακρίσεως. Πράγματι, σύμφωνα με την εν λόγω νομοθεσία, η αναγνωριστική αγωγή δεν δύναται να αφορά αμιγώς πραγματικά στοιχεία... Κατά συνέπεια, σύμφωνα με την επίμαχη στην κύρια δίκη εθνική νομοθεσία, σε περίπτωση που ο εναγόμενος αποδέχεται τη ζητούμενη αποζημίωση χωρίς, ωστόσο, να αναγνωρίζει την προβαλλόμενη δυσμενή διάκριση, ο ενάγων δεν δύναται να επιτύχει την έκδοση αποφάσεως πολιτικού δικαστηρίου επί της υπάρξεως της εν λόγω δυσμενούς διακρίσεως. Επιβάλλεται η διαπίστωση ότι μια τέτοια εθνική νομοθεσία δεν είναι σύμφωνη με τις απαιτήσεις των άρθρων 7 και 15 της οδηγίας 2000/43, ερμη-

13 Βλ. παραπομπές της απόφασης στη νομολογία C-407/14

νευόμενων υπό το πρίσμα του άρθρου 47 του Χάρτη... Αφετέρου, το επιληφθέν μιας τέτοιας αγωγής δικαστήριο ουδόλως θα παραβίαζε την αρχή της διαθέσεως αν, παρά την αποδοχή από τον εναγόμενο του αιτήματος περί καταβολής της ζητηθείσας από τον ενάγοντα αποζημιώσεως, το δικαστήριο αυτό εξέταζε, δεδομένου του ισχυρισμού του ενάγοντος στον οποίο στηρίζεται η αγωγή, αν η δυσμενής αυτή διάκριση υφίσταται, οσάκις ο εναγόμενος δεν την αναγνωρίζει ή ενδεχομένως την αμφισβητεί. Η εξέταση αυτή αφορά, επομένως, τη βάση της αξιώσεως αποζημιώσεως του ενάγοντος η οποία εμπίπτει στο αντικείμενο της διαφοράς όπως αυτό προσδιορίζεται με την αγωγή.. Τούτου λεχθέντος, αρκεί να αναφερθεί ότι, εν προκειμένω, η συμμόρφωση με το δίκαιο της Ένωσης δεν φθάνει μέχρι του σημείου να επιβάλλει τη θέσπιση νέου ενδίκου βοηθήματος, αλλά απλώς απαιτεί από το αιτούν δικαστήριο να αρνηθεί να εφαρμόσει τον δικονομικό κανόνα..και τούτο διότι ο ως άνω κανόνας αντιβαίνει τόσο προς τα άρθρα 7 και 15 της οδηγίας 2000/43 όσο και προς το άρθρο 47 του Χάρτη...»

Τα βασικά σημεία που μπορεί κανείς να απομονώσει από την απόφαση είναι τα εξής: 1) Σε περίπτωση άσκησης αγωγής αποζημίωσης με νομική βάση το δίκαιο απαγόρευσης διακρίσεων, και συγκεκριμένα την Οδηγία 2000/43, εάν ο εναγόμενος πληρώνει το ποσό της αποζημίωσης αλλά αμφισβητεί ή δενα αναγνωρίζει ευθέως την νομική αιτία της αγωγής, το Δικαστήριο μπορεί, κατόπιν αιτήματος του ενάγοντος, να εξετάσει την νομική στοιχειοθέτηση της διάκρισης, ήτοι την ιστορική αλλά και, συνακόλουθα, την νομική βάση της αγωγής, και να αποφανθεί ότι η αποζημίωση καταβάλλεται για το λόγο αυτό. 2) Εφόσον ο εναγόμενος αποδεχτεί και ικανοποιήσει το αίτημα της αγωγής, σηματοδοτεί και αποδοχή της ιστορικής βάσης αυτής. Αν μη τι άλλο, η αποδοχή του αιτήματος δεν εμποδίζει τον ενάγοντα να ζητήσει από το Δικαστήριο να ερευνήσει και να αποφανθεί αυτοτελώς για την ιστορική βάση της αγωγής και τη νομική θεμελίωσή της. Τούτο, έμμεσα σημαίνει ότι μπορεί να εκδοθεί μιας μορφής απόφαση αμιγώς για τη νομική θεμελίωση των πραγματικών περιστατικών, όταν η ένδικη διαφορά αφορά το δίκαιο των διακρίσεων. Τούτη η αναγνώριση όμως συνδέεται με μία συγκεκριμένη νομική αιτία, εντασσόμενη έτσι της τελευταίας, κατά μία έννοια, στο αντικείμενο της δίκης.

Τέλος, οι νομικές αξιολογήσεις της απόφασης ολοκληρώνονται με την συμπερασματική υπογράμμιση ότι διάταξη του εθνικού δικονομικού δικαίου που αντιβαίνει στα ανωτέρω, με αποτέλεσμα να θέτει σε κίνδυνο την αποτελεσματική εφαρμογή του κοινοτικού δικαίου περί απαγόρευσης διακρίσεων, δεν πρέπει να εφαρμόζεται.

III. Σκέψεις επί της απόφασης με βάση το ελληνικό δικονομικό δίκαιο

Η πρώτη ανάγνωση των πορισμάτων της απόφασης οδηγεί στο συσχετισμό αυτής με τον δικονομικό μηχανισμό της *αποδοχής της αγωγής* (298 ΚΠολΔ). Η αποδοχή της αγωγής αφορά την *δικονομική αξίωση στο σύνολό της*, δηλαδή τόσο τα πραγματικά περιστατικά που αναφέρονται στη *συγκρότηση της ιστορικής βάσης αυτής*, όσο και το θεμελιούμενο σε αυτήν *αίτημα, την έννομη δηλαδή συνέπειά τους*¹⁴. Η δήλωση αποδοχής έχει ως αποτέλεσμα το Δικαστήριο να μην εξετάζει καθόλου τη νομική βασιμότητα της αγωγής αλλά να εκδίδει απλώς απόφαση σύμφωνα με την αποδοχή¹⁵. Με βάση τα δεδομένα της συγκεκριμένης απόφασης του Δ.Ε.Ε., θα πρέπει να τονιστεί ότι, σε περίπτωση αποδοχής αγωγής για παραβίαση της αρχής της ίσης μεταχείρισης, το Δικαστήριο θα είναι υποχρεωμένο να συμπεριλάβει στην απόφασή του αναλυτική αιτιολογία για το ότι *η νομική βασιμότητα της αγωγής θεμελιώνεται στην υπαγωγή των πραγματικών περιστατικών στη συγκεκριμένη νομική διάταξη και όχι απλά στην αποδοχή των πραγματικών περιστατικών και της έννομης συνέπειας εκ μέρους του εναγομένου*.

Ωστόσο, όπως προαναφέρθηκε, η συγκεκριμένη απόφαση θέτει και περαιτέρω βασικούς προβληματισμούς, οι οποίοι σχετίζονται με το γνωστό δόγμα του *iura novit curia*, ήτοι με τη θέση των διαδίκων στο ζήτημα του νομικού χαρακτηρισμού των πραγματικών περιστατικών της αγωγής. Η κεντρική προβληματική συνίσταται στο κατά πόσο ο ενάγων έχει την εξουσία να ζητήσει να αναγνωριστεί ότι η συμπεριφορά του εναγομένου εναντίον στοιχειοθετεί έναν συγκεκριμένο κανόνα δικαίου ή στο κατά πόσο ο εναγόμενος μπορεί να αποδεχθεί το αίτημα μίας αγωγής αλλά να αμφισβητήσει τη νομική θεμελίωση αυτής. Έτσι, το βασικό ερώτημα που θέτει η συγκεκριμένη απόφαση για το ελληνικό δικονομικό δίκαιο (αλλά και γενικά για την *επιστήμη του δικονομικού δικαίου*) είναι το κατά πόσο η νομική βάση της αγωγής ανήκει στην *εξουσία διαθέσεως των διαδίκων*.

Κατά την κρατούσα διμελή θεωρία περί του αντικειμένου της δίκης¹⁶, τούτο αποτελείται από τα επικαλούμενα πραγματικά περιστατικά και το αίτημα της αγωγής και όχι από τον νομικό χαρακτηρισμό των γεγονότων. Κατά το προϊσχύσαν αστικό δικονομικό δίκαιο, η διάταξη του άρθρου 533 εδ. 4 ΠολΔ/1834

14 Νικολόπουλος, Δίκαιο αποδείξεως (2011), σ. 199επ. Η αποδοχή διακρίνεται από την ομολογία, ως αποδεικτικό μέσο, η οποία δεν αφορά το σύνολο της δικονομικής αξίωσης, αλλά μόνο τα πραγματικά περιστατικά.

15 Νίκας, ΕγχΠολΔικ (2018) σ. 534

16 Βλ. αντί άλλων Καλαβρό, Το αντικείμενο της πολιτικής δίκης Α (1983) σ. 127επ. και Β (1984) σ. 315επ.

περιελάμβανε μέσα στα απαραίτητα στοιχεία της αγωγής και την νομική βάση της επικαλούμενης με την αγωγή ευθύνης. Ωστόσο, η δικονομική θεωρία που αναπτύχθηκε οριοθέτησε την εφαρμογή της συγκεκριμένης διάταξης¹⁷. Συγκεκριμένα, ο Οικονομίδης αντιλαμβάνετο το εν λόγω στοιχείο ως γενικότατη επίκληση του δικαίου και τόνιζε ότι «δεν είναι αναγκαίον να υπάρξη εκπεφρασμένος εν τη αγωγή, αρκεί να παρέχη η νομοθεσία διάταξη τινά, δυνατόν να χρησιμεύση προς υποστήριξιν της αγωγής»¹⁸. Έτσι, θεωρείται δικονομικά δεδομένο ότι η διαμόρφωση της μείζονος προτάσεως του δικανικού συλλογισμού ανήκει αποκλειστικά στον δικαστή (*iura novit curia*)¹⁹. Κύρια αποστολή της δικαιοδοτικής λειτουργίας είναι η υπαγωγή των πραγματικών γεγονότων στον προσήκοντα κανόνα δικαίου. Αυτό αποτελεί προνόμιο του δικαστή και γίνεται αυτεπάγγελτα (*da mihi facto dabo tibi ius*). Οι κανόνες δικαίου χρησιμοποιούνται ως μέτρο κρίσεως της ανθρώπινης συμπεριφοράς. Η εν λόγω κρίση είναι το κύριο έργο της δικαστικής εξουσίας²⁰ και επιχειρείται *ex officio*, ήτοι οι κανόνες δικαίου λαμβάνονται υπόψη αυτεπαγγέλτως²¹. Ο νομικός χαρακτηρισμός των πραγματικών γεγονότων από το δικαστήριο γίνεται ελεύθερα²². Στο στάδιο ελέγχου της νομικής βασιμότητας των ισχυρισμών των διαδίκων, ο οποίος συμβαίνει αυτεπαγγέλτως²³, ο δικαστής καλείται να κρίνει οίκοθεν αν τα επικαλούμενα πραγματικά περιστατικά μπορούν βάσει του ισχύοντος δικαίου να υπαχθούν σε κάποιο κανόνα δικαίου. Ο νομικός χαρακτηρισμός που ενδεχομένως γίνεται από τους διαδίκους δεν είναι δεσμευτικός για το δικαστήριο²⁴. Η εκ μέρους του δικαστή αυτεπάγγελτη ενέργεια στην εφαρμογή του νόμου απορρέει από την ίδια τη φύση της δικαιοδοτικής λειτουργίας, όπως κατοχυρώνεται στις διατάξεις 26 ΙΙΙ και 87 Ι, ΙΙ του Συντάγματος²⁵. Ταυτόχρονα, συνάγεται και από επιμέρους διατάξεις του ΚΠολΔ²⁶: Οι κανόνες δικαίου λαμβάνονται υπόψη πάντοτε αυτεπαγγέλτως και ο δικαστής

17 Οικονομίδης-Λιβαδάς-Πιδόπουλος, Εγχειρίδιο ΙΙ (1924), σ. 7 σημ. 1, Κιτσικόπουλος, Πολιτική Δικονομία κατ' άρθρον Β (1937) άρθρο 533 αρ. 229

18 Οικονομίδης/Λιβαδάς, προηγ.σημ.

19 Κεραμεύς, Αστικό Δικονομικό Δίκαιο (1986) σ. 151 επ., Νίκας ΠολΔικ Ι (2003) §2 αρ. 4. Από τη γερμανική βιβλιογραφία, βλ. ιδίως Rosenberg/Scwhab/Gottwald § 77 αρ. 9, Braun, σ. 88

20 Τριανταφυλλόπουλος, ΝοΒ 1959.1221 Ι, όπου σημειώνεται ότι οι δικαστές είναι «οι κατ' επάγγελμα κριταί των ανθρωπίνων σχέσεων».

21 Κεραμεύς, ΑσΔικΔικ ό.π. σημ. 19 σ. 152

22 Ράμμος, Τα συστήματα συζητήσεως και ανακρίσεως (1934), σ. 47/48

23 αντί άλλων Κεραμεύς, ΑσΔικΔικ ό.π. σημ. 19 σ. 153 σημ. 9

24 Κεραμεύς, ΑσΔικΔικ ό.π. σημ. 19 σ. 153, Νίκας ΠολΔικ Ι ό.π. σημ. 19 § 42 αρ. 5, ο ίδιος, Η ένσταση εκκρεμοδικίας (1991), σ. 211 αντιθ. Μπέης, Ερμηνεία ΚΠολΔ άρθρ. 106 σ. 530

25 Κεραμεύς, ΑσΔικΔικ ό.π. σημ. 19 σ. 153

26 Βλ. διατάξεις 216 Ια, 335, 337 ΚΠολΔ, Κεραμεύς, προηγ.σημ.

δικαιούται να επιλέξει, να ερμηνεύσει και να εφαρμόσει αυτόν που ο ίδιος θεωρεί κατάλληλο²⁷. Η ύπαρξη και επιλογή της νομικής αιτίας²⁸ για επιδίκαση των αιτηθέντων είναι έργο του Δικαστή²⁹.

Με άλλα λόγια, θα μπορούσε κανείς να πει, ότι ο δικαστής δεν υποχρεούται να λάβει υπόψη τους νομικούς ισχυρισμούς των διαδίκων. Με τον νομικό ισχυρισμό εκφέρεται η κρίση του διαδίκου ότι το εξατομικευμένο γεγονός, που αποτέλεσε το αντικείμενο του πραγματικού ισχυρισμού, συνιστά εμπειρική περίπτωση εκείνης ή της άλλης νομικής έννοιας³⁰. Νομικοί ισχυρισμοί είναι εκείνοι που περιέχουν δεοντολογική κρίση ως προς τον νομικό χαρακτηρισμό κάποιου πραγματικού γεγονότος, λ.χ. ότι η επίμαχη σύμβαση δεν είναι σύμβαση έργου αλλά σύμβαση εργασίας³¹. Είναι, δηλαδή, νομικός ισχυρισμός η νομική μορφή που προσδίδει ο διάδικος στον πραγματικό ισχυρισμό, ως αποτέλεσμα της υπαγωγής³². Σε επίπεδο αναιρετικού ελέγχου, γίνεται πάγια δεκτό ότι τα νομικά επιχειρήματα των διαδίκων δεν συνιστούν «πράγματα»,

27 Νίκας ΠολΔικ Ι ό.π. σημ. 19 § 42 αρ. 6

28 Η νομική αιτία, είναι κατά τη νομολογία, «η διάταξη νόμου που αποτελεί τη μείζονα πρόταση του νομικού συλλογισμού» (ΟΛΑΠ 30/1998 ΝοΒ 1999.242) ή ο νομικός κανόνας «που διέπει την έννομη σχέση από την οποία απορρέει το προβαλλόμενο (δηλ. το επιδικασθέν) δικαίωμα» (ΑΠ 1881/2005 ΝΟΜΟΣ Βλ. και για Κονδύλη, Το Δεδικασμένο κατά τον ΚΠολΔ (2007) σ. 374 σημ. 59)

29 Το ζήτημα της δέσμευσης ή μη του Δικαστηρίου από τον νομικό χαρακτηρισμό των περιστατικών εκ μέρους των διαδίκων ανέκυψε και στο πλαίσιο εφαρμογής της διάταξης του άρθρου 324 ΚΠολΔ, ιδίως δε σχετικά με τη συρροή αξιώσεων (Βλ. Μπέη, άρθρ. 324 σ. 1234, Ποδηματά, Δεδικασμένο-Ανικεμενικά όρια ιδίως επί ενστάσεων Ι (1995), σ. 76, και έμμεσα Μητσόπουλος, Περί του Νομικού Προσδιορισμού του πραγματικού γεγονότος, σε Μελέται Γενικής Θεωρίας Δικαίου και Αστικού Δικονομικού Δικαίου, σ. 115επ./164. Βλ. επίσης Καλαβρό, ΠολΔικ (2016) παρ. 38 αρ. 222 σημ. 252. Διαφοροποιείται ο Κονδύλης, Το Δεδικασμένο κατά τον ΚΠολΔ (2007), σ. 375 σημ. 59) ή νομίμων βάσεων της ίδιας αξίωσης (Βλ. για την έννοια της συρροής αξιώσεων ή νομίμων βάσεων αντί άλλων Γεωργιάδη Απ., Συρροή αξιώσεων ή συρροή νομίμων βάσεων της αξίωσης, ΤιμΤόμος Νικ. Κλαμαρή, Ι, 2016. Η νομολογία, σε περίπτωση που ένα πραγματικό περιστατικό υπάγεται σε περισσότερες διατάξεις, δέχεται την ύπαρξη συρροής αξιώσεων (Ενδ. ΑΠ 164/2008 ΝΟΜΟΣ, ΑΠ 1734/2009 ΧρΙΔ 2011.100) αλλά υπάρχουν και περιπτώσεις που γίνεται δεκτή η συρροή νομίμων βάσεων της ίδιας αξίωσης (ΑΠ 1276/2015 ΕΛΛΔνη 2016.777)). Βλ. αναλυτικά για το ζήτημα, ιδίως σε σχέση με την δυνατότητα από τον ενάγοντα για επιλογή του νομικού κανόνα Ασημακοπούλου, Η σύγχρονη φυσιογνωμία της συζητητικής αρχής (2017) σ. 104επ.

30 Κουσουλής, Οι πραγματικοί ισχυρισμοί στην πολιτική δίκη (2003), σ. 73 (και εκεί περαιτέρω παραπομπές), Ρήγας, Ο αναιρετικός έλεγχος της ουσιαστικής κρίσεως επί των πραγματικών ισχυρισμών στην πολιτική δίκη σε τόμο ΕΕΔ Οι πραγματικοί ισχυρισμοί στην πολιτική δίκη (2008), σ. 172

31 Νίκας ΠολΔικ ΙΙ (2005) § 52 αρ. 9

32 Κουσουλής, Οι πραγματικοί ισχυρισμοί, ό.π. σημ. 30 σ. 74. Κατά την διατύπωση του Κεραμέα, ΑσΔικΔικ, ό.π. σημ. 19 σ. 170 «...οι καθαρά νομικοί ισχυρισμοί, που περιορίζονται στην επίκληση και εφαρμογή των κανόνων δικαίου...»

κατά την έννοια της διάταξης του άρθρου 559 αρ. 8 ΚΠολΔ, και, επομένως, η παράλειψη του δικαστηρίου να τα λάβει υπόψη δεν στοιχειοθετεί σφάλμα³³.

Η αρχή της διαθέσεως καθορίζει την κυριαρχία των διαδίκων στις προβαλλόμενες αιτήσεις και η αρχή της συζητήσεως ορίζει την κυριαρχία των διαδίκων στο πραγματικό υλικό³⁴. Οι διάδικοι έχουν την εξουσία διαθέσεως των πραγματικών περιστατικών της διαφοράς³⁵ και των επικαλούμενων βάσει αυτών αιτημάτων αλλά δεν έχουν την κυριαρχία στην επιλογή της νομικής βάσης βάσει της οποίας θα επιδικαστούν τα αιτηθέντα³⁶. Καμία από τις δύο αρχές δεν μπορεί να επιβάλει την γνώμη των διαδίκων επί του νομικού μέρους της διαφοράς³⁷. Σε αντίθεση με τους πραγματικούς ισχυρισμούς, οι διάδικοι

33 Ενδ. ΑΠ 8/2015 ΧρΙΔ 2015.437 · 395/2015 · 793/2015 · 113/2014 ΝΟΜΟΣ · 180/2014 ΧρΙΔ 2014.525 · 89/2013 ΝΟΜΟΣ · 148/2013 Αρμ 2014.235. Νίκας ΙΙΙ (2007) § 119 αρ. 80. Κατά άλλη νομολογιακή διατύπωση, η επίκληση κανόνα δικαίου δεν είναι στοιχείο της αγωγής (ΑΠ 116/2014 ΕΕμπΔ 2014.310). Βλ. και Μητσόπουλος, Διαδικαστικά πράξεις, σε Μελέται Γενικής Θεωρίας του Δικαίου και Αστικού Δικονομικού Δικαίου (1983), σ. 333

34 Βλ. αναλυτικά για τη διάκριση Ασημακοπούλου, *Η σύγχρονη φυσιογνωμία*, ό.π. σημ. 29 σ. 69επ.

35 Βλ. Καργάδο, Σκέψεις επί της αρχής της συζητήσεως, Αφιερ. Εις Αλέξανδρον Τσιριντάνη (1980), σ. 248 όπου αναφέρεται στην εξουσία διαθέσεως των πραγματικών περιστατικών «...Εάν οι διάδικοι δέον να δύνανται να διαθέσουν (εκτός, άρα και εντός, της δίκης) τα δικαιώματά των, τότε δέον να δύνανται να διαθέτουν και πραγματικά περιστατικά, από τα οποία ταύτα προκύπτουν»

36 Για το ζήτημα της επιλογής από τον ενάγοντα της νομικής βάσης της αξίωσης βλ. ιδίως Τσαντίνη, *Δεδικασμένο και νομική αιτία* (2016) σ. 198επ., όπου, εν τέλει, παίρνει θέση υπέρ της μη ύπαρξης δυνατότητας του ενάγοντος να περιορίσει το δικαστήριο στην έρευνα των νομίμων βάσεων (σ. 217/218)

37 Γι' αυτό άλλωστε, η νομολογία αποφαινεται ότι δεν στοιχειοθετείται λόγος αναιρέσης του άρθρου 559 αρ. 8 εάν το δικαστήριο λαμβάνει υπόψη του τα επικαλούμενα πραγματικά περιστατικά και τα υπάγει σε άλλον κανόνα δικαίου (ΑΠ 157/2004 ΝΟΜΟΣ · 1468/2005 ΕλλΔνη 2006.91). Βέβαια, έχει υπάρξει και νομολογιακή αποτύπωση της δυνατότητας του ενάγοντος να προβεί σε δεσμευτική για το Δικαστήριο δήλωση, σχετικά με τον νομικό κανόνα που επιλέγει ως έρεισμα της αξιώσεώς του. Συγκεκριμένα, η ΕφαΘ 925/2010 ΕλλΔνη 2011.814 αναφέρει στη μείζονα πρότασή της «Από τη διάταξη του άρθρου 216 § 1 ΚΠολΔ, με την οποία ορίζονται τα στοιχεία τα οποία πρέπει να περιέχει η αγωγή για να είναι ορισμένη, προκύπτει ότι ο νόμος δεν αξιώνει την αναφορά και της νομικής διάταξης στην οποία στηρίζεται το ασκούμενο με την αγωγή δικαίωμα, η τυχόν επίκληση δε συγκεκριμένου κανόνα δικαίου, ακόμη και αν αυτός είναι εσφαλμένος, δεν επηρεάζει το κύρος της αγωγής, ούτε δεσμεύει το Δικαστήριο, εφόσον τούτο εφαρμόζει αυτεπαγγέλτως το νόμο και προσδίδει στα επικαλούμενα για την θεμελίωση της αγωγής περιστατικά τον προσήκοντα νομικό χαρακτηρισμό αφού υπάγει την αγωγή στον προσήκοντα κανόνα δικαίου, λαβαίνοντας υπόψη την ιστορική βάση της αγωγής και το αίτημα της. Αν τα εκτιθέμενα στην αγωγή περιστατικά μπορούν, κατά τρόπο σαφή και ορισμένο, να στηρίζουν το ασκούμενο δικαίωμα και σε άλλο κανόνα δικαίου ώστε να θεμελιώνεται και δεύτερη βάση της αγωγής, το δικαστήριο είναι υποχρεωμένο να εξετάσει και τη βάση αυτή αν απορρίψει την πρώτη για οποιοδήποτε λόγο. Σε κάθε περίπτωση όμως το Δικαστήριο εφαρμόζει αυτεπαγγέλτως το νόμο εντός των ορίων

απλώς δικαιούνται να εκφέρουν τις απόψεις τους επί των νομικών θεμάτων, χωρίς όμως να θεμελιώνεται υποχρέωση του δικαστηρίου να λάβει υπόψη τους νομικούς ισχυρισμούς των διαδίκων³⁸.

Στο πλαίσιο όλων τούτων, η απόφαση C-30/19 προσθέτει στους προβληματισμούς της δικονομικής επιστήμης ένα σημαντικό ερώτημα, που θέτει υπό επαναπροσέγγιση τα ανωτέρω: Όταν πρόκειται για νομοθεσία η οποία σχετίζεται με ενσωμάτωση της προστασίας των δικαιωμάτων του ανθρώπου και βασικών αρχών και αξιών της Ε.Ε. σε παράγωγο κοινοτικό δίκαιο, μήπως επιβάλλεται (υπό το φως των αρχών της ισοδυναμίας και της αποτελεσματικότητας) στα εσωτερικά δικονομικά δίκαια να θέτουν την εφαρμογή της σχετικής διάταξης του κοινοτικού δικαίου υπό την εξουσία διαθέσεως του ενάγοντος; Ήτοι, μπορεί ο ενάγων να ζητήσει από το δικαστήριο όχι μόνο να αναγνωριστεί ότι ο εναγόμενος του οφείλει ένα ποσό αποζημίωσης λόγω προσβολής της προσωπικότητάς του ή λόγω καταχρηστικής απόλυσής του, βάσει των επικαλούμενων στο δικόγραφο της αγωγής περιστατικών αλλά να αναγνωριστεί ότι τα συγκεκριμένα περιστατικά συνιστούν παραβίαση της αρχής της απαγόρευσης διακριτικής μεταχείρισης και γι' αυτό συγκεκριμένα τον λόγο οφείλει την αποζημίωση. Περαιτέρω δικονομικές συνέπειες μίας τέτοιας δέσμευσης του Δικαστηρίου από την επικαλούμενη εκ μέρους του ενάγοντος νομική βάση θα ήταν: α) *Να στοιχειοθετείται έννομο συμφέρον του ενάγοντος να ασκήσει έφεση, απλώς και μόνο επειδή η πρωτόδικη απόφαση, ενώ επιδίκασε το αιτούμενο ποσό, προέκρινε άλλη νομική θεμελίωση, χωρίς να στοιχειοθετεί-*

που δημιουργούν τα διατυπούμενα από τον διάδικο αιτήματα, ο οποίος μπορεί να δηλώσει, με βάση το υποβαλλόμενο στο Δικαστήριο ιστορικό και αίτημα, ότι ασκεί αξίωση που πηγάζει από μια διάταξη και όχι από άλλη από την οποία επίσης μπορεί να πηγάζει, όπως τούτο συμβαίνει στην περίπτωση της συρροής αξιώσεων, όχι δε να επιβάλλει στον διάδικο μία αξίωση που αυτός δεν επιθυμεί να ασκήσει και την επιδίκαση της οποίας δεν ζητεί παρότι και αυτή υφίσταται. Τούτο προσκρούει στην διάταξη του άρθρου 106 ΚΠολΔ και την απορρέουσα από αυτή αρχή της ελεύθερης διάθεσης του αντικειμένου της δίκης, σύμφωνα με την οποία το δικαστήριο ενεργεί μόνο ύστερα από αίτηση του διαδίκου και αποφασίζει με βάση τους πραγματικούς ισχυρισμούς που προτείνουν και αποδεικνύουν οι διάδικοι, εκτός αν ο νόμος ορίζει διαφορετικά». Πρέπει όμως να υπογραμμιστεί ότι στην ελάσσονα πρόταση της εν λόγω απόφασης χρησιμοποιούνται εν τέλει ως κριτήριο αποκλεισμού της επιδίκασης της άλλης αξίωσης το αίτημα του ενάγοντος τα ίδια τα πραγματικά περιστατικά, συνδεδεμένα με συγκεκριμένο αίτημα, και όχι η επιλογή από τον ενάγοντα της μίας ή της άλλης νομικής βάσης.

38 *Απαλαγάκη*, Το δικαίωμα ακροάσεως στην πολιτική δίκη (1989), σ. 128 Βλ. αναλυτικά για την απεξάρτηση του Δικαστή από τους νομικούς χαρακτηρισμούς των διαδικών *Μπαμπινιώτη*, Μεταβιβαστικό αποτέλεσμα αποτέλεσμα της έφεσης και αντικείμενο της έκκλητης δίκης (2016), σ. 346

ται ειδικά η βλάβη του³⁹, β) να στοιχειοθετείται λόγος αναιρέσεως επειδή δεν επιδικάστηκε το ποσό λόγω της συγκεκριμένης επικαλούμενης νομικής αιτίας.

Αντί επιλόγου

Η συγκεκριμένη απόφαση είναι μέρος μίας γενικότερης προβληματικής: Η αποτελεσματική εφαρμογή του κοινοτικού δικαίου επιβάλλει δικονομικές προσαρμογές. Ειδικά, η αρχή της απαγόρευσης διακρίσεων, όπως κατοχυρώνεται στο παράγωγο κοινοτικό δίκαιο, μέσω της *Οδηγίας 2000/43/ΕΕ*⁴⁰ συνιστά έκφραση θεμελιωδών δικαιωμάτων του ανθρώπου (ΕΣΔΑ, ΧΘΔΕ) και αρχών της Ε.Ε. Η ανάγκη αποτελεσματικής δικαστικής προστασίας του ατόμου σε περίπτωση ύπαρξης τέτοιας παραβίασης ανάγει την εφαρμογή των συγκεκριμένων κανόνων δικαίου σε αντικείμενο ιδιαίτερης δικαστικής αξιολόγησης: Δεν εξετάζεται η θεμελίωση των επικαλούμενων πραγματικών περιστατικών σε κανόνα δικαίου ώστε να καταφαθεί το αίτημα του ενάγοντος, αλλά διαπιστώνεται η ένταξη των επικαλούμενων πραγματικών περιστατικών στους συγκεκριμένους κανόνες δικαίου. Η συγκεκριμένη νομική αιτία της αγωγής μπορεί να συνιστά επιλογή του ενάγοντος, δεσμευτική για το Δικαστήριο, ως προς την εξέτασή της και της απόφασης επί αυτής, αναγόμενη έτσι σε παράγοντα διαμόρφωσης του αντικειμένου της δίκης. Περαιτέρω όμως μία τέτοια προσέγγιση θα οδηγούσε στο ότι ακόμη κι αν δεν υπάρχει επίκληση συγκεκριμένης νομικής διάταξης εκ μέρους του διαδίκου, το ίδιο το ζήτημα του νομικού χαρακτηρισμού της έννομης σχέσης μπορεί να δικαιολογεί αυτοτελώς την αίτηση δικαστικής προστασίας του διαδίκου. Οι σκέψεις και οι κατευθύνσεις του Δ.Ε.Ε. για την δικονομική μεταχείριση των συγκεκριμένων κανόνων ουσιαστικού δικαίου επιφέρουν ρωγμές και εισάγουν προβληματισμούς που θα απασχολήσουν την ελληνική (και όχι μόνο) δικονομική επιστήμη.

39 Για το ζήτημα της θεμελίωσης εννόμου συμφέροντος προς άσκηση ενδίκου μέσου λόγω διάφορου νομικού χαρακτηρισμού βλ. *Κονδύλη*, Το Δεδικασμένο, ό.π. σημ. 29 σ. 379/380 και μ.π.π. Βλ. και *Νίκα*, Το έννομο συμφέρον ως προϋπόθεση παραδεκτού των ενδίκων μέσων κατά τον ΚΠολΔ (1981) σ. 150

40 Συνεκδοχικά και όλων των Οδηγιών που σχετίζονται με την προστασία από παραβίαση της αρχής της ίσης μεταχείρισης (βλ. ανωτ. σημ. 10)

Η δωσιδικία της αξιόποινης πράξης κατά το άρθρο 7 σημ. 3 του κανονισμού Βρυξέλλες Ια

Ευάγγελος Βασιλακάκης

Καθηγητής Νομικής Σχολής Α.Π.Θ.

1. Όπως και τα κείμενα, των οποίων αποτελεί την συνέχεια, δηλ. η Σύμβαση των Βρυξελλών του 1968 (Συμβρυξ) και ο κανονισμός 44/2001 (Βρυξέλλες Ι), έτσι και ο κανονισμός Βρυξέλλες Ια (1215/2012) περιέχει μια ιδιόρρυθμη δικαιοδοτική βάση: σύμφωνα με το άρθρο 7 σημ. 3 (που στα προκάτοχα κείμενα ήταν αριθμημένο ως άρθρο 5 σημ. 4), ο εναγόμενος που κατοικεί σε κράτος μέλος μπορεί να εναχθεί επίσης «σε περιπτώσεις αγωγής αποζημίωσης ή αγωγής αποκατάστασης της προτέρας κατάστασης που θεμελιώνεται σε αξιόποινη πράξη, ενώπιον του δικαστηρίου όπου ασκείται η ποινική δίωξη, κατά το μέτρο που σύμφωνα με το δίκαιό του το δικαστήριο αυτό μπορεί να επιληφθεί της πολιτικής αγωγής».
2. Θεσπίζεται με την διάταξη αυτή μια ειδική δικαιοδοτική βάση που επιτρέπει στον ενάγοντα να εισάγει αστικής φύσης αξιώσεις, κυρίως αποζημιωτικές, ενώπιον ποινικού δικαστηρίου¹. Αν και αυτό ξενίζει, δεν πρέπει να παροράται ότι το άρθρο 1 παρ. 1 εδ. α' του κανονισμού προβλέπει την εφαρμογή του «σε αστικές και εμπορικές υποθέσεις, ανεξάρτητα από το είδος του δικαστηρίου»². Είναι σχεδόν βέβαιο ότι θα πρόκειται για αποζημιωτικές αξιώσεις πηγάζουσες από αδιοπραξία³, το ποινικό σκέλος της οποίας έχει προτεραιότητα κατά την δικονομική στρατηγική που διαμόρφωσε ο παθών. Λιγότερο σαφές είναι σε τι συνίσταται η αγωγή με αντικείμενο την αποκατάσταση της «προτέρας καταστάσεως». Ρητά διευκρινίζεται ότι η δυνατότητα για εισαγωγή αστικών αξιώσεων σε ποινικό δικαστήριο υφίσταται υπό την προϋπόθεση ότι έχει ασκηθεί ποινική δίωξη και το δίκαιο της χώρας αυτής, που για την οικονομία του λόγου θα αναφέρεται εφεξής ως *lex fori criminalis*, επιτρέπει την εκδίκαση αστικών απαιτήσεων από ποινι-

1 Εκθεση Jenard, ΕΕ C298/28.11.1986, σ. 54.

2 Επομένως αναγνωρίζεται ή εκτελείται απόφαση ποινικού δικαστηρίου εκδοθείσα επί αστικής ή εμπορικής υποθέσεως με βάση το ευνοϊκό καθεστώς του κανονισμού (πρβλ. 323 ΚΠολΔ).

3 Νίκας/Σαχπεκίδου, Ευρωπαϊκή Πολιτική Δικονομία, 2016, άρθρο 7, αριθ. 218 (βλ. όμως κατωτέρω αριθ. 15).

κό δικαστήριο. Επί του ζητήματος αυτού υπάρχουν σημαντικές αποκλίσεις: ενώ σε γενικές γραμμές τα δίκαια κάποιων εκ των λεγόμενων μεσογειακών κρατών-μελών της ΕΕ (Γαλλία, Ισπανία, Ιταλία) αποδέχονται την δικαιοδοσία των ποινικών δικαστηρίων επί των συναφών αστικών αξιώσεων, αυτό δεν φαίνεται να ισχύει σε πολλά κράτη μέλη. Υποστηρίχθηκε μάλιστα προ πολλού, υπό το πρίσμα του γερμανικού δικαίου, ότι η θέσπιση - αρχικά στην Σύμβαση των Βρυξελλών - της ειδικής δωσιδικίας της αξιόποινης πράξης αναβάθμισε τον μειωμένης στο δίκαιο αυτό σημασίας θεσμό της πολιτικής αγωγής (*Adhäsionsverfahren*)⁴.

Το ελληνικό δίκαιο πρόσφατα μετατοπίσθηκε, όπως θα αναφερθεί και στη συνέχεια, προς την αρνητική τοποθέτηση επί του θέματος, καθώς με τον νέο Κώδικα Ποινικής Δικονομίας του 2019 αντικαταστάθηκε ο θεσμός της πολιτικής αγωγής με την παράσταση προς υποστήριξη της κατηγορίας (άρθρα 63 επ. ΚΠοινΔ), και, συνακόλουθα, καταργήθηκε ο θεσμός του αστικών υπευθύνου (άρθρα 89 επ. προϊσχύσαντος ΚΠοινΔ), ο οποίος είχε στην πράξη πολύ γρήγορα περιπέσει σε αχρησία. Επομένως η πρόσφατη αλλαγή του ελληνικού δικαίου ως προς την πολιτική αγωγή καθιστά άνευ πρακτικής σημασίας την διάταξη για την ελληνική νομική πραγματικότητα, με την επιφύλαξη ότι αλλοδαπή απόφαση ποινικού δικαστηρίου που στηρίξε την δικαιοδοσία του στο άρθρο 7 σημ. 3 του κανονισμού Βρυξέλλες Ια μπορεί να αναγνωρισθεί ή να κηρυχθεί εκτελεστή κατά τα άρθρα 36 επ. του ίδιου κανονισμού.

3. Η θεσπιζόμενη με την διάταξη του άρθρου 7 σημ. 3 διεθνής δικαιοδοσία των ποινικών δικαστηρίων που εκδικάζουν την αξιόποινη πράξη, εμφανίζει περαιτέρω την ιδιαιτερότητα ότι στηρίζεται στις σχετικές με την τοπική αρμοδιότητα και/ή την διεθνή δικαιοδοσία διατάξεις της *lex fori criminalis*. Ειδικότερα, η θεμελίωσή της απορρέει από την έμμεση εφαρμογή των οικείων (ποινικών) διατάξεων της *lex fori criminalis*, υπό την έννοια ότι προηγείται η κατάφαση της διεθνούς δικαιοδοσίας των ποινικών δικαστηρίων⁵, η οποία θα κριθεί βάσει αυτών των διατάξεων. Εφόσον αυτή υφίσταται, γεννάται το ζήτημα αν συντρέχει ή όχι η ειδική δωσιδικία της αξιόποινης πράξης, της οποίας την αξιοποίηση μπορεί να κάνει το πρόσω-

4 βλ. Kohler, *Adhäsionsverfahren und Brüsseler Übereinkommen*, σε WILL, M., *Schadensersatz im Strafverfahren*, Kehl am Rhein/Straßburg/Arlington 1990, σ. 74.

5 Πρβλ. Gaudemet-Tallon/Ancl M.-E., *Compétence et exécution des jugements en Europe*, *Matières civile et commerciale*, 6e éd., Paris 2019, σ. 361, αριθ. 338: “la *lex fori* de la *jurisdiction pénale* régit la *compétence matérielle et territoriale* pour statuer au pénal; mais la *compétence territoriale* de cette *jurisdiction* en ce qui concerne l’action civile relève des *texts européens* dès lors que le *défendeur* est domicilié dans un *Etat membre* différent de celui du *juge saisi*”.

πο που έχει αστική αξίωση κατά του κατηγορουμένου και/ή κατά τρίτου προσώπου που υπέχει αστική ευθύνη⁶.

4. Εκ πρώτης όψεως η πρακτική θεώρηση της ιδιόρρυθμης δικαιοδοτικής βάσης του άρθρου 7 σημ. 3 αναδεικνύει την σύγκρουση ανάμεσα σε δύο αντικρουόμενες σταθμίσεις: από την μια πλευρά, η άσκηση δικαιοδοσίας των ποινικών δικαστηρίων επί των συναφών αστικών αξιώσεων ενοποιεί την αστική και την ποινική δίκη για το ίδιο ζημιογόνο γεγονός, με δια γυμνού οφθαλμού ορατά πλεονεκτήματα την μείωση των δικαστών δαπανών των διαδίκων⁷ (εκ των οποίων ο παθών ίσως να έχει ήδη υποστεί από την αξιόποινη πράξη οικονομική ζημία που να καθιστά δυσχερή την πρόσβασή του στη δικαιοσύνη, την οποία θα μπορούσε σε κάποιο βαθμό να διασφαλίσει η «συγχώνευση» αστικής και ποινικής υποθέσεως) και την αποφυγή εκδόσεως αντιφατικών αποφάσεων μεταξύ αστικών και ποινικών δικαστηρίων. Από την άλλη πλευρά, δεν στερείται επιχειρημάτων η άποψη εκείνη που εκφράζει αμφιβολίες ως προς το κατά πόσο ένα ποινικό δικαστήριο είναι το κατάλληλο *forum* για την εκδίκαση αστικών διαφορών, που όσο και αν συνδέονται με το πλέγμα πραγματικών περιστατικών της αξιόποινης πράξης, περιλαμβάνουν και άλλες πτυχές, όπως π.χ. την επιδίκαση ποσών με αναλυτικούς υπολογισμούς που δύσκολα συμβιβάζονται με την ποινική διαδικασία (π.χ. επιδίκαση κονδυλίων, βλ. και κατωτέρω αριθ. 14).
5. Πρόσφατα υποστηρίχθηκε ότι το άρθρο 7 σημ. 3 του κανονισμού Βρυξέλλες Ια αποτελεί «ξένο σώμα» (*Fremdkörper*) στο εν λόγω νομοθέτημα⁸. Αλλωστε η τοποθέτησή της περίπου «βουστροφηδόν» στο μεταίχιμιο αστικού και ποινικού, αφ' ενός, ουσιαστικού και δικονομικού δικαίου, αφ' ετέρου, εξηγεί την περιορισμένη σημασία που τής προσδίδεται. Μια πιο μετρημένη προσέγγιση περιορίζει επί αυτοκινητικών ατυχημάτων την λειτουργικότητα που πρέπει να αποδοθεί στην εν λόγω διάταξη, συσχετίζοντάς την μάλιστα με το άρθρο 64 του ίδιου κανονισμού, που επιτρέπει, με την επιφύλαξη ευνοϊκότερων εθνικών διατάξεων, την μη αυτοπρόσωπη εμφάνιση σε «πρόσωπα που έχουν την κατοικία τους στο έδαφος κράτους μέλους και διώκονται για αδίκημα εξ αμελείας ενώπιον των ποινικών δικαστηρίων άλλου κράτους μέλους, του οποίου δεν έχουν την ιθαγένεια».

6 Ως προς το σχετικό ερμηνευτικό ζήτημα βλ. κατωτέρω υπ' αριθ. 8.

7 Ως προς το ότι η διάταξη εξυπηρετεί την οικονομία της δίκης και την ενότητα των διαδικασιών βλ. *Magnus/Mankowski*, *European Commentaries on Private International Law*, Brussels Ibis, Köln 2016, σ. 341, αριθ. 399.

8 *Kohler*, Zur Rechtshängigkeit eines von der Zivilpartei vor dem Untersuchungsrichter geltend gemachten Ersatzanspruchs (zu EuGH, 22.10.2015 – Rs. C-523/14 – Aannemingsbedrijf Aertssen u.a./VSB Machineverhuur BV u.a.), *IPRax* 2019.122-3.

Το δεύτερο εδάφιο του άρθρου 64 αφήνει όμως να διαφανεί ότι τυχόν προσβολή του δικαιώματος υπερασπίσεως του κατηγορουμένου/εναγομένου μπορεί να αποτελέσει κώλυμα για την σε βάρος του αναγνώριση ή εκτέλεση της αποφάσεως σε άλλο κράτος μέλος, ακόμη και αν αυτός δεν εμφανισθεί αυτοπροσώπως ενώπιον του ποινικού δικαστηρίου, αρνούμενος να συμμορφωθεί με σχετική διαταγή του τελευταίου⁹. Θα μπορούσε κανείς να διακρίνει εδώ μια συγκεκριμένη δυσπιστία του κανονισμού Βρυξέλλες Ια έναντι της μέσω ποινικής δίκης εκδικάσεως αστικών διαφορών.

6. Αν και στην πράξη η θεσπίζουσα την δωσιδικία της αξιόποινης πράξης δι-
άταξη δεν έχει χρησιμοποιηθεί σε μεγάλη έκταση, εμφανίζεται εφαρμογή
της σε δύο υποθέσεις, στις οποίες εκδόθηκαν εμβληματικές αποφάσεις
του ΔΕΚ/ΔΕΕ¹⁰. Πρόκειται για τις αποφάσεις *Sonntag/Waidmann*¹¹ και
*Krombach/Bamberski*¹². Ως προς την δεύτερη από αυτές θα γίνει αναφο-
ρά κατωτέρω υπ' αριθ. 9 επ. Μια απόφαση του Πολυμελούς Πρωτοδικείου
Θεσσαλονίκης¹³, που είχε εκδοθεί λίγα χρόνια μετά την έναρξη ισχύος της
Συμβάσεως των Βρυξελλών στην Ελλάδα, ανήκει στις ευάριθμες αποφά-
σεις που έχουν εκδοθεί από τα εθνικά δικαστήρια σε σχέση με την ειδική δι-
καιοδοτική βάση της αξιόποινης πράξης. Απόφαση αρνητικά αξιοσημείωτη
(αλλά και ενδεικτική των δυσκολιών που προκύπτουν ως προς την πρακτι-
κή εφαρμογή της επίμαχης διατάξεως), καθώς κατά εμφανώς εσφαλμένη
εφαρμογή του τότε ισχύοντος άρθρου 5 σημ. 4 ΣΒρυξ το δικαστήριο έκρινε
ότι δεν υφίσταται διεθνής δικαιοδοσία των ελληνικών πολιτικών δικαστη-
ρίων, επειδή δεν είχε ακόμη ασκηθεί ποινική δίωξη, δεδομένου ότι η σχετι-
κή μήνυση είχε υποβληθεί στην αρμόδια Εισαγγελία την προηγούμενη της
δίκης ενώπιον του Πολυμελούς Πρωτοδικείου Θεσσαλονίκης. Προκύπτει
από την σύντομη αυτή περιγραφή ότι τόσο ο διάδικος, που προσπάθησε
να θεμελιώσει στην ειδική δικαιοδοτική βάση της αξιόποινης πράξης την
διεθνή δικαιοδοσία των ελληνικών δικαστηρίων (και συγκεκριμένα την

9 «Το επιληφθέν δικαστήριο μπορεί ωστόσο να διατάξει την αυτοπρόσωπη εμφάνιση· σε περί-
πτωση μη εμφάνισης, η απόφαση που εκδίδεται επί της πολιτικής αγωγής, χωρίς το εν λόγω
πρόσωπο να είχε τη δυνατότητα να αμυνθεί, μπορεί να μην αναγνωρισθεί ή να μην εκτελεστεί
στα άλλα κράτη μέλη».

10 Ακόμη σπανιότερη φαίνεται να είναι η άσκηση αγωγής με αντικείμενο την αποκατάσταση
στην προτέρα κατάσταση.

11 ΔΕΚ, 21.4.1993, *Sonntag/Waidmann*, C-172/91, EU:C:1993:144.

12 Βλ. κατωτέρω σημ. 20.

13 ΠολΠρΘεσ 585/1993 Αρμ. 1994.308 με παρατηρήσεις Βασιλακάκη.

αρμοδιότητα του Πολυμελούς Πρωτοδικείου Θεσσαλονίκης)¹⁴, όσο και το δικαστήριο που με την αιτιολογία αυτή δέχθηκε έλλειψη δικαιοδοσίας των ελληνικών *πολιτικών* δικαστηρίων παρέβλεψαν ότι το επίμαχο ζήτημα ήταν η, με βάση την εδώ εξεταζόμενη διάταξη, ύπαρξη ή όχι διεθνούς δικαιοδοσίας των ελληνικών *ποινικών* δικαστηρίων για την αστική αξίωση.

7. Όπως σε κάθε σύστημα κανόνων διεθνούς δικαιοδοσίας, έτσι και στον κανονισμό Βρυξέλλες Ια η λειτουργικότητα (ή χρησιμότητα) των συντρεχουσών δικαιοδοτικών βάσεων συνίσταται στην χορήγηση με αυτές στον ενάγοντα της δυνατότητας να ασκήσει την αγωγή του σε δικαστήρια άλλα από εκείνα της κατοικίας του εναγομένου, η οποία αποτελεί τον βασικό/γενικό δικαιοδοτικό σύνδεσμο (άρθρο 4 παρ 1 Καν. Βρυξ Ια). Υπό το πρίσμα αυτό θα πρέπει να αντιμετωπισθεί σε κάποιο βαθμό η όποια λειτουργικότητα της ειδικής δικαιοδοτικής βάσης της αξιόποινης πράξης. Πράγματι αυτή παρέχει στον ζημιωθέντα από την αξιόποινη πράξη, στην οποία αφορά η ποινική υπόθεση, την δυνατότητα να προσφύγει ως ενάγων σε δικαστήρια άλλα από εκείνα του κράτους μέλους, όπου κατοικεί ο εναγόμενος¹⁵. Αν μάλιστα η ποινική δίκη διεξάγεται στα δικαστήρια της χώρας, της οποίας ο παθών-ενάγων έχει την ιθαγένεια και όπου βρίσκεται η κατοικία του, τότε αυτός θα μπορέσει να ασκήσει την αγωγή του στα δικαστήρια του τόπου κατοικίας του. Η επαναλαμβανόμενη από το ΔΕΕ τοποθέτηση ότι οι ειδικές συντρέχουσες δωσιδικίες του άρθρου 7 δεν πρέπει να ερμηνεύονται ως προωθητικές του *forum actoris* δεν θα μπορούσε να σταθεί εμπόδιο σε ένα τέτοιο ενδεχόμενο, ιδίως αν συνυπολογισθεί η απόφαση του ίδιου δικαστηρίου στην υπόθεση *Krombach/Bamberski* (βλ. κατωτέρω αριθ. 9 επ.).

Στις σκέψεις αυτές πρέπει να προστεθεί ότι, όπως από την διατύπωση του άρθρου 7 σημ. 3 συνάγεται, η διάταξη αυτή θεμελιώνει ως προς τις αστικές αξιώσεις από την αξιόποινη πράξη την συντρέχουσα διεθνή δικαιοδοσία δικαστηρίων άλλων από εκείνα του κράτους μέλους, εντός του οποίου βρίσκεται ο τόπος κατοικίας του εναγομένου. Κατά κανόνα η ποινική δίκη διεξάγεται στα δικαστήρια του τόπου, όπου διαπράχθηκε η αξιόποινη πράξη. Πολύ πιθανό είναι ο τόπος αυτός να συμπίπτει με εκείνον του τόπου κατοικίας του ζημιωθέντος-ενάγοντος, οπότε για τον τελευταίο η προστιθέμενη αξία του άρθρου 7 σημ. 3 έγκειται στο ότι, εφόσον αυτό επιτρέπεται από την *lex fori criminalis*, μπορεί να προτιμήσει την εκδίκαση των αστικών απαιτήσεων από το αρμόδιο ποινικό δικαστήριο, αντί του

14 Προφανώς έχοντας αντιληφθεί την τελευταία στιγμή ότι υφίσταται ζήτημα ελλείψεως διεθνούς δικαιοδοσίας.

15 Προϋπόθεση είναι πάντως ο εναγόμενος να κατοικεί σε κράτος μέλος. Επομένως δεν μπορεί να θεμελιωθεί δικαιοδοσία ως προς εναγόμενο κάτοικο τρίτης χώρας.

αρμόδιου πολιτικού δικαστηρίου. Υπό το πρίσμα αυτό αποκτά κυρίως προ-στιθέμενη αξία για τον ζημιωθέντα/ενάγοντα η διάταξη ιδίως όταν καθιστά δυνατή την εναγωγή στο ποινικό δικαστήριο του αστικώς υπευθύνου που κατοικεί σε χώρα άλλη από εκείνη, όπου διαπράχθηκε η αδικοπραξία/αξιόποινη πράξη. Εναπόκειται στον ενάγοντα να εκτιμήσει αν θα το πράξει¹⁶, λαμβανομένου πάντως υπόψη ότι ο ενάγων έχει μεν την πρωτοβουλία των κινήσεων στην πολιτική δίκη, πλην όμως το ίδιο δεν ισχύει στην ποινική δίκη, όπου παρεμβάλλεται η αρμόδια εισαγγελική ή δικαστική αρχή.

8. Έχει υποστηριχθεί ότι η ορθή τελεολογική ερμηνεία για την δωσιδικία της αξιόποινης πράξης κατά το άρθρο 7 σημ. 3 (και προηγουμένως κατά το άρθρο 5 σημ. 4 καν. Βρυξ Ι) άγει στην περιστολή της εφαρμογής της σε εκείνες τις περιπτώσεις, όπου ο εναγόμενος για τις αστικές απαιτήσεις συμπίπτει με τον κατηγορούμενο της ποινικής δίκης¹⁷. Η άποψη αυτή δεν είναι ορθή, όχι μόνο για τον λόγο ότι η ίδια η διατύπωση της διατάξεως οδηγεί στην αντίθετη ερμηνεία (αφού δεν υπάρχει σχετικός περιορισμός), αλλά και για τον λόγο ότι ακριβώς η λειτουργικότητα του άρθρου 7 σημ. 3 έγκειται σε μεγάλο βαθμό στην αξιοποίηση από τον ενάγοντα των δυνατοτήτων που τυχόν τού παρέχει η *lex fori criminalis*, σύμφωνα με την οποία θα κριθεί το ζήτημα (όπως και τα υπόλοιπα σχετικά με την διεξαγωγή της διαδικασίας ζητήματα, βλ. κατωτέρω αριθ. 19). Αν το δίκαιο αυτό επιτρέπει την άσκηση αγωγής ενώπιον του αρμόδιου (ποινικού) δικαστηρίου, η τελευταία θα ασκηθεί κατά των –κατά το ίδιο δίκαιο– παθητικώς νομιμοποιουμένων προσώπων, ανεξάρτητα από το αν αυτά φέρουν ή όχι την ιδιότητα του κατηγορουμένου¹⁸, πάντοτε σύμφωνα με τις οικείες διατάξεις της *lex fori criminalis*. Επομένως μπορεί ο ενάγων να εισάγει στα ποινικά δικαστήρια την αστική απαίτησή του π.χ. κατά του ασφαλιστή, στον οποίο είναι ασφαλισμένος ο ζημιώσας-κατηγορούμενος. Ρητά προνοεί περί αυτού π.χ. το άρθρο 117 του ισπανικού Ποινικού Κώδικα, το οποίο ρητά ορίζει ότι εμπλέκεται ως αστικώς υπεύθυνος στην ποινική δίκη ο ασφαλιστής, εφόσον η ζημία συνδέεται με αξιόποινη πράξη¹⁹. Με βάση την ερμηνεία αυτή,

16 Γενικά για τα πλεονεκτήματα που αντλεί ο ενάγων βλ. Kohler, Adhäsionsverfahren und Brüsseler Übereinkommen, σε Will, Schadensersatz im Strafverfahren, Kehl am Rhein/ Straßburg/Arlington 1990, σ. 75.

17 Schoibl, Adhäsionsverfahren und Europäisches Zivilverfahrensrecht, FS Rainer Sprung, 2001, σ. 328-9, Mankowski, Zivilverfahren vor Strafgerichten und die EuGVVO, FS Rudolf Macharek und Franz Matscher, 2008, σ. 790.

18 Έτσι και Νίκας/Σαχπεκίδου, Ευρωπαϊκή Πολιτική Δικονομία, 2016, άρθρο 7, αριθ. 217.

19 “Los aseguradores que hubieren asumido el riesgo de las responsabilidades pecuniarias derivadas del uso o explotación de cualquier bien, empresa, industria o actividad, cuando, como consecuencia de un hecho previsto en este Código, se produzca el evento asegurado, serán res-

που δέχεται ότι και πρόσωπα άλλα από τον κατηγορούμενο στην ποινική δίκη μπορούν να εναχθούν ενώπιον του ποινικού δικαστηρίου βάσει του άρθρου 7 σημ. 3, αποφεύγεται το ενδεχόμενο να εκδοθούν αντιφατικές αποφάσεις.

9. Η απόφαση του ΔΕΚ/ΔΕΕ στην υπόθεση *Krombach/Bamberski*²⁰ αναφέρεται συστηματικά στη σχετική βιβλιογραφία ως το βασικό παράδειγμα για την – κατ'αρχάς – όλως εξαιρετική παρεμβολή της δημόσιας τάξης όσον αφορά στην αναγνώριση/εκτέλεση αλλοδαπών δικαστικών αποφάσεων βάσει του κανονισμού Βρυξέλλες Ια και των νομοθετημάτων που προηγήθηκαν αυτού. Ενδιαφέρον εμφανίζει όμως και σε σχέση με το αντικείμενο της παρούσας μελέτης, επειδή η επίμαχη απόφαση είχε εκδοθεί από ποινικό δικαστήριο επιληφθέν βάσει του άρθρου 7 σημ. 4 ΣυμβΒρυξ. Εν προκειμένω ο εναγόμενος, Γερμανός υπήκοος, είχε κατηγορηθεί για την ανθρωποκτονία από πρόθεση της θυγατέρας της συντρόφου του. Αν και η πράξη είχε τελεσθεί στη Γερμανία, τα γαλλικά ποινικά δικαστήρια είχαν δικαιοδοσία (και οι γαλλικοί κανόνες ουσιαστικού ποινικού δικαίου ήταν εφαρμοστέοι) δυνάμει του άρθρου 113-7 του γαλλικού Ποινικού Κώδικα λόγω της γαλλικής ιθαγένειας του θύματος (αρχή της παθητικής προσωπικότητας, βλ. κατωτέρω αριθ. 12). Καθώς οι συγγενείς του τελευταίου άσκησαν αγωγή στο αρμόδιο γαλλικό ποινικό δικαστήριο, το τελευταίο (Κακουργιοδικείο Παρισιών) εκτός από την καταδικαστική σε 15ετή κάθειρξη απόφαση σε βάρος του κατηγορουμένου/εναγομένου, ο οποίος εν όψει των επαπειλούμενων ποινικών κυρώσεων δεν προσήλθε στη δίκη και ερημοδικάσθηκε, τον καταδίκασε επίσης στην καταβολή αποζημιώσεως για την αστική αξίωση. Όταν ζητήθηκε η κήρυξη ως εκτελεστής στη Γερμανία της γαλλικής ποινικής αποφάσεως κατά το αστικό σκέλος της, τέθηκε ζήτημα της συμβατότητάς της ή όχι με την δημόσια τάξη. Επειδή δεν είχε επιτραπεί στον κατηγορούμενο η εκπροσώπησή του στην δίκη από δικηγόρο, με αποτέλεσμα να μην προβάλει άμυνα (και) ως προς την εναντίον του αγωγή, έγινε δεκτό ότι παρακωλύει την κήρυξη εκτελεστής στην Γερμανία της γαλλικής αποφάσεως το γεγονός ότι το δικαστήριο του κράτους προελεύσεως αρνήθηκε στον εναγόμενο το δικαίωμα υπερασπίσεως χωρίς αυτοπρόσωπη εμφάνιση.

Πρόκειται για λύση που θα είχε γίνει δεκτή και στην περίπτωση που την απόφαση είχε εκδώσει πολιτικό δικαστήριο. Εν προκειμένω το Δικαστήριο, αφού ξεπέρασε τον σκόπελο του άρθρου II του πρωτοκόλλου (αντίστοιχο

pensables civiles directos hasta el límite de la indemnización legalmente establecida o convencionalmente pactada, sin perjuicio del derecho de repetición contra quien corresponda”.

20 ΔΕΕ, 28.3.2000, *Krombach/Bamberski*, C-7/98, ECLI:EU:C:2000:164.

του οποίου είναι το άρθρο 64 του καν. Βρυξέλλες Ια) που αναγνώριζε το δικαίωμα υπερασπίσεως χωρίς αυτοπρόσωπη εμφάνιση ενώπιον των ποινικών δικαστηρίων υπηκόων άλλου συμβαλλόμενου κράτους που επίσης κατοικούν σε άλλο συμβαλλόμενο κράτος μόνο όταν η αξιόποινη πράξη είχε τελεσθεί εξ αμελείας²¹, δεν δυσκολεύθηκε να δεχθεί ότι «ο σεβασμός των δικαιωμάτων άμυνας στο πλαίσιο οποιασδήποτε διαδικασίας, που κινείται εναντίον ενός προσώπου και είναι ικανή να καταλήξει σε βλαπτική γι' αυτό πράξη, συνιστά θεμελιώδη αρχή του κοινοτικού δικαίου και πρέπει να διασφαλίζεται ακόμη και εν απουσία κάθε ρυθμίσεως σχετικά με τη διαδικασία»²².

10. Αντίθετα, έγινε δεκτό ότι μόνον το γεγονός ότι το δικαστήριο του κράτους προελεύσεως θεμελίωσε τη δικαιοδοσία του στην ιθαγένεια του θύματος της αξιόποινης πράξης δεν συνιστά αντίθεση προς την δημόσια τάξη και, άρα, δεν παρακωλύει την κήρυξη εκτελεστότητας. Βέβαια το Δικαστήριο ακολούθησε έναν συλλογισμό, που υποκρύπτει τις επιφυλάξεις, αν όχι την αποδοκιμασία του για την ανάδειξη της ιθαγένειας σε δικαιοδοτικό σύνδεσμο. Ξεκινώντας από το ότι δεν μπορεί να προβεί στον έλεγχο της διεθνούς δικαιοδοσίας των δικαστηρίων του κράτους προελεύσεως (άρθρο 28 εδ. γ' Συμβρυξ, και ήδη άρθρο 45 παρ. 3 εδ. α' καν. Βρυξ Ια), λαμβανομένου υπόψη ότι «οι σχετικοί με τη διεθνή δικαιοδοσία κανόνες δεν αφορούν τη δημόσια τάξη» (άρθρο 28 εδ. γ' ΣΣυμβρυξ και ήδη άρθρο 45 παρ. 3 εδ. β' καν. Βρυξ Ια)²³, διαπίστωσε ότι «η δημόσια τάξη του κράτους αναγνωρίσεως δεν μπορεί να εμποδίσει την αναγνώριση ή την εκτέλεση αποφάσεως εκδοθείσας σε άλλο συμβαλλόμενο κράτος για τον λόγο και μόνον ότι το δικαστήριο του κράτους προελεύσεως δεν τήρησε τους σχετικούς με τη δικαιοδοσία κανόνες της Συμβάσεως»²⁴. Η μη παρεμβολή της δημόσιας τάξης ισχύει επομένως και όταν «το δικαστήριο του κράτους προελεύσεως κακώς θεμελίωσε τη διεθνή δικαιοδοσία του, έναντι εναγομένου που κατοικεί στο έδαφος του κράτους αναγνωρίσεως, σε κανόνα που στηρίζεται σε κριτήριο ιθαγένειας»²⁵. Σαφής, αλλά αναποτελεσματική

21 Σκέψη 41. Πρβλ. ΔΕΚ, 26.5.1981, Rinkau, 157/80, ΣυλλΝομολ 1981.1391, σκέψη 21: «το δικαίωμα υπερασπίσεως χωρίς αυτοπρόσωπη εμφάνιση που αναγνωρίζεται στον κατηγορούμενο από το άρθρο II του πρωτοκόλλου που προσαρτάται στη Σύμβαση της 27ης Σεπτεμβρίου 1968 για την αρμοδιότητα των δικαστηρίων και εκτέλεση των αποφάσεων επί αστικών και εμπορικών υποθέσεων», εκτείνεται σε κάθε ποινική δίκη που αφορά έγκλημα εξ αμελείας εφόσον τίθεται θέμα αστικής ευθύνης του κατηγορουμένου ή ενδέχεται μεταγενέστερα να τεθεί και η οποία απορρέει από τα πραγματικά περιστατικά που στοιχειοθετούν την αξιόποινη πράξη για την οποία διώκεται».

22 Σκέψη 42.

23 Σκέψη 31.

24 Σκέψη 32.

25 Σκέψη 33.

η αποδοκιμασία («κακώς θεμελίωσε») των οικείων διατάξεων του γαλλικού ποινικού δικαίου: βλέπουμε ότι ο βασικός στόχος της ΣυμβΒρυξ και των διαδόχων αυτής κανονισμών, που είναι η διευκόλυνση της κυκλοφορίας των δικαστικών αποφάσεων μεταξύ κρατών μελών, κατισχύει των επιφυλάξεων που εγείρει η ανάδειξη της ιθαγένειας σε δικαιοδοτικό σύνδεσμο, και μάλιστα σε υποθέσεις ενοχικού δικαίου!

11. Στο σημείο αυτό ενδείκνυται μια συνοπτική παρουσίαση των κριτηρίων με βάση τα οποία καθιδρύεται η δικαιοδοσία ποινικών δικαστηρίων²⁶. Ως γνωστόν στο ελληνικό δίκαιο αυτά αναφέρονται στα άρθρα 5-8 ΠΚ, με τα οποία καθορίζονται τα τοπικά όρια ισχύος των ποινικών νόμων, τους οποίους εξυπακούεται ότι εφαρμόζουν τα ελληνικά δικαστήρια: συνεπώς, εφόσον οι ελληνικοί ποινικοί νόμοι είναι εφαρμοστέοι, καθιδρύεται η δικαιοδοσία των ελληνικών (ποινικών) δικαστηρίων. Θα περιορισθώ στη σύντομη καταγραφή των εν λόγω κριτηρίων από την οπτική γωνία της ειδικής δικαιοδοτικής βάσης που εισάγει το άρθρο 7 σημ. 3 του κανονισμού Βρυξέλλες Ια. Ο κανόνας είναι ότι εφαρμόζεται το ελληνικό (ποινικό) δίκαιο –και άρα δικαιοδοσία έχουν τα ελληνικά (ποινικά) δικαστήρια– όταν η αξιόποινη πράξη έχει τελεσθεί στην ελληνική επικράτεια (άρθρο 5 ΠΚ). Με όρους αδικοπραξίας, ο τόπος στον οποίο τελείται η αξιόποινη πράξη ταυτίζεται με τον τόπο όπου συνέβη το ζημιογόνο γεγονός, όπως αυτός έχει οριοθετηθεί στην νομολογία του ΔΕΕ²⁷. Ως εκ τούτου, το *forum delicti* που προβλέπει η συντρέχουσα δωσιδικία της αδικοπραξίας του άρθρου 7 σημ. 2 του κανονισμού Βρυξέλλες Ια κατ'αρχάς θα είναι το πολιτικό δικαστήριο της δικαστικής περιφέρειας (κάποιοι κράτους μέλους), στην οποία εδρεύει το ποινικό δικαστήριο που θα μπορούσε να επιληφθεί αγωγής κατά το άρθρο 7 σημ. 3 του ίδιου κανονισμού, εφόσον συντρέχουν οι σχετικές προϋποθέσεις. Τούτο μειώνει σημαντικά την πρακτική σημασία της δωσιδικίας της αξιόποινης πράξης, αν και σε κάποιες ειδικές μάλλον περιπτώσεις δεν μπορεί να αποκλεισθεί το ενδεχόμενο η αντικειμενική υπόσταση της αξιό-

26 Σε αντίθεση με τις αστικές/εμπορικές υποθέσεις, στις οποίες υφίσταται το ενδεχόμενο λόγω της υπέρβασης κάποιου στοιχείου αλλοδαπότητας να εφαρμοσθεί επί της ουσίας δίκαιο άλλο από την *lex fori*, στο πεδίο του ποινικού δικαίου υπάρχει πάντοτε σύμπτωση δικαιοδοτικής και νομοθετικής αρμοδιότητας, με αποτέλεσμα εφόσον οι ελληνικοί ποινικοί νόμοι είναι εφαρμοστέοι, να καθιδρύεται η δικαιοδοσία των ελληνικών (ποινικών) δικαστηρίων.

27 Η λύση αυτή έχει ενσωματωθεί και στο άρθρο 35 ΚΠολΔ με τον ν. 3994/2011 (βλ. Χασιρτζόγλου, Οι τροποποιήσεις του ΚΠολΔ με τα άρθρα 1 έως 21 του ν. 3994/2011, ΕΠολΔ 2013.38-40). Για την στοίχιση της ερμηνείας του εσωτερικού δικαίου προς εκείνη των ενωσιακών διατάξεων βλ. την αιτιολογική έκθεση της νομοπαρασκευαστικής επιτροπής του ν. 3994/2011, ΚΝοΒ 2011.1714.

ποινης πράξης κατά την *lex fori criminalis*, να μην ταυτίζεται απολύτως με την αδικοπρακτική συμπεριφορά και αυτό να οδηγεί σε διαφορές ως προς τον καθορισμό του τόπου τελέσεως καθεμιάς από αυτές.

12. Από την άποψη του κανονισμού Βρυξέλλες Ια ενδιαφέρον παρουσιάζει η περίπτωση στην οποία η δικαιοδοσία των ποινικών δικαστηρίων ενός κράτους στηρίζεται στην ιθαγένεια του φερόμενου ως υπαίτιου (αρχή της ενεργητικής προσωπικότητας)²⁸ ή στην ιθαγένεια του φερόμενου ως παθόντος (αρχή της παθητικής προσωπικότητας)²⁹. Όπως προαναφέρθηκε, με την απόφασή του στην υπόθεση *Krombach/Bamberski* το Δικαστήριο έχει εκόν άκον αποδεχθεί την –υπό ιδιόρρυθμες περιστάσεις μέσω ποινικών διατάξεων– συμβατότητα της ιθαγένειας ως δικαιοδοτικού συνδέσμου θεμελιωτικού διεθνούς δικαιοδοσίας με το σύστημα των Συμβρυξ/ΒρυξΙ/ΒρυξΙα, μολοντί σε όλα αυτά τα νομοθετήματα ρητά καθιερώθηκε ο πλήρης παραμερισμός της ιθαγένειας από το πλαίσιο εφαρμογής τους (άρθρα 2 παρ. 1 και 2 Συμβρυξ/ΒρυξΙ και 4 παρ. 1 και 2 ΒρυξΙα). Πέραν της ανακολουθίας που προκύπτει, η μέσω της *lex fori criminalis* ανάδειξη με το άρθρο 7 σημ. 3 ΒρυξΙα της ιθαγένειας σε δικαιοδοτικό σύνδεσμο οδηγεί σε απόκλιση από τα βασικά «δεδομένα» του κανονισμού, διότι αα) καθιερώνει δικαιοδοσία δικαστηρίων μη συνδεδεμένων με την αξιόποινη πράξη και την αδικοπραξία, και συνεπώς κατά τεκμήριο ακατάλληλων για την ορθή οργάνωση της απονομής της δικαιοσύνης, ββ) ειδικότερα όταν με βάση την αρχή της παθητικής προσωπικότητας η δωσιδικία της αξιόποινης πράξης ερείδεται στην ιθαγένεια του φερόμενου ως παθόντος, δεδομένου ότι κατά κανόνα ο τελευταίος θα έχει την κατοικία του στην χώρα, της οποίας την ιθαγένεια έχει, το πιθανότερο είναι να εκδικασθεί η (αστική) υπόθεση από τα δικαστήρια του τόπου κατοικίας του, παρόλο που το *forum actoris* μόνο κατ'εξαιρεση γίνεται αποδεκτό στο πλαίσιο του κανονισμού ΒρυξΙα.
13. Από την άλλη πλευρά η αρχή της παγκόσμιας δικαιοσύνης³⁰, που έχει ως αποτέλεσμα την εκδίκαση ποινικών υποθέσεων οι οποίες δεν εμφανίζουν σύνδεση με το *forum*, αλλά εισάγονται σε αυτό λόγω της ειδικής απαξίας τους σε διεθνές επίπεδο, στο πλαίσιο του άρθρου 7 σημ. 3 του κανονισμού ΒρυξΙα θα μπορούσε να διευκολύνει την άσκηση αγωγών για παραβιάσεις ανθρωπίνων δικαιωμάτων σε περιπτώσεις όπου αλλιώς ο ενάγων δεν θα είχε άλλη αποτελεσματική διασφάλιση του δικαιώματός του για παροχή έννομης προστασίας (ιδίως όταν κανονικά θα έπρεπε να ασκήσει την αγω-

28 Στο ελληνικό δίκαιο καθιερώνεται με το άρθρο 6 ΠΚ.

29 Στο ελληνικό δίκαιο καθιερώνεται με το άρθρο 7 ΠΚ.

30 Στο ελληνικό δίκαιο καθιερώνεται με το άρθρο 8 ΠΚ.

γή σε τρίτη χώρα, η ανεξαρτησία των δικαστηρίων της οποίας δεν είναι κατοχυρωμένη). Στις περιπτώσεις αυτές η ειδική δωσιδικία της αξιόποινης πράξης δίνει μια ενδιαφέρουσα λύση, που συνδυάζεται με την διαφαινόμενη σε διεθνές επίπεδο τάση να ασκούν δικαιοδοσία δικαστήρια χωρών μη συνδεδεμένων άμεσα με την διαφορά³¹.

14. Μια άλλη πτυχή της ειδικής δωσιδικίας της αξιόποινης πράξης είναι η εφαρμογή διαφορετικών δικονομικών διατάξεων από εκείνες που θα είχαν εφαρμοσθεί εάν η αγωγή εκδικαζόταν από πολιτικό δικαστήριο. Σε γενικές γραμμές, η ποινική διαδικασία, στο πλαίσιο της οποίας εκφέρεται η κρίση επί των αστικών αξιώσεων, διαφέρει από εκείνη της πολιτικής δίκης κυρίως ως προς το ότι έχει σε αυτήν μεγαλύτερη βαρύτητα η προφορική διαδικασία. Αυτό επηρεάζει την δικονομική στρατηγική των διαδίκων, αλλά συχνά και την κρίση του δικαστηρίου, ιδίως ως προς τα πραγματικά περιστατικά. Επίσης η διαφορά ως προς την διαδικασία ασκεί επιρροή σε θέματα σχετικά με την επιδίκαση κονδυλίων, ιδίως αν ληφθεί υπόψη ότι το κέντρο βάρους της ποινικής δίκης εντοπίζεται στην κρίση περί ενοχής, με αποτέλεσμα να έχει δευτερεύουσα σημασία η (συχνά «λογιστικού» τύπου) απόφαση επί των αστικών αξιώσεων.
15. Δεδομένου ότι ο κανονισμός Βρυξέλλες Ια εφαρμόζεται επί υποθέσεων με στοιχείο αλλοδαπότητας, είναι πιθανό να εφαρμόζεται αλλοδαπό δίκαιο ως προς τις αστικές αξιώσεις, ενώ όπως προαναφέρθηκε ως προς την ποινική υπόθεση εφαρμοστέες είναι οι ουσιαστικού δικαίου διατάξεις της *lex fori criminalis*. Τούτο είναι ιδιαίτερα πιθανό αν, ενώ ως προς την ποινική υπόθεση είναι αυτονόητη η εφαρμογή της *lex fori criminalis*, το εφαρμοστέο επί της αδιοπραξίας δίκαιο καθορίζεται σύμφωνα με τον κανονισμό Ρώμη II για το εφαρμοστέο δίκαιο στις αδιοπρακτικές ενοχές. Αυτό μπορεί να προκύψει για τον λόγο ότι ο κανονισμός Ρώμη II ως βασικό κανόνα θέτει την εφαρμογή του δικαίου της χώρας στην οποία έχει επέλθει η ζημία, ανεξάρτητα από την χώρα όπου συνέβη το ζημιόγono γεγονός (άρθρο 4 παρ. 1 κανονισμού Ρώμη II), ενώ αντίθετα είναι ιδιαίτερα πιθανό η *lex fori criminalis* να εφαρμόζεται ως το δίκαιο της χώρας όπου συνέβη το ζημιόγono γεγονός³². Ενδέχεται ακόμη να μην συμπίπτει η, προσδιοριζόμενη

31 Βλ. π.χ. την από 10.4.2019 απόφαση του αγγλικού Supreme Court *Vedanta v. Lungowe* [2019] UKSC 20 (που δεν είχε ποινικό σκέλος, αλλά συνδεόταν με περιβαλλοντικές ζημιές), <https://www.supremecourt.uk/cases/uksc-2017-0185.html> (τελευταία πρόσβαση 3.6.2021).

32 Βλ. *Vassilakakis*, Civil Liability Linked to Criminal Liability: a Coherence Analysis with regard to article 7(3) of Regulation Brussels Ibis in Conjunction with Regulations Rome I and Rome II, σε *Forner Delaguala/Santos (eds.)*, Coherence of the Scope of Application – EU Private International Legal Instruments, Geneva/Zurich 2020, σ. 348 επ.

βάσει ειδικών κανόνων συγκρούσεως του κανονισμού Ρώμη II, *lex causae* που διέπει την εξ αδικοπραξίας αξίωση με την *lex fori criminalis* που εφαρμόζει το ποινικό δικαστήριο³³. Δεν αποκλείεται τέλος η εφαρμογή αλλοδαπού δικαίου καθ' υπόδειξη του κανονισμού Ρώμη I, ιδίως όταν είτε με την εισαγόμενη προς εκδίκαση αδικοπρακτική αξίωση συρρέει και συμβατικής φύσης αξίωση είτε ανακύπτουν προκριματικά ζητήματα όπως π.χ. το ουσιαστικό κύρος μιας συμβάσεως³⁴. Δεν είναι όμως το ίδιο εύκολο για το ποινικό δικαστήριο να διεκπεραιώσει το δύσκολο έργο της εξακριβώσεως του περιεχομένου αλλοδαπών διατάξεων σε σύγκριση με το πολιτικό δικαστήριο³⁵.

16. Σύνθετα και ενδιαφέροντα ζητήματα αναφύονται σε σχέση με τα ένδικα μέσα που μπορούν να ασκηθούν από τον πολιτικώς ενάγοντα κατά της αθωωτικής αποφάσεως του ποινικού δικαστηρίου, με την οποία επίσης απορρίπτεται η αγωγή. Αποστερείται του δεύτερου βαθμού δικαιοδοσίας ο πολιτικώς ενάγων όταν δεν έχει το δικαίωμα να ασκήσει ένδικο μέσο κατά της αθωωτικής αποφάσεως του ποινικού δικαστηρίου, με την οποία απορρίφθηκε η αγωγή. Σε μια τέτοια περίπτωση, όσον αφορά στις έννομες τάξεις, στις οποίες το δικαστήριο, ενώπιον του οποίου ασκείται η ποινική δίωξη, μπορεί να επιληφθεί της πολιτικής αγωγής σύμφωνα με το δικαίό του, η παραπομπή (ή «μεταφορά») της υποθέσεως στα πολιτικά δικαστήρια μπορεί να γίνει δεκτή, εφόσον το εσωτερικό δίκαιο του εν λόγω κράτους μέλους το επιτρέπει. Μπορεί επομένως με ιδιάζοντες όρους να υπάρξει *perpetuatio fori*, όπως έχει υποστηριχθεί³⁶.

33 Σημειωτέον ότι όσον αφορά στην έννοια του χρησιμοποιούμενου δικαιοδοτικού συνδέσμου («τόπος όπου συνέβη το ζημιογόνο γεγονός ή επήλθε το ζημιογόνο αποτέλεσμα»), στην αιτιολογική έκθεση της νομοπαρασκευαστικής επιτροπής του ν. 3994/2011 διευκρινίζεται ότι επειδή η έννοια αυτή «δεν έχει ακόμη απολύτως αποκρυσταλλωθεί στη νομολογία του ΔΕΕ όσον αφορά γενικότερα στις αδικοπραξίες, φαίνεται ορθότερο να επαφίεται στη νομολογία η ερμηνεία και η εννοιολογική του οριοθέτηση, ιδίως όταν πρόκειται για αδικοπραξία, η οποία δεν στοιχειοθετεί και ποινικό αδίκημα» (ΚΝοΒ 2011.1714).

34 Vassilakakis, ό.π. σημ. 32, σ. 350 επ. Βλ. Επίσης Schneider, Die Bedeutung der sog. Rom-Verordnungen für das Strafrecht, BRJ 01/2015, 13 επ. Ως προς το ότι δεν είναι δυνατή η υπαγωγή στο άρθρο 7 σημ. 3 αξιώσεων για αποζημίωση από παράβαση συμβατικών υποχρεώσεων βλ. Νικά/Σαχπεκίδου, Ευρωπαϊκή Πολιτική Δικονομία, 2016, άρθρο 7, αριθ. 218.

35 Liebelt, Zum deutschen internationalen Strafrecht und seiner Bedeutung für den Einfluß außerstrafrechtlicher Rechtssätze des Auslandes auf die Anwendung inländischen Strafrechts, Diss. Münster, 1977, Cornils, Die Fremdrechtsanwendung im Strafrecht, Berlin/New York, 1978, Konzelmann, Zur Fremdrechtsanwendung im Wirtschaftsstrafrecht, Köln 2017, *passim*.

36 Mankowski, Zivilverfahren vor Strafgerichten und die EuGVVO, FS Rudolf Macharek und Franz Matscher, 2008, σ. 791-2, Vassilakakis, ό.π. σημ. 32, σ. 347, βλ. Επίσης Βασιλακάκη,

17. Πρόκειται για ιδιαιτερότητες που πιθανόν να εμπεριέχουν μειονεκτήματα για τον διάδικο που θα ήθελε να αξιοποιήσει την ειδική δωσιδικία της αξιόποινης πράξης. Εναπόκειται σε αυτόν να σταθμίσει τα υπέρ και τα κατά πριν χαράξει την δικονομική του στρατηγική. Εφόσον αυτός αποφασίσει να αξιοποιήσει την ειδική δωσιδικία της αδικοπραξίας, ανακύπτει το ζήτημα αν και σε ποια έκταση θα εφαρμοσθούν και άλλες διατάξεις του κανονισμού Βρυξέλλες Ια. Η κύρια πρακτική σημασία του ερωτήματος ανακύπτει όταν υπάρχουν παράλληλες διαδικασίες σε διαφορετικά κράτη (που δεν είναι απαραίτητο να είναι και τα δύο κράτη μέλη), και δη αφενός στα πολιτικά δικαστήρια του ενός από αυτά και στα ποινικά δικαστήρια ενός άλλου. Συγκεκριμένα η πρακτική σημασία του ερωτήματος αφορά αα) στην εκκρεμοδικία/συνάφεια, ββ) στην αναγνώριση/εκτέλεση σε άλλο κράτος μέλος, εν όψει των κωλυμάτων του άρθρου 45 παρ. 1 εδ. γ' και δ' του κανονισμού Βρυξέλλες Ια³⁷.
18. Στο πλαίσιο της παρούσας μελέτης δεν θα μπορούσε να γίνει μια αναλυτική εξέταση αυτών των πολύ ενδιαφερόντων, αλλά και ειδικών ζητημάτων. Μάλιστα η σχετική συζήτηση δεν θα μπορούσε να μην θίξει την προβληματική των διαδικασιών και αποφάσεων σε τρίτες χώρες, λαμβανομένων υπόψη των διατάξεων των άρθρων 33, 34 και 45 παρ. 1 εδ. δ' του κανονισμού Βρυξέλλες Ια). Για τον λόγο αυτόν θα περιορισθώ να αναφερθώ στην κατεύθυνση που έδωσε το ΔΕΕ με την απόφαση που εξέδωσε στην υπόθεση *Aannemingsbedrijf Aertssen u.a./VSB Maschinerhuur BV*³⁸, στην οποία η επίδικη ζημία είχε προκληθεί από απάτη, την οποία εφέρετο ότι ετέλεσαν άτομα τα οποία ενεργούσαν για λογαριασμό ολλανδικής εταιρίας σε βάρος βελγικής εταιρίας. Η τελευταία κατέθεσε στον ανακριτή του Πρωτοδικείου της Αμβέρσας (Βέλγιο) έγκληση με δήλωση παραστάσεως πολιτικής αγωγής στην ακροαματική διαδικασία. Αν και με τον τρόπο αυτόν επιδιωκόταν η άσκηση από τα βελγικά ποινικά δικαστήρια δικαιοδοσίας για τις αστικές αξιώσεις σύμφωνα με το άρθρο 5 σημ. 4 του (τότε ισχύοντος) κανονισμού 44/2001 (Βρυξέλλες Ι), η ζημιωθείσα εταιρία προσέφυγε και ενώπιον των ολλανδικών δικαστηρίων, ζητώντας από αυτά την λήψη προσωρινών μέτρων. Σε μεταγενέστερο στάδιο της αντιδικίας, η ζημιωθείσα εταιρία ισχυρίσθηκε ότι λόγω της ενέργειάς της ενώπιον του ανακριτή του Πρωτοδικείου της Αμβέρσας, είχε καθιδρυθεί εκκρεμοδικία υπέρ των

Αρμ. 1994.313..

37 Γενικά για την προβληματική βλ. *Foerster*, Transfer der Ergebnisse von Strafverfahren in nachfolgende Zivilverfahren, Tübingen 2008, *passim*.

38 ΔΕΕ, 22.10.2015, *Aannemingsbedrijf Aertssen κλπ./VSB Maschinerhuur BV*, C-523/14, ECLI:EU:C:2015:722 = ΕΠολΔ 2015.771 με παρατηρήσεις Γιαννόπουλου.

βελγικών δικαστηρίων, και κατά συνέπεια, τα ολλανδικά δικαστήρια έπρεπε να αναστείλουν την εκδίκαση βάσει του άρθρου 28 του Κανονισμού 44/2001 (Βρυξέλλες Ι). Επί του προδικαστικού ερωτήματος που υπέβαλε το ολλανδικό δικαστήριο, το ΔΕΕ δέχθηκε ότι η αξίωση για αποζημίωση για βλάβη - αν και ασκηθείσα προς αποκατάσταση της προκληθείσας σε ιδιώτη ζημίας συνεπεία ποινικού αδικήματος - διατηρούσε τον αστικό χαρακτήρα της, εμπίπτοντας κατ' αυτόν τον τρόπο στο πεδίο εφαρμογής του Κανονισμού 44/2001 και άρα υπήρχε εκκρεμοδικία, χωρίς να ασκεί επιρροή ότι η έγκληση με δήλωση παραστάσεως πολιτικής αγωγής είχε υποβληθεί σε ανακριτική αρχή³⁹.

19. Επιπλέον έλαβε υπόψη του το ΔΕΕ τις ιδιαιτερότητες της ποινικής διαδικασίας (και ειδικότερα την μη επίδοση δικογράφου στον αντίδικο του εγκαλούντος) για να αποφανθεί σχετικά με την ημερομηνία που πρέπει να ληφθεί υπόψη για να καθορισθεί ποιο είναι το πρώτο επιληφθέν δικαστήριο κατά το άρθρο 30 του κανονισμού 44/2001. Ειδικότερα έγινε δεκτό ότι η διάταξη αυτή «έχει την έννοια ότι, όταν ένα πρόσωπο υποβάλλει έγκληση με δήλωση παραστάσεως πολιτικής αγωγής ενώπιον ανακριτικής αρχής, διά της κατ'έσεως δικογράφου το οποίο δεν πρέπει, κατά το εφαρμοστέο εθνικό δίκαιο, να κοινοποιηθεί ή να επιδοθεί πριν την κατάθεση αυτή, η ημερομηνία που πρέπει να ληφθεί υπόψη για να θεωρηθεί ότι το δικαστήριο αυτό έχει επιληφθεί της υποθέσεως είναι η ημερομηνία υποβολής της εγκλήσεως»⁴⁰. Ορθώς το ΔΕΕ θεώρησε ότι, εφόσον το ποινικό δικαστήριο κάποιου κράτους μέλους επιλαμβάνεται αστικής διαφοράς με βάση την ειδική δωσιδικία της αξιόποινης πράξης, η δικαιοδοτική λειτουργία του όσον αφορά στην αστική αξίωση εντάσσεται στο πλαίσιο του ευρωπαϊκού δικονομικού δικαίου για την διεθνή δικαιοδοσία και την αναγνώριση/εκτέλεση αποφάσεων. Από την άλλη πλευρά, ζητήματα σχετικά με την διεξαγωγή της διαδικασίας, εκτός εκείνου της παθητικής νομιμοποιήσεως που προαναφέρθηκε υπ' αριθ. 8, όπως π.χ. αν απαιτείται να επιδοθεί ή κοινοποιηθεί στα πρόσωπα που ενάγονται το κατατεθέν στον Ανακριτή δικόγραφο, θα κριθούν σύμφωνα με το εθνικό δίκαιο του ποινικού δικαστηρίου που επιλαμβάνεται της αγωγής για αποζημίωση ή αποκατάσταση στην προτέρα κατάσταση⁴¹.

39 Σκέψη 52: «το άρθρο 27, παράγραφος 1, του κανονισμού 44/2001 έχει την έννοια ότι αγωγή έχει ασκηθεί, υπό την έννοια της διατάξεως αυτής, όταν έχει υποβληθεί έγκληση με δήλωση παραστάσεως πολιτικής αγωγής ενώπιον ανακριτικής αρχής, μολονότι δεν έχει ακόμη περατωθεί η ανάκριση επί της οικείας υποθέσεως».

40 Σκέψη 60.

41 Νίκας/Σαχπεκίδου, Ευρωπαϊκή Πολιτική Δικονομία, 2016, άρθρο 7, αριθ. 217.

20. Αναφέρθηκε ήδη υπ' αριθ. 2 ότι η πρόσφατη ριζική μεταρρύθμιση του ελληνικού ποινικού δικαίου σχετικά με την πολιτική αγωγή και τον αστικώς υπεύθυνο περιορίζει το ενδιαφέρον που εμφανίζει το άρθρο 7 σημ. 3 για την ελληνική νομική πραγματικότητα, στις περιπτώσεις εκείνες όπου αλλοδαπή απόφαση, προερχόμενη από ποινικό δικαστήριο κράτους μέλους που επελήφθη αστικής διαφοράς με βάση την ειδική δωσιδικία της αδικοπραξίας, μπορεί να αναγνωρισθεί ή να κηρυχθεί εκτελεστή σύμφωνα με τα άρθρα 36 επ. του κανονισμού κατά το μέρος που επιδίκασε αποζημίωση. Επομένως πρόσωπα που κατοικούν στην Ελλάδα εκτίθενται στον κίνδυνο να υποστούν τις αστικές συνέπειες μιας ποινικής δίκης, ακόμη και αν η τελευταία διεξήχθη σε κράτος μέλος συνδεδεμένο με την αστική διαφορά μόνο λόγω της ιθαγένειας του παθόντος (εφόσον η δικαιοδοσία στηρίχθηκε στην αρχή της παθητικής προσωπικότητας κατά την *lex fori criminalis*). Η προεκτεθείσα νομολογία του ΔΕΚ/ΔΕΕ δεν αφήνει περιθώριο για αποτελεσματική άμυνα του διαδίκου που ηττήθηκε στην δίκη που διεξήχθη σε άλλο κράτος μέλος. Και τούτο ενώ η πρόσφατη αλλαγή του Κώδικα Ποινικής Δικονομίας έχει πλέον αποστερήσει τους Έλληνες διαδίκους από την παρεχόμενη με το άρθρο 7 σημ. 3 του κανονισμού Βρυξέλλες Ια δυνατότητα να εισάγουν αστικές αξιώσεις αξιοποιώντας την στηριζόμενη στο άρθρο 7 ΠΚ εφαρμογή των ελληνικών ποινικών νόμων από τα ελληνικά δικαστήρια. Δυνατότητα που θα ήταν αξιοποιήσιμη σε ειδικές αλλά ιδιάζοντος ενδιαφέροντος περιπτώσεις, όπως είναι π.χ. η προστασία των πολιτιστικών αγαθών⁴² ή διαφορές συνδεδεμένες με την ναυτιλία ή την προστασία του περιβάλλοντος. Πρόκειται για περιπτώσεις, στις οποίες η ειδική δωσιδικία της αδικοπραξίας, συνδυαζόμενη με την αρχή της παθητικής προσωπικότητας, προσφέρει σανίδα σωτηρίας στον Έλληνα διάδικο, συμπεριλαμβανομένου και του Ελληνικού Δημοσίου, εάν ήθελε υποτεθεί ότι η άσκηση δικαιοδοσίας από τα ημεδαπά ποινικά δικαστήρια θα εξασφάλιζε καλύτερα αποτελέσματα. Αντίθετα, ο ημεδαπός διάδικος είναι εκτεθειμένος στην αντίστροφη περίπτωση της εναγωγής του σε ποινικό δικαστήριο άλλου κράτους μέλους, στο οποίο δεν κατοικεί, για αποζημιωτικές αξιώσεις.
21. Προφανώς υπερέβαινε τον ορίζοντα του εγχώριου ποινικού δικονομικού νομοθέτη, ακόμη και αν αυτός εμφορούνταν από ολιστική προσέγγιση, η αντιμετώπιση των ειδικών ζητημάτων που θέτει η διάταξη του άρθρου 7 σημ. 3 του κανονισμού Βρυξέλλες Ια. Πρόκειται όμως για διάταξη που σε ορισμένες ειδικές περιπτώσεις (και πάντοτε υπό τον όρο ότι η ενεργοποίησή της επιτρέπεται από την *lex fori criminalis*) μπορεί να παράσχει

42 Βασιλακάκης, Ποινική προστασία των πολιτιστικών αγαθών και άρθρο 7 ΠΚ (η περίπτωση της αποδοχής πολιτιστικών αγαθών στο εξωτερικό από αλλοδαπό), Αρμ 1987.281 επ.

ενδιαφέρουσες λύσεις, που ίσως προκαλούν τις επιφυλάξεις των οπαδών μιας γραμμικής και προβλέψιμης απονομής δικαιοσύνης. Για όσους αντιλαμβάνονται την νομική επιστήμη και πράξη, ιδίως στο πεδίο των διασυννοριακών διαφορών, ως νοητική άσκηση που με κάποια γόνιμη φαντασία στοχεύει στην επίλυση δύσκολων ζητημάτων, η ιδιόρρυθμη δωσιδικία της αξιόποινης πράξης δεν στερείται χρησιμότητας.

Επίκαιρα δικονομικά ζητήματα στο πεδίο των συγγενικών δικαιωμάτων (Με αφορμή την ΕφΘεσ 350/2021)

Αναστασία Βεζυρτζή

Δικηγόρος Δ.Ν.

Ι. Εισαγωγικές παρατηρήσεις: Η θέση του προβλήματος

Σύμφωνα με την αιτιολογική σκέψη 3 του προοιμίου της Οδηγίας 2006/115/ΕΚ¹ «[η] προσήκουσα προστασία των έργων που καλύπτονται από την πνευματική ιδιοκτησία και του προστατευόμενου αντικειμένου των συγγενικών δικαιωμάτων [...] είναι δυνατόν να θεωρηθούν ως θεμελιώδους σημασίας για την οικονομική και πολιτιστική ανάπτυξη της Κοινότητας». Στο πλαίσιο αυτό, όπως προβλέπεται και στο άρθρο 8 παρ. 2 της Οδηγίας, «[τ]α κράτη μέλη προβλέπουν ένα δικαίωμα προκειμένου να εξασφαλίζεται ότι ο χρήστης καταβάλλει εύλογη και ενιαία αμοιβή σε περίπτωση που ένα φωνογράφημα το οποίο εκδίδεται για εμπορικούς σκοπούς ή μια αναπαραγωγή του φωνογραφήματος αυτού χρησιμοποιείται για ασύρματη ραδιοτηλεοπτική μετάδοση ή για οποιαδήποτε παρουσίαση στο κοινό και προκειμένου να εξασφαλίζεται ότι η αμοιβή αυτή κατανέμεται μεταξύ των καλλιτεχνών ερμηνευτών ή εκτελεστών και των παραγωγών των φωνογραφημάτων. Τα κράτη μέλη, ελλείψει συμφωνίας μεταξύ καλλιτεχνών ερμηνευτών ή εκτελεστών και παραγωγών φωνογραφημάτων, μπορούν να θεσπίζουν τους όρους για την κατανομή της αμοιβής αυτής μεταξύ τους». Το δικαίωμα, λοιπόν, εύλογης αμοιβής, ως «δικαίωμα ανταποδόσεως»² ή «οικονομικής κατά κύριο λόγο φύσεως»³, αποτυπώνεται στην ελληνική έννομη τάξη στη διάταξη του άρθρου 49 παρ. 1 ν. 2121/1993, η οποία ορίζει ότι «[...] ο χρήστης οφείλει εύλογη και ενιαία αμοιβή στους ερμηνευτές ή εκτελεστές καλλιτέχνες, των οποίων η ερμηνεία ή η εκτέλεση έχει εγγραφεί στον υλικό φορέα, και στους παραγωγούς των υλικών αυτών φορέων». Η αμοιβή αυτή καταβάλλεται υποχρεωτικά από τους χρήστες σε Οργανισμούς Συλλογικής Διαχείρισης (εφεξής ΟΣΔ) των σχετικών δικαιωμάτων, οι οποίοι σύμφωνα με τα προβλεπόμενα στο εδ. γ' της ίδιας διάταξης «υποχρεούνται να διαπραγματεύονται, να συμφωνούν τις αμοιβές, να προβάλλουν τις σχετικές αξιώσεις

1 ΟΔΗΓΙΑ 2006/115/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 12ης Δεκεμβρίου 2006 σχετικά με το δικαίωμα εκμίσθωσης, το δικαίωμα δανεισμού και ορισμένα δικαιώματα συγγενικά προς την πνευματική ιδιοκτησία στον τομέα των προϊόντων της διανοίας, ΕΕ L 376/27.12.2006.28.

2 ΔΕΕ, 31.05.2016 (Reha Training) C-117/15, δημοσιευμένη στην ψηφιακή Συλλογή, σκ. 30.

3 ΔΕΕ, 15.03.2012 (SCF) C-135/10, δημοσιευμένη στην ψηφιακή Συλλογή, σκ. 75 και 77.

για την καταβολή και να εισπράττουν τις σχετικές αμοιβές από τους χρήστες ύστερα από αίτηση των οργανισμών συλλογικής διαχείρισης».

Αρμόδιοι να καθορίσουν και να προσδιορίσουν καταρχήν το ύψος της εύλογης αμοιβής είναι οι αρμόδιοι ΟΣΔ ή αντίστοιχα ο ενιαίος οργανισμός συλλογικής διαχείρισης, μέσω της κατάρτισης καταλόγου με τις αμοιβές που απαιτούν από τους χρήστες (αμοιβολόγιο). Κατά τη διαμόρφωση του αμοιβολογίου οι ΟΣΔ οφείλουν να εφαρμόζουν αντικειμενικά κριτήρια, να ενεργούν χωρίς αυθαιρεσία και να μην προβαίνουν σε καταχρηστικές διακρίσεις. Σύμφωνα με τη διάταξη του άρθρου 23 του ν. 4481/2017, οι ΟΣΔ οφείλουν να γνωστοποιούν στο ευρύτερο κοινό τα αμοιβολόγια, να τα αναρτούν στην ιστοσελίδα τους και να τα κοινοποιούν άμεσα και στον Οργανισμό Πνευματικής Ιδιοκτησίας (εφεξής ΟΠΙ). Η εν λόγω υποχρέωση αποσκοπεί ακριβώς στη διασφάλιση της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης όλων των χρηστών της ίδιας κατηγορίας⁴, καθώς τα αμοιβολόγια αποτελούν εκ των πραγμάτων τη βάση εκκίνησης για περαιτέρω διαπραγμάτευση με τους χρήστες. Επακολουθεί, λοιπόν, ως δυνατότητα ο συμβατικός καθορισμός της αμοιβής ύστερα από διαπραγματεύσεις είτε με τους χρήστες μεμονωμένα⁵ είτε με αντιπροσωπευτικές ενώσεις χρηστών⁶.

Αν, πάντως, η ελεύθερη διαπραγμάτευση δεν ευδοκιμήσει, τότε ο νομοθέτης παρέχει τη δυνατότητα να υπαχθούν οι διαφορές μεταξύ των ΟΣΔ και των χρηστών -ως προς το ύψος της αμοιβής που πρέπει να καταβάλλει ο χρήστης- σε διαιτησία με συμφωνία⁷. Ελλείψει ρήτρας διαιτησίας, η διαφωνία μεταξύ χρήστη και ΟΣΔ ως προς το ύψος της εύλογης αμοιβής του άρθρου 49 του ν. 2121/1993 και τους όρους πληρωμής της δύναται, τέλος, εκ του νόμου να διευθετηθεί δικαστικά είτε προσωρινά μέσω προσφυγής στο αρμόδιο Μονομελές Πρωτοδικείο, που δικάζει κατά τη διαδικασία των ασφαλιστικών μέτρων, είτε οριστικά μέσω του ίδιου καθ' ύλην αρμόδιου Δικαστηρίου, το οποίο όμως θα δικάσει κατά τη διαδικασία των περιουσιακών διαφορών. Στο σημείο αυτό εντοπίζεται και το ειδικότερο ζήτημα που ερευνάται στη μελέτη, καθώς την τελευταία τριετία έχει αρχίσει να διαμορφώνεται μια νομολογιακή τάση σε επίπεδο πρωτοβάθμιων δικαστηρίων να θεωρείται εφαρμοστέα η τακτική διαδικασία όταν ο χρήστης αρνείται ακόμη και την ενοχική υποχρέωσή του προς καταβολή εύλογης αμοιβής, θέση για την οποία έχει ήδη υπάρξει αντίθετη απόφαση δευτεροβάθμιου δικαστηρίου. Ανακύπτει, λοιπόν, ένα δικονομικό

4 Κοτσήρης/Σταματούδη (-Σινανίδου), Νόμος για την Πνευματική Ιδιοκτησία, Κατ' άρθρο Ερμηνεία, 2012, άρθρο 56 αριθ. 42· Σταυρίδου, Η σύμβαση ανάθεσης διαχείρισης στο δίκαιο της πνευματικής ιδιοκτησίας, 1999, σ. 217.

5 Βλ. άρθρο 6 παρ. 1 στ. α' και β' ν. 4481/2017.

6 Βλ. άρθρο 23 παρ. 4 και 5 ν. 4481/2017.

7 Βλ. άρθρο 23 παρ. 5 ν. 4481/2017.

ζήτημα εφαρμοστέας διαδικασίας, η προσέγγιση του οποίου συναρτάται και με ζητήματα ορισμένου, ενώ δύναται ενδεχομένως να συσχετιστεί και με ζητήματα αποδείξεως.

II. Οι αντικρουόμενες θέσεις στη νομολογία επί του ζητήματος της διαδικασίας

Όπως παρατηρεί κανείς από την επισκόπηση της νομολογίας της τελευταίας τριετίας, τα πρωτοβάθμια δικαστήρια⁸, ακολουθώντας την ίδια συλλογιστική, υπογραμμίζουν στη μείζονα σκέψη των αποφάσεων που εκδίδουν ότι «εάν ο χρήστης αρνείται ακόμα και αυτή καθαυτή την ενοχική υποχρέωσή του να καταβάλει την εύλογη αμοιβή, τότε δεν έχει μεσολαβήσει ουσιαστικό στάδιο διαπραγματεύσεων, ο δε οργανισμός συλλογικής διαχείρισης αξιώνει την καταβολή της εύλογης αμοιβής μόνο με άσκηση αγωγής ενώπιον του καθ' ύλην αρμόδιου δικαστηρίου, σύμφωνα με τις γενικές διατάξεις των άρθρων 12 επ. ΚΠολΔ, η οποία ερείδεται στην διάταξη του άρθρου 49 § 1 ν. 2121/1993 και εισάγεται προς εκδίκαση κατά την τακτική διαδικασία (και όχι την ειδική διαδικασία των περιουσιακών διαφορών)». Προς επίρρωση της θέσης τους υπογραμμίζουν ότι «[...] από καμία διάταξη του ν. 4481/2017 δεν προκύπτει ότι ο νομοθέτης υπήγαγε το σύνολο των διαφορών μεταξύ ΟΣΔ και χρηστών στην ειδική διαδικασία των περιουσιακών διαφορών», ενώ όπως επισημαίνουν περαιτέρω «[...] το εύλογο ή μη της αξιούμενης αμοιβής θα αποτελέσει προδικαστικό ζήτημα της εκδικαζόμενης κατά την τακτική διαδικασία αγωγής, καθώς το δικαστήριο δεν δεσμεύεται από τον μονομερή μέσω της κατάρτισης αμοιβολογίου καθορισμό του ύψους της». Κατ' αποτέλεσμα, απορρίπτονται ως νόμω αβάσιμες⁹ αγωγές περί οριστικού καθορισμού του ύψους της εύλογης αμοιβής που έχουν εσφαλμένα εισαχθεί προς εκδίκαση κατά την ειδική διαδικασία των περιουσιακών διαφορών (άρθρο 22 παρ. 7 και παρ. 6 τελευταίο εδάφιο ν. 4481/2017), παρά το γεγονός ότι ο χρήστης αρνείται ακόμη και την ενοχική υποχρέωσή του να καταβάλει αμοιβή, ενώ σε άλλες περιπτώσεις που έχουν απασχολήσει τη νομολογία, οι αγωγές έχουν μεν εισαχθεί ορθά στην τακτική διαδικασία, παραπέμπονται¹⁰ ωστόσο από το Μονομελές Πρωτοδικείο στο αρμόδιο βάσει ποσού Ειρηνοδικείο. Προτείνεται, εν τέλει, από τα πρωτοβάθμια δικαστήρια ένας διαχωρισμός των αντικειμένων της δίκης του άρθρου 49 παρ. 1 ν. 2121/1993, με τον οποίο, πάντως, όπως υπογραμμίζεται, «ουδείς των ενδιαφερομένων (οργανισμός και χρήστης) στερείται της αποτελεσματικής παροχής δικαστικής προστασίας». Ταυτόχρονα, η ίδια νομολογία

8 Βλ. ΜΠρΑθ 10737/2019, ΝΟΜΟΣ· ΜΠρΠατρ 12/2020, ΝΟΜΟΣ· ΜΠρΧαλκ 140/2020, αδημ· ΜΠρΛαρ 214/2020, αδημ.

9 Βλ. ΜΠρΛαρ 214/2020, αδημ.

10 Έτσι, ΜΠρΑθ 10737/2019, ΝΟΜΟΣ· ΜΠρΠατρ 12/2020, ΝΟΜΟΣ.

αξιώνει συνδυαστικά για το ορισμένο των αγωγών ή αιτήσεων προσδιορισμού του ύψους της εύλογης αμοιβής βάσει του άρθρου 22 παρ. 7 ν. 4481/2017, να γίνεται αναφορά στο δικόγραφο ότι οι διαπραγματεύσεις μεταξύ των διαδίκων απέβησαν άκαρπες «λόγω διαφωνίας» τους ως προς το ύψος της αμοιβής και τους όρους πληρωμής της.

Διαμετρικά αντίθετη είναι, πάντως, η κρίση του Εφετείου Θεσσαλονίκης στην υπ' αριθ. 350/2021¹¹ απόφασή του. Στη συγκεκριμένη απόφαση, το δευτεροβάθμιο δικαστήριο έκανε λόγο για εσφαλμένη κρίση του πρωτοβάθμιου δικαστηρίου που κήρυξε εαυτό καθ' ύλην αναρμόδιο, παραπέμποντας στην τακτική διαδικασία, τονίζοντας ότι «μετά την κατάργηση του τέταρτου και του πέμπτου εδαφίου της παραγράφου 1 του άρθρου 49 του ν. 2121/1993 και την αποσπασματική υπαγωγή του περιεχομένου τους στο άρθρο 22 παρ. 7 του ν. 4481/2017 [...] όλες οι προεκτεθείσες διαφορές, στα πλαίσια του οριστικού προσδιορισμού της αμοιβής και του ύψους της εύλογης αμοιβής του άρθρου 49 του ν. 2121/1993 και τους όρους πληρωμής της, δικάζονται από το, κατά το άρθρο 22 παρ. 7 του ν. 4481/2017, αρμόδιο Μονομελές Πρωτοδικείο, κατά τη διαδικασία των περιουσιακών διαφορών του ΚΠολΔ». Μάλιστα, σύμφωνα με την επιχειρηματολογία του Εφετείου, η εν λόγω διάταξη «[...] διαγράφει καθαρά το δικονομικό πλαίσιο στο οποίο θα κινηθεί ο δικαστικός αγώνας χωρίς να προβλέπεται στη διάταξη αυτή, διάσπαση της αρμοδιότητάς του και διαχωρισμός αντικειμένων της δίκης του άρθρου 49§1 ν. 2121/1993 με βάση περισσότερα συστήματα οριοθέτησης και κριτήρια προσδιορισμού και τον δικονομικό διαφορισμό κοινών κατ' ουσίαν συμφερόντων του δικαιούχου.[...], ενώ επιπρόσθετα «[...] εξ ουδεμιάς διατάξεως νόμου προκύπτει, ότι εφόσον ο εναγόμενος - χρήστης αμφισβητούσε την ύπαρξη της γενικής ενοχικής υποχρέωσής του, για την καταβολή της εύλογης αμοιβής, αυτή αξιώνεται με αγωγή ενώπιον του καθ' ύλην αρμόδιου, βάσει ποσού, Δικαστηρίου και εφαρμόζεται η τακτική διαδικασία».

Αντιπαραβάλλοντας κανείς το σκεπτικό των αποφάσεων των πρωτοβάθμιων δικαστηρίων με εκείνο της απόφασης του Εφετείου, εντοπίζει ξεκάθαρα μια διάσταση απόψεων ως προς το ειδικότερο ζήτημα, εάν μετά τη θέση σε ισχύ της διάταξης του άρθρου 22 παρ. 7 του ν. 4481/2017 έχει επέλθει ή όχι ένας διαχωρισμός του αντικειμένου της δίκης του άρθρου 49 παρ. 1 του ν. 2121/1993. Ο προβληματισμός αυτό θα επιχειρηθεί να σκιαγραφηθεί κατωτέρω μέσα από τη διερεύνηση του κρίσιμου νομοθετικού πλαισίου, προκειμένου να αντληθούν κάποια συμπεράσματα αφενός ως προς το αμιγώς δικονομικό ζήτημα της διαδικασίας αφετέρου ως προς τη «δυναμική» της υποχρέωσης διαπραγματεύσεως μεταξύ χρηστών και ΟΣΔ στο πεδίο των συγγενικών δικαιωμάτων.

11 ΝΟΜΟΣ.

III. Σκιαγράφηση και διερεύνηση του κρίσιμου νομοθετικού πλαισίου: Σκέψεις ως προς το ζήτημα της διαδικασίας

1. *Η εν γένει υποχρέωση διαπραγμάτευσης και η σημασία της στο πλαίσιο επίλυσης των διαφορών μεταξύ χρηστών και ΟΣΔ ως προς την αξίωση καταβολής της εύλογης αμοιβής του άρθρου 49 παρ. 1 ν. 2121/1993*

Η εκ του νόμου υποχρέωση διαπραγμάτευσης με καλή πίστη μεταξύ ΟΣΔ και χρηστών και η εκατέρωθεν ανταλλαγή –στο πλαίσιο αυτής– όλων των αναγκαίων πληροφοριών αποτυπώνεται καταρχήν με απόλυτη σαφήνεια σε ενωσιακό επίπεδο, και συγκεκριμένα στο άρθρο 16 παρ. 1 της Οδηγίας 2014/26/ΕΕ¹². Χαρακτηριστικό μάλιστα είναι ότι στο Προοίμιο της Οδηγίας, και συγκεκριμένα στην αιτιολογική σκέψη 6, γίνεται ρητή αναφορά σε σχετική Σύσταση¹³ της Επιτροπής περί παροχής στους χρήστες επαρκών πληροφοριών σχετικά με τις χρεώσεις και το ρεπερτόριο πριν από την εκκίνηση διαπραγματεύσεων μεταξύ αυτών. Ομοίως, και σε συμμόρφωση με την Οδηγία, η υποχρέωση διαπραγμάτευσης αποτυπώνεται πολλαπλώς και στο εσωτερικό δίκαιο. Υπό δε το προϊσχύσαν νομοθετικό καθεστώς η εν λόγω υποχρέωση προβλεπόταν διά του άρθρου 55 παρ. 1 περ. β' του ν. 2121/1993 (παραπέμποντας στο άρθρο 32 παρ. 1 εδ. α') και του άρθρου 49 παρ. 1 εδ. β', στο οποίο οριζόταν ότι οι ΟΣΔ συγγενικών δικαιωμάτων «υποχρεούνται να διαπραγματεύονται» για το ύψος της εύλογης αμοιβής. Υπό το ισχύον νομοθετικό καθεστώς, η υποχρέωση των ΟΣΔ να διαπραγματεύονται με τους χρήστες με σκοπό συμφωνίας, ήτοι, κατ' αντιδιαστολή, να μην αρνούνται, να μην αποφεύγουν και να μην εμποδίζουν τη διαπραγμάτευση, θεσμοθετείται καταρχήν στη διάταξη του άρθρου 22 του ν. 4481/2017¹⁴, αλλά επιβάλλεται πολλαπλώς και από το άρθρο 49 παρ. 1 εδ. β' του ν. 2121/1993. Μάλιστα, λόγω της δεσπόζουσας θέσης των ΟΣΔ έναντι των χρηστών, η υποχρέωσή τους να διαπραγματεύονται με σκοπό συμφωνίας επιβάλλεται και καθ' ερμηνεία του άρθρου 2 παρ. 2 του ν. 3959/2011 περί καταχρηστικής εκμετάλλευσης της δεσπόζουσας θέσης.

12 ΟΔΗΓΙΑ 2014/26/ΕΕ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 26ης Φεβρουαρίου 2014 για τη συλλογική διαχείριση δικαιωμάτων πνευματικής ιδιοκτησίας και συγγενικών δικαιωμάτων καθώς και τη χορήγηση πολυεδαφικών αδειών για επιγραμμικές χρήσεις μουσικών έργων στην εσωτερική αγορά, ΕΕ L 84/20.03.2014.88.

13 Σύσταση 2005/737/ΕΚ της Επιτροπής, της 18ης Μαΐου 2005, σχετικά με τη συλλογική διασυννοιακή διαχείριση των δικαιωμάτων πνευματικής ιδιοκτησίας και των συγγενικών δικαιωμάτων για τις νόμιμες επιγραμμικές (online) μουσικές υπηρεσίες, ΕΕ L 276 της 21.10.2005.54.

14 Συγκεκριμένα, το άρθρο 22 του ν. 4481/2017 προβλέπει τα εξής: «... 1. Οι οργανισμοί συλλογικής διαχείρισης και οι χρήστες διεξάγουν διαπραγματεύσεις για τη χορήγηση αδειών χρήσης των δικαιωμάτων με καλή πίστη και στο πλαίσιο αυτό ανταλλάσσουν κάθε αναγκαία πληροφορία.»

Αν, λοιπόν, προηγηθεί το στάδιο των διαπραγματεύσεων, όπως απαιτεί ο νόμος, και αυτές αποβούν άκαρπες λόγω διαφωνίας χρηστών και ΟΣΔ ως προς το ύψος της αμοιβής τότε τυγχάνει αναμφίβολα εφαρμογής η παρ. 7 του άρθρου 22 σύμφωνα με την οποία «[...]σε περίπτωση διαφωνίας μεταξύ χρήστη και οργανισμού συλλογικής διαχείρισης ως προς το ύψος της εύλογης αμοιβής του άρθρου 49 του ν. 2121/1993 και τους όρους πληρωμής της, το Μονομελές Πρωτοδικείο, που δικάζει κατά τη διαδικασία των ασφαλιστικών μέτρων, καθορίζει αυτά προσωρινά, μετά από αίτηση του χρήστη ή του οργανισμού συλλογικής διαχείρισης, και επιδικάζει προσωρινά μέχρι το ήμισυ της εύλογης αμοιβής που καθόρισε. Για τον οριστικό προσδιορισμό του ύψους της εύλογης αμοιβής και των όρων πληρωμής της εφαρμόζεται το τελευταίο εδάφιο της παραγράφου 6[...]», ήτοι η διαφορά υπάγεται προς οριστική επίλυση στην ειδική διαδικασία των περιουσιακών διαφορών. Αντίθετα, η νομολογία στασιάζεται ως προς την εφαρμοστέα διαδικασία όταν ο χρήστης αρνείται ακόμη και αυτή καθ' αυτή την ενοχική υποχρέωσή του να καταβάλει την εύλογη αμοιβή και, άρα, όπως υπογραμμίζει χαρακτηριστικά το Μονομελές Πρωτοδικείο Λάρισας στην υπ' αριθ. 214/2020¹⁵ απόφασή του, «δεν έχει μεσολαβήσει ουσιαστικό στάδιο διαπραγματεύσεων». Ομοίως, θα πρέπει, πάντως, να διερευνηθεί και η περίπτωση που μολονότι ο χρήστης δεν αρνείται καταρχήν την ενοχική του υποχρέωση, ο ΟΣΔ προσφεύγει στον δικαστικό καθορισμό χωρίς να έχει προηγηθεί ουσιαστική διαπραγμάτευση.

2. Η περίπτωση της άρνησης από τον χρήστη αυτής καθ' αυτής της ενοχικής υποχρέωσης προς καταβολή αμοιβής

Κατά τον δικαστικό καθορισμό της εύλογης αμοιβής του άρθρου 49 παρ. 1 ν. 2121/1993 έχει ανακύψει διχογνωμία στη νομολογία αναφορικά με τη διαδικασία εκδίκασης των συγκεκριμένων διαφορών μεταξύ χρηστών και ΟΣΔ. Στη νομολογία των πρωτοβάθμιων δικαστηρίων γίνεται ένας διαχωρισμός των αντικειμένων δίκης. Συγκεκριμένα, στην ειδική διαδικασία των περιουσιακών διαφορών υπάγονται οι αιτήσεις ή αγωγές προσδιορισμού του ύψους της εύλογης αμοιβής, όταν οι διαπραγματεύσεις έλαβαν χώρα, αλλά απέβησαν άκαρπες λόγω διαφωνίας ως προς το ύψος ή τους όρους πληρωμής του άρθρου 49 του ν. 2121/1993. Αντίθετα, εάν ο χρήστης αρνείται ακόμα και αυτή καθαυτή την ενοχική υποχρέωσή του να καταβάλει την εύλογη αμοιβή, τότε τα πρωτοβάθμια δικαστήρια δέχονται ότι ο ΟΣΔ δύναται να αξιώσει την καταβολή της εύλογης αμοιβής μόνο με άσκηση αγωγής ενώπιον του καθ' ύλην αρμόδιου δικαστηρίου, σύμφωνα με τις γενικές διατάξεις των άρθρων 12 επ. ΚΠολΔ, η οποία ερείδεται στη διάταξη του άρθρου 49 παρ. 1 ν. 2121/1993 και εισάγεται προς εκδίκαση κατά την τακτική διαδικασία. Με διαφορετι-

15 Αδην.

κή επιχειρηματολογία, το Εφετείο Θεσσαλονίκης δέχεται με την υπ' αριθμ. 350/2021 απόφασή του ότι η καταβολή εύλογης αμοιβής αξιώνεται με αγωγή που εισάγεται προς εκδίκηση πάντα με τη διαδικασία των περιουσιακών διαφορών, καθώς, όπως υπογραμμίζεται, στη διάταξη του άρθρου 22 παρ. 7 του ν. 4481/2017 διαγράφεται καθαρά το δικονομικό πλαίσιο, χωρίς να προβλέπεται διαχωρισμός αντικειμένων της δίκης του άρθρου 49 παρ. 1 ν. 2121/1993.

Προκειμένου να προσδιορίσει κανείς το αντικείμενο της δίκης, δέον να ανατρέξει υπό το ισχύον δίκαιο στη ρύθμιση του άρθρου 216 παρ. 1 ΚΠολΔ, από το λεκτικό της οποίας προκύπτει ότι αναγκαία στοιχεία της αγωγής, που οριοθετούν το αντικείμενο της δίκης, είναι η ιστορική βάση της αγωγής και το συγκεκριμένο αίτημα. Στο ελληνικό δίκαιο η ιστορική βάση της αγωγής οριοθετείται στενά, καθώς απαιτείται αναφορά όλων εκείνων των γεγονότων, που πληρούν τη νομοτυπική μορφή του σιωπηρά επικαλούμενου με την αγωγή κανόνα ουσιαστικού δικαίου¹⁶. Επομένως, όπως επισημαίνεται στη θεωρία¹⁷, υπάρχει μια άρρηκτη σύνδεση¹⁸ του αντικειμένου της δίκης με τις ρυθμίσεις του ουσιαστικού δικαίου, με αποτέλεσμα όταν το ίδιο βιοτικό συμβάν εμπίπτει στη νομοτυπική μορφή ενός άλλου κανόνα δικαίου να δημιουργείται και άλλο αντικείμενο δίκης.

Εν προκειμένω, από πλευράς ουσιαστικού δικαίου κρίσιμη καταρχήν είναι η διάταξη του άρθρου 49 παρ. 1 ν. 2121/1993, στο οποίο ερείδεται και η αξίωση εύλογης αμοιβής. Η εν λόγω ρύθμιση θεσμοθετεί ένα ενοχικό, σχετικό, δικαίωμα, από το οποίο παρέπεται ότι, οι ερμηνευτές ή εκτελεστές καλλιτέχνες και οι παραγωγοί φωνογραφημάτων δεν δύναται να αξιώσουν την παράλειψη της παρουσίασης στο κοινό νομίμως εγγεγραμμένου υλικού φορέα ήχου, αλλά μόνο την καταβολή εύλογης αμοιβής¹⁹, η οποία και καταβάλλεται υποχρεωτικά στους ΟΣΔ. Στην ίδια ρύθμιση, και συγκεκριμένα στο εδ. γ', αποτυπώνεται επίσης και η υποχρέωση διαπραγμάτευσης των ΟΣΔ με τους χρήστες, ενώ σε περίπτωση «διαφωνίας», ο νόμος προβλέπει διαδικασία δικαστικού καθορισμού, προσωρινού και οριστικού. Υπό το ισχύον πλέγμα

16 Βλ. εγγ. *Μακρίδου*, Η αόριστη αγωγή και οι δυνατότητες θεραπείας της, 2006, σ. 24 επ. *την ίδια*, Τακτική διαδικασία στα πρωτοβάθμια δικαστήρια, Ερμηνεία κατ' άρθρο, 2019, άρθρο 216 αριθ. 2.

17 Βλ. *Νίκα*, Πολιτική Δικονομία Ι, Β' έκδοση, 2020, §34 αριθ. 9.

18 Όπως υπογραμμίζεται χαρακτηριστικά στη θεωρία (βλ. *Καλαβρό*, Πολιτική Δικονομία, 4^η έκδοση, 2016, §32 αριθ. 37· *τον ίδιο*, Το αντικείμενο της πολιτικής δίκης, Α', 1983, σ. 125) «[...] το αντικείμενο της δίκης δεν είναι έννοια (προ-)δεδομένη στον νομοθέτη, αλλά έννοια που διαπλάσσεται από αυτόν και, επομένως, έννοια άμεσα συνδεδεμένη με το ισχύον θετικό δίκαιο, από το οποίο εκπηγάει».

19 Βλ. *Κοτσίρη/Σταματούδη (-Κυπρούλη)*, (ανωτ. σημ. 4), άρθρο 49 αριθ. 1· για το δικαίωμα εύλογης αμοιβής εν γένει πρόσθ. και *Κοτσίρη*, Δίκαιο Πνευματικής Ιδιοκτησίας και Κοινωνικό Κεκτημένο, 7^η έκδοση, 2017, σ. 272 επ.

κανόνων, εφαρμοστέα ως προς τον οριστικό καθορισμό είναι η διάταξη του άρθρου 22 παρ. 7 που ορίζει επί λέξει ότι «Σε περίπτωση διαφωνίας μεταξύ χρήστη και οργανισμού συλλογικής διαχείρισης ως προς το ύψος της εύλογης αμοιβής του άρθρου 49 του ν. 2121/1993 και τους όρους πληρωμής της», αρμόδιο για τον οριστικό προσδιορισμό του ύψους της εύλογης αμοιβής και των όρων πληρωμής της είναι το Μονομελές Πρωτοδικείο, που δικάζει κατά τη διαδικασία των περιουσιακών διαφορών. Αντίθετα, υπό το προγενέστερο καθεστώς, το άρθρο 49 παρ. 1 ν. 2121/1993 όριζε επί λέξει στο εδ. 4 ότι «σε περίπτωση διαφωνίας μεταξύ των χρηστών και των οργανισμών συλλογικής διαχείρισης, το ύψος της εύλογης αμοιβής και οι όροι της πληρωμής καθορίζονται [...]» οριστικά από το αρμόδιο δικαστήριο, το οποίο ήταν συγκεκριμένα το καθ' ύλην βάσει ποσού Δικαστήριο, το οποίο εκδίκασε κατά την τακτική διαδικασία. Το συγκεκριμένο εδάφιο καταργήθηκε με την παρ. 6 α του άρθρου 54 Ν. 4481/2017²⁰ και επί της ουσίας αντικαταστάθηκε από τη νέα ρύθμιση της παρ. 7 του άρθρου 22 του ίδιου νόμου.

Αντιπαραβάλλοντας κανείς το λεκτικό της νομοτυπικής μορφής του κρίσιμου για τον δικαστικό καθορισμό κανόνα δικαίου με αυτό της προγενέστερης ρύθμισης, εντοπίζει μια καίριας σημασίας διαφοροποίηση, που επιδρά καθοριστικά και στον προσδιορισμό του αντικειμένου της δίκης. Η διατύπωση της ισχύουσας ρύθμισης είναι εμφανώς στενότερη, καθώς το αντικείμενο της διαφωνίας μεταξύ χρηστών και ΟΣΔ οριοθετείται πλέον συγκεκριμένα και συσχετίζεται με το ζήτημα του ύψους της εύλογης αμοιβής και τους όρους πληρωμής της. Αντίθετα, η προηγούμενη ευρύτερη και γενικότερη διατύπωση αφορούσε κάθε περίπτωση διαφωνίας. Η νέα διατύπωση δεν μπορεί να έχει επιλεγεί τυχαία από τον ουσιαστικό νομοθέτη, ενώ, με βάση αυτήν μπορεί να αντλήσει κανείς το πόρισμα ότι λοιπές περιπτώσεις όπου η διαφωνία εντοπίζεται σε άλλα ζητήματα, όπως αυτό της άρνησης αυτής καθ' αυτής της υποχρέωσης καταβολής εύλογης αμοιβής, δεν εμπίπτουν πλέον στο πραγματικό της συγκεκριμένης διάταξης του ουσιαστικού δικαίου. Τέτοια περίπτωση μπορεί να συντρέχει αν ο χρήστης ισχυρίζεται ότι δεν παίζει μουσική του ρεπερτορίου που εκπροσωπεί ο συγκεκριμένος οργανισμός²¹ ή ότι παίζει παραδοσιακά

20 ΦΕΚ Α 100/20.7.2017.

21 Α.χ. υφίστανται έργα τα οποία δημιουργήθηκαν ή εκτελέστηκαν από πρόσωπα που δεν τυγχάνουν μέλη κάποιου ΟΣΔ και δεν επιθυμούν να εκπροσωπηθούν από αυτούς. Βλ. σχετ. και Μπουχάγιαρ, Η υπερτιμημένη αξία των συγγενικών δικαιωμάτων και η ανάγκη επαναπροσδιορισμού της έννοιας της παρουσίας στο κοινό, ΕΕΕυρΔ 2017.43-44, ο οποίος υιοθετεί την άποψη ότι υπάρχει μη εκπροσωπούμενο ρεπερτόριο, οπότε και οι χρήστες απαλλάσσονται από την καταβολή της σχετικής αμοιβής για δημόσια εκτέλεση. – Ενόψει μάλιστα του ότι το τεκμήριο του άρθρου 55 παρ. 2 εδ. β' β. 2121/1993 θεωρείται ορθότερα μαχητό [έτσι, ΑΠ 1350/2011, ΔΣΑ· ΑΠ 1269/2011, ΝΟΜΟΣ· στη θεωρία βλ. και Βόσσο, Τα δικονομικά προνόμια υπέρ των Οργανισμών Συλλογικής Διαχείρισης και Προστασίας, ΔιΜΕΕ 4/2011.473-474], εάν ο χρήστης ηχογραφημένης μουσικής ισχυριστεί ότι δεν έχει

τραγούδια που δεν υπόκεινται σε συγγενικά δικαιώματα ή τραγούδια για τα οποία η διάρκεια προστασίας των συγγενικών δικαιωμάτων έχει εκπνεύσει ή ότι αναπαραγάγει μουσική μέσω πλατφόρμας με άδεια creative commons, όπου οι δημιουργοί των τραγουδιών δεν επιθυμούν να εισπράξουν συγγενικά δικαιώματα²². Οι εν λόγω περιπτώσεις προφανώς και δεν εμπίπτουν στη νομοτυπική μορφή της ισχύουσας διάταξης του άρθρου 22 παρ. 7, καθώς η διαφωνία ως προς το ύψος της εύλογης αμοιβής προϋποθέτει την κατάφαση της ύπαρξης αξίωσης του ΟΣΔ ή αντίστοιχα ενοχικής υποχρέωσης του χρήστη για καταβολή εύλογης αμοιβής.

Μπορεί, λοιπόν, πράγματι, όπως επισημαίνεται στην απόφαση του Εφετίου, να μην προβλέπεται ρητά στη ρύθμιση του άρθρου 49 παρ. 1 ν. 2121/1993 διαχωρισμός των αντικειμένων της δίκης του εν λόγω άρθρου, όμως ταυτόχρονα η στενότερη διατύπωση στη νέα διάταξη που επιλέγεται από τον δικονομικό νομοθέτη, αφήνει τελικώς εκτός του πεδίου εφαρμογής της κάποιες διαφορές μεταξύ ΟΣΔ και χρηστών, οι οποίες ως μη υπαγόμενες στην ειδική διαδικασία των περιουσιακών διαφορών, δέον να εισαχθούν προς εκδίκαση κατά την τακτική διαδικασία²³. Πράγματι, όπως σημειώνει και η νομολογία των πρωτοβάθμιων δικαστηρίων, οι διαφορές που υπάγονται τελικώς για οριστική διευθέτηση στην ειδική διαδικασία των περιουσιακών διαφορών δεν παρουσιάζουν ιδιαίτερες αποδεικτικές δυσχέρειες. Αντίθετα, σε περίπτωση άρνησης αυτής καθαυτής της ενοχικής υποχρέωσης καταβολής της εύλογης αμοιβής, το αποδεικτέο πραγματικό γεγονός είναι ασφαλώς πιο σύνθετο, ενώ είναι σύνηθες στην πράξη να προκρίνεται από το δικονομικό νομοθέτη η εισαγωγή στην τακτική διαδικασία διαφορών με εντονότερο το στοιχείο της αντιδικίας.

3. *Η περίπτωση όπου ο χρήστης δεν αμφισβητεί μεν αυτή καθ' αυτή την ενοχική υποχρέωσή του περί καταβολής της εύλογης αμοιβής προβάλλει ωστόσο τον ισχυρισμό ότι ο ΟΣΔ δεν τήρησε την εκ του νόμου υποχρέωσή του να διαπραγματευτεί*

Η στενή διατύπωση του άρθρου 22 παρ. 7 ν. 4481/2017, συσχετιζόμενη πάντως και με την υποχρέωση διαπραγμάτευσης των ΟΣΔ με τους χρήστες, όπως αυτή αποτυπώνεται στη διάταξη του άρθρου 22 παρ. 1 του ν. 4481/2017 συνδυαστικά και με το άρθρο 49 παρ. 1 εδ. γ' του ν. 2121/1993, δίνει τροφή

κάνει χρήση εκπροσωπούμενου ρεπερτορίου, θα πρέπει να αποδείξει τον εν λόγω ισχυρισμό λόγω της αντιστροφής του βάρους απόδειξης.

22 Λ.χ., πλατφόρμα FEEL MUSIC και MAD MELODY.

23 Η τακτική διαδικασία εφαρμόζεται σε όσες ιδιωτικές διαφορές δεν υπάγονται με ρητή διάταξη νόμου σε άλλη διαδικασία (τεκμαίρεται δηλαδή ως ακολουθούμενη διαδικασία).

και για έναν περαιτέρω προβληματισμό. Συγκεκριμένα, γεννάται το ερώτημα σε ποια διαδικασία υπάγονται οι διαφορές εκείνες όπου δεν αμφισβητείται μεν αυτή καθ' αυτή η ενοχική υποχρέωση καταβολής της εύλογης αμοιβής, προβάλλεται ωστόσο από τον χρήστη ότι ο ΟΣΔ δεν τήρησε την εκ του νόμου υποχρέωσή του να διαπραγματευτεί. Μια τέτοια περίπτωση απασχόλησε ως ιστορικό και το Πρωτοδικείο Νάξου στην υπ' αριθμ. 166/2017²⁴ απόφασή του. Αφορούσε, βέβαια, περίπτωση προσωρινής επίλυσης της διαφοράς, οπότε δεν απασχόλησε το Δικαστήριο ο συγκεκριμένος προβληματισμός. Το σκεπτικό ωστόσο της συγκεκριμένης απόφασης μπορεί να αποτελέσει τη βάση για την ανάλυση που θα επιχειρηθεί. Όπως υπογραμμίζει επί λέξει το Δικαστήριο, «[...] πιθανολογήθηκε ότι οι αρμόδιοι συνεργάτες-αντιπρόσωποι της αιτούσας που μετέβησαν στις επιχειρήσεις που διατηρούν οι καθ' ών, δεν προέβησαν [...] σε διαδικασία διαπραγμάτευσης με τους ιδιοκτήτες των επιχειρήσεων αυτών ως προς τον καθορισμό της εύλογης αμοιβής της αιτούσας, αλλά, όπως ανέφερε χαρακτηριστικά στην ένορκη επ' ακροατηρίω κατάθεσή του ο μάρτυς και αντιπρόσωπος της αιτούσας, η πρακτική της τελευταίας είναι να πραγματοποιεί επιτόπια αυτοψία στην ελεγχόμενη επιχείρηση, προκειμένου να ερευνά το είδος της ασκούμενης επιχείρησης και τις ώρες αναπαραγωγής και μετάδοσης μουσικής, να προβαίνει εν συνεχεία στην αντίστοιχη –εκ των προτέρων καθορισμένη μονομερώς από την αιτούσα– κατηγοριοποίηση της επιχείρησης, και να παραδίδει στον ιδιοκτήτη ή υπεύθυνο της εκάστοτε επιχείρησης φάκελο με σχετικά ενημερωτικά έγγραφα συμπεριλαμβανομένου του νομίμως δημοσιευμένου, κατά τα ανωτέρω, αμοιολογίου, χωρίς να επιχειρεί προσπάθεια αμοιβαίου καθορισμού της οφειλόμενης αμοιβής ή εν γένει διαπραγμάτευση αυτής, όπως κατά την ως άνω μείζονα σκέψη απαιτείται. Επομένως, εφ' όσον δεν πιθανολογήθηκε ότι προηγήθηκε από αρμοδίους υπαλλήλους-αντιπροσώπους της αιτούσας διαδικασία διαπραγμάτευσης της αμοιβής αυτής με τους ιδιοκτήτες των καθ' ών επιχειρήσεων, πρέπει η ένδικη αίτηση, κατά το μέρος που κρίθηκε παραδεκτή και νόμιμη, να απορριφθεί ως κατ' ουσίαν αβάσιμη, όπως ειδικότερα ορίζεται στο διατακτικό...».

Ερωτάται, λοιπόν, ποια είναι η εφαρμοστέα διαδικασία όταν ο χρήστης επικαλείται ένα παρόμοιο ιστορικό και μολονότι δεν αρνείται την ενοχική υποχρέωσή του περί καταβολής της εύλογης αμοιβής, προβάλλει ωστόσο τον ισχυρισμό ότι δεν έχει προηγηθεί καν, όπως απαιτείται, διαδικασία διαπραγμάτευσης. Υπό άλλη διατύπωση δέον να ερευνηθεί αν η ύπαρξη «διαφωνίας» ως προς το ύψος της εύλογης αμοιβής προϋποθέτει ή όχι προηγουμένως να επιχειρηθεί προσπάθεια διαπραγμάτευσης. Ή άλλως, δέον να αποσαφηνιστεί αν μπορούν οι ΟΣΔ να αξιώσουν την καταβολή της εύλογης αμοιβής με άσκηση αγωγής κατά την ειδική διαδικασία των περιουσιακών διαφορών μολονότι δεν έχουν προβεί σε διαδικασία διαπραγμάτευσης. Η παρούσα μελέτη υιοθε-

24 ΧρΙΔ 2018.380.

τεί αρνητική θέση, θεωρώντας ότι η παραβίαση της εν λόγω υποχρέωσης εκ μέρους των ΟΣΔ συνεπάγεται τον αποκλεισμό των εν λόγω διαφορών από το πεδίο εφαρμογής της διάταξης του άρθρου 22 παρ. 7 ν. 4481/2017. Η ύπαρξη «διαφωνίας» ως προς το ύψος της εύλογης αμοιβής προϋποθέτει προσπάθεια διαπραγμάτευσης επί της ουσίας, οπότε και στο πλαίσιο αυτής δύναται να αποτύχει ο συμβατικός καθορισμός λόγω έλλειψης συμφωνίας. Η ύπαρξη «διαφωνίας» δεν μπορεί, λοιπόν, να στοιχειοθετείται όταν οι ΟΣΔ αρνούνται, αποφεύγουν, ή εμποδίζουν τις διαπραγματεύσεις. Αυτές οι περιπτώσεις ορθότερα εκφεύγουν του πραγματικού της διάταξης του άρθρου 22 παρ. 7 ν. 4481/2017, γι' αυτό και η βασιμότητα των εν λόγω αγωγών δέον να αξιολογηθεί υπό το πλαίσιο της τακτικής διαδικασίας. Αν, λοιπόν, κριθεί από το αρμόδιο δικαστήριο κατά την τακτική διαδικασία ότι δεν έχει προηγηθεί από τους αρμόδιους υπαλλήλους/αντιπροσώπους του ΟΣΔ η τήρηση της εκ του νόμου υποχρέωσής τους να προβούν σε διαδικασία διαπραγμάτευσης, τότε η αγωγή δικαστικού καθορισμού της εύλογης αμοιβής θα πρέπει να απορριφθεί ως κατ' ουσίαν αβάσιμη. Άλλωστε, όπως ορθά επισημαίνει το Μονομελές Πρωτοδικείο Αθηνών με τη με αρ. 777/2018²⁵ απόφασή του είναι καθοριστικής σημασίας να προηγηθεί το στάδιο της ουσιαστικής διαπραγμάτευσης πριν την προσφυγή στη δικαιοσύνη για τον δικαστικό καθορισμό της αμοιβής, «ώστε να αποφεύγονται οι αυθαιρεσίες και οι καταχρηστικές διακρίσεις από τους οργανισμούς σε βάρος των χρηστών, χωρίς να εξαναγκάζονται σε καθορισμό μη δικαίων τιμών, με την παροχή σ' αυτούς της δυνατότητας διαπραγμάτευσης του ύψους της οφειλόμενης αμοιβής, με βάση τα συγκεκριμένα προσωπικά τους στοιχεία (μέγεθος ή είδος επιχείρησης, είδος εκτελούμενης μουσικής, διάρκεια αυτής κ.ά.) και να αποφασίσουν ακόμη και για την περίπτωση να μην προβούν στη συγκεκριμένη χρήση...».

I.V. Ζητήματα αποδείξεως στο πλαίσιο του δικαστικού καθορισμού του ύψους της εύλογης αμοιβής

Πέρα, όμως, από το ζήτημα του προσδιορισμού της εφαρμοστέας διαδικασίας, στο πλαίσιο του δικαστικού καθορισμού της εύλογης αμοιβής ανακύπτει και ένα πολύ ενδιαφέρον ζήτημα αποδείξεως. Στην πλειοψηφία των υποθέσεων συγγενικών δικαιωμάτων, οι ασκηθείσες αγωγές καθορισμού της εύλογης αμοιβής αφορούν (αναδρομικά) προγενέστερες χρήσεις (ακόμα και δέκα έτη πριν). Αντικείμενο των δικών είναι πράγματι η αποδεικτική διαπίστωση της καταβλητέας αμοιβής και των όρων πληρωμής της. Συχνά, οι ΟΣΔ προσφεύγουν στην επ' ακροατηρίου εξέταση εξ ακοής μαρτύρων, δηλαδή αντιπροσώπων τους, άλλων από αυτών που πραγματοποίησαν την επιτόπια αυτο-

25 ΝΟΜΟΣ.

ψία στην ελεγχόμενη επιχείρηση του χρήστη. Το γεγονός αυτό, αν και μπορεί πράγματι να δικαιολογηθεί ως ένα βαθμό στην πράξη λόγω της παρέλευσης μεγάλου χρονικού διαστήματος από τη δικαστική διεκδίκηση κάποιων χρήσεων, δεν παύει να δημιουργεί πολλά ζητήματα νομικής φύσεως και να εγκυμονεί κινδύνους²⁶ παραβίασης θεμελιωδών δικαιωμάτων των διαδικών.

Πέρα από τον εγγενή κίνδυνο αναξιопιστίας των όσων καταθέτει ο εξ ακοής μάρτυρας, ο πιο ουσιώδης κίνδυνος έγκειται στη στέρηση βασικών δικαιωμάτων άμυνας των χρηστών, καθώς δεν υπάρχει δυνατότητα αντεξέτασής του, αφού ο μάρτυρας δεν έχει προσωπική γνώση επ' αυτών που καταθέτει για να ερωτηθεί περαιτέρω. Πράγματι, σύμφωνα με τη νομολογία του ΕΔΔΑ²⁷, η αρχή της αντιδικίας επιτάσσει ο κατηγορούμενος να έχει τη δυνατότητα να αμφισβητήσει την μαρτυρία σε βάρος του και να υποβάλλει ερωτήσεις στο μάρτυρα είτε κατά τη στιγμή της κατάθεσης στην προδικασία είτε αργότερα στο ακροατήριο²⁸. Αν, λοιπόν, οι γενικές κατευθύνσεις του ΕΔΔΑ αναφορικά με την ποινική δίκη εφαρμοστούν στο πλαίσιο της πολιτικής δίκης, τότε γίνεται αντιληπτή η αποδυνάμωση της αρχής της αντιδικίας στο πλαίσιο του άρθρου 409 παρ. 2 ΚΠολΔ, όταν ο μάρτυρας του ενάγοντα καταθέτει γεγονότα για τα οποία δεν έχει αντίληψη, αναφέροντας το πρόσωπο από το οποίο πληροφορήθηκε όσα καταθέτει. Επιπρόσθετα, αν και εφόσον διαπιστωθούν αποκλίσεις από την πραγματικότητα, δεν είναι δυνατή και η υποβολή έγκλησης για ψευδορκία, από τη στιγμή που ο μάρτυρας μεταφέρει επί της ουσίας τη δήλωση άλλου προσώπου.

Παρόλ' αυτά είναι γεγονός ότι ο ΚΠολΔ δεν απαγορεύει την εξ ακοής μαρτυρία, αντιθέτως την ορίζει ρητά, προβλέποντας στη διάταξη του άρθρου 409 παρ. 2 ότι αν ο μάρτυρας καταθέτει γεγονότα που πληροφορήθηκε από άλλους, οφείλει να δηλώνει²⁹ το πρόσωπο από το οποίο πληροφορήθηκε όσα

26 Για τους κινδύνους της εξ ακοής μαρτυρίας σε συνάρτηση με το αγγλικό δίκαιο απόδειξης βλ. και *Ιωαννίδη*, Η εμμάρτυρη απόδειξη στην πολιτική δίκη κατά το ελληνικό, αγγλικό και κυπριακό δίκαιο (2019), σ. 236 επ. – Η εξ ακοής μαρτυρία αποτυπώνεται σήμερα στον κανόνα 33 των Civil Procedure Rules (CPR).

27 ΕΔΔΑ 19.02.1991 (Isgrò κατά Ιταλίας), HUDOC, παρ. 34· ΕΔΔΑ 26.04.1991 (Asch κατά Αυστρίας), HUDOC, παρ. 27· ΕΔΔΑ 20.09.1993 (Saïdi κατά Γαλλίας), HUDOC, παρ. 43.

28 Βλ. σχετ. *Σισιλιάνο*, Ευρωπαϊκή Σύμβαση Δικαιωμάτων του Ανθρώπου, Ερμηνεία κατ' άρθρο, 2013, άρθρο 6 αριθ. 104.

29 Η παράλειψη ή ενδεχομένως η άρνηση του μάρτυρα να αποκαλύψει την πηγή της γνώσης του, δεν έχει ως συνέπεια την ακυρότητα της κατάθεσής του, αλλά εναπόκειται στο Δικαστήριο να εκτιμήσει την αξιοπιστία του (βλ. ενδεικτικά σχετ. ΑΠ 1347/2017, ΝΟΜΟΣ· πρβλ. αντίστοιχα για την ισχύουσα στην ποινική δίκη διάταξη του άρθρου 224 παρ. 2 ΚΠολΔ την ΑΠ 735/2020 [ΠρΛογΠΔ 1/2021, σ. 76]: 'Όπως υπογραμμίζει το Δικαστήριο «κατά το άρθρο 224 παρ. 2 του ισχύοντος από 1-7-2019 ΚΠολΔ, «αν ο μάρτυρας δεν κατονομάζει την πηγή των πληροφοριών του, η κατάθεσή του απαγορεύεται να ληφθεί υπόψη». Από τη διάταξη αυτή προκύπτει, ότι το δικαστήριο είναι μεν υποχρεωμένο να μην αξιοποιήσει μια

καταθέτει. Σκοπός πράγματι του επιτρεπτού της εξ ακοής μαρτυρίας είναι να μην αποκλείεται αποδεικτικό υλικό που μπορεί να φανεί χρήσιμο για την εκδίκαση μιας διαφοράς, αλλά και να μην εμποδίζεται το δικαίωμα απόδειξης. Άλλωστε και το ΕΔΔΑ³⁰ έχει αποφανθεί σε ποινικής φύσεως υποθέσεις ότι η μαρτυρία εξ ακοής δεν παραβιάζει το δικαίωμα σε δίκαιη δίκη, επισημαίνοντας ωστόσο ότι η συγκεκριμένη μαρτυρία δεν θα πρέπει να είναι το αποκλειστικό ή το αποφασιστικό στοιχείο για τη στήριξη της καταδίκης του προσφεύγοντος. Το σημείο αυτό είναι καθοριστικό και στο πλαίσιο της πολιτικής δίκης, ως προς τα επιτρεπτά όρια εφαρμογής του άρθρου 409 παρ. 2 ΚΠολΔ, καθώς με βάση τις κατευθύνσεις του Δικαστηρίου του Στρασβούργου, ο δικαστής, εκτιμώντας το προσαγόμενο ενώπιόν του αποδεικτικό υλικό, θα πρέπει κάθε φορά να ελέγχει αν η κατάθεση του μάρτυρα εξ ακοής είναι το αποκλειστικό ή το αποφασιστικό αποδεικτικό μέσο για την απόδειξη του επίδικου πραγματικού γεγονότος.

V. Αντί επιλόγου

Οι διαμετρικά αντίθετα θέσεις που υιοθετούνται στη νομολογία ως προς το ζήτημα της εφαρμοστέας διαδικασίας αναδεικνύουν τις αδυναμίες του υπάρχοντος νομικού πλαισίου για τον δικαστικό καθορισμό της εύλογης αμοιβής, οι οποίες με τη σειρά τους αποτελούν αιτίες πρόκλησης αβεβαιότητας και ανασφάλειας σε όλους τους παράγοντες της δίκης. Ο ουσιαστικός νομοθέτης δέον, λοιπόν, να επέμβει διορθωτικά ώστε να διευκρινίσει επαρκώς τις όποιες ασάφειες και να εγγυηθεί ένα προβλέψιμο δικονομικό πλαίσιο εκδίκασης διαφορών στο πεδίο των συγγενικών δικαιωμάτων. Άλλωστε, η ασφάλεια δικαίου αποτελεί βασικό χαρακτηριστικό του κράτους δικαίου. Η όποια επέμβαση μάλιστα του ουσιαστικού νομοθέτη θα πρέπει να γίνει μετά από στάθμιση και της «δυναμικής» της υποχρέωσης διαπραγμάτευσης μεταξύ χρηστών και ΟΣΔ

τέτοια μαρτυρική κατάθεση, η οποία έγινε κατά παράβαση του νόμου, η συνεκτίμηση όμως και αυτής, μαζί με τα άλλα αποδεικτικά στοιχεία, δεν συνεπάγεται ακυρότητα της διαδικασίας, διότι δικονομική κύρωση για την παραβίαση της διάταξης του άρθρου 224 παρ. 2 του ΚΠολΔ δεν προβλέπεται, ούτε η παραβίαση αυτή δημιουργεί λόγο αναίρεσης της απόφασης, αφού στην περιοριστική απαρίθμηση των λόγων αναίρεσης του άρθρου 510 του ΚΠολΔ δεν περιέχεται τέτοιος λόγος.»

- 30 Βλ. ΕΔΔΑ 17.11.2005 (Haas κατά Γερμανίας), HUDOC, σελ. 14 στίχοι 18-23: «Όταν η καταδίκη βασίζεται αποκλειστικά ή σε αποφασιστικό βαθμό σε καταθέσεις που δόθηκαν από άτομο το οποίο ο κατηγορούμενος δεν είχε τη δυνατότητα να το εξετάσει ή να το έχει εξετάσει [...], το δικαίωμά του να αμυνθεί περιορίζεται σε βαθμό μη συμβατό με τις εγγυήσεις που παρέχει το άρθρο 6 της ΕΣΔΑ.»· βλ. ομοίως προσφάτως σε υπόθεση του δικαίου του ανταγωνισμού και ΕΔΔΑ 14.05.2019 (SA-Capital Oy κατά Φιλανδίας), HUDOC, παρ. 86-97: το ΕΔΔΑ έκρινε ότι οι καταθέσεις μαρτύρων εξ ακοής δεν αποτέλεσαν το αποφασιστικό αποδεικτικό μέσο.

στο πεδίο των συγγενικών δικαιωμάτων, καθώς με βάση τη θέση που υιοθετείται στη μελέτη η ύπαρξη «διαφωνίας» ως προς το ύψος της εύλογης αμοιβής προϋποθέτει να έχει προηγουμένως επιχειρηθεί προσπάθεια ουσιαστικής διαπραγμάτευσης.

Το ζήτημα της εφαρμοστέας διαδικασίας συναρτάται, λοιπόν, με τρία πιθανά σενάρια: πρώτον, να έχει προηγηθεί το στάδιο των διαπραγματεύσεων, αλλά αυτές να αποβούν εν τέλει άκαρπες λόγω διαφωνίας χρηστών και ΟΣΔ ως προς το ύψος της αμοιβής· δεύτερον, να μην έχει μεσολαβήσει ουσιαστικό στάδιο διαπραγμάτευσεων, καθώς ο χρήστης αρνείται ακόμη και αυτή καθ' αυτή την ενοχική υποχρέωσή του να καταβάλει την εύλογη αμοιβή· και τρίτον, ο χρήστης να μην αρνείται μεν την ενοχική υποχρέωσή του περί καταβολής της εύλογης αμοιβής, αλλά να προβάλλει τον ισχυρισμό ότι δεν έχει προηγηθεί καν, όπως απαιτείται, διαδικασία διαπραγμάτευσης. Η επιλογή της εφαρμοστέας διαδικασίας για καθένα από τα παραπάνω σενάρια, δέον να γίνει από τον ουσιαστικό νομοθέτη με ιδιαίτερη προσοχή, μετά από συνεκτίμηση της φυσιογνωμίας κάθε διαδικασίας, τις όποιες –υπάρχουσες μεταξύ τους– συγκλίσεις και αποκλίσεις³¹, καθώς και τις ανάγκες που υπηρετεί αφενός η τακτική διαδικασία αφετέρου η ειδική διαδικασία των περιουσιακών διαφορών. Τα συγγενικά δικαιώματα προϋποθέτουν άλλωστε σε σημαντικό βαθμό την εμπέδωση σχέσεων εμπιστοσύνης μεταξύ δικαιούχων και χρηστών, και προς αυτή την κατεύθυνση ασφαλώς και μπορεί να συνδράμει καθοριστικά και ένα προβλέψιμο πλαίσιο επίλυσης διαφορών.

31 Βλ. σχετ. *Μακρίδου*, Ειδικές διαδικασίες στον Κώδικα Πολιτικής Δικονομίας μετά τον Ν. 4335/2015, 2017, §1 αριθ. 1-3.

Non-Financial Statements in Greek Company Law

Ass. Professor Dr. Nikolaos Vervessos

University of Athens Law School

A. Introduction

The debate about corporate social responsibility has been dominant in recent years not only in jurisprudence; it has been raised with exactly the same intensity in other scientific disciplines such as economics and sociology.¹ This pre-occupation should not be attributed to a temporary trend, but instead it poses a series of existential questions about company law, such as what the *raison d'être* of the Société Anonyme (SA) consists of² or what purposes it serves. It is no coincidence that questions regarding the corporate purpose preoccupied jurisprudence at the other side of the Atlantic as early as the beginning of the 20th century,³ and the debate was continued with the same intensity by renowned legal scholars.⁴ This has also been the case in European jurisdictions,⁵ and it did not take long before the EU legislators occupied themselves with the issue of corporate social responsibility. Indeed, the latter issue has found its way into the corporate laws of the member states through Directive 2014/95/EU,⁶ according to which large public SAs are required to include in their management reports information on environmental, social and employee matters, respect for human rights, the fight against corruption and matters relating to bribery. As regards the Greek legal system, the above Directive was originally incorporated in Articles 43A (6D) and 107A (5 et seq) of Law 2190/1920 and, after the reform of the law of SAs, in the provisions of Articles 151 and 154

1 Fleischer, Corporate Social Responsibility. Vermessung eines Forschungsfeldes aus rechtlicher Sicht, AG 2017, p. 509.

2 For this matter see Deckert, Die Anerkennung des Unternehmensinteresses und Einführung der *raison d'être* von Gesellschaften im französischen Recht: tiefgreifende Reform oder politische Ansage? FS Hopt, 2020, p. 151, Fleischer, Corporate Purpose: Ein Management – Konzept und seine gesellschaftsrechtlichen Implikationen, ZIP, 2021, p. 5, Habersack, Corporate Purpose, FS Windbichler, 2021, p. 707.

3 *Dodg et al. vs Ford Motor Co et al.*, 204 Mich. 459, 170 N. W, 668-685 (1919).

4 *Dodd*, 45 Harv. L. Rev. 1145 (1932) vs *Berle*, 44 Harv. L. Rev. 1049 (1931).

5 See Fleischer, AG 2017, 510.

6 DIRECTIVE 2014/95/EU OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 22 October 2014 amending Directive 2013/34/EU as regards disclosure of non-financial and diversity information by certain large undertakings and groups.

of Law 4548/2018.⁷ The above provisions brought about new challenges for both accounting and company law:⁸ for accounting law because financial statements provide financial information about the company (outside in Fokus), while non - financial statements included in the management report expand the information to a number of issues outside business (inside out-Fokus)⁹; for company Law because it raises the fundamental question of whether the non - financial statements have changed the traditional interpretation of corporate interest into jurisdictions applying the monistic approach, such as Greece.¹⁰

In the context of this study, a presentation of the basic characteristics of the Greek regulation of non-financial statements, as well as the consequences of the regulation on the interpretation of the corporate interest and the liability of the members of the board of directors for breaches of the respective provisions is attempted.

B. Purpose

The purpose of the statement on non-financial information, as described in recital 3 of the European directive 2014/95/EU, should be sought, at a first level, in the importance of disclosing information on social and environmental factors, with a view to identifying sustainability risks and increasing investor and consumer trust. On a second level, the disclosure of non-financial information contributes to the change towards a sustainable global economy by combining long-term profitability with social justice and environmental protection. By providing this information, stakeholders, whether shareholders, investors or consumers, are led to a decision which takes into account the company's actions in the field of corporate social responsibility. It is no coincidence that in the practice of multinational groups, the parent company is attempting to cultivate a profile, where the companies within the group comply with the rules of corporate social responsibility.¹¹ This is because the negative consequences of not complying with them (e.g., violation of human rights), may be unfavourable to the group¹² as a whole. It follows, therefore, that the implementation of

7 Law 4548/2018 on the "Reformation of the Law of SAs".

8 Sotiropoulos, in DAE, Sotiropoulos (Edit.), 2020, I, Corporate Social Responsibility (in Greek), p. 132

9 Schroeter, Risikoberichterstattung in der nichtfinanziellen Erklärung: Maßstab, Adressaten und gewährleistungsrechtliche Publizitätshaftung, FS Hopt, 2020, p. 1155.

10 For the matter see below under D 3.

11 See also Simon, Die Legitimation der CSR-Richtlinie in ihren Auswirkungen auf die Unternehmensverfassung der Aktiengesellschaft, 2019, p. 72.

12 See for the example of human Rights Schäfer Gesellschaftsrechtliche Implikationen bei der

the objectives of the disclosure of non-financial statements is left -regardless of the consequences that the breach of Article 151 Law 4548/2018 may entail and which will be discussed below- in the market itself¹³, which, depending on a company's attitude to corporate social responsibility issues, reacts and therefore contributes with its attitude to the implementation of corporate social responsibility policies by the businesses.¹⁴

C. Basic Elements of the Greek Regulation of non-Financial Statement

I. Liable Companies

From the scope of Article 151 of Law 4548/2018 not all SAs are required to disclose in their management reports non-financial information. Rather, only the “large SAs” are required to do so. Which, according to para. 1 of article 151(1) of Law 4548/2018, comprise public sector entities within the meaning of Annex A to Law 4308/2014 and which, as at the closing date of their balance sheets, have employed on average more than five hundred (500) persons throughout the fiscal year. Public interest entities include: entities whose securities are admitted to trading on a regulated market, insurance and re-insurance entities, credit institutions and entities designated by Greek law as public-interest entities on the basis of the nature of their business, their size or the number of their employees. In addition, in order for the provision of Article 151 Law 4548/2018 to apply, the number of employees of the above companies should exceed the average number of 500 employees during the fiscal year. This is where the provision of Article 151 differs from that of Article 2 (6) of Law 4308/2014 according to which large entities are entities which have employed on average 250 people during the reporting period. On the contrary, outside the scope of Article 151 remain small and medium entities as well as the large SAs which do not meet all or some of the above requirements, meaning that they are not entities of public interest or/and do not have more than 500 employees. This is because compliance with this reporting requirement would entail excessive administrative burden for SMEs and, therefore,

Durchsetzung einer menschenrechtskonformen Geschäftspolitik im Konzern, FS Hopt, I, 2010, 1297, p. 1302.

13 Livada, in: DAE, Sotiropoulos (Edit.), (in Greek) Art. 151 no. 2.

14 Vervessos, Corporate Law Issues in multinational Groups, Law of Financial Markets (ΧρηΔικ) 2017 (in Greek), p. 218-219, Schaub, Grundlagen der Regulierung multinationaler Unternehmen, 2010, 242etc. For the corporate social responsibility in the context of global political and economic change see Simon, Die Legitimation der CSR-Richtlinie in ihren Auswirkungen auf die Unternehmensverfassung der Aktiengesellschaft, p. 30.

increased costs.¹⁵ However, although these companies are outside the scope of Article 151, the analysis of the management report of their Board of Directors (BoD) should also refer to non-financial performance indicators relating to the specific sector of activity, including information about environmental and labour matters (Article 151 1(c) of Law 4548/2018). From the obligation to submit non-financial statements is exempt, according to Article 151(3) of Law 4548/2018, a SA that is subsidiary of another, if the company and its own subsidiaries are included in the consolidated management report or in the individual report of another company.

II. Procedure

The provision of Article 151 establishing the obligation to submit non-financial statements refers to the company but does not specify which body is responsible to draft them. Legal theory/scholarship accepts that the responsibility for preparing a non-financial statement rests with the BoD of the SA, this interpretation being in accordance with Article 150 of Law 4548/2018. Based on this provision, the board of directors is responsible for preparing and filing the management report to the General Meeting of the company.¹⁶

The non-financial statement shall be published to the General Trade Register (GEMI) together with the annual financial statements in accordance with Article 149 (1)(1) of Law 4548/2018. It is further subject to external audit carried out by a certified accountant or an auditing firm. However, the audit only certifies the submission of the non-financial statement, without further examining its content or its consistency with the financial statements. This differentiates the audit of non-financial statements both quantitatively and qualitatively from the audit of other parts of the management report.¹⁷

III. Content of the non-financial statement

The purpose of the non-financial statement also determines the content of the report. It includes information on environmental matters, social and employee-related matters, respect for human rights, anti-corruption and bribery matters. The relative information should not be of a generic nature. They must enable the addressees to understand the progress, performance, and impact of the company's operations on the above matters. The materiality of the information will be judged by the company's BoD within a specific context, since information may be important at a specific point in time, but then lose its

¹⁵ Livada, in: DAE, Sotiropoulos (Edit.), (in Greek) Art. 151 no. 6.

¹⁶ Tountopoulos, Capital Market Law, 2015 (in Greek), p. 71, Livada, in: DAE, Sotiropoulos (Edit.), (in Greek)) Art. 151 no. 9.

¹⁷ Livada, in: DAE, Sotiropoulos (Edit.), (in Greek) Art. 151 no. 10.

practical significance.¹⁸ Therefore, the company in question has a wide scope of discretion with respect to the disclosed information. In any case, the extent of the information provided depends on the activity of each company.

The specific content of the non-financial statement shall be determined based on the Guidelines on the reporting of non-financial information. No standard rules have been established, as in the example of financial statements, which are prepared in accordance with Greek accounting standards or IAS/IFRS. This obviously increases the discretion of the BoD of the liable company, but, on the other hand, reduces the comparability of non-financial statements. This lack of comparability may reasonably confuse the recipients regarding the non-financial performance of the company and, obviously, does not promote the EU legislator's objective to promote investors' trust towards companies and the functioning of the market itself¹⁹.

Article 151(1)(2)(a) to (e) provides a catalogue of information which should be included in the non-financial statement. Such statement shall comprise:

- a) a brief description of the company's business model,
- b) a description of any policies applied by the company in relation to the aforementioned matters, including any due diligence procedures applied,
- c) the outcomes of such policies,
- d) the major risks associated with these matters and the company's operations, including, as appropriate, those business relations, products or services which may have an adverse effect on the respective areas, and a description of how the company intends to handle those risks and
- e) non-financial performance indicators relevant to the particular business industry.

The statement on the above-mentioned information may include references and additional explanations on the amounts shown in the explanations in the financial statements. On the other hand, information on upcoming developments or issues under negotiation may be omitted, if their disclosure would be severely detrimental to the company's commercial position.²⁰

18 Livada, in: DAE, Sotiropoulos (Edit.), (in Greek) Art. 151 no. 10. See also Sotiropoulos, Corporate Social Responsibility, Commercial Law Review (EEmpD) 2019 (in Greek), p. 43.

19 See however COM (2021) 189 final, Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council, amending Directing Directive 2013/34/EU, Directive 2004/109/EC, Directive 2006/43/EC and Regulation (EU) No 537/2014, as regards corporate sustainability reporting.

20 Livada, in: DAE, Sotiropoulos (Edit.), (in Greek) Art. 151 no. 24.

IV. Consolidated non-financial statement

Article 154 of Law 4548/2018 regulates the issue of consolidated non-financial statements. Thus, the consolidated management report includes a consolidated non-financial statement, provided that the following three conditions are met: first, the parent company must be an entity of public interest within the meaning of Annex A to Law 4308/2014; second, it must be a large group in accordance with the criteria set out in the provision of Article 31 of Law 4308/2014;²¹ and third, the average number of employees of the group must be over 500 people at the closing date of its consolidated balance sheet. As is apparent from the foregoing, the parent company and, in particular, its BoD is responsible for preparing the group's non-financial statement, and the content of the consolidated non-financial statement is the same as of that of the individual non-financial statement.²² As in Articles 151(3) and 154(3) of Law 4548/2018, the parent company, which is a subsidiary of a third company, shall be exempt from the obligation to prepare a consolidated non-financial statement, provided that the parent company and its subsidiaries are included in the consolidated management report of the third company and the report has been prepared in accordance with the provisions of that article. The fact that the company is exempt from the above obligation must be stated in its management report. Accordingly, the management report should include information on the disclosure of the consolidated management report by the third company.²³

V. Comply or Explain

According to Article 151(1)(e) section b of Law 4548/2018, when the company falls within the scope of Article 151 but does not implement policies in relation to the aforementioned matters, then it should provide a clear and reasonable explanation on the absence of such policies. This provision is an application of the comply or explain principle, which had been introduced with respect

21 There should be noted that the provisions of article 31 Law 4308/2014 must be applied in a cumulative way and that they concern the business group as a whole, not just the parent company. As a large group is deemed a group consisting of a parent company and subsidiary entities to be included in a consolidation which on a consolidated basis on the balance sheet date of the parent company surpasses at least two of the following thresholds: first, balance sheet total: 20.000.000 euros, second, net turnover: 40.000.000 euros, and third, average number of employees during the fiscal year: 250. Obviously, the last threshold does not apply in the case of the non-consolidated non-financial statement due to the explicit requirement of 500 employees.

22 Livada, in: DAE, Sotiropoulos (Edit.), (in Greek) Art. 154 no. 4.

23 Livada, in: DAE, Sotiropoulos (Edit.), (in Greek) Art. 154 no. 10

to the corporate governance statement.²⁴ The establishment of this principle regarding the non-financial statement is justified, as in the case of corporate governance codes, on the basis of the self-binding principle. According to this principle, companies may commit to adhere to certain policies, but they have the discretion to decide which policies to adopt specifically and to what extent.²⁵ This principle, however, as enshrined in Article 151, has acquired a regulatory connotation, resulting in liable companies being indirectly forced to adopt a corporate social policy.²⁶ The “comply or explain” principle is also enshrined in Article 154(1)(a) of Law 4548/2018 in the event that the business group does not implement any policy in relation to one or more of the matters described in the same paragraph. In this case specific justification is necessary as well.

D. Consequences on Corporate Law

I. Corporate Social Responsibility and Corporate Interest

1. Corporate Interest in Greek Corporate Law

The most basic and, at the same time, the most typical issue arising in the law of SAs, which is also connected to the exercise of managerial discretion by the BoD, is that of the objectives, which the management should pursue. In Law 4548/2018 on the “Reform of the Law of SAs”, the objectives of SAs as corporate entities are not explicitly defined. Therefore, the relevant problem dominates the scientific debate already since the last century and continues today with unabated intensity.²⁷ In fact, during the last century a series of theories were formulated, ranging from the self-interest of the company²⁸ to a pluralistic view of a corporate interest.²⁹ The whole debate now focuses on the following - economic rather than legal - categorization: monistic against pluralistic view of the corporate interest (shareholder value versus stakeholder value). According to the monistic approach, the corporate interest is perceived

24 For this matter see analytically Livada, in: DAE, Sotiropoulos (Edit.) (in Greek), Art. 152 no. 3 et seq.

25 So Sotiropoulos, *Commercial Law Review* (ΕΕμπΔ) 2019 (in Greek), 39

26 Livada, in: DAE, Sotiropoulos (Edit.) (in Greek), Art. 151 no. 27.

27 See with further references to Triantafyllakis, *The Firm's interest as a rule of behavior of the corporation organs*, 1998 (in Greek), p. 45 et seq. as well as Chrissanthis, *Corporate theories and their impact on corporate law*, *Liber Amicorum in Honour of I. Rokas*, 2017, p. 63 et seq.

28 See the (rightly) critique to this view by N. Rokas, *Commercial Companies*, (in Greek), 2019, p. 195.

29 Details to Papanagiotou, *The corporate interest as a criterion for exercising organic powers in SA - Principles governing its operation*, 2006 (in Greek), p. 9.

as the over-individualized interest of shareholders to enhance the long-term profitability of the company and, thus, its share value. At the opposite end is the so-called pluralistic view of the corporate interest, according to which the BoD should take into account not only the interests of shareholders but also the interests of other groups, such as employees, creditors, consumers, and even the national economy, the environment, etc.³⁰

In the Greek legal system, as well as in most EU jurisdictions, the monistic model prevails. It is perceived as a model that can deal more effectively and, obviously, at a much lower cost with all conflicts of interests and risks, as described by the neo-institutional theory of representation (principal-agent theory)³¹. On the contrary, the pluralist model does not have a clear objective. It leaves a wide discretion to the board, which, by precisely invoking this variety of interests, may act arbitrarily and irresponsibly³². In this respect, the so-called ‘too many masters’ argument, which ultimately leads the board to take inefficient decisions, when specializing its fiduciary duties, meaning the duty of loyalty and the duty of care, is a catalyst³³.

Any weaknesses of the monistic approach, as they were demonstrated especially during the financial crisis (high dividend payments at times of profitability and systemic negative externalities at times of crisis, issuance of complex financial products cut off from the real economy, etc.) are not sufficient enough to advocate against the monistic model. They rather indicate gaps in its understanding and implementation, which should be addressed through legislative and supervisory interventions³⁴.

On the contrary, shareholders’ claim for return on the capital invested by them in proportion to the risk assumed remains a basic assumption of the legal framework regulating SAs. In this context, the monistic viewpoint reflects more sincerely the assumptions made for the efficient functioning and existence of a SA. Although it may enjoy legal autonomy, it does not cease to be a creation of shareholders, who have invested their capital on it and expect returns from its operation³⁵. In view of this, the members of the board have no

30 See Triantafyllakis, *The Firm’s interest as a rule of behavior of the corporation organs* (in Greek), p. 211-212

31 M. Jensen & W. Meckling, *Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency costs and Ownership Structure*, 3 J.Fin.Econ. 1976, 305, 308, Richter/Furuboth, *Neue Institutionsökonomik*, 2 Edition, 1999, et seq., Neus, *Einführung in die Betriebswirtschaftslehre*, 1998, 9 et seq.

32 Vervessos, in: DAE, Sotiropoulos (Edit.) (in Greek), Art. 77 no 9.

33 Vervessos, in: DAE, Sotiropoulos (Edit.) (in Greek), Art. 77 no 9 et seq.

34 Vervessos, in: DAE, Sotiropoulos (Edit.) (in Greek), Art. 77 no 10.

35 Sotiropoulos, *Commercial Law Review* (ΕΕμπΔ) (in Greek) 2019, p. 32.

choice but to aim with their actions to promote the interests of shareholders, whose money they manage. However, regarding the interests of other groups involved in the activities of a SA (employees, lenders, the environment, etc.), the legislator has introduced special protective provisions. Moreover, it is often possible to serve the corporate interest in the above sense and, at the same time, to serve indirectly the interests of other (than shareholders) groups involved in the company. A classic example of this is the protection of human rights, where the defense of company's interests protects also the workers, the environment, etc. In this context, other behaviors of the board, such as donations of money and objects for art and science, may also be found compatible with the company's interest, subject, of course, to the principle of proportionality and the promotion of the corporate image.³⁶

2. Monistic approach and corporate governance rules

This viewpoint is also confirmed by the connection of the monistic approach of the corporate interest with the discussion around corporate governance.³⁷ This is because all systems of corporate governance rules contain references to various groups of interests affected by the functioning of a SA. First of all, the OECD principles on corporate governance, as reformed in 2004, attempt to reach a compromise between the interests of shareholders and those of other groups: they confirm that the primary goal of all good corporate governance systems is to promote the interests of shareholders, and then they invite the recipients of the principles to support the cooperation of companies and the various interest groups around it (stakeholders).

Article 2(1) of the Greek Law 3016/2002 “on corporate governance, board remuneration and other issues” declares that the continuous effort to increase the firm's long-term market value and the protection of the *general corporate interest* is the ultimate responsibility and duty of the BoD in every listed company.³⁸ According to the prevailing view in Greece, the corporate interest covers only the intra-corporate interests, which are identical to shareholders' interests in pursuit of which the company was founded.³⁹ In particular for list-

36 This is the image of the so-called good “corporate citizen”, see Karagounidis, in Antonopoulos/Mouzoulas, Annex of Articles 22a and 23 of Codified Law no. 2190/1920 (in Greek), no. 44, Vervessos, Law of Financial Markets (ΧρηΔικ) 2017 (in Greek), p. 218 sub. 147.

37 Peitsinis, The delimitation of the corporate interest in modern corporate governance: Dogmatic approaches and legislative approach, Commercial Law Overview (ΕπισκεΔ) 2015 (in Greek), p. 396.

38 From July 2021 Law 3016/2002 is repealed and replaced by law 4706/2020, which does not include a similar regulation

39 N. Rokas, Commercial Companies (in Greek), 197.

ed SAs, the long-term market value is directly linked with both the internal, fundamental value of the shares and the course of the market value, especially the long-term value of the shares.

Even though the *general corporate interest* seems to refer to the pluralistic view of the corporate interest, a closer look at the explanatory report of Law 3016/2003 demonstrates that priority is given to intra-corporate interests.⁴⁰ However, this does not mean that the board of directors, when exercising its duties, should not take into account the interests of other groups (e.g., workers), especially when their interests are affected to a disproportionate extent. This is because a short-term profitable corporate action may in the long run lead to considerable losses for the SA and, thus, its shareholders. For instance, an under-investment in safety of working conditions or the lack of investment in environmentally friendly equipment can provoke a negative activist campaign against a SA which can lead to a sharp decrease in its share price.⁴¹ Nevertheless, this should not lead to the wrong conclusion that this equals to the adoption of the pluralist model, but rather the correct application of the monistic one.

3. Monistic Approach and Corporate Social Responsibility

In recent times, the debate around the monistic or pluralistic approach of corporate interest has come again to the forefront because of the concept of *corporate social responsibility*. Based on this concept the company should integrate into its daily activities, as well as into its relations with other interest groups, wider social interests, as well as the protection of the environment.⁴² In fact, corporate social responsibility found its way into company law statutes of EU jurisdictions through Directive 2014/95/EU, which amended Directive 2013/34/EU. The EU legislator requires large companies with an average number of employees over 500 to publish a non-financial report (and parent companies to publish a consolidated non-financial report), which will contain, at least, information on environmental issues, social issues and issues relating to employees, to respect of human rights, the fight against corruption and bribery, as provided in articles 151, 154 of the Greek Law 4548/2018.

In this context, the question that arises is whether, through the adoption of accounting rules, a change in the perception of corporate interest has occurred, in the sense that corporate management should, when exercising its duties,

⁴⁰ Tountopoulos, in Law of SA, (ΔικΑΕ), Art. 2 of Law 3016/2002 (in Greek), no 18.

⁴¹ Vervessos, Law of Financial Markets (ΧρηΔικ) 2017 (in Greek), p. 219

⁴² For corporate social responsibility Sotiropoulos, Commercial Law Review (ΕΕμπΔ) 2019 (in Greek), 32. Sotiropoulos, Corporate Social Responsibility, in DAE, Sotiropoulos (Edit.), Introduction, (in Greek), 2020.

take into account parameters such as social justice and environmental protection in addition to the long-term profitability of the business.⁴³ The answer that is given to this question in the current domestic and foreign literature is a negative one. The corporate interest as a determinant factor of the legality of the board's corporate actions belongs to the so-called non-harmonized part of Company Law,⁴⁴ which, obviously, cannot be overlapped by accounting rules.⁴⁵ It is a different matter whether corporate actions in alignment with the concept of corporate social responsibility enhance the market value of a company. In such a case scenario these actions fall within the notion of corporate interest in the monistic sense and the BoD has a duty to adopt them. Therefore, the question of whether there should be a balance between the intra-corporate interests and other interests, whose pursuit is deemed as part of a company's Corporate Social Responsibility Policy should be further distinguished⁴⁶. It is worth mentioning that based on the Greek doctrine the conflict should be resolved in favor of the intra-corporate interests.

II. Legal consequences from the breach of Article 151 of Law 4548/2018

1. Generally

In Article 151 of Law 4548/2018 there is no provision about the legal consequences in case of its breach⁴⁷. That does not, of course, mean that the breach does not entail any sanctions. Quite the contrary; in view that the non-financial statement is included in the management report, the legal consequences should be the same as those in case of breach of Article 150 of Law 4548/2018. In this context, a distinction should be drawn between internal and external liability.

43 See on the issue Vervessos, in DAE, Sotiropoulos (Edit.) (in Greek), Article 77 no. 12-13.

44 See details in Vervessos, Thoughts on the non-harmonized part of company law, revue hellénique de droit européen (EEυpΔ) 2008 (in Greek), 241.

45 Thus Sotiropoulos, Commercial Law Review (EEμπΔ), 2019, p. 32 et seq. also Vervessos, in DAE, Sotiropoulos (Edit.) (in Greek), Article 77 no. 13.

46 Rokas, Commercial Companies (in Greek), 191, Livada, in DAE, Sotiropoulos (Ed.) (in Greek), Article 151 no. 38.

47 In the example of the corporate governance statement Lutter, Kölner Kommentar, Band. 3, 1. Teillieferung, 2006, § 161 Rn. 65 distinguishes the following defects:

- 1) Die Erklärung wird nicht abgegeben; (2) Die Erklärung wird den Aktionären nicht dauerhaft zugänglich gemacht; (3) Die Erklärung wird nicht zum Handelsregister eingereicht; (4) Der Hinweis auf die Erklärung findet sich nicht im Anhang zum Jahresabschluss; (5) Die erforderlichen Hinweise fanden sich ganz oder teilweise nicht im Anhang zum Konzernabschluss; (6) Die vergangenheitsbezogene Erklärung ist falsch; (7) Die Organmitglieder halten sich ganz oder teilweise nicht an den Inhalt ihrer zukunftsgerichteten Erklärung.

2. Liability of the members of the BoD towards the firm (internal liability)

The first legal consequence concerns the potential liability of the members of the BoD based on Article 102 of Law 4548/2018, which regulates their liability towards the company⁴⁸. The failure to submit financial statements or the submission of inaccurate financial statements is a breach of the due diligence obligation, which the BoD is subject to while performing its duties. Provided that the other conditions of Article 102⁴⁹ are met, namely fault (slight negligence is sufficient), damage and causal link between damage and illegal conduct, the board will be found liable towards the company⁵⁰. In fact, Article 96(2) establishes a collective duty of the BoD to prepare and publish the financial statements, the management report, the corporate governance statement and the consolidated financial statements in accordance with the law or, as the case may be, in accordance with the IAS, as adopted by Regulation 1606/2002 of the European Parliament and of the Council. However, the main problem regarding the implementation of Article 102 is, that stakeholders are not entitled to sue the board of directors for any corporate decision that jeopardizes their interests. On the contrary, the exercise of the company's claims against persons liable under Article 102 is reserved for shareholders,⁵¹ who will find it very difficult to file and succeed in corporate litigation for non-submission or inaccurate reporting of non-financial statements.⁵²

3. Liability towards third parties (external liability)

The internal liability of the members of the BoD towards the company should be distinguished from their external liability, i.e., the liability of their towards third parties, such as employees, suppliers, creditors, shareholders, investors and competitors⁵³. In fact, according to Article 107 of Law 4548/2018, the provisions for the internal liability of the members of the BoD (Articles 102-106)

48 For the liability according to article 102 see Vervessos, in: DAE, Sotiropoulos (Edit.) (in Greek), Art. 102 no. 1 et seq.

49 Obviously, the breach of the due diligence obligation is a reason for the revocation of the members of the board of directors of the company, which, however, are in any case freely revoked in accordance with article 77 par. 2 section 2 Law 4548/2018.

50 See Livada, in: DAE, Sotiropoulos (Edit.) (in Greek), Art. 150 no. 16 et seq.

51 The procedure is described in the provisions of articles 103, 104 105 Law 4548/2018. Details in Tellis in: DAE, Sotiropoulos (Edit.) (in Greek), Art. 102 no. 1 et seq.

52 See also for comparative law observations Fleischer, *Gesetzliche Unternehmenszielbestimmungen im Aktienrecht. Eine vergleichende Bestandsaufnahme*, ZGR 2017, 425: "Viel Lärm um wenig".

53 Details on the issue of external liability towards competitors (under the provisions on unfair competition), investors and suppliers under German law Asmussen, *Haftung für CSR*, 2020.

do not affect their liability for direct damage towards shareholders or third parties, or in case of fraudulent trading. This provision has a clarifying -negative- content.⁵⁴ It cannot be used as the legal basis for the liability of the members of the board; the legal basis should be sought in other provisions. The most typical example of the external liability of the members of the board of directors of a public limited company is that of tort liability grounded in Articles 914-919 in combination with Article 71 of the Greek Civil Code. The liable member(s) of the BoD will share liability with the legal entity. Since the company is admitted to trading on the regulated ATHEX market (Athens Stock Exchange), the illegality could further be based on the violation of the provisions for market manipulation,⁵⁵ the defective ad hoc disclosure⁵⁶ as well as the provisions for market transparency.⁵⁷ However, as noted in literature in the example of the corporate governance statement, which applies to non-financial statements respectively, liability of the company and its board members for breach of Articles 151 and 154 of Law 4548/2018 can be established only under exceptional circumstances.⁵⁸

4. Administrative or criminal sanctions

The violation of Article 151 of Law 4548/2018 also implies the imposition of administrative sanctions by the Hellenic Capital Market Commission, when, for example, the company fails to submit non-financial statements⁵⁹, or of criminal sanctions. In the latter case, the members of the BoD may be sentenced to imprisonment for up to 3 years or be obliged to pay a fine ranging

54 For this provision see Psaroudakis, in: DAE, Sotiropoulos (Edit.) (in Greek), Art. 107 no. 1 et seq.

55 Article 13 para. 1(c) of 596/2014 Market Abuse Regulation (MAR).

56 See article 17 of 596/2014 Market Abuse Regulation (MAR).

57 Directive 2004/109 / EC on transparency was incorporated into the Greek legal order by Law 3556/2007, as in force.

58 See Tountopoulos, Capital Market Law(in Greek), 72, Livada, in: DAE, Sotiropoulos (Edit.) (in Greek), Art. 150 no. 19.

59 Otherwise according to Livada, in: DAE, Sotiropoulos (Edit.) (in Greek), Art. 150 no. 26, which non-submission of non-financial statements does not imply criminal sanctions for the members of the board of directors of the SA. This is because Article 151, in declination from article 150, does not contain a provision similar to that of paragraph 6 of article 150. According to the latter provision, if the annual management report of the board of directors does not include information required by article 150, the members of the board of directors are subject to the penalties of article 179. In view of this and given the criminal law principle *nullum crimen, nulla poena sine lege*, it is concluded in literature that the criminal sanctions of article 179 are not imposed, since something else would constitute an inadmissible extension of the crime.

from 5,000 to 50,000 Euros according to Article 179 (3) of Law 4548/2018 to which Article 150(6) of Law 4548/2018 refers.⁶⁰

E. Conclusion

With the transposition of Directive 2014/95/EU into the Greek legal framework, the first foundations of corporate social responsibility were laid in Greek accounting and company law. The following development and formulation of corporate social responsibility is due to the implementation of the European Parliament's proposal on Directive 2014/95/EU. For the EU legislator the objective of a company's management shall be the promotion of the sustainability of the company.⁶¹ Obviously, the realization of this objective will greatly affect the interpretation of classical concepts of Company Law, such as the corporate interest. According to the widely held view, in Greek law the corporate interest is identified with the interests of shareholders and these interests outweigh the interests of other stakeholder groups. It is precisely because of this reconceptualization that a comprehensive treatment of the issue from the point of view of Company Law is necessary.⁶² Issues such as the legislative regulation of corporate social responsibility have a direct effect on the objectives of the company or the obligations of the members of the BoD (Article 96 of Law 4548/2018), as well as on the corresponding expansion of the persons entitled to bring a legal action in case of failure to implement the objectives of corporate social responsibility.⁶³

60 See in the example of the management report Livada, in: DAE, Sotiropoulos (Edit.) (in Greek), Art. 151 no. 12

61 Philipp, *Gesellschaftsrecht: Vorstellungen des Europäischen Parlaments zur nachhaltigen Unternehmensführung*, NZG 2021, 131, Stöbener de Mora, *Gesellschaftsrecht: Konsultation zu Nachhaltigkeit in der Unternehmensführung und Sorgfaltspflichten in der Lieferkette*, EuZW 2021, 4, Schmidt, *Gesellschaftsrecht: Corporate interest, supply chain and beyond?! EU Konsultation zu nachhaltiger Unternehmensführung*, EuZW 2020, 956.

62 See in this context the correct observation of Sotiropoulos, *Commercial Law Review (ΕΕμπΔ)* 2019 (in Greek), p. 57, according to which one should approach the discussion of corporate social responsibility from the perspective of corporate law and not Company Law in the light of Corporate Social Responsibility.

63 See on the objectives and issues that should be at the heart of such a discussion from the perspective of Company Law Fleischer, AG 2017, 525.

Δικονομικού δικαίου ζητήματα από τη διαδικασία συγχωνεύσεως ανωνύμων εταιρειών και μετέπειτα ανακλήσεως της σχετικής εγκριτικής αποφάσεως Μέσα εκτελέσεως - Προσωρινή ρύθμιση καταστάσεως

Πελαγία Γέσιου-Φαλτσή

Ομ. Καθηγήτρια Νομικής Σχολής Α.Π.Θ.,
αντεπ. μέλος Ακαδημίας Αθηνών

I. Εισαγωγή*

Η διαδικασία της συγχωνεύσεως ανωνύμων εταιρειών με απορρόφηση (άρθρα 6-21 ν. 4601/2019: «Εταιρικοί μετασχηματισμοί και εναρμόνιση του νομοθετικού πλαισίου με τις διατάξεις της Οδηγίας 2014/55/ΕΕ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 16^{ης} Απριλίου 2014», πρώην άρθρα 68, 69 επ. κ.ν. 2190/1920) συναποτελείται, και υπό το ν. 4601/2019¹, από περισσότερα στάδια: Προηγείται η κατάρτιση Σχεδίου Συμβάσεως Συγχωνεύσεως, το οποίο εκπονείται από τα Διοικητικά Συμβούλια της κάθε μίας από τις συγχωνευόμενες εταιρείες (άρθρο 7 ν. 4601/2019, πρώην άρθρο 69§1 κ.ν. 2190/1920), και το οποίο συνοδεύεται από έκθεση που το δικαιολογεί από νομική και οικονομική άποψη (άρθρο 9 ν. 4601/2019, πρώην 69§4 κ.ν. 2190/1920). Ακολουθούν οι διατυπώσεις δημοσιότητας που ρητά προβλέπονται (άρθρα 8, 9§2 ν. 4601/2019, πρώην άρθρα 69§3 σε συνδ με 78 και 70§1 κ.ν. 2190/1920), ο έλεγχος του Σχεδίου Συμβάσεως Συγχωνεύσεως από Επιτροπή Εμπειρογνομόνων (άρθρο 10 ν. 4601/2019, πρώην άρθρο 71 κ.ν. 2190/1920), και η υποβολή του παραπάνω Σχεδίου στις Γενικές Συνελεύσεις των εταιρειών, προκειμένου, μετά από την κατάλληλη ενημέρωση, και παρέλευση των προθεσμιών που προβλέπονται, να προχωρήσουν στην έγκρισή του (άρθρο 14 ν. 4601/2019, πρώην άρθρο 72§1 κ.ν. 2190/1920). Αν το Σχέδιο Συμβάσεως δεν εγκριθεί, η συγχώνευση

* Τα θέματα που εξετάζονται στη μελέτη που ακολουθεί ερευνήθηκαν στο πλαίσιο ερωτημάτων που μου τέθηκαν για τη σύνταξη γνωμοδοτήσεως (αδημοσίευτης). Η μελέτη, ενημερωμένη τώρα με τα σύγχρονα νομοθετικά και βιβλιογραφικά δεδομένα, αφιερώνεται στον Καθηγητή κύριο Δημήτριο Μανιώτη για να τιμήσει την εξαιρετική προσφορά του στο δόγμα του αστικού δικονομικού δικαίου· με την ελπίδα ότι τα εξειδικευμένα θέματα ασφαλιστικών μέτρων και δικαίου αναγκαστικής εκτελέσεως που εξετάζει ανήκουν και αυτά στα ενδιαφέροντά του.

1 Βλ. από τα νεότερα έργα Αυγητίδη, Το νέο δίκαιο των εταιρικών μετασχηματισμών, 2019-Γρηγοριάδη, Το δίκαιο των εταιρικών μετασχηματισμών (2020)· Αλεξανδρίδου, Δίκαιο εμπορικών εταιριών3, (2019), παρ. 42, σ. 651 επ.

ματαιώνεται. Μετά από την παραπάνω έγκρισή του Σχεδίου Συμβάσεως Συγχωνεύσεως, η σύμβαση συγχωνεύσεως που καταρτίζεται πρέπει να περιβληθεί το συμβολαιογραφικό τύπο (άρθρο 15§ ν. 4601/2019, πρώην άρθρο 74§1 κ.ν. 2190/1920). Η συγχώνευση, τέλος, ολοκληρώνεται με την έγκρισή της από τη Διοίκηση και την καταχώριση της εγκριτικής αποφάσεως με τα υπόλοιπα έγγραφα στο ΓΕΜΗ (άρθρα 16, 17 ν. 4601/2019)².

Στο πλαίσιο της προαναφερόμενης διαδικασίας για τη συγχώνευση ανωνύμων εταιρειών με απορρόφηση, ένα πρώτο θέμα που τίθεται, και που χρειάζεται έρευνα, αφορά τη δυνατότητα ή μη εφαρμογής των μέσων εκτελέσεως του ΚΠολΔ, με βάση τη συμφωνία για τη συγχώνευση, όταν αυτή περιέχει ρήτρα προσφυγής στα μέσα αυτά· και, σε καταφατική περίπτωση, με ποιές προϋποθέσεις. Πρόκειται δηλαδή για το ειδικότερο ερώτημα αν μπορεί να εξαναγκασθεί η μία από τις υπό συγχώνευση ανώνυμες εταιρείες να υπογράψει το συμβολαιογραφικό έγγραφο για τη συγχώνευση, που απαιτεί το άρθρο 15§2 ν. 4601/2019 (πρώην 74§1 κ.ν. 2190/1920), όταν θεωρεί ότι, υπό τις συνθήκες που τελικώς διαμορφώθηκαν, δεν πρέπει να προχωρήσει η διαδικασία αυτή της συγχωνεύσεως (βλ. στο II).

Ένας επόμενος κύκλος θεμάτων που ανακύπτουν συνέχεια με το επιτρεπτό προσφυγής στη διαδικασία των ασφαλιστικών μέτρων του ΚΠολΔ, από την πλευρά της ανώνυμης εταιρείας που επιδιώκει τη συνέχιση της διαδικασίας συγχωνεύσεως, προκειμένου να επιτύχει την αναστολή ισχύος αποφάσεως του Διοικητικού Συμβουλίου της αντισυμβαλλόμενης ανώνυμης εταιρείας, η οποία λαμβάνεται με σκοπό και αντικείμενο την ανάκληση της αποφάσεως για τη συγχώνευση· ή, ακόμη, την αναστολή ή την απαγόρευση επιχειρήσεως των επακόλουθων σχετικών πράξεων, όπως η συνεδρίαση, η συζήτηση και η λήψη της σχετικής αποφάσεως από τη Γενική Συνέλευσή της (βλ. στο III).

Ζητήματα που χρειάζεται να ερευνηθούν είναι, τέλος, αυτά που συνέχονται με τη δυνατότητα αναγκαστικής εκτελέσεως υποχρεώσεως των κυρίων μετόχων της υπό συγχώνευση ανώνυμης εταιρείας αφενός να καταψηφίσουν στη Γενική Συνέλευση ενδεχόμενη εισήγηση του Διοικητικού της Συμβουλίου για την ανάκληση της αποφάσεως για τη συγχώνευση· και αφετέρου να απόσχουν από κάθε ενέργεια, η οποία θα κατέτεινε στην ανάκληση της συγχωνεύσεως, όταν, από ρητές συμβατικές δεσμεύσεις τους, απορρέει μόνο η υποχρέωσή τους να υπερψηφίσουν την πρόταση για τη συγχώνευση ή και να μην την παρακωλύσουν (βλ. στο IV).

2 Για περισσότερες λεπτομέρειες βλ. τις παραπομπές της σημ. 1.

II. Η αδυναμία εφαρμογής των μέσων εκτελέσεως του ΚΠολΔ για τον εξαναγκασμό υπογραφής του συμβολαιογραφικού εγγράφου για τη συγχώνευση

1. Αδυναμία εφαρμογής του άρθρου 949 ΚΠολΔ

- α. Η αναγκαστική εκτέλεση της υποχρέωσης ανώνυμης εταιρείας για την υπογραφή της συμβολαιογραφικής πράξεως συγχωνεύσεως κατά το άρθρο 15§2 ν. 4601/2019 (πρώην 74§1 κ.ν. 2190/1920) συνιστά, με βάση τις διακρίσεις που γνωρίζει ο ΚΠολΔ αναφορικά με τα είδη της εκτελούμενης αξιώσεως, περίπτωση αναγκαστικής εκτελέσεως προς επιχείρηση νομικής πράξεως, και πιο συγκεκριμένα για δήλωση δικαιοπρακτικής βουλήσεως. Πρέπει συνεπώς να εξετασθεί αν συντρέχουν οι προϋποθέσεις του άρθρου 949 ΚΠολΔ³, και πιο συγκεκριμένα αν πρόκειται για περίπτωση όπου τη δήλωση της δικαιοπρακτικής βουλήσεως για την υπογραφή της συμβολαιογραφικής πράξεως της συγχωνεύσεως μπορεί να υποκαταστήσει η πλασματική εκτέλεση που προβλέπεται από το άρθρο 949 ΚΠολΔ⁴.
- β. Εκτελεστός τίτλος που μπορεί να θεμελιώσει την αυτόματη (πλασματική) εκτέλεση του άρθρου 949 ΚΠολΔ είναι, σύμφωνα με το γράμμα της διατάξεως, μόνο η τελεσίδικη δικαστική απόφαση που καταδικάζει τον υπόχρεο στην οφειλόμενη δήλωση βουλήσεως. Έτσι, δεν μπορεί να γίνει λόγος ούτε για προσωρινή εκτέλεση της αποφάσεως⁵. Αποκλείονται επίσης τα συμβολαιογραφικά έγγραφα, ακόμη και αν στη συγκεκριμένη περίπτωση θα μπορούσαν αυτά να εκληφθούν ότι ενσωματώνουν αξίωση προς δήλωση δικαιοπρακτικής βουλήσεως⁶. Σύμφωνα με την ομόφωνη θεωρία, το συμβολαιογραφικό έγγραφο δεν συγκεντρώνει τα ουσιώδη αξιολογικά γνωρίσματα της τελεσίδικης δικαστικής αποφάσεως, που θα επέτρεπαν την πλασματική εκτέλεση του άρθρου 949 ΚΠολΔ⁷. Ο φορέας της αξιώσεως προς

3 Ειδικότερα Γέσιου-Φαλτσή, Δίκαιο αναγκαστικής εκτελέσεως, Ειδικό Μέρος II α3 (2018), § 50, αρ 7 επ. και η μονογραφία Ποδηματά, Η καταδίκη σε δήλωση βουλήσεως κατά το άρθρο 949 ΚΠολΔ (1989).

4 Βλ., π.χ., ΑΠ 76/2004, ΕλλΔικ 2004,734· ΑΠ 499/2011, ΕλλΔικ 2011,105 επ. =NoB 2011, 1577 επ.

5 Πάγια άποψη: ΕφΑθ 1160/1980, ΕλλΔικ 1981, 444 (447)· ΕφΑθ 10360/1982, ΑρχΝ 1982, 465 (468)· ΠολΠρωτΑθ 4086/1976, NoB 1976, 744· ΠολΠρωτΤρικ 45/1998, NoB 2000, 302 (303)· Γέσιου-Φαλτσή, ΔικΑνΕκτ Πα3 (2018), § 50, αρ 27· Μπέης, ΑνΕκτ, ΕιδΜερ Ι, άρθρο 949, αρ 32, σ. 1882· Μπρίνιας, ΑνΕκτ Ι2, άρθρο 909, αρ 54, σ. 151· Βαθρακοκοίλης Ε', άρθρο 949, αρ. 41, σ. 628-629· αναλυτικά η μονογραφία Ποδηματά, Η καταδίκη, σ. 209 επ.

6 Ποδηματά, Η καταδίκη, σ. 307-308.

7 Βλ. Ποδηματά, ό.π., με πολλές περαιτέρω παραπομπές σε γερμανούς συγγραφείς, καθώς το άρθρο 949 ΚΠολΔ έχει συνταχθεί κατ' απομίμηση της § 894 γερμ ΚΠολΔ· Βαθρακοκοίλη

δήλωση βουλήσεως, η οποία προκύπτει από συμβολαιογραφικό έγγραφο, για να ικανοποιηθεί αναγκαστικά, θα πρέπει να εναγάγει τον υπόχρεο με αίτημα την καταδίκη του στην οφειλόμενη δήλωση βουλήσεως. Κατά μείζονα λόγο, αφού ο νόμος αποκλείει ακόμη και το συμβολαιογραφικό έγγραφο, τα παραπάνω πρέπει να γίνουν δεκτά και όταν πρόκειται μόνο για ιδιωτικό συμφωνητικό, όπως κατά κανόνα συμβαίνει στην ερευνώμενη περίπτωση.

Παγίως γίνεται επίσης δεκτό ότι δεν μπορεί να υπάρξει υποκατάσταση της δηλώσεως βουλήσεως δυνάμει της πλασματικής εκτελέσεως του άρθρου 949 ΚΠολΔ με απόφαση ασφαλιστικού μέτρου. Η θέση αυτή είναι ομόφωνη, διότι η προσωρινή καταδίκη σε δήλωση βουλήσεως με απόφαση ασφαλιστικού μέτρου προσκρούει στον κανόνα της απαγορεύσεως της πλήρους ικανοποίησης του ασφαλιστέου δικαιώματος (άρθρο 692§4)⁸. Η εφαρμογή εξάλλου του άρθρου 949 στις αποφάσεις ασφαλιστικών μέτρων πρέπει πολύ περισσότερο να αποκλεισθεί, αφού ο νόμος απαγορεύει ακόμη και την προσωρινή εκτέλεση της σχετικής οριστικής αποφάσεως⁹.

- γ. Ένα πρώτο συμπέρασμα από όσα σημειώθηκαν αμέσως πιο πάνω είναι ότι στο ερευνώμενο θέμα, ακόμη και αν συνέτρεχαν οι προϋποθέσεις της, η πλασματική αναγκαστική εκτέλεση για την υπογραφή της συμβολαιογραφικής πράξεως της συγχωνεύσεως θα προϋπέθετε καταδίκη με τελεσίδικη δικαστική απόφαση, όπως την απαιτεί το άρθρο 949 ΚΠολΔ. Πρέπει επομένως να εξετασθεί αν, στο πλαίσιο της διαδικασίας συγχωνεύσεως των ανωνύμων εταιρειών, υπάρχουν οι προϋποθέσεις για την εφαρμογή της διατάξεως.
- δ. Το άρθρο 949 ΚΠολΔ προϋποθέτει ότι υπάρχει υποχρέωση ορισμένου προσώπου, σύμφωνα με το ουσιαστικό δίκαιο, να προβεί σε δήλωση βουλήσεως¹⁰. Η υποχρέωση αυτή μπορεί να πηγάζει από δικαιοπραξία, οριστική ή

Ε', άρθρο 949, αρ 85· *Γέσιου-Φαλτσή*, ΔικΑνΕκτ Πα3 (2018), § 50, αρ 35.

8 Βλ., από την παλαιότερη και τη νεώτερη νομολογία, ενδεικτικά: ΜονΠρωτΑαρ 587/1979, ΕλλΔικ 1979, 807(809)· ΜονΠρωτΑθ 2768/1982, ΕλλΔικ 1982, 158· ΜονΠρωτΝαυπλ 264/1982, ΕπεργΔ 1982, 606 (607)· ΜονΠρωτΤρικ 4/2000, ΑρχΝ 2000, 279 (280)· ΜονΠρωτΤρικ 578/2002, Δ 2002, 1140 (1142), με παρατηρήσεις *Ε. Μπαλογιάννη* και *Κ. Μπέη*· ΜονΠρωτΡοδ 1127/2003, Επισκ ΕΔ 2004, 529 (532-533)· ΜονΠρωτΧαλκ 1175/2008, Αρχ Ν 2008, 784 (785)· έτσι και η θεωρία: *Μπέης*, Τα όρια της προσωρινής δικαστικής προστασίας (1980), σ. 68-69· ο ίδιος, *ΑνΕκτ ΕιδΜερ Ι*, άρθρο 949, αρ 33· *Γέσιου-Φαλτσή*, ΔικΑνΕκτ Πα³ (2018), § 50, αρ 36· *Βαθρακοκόιλης Ε'*, άρθρο 949, αρ 46, σ. 631· *Βαφειάδου*, στο *Απαλαγάκη* (επιμ.), ΚΠολΔ, Ερμηνεία κατ' άρθρο (2010), άρθρο 949, αρ 2, σ. 1866· και εκτενώς *Ποδηματά*, Η καταδίκη, σ. 224 επ· και *Νίκας*, Αρμ 1981, σ. 1064 επ. (1069-1070).

9 *Ποδηματά*, ό.π.· *Γέσιου-Φαλτσή*, ό.π.

10 Ενδεικτικά ΑΠ 499/2011, ΝοΒ 2011, 1577 (1578).

προσύμφωνο, ή από το νόμο¹¹. Σύμφωνα με τη νομολογία, η καταδίκη σε δήλωση βουλήσεως προϋποθέτει πραγματικά περιστατικά που δημιουργούν ενοχή¹², δηλαδή την υποχρέωση συγκεκριμένου προσώπου απέναντι στον φορέα της αξιώσεως να προβεί στη δήλωση βουλήσεως που αξιώνεται. Σύμφωνα με τον ΑΠ¹³, η αξίωση για καταδίκη σε δήλωση βουλήσεως πρέπει να στηρίζεται σε σύμβαση, που ο νόμος εξοπλίζει με δεσμευτικότητα.

Υπάρχει συνεπώς το ερώτημα αν το κατά το άρθρο 7 ν. 4601/2019 (πρώην 69 κ.ν. 2190/1920) Σχέδιο Συμβάσεως Συγχωνεύσεως, όπως αυτό υπογράφεται από τα Συμβαλλόμενα Μέρη, και όπως αυτό εγκρίνεται από τις Έκτακτες Γενικές Συνελεύσεις των Μερών δυνάμει του άρθρου 14 ν. 4601/2019 (πρώην 72§1 κ.ν. 2190/1920), μπορεί να συνιστά δικαιοπραξία, οριστική ή προσύμφωνο (άρθρο 166 ΑΚ), υπό την έννοια του άρθρου 949 ΚΠολΔ, ώστε να δημιουργεί κατά το ουσιαστικό δίκαιο την υποχρέωση προς επιχείρηση της δηλώσεως βουλήσεως για την υπογραφή της συμβολαιογραφικής πράξεως συγχωνεύσεως σύμφωνα με το άρθρο 15§2 ν. 4601/2019 (πρώην 74§1 κ.ν. 2190/1920), και να μπορεί να οδηγήσει σε πλασματική εκτέλεση δυνάμει της προαναφερόμενης διατάξεως.

Ως οριστικές δικαιοπραξίες που συνιστούν παραγωγικό λόγο αξιώσεων προς δήλωση βουλήσεως, υπό την έννοια του άρθρου 949 ΚΠολΔ, νοούνται οι ενοχικές υποσχετικές συμβάσεις, που είτε σκοπούν αμέσως (πώληση ή δωρεά), είτε καθιστούν από τα πράγματα αναγκαία, για την επίτευξη του σκοπού τους (π.χ. εντολή), την κατάρτιση μιας άλλης δικαιοπραξίας¹⁴. Ως προσύμφωνο (άρθρο 166 ΑΚ), που μπορεί να θεμελιώσει την εφαρμογή του άρθρου 949 ΚΠολΔ, εκλαμβάνεται περαιτέρω η προκαταρκτική εκείνη ενοχική υποσχετική σύμβαση, με την οποία αναλαμβάνεται η υποχρέωση προς σύναψη ορισμένης άλλης (οριστικής, κύριας) δικαιοπραξίας¹⁵. Οι αξιώσεις συνεπώς που επιδέχονται πλασματική αναγκαστική εκτέλεση, δυνάμει του άρθρου 949 ΚΠολΔ, πρέπει οπωσδήποτε να απορρέουν από κα-

11 ΑΠ 499/2011, ό.π.: ΕφΑθ 2879/1990, ΕλλΔικ 1991, 1023· ΠολΠρωτΠειρ 1563/1995, ΕλλΔικ 1998, 217· ΠολΠρωτΤρικ 45/1998, ΝοΒ 2000, 302 (303)· ενδεικτικά Γέσιου-Φαλτσή, ΔικΑ-νΕκτ Πα3 (2018), § 50, αρ 7.

12 Βλ., π.χ., ΕφΑθ 2879/1990, ό.π.: ΕφΑθ 6928/1991, ΕλλΔικ 1994, 139· ΕφΑθ 3227/1994, ΝοΒ 1995, 718· ΠολΠρωτΤρικ 45/1998, ό.π.

13 ΑΠ 76/2004, ΕλλΔικ 2004, 734· ΑΠ 499/2011, ό.π., 1577 (1578).

14 Βλ. Γέσιου-Φαλτσή, ΔικΑνΕκτ Πα3 (2018), § 50, αρ 9-10· και τη λεπτομερή ανάλυση της Ποδηματά, ό.π., σ. 81 επ.

15 Ποδηματά, ό.π., σ. 77 επ., με πληθώρα παραπομπών· βλ. ενδεικτικά και Λαδά, Γενικές Αρχές Αστικού Δικαίου II (2009), § 37, αρ 40 επ.

ταρτισμένη σύμβαση· και να αποβλέπουν, με τρόπο άμεσο και ρητό, στην επιχείρηση ορισμένης δηλώσεως βουλήσεως¹⁶.

Το Σχέδιο όμως της Συμβάσεως Συγχωνεύσεως του άρθρου 7 ν. 4601/2019 (πρώην 69 κ.ν. 2190/1920), ακόμη και όταν αυτό έχει υπογραφεί από τα ενδιαφερόμενα Μέρη, και έχει εγκριθεί από τις Έκτακτες Γενικές Συνελεύσεις των υπό συγχώνευση εταιρειών, δεν παράγει δεσμευτικότητα και δεν μπορεί να θεμελιώσει αναγκαστική εκτέλεση δυνάμει του άρθρου 949 ΚΠολΔ. Δεν περιέχει καταρχήν αξιώσεις που απορρέουν από τελειωμένη σύμβαση, όπως απαιτεί το άρθρο 949 ΚΠολΔ, αφού συνιστά απλό σχέδιο¹⁷. Ούτε όμως και από την άποψη του ουσιαστικού περιεχομένου του περικλείει αξιώσεις της κάθε μιας από τις συγχωνευόμενες εταιρείες, οι οποίες (αξιώσεις), με τρόπο άμεσο και δεσμευτικό, να καθιστούν υποχρεωτική την επιχείρηση της δηλώσεως βουλήσεως προς ολοκλήρωση της διαδικασίας της συγχωνεύσεως. Η απόφαση των Έκτακτων Γενικών Συνελεύσεων των υπό συγχώνευση εταιρειών για την έγκριση του Σχεδίου δεν παρέχει την εξουσία σε κάθε μία από τις συγχωνευόμενες εταιρείες να καταδικάσει την άλλη σε δήλωση βουλήσεως για την υπογραφή του οριστικού συμβολαίου της συγχωνεύσεως. Το εγκεκριμένο από τις Γενικές Συνελεύσεις των υπό συγχώνευση εταιρειών Σχέδιο δεν συνιστά σύμβαση, οριστική ή προσύμφωνο, που να μπορεί να θεμελιώσει την εφαρμογή της πλασματικής αναγκαστικής εκτελέσεως του άρθρου 949 ΚΠολΔ.

Η διαπίστωση αυτή συνιστά παγιωμένη θέση της θεωρίας, τόσο παλαιότερης όσο και νεότερης¹⁸. Έχει πράγματι από παλαιότερα διευκρινισθεί, και πριν ακόμη από την πρόβλεψη του συμβολαιογραφικού τύπου με το π.δ. 498/1987, ότι οι αποφάσεις για τη συγχώνευση δεν δεσμεύουν προς τα έξω τις εταιρίες για την τελειώσή τους¹⁹, και ότι, με την απόφαση των Γενικών Συνελεύσεων των υπό συγχώνευση εταιρειών, διαμορφώνεται απλώς η βούληση της εταιρείας για τη συγχώνευση, ως γεγονός που αφορά τις εσωτερικές της σχέσεις. Μόνο με την κατάρτιση της σχετικής συμβάσεως υποδηλώνεται η βούληση της εταιρείας για τη συγχώνευση προς τα

16 ΑΠ 76/2004, ΕλλΔικ 2004, 734· ΑΠ 499/2011, ΝοΒ 2011, 1577 (1578)· **Ποδηματά**, ό.π., σ. 101.

17 Βλ. (υπό τον κ.ν. 2190/1920) χαρακτηριστικά *Καραγκουνίδη*, *Ανώμαλη Συγχώνευση και Διάσπαση Ανωνύμων Εταιριών* (1997), σ. 57: «Μέχρι να λάβει χώρα η περιαφή του συμβολαιογραφικού τύπου, δεν μπορεί να γίνει λόγος για σύμβαση συγχώνευσης ...παρά μόνο για σχέδιο...»· για σχέδιο συμβάσεως κάνουν άλλωστε λόγο και όλοι οι παλαιότεροι και οι σύγχρονοι συγγραφείς: βλ., π.χ., *Αντωνόπουλο*, *Δίκαιο Α.Ε. και Ε.Π.Ε.*, Δ' έκδοση (2012), § 14, αρ 15,17· *Αλεξανδρίδου*, *Δίκαιο Εμπορικών Εταιριών*³ (2019), παρ. 42, αρ. 23επ· *Ρόκα*, *Εμπορικές εταιρίες*, 6^η έκδοση (2008), σ. 464-465· *Βελέντζα*, *Ανώνυμη εταιρία* (2008), σ. 901.

18 Πρβλ. και ΕφΘεσ 1426/2001, Αρμ 2002, 889· *ΜονΠρωτΧίου* 293/2001, Αρμ 2002, 436 (437).

19 Βλ. *Γεωργακόπουλο*, *Το Δίκαιον των Εταιρειών*, τόμος τρίτος, *Η ανώνυμος εταιρεία* (1974), σ. 470· πρβλ. και *Καραγκουνίδη*, ό.π.

έξω²⁰. Έγινε και γίνεται πράγματι ανεπιφύλακτα δεκτό ότι η απλή έγκριση του Σχεδίου Συγχώνευσεως από τις Έκτακτες Γενικές Συνελεύσεις των υπό συγχώνευση εταιρειών δεν είναι ικανή να θεμελιώσει το δικαίωμα της κάθε μιας από αυτές προς εξαναγκασμό της άλλης με τη χρήση των μέσων της αναγκαστικής εκτελέσεως²¹, ή, με άλλη διατύπωση, ότι η έγκριση του Σχεδίου από τις Έκτακτες Γενικές Συνελεύσεις των υπό συγχώνευση εταιρειών δεν ισοδυναμεί με τη σύμβαση συγχώνευσεως (ούτε βέβαια και με προσύμφωνο), η οποία άλλωστε πρέπει να περιβληθεί το συμβολαιογραφικό τύπο²². Η δέσμευση που παράγεται από την εγκριτική απόφαση των Έκτακτων Γενικών Συνελεύσεων των υπό συγχώνευση εταιρειών, εφόσον η απόφαση αυτή δεν έχει ανακληθεί, αφορά μόνο τις εσωτερικές σχέσεις τους και δεν θεμελιώνει αξιώσεις στις εξωτερικές τους σχέσεις²³.

- ε. Αλλά, και υπό την εκδοχή ακόμη ότι το εγκεκριμένο από τις Έκτακτες Γενικές Συνελεύσεις των υπό συγχώνευση εταιρειών Σχέδιο θα μπορούσε να χαρακτηριστεί ως προσύμφωνο, υπό την έννοια των άρθρων 166 ΑΚ και 949 ΚΠολΔ, και πάλι δεν θα ήταν ικανό να δημιουργήσει υποχρέωση των συμβαλλομένων εταιρειών προς κατάρτιση της οριστικής συμβάσεως συγχώνευσεως κατά το άρθρο 15§2 ν. 4601/2019 (πρώην 74§1 κ.ν. 2190/1920), αν δεν έχει περιβληθεί τον τύπο του συμβολαιογραφικού εγγράφου, όπως κατά κανόνα συμβαίνει.

Σύμφωνα με το άρθρο 166 ΑΚ, το προσύμφωνο υπόκειται στον τύπο που ορίζει ο νόμος για τη σύμβαση που πρέπει να συναφθεί. Η διάταξη αυτή αφορά το συστατικό τύπο²⁴. Θα έπρεπε συνεπώς να κληθεί σε εφαρμογή και στην υπό κρίση περίπτωση, αφού η κατά το άρθρο 15§2 ν. 4601/2019 (πρώην 74§1 κ.ν. 2190/1920) σύμβαση για τη συγχώνευση υπόκειται, κατά τη ρητή διάταξη του νόμου, στο συστατικό τύπο του συμβολαιογραφικού εγγράφου. Συνέπεια της μη εφαρμογής της διατάξεως αυτής του άρθρου 166 ΑΚ είναι ότι το προσύμφωνο, για το οποίο δεν τηρήθηκε ο απαιτού-

20 Έτσι ήδη η μονογραφία Κιάντου-Παμπούκη, Συγχώνευσεις εμπορικών εταιρειών (1963), σ. 118. Την ίδια ακριβώς θέση ακολουθεί και το παλαιό κλασικό έργο του Πασσιά [βλ. Πασσιά, Το Δίκαιον της Ανωνύμου Εταιρείας (1955), σ. 1082: «Η απόφασις εξ' άλλου της συνελεύσεως δεν δεσμεύει την εταιρείαν προς τρίτους, ειμή αφ' ής γίνει παρ' αυτών δεκτή κατά τας αρχάς της συμβάσεως» (με βάση το πριν από το π.δ. 498/1987 νομοθετικό καθεστώς). Βλ. και Αλεξανδρίδου, Δίκαιο Εμπορικών Εταιριών³ (2019), παρ. 42, αρ. 34, σ.664.

21 Βλ. Μούζουλα, στο Περάκης (επιμ.), Το Δίκαιο της Ανώνυμης Εταιρείας, Β' έκδοση (2001), τόμος 8, άρθρο 72, αρ 16- πρβλ. Καραγκουνίδη, ό.π.

22 Βλ. Παμπούκη, Δίκαιο Ανώνυμης Εταιρείας, 3^η έκδοση (1991), τεύχος 1, σ. 193· Αντωνόπουλο, Δίκαιο Α.Ε και Ε.Π.Ε., Δ' έκδοση (2012), § 14, αρ 15· Αλεξανδρίδου Δίκαιο Εμπορικών Εταιριών³ (2019), παρ. 42, αρ. 34, σ.664· Νίκα, Αρμ 2002, σ. 484 επ. (485 II).

23 Βλ. ενδεικτικά Καραγκουνίδη, ό.π., σ. 57.

24 Βλ. Λαδά, ό.π., § 37, αρ 51.

μενος για τη μέλλουσα να καταρτισθεί δικαιοπραξία συστατικός τύπος, είναι άκυρο· και δεν παράγει για τα μέρη υποχρέωση προς κατάρτιση της συμβάσεως που συμφωνήθηκε²⁵. Έτσι, ενόσω το προαναφερόμενο Σχέδιο δεν έχει περιβληθεί το τύπο του συμβολαιογραφικού εγγράφου, ακόμη και αν μπορούσε κατά το περιεχόμενό του να θεωρηθεί ως προσύμφωνο της κύριας συμβάσεως συγχωνεύσεως, θα ήταν άκυρο ως τέτοιο, και δεν θα μπορούσε να θεμελιώσει την εφαρμογή του άρθρου 949 ΚΠολΔ, μέσω ασκήσεως αγωγής για την καταδίκη σε δήλωση βουλήσεως.

2. Αδυναμία εφαρμογής των άλλων μέσων εκτελέσεως

Ανακύπτει το ερώτημα αν, εκτός από την πλασματική εκτέλεση του άρθρου 949 ΚΠολΔ, υπάρχουν και άλλα μέσα, όπως αυτό της χρηματικής ποινής ή της προσωπικής κρατήσεως, που μπορούν να χρησιμοποιηθούν προκειμένου να επιτευχθεί με εξαναγκασμό η υπογραφή της συμβολαιογραφικής πράξεως συγχωνεύσεως. Η απάντηση πρέπει να είναι αρνητική. Για την αναγκαστική εκτέλεση προς επιχείρηση νομικής πράξεως, όπως η ερευνώμενη περίπτωση, ο ΚΠολΔ δεν περιέχει άλλες ρυθμίσεις. Η ερμηνεία που επικρατεί απολύτως²⁶ αντιμετωπίζει το είδος εκτελέσεως που παρέχει το άρθρο 949 ΚΠολΔ ως είδος αποκλειστικό. Δεν επιτρέπει την παράλληλη εφαρμογή των μέσων της έμμεσης εκτελέσεως κατά το άρθρο 946 ΚΠολΔ, ούτε φυσικά τον άμεσο εξαναγκασμό του υπόχρεου. Το άρθρο 949 ΚΠολΔ επιτυγχάνει, με την πλασματική εκτέλεση που καθιερώνει, την ολοκληρωτική ικανοποίηση του φορέα της αξιώσεως για επιχείρηση νομικής πράξεως. Γι' αυτό και η προσωπική κράτηση και η χρηματική ποινή, όπως προβλέπονται από το άρθρο 946 για την επιχείρηση υλικής πράξεως, δεν επιτρέπεται να χρησιμοποιηθούν παράλληλα²⁷. Αυτό προκύπτει με σαφήνεια και από τις προπαρασκευαστικές εργασίες του ΚΠολΔ, όπου ρητά αναφέρεται ότι ως πράξη κατά την έννοια του άρθρου 946

25 ΑΠ 499/2011, ΝοΒ 2011, 1577 (1578)· από τη θεωρία ενδεικτικά Λαδάς, ό.π., § 37, αρ 51, με πολλές παραπομπές στη σημ. 67 (σ. 266) σε περαιτέρω νομολογία του Αρείου Πάγου και του Εφετίου, όπως και στη θεωρία.

26 Σχετικά Γέσιου-Φαλτσή, ό.π., § 50, αρ 65, με περαιτέρω παραπομπές.

27 ΑΠ 636/1988, ΕλλΔικ 1989, 559 (560)· ΕφΑθ 8930/1979, ΝοΒ 1980, 1507 (1508)· ΕφΑθ 10360/1981, ΑρχΝ 1982, 465· ΕφΑθ 8358/1981, ΝοΒ 1982, 34· ΠολΠρωτΘεσ 2430/1974, ΝοΒ 1975, 73· ΠολΠρωτΤρικ 45/1998, ΝοΒ 2000, 302 (303)· Μπρίνιας, ό.π., ΙΙ², άρθρο 949, αρ. 241, σ. 666/667· Βαθρακοκόιλης, Κώδικας Πολιτικής Δικονομίας Ε' (1997), άρθρο 949, αρ 88 α, σ. 648-649· Βαφειάδου, στο Απαλαγάκη (επιμ.), Κώδικας Πολιτικής Δικονομίας, Ερμηνεία κατ' άρθρο (2010), άρθρο 949, αρ. 4· Γέσιου-Φαλτσή, ΔικΑνΕκτ Πα³ (2018), 150, αρ. 65· και εκτενώς Ποδηματά, Η καταδίκη, σ. 318 επ.· μεμονωμένη υπήρξε η αρχική αντίθετη άποψη του Μπέη, ΝοΒ 1969, σ. 204 (205), και ΝοΒ 1969, σ. 624· του ίδιου, Δ 1972, σ. 261· του ίδιου, Μαθήματα πολιτικής δικονομίας, Αναγκαστική εκτέλεση, 2^η έκδοση, σ. 122-123, του οποίου όμως η γνώμη άργότερα μεταστράφηκε υπέρ της ερμηνείας που επικράτησε· βλ. Μπέη, Αναγκαστική εκτέλεση, Ειδικό Μέρος Ι (2005), άρθρο 949, σ. 1867-1868, και σ. 1870.

δεν μπορεί να νοηθεί η δήλωση βουλήσεως²⁸. Στην περίπτωση συνεπώς της αξιώσεως, με αντικείμενο τη δήλωση βουλήσεως, όπως η ερευνώμενη, στην οποία καταδικάζεται ο υπόχρεος με τελεσίδικη δικαστική απόφαση, δεν μπορεί να αναγκάζεται να την πραγματοποιήσει με επιβολή χρηματικής ποινής ή προσωπικής κρατήσεως. Η αξίωση αυτή μπορεί να ικανοποιείται μόνο με την πλασματική εκτέλεση που καθιερώνει ο νόμος.

III. Αδυναμία αναστολής ισχύος ή εκτελέσεως αποφάσεων των οργάνων ανώνυμης εταιρείας με αντικείμενο την ανάκληση της αποφάσεως για τη συγχώνευση

1. Οι νομοθετικές ρυθμίσεις για την προσωρινή αναστολή αποφάσεων των οργάνων της ανώνυμης εταιρείας

α. Έως και το ν. 3604/2007, δεν υπήρχε στο ελληνικό δίκαιο καμία ρητή νομοθετική πρόβλεψη, ουσιαστικού ή δικονομικού δικαίου, όπως τα άρθρα 102 ΑΚ (:αναστολή εκτελέσεως άκυρης αποφάσεως γενικής συνελεύσεως σωματείου) και 736 ΚΠολΔ (:αναστολή εκτελέσεως αποφάσεως γενικής συνελεύσεως σωματείου ή συνεταιρισμού), που να ρυθμίζει την αναστολή της ισχύος ή της εκτελέσεως των αποφάσεων των οργάνων της ανώνυμης εταιρείας· ούτε και ειδικότερα την αναστολή, ή την απαγόρευση πράξεων (νομικών ή υλικών), όπως της συνεδριάσεως, ή της συζητήσεως και της λήψεως αποφάσεων από τη Γενική της Συνέλευση²⁹. Με το άρθρο 42 του ν. 3604/2007 προστέθηκε στον κ.ν. 2190/1920 η § 10 του άρθρου 35 α, η οποία επέτρεψε για πρώτη φορά ρητά τη λήψη ασφαλιστικών μέτρων, όταν πρόκειται για ακυρώσιμη απόφαση της Γενικής Συνελεύσεως, περιλαμβάνοντας ρητή αναφορά στην προσωρινή αναστολή της ισχύος της, και καθορίζοντας τους σχετικούς όρους, με ποινή αυτοδίκαιης άρσεως της αναστολής³⁰. Η διάταξη αυτή περιορίσθηκε να επιτρέψει τη λήψη ασφα-

28 Βλ. *Μιχελάκη*, ΣχΠολΔικ VIII, σ. 22.

29 Βλ. *Σκαλίδη*, Αναστολή εκτελέσεως με ασφαλιστικά μέτρα αποφάσεων των εταιρικών οργάνων της ανώνυμης εταιρίας (αε), Δικαιοπολιτικός προβληματισμός και δογματική σύλληψη, Πρόσθετη εισήγηση στο 14^ο Πανελλήνιο Συνέδριο του Συνδέσμου Ελλήνων Εμπορικών Κολόγων του 2004, στον τόμο των Πρακτικών, υπό τον τίτλο «Τα ασφαλιστικά μέτρα στο Εμπορικό Δίκαιο» (2005), σ. 173 επ. (186 επ.)=ΔΕΕ 2005, σ. 264 επ.· *Παπαντώνη*, Η δικαστική παρέμβαση με ασφαλιστικά μέτρα στις διαφορές περί της αποφάσεως των εταιρικών οργάνων, Εισήγηση στο ίδιο Συνέδριο, στον ίδιο τόμο, σ. 102 επ.(105).

30 Βλ. *Γιοβαννόπουλο*, στο *Περάκης* (επιμ.), Το Δίκαιο της Ανώνυμης Εταιρίας, Γ' έκδοση (2010), άρθρο 35 α, αρ 69-73· *Ρόκα*, Εμπορικές εταιρίες⁶ (2008), § 30, αρ. 49, σ. 275· Μον-ΠρωτΑθ 4078/2008, ΕπΕμπΔ 2008, 315 με παρατηρήσεις *Ανδριάννη* (318 επ.)· με ευρύτερη θεώρηση *Κωστόπουλος*, Η αναστολή ισχύος της ακυρώσιμης αποφάσεως της Γ.Σ ανώνυμης εταιρίας, ΔΕΕ 2008, σ. 450 επ.

λιστικών μέτρων μόνον επί των ακυρώσιμων αποφάσεων, και με τους συγκεκριμένους ρητούς όρους, καθώς, όπως είχε επισημανθεί στη θεωρία, το πρόβλημα των ασφαλιστικών μέτρων στο δίκαιο της ανώνυμης εταιρείας «δυσκολεύεται και περιπλέκεται», τόσο εξαιτίας της φύσεως του δικαϊκού αυτού κλάδου, όσο και εξαιτίας των ρυθμίσεων για τα ασφαλιστικά μέτρα, με αποτέλεσμα η προσωρινή δικαστική προστασία, που μπορεί ενδεχομένως να παρέχεται με τη μορφή της αναστολής της ισχύος των αποφάσεων των εταιρικών οργάνων, να ενέχει και σοβαρούς κινδύνους³¹. Οι ρυθμίσεις του άρθρου 39 του κ.ν. 2190/1920, που συνέχονταν με την ενίσχυση των δικαιωμάτων της μειοψηφίας³², και όπου γινόταν ρητά λόγος (άρθρο 39§2 εδ γ και άρθρο 39§3) για αναβολή λήψεως αποφάσεως της Γενικής Συνελεύσεως³³, συνιστούσαν ιδιαίτερη περίπτωση.

Ο ν. 4548/2018 επανέλαβε τη ρύθμιση του άρθρου 35α§10 κ.ν. 2190/1920 στο άρθρο 137§11, ορίζοντας και πάλι ρητά ότι επί ακυρωσίμων αποφάσεων της Γενικής Συνελεύσεως ανώνυμης εταιρείας επιτρέπεται η λήψη ασφαλιστικών μέτρων και πριν από την άσκηση της αγωγής. Επιπρόσθετα, με την πανομοιότυπη ρύθμιση του άρθρου 138§7, ο ν. 4548/2018 καινοτόμησε³⁴ και επέτρεψε τη λήψη ασφαλιστικών μέτρων ακόμη και στις περιπτώσεις των άκυρων αποφάσεων (όχι πάντως και των ανυπόστατων).

- β. Ένα πρώτο συμπέρασμα, χρήσιμο για το ερευνώμενο θέμα, είναι ότι δεν υφίσταται γενική, ρητή νομοθετική πρόβλεψη στο ν. 4548/2018 για τη δυνατότητα προσωρινής αναστολής των αποφάσεων των οργάνων της ανώνυμης εταιρείας. Ειδικό νομοθετικό θεμέλιο στον ν. 4548/2018, που να μπορεί να στηρίξει την αναστολή των αποφάσεων των οργάνων της ανώνυμης εταιρείας, με αντικείμενο την ανάκληση της αποφάσεως για τη συγχώνευση, άρα, δεν υπάρχει.

31 Έτσι Σκαλίδης, ό.π., σ. 175-182· για τους εν γένει κινδύνους βλ. και την πρόσθετη εισήγηση του Κωστόπουλου, Συμμετοχή ή μη συμμετοχή στη γ.σ. με ασφαλιστικά μέτρα, στον ίδιο τόμο, σ. 136 επ., όπου και εντελώς αρνητικές θέσεις.

32 Βλ. ειδικότερα Ρόκα, Εμπορικές εταιρίες⁶ (2008), § 36, αρ. 3, σ. 411· Περάκη, Κίνδυνος ματαίωσης του δικαιώματος σύγκλησης Γ.Σ. από τη μειοψηφία (άρθρο 39§1 κ.ν. 2190/1920; ΔΕΕ 2010, σ. 1133 επ.= Αναμνηστικός Τόμος Κουσουλή (2012), σ. 429 επ· Σπυρίδωνος, Η προστασία της μειοψηφίας με ασφαλιστικά μέτρα, στον πιο πάνω τόμο των Πρακτικών, σ. 144 επ· Γέσιου-Φαλτσή, Ζητήματα από το άρθρο 39§1 κ.ν. 2190/1920, όπως τροποποιήθηκε με το άρθρο 47§2 ν. 3604/2007, για τη σύγκληση της Γενικής Συνελεύσεως ΑΕ δυνάμει δικαστικής αποφάσεως, Γνωμοδότηση, ΕφΑΔ 2011, σ. 273 επ.

33 Βλ. σχετικά Δρακόπουλο, στο Περάκης (επιμ.), Το Δίκαιο της Ανώνυμης Εταιρείας, Γ' έκδοση (2010), άρθρο 39, αρ 94-97, 115-153.

34 Αιτιολογία του ν. 4548/2018 για το άρθρο 138· Βλ. σχετικά και Περάκη, Το νέο δίκαιο της ανώνυμης εταιρείας⁵ (2018), σ.247· Αλεξανδρίδου, Δίκαιο Εμπορικών Εταιριών³ (2019), παρ. 45, αρ. 81, σ. 361 επ.

2. Ανεπίτρεπτο της προσωρινής αναστολής των αποφάσεων ανώνυμης εταιρείας για την ανάκληση της συγχωνεύσεως με βάση τη διαδικασία των ασφαλιστικών μέτρων

α. Όπως προκύπτει από όσα σημειώθηκαν αμέσως πιο πάνω, το ζήτημα του επιτρεπτού της προσωρινής αναστολής εκτελέσεως των αποφάσεων ή των πράξεων της Γενικής Συνελεύσεως της ανώνυμης εταιρείας συνδέθηκε από παλαιότερα στη νομολογία και τη θεωρία με τα προβλήματα της παθολογίας τους, υπό τις διάφορες μορφές της³⁵, όπως τα ρύθμιζαν τα άρθρα 35 α (ακυρωσία), 35 β (ακυρότητα) και 35 γ (ανυπόστατο) του κ.ν. 2190/1920, μετά την αναμόρφωσή τους με τα άρθρα 42-44 ν. 3604/2008³⁶. Στις περιπτώσεις αυτές είχε γίνει δεκτό, ενόψει του ότι δεν υπήρχε ειδική διάταξη που να προβλέπει τη δυνατότητα δικαστικής παρεμβάσεως, ότι μπορεί να ανασταλεί προσωρινώς η εκτέλεση της σχετικής ελαττωματικής αποφάσεως της Γενικής Συνελεύσεως της ανώνυμης εταιρείας με αναλογική εφαρμογή των άρθρων 102 ΑΚ και 736 ΚΠολΔ³⁷. Έγινε ακόμη δεκτή η λήψη ασφαλιστικών μέτρων και στην περίπτωση ακυρότητας αποφάσεως του Διοικητικού Συμβουλίου ανώνυμης εταιρείας³⁸.

Με τα ισχύοντα σήμερα νομοθετικά δεδομένα, και ενόψει των ρητών διατάξεων των άρθρων 137§11 και 138§7 ν. 4548/2018, που επιτρέπουν τη λήψη ασφαλιστικών μέτρων και πάλι μόνον ειδικά για την περίπτωση των ακυρώσιμων και άκυρων αποφάσεων της Γενικής Συνελεύσεως, πρέπει να εξετασθεί αν το σύστημα των ασφαλιστικών μέτρων του ΚΠολΔ, αυτό καθεαυτό, ως μορφή προσωρινής έννομης προστασίας, προσφέρει το νομοθετικό εκείνο θεμέλιο, ώστε να μπορεί να επιτρέπεται η χορήγηση ασφαλιστικών μέτρων στο πλαίσιο της διαδικασίας για την ανάκληση της αποφάσεως για τη συγχώνευση.

β. Είναι γνωστό ότι με τον όρο ασφαλιστικά μέτρα ενοποιήθηκαν στον ΚΠολΔ οι κατηγορίες των προσωρινών, προφυλακτικών και συντηρητικών μέτρων της ΠολΔ³⁹. Γίνεται έτσι σήμερα παγίως δεκτό υπό τον ΚΠολΔ ότι ως ασφαλιστικά μέτρα νοούνται τα επείγοντα εκείνα μέτρα που, εξαιτί-

35 Βλ. τις αναφορές Σκαλίδη, ό.π., σ. 188 επ.· Παπαντώνη, ό.π., σ. 105 επ.

36 Σχετικά Περάκης, Το νέο δίκαιο της ανώνυμης εταιρίας (2007), σ. 24 επ.· Πιοβαννόπουλος, στο Περάκης, Το δίκαιο της ανώνυμης εταιρίας³ (2010), άρθρο 35 α, αρ. 3-12· Ρόκας, Εμπορικές εταιρίες⁶ (2008), σ. 266 επ.· Αντωνόπουλος, Δίκαιο Α.Ε. και Ε.Π.Ε., Δ' έκδοση (2012), § 29, αρ. 64 επ.· Γέσιου-Φαλτσή, ό.π., ΕφΑΔ 2011, σ. 280 επ., όπου και άλλες παραπομπές.

37 Έτσι Γεωργακόπουλος, Το δίκαιον των εταιρειών, τόμος II (1972), σ. 354· βλ. και τις αναφορές στη νομολογία των Παπαντώνη, ό.π., σ. 105 επ.· και Σκαλίδη, ό.π., σ. 187 επ.

38 Ενδεικτικά ΠολΠρωτΑθ 177/2002, ΝοΒ 2003, 1654 επ.: «για την ταυτότητα του νομικού λόγου».

39 ΣχΠολΔ V, σ. 182-232· πρβλ. ΠρΑνΕπ., σ. 340-341.

ας του κινδύνου από την οποιαδήποτε αναβολή, είτε εξασφαλίζουν τη μελλοντική ικανοποίηση του δικαιώματος, είτε την προσωρινή ρύθμιση καταστάσεως, με τρόπο ώστε να βρίσκονται σε τελολογικό σύνδεσμο προς την κύρια δίκη από την έκβαση της οποίας και εξαρτώνται⁴⁰. Τα ασφαλιστικά μέτρα του ΚΠολΔ διακρίνονται συνεπώς σε δύο μεγάλες κατηγορίες: 1) Σε αυτά που συνίστανται στην προσωρινή δέσμευση περιουσιακών στοιχείων του οφειλέτη και αποβλέπουν στην εξασφάλιση της μελλοντικής ικανοποίησης της ασφαλιζόμενης κύριας αξιώσεως του δανειστή (συντηρητικά μέτρα). 2) Σε εκείνα που αποσκοπούν στην προσωρινή ρύθμιση σχέσεως ή καταστάσεως (731-732 ΚΠολΔ), ειδικότερη μορφή των οποίων είναι η προσωρινή επιδίκαση απαιτήσεως (728 επ. ΚΠολΔ)⁴¹.

Στη θεμελιώδη αυτή διάκριση η θεωρία και η νομολογία αποδίδουν ουσιαστική σημασία. Γίνεται πιο συγκεκριμένα δεκτό⁴² ότι η απαρίθμηση των ασφαλιστικών μέτρων της πρώτης κατηγορίας είναι αποκλειστική τόσο ως προς τον αριθμό όσο και ως προς το περιεχόμενο του ασφαλιστικού μέτρου. Τα ασφαλιστικά μέτρα της προσωρινής ρυθμίσεως καταστάσεως, αντίθετα, διέπονται κατ' εξαίρεση από τον κανόνα του άρθρου 732, σύμφωνα με τον οποίο «το δικαστήριο δικαιούται να διατάξει ως ασφαλιστικό μέτρο και κάθε μέτρο που κατά τις περιστάσεις είναι κατά την κρίση του πρόσφορο», κανόνας που ισχύει όμως για τη συγκεκριμένη κατηγορία και μόνο⁴³. Αυτό σημαίνει ειδικότερα ότι, όταν πρόκειται για μέτρο συντηρητικό που αποβλέπει στην εξασφάλιση της μελλοντικής ικανοποίησης της ασφαλιζόμενης αξιώσεως του δανειστή (μέτρο της πρώτης κατηγορίας), το δικαστήριο έχει μεν τη διαζευκτική ευχέρεια να διατάξει το ή τα ασφαλιστικά μέτρα που κατά την κρίση του αρμόζουν σε κάθε περίπτωση (692§3), χωρίς να έχει υποχρέωση να διατάξει το μέτρο που ζητείται (691§1)⁴⁴, αλλά

40 Αντί άλλων Μητσόπουλος, Η φύσις του «σημειώματος» περί αναστολής της αναγκαστικής εκτελέσεως κατ' άρθρον 938§2 ΚΠολΔ, Χαριστήρια στον Ιω. Δεληγιάννη ΙΙΙ (1992), σ. 413 επ.=Αρμ 1990, σ. 429 επ.

41 Έτσι Μπέης, ΠολΔικ 14 (1983), σ. 9· Κεραμεύς/Πολυζωγόπουλος, Τ' ασφαλιστικά μέτρα στο ελληνικό αστικό δικονομικό δίκαιο, στον Τόμο του ΙΔΜΕ «Η δραστηριότητα της δικαιοσύνης» Ι, Εθνικές εισηγήσεις για το 8^ο Διεθνές Συνέδριο της Πολιτικής Δικονομίας (1987), σ. 242 επ. (245-246)· Τζίφρας, Ασφαλ. Μέτρα⁴ (1985), σ. 9· Κράνης στο Κεραμέως/Κονδύλη/Νίκα, ΕρμΚΠολΔ² (2020), Εισαγ 682-738Α, αρ 16.

42 Βαθρακοκόιλης, Ερμ ΚΠολΔ Δ' (1996), άρθρο 682, αρ 6 α· ΜονΠρΠειρ 1183/1986, ΝοΒ 1986, 1260, με σύμφωνο σχόλιο Λιβιεράτου· ΜονΠρΓρεβ 62/1990, ΑρχΝ 1990, 697 (697/698).

43 Κεραμεύς/Πολυζωγόπουλος, ό.π., σ. 269· Μπέης, ό.π., σ. 10· Τζίφρας, ό.π., σ. 11,59· Κράνης στο Κεραμέως/Κονδύλη/Νίκα, ΕρμΚΠολΔ² (2020), άρθρο 732, αρ 1,2· πρβλ. και την περίπτωση της ΜονΠρΑθ 8036/1978, ΝοΒ 1978,768.

44 Σχετικά Μπέης, ό.π., σ. 108-110.

συγχρόνως δεσμεύεται από την αποκλειστική απαρίθμηση των ασφαλιστικών μέτρων στον ΚΠολΔ και δεν έχει την εξουσία να διατάξει μέτρα που δεν περιλαμβάνει η απαρίθμηση αυτή⁴⁵. Διότι η διακριτική ευχέρεια που αναγνωρίζει το άρθρο 692§1 περιορίζεται μέσα στον κύκλο των ασφαλιστικών μέτρων που θεσμοθετούνται για το συγκεκριμένο σκοπό της εξασφάλισης της μελλοντικής ικανοποίησης της επίδικης απαίτησεως⁴⁶.

Με βάση την παραπάνω ανάλυση οδηγούμαστε κατ' ανάγκη σ' ένα δεύτερο συμπέρασμα: ότι, αν μπορούσε να τεθεί θέμα αναστολής των αποφάσεων ή πράξεων των οργάνων της ανώνυμης εταιρείας μέσω ασφαλιστικού μέτρου στην ερευνώμενη περίπτωση, θα επρόκειτο μόνο για την προσωρινή ρύθμιση σχέσεως ή καταστάσεως των άρθρων 731-732 ΚΠολΔ⁴⁷.

- γ. Η προσωρινή ρύθμιση καταστάσεως κατά τον ΚΠολΔ μπορεί να διατάσσεται είτε υπό τη μορφή της προσωρινής καταδίκης σε ενέργεια, παράλειψη ή ανοχή πράξεως (άρθρο 731 ΚΠολΔ), ασφαλιστικό μέτρο με καταψηφιστικό χαρακτήρα, είτε υπό τη μορφή της προσωρινής λήψεως ρυθμιστικών μέτρων διαπλαστικού χαρακτήρα (άρθρο 732 ΚΠολΔ). Ειδική περίπτωση της δεύτερης αυτής μορφής ασφαλιστικών μέτρων αποτελούσε το άρθρο 736 ΚΠολΔ (το τελευταίο αφορούσε⁴⁸ την προσωρινή αναστολή της νομικής ενέργειας των αποφάσεων γενικής συνελεύσεως σωματείων ή συνεταιρισμών)⁴⁹. Η αίτηση ασφαλιστικού μέτρου που θα επιζητούσε την προσωρινή αναστολή της ισχύος, ή της εκτελέσεως των αποφάσεων των οργάνων της ανώνυμης εταιρείας θα έπρεπε συνεπώς καταρχήν να κριθεί με βάση τη ρύθμιση του άρθρου 732 ΚΠολΔ.

Η προσωρινή λήψη ρυθμιστικών μέτρων, είτε με καταψηφιστικό, είτε και με διαπλαστικό περιεχόμενο, κατά τα άρθρα 731 και 732 ΚΠολΔ, συντελείται βέβαια κατ' εφαρμογή κανόνων του δημοσίου δικαίου, καθώς μάλιστα είναι σήμερα γενικώς αποδεκτό ότι το δικαίωμα (και) της προσω-

45 Βλ. Μπέη, Η σύγχρονη προβληματική της προσωρινής δικαστικής προστασίας, στον τόμο της Εθνικής Σχολής Δικαστών, Η προσωρινή δικαστική κρίση στην πολιτική, τη διοικητική και την ποινική διαδικασία (2003), σ. 81 επ. (90 επ.)· Βαθρακοκοίλη, ΕρμΚΠολΔ Δ' (1996), άρθρο 682, αρ 6 α· επίσης και η πάγια νομολογία.

46 Κράνης, Λειτουργικές δομές των ασφαλιστικών μέτρων, στον τόμο της Εθνικής Σχολής Δικαστών, Η προσωρινή δικαστική κρίση στην πολιτική, τη διοικητική και την ποινική διαδικασία (2003), σ. 21 επ. (34).

47 Βλ. Μπέη, ΠολΔικ 16, Ασφαλιστικά μέτρα ΙΙΙ (1990), σ. 825-826· Μακρή, Η συνταγματικότητα των ασφαλιστικών μέτρων-Η φύση και τα αποτελέσματα της αποφάσεως για ασφαλιστικά μέτρα, Δ 1979, σ. 708 επ. (721)· όπως και την κριτική ανάλυση του Σκαλίδη, ό.π., σ. 180· και Σπυρίδωνος, ό.π., σ. 150-151.

48 Καταργήθηκε με το άρθρο 1 άρθρο πέμπτο, παρ. 1, ν. 4335/2015, αλλά καλύπτεται από το άρθρο 102ΑΚ. Βλ. Κράνη, στο Κεραμέως/Κονδύλη/Νίκα, ΕρμΚΠολΔ² (2020), άρθρο 736α.

49 Βλ. Μπέη, Πολιτική Δικονομία 16, Ασφαλιστικά μέτρα ΙΙΙ (1990), σ. 706 επ.

ρινης έννομης προστασίας είναι συνταγματικά κατοχυρωμένο (άρθρο 20 Σ)⁵⁰. Η προσωρινά όμως ρυθμιζόμενη έννομη σχέση πρέπει να απορρέει από το ιδιωτικό ουσιαστικό δίκαιο. Η προσωρινή λήψη του ρυθμιστικού μέτρου κατά τα άρθρα 731 και 732 ΚΠολΔ πρέπει δηλαδή να αφορά έννομη σχέση δεκτική και οριστικής δικαστικής προστασίας⁵¹. Υπό το σύστημα των ασφαλιστικών μέτρων του ΚΠολΔ, είναι εδραιωμένη η παραδοχή ότι τα ασφαλιστικά μέτρα, ως μορφή προσωρινής δικαστικής προστασίας, έχουν παρεπόμενο χαρακτήρα και συνδέονται τελολογικώς με την κύρια διαγνωστική δίκη, η οποία είτε μπορεί να είναι εκκρεμής, είτε να επίκειται. Κατά λογικό επακόλουθο, συνδέονται συνεπώς τελολογικώς και με το ασφαλιστέο ουσιαστικό δικαίωμα, το οποίο αποτελεί ήδη, ή θα αποτελέσει το αντικείμενο της κύριας διαγνωστικής δίκης⁵². Αντικείμενο της δίκης των ασφαλιστικών μέτρων είναι βέβαια, κατά την κρατούσα άποψη, η ύπαρξη ή η ανυπαρξία του δημοσίου δικαιώματος του αιτούντος για την παροχή προσωρινής δικαστικής προστασίας με το κατάλληλο ασφαλιστικό μέτρο. Το ασφαλιστέο όμως δικαίωμα του ουσιαστικού δικαίου είναι ζήτημα προδικαστικό ώστε, μόνον αν πιθανολογηθεί η ύπαρξή του, μπορεί να χορηγηθεί το ασφαλιστικό μέτρο⁵³. Προϋποθέσεις της λήψεως του ασφαλιστικού μέτρου δυνάμει του άρθρου 682 ΚΠολΔ είναι έτσι αφενός η ύπαρξη του ουσιαστικού δικαιώματος και αφετέρου η συνδρομή του επικείμενου κινδύνου ή της επείγουσας περιπτώσεως, εξαιτίας των οποίων επιβάλλεται η προσωρινή έννομη προστασία για την εξασφάλιση ή τη διατήρηση αυτού του δικαιώματος, ως διαδικαστική προϋπόθεση που αφορά το έννομο συμφέρον⁵⁴.

Είναι σήμερα συνεπώς παγιωμένη η θέση ότι η προσωρινή ρύθμιση καταστάσεως είναι δυνατή μόνον εφόσον υπάρχει ο τελολογικός σύνδεσμος μεταξύ της προσωρινής και της οριστικής δικαστικής προστασίας· πρέπει δηλαδή στη βάση της υπό ρύθμιση καταστάσεως να υφίσταται δικαίωμα του ουσιαστικού δικαίου ενεργό, με βάση το οποίο έχουν προκύψει ή πρό-

50 Βλ. ενδεικτικά *Κράνη*, στο *Κεραμέως/Κονδύλη/Νίκα*, Ερμ ΚΠολΔ² (2020), Εισαγ. 682-738Α, αρ. 6, όπου και περαιτέρω παραπομπές.

51 *Μπέης*, ό.π., σ. 707· **ο ίδιος**, ό.π., στον τόμο της Εθνικής Σχολής Δικαστών, σ. 332-333· *Κράνης*, στο *Κεραμέως/Κονδύλη/Νίκα*, ΕρμΚΠολΔ² (2020), άρθρο 732, αρ. 1.

52 Βλ. *Κράνη*, στο *Κεραμέως/Κονδύλη/Νίκα*, ΕρμΚΠολΔ² (2020), Εισαγ 682-738 Α, αρ. 13, όπου και παραπομπές σε θεωρία και νομολογία.

53 *Κονδύλης*, Το δεδικασμένο² (2007), σ. 697, 706· *Κράνης*, ό.π., αρ. 17, και οι δύο με περαιτέρω παραπομπές σε θεωρία και νομολογία.

54 Βλ. για τις παραπομπές *Κράνη*, ό.π., άρθρο 682, αρ. 1.

κειται να προκύψουν αγωγίμες αξιώσεις, και δεν αρκούν απλές πραγματικές καταστάσεις⁵⁵.

- δ. Από τα παραπάνω δεδομένα οδηγούμαστε στο συμπέρασμα ότι η αναστολή ισχύος αποφάσεως του Διοικητικού Συμβουλίου ανώνυμης εταιρείας για την πρόσκληση της Γενικής της Συνελεύσεως με αντικείμενο την ανάκληση αποφάσεως για συγχώνευση, μέσω χορηγήσεως ασφαλιστικού μέτρου, δεν μπορεί να είναι επιτρεπτή. Εξίσου ανεπιτρεπτή είναι και η χορήγηση ασφαλιστικού μέτρου για την αναστολή της συνεδριάσεως, της συζητήσεως και της λήψεως αποφάσεως για την ανάκληση από τη Γενική Συνέλευσή της.

Στο σύστημα του κ.ν. 2190/1920 δεν υπήρχε ρύθμιση που να απαγορεύει την ανάκληση των αποφάσεων της Γενικής Συνελεύσεως της ανώνυμης εταιρείας για τη συγχώνευση, ούτε και που να θέτει ειδικούς όρους για την πραγματοποίηση της ανακλήσεως. Αλλά και ο ν. 4601/2019 δεν έχει περιλάβει τέτοια διάταξη στα άρθρα 6-21. Έγινε εξάλλου γενικά δεκτό⁵⁶ ότι η Γενική Συνέλευση μπορεί να ανακαλεί τις αποφάσεις της, εκτός αν με την ανάκληση θίγονται δικαιώματα που δημιουργήθηκαν με την υπό ανάκληση απόφαση. Όπως όμως αναλύθηκε πιο πάνω, πριν από την περιαφή του συμβολαιογραφικού τύπου, η απόφαση της Γενικής Συνελεύσεως της ανώνυμης εταιρείας για την έγκριση του Σχεδίου Συγχωνεύσεως δεν την δεσμεύει απέναντι σε τρίτους, ούτε και δημιουργεί δικαιώματα των τρίτων. Επιτρέπεται επομένως να ανακαλείται. Δεν υπάρχει συνεπώς ασφαλιστέο δικαίωμα της αντισυμβαλλόμενης ανώνυμης εταιρείας που να μπορεί να στηρίξει τη λήψη ασφαλιστικού μέτρου για την (προσωρινή) αναστολή της ισχύος αποφάσεων με αντικείμενο την ανάκληση της εγκριτικής της αποφάσεως για τη συγχώνευση. Ούτε μπορεί να τεθεί θέμα απαγορεύσεως ή αναστολής της συνεδριάσεως της Γενικής Συνελεύσεως ανώνυμης εταιρείας, της ενώπιον αυτής συζητήσεως και της λήψεως αποφάσεως επί των θεμάτων της ημερήσιας διατάξεως μέσω του ασφαλιστικού μέτρου της προσωρινής ρυθμίσεως καταστάσεως, με διάταξη για την παράλειψή τους (731 ΚΠολΔ), ή την αναστολή τους (732 ΚΠολΔ). Ενόσω η εγκριτική απόφαση της Γενικής Συνελεύσεως της ανώνυμης εταιρείας δεν παράγει δέσμευση για τη συγχώνευση απέναντι στους τρίτους, και ενόσω, άρα, τα παραπάνω πρόσωπα δεν διαθέτουν αγωγίμο δικαίωμα, που να απορρέει από την απόφαση αυτή της Γενικής της Συνελεύσεως, δεν μπορεί να είναι νοητή ούτε

55 Βλ. ενδεικτικά *Κράνη*, ό.π., άρθρο 732, αρ 1, όπου και πολλές παραπομπές σε θεωρία και νομολογία· *τον ίδιο*, ό.π., στον τόμο της Εθνικής Σχολής Δικαστών, σ. 24-26· και την ειδικότερη ανάλυση *Μπέη*, ΠολΔικ 16, σ. 830 επ.

56 Βλ. *Αντωνόπουλο*, Δίκαιο Α.Ε και Ε.Π.Ε.⁴ (2012), § 29, αρ 45· *Ρόκα*, Εμπορ. Εταιρείες⁶ (2008), § 30, αρ 21, σ. 258.

η ύπαρξη του εννόμου συμφέροντος για το αιτούμενο ασφαλιστικό μέτρο, η συνδρομή δηλαδή του επικειμένου κινδύνου ή της επείγουσας περιπτώσεως για την εξασφάλιση ή τη διατήρηση δικαιώματος που δεν υφίσταται. Αντίθετα από ό,τι συμβαίνει στις περιπτώσεις των ελαττωματικών αποφάσεων των οργάνων της ανώνυμης εταιρείας, που απασχόλησαν θεωρία και νομολογία, και την ισχύουσα τώρα ρύθμιση των άρθρων 137§11 και 138§7 ν. 4548/2018 (βλ. πιο πάνω), όπου ασφαλιστέο είναι το δικαίωμα ακυρώσεως της ελαττωματικής αποφάσεως, στην ερευνώμενη περίπτωση της μη ολοκληρωμένης διαδικασίας συγχωνεύσεως δεν υπάρχει τέτοιο δικαίωμα, ούτε, άρα, και έννομο συμφέρον για την εξασφάλιση ή τη διατήρησή του.

IV. Προϋποθέσεις αναγκαστικής εκτελέσεως κατά των κυρίων μετόχων ανώνυμης εταιρείας με αντικείμενο την καταψήφιση της προτάσεως για την ανάκληση της συγχωνεύσεως ή την παράλειψη ενεργειών που οδηγούν στην ανάκληση

1. Η αναγκαστική εκτέλεση της υποχρεώσεως των μετόχων για την παροχή ψήφου με συγκεκριμένο περιεχόμενο

Τα ερωτήματα για το αν μπορούν οι κύριοι μέτοχοι ανώνυμης εταιρείας να υποχρεωθούν με αναγκαστική εκτέλεση, πρώτο, να καταψηφίσουν στη Γενική Συνέλευση ενδεχόμενη εισήγηση του Διοικητικού της Συμβουλίου για την ανάκληση αποφάσεως περί συγχωνεύσεως, και, δεύτερο, να απέχουν από κάθε ενέργεια που κατατείνει στην ανάκληση της Συγχωνεύσεως, όταν, από τις προϋπάρχουσες συμβατικές δεσμεύσεις τους, απορρέουν υποχρεώσεις μόνο για την υπερψήφιση της συγχωνεύσεως και για τη μη παρακώλυσή της, πρέπει και πάλι να κριθούν υπό το φως των ειδών και των μέσων αναγκαστικής εκτελέσεως που θεσμοθετεί ο ΚΠολΔ για την αυτούσια ικανοποίηση αυτών των αξιώσεων.

α. Όπως είναι γνωστό, ο ΚΠολΔ περιέχει για κάθε κατηγορία αξιώσεων ιδιαίτερους κανόνες. Όταν πρόκειται για την υποχρέωση επιχειρήσεως (θετικών) πράξεων, ο καθορισμός του είδους και των μέσων της αναγκαστικής εκτελέσεως προϋποθέτει το νομικό χαρακτηρισμό τους, αφενός ως πράξεων υλικών (αντικαταστατών ή αναντικατάστατων, άρθρα 945, 946 ΚΠολΔ), και αφετέρου ως πράξεων νομικών που συνίστανται σε δήλωση δικαιοπρακτικής βουλήσεως (άρθρο 949 ΚΠολΔ). Όταν, αντιθέτως, πρόκειται για υποχρέωση παραλείψεως, προβλέπεται ένα και μοναδικό είδος εκτελέσεως, αλλά αυτό, κατά το σύστημα του ΚΠολΔ (άρθρο 947), εξελίσσεται σε δύο διαδοχικά στάδια⁵⁷. Κοινό χαρακτηριστικό όλων των παρα-

⁵⁷ Για όλα τα παραπάνω βλ. ενδεικτικά Γέσιου-Φαλτσή, ΔικΑνΕκτ Πα³ (2018), § 49-51.

πάνω περιπτώσεων είναι ότι σε αυτές, επειδή δεν μπορεί να είναι νοητή η χρήση σωματικής βίας για να επιχειρηθεί ή να παραλειφθεί ορισμένη πράξη, η αυτούσια εκπλήρωση της παροχής επιτυγχάνεται είτε με τη λεγόμενη έμμεση αναγκαστική εκτέλεση, που αποβλέπει στην κάμψη της αρνήσεως του υπόχρεου με έμμεσο τρόπο (άρθρα 946, 947 ΚΠολΔ), είτε με την πλασματική εκτέλεση (άρθρο 949 ΚΠολΔ), για την οποία έγινε ήδη λόγος.

- β. Σύμφωνα με την άποψη που επικρατεί, η ψήφος των μετόχων στη Γενική Συνέλευση ανώνυμης εταιρείας, θετική ή αρνητική, κατά τη νομική της φύση, γίνεται αντιληπτή ως δήλωση βουλήσεως⁵⁸. Με αφετηρία συνεπώς τη δογματική αυτή θεώρηση, ότι δηλαδή η ενδεχόμενη υπερψήφιση ή καταψήφιση από τους μετόχους ανώνυμης εταιρείας στη Γενική της Συνέλευση εισήγησεως του Διοικητικού Συμβουλίου της για τη λήψη αποφάσεως ορισμένου περιεχομένου θα εμπεριείχε τη σχετική δήλωση βουλήσεως από μέρους τους, πρέπει να οδηγηθούμε στο συμπέρασμα ότι ο ενδεχόμενος καταναγκασμός των μετόχων να προχωρήσουν στην ενέργεια αυτή με τα μέσα εκτελέσεως που προσφέρει το σύστημα του ΚΠολΔ, μόνο δυνάμει της πλασματικής εκτελέσεως του άρθρου 949 θα μπορούσε να είναι εφικτός. Θα απαιτούνταν συνεπώς καταδίκη τους με τελεσίδικη δικαστική απόφαση στη σχετική δήλωση βουλήσεως (τη θετική ή αρνητική ψήφο τους). Δεν αρκούν η προσωρινά εκτελεστή απόφαση, η απόφαση των ασφαλιστικών μέτρων, ούτε βέβαια και τα συμβολαιογραφικά έγγραφα⁵⁹. Πρέπει συνεπώς να εξετάζεται πότε μπορεί να είναι νόμω βάσιμη η αγωγή που θα είχε ως αίτημα την καταδίκη των μετόχων της ανώνυμης εταιρείας να εκφέρουν θετική ή αρνητική ψήφο αναφορικά με την εισήγηση του Διοικητικού της Συμβουλίου για την λήψη ορισμένης αποφάσεως.

Όπως έχει διευκρινισθεί⁶⁰, παραγωγικό λόγο αξιώσεων προς δήλωση βουλήσεως, υπό την έννοια του άρθρου 949 ΚΠολΔ (:στην υπό κρίση περίπτωση για την εκφορά αρνητικής ψήφου σε ό,τι αφορά την ανάκληση της συγχωνεύσεως), μπορεί να συνιστούν (και) οι οριστικές υποσχετικές δικαιοπραξίες, οι οποίες τείνουν αμέσως, ή καθιστούν αναγκαία, για την επίτευξη του σκοπού τους, την επιχείρηση ορισμένης δηλώσεως βουλήσεως. Όταν όμως από το περιεχόμενο των δεσμεύσεων των μετόχων προκύπτει ότι αυτές αφορούν μόνο την έγκριση της συγχωνεύσεως, περιλαμβάνει δηλαδή αυτό μόνο δεσμεύσεις που υποχρεώνουν τους κυρίους μετόχους ανώνυμης εταιρείας για την υπερψήφιση του προτεινόμενου

58 Βλ. *Ποβαννόπουλο*, στο *Περάκης* (επιμ.), Το δικαιο της ανώνυμης εταιρίας³ (2010), άρθρο 35 α, αρ 1 και 13· *Αντωνόπουλο*, Δίκαιο Α.Ε. και Ε.Π.Ε.⁴ (2012), § 29, αρ. 63.

59 Βλ. τις παραπομπές που παρατίθενται πιο πάνω.

60 Βλ. πιο πάνω, ΙΙ 1.

Σχεδίου Συγχωνεύσεως, και τη μη παρεμπόδισή της, πρόκειται για υποχρεώσεις που τηρήθηκαν ήδη, και οι οποίες δεν μπορούν να καλύψουν υποχρεώσεις σχετικές με τις περαιτέρω ενέργειες για την ανάκληση της συγχωνεύσεως. Δεν μπορεί, έτσι, να θεμελιώνεται η υποχρέωση των μετόχων της ανώνυμης εταιρείας, για καταψήφιση της προτάσεως του Διοικητικού της Συμβουλίου περί ανακλήσεως της αποφάσεως για τη συγχώνευση, ούτε, άρα, και νόμω βάσιμη αγωγή για την καταδίκη τους σε σχετική δήλωση βουλήσεως δυνάμει του άρθρου 949 ΚΠολΔ.

- γ. Αλλά το αποτέλεσμα θα παρέμενε το ίδιο, ακόμη και αν εκκινούσε η έρευνα από την εκδοχή ότι η εν γένει συμμετοχή, και η παροχή ψήφου του μετόχου, θετικής ή αρνητικής, στη Γενική Συνέλευση της ανώνυμης εταιρείας συνιστά υλική πράξη αναντικατάστατη.

Όπως σημειώνεται και αμέσως πιο πάνω, στο δίκαιο της αναγκαστικής εκτελέσεως του ΚΠολΔ, προκειμένου να ρυθμισθούν το είδος και τα μέσα εκτελέσεως για την επιχείρηση θετικής ενέργειας, γίνεται διάκριση μεταξύ πράξεων αντικαταστατών (άρθρο 945 ΚΠολΔ) και πράξεων αναντικατάστατων (άρθρο 946 ΚΠολΔ). Αντικαταστατές είναι οι ενέργειες που μπορούν να επιχειρηθούν και από άλλο πρόσωπο, εκτός από τον συγκεκριμένο υπόχρεο, χωρίς να μειωθεί από οικονομική άποψη η αξία τους για τον δικαιούχο. Αναντικατάστατες είναι οι ενέργειες όταν η εκτέλεσή τους από τρίτο δεν θα έχει το ίδιο νομικό ή οικονομικό αποτέλεσμα⁶¹. Υπό την εκδοχή συνεπώς ότι η συμμετοχή των μετόχων στη Γενική Συνέλευση ανώνυμης εταιρείας, και η παροχή ψήφου (με θετικό ή αρνητικό περιεχόμενο), θα αντιμετωπιζόταν ως επιχείρηση πράξεως (όχι μόνο ως δήλωση βουλήσεως), θα έπρεπε αυτή αναμφίβολα να χαρακτηριστεί ως πράξη αναντικατάστατη, υπαγόμενη στο πεδίο εφαρμογής του άρθρου 946§1 ΚΠολΔ (όπως αντικαταστάθηκε με το άρθρο 52§1 ν. 3994/2011). Κατά τη δογματική βάση στην οποία θεμελιώθηκε η προαναφερόμενη ρύθμιση (το άρθρο 946§1 ΚΠολΔ), όταν πρόκειται για επιχείρηση πράξεως αναντικατάστατης, κρίσιμο είναι να θεσμοθετηθεί ο τρόπος που θα εξαναγκάσει τον υπόχρεο να προχωρήσει ο ίδιος στην επιχείρηση της πράξεως. Το άρθρο 946§1 αποβλέπει έτσι να κάμψει την άρνηση του υπόχρεου με έμμεσο τρόπο (:έμμεση εκτέλεση με καταδίκη σε χρηματική ποινή και προσωπική κράτηση), αφού ο άμεσος καταναγκασμός του δεν μπορεί να είναι νοητός.

Η έμμεση εκτέλεση του άρθρου 946§1 ΚΠολΔ μπορεί να υπάρξει όμως μόνον αν εκδοθεί δικαστική καταψηφιστική απόφαση. Προκύπτει με σαφήνεια από το γράμμα του νόμου (...«το δικαστήριο καταδικάζει...») ότι οι

61 Βλ. ενδεικτικά για την παραπάνω διάκριση Γέσιου-Φαλτσή, ΔικΑνΕκτ Πα³ (2018), §49, αρ 9, 17-18.

υπόλοιποι εκτελεστοί τίτλοι του άρθρου 904 ΚΠολΔ δεν μπορούν να στηρίξουν την επιβολή μέσων της έμμεσης εκτελέσεως κατά το άρθρο 946§1 (τη χρηματική ποινή και την προσωπική κράτηση). Ο νόμος απαιτεί εδώ επιπρόσθετες εγγυήσεις, επειδή τα μέσα εκτελέσεως που προβλέπονται (946§1 ΚΠολΔ) είναι ενδεχόμενο να οδηγήσουν και στην στέρηση της προσωπικής ελευθερίας του υπόχρεου. Δεν επιτρέπει συνεπώς την υπαγωγή του τελευταίου σε αναγκαστική εκτέλεση, χωρίς να προηγηθεί δικαστική διάγνωση για την ύπαρξη της υποχρεώσεώς του. Έτσι, ακόμη και όταν η υποχρέωση συγκεκριμένου προσώπου να προχωρήσει σε ορισμένη αναντικατάστατη ενέργεια πηγάζει από συμβολαιογραφικό έγγραφο (πολύ περισσότερο βέβαια όταν η σχετική υποχρέωση απορρέει από ιδιωτικό έγγραφο), είναι και πάλι αναγκαία η προσφυγή στο δικαστήριο για την καταδίκη του υπόχρεου στην επιχείρησή της με επιβολή των μέσων του άρθρου 946§1 ΚΠολΔ⁶².

Όπως όμως σημειώνεται αμέσως πιο πάνω, όταν οι υπάρχουσες συμβατικές δεσμεύσεις των μετόχων αφορούν ενέργειες σχετικές μόνο με την υπερψήφιση της συγχωνεύσεως, όχι όμως και με την καταψήφιση της ενδεχόμενης ανακλήσεώς της, δεν θα μπορούσαν να θεμελιώσουν αξίωση για την καταδίκη τους στην επιχείρηση αναντικατάστατης πράξεως, που θα συνίσταται στην καταψήφιση της προτάσεως του Διοικητικού Συμβουλίου ανώνυμης εταιρείας για την ανάκληση της αποφάσεως της Γενικής της Συνελεύσεως με αντικείμενο τη συγχώνευση. Δεν θα μπορούσε συνεπώς να θεμελιωθεί η νομική βασιμότητα σχετικής αγωγής, η οποία θα μπορούσε να οδηγήσει στην επιβολή των μέσων εκτελέσεως κατά το άρθρο 946§1 ΚΠολΔ, ακόμη και αν η παροχή ψήφου των μετόχων εκλαμβάνονταν ως αναντικατάστατη υλική πράξη (άρθρο 946 ΚΠολΔ).

2. Η αναγκαστική εκτέλεση της υποχρεώσεως των μετόχων για παράλειψη πράξεων

- α. Το γενικότερο ερώτημα για το αν μπορούν οι μέτοχοι ανώνυμης εταιρείας, οι οποίοι έχουν υπογράψει ιδιωτικό έγγραφο με περιεχόμενο την υποχρέωση για παράλειψη πράξεων που θα παρακώλυε τη συγχώνευση, να υποχρεωθούν να απέχουν από κάθε εν γένει ενέργεια που θα κατέτεινε στην ανάκληση της συγχωνεύσεως, πρέπει και πάλι να αντιμετωπίζεται αρνητικά.

Με βάση τις σχετικές διακρίσεις που καθιερώνονται στο δικονομικό μας σύστημα, εδώ πρέπει να θεωρηθεί ότι πρόκειται για υποχρέωση παρα-

62 Μπρίνιας, ΑνΕκτ ΙΙ², άρθρο 946, αρ 221 ΙV, σ. 617· Βαθρακοκόιλης Ε', άρθρο 946, αρ. 9, σ. 552· Νικολόπουλος, Αναγκαστική εκτέλεση (2002), σ. 160· Γέσιου-Φαλτσή, ΔικΑνΕκτ ΙΙα³ (2018), αρ 27, με πολλές περαιτέρω παραπομπές.

λείψεως, υπό την έννοια του άρθρου 947 ΚΠολΔ. Η αναγκαστική εκτέλεση κατά το άρθρο 947 ΚΠολΔ μπορεί καταρχήν να πραγματοποιείται και πάλι μόνον αν η καταδίκη στην παράλειψη περιλαμβάνεται σε δικαστική απόφαση. Δεν αποτελούν εκτελεστό τίτλο για την εφαρμογή των μέσων εκτελέσεως που καθιερώνει το άρθρο 947§1 εδ α τα συμβολαιογραφικά έγγραφα⁶³, ούτε βέβαια κατά μείζονα λόγο και τα ιδιωτικά έγγραφα. Η ιδιομορφία εξάλλου του είδους της έμμεσης εκτελέσεως, που καθιερώνεται από το άρθρο 947§1 για τις αξιώσεις παραλείψεως, συνίσταται στο γεγονός ότι, στο στάδιο που κρίνεται δικαστικά η ύπαρξη της υποχρέωσης για παράλειψη, το δικαστήριο δεν μπορεί, εκδίδοντας απόφαση που αποφαίνεται υπέρ της υπάρξεως μιας τέτοιας υποχρέωσης, να καταδικάσει συγχρόνως τον οφειλέτη στα μέσα της έμμεσης εκτελέσεως που προβλέπονται (στην χρηματική ποινή και την προσωπική κράτηση, άρθρ. 947§1 εδ α'). Στο στάδιο αυτό της διαδικασίας το δικαστήριο μπορεί μόνον να απειλήσει απλώς τις παραπάνω ποινές για την περίπτωση παραβάσεως της επιβαλλόμενης από τη δικαστική απόφαση υποχρέωσης. Η καταδίκη του υπόχρεου στην παράλειψη με τη χρηματική ποινή και με την προσωπική κράτηση μπορεί να επακολουθήσει σ' ένα επόμενο στάδιο, μόνον αν διαπιστωθεί με νέα δικαστική απόφαση ότι αυτός είναι παραβάτης της υποχρέωσης παραλείψεως στην οποία καταδικάσθηκε (947§1 εδ γ)⁶⁴.

Όπως συνεπώς προκύπτει από όσα αναφέρθηκαν αμέσως πιο πάνω, η πρωταρχική και αυτονόητη προϋπόθεση για να καταστεί εφικτή η απειλή των μέσων εκτελέσεως της χρηματικής ποινής και της προσωπικής κρατήσεως με την καταδίκη των υπόχρεων κατά το άρθρο 947§1 εδ α, ώστε να εξαναγκασθούν έμμεσα να παραλείψουν ορισμένη πράξη, είναι να υπάρχει τέτοια υποχρέωση που να πηγάζει από συμβατική δέσμευση (πρβλ. και άρθρο 287 εδ β ΑΚ). Η εφαρμογή της έμμεσης εκτελέσεως του άρθρου 947 ΚΠολΔ δεν μπορεί έτσι να είναι νοητή, ενόσω δεν υπάρχει δικαιοπρακτική αξίωση παραλείψεως που να έχει ως γενεσιουργό λόγο την οικειοθελή ανάληψη υποχρέωσης για την τήρηση ορισμένης αρνητικής συμπεριφοράς, επακριβώς προσδιορισμένης⁶⁵. Όπως χαρακτηριστικά τονίζεται, οι δι-

63 Βλ. σχετικά *Γέσιου-Φαλτσή*, ΔικΑνΕκτ Πα³ (2018), αρ. 16, 20, με πολλές περαιτέρω παραπομπές. *Μπρίνια*, ΑνΕκτ Π², άρθρο 947, αρ. 227, σ. 630. *Βαθρακοκοίλη Ε'*, άρθρο 947, αρ. 42, σ. 575. *Νικολόπουλο*, ΑνΕκτ, σ. 168. *τον ίδιο*, στο *Κεραμέως/Κονδύλη/Νίκα*, Ερμ ΚΠολΔ Π, άρθρο 947, αρ. 4. *Πίψου*, Αναγκαστική εκτέλεση για παράλειψη ή ανοχή πράξεως κατά το άρθρο 947 ΚΠολΔ (1992), σ. 242· μεμονωμένη η παρεκκλίνουσα ερμηνευτική άποψη του *Μπέη*, Αναγκαστική εκτέλεση, Ειδικό μέρος Ι, άρθρο 947, σ. 1765.

64 *Μπρίνιας*, Αν εκτ Π², άρθρο 947, αρ 229, σ. 634. *Πίψου*, ό.π., σ. 227-229. *Νικολόπουλος*, Αν εκτ., σ. 168-169. *Γέσιου-Φαλτσή*, ΔικΑνΕκτ Πα³ (2018), §51, αρ 25 επ., όπου και οι ενδεικτικές παραπομπές στην απέραντη νομολογία.

65 Αναλυτικά η μονογραφία *Πίψου*, ό.π., σ. 61 επ.· βλ. επίσης *Γέσιου-Φαλτσή*, ΔικΑνΕκτ Πα³

καιοπρακτικές αξιώσεις παραλείψεως, και οι αντίστοιχες υποχρεώσεις για παράλειψη υπό την έννοια του άρθρου 947 ΚΠολΔ, δεν μπορούν να έχουν γενικό χαρακτήρα, αλλά πρέπει να είναι απολύτως εξειδικευμένες⁶⁶. Όταν συνεπώς από τις δεσμεύσεις που έχουν αναλάβει μπορεί να αντληθεί ανάληψη υποχρεώσεως, από την πλευρά των μετόχων που τις έχουν υπογράψει, ότι θα απέχουν από ενέργειες που θα παρακώλυαν τη συγχώνευση, όχι όμως και εκείνες που θα αφορούσαν την ανάκληση της σχετικής αποφάσεως περί συγχωνεύσεως, δεν μπορούν να προκύψουν αξιώσεις με ένα τέτοιο περιεχόμενο. Διότι τότε θα πρόκειται μόνο για υποχρεώσεις παραλείψεως των μετόχων, οι οποίες συνέχονται άμεσα με τη λήψη της εγκριτικής αποφάσεως για τη συγχώνευση από τις έκτακτες γενικές συνελεύσεις των ανωνύμων εταιρειών, και για καμία άλλη περαιτέρω αξίωση.

- β. Όπως, τέλος, διευκρινίζεται πιο πάνω⁶⁷, η προσωρινή ρύθμιση καταστάσεως, κατά τις παγιωμένες σήμερα θέσεις, μπορεί να είναι επιτρεπτή μόνον εφόσον υπάρχει ο τελολογικός σύνδεσμος μεταξύ της προσωρινής και της οριστικής δικαστικής προστασίας. Αυτό σημαίνει ότι πρέπει στη βάση της υπό ρύθμιση καταστάσεως να υπάρχει δικαίωμα του ουσιαστικού δικαίου, από το οποίο να μπορούν να προκύψουν αγώγιμες αξιώσεις. Αφού όμως το έγγραφο των δεσμεύσεων δεν γεννά αγώγιμες αξιώσεις που να συνέχονται με υποχρέωση όσων το έχουν υπογράψει να παραλείψουν όλες τις εν γένει ενέργειες, οι οποίες αποσκοπούν στην ανάκληση της αποφάσεως για τη συγχώνευση, τέτοια υποχρέωση δεν προβλέπεται. Έτσι, δεν μπορεί να ληφθεί ούτε το ασφαλιστικό μέτρο της προσωρινής ρυθμίσεως καταστάσεως κατά το άρθρο 731 ΚΠολΔ, με διάταξη για την προσωρινή παράλειψη ενεργειών, από την πλευρά των μετόχων, που κατατείνουν στην ανάκληση της συγχωνεύσεως.

(2018), αρ 1-3.

66 Βλ., π.χ., *Βαφειάδου*, στο *Απαλαγάκη*, ΚΠολΔ, Ερμηνεία κατ' άρθρο (2010), άρθρο 947, αρ. 2· ειδικότερα *Ιέσιου-Φαλτσή*, Γνωμοδότηση, ΕλλΔικ 2006, σ. 58 επ. (60 επ.)· *την ίδια*, Τιμητικός Τόμος για τον Ιωάννη Μανωλεδάκη ΙΙΙ (2007), σ. 675 επ. (678 επ.).

67 Βλ. στο ΙΙΙ.

Ζητήματα υπαιτιότητας και καταλογισμού στο πεδίο έκδοσης ακάλυπτης επιταγής

Γεώργιος-Αλέξανδρος Αθ. Γεωργιάδης

Δικηγόρος Δ.Ν.

Ι. Εισαγωγικά

Σύμφωνα με τη διάταξη του άρθρου 79 ν. 5960/1933 περί επιταγής, η έκδοση ακάλυπτης επιταγής, δηλαδή επιταγής η οποία δεν πληρώθηκε ελλείψει δι-αθεσίμων κατά τον χρόνο της έκδοσης ή της εμφάνισής της προς πληρωμή κεφαλαίων, απαγορεύεται και τιμωρείται ποινικά, εφόσον ο εκδότης ενήργησε με δόλο οποιουδήποτε βαθμού. Η παρά τη σχετική απαγόρευση έκδοση ακάλυπτης επιταγής συνιστά παράνομη πράξη κατά την έννοια της ΑΚ 914 περί αδικοπραξίας και, συντρεχουσών των λοιπών προϋποθέσεων της διάταξης, δηλαδή της ζημίας, της υπαιτιότητας και του αιτιώδους συνδέσμου, γεννάται ευθύνη του εκδότη της επιταγής προς αποζημίωση του λήπτη της. Από τα παραπάνω προκύπτει ότι ο λήπτης της ακάλυπτης επιταγής έχει δύο αξιώσεις κατά του εκδότη της και, συγκεκριμένα, μία στηριζόμενη στην ΑΚ 914 και μία στηριζόμενη στο ίδιο το αξιόγραφο της επιταγής. Οι αξιώσεις αυτές τελούν, κατά την άποψη της νομολογίας, σε σχέση επενεργούσης συρροής, καθώς αμ-φότερες αφορούν στην ίδια παροχή, δεδομένου ότι η ζημία που υφίσταται ο λήπτης ισούται τουλάχιστον με το ποσό που αναγράφεται στην επιταγή. Κατά συνέπεια, ο τελευταίος μπορεί να ζητήσει την ικανοποίηση αμφότερων των αξιώσεων, πλην όμως η ικανοποίηση μιας εξ αυτών επιφέρει την απόσβεση της άλλης στο μέτρο που αλληλοκαλύπτονται¹.

Σχετικά με τη γέννηση της αξίωσης αποζημίωσης από αδικοπραξία, οι προϋποθέσεις του παρανόμου, της ζημίας και του αιτιώδους συνδέσμου συντρέχουν πάντοτε, καθώς με μόνη τη μη πληρωμή ο λήπτης της επιταγής υφίσταται ζημία ισόποση του αναγραφόμενου στην επιταγή ποσού. Αντίθετα, η προϋπόθεση της υπαιτιότητας δεν καταφάσκεται άνευ ετέρου, διότι θα πρέπει να αναζητηθεί η ενδιάθετη κατάσταση του εκδότη της επιταγής. Έτσι, για τη θεμελίωση του δικανικού συλλογισμού, απαιτείται η διερεύνηση αν η παράνομη πράξη του εκδότη καλύπτεται από τα αναγκαία για τη γέννηση της ευ-θύνης του στοιχεία της υπαιτιότητας, δηλαδή το γνωστικό και το βουλητικό.

1 ΑΠ 29/2020, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ· ΜονΕφΘεσ 2384/2019, Αρμ 2019.978. Βλ. και Κιάντου-Παμπούκη, Δίκαιο αξιογράφων⁶, 2012, σελ. 335, η οποία βέβαια προσχωρεί στην άποψη ότι πρόκειται στην πραγματικότητα για μια αξίωση θεμελιούμενη σε περισσότερες νομικές βάσεις.

Τα ζητήματα της υπαιτιότητας και του καταλογισμού του εκδότη ακάλυπτης επιταγής, ως προϋποθέσεων ευθύνης του από αδικοπραξία, τίθενται στο επίκεντρο της παρούσας μελέτης, η οποία θα εστιάσει σε προβλήματα συντρέχοντος πταίσματος, καθώς και σε προβλήματα υπαιτιότητας και καταλογισμού που αναφύονται εξ αφορμής της κήρυξης του εκδότη σε πτώχευση ή προπτωχευτικής διαδικασίας εξυγίανσης. Τέλος, η μελέτη θα εξετάσει την επίδραση της πρόσφατης υγειονομικής κρίσης και των μέτρων αντιμετώπισής της στο πεδίο του δικαίου της ακάλυπτης επιταγής.

II. Ο δόλος και η αμέλεια ως μορφές υπαιτιότητας στο πεδίο της ακάλυπτης επιταγής

Νομολογιακά γίνεται παγίως δεκτό ότι ο εκδότης της επιταγής ενεργεί με δόλο όχι μόνο όταν γνωρίζει ότι δεν έχει, κατά την έκδοση της επιταγής ή κατά την εμφάνισή της προς πληρωμή, τα απαραίτητα διαθέσιμα κεφάλαια, αλλά και όταν γνωρίζει ότι ο λογαριασμός του κατά τους ίδιους χρόνους ενδέχεται να μην έχει διαθέσιμα κεφάλαια και αποδέχεται το ενδεχόμενο αυτό². Από τη στερεότυπη αυτή φράση των δικαστικών αποφάσεων αποκαλύπτονται τα δύο στοιχεία του δόλου (γνωστικό και βουλητικό) ως μίας από τις μορφές υπαιτιότητας. Συγκεκριμένα, με άμεσο δόλο πράττει ο εκδότης της επιταγής, ο οποίος γνωρίζει με βεβαιότητα την έλλειψη διαθεσίμων κεφαλαίων κατά τα παραπάνω χρονικά σημεία και επιδιώκει ή αποδέχεται να εκδώσει ακάλυπτη επιταγή. Εξάλλου, ο δόλος του εκδότη είναι απλώς ενδεχόμενος όταν γνωρίζει μόνο ως ενδεχόμενη τη μη επάρκεια διαθεσίμων κεφαλαίων και την αποδέχεται εκδίδοντας την επιταγή³.

Στις περιπτώσεις των μεταχρονολογημένων επιταγών, δηλαδή επιταγών στις οποίες ως χρόνος έκδοσης αναγράφεται ημερομηνία μεταγενέστερη της πραγματικής για λόγους παροχής πίστωσης προς τον εκδότη, ο τελευταίος γνωρίζει ότι, κατά τον χρόνο της έκδοσης, ενδέχεται να μην υπάρχουν διαθέσιμα κεφάλαια προς πληρωμή. Γι' αυτό, άλλωστε, η επιταγή εκδίδεται μεταχρονολογημένη. Τούτο δεν αποτελεί πρόβλημα, εφόσον η επιταγή εμφανιστεί και πληρωθεί εντός της προβλεπόμενης οκταήμερης προθεσμίας από την αναγραφόμενη ημερομηνία. Αν, παρά ταύτα δεν πληρωθεί ελλείψει διαθεσίμων κεφαλαίων και ο εκδότης γνώριζε έστω ως ενδεχόμενο ότι δεν θα είχε διαθέσιμα κεφάλαια ούτε κατά τον χρόνο της πληρωμής, ενεργεί δολίως και

2 ΑΠ 219/2020· ΑΠ 1069/2017· ΑΠ 671/2013· ΑΠ 1051/2012· ΜονΕφΔωδ 6/2020· ΜονΕφΛαφ 7/2017, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ.

3 Σημειώνεται ότι με τη διάταξη του άρθρου 1 ν.δ. 1325/1972 τροποποιήθηκε η διάταξη του άρθρου 79 ν. 5960/1933 διαγραφόμενης της φράσης «εν γνώσει», έτσι ώστε η ποινική ευθύνη του εκδότη να θεμελιώνεται και σε περιπτώσεις ενδεχόμενου δόλου.

θεμελιώνεται ευθύνη του από αδικοπραξία⁴.

Περαιτέρω, μορφή υπαιτιότητας, ικανή να θεμελιώσει ευθύνη από αδικοπραξία λόγω έκδοσης ακάλυπτης επιταγής, συνιστά και η αμέλεια, παρόλο που η έκδοση ακάλυπτης επιταγής από αμέλεια δεν διώκεται ποινικά ελλείψει ειδικής σχετικής νομοθετικής πρόβλεψης κατά την ΠΚ 26 παρ. 1 εδ. β⁵. Η αμέλεια εκδηλώνεται ως ενσυνείδητη αμέλεια ή απερισκεψία, όταν ο δράστης προβλέπει τη δυνατότητα επέλευσης του παράνομου αποτελέσματος και ελπίζει ότι θα το αποφύγει, ή ως ασυνείδητη αμέλεια ή απροσεξία, όταν ο δράστης δεν επιδεικνύει την απαιτούμενη από την αντικειμενική καλή πίστη προσοχή και, έτσι, δεν προβλέπει το παράνομο αποτέλεσμα. Η διάκριση σε ενσυνείδητη και ασυνείδητη αμέλεια δεν συμπίπτει κατ' ανάγκη με τη διάκριση σε βαριά και ελαφρά αμέλεια⁶. Στην περίπτωση της αδικοπραξίας και όσον αφορά στην αποκατάσταση της περιουσιακής ζημίας του λήπτη της επιταγής που συντελείται με την έκδοση ακάλυπτης επιταγής, οι παραπάνω διακρίσεις στερούνται νοήματος, αφού η ΑΚ 914 αρκείται σε οποιαδήποτε μορφή υπαιτιότητας. Αντίθετα, οι ίδιες διακρίσεις αποκτούν ενδιαφέρον για τον δικαστικό καθορισμό του ποσού της εύλογης χρηματικής ικανοποίησης της ηθικής βλάβης του λήπτη σύμφωνα με την ΑΚ 932⁷.

Εστιάζοντας στο πεδίο της έκδοσης ακάλυπτης επιταγής, ιδρύεται ευθύνη του εκδότη της από αδικοπραξία όταν αυτός ενεργεί από αμέλεια, δηλαδή όταν προβλέπει ως ενδεχόμενη τη μη πληρωμή της επιταγής και, παρόλα αυτά, την εκδίδει ελπίζοντας ή πιστεύοντας ότι, κατά τον χρόνο εμφάνισης, θα υπάρχουν τα διαθέσιμα κεφάλαια και η επιταγή θα πληρωθεί. Ομοίως, ευθύνη προς αποζημίωση γεννάται και όταν ο εκδότης δεν προέβλεψε την αδυναμία πληρωμής, ενώ κατ' αντικειμενική κρίση τούτο ήταν εφικτό.

Συμπερασματικά, για τη στοιχειοθέτηση της ευθύνης από αδικοπραξία με την έκδοση ακάλυπτης επιταγής, θα πρέπει η υπαιτιότητα του εκδότη της να καλύπτει την αδυναμία πληρωμής κατά τον χρόνο της νόμιμης εμφάνισής της.

4 ΑΠ 179/2019, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ.

5 Βλ. αντί πολλών Δημήτρη/Δημήτρη, Ακάλυπτη Επιταγή – Ζητήματα ουσιαστικού και δικονομικού ποινικού δικαίου, 2001, σελ. 122.

6 Σταθόπουλος, Γενικό Ενοχικό Δίκαιο⁵, 2018, § 6 αριθ. 88.

7 ΟΛΑΠ 9/2015, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ.

III. Ειδικά ζητήματα υπαιτιότητας και καταλογισμού

Ακολούθως, θα αναπτυχθούν ορισμένα ειδικά ζητήματα υπαιτιότητας στο πεδίο της ακάλυπτης επιταγής.

A. Συντρέχον πταίσμα επί έκδοσης ακάλυπτης μεταχρονολογημένης επιταγής

Ενδιαφέρον παρουσιάζει το ζήτημα της ευθύνης του εκδότη μεταχρονολογημένης επιταγής, όταν ο λήπτης εμφανίζει την επιταγή πριν την αναγραφόμενη σε αυτήν ημερομηνία, όπως άλλωστε έχει δικαίωμα σύμφωνα με τη διάταξη του άρθρου 28 παρ. 2 ν. 5960/1933, πλην όμως αυτή δεν πληρώνεται ελλείψει διαθεσίμων κεφαλαίων. Το ενδιαφέρον συνίσταται στο ότι σε πολλές περιπτώσεις ο λήπτης, αποδεχόμενος την επιταγή, γνωρίζει θετικά ότι μέχρι την αναγραφόμενη ημερομηνία δεν θα υπάρχει επάρκεια κεφαλαίων και δεσμεύεται, κατά την εσωτερική σχέση των μερών, ότι δεν θα την εμφανίσει πριν το χρονικό αυτό σημείο. Σε αυτές τις περιπτώσεις, ερωτάται αν η εξ αδικοπραξίας ευθύνη του εκδότη παραμένει αναλλοίωτη παρά την αθέτηση της εσωτερικής συμφωνίας εκ μέρους του λήπτη. Σε σχέση με το ζήτημα αυτό η νομολογία δεν ομονοεί.

Σύμφωνα με την κρατούσα άποψη, ο εναγόμενος εκδότης μπορεί να προβάλει την ένσταση του συντρέχοντος πταίσματος του λήπτη (ΑΚ 300) ή και της καταχρηστικής άσκησης δικαιώματος του (ΑΚ 281), έτσι ώστε να περιοριστεί ή να αποκλειστεί αντίστοιχα η ευθύνη πρώτου⁸. Η δεύτερη άποψη αρνείται την ένσταση του συντρέχοντος πταίσματος με το επιχείρημα ότι ο εκδότης της μεταχρονολογημένης επιταγής αναλαμβάνει τον κίνδυνο να την εμφανίσει ο λήπτης και πριν την αναγραφόμενη ημερομηνία, όπως έχει, άλλωστε, δικαίωμα⁹. Τέλος, τρίτη άποψη αρνείται την ένσταση του συντρέχοντος πταίσματος με όμοια επιχειρηματολογία, αλλά δέχεται την ένσταση καταχρηστικής άσκησης δικαιώματος, εφόσον βεβαίως ο λήπτης γνώριζε κατά την αποδοχή της επιταγής ότι δεν υπήρχαν διαθέσιμα κεφάλαια¹⁰.

Αξιολογώντας τις παραπάνω απόψεις, σε ορθότερη κατεύθυνση κινείται η τρίτη. Το ζήτημα του περιορισμού ή αποκλεισμού της ευθύνης δεν προσφέρεται να επιλυθεί με βάση τις περί υπαιτιότητας διατάξεις, διότι ο εκδότης

8 ΑΠ 281/2003, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ· ΤριμΕφΑθ 1710/2011, ΕπισκΕΔ 2012.189· ΜονΕφΘεσ 2384/2019, Αρμ 2019.980· ΜονΕφΑθ 6074/2018, ΔΕΕ 2019.989· ΜονΕφΑθ 297/2018, ΔΕΕ 2018.508· ΜονΕφΛαρ 164/2018, ΔΕΕ 2018.1435· *Κοντογιάννη*, Η συνυπευθυνότητα του ζημιωθέντος στο Αστικό Δίκαιο, 2006, § 9 αριθ. 6.

9 ΤριμΕφΑθ 1042/2019, ΔΕΕ 2019.305. Έτσι και Κιάντου-Παμπούκη, Η μεταχρονολογημένη επιταγή, ΕπισκΕΔ 1995.685.

10 ΜονΕφΑθ 1943/2018, Αρμ 2019.94· ΜονΕφΛαρ 93/2016, ΔΕΕ 2017.724.

της μεταχρονολογημένης επιταγής γνωρίζει κατά τον χρόνο της έκδοσής της ότι δεν διαθέτει και δεν θα διαθέτει μέχρι τον αναγραφόμενο στην επιταγή χρόνο επαρκή κεφάλαια, με αποτέλεσμα ο δόλος του να καλύπτει πλήρως την παράνομη πράξη του, δηλαδή τη μη πληρωμή της επιταγής επί τη εμφανίσει. Για τον λόγο αυτόν, δεν καταλείπεται και περιθώριο εφαρμογής της ΑΚ 300, καθώς ο λήπτης της επιταγής δεν συντελεί στην πρόκληση ή στην επίταση της ζημίας του, όπως προϋποθέτει η ΑΚ 300¹¹, δεδομένου ότι δικαιούται να εμφανίσει την επιταγή και πριν την αναγραφόμενη ημερομηνία αξιώνοντας την πληρωμή της.

Αντιθέτως, η άσκηση του εν λόγω δικαιώματος μπορεί να αξιολογηθεί καταχρηστική ως υπερβαίνουσα προφανώς τα όρια που θέτει η καλή πίστη, διότι ο λήπτης εκδηλώνει μια προφανώς αντιφατική συμπεριφορά. Και τούτο, με τη σκέψη ότι από τη μια πλευρά δεσμεύεται έναντι του εκδότη, κατά την εσωτερική τους συμφωνία, ότι δεν θα εμφανίσει την επιταγή πριν την αναγραφόμενη σε αυτήν ημερομηνία γνωρίζοντας ότι μέχρι την ημερομηνία αυτή δεν θα υπάρχουν διαθέσιμα κεφάλαια, και από την άλλη πλευρά αθετεί τη δέσμευση αυτή εμφανίζοντας την επιταγή. Μάλιστα, αν ο λήπτης αποσκοπεί με την πρόωρη εμφάνιση της επιταγής να προκαλέσει ζημία στον εκδότη, θα δικαιολογούνταν η γνώμη ότι η άσκηση του δικαιώματός του εκτρέπεται και από τα όρια που επιβάλλονται από τα χρηστά ήθη. Επομένως, δογματικά συνεπέστερη εμφανίζεται η επίλυση του ζητήματος με αναγωγή στην ΑΚ 281 και όχι στην ΑΚ 300. Κατ' αποτέλεσμα, η αγωγή αποζημίωσης λόγω αδικοπραξίας απορρίπτεται ως ουσία αβάσιμη, με περαιτέρω επακόλουθο και την απόρριψη τυχόν αιτήματος για χρηματική ικανοποίηση λόγω ηθικής βλάβης κατ' ΑΚ 932.

Β. Εμφάνιση της επιταγής μετά την πτώχευση του εκδότη

Δεύτερο ζήτημα υπαιτιότητας και, άρα, ευθύνης από αδικοπραξία ανακύπτει στις περιπτώσεις εμφάνισης της μεταχρονολογημένης επιταγής μετά την κήρυξη του εκδότη της σε καθεστώς πτώχευσης.

Συναφώς νομολογήθηκε ότι, αν μετά την έκδοση μεταχρονολογημένης επιταγής κηρυχθεί σε πτώχευση ο εκδότης της, δεσμεύονται λόγω της πτωχευτικής απαλλοτρίωσης¹² τα διαθέσιμα κεφάλαιά του υπέρ της ομάδας των πιστωτών, με αποτέλεσμα να είναι αδύνατη η πληρωμή της επιταγής κατά τη

11 Για τη συμβολή της πράξης του ζημιωθέντος στην πρόκληση ή στην επίταση της ζημίας ως προϋπόθεση για την εφαρμογή της ΑΚ 300 βλ. αντί πολλών Απ. Γεωργιάδη, Γενικό Ενοχικό Δίκαιο², 2015, § 11 αριθ. 31· Σταθόπουλο, ΓενΕνοχΔ, § 9 αριθ. 94.

12 Βλ. άρθρο 17 ΠτΚ (ν. 3588/2007) και ήδη άρθρο 93 ν. 4738/2020 («Ρύθμιση οφειλών και παροχή δεύτερης ευκαιρίας και άλλες διατάξεις»), με έναρξη εφαρμογής την 01.03.2021 (άρθρο 308, όπως αυτό τροποποιήθηκε με τη διάταξη του άρθρου 83 παρ. 3 ν. 4764/2020).

μεταγενέστερη ημερομηνία που αναγράφεται ως χρόνος έκδοσής της. Εκ τούτων έπεται, κατά την αρεοπαγίτική νομολογία, ότι η μη πληρωμή της επιταγής μετά την πτώχευση του εκδότη της λογίζεται ανυπαίτια και δεν ιδρύει υποχρέωση αποζημίωσης σύμφωνα με την ΑΚ 914. Όπως έγινε δεκτό, ουδεμία επιρροή ασκεί το γεγονός ότι στο σώμα του τίτλου σημειώνεται ότι η μη πληρωμή οφείλεται στην έλλειψη διαθέσιμων κεφαλαίων του εκδότη, καθόσον και η έλλειψη αυτή έχει ως άμεση αιτία την πτωχευτική απαλλοτρίωση¹³. Μάλιστα, κρίθηκε ότι ο πτωχεύσας εκδότης ακάλυπτης μεταχρονολογημένης επιταγής βρίσκεται ενώπιον μιας αναπόφευκτα άδικης επιλογής: είτε να φροντίσει να καλύψει με διαθέσιμα κεφάλαια την επιταγή που είχε εκδώσει προκειμένου αυτή να πληρωθεί, διαπράττοντας έτσι απλή χρεωκοπία, κατ' άρθρο 679 ΕμπΝ [βλ. άρθρο 172 ΠτΚ και, ήδη, άρθρο 198 ν. 4738/2020], είτε να μην ενεργήσει κατά τον παραπάνω τρόπο τελώντας, έτσι, το έγκλημα της έκδοσης ακάλυπτης επιταγής. Σε μια τέτοια περίπτωση αναπόφευκτα άδικης επιλογής, που δεν υπάρχει ελευθερία επιλογής και αποφυγής του αδίκου, δεν μπορεί να υπάρχει ουσιαστικό περιεχόμενο του καταλογισμού και η όποια επιλογή του δράστη πρέπει να κριθεί συγχωρητή και να αρθεί, έτσι, ο καταλογισμός του¹⁴.

Η θέση αυτή της νομολογίας επιτρέπει τη διατύπωση ορισμένων παρατηρήσεων. Από μεθοδολογική άποψη, στο πεδίο του Αστικού Δικαίου, μια συμπεριφορά καταλογίζεται υποκειμενικά στον δράστη, μόνον εφόσον αυτός έχει ικανότητα καταλογισμού, την οποία ο δικαστής οφείλει να εξακριβώσει πριν ελέγξει τη συνδρομή της υπαιτιότητας¹⁵. Από τις περιοριστικά αναφερόμενες στις ΑΚ 331 και 915 περιπτώσεις ανικανότητας προς καταλογισμό (έλλειψη δικαιοπρακτικής ικανότητας λόγω ανηλικότητας ή έλλειψη συνείδησης των πραττομένων λόγω ψυχικής ή διανοητικής διαταραχής, κωφασίας), δεν συντρέχει καμία στην προκείμενη περίπτωση. Εξάλλου, το Αστικό Δίκαιο δεν αναγνωρίζει τη δυνατότητα άρσης του καταλογισμού, όπως συμβαίνει στο πεδίο του Ποινικού Δικαίου (ΠΚ 32), όπου αναπτύχθηκε η θεωρία περί άρσης του καταλογισμού όταν ο δράστης τελεί το έγκλημα επειδή βιώνει μια ανυπέρβλητη ψυχική ή ηθική πίεση ενόψει της σφοδρής σύγκρουσης ασυμβίβαστων συμφερόντων¹⁶. Η θεωρία αυτή βρήκε στο Αστικό Δίκαιο περιορισμένη απήχηση¹⁷. Και τούτο, διότι το δεοντολογικό αυτό στοιχείο για την αξιολόγη-

13 ΑΠ 1711/2005, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ· ΑΠ 213/2003, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ· ΕφΑθ 4771/2008, ΕπισΕΔ 2009.190.

14 ΜονΠλημΚερκ 5356/2005, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ.

15 Σταθόπουλος, ΓενΕνοχΔ, § 6 αριθ. 10.

16 Πρόκειται για το παράδειγμα της σανίδας του Καρνεάδου, κατά το οποίο ο ναυαγός προκειμένου να σωθεί από βέβαιο θάνατο αρπάζει με τη βία τη μοναδική σανίδα σωτηρίας από άλλο ναυαγό που αντιμετωπίζει τον ίδιο κίνδυνο.

17 Βλ. μοναδικό υποστηρικτή τον Μιχαηλίδη-Νουάρο σε ΕρμΑΚ 330 αριθ. 3, 24.

ση της υποκειμενικής υπόστασης ενός εγκλήματος αποσκοπεί στην απαλλαγή του δράστη από την ποινική τιμωρία και είναι ξένο προς τον αποκαταστατικό προσανατολισμό του Αστικού Δικαίου. Άλλωστε, στη θεωρία αυτή δεν μπορεί να προσφέρει επαρκές έρεισμα η ανάλογη εφαρμογή των ΑΚ 331 και 915.

Για τον λόγο αυτόν, η θεμελίωση του αποκλεισμού της ευθύνης του πτωχεύσαντος εκδότη μεταχρονολογημένης επιταγής θα πρέπει να αναζητηθεί σε διαφορετική νομική βάση. Συναφώς διδάσκεται ότι, σε τέτοιες ακραίες περιπτώσεις ανυπέρβλητης ψυχικής ή ηθικής πίεσης, η αξιολόγηση της συμπεριφοράς του οφειλέτη θα στηριχθεί στις γενικές ρήτρες του Αστικού Δικαίου, οι οποίες εισάγουν κανόνες δικαίου επιείκειας, όπως λ.χ. στις ΑΚ 281 περί καταχρηστικής άσκησης δικαιώματος και ΑΚ 288 περί καλόπιστης εκπλήρωσης των ενοχών¹⁸. Μεταφέροντας στο ζήτημα που εδώ απασχολεί την εν λόγω διδασκαλία, η οποία μεταθέτει το επίκεντρο της συζήτησης από τον καταλογισμό στην υπαιτιότητα, δικαιολογείται η γνώμη ότι η υπαιτιότητα του εκδότη ακάλυπτης μεταχρονολογημένης επιταγής θα κριθεί με βάση την αντικειμενική καλή πίστη και ως τέτοια νοείται η ευθύτητα και εντιμότητα που επιβάλλουν στον συναλλασσόμενο την υποχρέωση να λαμβάνει υπόψη του τα έννομα αγαθά του άλλου μέρους και να συμπεριφέρεται με ειλικρίνεια. Έτσι, εφόσον, κατά τον χρόνο έκδοσης της μεταχρονολογημένης επιταγής, ο εκδότης γνώριζε ως βέβαιο ή ενδεχόμενο ότι αυτή δεν πρόκειται για οποιονδήποτε λόγο να πληρωθεί κατά την αναγραφόμενη ημερομηνία και προβεί στην έκδοσή της, ενήργησε με άμεσο ή ενδεχόμενο δόλο αντίστοιχα. Κατά συνέπεια, αν κατά τον χρόνο έκδοσης της μεταχρονολογημένης επιταγής πιθανολογούσε την κήρυξή του σε πτώχευση και τη συνακόλουθη πτωχευτική απαλλοτρίωση, η επέλευσή της δεν αναιρεί τον δόλο του να εκδώσει επιταγή που δεν μπορεί να πληρωθεί και, επομένως, υπέχει ευθύνη προς αποζημίωση. Αν, επίσης, ο εκδότης γνώριζε ως ενδεχόμενη την κήρυξη του σε πτώχευση αλλά ήλπιζε ή πίστευε ότι θα την αποφύγει και ότι θα μπορούσε τελικά να πληρώσει την επιταγή, η μη πληρωμή της μπορεί να αποδοθεί σε αμέλειά του, οπότε εξακολουθεί να ευθύνεται, αφού και η αμέλεια ως μορφή υπαιτιότητας γεννά αδιοπρακτική ευθύνη.

Εξάλλου, αν ο εκδότης αγνοούσε την επικείμενη κήρυξή του σε πτώχευση και προέβη στην έκδοση της μεταχρονολογημένης επιταγής θα πρέπει, για τη θεμελίωση της ευθύνης του, να απαντηθεί το ερώτημα αν θα μπορούσε να είχε προβλέψει την επικείμενη πτώχευση με τις δυνατότητες πρόβλεψης που θα είχε ο μέσος συντετός συναλλασσόμενος του κύκλου του εκδότη, έτσι ώστε να μην εκδώσει την επιταγή και να μην διακινδυνεύσει τα συμφέροντα του λήπτη της. Σε περίπτωση καταφατικής απάντησης, δεν υπάρχει βέβαια δόλος, αλλά η ζημία του λήπτη μπορεί να αποδοθεί σε αμέλεια του εκδότη. Μόνο

18 Σταθόπουλος, ΓενΕνοχΔ, § 6 αριθ. 31.

στην περίπτωση της αρνητικής απάντησης, η κήρυξη της πτώχευσης μπορεί να θεωρηθεί ανυπαίτιο γεγονός που δικαιολογεί την απαλλαγή του εκδότη από την υποχρέωση αποζημίωσης.

Τέλος, θα άξιζε να προβληματιστεί κάποιος ως προς την ύπαρξη αδικοπρακτικής ευθύνης του εκδότη αν η μεταχρονολογημένη επιταγή δεν πληρώθηκε λόγω της πτωχευτικής απαλλοτρίωσης, αλλά στη συνέχεια η απόφαση με την οποία κηρύχθηκε η πτώχευση εξαφανίστηκε μετά από επιτυχή άσκηση ενδίκων μέσων. Υπενθυμίζεται ότι η απόφαση που κηρύσσει την πτώχευση είναι άμεσα εκτελεστή υποκείμενη, όμως, στα ένδικα μέσα της έφεσης και της αναίρεσης. Εξαφανιζομένης της πρωτόδικης απόφασης για κήρυξη της πτώχευσης, η πτωχευτική απαλλοτρίωση ανατρέπεται αυτοδικαίως¹⁹. Στην περίπτωση αυτή, σωστό φαίνεται να γίνει δεκτό ότι η αδυναμία πληρωμής της επιταγής ήταν πράγματι ανυπαίτια, οπότε ο εκδότης της δεν φέρει ευθύνη προς αποζημίωση.

Γ. Εμφάνιση της επιταγής εντός της ύποπτης περιόδου.

Με την απόφαση κήρυξης της πτώχευσης, το Πτωχευτικό Δικαστήριο ορίζει την ημερομηνία παύσης πληρωμών²⁰. Το χρονικό διάστημα μεταξύ της έκδοσης της απόφασης κήρυξης της πτώχευσης και της παύσης πληρωμών καλείται ύποπτη περίοδος. Υπό την ισχύ του ΠτΚ του ν. 3788/2007, η παύση πληρωμών δεν μπορούσε να απέχει πέραν της διετίας από την ημερομηνία κήρυξης της πτώχευσης (άρθρο 7 παρ. 2 εδ. α ΠτΚ). Πλέον, από την έναρξη ισχύος του ν. 4738/2020, ως ημέρα παύσης των πληρωμών που προσδιορίζεται με τη δικαστική απόφαση κήρυξης της πτώχευσης, τεκμαίρεται η τριακοστή ημερολογιακή ημέρα που προηγείται της υποβολής της αίτησης πτώχευσης (άρθρο 81 παρ. 2 εδ. β ν. 4738/2020).

Ο καθορισμός της ύποπτης περιόδου είναι κρίσιμος, διότι πράξεις του οφειλέτη που επιχειρήθηκαν εντός του χρονικού αυτού διαστήματος ανακαλούνται υποχρεωτικά ή δυνητικά, εφόσον είναι επιζήμιες για την ομάδα των πιστωτών. Με τα δεδομένα αυτά, ανακύπτει το ερώτημα ως προς το αν επιταγή, που εκδόθηκε πριν την ημερομηνία παύσης πληρωμών αλλά εμφανίστηκε εντός της ύποπτης περιόδου και δεν πληρώθηκε ελλείψει διαθέσιμων κεφαλαίων, γεννά ευθύνη του εκδότη προς αποζημίωση. Το πρόβλημα αυτό δεν αντιμετωπίστηκε από τη νομολογία.

Για την ταυτότητα του νομικού λόγου θα μπορούσε κάποιος να μεταφέρει τις παραδοχές της αρεοπαγίτικής νομολογίας επί του συναφούς ζητήματος που τέθηκε παραπάνω για την εμφάνιση της επιταγής μετά την κήρυξη της πτώχευσης. Η επέκταση της νομολογιακής θέσης περί αποκλεισμού της υπαι-

19 Ψυχομάνης, Πτωχευτικό Δίκαιο⁹, 2021, αριθ. 1001.

20 Βλ. αντί πολλών Κοτσίρη, Πτωχευτικό Δίκαιο¹⁰, § 296 αριθ. 57.

τιότητας του εκδότη μπορεί να δικαιολογηθεί με τη σκέψη ότι, όπως οι επιχειρούμενες από τον οφειλέτη πράξεις διαχείρισης και διάθεσης της πτωχευτικής περιουσίας είναι ανενεργείς μετά την κήρυξη της πτώχευσης, έτσι και κατά την ύποπτη περίοδο ανακαλούνται υποχρεωτικά ή δυνητικά κατά τις διατάξεις των άρθρων 116-118 ν. 4738/2020 (βλ. παλαιά άρθρα 42 και 43 ΠτΚ), εφόσον είναι επιζήμιες για την ομάδα των πιστωτών.

Συγκεκριμένα, η έκδοση (κατά κανόνα μεταχρονολογημένης) επιταγής πριν την παύση πληρωμών που εμφανίζεται προς πληρωμή μετά την παύση των πληρωμών, δηλαδή εντός της ύποπτης περιόδου, θεωρείται πράξη υποχρεωτικής ανάκλησης σύμφωνα με τη διάταξη του άρθρου 117 ν. 4738/2020 (βλ. παλαιό άρθρο 42 περ. γ ΠτΚ), καθώς κατατείνει σε πληρωμή ληξιπρόθεσμου χρέους με άλλον τρόπο και όχι με μετρητά²¹. Υπέρ της επέκτασης αυτής συνηγορεί, άλλωστε, και το επιχείρημα ότι ο πτωχεύσας εκδότης ακάλυπτης επιταγής, που εκδόθηκε πριν την ύποπτη περίοδο αλλά είναι πληρωτέα εντός αυτής, βρίσκεται στο εξής αναπόφευκτο άδικο δίλημμα: Από τη μια πλευρά, να φροντίσει να καλύψει με διαθέσιμα κεφάλαια την επιταγή που είχε εκδώσει προκειμένου αυτή να πληρωθεί, με αποτέλεσμα η πληρωμή να πρέπει να ανακληθεί υποχρεωτικά και ο ίδιος να διαπράττει το έγκλημα της ευνοϊκής μεταχείρισης πιστωτή κατά το άρθρο 198 ν. 4738/2020 (βλ. παλαιό άρθρο 172 ΠτΚ), σύμφωνα με το οποίο τιμωρείται με φυλάκιση μέχρι δύο ετών και χρηματική ποινή όποιος, ενώ βρίσκεται σε κατάσταση παύσης πληρωμών ή σε κατάσταση επαπειλούμενης αδυναμίας κανονικής εκπλήρωσης των ληξιπρόθεσμων χρηματικών του υποχρεώσεων, ικανοποιεί εν γνώσει του με επιζήμια πράξη του απαίτηση πιστωτή ή του παρέχει ασφάλεια, ευνοώντας αυτόν έναντι των λοιπών πιστωτών. Και από την άλλη πλευρά, να παραλείψει την παραπάνω ενέργεια και, έτσι, να τελεί το έγκλημα της έκδοσης ακάλυπτης επιταγής. Μάλιστα, αν ο πτωχεύσας εκδότης επέλεγε την πρώτη εκδοχή, τότε ο δικαιούχος της επιταγής που πληρώθηκε θα αντιμετώπιζε ομοίως την απορρέουσα από τη διάταξη του άρθρου 199 ν. 4738/2020 (βλ. και παλαιό άρθρο 173 ΠτΚ) ποινική ευθύνη, καθώς με ποινή φυλάκισης τουλάχιστον δύο ετών και χρηματική ποινή τιμωρείται όποιος (τρίτος), μετά την παύση των πληρωμών, με τη συναίνεση του οφειλέτη ή προς όφελος εκείνου εξαφανίζει, παρασιωπά ή αποκρύπτει περιουσιακά στοιχεία εκείνου, τα οποία σε περίπτωση πτώχευσης ανήκουν στην πτωχευτική περιουσία. Κατ' ακολουθία των ανωτέρω, θα μπορούσε να γίνει δεκτό ότι, αν εκδοθεί μία (μεταχρονολογημένη) επιταγή και μετά ταύτα ορισθεί από το Πτωχευτικό Δικαστήριο ως χρόνος παύσης πληρωμών η περίοδος

21 Κοτσίρης, Πτωχευτικό Δίκαιο¹⁰, § 296 αριθ. 53. Αντιθ. Ψυχομάνης, ΠτωχΔ, αριθ. 1615, ο οποίος ερμηνεύοντας διασταλτικά τη διάταξη του άρθρου 117 ν. 4738/2020 (αντίστοιχο της ΠτΚ 42) θεωρεί την πληρωμή με αξιόγραφο ως μορφή πληρωμής με μετρητά, επομένως η ανάκλησή της είναι μόνο δυνητική.

στην οποία θα έπρεπε να είχε πληρωθεί η επιταγή, η τυχόν πληρωμή πρέπει να ανακληθεί υποχρεωτικά κατά το άρθρο 117 ν. 4738/2020 (βλ. και παλαιό άρθρο 42 περ. γ ΠτΚ). Έτσι, νομολογήθηκε ότι η μη πληρωμή της, μετά την ορισθείσα ημερομηνία παύσης των πληρωμών του εκδότη, λογίζεται ανυπαίτια και δεν ιδρύει υποχρέωση αποζημίωσης, σύμφωνα με την ΑΚ 914²².

Ωστόσο, και στη νομική αυτή κατασκευή επιτρέπεται να αντιταχθούν οι αντιρρήσεις που εκφράστηκαν στο συναφές ζήτημα της εμφάνισης της επιταγής μετά την κήρυξη της πτώχευσης. Συγκεκριμένα, αν ο εκδότης γνώριζε ως βέβαιη ή ενδεχόμενη την παύση των πληρωμών και ότι η αναγραφόμενη ημερομηνία θα καταλαμβάνεται από την ύποπτη περίοδο και, παρόλα αυτά, εξέδωσε τη μεταχρονολογημένη επιταγή αποδεχόμενος τον κίνδυνο μη πληρωμής της, η πράξη του καλύπτεται με άμεσο ή ενδεχόμενο δόλο αντίστοιχα και ευθύνεται κατ' ΑΚ 914. Την ίδια ευθύνη υπέχει, αν ενήργησε από αμέλεια, δηλαδή στην περίπτωση που γνώριζε ως ενδεχόμενη την παύση πληρωμών και ότι η εμφάνιση της επιταγής θα γίνει εντός της ύποπτης περιόδου και ήλπιζε ή πίστευε ότι θα αποφύγει την παύση πληρωμών. Ομοίως, ευθύνεται και στην περίπτωση που αγνοούσε την επικείμενη παύση πληρωμών αλλά ο μέσος συνετός συναλλασόμενος του κύκλου του θα μπορούσε να την είχε προβλέψει.

Αντίθετα, δεν γεννάται ευθύνη αν η παύση πληρωμών δεν μπορούσε αντικειμενικά να είχε προβλεφθεί. Επίσης, ανυπαίτια κρίνεται η αδυναμία πληρωμής αν ο εκδότης γνώριζε μεν ως ενδεχόμενη την παύση πληρωμών, αλλά αγνοούσε αντικειμενικά την ακριβή ημερομηνία έναρξης της ύποπτης περιόδου πιστεύοντας βάσιμα ότι η εμφάνιση της επιταγής θα γίνει πριν την παύση πληρωμών. Το ίδιο ισχύει και στην περίπτωση εξαφάνισης της δικαστικής απόφασης που όρισε την ημερομηνία παύσης πληρωμών, μετά την επιτυχή άσκηση ενδίκων μέσων.

Δ. Εμφάνιση επιταγής μετά την επικύρωση της συμφωνίας εξυγίανσης

Από τη συνδυασμένη ερμηνεία των παλαιών άρθρων 100 και 106γ ΠτΚ προκύπτει ότι η επικυρωμένη από το δικαστήριο συμφωνία εξυγίανσης δεσμεύει και τους πιστωτές που δεν συμβλήθηκαν στην εν λόγω συμφωνία, δεδομένου ότι για την υποβολή της προς επικύρωση στο δικαστήριο αρκεί να την έχουν υπογράψει πιστωτές που αντιπροσωπεύουν το 60% του συνόλου των απαιτήσεων. Η ίδια ρύθμιση επαναλαμβάνεται και με τον ν. 4738/2020, με τη διαφορά ότι το σχετικό όριο μειώνεται σε 50% (άρθρα 34 και 60). Κατ' εξαίρεση, δεν δεσμεύονται πιστωτές, οι απαιτήσεις των οποίων γεννήθηκαν μετά την επικύρωση της συμφωνίας εξυγίανσης (άρθρο 106γ παρ. 1 εδ. β ΠτΚ και άρθρο 60 παρ. 2 ν. 4738/2020).

²² ΕφΘεσ(ποιν) 437/2006, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ.

Σημείο προβληματισμού αποτελεί το αν ο μη συμβαλλόμενος σε συμφωνία εξυγίανσης λήπτης επιταγής που εμφανίστηκε εμπρόθεσμα μετά την επικύρωση της συμφωνίας και δεν πληρώθηκε ελλείψει διαθέσιμων κεφαλαίων εξαιρείται της δέσμευσης από την επικυρωθείσα συμφωνία. Το ερώτημα αυτό σωστό φαίνεται να απαντηθεί καταφατικά. Πράγματι, λαμβάνοντας υπόψη ότι χρόνος γέννησης της εξ αδικοπραξίας αξίωσης είναι ο χρόνος επέλευσης της ζημίας²³, δηλαδή ο χρόνος εμφάνισης και μη πληρωμής της επιταγής, η αξίωση αποζημίωσης του λήπτη της επιταγής είναι μεταγενέστερη της επικύρωσης της συμφωνίας εξυγίανσης και, συνεπώς, ο λήπτης ως πιστωτής δεν δεσμεύεται από αυτήν. Επομένως, μπορεί να ασκήσει σε βάρος του εκδότη την εξ αδικοπραξίας αξίωσή του.

Ε. Εμφάνιση της επιταγής μετά την κατάσχεση του λογαριασμού ή τον συμψηφισμό της περιεχόμενης σε αυτόν κατάθεσης

Περαιτέρω, ζήτημα υπαιτιότητας ως προς τη μη πληρωμή επιταγής ανακύπτει σε περιπτώσεις που η επιταγή εμφανίστηκε στην τράπεζα αλλά δεν πληρώθηκε είτε διότι δεν υπήρχαν διαθέσιμα κεφάλαια λόγω προηγούμενης δήλωσης συμψηφισμού ανταπαίτησης της τράπεζας κατά του εκδότη (ΑΚ 440) είτε διότι ο λογαριασμός ήταν δεσμευμένος εξαιτίας επιβολής αναγκαστικής ή συντηρητικής κατάσχεσης (ΚΠολΔ 984 παρ. 2 και 715 παρ. 4). Στις περιπτώσεις του συμψηφισμού και της αναγκαστικής κατάσχεσης, υπαίτια θα θεωρείται η παράνομη πράξη της έκδοσης ακάλυπτης επιταγής όταν ο εκδότης, παρά τη γνώση του ή την αντικειμενική δυνατότητα γνώσης του ενδεχομένου δήλωσης συμψηφισμού ή επιβολής αναγκαστικής κατάσχεσης, προέβη στην έκδοση της επιταγής. Τούτο λ.χ. συμβαίνει όταν η τράπεζα, στην οποία διατηρείται ο λογαριασμός πληρωμής, του είχε κοινοποιήσει εξώδικη δήλωση για εκπλήρωση των υποχρεώσεών του ή όταν δανειστής του εκδότη του είχε επιδώσει απόγραφο εκτελεστής απόφασης με επιταγή προς εκτέλεση.

Αντίθετα, ανυπαίτια θα μπορούσε να αξιολογηθεί η μη πληρωμή επιταγής που εκδόθηκε από συγκαταθέτη κοινού λογαριασμού, ο οποίος, κατά τον χρόνο έκδοσής της, αγνοούσε τυχόν οφειλές άλλου συγκαταθέτη προς την τράπεζα, η οποία συμψήφισε, σύμφωνα με την ΑΚ 491, το σύνολο της κατάθεσης πριν την εμφάνιση της επιταγής προς πληρωμή. Παρεμφερώς, στο πεδίο της συντηρητικής κατάσχεσης, η οποία επιβάλλεται με την ταχεία διαδικασία των ασφαλιστικών μέτρων ή μετά από έκδοση διαταγής πληρωμής κατά την ΚΠολΔ 724, η θεμελίωση της υπαιτιότητας του εκδότη της επιταγής θα είναι δυσχερέστερη. Και τούτο, με τη σκέψη ότι ο εκδότης της επιταγής, ο οποίος, κατά τον χρόνο της έκδοσης έχει επαρκή κεφάλαια για την κάλυψή της, μπο-

23 Βλ. συναφώς Απ. Γεωργιάδη, ΓενΕνοχΔ, § 62 αριθ. 100.

ρεί αντικειμενικά να αγνοεί ότι θα ασκηθεί σε βάρος του αίτηση για τη λήψη ασφαλιστικών μέτρων με αίτημα την επιβολή συντηρητικής κατάσχεσης ή ότι εκδόθηκε σε βάρος του διαταγή πληρωμής.

ΣΤ. Αδυναμία πληρωμής της επιταγής εξαιτίας των μέτρων περιορισμού του κορωνοϊού Covid-19

Σύμφωνα με τη διάταξη του άρθρου 2 της από 30.03.2020 πράξης νομοθετικού περιεχομένου που κυρώθηκε με τη διάταξη του άρθρου 1 ν. 4684/2020, από τις 30 Μαρτίου 2020 και μέχρι την 31η Μαΐου 2020, για τους Κωδικούς Αριθμούς Δραστηριότητας των επιχειρήσεων που, είτε έχουν αναστείλει τη δραστηριότητά τους είτε έχουν πληγεί δραστικά από την επιδημία του κορωνοϊού COVID-19, αναστέλλονται οι προθεσμίες λήξης, εμφάνισης και πληρωμής οφειλόμενων από αυτές αξιογράφων κατά εβδομήντα πέντε ημέρες από την αναγραφόμενη ημερομηνία επί εκάστου αξιογράφου. Ακολούθησαν και άλλοι νόμοι που προέβλεπαν αντίστοιχες αναστολές των ίδιων προθεσμιών δεδομένης της εξακολούθησης της επιδημίας (άρθρο 35 ν. 4753/2020, άρθρο 28 παρ. 7 ν. 4772/2021). Με βάση τις διατάξεις αυτές, ο μεν λήπτης δικαιούται να εμφανίσει την επιταγή μέσα σε εβδομήντα πέντε ημέρες από την αναγραφόμενη σε αυτήν ημερομηνία, η δε τράπεζα δεν υποχρεούται να σφραγίσει την επιταγή αν εμφανίστηκε πριν τη συμπλήρωση της αναστολής και δεν πληρώθηκε. Στην περίπτωση αυτή, ο εκδότης δεν υπέχει ευθύνη προς αποζημίωση, ακριβώς επειδή είχε ανασταλεί και η προθεσμία πληρωμής της επιταγής.

Ωστόσο, πρόβλημα αδικοπρακτικής ευθύνης δημιουργείται αν η επιταγή εμφανιστεί νόμιμα μετά την πάροδο της ως άνω προθεσμίας και δεν πληρωθεί ελλείψει διαθεσίμων κεφαλαίων. Για την επίλυση του προβλήματος αυτού, επιβοηθητικά εμφανίζονται τα περί υπαιτιότητας συμπεράσματα που συμπυκνώθηκαν παραπάνω. Και εδώ, το ζήτημα της υπαιτιότητας ως προς την έκδοση ακάλυπτης επιταγής θα κριθεί με βάση την αντικειμενική καλή πίστη κατ' ΑΚ 288. Τούτο σημαίνει ότι σε κριτήριο εξειδίκευσης της καλής πίστης ανάγεται ο μέσος συνετός έμπορος του ίδιου ή πολύ συναφούς Κωδικού Αριθμού Δραστηριότητας της επιχείρησης του εκδότη. Έτσι, θα πρέπει να ελεγχθούν τα εξής ειδικότερα κριτήρια, εντασσόμενα σε ένα κινητό σύστημα: Πρώτον, αν η επιχείρηση που εξέδωσε την επιταγή επλήγη εξίσου έντονα με επιχειρήσεις του ίδιου ή πολύ συναφούς ΚΑΔ. Δεύτερον, αν η οικονομική πορεία της πληττόμενης επιχείρησης ήταν καθοδική ήδη πριν την εμφάνιση της πανδημίας και ανεξάρτητα από την εμφάνιση της επιδημίας. Τρίτον, αν τα μέτρα που έλαβε η πληττόμενη επιχείρηση για την αποτροπή επίτασης της ζημίας της από τα μέτρα περιορισμού της δραστηριότητάς της (λ.χ. επιβολή εναλλακτικών μορφών εργασίας του προσωπικού, αναδιαπραγμάτευση οφειλόμενων μισθωμάτων) απέδωσαν ή όχι. Τέταρτον, αν υπάρχει προοπτική βιωσιμότητας της επιχείρησης ενόψει όλων των παραπάνω παραμέτρων.

Η απλοποιημένη διαδικασία πτωχεύσεων μικρού αντικειμένου κατά το Ν. 4738/2020. Δικονομικά ζητήματα και de lege ferenda προτάσεις* - **

Παναγιώτης Σ. Γιαννόπουλος
Αν. Καθηγητής Νομικής Σχολής Δ.Π.Θ.

1. Προλεγόμενα και σύντομη ιστορική αναδρομή

Υπό την ισχύ των πτωχευτικών ρυθμίσεων του ΕμπΝ (άρθρα 525 έως 707) και του α.ν. 635/1937, ο νομοθέτης δεν διαφοροποιούσε τις προϋποθέσεις και τη διαδικασία διενέργειας της πτώχευσης με κριτήριο το οικονομικό αντικείμενο της πτωχευτικής περιουσίας. Η έλλειψη σχετικών εξειδικευμένων διατάξεων, αποτελούσε ουσιαστικό μειονέκτημα, καθώς συχνά η έλλειψη οικονομικού αντικειμένου, είτε απέληγε στο να αποφεύγουν οι πιστωτές την πτωχευτική διαδικασία, είτε η τυχόν κηρυχθείσα πτώχευση να παρέμενε εκκρεμής και χωρίς αντικείμενο¹.

Ο νομοθέτης για επιχείρησε να αντιμετωπίσει το εν λόγω φαινόμενο με τον προηγούμενο Πτωχευτικό Κώδικα² (Ν. 3588/2007), τα άρθρα 162 και 163 του οποίου (στην αρχική τους εκδοχή) περιέλαβαν σχετικές, έστω και ανεπαρκείς³, νομοθετικές προβλέψεις⁴.

* Στηρίζεται σε εισήγηση του συγγραφέα σε ημερίδα της Εθνικής Σχολής Δικαστών (17.6.2021) με επιλεκτικές προσθήκες βιβλιογραφικής και νομολογιακής τεκμηρίωσης. Έχουν ληφθεί υπόψιν βιβλιογραφικά και νομολογιακά δεδομένα μέχρι τις 30.6.2021

** Για τις παραπομπές στον προϊσχύσαντα Πτωχευτικό Κώδικα (Ν. 3588/2007), χρησιμοποιείται η συντομογραφία ΠτωχΚ, για τις παραπομπές στο Ν. 4738/2020, χρησιμοποιείται η συντομογραφία ΝΠτωχΚ.

1 Βλ. ήδη τις κριτικές παρατηρήσεις Δυοβουνιώτη, Το δίκαιον της πτωχεύσεως, Αι επιβαλλόμενοι μεταρρυθμίσεις, ΕΕΝ 1935. 97-98: «επί μικράς περιουσίας, η καθολική αναγκαστική εκτέλεσις είναι πρακτικώς αλυσιτελής. Κατά ταύτα ενδείκνυται νομοθετικώς παρ' ημίν η εισαγωγή του θεσμού της μικροπτωχεύσεως ως θεσμού ταχύτερου και ήττον δαπανηρού της πτωχεύσεως, δια τας μικράς περιουσίας εμπορικής τε και αστικής».

2 Είχε προηγηθεί το 1933, νομοσχέδιο του Υπουργείου Δικαιοσύνης, το οποίο ψηφίσθηκε μεν από τη Βουλή, αλλά ουδέποτε τέθηκε σε ισχύ: Δυοβουνιώτης, ΕΕΝ 1935.97. Πρβλ. επικριτικές παρατηρήσεις επί του ΣχΝ του 1933 σε ανώνυμο σημ., Θ 1935.575.

3 Πρβλ. σχετικές κριτικές παρατηρήσεις Μιχαλόπουλου, Το νέο πτωχευτικό δίκαιο, 2020, σ.43- Περάκη, Πτωχευτικό Δίκαιο, 2^η, 2012, σ. 465.

4 Πρβλ. σε συγκριτικό επίπεδο, Μιχαλόπουλο, Απλοποιημένες διαδικασίες πτώχευσης σε

Σύμφωνα με το άρθρο 162 ΠτωχΚ (στην αρχική του εκδοχή), προβλεπόταν η τήρηση απλοποιημένων κανόνων σε όσες περιπτώσεις η αξία της πτωχευτικής περιουσίας είχε εκτιμηθεί κατά την απογραφή σε ποσό μικρότερο των 100.000 € και μάλιστα αναγνωριζόταν ευρεία διακριτική ευχέρεια στο πτωχευτικό δικαστήριο ακόμη και να αποφασίσει τυχόν παρεκκλίσεις από τις διατάξεις του Πτωχευτικού Κώδικα. Σημειώνεται ότι οι παραπάνω απλοποιημένες πτωχευτικές διατάξεις, προϋπέθεταν την ύπαρξη πτωχευτικής ικανότητας, υπό την έννοια που την αντιλαμβάνονταν το προϊσχύσαν δίκαιο, δηλαδή ως έννοια ταυτόσημη πρακτικά προς στην εμπορική ιδιότητα.

Στη συνέχεια και με αφορμή την οικονομική δυσπραγία που έπληξε την ελληνική οικονομία μετά το 2008, ο νομοθέτης επιχείρησε να εισάγει στην ελληνική έννομη τάξη, το θεσμό της αστικής πτώχευσης με το Ν. 3869/2010, ο οποίος μετά από διαδοχικές τροποποιήσεις, αναμορφώθηκε εκ βάθρων με το Ν. 4745/2020⁵ και ήδη καταργείται (με εξαίρεση τις ήδη εκκρεμείς υποθέσεις) από 1.6.2021.

Εν συνεχεία με το άρθρο 62 Ν. 4472/2017, αναμορφώθηκαν εκ νέου οι αρχικές ρυθμίσεις των άρθρων 162-163 ΠτωχΚ και προστέθηκαν τα άρθρα 163 Α, 163 Β και 163. Σύμφωνα με την ΑιτΕκθ Ν. 4472/2017⁶, σκοπός των τροποποιήσεων αυτών αποτέλεσε η αποτελεσματικότερη ανταπόκριση στο σύγχρονο αίτημα ειδικής ρύθμισης της αφερεγγυότητας των μικρών επιχειρήσεων, με κύριους δικαιοπολιτικούς άξονες την ανάγκη, αφενός, εύκολης πρόσβασης στη διαδικασία και, αφετέρου, γρήγορης και χωρίς περιττά κόστη διεκπεραίωσης της.

Με τη νέα ρύθμιση διαφοροποιήθηκαν τα αρχικά κριτήρια του άρθρου 162 ΠτωχΚ για την εφαρμογή της απλοποιημένης διαδικασίας, κατά τρόπο ώστε να εφαρμόζονται οι νέες διατάξεις σε επιχειρήσεις και εμπόρους, όπου συνέτρεχαν τουλάχιστον οι δύο από τις τρεις επόμενες προϋποθέσεις: α) σύνολο ενεργητικού έως εκατόν πενήντα χιλιάδες (150.000) ευρώ, β) καθαρό ύψος κύκλου εργασιών έως διακόσιες χιλιάδες (200.000) ευρώ, γ) μέσος όρος απασχολούμενων έως πέντε άτομα.

Η ρύθμιση του Ν. 4472/2017, αντίθετα από το αρχικό κείμενο του Ν. 3588/2007 δεν περιοριζόταν στην οριοθέτηση του πεδίου εφαρμογής (162

επίπεδο σύγκρισης δικαίων, ΕΕμπΔ 1997.211 επ. Ειδικές διατάξεις για τις πτωχεύσεις μικρού αντικειμένου απαντώνται π.χ. στη Γερμανία (§§ 311-314 InsO), ΗΠΑ (Small Business Reorganization Act (SBRA) του 2019), Γαλλία (άρθρ. 641.2 επ Code de Commerce, όπως διαμορφώθηκε με τα άρθρα 95 και 96 του ΓαλλΝ 2008-1345 της 18.12.2008) κ.α.

5 Βλ. αναλυτικότερα για την πρόσφατη μεταρρύθμιση του Ν. 4745/2020: Γιαννόπουλο, Η νέα διαδικασία εκδίκασης των αιτήσεων ρύθμισης υπερχρεωμένων νοικοκυριών κατά το Ν. 4745/2020. Μια κριτική αποτίμηση, Αρμ 2020.1993 επ.

6 ΑιτΕκθ Ν. 4472/2017, www.hellenicparliament.gr, σ. 23

ΠτωχΚ) και στην αναγγελία και επαλήθευση απαιτήσεων και εκδίκαση αμφισβητήσεων (άρθρο 163 §§ 1-2 ΠτωχΚ), αλλά επεκτεινόταν στη ρύθμιση σημαντικών για τις ανάγκες ταχείας περαίωσης της διαδικασίας, ζητημάτων, όπως η εισαγωγή διαδικαστικών παρεκκλίσεων από την εφαρμογή διατάξεων του Κώδικα (άρθρο 163 §§ 3, 4 και 5 ΠτωχΚ), η εκποίηση των κινητών (άρθρο 163 Α ΠτωχΚ), η εκποίηση των ακινήτων (άρθρο 163 Β ΠτωχΚ) και η περάτωση της διαδικασίας (άρθρο 163 Γ ΠτωχΚ).

Τελικά, όλες οι παραπάνω ρυθμίσεις καταργήθηκαν από την 1.6.2021 (265 και 308 ΝΠτωχΚ), αντικαθιστάμενες πλέον από τα άρθρα 172-187 ΝΠτωχΚ.

Οι νέες ρυθμίσεις, χαρακτηρίζονται από αξιόλογες διαφοροποιήσεις σε σύγκριση με το προϊσχύσαν δίκαιο, οπότε σκόπιμο θα ήταν πριν εξετασθούν οι κατ' ιδίαν διατάξεις, να παρουσιασθούν συνοπτικά τα κυριότερα χαρακτηριστικά της νέας ρύθμισης.

2. Επισκόπηση των κυριότερων χαρακτηριστικών της νέας ρύθμισης

Τα κυριότερα χαρακτηριστικά της νέας ρύθμισης είναι τα ακόλουθα:

- α. Κατά παρέκκλιση από το προϊσχύσαν δίκαιο αλλά και τη γενική αρχή για τη ρύθμιση της αρμοδιότητας του άρθρου 78 § 1 ΝΠτωχΚ, ως πτωχευτικό δικαστήριο νοείται για τις πτωχεύσεις μικρού αντικείμενου το Ειρηνοδικείο.
- β. Το πεδίο εφαρμογής των άρθρων 172-187 ΝΠτωχΚ καταλαμβάνει, χωρίς διάκριση νομικά και φυσικά πρόσωπα, τα τελευταία μάλιστα χωρίς να ενδιαφέρει πλέον (αντίθετα από το προϊσχύσαν δίκαιο⁷) κατά πόσον έχουν την εμπορική ιδιότητα.
- γ. Διευρύνεται ο κύκλος των πτωχεύσεων που καταλαμβάνονται από την απλοποιημένη διαδικασία, καθώς για την εφαρμογή των νέων διατάξεων αρκεί να συντρέχει στο πρόσωπο του οφειλέτη, ένα μόνο από τα ακόλουθα κριτήρια: γα) σύνολο ενεργητικού (περιουσιακών στοιχείων): 350.000 ευρώ. γβ) καθαρό ύψος κύκλου εργασιών: 700.000 ευρώ, γγ) μέσος όρος απασχολούμενων κατά τη διάρκεια της περιόδου έως 10 άτομα. Το πεδίο εφαρμογής της νέας διαδικασίας εντούτοις διευρύνεται περαιτέρω, έμμεσα, κατά το συνδυασμό των άρθρων 2 § 3 Ν. 4308/2014 και 78 § 2 ΝΠτωχΚ, κατά τρόπο ώστε να καταλαμβάνει προσωπικές εταιρείες και άλλες οντότητες με κύκλο εργασιών έως 1.500.000 €.
- δ. Η αίτηση υποβάλλεται με ηλεκτρονικά μέσα (173 § 1 ΝΠτωχΚ), όπως και οι παρεμβάσεις των πιστωτών (177 § 2 ΝΠτωχΚ).

7 Πρβλ. 2 § 1 ΠτωχΚ.

- ε. Εφόσον δεν ασκηθούν παρεμβάσεις των πιστωτών, διορίζεται σύνδικος⁸ με ενέργεια του εισηγητή και όχι με απόφαση του δικαστηρίου (173 § 2 ΝΠτωχΚ), όπως και τα έγγραφα που συνυποβάλλονται με την αίτηση (174 § 4 εδ. α' ΝΠτωχΚ). Εφόσον ασκηθούν παρεμβάσεις των πιστωτών, είναι νοητό να ορισθεί σύνδικος καθ' υπόδειξιν πιστωτή ή της πλειοψηφίας των πιστωτών (177 § 1 ΝΠτωχΚ), ενώ το δικαίωμα διορισμού του συνδίκου από τον πιστωτή ή την πλειοψηφία των πιστωτών διατηρείται ακόμη και στην περίπτωση παραίτησης του συνδίκου (180 ΝΠτωχΚ). Σε αντίθεση προς τα ισχύοντα στις γενικές διατάξεις, δεν καταλείπεται εδώ περιθώριο απόκλισης του δικαστηρίου από την πρόταση της πλειοψηφίας των πιστωτών (πρβλ. 137 § 1 ΝΠτωχΚ), ακόμη και στην περίπτωση που κρίνεται ότι ο προτεινόμενος σύνδικος δεν είναι κατάλληλος, βάσει των κριτηρίων ή συντρέχουν στο πρόσωπό του τα κωλύματα του άρθρου 137 § 3 ΝΠτωχΚ. Ως σύνδικος ορίζεται διαχειριστής αφερεγγυότητας (137 § 1, 228 ΝΠτωχΚ), χωρίς να απαιτείται να είναι κατ' ανάγκη δικηγόρος (228 ΝΠτωχΚ).
- στ. Εξαιρούνται από την εμβέλεια της αναστολής ατομικών διώξεων τα καταδικαστικά μέτρα των ενέγγυνων πιστωτών επί των περιουσιακών στοιχείων στα οποία διαθέτουν εμπράγματα ασφάλεια (175 ΝΠτωχΚ).
- ζ. Εισάγεται τεκμήριο περιέλευσης σε κατάσταση παύσης πληρωμών, εφόσον ο οφειλέτης δεν καταβάλλει ληξιπρόθεσμες υποχρεώσεις προς το Δημόσιο, τους Φορείς Κοινωνικής Ασφάλισης ή πιστωτικά ή χρηματοδοτικά ιδρύματα (176 § 1 ΝΠτωχΚ).
- η. Η διαδικασία εκδίκασης της αίτησης (εφόσον απαιτηθεί) προσιδιάζει στη διαδικασία που καθιερώθηκε με το Ν. 4745/2020 για τα υπερχρεωμένα νοικοκυριά, με κατάθεση προτάσεων εντός 60 ημερών, και μάλιστα με συντετμημένη την προθεσμία της αντίκρουσης σε 5 μόλις ημέρες. Από την επισκόπηση των δικονομικών ρυθμίσεων του Ν. 4738/2020 (177 § 5 ΝΠτωχΚ) δεν προκύπτει προφορική συζήτηση επί της αίτησης, έστω και στην απισχνασμένη εκδοχή της που εισάγει ο Ν. Ν. 4745/2020. Κατά της απόφασης που κηρύσσει την πτώχευση επιτρέπεται μόνον η άσκηση έφεσης (187 ΝΠτωχΚ).
- θ. Η περάτωση της πτώχευσης εντός ενός έτους από την κήρυξη της, ανάγεται σε υποχρέωση του συνδίκου, η αδικαιολόγητη υπέρβαση της οποίας επιβάλλει την αντικατάσταση του κατά δέσμια αρμοδιότητα του εισηγητή.

8 Η νομοθετική ρύθμιση είναι αρκετά ασαφής ως προς τον τρόπο ορισμού του συνδίκου. Κατά το άρθρο 173 § 2 ΝΠτωχΚ, το δικαστήριο ορίζει μόνον εισηγητή και εν συνεχεία ο τελευταίος σύνδικο. Κατά το άρθρο 177 § 5 ΝΠτωχΚ, τόσο ο εισηγητής, όσο και ο σύνδικος ορίζονται από το δικαστήριο.

- ι. Αν και ο σύνδικος συνεχίζει να εκπροσωπεί την πτωχευτική περιουσία, προβλέπεται -προφανώς προς εναρμόνιση με το άρθρο 228 ΝΠτωχΚ (υπό το οποίο ως σύνδικος ορίζεται διαχειριστής αφερεγγυότητας, δηλαδή πρόσωπο το οποίο δεν έχει αναγκαστικά τη δικηγορική ιδιότητα)- ότι εφόσον απαιτηθεί, μπορεί να αναθέσει την εκπροσώπηση της εταιρείας σε δικηγόρο. Σε σύγκριση προς τις γενικές διατάξεις, οι αρμοδιότητες του συνδίκου εμφανίζονται εδώ πιο περιορισμένες, αφού ο σύνδικος (άρθρο 185 ΝΠτωχΚ) δεν έχει την εξουσία αφενός να προσλάβει πρόσωπα με ειδικές γνώσεις (146 ΝΠτωχΚ) και αφετέρου να υποβάλλει έγκληση για τυχόν παράνομες πράξεις του πτωχού που επηρέασαν δυσμενώς την περιουσιακή του κατάσταση (148 ΝΠτωχΚ).
- ια. Δεν προβλέπεται στην παρούσα διαδικασία η λειτουργία της συνέλευσης των πιστωτών (185 σε συνδυασμό προς τα άρθρα 150, 151 ΝΠτωχΚ).

3. Πεδίο εφαρμογής της απλοποιημένης διαδικασίας πτώχευσης

Κατά τη συνδυασμένη ερμηνεία των άρθρων 172 § 1 και 78 § 2 ΝΠτωχΚ, το πεδίο εφαρμογής της απλοποιημένης διαδικασίας καταλαμβάνει φυσικά και νομικά πρόσωπα που πληρούν τουλάχιστον ένα από τα κριτήρια χαρακτηρισμού ως «πολύ μικρής οντότητας» κατά το άρθρο 2 Ν. 4308/2014 («Ελληνικά λογιστικά πρότυπα»). Σύμφωνα με το άρθρο 2 § 2 Ν. 4308/2014, ως «πολύ μικρές οντότητες» χαρακτηρίζονται εκείνες οι οποίες πληρούν σωρευτικά δύο από τα ακόλουθα κριτήρια: α) σύνολο ενεργητικού (περιουσιακών στοιχείων) μικρότερο των 350.000 €, β) καθαρό ύψος κύκλου εργασιών μικρότερο των 700.000 € και μέσος όρος απασχολούμενων κατά τη διάρκεια της περιόδου μικρότερος των 10 ατόμων. Όπως αβίαστα προκύπτει, από τη διατύπωση του άρθρου 1 § 2 Ν. 4308/2014, ο παραπάνω ορισμός είναι προσαρμοσμένος αποκλειστικά σε νομικά πρόσωπα. Για το λόγο αυτό ο νομοθέτης έκρινε σκόπιμο να αποσαφηνίσει ρητά αφενός ότι εφαρμόζεται (προφανώς αναλογικά) και για την περίπτωση των φυσικών προσώπων, αλλά και να προβλέψει ειδική προσαρμογή στην περίπτωση των φυσικών προσώπων, ότι ως ενεργητικό νοείται η περιουσία του φυσικού προσώπου.

Σκόπιμο είναι να υπογραμμισθεί ότι αντίθετα από το Ν. 4308/2014, για την κατάφαση της εφαρμογής της απλοποιημένης διαδικασίας αρκεί να πληροί ο οφειλέτης μόνον ένα από τα κριτήρια του άρθρου 2 § 2 Ν. 4308/2014. Υπό την έννοια αυτή, η νομοτεχνική επιλογή του νομοθέτη να συνδέσει την οριοθέτηση του πεδίου εφαρμογής της απλοποιημένης διαδικασίας με την έννοια της πολύ μικρής οντότητας, ενόσω τα κριτήρια που υιοθετούνται στο ΝΠτωχΚ είναι προφανώς ελαστικότερα, ελέγχεται ως ατυχής. Θα ήταν προτιμότερο και

οπωσδήποτε σαφέστερο αν είχε επιλεγεί η λύση της εξ υπαρχής ενσωμάτωσης των κριτηρίων στο καθεαυτό κείμενο του άρθρου 78 § 2 ΝΠτωχΚ.

Σύμφωνα με το άρθρο 2 § 3 Ν. 4308/2014 ως «πολύ μικρές οντότητες» θεωρούνται και οι οι προσωπικές εταιρείες και ατομικές επιχειρήσεις που υποχρεούνται δυνάμει ειδικών νομοθετικών διατάξεων να εφαρμόζουν τα Ελληνικά Λογιστικά Πρότυπα, χωρίς ο κύκλος εργασιών τους να υπερβαίνει το 1.500.000 €. Υποστηρίζεται ότι οι πτωχεύσεις αυτές ερμηνευτικά και λογικά δεν μπορούν να υπαχθούν στις περιπτώσεις πτωχεύσεων μικρού αντικειμένου¹⁰. Εντούτοις το έρεισμα της θέσης αυτής στη διατύπωση του άρθρου 78 § 2 ΝΠτωχΚ, το οποίο παραπέμπει αδιακρίτως στο άρθρο 2 Ν. 4308/2014, χωρίς περαιτέρω διάκριση μεταξύ της § 2 και της § 3, διαφαίνεται αμφίβολο. Υπό τη συνεπέστερη στο γράμμα του άρθρου 78 § 2 ΝΠτωχΚ ερμηνευτική εκδοχή, διαφαίνεται ασφαλέστερο να γίνει δεκτό ότι το πεδίο εφαρμογής της απλοποιημένης διαδικασίας

Ήδη διατυπώθηκε προβληματισμός¹¹ για το κατά πόσον οι ομόρρυθμες και ετερόρρυθμες εταιρείες, ατομικές επιχειρήσεις και κάθε άλλη οντότητα που υποχρεούνται να εφαρμόζουν το Ν. 4308/2014 κατ' επιταγή άλλης φορολογικής ή νομοθετικής διάταξης χωρίς ο κύκλος εργασιών τους να υπερβαίνει το 1.500.000 €, καταλαμβάνονται από το πεδίο εφαρμογής της απλοποιημένης διαδικασίας, δοθέντος ότι το άρθρο 2 § 3 Ν. 4308/2014 τις εντάσσει ρητά στις «πολύ μικρές οντότητες» ανεξάρτητα από τη συνδρομή των υπολοίπων κριτηρίων του άρθρου 2 § 2 Ν. 4308/2014. Αν και έχει προταθεί ότι οι πτωχεύσεις αυτές ερμηνευτικά και λογικά δεν μπορούν να υπαχθούν στις περιπτώσεις πτωχεύσεων μικρού αντικειμένου¹², το έρεισμα της θέσης αυτής στη διατύπωση του άρθρου 78 § 2 ΝΠτωχΚ, το οποίο παραπέμπει αδιακρίτως στο άρθρο 2 Ν. 4308/2014, χωρίς περαιτέρω διάκριση μεταξύ της § 2 και της § 3, διαφαίνεται αμφίβολο. Υπό τη συνεπέστερη στο γράμμα του άρθρου 78 § 2 ΝΠτωχΚ ερμηνευτική εκδοχή, διαφαίνεται ασφαλέστερη *de lege lata* η εκδοχή ότι το πεδίο εφαρμογής καταλαμβάνει και την εξεταζόμενη περίπτωση. *De lege ferenda*, πάντως δικαιολογούνται προβληματισμοί για το κατά πόσον το

9 Σύμφωνα με την ΠΟΛ.1003/31.12.2014 «Παροχή οδηγιών για την εφαρμογή των διατάξεων του ν. 4308/2014 (ΦΕΚ Α' 251) περί των «Ελληνικών Λογιστικών Προτύπων, συναφείς ρυθμίσεις και άλλες διατάξεις», η ρύθμιση του άρθρου 1 § 2 στ. γ' Ν. 4308/2014 (στο οποίο παραπέμπει το άρθρο 2 § 3 Ν. 4308/2014) καταλαμβάνει τις αστικές εταιρείες κερδοσκοπικού ή μη χαρακτήρα, τις κοινωνίες αστικού δικαίου, τους συνεταιρισμούς, τις δικηγορικές εταιρίες, τις κοινοπραξίες, καθώς και τα Ν.Π.Ι.Δ., σωματεία, ενώσεις προσώπων και γενικά μη κερδοσκοπικού χαρακτήρα πρόσωπα, εφόσον αποκτούν εισόδημα από επιχειρηματική δραστηριότητα

10 Ψυχομάνης, Πτωχευτικό δίκαιο, 9^η, 2021, αρ. 1963 σημ. 893.

11 Ψυχομάνης, αρ. 1963 σημ. 892, 893.

12 Ψυχομάνης, αρ. 1963 σημ. 893.

οικονομικό μέγεθος της πτωχευτικής περιουσίας στην εξεταζόμενη περίπτωση, δικαιολογεί την εφαρμογή της απλοποιημένης διαδικασίας.

Υπό την προτεινόμενη ερμηνευτική εκδοχή και σύμφωνα με τη συνδυασμένη ερμηνεία των άρθρων 78 § 2 ΝΠτωχΚ, 2 § 3, 1 § 2 στ. γ' Ν. 4308/2014, θα πρέπει επομένως να γίνει δεκτό ότι τα νομικά πρόσωπα του άρθρου 2 § 3 Ν. 4308/2014 καταλαμβάνονται από το πεδίο εφαρμογής της απλοποιημένης διαδικασίας, υπό τον όρο φυσικά ότι διαθέτουν πτωχευτική ικανότητα. Σύμφωνα με το άρθρο 76 § 1 ΝΠτωχΚ η πτωχευτική ικανότητα έχει πλέον αποσυνδεθεί από την εμπορική ιδιότητα¹³, ενώ ειδικά για τα νομικά πρόσωπα, αρκεί και μόνη η επιδίωξη οικονομικού σκοπού από το νομικό πρόσωπο. Σημειώνεται ότι το άρθρο 204 ΝΠτωχΚ προβλέπει τη δυνατότητα διεύρυνσης με Π.Δ. του πεδίου εφαρμογής των ρυθμίσεων του ΝΠτωχΚ ακόμη και σε νομικά πρόσωπα τα οποία ασκούν απλώς οικονομική δραστηριότητα.

Τα οικονομικά κριτήρια του άρθρου 2 Ν. 4308/2014 παραμένουν κατ' αρχήν κρίσιμα και στην περίπτωση που ο οφειλέτης είναι φυσικό πρόσωπο. Προφανές είναι ότι στην περίπτωση αυτή, προκειμένου για φυσικά πρόσωπα τα οποία δεν ασκούν εμπορική δραστηριότητα, θα ενδιαφέρει μόνον το κριτήριο του ενεργητικού το οποίο δεν θα πρέπει να υπερβαίνει τις 350.000 €. Σύμφωνα με τον ερμηνευτικό κανόνα του άρθρου 78 § 2 εδ. β' ΝΠτωχΚ ως ενεργητικό θα πρέπει να νοηθεί στην περίπτωση αυτή, η περιουσία του οφειλέτη-φυσικού προσώπου. Κατά λογική τάξη, ως περιουσία θα πρέπει να νοηθεί εδώ η καθαρή περιουσία του οφειλέτη¹⁴, χωρίς να αφαιρούνται δηλαδή τα στοιχεία του παθητικού. Κρίσιμη είναι εν προκειμένω δηλαδή η περιουσία εν στενή έννοια του οφειλέτη· υπό τον ορισμό αυτό θα πρέπει να γίνει δεκτό ότι το νοηματι-

13 Πρβλ. για την πτωχευτική ικανότητα φυσικών και νομικών προσώπων, υπό το ισχύον δίκαιο και σε αντιπαραβολή προς το προϊσχύσαν δίκαιο, Ψυχομάνη, αρ. 117-148 (φυσικά πρόσωπα), 149-176 (νομικά πρόσωπα).

14 ΑΠ 487/1997 ΕλλΔνη 1998. 125· ΑΠ 1428/2019, ΝΟΜΟΣ (με αφορμή την ΑΚ 479) [: «Ως περιουσία νοείται το σύνολο των δικαιωμάτων και υποχρεώσεων που είναι δυνατόν να αποτιμηθούν και συνιστούν το ενεργητικό της»]· ΕφΘεσ 2383/2017, ΝΟΜΟΣ. Η περιουσία υπό στενή έννοια αντιδιαστέλλεται από την περιουσία υπό ευρεία έννοια (π.χ. στην 1710 ΑΚ), ως σύνολο έννομων σχέσεων, όπου καθίσταται αντιληπτή ως σύνολο δικαιωμάτων και υποχρεώσεων, δεκτικών χρηματικής αποτίμησης. Ενδεικτ. για τη διάκριση περιουσίας υπό ευρεία και υπό στενή έννοια, βλ. ενδεικτ. Απ. Γεωργιάδης, Εμπράγματο Δίκαιο, 2^η, 2010, § 9 αρ. 12-13· Παντελίδου, ΓενΑρχ, 2016, § 4 Ι Δ, σ. 158· Το ακριβές νοηματικό περιεχόμενο της περιουσίας πάντως πρέπει να οριοθετείται ανάλογα και με τους νομοθετικούς σκοπούς που υπηρετεί εκάστη διάταξη, Φίλιο, Γενικές Αρχές, 4^η, 2011, § 79· Παπαντωνίου, Η εξέλιξις της έννοιας της περιουσίας εις το νεώτερον αστικόν δίκαιον, ΕΕΝ 1965. 793 επ. Στην περίπτωση του άρθρου 78 § 2 εδ. β' ΝΠτωχΚ η υιοθέτηση του κριτηρίου της περιουσίας εν στενή έννοια δικαιολογείται ερμηνευτικά, προεχόντως από τον ίδιο τον ερμηνευτικό κανόνα που θέτει η ρύθμιση αντιστοιχίζοντας την περιουσία του φυσικού προσώπου προς το κριτήριο του ενεργητικού του άρθρου 2 § 2 Ν. 4308/2014.

κό εύρος της περιουσίας στο άρθρο 78 § 2 εδ. β' ΝΠτωχΚ καταλαμβάνει το σύνολο των οικονομικά αποτιμητών περιουσιακών στοιχείων της περιουσίας του οφειλέτη, συμπεριλαμβανομένων και αύλων αγαθών πνευματικής ή βιομηχανικής ιδιοκτησίας, αξιώσεις κατά τρίτων κ.ο.κ.

Όσον αφορά την εκτίμηση της ακίνητης περιουσίας του οφειλέτη¹⁵, το άρθρο 78 § 2 εδ. γ' ΝΠτωχΚ προβλέπει την εφαρμογή της μεθόδου αποτίμησης του άρθρου 11 ΝΠτωχΚ. Επομένως, προκειμένου για ακίνητα που βρίσκονται στην Ελλάδα, θα πρέπει να ληφθεί υπόψιν κατ' αρχήν η φορολογητέα αξία τους για τον υπολογισμό του ΕΝΦΙΑ, όπως αυτή προκύπτει από την τελευταία πράξη προσδιορισμού του φόρου, ενώ για ακίνητα εκτός σχεδίου για τα οποία δεν προσδιορίζεται αξία ΕΝΦΙΑ, λαμβάνεται υπόψιν η αντικειμενική τους αξία¹⁶. Προκειμένου για ακίνητα κείμενα στην αλλοδαπή, τέλος, χρησιμοποιείται η εμπορική τους αξία όπως αυτή προσδιορίζεται από έκθεση εκτιμητή ακινήτων¹⁷.

Σε σχέση με το διαχρονικό δίκαιο, οι ρυθμίσεις της απλοποιημένης διαδικασίας τίθενται σε ισχύ από την 1.6.2021 (308 εδ. β' ΝΠτωχΚ). Από την ίδια ημερομηνία λογίζονται ότι αποκτούν πτωχευτική ικανότητα πρόσωπα που δεν έχουν την εμπορική ιδιότητα (308 εδ. δ' ΝΠτωχΚ). Περιθώριο υπαγωγής εκκρεμούς πτωχευτικής διαδικασίας που ανοίγει υπό το Ν. 3588/2007 με απόφαση των πιστωτών σύμφωνα με το άρθρο 265 § 1 εδ. γ' ΝΠτωχΚ, θα πρέπει μάλλον να αποκλεισθεί, λόγω της λειτουργικής ασυμβατότητας της δομής της απλοποιημένης διαδικασίας, ακόμη και προς τις ρυθμίσεις της αντίστοιχης διαδικασίας του προϊσχύσαντος δικαίου (162-163 Γ Ν. 3588/2007). Διάφορη ερμηνεία άλλωστε θα προϋπέθετε την αναγνώριση της εξουσίας στη Συνέλευση των Πιστωτών να αποφασίσει την υπαγωγή εκκρεμούς πτώχευσης στις διατάξεις του ισχύοντος δικαίου, υπό τις οποίες εντούτοις δεν προβλέπεται το όργανο αυτό στην απλοποιημένη διαδικασία (185 ΝΠτωχΚ, κατά το μέτρο που αναφέρεται στη μη εφαρμογή των άρθρων 150 και 151 ΝΠτωχΚ).

15 Σύμφωνα με τον Ψυχομάνη, αρ. 1964, η εμβέλεια του άρθρου 78 § 2 εδ. γ' ΝΠτωχΚ καταλαμβάνει μόνον τα φυσικά πρόσωπα. Εντούτοις, η εξεταζόμενη ρύθμιση αναφέρεται μόνον σε «*ακίνητη περιουσία του προσώπου*», χωρίς περαιτέρω διάκριση, αντίθετα από το εδ. β' της ίδιας παραγράφου που υπογραμμίζει emphaticά ότι αφορά τα φυσικά πρόσωπα. Η αντίστιξη μεταξύ των δύο ρυθμίσεων, μάλλον συνηγορεί υπέρ της εκδοχής ότι το εδ. γ' αφορά το σύνολο των οφειλετών χωρίς διάκριση μεταξύ φυσικών και νομικών προσώπων.

16 Ψυχομάνης, αρ. 1964.

17 Ψυχομάνης, αρ. 1964.

4. Η αίτηση πτώχευσης μικρού αντικειμένου

Το νομικό πλαίσιο για την εκδίκαση της αίτησης κήρυξης σε πτώχευση οριοθετείται κατ' αρχήν στα άρθρα 173-188 ΝΠτωχΚ. Συμπληρωματικά εφαρμόζονται οι ρυθμίσεις του γενικού μέρους (78 § 2 εδ. τελ. ΝΠτωχΚ) και ιδιαίτερα οι ρυθμίσεις των άρθρων 78, 79, 80, 81 § 2, 86, 88-90, 129-131 ΝΠτωχΚ.

4.1 Καθ' ύλην αρμοδιότητα

Η αίτηση κήρυξης της πτώχευσης κατά την απλοποιημένη διαδικασία εισάγεται ενώπιον του Ειρηνοδικείου (78 § 1 και 172 § 2 εδ. α' ΝΠτωχΚ). Σε περίπτωση που εισαχθεί αίτηση κήρυξης σε πτώχευση κατά την απλοποιημένη διαδικασία, χωρίς να συντρέχουν οι προϋποθέσεις του άρθρου 78 § 2 ΝΠτωχΚ, τότε η αίτηση δεν απορρίπτεται αλλά πρέπει να παραπεμφθεί στο Πολυμελές Πρωτοδικείο κατ' εφαρμογή του άρθρου 46 ΚΠολΔ.

4.2 Κατά τόπον αρμοδιότητα

Η κατά τόπον αρμοδιότητα καθορίζεται ανάλογα με το αν ο οφειλέτης ασκεί επιχειρηματική δραστηριότητα. Με το άρθρο 172 § 2 ΝΠτωχΚ θεσπίζονται δύο δωσιδικίες, οι οποίες τελούν σε διαζευκτική σχέση μεταξύ τους, η δωσιδικία της κατοικίας του οφειλέτη και η δωσιδικία του κέντρου των κυρίων συμφερόντων του.

Το πεδίο εφαρμογής της δωσιδικίας της κύριας κατοικίας¹⁸ καταλαμβάνει τους οφειλέτες που δεν ασκούν επιχειρηματική δραστηριότητα. Για την οριοθέτηση της επιχειρηματικής δραστηριότητας το άρθρο 172 § 2 ΝΠτωχΚ παραπέμπει στα άρθρα 21 και 47 Ν. 4172/2013. Η παραπομπή ελέγχεται ως μάλλον ανεπιτυχής, δοθέντος ότι οι εν λόγω φορολογικού περιεχομένου διατάξεις ρυθμίζουν προεχόντως την έννοια του κέρδους από επιχειρηματική δραστηριότητα. Ενδιαφέρουν εδώ ιδίως η ρύθμιση του άρθρου 21 § 1 Ν. 4172/2013 σύμφωνα με το οποίο ως «*κέρδος από επιχειρηματική δραστηριότητα*» νοείται το σύνολο των εσόδων από επιχειρηματικές συναλλαγές, αφού αφαιρεθούν τα εκπεστέα έσοδα» και το άρθρο 21 § 3 Ν. 4172/2013, σύμφωνα με την οποία

18 Ο νομοθέτης αναφέρεται μόνον σε κατοικία και όχι σε έδρα του οφειλέτη, αφού το πεδίο εφαρμογής της εν λόγω δωσιδικίας εξ ορισμού περιορίζεται (172 § 2 ΝΠτωχΚ) στις περιπτώσεις οφειλετών που δεν ασκούν επιχειρηματική δραστηριότητα. Υπό την παραπάνω διατύπωση θα ήταν προφανώς περιττή η αναφορά σε έδρα του οφειλέτη, ώστε να καλύπτονται και νομικά πρόσωπα. Σύμφωνα με το άρθρο 76 § 1 ΝΠτωχΚ, τα νομικά πρόσωπα που δεν επιδιώκουν οικονομικό σκοπό, στερούνται πτωχευτικής ικανότητας. Ενδεχομένως το ζήτημα να αποκτήσει πρακτική σημασία μελλοντικά, εφόσον εκδοθεί το προβλεπόμενο από τα άρθρα 76 § 1 και 204 ΝΠτωχΚ Προεδρικό Διάταγμα, επεκτείνοντας την πτωχευτική ικανότητα και σε νομικά πρόσωπα που δεν επιδιώκουν οικονομικό σκοπό, αλλά έχουν οικονομική δραστηριότητα.

ως «*επιχειρηματική συναλλαγή*» νοείται κάθε μεμονωμένη πράξη, με εξαίρεση εκείνες που αφορούν σε αγοραπωλησίες χρηματοοικονομικών μέσων, με την οποία πραγματοποιείται συναλλαγή ή η συστηματική διενέργεια πράξεων στην οικονομική αγορά με σκοπό την επίτευξη κέρδους, ενώ κάθε τρεις ομοειδείς συναλλαγές που λαμβάνουν χώρα εντός ενός εξαμήνου θεωρούνται συστηματική διενέργεια πράξεων. Εντούτοις, ρητός ορισμός της επιχειρηματικής δραστηριότητας δεν περιλαμβάνεται στις παραπεμπόμενες διατάξεις των άρθρων 21 και 47 Ν. 4172/2013. Το κενό αυτό, μάλλον επιβάλλει να ερμηνευθεί η ρύθμιση του άρθρου 172 § 2 εδ. α' ΝΠτωχΚ με πνεύμα ευρύ, ώστε να αποκλείεται από το πεδίο εφαρμογής της δωσιδικίας της κατοικίας κάθε οφειλέτης, ο οποίος μετέρχεται κατά το χρόνο υποβολής της αίτησης επιχειρηματικές συναλλαγές υπό την έννοια του άρθρου 21 § 3 Ν. 4172/2013. Υπό το πρίσμα των ανωτέρω, θα πρέπει να γίνει δεκτό ότι εκφεύγουν της δωσιδικίας της κατοικίας όσα φυσικά πρόσωπα έχουν την εμπορική ιδιότητα, συμπεριλαμβανομένων και των μικροεμπόρων καθώς και οι αυτοαπασχολούμενοι ελεύθεροι επαγγελματίες. Αντίθετα, καταλαμβάνονται από το πεδίο εφαρμογής της, οι μισθωτοί κάθε είδους. Δυσχερής θα αποδειχθεί στη δικαστηριακή πρακτική η διάκριση, στις περιπτώσεις των ελεύθερων επαγγελματιών που παρέχουν τις υπηρεσίες τους με συμβάσεις παροχής ανεξαρτήτων υπηρεσιών ή πάγιας αντιμισθίας. Με δεδομένη την παραπομπή του άρθρου 172 § 2 ΝΠτωχΚ στη φορολογική νομοθεσία, μάλλον θα πρέπει να θεωρηθεί κρίσιμο το κατά πόσον ο αυτοαπασχολούμενος φορολογείται ως μισθωτός με βάση τη ρύθμιση του άρθρου 12 § 2 στ. στ' Ν. 4172/2013 ή ως ελεύθερος επαγγελματίας. Στην πρώτη περίπτωση συνεπές είναι να γίνει δεκτό ότι εφαρμόζεται η δωσιδικία της κύριας κατοικίας, ενώ στη δεύτερη όχι. Ο νομοθέτης χρησιμοποιεί τον όρο «κύρια κατοικία», χωρίς να παραθέτει σχετικό ορισμό ή άλλες ενδείξεις. Μάλλον συνεπέστερο είναι να γίνει δεκτό ότι η κατοικία θα πρέπει να νοηθεί εδώ υπό ταυτόσημο νοηματικό περιεχόμενο προς το άρθρο 22 ΚΠολΔ και σε αντιδιαστολή προς τους συνδέσμους της συνήθους και απλής διαμονής. Υπό την έννοια αυτή, η «κύρια κατοικία» μπορεί να είναι νόμιμη ή εκούσια, ενόψει όμως της αναφοράς της διάταξης σε «κύρια» κατοικία θα πρέπει να διακριθεί αυτή από την ενδεχόμενη ειδική κατοικία του οφειλέτη. Επομένως, κατά τόπον αρμόδιο θα είναι το ειρηνοδικείο του τόπου της κύριας κατοικίας του οφειλέτη, ακόμη και αν ο τελευταίος διαθέτει ειδική κατοικία.

Οφειλέτες που ασκούν επιχειρηματική δραστηριότητα υπάγονται στη δωσιδικία του κέντρου των κυρίων συμφερόντων τους. Το τελευταίο ορίζεται κατά το άρθρο 78 § 3 ΝΠτωχΚ, ως ο τόπος όπου ο οφειλέτης ασκεί συνήθως την διοίκηση των συμφερόντων του και συνεπώς είναι αναγνωρίσιμος από

τους τρίτους¹⁹. Όσον αφορά τα νομικά πρόσωπα, θεσπίζεται τεκμήριο ότι το κέντρο ταυτίζεται με τον τόπο της καταστατικής έδρας. Η εμβέλεια της εν λόγω δωσιδικίας καταλαμβάνει αδιακρίτως φυσικά και νομικά πρόσωπα. Όσον αφορά τα νομικά πρόσωπα που εδρεύουν στην ημεδαπή η ρύθμιση διασπά την αρχή του άρθρου 64 ΑΚ, αφού επιτρέπει την εισαγωγή της αίτησης κήρυξης σε πτώχευση σε τόπο άλλο από την καταστατική έδρα του νομικού προσώπου. Το άρθρο 78 § 3 εδ. β' ΝΠτωχΚ, παρέχει το νομικό έρεισμα για τη θεμελίωση της δωσιδικίας των ελληνικών δικαστηρίων για την κήρυξη σε πτώχευση και εταιρειών που διαθέτουν καταστατική έδρα στην αλλοδαπή, όταν το κέντρο των κυρίων συμφερόντων τους εντοπίζεται στην ημεδαπή. Δεν είναι πάντως αυτονόητο ότι η ρύθμιση επενεργεί πάντοτε προς στην κατεύθυνση της διευ-
ρυνσης της δικαιοδοσίας των ελληνικών δικαστηρίων. Π.χ. η υιοθέτηση της δωσιδικίας του κέντρου των κύριων συμφερόντων της επιχείρησης, μπορεί να απολήξει και στον αποκλεισμό της δωσιδικίας των ελληνικών δικαστηρίων, προκειμένου για εταιρείες οι οποίες διαθέτουν μεν καταστατική έδρα στην Ελλάδα, όμως το κέντρο των κύριων συμφερόντων τους εντοπίζεται στην αλλοδαπή. Οίκοθεν νοείται ότι το βάρος της επίκλησης και απόδειξης του ισχυρισμού ότι το κέντρο των κύριων συμφερόντων του οφειλέτη βρίσκεται σε τόπο άλλο, από εκείνον της καταστατικής του έδρας το φέρει ο διάδικος που την επικαλείται (338 ΚΠολΔ)²⁰.

Η ρύθμιση του άρθρου 172 ΝΠτωχΚ, καταλείπει αρρύθμιστο το ζήτημα της κατά τόπον αρμοδιότητας προκειμένου για οφειλέτες αγνώστου διαμονής. Το ζήτημα αυτό επιχειρείται να αντιμετωπισθεί μέσω του τεκμηρίου του άρθρου 172 § 2 εδ. β' ΝΠτωχΚ, σύμφωνα με το οποίο εφόσον ανακύνει αμφισβήτηση, ως κατοικία του οφειλέτη νοείται η αναφερόμενη κατοικία του στην τελευταία προ της κατάθεσης της πτώχευσης φορολογικής δήλωσης. Η ρύθμιση δεν λαμβάνει υπόψιν της, την περίπτωση να μην έχει υποβληθεί φορολογική δήλωση από τον οφειλέτη κατά την τελευταία οικονομική χρήση, όπως επίσης και την περίπτωση της μεταβολής της κύριας κατοικίας του κατά το διάστημα που εμφίλοχώρησε μετά την υποβολή της τελευταίας φορολογικής δήλωσης. Από τη διατύπωση του άρθρου 172 § 2 εδ. β' ΝΠτωχΚ διαφαίνεται μάλλον ορθότερη η εκδοχή ότι το τεκμήριο είναι μαχητό, οπότε επιτρέπεται η ανταπόδειξη του από εκείνον που το αμφισβητεί, ο οποίος θα φέρει ομοίως το βάρος της επίκλησης και απόδειξης του σχετικού ισχυρισμού.

Προς διευκόλυνση των πιστωτών, προβλέπεται ακόμη (172 § 2 εδ. τελ. ΝΠτωχΚ), υποχρέωση της ΑΑΔΕ να γνωστοποιεί κάθε σχετική πληροφορία. Ο νόμος ορίζει ρητά ότι οι πληροφορίες παρέχονται μετά από αίτηση στην

19 Κατά το σημείο αυτό η διάταξη αποδίδει ορολογία του Καν 1346/2000: Ψυχομάνης, αρ. 758.

20 Ψυχομάνης, αρ. 758.

ΑΑΔΕ. Υπό τη διατύπωση αυτή δεν είναι αναγκαία η χορήγηση εισαγγελικής παραγγελίας, η επιβολή της οποίας θα ήταν άλλωστε περιττή, ενόψει της ρητής κάμψης του φορολογικού απορρήτου που θεσπίζει η διάταξη.

4.3 Ενεργητική νομιμοποίηση

Στην απλοποιημένη διαδικασία η αίτηση μπορεί να υποβληθεί από τον οφειλέτη (173 και 174 § 1 ΝΠτωχΚ), τους πιστωτές (79 § 1 και 78 § 2 ΝΠτωχΚ) και τον Εισαγγελέα Πρωτοδικών εφόσον συντρέχουν λόγοι δημοσίου συμφέροντος (79 § 1 και 78 § 2 ΝΠτωχΚ)²¹. Προκειμένου για αίτηση πτώχευσης κατά την απλοποιημένη διαδικασία, δεν προβλέπεται η δυνατότητα υποβολής αίτησης προς εκποίηση του συνόλου ή μέρους της επιχείρησης²².

Υπό τη διατύπωση του άρθρου 79 § 1 ΝΠτωχΚ, νομιμοποιούνται στην υποβολή της αίτησης μόνον οι πιστωτές που έχουν έννομο συμφέρον. Το τελευταίο οριοθετείται με βάση το άρθρο 96 § 1 εδ. α' ΝΠτωχΚ²³ και προϋποθέτει ότι ο πιστωτής διατηρεί κατά το χρόνο υποβολής της αίτησης γεννημένη και δικαστικώς επιδιώξιμη χρηματική ενοχική απαίτηση.

Η κατά τόπον αρμοδιότητα του Εισαγγελέα Πρωτοδικών στην περίπτωση της απλοποιημένης διαδικασίας καταλαμβάνει το σύνολο των ειρηνοδικείων που υπάγονται στο Πρωτοδικείο, όπου υπηρετεί.

4.4 Στοιχεία της αίτησης

Το περιεχόμενο της αίτησης για την κήρυξη πτώχευσης κατά την απλοποιημένη διαδικασία καθορίζεται κατ' αρχήν στο άρθρο 174 ΝΠτωχΚ, η ρύθμιση του οποίου όμως, αφορά αποκλειστικά το πρόσωπο του οφειλέτη και *stricto sensu* αναφέρεται στα έγγραφα που πρέπει να συνυποβληθούν με την αίτηση και όχι στο καθεαυτό περιεχόμενο της.

Η χρήση της επικεφαλίδας επομένως «περιεχόμενο της αίτησης πτώχευσης» ελέγχεται εν προκειμένω ως ανακριβής.

Ως εκ τούτου, το περιεχόμενο της ρύθμισης συμπληρώνεται αναγκαστικά από τη ρύθμιση του άρθρου 79 §§ 3 και 4 ΝΠτωχΚ.

Κατ' ακολουθίαν, στην αίτηση -ανεξάρτητα από την ιδιότητα του προσώπου που την υποβάλλει ως οφειλέτη ή πιστωτή- πρέπει να αναγράφονται το όνομα, το επώνυμο, το πατρώνυμο, η επωνυμία, ο Αριθμός Φορολογικού Μητρώου (Α.Φ.Μ.), καθώς και η διεύθυνση, όπου ο οφειλέτης έχει την κατοικία

21 Στο πλαίσιο της απλοποιημένης διαδικασίας η συνδρομή λόγων δημοσίου συμφέροντος, οι οποίοι δικαιολογούν την υποβολή της αίτησης από τον Εισαγγελέα πρωτοδικών, είναι δυσχερώς νοητή.

22 Arg. e 79 εδ. β' ΝΠτωχΚ: «... και εφόσον πρόκειται για επιχείρηση και δεν είναι πτώχευση μικρού αντικειμένου...».

23 Ψυχομάνης, αρ. 750.

του ή κατά περίπτωση το κέντρο των κύριων συμφερόντων του και τις τυχόν δευτερεύουσες εγκαταστάσεις του. Εφόσον η αίτηση αφορά έμπορο πρέπει να αναγράφεται και ο αριθμός Γενικού Εμπορικού Μητρώου του οφειλέτη. Η ρύθμιση του άρθρου 79 § 3 ΝΠτωχΚ αποδίδει ουσιαστικά το περιεχόμενο του άρθρου 118 ΚΠολΔ, με την ουσιώδη διαφοροποίηση ότι αφενός προβλέπει ρητά τη δυνατότητα συμπλήρωσης των ενδεχόμενων ελλείψεων ως τυπικών παραλείψεων του άρθρου 227 ΚΠολΔ, συγχρόνως όμως απαγγέλλει σε περίπτωση μη συμπλήρωσής τους τη δικονομική κύρωση του απαραδέκτου. Η αυστηρότητα της ερμηνευτικής λύσης αυτής εισάγει ουσιαστική απόκλιση από την πάγια ερμηνεία του άρθρου 118 ΚΠολΔ, υπό την οποία κατά κανόνα οι αντίστοιχες ελλείψεις για τα υπόλοιπα δικόγραφα αξιολογούνται ως επουσιώδεις, εκτός αν από την παράλειψη εγείρεται κίνδυνος σύγχυσης ή επέρχεται δικονομική βλάβη του αντιδίκου²⁴. Σκόπιμο είναι, ενόψει της ταυτότητας του λόγου προς τα ισχύοντα στο άρθρο 118 ΚΠολΔ, να ερμηνευθεί η ευρύτητα του απαγγελλόμενου απαραδέκτου κατά τελολογική συστολή, ώστε να περιορίζεται η απόρριψη της αίτησης, μόνον στις περιπτώσεις εκείνες που η παράλειψη αναφοράς ορισμένου στοιχείου ή εσφαλμένη αναγραφή του καταλείπουν κίνδυνο να προκληθεί σύγχυση για το πρόσωπο ή την ιδιότητα του διαδίκου.

Επιπρόσθετο στοιχείο που πρέπει να αναφέρεται στην αίτηση αποτελεί κατ' αρχήν και η πρόταση συνδίκου από πλευράς του αιτούντος, η οποία πρέπει να συνοδεύεται από έγγραφη δήλωση του προτεινόμενου ότι αποδέχεται τον διορισμό του και δηλώνει ότι δεν συντρέχει στο πρόσωπο του κώλυμα. Εφόσον, η αίτηση υποβάλλεται από τον οφειλέτη, η υπόδειξη συνδίκου δεν είναι αναγκαία, υποχρεούνται όμως ο αιτών στην περίπτωση αυτή να περιλάβει

24 Ενδεικτ: ως προς το δικαστήριο στο οποίο απευθύνεται το δικόγραφο (118.1 ΚΠολΔ): δεν βλέπεται η εκ παραδρομής απεύθυνση έφεσης «ενώπιον του Μονομελούς Πρωτοδικείου Αθηνών» αντί του Εφετείου Αθηνών, εφόσον από τα λοιπά στοιχεία του δικογράφου ουδεμία καταλείπεται αμφιβολία για το χαρακτήρα του δικογράφου ως εφετηρίου και για το δικαστήριο προς το οποίο απευθύνεται: ΕφΘεσ 185/1993, Αρμ 1993.216· ΕφΑθ 14/2002, ΕλλΔνη 2004.524· ως προς το είδος του δικογράφου (118.2 ΚΠολΔ): δεν βλέπεται η αναφορά του δικογράφου ως αίτησης αντί του ορθού, αγωγής: ΕφΑθ 10141/1995, ΕλλΔνη 1997.1614. Ως προς τα στοιχεία των διαδικών (118.3 ΚΠολΔ) γίνεται δεκτό ότι η ρύθμιση του άρθρου 118.3 ΚΠολΔ, δεν τάσσεται επί ποινή ακυρότητας: ΑΠ 862/2007, ΧρΙΔ 2007.992 σημ. Κατηφόρη. Κατ' ακολουθίαν η παράλειψη ή η εσφαλμένη αναγραφή του επωνύμου (ΑΠ 1318/1990, ΕλλΔνη 1992.317· ΑΠ 1042/1992, ΕλλΔνη 1994.1296· ΑΠ 854/1994, ΕλλΔνη 1996.292), ονόματος (ΑΠ 773/1977, ΝοΒ 1978.492· ΑΠ 1731/1999, ΕΕΝ 2001.363), ΑΦΜ (ΜΠρΛαμ 17/2016, ΕΠολΔ 2015.604 σημ. Π. Παννόπουλου) ή άλλου στοιχείου (ΕφΘεσ 482/1952, Αρμ 1953.38) δεν συνεπάγεται κυρώσεις για τον αμελή διάδικο, αν δεν προκαλείται σύγχυση ως προς στην ταυτότητα του διαδίκου ή του νόμιμου εκπροσώπου του (ΑΠ 175/2007, ΝΟΜΟΣ· ΑΠ 862/2007, ΧρΙΔ 2007.992· ΑΠ 1126/2009, ΝΟΜΟΣ· ΑΠ 574/2010, ΝΟΜΟΣ· ΑΠ 968/2015, ΝΟΜΟΣ).

δήλωση ότι δεν κατέστη εφικτή η ανεύρεση υποψηφίου συνδίκου που να αποδέχεται τον διορισμό. Από την αντιδιαστολή μεταξύ των § 3 και 4 του άρθρου 79 ΝΠτωχΚ, διαπιστώνεται ότι στην περίπτωση της § 4, δεν επαναλαμβάνεται η απειλή για την κήρυξη του απαραδέκτου της αίτησης σε περίπτωση παράλειψης της δήλωσης. Θα πρέπει επομένως να γίνει δεκτό ότι, αφενός μεν η παράλειψη μπορεί να συμπληρωθεί επίσης κατ' άρθρο 227 ΚΠολΔ μετά από υπόδειξη του δικαστηρίου, χωρίς εντούτοις να θίγεται το παραδεκτό της αίτησης²⁵.

Από το συνδυασμό τέλος των άρθρων 216 ΚΠολΔ, 79 § 1, 96 § 1, 176, 76 και 77 ΝΠτωχΚ, συνάγεται, ότι όταν η αίτηση υποβάλλεται από πιστωτή, ο τελευταίος θα πρέπει να επικαλεσθεί στο δικόγραφο, κατ' αρχήν τα περιστατικά από τα οποία στοιχειοθετείται το έννομο συμφέρον του στην υποβολή της αίτησης, ότι δηλαδή διαθέτει γεννημένη και δικαστικώς επιδιώξιμη χρηματική ενοχική απαίτηση, καθώς και τη συνδρομή των αντικειμενικών και υποκειμενικών προϋποθέσεων κήρυξης του οφειλέτη σε πτώχευση²⁶. Εφόσον έχει μεσολαβήσει διαδοχή (καθολική ή ειδική) στην απαίτηση ο αιτών οφείλει να επικαλεσθεί τα περιστατικά που θεμελιώνουν την ιδιότητα του ως διαδόχου²⁷. Αντίθετα, όταν η αίτηση υποβάλλεται από τον οφειλέτη, αρκεί μόνον η επίκληση της συνδρομής των υποκειμενικών και αντικειμενικών προϋποθέσεων κήρυξης της πτώχευσης κατά τα άρθρα 76, 77 και 176 ΠτωχΚ. Προς διευκόλυνση της αποδεικτικής διαδικασίας, ο νομοθέτης θεσπίζει τεκμήριο παύσης πληρωμών στα άρθρα 176 § 1 και 77 § 2 ΝΠτωχΚ. Εφόσον, ο αιτών επικαλείται το συγκεκριμένο τεκμήριο, αρκεί για την ικανοποίηση του ορισμένου της αίτησης, η επίκληση στο δικόγραφο των περιστατικών που θεμελιώνουν το τεκμήριο κατά το άρθρο 176 § 1 ΝΠτωχΚ, ότι δηλαδή ο οφειλέτης δεν έχει καταβάλει ληξιπρόθεσμες υποχρεώσεις προς το Δημόσια, τους Φορείς Κοινωνικής Ασφάλισης, τα πιστωτικά ή χρηματοδοτικά ιδρύματα, σε ποσοστό τουλάχιστον 60% του συνόλου των ληξιπρόθεσμων οφειλών του και συγχρόνως ότι το ύψος των μη εξυπηρετούμενων οφειλών υπερβαίνει το ποσό των 30.000 €. Το τεκμήριο τάσσεται προς αποδεικτική διευκόλυνση του οφειλέτη ή των αιτούντων πιστωτών. Ως εκ τούτου παρέπεται ότι ο πιστωτής που επιδιώκει

25 Σύμφωνα κατ' αποτέλεσμα και ο Φούρκας, Ζητήματα εφαρμογής από την πτώχευση μικρού αντικειμένου, σε τ. Ένωση Δικαστών και Εισαγγελέων, Το νέο πτωχευτικό Δίκαιο. Ουσιαστικά και Δικονομικά Ζητήματα, 2021, 255 επ: 268.

26 Ψυχομάνης, αρ. 749· Χατζηγιάννου, Η δική της πτώχευσης και των προληπτικών μέτρων της, 2016, σ. 145 επ (υπό το προϊσχύσαν δίκαιο). Πρβλ. πάντως Περάκη, Πτωχευτικό Δίκαιο, 2^η, 2012, σ. 128· Παμπούκη, Το έννομο συμφέρον του πιστωτή να ζητήσει την κήρυξη της πτώχευσης, ΕπισκΕμπΔ 2008.736 επ, σύμφωνα με τους οποίους ορθότερο είναι το έννομο συμφέρον του πιστωτή είναι ορθότερο να τεκμαίρεται.

27 Χατζηγιάννου, σ. 146.

την κήρυξη σε πτώχευση του οφειλέτη, έχει διακριτική ευχέρεια να επικαλεσθεί το τεκμήριο και όχι υποχρέωση προς τούτο.

Εφόσον η αίτηση υποβάλλεται από τον εισαγγελέα, πρέπει να περιλαμβάνει και εξειδίκευση του σκοπού δημοσίου συμφέροντος που επιτάσσει την άσκηση της²⁸.

Τέλος, σύμφωνα με το άρθρο 174 § 4 ΝΠτωχΚ, η αίτηση πρέπει να περιλαμβάνει και δήλωση περί συναίνεσης του αιτούντος για την πρόσβαση στα στοιχεία και συνοδευτικά έγγραφα που βρίσκονται σε βάσεις δεδομένων του δημοσίου τομέα ή των χρηματοπιστωτικών ιδρυμάτων. Αν και η διατύπωση δεν διακρίνει, θα πρέπει να γίνει δεκτό ότι το συγκεκριμένο στοιχείο απαιτείται μόνον στην περίπτωση που η αίτηση υποβάλλεται από τον οφειλέτη, αφού στις υπόλοιπες περιπτώσεις δεν συντρέχει το στοιχείο της εξουσίας διάθεσης. Δεδομένου ότι η περίληψη της δήλωσης είναι ουσιώδης για την αποτελεσματική άσκηση των δικαιωμάτων των πιστωτών, η παράλειψη της θα πρέπει να αξιολογηθεί στο πλαίσιο του άρθρου 216 ΚΠολΔ, με επακόλουθο την απόρριψη της αίτησης.

Αντίθετα, δεν απαιτείται η αναφορά στο δικόγραφο: α) όταν ο οφειλέτης είναι ομόρρυθμη ή ετερόρρυθμη εταιρία, των πλήρων στοιχείων των ομόρρυθμων εταίρων²⁹, β) των προσώπων που διοικούν το καθ' ου η αίτηση νομικό πρόσωπο-οφειλέτη³⁰. Επίσης δεν είναι αναγκαίο να περιέχεται στο υποβαλλόμενο αίτημα προσδιορισμός του χρόνου παύσης των πληρωμών, αφού η ημέρα προσδιορίζεται από το δικαστήριο και αυτεπάγγελα³¹.

Σύμφωνα με το άρθρο 79 § 5 ΝΠτωχΚ, όταν η αίτηση υποβάλλεται από τον οφειλέτη πρέπει να υποβάλλεται μέσα σε 30 ημέρες από την συνδρομή των προϋποθέσεων του άρθρου 77 ΝΠτωχΚ. Η ρύθμιση δεν εισάγει δικονομική ή αποσβεστική προθεσμία και ως εκ τούτου η υποβολή εκπρόθεσμης αίτησης, μπορεί να επάγεται αστικές ευθύνες για τον οφειλέτη (127 ΝΠτωχΚ), δεν επιδρά στο παραδεκτό του δικογράφου. Αν πάντως, ο οφειλέτης αποβιώσει κατά το διάστημα που διαρκεί η παύση πληρωμών, η αίτηση υποβάλλεται εντός έτους από το θάνατο του (76 § 3 β ΝΠτωχΚ). Αντίθετα, από το άρθρο 79 § 5 ΝΠτωχΚ, η ρύθμιση του άρθρου 76 § 3 ΝΠτωχΚ εισάγει αποσβεστική προθεσμία οπότε η αίτηση που υποβλήθηκε εκπρόθεσμα απορρίπτεται ως απαράδεκτη.

28 Χατζηγιάννου, σ. 146.

29 Αντίθετα, υπό το προischύσαν δίκαιο (5 § εδ. γ' ΠτωχΚ): Ψυχομάνης, αρ. 765.

30 Εφόσον, όμως το νομικό πρόσωπο-οφειλέτης έχει οφειλές προς το Δημόσιο, προτείνεται ότι πρέπει να αναφέρονται στην αίτηση ανάλογα και τα ΑΦΜ των εκπροσώπων που ευθύνονται αλληλεγγύως: Ψυχομάνης, αρ. 766.

31 Ψυχομάνης, αρ. 769.

Το άρθρο 174 § 3 ΝΠτωχΚ προβλέπει ότι ο οφειλέτης ευθύνεται για τα στοιχεία που δηλώνει στην αίτηση του σύμφωνα με το άρθρο 952 ΚΠολΔ. Η ρύθμιση ελέγχεται ως ατελής, αφού το άρθρο 952 ΚΠολΔ, δεν θεσπίζει *per se* κάποια μορφή ευθύνης για τον καθ' ου. Δύναται να απολήξει βεβαίως στην θεμελίωση ποινικής ευθύνης του οφειλέτη για ψευδορκία, καθ' ο μέτρο επιβάλλει στον καθ' ου η εκτέλεση το βάρος να βεβαιώσει ενόρκως την ακρίβεια του καταλόγου και ότι έκανε κάθε προσπάθεια προς εξακρίβωση του συνόλου των περιουσιακών του στοιχείων. Εντούτοις, η θεμελίωση ποινικής ευθύνης για ψευδορκία του οφειλέτη στην περίπτωση του άρθρου 174 ΝΠτωχΚ θα πρέπει να αποκλεισθεί, εφόσον η διάταξη αυτή δεν επιβάλλει στον οφειλέτη το καθήκον να βεβαιώσει ενόρκως την ακρίβεια των οικονομικών στοιχείων που υποβάλλει. *De lege ferenda*, η αποσαφήνιση του ερμηνευτικού περιεχομένου της παραπομπής στο άρθρο 952 ΚΠολΔ, παρίσταται σκόπιμη.

4.5 Κατάθεση της αίτησης

Σύμφωνα με το άρθρο 173 § 1 ΝΠτωχΚ, η αίτηση πτώχευσης κατά την απλοποιημένη διαδικασία υποβάλλεται ηλεκτρονικά μέσω του Ηλεκτρονικού Μητρώου Φερεγγυότητας, ενώ με τον ίδιο τρόπο υποβάλλονται και τα συνυποβλητέα έγγραφα, σε όσες περιπτώσεις προβλέπεται η υποβολή τους (174 §§ 1, 2 ΝΠτωχΚ). Αν και η διατύπωση της ρύθμισης δηλώνει μάλλον ότι η ηλεκτρονική υποβολή της αίτησης αποτελεί τον αποκλειστικό τύπο υποβολής της, κατ' αναλογία και προς ό,τι ισχύει στη διαδικασία του Ν. 4745/2020, προτείνεται ότι είναι δυνατή η υποβολή της αίτησης και απευθείας στο αρμόδιο δικαστήριο, σε συνδυασμό όμως με την δημοσίευση της αίτησης στο Μητρώο Αφερεγγυότητας με επιμέλεια της γραμματείας³². Ανεξάρτητα από τους ενδοιασμούς που δικαιολογεί μια αποκλειστικά ηλεκτρονική διαδικασία κατάθεσης της αίτησης, εφόσον συνεκτιμηθούν οι ελλείψεις σε υποδομές σε πολλά ειρηνοδικεία, το έρεισμα της παραπάνω ερμηνευτικής λύσης στο άρθρο 174 ΝΠτωχΚ, είναι αμφίβολο.

Υποστηρίζεται³³ ότι μετά την υποβολή οι αιτήσεις που αφορούν έκαστο ειρηνοδικείο θα πρέπει να εκτυπώνονται με επιμέλεια της γραμματείας, η οποία και θα συντάξει την οικεία έκθεση κατάθεσης δικογράφου και εν συνεχεία θα

32 Ψυχομάνης, αρ. 1966. Πρβλ. ακόμη Φούρκα, σ. 265 επ, ο οποίος με αφορμή την επάλληλη χρήση των όρων «υποβολή αίτησης», «η αίτηση υποβάλλεται» και «κατάθεση αίτησης», προτείνει διάκριση μεταξύ της υποβολής, η οποία πρέπει να νοηθεί ως η δημιουργία της αίτησης υποβολής της στην ηλεκτρονική πλατφόρμα και της κατάθεσης, την οποία ταυτίζει με την είσοδο της αίτησης ως δικογράφου στο αρμόδιο ειρηνοδικείο. Το έρεισμα της θέσης αυτής στη διατύπωση του άρθρου 173 § 1 ΝΠτωχΚ είναι κατά τη γνώμη μας αμφίβολο, ενώ η σκοπιμότητα της μεθοδολογικής κατάτμησης της άσκησης της αίτησης σε δύο διακριτά στάδια εμφανίζεται αμφίβολη.

33 Φούρκας, σ. 269.

επισυνάψει την ηλεκτρονική πλατφόρμα εκ νέου την αίτηση, υπογεγραμμένη με εγκεκριμένη ηλεκτρονική υπογραφή. Αν και η πρόταση είναι λογική, το έρεισμα της στη ρύθμιση του άρθρου 177 ΝΠτωχΚ δεν είναι σαφές, ενώ παρίσταται αμφίβολο κατά πόσον είναι τεχνικά υλοποιήσιμη με δεδομένες τις περιορισμένες υποδομές των περισσότερων ειρηνοδικείων. De lege ferenda παρίσταται επιβεβλημένη η παρέμβαση του νομοθέτη και εδώ.

Σύμφωνα με το άρθρο 177 § 2 ΝΠτωχΚ, η αίτηση πτώχευσης επιδίδεται εντός δέκα εργασίμων ημερών με φροντίδα του διαδίκου που επισπεύδει τη διαδικασία στους υπόλοιπους διαδίκους³⁴. Η πρακτική χρησιμότητα της ρύθμισης θα αναπτύσσεται κατά κανόνα στην περίπτωση που η αίτηση ασκείται από τους πιστωτές, αφού στην περίπτωση υποβολής της αίτησης από τον οφειλέτη δεν υπάρχουν άλλοι διάδικοι μέχρι την άσκηση παρεμβάσεων. Αξιοσημείωτο είναι ότι το άρθρο 177 § 2 ΝΠτωχΚ, τάσσει μεν προθεσμία, πλην όμως δεν ορίζει το χρονικό σημείο αφετηρίας της. Περαιτέρω, υπό τη διατύπωση της διάταξης, δεν απειλείται δικονομική κύρωση σε περίπτωση παράλειψης της έγκαιρης κοινοποίησης, ανάλογη π.χ. εκείνης του άρθρου 215.2 ΚΠολΔ. Ορθότερο διαφαίνεται επομένως, η παράλειψη ή το εκπρόθεσμο της κοινοποίησης να αξιολογηθούν στο πλαίσιο της προβληματικής της δικονομικής ακυρότητας. Υπό τη διατύπωση του άρθρου 177 § 2 ΝΠτωχΚ, διαφαίνεται ότι αυτή αφορά την κοινοποίηση σε πρόσωπα τα οποία έχουν ήδη προσλάβει την ιδιότητα του διαδίκου. Αδιευκρίνιστο καταλείπεται αν είναι δυνατή η κλήτευση πιστωτών ή τρίτων προσώπων με πρωτοβουλία του δικαστηρίου, όπως προβλέπουν οι §§ 5 και 6 του άρθρου 79 ΝΠτωχΚ. Ενόψει της ευρύτητας της παραπομπής του άρθρου 78 § 2 εδ. τελ. στις διατάξεις του γενικού μέρους, αλλά και της αναγκαιότητας για την προστασία συμφερόντων τρίτων προσώπων (π.χ. εγγυητών) διαφαίνεται ενδεδειγμένη εδώ η καταφατική απάντηση. Στην περίπτωση αυτή θα εφαρμοσθεί και εδώ για την κλήτευση η δεκαήμερη προθεσμία του άρθρου 177 § 2 ΝΠτωχΚ. Σε κάθε περίπτωση η κλήτευση καταχωρείται στο ηλεκτρονικό μητρώο φερεγγυότητας (78 § 5 ΝΠτωχΚ). Η καταχώρηση μάλλον θα πρέπει να γίνεται με επιμέλεια του πληρεξουσίου δικηγόρου³⁵. Πάντως ο νομοθέτης παρέλειψε να απειλήσει δικονομικές κυρώσεις για την περίπτωση που παραλειφθεί η ανάρτηση.

34 Όπως ορθά παρατηρεί ο Φούρκας, σ. 261-262, ακόμη και αν ήθελε υποτεθεί ότι η εκδοχή πως δεν απαιτείται κοινοποίηση της αίτησης στον καθ' ου οφειλέτη, όταν η αίτηση κατατίθεται από πιστωτή, βρίσκει έρεισμα στη διατύπωση του άρθρου 177 § 2 ΝΠτωχΚ, τότε η ρύθμιση θα έπρεπε να αξιολογηθεί ως ευθέως αντίθετη στα άρθρα 6 § 1 ΕΣΔΑ και 20 Συντ.

35 Φούρκας, σ. 270.

4.6 Γραμμάτιο παρακατάθεσης

Όταν η αίτηση υπαγωγής σε πτώχευση κατά την απλοποιημένη διαδικασία κατατίθεται από τον οφειλέτη, συνυποβάλλεται μειωμένο γραμμάτιο παρακατάθεσης του Ταμείου Παρακαταθηκών και Δανείων ποσού 250 € για την αντιμετώπιση των πρώτων εξόδων της πτώχευσης (173 § 2 ΝΠτωχΚ). Ο οφειλέτης απαλλάσσεται της υποχρέωσης καταβολής του γραμματίου στην περίπτωση που πιθανολογείται: α) ότι τα εισοδήματα του οφειλέτη δεν υπερβαίνουν τις εύλογες δαπάνες διαβίωσης, όπως αυτές ορίζονται στο άρθρο 92 § 5 ΝΠτωχΚ και β) ότι τα μη βεβαρυμένα στοιχεία της περιουσίας του οφειλέτη δεν επαρκούν (173 § 2 εδ. α' in fine και 178 § 1 σε συνδ.). Ο νομοθέτης χρησιμοποιεί τον όρο πιθανολόγηση ως προς τη συνδρομή των ανωτέρω προϋποθέσεων. Η διατύπωση συνέχεται λογικά με δικανική κρίση. Κατ' ακολουθίαν η απαλλαγή από την υποχρέωση προσκομιδής γραμματίου αξιολογείται ex post από το πτωχευτικό δικαστήριο, με βάση τα στοιχεία που προσκομίζουν ο αιτών και οι παρεμβαίνοντες. Το βάρος της επίκλησης και απόδειξης των ισχυρισμών φέρει ο αιτών, εφόσον επικαλείται ότι συντρέχουν στο πρόσωπο του οι προϋποθέσεις απαλλαγής από το γραμμάτιο παρακατάθεσης. Εφόσον εκ των υστέρων διαπιστωθεί ότι δεν συντρέχουν στο πρόσωπο του αιτούντος οφειλέτη οι προϋποθέσεις απαλλαγής από την υποχρέωση προσκομιδής του γραμματίου, η έλλειψη μπορεί να συμπληρωθεί κατ' άρθρο 227 ΚΠολΔ. Αντίθετα από το άρθρο 79 § 8 εδ. γ' ΝΠτωχΚ, το άρθρο 173 § 2 ΝΠτωχΚ, δεν προβλέπει ότι ο αιτών ικανοποιείται ως ομαδικός πιστωτής για το προκαταβληθέν ποσό. Εντούτοις η ερμηνευτική λύση αυτή θα πρέπει να γίνει δεκτή και στην περίπτωση αυτή, ενόψει της παραπομπής του άρθρου 78 § 2 εδ. γ' ΝΠτωχΚ στις διατάξεις του γενικού μέρους.

Προκειμένου για αιτήσεις κήρυξης σε πτώχευση που ασκούνται από πιστωτές, καταβάλλεται το γραμμάτιο που προβλέπουν οι γενικές διατάξεις (500 €, 79 § 8 ΝΠτωχΚ σε συνδ. με 78 § 2 εδ. γ' ΝΠτωχΚ).

Σε περίπτωση που η αίτηση απορριφθεί ή λάβει χώρα παραίτηση από το δικόγραφο το ποσό επιστρέφεται στον οφειλέτη (173 § 2 εδ. τελ. ΝΠτωχΚ) ή στον αιτούντα πιστωτή (79 § 8 εδ. τελ. ΝΠτωχΚ).

4.7 Άσκηση παρεμβάσεων και εξουσίες παρεμβαίνοντος στην πτωχευτική δίκη κατά την απλοποιημένη πτωχευτική διαδικασία

Η άσκηση κύριας και πρόσθετης παρέμβασης ρυθμίζονται στο άρθρο 177 ΝΠτωχΚ, κατά παρέκκλιση από το γενικό μέρος. Οι ρυθμίσεις των εδ. β', γ' και δ' του άρθρου 130 ΝΠτωχΚ, τίθενται εκποδών ενόψει της ειδικότητας του άρθρου 177 ΝΠτωχΚ.

Σύμφωνα με το άρθρο 177 § 1 ΝΠτωχΚ στην δίκη που ανοίγεται με αίτηση του οφειλέτη κατά την απλοποιημένη διαδικασία μπορεί να παρέμβει κάθε πι-

στωτής του αιτούντος. Αν και η ρύθμιση δεν το αναφέρει ρητά, προϋποτίθεται ότι ο παρεμβαίνων θα πρέπει να θεμελιώνει έννομο συμφέρον για την άσκηση παρέμβασης, το οποίο δοθείσης της ταυτότητας του λόγου θα πρέπει να οριοθετηθεί και εδώ σύμφωνα με το άρθρο 96 § 1 εδ. α' ΝΠτωχΚ.

Οι παρεμβάσεις κατατίθενται με ηλεκτρονικά μέσα στο Ηλεκτρονικό Μητρώο Φερεγγυότητας (177 § 2 εδ. α' ΝΠτωχΚ)³⁶. Σύμφωνα με το άρθρο 177 § 2 εδ. β' ΝΠτωχΚ, εφόσον ολοκληρωθεί εμπρόθεσμα η άσκηση κύριας παρέμβασης, η αίτηση κατατίθεται σε έντυπη ή ηλεκτρονική μορφή στο αρμόδιο ειρηνοδικείο. Από τη διατύπωση του άρθρου 177 § 2 εδ. β' ΝΠτωχΚ, διαφαίνεται ότι ο νομοθέτης υπολαμβάνει την άσκηση της κύριας παρέμβασης ολοκληρωμένη από το χρόνο της ηλεκτρονικής υποβολής της³⁷. Ως προς την πρόσθετη παρέμβαση, ο νομοθέτης δεν προβλέπει ανάλογη υποχρέωση³⁸, χωρίς πάντως οι λόγοι της διαφορετικής διαδικαστικής αντιμετώπισης να είναι σαφείς.

Αν και κατά κανόνα το βάρος της προσκομίδης του δικογράφου θα το φέρει ο παρεμβαίνων, σύμφωνα με το άρθρο 177 § 2 εδ. β' ΝΠτωχΚ, την εργασία αυτή μπορεί να εκτελέσει ο επιμελέστερος των διαδικών. Νοητό είναι επομένως, να επιμεληθεί της προσκομίδης και ο αιτών οφειλέτης ή ακόμη και άλλος παρεμβαίνων πιστωτής. Η διάταξη δεν απειλεί δικονομική κύρωση σε περίπτωση παραμέλησης της υποχρέωσης. Ως εκ τούτου καταλείπεται αδιευκρίνιστη η τύχη της κύριας παρέμβασης, η οποία υποβλήθηκε μεν ηλεκτρονικά αλλά δεν προσκομίσθηκε στο δικαστήριο. Στο μέτρο που η άσκηση της παρέμβασης λογίζεται ολοκληρωμένη από την ηλεκτρονική υποβολή της, θα πρέπει να θεωρηθεί ότι παραμένει εκκρεμής, έστω και στερούμενη αντικειμένου.

Με την κύρια παρέμβαση ο πιστωτής μπορεί να ζητήσει την απόρριψη της αίτησης, ενώ με την πρόσθετη μπορεί να ζητήσει μόνον τον ορισμό συνδίκου (177 § 1 εδ. α' ΝΠτωχΚ). Εξ αντιδιαστολής παρέπεται ότι αποκλείεται η άσκηση πρόσθετης παρέμβασης διάφορο αντικείμενο. Αν ασκηθούν περισσότερες πρόσθετες παρεμβάσεις ορίζεται ως σύνδικος ο υποδεικνυόμενος από τον πιστωτή που έχει την υψηλότερα απαίτηση, σύμφωνα με τα στοιχεία στα οποία παρέχεται πρόσβαση μέσω του Ηλεκτρονικού Μητρώου Φερεγγυότητας (177 § 1 εδ. β' ΝΠτωχΚ). Η πρόταση συνδίκου από τον προσθέτως παρεμβαίνοντα ανάγεται υπό τη διατύπωση του άρθρου 177 § 1 εδ. α' ΝΠτωχΚ σε ουσιώδες στοιχείο του δικογράφου της πρόσθετης παρέμβασης κατά τρόπο, ώστε η πρόσθετη παρέμβαση που δεν περιλαμβάνει πρόταση συνδίκου να

36 Η τήρηση του ηλεκτρονικού τύπου είναι και εδώ υποχρεωτική: Φούρκας, σ. 272.

37 Arg e 177 § 2 εδ. β' ΝΠτωχΚ: «εφόσον υποβληθούν εμπρόθεσμα κύριες παρεμβάσεις». Πρβλ. Φούρκας, σ. 272, ο οποίος προτείνει και εδώ την περιέλευση στο ειρηνοδικείο των παρεμβάσεων με επιμέλεια της γραμματείας του οικείου ειρηνοδικείου.

38 Arg e 177 § 2 εδ. β' ΝΠτωχΚ: «κύριες παρεμβάσεις».

πρέπει να απορριφθεί ως απαράδεκτη. Υπό τη διατύπωση του νόμου, άλλα κριτήρια ως προς τον ορισμό του συνδίκου (π.χ. ποιοτικά κριτήρια, όπως η καταλληλότητα, η εμπειρία κ.ο.κ.) δεν λαμβάνονται υπόψιν κατά την επιλογή. Αν αποδειχθεί εντούτοις ότι στο πρόσωπο του προταθέντος συνδίκου από τον παρεμβαίνοντα που έχει την υψηλότερη απαίτηση συντρέχει κώλυμα ή σύγκρουση συμφερόντων, τότε κατά λογική τάξη θα πρέπει να προκρίνεται ο διορισμός του υποδεικνυόμενου από τον αμέσως επόμενο. Λογικό προαπαιτούμενο, ώστε να διορισθεί ο σύνδικος που προτείνει ο παρεμβαίνων με τη μεγαλύτερη απαίτηση, αποτελεί η πρόσθετη παρέμβαση να είναι κατά τα λοιπά παραδεκτή.

4.8 Περαιτέρω διαδικασία

Από το συνδυασμό των άρθρων 173 § 1 και 177 §§ 2-5 ΝΠτωχΚ, προκύπτει ότι η αίτηση πτώχευσης που εισάγεται κατά την απλοποιημένη διαδικασία, συζητείται χωρίς ακροαματική διαδικασία και χωρίς ορισμό δικασίμου. Η ρύθμιση του άρθρου 177 § 5 ΝΠτωχΚ σύμφωνα με την οποία μετά την παρέλευση της προθεσμίας κατάθεσης προτάσεων η διαδικασία ολοκληρώνεται και εντός προθεσμίας δύο μηνών το δικαστήριο εκδίδει απόφαση. Κατ' αναλογία προς στις ερμηνευτικές λύσεις που έχουν γίνει δεκτές με αφορμή άλλες δικονομικές προθεσμίες με αποδέκτη το δικαστήριο, η προθεσμία θα πρέπει να θεωρηθεί ενδεικτική, χωρίς η ενδεχόμενη υπέρβαση της να επάγεται δικονομικές συνέπειες.

Η συμβατότητα της νομοθετικής επιλογής προς το άρθρο 6 § 1 ΕΣΔΑ, αναμένεται να τεθεί εν αμφιβόλω κατά τη δικαστηριακή εφαρμογή του νέου πτωχευτικού κώδικα. Και τούτο επειδή, κατά τη νομολογία του ΕΔΔΑ³⁹, οι διάδικοι έχουν κατ' αρχήν δικαίωμα σε μια προφορική και δημόσια ακροαματική διαδικασία⁴⁰, επιταγή η οποία πάντως πρέπει να καθίσταται αντιληπτή ως εντονότερη στο πλαίσιο της ποινικής δίκης, όπου γίνεται δεκτό ότι τουλάχιστον στη δίκη του α' βαθμού δικαιοδοσίας θα πρέπει κατ' αρχήν να τηρούνται

39 Βλ. συνολικότερη επισκόπηση της προβληματικής της σχέσης προφορικότητας και δημοσιότητας ως προς την πολιτική δίκη σε Γιαννόπουλο, Προτάσεις μεταρρύθμισης του άρθρου 237 § 1 ΚΠολΔ υπό το πρίσμα του άρθρου 6 § 1 ΕΣΔΑ, ΝοΒ 2019.2103 επ, μ.π.π.

40 ΕΔΔΑ, 23.11.2006, Jussila v. Finland, 73053/01, § 40· ΕΔΔΑ, 4.3.2014, Grande Stevens and Others v. Italy, 18640/10 18647/10 18663/10, § 119. Μάλιστα, ήδη ακόμη και στην περίπτωση της ποινικής δίκης, ήδη διαφαίνεται μεταστροφή της νομολογίας του ΕΔΔΑ, ΕΔΔΑ, 17.5.2011, Suhadolc v. Slovenia (dec.), 57655/08 [: «While the requirements of a fair hearing are strictest concerning the hard core of criminal law, the guarantees of the limb of Article 6 applying to criminal law do not necessarily apply with their full stringency to other categories of cases falling under that head and which do not carry any significant degree of stigma. The Court therefore accepted that an oral hearing may not be required in all cases in the criminal sphere»].

απαρεγκλίτως⁴¹. στο πλαίσιο της ποινικής διαδικασίας λοιπόν, μπορεί να γίνει δεκτό με υψηλό βαθμό ερμηνευτικής ασφάλειας ότι ο διάδικος και ιδίως ο κατηγορούμενος θα πρέπει να έχει την ευκαιρία να προσκομίσει αποδείξεις για την υπεράσπιση του, να λάβει γνώση των αποδείξεων της κατηγορίας και να εξετάσει και αντεξετάσει τους μάρτυρες⁴².

Εντούτοις, πέραν της ποινικής δίκης, το δικαίωμα στην ακροαματική διαδικασία δεν είναι απόλυτο⁴³. Το ΕΔΔΑ αναγνωρίζει ότι σε ορισμένες διαδικασίες η διεξαγωγή προφορικής ακροαματικής διαδικασίας μπορεί να μην είναι αναγκαία, όπως π.χ. όταν δεν υφίστανται ιδιαίτερες αμφισβητήσεις για το πραγματολογικό μέρος της υπόθεσης και το δικαστήριο έχει τη δυνατότητα να αποφανθεί με ασφάλεια με βάση τις προτάσεις των διαδίκων και τα αποδεικτικά μέσα που ενσωματώνονται σε έγγραφα⁴⁴. Το ΕΔΔΑ έχει π.χ. κρίνει ότι οι επιλογές των εθνικών νομοθετών ως προς τη ρύθμιση της προφορικότητας της διαδικασίας επιβάλλεται να συμπλέουν προς τις επιταγές της αρχής της αναλογικότητας και της οικονομίας της δίκης⁴⁵. Προς στην κατεύθυνση αυτή, εξάλλου, επιβεβαιώθηκε ότι καταλείπεται στη διακριτική ευχέρεια των εθνικών νομοθεσιών να προβλέψουν τη μόνον κατ' εξαίρεση διεξαγωγή ακροαματικής διαδικασίας σε δίκες κοινωνικής ασφάλισης, αν η γενικευμένη πρόβλεψη ακροαματικής διαδικασίας θα αποτελούσε τελικά εμπόδιο στην επιταγή του άρθρου 6 § 1 ΕΣΔΑ για εύλογη διάρκεια της δίκης⁴⁶. Παρά το γεγονός ότι στις πρώιμες αποφάσεις του ΕΔΔΑ για το ζήτημα υπογραμμίζεται ότι η προφορικότητα της διαδικασίας στον πρώτο βαθμό μπορεί να θυσιασθεί μόνον χάριν «*εξαιρετικών συνθηκών*»⁴⁷, σύντομα διευκρινίσθηκε ότι «*το εξαιρετικό*» των περιστάσεων συνδέεται και αφορά στη φύση της διαφοράς που πρέπει να κριθεί από το αρμόδιο εθνικό δικαστήριο και όχι στη συχνότητα με την

41 ΕΔΔΑ, 25.2.1997, Findlay v. United Kingdom, 22107/93, § 79. Πρβλ. όμως ήδη Suhadolc v. Slovenia, ό.π.

42 Γιαννόπουλος, ΝοΒ 2019.2105.

43 ΕΔΔΑ, 21.2.1990, Håkansson and Sturesson v. Sweden, 11855/85, § 66· Grande Stevens and Others v. Italy, § 119.

44 ΕΔΔΑ, 12.11.2002, Dory v. Sweden, 28394/95, § 37· ΕΔΔΑ 25.11.2003, Prusiheimo v. Finland, 57795/00, σ. 7· Jussila v. Finland, § 41· ΕΔΔΑ, 17.5.2011, Suhadolc v. Slovenia (dec.), 57655/08, σ. 13· Grande Stevens and Others v. Italy, 8640/10 18647/ 10 18663/10, § 119.

45 ΕΔΔΑ, 29.5.1986, Deumeland v. Germany, 9384/ 81, § 90· ΕΔΔΑ, 12.10.1992, Boddaert v. Belgium, 12919/ 87, § 39· Jussila v. Finland, § 42 [: «The Court has further acknowledged that the national authorities may have regard to the demands of efficiency and economy and found, for example, that the systematic holding of hearings could be an obstacle to the particular diligence required in social security cases and ultimately prevent compliance with the reasonable-time requirement of Article 6 § 1»].

46 ΕΔΔΑ, 24.6.1993, Schuler-Zraggen v. Switzerland, 24.6.1993 § 58.

47 Hakanson, Sturresson v. Sweden, § 64.

οποία ανακύπτει και, κατ' ακολουθίαν, διευκρινίσθηκε ότι ο αποκλεισμός της προφορικότητας δεν είναι αναγκαίο να λαμβάνει χώρα μόνον σε «σπάνιες» περιπτώσεις. Υπό το πρίσμα των ανωτέρω, διαφαίνεται ότι ακόμη και η πλήρης απαλοιφή της προφορικότητας σε αστικές υποθέσεις, ακόμη και για τη δίκη του πρώτου βαθμού δεν παρίσταται κατ' αρχήν ασύμβατη προς στις επιταγές του άρθρου 6 § 1 ΕΣΔΑ, υπό τον αδιαπραγμάτευτο όρο όμως ότι η κατάργηση της δεν μπορεί να είναι γενικευμένη και κάθετη, απισχνασμένη από κριτήρια ατομικής αξιολόγησης εκάστης περίπτωσης.

Παράλληλα προς τα ανωτέρω, σκόπιμο είναι να υπομνησθεί ότι κατά τις προπαρασκευαστικές εργασίες του Ν. 4335/2015, η Νομοπαρασκευαστική Επιτροπή υπέλαβε ότι η διεξαγωγή μιας έστω απισχνασμένης προφορικής συζήτησης, απολαμβάνει συνταγματικών ερεισμάτων⁴⁸, ενώ και στην πρόσφατη μεταρρύθμιση του Ν. 4745/2020, ο νομοθέτης ακολούθησε μεν το πρότυπο της νέας τακτικής διαδικασίας, κρατώντας όμως την πρόβλεψη για την υποχρεωτική διεξαγωγή μιας έστω απισχνασμένης ακροαματικής διαδικασίας, ακόμη και χωρίς την εξέταση μαρτύρων (4 IB Ν. 3869/2010, όπως προστέθηκε με το Ν. 4745/2020). Στο ελληνικό δίκαιο θα μπορούσε να αναφερθεί ως παράδειγμα έκδοσης απόφασης επί διαγνωστικής δίκης χωρίς προφορική συζήτηση, αυτή της Ευρωπαϊκής Διαδικασίας Μικροδιαφορών (άρθρ. 5 §§ 1, 1^α Καν 861/2007).

Κρίσιμο επομένως για την κατάφαση της συμβατότητας της ρύθμισης του άρθρου 177 § 5 ΝΠτωχΚ προς το άρθρο 6 § 1 ΕΣΔΑ, θα πρέπει να θεωρηθεί το κατά πόσον το πραγματολογικό μέρος των υποθέσεων που θα εισάγονται κατά την απλοποιημένη διαδικασία πτωχεύσεων μικρού αντικειμένου είναι πράγματι σε τέτοιο βαθμό περιορισμένο, ώστε να δικαιολογείται υπό το πρίσμα της αρχής της αναλογικότητας η περιστολή της ακροαματικής διαδικασίας. Με βάση τα πορίσματα της νομολογίας του ΕΔΔΑ η κατάφαση του συνταγματικώς ανεκτού της παράλειψης της προφορικής συζήτησης, θα προϋπέθετε τη διαπίστωση ότι στις υποθέσεις που καταλαμβάνει το πεδίο εφαρμογής της απλοποιημένης διαδικασίας, δεν υφίστανται ιδιαίτερες αμφισβητήσεις αναφορικά με το πραγματολογικό μέρος της υπόθεσης και ότι το δικαστήριο κατά κανόνα θα έχει τη δυνατότητα να αποφανθεί με ασφάλεια με βάση τις προτάσεις των διαδίκων και τα εγγράφως αποτυπούμενα αποδεικτικά μέσα, χωρίς αυτό να υποβαθμίζει ουσιαστικά την ποιότητα της παρεχόμενης έννομης προστασίας. Είναι αμφίβολο κατά πόσον η πλήρωση των προϋποθέσεων αυτών στις υποθέσεις που καταλαμβάνονται από την απλοποιημένη διαδικασία πτώχευσης μπορεί να γίνει δεκτή ανενδοίαστα. Το μοναδικό κριτήριο στο οποίο επαφείται ο νομοθέτης προκειμένου να οριοθετήσει το πεδίο εφαρμογής της απλοποιημένης διαδικασίας σε σχέση με τις γενικές διατάξεις, αναφέ-

48 ΑιτΕκθ Ν. 4335/2015, www.hellenicparliament.gr, σ. 4.

ρεται αποκλειστικά στα οικονομικά μεγέθη του οφειλέτη. Ενόσω το κριτήριο αυτό μπορεί να θεωρηθεί κατ' αρχήν πρόσφορο, ώστε να δικαιολογήσει μια πιο ευέλικτη διαδικασία⁴⁹ σε σύγκριση με τις γενικές διατάξεις του ΝΠτωχΚ, είναι αμφίβολο αν μπορεί να αξιολογηθεί ως επαρκές άνευ ετέρου, ώστε να δικαιολογήσει την παρέκκλιση από την αρχή της προφορικότητας. Από μόνο του το σχετικά μικρό αντικείμενο της πτωχευτικής περιουσίας ή του περιορισμένου κύκλου εργασιών του οφειλέτη, δεν μπορεί να εγγυηθεί εξ ορισμού και ότι κατά την διαδικασία κήρυξης της πτώχευσης δεν θα ανακύψουν δυσεπίλυτα αποδεικτικά ζητήματα, τα οποία ενδεχομένως δεν θα είναι εφικτό να αντιμετωπισθούν χωρίς τη διεξαγωγή μαρτυρικών καταθέσεων. Π.χ. το συνταγματικώς ανεκτό της ολοκλήρωσης της δίκης χωρίς προφορική συζήτηση θα μπορούσε να προεξοφληθεί ευκολότερα στην περίπτωση που η αίτηση έχει υποβληθεί από τον οφειλέτη και δεν έχουν ασκηθεί παρεμβάσεις των πιστωτών μέσα στην προθεσμία του άρθρου 173 § 1 εδ. β' ΝΠτωχΚ, οπότε δεν εγείρονται αμφισβητήσεις ως προς το πραγματολογικό υπόβαθρο της αίτησης ή τον προτεινόμενο σύνδικο. Στις υπόλοιπες περιπτώσεις, όμως, ιδιαίτερα όταν ο οφειλέτης είναι εμπορική εταιρεία, τα σχετικά περιορισμένα οικονομικά μεγέθη ή το μικρό (αναλογικά) αντικείμενο της πτωχευτικής περιουσίας, δεν εγγυώνται νομοτελειακά ότι η διαμόρφωση της κρίσης του δικαστηρίου αποκλειστικά με βάση τις έγγραφες προτάσεις των διαδίκων και τα έγγραφα θα είναι ασφαλής. Κατά το σημείο αυτό, η διατύπωση ενδοιασμών για τη συμβατότητα της διαδικασίας που διαγράφουν τα άρθρα 173 και 177 ΝΠτωχΚ προς το άρθρο 6 § 1 ΕΣΔΑ, δικαιολογεί ίσως σοβαρούς ενδοιασμούς⁵⁰.

Υπό τη διατύπωση του άρθρου 177 § 5 ΝΠτωχΚ καταλείπεται ακόμη αδιευκρίνιστο το κατά πόσον έχει την εξουσία το πτωχευτικό δικαστήριο να διατάξει επανάληψη της συζήτησης προκειμένου να εξετάσει μάρτυρες ή για να προσκομισθεί π.χ. πραγματογνωμοσύνη ή πρόσθετα στοιχεία. Επί του ερωτήματος αυτού η προσήκουσα απάντηση είναι καταφατική⁵¹. Διάφορη ερμηνεία θα απέληγε σε έκτασης περιορισμό των εξουσιών του δικαστηρίου, ώστε πράγματι να δικαιολογούνται ισχυροί ενδοιασμοί για το κατά το πρότυπο δίκης που εισάγει ο Ν. 4738/2020 ανταποκρίνεται στις επιταγές των άρθρων 6 § 1 ΕΣΔΑ και 20 Συντ.

49 Όπως π.χ. το μικρό οικονομικό αντικείμενο δικαιολογεί αρκετές παρεκκλίσεις προς το ελαστικότερο στην περίπτωση των μικροδιαφορών (472 επ ΚΠολΔ).

50 Πρβλ. Φούρκα, σ. 273 επ, ιδίως 277, ο οποίος τάσσεται υπέρ της συμβατότητας των νέων ρυθμίσεων προς τα άρθρα 6 § 1 ΕΣΔΑ και 20 Συντ.

51 Βλ. ήδη προς την κατεύθυνση αυτή, Ολομέλεια Ειρηνοδικών Καβάλας 104/2021, ΝΟΜΟΣ, με αφορμή το επιτρεπτό επανάληψης της συζήτησης στη νέα διαδικασία των υπερχρεωμένων νοικοκυριών κατά το Ν. 4745/2020.

Όσον αφορά την εφαρμοστέα αποδεικτική διαδικασία, εφιστάται η προσοχή στη ρύθμιση του άρθρου 177 § 4 εδ. β' ΝΠτωχΚ, σύμφωνα με την οποία η προσαγωγή ενόρκων βεβαιώσεων επιτρέπεται με αναλογική εφαρμογή των άρθρων 421 επ ΚΠολΔ. Πρακτικά η ρύθμιση επάγεται ότι σε όσες τουλάχιστον περιπτώσεις μετέχουν στη δίκη και άλλοι διάδικοι πλην του αιτούντος, η προηγούμενη κλήτευση τους θα αποτελεί προαπαιτούμενο για το παραδεκτό της ένορκης βεβαίωσης. Η ρύθμιση αυτή αποκλίνει ουσιωδώς από την κρατούσα στη νομολογία γνώμη, σύμφωνα με την οποία στο πλαίσιο του κρατούντος στην εκουσία δικαιοδοσία ανακριτικού συστήματος, λαμβάνονται υπόψιν ακόμη και ένορκες βεβαιώσεις που λήφθηκαν χωρίς κλήτευση⁵².

Παρά το γεγονός ότι οι πτωχευτικές υποθέσεις εξακολουθούν να δικάζονται κατά τη διαδικασία της εκούσιας δικαιοδοσίας (130 ΝΠτωχΚ), διευθέτηση η οποία κατ' αρχήν θα έπρεπε να γίνει δεκτή και στην περίπτωση της απλοποιημένης διαδικασίας, κατ' εφαρμογή του άρθρου 78 § 2 εδ. γ' ΝΠτωχΚ, διαπιστώνεται ότι η μορφή της δίκης που διαγράφουν τα άρθρα 173, 174 και 177 ΝΠτωχΚ, αναιρεί το σύνολο σχεδόν των χαρακτηριστικών γνωρισμάτων της εκουσίας δικαιοδοσίας, όπως π.χ. την ελαστικότητα και ευελιξία της διαδικασίας, την προφορικότητα της συζήτησης, την εφαρμογή του ανακριτικού συστήματος⁵³. Ακόμη και αν υποθεθεί ότι οι διαδικαστικές παρεκκλίσεις που εισάγει ο νομοθέτης στο πλαίσιο της απλοποιημένης διαδικασίας, μπορούν να θεωρηθούν ανεκτές υπό το πρίσμα του άρθρου 6 § 1 ΕΣΔΑ, η υπαγωγή των «μικρών» πτωχεύσεων, σε ένα ολωσδιόλου διαφορετικό δικονομικό καθεστώς, του οποίου η δικονομική φυσιογνωμία αφίσταται ουσιωδώς σε σύγκρι-

52 Ολομέλεια Ειρηνοδικών Καβάλας 104/2021, ΝΟΜΟΣ· ΜΠΡΑΘ 939/2020, ΝΟΜΟΣ· ΠΠρ-Πειρ 1315/2020, ΝΟΜΟΣ· Κεραμεύς/Κονδύλης/Νίκας (-Αρβανιτάκης), ΚΠολΔ, 2η, 2020, άρθρ. 759 αρ. 1· Γιαννόπουλος, Η εκουσία δικαιοδοσία ως ειδική διαδικασία και η σχέση της με το άρθρο 591 ΚΠολΔ, Αρμ 2020. 1993 επ: 2009. Προ του Ν. 4335/2015: ΑΠ 289/1999, ΕλλΔνη 1999.1309· ΑΠ 131/2009, ΕλλΔνη 2009.709-710. Συνολικότερα: Γιαννόπουλος, Οι ένορκες βεβαιώσεις ως αποδεικτικό μέσο στην πολιτική δίκη, 2005, σ. 128 επ μ.π.π.

53 Ως κύρια χαρακτηριστικά γνωρίσματα της εκούσιας δικαιοδοσίας αναφέρονται η ελαστικότητα της (βλ. προσθέτως και Ράμμο, ΣχΠολΔ VII, σ. 17), ο παραμερισμός των συστημάτων της διάθεσης, της συζήτησης και της συγκέντρωσης και η αποδέσμευση του δικαστή από κάθε περιορισμό στη συλλογή ή στην αξιολόγηση του αποδεικτικού υλικού: Μπής, ΠολΔ, Εισαγ. 739 επ, σ. 41, 45· Κεραμεύς/Κονδύλης/Νίκας (-Αρβανιτάκης), Εισαγ. άρθρ. 739-866, αρ. 4. Πρβλ. εύστοχες παρατηρήσεις Φούρκα, σ. 258, ο οποίος επισημαίνει ότι μετά τις διαδοχικές νομοθετικές παρεμβάσεις των τελευταίων ετών έχουν πλέον διαμορφωθεί τέσσερις διακριτές επιμέρους διαδικασίες στο πλαίσιο της εκούσιας δικαιοδοσίας του ειρηνοδικείου: α) η γενική διαδικασία των άρθρων 747-781 ΚΠολΔ, β) η διαδικασία παροχής κληρονομητηρίου, γ) η διαδικασία της κήρυξης ιδιόγραφης διαθήκης ως κύριας και δ) τη νέα διαδικασία συζήτησης των αιτήσεων ρύθμισης οφειλών του Ν. 3869/2010, όπως αυτή διαμορφώθηκε με το Ν. 4745/2020.

ση με την εκούσια δικαιοδοσία, που εφαρμόζεται στο πλαίσιο της κανονικής πτώχευσης, δικαιολογεί προβληματισμό.

4.9 Έκδοση απόφασης

Με την απόφαση που εκδίδει το δικαστήριο ορίζεται αφενός εισηγητής, αφετέρου σύνδικος (177 § 5 *in fine* και 173 § 1 ΝΠτωχΚ) και τέλος η ημερομηνία παύσης πληρωμών. Εδώ εντοπίζεται μια ουσιώδης αντίφαση, αφού το μεν άρθρο 173 § 1 αναφέρει πως το δικαστήριο ορίζει μόνον τον εισηγητή και εκείνος εν συνεχεία τον σύνδικο, ενώ το άρθρο 177 § 5 *in fine* αναφέρει πως ο σύνδικος ορίζεται από το δικαστήριο. Εν συνεχεία διατάσσεται η σφράγιση της πτωχευτικής περιουσίας (179 ΝΠτωχΚ).

4.10 Ένδικα μέσα κατά της απόφασης που κηρύσσει την πτώχευση

Σύμφωνα με το άρθρο 187 ΝΠτωχΚ, οι αποφάσεις του πτωχευτικού δικαστηρίου υπόκεινται μόνο σε έφεση. Από τη διατύπωση της διάταξης παρέπεται εξ αντιδιαστολής ότι αποκλείεται η προσβολή της απόφασης με το ένδικο μέσο της αναίρεσης αλλά και της αναψηλάφησης, κατά παρέκκλιση από το γενικό κανόνα του άρθρου 131 ΝΠτωχΚ. Το ίδιο θα πρέπει να γίνει δεκτό και σε σχέση με την ανακοπή ερημοδικίας, η οποία κατά τα λοιπά είναι επιτρεπτή υπό τις γενικές διατάξεις (131 ΝΠτωχΚ).

Η ευρύτητα της διατύπωσης του άρθρου 187 ΝΠτωχΚ, όμως, δεν φαίνεται να περιορίζεται μόνον στον αποκλεισμό της δυνατότητας προσβολής της απόφασης με άλλα ένδικα μέσα πλην της έφεσης. Αντίθετα, εγείρει προβληματισμό για τη δυνατότητα προσβολής της απόφασης με το ένδικο βοήθημα της πτωχευτικής ανακοπής (82 ΝΠτωχΚ), όταν επιτελεί λειτουργία τριτανakoπής⁵⁴. Αν και η διατύπωση του άρθρου 187 ΝΠτωχΚ, θα μπορούσε να παράσχει έρεισμα υπέρ της θέσης ότι απαγορεύεται συλλήβδην η προσβολή της απόφασης ακόμη και με ένδικα βοηθήματα, που προβλέπει το γενικό μέρος του ΝΠτωχΚ, ο πλήρης αποκλεισμός της δυνατότητας των τρίτων που δεν μετείχαν στη δίκη της κήρυξης της πτώχευσης από τη δυνατότητα προβολής των αντιρρήσεων τους, καταλήγει στην εν τοις πράγμασι κατάργηση του δι-

54 Όπως εύστοχα επισημάνθηκε υπό το προΐσχύσαν δίκαιο (56 ΠτωχΚ) η πτωχευτική ανακοπή μπορεί να αξιολογηθεί ως ειδικό ένδικο μέσο μόνον στην περίπτωση που ασκείται από τον απολειπόμενο οφειλέτη, ενεργώντας ουσιαστικά ως ανακοπή ερημοδικίας. Αντίθετα, όταν ασκείται από τρίτους που δεν μετείχαν στην δίκη, προσιδιάζει σε τριτανakoπή και κατ' αποτέλεσμα σκόπιμο είναι να της αναγνωρισθεί ο χαρακτήρας ενδίκου βοηθήματος: ΕφΠειρ 368/2015, ΝΟΜΟΣ· Κοτσίρης, Πτωχευτικό Δίκαιο, 2017, § 124, αρ. 102· Ψυχομάνης, Πτωχευτικό Δίκαιο, 6^η, 2016, αρ. 651· Κεραμεύς/Κονδύλης/Νίκας (-Αρβανιτάκης), άρθρ. 773, αρ 14· Χατζηγιάννου, σ. 232 σημ. 39 και 235. Όμοια και υπό την ισχύ του άρθρ. 674 ΕμπΝ: ΕφΑθ 12485/1989, ΕλλΔνη 1991.181· ΕφΑθ 4147/2011, ΔΕΕ 2012.114=ΕΕμπΔ 2012.603.

καιώματος δικαστικής ακρόασης. Ακόμη και αν υποθέσουμε λοιπόν ότι η ευρύτητα της γραμματικής διατύπωσης του άρθρου 187 ΝΠτωχΚ, υπήρξε πραγματι ηθελημένη επιλογή του νομοθέτη, θα πρέπει οπωσδήποτε να ερμηνευθεί ενόψει του άρθρου 6 § 1 ΕΣΔΑ και του άρθρου 20 Συντ, ώστε να επιτρέπεται η προσβολή της απόφασης με πτωχευτική ανακοπή⁵⁵. Δοθείσης της ταυτότητας του λόγου θα πρέπει να αναγνωρισθεί και η δυνατότητα προσβολής της απόφασης και με αίτηση ανάκλησης κατά το άρθρο 83 ΝΠτωχΚ. Στην τελευταία περίπτωση βέβαια η ρύθμιση του άρθρου 83 § 4 ΝΠτωχΚ θα πρέπει να ερμηνευθεί κατά τελολογική συστολή, ώστε να αποκλείεται η άσκηση ανακοπής ερημοδικίας κατά της απόφασης, αφού και η προβαλλόμενη απόφαση με την αίτηση ανάκλησης δεν υπόκειται στο εν λόγω ένδικο μέσο.

5. Κριτική αποτίμηση και *de lege ferenda* προτάσεις

Η ανασκόπηση του επιχειρήθηκε στα άρθρα 172 επ ΝΠτωχΚ, αναδεικνύει ουσιώδεις αστοχίες και ανεπάρκειες της νομοτεχνικής διαδικασίας, υπό το πρίσμα του δικονομικού δικαίου.

Κατ' αρχήν το δικονομικό πλαίσιο για την εκδίκαση των αιτήσεων κήρυξης σε πτώχευση που εισάγονται κατά την απλοποιημένη διαδικασία, διαπνεέται μεν από εμφανώς φιλόδοξες διαθέσεις του νομοθέτη, οι οποίες όμως κατά κανόνα καταλείπονται ημιτελείς και με ουσιώδη κενά στη νομοθετική ρύθμιση. Προεχόντως, ενδείκνυται να επισημανθεί στη θέση αυτή η ασάφεια αναφορικά με την εφαρμοστέα διαδικασία για την εκδίκαση της αίτησης. Αν και η ερμηνευτική υπόθεση υπέρ της εφαρμογής της εκούσιας δικαιοδοσίας φαίνεται να δικαιώνεται εκ πρώτης όψεως από το συνδυασμό των άρθρων 78 § 2 εδ. γ' και 130 ΝΠτωχΚ, οι επιμέρους ρυθμίσεις των άρθρων 173 και

55 Η απαγόρευση άσκησης ενδίκων μέσων ή η θέσπιση περιορισμών στην άσκηση αυτών, είναι αρκετά συνήθης στις πτωχευτικές και προπτωχευτικές διαδικασίες. Βλ. ενδεικτ. 70 § 1 και 71 § 6 Ν. 4307/2014 (συμβατή προς το Σύνταγμα: ΑΠ 1355/2020, ΝΟΜΟΣ· ΜΕΦΑΘ 2355/2019, Αρμ 2020.52), 9-10 Ν. 1386/1983 (συμβατή προς το Σύνταγμα: ΟΛΑΠ 8/2003, ΕλλΔνη 2003.690· ΑΠ 455/2006, ΕλλΔνη 2008.461), 46 § 2 ν. 1892/1990 (συμβατή προς το Σύνταγμα: ΑΠ 749/1998, ΝοΒ 1999.1563, 1564· ΑΠ 150/1997, ΝοΒ 1998.1061, 1062-1063· ΑΠ 866/1995, ΕλλΔνη 1996.1572), 74 § 3, 94, 99 § 7, 106 Β § 11, 106 ΙΑ § 8, 114 § 3 ΠτωχΚ. Σύμφωνα με την πάγια νομολογία τόσο των ελληνικών δικαστηρίων, όσο και του ΕΔΔΑ οι περιορισμοί στην άσκηση ενδίκων μέσων είναι συνταγματικώς ανεκτοί, βλ. Αρβανιτάκη, Αποτελεσματική δικαστική προστασία και κατοχύρωση των δικονομικών δικαιωμάτων των μερών στη διαδικασία ειδικής διαχείρισεως (άρθρα 68-77 Ν.4307/2014), Αρμ 2020.155 επ: 161 επ μ.π.π. Ενδεικτ. από τη νομολογία: ΑΠ 805/2001, ΝΟΜΟΣ· ΑΠ 1289/2011, ΝΟΜΟΣ· ΑΠ 1045/2019, ΝΟΜΟΣ· ΑΠ 384/2020, ΝΟΜΟΣ· ΑΠ 476/2020, ΝΟΜΟΣ. Πρβλ. πάντως, Κολοτούρο, Η υπαγωγή της κατ' άρθρο 933 ΚΠολΔ ανακοπής στο σύστημα της προσωρινής δικαστικής προστασίας, ΕΠολΔ 2014.251 επ, όπου και κριτική αντίκρουση της κρατούσας γνώμης.

177 ΝΠτωχΚ, προσδίδουν στην εν γένει μορφή της πτωχευτικής δίκης κατά την απλοποιημένη διαδικασία χαρακτήρα προφανώς ασύμβατο με τα γενικώς αποδεκτά χαρακτηριστικά της εκουσίας δικαιοδοσίας, όπως τουλάχιστον αυτά ιχνηλατούνται στο ελληνικό δίκαιο. Η παρατήρηση δεν διατηρεί μόνον μεθοδολογική αξία, αφού η τελείως διαφορετική διάρθρωση της διαδικασίας στα άρθρα 173 επ ΝΠτωχΚ, καθιστά εκ των πραγμάτων ανεφάρμοστες τις περισσότερες δικονομικές ρυθμίσεις των άρθρων 741 επ ΚΠολΔ, ακόμη και στις περιπτώσεις εκείνες, όπου δεν τίθενται εκποδών από τις ειδικότερες ρυθμίσεις του ΝΠτωχΚ. Αναμένεται λοιπόν εύλογα ότι θα ανακύψουν σοβαρά ερμηνευτικά προβλήματα κατά την εφαρμογή του ΝΠτωχΚ, ως προς την κάλυψη των κενών των δικονομικών ρυθμίσεων του νέου νόμου.

Οι ανωτέρω προβληματισμοί επιτείνονται, ενόψει της επιλογής να ανάγει σε αποκλειστικό ως φαίνεται τύπο για την άσκηση των δικογράφων της απλοποιημένης διαδικασίας την ηλεκτρονική κατάθεση («υποβολή»). Η ρηξικέλευθη αυτή επιλογή του νομοθέτη θα ήταν κατ' αρχήν επιδοκιμαστέα, αν οι κρίσιμες νομοθετικές ρυθμίσεις δεν ήταν τόσο ελλειπτικές. Ζητήματα όπως ο τρόπος μεταφοράς των δεδομένων και δικογράφων που αναρτώνται στην ηλεκτρονική πλατφόρμα, προς το αρμόδιο δικαστήριο, η σύνταξη της έκθεσης κατάθεσης του δικογράφου και η λήψη αριθμών κατάθεσης από τη γραμματεία του δικαστηρίου, η προσκομιδή των παρεμβάσεων που ασκήθηκαν με ηλεκτρονικά μέσα κ.ο.κ. καταλείπονται τελείως αρρύθμιστα. Με δεδομένο το διευρυμένο πεδίο εφαρμογής της νέας διαδικασίας, διαγράφεται ιδιαίτερα πιθανό ότι οι παραπάνω ελλείψεις θα απολήξουν κατά την δικαστηριακή εφαρμογή του νέου θεσμού σε σύγχυση και επινόηση τοπικών λύσεων ανά δικαστήριο, επιφέροντας πλήγμα στην ασφάλεια δικαίου.

Τέλος, σοβαρό προβληματισμό για τη συμβατότητα της με τα άρθρα 6 § 1 ΕΣΔΑ και 20 Συντ. δικαιολογεί η διαφαινόμενη πλήρης κατάργηση της προφορικής ακροαματικής διαδικασίας κατά το άρθρο 177 ΝΠτωχΚ. Κατά τα φαινόμενα ο νομοθέτης, στηρίζει τη διαφορετική δικονομική αντιμετώπιση των υποθέσεων που εισάγονται κατά την απλοποιημένη διαδικασία σε σχέση με την κανονική πτώχευση, αποκλειστικά και μόνον στο κριτήριο του οικονομικού μεγέθους της πτωχευτικής περιουσίας.

Παράλληλα με τις ανωτέρω γενικότερες παρατηρήσεις, η ερμηνευτική αναδρομή που προηγήθηκε αναδεικνύει και μια σειρά από ζητήματα, στα οποία *de lege ferenda* επιβάλλεται η άμεση παρέμβαση του νομοθέτη. Θα μπορούσαν να απαριθμηθούν εδώ τα ακόλουθα.

- 1) Η αποσαφήνιση κατά πόσον το πεδίο εφαρμογής της απλοποιημένης διαδικασίας καταλαμβάνει μόνον τις πολύ μικρές οντότητες του άρθρου 2 § 2 Ν. 4308/2014 ή επεκτείνεται και στις πολύ μικρές οντότητες του άρθρου 2 § 3 Ν. 4308/2014.

- 2) Την αποσαφήνιση του οργάνου που διορίζει το σύνδικο: θα είναι ο εισηγητής που διορίζει το ειρηνοδικείο (173 § 1 ΝΠτωχΚ) ή το πτωχευτικό δικαστήριο (177 § 5 ΝΠτωχΚ);
- 3) Την αποσαφήνιση των θεμάτων που ανακύπτουν ως προς τη ρύθμιση της κατά τρόπον αρμοδιότητας σε σχέση με τους οφειλέτες αγνώστου διαμονής και όσους δεν έχουν υποβάλλει φορολογική δήλωση κατά το τελευταίο οικονομικό έτος.
- 4) Την αποσαφήνιση της έννοιας της παραπομπής στο άρθρο 952 ΚΠολΔ, όσον αφορά την ευθύνη του αιτούντος σε περίπτωση ανακριβούς δήλωσης οικονομικών στοιχείων από τον οφειλέτη.
- 5) Την αποσαφήνιση του χρονικού σημείου αφετηρίας της προθεσμίας του άρθρου 177 § 2 ΝΠτωχΚ.
- 6) Την αποσαφήνιση της κύρωσης σε περίπτωση παράλειψης της προσκομίδης του δικογράφου της παρέμβασης στο πτωχευτικό δικαστήριο
- 7) Την αποσαφήνιση της αναφοράς περί δυνατότητας προσβολής της απόφασης μόνον με το ένδικο μέσο της έφεσης, ιδίως αναφορικά με το επιτρεπτό προσβολής της με ένδικα βοηθήματα.

Η δίκη του Ιησού και το Ρωμαϊκό δίκαιο στην πράξη

Μαρία Σ. Γιούνη

Καθηγήτρια Νομικής Σχολής Δ.Π.Θ.

Τα γεγονότα της Μεγάλης Εβδομάδας, που ξεκινούν με τη σύλληψη του Ιησού και κορυφώνονται με τη σταύρωση, ως κορυφαίο γεγονός της παγκόσμιας ιστορίας έχουν αποτελέσει αντικείμενο μελέτης πλήθους επιστημόνων από διαφορετικούς κλάδους. Εξετάζοντας την δίκη του Ιησού από αμιγώς νομική άποψη, αναφύονται πολλά και σημαντικά ερωτήματα, τα οποία αφορούν τόσο το δικονομικό όσο και το ουσιαστικό δίκαιο που εφαρμόστηκε εν προκειμένω¹: Για ποιο έγκλημα κατηγορήθηκε ο Ιησούς; Η διαδικασία ενώπιον του Πιλάτου ήταν άτυπη και συνοπτική, ή αποτυπώνει τη διεξαγωγή μιας ποινικής δίκης σύμφωνα με τους κανόνες του ρωμαϊκού δικαίου; Η δίκη ενώπιον του εβραϊκού Συνεδρίου αποτέλεσε προστάδιο της δίκης ενώπιον του Ρωμαίου δικαστή ή πρόκειται για δύο αυτοτελείς διαδικασίες; Ποιο ήταν το εφαρμοστέο δίκαιο στη ρωμαϊκή επαρχία της Ιουδαίας; Ποιοι όροι προσδιόριζαν τη συνύπαρξη του ρωμαϊκού με το εβραϊκό δίκαιο; Πώς θεμελιώνεται η επιβολή της σταύρωσης; Τα ερωτήματα αυτά, για τα οποία έχουν κατά καιρούς εκφραστεί διαφορετικές απόψεις, θα μας απασχολήσουν σε όσα ακολουθούν.

Σημαντική ιδιαιτερότητα, η οποία δυσχεραίνει τη διερεύνηση του θέματος και θέτει σοβαρό πρόβλημα ιστορικότητας, είναι το γεγονός ότι κύρια, αν όχι μοναδική, πηγή της γνώσης μας σχετικά με τα γεγονότα αποτελούν τα τέσσερα Ευαγγέλια, κείμενα θεολογικά και όχι ιστορικά, που ασφαλώς δεν αποσκοπούσαν να αποδώσουν πιστά τη νομική διάσταση του θέματος. Περαιτέρω, οι αφηγήσεις στα σχετικά χωρία των τεσσάρων Ευαγγελιστών σε αρκετά σημεία αποκλίνουν, παρουσιάζοντας αντιφάσεις και ασυνέχειες στην περιγραφή των γεγονότων, οι οποίες έχουν προκαλέσει σημαντικές διχογνωμίες μεταξύ των ερευνητών. Έχει σημασία να λάβουμε υπόψη ότι η συγγραφή των Ευαγγελίων έχει επηρεαστεί από σημαντικούς παράγοντες, όπως είναι ο διαφορετικός χρόνος που έγραφε ο κάθε Ευαγγελιστής, καθώς και το διαφορετικό ακροατήριο στο οποίο απευθυνόταν. Η διερεύνηση των συνθηκών αυτών ξεφεύγει από το πλαίσιο της παρούσης εργασίας, αρκεί ωστόσο να επισημάνουμε για όσα μας απασχολούν εδώ, ότι το Κατά Ιωάννην, το Ευαγγέλιο που είναι αρκετά

1 Βιβλιογραφία για τη δίκη του Ιησού από νομική άποψη βλ. εις J. Imbert, *Le procès de Jésus*, Paris 1980 και D. W. Chapman – E. J. Schnabel, *The Trial and Crucifixion of Jesus. Texts and Commentary* (Wissenschaftliche Untersuchungen zum Neuen Testament 344), Tübingen 2015, όπου και εκτενής παράθεση των πηγών.

εκτενέστερο και παρουσιάζει τις μεγαλύτερες αποκλίσεις από τα άλλα τρία Ευαγγέλια, κατά την κρατούσα άποψη είναι μεταγενέστερο των υπολοίπων και είχε ως στόχο να τα συμπληρώσει. Γι' αυτόν το λόγο, όπως γίνεται ευρέως αποδεκτό, το Κατά Ιωάννην περιέχει νέες πληροφορίες με αρκετές λεπτομέρειες, ενώ αντίθετα δεν επιμένει σε σημεία τα οποία έχουν ήδη τονιστεί από τα τρία προηγούμενα Ευαγγέλια, τα ονομαζόμενα «συνοπτικά».

I

Στην εποχή των γεγονότων που αφηγούνται τα Ευαγγέλια, η Ιουδαία αποτελούσε ήδη από το έτος 4 μ.Χ. έδαφος της ρωμαϊκής αυτοκρατορίας, διοικούμενη από Ρωμαίο Έπαρχο (procurator), ενώ δύο χρόνια αργότερα προσάρτηθηκε ως τμήμα της ρωμαϊκής επαρχίας της Συρίας, με ιδιαίτερο όμως καθεστώς. Λόγω της ιδιορρυθμίας της κατάστασης που προκαλούσαν οι συχνές εξεγέρσεις του πληθυσμού στην περιοχή, η Ρώμη εξακολούθησε μετά την προσάρτηση της Ιουδαίας στη Συρία να διορίζει ιδιαίτερο Έπαρχο αρμόδιο για την Ιουδαία, ο οποίος είχε στενούς δεσμούς με την κεντρική διοίκηση και δεν λογοδοτούσε στον Διοικητή της Συρίας αλλά αναφερόταν απευθείας στον Ρωμαίο αυτοκράτορα.

Οι διοικητές των ρωμαϊκών επαρχιών, είτε είχαν τον τίτλο του procurator είτε του praefectus ή του legatus, διέθεταν σε κάθε περίπτωση με παραχώρηση του αυτοκράτορα το imperium, δηλαδή την απόλυτη και απεριόριστη στρατιωτική και κυβερνητική εξουσία εντός της περιφέρειάς τους. Ειδικότερη έκφανση του imperium αποτελούσε η jurisdictio, που εξέφραζε τα εν γένει διοικητικά καθήκοντα του διοικητή της επαρχίας και ιδίως την δικαιοδοτική του εξουσία. Στο πλαίσιο της δικαιοδοτικής του εξουσίας ο διοικητής διέπλεθε το δίκαιο, δίκασε ο ίδιος περιοδεύοντας στην επαρχία ή διόριζε τους εντολοδόχους του δικαστές, προέδρευε στα πολυμελή δικαστήρια και επικύρωνε πανηγυρικές δικαιοπραξίες που τελούνταν ενώπιόν του. Περαιτέρω, εκτός από το δικαίωμα επιβολής της θανατικής και κάθε άλλης ποινής κατά την άσκηση της δικαστικής τους δικαιοδοσίας, στο πλαίσιο του imperium οι διοικητές των επαρχιών διέθεταν την μείζονα εξουσία καταναγκασμού (coercitio maior), βάσει της οποίας μπορούσαν να επιβάλλουν κάθε είδους σωματικό κολασμό, ακόμη και τον θάνατο, σε οποιονδήποτε υπήκοο της επαρχίας τους ο οποίος απειθαρχούσε ή δεν συμμορφωνόταν προς τις εντολές τους, επί τόπου και δίχως προηγούμενη δίκη.

Το δίκαιο που εφαρμόζαν οι διοικητές των επαρχιών περιλάμβανε ένα ευρύ πλέγμα κανόνων ρωμαϊκού αλλά και μη ρωμαϊκού δικαίου. Ειδικότερα, εκτός από το ρωμαϊκό δημόσιο δίκαιο που ίσχυε για όλους τους κατοίκους της επαρχίας, καθώς και το ιδιωτικό ρωμαϊκό δίκαιο, το οποίο εφαρμοζόταν αποκλει-

στικά στους Ρωμαίους της επαρχίας, η κάθε επαρχία είχε το δικό της ιδιαίτερο «επαρχιακό δίκαιο». Το επαρχιακό δίκαιο, εκπορευόμενο από τα νομοθετικά όργανα της Ρώμης, αποτελείτο από συγκλητικά δόγματα, αυτοκρατορικές διατάξεις και διατάγματα των διοικητών της επαρχίας. Τέλος, για τους γηγενείς μη Ρωμαίους κατοίκους της επαρχίας είχε εφαρμογή το τοπικό ιδιωτικό δίκαιο². Αυτό συνέβαινε διότι οι κατακτημένοι από τη Ρώμη πληθυσμοί δεν αποκτούσαν αυτοδικαίως και την ρωμαϊκή ιθαγένεια, η οποία αποδιδόταν φειδωλά και μόνο μετά από αίτημα προς τον αυτοκράτορα ή κάποιον αξιωματούχο. Κατά την εποχή του Ιησού, ορισμένα μέλη της τοπικής αριστοκρατίας της επαρχίας ενδεχομένως είχαν αποκτήσει και τη ρωμαϊκή παράλληλα με την τοπική τους ιθαγένεια, αλλά η συντριπτική πλειονότητα του πληθυσμού της Ιουδαίας δεν είχε την ρωμαϊκή πολιτεία, η οποία μόλις το 212 απονεμήθηκε μαζικά σε όλους τους κατοίκους της ρωμαϊκής αυτοκρατορίας από τον Αυτοκράτορα Καρακάλλα.

Ένα διάταγμα (rescriptum) του Αυγούστου, που εκδόθηκε περί το έτος 1 μ.Χ., όριζε ότι οι κάτοικοι της επαρχίας της Ιουδαίας είναι ελεύθεροι να ζουν σύμφωνα με τους νόμους και τα έθιμά τους (*χρήσθαι τοῖς ἰδίοις θεσμοῖς κατὰ τὸν πάτριον αὐτῶν νόμον*)³. Αργότερα, το έτος 45, ο αυτοκράτορας Κλαύδιος με νέο διάταγμα επικύρωσε την θρησκευτική ελευθερία των Ιουδαίων, ορίζοντας εκάστους κατὰ τὰ πάτρια θρησκεύειν⁴. Άλλωστε η πολιτική της υπαγωγής

2 Μ. Γιούνη, *Provincia Macedonia*. Θεσμοί ιδιωτικού δικαίου στη Μακεδονία επί Ρωμαϊοκρατίας, Αθήνα-Κομοτηνή 2000, 22-23.

3 Ιώσηπος, *Ιουδαϊκή Αρχαιολογία* 16.6.2.162-164 (Reinach): «Καῖσαρ Σεβαστὸς ἀρχιερεὺς δημαρχικῆς ἐξουσίας λέγει. Ἐπειδὴ τὸ ἔθνος τῶν Ἰουδαίων εὐχάριστον εὐρέθη οὐ μόνον ἐν τῷ ἐνεσῶτι καιρῷ ἀλλὰ καὶ ἐν τῷ προγεγεννημένῳ καὶ μάλιστα ἐπὶ τοῦ ἐμοῦ πατρὸς αὐτοκράτορος Καίσαρος πρὸς τὸν δῆμον τὸν Ῥωμαίων ὃ τε ἀρχιερεὺς αὐτῶν Ὑρκανός, ἔδοξέ μοι καὶ τῷ ἐμῷ συμβουλίῳ μετὰ ὀρκωμοσίας γνώμῃ δήμου Ῥωμαίων τοὺς Ἰουδαίους χρήσθαι τοῖς ἰδίοις θεσμοῖς κατὰ τὸν πάτριον αὐτῶν νόμον, καθὼς ἐχρῶντο ἐπὶ Ὑρκανοῦ ἀρχιερέως θεοῦ ὑψίστου, τὰ τε ἱερὰ εἶναι ἐν ἀσυλίᾳ καὶ ἀναπέμπεσθαι εἰς Ἱεροσόλυμα καὶ ἀποδίδοσθαι τοῖς ἀποδοχεῦσιν Ἱεροσολύμων, ἐγγύας τε μὴ ὁμολογεῖν αὐτοὺς ἐν σάββασιν ἢ τῇ πρὸ αὐτῆς παρασκευῇ ἀπὸ ὥρας ἐνάτης. Ἐὰν δέ τις φωραθῇ κλέπτων τὰς ἱερὰς βίβλους αὐτῶν ἢ τὰ ἱερὰ χρήματα ἔκ τε σαββατείου ἔκ τε ἀνδρώνος, εἶναι αὐτὸν ἱερόσυλον καὶ τὸν βίον αὐτοῦ ἐνεχθῆναι εἰς τὸ δημόσιον τῶν Ῥωμαίων. Τὸ τε ψήφισμα τὸ δοθέν μοι ὑπ' αὐτῶν ὑπὲρ τῆς ἐμῆς εὐσεβείας ἧς ἔχω πρὸς πάντας ἀνθρώπους καὶ ὑπὲρ Γαίου Μαρκίου Κληνσωρίνου καὶ τοῦτο τὸ διάταγμα κελεύω ἀνατεθῆναι ἐν ἐπισημοτάτῳ τόπῳ τῷ γεννηθέντι μοι ὑπὸ τοῦ κοινοῦ τῆς Ἀσίας ἐν Ἀγκύρῃ. Ἐὰν δέ τις παραβῇ τι τῶν προειρημένων, δώσει δίκην οὐ μετρίαν. Ἐστηλογραφῆθη ἐν τῷ Καίσαρος ναφῶ.»

4 Ιώσηπος, *Ιουδαϊκή Αρχαιολογία* 20.1.2.11-14 (Reinach): «Κλαύδιος Καῖσαρ Γερμανικὸς δημαρχικῆς ἐξουσίας τὸ πέμπτον ὑπατος ἀποδεδειγμένος τὸ τέταρτον αὐτοκράτωρ τὸ δέκατον πατὴρ πατρίδος Ἱεροσολυμιτῶν ἄρχουσι βουλῇ δήμῳ Ἰουδαίων παντὶ ἔθνει χαίρειν. Ἀγρίππα τοῦ ἐμοῦ, ὃν ἐγὼ ἔθρεψα καὶ ἔχω σὺν ἐμαυτῷ εὐσεβέστατον ὄντα, προσαγαγόντος μοι τοὺς ὑμετέρους πρέσβεις εὐχαριστοῦντας ἐφ' ἣ πεποίημαι τοῦ ἔθνους ὑμῶν κηδεμονία, καὶ αἰτησαμένων σπουδαίως καὶ φιλοτίμως τὴν ἱερὰν ἐσθῆτα καὶ τὸν στέφανον ὑπὸ τὴν ἐξουσίαν ὑμῶν

των γηγενών στο δικό τους δίκαιο (*sui legibus uti*) αναφορικά με τις επαρχίες εφαρμοζόταν παγίως από το ρωμαϊκό κράτος, το οποίο δεν αναμιγνυόταν στα ζητήματα των εντόπιων πληθυσμών, αλλά ενδιαφερόταν κατά κύριο λόγο για το οικονομικό όφελος που απέδιδαν οι επαρχίες με τους φόρους, και για τη διατήρηση της ειρήνης στο εσωτερικό τους. Κατά συνέπεια, στην Ιουδαία διατηρούνταν και λειτουργούσαν τα τοπικά όργανα της διοίκησης με τη μορφή που είχαν και πριν, υπό την εποπτεία πάντως του Ρωμαίου κυβερνήτη.

Σε αυτό το διοικητικό, πολιτικό και κοινωνικό πλαίσιο εκτυλίχθηκαν τα γεγονότα της Μεγάλης Εβδομάδας, τη δικαϊκή πλευρά των οποίων θα επιχειρήσουμε στη συνέχεια να ανασυστήσουμε με βάση την περιγραφή των Ευαγγελίων.

II

Τη νύχτα της Μεγάλης Πέμπτης, ο Ιησούς ανεβαίνει με τους μαθητές του στο Όρος των Ελαιών, δυτικά της Ιερουσαλήμ για να προσευχηθεί. Εκεί, στον κήπο της Γεθσημανή, συλλαμβάνεται από *ὄχλον πολὺν μετὰ μαχαίρων καὶ ξύλων*, οδηγούμενο από τον Ιούδα Ισκαριώτη⁵. Κατά την κρατούσα και πιο πειστική άποψη, το «πλήθος» που έκανε τη σύλληψη απάρτιζαν άτομα που βρίσκονταν στην υπηρεσία των αρχιερέων και Φαρισαίων και ενεργούσαν υπό τις διαταγές τους. Η άποψη αυτή συνάδει με τις πληροφορίες που αντλούμε από πολυάριθμα ιστορικά κείμενα, τα οποία αναφέροντα σε συλλήψεις που διενεργήθηκαν από τις εβραϊκές αρχές αποκλειστικά, χωρίς τη συνδρομή του ρωμαϊκού στρατού. Προβληματισμό όμως έχει προκαλέσει μια φράση στο Κατά Ιωάννην, όπου στους υπηρέτες των αρχιερέων και των Φαρισαίων που συνέλαβαν τον Ιησού προστίθεται και μια σπεῖρα υπό τις διαταγές του αρχηγού της χιλιάρ-

εἶναι, συγχωρῶ καθὼς ὁ κράτιστος καὶ μοι τιμώτατος Οὐιτέλλιος ἐποίησεν. Συγκατεθέμην δὲ τῇ γνώμῃ ταύτῃ πρῶτον διὰ τὸ ἐμαυτοῦ εὐσεβὲς καὶ τὸ βούλεσθαι ἐκάστους κατὰ τὰ πάτρια θρησκεύειν, ἔπειτα δὲ εἰδὼς, ὅτι καὶ αὐτῷ βασιλεῖ Ἡρώδῃ καὶ Ἀριστοβούλῳ τῷ νεωτέρῳ, ὧν τὴν πρὸς ἐμαυτὸν εὐσέβειαν καὶ τὴν περὶ ὑμᾶς γινώσκω σπουδὴν Ταῦτα ποιήσας, πρὸς οὓς ἔστι μοι πλείστα δίκαια φιλίας κρατίστους ὄντας κάμοι τιμίους. <14> Ἐγγράφα δὲ περὶ τούτων καὶ Μουσιῳ Φάδῳ τῷ ἡμῶ ἐπιτρόπῳ. Οἱ τὰ γράμματα κομίζοντες Κορνήλιος Κέρωνος Τρύφων Θευδίωνος Δωρόθεος Ναθαναήλου Ἰωάννης Ἰωάννου. Ἐγράφη πρὸ τεσσάρων καλανδῶν ἐπὶ ὑπάτων Ρούφου καὶ Πομπηίου Σιλουανοῦ.»

- 5 Κατά Μάρκον 14.43: *Καὶ εὐθέως, ἔτι αὐτοῦ λαλοῦντος, παραγίνεται Ἰούδας ὁ Ἰσκαριώτης, εἰς τῶν δώδεκα, καὶ μετ' αὐτοῦ ὄχλος πολὺς μετὰ μαχαίρων καὶ ξύλων, ἀπεσταλμένοι παρὰ τῶν ἀρχιερέων καὶ γραμματέων καὶ τῶν πρεσβυτέρων. Κατά Ματθαῖον 26.47: Καὶ ἔτι αὐτοῦ λαλοῦντος ἰδοὺ Ἰούδας εἰς τῶν δώδεκα ἦλθε, καὶ μετ' αὐτοῦ ὄχλος πολὺς μετὰ μαχαίρων καὶ ξύλων ἀπὸ τῶν ἀρχιερέων καὶ πρεσβυτέρων τοῦ λαοῦ. Κατά Λουκᾶν 22.47: Ἐτι δὲ αὐτοῦ λαλοῦντος ἰδοὺ ὄχλος, καὶ ὁ λεγόμενος Ἰούδας, εἰς τῶν δώδεκα, προήγεν αὐτούς, καὶ ἤγγισε τῷ Ἰησοῦ φιλεῖσαι αὐτόν.*

χου⁶. Επειδή ο όρος *σπείρα* επιδέχεται ποικίλες μεταφράσεις, ορισμένοι θεώρησαν ότι πρόκειται για μια μονάδα του ρωμαϊκού στρατού (κοόρτις). Ωστόσο φαίνεται τελείως απίθανο να ενεπλάκη στη σύλληψη μια τόσο μεγάλη δύναμη του ρωμαϊκού στρατού, δεδομένου ότι ολόκληρη η ρωμαϊκή φρουρά της Ιερουσαλήμ αποτελείτο από μία κοόρτι. Άλλωστε οι όροι *σπείρα* και *χιλίαρχος* χρησιμοποιούνται σε άλλα χωρία της Καινής Διαθήκης με τη γενικότερη έννοια της στρατιωτικής υποδιαίρεσης και του αρχηγού της αντίστοιχα. Αλλά και ο ίδιος ο Ιωάννης επιβεβαιώνει το συμπέρασμα ότι η σύλληψη του Ιησού έγινε από ένα απόσπασμα της Φρουράς του Ναού του Σολομώντα, δίχως τη συμμετοχή του ρωμαϊκού στρατού, όταν λίγο πιο κάτω (18.28) σημειώνει ότι «αυτοί δεν εισήλθαν στο Πραιτώριο *ἵνα μὴ μιανθῶσιν, ἀλλ' ἵνα φάγωσι τὸ πάσχα*». Είναι πιθανό, όπως αναφέρεται στο Κατά Λουκάν Ευαγγέλιο, ότι ανάμεσα σε αυτούς που συνέλαβαν τον Ιησού βρίσκονταν και κάποιοι από τους άρχιερείς, τους γραμματεῖς καὶ τους πρεσβυτέρους⁷.

Ο συλληφθείς οδηγείται στο σπίτι του Αρχιερέα Καϊάφα, όπου συγκεντρώνονται όλες οι εβραϊκές αρχές⁸. Στο Κατά Ιωάννην Ευαγγέλιο αναφέρεται ότι ο Ιησούς πρώτα οδηγήθηκε στον Άννα, ο οποίος τον ανέκρινε και στη συνέχεια τον απέστειλε στον Καϊάφα⁹. Μολονότι δεν μνημονεύεται στα άλλα Ευαγγέλια, η προσαγωγή στον Άννα δεν αποκλείεται να διατάχθηκε από τον Καϊάφα, προκειμένου να δείξει σεβασμό προς τον πεθερό του ως αρχαιότερο αρχιερέα και προηγούμενο πρόεδρο του Συνεδρίου, αλλά σε κάθε περίπτωση δεν θα είχε θεσμικό χαρακτήρα.

Ο Ιωσήφ Καϊάφας ήταν ο Αρχιερέας του Ναού του Σολομώντα της Ιερουσαλήμ και θρησκευτικός αρχηγός των Εβραίων της Ιουδαίας. Διορίστηκε στη θέση αυτή το 18 μ.Χ. διαδεχόμενος τον πεθερό του Άννα και διατήρησε τη θέση του επί δεκαεννέα χρόνια, μέχρι το τέλος της θητείας του Ποντίου Πιλάτου. Με την ιδιότητά του αυτή, ο Καϊάφας ήταν ο επικεφαλής του Συνεδρίου, του ανώτατου οργάνου της τοπικής διοίκησης. Το Συνέδριο, στα εβραϊκά Σανχεντρίν, ιδρύθηκε το 63 π.Χ. και αποτελούνταν από τρεις ομάδες μελών:

- 6 Κατά Ιωάννην 18.3: *Ὁ οὖν Ἰούδας λαβὼν τὴν σπεῖραν καὶ ἐκ τῶν ἀρχιερέων καὶ Φαρισαίων ὑπηρέτας ἔρχεται ἐκεῖ μετὰ φανῶν καὶ λαμπάδων καὶ ὅπλων. Κατὰ Ἰωάννην 18.12: Ἡ οὖν σπείρα καὶ ὁ χιλίαρχος καὶ οἱ ὑπηρέται τῶν Ἰουδαίων συνέλαβον τὸν Ἰησοῦν καὶ ἔδησαν αὐτόν.*
- 7 Κατά Λουκάν 22.52: *εἶπε δὲ ὁ Ἰησοῦς πρὸς τοὺς παραγενομένους ἐπ' αὐτὸν ἀρχιερεῖς καὶ στρατηγούς τοῦ ἱεροῦ καὶ πρεσβυτέρους· ὡς ἐπὶ ληστὴν ἐξεληλύθατε μετὰ μαχαίρων καὶ ξύλων;*
- 8 Κατά Μάρκον 14.53: *Καὶ ἀπήγαγον τὸν Ἰησοῦν πρὸς τὸν ἀρχιερέα καὶ συνέρχονται αὐτῷ πάντες οἱ ἀρχιερεῖς καὶ οἱ πρεσβύτεροι καὶ οἱ γραμματεῖς. Κατά Ματθαῖον 26.57: Οἱ δὲ κρατήσαντες τὸν Ἰησοῦν ἀπήγαγον πρὸς Καϊάφαν τὸν ἀρχιερέα, ὅπου οἱ γραμματεῖς καὶ οἱ πρεσβύτεροι συνήχθησαν.*
- 9 Κατά Ιωάννην 18.13: *καὶ ἀπήγαγον αὐτὸν πρὸς Ἄνναν πρῶτον· ἦν γὰρ πενθερὸς τοῦ Καϊάφα, ὃς ἦν ἀρχιερεὺς τοῦ ἑνιαυτοῦ ἐκείνου.*

το ιερατείο, στο οποίο περιλαμβάνονταν όλοι οι εν ενεργεία και οι διατελέσαντες ιερείς και αρχιερείς του Ναού του Σολομώντα, τους γραμματείς, που ήταν σχεδόν όλοι Φαρισαίοι, και τέλος τους πρεσβυτέρους, οι οποίοι ήταν πλούσιοι λαϊκοί, προεστοί της τοπικής αριστοκρατίας. Τοπικά Σανχεντρίν υπήρχαν σε κάθε πόλη, με διοικητικές και δικαστικές αρμοδιότητες επί των Εβραίων υπηκόων της αυτοκρατορίας. Εδώ όμως πρόκειται για το κεντρικό Συνέδριο, το ανώτατο εβραϊκό Συμβούλιο, απαρτιζόμενο από εβδομήντα μέλη υπό την προεδρία του Αρχιερέα. Όπως πληροφορούμαστε από τη Μίσνα, τη συλλογή των προφορικών εβραϊκών παραδόσεων, η απαρτία του Συνεδρίου ήταν είκοσι τρία μέλη. Το κεντρικό Συνέδριο, που ήταν το ανώτατο δικαστήριο κατά τον εβραϊκό νόμο, διατηρούσε αυτή του την αρμοδιότητα επί Ρωμαιοκρατίας και μπορούσε να επιβάλει οποιαδήποτε ποινή εκτός από τη θανατική.

Αφού συγκεντρώθηκαν *πάντες οί ἀρχιερείς καὶ οἱ πρεσβύτεροι καὶ οἱ γραμματεῖς*, ξεκίνησε η συνεδρίαση του Σανχεντρίν με τη δικαστική του αρμοδιότητα. Το Συνέδριο βρισκόταν σε απαρτία (*ὅλον τὸ συνέδριον*: Κατά Μάρκον 14.55 και Κατά Ματθαῖον 26.57). Σχετικά με το χρόνο διεξαγωγής της δίκης, ενώ το Κατά Μάρκον και το Κατά Ματθαῖον αφήνουν να εννοηθεί ότι η δίκη έγινε το ίδιο βράδυ, κάτι που ήταν τελείως ασυνήθιστο, το κατά Λουκάν Ευαγγέλιο (22.66) φαίνεται πιο αξιόπιστο όταν αναφέρει ότι τα μέλη του Συνεδρίου συγκλήθηκαν επίσημα το πρωί της επόμενης ημέρας για να διεξαγάγουν τη δίκη, οπότε και απαγγέλθηκε κατά του Ιησού η κατηγορία.

Όπως αναφέρουν τα Ευαγγέλια, η σύλληψη του Ιησού ήταν το αποτέλεσμα μιας από καιρό μεθόδευσης των Εβραίων προεστών, θρησκευτικών και λαϊκών, οι οποίοι, ενοχλημένοι από τη διδασκαλία του Ιησού και ακόμη περισσότερο από την εμφάνισή του στο Ναό της Ιερουσαλήμ, είχαν αποφασίσει την εξόντωσή του (Κατά Μάρκον 14.55: *εἰς τὸ θανατῶσαι αὐτόν*. Κατά Ματθαῖον 26.57: *ὅπως θανατώσωσιν αὐτόν*). Για να επιτευχθεί αυτό, θα έπρεπε να απαγγελθεί εναντίον του Ιησού μια σοβαρότατη κατηγορία η οποία θα επέσυρε τη θανατική ποινή.

Η κατηγορία με την οποία προσήχθη ο Ιησούς στη δίκη ενώπιον του Σανχεντρίν ήταν για το βαρύτατο έγκλημα της βλασφημίας, το οποίο στοιχειοθετείτο από τον ισχυρισμό του Ιησού ότι ήταν ο Υιός του Θεού. Πράγματι, αυτή ακριβώς ήταν η ερώτηση που υπέβαλε ο αρχιερέας στον κατηγορούμενο: *σὺ εἶ ὁ Χριστὸς ὁ υἱὸς τοῦ Θεοῦ*?¹⁰ Για να αποδειχθεί η κατηγορία, παρουσιάστηκαν

10 Κατά Μάρκον 14.55-61: *Οἱ δὲ ἀρχιερείς καὶ ὅλον τὸ συνέδριον ἐξήτουν κατὰ τοῦ Ἰησοῦ μαρτυρίαν εἰς τὸ θανατῶσαι αὐτόν, καὶ οὐχ εὗρισκον· πολλοὶ γὰρ ἔψευδομαρτύρουν κατ' αὐτοῦ, καὶ ἴσαι αἱ μαρτυρίαι οὐκ ἦσαν. Καὶ τινες ἀναστάντες ἔψευδομαρτύρουν κατ' αὐτοῦ λέγοντες ὅτι ἡμεῖς ἠκούσαμεν αὐτοῦ λέγοντος, ὅτι ἐγὼ καταλύσω τὸν ναὸν τοῦτον τὸν χειροποίητον καὶ διὰ τριῶν ἡμερῶν ἄλλον ἀχειροποίητον οἰκοδομήσω. Καὶ οὐδὲ οὕτως ἴση ἦν ἡ μαρτυρία αὐτῶν. Καὶ ἀναστὰς ὁ ἀρχιερεὺς εἰς τὸ μέσον ἐπηρώτα τὸν Ἰησοῦν λέγων· οὐκ ἀποκρίνη οὐδέν;*

(ψευδο)μάρτυρες, ορισμένοι εκ των οποίων κατέθεσαν ότι άκουσαν τον Ιησού να λέει ότι θα καταστρέψει τον Ναό της Ιερουσαλήμ και θα οικοδομήσει σε τρεις ημέρες έναν άλλο, άχειροποίητον, μια ενέργεια που θα ήταν αδύνατον να γίνει από άνθρωπο.

Ερωτώμενος ο Ιησούς εάν είναι ο Υιός του Θεού, απαντά: «*ὁμοίως λέγετε ὅτι ἐγὼ εἰμι*»¹¹. Η απάντηση αυτή στάθηκε αρκετή για τα μέλη του Συνεδρίου ώστε ομόφωνα να κρίνουν τον Ιησού ένοχο για το έγκλημα της βλασφημίας (οί δὲ πάντες κατέκριναν αὐτὸν εἶναι ἔνοχον θανάτου), το οποίο σύμφωνα με το εβραϊκό δίκαιο επέσυρε την θανατική ποινή¹². Όμως το Σανχεντρίν δεν είχε το δικαίωμα να καταδικάζει σε θάνατο, καθώς αυτό το δικαίωμα του είχε αφαιρεθεί με τη ρωμαϊκή κατάκτηση. «*Ἡμῖν οὐκ ἔξεστιν ἀποκτείνειν οὐδένα*», όπως ρητά αναγράφεται στο Κατά Ιωάννην (18.30). Από τα Ἑδικτα του Αυγούστου, με τα οποία ο ηγεμόνας ρύθμιζε το καθεστώς της Κυρηναικής, πληροφορούμαστε ότι οι μη κεφαλικές υποθέσεις εκδικάζονταν από τα τοπικά δικαστήρια, ενώ όσες επέσυραν θανατική ποινή εκδικάζονταν από το διοικητή της επαρχίας¹³. Το ίδιο ίσχυε την εποχή εκείνη και στις άλλες επαρχίες του ρωμαϊκού κράτους. Συνεπώς, μόνος αρμόδιος να επιβάλλει την θανατική ποινή στην επαρχία της Ιουδαίας ήταν ο Ρωμαίος Διοικητής, και, επειδή τα μέλη του Συνεδρίου απέβλεπαν στη θανάτωση του Ιησού, ήταν υποχρεωμένοι να τον παραπέμψουν σε αυτόν.

Τί οὗτοί σου καταμαρτυροῦσιν; Ὁ δὲ ἐσιώπα καὶ οὐδὲν ἀπεκρίνατο. πάλιν ὁ ἀρχιερεὺς ἐπὶ-ρώτα αὐτὸν καὶ λέγει αὐτῷ· σὺ εἶ ὁ Χριστὸς ὁ υἱὸς τοῦ εὐλογητοῦ; Κατὰ Ματθαῖον 26.57-63: Οἱ δὲ ἀρχιερεῖς καὶ οἱ πρεσβύτεροι καὶ τὸ συνέδριον ὅλον ἐζήτουν ψευδομαρτυρίαν κατὰ τοῦ Ἰησοῦ ὅπως θανατώσωσιν αὐτόν, καὶ οὐχ εὗρον· καὶ πολλῶν ψευδομαρτύρων προσελθόντων, οὐχ εὗρον. ὕστερον δὲ προσελθόντες δύο ψευδομάρτυρες εἶπον· οὗτος ἔφη, δύναμαι καταλῦσαι τὸν ναὸν τοῦ Θεοῦ καὶ διὰ τριῶν ἡμερῶν οἰκοδομήσαι αὐτόν. Καὶ ἀναστὰς ὁ ἀρχιερεὺς εἶπεν αὐτῷ· οὐδὲν ἀποκρίνη; τί οὗτοί σου καταμαρτυροῦσιν; Ὁ δὲ Ἰησοῦς ἐσιώπα. καὶ ἀποκριθεὶς ὁ ἀρχιερεὺς εἶπεν αὐτῷ· ἔξορκίζω σε κατὰ τοῦ Θεοῦ τοῦ ζώντος ἵνα ἡμῖν εἴπῃς εἰ σὺ εἶ ὁ Χριστὸς ὁ υἱὸς τοῦ Θεοῦ. Κατὰ Λουκάν 22.66.

11 Κατὰ Λουκάν 22.66-71: *Καὶ ὡς ἐγένετο ἡμέρα, συνήχθη τὸ πρεσβυτέριον τοῦ λαοῦ, ἀρχιερεῖς καὶ γραμματεῖς, καὶ ἀνήγαγον αὐτόν εἰς τὸ συνέδριον ἑαυτῶν λέγοντες· εἰ σὺ εἶ ὁ Χριστός, εἰπὲ ἡμῖν. Εἶπε δὲ αὐτοῖς· ἐὰν ὑμῖν εἴπω, οὐ μὴ πιστεύσητε, ἐὰν δὲ καὶ ἐρωτήσω, οὐ μὴ ἀποκριθῇτέ μοι ἢ ἀπολύσητε· ἀπὸ τοῦ νῦν ἔσται ὁ υἱὸς τοῦ ἀνθρώπου καθήμενος ἐκ δεξιῶν τῆς δυνάμεως τοῦ Θεοῦ. Εἶπον δὲ πάντες· σὺ οὖν εἶ ὁ υἱὸς τοῦ Θεοῦ; ὁ δὲ πρὸς αὐτοὺς ἔφη· ὁμοίως λέγετε ὅτι ἐγὼ εἰμι. Οἱ δὲ εἶπον· τί ἔτι χρειαίαν ἔχομεν μαρτυρίας; αὐτοὶ γὰρ ἠκούσαμεν ἀπὸ τοῦ στόματος αὐτοῦ.*

12 Κατὰ Μάρκον 14.63-64: *Ὁ δὲ ἀρχιερεὺς διαρρήξας τοὺς χιτῶνας αὐτοῦ λέγει· τί ἔτι χρειαίαν ἔχομεν μαρτύρων; Ἠκούσατε πάντως τῆς βλασφημίας· τί ὑμῖν φαίνεται; οἱ δὲ πάντες κατέκριναν αὐτόν εἶναι ἔνοχον θανάτου. Κατὰ Ματθαῖον 26.65-66: Τότε ὁ ἀρχιερεὺς διέρρηξε τὰ ἱμάτια αὐτοῦ λέγων ὅτι ἐβλασφήμησε· τί ἔτι χρειαίαν ἔχομεν μαρτύρων; ἴδε νῦν ἠκούσατε τὴν βλασφημίαν αὐτοῦ· Τί ὑμῖν δοκεῖ; οἱ δὲ ἀποκριθέντες εἶπον· ἔνοχος θανάτου ἐστί.*

13 Johnson, Coleman-Norton & Bourne, *Ancient Roman Statutes*, Austin 1961, σελ. 124-127, αρ. 148 (ἐτη 7-6 και 4 π.Χ.)

III

Παραδίδεται έτσι ο Ιησούς από τις εβραϊκές αρχές στον Πόντιο Πιλάτο¹⁴, τον Ρωμαίο διοικητή της Ιουδαίας, ο οποίος εκείνες τις ημέρες βρισκόταν στην Ιερουσαλήμ. Η έδρα του διοικητή ήταν στην Καισάρεια, την πρωτεύουσα της επαρχίας, αλλά στο πλαίσιο των καθηκόντων του περιόδευε συχνά σε ολόκληρη την επαρχία και όταν βρισκόταν στις μεγαλύτερες πόλεις διέμενε στο Καισαρείο, όπου απένεμε δικαιοσύνη και διεξήγε τις διοικητικές υποθέσεις.

Εφόσον οι τοπικές αρχές προσήγαν ενώπιόν του έναν κρατούμενο, ο Διοικητής, ως όφειλε, προχώρησε στην ανάκριση του κατηγορουμένου¹⁵. Είναι αξιοσημείωτο ότι ο Πιλάτος, ανακρίνοντας τον Ιησού, δεν τον ρωτά αν ισχυρίζεται ότι είναι ο Υιός του Θεού, αλλά αν είναι ο βασιλιάς των Ιουδαίων. Ο Πιλάτος εμφανίζεται απορημένος που ο Ιησούς δεν απαντά, διότι στο ρωμαϊκό σύστημα απονομής της δικαιοσύνης η υπεράσπιση του κατηγορουμένου ήταν δεδομένη. Στους κατηγορουμένους που δεν υπερασπίζονταν τον εαυτό τους, δινόταν τρεις φορές η ευκαιρία να αλλάξουν γνώμη πριν απαγγελθεί η ποινή. Ήταν ένας τρόπος για να προστατευθεί ο κατηγορούμενος, και να εξασφαλιστεί το ότι δεν θα οδηγούνταν σε καταδίκη ένας αθώος. Στο Κατά Μάρκον και στο Κατά Ματθαίον, η ερώτηση προς τον Ιησού γίνεται δύο φορές, ενώ στο Κατά Λουκάν μία φορά στον Ιησού και τρεις προς τους κατηγορούς του.

Ενώ, όπως είδαμε, ενώπιον του Σανχεντρίν ο Ιησούς κατηγορήθηκε ότι αυτοαναγορεύθηκε Υιός Θεού, η ερώτηση που του απευθύνει ο Πιλάτος σύμφωνα με το Κατά Μάρκον και το Κατά Ματθαίον Ευαγγέλιο είναι: *Σύ εἶ ὁ βασιλεὺς τῶν Ἰουδαίων*; Πρόκειται συνεπώς για μια διαφορετική κατηγορία, η οποία έχει αποβάλει τον θρησκευτικό χαρακτήρα. Η μετατροπή της κατηγορίας ήταν αναγκαία, διότι για τα θρησκευτικά εγκλήματα, όπως ήταν η βλασφημία, δεν επιλαμβανόταν το δικαστήριο του Ρωμαίου Διοικητή, καθώς δεν αφορούσαν το ρωμαϊκό κράτος, και συνεπώς εκδικάζονταν από τις τοπικές αρχές. Γι' αυ-

14 Κατά Μάρκον 15,1: *Καὶ εὐθέως ἐπὶ τὸ πρῶτὸ συμβούλιον ποιήσαντες οἱ ἀρχιερεῖς μετὰ τῶν πρεσβυτέρων καὶ γραμματέων καὶ ὅλον τὸ συνέδριον, δήσαντες τὸν Ἰησοῦν ἀπήνεγκαν καὶ παρέδωκαν τῷ Πιλάτῳ. Κατὰ Ματθαίον 27.1-2: Πρωῖας δὲ γενομένης συμβούλιον ἔλαβον πάντες οἱ ἀρχιερεῖς καὶ οἱ πρεσβύτεροι τοῦ λαοῦ κατὰ τοῦ Ἰησοῦ ὥστε θανατῶσαι αὐτόν· καὶ δήσαντες αὐτόν ἀπήγαγον καὶ παρέδωκαν αὐτόν Ποντίῳ Πιλάτῳ τῷ ἡγεμόνι. Κατά Λουκάν 23.1: *Καὶ ἀναστὰν ἅπαν τὸ πλῆθος αὐτῶν ἤγαγον αὐτόν ἐπὶ τὸν Πιλάτον.**

15 Κατά Μάρκον 15.2-4: *καὶ ἐπηρώτησεν αὐτόν ὁ Πιλάτος· σὺ εἶ ὁ βασιλεὺς τῶν Ἰουδαίων; ὁ δὲ ἀποκριθεὶς εἶπεν αὐτῷ· σὺ λέγεις. Καὶ κατηγοροῦν αὐτοῦ οἱ ἀρχιερεῖς πολλὰ, αὐτὸς δὲ οὐδὲν ἀπεκρίνατο. Ὁ δὲ Πιλάτος πάλιν ἐπηρώτα αὐτόν λέγων· οὐκ ἀποκρίνη οὐδὲν; ἴδε πόσα σου καταμαρτυροῦσιν. Κατά Ματθαίον 27.11-13: Ὁ δὲ Ἰησοῦς ἔστη ἔμπροσθεν τοῦ ἡγεμόνος· καὶ ἐπηρώτησεν αὐτόν ὁ ἡγεμὼν λέγων· σὺ εἶ ὁ βασιλεὺς τῶν Ἰουδαίων; ὁ δὲ Ἰησοῦς ἔφη αὐτῷ· σὺ λέγεις. Καὶ ἐν τῷ κατηγορεῖσθαι αὐτόν ὑπὸ τῶν ἀρχιερέων καὶ τῶν πρεσβυτέρων οὐδὲν ἀπεκρίνατο. Τότε λέγει αὐτῷ ὁ Πιλάτος· οὐκ ἀκούεις πόσα σου καταμαρτυροῦσι;*

τόν το λόγο έπρεπε να διατυπωθεί μια ιδιαίτερα βαριά κατηγορία η οποία να συνάδει με το ρωμαϊκό δίκαιο και να εμπίπτει στην αρμοδιότητα του Διοικητή.

Η νέα κατηγορία κατά του Ιησού, με την οποία προσήχθη ενώπιον του Ποντίου Πιλάτου, ήταν ότι είχε αυτοαναγορευθεί σε βασιλέα των Ιουδαίων, κατηγορία που στοιχειοθετούσε το έγκλημα της εσχάτης προδοσίας, το οποίο σύμφωνα με το ρωμαϊκό δίκαιο επέσυρε τη θανατική ποινή. Πιο συγκεκριμένα στοιχεία της κατηγορίας για στασιαστικές πράξεις εις βάρος του ρωμαϊκού κράτους παρέχει το Κατά Λουκάν Ευαγγέλιο, όπου αναφέρεται πως ο Ιησούς κατηγορήθηκε ότι ξεσηκώνει το έθνος, εμποδίζει την καταβολή των φόρων στον Ηγεμόνα και αυτοαποκαλείται βασιλεύς¹⁶. Επιπλέον, οι κατηγοροί του Ιησού επέμεναν ότι εξεγείρει τον λαό με τη διδασκαλία του σε όλη την Ιουδαία¹⁷. Ότι η κατηγορία αφορούσε το έγκλημα της εσχάτης προδοσίας μαρτυρείται άλλωστε και από την επιγραφή η οποία, όπως παραδίδουν οι Ευαγγελιστές, τοποθετήθηκε επάνω στο σταυρό και ανέγραφε: Ιησούς Ναζωραίος Βασιλεύς των Ιουδαίων.

Στο σημείο αυτό, το Κατά Λουκάν Ευαγγέλιο, αποκλίνοντας από τα λοιπά, αναφέρει ένα επιπλέον περιστατικό, την αναπομπή του Ιησού από τον Πιλάτο προς τον Τετράρχη της Γαλιλαίας Ηρώδη¹⁸. Η Γαλιλαία, περιοχή της Παλαιστίνης, είχε ένα ιδιόρρυθμο διοικητικό καθεστώς σχετικής αυτονομίας υπό τον Τετράρχη. Σύμφωνα με τον Λουκά, ο Πιλάτος, μαθαίνοντας ότι ο Ιησούς καταγόταν από την Γαλιλαία, «περιοχή που εξουσίαζε ο Ηρώδης», τον παρέπεμψε σε αυτόν, καθώς έτυχε να βρίσκεται στην Ιερουσαλήμ εκείνες τις ημέρες. Η παραπομπή πάντως του Ιησού στον Ηρώδη, αν πράγματι συνέβη, θα οφειλόταν σε λόγους αβροφροσύνης και μόνον, διότι σύμφωνα με το ρωμαϊκό δίκαιο, όταν κάποιος διέπραττε ένα έγκλημα στο εσωτερικό μιας

16 Κατά Λουκάν 23.2-5: *Ἦρξαντο δὲ κατηγορεῖν αὐτοῦ λέγοντες· τοῦτον εὗρομεν διαστρέφοντα τὸ ἔθνος καὶ κωλύοντα Καίσαρι φόρους διδόναι, λέγοντα ἑαυτὸν Χριστὸν βασιλέα εἶναι. Ὁ δὲ Πιλάτος ἐπηρώτησεν αὐτὸν λέγων· σὺ εἶ ὁ βασιλεὺς τῶν Ἰουδαίων; ὁ δὲ ἀποκριθεὶς αὐτῷ ἔφη· σὺ λέγεις. Ὁ δὲ Πιλάτος εἶπε πρὸς τοὺς ἀρχιερεῖς καὶ τοὺς ὄχλους ὅτι οὐδὲν εὗρίσκω αἴτιον ἐν τῷ ἀνθρώπῳ τούτῳ. Οἱ δὲ ἐπίσχυον λέγοντες ὅτι ἀνασείει τὸν λαὸν διδάσκων καθ' ὅλης τῆς Ἰουδαίας, ἀρξάμενος ἀπὸ τῆς Γαλιλαίας ἕως ὧδε.*

17 Κατά Λουκάν 23.5: *Οἱ δὲ ἐπίσχυον λέγοντες ὅτι ἀνασείει τὸν λαὸν διδάσκων καθ' ὅλης τῆς Ἰουδαίας, ἀρξάμενος ἀπὸ τῆς Γαλιλαίας ἕως ὧδε.*

18 Κατά Λουκάν 23.6-12: *Πιλάτος δὲ ἀκούσας Γαλιλαίαν ἐπηρώτησεν εἰ ὁ ἄνθρωπος Γαλιλαῖός ἐστι, καὶ ἐπιγινούς ὅτι ἐκ τῆς ἐξουσίας Ἡρώδου ἐστίν, ἀνέπεμψεν αὐτὸν πρὸς Ἡρώδη, ὄντα καὶ αὐτὸν ἐν Ἱεροσολύμοις ἐν ταύταις ταῖς ἡμέραις. Ὁ δὲ Ἡρώδης ἰδὼν τὸν Ἰησοῦν ἐχάρη λίαν· ἦν γὰρ ἐξ ἱκανοῦ θέλων ἰδεῖν αὐτὸν διὰ τὸ ἀκοῦειν αὐτὸν πολλὰ περὶ αὐτοῦ, καὶ ἠλπίζε τι σημεῖον ἰδεῖν ὑπ' αὐτοῦ γινόμενον. Ἐπηρώτα δὲ αὐτὸν ἐν λόγοις ἱκανοῖς· αὐτὸς δὲ οὐδὲν ἀπεκρίνατο αὐτῷ. Εἰσῆλθκεισαν δὲ οἱ γραμματεῖς καὶ οἱ ἀρχιερεῖς εὐτόνως κατηγοροῦντες αὐτοῦ. Ἐξουθενήσας δὲ αὐτὸν ὁ Ἡρώδης σὺν τοῖς στρατεύμασιν αὐτοῦ καὶ ἐμπαΐζας, περιβαλὼν αὐτὸν ἐσθῆτα λαμπρὰν ἀνέπεμψεν αὐτὸν τῷ Πιλάτῳ. Ἐγένοντο δὲ φίλοι ὁ τε Ἡρώδης καὶ ὁ Πιλάτος ἐν αὐτῇ τῇ ἡμέρᾳ μετ' ἀλλήλων· προϋπήρχον γὰρ ἐν ἑχθρᾷ ὄντες πρὸς ἑαυτούς.*

επαρχίας, ακόμη και αν καταγόταν από αλλού, αρμόδιος να δικάσει την υπόθεση ήταν ο διοικητής της επαρχίας. Σύμφωνα, άλλωστε, με την αφήγηση του Ευαγγελιστή, το αποτέλεσμα του επεισοδίου αυτού αφορούσε περισσότερο τη διπλωματία και την πολιτική, επιφέροντας την συμφιλίωση του Ηρώδη με τον Πιλάτο, οι οποίοι *προϋπήρχον ἐν ἔχθρᾳ ὄντες πρὸς ἑαυτούς*. Ο Ηρώδης, αφού παρότρυνε τους στρατιώτες του να εμπαίζουν έμπρακτα τον Ιησού, τον ανέπεμψε στον διοικητή της επαρχίας.

Έτσι, ο Ιησούς βρίσκεται στο Πραιτώριο ενώπιον του Επάρχου, ενώ ο Έπαρχος βρίσκεται αντιμέτωπος με την αφόρητη πίεση του πλήθους, υπό την καθοδήγηση των αρχιερέων του. Ο Λουκάς αναφέρει ότι ο Πιλάτος, ολοκληρώνοντας την ανάκριση, συγκάλεσε τους Αρχιερείς και τους προεστούς των Εβραίων και τους ανακοίνωσε ότι δεν βρήκε ενδείξεις ενοχής του Ιησού για καμμία πράξη που να τιμωρείται με θανατική ποινή, και για το λόγο αυτόν προτίθεται να τον απελευθερώσει¹⁹. Αλλά οι κατήγοροι του Ιησού ήταν αποφασισμένοι να τον οδηγήσουν στη θανάτωση.

Σύμφωνα με ένα εβραϊκό έθιμο, πολύ παλαιότερο από τη ρωμαϊκή κατάκτηση της Ιουδαίας, ο ηγεμόνας με την ευκαιρία του Πάσχα έδινε χάρη σε έναν κρατούμενο, «όποιον ήθελε το πλήθος». Το έθιμο αυτό συμπίπτει και με τη ρωμαϊκή πρακτική, που έδινε στον διοικητή της επαρχίας την ελευθερία να χορηγεί αμνηστία σε καταδίκους ή ακόμη και να ματαιώνει μια ποινική δίκη απαλλάσσοντας τον κατηγορούμενο. Χρησιμοποιώντας αυτή τη διαδικασία, που αποτελεί συγκερασμό του ρωμαϊκού δικαίου και του εβραϊκού εθίμου, ο Πιλάτος φαίνεται να προσπαθεί να αποφύγει την καταδίκη του Ιησού σε θάνατο, προτείνοντας στο πλήθος την απαλλαγή του²⁰. Αλλά το πλήθος, παρα-

19 Κατά Λουκάν 23.4: *Ὁ δὲ Πιλάτος εἶπε πρὸς τοὺς ἀρχιερεῖς καὶ τοὺς ὄχλους ὅτι οὐδὲν εὐρίσκω αἴτιον ἐν τῷ ἀνθρώπῳ τούτῳ. 23.13-16: Πιλάτος δὲ συγκαλεσάμενος τοὺς ἀρχιερεῖς καὶ τοὺς ἄρχοντας καὶ τὸν λαὸν εἶπε πρὸς αὐτούς· προσηνέγκατέ μοι τὸν ἄνθρωπον τοῦτον ὡς ἀποστρέφοντα τὸν λαόν, καὶ ἰδοὺ ἐγὼ ἐνώπιον ὑμῶν ἀνακρίνας οὐδὲν εὔρον ἐν τῷ ἀνθρώπῳ τούτῳ αἴτιον ὧν κατηγορεῖτε κατ' αὐτοῦ. Ἀλλ' οὐδὲ Ἡρώδης· ἀνέπεμψα γὰρ ὑμᾶς πρὸς αὐτόν· καὶ ἰδοὺ οὐδὲν ἄξιον θανάτου ἐστὶ πεπραγμένον αὐτῷ. Παιδεύσας οὖν αὐτὸν ἀπολύσω.*

20 Κατά Ματθαῖον 27.15-17: *Κατὰ δὲ ἑορτὴν εἰώθει ὁ ἡγεμὼν ἀπολύειν ἓνα τῷ ὄχλῳ δέσμιον, ὃν ἤθελον. Εἶχον δὲ τότε δέσμιον ἐπίσημον λεγόμενον Βαραββᾶν. Συνηγμένων οὖν αὐτῶν εἶπεν αὐτοῖς ὁ Πιλάτος· τίνα θέλετε ἀπολύσω ὑμῖν; Βαραββᾶν ἢ Ἰησοῦν τὸν λεγόμενον Χριστόν; Κατὰ Μάρκον 15.6-10: Κατὰ δὲ ἑορτὴν ἀπέλυνε αὐτοῖς ἓνα δέσμιον, ὃνπερ ἤτουντο. Ἦν δὲ ὁ λεγόμενος Βαραββᾶς μετὰ τῶν συστασιαστῶν δεδεμένος, οἵτινες ἐν τῇ στάσει φόνον πεποιήκεισαν. Καὶ ἀναβοήσας ὁ ὄχλος ἤρξατο αἰτεῖσθαι καθὼς αἰεὶ ἐποίει αὐτοῖς. Ὁ δὲ Πιλάτος ἀπεκρίθη αὐτοῖς λέγων· θέλετε ἀπολύσω ὑμῖν τὸν βασιλέα τῶν Ἰουδαίων; Ἐγίνωσκε γὰρ ὅτι διὰ φθόνον παραδεδώκεισαν αὐτὸν οἱ ἀρχιερεῖς. Κατά Λουκάν 23.17-21: ἀνάγκην δὲ εἶχεν ἀπολύειν αὐτοῖς κατὰ ἑορτὴν ἓνα. Ἀνέκραξαν δὲ παμπληθεὶ λέγοντες· αἶρε τοῦτον, ἀπόλυσον δὲ ἡμῖν Βαραββᾶν· ὅστις ἦν διὰ στάσιν τινὰ γενομένην ἐν τῇ πόλει καὶ φόνον βεβλημένος εἰς τὴν φυλακὴν. Πάλιν οὖν ὁ Πιλάτος προσεφώνησε, θέλων ἀπολύσαι τὸν Ἰησοῦν. Οἱ δὲ ἐπεφώνουν λέγοντες· σταύρωσον σταύρωσον αὐτόν. Κατά Ἰωάννην 18.39-40: *ἔστι δὲ συνήθεια ὑμῖν ἵνα ἓνα ὑμῖν ἀπολύσω ἐν τῷ πάσχα· βούλεσθε οὖν ὑμῖν ἀπολύσω τὸν βασιλέα τῶν Ἰουδαίων;**

κινούμενο από τους αρχιερείς, ζητά επίμονα την απελευθέρωση ενός άλλου κρατουμένου, του Βαραββά, ο οποίος ήταν κατηγορούμενος για στασιασμό και ανθρωποκτονία²¹.

IV

Στα τρία συνοπτικά Ευαγγέλια οι αναφορές στη διαδικασία ενώπιον του Πιλάτου είναι πολύ σύντομες, με αποτέλεσμα να έχει μερικές φορές αμφισβητηθεί στη βιβλιογραφία κατά πόσον υπήρξε κανονική δίκη του Ιησού. Ωστόσο η περιγραφή στο Κατά Ιωάννην Ευαγγέλιο δεν αφήνει περιθώριο αμφισβήτησης. Όπως γράφει ο Ευαγγελιστής, μετά τη μακρά ανακριτική διαδικασία, κατά την οποία ο Πιλάτος δεν βρίσκει ένοχο τον Ιησού για κανένα έγκλημα κατά του ρωμαϊκού κράτους, υποκύπτοντας εν τέλει στις πιέσεις του πλήθους, βγαίνει από το Πραιτώριο και κάθεται *ἐπί του βήματος*, δηλαδή στην επίσημη δικαστική έδρα, στο Λιθόστρωτον, τον τόπο που προοριζόταν για την άσκηση της δικαστικής λειτουργίας από τις ρωμαϊκές αρχές²². Αυτό άλλωστε επιβεβαιώνεται και από το Κατά Ματθαίον, το οποίο αναφέρει ότι ο Πιλάτος καθόταν στο βήμα, δηλαδή στη δικαστική έδρα, όταν η σύζυγός του έστειλε μήνυμα, προειδοποιώντας τον για τους οιωνούς από ένα όνειρο που είδε²³. Με τις σαφείς αυτές μαρτυρίες, αίρεται η αμφιβολία ότι υπήρξε επίσημη δίκη σύμφωνα με τους κανόνες του ρωμαϊκού δικαίου.

Στις επαρχίες της ρωμαϊκής αυτοκρατορίας, για τις υποθέσεις που αφορούσαν τη μεγάλη μάζα των κατοίκων που δεν ήταν Ρωμαίοι πολίτες, ο διοικητής, όπως προαναφέρθηκε, άφηνε το μεγαλύτερο μέρος της απονομής της δικαιοσύνης, αστικής και ποινικής, στις τοπικές αρχές. Τον ίδιο απασχολούσαν κυ-

Ἐκραύγασαν οὖν πάλιν πάντες λέγοντες· μὴ τοῦτον, ἀλλὰ τὸν Βαραββᾶν. ἦν δὲ ὁ Βαραββᾶς ληστής.

- 21 Κατά Ματθαίον 27.20-21: *Οἱ δὲ ἀρχιερεῖς καὶ οἱ πρεσβύτεροι ἔπεισαν τοὺς ὄχλους ἵνα αἰτήσωνται τὸν Βαραββᾶν, τὸν δὲ Ἰησοῦν ἀπολέσωσιν. Ἀποκριθεὶς δὲ ὁ ἡγεμὼν εἶπεν αὐτοῖς· τίνα θέλετε ἀπὸ τῶν δύο ἀπολύσω ὑμῖν; οἱ δὲ εἶπον· Βαραββᾶν. Κατά Μάρκον 15.11: *Οἱ δὲ ἀρχιερεῖς ἀνέσεισαν τὸν ὄχλον ἵνα μᾶλλον τὸν Βαραββᾶν ἀπολύσῃ αὐτοῖς. Κατά Λουκᾶν 23.22-25: Ὁ δὲ τρίτον εἶπε πρὸς αὐτούς· τί γὰρ κακὸν ἐποίησεν οὗτος; οὐδὲν ἄξιον θανάτου εὑρον ἐν αὐτῷ· παιδεύσας οὖν αὐτὸν ἀπολύσω. Οἱ δὲ ἐπέκειντο φωναῖς μεγάλαις αἰτοῦμενοι αὐτὸν σταυρωθῆναι, καὶ κατίσχυον αἱ φωναὶ αὐτῶν καὶ τῶν ἀρχιερέων. Ὁ δὲ Πιλάτος ἐπέκρινε γενέσθαι τὸ αἶτημα αὐτῶν. Ἀπέλυσε δὲ αὐτοῖς τὸν Βαραββᾶν τὸν διὰ στάσιν καὶ φόνον βεβλημένον εἰς τὴν φυλακὴν, ὃν ᾔητοῦντο, τὸν δὲ Ἰησοῦν παρέδωκε τῷ θελήματι αὐτῶν.**
- 22 Κατά Ιωάννην 19.13-14: *Ὁ οὖν Πιλάτος ἀκούσας τοῦτον τὸν λόγον ἤγαγεν ἔξω τὸν Ἰησοῦν, καὶ ἐκάθισεν ἐπὶ τοῦ βήματος εἰς τόπον λεγόμενον Λιθόστρωτον, ἐβραϊστὶ δὲ Γαββαθᾶ· ἦν δὲ παρασκευὴ τοῦ πάσχα, ὥρα δὲ ὥσει ἔκρη.*
- 23 Κατά Ματθαίον 27.19: *Καθημένου δὲ αὐτοῦ ἐπὶ τοῦ βήματος ἀπέστειλε πρὸς αὐτὸν ἡ γυνὴ αὐτοῦ λέγουσα· μὴδὲν σοι καὶ τῷ δικαίῳ ἐκείνῳ· πολλὰ γὰρ ἔπαθον σήμερον κατ' ὄναρ δι' αὐτόν.*

ρίως υποθέσεις στις οποίες διακυβευόταν η δημόσια τάξη. Όταν δικάζε ο διοικητής της επαρχίας, αυτό το έκανε με ελευθερία και χωρίς να δεσμεύεται από τους νόμους του ρωμαϊκού δικαίου, οι οποίοι άλλωστε εφαρμόζονταν μόνον προκειμένου για Ρωμαίους πολίτες. Μπορούσε συνεπώς ο διοικητής να κρίνει την υπόθεση ελεύθερα, είτε ακολουθώντας τις αρχές του τοπικού δικαίου, είτε ακολουθώντας τις αρχές του ρωμαϊκού δικαίου, χωρίς να δεσμεύεται από το νόμο και πάντοτε κρίνοντας κατά περίπτωση. Ο διοικητής δικάζε μόνος του, είχε όμως την ευχέρεια να ζητήσει και τη συνδρομή ενός συμβουλίου, αποτελούμενου από Ρωμαίους και τοπικούς δικαστές. Ελλείψει εισαγγελέα, την πρωτοβουλία για την καταγγελία και την διατύπωση της κατηγορίας έπρεπε να πάρει επίσημα ένα τρίτο πρόσωπο, ένας ή περισσότεροι ενδιαφερόμενοι μηνυτές. Η διατύπωση του κατηγορητηρίου, όπως και ο προσδιορισμός της ποινής, γίνονταν ελεύθερα, δηλαδή χωρίς δέσμευση από συγκεκριμένο νόμο (*arbitrium iudicantis*). Στη δίκη του Ιησού ενώπιον του Πιλάτου όλα αυτά τα χαρακτηριστικά είναι παρόντα. Η διαδικασία γίνεται ενώπιον του δικαστηρίου του διοικητή, ενώ η κατηγορία (*delatio*) διατυπώνεται επίσημα από τρίτα πρόσωπα, τους αρχιερείς και πρεσβυτέρους των Εβραίων.

Στο ρωμαϊκό δίκαιο τα κυριότερα ποινικά αδικήματα, που αφορούσαν την δημόσια τάξη και τη διακυβέρνηση του κράτους, διέπονταν από σειρά συγκεκριμένων και λεπτομερών νόμων. Το συνολικό σύστημα ονομαζόταν *ordo iudiciorum publicorum*, σε ελεύθερη απόδοση «κατάλογος των δημοσίων αδικημάτων». Για τα υπόλοιπα ποινικά αδικήματα, όσα δεν περιλαμβάνονταν στον κατάλογο αυτόν, δημιουργήθηκε στα χρόνια του Αυγούστου μια νέα διαδικασία, που ονομάστηκε «διαδικασία εκτός καταλόγου», *cognitio extra ordinem*, επειδή ακριβώς αφορούσε αδικήματα που ήταν εκτός του καταλόγου, της *ordo*. Ο δικαστής, με εξουσία που πήγαζε από το *imperium* το οποίο του είχε χορηγηθεί από τον αυτοκράτορα, δικάζε και αποφάσιζε κατά την προσωπική του κρίση (*cognitio*), χωρίς να δεσμεύεται από συγκεκριμένο νόμο, επιβάλλοντας την ποινική κύρωση που ίδιος έκρινε σκόπιμη. Αντίστοιχη έλλειψη δέσμευσης στους δικονομικούς κανόνες υπήρχε και σε σχέση με τη χρήση των αποδεικτικών μέσων, καθώς επιτρεπόταν, λόγου χάριν, η μαρτυρία προσώπων μειωμένου status όπως οι *infami* ή ακόμη και οι δούλοι, ενώ ήταν αποδεκτός και ο βασανισμός κατηγορουμένων που είχαν το καθεστώς ελεύθερου προσώπου.

Το έγκλημα της εσχάτης προδοσίας, για το οποίο κατηγορήθηκε ο Ιησούς από τους αρχιερείς στο δικαστήριο του Επαρχου, ρυθμιζόταν στο ρωμαϊκό δίκαιο με σειρά νόμων, ο παλαιότερος των οποίων ήταν η *lex Appuleia*, πιθανώς του έτους 103 π.Χ. Ακολούθησε η *lex Cornelia de maiestate* του Σύλλα, το έτος 81 π.Χ., ενώ νομοθεσία *de maiestate* εξέδωσαν τόσο ο Ιούλιος Καίσαρ όσο και ο Αύγουστος. Με την μεταβολή του ρωμαϊκού πολιτεύματος από ολι-

γαρχικό σε μοναρχικό επί Αυγούστου, το έγκλημα της εσχάτης προδοσίας (*crimen laesae maiestatis*) απέκτησε ιδιαίτερη απαξία ως έγκλημα κατά του ηγεμόνος, ενώ η αντικειμενική του υπόσταση διευρύνθηκε σημαντικά με την *lex Iulia de maiestate* του Αυγούστου. Σύμφωνα με τον Ουλπιανό στον Πανδέκτη, «το έγκλημα της εσχάτης προδοσίας είναι εκείνο που διαπράττεται εναντίον του ρωμαϊκού λαού ή εναντίον της ασφάλειάς του»²⁴, ενώ ο Σκαιβόλας διευκρινίζει ότι ένοχος είναι και όποιος μετατρέπει σε εχθρούς τους φίλους του ρωμαϊκού λαού²⁵. Ανάλογα με την κοινωνική τάξη στην οποία ανήκαν οι καταδικασθέντες, η ποινή που επιβαλλόταν ήταν είτε ο εκτοπισμός σε νησί, είτε η θανατική, που εκτελείτο με σταύρωση ή με ρίψη στα θηρία²⁶.

Τα Ευαγγέλια κατ' επανάληψη κάνουν λόγο για τις επίμονες πιέσεις του πλήθους προς τον Πιλάτο και στην απαίτησή του να καταδικάσει τον Ιησού σε θάνατο. Αλλά το γεγονός που υπήρξε αποφασιστικό για την τροπή των πραγμάτων φαίνεται ότι ήταν ο εκβιασμός στον οποίο κατέφυγαν οι κατήγοροι του Ιησού: *Ἐὰν τοῦτον ἀπολύσῃς, οὐκ εἶ φίλος τοῦ Καίσαρος. Πᾶς ὁ βασιλεῖα ἐαυτὸν ποιῶν ἀντιλέγει τῷ Καίσαρι*²⁷. Βρισκόμενος αντιμέτωπος με την κατηγορία ότι δεν είναι φίλος του αυτοκράτορα, και με τον κίνδυνο να βρεθεί κατηγορούμενος ο ίδιος στο δικαστήριο της Ρώμης για προδοσία, ο Πιλάτος ανεβαίνει εν τέλει στο δικαστικό έδρανο και διεξάγει την δίκη. Αναφέρεται στην κατηγορία (*ἴδε*

24 D. 48.4.1: *Maiestatis autem crimen illud est, quod adversus populum Romanum vel adversus securitatem eius committitur. Quo tenetur is, cuius opera dolo malo consilium initum erit, quo obsides iniussu principis interciderent: quo armati homines cum telis lapidibusve in urbe sint convenientve adversus rem publicam, locave occupentur vel templa, quove coetus conventusve fiat hominesve ad seditionem convocentur: cuiusve opera consilio malo consilium initum erit, quo quis magistratus populi Romani quive imperium potestatemve habet occidatur. Quove quis contra rem publicam arma ferat: quive hostibus populi Romani nuntium litterasve miserit signumve dederit feceritve dolo malo, quo hostes populi Romani consilio iuventur adversus rem publicam. Quive milites sollicitaverit concitaveritve, quo seditio tumultusve adversus rem publicam fiat.*

25 D. 48.4.4: *Cuiusque dolo malo iureiurando quis adactus est, quo adversus rem publicam faciat: cuiusve dolo malo exercitus populi Romani in insidias deductus hostibus proditus erit: factumve dolo malo cuius dicitur, quo minus hostes in potestatem populi Romani veniant: cuiusve opera dolo malo hostes populi Romani commeatu armis telis equis pecunia aliave qua re adiuti erunt: utve ex amicis hostes populi Romani fiant: cuiusve dolo malo factum erit, quo rex exterae nationis populo Romano minus obtemperet: cuiusve opera dolo malo factum erit, quo magis obsides pecunia iumenta hostibus populi Romani dentur adversus rem publicam. Item qui confessum in iudicio reum et propter hoc in vincula coniectum emisit.*

26 D. 8.19.38.2 (Παύλος): *Actores seditionis et tumultus populo concitato pro qualitate dignitatis aut in furcam tolluntur aut bestiis obiciuntur aut in insulam deportantur.*

27 Κατά Ιωάννην 19.12: *Ἐκ τούτου ἐξήτει ὁ Πιλάτος ἀπολύσαι αὐτόν· οἱ δὲ Ἰουδαῖοι ἔκραζον λέγοντες· ἐὰν τοῦτον ἀπολύσῃς, οὐκ εἶ φίλος τοῦ Καίσαρος. Πᾶς ὁ βασιλεῖα ἐαυτὸν ποιῶν ἀντιλέγει τῷ Καίσαρι.*

ὁ βασιλεὺς ὑμῶν), ἐνῶ το πλῆθος κραυγάζει ἄρον ἄρον, σταύρωσον αὐτόν. Ο Πιλάτος τους ρωτά: *τὸν βασιλέα ὑμῶν σταυρώσω;* καὶ οἱ ἀρχιερεῖς ἀπαντοῦν: *οὐκ ἔχομεν βασιλέα εἰ μὴ Καίσαρα.* Τότε ο Διοικητὴς ἐκδίδει τὴν ἀπόφασή του, με τὴν ὁποία καταδικάζει τὸν Ἰησοῦ σε θάνατο με σταύρωση²⁸.

ΑΣάφεια ὑπάρχει ἀναφορικά με τὴν μαστίγωση τοῦ Ἰησοῦ, καθὼς τὴν μνημονεύουν καὶ τὰ τέσσερα Εὐαγγέλια, δίχως ὁμως νὰ συμφωνοῦν σχετικὰ με τὴ χρονικὴ στιγμή κατὰ τὴν ὁποία ἐγίνε. Σύμφωνα με τὸ Κατὰ Ματθαῖον καὶ τὸ Κατὰ Μάρκον, ἀμέσως μετὰ τὴν καταδικαστικὴ ἀπόφαση, ὁ Ἰησοῦς ὑποβλήθηκε σε μαστίγωση καὶ στὴ συνέχεια ὁδηγήθηκε στὸν σταυρό. Ἀντίθετα, στὸ Κατὰ Ἰωάννην ἡ μαστίγωση παρουσιάζεται ὡς αὐτοτελὲς βασανιστήριον, ἀμέσως μετὰ τὴν ἀπόλυση τοῦ Βαραββᾶ. Σύμφωνα με αὐτὴ τὴν πιο ἀναλυτικὴ ἐκδοχή, ὁ Πιλάτος διατάζει τὴν μαστίγωση με τὸ σκοπὸ νὰ ἀπαλλάξει τὸν Ἰησοῦ, ὥστόσο τὸ πλῆθος ἐπιμένει στὴ θανάτωση. Ο Πιλάτος ἀνακρίνει καὶ πάλι τὸν Ἰησοῦ στὸ Πραιτώριον καὶ ἀκολουθεῖ ἡ ἐπίσημη δίκη καὶ καταδίκη σε θάνατο. Τὸ ἴδιο ἐπεισόδιον ἀναφέρεται καὶ στὸ Κατὰ Λουκάν (23,14-22), ὅταν ὁ Πιλάτος δύο φορές προσπαθεῖ νὰ ἀπαλλάξει τὸν Ἰησοῦ λέγοντας «*παιδεύσας αὐτὸν ἀπολύσω*».

Καὶ οἱ δύο ἐκδοχές τῶν Εὐαγγελίων εἶναι συμβατές με τὴ ρωμαϊκὴ πρακτικὴ στὶς ἐπαρχίες τῆς αὐτοκρατορίας. Ἡ μαστίγωση ἀποτελοῦσε ἓναν τρόπο βασανισμοῦ ποὺ συνόδευε τὴν ἐκτέλεση τῆς ποινῆς, ὅπως στὴν ἐκδοχὴ τοῦ Ματθαίου καὶ τοῦ Μάρκου, ὅπου ἡ *φραγγέλλωσις* συνδέεται με τὴ σταύρωση καὶ προηγείται αὐτῆς. Ἀπὸ τὴν ἄλλη πλευρὰ, ἡ μαστίγωση ἦταν μὴ ἀπὸ τὶς δυνατότητες σωματικοῦ κολασμοῦ ποὺ διέθετε ὁ διοικητὴς τῆς ἐπαρχίας στὸ πλαίσιο τῆς ἐξουσίας καταναγκασμοῦ (*coercitio*), καὶ στὴν πράξη ἀναφέρεται ὅτι ἐπιβαλλόταν συχνὰ σε ὅσους παρότρυναν τὸ λαὸ σε ἐξέγερση. Ἐάν οἱ στασιαστὲς ἦταν Ρωμαῖοι πολῖτες, χρησιμοποιοῦσαν βέργες, τὶς ὁποῖες ἀντικαθιστοῦσε τὸ μαστίγιον γιὰ ὅσους δὲν ἦταν Ρωμαῖοι πολῖτες. Αὐτὴ ἡ μαστίγωση δὲν ἦταν κατὰ κυριολεξίαν ποινικὴ κύρωση, ἀλλὰ λειτουργοῦσε προειδοποιητικὰ. Ἀνάλογα περιστατικὰ ἀναφέρονται γιὰ τὸν ἀπόστολον Παῦλον, στους Φιλίππους καὶ στὴν Ἱερουσαλὴμ, ὅταν συνελήφθη ἀπὸ τὸν στρατιωτικὸν διοικητή.

28 Κατὰ Ἰωάννην 19.14-16: *καὶ λέγει τοῖς Ἰουδαίοις· ἴδε ὁ βασιλεὺς ὑμῶν. Οἱ δὲ ἐκραύγασαν· ἄρον ἄρον, σταύρωσον αὐτόν. Λέγει αὐτοῖς ὁ Πιλάτος· τὸν βασιλέα ὑμῶν σταυρώσω; ἀπεκρίθησαν οἱ ἀρχιερεῖς· οὐκ ἔχομεν βασιλέα εἰ μὴ Καίσαρα. Τότε οὖν παρέδωκεν αὐτὸν αὐτοῖς ἵνα σταυρωθῇ.*

V

Στο ρωμαϊκό δίκαιο, η σταύρωση ήταν ο συνήθης ως τρόπος εκτέλεσης της θανατικής ποινής προκειμένου για τους πολίτες της κατώτερης τάξης και για τους ξένους, κατά συνέπεια και για τους κατοίκους των επαρχιών οι οποίοι δεν είχαν αποκτήσει το δικαίωμα του Ρωμαίου πολίτη. Στη διάρκεια των τριών πρώτων αιώνων μ.Χ., η σταύρωση χρησιμοποιήθηκε κατά κόρον στη ρωμαϊκή αυτοκρατορία, στην Ιουδαία μάλιστα μέχρι καταχρήσεως, καθώς μετά από μια εξέγερση που έγινε το έτος 5 π.Χ., ο διοικητής της Συρίας Κοϊντίλιος Βάρος διέταξε την εκτέλεση με σταύρωση δύο χιλιάδων Εβραίων. Η σταύρωση καταργήθηκε ως τρόπος εκτέλεσης της θανατικής ποινής από τον Μ. Κωνσταντίνο στις αρχές του 4^{ου} αιώνα, χάρη στον συμβολισμό που έφερε ο σταυρός και στις νίκες που είχε πετύχει ο αυτοκράτορας υπό την προστασία του. Από τότε, ο σταυρός εισάγεται στον χριστιανισμό ως λατρευτικό αντικείμενο και χρησιμοποιείται από τους πιστούς που επιζητούν προστασία και παρηγοριά.

Εκτός από τα Ευαγγέλια, αναφορά στην δίκη και καταδίκη του Ιησού σε θάνατο από τον Πόντιο Πιλάτο γίνεται επίσης στα έργα δύο ιστορικών. Ο Φλάβιος Ιώσηπος, ένας εξελληνισμένος Εβραίος με ρωμαϊκή ιθαγένεια, στο σύγγραμά του Ιουδαϊκή Αρχαιολογία, περί το έτος 90, γράφει: «Γίνεται δὲ κατὰ τοῦτον τὸν χρόνον Ἰησοῦς σοφὸς ἀνὴρ, εἶγε ἄνδρα αὐτὸν λέγειν χρή· ἦν γὰρ παραδόξων ἔργων ποιητής, διδάσκαλος ἀνθρώπων τῶν ἡδονῇ τάληθι δεχομένων, καὶ πολλοὺς μὲν Ἰουδαίους, πολλοὺς δὲ καὶ τοῦ Ἑλληνικοῦ ἐπηγάγετο· ὁ χριστὸς οὗτος ἦν. Καὶ αὐτὸν ἐνδείξει τῶν πρώτων ἀνδρῶν παρ' ἡμῖν σταυρῷ ἐπιτετιμηκότος Πιλάτου οὐκ ἐπάυσαντο οἱ τὸ πρῶτον ἀγαπήσαντες· ἐφάνη γὰρ αὐτοῖς τρίτην ἔχων ἡμέραν πάλιν ζῶν τῶν θεῶν προφητῶν ταῦτα τε καὶ ἄλλα μυρία περὶ αὐτοῦ θαυμάσια εἰρηκότων. Εἰς ἔτι τε νῦν τῶν Χριστιανῶν ἀπὸ τοῦδε ὠνομασμένον οὐκ ἐπέλιπε τὸ φύλον» (18.63-64). Αν και το χωρίο αυτό, όπως γίνεται ευρέως αποδεκτό, βρίθκει μεταγενέστερων παρεμβολών, ωστόσο η μαρτυρία σχετικά με την σταύρωση του Ιησού δεν αμφισβητείται. Ο Ρωμαίος ιστορικός Τάκιτος αναφέρει την καταδίκη του Ιησού σε θάνατο από τον Πόντιο Πιλάτο στο έργο του Χρονικά, το οποίο γράφτηκε περί το 116. Ο Τάκιτος, αναφερόμενος στην μεγάλη πυρκαϊά που ξέσπασε στη Ρώμη επί Νέρωνα, σημειώνει ότι ο αυτοκράτορας, για να αποσείσει από επάνω του τις υποψίες ότι ο ίδιος ήταν ένοχος για την πυρκαϊά, απέδωσε την καταστροφή στους χριστιανούς. Ο ιστορικός εξηγεί ότι οι χριστιανοί ονομάζονται έτσι από τον Χριστό, ο οποίος θανατώθηκε από τον διοικητή Πόντιο Πιλάτο επί αυτοκράτορος Τιβερίου²⁹. Η εικόνα, πάντως, του Πιλάτου όπως παραδίδεται από

29 Tacitus, *Annales* 15.44: Ergo abolendo rumori Nero subdidit reos et quaesitissimis poenis adfecit, quos per flagitia invisos vulgus Chrestianos appellabat. Auctor nominis eius Christus Tiberio imperitante per procuratorem Pontium Pilatum supplicio adfectus erat; represaque in praesens exitiabilis superstitio rursum erumpebat, non modo per Iudaeam, orig-

τα Ευαγγέλια, ως ενός διστακτικού και ήπιου ανθρώπου που τελικά υπέκυψε στη βούληση των Εβραίων προεστών και του όχλου, δεν ανταποκρίνεται στην εικόνα του ιστορικού προσώπου, ο οποίος στην *Ιστορία του Ιουδαϊκού πολέμου προς Ρωμαίους* του Φλαβίου Ιωσήπου (2.9) περιγράφεται ως ένας αποφασιστικός κυβερνήτης, ο οποίος σε αρκετές περιστάσεις δεν δίστασε να διατάξει στυγερές ενέργειες κατά των υπηκόων που εξεγείρονταν.

inem eius mali, sed per urbem etiam, quo cuncta undique atrocía aut pudenda confluent celebranturque.

Αρμοδιότητα για την αναστολή εκτέλεσης ασφαλιστικών μέτρων του άρθρου 724 ΚΠολΔ

Ιωάννης Στ. Δεληκωστόπουλος

Αν. Καθηγητής Νομικής Σχολής Ε.Κ.Π.Α.

Ι. Το θέμα που έχει προκύψει

1. Κατά την ουσιαστικού δικαίου διάταξη¹ του άρθρου 724 ΚΠολΔ, ο δανειστής μπορεί με βάση οριστική απόφαση, ως παρεπόμενη έννομη συνέπεια της αποφάσεως², να ζητήσει εγγραφή προσημείωσης υποθήκης και να επιβάλλει συντηρητική κατάσχεση στα χέρια του οφειλέτη ή τρίτου (το δεύτερο αποδεικνύεται πιο σημαντικό στην πράξη) για το ποσό που επιδικάζεται με την απόφαση. Η οριστική αυτή δικαστική απόφαση είναι, προφανώς, κατ' ορθή και απολύτως κρατούσα ήδη γνώμη, μη προσωρινά εκτελεστή απόφαση³. Ζητούμενο παραμένει αν ο τίτλος αρκεί να είναι, κατά μία θέση στη νομολογία και στην επιστήμη⁴, απλώς αναγνωριστική απόφαση ή πρέπει να είναι, όπως υποστηρίζεται στη δικονομία⁵, καταψηφιστική. Είτε γίνει δεκτή η μία θέση, είτε η άλλη, βέβαιον είναι, ότι υφίσταται εν προκειμένω αυτοδύναμη εκ του νόμου επιβολή συντηρητικών ασφαλιστικών μέτρων για την προσωρινή εξασφάλιση του δικαιώματος για αναγκαστική εκτέλεση. Πρόκειται επίσης, ασφαλώς, για στοιχείο ενδυνάμωσης των δικαστικών αποφάσεων στο πλαίσιο μιας πιο αποτελεσματικής δικαστικής προστασίας. Ειδικά για τις δικαστικές αποφάσεις, η νέα ρύθμιση του άρθρου 724 ΚΠολΔ αποτέλεσε μία από τις επιτυχημένες αλλαγές που έγιναν

1 ΑΠ 251/2020 ΕλλΔνη 2020. 1426 επ., 1428, σύμφωνες παρατηρήσεις Στ. Πανταζόπουλου, 1432 επ.

2 Έτσι, Δ. Τσικριάς, ΕΠολΔ 2018 (γνωμ.), 281 επ., 284.

3 Βλ. ενδεικτικά ΑΠ 251/2020 ο.π., ΕφΘεσ 2480/2017 ΕλλΔνη 2017 1737 επ., παρατηρήσεις Ι. Κατρά, 1741 επ. Από τη θεωρία βλ. Δεληκωστόπουλο, Αδυναμία τροπής της προσημείωσης σε υποθήκη. Επί διάσπασης της ενοχικής από την εμπράγματα ευθύνη και επί δικαστικού συμβιβασμού στην αλλοδαπή, ΕΠολΔ 2018. 516 · Πανταζόπουλο, ΕλλΔνη 2020. 1432.

4 ΤρΕφΛαρ 190/2020 ΕφΑΔΠολΔ 2021. 101 επ., 103. Βλ. ήδη Δ. Κράνη, σε Κεραμέα/Κονδύλη/Νίκα, Ερμηνεία², άρθρο 724, αριθ. 2 · του ιδίου, Αρμεν. 2020. 2.

5 Τσικριάς, ο.π., 286 · Γ. Διαμαντόπουλος, Αστικό Δικονομικό Δίκαιο και Νομολογιακό Γίγνεσθαι, 2019, σ. 434 · Ν. Νίκας, Πολιτική Δικονομία Ι, Β' έκδοση, 2020, σ. 539 · Πανταζόπουλος, ο.π., 1432.

με το Ν. 4335/2015. Η επιλογή του νομοθέτη να επεκτείνει την αυτοδύναμη εγγραφή προσημείωσης και την επιβολή συντηρητικής κατάσχεσης από τις διαταγές πληρωμής, στις οποίες δεν έχει δυνατότητα ακρόασης ο οφειλέτης και οι οποίες δεν παρουσιάζουν εχέγγυα ορθής δικαιοδοτικής κρίσης, στις οριστικές δικαστικές αποφάσεις, έχει τύχει επιδοκιμασίας από την επιστήμη⁶ και δεν έχει αποτελέσει - αντίθετα με άλλες καινοτομίες - αντικείμενο κριτικής από το νομικό μικρόκοσμο.

2. Σε κάθε περίπτωση, κατ' άρθρο 724 παρ. 2 ΚΠολΔ, που παραπέμπει ρητά στη διάταξη και στη διαδικασία του άρθρου 702 παρ. 1 ΚΠολΔ (ήτοι στην αποκλειστική λειτουργικά και τοπικά αρμοδιότητα του δικαστηρίου που εξέδωσε την απόφαση και στη διαδικασία των άρθρων 686 επ. ΚΠολΔ)⁷, το ίδιο το δικαστήριο που εξέδωσε την οριστική απόφαση μπορεί, με αίτηση του διαδίκου, να αναστείλει ολικά ή εν μέρει την εκτέλεση των συντηρητικών αυτών ασφαλιστικών μέτρων, αν πιθανολογείται η εξόφληση ή η ανυπαρξία, ολική ή μερική, της απαίτησης για την οποία έχει εκδοθεί η οριστική απόφαση ή να περιορίσει την εκτέλεση σε ορισμένα περιουσιακά στοιχεία, αν πιθανολογείται ότι τα στοιχεία αυτά είναι επαρκή για την εξασφάλιση της απαίτησης. Με απλά λόγια, αρμόδιο είναι το Πρωτοδικείο επί έκδοσης οριστικής απόφασης του Πρωτοδικείου, το Εφετείο μόνο αν πρόκειται για τελεσίδικη απόφαση του ιδίου δικαστηρίου. Αντίθετη και εξόχως αμφιλεγόμενη κρίση⁸ περί δικαστηρίου κυρίας δίκης εδώ σημαίνει, μεταξύ άλλων, το αναφέρουμε προ-εισαγωγικά, ότι επί αναίρεσης το ζήτημα δικάζεται ενδεχομένως από το Συμβούλιο του Αρείου Πάγου. Δηλαδή, η αντίθετη στο νόμο γνώμη -κενό δικαίου εδώ δεν υπάρχει- παραβλέπει τη ρητή μη ατελή ειδική διάταξη του άρθρου 702 παρ. 1 ΚΠολΔ και οδηγεί δυννητικά σε λειτουργική αρμοδιότητα του Πρωτοδικείου, του Εφετείου (και σε αυτοτελή, πριν από την έφεση, δικάσιμο)⁹ και του Συμβουλίου του Αρείου Πάγου για ανακλητική αίτηση ασφαλιστικών μέτρων. Από την οπτική γωνία της αρχής της οικονομίας της δίκης και της παραδοχής, ότι οι δυνατότητες της δικαιοσύνης είναι πεπερασμένες, η αντίθετη στη ρητή διάταξη του νόμου θέση δύναται να δημιουργήσει, ενδεχομένως, ακόμη και τρεις καινούργιες δίκες επί του ιδίου θέματος. Για παράδειγμα, επί αυτοδύναμης επιβολής συντηρητικής κατάσχεσης εις χείρας τρίτου συνεπεία οριστικής απόφασης του Πρωτοδικείου Αθηνών, μπορεί να γίνει μία δίκη του άρθρου 697 ΚΠολΔ από ανώτερους δικαστές στο Εφετείο, δηλαδή μία

6 Διαμαντόπουλος, Αστικό Δικονομικό Δίκαιο και Νομολογιακό Γίγνεσθαι, ο.π., σ. 434.

7 Πρβλ. άρθρο 912 παρ. 2 ΚΠολΔ για την αναστολή της προσωρινής εκτελεστότητας.

8 Έτσι όμως π.χ. ΜΕΦΑθ 2647/2018 ΤΝΠ Νόμος.

9 Έτσι, ορθώς ΜΕΦΛαρ 6/2019 ΕφΑΔΠολΔ 2019. 87 επ., 91.

αίτηση που λειτουργεί ως υποκατάστατο των ενδίκων μέσων, μία εκ νέου εκδίκαση στην προσωρινή διαταγή στον Άρειο Πάγο και, τέλος, μια νέα δίκη ενώπιον του Συμβουλίου του Αρείου Πάγου. Το ανώτερο δικαστήριο της κύριας δίκης δικάζει, αν παγιωθεί αυτή η γνώμη, αίτηση του άρθρου 697 ΚΠολΔ, με ότι αυτό συνεπάγεται εξ επόψεως αναδίκασης της υπόθεσης και εξέτασης νομικών ή ουσιαστικών σφαλμάτων. Το Εφετείο ή το Συμβούλιο του Αρείου Πάγου θα πρέπει να κρίνουν αν πιθανολογείται η εξόφληση ή η ανυπαρξία της απαίτησης ή αν τα περιουσιακά στοιχεία του οφειλέτη είναι επαρκή για την εξασφάλιση της απαίτησης. Ότι αυτοδυνάμως επιβλήθηκε, με τίτλο οριστική δικαστική απόφαση, αυτομάτως τίθεται υπό αίρεση. Δηλαδή, έτσι, το αυτοδύναμο παύει να είναι αυτοδύναμο, η οριστική κρίση του Πρωτοδικείου και οι εκ του νόμου συνέπειές της αξιολογούνται. Ίσως συνολικά. Κατ' οριακά επιτρεπτή απλούστευση, το θέμα που έχει προκύψει μπορεί να τεθεί ως εξής: με το εκ νέου μοίρασμα της λειτουργικής αρμοδιότητας, παίρνει κάποιος με το ένα χέρι ότι έδωσε με το άλλο. Οι οριστικές δικαστικές αποφάσεις ισχυροποιούνται απολύτως προσωρινά μόνο, η 'διαρκής δίκη' - δύναται να λεχθεί έτσι - επανακάμπτει, η δύναμη της αδράνειας επικρατεί, τα χρηματοπιστωτικά ιδρύματα συνεχίζουν την πεπατημένη (διαταγές πληρωμής). Το πραγματικό ερώτημα όμως που δημιουργείται είναι, θεωρούμε, τι ακριβώς καλείται να δικάσει σε αίτηση του 697 ΚΠολΔ επί αυτοδύναμης επιβολής ασφαλιστικών μέτρων αυτός που δικάζει; Με άλλες λέξεις, ερωτάται: ποιά είναι τα νομικά ή ουσιαστικά σφάλματα της απόφασης που θα κρίνει π.χ. το Εφετείο, κατ' άρθρο 697, εξαιτίας των οποίων δεν είναι πλέον δικαιολογημένη η συνέχιση των ασφαλιστικών μέτρων; Έχουμε ανάκληση ασφαλιστικών μέτρων υπό συγκεκριμένες προϋποθέσεις ή έχουμε να κάνουμε με επανεξέταση στο σύνολο;

3. Τι σημαίνει αυτοδύναμη εκ του νόμου επιβολή συντηρητικών ασφαλιστικών μέτρων; Σημαίνει, όπως πειστικά τίθεται στη θεωρία¹⁰, παρεπόμενη έννομη συνέπεια της οριστικής απόφασης που στηρίζεται απευθείας στο νόμο. Είναι 'δύο σ' ένα'. Και μάλιστα είναι 'δύο σ' ένα' από την έκδοση της οριστικής απόφασης, χωρίς να απαιτείται καν η επίδοση της απόφασης στον οφειλέτη¹¹. Γιατί; Για να αποτραπεί ο μαχητά τεκμαιρόμενος επικείμενος κίνδυνος απαλλοτρίωσης (διάθεσης, πώλησης, δωρεάς, γονικής παροχής), ήτοι αποξένωσης του οφειλέτη από την περιουσία του, προς το σκοπό ματαίωσης της ικανοποίησης του δανειστή. Και πως επιτυγχάνεται η αποτροπή; Με την χωρίς προδικασία απαγόρευση διάθεσης (νομι-

10 Τσικρικάς, ο.π., 283-4.

11 ΕφΘεσ 2480/2017, ο.π., 1738, ΜΕφΛαρ 6/2019 ο.π., ΤρΕφΛαρ 190/2020 ο.π., 103.

κή δέσμευση, ενδεχομένως και υλική επί συντηρητικής κατάσχεσης), με τον προνομιακό χαρακτήρα, την πιο αποτελεσματική τρόπο τινά αντιμετώπιση της καταδολίευσης (αντίθετα από τη δικαστική μεσεγγύηση) και την ύστερη προνομιακή κατάταξη επί προσημείωσης υποθήκης, ήτοι επί υποθήκης, τελικά, υπό μονή αναβλητική αίρεση (μετά την καταβολή του πλειστηριάσματος). Έχουμε δηλαδή αυτοδύναμη επιβολή συντηρητικών ασφαλιστικών μέτρων, χωρίς αυτοτελή δικαιοδοτική κρίση σε αυτοτελή δικάσιμο στον πρώτο βαθμό περί της πλήρωσης των προϋποθέσεων του παραδεκτού και του βασίμου. Αν ανώτερο δικαστήριο κρίνει για πρώτη φορά το θέμα, ως δικαστήριο της κύριας δίκης, η προσωρινή εξασφάλιση του δικαιώματος για αναγκαστική εκτέλεση εξαρτάται τελικά από μία αυτοτελή, πριν από την έφεση, δικάσιμο. Ή σε μία δικάσιμο μαζί με την έφεση. Ή στον Άρειο Πάγο. Δηλαδή, κατ' αποτέλεσμα, η νέα ρύθμιση του άρθρου 724 απενεργοποιείται. Δια της συντρέχουσας λειτουργικής αρμοδιότητας ανώτερου ή ανώτατου δικαστηρίου. Ερωτάται εκ νέου: πέραν της γραμματικής ερμηνείας, σε τι εξυπηρετεί την οικονομία της δίκης η ανάκληση ασφαλιστικού μέτρου¹² του Πρωτοδικείου να φτάνει να δικάζεται από τον Άρειο Πάγο;

II. Η θέση μας από το παρελθόν

4. Το θέμα που έχει προκύψει είναι, πιστεύουμε, κεντρικό ζήτημα. Είναι εξίσου σημαντικό με το αν αρκεί ως τίτλος για την επιβολή συντηρητικών ασφαλιστικών μέτρων του άρθρου 724 ΚΠολΔ αναγνωριστική οριστική απόφαση ή αν αυτή πρέπει να είναι καταψηφιστική. Το ζήτημα το αντιμετωπίσαμε στο πλαίσιο της έρευνας για την προσωρινή διαταγή. Εκεί¹³, για την αναστολή εκτέλεσης απόφασης ασφαλιστικών μέτρων, υποστηρίχθηκαν τα ακόλουθα: «κατ' αρχάς, εκτός αν υπάρχει ειδικότερη ρύθμιση στο νόμο¹⁴ (και τέτοια είναι η διάταξη του άρθρου 738 ΚΠολΔ για τη σφράγιση, αποσφράγιση, απογραφή και δημόσια κατάθεση)¹⁵, το άρθρο 702 ΚΠολΔ εφαρμόζεται στις διαφορές που αφορούν στην εκτέλεση αποφάσεων ασφαλιστικών μέτρων, συμπεριλαμβανομένων των προσωρινών διατα-

12 Β. Βαθρακοκόιλης, ΚΠολΔ, Τόμος Δ', σ. 264.

13 Δεληκωστόπουλος, Η προσωρινή διαταγή κατά τον ΚΠολΔ, 2019, σ. 167 επ. (ίδιο κείμενο με λίγες τροποποιήσεις στις υποσημειώσεις).

14 Έτσι, Δ. Δημητρίου, Ζητήματα από την εκτέλεση των αποφάσεων των ασφαλιστικών μέτρων, Ζητήματα ασφαλιστικών μέτρων, 37^ο Πανελλήνιο Συνέδριο της Ένωσης Ελλήνων Δικονομολόγων, 2013, σ. 127 επ., σ. 178-9.

15 Βλ. π.χ. Βαθρακοκόιλη, ΚΠολΔ, Τόμος Δ', σ. 163 · Χ. Απαλαγάκη (-Τριανταφυλλίδη/Ρεντούλη), Ερμηνεία 2, άρθρο 702, αριθ. 2.

γών. Σύμφωνα με το άρθρο 702 παρ. 1 ΚΠολΔ, διαφορές που αφορούν την εκτέλεση απόφασης που διατάζει ασφαλιστικά μέτρα ή ανακαλεί ολικά ή εν μέρει απόφαση γι' αυτά δικάζονται από το δικαστήριο που εξέδωσε την απόφαση. Οι προσωρινές διαταγές ειδικά ανακαλούνται και αυτές, κατά τη γνώμη μας, με τις προϋποθέσεις που ανακαλούνται οι αποφάσεις των ασφαλιστικών μέτρων, ήτοι κατά τις διατάξεις των άρθρων 696 επ. ΚΠολΔ. Μάλιστα, όπως ισχύει για τις αποφάσεις που διατάζουν ασφαλιστικά μέτρα, παράπονα που αντιμάχονται το κύρος της προσωρινής διαταγής είναι απαράδεκτα ως λόγοι ανακοπής κατά της εκτέλεσής και μόνο ως λόγοι ανακλήσεως της προσωρινής διαταγής είναι δυνατό να προβληθούν¹⁶. Σε σχέση με τις διατάξεις των άρθρων 696 και 697 ΚΠολΔ, πρέπει πάντως να επισημανθεί, ότι όταν υπάρχει συγκεκριμένη διάταξη περί αναστολής που παραμένει σε ισχύ μετά το Ν. 4335/2015 - και τέτοια είναι η ρύθμιση του άρθρου 724 παρ. 2 ΚΠολΔ για τη συντηρητική κατάσχεση στα χέρια του οφειλέτη ή τρίτου που εκδικάζεται και αυτή κατά τη διαδικασία του άρθρου 702 παρ. 1 ΚΠολΔ - η συγκεκριμένη διάταξη (του άρθρου 724 παρ. 2 ΚΠολΔ) υπερισχύει της διάταξης του άρθρου 697 ΚΠολΔ επί εκκρεμοδικίας στο δεύτερο βαθμό. Δηλαδή, σε ανακύπτουσα διαφορά για την εκτέλεση του ασφαλιστικού μέτρου της συντηρητικής κατάσχεσης εις χείρας του οφειλέτη ή τρίτου το οποίο επιβάλλεται με βάση οριστική απόφαση, δεύτερη προσωρινή διαταγή με την οποία ζητείται να αρθεί η συντηρητική κατάσχεση εις χείρας του οφειλέτη ή τρίτου δικάζεται, σύμφωνα με τη διάταξη του άρθρου 724 παρ. 2 ΚΠολΔ, και αυτή από το δικαστήριο που εξέδωσε την απόφαση σε πλήρη συγκρότηση. Το δικαστήριο που εκδίδει την οριστική απόφαση με συμμετοχή όλων των μελών του, ήτοι το πρωτοβάθμιο δικαστήριο (και όχι το δευτεροβάθμιο, όπως υπολαμβάνει η διάταξη του άρθρου 697 ΚΠολΔ, επί εκκρεμοδικίας στο δεύτερο βαθμό) έχει αρμοδιότητα για να αναστείλει ή να μην αναστείλει ολικά ή εν μέρει την εκτέλεση του επιβληθέντος ασφαλιστικού μέτρου, συνεπεία οριστικής απόφασης του ιδίου δικαστηρίου. Πράγματι, παραμένει εν ισχύ, σ' αυτή την κατηγορία περιπτώσεων, η λειτουργική αρμοδιότητα του ιδίου δικαστηρίου.

5. Εν είδει δεύτερης τρόπο τινά παραδοχής, δύναται να υποστηριχθεί, ότι η κατ' αρχήν γενική διάταξη του άρθρου 702 ΚΠολΔ εμφανίζεται ως ειδικότερη σε σχέση με άλλες διατάξεις που λειτουργούν συμπληρωματικά στην εκτέλεση των αποφάσεων ασφαλιστικών μέτρων. Πιο συγκεκριμένα, θεωρούμε ότι η διάταξη του άρθρου 702 ΚΠολΔ είναι ειδικότερη σε σχέση με τη διάταξη του άρθρου 933 παρ. 3 ΚΠολΔ περί αποκλειστικής δωσιδικίας

16 ΜΠρΑθ 4771/1995.

του τόπου της εκτέλεσης. Σε περίπτωση σύγκρουσης τοπικής αρμοδιότητας, υπερισχύει, κατά την εδώ υποστηριζόμενη γνώμη, η διάταξη του άρθρου 702 παρ. 1 ΚΠολΔ. Συμπληρωματικά δε υπάρχει η πρόβλεψη του άρθρου 702 παρ. 2 ΚΠολΔ που εισάγει, σε πολύ επείγουσες περιπτώσεις, τη δωσιδικία του δικαστηρίου του τόπου εκτέλεσης της απόφασης¹⁷. Περαιτέρω, ως γενικώς παραδεδεγμένη θέση, επιλέγεται ότι η κατάργηση του άρθρου 938 δεν αλλάζει ουσιωδώς τα δεδομένα της συζήτησης για την αναστολή της εκτέλεσης απόφασης ασφαλιστικών μέτρων¹⁸. Και αυτό για τους εξής λόγους: ούτως ή άλλως, ως γνωστόν, με την ανακοπή του άρθρου 702 ΚΠολΔ, που δικάζεται από το ίδιο δικαστήριο που εξέδωσε την απόφαση ασφαλιστικών μέτρων¹⁹ και κατά την ίδια διαδικασία²⁰ με επικουρική εφαρμογή, εφόσον συμβιβάζονται με τη διαδικασία των ασφαλιστικών μέτρων, των διατάξεων των άρθρων 933 επ. ΚΠολΔ²¹ (εφαρμόζεται π.χ. το άρθρο 926 παρ. 2 ΚΠολΔ), ο ανακόπτων δύναται να ζητήσει τη χορήγηση προσωρινής διαταγής για αναστολή της εκτέλεσης, κατ' άρθρο 691Α ΚΠολΔ. Επί αιτήσεως δε ανακλήσεως ή μεταρρυθμίσεως της απόφασης των ασφαλιστικών μέτρων κατά τα άρθρα 696 επ. ΚΠολΔ, στην περίπτωση κατά την οποία επισπεύδεται αναγκαστική εκτέλεση με βάση την απόφαση που διέταξε τα ασφαλιστικά μέτρα και δεν έχει ασκηθεί ανακοπή, την αναστολή αντικαθιστά η ρύθμιση της κατάστασης με προσωρινή διαταγή, που μπορεί να εμποδίζει την εκτέλεση της απόφασης²². Το δικαίωμα δηλαδή εκδόσεως προσωρινής διαταγής λειτουργεί και στην περίπτωση αιτήσεως ανακλήσεως ή μεταρρυθμίσεως διαταχθέντος ήδη ασφαλιστικού μέτρου²³. Και αυτό για να εμποδιστεί άμεσα η εκτέλεση της απόφασης των ασφαλιστικών μέτρων, αφού η ανακλητική ή η μεταρρυθμιστική αίτηση δεν εισάγει διαφορά ως προς την ακυρότητα της εκτέλεσης²⁴ και δεν αναστέλλει την ισχύ της απόφασης, ούτε δικαιολογεί αίτηση αναστολής της εκτέλεσής της²⁵. Ελ-

17 Βλ. π.χ. ΜΠρΑθ 1895/2017, Αρμεν. 2017. 1750 επ., 1752, παρατηρήσεις Ε. Ακριτίδου, 1754-5.

18 Βλ. Ι. Χαμηλοθώρη, Ασφαλιστικά Μέτρα, 2^η έκδοση, 2016, σ. 100 · Μ. Μαργαρίτη/Α. Μαργαρίτη, Ερμηνεία ΙΙ, άρθρο 702, αριθ. 9.

19 Βλ. ενδεικτικά ΜΠρΑθ 825/2018 Sakoulas-Online.gr.

20 Βλ. π.χ. ΜΠρΑθ 1624/1983 ΝοΒ 1983. 1395 (όχι με ειδική διαδικασία).

21 Πάγια νομολογία. Βλ. π.χ. ΑΠ 298/2003 ΧρΙΔ 2003. 440-1, ΜΠρΠατρ 166/2015 ΕλλΔνη 2016. 1452 επ., παρατηρήσεις Κ. Γεωργίου, 1457-60.

22 Βλ. ενδεικτικά ΜΠρΑθ 18729/1986, ΜΠρΑθ 11256/1987, ΜΠρΘεσ 4362/1990.

23 Ι. Μπρίνιας, Αναγκαστική Εκτέλεσις, Τόμος πρώτος, Β' έκδοσις, 1979, σ. 536 · Π. Τζίφρας, Ασφαλιστικά μέτρα, 3^η έκδοση, 1980, σ. 33 · Κράνης, Λειτουργικά προβλήματα της προσωρινής διαταγής, ΕλλΔνη 1999.1005 επ., 1006.

24 ΜΠρΑθ 7536/1982 ΕλλΔνη 1982. 533.

25 Μπρίνιας, Αναγκαστική Εκτέλεσις, Τόμος πρώτος, ο.π., σ. 535-6 · Κράνης, Προσωρινή Δια-

λείπει ανακοπής, την αναστολή αντικαθιστά σε αυτές τις περιπτώσεις η ρύθμιση της κατάστασης δια της προσωρινής διαταγής. Εφόσον γνωστοποιείται στα όργανα της εκτέλεσης²⁶, η προσωρινή διαταγή περί αναστολής της εκτέλεσης τα δεσμεύει, ακόμη και όταν, όπως έχει κριθεί από τον Άρειο Πάγο²⁷, δεν συντρέχουν οι νόμιμοι όροι έκδοσής της.

6. Ζήτημα γεννάται ως προς τη σώρευση στο ίδιο δικόγραφο της ανακοπής του άρθρου 702 ΚΠολΔ και της αίτησης ανάκλησης του άρθρου 696 ΚΠολΔ. Η ανακοπή του άρθρου 702 ΚΠολΔ δικάζεται κατά τη διαδικασία των ασφαλιστικών μέτρων (όταν δικάζει το δικαστήριο του τόπου της εκτέλεσης, εφαρμόζονται μόνο, κατ' άρθρο 702 παρ. 2 ΚΠολΔ, οι διατάξεις των άρθρων 686 έως 688, 690 έως 692, 695 και 699) και οι λόγοι της αφορούν σε ακυρότητες της εκτέλεσης. Δεν συντρέχει εν προκειμένω έλεγχος της ορθότητας της απόφασης των ασφαλιστικών μέτρων. Με τη σώρευση στη ίδια αίτηση και των δύο αιτημάτων, το πεδίο των λόγων προφανώς διευρύνεται: εξετάζονται ακυρότητες που επιλοχώρησαν κατά τη διαδικασία της εκτέλεσης, αλλά και η μεταβολή των πραγμάτων που είναι ο βασικός λόγος της ανακλητικής αίτησης. Η σώρευση αυτή γίνεται δεκτή στη νομολογία²⁸, όπως και από τους συγγραφείς^{29,30}.

III. Συμπερασματικές παρατηρήσεις

7. Κατ' ορθή δογματικά θέση, που επιβεβαιώνεται από ένα μέρος μόνο της νομολογίας³¹, από το συνδυασμό των ειδικών διατάξεων των άρθρων 724 παρ. 2 ΚΠολΔ και 702 παρ. 1 ΚΠολΔ³², το δικαστήριο που εξέδωσε την οριστική απόφαση έχει αρμοδιότητα για να αναστείλει ή να μην αναστείλει ολικά ή εν μέρει την εκτέλεση του επιβληθέντος ασφαλιστικού μέτρου,

ταγή, Ανάκληση και Μετενέργεια των Ασφαλιστικών Μέτρων, 2013, σ. 8.

26 Βλ. ΟΛΑΠ 4/2004. Από τη νομολογία των δικαστηρίων της ουσίας βλ. ενδεικτικά ΜΠρΑθ 1056/2003 ΕλλΔνη 2005. 286 επ.

27 ΟΛΑΠ 4/2004, ΑΠ 296/2003 ΧρΙΔ 2003. 539 επ.

28 Βλ. ΜΠρΑθ 6208/2001 Δ 2002. 413 επ., παρατηρήσεις Κ. Μπένη, 416-20.

29 Έτσι, Μαργαρίτης/Μαργαρίτη, Ερμηνεία ΙΙ, άρθρο 702, αριθ. 3.

30 Δελγκωστόπουλος, Η προσωρινή διαταγή κατά τον ΚΠολΔ, ο.π., σ. 170.

31 ΕφΘεσ 391/2018 ΕλλΔνη 2018. 775 επ., ιδίως 776-7, ενημερωτικό σημείωμα Γεωργίου, 777 επ. Γι' αυτή την απόφαση βλ. Διαμαντόπουλο, Αστικό Δικονομικό Δίκαιο και Νομολογιακό Γίγνεσθαι, ο.π., σ. 413 επ. και σ. 437 · Δελγκωστόπουλο, Η προσωρινή διαταγή κατά τον ΚΠολΔ, ο.π., σ. 16.

32 Η ρύθμιση του άρθρου 702 παρ. 1 ΚΠολΔ είναι ειδική διάταξη τόσο για τη λειτουργική όσο και για την κατά τόπον αρμοδιότητα.

συνεπεία οριστικής απόφασης του ιδίου δικαστηρίου. Για παράδειγμα³³, σε ανακύπτουσα διαφορά για την εκτέλεση του ασφαλιστικού μέτρου της συντηρητικής κατάσχεσης εις χείρας τρίτου το οποίο επιβλήθηκε με βάση οριστική απόφαση, δεύτερη προσωρινή διαταγή με την οποία ζητείται να αρθεί η συντηρητική κατάσχεση εις χείρας τρίτου δικάζεται, σύμφωνα με τη διάταξη του άρθρου 724 παρ. 2 ΚΠολΔ, και αυτή από το δικαστήριο που εξέδωσε την απόφαση σε πλήρη συγκρότηση. Το δικαστήριο που εξέδωσε την οριστική απόφαση με συμμετοχή όλων των μελών του, ήτοι το Πολυμελές Πρωτοδικείο (και όχι το Εφετείο, όπως υπολαμβάνει η διάταξη του άρθρου 697 ΚΠολΔ, επί εκκρεμοδικίας στο δεύτερο βαθμό) έχει αρμοδιότητα για να αναστείλει ή να μην αναστείλει ολικά ή εν μέρει την εκτέλεση του επιβληθέντος ασφαλιστικού μέτρου, συνεπεία οριστικής απόφασης του ιδίου δικαστηρίου³⁴.

8. Δεύτερον, επάλληλα, το αντικείμενο της ανακλητικής αίτησης του άρθρου 724 παρ. 2 ΚΠολΔ δεν είναι το ίδιο με το ευρύτερο αντικείμενο της κατ' άρθρο 697 ΚΠολΔ ανάκλησης. Επί αίτησης αναστολής του ασφαλιστικού μέτρου του άρθρου 724 παρ. 2 ΚΠολΔ, το αντικείμενο της δίκης είναι πιο στενό και οριοθετημένο. Ελέγχονται μόνο αν πιθανολογείται η εξόφληση ή η ανυπαρξία της απαίτησης ή αν τα περιουσιακά στοιχεία του οφειλέτη είναι επαρκή για την εξασφάλιση της απαίτησης. Συγκεκριμένα, ελέγχεται αν η περιουσιακή κατάσταση του οφειλέτη δικαιολογεί τη συντηρητική κατάσχεση του συνόλου ή μέρους των περιουσιακών του στοιχείων ή την εγγραφή προσημείωσης υποθήκης. Πιο συγκεκριμένα, αξιολογούνται τα ακίνητα (από το Ε9), αν υπάρχει μικρή ή μεγάλη ή ανύπαρκτη ακίνητη περιουσία, αν υπάρχουν βάρη στα ακίνητα και τι είδους, αν η απαίτηση εξασφαλίζεται λχ. με τη δέσμευση ενός ή περισσότερων τραπεζικών λογαριασμών. Δεν ελέγχονται, κατά τη γνώμη μας, νομικά ή ουσιαστικά σφάλματα της απόφασης, όπως θα ίσχυε αν επρόκειτο, εν είδει υποκατάστατου των ενδίκων μέσων, για αίτηση του άρθρου 697 ΚΠολΔ. Το 697 προϋποθέτει προηγούμενη δικαιοδοτική κρίση που δέχεται ή απορρίπτει αίτηση ασφαλιστικών μέτρων. Το 697 δεν λειτουργεί στο πλαίσιο των άρθρων 724 παρ. 2 και 702 παρ. 1 ΚΠολΔ διότι δεν μπορεί να λειτουργήσει. Με τη θεωρία όμως περί δικαστηρίου της κύριας δίκης, συνάφειας κλπ αναγκάζονται οι ίδιοι οι δικαστές που υιοθετούν τέτοιου είδους θέσεις να εφαρμόζουν διάταξη που δεν εφαρμόζεται, διότι δεν προσαρμόζεται επιτυχώς. Στην πραγματικότητα, εδώ, πρέπει ο αιτών να πείσει και το πρωτοβάθμιο δικαστήριο (ή το Εφετείο) να πιθανολογήσει, ότι ελλείπουν οι προϋποθέσεις

33 ΕφΘεσ 391/2018 ο.π.

34 Δεληκωστόπουλος, Η προσωρινή διαταγή κατά τον ΚΠολΔ, ο.π., σ. 16.

για την ανάγκη παροχής προσωρινής δικαστικής προστασίας. Επανεκτίμηση πλήρης δεν συγχωρείται λόγω νομικών ασφαλμάτων στο πλαίσιο της αναστολής εκτέλεσης ασφαλιστικών μέτρων του άρθρου 724 ΚΠολΔ. Κατ' εξαιρετικά οριακή απλούστευση, ενώ στην πραγματικότητα '696 παρ. 3' μπορεί να δικάζουν ('μεταβολή των πραγμάτων' που ενδέχεται όμως να προκύπτει και από προϋπάρχοντα γεγονότα που δεν είχαν τεθεί στην κρίση του δικαστηρίου ή αποδεικτικά στοιχεία άγνωστα ή τα οποία δεν είχε προσαγάγει ο διάδικος από δικαιολογημένη αιτία), ο αφορισμός περί 'του δικαστηρίου της κύριας δίκης' τείνει να εγκλωβίσει τα Εφετεία σε κρίσεις εν είδει εφέσεων αποφάσεων ασφαλιστικών μέτρων, χωρίς εν προκειμένω να έχει υπάρξει προηγούμενη δικαιοδοτική κρίση επί του ζητήματος. Με αποτέλεσμα, το νέο 724 ΚΠολΔ αργά αλλά σίγουρα να 'απονευρώνεται', νέες δίκες να δημιουργούνται, αποφάσεις να εκδίδονται με κάπως αμφιλεγόμενη κατανομή αρμοδιοτήτων μεταξύ Εφετείων και Αρείου Πάγου, τα δε περί οικονομίας της δίκης να αγνοούνται. Και όλα αυτά διότι απλά δεν εφαρμόζεται μια σαφέστατη και απλή διάταξη: η αναστολή των ασφαλιστικών μέτρων του άρθρου 724 ΚΠολΔ δικάζεται κατά τη διαδικασία του άρθρου 702 παρ. 1 ΚΠολΔ από το δικαστήριο που εξέδωσε την απόφαση.

Η σχέση της διαμαρτυρίας με τη δίκη ψευδομαρτυρίων στην κλασική Αθήνα

Αθανάσιος Α. Δέλιος

Επ. Καθηγητής Νομικής Σχολής Δ.Π.Θ.

1. Εισαγωγή

Μια δικονομική διαδικασία της κλασικής Αθήνας, η οποία ωστόσο διέθετε αρχαϊκά χαρακτηριστικά¹ αποτελώντας έτσι έναν παλαιότατο θεσμό ήταν η *διαμαρτυρία*. Με τον όρο *διαμαρτυρία* εννοούμε την τυπική, εξώδικη και ένορκη δήλωση ενός πολίτη, ο οποίος βεβαίωνε ένα γεγονός που γνώριζε πολύ καλά, όπως π.χ. το ότι κάποιος άνδρας ήταν μέλος ενός δήμου ή ότι υπήρχε νόμιμος γιος ενός πατέρα², εξ ου και η υπόθεση δεν μπορούσε να εισαχθεί σε δικάσιμο³. Η εν λόγω δήλωση αποτελούσε για το δικαστήριο πλήρη απόδειξη μέχρις ότου τυχόν προσβληθεί ως ψευδής⁴. Σε κάθε περίπτωση η άσκηση της *διαμαρτυρίας* σταματούσε την εξέλιξη της δικονομικής διαδικασίας, η οποία μόλις είχε ξεκινήσει. Η υποβολή της *διαμαρτυρίας* ενώπιον του Επωνύμου Άρχοντος στην κλασική Αθήνα συνηθέστερα απαντά σε κληρονομικού δικαίου υποθέσεις⁵. Ειδικότερα, στο πλαίσιο της *ανακρίσεως* ήταν δυνατόν να εμφανιστεί ένας μάρτυρας, ο οποίος βεβαίωνε πως ο κληρός, ο οποίος αποτελούσε το αντικείμενο της διεκδίκησης μεταξύ των αγχιστέων δεν ήταν επίδικος, επειδή υπήρχε ένας αληθινός κληρονόμος⁶ (π.χ. ένας γνήσιος ή ποιητός κατιών). Η δήλωση αυτή του μάρτυρα ανέτρεπε τις βλέψεις των διεκδικητών της ουσίας, εξ ου και ήταν δυνατόν να αποκρουσθεί μέσω της *επισκήψεως* και της επακόλουθης *δίκης ψευδομαρτυρίων*. Η παρούσα μελέτη έχει στόχο να αναδείξει τόσο τον ρόλο του δικονομικού μηχανισμού της *διαμαρτυρίας* (όπως αυτός παρουσιάζεται σε δικανικούς λόγους κληρονομικού δικαίου) όσο και τη σχέση της *διαμαρτυρίας* με τη *δίκη ψευδομαρτυρίων*.

1 Gernet, 1955, 83-102.

2 MacDowell, 2015 (1978), 329.

3 Αρναούτογλου, 2017, 23.

4 Biscardi, 2010 (1982), 144-145.

5 Σύμφωνα με τον Calhoun (Calhoun, 1918, 185) δεν απαντούν στις πηγές περιπτώσεις άσκησης *διαμαρτυρίας* σε υποθέσεις δημοσίου χαρακτήρα.

6 Δημάκης, 1994, 33.

2. Η άσκηση της διαμαρτυρίας ενώπιον του Επωνύμου Αρχοντος

Οι δικανικοί λόγοι στους οποίους απαντούν τα περισσότερα παραδείγματα διαμαρτυρίας ανήκουν στον Ισαίο⁷ και στον Δημοσθένη. Ειδικότερα, στον λόγο του Ισαίου *Περί του Μενεκλέους Κλήρου* αναφέρεται η περίπτωση του Φιλωνίδη, ο οποίος άσκησε διαμαρτυρία υπέρ του γαμπρού του, ισχυριζόμενος πως ο τελευταίος υιοθετήθηκε εν ζωή από τον Μενεκλή, εξ ου και ο κλήρος του Μενεκλέους δεν ήταν επίδικος: «διδάξω οὖν ὑμᾶς ἐξ ἀρχῆς ὡς προσηκόντως τε καὶ κατὰ τοὺς νόμους ἐγένετο ἢ ποιήσῃς, καὶ οὐκ ἔστιν ἐπίδικος ὁ κλήρος ὁ Μενεκλέους ὄντος ἐμοῦ ὑοῦ ἐκείνου, ἀλλ' ὁ μάρτυς διεμαρτύρησε τάληθῃ. δέομαι δ' ὑμῶν ἀπάντων καὶ ἀντιβολῶ καὶ ἱκετεύω μετ' ἐννοίας ἀποδέχεσθαι μου τοὺς λόγους».⁸ Επίσης, στον λόγο του Ισαίου *Περί του Πύρρου Κλήρου* μνημονεύεται ένα ακόμη χαρακτηριστικό παράδειγμα διαμαρτυρίας. Πιο συγκεκριμένα, ο ομιλητής αναφέρει πως όταν η μητέρα του (αδελφή του Πύρρου) διεκδίκησε την κληρονομία, τότε εμφανίστηκε ο Ξενοκλής, ο οποίος άσκησε διαμαρτυρία, υποστηρίζοντας πως ο κλήρος δεν ήταν επίδικος, επειδή ο Πύρρος είχε μια γνήσια θυγατέρα, τη Φίλη, η οποία μάλιστα ήταν σύζυγός του: «ἀμφισβητούσης δὲ τῆς μητρὸς τῆς ἡμετέρας, ἀδελφῆς δὲ τοῦ Πύρρου, ὁ κύριος τῆς εἰληχρίας τοῦ κλήρου γυναικὸς ἐτόλμησε διαμαρτυρῆσαι μὴ ἐπίδικον τῇ ἡμετέρᾳ μητρὶ τὸν τοῦ ἀδελφοῦ κλήρον εἶναι, ὡς οὔσης γνησίας θυγατρὸς Πύρρῳ, οὗ ἦν ἐξ ἀρχῆς ὁ κλήρος».⁹ Περαιτέρω, στον λόγο του Ισαίου *Περί του Δικαιογένους Κλήρου*, ο Λεωχάρης άσκησε διαμαρτυρία υπέρ των συμφερόντων του Δικαιογένους Γ. Ειδικότερα, δια της διαμαρτυρίας υποστήριξε πως ο κλήρος του Δικαιογένους Β δεν ήταν επίδικος, επειδή πράγματι ο τελευταίος είχε έναν θετό γιο (βάσει των διαθηκών), δηλαδή τον Δικαιογένη Γ: «διεμαρτύρησε Λεωχάρης οὐτοσί μὴ ἐπίδικον εἶναι τὸν κλήρον ἡμῖν».¹⁰ Συνεπώς, κατά τον Λεωχάρη δεν υπήρχε χρεία επιδικασίας του εν λόγω κλήρου.

Επόμενο παράδειγμα διαμαρτυρίας εντοπίζεται στον λόγο του Ισαίου *Περί του Φιλοκτήμονος Κλήρου*. Στον συγκεκριμένο δικανικό λόγο αναφέρεται πως όταν ο Χαιρέστρατος (ποιητός υιός μέσω διαθήκης του Φιλοκτήμονος) επικαλέστηκε την ιδιότητά του ως εξ υιοθεσίας γιου του Φιλοκτήμονος και ζήτησε ως εξ υιοθεσίας εγγονός του Ευκτήμονος την κληρονομία του τελευταίου (δηλαδή του πατέρα του Φιλοκτήμονος),¹¹ ο Ανδροκλής¹² άσκησε διαμαρτυρία ισχυριζόμενος πως η κληρονομία δεν ήταν επίδικη (διεμαρτύρησεν Ἀνδροκλῆς

7 Οι λόγοι του Ισαίου αποτελούν την κύρια πηγή γνώσης του κληρονομικού δικαίου της κλασικής Αθήνας (Edwards, 1994, 33).

8 Ισαίος, *Περί του Μενεκλέους Κλήρου* 2.

9 Ισαίος, *Περί του Πύρρου Κλήρου* 3.

10 Ισαίος, *Περί του Δικαιογένους Κλήρου* 16.

11 Δημάκης, 1995, 258.

12 Δημάκης, 1995, 258-260.

ούτοσί μὴ ἐπιδίκον εἶναι τὸν κλῆρον)¹³ δεδομένου πως ο Εὐκτῆμων εἶχε ἕνα γνήσιο κατιόντα, τὸν Ἀντίδωρο: «προσδιαμεμαρτύρηκεν [ὥς] ὅν εἶναι γνήσιον Εὐκτῆμονος τοῦτον»¹⁴. Ἀκόμη, ὁ ομιλητὴς στὸν λόγο τοῦ Ἰσαίου *Περὶ τοῦ Ἀπολλοδώρου Κλήρου* ἀπευθύνεται πρὸς τοὺς δικαστὲς υποστηρίζοντας πως εἰάν ἐκεῖνοι ἦταν περισσότερο εὐνοϊκὰ διακείμενοι πρὸς τὴ διαμαρτυρία ἐναντὶ τῆς εὐθυδικίας, τότε ὁ ἴδιος θὰ ἐβρίσκει κάποιον μάρτυρα ὁποῖος θὰ βεβαίωνε πως ὁ κλῆρος τοῦ Ἀπολλοδώρου δὲν ἦταν ἐπιδίκος ἐπειδὴ ὁ τελευταῖος τὸν εἶχε υἱοθετήσει (συνεπῶς υπῆρχε ἕνας ποιητὸς γιος τοῦ ἀποβιώσαντος): «ἐγὼ δ' εἰ μὲν ἐώρων ὑμᾶς μᾶλλον ἀποδεχομένους τὰς διαμαρτυρίας ἢ τὰς εὐθυδικίας, κἂν μάρτυρας προὔβαλόμην μὴ ἐπιδίκον εἶναι τὸν κλῆρον ὥς ποιησαμένου με ὅν Ἀπολλοδώρου κατὰ τοὺς νόμους».¹⁵

Εἰσὶς, στὸν λόγο τοῦ Δημοσθένους *Πρὸς Λεωχάρη* ἀναφέρεται πως ὁ Λεωχάρης ἀσκήσε διαμαρτυρία στὸ πλαίσιο τῆς ἀνακρίσεως ἐνώπιον τοῦ Ἐπωνύμου Ἀρχόντος ἰσχυριζόμενος πως ὁ κλῆρος τοῦ Ἀρχιάδου δὲν ἦταν ἐπιδίκος, ἐπειδὴ ὁ τελευταῖος εἶχε γνήσια τέκνα: «οὐκοῦν δήπου διαμεμαρτύρηκεν οὗτοσί, ὥς ἀκηκόατε, [μὴ ἐπιδίκον εἶναι τὸν κλῆρον τὸν Ἀρχιάδου, ὄντων αὐτῷ παίδων γνησίων κυρίως κατὰ τὸν θεσμόν].»¹⁶. Μάλιστα, μετὰ τῶν γνησίων τέκνων ὁ Λεωχάρης συμπεριέλαβε καὶ τὸν εαυτὸ του: «οὗτοσί τοίνυν διαμεμαρτύρηκεν τοὺς οὐκ ὄντας εἶναι, καὶ γέγραφεν ἐν τῇ διαμαρτυρίᾳ ὄντων παίδων, ἕνα φάσκων αὐτὸν εἶναι»¹⁷. Ὡστόσο, ὁ ομιλητὴς υπογραμμίζει πως ἡ συγκεκριμένη διαμαρτυρία υπῆρξε ψευδής: «ἀξίων κληρονομεῖν ὧν οὐ προσῆκεν αὐτῷ, καὶ ὑπὲρ τούτων ψευδῇ διαμαρτυρίαν πρὸς τῷ ἄρχοντι ποιησάμενος»¹⁸. Τέλος, ὁ Ἀρποκρατίων¹⁹ ἀναφέρεται στὸν Δείναρχο, ὁποῖος κάνει λόγο γιὰ τὴν ἀσκήση τῆς διαμαρτυρίας με περιεχόμενο τὸ γεγονός πως ἡ θυγατέρα τοῦ Ἀριστοφώντος δὲν ἦταν ἐπιδίκος:²⁰ «Δείναρχος μέντοι τὸ διαμαρτυρῆσαι τέθεικεν οὐκ ἐπὶ τοῦ μαρτυρήσαντος αὐτοῦ, ἀλλ' ἐπὶ τοῦ παρασχόντος τινὰ διαμαρτυρήσαντα ἐν τῇ διαμαρτυρίᾳ περὶ τοῦ μὴ ἐπιδίκον εἶναι τὴν Ἀριστοφώντος θυγατέρα. οὗτος δὲ ὁ ῥήτωρ ἐν τῷ κατὰ Ἡδύλης καὶ τὸν τρόπον διαγράφει τῆς διαμαρτυρίας». Ἐν προκειμένῳ, ἀπαντᾷ ἡ περίπτωση ἀσκήσεως διαμαρτυρίας, ἡ ὁποία ἀφορᾷ σὲ ἐπὶ κληρο θυγατέρα.²¹

13 Ἰσαῖος, *Περὶ τοῦ Φιλοκτῆμονος Κλήρου* 4.

14 Ἰσαῖος, *Περὶ τοῦ Φιλοκτῆμονος Κλήρου* 10.

15 Ἰσαῖος, *Περὶ τοῦ Ἀπολλοδώρου Κλήρου* 3.

16 Δημοσθένης, *Πρὸς Λεωχάρη* 46.

17 Δημοσθένης, *Πρὸς Λεωχάρη* 48.

18 Δημοσθένης, *Πρὸς Λεωχάρη* 1.

19 Ἀρποκρατίων, λ. διαμαρτυρία.

20 Ἀρποκρατίων, λ. ἐπιδίκος καὶ ἐπὶ κληρος καὶ ἐπίπροικος: «ἐπιδίκος δὲ ἢ ἀμφισβητουμένη ἐπὶ κληρος ὅτῳ χρὴ αὐτὴν γαμηθῆναι. ταῦτα δὲ δηλοῦσιν Ἰσαῖος ἐν τῷ πρὸς Σάτυρον ὑπὲρ ἐπὶ κληρος καὶ Δείναρχος ἐν τῷ ἐπιγραφόμενῳ διαμαρτυρία περὶ τοῦ μὴ ἐπιδίκον εἶναι τὴν Ἀριστοφώντος θυγατέρα».

21 Ἐπὶ κληρος ἦταν ἡ θυγατέρα σὲ ἕνα ἀθηναϊκὸ οἶκο στὸν ὁποῖο ἐξέλιπαν ὅλα τὰ ἀρσενικά

Τα στοιχεία τα οποία συνάγονται εκ των ανωτέρω πηγών αναφορικά με τον χρόνο, τον φορέα, το περιεχόμενο και το αποτέλεσμα της υποβολής *διαμαρτυρίας* είναι τα ακόλουθα: α) Η άσκηση της *διαμαρτυρίας* σε υποθέσεις κληρονομικού δικαίου γινόταν προδικαστικά (*πρὸ γὰρ τοῦ εἰσαχθῆναι τὴν δίκην εἰς τὸ δικαστήριον*)²² ενώπιον του Επωνύμου Ἀρχοντος, ο οποίος ήταν αρμόδιος για αυτές τις υποθέσεις. β) Σε σχέση με τον φορέα άσκησης της *διαμαρτυρίας*, είναι σαφές πως ο *βουλόμενος* (δηλαδή οποιοσδήποτε Αθηναίος πολίτης) ήταν δυνατόν να ασκήσει *διαμαρτυρία* (*ἐξῆν τῷ βουλομένῳ διαμαρτυρῆσαι*)²³. Ωστόσο για την καλύτερη κατανόηση του πλαισίου, θα χρειαστεί να διακριθούν τα ακόλουθα τρία σχήματα: Η πρώτη περίπτωση αφορά στην υποβολή *λήξεως* (δηλαδή αιτήματος δικαστικής διεκδίκησης της κληρονομίας) από δύο αγχιστεῖς (πλησιέστερους προς τον αποβιώσαντα συγγενείς). Σε αυτήν την περίπτωση, ήταν δυνατόν να παρουσιαστεί ένας μάρτυρας, ο οποίος θα κατέθετε *διαμαρτυρία* κατά το προδικαστικό στάδιο, υποστηρίζοντας πως ο κλήρος δεν ήταν *ἐπίδικος* (*μὴ ἐπίδικον εἶναι τὸν κλῆρον*), επειδή υπήρχε ένας αληθινός κληρονόμος.

Η δεύτερη περίπτωση αφορά στην υποβολή της *λήξεως* από έναν ποιητό υἱό (η επαγωγή της κληρονομίας μέσω *εμβατεύσεως* αφορούσε αποκλειστικά στους γνήσιους κατιόντες, ενώ οι ἔτεροι διεκδικητές του κλήρου θα έπρεπε να ακολουθήσουν την οδό της *ἐπιδικασίας*) και έναν αγχιστέα. Εν προκειμένω, ήταν δυνατόν να εμφανιστεί ένας μάρτυρας, ο οποίος θα κατέθετε *διαμαρτυρία* ισχυριζόμενος πως ο κλήρος δεν ήταν *ἐπίδικος*, επειδή ο αληθινός κληρονόμος ήταν ο ποιητός υἱός ο οποίος διεκδικούσε τον κλήρο. Η τρίτη περίπτωση αφορούσε στην άσκηση της *διαμαρτυρίας* από τον ίδιο τον διεκδικητή του κλήρου. Χαρακτηριστικό παράδειγμα αντλείται από τον λόγο του Δημοσθένους *Προς Λεωχάρη*²⁴ στον οποίο ο Λεωχάρης ισχυριζόμενος πως ήταν γνήσιος γιος,

τέκνα και εκείνη ήταν εκ του νόμου υποχρεωμένη να νυμφευτεί τον πλησιέστερο εκ της πατρικής πλευράς συγγενή της (Πιούνη, 2006, 422-423), ούτως ώστε από τον μεταξύ τους γάμο να γεννηθεί ένα αρσενικό τέκνο το οποίο θα αποτελούσε τον συνεχιστή και συνάμα κληρονόμο του οίκου του παππού του εκ της μητρικής πλευράς. Είναι σαφές πως ο θεσμός της επικλήρου προέτασσε την ενδογαμία (Δέλιος, 2018, 31). Ο σχετικός νόμος για τον υἱό της επικλήρου αναφέρεται στον δικανικό λόγο του Δημοσθένους Κατά Στεφάνου 2, 20: «*Νόμος καὶ ἐὰν ἐξ ἐπικλήρου τις γένηται καὶ ἅμα ἡβήσῃ ἐπὶ δίετες, κρατεῖν τῶν χρημάτων, τὸν δὲ σίτον μετρεῖν τῇ μητρὶ.*» οὐκοῦν ὁ μὲν νόμος κελεύει τοὺς παῖδας ἡβήσαντας κυρίου τῆς μητρὸς εἶναι, τὸν δὲ σίτον μετρεῖν τῇ μητρὶ».

22 Αρποκρατίων, λ. *διαμαρτυρία*.

23 Αρποκρατίων, λ. *διαμαρτυρία*.

24 Δημοσθένης Προς Λεωχάρη 42: «*καὶ μετὰ ταῦτα τῇ διαμαρτυρίᾳ πρὸς τῷ ἄρχοντι τοῦτον ἐπιγράφεται ὡς υἱὸν ὄντα γνήσιον τοῦ τετελευτηκότος ἔτη πολλά, τὸν πρῶν καὶ χθὲς ἐγγραφέντα. καὶ συμβαίνει ἀμφοτέρους αὐτοὺς τῆς κληρονομίας ἀμφισβητεῖν: ὃ τε γὰρ Λεωστρατος οὕτοσι παρακατέβαλε τοῦ κλήρου ὡς υἱὸς γνήσιος Ἀρχιάδη, ὃ τε Λεωχάρης οὕτοσι διαμεμαρτύρηκεν ὡς υἱὸς ὧν γνήσιος τοῦ αὐτοῦ πατρός.*».

υπέβαλε τη *διαμαρτυρία* ο ίδιος σαν μάρτυρας του εαυτού του και μάλιστα ο αντίδικος φαίνεται να παραδέχεται πως αυτή η ενέργεια ήταν εκ του νόμου επιτρεπτή²⁵.

γ) Σε σχέση με το περιεχόμενο της *διαμαρτυρίας* στις κληρονομικές υποθέσεις, ο διαμαρτυρόμενος ισχυριζόταν πως ο κλήρος δεν ήταν επίδικος, δηλαδή δεν χρειαζόταν η επιδικασία της κληρονομίας από τον Επώνυμο Άρχοντα, αφού υπήρχε ένας αληθινός κληρονόμος (συνηθέστερα ένας γνήσιος ή ποιητός υιός).²⁶ δ) Τέλος, το αποτέλεσμα το οποίο επέφερε η άσκηση της *διαμαρτυρίας* ήταν η διακοπή της επιδικασίας του κλήρου από τον Επώνυμο Άρχοντα. Όπως χαρακτηριστικά αναφέρει ο Thür²⁷: «μετά την άσκηση της *διαμαρτυρίας* τα χέρια του Επώνυμου Άρχοντος ήταν πλέον δεμένα εκτός και εάν υπήρχε απόκρουση της *διαμαρτυρίας* μέσω μιας επιτυχούς άσκησης της δίκης *ψευδομαρτυρίων*». Κατ' ουσίαν, καμιά άλλη αξίωση δεν μπορούσε να γίνει παραδεκτή, εκτός και εάν κάποιος αμφισβητούσε την αλήθεια της ασκηθείσας *διαμαρτυρίας*, υποβάλλοντας το ανωτέρω ένδικο βοήθημα.²⁸ Ωστόσο, όπως υπογραμμίζει ο MacDowell²⁹, η υποβολή μιας *διαμαρτυρίας* ενώπιον του Άρχοντος δεν σταματούσε τη διαδικασία μέχρις ότου ολοκληρωνόταν η υποβολή των ερωτήσεων προκειμένου να ελεγχθεί η εγκυρότητα της *διαμαρτυρίας*.

3. Η δικονομική απάντηση στην ασκηθείσα *διαμαρτυρία*

Ο διεκδικητής της κληρονομίας του οποίου τα συμφέροντα πλήττονταν από την υποβολή της *διαμαρτυρίας* είχε τη δυνατότητα να στραφεί εναντίον του διαμαρτυρόμενου ασκώντας κατ' αρχάς την *επίσκηψιν*,³⁰ δηλαδή μια ένσταση η οποία αφενός οδηγούσε στη διαγραφή της *λήξεως* (δηλαδή του αιτήματος της δικαστικής διεκδίκησης της ουσίας), αφετέρου αποτελούσε το προστάδιο της δίκης *ψευδομαρτυρίων*: «ἐπισκηψαμένων δ' ἡμῶν ἢ μὲν λήξῃς τοῦ κλήρου διεγράφη, ἢ δὲ τῶν ψευδομαρτυρίων δίκη εἰσῆι»³¹. Ουσιαστικά, η επιδικασία του κλήρου δεν προχωρούσε και ξεκινούσε η *δίκη ψευδομαρτυρίων*³² στην οποία ενάγων ήταν ο

25 MacDowell, 2015 (1978), 337-338.

26 Μάλιστα ο αληθινός κληρονόμος (για χάρη του οποίου υποβαλλόταν η *διαμαρτυρία*) έπρεπε να καταθέσει την παρακαταβολή. Επρόκειτο για το χρηματικό ποσό το οποίο στις κληρονομικούς δικαίον υποθέσεις ισοδυναμούσε με το 1/10 της αξίας του κλήρου. Harrison, 1971, 127. Rubinstein, 1993, 31.

27 Thür, 2005, 151.

28 MacDowell, 2015 (1978), 161-162.

29 MacDowell, 2015 (1978), 372.

30 Phillips, 2013, 221.

31 Ισαίος, *Περί του Δικαιογένους Κλήρου* 17.

32 Αδαμ-Μαγνήσαλη, 2008, 147.

προσβληθείς από τη *διαμαρτυρία* διεκδικητής της ουσίας και εναγόμενος ήταν ο διαμαρτυρόμενος³³. Ο πρώτος ισχυριζόταν πως ο αντίδικός του υπήρξε ψευδομάρτυρας, αφού το περιεχόμενο της *διαμαρτυρίας* δεν ήταν αληθές, δηλαδή ο κλήρος ήταν όντως επίδικος και δεν υπήρχε κάποιος γνήσιος ή ποιητός κατιών του αποβιώσαντος. Ο δεύτερος επιχειρηματολογούσε υπέρ της αλήθειας της *διαμαρτυρίας*. Ωστόσο, εάν ο ασκών την επίσηκην παρέλειπε να προχωρήσει στη *δίκη ψευδομαρτυρίων*, ο άρχοντας θεωρούσε δεδομένη την αλήθεια της *διαμαρτυρίας* και ενεργούσε ανάλογα.³⁴

Τρεις δικανικοί λόγοι του Ισαίου και ένας του Δημοσθένους εκφωνήθηκαν στο πλαίσιο μιας *δίκης ψευδομαρτυρίων*, η οποία ακολούθησε την άσκηση μιας *διαμαρτυρίας*.³⁵ Ειδικότερα, ο *Περί του Μενεκλέους Κλήρου* λόγος του Ισαίου εκφωνήθηκε στη *δίκη ψευδομαρτυρίων* στην οποία ενάγων ήταν ο αδελφός του Μενεκλέους και εναγόμενος ο Φιλωνίδης (πεθερός του ποιητού υιού), ο οποίος προηγουμένως είχε ασκήσει τη *διαμαρτυρία* υπέρ των συμφερόντων του ποιητού υιού. Στο πλαίσιο αυτής της *δίκης* ο ποιητός υιός του Μενεκλέους επιχειρηματολογεί υπέρ του πεθερού του, Φιλωνίδη, γνωρίζοντας πως εάν το περιεχόμενο της *διαμαρτυρίας* αποδεικνυόταν αληθές, αυτό θα σήμαινε και την έμμεση αποδοχή από μέρους του δικαστηρίου της εγκυρότητας της γενόμενης υιοθεσίας και έτσι τα κληρονομικά δικαιώματά του θα ενισχύονταν. Επίσης, ο δικανικός λόγος του Ισαίου *Περί του Πύρρου Κλήρου* εκφωνήθηκε στο πλαίσιο μιας *δίκης ψευδομαρτυρίων*³⁶. Ειδικότερα, όταν ο Ξενοκλής (σύζυγος της Φίλης) άσκησε *διαμαρτυρία*, ισχυριζόμενος πως η γυναίκα του ήταν γνήσια θυγατέρα του Πύρρου (εξ ου και εκείνος διεκδικούσε τον κλήρο του Πύρρου για λογαριασμό της), τότε ο ομιλητής *επέσκηψε* και ακολούθως άσκησε τη *δίκη ψευδομαρτυρίων*, η οποία ολοκληρώθηκε μάλιστα με την καταδίκη του Ξενοκλή: «ἐπισκηψάμενοι δὲ ἡμεῖς, καὶ εἰς ὑμᾶς εἰσαγαγόντες τὸν διαμαρτυρῆσαι τολμήσαντα [κατὰ] ταῦτα, ἐκείνόν τε ἐξελέγξαντες περιφανῶς τὰ ψευδῆ μεμαρτυρηκότα τήν τῶν ψευδομαρτυρίων δίκην εἵλομεν παρ' ὑμῖν».³⁷ Ωστόσο, στο πλαίσιο αυτής της *δίκης* κατέθεσε ως μάρτυρας ο Νικόδημος (αδελφός της μητέρας της Φίλης), ο οποίος βεβαίωσε πως όντως η αδελφή του είχε νομότυπα δοθεί ως σύζυγος στον Πύρρο και έτσι η Φίλη ήταν γνήσια κόρη του. Ο ομιλητής κατηγόρησε τον Νικόδημο επίσης ως ψευδομάρτυρα και έτσι ο παρών λόγος του Ισαίου εκφωνήθηκε στο πλαίσιο της *δίκης ψευδομαρτυρίων*.

Ο λόγος του Ισαίου *Περί του Φιλοκτήμονος Κλήρου* κινείται στην ίδια κατεύ-

33 Harrison, 1968, 156-157.

34 MacDowell, 2015 (1978), 330.

35 MacDowell, 2015 (1978), 337.

36 Edwards, 2007, 42.

37 Ισαίος, *Περί του Πύρρου Κλήρου* 3-4.

θυνση. Ειδικότερα, απέναντι στη *διαμαρτυρία* του Ανδροκλή, η οποία είχε ως περιεχόμενο το γεγονός πως ο κλήρος δεν ήταν επίδικος επειδή ο Ευκτήμων είχε έναν γνήσιο γιο, τον Αντίδωρο,³⁸ ο Χαιρέστρατος αμύνθηκε υποβάλλοντας τη *δίκη ψευδομαρτυριών* και ο παρών λόγος εκφωνήθηκε από έναν στενό φίλο της οικογένειας του Χαιρέστρατου, ο οποίος λειτούργησε ως συνήγορος. Τέλος, ο λόγος του Δημοσθένους *Προς Λεωχάρη* εκφωνήθηκε στο πλαίσιο της *δίκης ψευδομαρτυριών*, αφού προηγουμένως ο Λεωχάρης είχε διαμαρτυρηθεί πως ο κλήρος δεν ήταν επίδικος όντας ο ίδιος νόμιμος κατιών του αποβιώσαντος Αρχιάδη, πλήττοντας έτσι τα συμφέροντα του Αριστοδήμου (αγχιστέως).

Η *δίκη ψευδομαρτυριών* στο δικαστήριο της Ηλιαίας ήταν ένας τιμητός δικαστικός αγώνας³⁹, δηλαδή δεν υπήρχε μια προκαθορισμένη ποινή στον νόμο για το αδίκημα της ψευδομαρτυρίας. Αντιθέτως, τόσο ο κατήγορος όσο και ο κατηγορούμενος πρότειναν μια ποινή και οι δικαστές επέλεγαν την πιο κατάλληλη για τον καταδικασθέντα ψευδομάρτυρα. Χαρακτηριστικά, στον λόγο του Ισαίου *Περί του Δικαιογένους Κλήρου* ο Λεωχάρης καταδικάστηκε ως ψευδομάρτυρας⁴⁰ και ο αντίδικός του αναφέρει πως μολονότι υπήρχε η δυνατότητα να προταθεί η ατιμία ως επιβαλλόμενη για τον Λεωχάρη ποινή, εντούτοις ζητήθηκαν και εν τέλει ελήφθησαν μόνο τα οφειλόμενα: «*ἡμεῖς τοίνυν ταῦτα παθόντες ὑπὸ Λεωχάρους, καὶ ἐγγενόμενον ἡμῖν αὐτὸν ἐπειδὴ εἴλομεν τῶν ψευδομαρτυριῶν ἀτιμῶσαι, οὐκ ἐβουλήθημεν, ἀλλ' ἐξήρκεσε τὰ ἡμέτερα ἡμῖν κομισαμένοις ἀπηλλάχθαι*»⁴¹. Ωστόσο, το μόνο βέβαιο ήταν πως οι δικαστές επέβαλλαν στον ηττηθέντα εναγόμενο στη *δίκη ψευδομαρτυριών* μεγάλες ποινές, όπως υπογραμμίζει ο Δημοσθένης: «*τῷ δὲ φεύγοντι μεγάλας ἐπέθηκαν τιμωρίας, ἐὰν ἄλῳσιν καὶ δόξωσιν ὑμῖν τὰ ψευδῆ μεμαρτυρηκέναι*»⁴².

4. Συμπεράσματα

Ένας δικονομικός τρόπος μέσω του οποίου ήταν δυνατόν να διαγραφεί η λήξις του κλήρου στην κλασική Αθήνα και κατ' αυτόν τον τρόπο να διακοπεί η *επιδικασία* της κληρονομίας κατά το στάδιο της *ανακρίσεως* ενώπιον του Επωνύμου Αρχοντος ήταν η *διαμαρτυρία*. Αυτή υποβαλλόταν συνηθέστερα από κάποιον

38 Δημάκης, 1995, 260.

39 Wyse, 1904, 233.

40 Ισαίος, *Περί του Δικαιογένους Κλήρου* 17: «*ἐν δὲ τῷ δικαστηρίῳ πάντα μὲν ἡμῶν εἰπόντων ἅ περ νυνί, πολλὰ δὲ Λεωχάρους ἀνταπολογησαμένου, ἔγνωσαν τὰ ψευδῆ μαρτυρῆσαι Λεωχάρην οἱ δικασταί*»

41 Ισαίος, *Περί του Δικαιογένους Κλήρου* 19.

42 Δημοσθένης, *Κατὰ Ευέργου και Μνησιβούλου* 2.

μάρτυρα, ο οποίος κατέθετε πως ο κλήρος δεν ήταν επίδικος⁴³ επειδή υπήρχε ένας αληθινός κληρονόμος (κάποιος γνήσιος ή ποιητός υιός)⁴⁴, ο οποίος έπρεπε σύμφωνα με τον νόμο να λάβει την κληρονομία. Κατ' ουσίαν, ο μάρτυρας δήλωνε πως η επιδικασία του κλήρου ήταν άνευ αντικειμένου, αφού ο κληρονομούμενος είχε καταλίπει έναν νόμιμο κατιόντα,⁴⁵ ο οποίος θα έπρεπε να καταστεί κληρονόμος της ουσίας του αποβιώσαντος Αθηναίου. Είναι σαφές πως αυτή η μαρτυρία υπέρ των συμφερόντων του αληθινού κληρονόμου έπληττε τα συμφέροντα του αγχιστέως, ο οποίος επεδίωκε να κληρονομήσει τον αποβιώσαντα Αθηναίο. Εάν ο αγχιστεύς αποδεχόταν τη *διαμαρτυρία* ως αληθινή δεν ακολουθούσε δίκη⁴⁶. Ωστόσο, η συνηθέστερη δικονομική απάντηση του πληττόμενου από τη *διαμαρτυρία* αγχιστέως εναντίον του διαμαρτυρόμενου ήταν αρχικώς η *επίσκηψις*, η οποία αποτελούσε το εισαγωγικό και συγχρόνως διακριτό στάδιο της *δίκης ψευδομαρτυρίων*. Αμέσως μετά ακολουθούσε η υποβολή της *δίκης ψευδομαρτυρίων* ενώπιον του Άρχοντος, ο οποίος ήταν αρμόδιος για την υπόθεση στο πλαίσιο της οποίας υποβλήθηκε⁴⁷, δηλαδή εν προκειμένω του Επωνύμου Άρχοντος. Εφόσον ο αγχιστεύς κέρδιζε τη δίκη ψευδομαρτυρίων στο δικαστήριο της Ηλιαίας, τότε η διαδικασία του κλήρου συνεχιζόταν κανονικά. Εάν, όμως, η *διαμαρτυρία* αποδεικνυόταν αληθής στο δικαστήριο της Ηλιαίας στο πλαίσιο της *δίκης ψευδομαρτυρίων*, τότε ο υπερ ου η *διαμαρτυρία* ήταν ο νόμιμος κληρονόμος του αποβιώσαντος Αθηναίου.

ΒΙΒΛΙΟΓΡΑΦΙΑ

- Αδαμ-Μαγνήσαλη Σ., 2008 *Η απονομή της δικαιοσύνης στην αρχαία Αθήνα (5^{ος} και 4^{ος} π.Χ. αι.)*, Αθήνα.
- Αρναούτογλου Η., 2017 «Χρήσεις δικαϊκών κανόνων στους δικανικούς λόγους της κλασικής Αθήνας», *Επετηρίς του Κέντρου Ερεύνης της Ιστορίας του Ελληνικού Δικαίου* 47 Ακαδημία Αθηνών, Αθήνα, 9-45.
- Biscardi A., 2010 (1982) *Αρχαίο Ελληνικό Δίκαιο*, μτφρ. Παν. Δ. Δημάκης, εκδόσεις Δ.Ν. Παπαδήμα, έβδομη έκδοση, Αθήνα.
- Γιούννη Μ., 2006 *Νόμος Πόλεως Δικαιοσύνη και Νομοθεσία στην Αρχαία Ελληνική Πόλιν Ι. Οι αρχαίοι χρόνοι*, εκδόσεις Βάνιας, Θεσσαλονίκη.
- Calhoun G.M., 1916 «Επίσκηψις and the Δίκη Ψευδομαρτυρίων», *CP* 11: 365-394.

43 Wyse, 1904, 234.

44 Humphreys, 2018, 249.

45 Biscardi, 2010 (1982), 145.

46 Scafuro, 2011, 25-26.

47 Calhoun, 1916, 384.

- Calhoun G.M., 1918 «Διαμαρτυρία, Παραγραφή and the Law of Archinus», *Classical Philology* vol.13 No.2, 169-185.
- Δέλιος Α., 2018 «Ο υιός της επικλήρου θυγατέρας», *Δίκαιο και Ιστορία* 3, 31-42.
- Δημάκης Π., 1994 *Ισαίου Λόγοι*, τόμος Α, Νομική Βιβλιοθήκη, Αθήνα.
- Δημάκης Π., 1995 *Ισαίου Λόγοι*, τόμος Β, Νομική Βιβλιοθήκη, Αθήνα.
- Edwards M., 1994 *The Attic Orators*, Bristol Classical Press, London.
- Edwards M., 2007 *Isaeus*, The Oratory of Classical Greece, series editor Michael Gagarin volume 11, University of Texas Press, Austin.
- Gernet L., 1955 *Droit et société dans la Grèce ancienne*, Paris.
- Harrison A.R.W., 1968 *The Law of Athens, The Family and Property*, Oxford University Press, Oxford.
- Harrison A.R.W., 1971 *The Law of Athens, Procedure*, Oxford University Press, Oxford.
- Humphreys S.C., 2018 *Kinship in Ancient Athens. An Anthropological Analysis*, volume 1, Oxford University Press, Oxford.
- MacDowell D.M., 2015 (1978) *Το Δίκαιο στην Αθήνα των Κλασικών Χρόνων*, μτφρ. Γ. Μαθιουδάκη, εκδόσεις Δ.Ν. Παπαδήμα, έκτη έκδοση, Αθήνα.
- Phillips D., 2013 *The Law of Ancient Athens*, Ann Arbor, MI: The University of Michigan Press.
- Rubinstein L., 1993 *Adoption in IV. Century Athens*, Museum Tusculanum Press, University of Copenhagen, Copenhagen.
- Scafuro A., 2011 *Demosthenes Speeches 39-49*, The Oratory of Classical Greece, series editor Michael Gagarin, volume 13, University of Texas Press, Austin.
- Thür G., 2005 «The Role of the Witness in Athenian Law» in: *The Cambridge Companion to Ancient Greek Law*, eds. M. Gagarin / D. Cohen. Cambridge, 146-169.
- Wyse W., 1904 *The Speeches of Isaeus*, Cambridge.

Σκέψεις περί του οριστικού ή μη χαρακτήρα της παραπεμπτικής λόγω αναρμοδιότητας αποφάσεως

Αντώνιος Διακονής

Πρωτοδίκης Δ.Ν.

Α) Η γένεση του προβληματισμού

Η έννοια της οριστικότητας της αποφάσεως είναι αναμφίλεκτα θεμελιώδης για ολόκληρο το οικοδόμημα της πολιτικής δικονομίας, αφού ο νόμος εξαρτά από αυτήν πλήθος σημαντικών εννόμων συνεπειών, όπως λ.χ. η αδυναμία ανακλήσεως της αποφάσεως, η κάλυψη της αποφάσεως από το δεδικασμένο, η δυνατότητα προσβολής της αποφάσεως με ένδικα μέσα, η επιδίκαση δικαστικών εξόδων κ.α. Εν τούτοις οι συντάκτες του ΚΠολΔ επέλεξαν να μη δώσουν στην έννοια αυτήν αυθεντικό νομοθετικό ορισμό, αφήνοντας τον εγγύτερο προσδιορισμό και την εξειδίκευσή της στα χέρια της νομολογίας και της επιστήμης. Τούτο κατά βάση έχει συντελέσει στη δημιουργία αμφισβητήσεων και διχογνωμιών ως προς το ακριβές της περιεχόμενο¹, κάτι το οποίο αντανakλάται ανάγλυφα στη διαμάχη περί του οριστικού ή μη χαρακτήρα της αποφάσεως η οποία κρίνει το δικαστήριο ως αναρμόδιο καθ' ύλην ή κατά τόπον και παραπέμπει την υπόθεση κατ' άρθρο 46 ΚΠολΔ, στο αρμόδιο δικαστήριο². Έτσι ενώ στη θεωρία και στη νομολογία έχει επικρατήσει η άποψη περί του οριστικού χαρακτήρα της αποφάσεως³, δε λείπουν μέχρι και σήμερα αποφά-

1 Πρβλ. όμοια παρατήρηση Κ. Μπέη, Σκέψεις για την έννοια και τη λειτουργία της οριστικής απόφασης, ΝοΒ 39 (1991), 857, 861.

2 Εν αντιθέσει προς την ελληνική ρύθμιση, η § 281 του γερμανικού Κώδικα Πολιτικής Δικονομίας (ZPO) αξιώνει για την παραπομπή ενώπιον του (καθ' ύλην ή κατά τόπον) αρμοδίου δικαστηρίου σχετικό αίτημα του ενάγοντος το οποίο μάλιστα κατά μία άποψη θα πρέπει να είναι συγκεκριμένο υποδεικνύοντας και το αρμόδιο δικαστήριο. Επομένως, όταν δεν υποβάλλεται τέτοιο αίτημα ή όταν αυτό προέρχεται από τον εναγόμενο, το δικαστήριο, κατά κανόνα, δεν παραπέμπει τη διαφορά αλλά απορρίπτει την αγωγή ως απαράδεκτη (absolutio ab instantia). Την επιλογή της απορρίψεως της αγωγής ως απαράδεκτης στην περίπτωση της κατά τόπον αναρμοδιότητας προέκρινε ο γερμανικός Κώδικας Πολιτικής Δικονομίας και στην αρχική του μορφή. Βλ. ενδεικτ. MüKoZPO/Prütting, 6^η εκδ. 2020, § 281, αρ. 1 – 3 και 31 – 33, Musielak/Voit/Foerste, 17^η εκδ. 2020, ZPO § 281 αρ. 1 και 8.

3 Βλ. ενδεικτ. Κ. Κεραμέα, Αστικό Δικονομικό Δίκαιο, 1986, σελ. 84, Ν. Νίκα, Πολιτική Δικονομία Ι, 2^η εκδ., σελ. 324, Β. Βαθρακοκοίλη, ΚΠολΔ, τ. Α', αρθρ. 46, αρ. 14 επ., Κεραμέα/Κονδύλη/(-Νίκα), ΚΠολΔ Ι (2000), 46 αρ. 9, Μ. Μαργαρίτη/Α. Μαργαρίτη, ΚΠολΔ Ι, 2^η εκδ., αρθρ. 46 αρ. 11. Έτσι ήδη υπό την αρχική μορφή του ΚΠολΔ Σ. Σταυρόπουλος, Ερμηνεία

σεις δικαστηρίων ουσίας οι οποίες αρνούνται να κατατάξουν την παραπεμπτική στις οριστικές αποφάσεις⁴, ούτε και θεωρητικές μελέτες οι οποίες αμφισβητούν τα συμπεράσματα της κρατούσας απόψεως⁵. Η διαπίστωση αυτή δίδει αφορμή για την καταγραφή των σύντομων σκέψεων που ακολουθούν.

Β) Σύντομη ιστορική αναδρομή

Ήδη υπό το κράτος της Πολιτικής Δικονομίας του έτους 1834 (ΠολΔ) και μάλιστα από τα πρώτα έτη εφαρμογής της είχε επικρατήσει πλήρως η άποψη περί του οριστικού χαρακτήρα των αποφάσεων οι οποίες παρέπεμπαν λόγω αναρμοδιότητας τη διαφορά στο αρμόδιο δικαστήριο⁶. Τη θέση αυτή επικύ-

ΚΠολΔ, 1969, αρθρ. 47, αρ. 17.

4 Έτσι ρητώς ΜΠρΧαλκ 630/1991, ΕλλΔνη 35 (1994), 1415. Βλ. ακόμα ΠΠρΑθ 2793/1986, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ, ΜΠρΑθ 4047/1991, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ, ΕιρΡοδ 15/2007, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ, ΕιρΑθ 212/2004, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ. Οι τελευταίες αποφάσεις αρνούνται να επιδικάσουν δικαστικά έξοδα με το επιχείρημα ότι, ενώ οι παραπεμπτικές αποφάσεις κατατάσσονται στις οριστικές, αυτές δεν είναι και τελειωτικές. Η διατύπωση ωστόσο αυτή δεν είναι ακριβής. Η διάκριση μεταξύ οριστικών και τελειωτικών αποφάσεων δε σχετίζεται με την κάθετη διάγνωση του αντικειμένου της δίκης, αλλά αφορά στη δυνατότητα αυτοτελούς κρίσεως είτε επί ξεχωριστών αντικειμένων δίκης, είτε επί διαιρετών τμημάτων του αυτού αντικειμένου δίκης. Η διάκριση επομένως μεταξύ τελειωτικών και οριστικών αποφάσεων συμπίπτει με τη διάκριση μεταξύ εν όλω και εν μέρει οριστικών αποφάσεων (Για τις έννοιες αυτές βλ. αντί άλλων Γ. Ράμμο, Εγχειρίδιον Αστικού Δικονομικού Δικαίου, τ. Ι, σελ. 542, Δ. Κονδύλη, Το δεδικασμένο κατά τον Κώδικα Πολιτικής Δικονομίας, 2^η εκδ., σελ. 142, Κ. Μακρίδου, Πρόσθετοι λόγοι εφέσεως κατά τον ΚΠολΔ, σελ. 54 και Stein/Jonas/Althammer, Kommentar zur ZPO, 23^η εκδ., § 301 αρ. 1 επ., 6 επ.). Εξ άλλου η διατύπωση του άρθρου 191 παρ. 1 ΚΠολΔ: «όταν το δικαστήριο αποφασίζει οριστικά για ολόκληρη την κύρια ή την παρεμπύπτουσα δίκη ή για ένα μέρος της...» δεν αφήνει περιθώριο παρερμηνείας ως προς το ότι στις εν μέρει οριστικές αποφάσεις επιδικάζονται δικαστικά έξοδα (Βλ. ενδεικτ. Κ. Μπέη, Πολιτική Δικονομία, αρθρ. 191, αρ. 1 επ., Κεραμέα/Κονδύλη/Νίκα/(-Ορφανίδη), ΚΠολΔ Ι (2000), 191 αρ. 1, Μπαλογιάννη/Γεωργιάδου σε Χ. Απαλαγάκη, ΚΠολΔ, 6^η εκδ., αρθρ. 191 αρ. 1). Το νόημα επομένως των ανωτέρω αποφάσεων δεν μπορεί να είναι άλλο από το ότι οι παραπεμπτικές αποφάσεις δεν κατατάσσονται στις οριστικές.

5 Βλ. Γ. Ράμμο, Έλλειψις δικαιοδοσίας και αρμοδιότητος πολιτικών δικαστηρίων. Διαπίστωσης και κήρυξις αυτής, Συμβολαί, τ. Δ 1966, § 184β, V, σελ. 221 επ., Ν. Νίκα, Το έννομο συμφέρον ως προϋπόθεση του παραδεκτού των ενδίκων μέσων κατά τον ΚΠολΔ, σελ. 154, Στ. Κουσουλή, ο.π. σελ. 67 επ. και ιδίως σημ. 65. Βλ. προσφάτως Κεραμέα/Κονδύλη/Νίκα/(-Πανταζόπουλο), ΚΠολΔ², 513 αρ. 1. Ειδικά ως προς τη δυνατότητα επιβολής δικαστικών εξόδων με την παραπεμπτική απόφαση βλ. Κεραμέα/Κονδύλη/Νίκα/(-Ορφανίδη), ΚΠολΔ Ι (2000), 191 αρ. 1. Πρβλ. και Γ. Διαμαντόπουλο, Η ανταγωγή κατά τον ΚΠολΔ, σελ. 383 σημ. 13 ο οποίος ενώ προσχωρεί στην κρατούσα άποψη, παρατηρεί ότι αυτή δεν είναι ανεπίδεκτη αντιλόγου.

6 Βλ. ΑΠ 28/1851, ΑΠ 73/1854 (κατά παραπομπή του Β. Οικονομίδη, Εγχειρίδιον Πολιτικής Δικονομίας εκδ. Ε', § 104 σημ. 3), ΑΠ 40/1875 (κατά παραπομπή του Α. Κιτσικόπουλου, Πολιτική Δικονομία (1937), τομ. Β', άρθρ. 180, αρ. 205) και εκ των συγγραφέων Ευκλείδη/

ρωσε με την αυθεντία της και η ολομέλεια του ακυρωτικού με μία απόφαση την οποία συναντά κανείς σχεδόν σε όλα τα εγχειρίδια και τα υπομνηματιστικά έργα της εποχής⁷. Πρόκειται για την ΟΛΑΠ 188/1892⁸. Η κρατούσα άποψη κατέληγε στο συμπέρασμα αυτό τονίζοντας ότι υπό την ισχύ του άρθρου 25 ΠολΔ (αντίστοιχο του σημερινού 46 ΚΠολΔ), το αρχικώς επιληφθέν δικαστήριο, αποφαινόμενο για την αναρμοδιότητά του, αφενός μεν παρέπεμπε στο αρμόδιο δικαστήριο την εισαχθείσα ενώπιόν του υπόθεση (όχι την αγωγή), αφετέρου δε απέρριπτε την αγωγή η οποία πλέον θα έπρεπε να ασκηθεί εκ νέου ενώπιον του αρμοδίου δικαστηρίου⁹. Αφού όμως λάμβανε χώρα απορριψη της αγωγής, έστω και για τυπικό μόνο λόγο, δεν γεννάτο αμφιβολία ότι η απόφαση του αρχικώς επιληφθέντος δικαστηρίου έφερε οριστικό χαρακτήρα.

Το ως άνω νομοθετικό καθεστώς μεταβλήθηκε ωστόσο κατόπιν τροποποίησης της διατάξεως του άρθρου 25 ΠολΔ που έλαβε χώρα δυνάμει του Νομ. Διατ. της 4) 9 Σεπτεμβρίου 1925, κατά την οποία πλέον το δικαστήριο δεν απέρριπτε την αγωγή, αλλά παρέπεμπε αυτήν προς περαιτέρω εκδίκαση στο αρμόδιο δικαστήριο. Η νομοθετική αυτή αλλαγή ορθώς θεωρήθηκε ότι επηρέασε και τον χαρακτήρα των παραπεμπτικών αποφάσεων ως οριστικών. Χαρακτηριστικές είναι οι αναπτύξεις επί του θέματος του Αρεοπαγίτη Α. Κιτσικόπουλου ο οποίος τόνιζε: «Διά της γενομένης προσθήκης εις το άρθρον 25 Πολ. Δικ. διά του Νομ. Διατ. της 4) 9 Σεπτεμβρίου 1925, καθ' ην το δικαστήριον δεν απορρίπτει την αγωγήν, αλλά παραπέμπει εις το αρμόδιον δικαστήριον, η ένστασις της αναρμοδιότητος προσέλαβε την αληθή μορφήν αναβλητικής ενστάσεως. Επομένως η παραπέμπουσα εις το αρμόδιον δικαστήριον απόφασις δεν είνε οριστική. Διότι δεν είνε οριστική η απόφασις η απεκδύουσα της εξουσίας της εκδικάσεως το εν δικαστήριον, αλλ' επί τω σκοπώ της εκδικάσεως παρ' ετέρου ομοβάθμου δικαστηρίου, ότε η δίκη δεν επερατώθη εν τω αυτώ βαθμώ, συνεχιζόμενη εν αυτώ. Η Α.Π. 188 (1892) ολομελείας... δεν είχεν υπ' όψιν τοιαύτην περίπτωσιν υπό το κράτος του προγενεστέρου νόμου...»^{10 11}.

Παπαδόπουλο, Ερμηνεία της Πολιτικής Δικονομίας, 3^η εκδ., τομ. Α', § 127 σημ. 1 ΙΙΙ δ, Α. Κιτσικόπουλο, Πολιτική Δικονομία (1937), τομ. Β', άρθρ. 180, αρ. 205.

7 Βλ. ενδεικτ. *Ευκλείδη/Παπαδόπουλο*, Ερμηνεία της Πολιτικής Δικονομίας, 3^η εκδ., τομ. Α', § 127 σημ. 1 ΙΙΙ δ, Α. Κιτσικόπουλο, Πολιτική Δικονομία (1937), τομ. Β', άρθρ. 180, αρ. 205.

8 ΟΛΑΠ 188/1892, Θεμ. Γ', 562.

9 Βλ. Β. *Οικονομίδη*, Εγχειρίδιον Πολιτικής Δικονομίας εκδ. Ε', § 104, *Ευκλείδη/Παπαδόπουλο*, Ερμηνεία της Πολιτικής Δικονομίας, 3^η εκδ., τομ. Α', § 127 σημ. 1 ΙΙΙ δ, Α. Κιτσικόπουλο, Πολιτική Δικονομία (1937), τομ. Β', άρθρ. 180, αρ. 205.

10 Βλ. Α. Κιτσικόπουλο, Πολιτική Δικονομία (1937), τομ. Β', άρθρ. 180, αρ. 209.

11 Στην τρίτη και τελευταία έκδοση της Ερμηνείας της Πολιτικής Δικονομίας των *Ευκλείδη/Παπαδόπουλου* η οποία φέρεται να εκδόθηκε το έτος 1932 δεν υπάρχει αναφορά στην ως άνω νομοθετική μεταβολή και η άποψη περί του οριστικού χαρακτήρα της παραπεμπτικής αποφάσεως γίνεται με όμοια αιτιολογία όπως και στο προ του έτους 1925 νομοθετικό κα-

Εκ των ανωτέρω καθίσταται φανερό ότι η κρατούσα μέχρι και σήμερα αντίληψη περί του οριστικού χαρακτήρα των παραπεμπτικών αποφάσεων γεννήθηκε υπό διάφορο εν σχέσει προς το ισχύον νομοθετικό καθεστώς και οι συγγραφείς οι οποίοι την θεμελίωσαν θεωρητικά εκκίνησαν από την αυτονόητη μέχρι και σήμερα θέση ότι «οριστικήν απόφασιν αποτελεί και η κατά τύπον απορρίπτουσα την αγωγήν ή άλλως περατούσα την εξ αυτής δίκην ένεκα τυπικού λόγου»¹². Ουδείς εκ των ανωτέρω συγγραφέων υποστήριξε τη θέση ότι οριστική τυγχάνει και η απόφαση εκείνη η οποία δεν απορρίπτει την αγωγή αλλά παραπέμπει αυτήν προς περαιτέρω εκδίκαση στο αρμόδιο δικαστήριο. Η όποια προσπάθεια επομένως να θεμελιωθεί η επικρατούσα σήμερα άποψη επί των πορισμάτων του προϊσχύσαντος δικαίου δε φαίνεται δικαιολογημένη.

Γ) Η έννοια της οριστικής απόφασεως

Σήμερα, παρά το γεγονός ότι δεν υφίσταται αμφισβήτηση επί του θέματος ότι σε περίπτωση καθ' ύλην ή κατά τόπον αναρμοδιότητας το αρχικώς επιληφθέν δικαστήριο δεν απορρίπτει την αγωγή, αλλά παραπέμπει αυτήν προς περαιτέρω εκδίκαση στο αρμόδιο δικαστήριο κατ' άρθρο 46 ΚΠολΔ, υποστηρίζεται ευρέως η άποψη ότι η εν λόγω απόφαση προσλαμβάνει οριστικό χαρακτήρα. Το ανωτέρω ωστόσο συμπέρασμα πολλές φορές διακηρύσσεται κατά τρόπο αξιωματικό, χωρίς να αιτιολογείται περαιτέρω, ενώ άλλες φορές αιτιολογείται συνοπτικά με το σκεπτικό ότι με την απόφαση αυτή απεκδύεται ο δικαστής που την εξέδωσε από κάθε περαιτέρω εξουσία του επί του αντικειμένου της δικαζόμενης διαφοράς, αλλά και ότι μία τέτοια απόφαση δύναται να περιλαμβάνει διάταξη για τη δικαστική δαπάνη και δεν ανακαλείται¹³. Η άποψη αυτή, όσο κι αν φαίνεται εκ πρώτης όψεως πειστική, καθώς αποδίδει στην έννοια της οριστικότητας ιδιότητες που πράγματι διαθέτει, δεν είναι ανεπίδεκτη αντιρρήσεων.

Πράγματι εξετάζοντας κανείς εγγύτερα την ανωτέρω θεμελίωση οδηγείται στο συμπέρασμα ότι τόσο η αποξένωση του δικαστή από το αντικείμενο της συγκεκριμένης διαφοράς όσο και η άρνηση της δυνατότητας ανακλήσεως της

θεστώς. Βλ. *Ευκλείδη/Παπαδόπουλο*, Ερμηνεία της Πολιτικής Δικονομίας, 3^η εκδ., τομ. Α', § 43 σημ. 11 καθώς και § 127 σημ. 1 ΙΙΙ δ.

12 Βλ. *Ευκλείδη/Παπαδόπουλο*, Ερμηνεία της Πολιτικής Δικονομίας, 3^η εκδ., τομ. Α', § 127 σημ. 1 ΙΙΙ δ.

13 Βλ. ενδεικτ. *Κ. Κεραμέα*, Αστικό Δικονομικό Δίκαιο, 1986, σελ. 84, *Ν. Νίκα*, Πολιτική Δικονομία Ι, 2^η εκδ., σελ. 324, *Κεραμέα/Κονδύλη/(-Νίκα)*, ΚΠολΔ Ι (2000), 46 αρ. 9, *Β. Βαθρακοκοίλη*, ΚΠολΔ, τ. Α', αρθρ. 46, αρ. 14 επ., *Μ. Μαργαρίτη/Α. Μαργαρίτη*, ΚΠολΔ Ι, 2^η εκδ., αρθρ. 46 αρ. 11, *Α.-Ο. Μήτσου* σε *Π. Κολοτούρο*, Ένδικα Μέσα και βοηθήματα κατά τον ΚΠολΔ, 2013, σελ. 66 αρ. 30, *Μπαλογιάννη/Πετροπούλου* σε *Χ. Απαλαγάκη*, ΚΠολΔ, 6^η εκδ., αρ. 46 αρ. 4.

αποφάσεως δεν αποτελούν χαρακτηριστικά γνωρίσματα της οριστικότητας της αποφάσεως αλλά έννομες συνέπειες αυτής. Η κατάφασή τους επομένως προτού δοθεί απάντηση στο ερώτημα της οριστικότητας ή μη της αποφάσεως οδηγεί σε κυκλικότητα της σκέψης και ως εκ τούτου σε συλλογιστικό σφάλμα. Τούτο προκύπτει σαφώς και από τη διατύπωση της διατάξεως του άρθρου 309 εδ. α' ΚΠολΔ σύμφωνα με την οποία: «Οι αποφάσεις που αποφαίνονται οριστικά σε κύρια ή παρεμπιπτόνσα αίτηση δεν μπορούν μετά τη δημοσίευσή τους να ανακαλούνται από το δικαστήριο που τις εξέδωσε». Η ανωτέρω διάταξη δεν περιέχει νομοθετικό ορισμό της οριστικότητας των αποφάσεων, αλλά ρυθμίζει απλώς μία έννομη συνέπεια που απορρέει από τον χαρακτήρα της αποφάσεως ως οριστικής¹⁴. Η έννομη συνέπεια της αδυναμίας ανακλήσεως της απόφασης σημαίνει την αδυναμία του δικαστηρίου να προβεί σε τυχόν επανέλεγχο της ίδιας αυτού κρίσεως ή, με άλλα λόγια, ότι ο δικαστής απεκδύεται από κάθε περαιτέρω εξουσία του επί του αντικειμένου της διαφοράς¹⁵. Ο ορισμός επομένως της οριστικής αποφάσεως ως της αποφάσεως εκείνης με την οποία ο δικαστής απεκδύεται από κάθε περαιτέρω εξουσία του επί του αντικειμένου της διαφοράς δε συμβάλλει αποφασιστικά στην εξακρίβωση του βάθους της εξεταζόμενης έννοιας¹⁶. Ορθή και αυτονόητη θα πρέπει να θεωρηθεί μόνο η διαπίστωση ότι όταν πρόκειται οριστική απόφαση ο δικαστής απεκδύεται από κάθε περαιτέρω εξουσία του επί του αντικειμένου της διαφοράς. Το τότε όμως συμβαίνει αυτό, παραμένει ζητούμενο.

Πέραν τούτου ο συγκεκριμένος ορισμός ο οποίος έχει τις ιστορικές του ρίζες στον 19^ο αιώνα αποδίδει μερικώς και κατά τρόπο μάλλον αποσπασματικό τη διδασκαλία του Β. Οικονομίδη επί του θέματος. Πράγματι αν ανατρέξει κανείς στο εγχειρίδιο της πολιτικής δικονομίας του εν λόγω συγγραφέως διαβάσει τα ακόλουθα: «Οριστική (τελειωτική) λέγεται κυρίως η απόφασις η περατούσα την δίκην και τον δικαστήν πάσης περαιτέρω εξουσίας απεκδύουσα, ήτις δια τούτο, διωκομένης μέχρι τέλους της διαφοράς, είναι η τελευταία του δικαστηρίου απόφασις. Αλλ' οριστική επίσης λέγεται και η απόφασις η παρεμπιπτούσης αγωγής διαφοράν περατούσα»¹⁷. Χαρακτηριστικό γνώρισμα επομένως της οριστικής αποφάσεως κατά τον Β. Οικονομίδη είναι πρωτίστως η περάτωση της δίκης, δια της καταργήσεως της εκκρεμοδικίας, η οποία βε-

14 Έτσι ορθώς Δ. Κονδύλης, Το δεδικασμένο κατά τον Κώδικα Πολιτικής Δικονομίας, 2^η εκδ., σελ. 132, Κ. Παναγόπουλος, Η οριστικότητα της δικαστικής απόφασης κατά το άρθρο 309 ΠολΔ, σελ. 24, Ι. Ψωμάς, Ο Ανααιρετικός λόγος του άρθρου 559 αρ. 15 ΚΠολΔ, ΕλλΔνη 37 (1996), 267, 268. Πρβλ. ήδη και Αλ. Βαμβέτσος, Περί της έννοιας των οριστικών αποφάσεων, 1908, σελ. 19.

15 Πρβλ. σχετικώς Ξ. Ψαρά, Πολιτική Δικονομία, 1900, σελ. 326.

16 Για την έννοια του κυκλικού ορισμού βλ. αντί άλλων Ε. Παπανούτσος, Λογική, σελ. 49 επ.

17 Βλ. Β. Οικονομίδη, Εγχειρίδιον Πολιτικής Δικονομίας εκδ. Ε', § 85, σελ. 259 επ.

βαίως δεν είναι νοητή αν το δικαστήριο δεν διέλθει, καθέτως, όλα τα στάδια δικονομικής αξιολογήσεως που είναι επιτρεπτά στη συγκεκριμένη περίπτωση. Αυτό ακριβώς τονίζει ο ανωτέρω συγγραφέας και στη σχετική παραπομπή του κειμένου του γράφοντας: «Εντεύθεν λοιπόν αναμφίβολον καθίσταται, ότι οριστική απόφασις είναι εκείνη, μεθ' ην δεν θέλει εκδοθή άλλη και δη η αποφαινομένη περί του δια της αγωγής (ανταγωγής ή παρεμβάσεως) υποβαλλομένου εις το δικαστήριο δικαίου»¹⁸.

Ιστορικώς συνεπέστερη και δογματικώς ορθότερη φαίνεται επομένως η τοποθέτηση ότι γνώρισμα της οριστικής δικαιοδοτικής κρίσης είναι το γεγονός ότι η υπόθεση διήλθε όλα τα στάδια – βαθμίδες δικονομικής αξιολογήσεως που επιτρέπονται στη συγκεκριμένη περίπτωση¹⁹ ή κατ' άλλη ισοδύναμη νομικά έκφραση την οποία υιοθετεί συχνά και η νομολογία του Ακυρωτικού: «οριστική είναι η απόφαση που δέχεται ή απορρίπτει ολικά ή μερικά την αίτηση παροχής έννομης προστασίας, περιέχουσα διάγνωση ως προς όλα τα επίπεδα της δικαστικής κρίσης και απεκδύουν έτσι το δικαστήριο από κάθε περαιτέρω εξουσία σε σχέση με την εν λόγω αίτηση»²⁰. Ο παρών ορισμός καταλαμβάνει ασφαλώς όχι μόνο τις αποφάσεις εκείνες οι οποίες διέρχονται και τα τρία στάδια ελέγχου της αγωγής ως (συνθέτου) επιτευκτικής διαδικαστικής πράξεως, ήτοι τα στάδια παραδεκτού, νόμου και ουσίας βασίμου, αλλά και εκείνες τις αποφάσεις οι οποίες απορρίπτουν την αγωγή ως απαράδεκτη ελλείψει κάποιας διαδικαστικής προϋποθέσεως είτε ως νόμω αβάσιμη²¹. Εκ-

18 Βλ. Β. Οικονομίδη, Εγχειρίδιον Πολιτικής Δικονομίας εκδ. Ε', § 85, σελ. 261, σημ. 4Γ'. Τούτο δε συμβαίνει «προδήλως εις την περίπτωσιν καθ' ην ο δικαστής ή απορρίπτει την αγωγήν ή εξ εναντίας παραδέχεται αυτήν» όπως συμπλήρωνε ο Ξ. Ψαράς, Πολιτική Δικονομία, 1900, σελ. 332.

19 Βλ. Κ. Μπέη, Πολιτική Δικονομία, Εισαγωγή στη δικονομική σκέψη, § 8: «Οριστική είναι η απόφασις που εξαντλεί όλας τας κατά νόμον επιτρεπομένας βαθμίδας δικονομικής αξιολογήσεως ωρισμένης κυρίας ή παρεμπιπτούσης αιτήσεως παροχής ενδίκου προστασίας, χωρίς επιφύλαξιν περαιτέρω μεταγενέστερας αξιολογήσεως» αλλά και Στ. Κουσουλή, Η νομική φύση του δεδικασμένου, σελ. 68, σημ. 65.

20 Βλ. ενδεικτ. ΑΠ 1269/2019, ΧρΙΔ 2020, 211 = ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ, ΑΠ 687/2019, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ, ΑΠ 2008/2009, ΝοΒ 2010, 980 = ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ, ΕφΠειρ 539/2015, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ. Έτσι ήδη και η ΟΛΑΠ 230/1983, ΝοΒ 1983, 1561 = ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ. Βλ. και Κ. Καλαβρό, Πολιτική Δικονομία, 4^η εκδ., § 38 ΙΙ 1 αρ. 40, Κ. Μακρίδου, Τακτική διαδικασία στα πρωτοβάθμια δικαστήρια, άρθρο 308, αρ. 1, Κεραμέα/Κονδύλη/Νίκα/(-Μακρίδου), ΚΠολΔ Ι (2000), 308 αρ. 2, Μ. Μαργαρίτη/Α. Μαργαρίτη, ΚΠολΔ Ι, 2^η εκδ., αρθρ. 309 αρ. 3, Π. Γιαννόπουλο σε Κ. Οικονόμου, Η Έφεση συστηματική κατ' άρθρο ερμηνεία του ΚΠολΔ, 2017, αρθρ. 513 αρ. 3, Π. Αρβανιτάκη, Η κατ' ουσίαν έρευνα της διαφοράς μετά την εξαφάνιση της πρωτόδικης αποφάσεως κατά τον ΚΠολΔ, σελ. 168, Δ. Κονδύλη, ο.π., σελ. 132, όλους με μ.π.π. στη νομολογία.

21 Βλ. και Δ. Μανιώτη, Αστικό Δικονομικό Δίκαιο, 2^η εκδ., σελ. 85 επ. Αντίθετα ως μη οριστικές θεωρούνται οι αποφάσεις που κρίνουν την αγωγή ως παραδεκτή είτε ως νόμω βάσιμη και τούτο διότι κρίνοντας κατ' αυτόν τον τρόπο επιφυλάσσονται να επανέλθουν μεταγενέ-

κινώντας από την ανωτέρω αφετηρία, συνάγεται το συμπέρασμα ότι κρίσιμο για τον χαρακτηρισμό μίας αποφάσεως ως οριστικής είναι το περιεχόμενο της δικαιοδοτικής κρίσεως. Ως οριστική νοείται λοιπόν εκείνη η απόφαση η οποία εξαντλεί όλες τις κατά νόμον προβλεπόμενες βαθμίδες δικονομικής αξιολογήσεως του υποβληθέντος ενώπιον του δικαστηρίου αιτήματος παροχής δικαστικής προστασίας, τερματίζοντας τη δίκη στον συγκεκριμένο δικαιοδοτικό βαθμό και οδηγεί εκ του λόγου αυτού στην αποξένωση του δικαστή από την υπό κρίση διαφορά.

Δ) Κατάταξη των παραπεμπτικών λόγω αναρμοδιότητας αποφάσεων στις μη οριστικές αποφάσεις

Μπορεί όμως να θεωρηθεί, βάσει των ανωτέρω, ότι η απόφαση η οποία δεν απορρίπτει την αγωγή λόγω ελλείψεως διαδικαστικής προϋπόθεσης, αλλά απλώς δρομολογεί την αξιολόγησή της από το καθ' ύλην ή κατά τόπον αρμόδιο δικαστήριο κατ' άρθρ. 46 ΚΠολΔ έχει οριστικό χαρακτήρα; Στο ερώτημα αυτό προσήκει, ήδη εκ πρώτης όψεως, αρνητική απάντηση, αφού με την παραπεμπτική απόφαση δεν διαγιγνώσκεται καθέτως το αντικείμενο της δίκης, ή με άλλα λόγια δεν εξαντλούνται οι κατά τον νόμο προβλεπόμενες βαθμίδες αξιολογήσεως²². Ενίοτε πάντως θεωρήθηκε κρίσιμη από τους εκπροσώπους της δικονομικής θεωρίας που ασχολήθηκαν με το ζήτημα η περαιτέρω διάκριση, αν η εξάντληση των σταδίων – βαθμίδων δικονομικής αξιολογήσεως αναφέρεται στο συγκεκριμένο δικαστήριο που εκδίδει την παραπεμπτική απόφαση²³ ή στο σύνολο της εννόμου τάξεως καθόλου²⁴. Σύμφωνα με τη θεώρηση αυτή αν την εξάντληση της δικονομικής αξιολογήσεως την αντιμετωπίσει κανείς υπό το πρίσμα του παραπέμποντος δικαστηρίου καταλήγει στο συμπέρασμα ότι η ανωτέρω απόφαση είναι οριστική, αφού το ίδιο δικαστήριο παραπέμποντας, απεκδύεται της εξουσίας του επί της κρινόμενης διαφοράς, ενώ αν η εξάντληση των σταδίων – βαθμίδων δικονομικής αξιολογήσεως ιδωθεί υπό το πρίσμα της εννόμου τάξεως καθόλου, η απάντηση θα είναι διαφο-

στερα ώστε να αξιολογήσουν περαιτέρω την αίτηση παροχής δικαστικής προστασίας. Βλ. αντί άλλων Κ. Μπέη, ο.π.

22 Πρβλ. ήδη και Ν. Νίκα, *Το έννομο συμφέρον ως προϋπόθεση του παραδεκτού των ενδίκων μέσων κατά τον ΚΠολΔ*, σελ. 154, Γ. Διαμαντόπουλο, *Η ανταγωγή κατά τον ΚΠολΔ*, σελ. 383 επ. Αντιθ. Κεραμεύς/Κονδύλης/Νίκας/(-Μακρίδου), ΚΠολΔ Ι (2000), 308 αρ. 3.

23 Έτσι Κ. Κεραμεύς, *Αστικό Δικονομικό Δίκαιο*, 1986, σελ. 84: «Η απόφαση περί παραπομπής είναι κατά την ορθή γνώμη οριστική, αφού απεκδύει το δικαστήριο που την εξέδωσε από κάθε εξουσία του σχετική με την υπόθεση». Πρβλ. και Δ. Μανιώτη, *Αστικό Δικονομικό Δίκαιο*, 2^η εκδ., σελ. 85.

24 Έτσι Γ. Ράμμος, *Έλλειψις δικαιοδοσίας και αρμοδιότητας πολιτικών δικαστηρίων. Διαπίστωσις και κήρυξις αυτής*, Συμβολαί, τ. Δ 1966, § 184β, V, σελ. 222.

ρετική εφόσον ένα επόμενο δικαστήριο καλείται πλέον να αποφασίσει επί της διαφοράς και μάλιστα οριστικά²⁵.

Στο σημείο αυτό θα πρέπει πάντως να παρατηρηθεί ότι το πρόβλημα δεν τίθεται επί ορθής βάσεως. Και τούτο διότι το ερώτημα αν το συγκεκριμένο δικαστήριο έχει εξαντλήσει υποκειμενικώς όλες τις βαθμίδες δικονομικής αξιολογήσεως είναι ταυτόσημο με το ερώτημα αν το ίδιο δικαστήριο είναι δυνατόν να επιληφθεί και πάλι της ίδιας υποθέσεως, το οποίο όμως αποτελεί ταυτόχρονα και το ζητούμενο. Με βάση την ανωτέρω σκέψη δικαιολογείται πλήρως η παρατήρηση του Γ. Ράμμου επί του θέματος ότι «δυσχερώς δύναται να εννοηθεί μονομερής περάτωση της δίκης δι' ωρισμένον μόνον δικαστήριο»²⁶. Η εξάντληση των βαθμίδων δικονομικής αξιολογήσεως είναι νοητή επομένως πάντοτε αντικειμενικά²⁷.

Υπό ανάλογο πρίσμα αντιμετώπισε άλλωστε στο παρελθόν και η Ολομέλεια του Ακυρωτικού το όμοιο ζήτημα του οριστικού ή μη χαρακτήρα της αποφάσεως του Εφετείου η οποία μετά την κατάφαση του παραδεκτού και του ουσία βασίμου του λόγου εφέσεως ανέπεμπε την υπόθεση προς περαιτέρω εκδίκαση στο Πρωτοβάθμιο Δικαστήριο. Έτσι κρίθηκε κατά πλειοψηφία από την ΟΛΑΠ 230/1983 ότι δεν έχει οριστικό χαρακτήρα «η απόφασις του Εφετείου, δια της οποίας μετά την παραδοχήν του παραδεκτού και του ουσία βασίμου λόγου εφέσεως εξαφανίζεται η εκκαλουμένη απόφασις, και τούτο (το Εφετείο), ... αναπέμπει την υπόθεσιν, δια την περαιτέρω έρευναν αυτής, εις το εκδόν την προσβληθείσαν δια της εφέσεως απόφασιν πρωτοβάθμιον δικαστήριο». Κρίσιμη και εδώ δεν θεωρήθηκε επομένως η αποξένωση του ιδίου του Εφετείου από την κρινόμενη διαφορά, αφού η τελευταία θα περέμενε πάντως εκκρεμής ενώπιον του Πρωτοβάθμιου Δικαστηρίου. Ένα μόνο μέλος της συνθέσεως υποστήριξε την αντίθετη άποψη λέγοντας ότι : «η αναίρεσις είναι παραδεκτή, διότι η προσβαλλομένη απόφασις είναι οριστική, αφού αναπεμφθείσης της υποθέσεως, εις το εκδόν την εκκληθείσαν απόφασιν Πολυμελές Πρωτοδικεϊον, το δίκασαν την έφεσιν Εφετεϊον, απεξεδύθη εξ ολοκλήρου της υποθέσεως, μη παραμείναντος παρ' αυτώ εκ της εφέσεως ταύτης προς εκδίκασιν υπολοίπου διαφοράς, ήτις είναι εκκρεμής ενώπιον του Πολυμελούς Πρωτοδικείου...»²⁸.

Αν όμως παρ' όλα ταύτα εκκινούσε κανείς από την αντίθετη παραδοχή,

25 Για την όλη συζήτηση βλ. Στ. Κουσουλή, Η νομική φύση του δεδικασμένου, σελ. 68, σημ. 65.

26 Βλ. Γ. Ράμμο, ο.π., σελ. 222. Έτσι και ο Στ. Κουσουλής, ο.π. σελ. 68, σημ. 65.

27 Βλ. σχετικώς και Α. Κιτσικόπουλο, Πολιτική Δικονομία (1937), τομ. Β', άρθρ. 180, αρ. 209: «Διότι δεν είνε οριστική η απόφασις η απεκδύουσα της εξουσίας της εκδικάσεως το εν δικαστήριο, αλλ' επί τω σκοπώ της εκδικάσεως παρ' ετέρου ομοβάθμιου δικαστηρίου, ότε η δίκη δεν επερατώθη εν τω αυτώ βαθμώ, συνεχιζόμενη εν αυτώ».

28 Βλ. ΟΛΑΠ 230/1983, ΝοΒ 31 (1983), 1561 = ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ.

ότι δηλαδή η εξάντληση των βαθμίδων δικονομικής αξιολογήσεως κρίνεται σε συνάρτηση προς συγκεκριμένο δικαστήριο και ότι συνεπώς η παραπεμπτική απόφαση είναι οριστική, θα έπρεπε, κατά λογική και νομική αναγκαιότητα, να δεχθεί ότι το δικαστήριο που την εξέδωσε αποκλείεται να επιληφθεί και πάλι της υποθέσεως και να ανακαλέσει την κρίση του. Τούτο όμως, υπό το ισχύον νομοθετικό καθεστώς, δεν είναι εξασφαλισμένο. Αυτό φαίνεται στην περίπτωση εκείνη κατά την οποία το δικαστήριο προς το οποίο έγινε η παραπομπή κρίνει, πριν την επέλευση της τελεσιδικίας της παραπεμπτικής αποφάσεως, ότι δεν είναι αρμόδιο να δικάσει και παραπέμπει εκ νέου την υπόθεση στο αρχικό δικαστήριο. Τότε κατά την κρατούσα άποψη στην επιστήμη και στη νομολογία το αρχικώς επιληφθέν δικαστήριο είναι πλέον ελεύθερο να δικάσει εκ νέου τη διαφορά, μη δεσμευόμενο από την προηγηθείσα απόφασή του²⁹. Το δικαστήριο μπορεί λοιπόν, σύμφωνα με την επικρατούσα άποψη, να επανέλθει κρίνοντας πλέον διαφορετικά το ζήτημα της αρμοδιότητός του και να επιληφθεί επί του συνόλου της διαφοράς. Η έλλειψη αυτή δεσμεύσεως προκύπτει άλλωστε ήδη από τη διατύπωση της ίδιας της διάταξης του άρθρου 46 εδ. β' ΚΠολΔ η οποία ορίζει ότι η απόφαση καθίσταται δεσμευτική μόνο όταν τελεσιδικήσει, αποκλείοντας εξ αντιδιαστολής μία τέτοια δέσμευση σε προγενέστερο χρονικό σημείο, όχι μόνο για το δικαστήριο της παραπομπής, αλλά και για το ίδιο το εκδόσαν αυτή δικαστήριο³⁰. Όμοια θα πρέπει ασφαλώς να ερμηνευθεί η διάταξη του άρθρου 46 εδ. β' ΚΠολΔ και στην περίπτωση εκείνη όπου μετά την έκδοση παραπεμπτικής αποφάσεως και πριν ακόμη τελεσιδικήσει η σχετική απόφαση, εκδικασθεί η υπόθεση από το δικαστήριο στο οποίο έγινε η παραπομπή εκδοθεί νέα απόφαση και ασκηθεί έφεση κατά αυτής. Αν σε μία τέτοια εξέλιξη το εφετείο κρίνει εαυτόν αναρμόδιο και παραπέμπει την υπόθεση στο αρχικώς επιληφθέν δικαστήριο, αυτό θα δύναται να ανακαλέσει την αρχική του απόφαση λόγω του μη οριστικού της χαρακτήρα, αφού διαφορετικά θα έπρεπε να θεωρήσει ότι δεσμεύεται τόσο από την αρχική οριστική του απόφαση με την οποία έκρινε εαυτόν αναρμόδιο, όσο και από την τελεσιδική παραπεμπτική απόφαση του εφετείου³¹. Υπό το πρίσμα αυτό

29 Έτσι ενδεικτ. *Κ. Κεραμείς*, Αστικό Δικονομικό Δίκαιο, 1986, σελ. 84, *Κεραμείς/Κονδύλης/(-Νίκας)*, ΚΠολΔ Ι (2000), 46 αρ. 11, *Μ. Μαργαρίτης/Α. Μαργαρίτη*, ΚΠολΔ Ι, 2^η εκδ., αρθρ. 46 αρ. 14, ΕφΔαρ 92/2016, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ, ΕφΑθ 513/1997, ΕλλΔνη 38 (1997), 1604, ΠΠρ-Ροδ 157/2018, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ, ΜΠρΘεσ 7213/2018 (αδημ.). Η ερμηνευτική αυτή εκδοχή είναι βεβαίως ευπρόσδεκτη, καθώς η αντίθετη λύση θα οδηγούσε με βεβαιότητα σε αδιέξοδα και τελικά σε αρνησιδικία, αφού το αρχικώς επιληφθέν δικαστήριο θα ήταν «υποχρεωμένο» να επαναναπέμψει την υπόθεση εκ νέου στο δικαστήριο της αναπομπής και ούτω καθεξής.

30 Βλ. *Κεραμέα/Κονδύλη/(-Νίκα)*, ΚΠολΔ Ι (2000), 46 αρ. 11.

31 Το παράδειγμα αυτό χρησιμοποιείται από τον *Κ. Παναγόπουλο*, Η οριστικότητα της δικαστικής απόφασης κατά το άρθρο 309 ΠολΔ, σελ. 188 επ., ο οποίος όμως θεωρεί την περίπτωση αυτή ως διάσπαση της οριστικότητας της παραπεμπτικής αποφάσεως.

καθίσταται εμφανές ότι το δικαστήριο, παραπέμποντας τη διαφορά δεν αποξενώνεται τελείως από αυτήν, αφού δεν είναι διόλου απίθανο να επανέλθει σε δεύτερο χρόνο και να ανατρέψει την εκδοθείσα απόφασή του. Αν όμως έτσι έχει το πράγμα, τότε η εδώ αντικρουόμενη άποψη χάνει το μοναδικό της έρεισμα παραμένοντας αίολη, ενώ ταυτόχρονα αποδεικνύεται και ασυνεπής προς τις θεμελιακές της παραδοχές, αφού δέχεται ταυτόχρονα δύο αντίθετα και μη δυνάμενα λογικώς να συνυπάρξουν συμπεράσματα³². Οι ανωτέρω επισημάνσεις δεν αφήνουν μάλιστα περιθώρια υιοθετήσεως και της άποψης εκείνης που χαρακτηρίζει την παραπεμπτική απόφαση ως μία απόφαση μη οριστική, με οριστική όμως διάταξη ως προς το δικονομικό ζήτημα, αφού όπως καταδείχθη το ίδιο το δικαστήριο δύναται να ανακαλέσει μετά την αναπομπή τη συγκεκριμένη διάταξή του, ακόμα και σιωπηρώς³³.

Περαιτέρω έχει υποστηριχθεί η θέση ότι η παραπεμπτική λόγω αναρμοδιότητας απόφαση λαμβάνει οριστικό χαρακτήρα καθώς σ' αυτήν περιέχεται κρίση περί της ελλείψεως διαδικαστικής προϋπόθεσης³⁴. Ενώ δηλαδή συνήθως η έλλειψη κάποιας διαδικαστικής προϋπόθεσης οδηγεί στην απόρριψη της αγωγής ως απαραδέκτου στην προκειμένη περίπτωση ο νομοθέτης για λόγους κυρίως σκοπιμότητας επέλεξε αντί της απόρριψης τη λύση της παραπομπής, χωρίς ωστόσο αυτό να αλλοιώνει τον χαρακτήρα της αποφάσεως³⁵. Η ανωτέρω άποψη, ωστόσο, δεν μπορεί να γίνει δεκτή στη γενικότητά της, καθώς συνεπής εφαρμογή της θα κατέληγε στο συμπέρασμα ότι κάθε απόφαση η οποία διαπιστώνει την έλλειψη διαδικαστικής προϋποθέσεως ή την ύπαρξη αρνητικής διαδικαστικής προϋποθέσεως θα έπρεπε να θεωρείται οριστική ανεξάρτητα από το ειδικότερο περιεχόμενό της. Με την ανωτέρω όμως αιτιολογία οριστική θα έπρεπε να θεωρηθεί και η απόφαση εκείνη η οποία διαπιστώνοντας την ύπαρξη εκκρεμοδικίας (αρνητικής διαδικαστικής προϋποθέσεως) αναστέλλει την εκδίκαση της αγωγής κατ' επιταγή της διατάξεως του άρθρου 222 παρ. 2 ΚΠολΔ. Κάτι τέτοιο όμως δεν θα ήταν ασφαλώς υποστηρίξιμο³⁶. Η ειδικότερη επομένως συνέπεια την οποία συνδέει ο νομοθέτης

32 Για την αρχή της μη αντίφασης ως μερικότερης εκδήλωσης των αρχών του ορθού λόγου βλ. *Ε. Παπανούτσου*, *Λογική*, σελ. 191 επ. και 193 επ.

33 Η άποψη αυτή υποστηρίχθηκε από τον *Κ. Μπέη*, Εισαγωγή στην δικονομική σκέψη, 18 αρ. 1.1.3, σελ. 269 επ., *τον ίδιο*, Προβλήματα, σχετικά με την παραπομπή της διαφοράς στο αρμόδιο δικαστήριο, Παρατηρήσεις στην ΠΠρΘηβ 75/2004, Δ 35 (2004), 1101, 1107 επ.

34 Έτσι Δ. *Κονδύλης*, Το δεδικασμένο κατά τον Κώδικα Πολιτικής Δικονομίας, 2^η εκδ., σελ. 134 επ.

35 Βλ. Δ. *Κονδύλη*, ο.π.

36 Για τον χαρακτήρα της αποφάσεως που διατάσσει την αναστολή, ως μη οριστικής, βλ. αντί άλλων Δ. *Κονδύλη*, ο.π., σελ. 144, *Κ. Μακρίδου*, Τακτική διαδικασία στα πρωτοβάθμια δικαστήρια, 2019, αρθρ. 222 αρ. 18 και αρθρ. 308 αρ. 7, *Ν. Νίκα*, Η ένσταση εκκρεμοδικίας στην πολιτική δίκη, σελ. 275 επ. και ιδίως 278, *Σ. Σταματόπουλο*, Η αρχή της οικονομίας στην

με την έλλειψη μίας διαδικαστικής προϋποθέσεως δε μπορεί παρά να αποβαίνει κρίσιμη για τον χαρακτηρισμό της αποφάσεως που την απαγγέλλει ως οριστικής ή μη.

Κατά της εδώ υποστηριζόμενης απόψεως έχει αντιταχθεί το επιχείρημα ότι αν η παραπεμπτική λόγω αναρμοδιότητος απόφαση θεωρείτο μη οριστική, το αρχικώς επιληφθέν δικαστήριο θα μπορούσε, κατ' άρθρο 309 εδ. β' ΚΠολΔ, να ανακαλέσει οποτεδήποτε την απόφασή του και να εκδικάσει στην ουσία της τη διαφορά ακόμα και μετά τη συζήτηση της υπόθεσης από το δικαστήριο προς το οποίο έγινε η παραπομπή, με άμεσο αποτέλεσμα να ανακύπτει σοβαρός κίνδυνος εκδόσεως αντιφατικών αποφάσεων³⁷. Η ανωτέρω άποψη όμως, ενώ καταδεικνύει, με τρόπο εύστοχο, το άτοπο στο οποίο θα οδηγούσε η απεριόριστη δυνατότητα ανακλήσεως των μη οριστικών αποφάσεων, δεν ακριβολογεί ως προς τις παραδοχές της και δεν μπορεί, ως εκ τούτου, να γίνει δεκτή. Είναι μεν αληθές ότι η δυνατότητα ανακλήσεως αποτελεί ίσως τη σημαντικότερη συνέπεια που αποδίδει ο ΚΠολΔ στις μη οριστικές αποφάσεις, τούτο όμως δε σημαίνει ότι η δυνατότητα αυτή του δικαστηρίου είναι και απεριόριστη. Η βασικότερη προϋπόθεση από την οποία εξαρτάται η δυνατότητα ανακλήσεως εκ μέρους του εκδόσαντος αυτήν δικαστηρίου είναι ασφαλώς η δημιουργία ενώπιόν του στάσεως δίκης. Στάση δίκης δε υφίσταται όταν η υπόθεση φέρεται νομίμως προς συζήτηση ενώπιον του δικαστηρίου³⁸. Αμέσως όμως μετά την έκδοση της παραπεμπτικής αποφάσεως επέρχεται μετάθεση της εκκρεμοδικίας, η διαφορά δηλαδή εξακολουθεί βεβαίως να είναι εκκρεμής, όχι όμως ενώπιον του παραπέμψαντος αυτήν δικαστηρίου, αλλά ενώπιον του δικαστηρίου προς το οποίο έγινε η παραπομπή, στο οποίο και μπορεί πλέον να εισαχθεί με απλή κλήση³⁹. Εξ αυτής της επόψεως μετά την παραπομπή της υποθέσεως στο αρμόδιο δικαστήριο δεν είναι δυνατή και η δημιουργία αυτοτελούς στάσεως δίκης ενώπιον του παραπέμψαντος δικαστηρίου, εκτός και αν λάβει χώρα αναπομπή της υποθέσεως στο τελευταίο⁴⁰. Ο κίνδυνος επομένως

πολιτική δίκη, σελ. 349.

37 Βλ. Κ. Παναγόπουλο, Η οριστικότητα της δικαστικής απόφασης κατά το άρθρο 309 ΠολΔ, σελ. 177 επ. και ιδίως 178, ο οποίος μάλιστα θεωρεί εξ αυτού ακριβώς του λόγου ότι η άποψη που τάσσεται υπέρ του μη οριστικού χαρακτήρα των παραπεμπτικών αποφάσεων: «θα μπορούσε να οδηγήσει σε αδιέξοδα ίδια ή μεγαλύτερα από εκείνα που αυτή προσπαθεί να αποτρέψει...».

38 Βλ. Ν. Κλαμαρή, Κλήση προς συζήτηση με αυτοτελές αίτημα, ή με αυτοτελή σκοπό, την ανάκληση μη οριστικής αποφάσεως, ΝοΒ 53 (2005), 1025, 1030 επ. μ.π.π.

39 Βλ. Ν. Νίκα, Πολιτική Δικονομία Ι, 2^η εκδ., σελ. 323, τον ίδιο, Η ένσταση εκκρεμοδικίας, σελ. 172, ΕφΠειρ 157/2009, ΕΝαυτΔ 2009, 288 = ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ, ΠΠρΠειρ 3989/2019 (αδημ.).

40 Πρβλ. και Κ. Μπέρη, Πολιτική Δικονομία, αρθρ. 309, αρ. 4: «Αι μη οριστικά αποφάσεις υπόκεινται εις ανάκλησιν, ακόμη και αυτεπαγγέλτως, πλην όμως υπό την απαραίτητον προϋπόθεσιν ότι προηγήθη της ανακλήσεως νέα συζήτησις της υποθέσεως και αναμένεται ήδη από

εκδόσεως αντιφατικών αποφάσεων τον οποίο επικαλείται η εδώ αντικρουόμενη άποψη δεν είναι δυνατόν να ανακύψει.

Πέραν όμως τούτων, η εκδοχή του μη οριστικού χαρακτήρα της αποφάσεως φαίνεται να συμβιβάζεται πληρέστερα προς τις επιλογές του νομοθέτη και να εντάσσεται επομένως ομαλότερα στο ισχύον σύστημα του ΚΠολΔ⁴¹. Πράγματι, αν εκκινούσε ο ιστορικός νομοθέτης από την παραδοχή της οριστικότητας της παραπεμπτικής αποφάσεως, θα ελάμβανε ως δεδομένο ότι η εν λόγω απόφαση δεσμεύει ήδη από την έκδοσή της το δικαστήριο που την εξέδωσε κατ' άρθρο 309 εδ. α' ΚΠολΔ (ενδοδιαδικαστική δέσμευση), ενώ μετά την τελεσιδικία της δεσμεύει και το δικαστήριο της παραπομπής, αφού, ως γνωστόν, το δεδικασμένο καταλαμβάνει και τις οριστικές αποφάσεις (321 ΚΠολΔ) που κρίνουν το δικονομικό ζήτημα (322 Ι εδ. β' ΚΠολΔ). Υπό την έννοια αυτή το άρθρο 46 εδ. β' ΚΠολΔ το οποίο ορίζει ότι: «Η παραπεμπτική απόφαση, όταν τελεσιδικήσει, είναι υποχρεωτική, τόσο για την αναρμοδιότητα του δικαστηρίου, που παρέπεμψε, όσο και για την αρμοδιότητα του δικαστηρίου στο οποίο γίνεται η παραπομπή», καθίσταται εν μέρει τουλάχιστον περιττό αφού φαίνεται να ρυθμίζει ζητήματα τα οποία καλύπτονται ήδη από άλλες νομοθετικές διατάξεις⁴². Και η ίδια επομένως η διατύπωση της διάταξης οδηγεί στο συμπέρασμα ότι ο νομοθέτης εκκινεί από τη μη οριστικότητα της παραπεμπτικής αποφάσεως και γι' αυτό ορίζει ότι η συγκεκριμένη απόφαση καθίσταται, κατ' εξαίρεση του γενικού κανόνος, δεσμευτική (για αμφότερα τα εμπλεκόμενα δικαστήρια) όταν καταστεί τελεσίδικη. Από την άποψη αυτή συνεπέστερη και επομένως προτιμητέα θα πρέπει να θεωρηθεί και η άποψη εκείνη που χαρακτηρίζει την απορρέουσα εκ του άρθρου 46 εδ. β' ΚΠολΔ δέσμευση ως ενδοδιαδικαστική, έναντι της απόψεως που βλέπει στην ανωτέρω διάταξη μία, αν μη τι άλλο, περιττή εξειδίκευση του δεδικασμένου ως προς το δικονομικό ζήτημα κατ' άρθρον 322 Ι εδ. β' ΚΠολΔ⁴³. Άλλωστε, όπως εύστοχα παρατηρείται, αν η δέσμευση αυτή αποτελούσε απόρροια του δεδικασμέ-

τους διαδικούς η έκδοσις αποφάσεως».

41 Άλλως εν μέρει Γ. Διαμαντόπουλος, Η ανταγωγή κατά τον ΚΠολΔ, σελ. 383 επ., ο οποίος ενώ επισημαίνει ορθώς ότι οι παραπεμπτικές αποφάσεις «δεν φέρουν οριστικό χαρακτήρα», εντούτοις κατατάσσει αυτές στις οριστικές «ακριβώς επειδή ο νομοθέτης προκρίνει αυτή τη λύση». Έτσι ήδη και Π. Αρβανιτάκης, Η κατ' ουσίαν έρευνα της διαφοράς μετά την εξαφάνιση της πρωτόδικης αποφάσεως κατά τον ΚΠολΔ, σελ. 170.

42 Πρβλ. ήδη και Ν. Νίκα, Το έννομο συμφέρον ως προϋπόθεση του παραδεκτού των ενδίκων μέσων κατά τον ΚΠολΔ, σελ. 155.

43 Έτσι μεταξύ άλλων Δ. Κονδύλης, Το δεδικασμένο κατά τον Κώδικα Πολιτικής Δικονομίας, 2^η εκδ., σελ. 266 και Ν. Νίκας, ο.π., σελ. 152 επ. (ιδίως 155) ο οποίος τονίζει ότι ενώ το δεδικασμένο αναφέρεται και επενεργεί σε μία μεταγενέστερη και νέα δίκη, η δεσμευτικότητα της παραπεμπτικής αποφάσεως εκδηλώνεται στο πλαίσιο της ίδιας δίκης η οποία παραμένει εκκρεμής και μετά την έκδοση της σχετικής αποφάσεως.

νου δεν θα υπήρχε ανάγκη ειδικής κύρωσής της στον αριθ. 5 του άρθρου 559 ΚΠολΔ, αφού η συγκεκριμένη παράβαση θα αναιρείτο ήδη μέσω του 559 αρ. 16 ΚΠολΔ⁴⁴.

Περαιτέρω θα πρέπει να διερωτηθεί κανείς μήπως το ανωτέρω συμπέρασμα δύναται να κλονισθεί από τη διατύπωση της διατάξεως του άρθρου 46 εδ. β' ΚΠολΔ η οποία κάνει λόγο για τελεσιδικία της παραπεμπτικής αποφάσεως. Και τούτο διότι αν εκκινήσει κανείς από τη θέση ότι η οριστικότητα της αποφάσεως αποτελεί εννοιολογική προϋπόθεση της τελεσιδικίας, θα πρέπει να οδηγηθεί περαιτέρω στο συμπέρασμα ότι ο νομοθέτης, εμμέσως τουλάχιστον, έλαβε θέση στο συγκεκριμένο πρόβλημα, τασσόμενος υπέρ του χαρακτήρα της αποφάσεως ως οριστικής⁴⁵. Κάτι τέτοιο ωστόσο δεν θα ήταν απόλυτα ακριβές. Είναι μιν αληθές ότι ο ισχύων Κώδικας Πολιτικής Δικονομίας προσδίδει τη συνέπεια της τελεσιδικίας ήτοι του απρόσβλητου κατά στάδιο δικαιοδοσίας κατ' αρχήν σε οριστικές αποφάσεις (321 ΚΠολΔ), πλην όμως τούτο δεν επιβάλλεται από κάποια λογική – μετανομική αναγκαιότητα⁴⁶. Τελεσιδικία σημαίνει απλώς το απρόσβλητο της δικαστικής αποφάσεως με τα τακτικά ένδικα μέσα και το ζήτημα ποιες αποφάσεις υπόκεινται σε ένδικα μέσα είναι προεχόντως ζήτημα νομοθετικής επιλογής. Είναι επομένως ελεύθερος ο νομοθέτης να ορίσει ότι συγκεκριμένη κατηγορία μη οριστικών αποφάσεων δύναται να προσβληθεί με ένδικα μέσα. Και ακριβώς αυτό φαίνεται να έπραξε με τη διάταξη του άρθρου 513 παρ. 1 στ. α' ΚΠολΔ στο οποίο προβλέπεται η προσβολή των παραπεμπτικών αποφάσεων με το ένδικο μέσο της εφέσεως⁴⁷. Μάλιστα η εν λόγω διάταξη παρέχει επιχείρημα στην εδώ υποστηριζόμενη θέση, αφού η ρητή πρόβλεψή της θα εστερείτο νοήματος, αν γινόταν δεκτή η ερμηνευτική εκδοχή ότι οι παραπεμπτικές αποφάσεις είναι οριστικές, καθώς στην περίπτωση αυτή θα καλύπτονταν από το 513 παρ. 1 στ. β' ΚΠολΔ και δεν θα απαιτείτο χωριστή νομοθετική πρόβλεψη⁴⁸.

Με τον μη οριστικό χαρακτήρα των παραπεμπτικών λόγω αναρμοδιότητας αποφάσεων εναρμονίζεται τέλος πληρέστερα και η απολύτως κρατούσα, ιδίως

44 Βλ. Δ. Κονδύλη, ο.π.

45 Βλ. και Κ. Μπέη, Πολιτική Δικονομία, αρθρ. 46, αρ. 21.

46 Πρβλ. και τις ορθές παρατηρήσεις Stein/Jonas/Althammer, Kommentar zur ZPO, 23^η εκδ. § 322 αρ. 66, όπου αντιμετωπίζεται το ζήτημα του αντικειμένου του ουσιαστικού δεδικασμένου καθαρά ως ζήτημα νομοθετικής επιλογής.

47 Όμοια νομοθετική περίπτωση αποτελεί και η διάταξη του άρθρου 114 παρ. 4 ΚΠολΔ η οποία προβλέπει ρητά τη δυνατότητα προσβολής με τα ένδικα μέσα της έφεσης και αναίρεσης της μη οριστικής απόφασης που διατάσσει τη διεξαγωγή της συζήτησης κεκλεισμένων των θυρών.

48 Έτσι ορθώς Κεραμεύς/Κονδύλης/Νίκας/(-Πανταζόπουλος), ΚΠολΔ², 513 αρ. 1, Στ. Κουσούλης, ο.π., σελ. 68, σημ. 65. Βλ. ήδη και Κ. Μπέη, Πολιτική Δικονομία, αρθρ. 46, αρ. 21. Αντιθ. Σ. Σαμουήλ, Η Έφεση κατά τον ΚΠολΔ, 6^η εκδ., σελ. 90.

στη νομολογία, άποψη η οποία θεωρεί χαρακτηριστικό γνώρισμα των οριστικών αποφάσεων ότι οδηγούν σε κατάργηση της θεμελιωθείσας ήδη με την κατάθεση της αγωγής εκκρεμοδικίας, αφού αυτές είτε δέχονται είτε απορρίπτονται εν όλω ή εν μέρει το προβληθέν αίτημα παροχής δικαστικής προστασίας. Από την έποψη αυτή οι παραπεμπτικές αποφάσεις δύσκολα μόνο θα μπορούσαν να χαρακτηρισθούν ως οριστικές, αφού η νομοθετική επιλογή της διατήρησης της εκκρεμοδικίας τους κατ' άρθρ. 46 εδ. γ' ΚΠολΔ οδηγεί στο ακριβώς αντίθετο συμπέρασμα⁴⁹. Τα άτοπα στα οποία οδηγεί η εδώ αντικρουόμενη άποψη δε θα μπορούσαν μάλιστα να παρακαμφθούν ακόμα και εκκινούσε κανείς από την παραδοχή ότι η εκκρεμοδικία δεν καταργείται με την έκδοση οριστικής αλλά μόνο με την έκδοση τελεσιδικού αποφάσεως⁵⁰, αφού και τότε θα έπρεπε να δεχθεί ότι υφίσταται κατηγορία τελεσιδικών αποφάσεων οι οποίες δεν εξαιλείφουν την εκκρεμοδικία⁵¹.

Ε) Το πρόβλημα της επιβολής των δικαστικών εξόδων

Σε συνέπεια με τα ανωτέρω θα πρέπει να γίνει δεκτό ότι με την παραπεμπτική απόφαση ορθότερο είναι να μην επιβάλλονται και δικαστικά έξοδα, αφού αυτή δε λαμβάνει οριστικό χαρακτήρα όπως απαιτεί η διάταξη του 191 παρ. 1 ΚΠολΔ⁵². Η λύση αυτή ευνοείται και από τη νομοθετική διάταξη του άρθρου 176 ΚΠολΔ η οποία ορίζει ότι (στις οριστικές αποφάσεις) η επιδίκαση των δικαστικών εξόδων πραγματοποιείται κατ' αρχήν με βάση την αρχή της ήττας. Δύναται όμως να θεωρηθεί εν προκειμένω ως ηττηθείς διάδικος, ο ενάγων του οποίου παραπέμφθηκε η αγωγή; Κάτι τέτοιο θα ήταν, μάλλον, δυσχερώς μόνον υποστηρίξιμο, καθώς επί παραπομπής δεν τίθεται ζήτημα ήττας του ενάγοντος, αφού η αγωγή δεν απορρίπτεται, αλλ' απλώς παραπέμπεται προς περαιτέρω εκδίκαση στο αρμόδιο δικαστήριο⁵³. Αν επομένως ο νομοθέτης

49 Πρβλ. όμως *Ν. Νίκα*, Πολιτική Δικονομία Ι, 2^η εκδ., σελ. 324, ο οποίος τονίζει ότι οι εν λόγω αποφάσεις θα πρέπει να θεωρούνται οριστικές παρ' όλο που δεν καταλύουν τη δημιουργηθείσα εκκρεμοδικία. Όμοια και *Μ. Μαργαρίτης/Α. Μαργαρίτη*, ΚΠολΔ Ι, 2^η εκδ., αρθρ. 513 αρ. 4.

50 Έτσι η κρ. γν. στη θεωρία. Βλ. ενδεικτ. *Κ. Καλαβρό*, Πολιτική Δικονομία, 4^η εκδ., § 34 ΙΙ 2 β αρ. 60, *Δ. Μανιώτη*, Αστικό Δικονομικό Δίκαιο, 2^η εκδ., σελ. 57, 148, *Κ. Κεραμέα*, Αστικό Δικονομικό Δίκαιο, 1986, σελ. 216, *Ν. Νίκα*, Πολιτική Δικονομία ΙΙ, σελ. 201 επ., *τον ίδιο*, Η ένσταση εκκρεμοδικίας, σελ. 158 επ.

51 Έτσι ήδη *Γ. Ράμμος*, Έλλειψις δικαιοδοσίας και αρμοδιότητας πολιτικών δικαστηρίων. Διαπίστωση και κήρυξις αυτής, Συμβολαί, τ. Δ 1966, § 184β, V, σελ. 222.

52 Έτσι ορθώς *Κεραμεύς/Κονδύλης/Νίκας/(-Ορφανίδης)*, ΚΠολΔ Ι (2000), 191 αρ. 1, ΜΠρ-Χαλκ 630/1991, ΕλλΔνη 35 (1994), 1415.

53 Έτσι και *Κ. Μπέης*, Πολιτική Δικονομία, αρθρ. 46, αρ. 21, *Ν. Αλεξιάδης*, Οι θέσεις της νομολογίας στην επιβολή της δικαστικής δαπάνης σε περίπτωση παραπομπής της υποθέσεως

εκκινούσε από την παραδοχή του οριστικού χαρακτήρα της παραπεμπτικής αποφάσεως θα εισήγαγε για την περίπτωση αυτή εξαίρεση υπέρ της αρχής της υπαιτιότητας, όπως έχει πράξει σε ανάλογες περιπτώσεις⁵⁴, και δεν θα έμενε προσκολλημένος στην αρχή της ήττας η οποία είναι φανερό ότι δεν μπορεί να τύχει εφαρμογής⁵⁵. Τέλος δε θα πρέπει να παραβλέψει κανείς ότι η αντίθετη εκδοχή οδηγεί και σε αδιέξοδα τα οποία περιπλέκουν χωρίς αποχρώντα λόγο τα πράγματα και δυσχεραίνουν το έργο του εφαρμοστή του δικαίου. Αρκεί να σκεφθεί κανείς ξανά την περίπτωση της εσφαλμένης παραπομπής κατ' άρθρο 46 ΚΠολΔ και την κατόπιν τούτου αναπομπή στο αρχικώς επιληφθέν και αρμόδιο δικαστήριο. Στην περίπτωση αυτή και ενώ το αρχικώς επιληφθέν δικαστήριο είναι αναμφίβολα ελεύθερο να δικάσει εκ νέου τη διαφορά, μη δεσμευόμενο από την προηγηθείσα απόφασή του, ο διάδικος του οποίου η αγωγή παραπέμφθηκε εσφαλμένα σε αναρμόδιο δικαστήριο θα έπρεπε να προσβάλει με έφεση την πρώτη απόφαση για το τμήμα αυτής που αφορά στη δικαστική δαπάνη η οποία του επεβλήθη. Κάτι τέτοιο ωστόσο δεν θα ήταν δυνατό, αφού ο ενάγων θα συναντούσε το απαράδεκτο που καθιερώνει το άρθρο 193 ΚΠολΔ σύμφωνα με το οποίο δεν επιτρέπεται η προσβολή της αποφάσεως με ένδικο μέσα, όταν με το ένδικο μέσο πλήττεται αυτοτελώς το μέρος της απόφασης που αφορά στα δικαστικά έξοδα⁵⁶. Και αν όμως κανείς ξεπερνούσε ερμηνευτικά τον σκόπελο του απαράδεκτου προκειμένου να μην αφήσει απροστάτευτο τον ενάγοντα⁵⁷, ο τελευταίος θα ήταν υποχρεωμένος ασκώντας έφεση να ανοίξει νέα δίκη για την αρχική επιβολή των δικαστικών εξόδων, κάτι το οποίο όμως θα πολλαπλασίαζε ανεπίτρεπτα τους δικαστικούς αγώνες και τα έξοδα στο πλαίσιο της ίδιας διαφοράς, με άμεση συνέπεια να πλήττεται η αρχή της οικονομίας της δίκης η οποία όμως θα έπρεπε να θεραπεύεται από τη νομοθετική επιλογή της παραπεμπτικής αποφάσεως⁵⁸. Ορθό

λόγω αναρμοδιότητας, Δ 10 (1979), 524, 526, *Ε. Μπαλογιάννη*, Παρατηρήσεις στην ΕφΘεσ 1824/1994, Δ 28 (1997), 159, 161 *Π. Γιαννόπουλος*, Σημείωμα υπό την ΠΠρΑθ 2273/2008, ΕΠολΔ 2008, 892, Στ. *Πανταζόπουλος*, Παρατηρήσεις στην ΠΠρΠειρ 3272/2012, ΕλλΔνη 54 (2013), 1680, ΕφΑθ μειοψ. 2340/2002, ΕλλΔνη 43 (2002), 1442 = ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ. Αντιθ. *Ν. Νίκας*, Πολιτική Δικονομία ΙΙ, σελ. 760 μ.π.π. στην κρατούσα άποψη.

54 Για την κάμψη της αρχής της ήττας κατά την επιδίκαση των δικαστικών εξόδων βλ. αντί άλλων *Ν. Νίκα*, Πολιτική Δικονομία ΙΙ, σελ. 760 επ., *Κεραμέα/Κονδύλη/Νίκα/(-Ορφανίδη)*, ΚΠολΔ Ι (2000), Εισαγ. 173 – 193, αρ. 2.

55 Πρβλ. τις ορθές παρατηρήσεις του *Κ. Μπέη*, Πολιτική Δικονομία, αρθρ. 46, αρ. 21.

56 Για την έκταση της απαγορεύσεως βλ. αντί άλλων *Μ. Μαργαρίτη/Α. Μαργαρίτη*, ΚΠολΔ Ι, 2^η εκδ., αρθρ. 193 αρ. 1 επ., Σ. *Σαμουήλ*, Η Έφεση κατά τον ΚΠολΔ, 6^η εκδ., σελ. 76 επ. και εκτενέστερα *Ν. Κλαμαρή*, Τινά περί της προσβολής αποφάσεως δι' ένδικο μέσου μόνο ως προς τα δικαστικά έξοδα, Τόμος προς τιμήν Γ. Θ. Ράμμου ΙΙ, σελ. 993 επ.

57 Βλ. ανάλογο προβληματισμό σε *Ν. Κλαμαρή*, ο.π., σελ. 993, 1014 επ.

58 Βλ. και *Stein/Jonas/Thole*, Kommentar zur ZPO, 23^η εκδ., § 281 αρ. 1, *MüKoZPO/Prütting*,

αλλά και σκοπιμότερο θα ήταν επομένως τα επιπλέον δικαστικά έξοδα που προκαλούνται λόγω της απευθύνσεως της αγωγής σε αναρμόδιο δικαστήριο να μην επιβάλλονται δια της παραπεμπτικής αποφάσεως, αλλά να θεωρούνται ως τμήμα των συνολικών δικαστικών εξόδων και να επιβάλλονται στον ενάγοντα, ακόμα και σε περίπτωση νίκης του, με την οριστική απόφαση που θα εκδοθεί από το τελικώς επιλαμβανόμενο δικαστήριο⁵⁹. Η λύση αυτή βρίσκει άλλωστε σαφές νομοθετικό έρεισμα και στη διάταξη του άρθρου 185 περ. 3 ΚΠολΔ η οποία, κατ' εφαρμογήν της αρχής της υπαιτιότητας, επιτρέπει την επιβολή του συνόλου ή μέρους των δικαστικών εξόδων στον νικητή διάδικο «αν αυτός έγινε υπαίτιος για την ακυρότητα διαδικαστικής πράξης».

ΣΤ) Σύνοψη των σημαντικότερων πορισμάτων της μελέτης

Ο χαρακτήρας των παραπεμπτικών λόγω αναρμοδιότητας αποφάσεων ως οριστικών ή μη αποτελεί μέχρι σήμερα αντικείμενο επιστημονικών αντιπαράθεσεων. Η κατάταξη των αποφάσεων αυτών στις οριστικές υπό το κράτος του προϊσχύσαντος δικαίου οφείλεται στις διαφορετικές έννομες συνέπειες που προέβλεπε η διάταξη του άρθρου 25 ΠολΔ στην αρχική της μορφή και δεν μπορεί να αποβεί καθοριστική κατά την ερμηνεία του ισχύοντος δικαίου. Η κρατούσα άποψη η οποία κατατάσσει τις παραπεμπτικές αποφάσεις στις οριστικές δεν κρίνεται πειστική, καθώς εκκινεί από την κατάφαση των εννόμων συνεπειών της οριστικότητας (έλλειψη δυνατότητας ανακλήσεως, δυνατότητα επιβολής δικαστικής δαπάνης) τις οποίες και υπολαμβάνει ως δεδομένες. Περαιτέρω, όμως, δεν είναι συνεπής και με τις παραδοχές της καθώς, ενώ δέχεται ότι οι αποφάσεις αυτές δεν ανακαλούνται, ταυτοχρόνως δέχεται ότι το αρχικώς επιληφθέν δικαστήριο σε περίπτωση αναπομπής της υποθέσεως σ' αυτό δεν αποκλείεται να αναιρέσει την αρχική του κρίση. Μη πειστική είναι ομοίως η θέση εκείνη η οποία θεωρεί τις παραπεμπτικές αποφάσεις ως αποφάσεις μη οριστικές, με οριστική όμως διάταξη ως προς το δικονομικό ζήτημα, αλλά και η άποψη που κατατάσσει τις εν λόγω αποφάσεις στις οριστικές απλώς και μόνο εκ του λόγου ότι ενέχουν κρίση για την έλλειψη διαδικαστικής προϋποθέσεως. Η αποδοχή της απόψεως περί του μη οριστικού χαρακτή-

6^η εκδ. 2020, § 281, αρ. 1, *Musielak/Voit/Foerste*, 17^η εκδ. 2020, ZPO § 281 αρ. 1.

59 Έτσι και Ν. Αλεξιάδης, Οι θέσεις της νομολογίας στην επιβολή της δικαστικής δαπάνης σε περίπτωση παραπομπής της υποθέσεως λόγω αναρμοδιότητας, Δ 10 (1979), 524, 527, Στ. Πανταζόπουλος, Παρατηρήσεις στην ΠΠρΠειρ 3272/2012, ΕλλΔνη 54 (2013), 1680. Όμοια λύση ακολουθείται και στο πλαίσιο του γερμανικού δικαίου. Βλ. σχετ. § 281 Abs. 3 ZPO: «Die im Verfahren vor dem angegangenen Gericht erwachsenen Kosten werden als Teil der Kosten behandelt, die bei dem im Beschluss bezeichneten Gericht erwachsen. Dem Kläger sind die entstandenen Mehrkosten auch dann aufzuerlegen, wenn er in der Hauptsache obsiegt». Βλ. επ' αυτού και *MüKoZPO/Prütting*, 6^η εκδ. 2020, § 281, αρ. 60 επ.

ρα των παραπεμπτικών αποφάσεων δεν μπορεί να οδηγήσει σε έκδοση αντιφατικών αποφάσεων, αφού σε κάθε περίπτωση η ανάκληση των μη οριστικών αποφάσεων λαμβάνει χώρα υπό τους περιορισμούς της διατάξεως του άρθρου 309 εδ. β' ΚΠολΔ. Ο μη οριστικός χαρακτήρας των παραπεμπτικών αποφάσεων εναρμονίζεται πληρέστερα προς τις επιλογές του νομοθέτη και ιδίως προς τις διατάξεις των άρθρων 46 εδ. β' και 513 παρ. 1 περ. α' ΚΠολΔ οι οποίες διαφορετικά θα στερούνταν λόγου ύπαρξης και εντάσσεται επομένως ομαλότερα στο ισχύον σύστημα του ΚΠολΔ. Τέλος, προκρίνεται ως ορθότερη αλλά και σκοπιμότερη η άποψη εκείνη που υποστηρίζει ότι τα δικαστικά έξοδα δεν επιβάλλονται με την παραπεμπτική απόφαση, αλλά μόνο με την οριστική απόφαση που θα εκδοθεί από το τελικώς επιλαμβανόμενο δικαστήριο.

Ζητήματα από την *ex lege* (κατ' άρθρ. 30 § 3 ΚΕΔΕ) εκχώρηση απαίτησης αδικαιολόγητου πλουτισμού υπέρ του καθ' ού η εκτέλεση οφειλέτη στην κατάσχεση εις χείρας τρίτου

Γεώργιος Διαμαντόπουλος
Καθηγητής Νομικής Σχολής Α.Π.Θ.

I. Προδιάθεση

Πρόσφατα απασχόλησε τη δικαστηριακή πρακτική (ΠΠρΑθ 1147/2020) το ζήτημα εάν η δικαιογόνος αιτία από την οποία ανέκυψε επιδικασθείσα, λόγω αδικαιολόγητου πλουτισμού, απαίτηση υπέρ του καθ' ού η εκτέλεση οφειλέτη στην κατάσχεση εις χείρας τρίτου ανατρέχει στο χρόνο γέννησής της αξίωσης ή της επιδίκασής της, ώστε η επιβληθείσα πριν το χρόνο επιδίκασης κατάσχεση εις χείρας τρίτου να καταλαμβάνει και αυτήν.

Με άλλα λόγια, τέθηκε το ζήτημα εάν ο καθ' ού η εκτέλεση οφειλέτης-εκχωρητής έχει απολέσει την εξουσία διάθεσης του αντικειμένου (ήτοι της επιδικασθείσας χρηματικής απαίτησης) και, συμπληρωματικά, αν από την κοινοποίηση του κατασχετηρίου στον τρίτο, αυτοδικαίως, ο κατάσχων δανειστής έχει καταστεί εκδοχέας της απαίτησης, τη στιγμή που ο τρίτος δεν νομιμοποιείται να εξοφλήσει την απαίτηση στον καθ' ού η κατάσχεση.

II. Κατάσχεση εις χείρας τρίτου και μελλοντικές απαιτήσεις

Ως γνωστόν, τόσο με το ν.δ. 356/1974 «Περί Κώδικος Εισπράξεως Δημοσίων Εσόδων» (στο εξής: ΚΕΔΕ, ιδίως άρθρα 30-34), όσο και με τον Κώδικα Πολιτικής Δικονομίας (άρθρα 982 επ.), καθιερώνεται η κατάσχεση εις χείρας τρίτου ως μέσο αναγκαστικής εκτέλεσης για την ικανοποίηση προεχόντως χρηματικών απαιτήσεων απορρεουσών είτε από το νόμο είτε από τη σύμβαση¹. Ο

1 Βλ. ενδεικτικώς από την πλούσια βιβλιογραφία *Μητσόπουλο*, Κατάσχεση στα χέρια τρίτου, γνμδ, ΕλλΔνη 1984.18-29· *Κεραμέα*, Αναγκαστική κατάσχεση εις χείρας τρίτου απαιτήσεως υπό αίρεση. Αναλογισμός απαιτήσεων και κύρος της κατασχέσεως, γνμδ, Αρμ 1982.278-281· *Γέσιου-Φαλτσή*, Δίκαιο Αναγκαστικής Εκτελέσεως, τ. Ιββ/Ειδικό μέρος (2018) σ. 6 επ., με εκτενή αναφορά σε παραδείγματα σ. 41 επ.· *την ίδια*, Συνέπειες της κατασχέσεως στα χέρια τρίτου, στον τόμο: Η δικονομική έννομη τάξη, τ. IV (2009) σ. 607 επ.· *την ίδια*, Η ανακοπή κατά της δηλώσεως του τρίτου στην κατάσχεση στα χέρια τρίτου, στον τόμο: Η δικονομική ή έννομη τάξη, τ. IV (2009) σ. 635 επ.· *Νίκα*, Δίκαιο αναγκαστικής εκτελέσεως,

εν λόγω θεσμός διακρίνεται από τα λοιπά μέσα αναγκαστικής εκτέλεσης για την απλότητα της διαδικασίας, την ταχύτητά του, καθώς και για την εν γένει ιδιοσυστασία του².

Θεμελιώδης αναδεικνύεται η διακρίβωση εάν το βεληνεκές της κατάσχεσης εις χείρας τρίτου εκτείνεται και σε μελλοντικές απαιτήσεις³. Και τούτο διότι έχει διαγνωσθεί πως υπάρχει ανάγκη διασφάλισης της πίστης του οφειλέτη και εν γένει της ασφάλειας των συναλλαγών, ενώ δεν κρίνεται σώφρον να διαφεύγουν της κατάσχεσης απαιτήσεις, οι οποίες εκ φύσεως έχουν σύντομη διάρκεια ζωής⁴.

Ειδικότερα, λοιπόν, από τη διάταξη του άρθρου 982 ΚΠολΔ, σε συνδυασμό με τις διατάξεις των άρθρων 985 § 1 και 988 ΚΠολΔ, προκύπτει ότι αντικείμενο της κατάσχεσης εις χείρας τρίτου, συνιστά κατά κανόνα η γεννημένη και ληξιπρόθεσμη απαίτηση⁵. Ακριβέστερα, σύμφωνα με την πρώτη διάταξη, ορίζεται, μεταξύ άλλων, πως δύναται να κατασχεθούν οι χρηματικές απαιτήσεις εκείνου κατά του οποίου στρέφεται η αναγκαστική εκτέλεση εις χείρας τρίτων, εφόσον, βεβαίως, δεν εξαρτώνται από αντιπαροχή⁶. Πλην όμως, έχει επικρα-

τ. Π² (2018) σ. 683· *Μπέη*, Θεμελιακά ζητήματα της κατάσχεσης χρηματικών απαιτήσεων στα χέρια τρίτου, Δ 1997.399-413· *Καστριώτη*, Η κατάσχεσις εις χείρας τρίτου (κατά τον ΚΠολΔ) I-III² (2008)· *τον ίδιο*, Η κατάσχεσις της δημόσιας καταθέσεως, ως μελλούσης, υπό αίρεσιν ή προθεσμίαν απαιτήσεως, εις χείρας του Ταμείου Παρακαταθηκών και Δανείων ως τρίτου, Δ 1982.210-226· *Κολοτούρο*, Οι συνέπειες της αναγκαστικής κατάσχεσης στα χέρια τρίτου, στον τόμο: Ένωση Ελλήνων Δικονομολόγων, Η κατάσχεση εις χείρας τρίτου (2017) σ. 167 επ.· *Ορφανίδη*, Οι προϋποθέσεις για την επιβολή της κατασχεσεως εις χείρας τρίτου, στον τόμο: Ένωση Ελλήνων Δικονομολόγων, Η κατάσχεση εις χείρας τρίτου (2017) σ. 25 επ.· ειδικώς ως προς τον ΚΕΔΕ, πρόσθ. και *Γέροντα/Ψάλτη*, Ερμηνεία ΚΕΔΕ³ (2016) σ. 409 επ.· *Ποδημάτα*, Ζητήματα από την κατάσχεση στα χέρια τρίτου κατά τον ΚΕΔΕ (ν.δ. 356/1974). Δογματική και δικαιοπολιτική αποτίμηση των βασικότερων αποκλίσεων από την ρύθμιση του ΚΠολΔ, στον τόμο: Μελέτες Ιστορίας, Μεθοδολογίας και Δογματικής του Δικονομικού Δικαίου (2019) σ. 691 επ. = ΕλλΔνη 2000.1517. Τέλος, ως προς τις πρόσφατες τροποποιήσεις των οικείων διατάξεων πρόσθ. *Μακρίδου/Απαλαγάκη/Διαμαντόπουλο*, Πολιτική Δικονομία² (2018) σ. 190/191.

2 Βλ. ειδικότερα *Γέσιου-Φαλτσή*, προηγ. σημ., σ. 7 επ.· *Ορφανίδη*, προηγ. σημ.

3 Ας μην παραγνωρίζεται ότι και ο ν. 4335/2015 τροποποίησε το άρθρο 682 § 1 εδ. β' ΚΠολΔ, ώστε το ασφαλιστέο δικαίωμα δύναται να εξαρτάται από αίρεση ή προθεσμία, ή να αφορά και μέλλουσα απαίτηση. Πρβλ. *Γέσιου-Φαλτσή*, παρέμβαση στο 41ο Συνέδριο της Ένωσης Ελλήνων Δικονομολόγων, Η κατάσχεση εις χείρας τρίτου (2017), στον τόμο: Η δικονομική έννομη τάξη, τ. V (2019) σ. 1359 (1361).

4 Βλ. *Νίκα*, ό.π. σημ. 1, σ. 697/698· *τον ίδιο*, παρέμβαση στο 41ο Συνέδριο της Ένωσης Ελλήνων Δικονομολόγων, Η κατάσχεση εις χείρας τρίτου (2017) σ. 119· *Γέσιου-Φαλτσή*, ό.π. σημ. 1, σ. 50.

5 Βλ. *Νίκα*, ό.π. σημ. 1, σ. 695/696.

6 Η άλλη κατηγορία αντικειμένων, τα οποία σύμφωνα με το νόμο μπορούν να κατασχεθούν στα χέρια τρίτων, αφορά κινητά πράγματα που ανήκουν κατά κυριότητα στον οφειλέτη

τήσει στην ελληνική θεωρία⁷, όπως επίσης στη νομολογία⁸, η άποψη ότι καθίσταται εφικτό να κατασχεθούν και μελλοντικές χρηματικές απαιτήσεις, υπό τον αναγκαίο όρο η δικαιοπαγωγική τους έννομη σχέση (όπως λ.χ. μίσθωση, εντολή, εταιρεία) να υφίσταται ήδη κατά το χρονικό σημείο επιβολής της κατάσχεσης⁹, καθώς και να προσδιορίζεται αυτή (απαίτηση) κατά είδος και υποκείμενα¹⁰. Ακόμη, δηλαδή, και εάν δεν δηλούται ο χρόνος κατά τον οποίο τελικώς θα προκύψει η απαίτηση¹¹. Θα πρέπει, εντούτοις, να αποσαφηνισθεί

και που κατά το χρόνο της κατάσχεσης βρίσκονται στα χέρια τρίτου· βλ. αναλυτικά για το αντικείμενο κατάσχεσης *Ορφανίδη*, ό.π. σημ. 1, σ. 40 επ.

- 7 Βλ. *Κεραμέα*, ό.π. σημ. 1, Αρμ 1982.278· *Κεραμέα/Κονδύλη/Νίκα* (-Νικολόπουλο) Ερμηνεία ΚΠολΔ, τ. II (2000) άρθρ. 982 αριθ. 4· *Μπρίνια*, Αναγκαστική εκτέλεσις, τ. ΙΙ² (1980) άρθρ. 982 σ. 1240 επ.· *Νίκα*, ό.π. σημ. 1, σ. 696/697· *τον ίδιο*, παρέμβαση στο 41ο Συνέδριο της Ένωσης Ελλήνων Δικονομολόγων, Η κατάσχεση εις χείρας τρίτου (2017) σ. 119· *Μπέη*, Κατάσχεση του δικαιώματος συμμετοχής στα μελλοντικά κέρδη εταιρίας, Δ 1980.131-134· *Καστριώτη*, Σκέψεις τινές επί του θέματος της κατασχέςεως εις χείρας τρίτου μελλούσης απαίτησεως, Δ 1980.75· *Γέροντα/Ψάλτη*, ό.π. σημ. 1, σ. 412· *Παννόπουλο*, Ερμηνευτικά προβλήματα από την επιβολή κατάσχεσης εις χείρας του Δημοσίου με έμφαση στην περίπτωση της κατάσχεσης για μέλλουσες απαιτήσεις. Συμβολή στην ερμηνεία του άρθρου 145 ν. 4270/2014, ΕλλΔνη 2020.378· *Ορφανίδη*, ό.π. σημ. 1, σ. 68 επ.· *Μάζη*, Αγωγή αποζημίωσης για ανειλικρινή δήλωση «τρίτου σε κατάσχεση εις χείρας αυτού» (άρθρο 985 ΚΠολΔ). Έννοια απαίτησης που τελεί υπό αναβλητική αίρεση και διάκρισή της από μελλοντική απαίτηση - Διάκριση της τελευταίας από την προσδοκώμενη απλής απαίτηση και σημασία ως προς τη δυνατότητα επιβολής κατάσχεσης κατ' αυτών (δυνατότητα μόνο για τις μελλοντικές και για τις υπό αίρεση απαιτήσεις) ΕΠολΔ 2017.628· *Ρίζο*, Κατάσχεση εις χείρας τρίτου: Παράλειψη ανακοπής από το Δημόσιο της αρνητικής δήλωσης του τρίτου. Επιπτώσεις της απόσβεσης της εκτελούμενης απαίτησης, ΕΠολΔ 2020.140 επ.· *πρβλ. πάντως Μπέη*, Δ 1980.131 επ. (134 επ.) ότι η κατάσχεση των μελλοντικών απαιτήσεων θα πρέπει να ακολουθεί τη διαδικασία κατάσχεσης των ειδικών περιουσιακών στοιχείων (ΚΠολΔ 1022 επ.).
- 8 Βλ. ενδεικτικώς από την πλούσια νομολογία ΑΠ 259/2020, ΤΝΠ Νόμος· ΑΠ 1081/2015, ΤΝΠ Νόμος· ΑΠ 358/2004, ΤΝΠ Νόμος· ΜΕφΑθ 279/2020, ΤΝΠ Νόμος· ΕφΠειρ 18/2017, ΤΝΠ Νόμος· ΜΕφΠειρ 509/2015, ΤΝΠ Νόμος· ΜΕφΔωδ 29/2015, ΤΝΠ Νόμος· ΕφΑθ 7269/2004, ΕλλΔνη 2006.237· ΠΠρΗρακλ 19/2020, Αρμ 2020.1009· ΜΠρΛαρ 239/2019, ΤΝΠ Νόμος· ΜΠρΚοζ 231/2019, Αρμ 2020.1016· ΜΠρΑθ 2247/2017, ΤΝΠ Νόμος· ΜΠρΑμαλ 163/2017, ΕλλΔνη 2018.526· ΜΠρΡόδ 41/2016, ΤΝΠ Νόμος· ΜΠρΛαρ 21/2016, ΤΝΠ Νόμος· ΜΠρΑθ 700/2013, ΤΝΠ Νόμος· ΜΠρΑθ 4086/2001, ΤΝΠ Νόμος· ΕιρΘεσ 532/2018, ΤΝΠ Νόμος· Χαρακτηριστική ως προς την εκτέλεση με βάση τον ΚΕΔΕ η ΜΔ-ΠρΑθ 1355/2011, ΕλλΔνη 2013.265· πρόσθ. ακόμη ΓνμΔΟΛΝΣΚ 220/2019, διαθέσιμη σε www.sakkoulas-online.gr.
- 9 Βλ. και ΕφΑθ 6325/2008, ΕλλΔνη 2010.182· *Γέροντα/Ψάλτη*, ό.π. σημ. 1, σ. 413/414, ότι τα στοιχεία αυτά, εάν και δεν αναφέρονται στη διάταξη του άρθρου 30 ΚΕΔΕ, ούτε στη γενική διάταξη του άρθρου 983 ΚΠολΔ, κρίνονται αναγκαία, διότι διαφορετικά θα καθίστατο δυσχερής η δήλωση του τρίτου και ο προσδιορισμός της απαίτησης της οποίας επιδιώκεται η κατάσχεση.
- 10 Βλ. ΑΠ 1081/2015, ΤΝΠ Νόμος· ΕφΠειρ 18/2017, ΔΕΕ 2017.382 (384).
- 11 Βλ. *Νίκα*, παρέμβαση στο 41ο Συνέδριο της Ένωσης Ελλήνων Δικονομολόγων, Η κατάσχεση εις χείρας τρίτου (2017) σ. 120. Χαρακτηριστικές και οι ΑΠ 285/1973, ΝοΒ 1973.1106

ότι θεωρητικά δεν ταυτίζεται η περίπτωση των υπό προθεσμία ή υπό αίρεση απαιτήσεων με αυτή των μελλοντικών. Είναι γεγονός, πάντως, ότι αφενός η διάκρισή τους καθίσταται στην πράξη εξαιρετικά δυσχερής¹², αφετέρου από άποψη έννομων συνεπειών δεν κρίνεται και σκόπιμη, αφού τελικώς θα εφαρμοσθεί η ίδια μορφή κατάσχεσης και στις δύο περιπτώσεις.

Ως προς την κατάσχεση μελλοντικών απαιτήσεων θα πρέπει¹³: α) αυτή να ζητείται ειδικώς¹⁴, β) να αναφέρεται στο κατασχετήριο η υφιστάμενη κατά το χρόνο επιβολής της κατάσχεσης βασική έννομη σχέση, που αποτελεί τη δικαιογόνο αιτία της μελλοντικής οφειλής¹⁵, γ) να προσδιορίζεται η μελλοντική απαίτηση κατά το είδος της και το πρόσωπο του οφειλέτη και δ) η μέλλουσα απαίτηση να μην εξαρτάται από ενεργό αντιπαροχή. Να σημειωθεί ότι παρά τις ανωτέρω απαιτήσεις, οι παραλείψεις που αφορούν τα ειδικότερα στοιχεία του κατασχετηρίου, δεν τάσσονται επί ποινή ακυρότητας στο άρθρο 983 § 1 ΚΠολΔ. Επομένως, προκειμένου να επιφέρουν την ακυρότητα του κατασχετηρίου, απαιτείται να αποδειχθεί δικονομική βλάβη¹⁶. Και βεβαίως η ανακοπή προς ακύρωση του (κατασχετηρίου), θα πρέπει να ασκηθεί εντός της καθοριζόμενης εκ του νόμου προθεσμίας (ΚΠολΔ 986 και ΚΕΔΕ 34)¹⁷, άλλως επέρ-

(σύμφωνα με την οποία κρίθηκε πως «...Η κατάσχεση μέλλουσας απαίτησης και η αναγκαστική εκχώρηση αυτής τελεί υπό την σιωπηρή αναβλητική αίρεση ότι θα προκύψει η απαίτηση»)- ΜΠρΑθ 4086/2001, ΤΝΠ Νόμος.

12 Βλ. ιδίως Φραγκίστα, ΕρμΑΚ, Ενοχ. Γεν. Εισαγ., αρ 23 και 25 = Μελέται ΙΙΙ (1987), σ. 1319 (1327), τονίζοντας ότι και στις υπό προθεσμία ή υπό αίρεση απαιτήσεις η ενοχή ενυπάρχει από τη σύστασή τους- πρόσθ. και Μπέη, ό.π. σημ. 7, σ. 134 επ. κατά τον οποίο ως μη ληξιπρόθεσμη απαίτηση πρέπει να νοηθεί εκείνη που έχει γεννηθεί ευθύς αμέσως με την κατάρτιση της δικαιοπραξίας και μόνον η άσκησή της εξαρτάται από την παρέλευση της προθεσμίας- βλ. εξίσου Μπρίνια, ό.π. σημ. 7, άρθρ. 982 σ. 1241/1242.

13 Βλ. Νίκα, ό.π. σημ. 11· Γέροντα/Ψάλτη, ό.π. σημ. 1, σ. 412.

14 Απαιτείται με άλλα λόγια, σαφής αναφορά στο κατασχετήριο περί κατάσχεσης και μελλοντικών απαιτήσεων- βλ. ΑΠ 825/2018, ΤΝΠ Νόμος· ΑΠ 256/2011, ΤΝΠ Νόμος· ΜΠρΛαρ 239/2019, ΤΝΠ Νόμος.

15 Γέσιου-Φαλτσή, Παραδεκτό και βάσιμο των λόγων ανακοπής κατά της εκτελέσεως διαιτητικής αποφάσεως με κατάσχεση τραπεζικής καταθέσεως, στον τόμο: Η δικονομική έννομη τάξη, τ. ΙΙΙ (2009), σ. 860 επ. (878)- πρόσθ. επίσης ΜΠρΚοζ 231/2019, Αρμ 2020.1016- πρβλ. και Νίκα, ό.π. σημ. 1, σ. 738.

16 Ως εκ τούτου, ο λόγος ανακοπής ότι το κατασχετήριο που επιδόθηκε πάσχει από ακυρότητα, διότι δεν περιέχει τα απαραίτητα εκ του νόμου στοιχεία πρέπει συγχρόνως να συνοδεύεται από τον ισχυρισμό ότι οι ελλείψεις ή ατέλειες του κατασχετηρίου αυτού προκάλεσαν δικονομική βλάβη η οποία και δεν μπορεί διαφορετικά να θεραπευθεί παρά μόνο με την κήρυξη της ακυρότητας (ΚΠολΔ 159 αριθ. 3).

17 Όπως εύστοχα διαπιστώνει η Γέσιου-Φαλτσή, ό.π. σημ. 15, σ. 878, οι περιπτώσεις ευδοκίμησης ενός τέτοιου λόγου είναι σπάνιες στη νομολογία των ελληνικών δικαστηρίων.

χεται θεραπεία της ακυρότητας¹⁸.

Προκύπτει ανενδοίαστα ότι ενώ η απαίτηση του επισπεύδοντος την αναγκαστική εκτέλεση δανειστή πρέπει να είναι βέβαιη και εκκαθαρισμένη (ΚΠολΔ 915, 916) δεν ισχύει το ίδιο και με την απαίτηση του καθ' ού η εκτέλεση κατά του τρίτου στην περίπτωση της κατάσχεσης εις χείρας του τελευταίου¹⁹. Όπως ήδη αναφέρθηκε, με το σύστημα της κατάσχεσης στα χέρια τρίτου κατάσχονται και οι υπό αίρεση ή προθεσμία, καθώς επίσης οι μελλοντικές, χρηματικές απαιτήσεις, υπό τον αναγκαίο όρο να υφίσταται η βασική έννομη σχέση τους κατά το χρόνο επιβολής της κατάσχεσης εις χείρας τρίτου. Προσέτι, η κατασχόμενη απαίτηση θα πρέπει να μπορεί να προσδιορισθεί κατ' είδος και οφειλέτη, έστω και εάν το ποσό της δεν είναι ορισμένο²⁰. Εξυπακούεται, πάντως, ότι ο τρίτος θα καταστεί οφειλέτης της απαίτησης, μόνον όταν αυτή βεβαιωθεί²¹ και εκκαθαριστεί, κατά τους όρους των άρθρων 915 και 916 ΚΠολΔ.

Χαρακτηριστική και επιβεβαιωτική των ανωτέρω, είναι και η πρόσφατη υπ' αριθ. 259/2020 απόφαση του Αρείου Πάγου²² -η οποία αναφέρεται ειδικώς στην εκτέλεση δυνάμει των διατάξεων του ΚΕΔΕ και για τον οποίο ισχύουν τα ως ανωτέρω λεχθέντα- όπου, μεταξύ άλλων, έγιναν δεκτά τα ακόλουθα: «...το κατασχετήριο που συντάσσεται από τον αρμόδιο διευθυντή του Ταμείου και ήδη από τον προϊστάμενο της αρμόδιας Δ.Ο.Υ. (άρθρα 85 § 1 Κ.Ε.Δ.Ε. και 1 αριθ. 4 π.δ. 16/1989), πρέπει να περιέχει προεχόντως, εκτός του τίτλου στον οποίο στηρίζεται, την ποσότητα της απαίτησης του Δημοσίου για την οποία γίνεται η κατάσχεση, το αντικείμενο της κατάσχεσης, δηλαδή εάν πρόκειται για κατάσχεση χρηματικής απαίτησης, καρπών, κινητών πραγμάτων ή κινητών αξιών, ενόψει της διαφορετικότητας της περαιτέρω διαδικασίας κατάσχεσης και την περιγραφή αυτών με τρόπο που να μη γεννιάται αμφιβολία για την ταυτότητά τους, την οφειλόμενη από τον τρίτο προς τον οφειλέτη του Δημοσίου ποσότητα και την έννομη σχέση από την οποία αυτή προέρχεται, που πρέπει να αναφέρεται συνοπτικά, αλλά κατά τρόπο σαφή, το όνομα, επώνυμο και πατρώνυμο του

18 Βλ. ενδεικτικώς ΟΛΑΠ 15/2011, ΤΝΠ Νόμος· ΟΛΑΠ 9/2010, ΤΝΠ Νόμος· ΟΛΑΠ 12/2009, ΤΝΠ Νόμος· ΟΛΑΠ 49/2005, ΤΝΠ Νόμος· ΕφΑθ 4378/2003, ΕλλΔνη 2004.215· πρόσθ. και Νίκα, Δίκαιο αναγκαστικής εκτελέσεως, τ. Γ' (2017) σ. 605 επ.· Κεραμέα/Κονδύλη/Νίκα (-Νικολόπουλο) ό.π. σημ. 7, άρθρ. 934, αριθ. 1· Μιχαηλίδου, Η άμυνα κατά της εκτέλεσης (2017) σ. 260 επ.

19 Γέσιου-Φαλτσή, ό.π. σημ. 1, σ. 47· Ορφανίδης, ό.π. σημ. 1, σ. 63.

20 Μπρίνιας, ό.π. σημ. 7, άρθρ. 982 σ. 1244· ΑΠ 358/2004, ΤΝΠ Νόμος· ΜΕφΑθ 279/2020, ΤΝΠ Νόμος· ΠΠρΑθ 259/2000, ΤΝΠ Νόμος.

21 Βλ. Κεραμέα/Κονδύλη/Νίκα (-Νικολόπουλο) ό.π. σημ. 7, άρθρ. 982 αριθ. 4· πρόσθ. και ΕφΑθ 3416/1990, ΕλλΔνη 1991.1026 (1029)· ΠΠρΘεσ 10250/2003, Αρμ 2003.1323 (1324 Ι)· πρβλ. ακόμη ΑΠ 1081/2015, ΤΝΠ Νόμος.

22 Δημοσιευμένη στην ΤΝΠ Νόμος.

οφειλέτη και να επιδίδεται εγκύρως προς τον τρίτο, στα χέρια του οποίου επιβάλλεται η κατάσχεση [...]. Αντικείμενο, εξάλλου, της κατασχέσεως στα χέρια τρίτου μπορεί να είναι και απαίτηση μέλλουσα. Απαιτείται, ωστόσο, στο χρόνο επιβολής της κατασχέσεως στα χέρια τρίτου, να υπάρχει η έννομη σχέση (π.χ. εντολή, εταιρεία, μίσθωση, χρησιδάνειο, παρακαταθήκη), από την οποία, ως αιτία δικαιολόγησης, θα προκύψει η μελλοντική χρηματική απαίτηση, η οποία, όμως, μπορεί κατά τον παραπάνω χρόνο να προσδιορισθεί κατά το είδος της και κατά το πρόσωπο του οφειλέτη, όχι δε απαραιτήτως και κατά το ποσό της».

Κομβική, περαιτέρω, ως προς την κατάφαση ή μη της δυνατότητας κατάσχεσης εις χείρας τρίτου μελλοντικών απαιτήσεων, αποδεικνύεται και η επισκόπηση του ουσιαστικού δικαίου²³, όπου το ζήτημα της εκχώρησης μελλοντικών απαιτήσεων γεννά προβληματισμό. Γενικότερα, η εκχώρηση μελλοντικών απαιτήσεων, υπό την προϋπόθεση του οριστού τους, ερείδεται νομοθετικά στις διατάξεις των άρθρων 361 και 455 ΑΚ²⁴. Αντικείμενο²⁵, δηλαδή, της εκχώρησης δύναται να αποτελέσουν απαιτήσεις, που πρόκειται να γεννηθούν μελλοντικά από μια ήδη υφιστάμενη²⁶ έννομη σχέση («περιορισμένα μελλοντικές απαιτήσεις») είτε θα προκύψουν μελλοντικά από έννομη σχέση η οποία και αυτή θα γεννηθεί στο μέλλον²⁷ («πλήρως μελλοντικές απαιτήσεις»).

Επισημαίνεται, πάντως, ότι αντικείμενο εκχώρησης μπορεί να αποτελέσει και η μέλλουσα απαίτηση, εφόσον εξασφαλίζεται το οριστό αυτής κατά το χρόνο σύναψής της²⁸. αρκεί, δηλαδή, η αναφορά στη σύμβαση εκχώρησης

23 Βλ. Οικονομίδης/Λιβαδά/Γιδόπουλο, Εγχειρίδιον πολιτικής δικονομίας ΙΙ⁷ (1926) § 268 σ. 277/278 σημ. 2· Νίκα, ό.π. σημ. 11, σ. 120· Γιαννόπουλο, ό.π. σημ. 7, σ. 380 (σημ. 7).

24 ΑΠ 1317/2009, ΕλλΔνη 2010.73· ΑΠ 661/2004, ΤΝΠ Νόμος· ΑΠ 1204/1994, ΤΝΠ Νόμος· ΕφΑθ 2482/1994, ΕλλΔνη, 1995.675· πρόσθ. και Κατρά, Αγωγές Αιτήσεις και Ενστάσεις Ενοχικού Δικαίου Αστικού Κώδικα (2018) σ. 418/419.

25 Βλ. Σταθόπουλο, Γενικό Ενοχικό Δίκαιο⁵ (2018) σ. 1669 επ· Λιβάνη, Διάθεση μελλοντικού δικαιώματος (1990) σ. 138-140· ΑΠ 1850/2009, ΕλλΔνη 2012.771, με σχόλιο Κατρά· ΑΠ 1471/2000, ΕλλΔνη 2001.701.

26 Σταθόπουλος, Η απαίτηση ως μέσο χρηματοδότησης, ΕπισκΕμπΔ 1997.13, όπου χαρακτηρίζει την απαίτηση, που θα γεννηθεί από γενεσιουργό σχέση (αιτία) ήδη γεννηθείσα κατά το χρόνο της εκχώρησης, ως «μελλοντική απαίτηση υπό ευρεία εννοία»· πρβλ. και Λιβάνη, προηγ. σημ., σ. 61· Φίλιο, Ενοχικό δίκαιο-Γενικό μέρος⁶ (2011) σ. 183.

27 ΑΠ 956/2015, ΤΝΠ Νόμος· ΑΠ 311/2011, ΤΝΠ Νόμος· ΑΠ 1317/2009, ΕλλΔνη 2010.73· ΕφΑθ 3660/2020, ΤΝΠ Νόμος· ΕφΠειρ 615/2015, ΤΝΠ Νόμος· ΠΠρΑθ 1076/2016, ΤΝΠ Νόμος· ΜΠρΛαμ 329/2017, ΤΝΠ Νόμος.

28 Μπαλής, Ενοχικόν Δίκαιον (κατά τον Κώδικα). Γενικόν μέρος³ (ανατύπωση 1969) σ. 473· Αστ. Γεωργιάδης, Ενοχικό Δίκαιο, τ. ΙΙ⁵ (2007) σ. 184· Λιβάνης, ό.π. σημ. 25, σ. 121· Σταθόπουλος, ό.π. σημ. 25· Δεληγιάννης, Καταπιστευτική εκχώρηση μέλλουσας απαίτησης από ασφαλιστική σύμβαση, Αρμ 1985.639· Φίλιο, ό.π. σημ. 26· πρόσθ. και ΕφΛαρ 390/2014, ΤΝΠ Νόμος· «[τ]α ίδια ισχύουν και για μέλλουσα απαίτηση, εφόσον μπορεί να προσδιορισθεί κατ' είδος και οφειλέτη». -Δεν αμφισβητείται, λοιπόν, ότι στις περιορισμένα μελλοντικές

ορισμένων στοιχείων ικανών να προσδιορίσουν τόσο το πρόσωπο του οφειλέτη, όσο και το αντικείμενο της εκχώρησης, τουτέστιν το είδος και την έκταση αυτής, με ύστατο χρονικό σημείο τη γέννηση της απαίτησης²⁹. Δεδομένης της ανωτέρω παραδοχής, καθίσταται σαφές ότι η εκχώρηση μελλοντικής απαίτησης τελειούται ήδη από την κατάρτιση της σύμβασης εκχώρησης, η ενέργειά της δε τελεί υπό την *conditio iuris* γέννησης της απαίτησης³⁰, με την πλήρωση της οποίας ο εκδοχέας τελικώς θα αποκτήσει *ipso iure* την απαίτηση (ΑΚ 201).

Συνεπώς, η δυνατότητα κατάσχεσης μελλοντικής απαίτησης, τείνει στην αποτροπή καταχρηστικών συμπεριφορών του οφειλέτη, ο οποίος διαφορετικά θα μπορούσε να εκχωρεί τη μελλοντική απαίτηση και πριν τη γέννησή της,

απαίτησεις είναι δυνατή η εκχώρηση. Και πέρα από την παραπάνω διάκριση, επιχειρήθηκε διεύρυνση του επιτρεπτού της εκχώρησης μελλοντικών απαιτήσεων και στις πλήρως μελλοντικές απαιτήσεις, με όριο το οριστό των απαιτήσεων, που δύναται να προκύψει ακόμα και *ex post*. Αυτή τη θέση δέχεται η ΑΠ 956/2015, ΤΝΠ Νόμος, σύμφωνα με την οποία «κατά την έννοια των διατάξεων των άρθρων 361 και 455 ΑΚ, υπό την προϋπόθεση του οριστού, αντικείμενο της εκχώρησης επιτρέπεται να είναι και μελλοντικές απαιτήσεις, δηλαδή απαιτήσεις οι οποίες θα γεννηθούν μελλοντικά από αιτία που ήδη υπάρχει (π.χ. μεταβίβαση μελλοντικών μισθωμάτων από μίσθωση που έχει ήδη καταρτισθεί) είτε θα γεννηθούν μελλοντικά από αιτία που επίσης θα γεννηθεί στο μέλλον (π.χ. μεταβίβαση μισθωμάτων που θα προκύψουν από μελλοντική εκμίσθωση ορισμένου ακινήτου (ΑΠ 311/2011)). Η ενέργεια της παραπάνω εκχώρησης προϋποθέτει ότι στο μέλλον θα γεννηθεί η απαίτηση. Στην εκχώρηση μελλοντικής απαιτήσεως έχει ήδη συντελεστεί το πραγματικό της διατάξεως της ΑΚ 455 και απομένει μόνο η γένεση της απαιτήσεων, που αποτελεί αίρεση δικαίου. Τούτο σημαίνει, ότι δεν χρειάζεται να επαναληφθεί η σύμβαση εκχώρησης, όταν θα γεννηθεί η απαίτηση... Αντίθετα, ο εκχωρητής πρέπει να έχει την εξουσία διαθέσεως της απαιτήσεως κατά το χρόνο γεννήσεως της τελευταίας, αφού στο χρόνο εκείνο ολοκληρώνεται η διάθεση της απαιτήσεως...». Χωρίς να διακρίνει, δέχεται την εκχώρηση μελλοντικών απαιτήσεων η ΕφΘεσ 936/2019, ΤΝΠ Νόμος· παρόμοια η ΠΠρΑθ 295/2016, ΤΝΠ Νόμος: «η σύμβαση πρακτορείας είναι δυνατό να αφορά σε μη γεννημένες κατά το χρόνο σύναψης της σύμβασης απαιτήσεις». αντίθετα, στην ΕφΑθ 416/2018, ΤΝΠ Νόμος, φαίνεται να θεμελιώνεται το έγκυρο της εκχώρησης στο γεγονός ότι είχε γεννηθεί η παραγωγική έννομη σχέση της απαίτησης: «αν αναγγελθεί η εκχώρηση της απαίτησης της αποζημίωσης από αναγκαστική απαλλοτρίωση, η οποία είναι δυνατή και πριν ακόμη από το δικαστικό καθορισμό της αποζημίωσης ως εκχώρησης μελλοντικής απαίτησης, καθόσον έχει ήδη γεννηθεί η νομική σχέση επί της οποίας αυτή στηρίζεται (κήρυξη απαλλοτρίωσης)...»· πρβλ. τέλος ως προς το επιτρεπτό της εκχώρησης μελλοντικής απαίτησης και ΑΠ 956/2015, ΤΝΠ Νόμος· ΑΠ 311/2011, ΤΝΠ Νόμος· ΑΠ 1317/2009, ΤΝΠ Νόμος· ΑΠ 661/2004, ΤΝΠ Νόμος· ΕφΑθ 2482/1994, ΕλλΔνη 1995.675.

29 Βλ. ιδίως Κρητικό, σε ΑΚ Γεωργιάδη/Σταθόπουλο τ. II (1978) άρθρ. 455 αριθ. 44, όπου παρατίθενται ενδεικτικώς περιπτώσεις οριστών απαιτήσεων δυνάμενων να εκχωρηθούν.

30 Κρητικός, προηγ. σημ., άρθρ. 455 αριθ. 50, ο οποίος επισημαίνει ότι στην εκχώρηση μελλοντικής απαίτησης έχει κιόλας συντελεστεί το πραγματικό ή αντικειμενικό της διάταξης του άρθρου 455 ΑΚ και απομένει μόνο η γένεση της απαίτησης που αποτελεί αίρεση δικαίου· Σταθόπουλος, ό.π. σημ. 25, σ. 1667· Αστ. Γεωργιάδης, Ενοχικό Δίκαιο, τ. II⁵ (2007) σ. 188· Κατράς, ό.π. σημ. 24, σ. 419· Παντελίδου, Γενικές Αρχές Αστικού Δικαίου (2016) σ. 519/520· πρόσθ. και ΕφΑθ 2482/1994, ΕλλΔνη 1995.675.

ακόμη δε και να την εισπράττει προς βλάβη των δανειστών του³¹. Άλλωστε, η πρακτική αυτή συντείνει συνολικά, όπως προεκτέθηκε, στην προστασία της πίστης των συναλλασσομένων και στην ενίσχυση της ασφάλειας των συναλλαγών³².

Εκ των ανωτέρω συνάγεται ότι η απαίτηση δεν θα πρέπει να είναι απλώς προσδοκώμενη ή ενδεχόμενη ή απλώς ορισμένα πραγματικά περιστατικά να «υπονοούν» τη γέννησή της στο μέλλον³³, αλλά, αντιθέτως, απαιτείται κατά το χρόνο επιβολής της κατάσχεσης να υφίσταται η έννομη σχέση-δικαιολόγος αιτία, από την οποία θα προκύψει η μελλοντική χρηματική απαίτηση³⁴. Εξ αντιδιαστολής, συνάγεται πως δεν κατάσχονται οι μελλοντικές χρηματικές απαιτήσεις που δεν στηρίζονται σε υπαρκτή και ενεστώσα (δικαιολογική) έννομη σχέση³⁵.

Έτσι, διαχρονικά η ελληνική νομολογία³⁶, αποφαίνεται ότι μπορούν να κατασχεθούν εις χείρας τρίτου μελλοντικές απαιτήσεις από εγγυητικές επιστολές ευρισκόμενες στα χέρια της τρίτης-τράπεζας και πριν από την κατάπτωσή τους³⁷. το κατάλοιπο από δοσοληψίες σύμβασης με ανοικτό-αλληλόχρεο λογαριασμό³⁸. η απαίτηση ενός από τους εταίρους για την απόδοση της εισφοράς του όταν λυθεί η εταιρεία³⁹. η απαίτηση για συμμετοχή στα κέρδη ΕΠΕ⁴⁰

31 Μπέης, Κατάσχεση του δικαιώματος συμμετοχής, στα μελλοντικά κέρδη εμπορικής εταιρείας, Δ. 1980.131 επ. (138).

32 Νίκας, ό.π. σημ. 11, σ. 120.

33 Μπρίνιας, ό.π. σημ. 7, άρθρ. 982, σ. 1244. Βλ. χαρακτηριστικά την ΕφΑθ 2883/1979, ΝοΒ 1979.1134 επ.· πρόσθ. και ΕφΠειρ 18/2017, ΤΝΠ Νόμος.

34 Χαρακτηριστικότερες μεταξύ πολλών άλλων οι ΑΠ 259/2020, ΤΝΠ Νόμος· ΑΠ 1081/2015, ΤΝΠ Νόμος.

35 Νίκας, ό.π. σημ. 1, σ. 697.

36 Για τις σχετικές διακρίσεις και την περιπτωσιολογία βλ. Ορφανίδη, ό.π. σημ. 1, σ. 68 επ.

37 Βλ. ιδίως Μακρίδου, Κατάσχεση εγγυητικής επιστολής τράπεζας στα χέρια τρίτου, παρέμβαση στο 41ο Συνέδριο της Ένωσης Ελλήνων Δικονομολόγων, Η κατάσχεση εις χείρας τρίτου (2017) σ. 101-103· πρόσθ. από τη νομολογία και ΑΠ 358/2004, ΕλλΔνη 2005.1486 = Δ 2005.150, με παρατ. Μπέη· ΕφΑρ 379/2003, ΤΝΠ Νόμος· ΕφΑθ 14663/1988, ΕλλΔνη 1992.1484· πρβλ. και ΜΕφΑθ 1073/2015, ΕφΑΔ 2016.321 (323).

38 Βλ. Ψυχράνη, Εγχειρίδιο Τραπεζικού Δικαίου² (2016) σ. 126· Ορφανίδη, ό.π. σημ. 1, σ. 70.

39 ΠΠρΑθ 2684/2013, ΤΝΠ Νόμος, όπου και κρίθηκε επιτρεπτή η κατάσχεση οιασδήποτε οφειλής οποιασδήποτε εταιρείας έναντι των εταίρων της, όπως είναι και η οφειλή της εταιρείας από μελλοντικά κέρδη σε εταίρο ή μετά τη λύση και εκκαθάριση για απόδοση της εισφοράς σε αυτόν· βλ. εξίσου ΜΠρΡόδ 41/2016, ΤΝΠ Νόμος. Ομοίως, ήδη υπό την ΠολΔ Maurer, ΑΠ 255/1956, ΝοΒ 1956.1008· ΑΠ 116/1957, ΕΕΝ 1957.622.

40 ΕφΑθ 4345/1991, ΕλλΔνη 1993.615.

ή προσωπικής εταιρείας⁴¹. τα μελλοντικά ημερομίσθια του εργάτη οφειλέτη⁴². μελλοντικά μισθώματα⁴³. απαιτήσεις αποζημίωσης του μισθωτή κατά εκμίσθωτή από μελλοντική καταγγελία της μίσθωσης για ιδιόχρηση⁴⁴ κ.ά.

Στην περίπτωση πάντως της κατάσχεσης μέλλουσας ή υπό αίρεση απαίτησης, ενυπάρχει η εγγενής αδυναμία του τρίτου να εξηγήσει σαφώς και να εκθέσει λεπτομερώς τη μελλοντική πορεία της απαίτησης. Αφενός λόγω της πιθανής πολυπλοκότητας των σχέσεων και συναλλαγών του με τον οφειλέτη-καθ' ού η κατάσχεση, *αφετέρου* συνεπεία του γεγονότος ότι η δήλωση του τρίτου θα πρέπει να ανταποκρίνεται και σε μεταγενέστερα της ημερομηνίας κοινοποίησης του κατασχετηρίου δεδομένα. Πλην, όμως, και πάλι ο τρίτος δεν απαλλάσσεται από την υποχρέωση υποβολής δήλωσης, αφού και στην περίπτωση αυτή, η δήλωσή του δύναται να είναι λ.χ. αρνητική ως προς την ενεστώσα οφειλή και θετική ως προς τη μελλοντική. Και πάντως, στη δήλωση του τρίτου, προκειμένου να μη θεωρηθεί ανακριβής⁴⁵ –κατάληξη που επισύρει, μεταξύ άλλων, και αποζημιωτική ευθύνη του κατασχόντος⁴⁶– θα πρέπει αυτός να προσδιορίζει συγκεκριμένα την έννομη σχέση-δικαιογόνο αιτία της οφειλής, τις απαιτήσεις που ενδέχεται να είναι ήδη βέβαιες και εκκαθαρισμένες,

41 ΠΠρΑθ 4552/1973, Δ 1974.70 επ.

42 ΕφΠατρ 71/1904, Θ ΙΣΤ' 141· ΕφΠατρ 977/1905, Θ ΙΗ' 458· πρβλ. ακόμη ΜΠρΘεσ 4496/2017, Αρμ 2017.1755, με σχόλιο *Ανθιμου* σχετικά με την κατάσχεση λογαριασμού μισθοδοσίας.

43 ΜΕφΠειρ 509/2015, ΤΝΠ Νόμος· ΜΕφΔωδ 29/2015, ΤΝΠ Νόμος· ΕφΑθ 7269/2004, ΕλλΔνη 2006.237.

44 ΕφΑθ 3416/1990, ΕλλΔνη 1991.1026.

45 Επί της δήλωσης ειδικότερα στις υπό αίρεση και μέλλουσες απαιτήσεις βλ. *Γέσιου-Φαλτσή*, ό.π. σημ. 1, σ. 150-153· *Νίκα*, ό.π. σημ. 1, σ. 769 επ.· *Πλιάτσικα*, Η θετική δήλωση του τρίτου στο πλαίσιο της κατάσχεσης εις χείρας τρίτου, ΕλλΔνη 2014.353 επ. Ως ανακριβής χαρακτηρίζεται η δήλωση του τρίτου, είτε πρόκειται για την απόκρυψη της ύπαρξης της οφειλής, είτε πρόκειται για την αναληθή ή μη πλήρη έκθεση επιμέρους πραγματικών περιστατικών που περιγράφουν τη σχέση του καθ' ού η εκτέλεση με τον τρίτο. Βλ. χαρακτηριστικά ΑΠ 259/2020, ΤΝΠ Νόμος· ΑΠ 1261/2019, ΤΝΠ Νόμος. Και μάλιστα και η μη σαφής αναφορά στη δήλωση του τρίτου περί της ύπαρξης ή ανυπαρξίας της κατασχεθείσας απαίτησης, θεωρείται ως σιωπηρά αρνητική, για την ύπαρξη της απαίτησης, δήλωση, βλ. ΑΠ 259/2020, ΤΝΠ Νόμος· ΑΠ 92/2016, <http://www.areiospagos.gr/>. Ακόμα, η ανακρίβεια της αρνητικής δήλωσης κρίνεται μόνο αντικειμενικά, δηλαδή ανεξάρτητα από την υποκειμενική αντίληψη του δηλούντος και την καλή ή κακή πίστη του, βλ. ΑΠ 259/2020, ΤΝΠ Νόμος· ΑΠ 256/2011, ΤΝΠ Νόμος.

46 Βλ. *Γέσιου-Φαλτσή*, ό.π. σημ. 1, σ. 151· ΑΠ 259/2020, ΤΝΠ Νόμος· ΜΕφΑθ 518/2019, ΤΝΠ Νόμος· ΕφΑθ 736/2018, ΤΝΠ Νόμος· ΜΕφΔωδ 29/2015, ΤΝΠ Νόμος· ΠΠρΑθ 2258/2016, ΤΝΠ Νόμος· ΜΕφΘεσ 2646/2017, ΤΝΠ Νόμος· ΜΠρΘεσ 12967/2017, ΤΝΠ Νόμος· ΜΠρΑθ 4369/2013, ΤΝΠ Νόμος· ΕιρΚαβάλ 5/2018, ΤΝΠ Νόμος· ΕιρΑθ 5678/2017, ΤΝΠ Νόμος· πρβλ. και ΜΠρΘεσ 3112/2018, ΤΝΠ Νόμος.

καθώς και τελικά, κατά την ορθότερη γνώμη⁴⁷, να προσφέρει διαβεβαίωση ότι ο τρίτος θα παρακρατήσει για χάρη του κατάσχοντος τις οφειλές που θα προκύψουν στο μέλλον από την κρίσιμη έννομη σχέση.

Και κατά της δήλωσης αυτής, ο κατασχών φυσικά διαθέτει στη φαρέτρα του και το ειδικό ένδικο βοήθημα της ανακοπής του άρθρου 986 ΚΠολΔ⁴⁸ (βλ. και άρθρο 34 ΚΕΔΕ), το ασκούμενο εντός τριακονθήμερης προθεσμίας, με την παρέλευση της οποίας ο κατασχών δεν έχει πια το δικαίωμα να αμφισβητήσει την ειλικρίνεια της δήλωσης του τρίτου, καθώς θα έχε επέλθει έκπτωση από το σχετικό δικαίωμα⁴⁹. Και πάντως, η εκδοχή περί υποχρέωσης υποβολής νέας -σε συνέχεια της προηγούμενης- δήλωσης από τον τρίτο, μόλις καταστεί η οφειλή βέβαιη και εκκαθαρισμένη, δεν ανευρίσκει νομοθετικό έρεισμα, ενώ ελλοχεύει και ο κίνδυνος, αντανакλαστικά, να περιπλανηθούν περισσότερο τα πράγματα, παρά να διαλευκανθούν⁵⁰.

III. Αξίωση αδικαιολόγητου πλουτισμού του καθ' ού η εκτέλεση οφειλέτη στην κατάσχεση εις χείρας τρίτου

Σε συνέχεια των ανωτέρω, στο προσκήνιο έρχεται η διερεύνηση της δικαιολόγησης αιτίας της απαίτησης του καθ' ού η εκτέλεση οφειλέτη εκ των ΑΚ 904 επ. στην κατάσχεση εις χείρας τρίτου, ώστε να διακριβωθεί εάν αυτή έπρεπε να υφίσταται κατά το κρίσιμο χρονικό σημείο επιβολής της κατασχέσεως.

Πρωτευόντως, ο θεσμός του αδικαιολόγητου πλουτισμού -όπως και η ίδια η έννοια υποδηλώνει- προϋποθέτει μια αδικαιολόγητη περιουσιακή μετακίνηση⁵¹. Και η επιστροφή αυτού του αδικαιολογήτως καταβληθέντος ποσού, κατά δικαϊκή επιταγή, συνιστά πραγμάτωση του ηθικού κανόνα και εξυπηρετεί την ιδέα της επανορθωτικής δικαιοσύνης, η οποία και επιδιώκει την εξομάλυνση

47 Βλ. ΑΠ 259/2020, ΤΝΠ Νόμος· ΑΠ 919/2019, <http://www.areiospagos.gr/>· ΑΠ 825/2018, ΤΝΠ Νόμος· ΑΠ 974/2015, <http://www.areiospagos.gr/>· ΑΠ 1540/2000, ΕλλΔνη 2001.1297· ΜΕφΑθ 518/2019, ΤΝΠ Νόμος· ΕφΠειρ 426/2016, ΤΝΠ Νόμος· ΠΠρΡόδ 201/2015, ΤΝΠ Νόμος· ΜΠρΑμλ 163/2017, ΕλλΔνη 2018.526· πρόσθ. ακόμη Μπρίνια, ό.π. σημ. 7, άρθρ. 985 σ. 1379· πρβλ. όμως και Κιουπτσίδου-Στρατουδάκη, Αρμ 2003.1323· ΠΠρΘεσ 10250/2003, ΤΝΠ Νόμος.

48 ΑΠ 259/2020, ΤΝΠ Νόμος· ΕφΠειρ 426/2016 ΤΝΠ Νόμος· ΕφΑθ 5740/2011, ΔΕΕ 2012.131.

49 Χαρακτηριστική η ΜΠρ/Λαμ 239/2019, ΤΝΠ Νόμος.

50 Βλ. Νίκα, ό.π. σημ. 1, σ. 769 επ.· πρόσθ. και ΕφΑθ 4345/1991, ΕλλΔνη 1993.615· ΕφΑθ 3416/1990, ΕλλΔνη 1991.1026· βλ. όμως Πλιάτσικα, ό.π. σημ. 46, ΕλλΔνη 2014.353 επ.

51 Βλ. Σταθόπουλο, ό.π. σημ. 25, σ. 1064 επ.· Αστ. Γεωργιάδη, Ενοχικό Δίκαιο, τ. Γ⁵ (2007) σ. 359 επ.· Απ. Γεωργιάδη, Ενοχικό δικαιο-Γενικό μέρος² (2015) σ. 588 επ.· Παπαχρήστου, Το αντικείμενο της αξίωσης αδικαιολόγητου πλουτισμού (2014) σ. 47 επ.· πρόσθ. ενδεικτικώς από τη νομολογία ΑΠ 791/2012, ΕλλΔνη 2012.1037, με σχόλιο Κατρά· ΑΠ 1440/2000, ΕλλΔνη 2001.730.

των αδικιών και την εξίσωση ανισοτήτων, που προκαλούν οι περιουσιακές μεταβολές⁵².

Ειδικότερα, σύμφωνα με τη διάταξη του άρθρου 904 § 1 εδ. α ΑΚ, οι προϋποθέσεις για τη γένεση της αξίωσης αδικαιολόγητου πλουτισμού συνίστανται στα εξής⁵³: α) πλουτισμό ενός προσώπου, β) ο πλουτισμός να έχει επέλθει από την περιουσία ή με ζημία άλλου, γ) ο πλουτισμός να είναι αδικαιολόγητος· τη στιγμή που μεταξύ των στοιχείων (α) και (β) ενυπάρχει αιτιώδης σύνδεσμος. Και η συνδρομή των προϋποθέσεων αυτών επιφέρει ως έννομη συνέπεια την υποχρέωση του λήπτη να αποδώσει στο ζημιωθέντα τον αδικαιολογήτως κτηθέντα πλουτισμό, δηλαδή «το πράγμα που έλαβε ή το αντάλλαγμα που τυχόν έλαβε απ' αυτό» όπως και «τους καρπούς που συνέλεξε καθώς και οτιδήποτε απέκτησε από το πράγμα» (ΑΚ 908).

Ακριβώς δε το χρονικό σημείο συνδρομής των προϋποθέσεων αυτών, σηματοδοτεί και τη δημιουργία της δικαιογόνου αιτίας από την οποία απορρέει και η απαίτηση προς απόδοση της αδικαιολογήτως καταβληθείσας παροχής. Συνιστά δηλαδή το χρονικό σημείο, κατά το οποίο η έννομη σχέση εισέρχεται στη «ροή των συναλλαγών», με την έννοια ότι από τούδε και στο εξής η απαίτηση δύναται να εκχωρηθεί (ΑΚ 455 επ.)⁵⁴ ή να αποσβεσθεί (λ.χ. συνεπεία καταβολής), καθίσταται απαιτητή, ενώ αφετηριάζει και το χρόνο της 20ετούς παραγραφής, κατ' άρθρο 249 ΑΚ⁵⁵. Εν ολίγοις, αφ' ής στιγμής πληρωθούν οι ουσιαστικές προϋποθέσεις γεννάται η αιτία της απαίτησης και αυτή εισέρχεται στις συναλλαγές, ώστε μεταξύ άλλων σύμφωνα και με τα ήδη εκτεθέντα, δύναται και να κατασχεθεί⁵⁶.

Και μάλιστα παρουσιάζει τέτοια δυναμική, από άποψη έννομων συνεπειών, ο θεσμός του αδικαιολόγητου πλουτισμού, ώστε καθίσταται ευδιάκριτη μια

52 Σταθόπουλος, Αξίσις αδικαιολόγητου πλουτισμού (1972) σ. 40· Απ. Γεωργιάδης, προηγ. σημ., σ. 588/589.

53 Βλ. γενικώς, αντί πολλών, ΟΛΑΠ 6/2020, www.sakkoulas-online.gr/· ΟΛΑΠ 2/2019, ΟΛΑΠ 8/2018· ΟΛΑΠ 5/2018· ΟΛΕΣ 1929/2018, όλες στην ΤΝΠ Νόμος· Απ. Γεωργιάδης, ό.π. σημ. 52, σ. 589 επ., 600 επ.· Βαλτούδη, σε ΣΕΑΚ (2010) άρθρ. 904, αριθ. 1.

54 Βλ. για την εκχώρηση απαίτησης από αδικαιολόγητο πλουτισμό ΑΠ 2072/2017, www.sakkoulas-online.gr/· ΑΠ 737/2015, Αρμ 2016.627, στην τελευταία μάλιστα συνήφθη σύμβαση εκχώρησης απαίτησης από αδικαιολόγητο πλουτισμό εξ αιτίας παράνομου ανατοκισμού· πρόσθ. επίσης ΜΕφΛαρ 39/2015, ΤΝΠ Νόμος, όπου και τελικώς δεν αποδείχθηκε ότι υπήρξε απαίτηση του αναδόχου έναντι του κυρίου του έργου από υποτιθέμενη νεότερη άκυρη (ως άτυπη) σύμβαση μεταξύ αυτών, πηγάζουσα από τις διατάξεις του αδικαιολόγητου πλουτισμού, ώστε να δύναται αυτή στη συνέχεια να μεταβιβαστεί με εκχώρηση από τον ανάδοχο στον ενάγοντα.

55 Βλ. Σταθόπουλο, ό.π. σημ. 25, σ. 1135· Απ. Γεωργιάδης, ό.π. σημ. 52, σ. 594.

56 ΕφΑθ 3060/2007, ΕλλΔνη 2007.1709, σχετικά με την κατάσχεση απαίτησης από αδικαιολόγητο πλουτισμό.

συσχέτιση -και σε καμία περίπτωση ταύτιση- με το θεσμό της χρησικτησίας⁵⁷.

Έτι περαιτέρω, αδιάφορο καθίσταται, ως προς τη γέννηση της απαίτησης, το ύστατο χρονικό σημείο λ.χ. της επίδοσης της αγωγής (ή ανταγωγής). Και πάντως, αυτό το χρονικό σημείο αποκτά αξία για την κρίση περί της καλοπιστίας ή μη του ενάγοντος, κατά τις διατάξεις των άρθρων 909 επ. ΑΚ. Ειδικότερα, σύμφωνα με αυτές τις διατάξεις διατηρείται ακέραιη και μάλιστα αυξημένη η ευθύνη του λήπτη, παρά την απώλεια ή μείωση του πλουτισμού του: α) όταν η απώλεια ή μείωση του πλουτισμού επήλθε μετά την επίδοση της αγωγής στο πρόσωπο που πλούτισε (ΑΚ 910)· β) όταν υπήρχε γνώση ή, κατά τις διακρίσεις του νόμου, υπαίτια άγνοια του προσώπου αυτού ως προς την έλλειψη ή το ενδεχόμενο έλλειψης της νόμιμης αιτίας (ΑΚ 911 αριθ. 1, 912) και γ) όταν η έλλειψη νόμιμης αιτίας οφείλεται στο ότι η αιτία του πλουτισμού ήταν παράνομη ή ανήθικη (ΑΚ 911 αριθ. 2). Επομένως η κακοπιστία του πλουτίσαντος αποτελεί την τελική δικαιολογία της αυξημένης ευθύνης του, με διαφοροποιήσεις ανάλογα με το είδος του αδικαιολογήτου (αχρεώστητο, παράνομο, ανήθικο κ.λπ.), ενώ στην περίπτωση της διάταξης του άρθρου 910 ΑΚ καθοριστικό χρονικό σημείο καθίσταται ακριβώς η επίδοση της αγωγής και όχι ο χρόνος συνδρομής των ουσιαστικών προϋποθέσεων. Την κατάθεση δε της αγωγής ή ανταγωγής συνοδεύουν και άλλες ουσιαστικές (λ.χ. όχληση) ή δικονομικές (λ.χ. εκκρεμοδικία) συνέπειες, χωρίς αυτές να επιδρούν στη γέννηση ή μη της απαίτησης.

Έτσι, ο χρόνος έκδοσης της απόφασης που επιδικάζει ή αναγνωρίζει την απαίτηση δεν επιδρά αντίστοιχα στη γέννησή της, παρά μόνον, ενδεχομένως, να έχει σημασία ως προς την εξεύρεση της αξίας του πλουτισμού αυτού⁵⁸. Στοι-

57 Πρβλ. ως προς τη συσχέτιση των δύο θεσμών προπάντων Βουζίκας, Η αγωγή του αδικαιολόγητου πλουτισμού και η χρησικτησία κατά το προϊσχύσαν ρωμαϊκό δίκαιο και τον Αστικόν Κώδικα (1948) *passim*· πρόσθ. σχετικώς και Παπαστερίου, Εμπράγματο δίκαιο, τ. II (2008) σ. 361/362. -Αξίζει να επισημάνουμε ότι και η χρησικτησία οδηγεί σε κτήση κυριότητας με πρωτότυπο τρόπο μόλις συντρέξουν οι προβλεπόμενες στο νόμο προϋποθέσεις, δίχως να απαιτείται ούτε έκδοση σχετικής αναγνωριστικής δικαστικής απόφασης ούτε και μεταγραφή της απόφασης που έχει τυχόν εκδοθεί. Βλ. από τη θεωρία Μπαλή, Εμπράγματον Δίκαιον⁴ (1961) § 72 σ. 183· Βαβούσκο, Εμπράγματον Δίκαιον⁶ (1986) αρ. 173 σ. 173, αρ. 192 σ. 190· Ι. Σπυριδάκη/Μ. Σπυριδάκη, Εμπράγματο Δίκαιο τ. Β' /1 (2001) αρ. 144.14. σ. 678· Karibali-Tsiptsiou, Property and Trust Law² (2012) αρ. 294 και από τη νομολογία ΑΠ 472/2002, ΕλλΔνη 2003.506· ΑΠ 1310/2000, ΤΝΠ Νόμος. Ακόμη, για το ότι το παραγόμενο συνεπεία χρησικτησίας δικαίωμα άγεται στη δικαστική κρίση μόνο όταν αμφισβητείται από τον εναγόμενο βλ. ΑΠ 1330/2008, ΤΝΠ Νόμος· ΑΠ 399/2006, ΤΝΠ Νόμος· ΕφΑθ 211/2016, ΤΝΠ Νόμος· πρόσθ. σχετικώς και Εμμανουηλίδου, Η δίκη της χρησικτησίας. Δικονομικό πλαίσιο και διαδικαστικά ζητήματα, στον τόμο: Συλλογικό Έργο, Χρησικτησία και Εθνικό Κτηματολόγιο (2017) σ. 280.

58 Βλ. ως προς την προβληματική και τις υποστηριζόμενες απόψεις Παπαχρήστου, ό.π. σημ. 52, σ. 242 επ.

χείο που, ως ήδη καταδείχθηκε, δεν συνιστά αναγκαίο όρο του περιεχομένου του κατασχετηρίου. Και φυσικά διαφέρουν οι έννομες συνέπειες της έκδοσης δικαστικής απόφασης (λ.χ. δεδικασμένο, εκτελεστότητα, διαπλαστική ενέργεια κ.ά.) από τις αντίστοιχες της επέλευσης του αδικαιολόγητου πλουτισμού (λ.χ. εκχωρητό, έναρξη παραγραφής κ.ά.).

IV. Η προβληματική στο πεδίο του ΚΕΔΕ

Αφού εξετάστηκε το αντικείμενο της κατάσχεσης εις χείρας τρίτου, στο επίκεντρο αξίζει να τεθούν και οι έννομες συνέπειες αυτής (κατάσχεσης)⁵⁹, σύμφωνα με τον ΚΕΔΕ, τον οποίο συμπληρώνουν οι σχετικές διατάξεις του ΚΠολΔ, είτε δυνάμει ρητής παραπομπής (λ.χ. ΚΕΔΕ 30 § 6) είτε λόγω έλλειψης σχετικής πρόβλεψης, κατόπιν της γενικής παραπομπής στον ΚΠολΔ (ΚΕΔΕ 69). Πάντως, οι ρυθμίσεις του ΚΕΔΕ διαφέρουν ουσιωδώς ως προς ορισμένα σημεία τους από αυτές του ΚΠολΔ⁶⁰.

Ως γνωστόν, η πρωταρχική *ratio* του νόμου, είτε ομιλούμε για τον ΚΕΔΕ είτε για τον ΚΠολΔ, συνίσταται στην υλική και νομική δέσμευση του κατασχεμένου, ώστε να εκπληρωθεί ο γενικότερος σκοπός της κατάσχεσης, τούτέστιν η ικανοποίηση του δανειστή. Πάντως, οι έννομες συνέπειες της κατάσχεσης εις χείρας τρίτου, μπορούν να αφορούν είτε τον καθ' ού, είτε τον τρίτο, είτε ακόμα και τον ίδιο τον κατασχόντα⁶¹. Ως προς τον καθ' ού, επέρχεται ως πρωτεύουσα συνέπεια η απαγόρευση διάθεσης της απαίτησης, ενώ -και αντίστοιχα- ως προς τον τρίτο, κατά κύριο λόγο, παρέπεται ως συνέπεια η απαγόρευση εξόφλησης της κατασχεμένης απαίτησης (ΚΠολΔ 984 § 2). Ειδικότερα, αποκλείεται η εξόφληση των απαιτήσεων για ποσό ίσο προς εκείνο, για το οποίο επιβλήθηκε η κατάσχεση, επί ποινή ακυρότητάς της, ώστε και σε περίπτωση αυτής (εξόφλησης) η ευθύνη του τρίτου έναντι του κατασχόντος διατηρείται στο αkéραιο⁶². Και η τελευταία (συνέπεια) συμπληρώνει, επί της ουσίας, την απαγόρευση διάθεσης, επιφέροντας συνολικά τη δέσμευση της κατασχεμένης

59 Βλ., μεταξύ άλλων, Γέσιου-Φαλτσή, Συνέπειες της κατασχέσεως στα χέρια τρίτου, στον τόμο: Η δικονομική έννομη τάξη, τ. IV (2009) σ. 607 επ.· Ποδηματά, ό.π. σημ. 1, σ. 708 επ. Έτσι λοιπόν πρόσφορο μέσο για την πραγμάτωση του σκοπού αυτού αποτελεί όχι μόνον η δέσμευση του τρίτου, αλλά και η δέσμευση του οφειλέτη να μη διαθέσει το πράγμα.

60 Ως προς αυτές βλ. εγγύτερα Ποδηματά, ό.π. σημ. 1, σ. 694/695. -Οι αποκλίσεις συνίστανται στα κάτωθι: α) στη μη κοινοποίηση του κατασχετηρίου στον οφειλέτη, β) στην *ex lege* εκχώρηση της κατασχεθείσας απαίτησης ως αποτέλεσμα της κατάσχεσης, γ) στις ειδικότερες ρυθμίσεις του άρθρου 33 ΚΕΔΕ. Πρόσθ. επίσης Μπέη, ό.π. σημ. 1· Ρίζο, ό.π. σημ. 7, ΕΠολΔ 2020.140.

61 Γέσιου-Φαλτσή, ό.π. σημ. 1, σ. 126· Νίκας, ό.π. σημ. 1, σ. 748 επ.· Κολοτούρος, ό.π. σημ. 1, σ. 180 επ.

62 Νίκας, ό.π. σημ. 1, σ. 755/756· Κολοτούρος, ό.π. σημ. 1, σ. 190.

απαίτησης υπέρ του δανειστή που επιβάλλει την κατάσχεση⁶³.

Πιο συγκεκριμένα, από το συνδυασμό των διατάξεων των άρθρων 30 επ. ΚΕΔΕ ρυθμίζονται τα σχετικά με την κατάσχεση εις χείρας τρίτου διοικητικού οργάνου του ελληνικού Δημοσίου ή ν.π.δ.δ. προς ικανοποίηση των απαιτήσεων τους κατά οφειλετών τους. Αρχικά, κατ' άρθρο 30 § 3 ΚΕΔΕ, προβλέπεται ότι η κατάσχεση εις χείρας τρίτου έχει ως αποτέλεσμα την άμεση και αυτοδίκαιη εκχώρηση της κατασχεθείσας απαίτησης⁶⁴. Ορίζεται λοιπόν πως η κατάσχεση επιφέρει «τα αποτελέσματα αυτοδικαίως χωρούσης αναγκαστικής εκχωρήσεως», ώστε και η ρητή θέσπιση απαγόρευσης διάθεσης του κατασχεμένου χαρακτηρίζεται ως περιττή⁶⁵.

Και συνολικά αυτή η *ex lege* εκχώρηση της κατασχόμενης απαίτησης⁶⁶, ως μείζων συνέπεια της κατάσχεσης στα χέρια τρίτου στο πεδίο της διοικητικής εκτέλεσης, όσο και της κοινής αναγκαστικής εκτέλεσης⁶⁷, καθορίζει επί της ουσίας το απώτατο χρονικό όριο, μέχρι του οποίου και καθίσταται δυνατόν λοιποί δανειστές του καθ' ού, να επιβάλουν στα χέρια του τρίτου κατάσχεση της ίδιας απαίτησης και να ικανοποιηθούν από κοινού με τον πρώτο κατασχόντα⁶⁸. Ο δικαιολογικός λόγος της ως άνω πρόβλεψης συνίσταται στην εξυπηρέτηση των συμφερόντων του Δημοσίου, εξασφαλίζοντάς του προτεραιότητα, καθώς αυτό δεν θα εντάσσεται σε ενιαία ομάδα με ορισμένους από τους επόμενους κατασχόντες, όπως στο πεδίο της κοινής εκτέλεσης, αλλά θα

63 Γέσιου-Φαλτσή, ό.π. σημ. 1, σ. 126.

64 Σε αντίθεση πάντως με τον ΚΕΔΕ, ο ΚΠολΔ δεν αναφέρεται ρητά σ' αυτήν την εκ του νόμου εκχώρηση από το συνδυασμό όμως των διατάξεων των άρθρων 983 § 3, 988 § 1 και 990 ΚΠολΔ, προκύπτει ότι η εμπρόθεσμη υποβολή καταφατικής δήλωσης από τον τρίτο και η πάροδος της προβλεπόμενης από το παραπάνω άρθρο 988 § 1 ΚΠολΔ, οκταήμερης προθεσμίας, η οποία αρχίζει από την επίδοση του κατασχετηρίου στον καθ' ού η κατάσχεση, όχι όμως πριν την επίδοση του κατασχετηρίου στον τρίτο, συνεπάγεται την αυτοδίκαιη εκ του νόμου εκχώρηση στον κατασχόντα της απαίτησης που κατασχέθηκε. Βλ. πρωταρχικώς ΟΛΑΠ 302/1959, ΝοΒ 1959.1021 η οποία και έκανε λόγο για αναγκαστική εκχώρηση ως αποτέλεσμα της καταφατικής δήλωσης· έκτοτε βλ. σταθερά έτσι ΟΛΑΠ 3/1993, ΕλλΔνη 1993.1459· ΑΠ 602/2018, ΤΝΠ Νόμος· ΑΠ 688/2010, ΤΝΠ Νόμος· ΜΠρΛαρ 239/2019, ΤΝΠ Νόμος· πρόσθ. και Μπέη, ό.π. σημ. 1· Ποδηματά, ό.π. σημ. 1 σ. 709 επ.· Ορφανίδη, ό.π. σημ. 1, σ. 83 επ.

65 Βλ. Ποδηματά, ό.π. σημ. 1, με περαιτέρω παραπομπές σημ. 58. Και πάντως η απαγόρευση διάθεσης σε βάρος του οφειλέτη, δύναται να θεμελιωθεί τελεολογικά, κατ' ανάλογη εφαρμογή του άρθρ. 984 § 1 ΚΠολΔ, δυνάμει του άρθρ. 89 ΚΕΔΕ, από την κοινοποίηση του κατασχετηρίου στον τρίτο.

66 Η εκχώρηση διενεργείται «*χάριν*» καταβολής και όχι «*αντί*» καταβολής· βλ. Μπρίνια ό.π. σημ. 7, άρθρ. 985, σ. 1386· Ρίζο, ό.π. σημ. 7, σ. 150.

67 Βλ. σημ. 59.

68 Ποδηματά, ό.π. σημ. 1, σ. 710.

ικανοποιείται «προνομιακά»⁶⁹.

Ακριβέστερα πάντως, στο πεδίο της αναγκαστικής εκτέλεσης που διέπεται από τον ΚΕΔΕ, αυτή η αναγκαστική εκχώρηση συντελείται από την κοινοποίηση του κατασχετηρίου στον τρίτο⁷⁰, χωρίς να απαιτείται, κατά την επικρατούσα γνώμη, η κοινοποίηση του (κατασχετηρίου) στον οφειλέτη⁷¹. Από τούδε, η απαίτηση αυτή παύει να ανήκει στον καθ' ού η εκτέλεση και αποκτάται αντίστοιχα από το δανειστή που επέβαλε την κατάσχεση στα χέρια του τρίτου. Ο επισπεύδων δανειστής δύναται πλέον, κατ' αποκλειστικότητα, να απαιτήσει άμεσα την καταβολή του ποσού της κατασχεμένης απαίτησης από τον τρίτο, ενώ, παράλληλα, διατηρεί έναντι του καθ' ού η εκτέλεση οφειλέτη την αρχική

69 Μπέης, ό.π. σημ. 1· Ποδηματά, ό.π. σημ. 1, σ. 714.

70 Βλ. ΑΠ 432/2017, ΤΝΠ Νόμος, η οποία έκρινε χαρακτηριστικά ότι: «[ο] λόγος αυτός τυγχάνει νόμω αβάσιμος, αφού κατά τα προεκτεθέντα, η κατά το άρθρο 30 § 3 ΚΕΔΕ επίδοση του κατασχετηρίου εγγράφου στον τρίτο, αντίθετα, από τα κατά την § 1 του άρθρου 984 ΚΠολΔ ορισθέντα, επιφέρει άνευ ετέρου και άνευ άλλης διατυπώσεως, τα αποτελέσματα αυτοδικαίως χωρούσης αναγκαστικής εκχωρήσεως, με έννομη συνέπεια την αποστέρηση του δικαιούχου της κατασχεθείσας απαίτησης από την εξουσία της ελεύθερης διάθεσης του περιουσιακού στοιχείου του που κατασχέθηκε». Πάντως, υπό τον ΚΠολΔ γίνεται δεκτό ότι η νόμιμη εκχώρηση δεν επέρχεται από την επιβολή της κατάσχεσης στα χέρια του τρίτου. Την αυτοδίκαιη εκ του νόμου εκχώρηση στον κατασχόντα της απαίτησης που κατασχέθηκε συνεπάγεται η εμπρόθεσμη υποβολή καταφατικής δήλωσης από τον τρίτο και η πάροδος της προβλεπόμενης από το άρθρ. 988 § 1 ΚΠολΔ προθεσμίας· πρόσθ. σχετικώς ΟΛΑΠ 3/1993, ΕλλΔνη 1993.1459· Κεραμέα/Κονδύλη/Νίκα (-Νικολόπουλο), ό.π. σημ. 7, άρθρ. 985 αριθ. 6· Μπέη, ό.π. σημ. 1· Ποδηματά, ό.π. σημ. 1, σ. 711· Ορφανίδη, ό.π. σημ. 1, σ. 49· πρόσθ. επίσης ΓνμΔΟΛΝΣΚ 220/2019, σε www.sakkoulas-online.gr· ΓνμΔΟΛΝΣΚ 341/2014, www.sakkoulas-online.gr· ΓνμΔΝΣΚ 217/2017, ΤΝΠ Νόμος· ΓνμΔΝΣΚ 163/2017, σε www.sakkoulas-online.gr. Βλ., τέλος, ΕφΑθ 191/2019, ΤΝΠ Νόμος, ότι από το συνδυασμό των διατάξεων των άρθρων 30 § 3 ΚΕΔΕ και 984 ΚΠολΔ (κατ' εφαρμογή του άρθρου 89 ΚΕΔΕ) συνάγεται ότι οι απαγορεύσεις που οι διατάξεις αυτές τάσσουν αρχίζουν όχι από την επομένη, αλλά από το χρόνο της κοινοποίησης του κατασχετηρίου, καθ' όσον δεν έχουν εφαρμογή οι διατάξεις των άρθρων 144 επ. ΚΠολΔ για τις προθεσμίες.

71 ΑΠ 432/2017, ΤΝΠ Νόμος· ΣτΕ 2080/2014, ΤΝΠ Νόμος· ΜΠρΘεσ 3112/2018, ΤΝΠ Νόμος· ΕιρΚαβάλ 5/2018, ΤΝΠ Νόμος. Και αυτό διότι, κρίθηκε ότι με τις σχετικές διατάξεις οργανώνεται ένα συνεκτικό σύστημα είσπραξης δημόσιων εσόδων, με σκοπό να μη ματαιώνεται η, συνταγματικώς επιβαλλομένη (άρθρο 4 § 5 Σ), είσπραξη των χρεών προς το Δημόσιο, με παράλληλη, όμως, έγκαιρη ενημέρωση του οφειλέτη του Δημοσίου, ο οποίος δύναται να ασκεί τα ένδικα βοηθήματα και μέσα που του παρέχει ο νόμος. Βλ. και την εισήγηση της Πρωτοδική Πόνη. Η νομολογία του συμβουλίου της επικρατείας και των τακτικών δικαιοκρινικών δικαστηρίων επί πράξεων αναγκαστικής είσπραξης σε βάρος οφειλετών (2019) διαθέσιμη στην ιστοσελίδα: http://www.esdi.gr/nex/images/stories/pdf/epimorfosi/2019/roni_2019.pdf. Αντιθέτως, για τη συνταγματικότητα της πρόβλεψης περί μη κοινοποίησης στον οφειλέτη βλ. ΣτΕ 366/2014, ΤΝΠ Νόμος. Πρβλ. ως προς την προβληματική Γέροντα/Ψάλτη, ό.π. σημ. 1, σ. 419 επ.· Πανούση, Αντισυνταγματικότητα της διατάξεως του άρθρου 30 § 1 τού ν.δ. 356/74 (ΚΕΔΕ), που προβλέπει ότι η υπό τού Διευθυντού τού Δημοσίου Ταμείου κατάσχεση εις χείρας τρίτου δεν κοινοποιείται στον οφειλέτη, ΔΕΝ 2015.1.

απαίτηση, προς ικανοποίηση της οποίας επιβλήθηκε η στα χέρια του τρίτου κατάσχεση.

Να σημειωθεί ότι επικράτησε αμφιγνωμία ως προς το εάν η συνέπεια της εκχώρησης τελεί υπό τον όρο είτε θετικής δήλωσης του τρίτου, είτε ευδοκίμησης της ανακοπής κατά της αρνητικής δήλωσης κατά τον ΚΕΔΕ⁷². Ακόμη πάντως και με την αυστηρότερη, καταφατική εκδοχή, ο ως άνω όρος αποτελεί *conditio iuris* (αίρεση δικαίου) η πλήρωση της οποίας ενεργεί αναδρομικά. Πληρουμένης λοιπόν της ανωτέρω αίρεσης, το Δημόσιο ή το ν.π.δ.δ. καθίσταται οριστικά εκδοχέας της απαίτησης που κατασχέθηκε και ο τρίτος (εν προκειμένω πιστωτικό ίδρυμα) λογίζεται ως οφειλέτης του πρώτου, από τη θετική δήλωσή του. Άλλως, επί αρνητικής δήλωσης ή παράλειψης του τρίτου, εάν το Δημόσιο/ν.π.δ.δ. αντιταχθεί επιτυχώς με την ανακοπή του, τότε η απαίτηση λογίζεται ως εκχωρηθείσα από το χρόνο που ο τρίτος θα έπρεπε να έχει εξοφλήσει τον κατασχόντα, εάν είχε προβεί σε καταφατική δήλωση.

Σε κάθε περίπτωση, πάντως, εγγενούς αοριστίας της δήλωσης του τρίτου ως προς τη σαφή περιγραφή της απαίτησης κατά του καθ' ού, πιο ασφαλής δείχνει η επιλογή ο τρίτος να πρέπει να ειδοποιήσει τον κατασχόντα με νέα συμπληρωματική δήλωση για την ενδεχόμενη γέννηση ή ματαίωση της (μελλοντικής) απαίτησης, χωρίς όμως και η νέα αυτή δήλωση να είναι αυτοτελής⁷³, ώστε δεν θα προκαλεί έννομες συνέπειες η παράλειψη υποβολής της. Μάλιστα, δύναται αυτή να υποβληθεί και μετά την παρέλευση του προβλεπόμενου στο άρθρο 985 ΚΠολΔ οκταημέρου, δίχως αυτό να προσδίδει οποιαδήποτε πλημμέλεια στην εκτέλεσή της. Κι αυτό διότι, με την παρέλευση του οκταημέρου έχει επέλθει ήδη η αναγκαστική εκ του νόμου εκχώρηση των μελλοντικών ή υπό αναβλητική αίρεση απαιτήσεων και ο κατασχών υπεισέρχεται στη θέση του καθ' ού η κατάσχεση, ώστε καθίσταται δικαιούχος οποιουδήποτε κατά το ουσιαστικό δίκαιο δικαιώματός του⁷⁴.

72 Βλ. υπέρ της καταφατικής εκδοχής Ρίζο, ό.π. σημ. 7, σ. 143, με σχετικές παραπομπές από τη νομολογία βλ. ΑΠ 972/2019, ΤΝΠ Νόμος· ΠΠρΑθ 1460/2016, ΤΝΠ Νόμος· ΔΠρΑθ 11416/2019, ΤΝΠ Νόμος· ΔΠρΑθ 3924/2000, ΔιΔικ 2001.533. Ωστόσο, βλ. και Ποδηματά, ό.π. σημ. 1, ΕλλΔνη 2000.1531, κατά την οποία η εκχώρηση τελείται άμεσα με την επιβολή κατάσχεσης, χωρίς να τελεί υπό αίρεση· πρόσθ. επίσης Ορφανίδη, ό.π. σημ. 1, σ. 36, ότι η συνέπεια της αναγκαστικής εκχώρησης που προβλέπει ρητά ο ΚΕΔΕ, συνιστά αποτέλεσμα ήδη της κατάσχεσης και όχι της καταφατικής δήλωσης (άρθρ. 30 § 3).

73 Βλ. ΑΠ 1540/2000, ΕλλΔνη 2001.1297· Νίκα, ό.π. σημ. 1, σ. 771 (σημ. 31).

74 Χαρακτηριστική η ΕφΠειρ 18/2017, ΤΝΠ Νόμος.

V. Επίμετρο

Από την κοινοποίηση του κατασχετηρίου στον τρίτο, σύμφωνα με τις διατάξεις του ΚΕΔΕ, επέρχεται η αναγκαστική και αυτόματη (*ex lege*) εκχώρηση της εκ των άρθρων 904 επ. ΑΚ απαίτησης στον κατασχόντα δανειστή-εκδοχέα⁷⁵, έστω και αν αυτή επιδικάστηκε στον δικαιούχο της (καθ' ού η εκτέλεση οφειλέτη-εκχωρητή) μετά την επιβολή της κατάσχεσης εις χείρας τρίτου, αφού η τελευταία (κατάσχεση) ανατρέχει στο χρόνο γέννησης της αξίωσης, ώστε ο τρίτος οφείλει να την καταβάλει μόνο στον κατασχόντα⁷⁶. Και παρότι, η χρονική διάρκεια της κατάσχεσης, όταν αυτή επιβάλλεται σε μέλλοντες απαιτήσεις δεν ρυθμίζεται από τον ΚΕΔΕ, ορθότερο (με βάση τα γενικώς ισχύοντα στην κατάσχεση εις χείρας τρίτου) κρίνεται⁷⁷ ότι η επιβληθείσα κατάσχεση αναπτύσσει τις έννομες συνέπειές της μέχρι την ολοσχερή εξόφληση της απαίτησης του κατασχόντος⁷⁸.

75 Βλ. Νίκα, ό.π. σημ. 11, σ. 121· Κεραμέα/Κονδύλη/Νίκα (- Νικολόπουλο), ό.π. σημ. 7, άρθρ. 988 αρ. 2· Κολοτούρο, ό.π. σημ. 1· πρόσθ. και ΟΛΑΠ 3/1993, ΕλλΔνη 1993.1459· ΑΠ 1666/2014, ΤΝΠ Νόμος· ΑΠ 1540/2000, ΤΝΠ Νόμος· ΜΠρΛαρ 239/2019, ΤΝΠ Νόμος· ΜΠρΚοζ 232/2019, ΤΝΠ Νόμος· πρόσθ. επίσης ΓνμδΝΣΚ 217/2017, ΤΝΠ Νόμος.

76 Βλ. ΕφΑθ 1853/1991, ΕλλΔνη 1992.611· Νίκα, ό.π. σημ. 1, σ. 121/122. Και φυσικά εάν αυτό δεν συμβεί, ο κατασχών δανειστής μπορεί να προχωρήσει στην εκτέλεσή της.

77 ΓνμδΟΛΝΣΚ 220/2019, σε www.sakkoulas-online.gr· ΓνμδΝΣΚ 163/2017, σε www.sakkoulas-online.gr· πρβλ. για τη σχετική προβληματική και Γέροντα-Ψάλτη, ό.π. σημ. 1, σ. 417.

78 Βλ. χαρακτηριστικώς ΓνμδΟΛΝΣΚ 220/2019, διαθέσιμη σε www.sakkoulas-online.gr, σχετικά με την τύχη κατάσχεσης εις χείρας τρίτου σε βάρος οφειλέτιδας επιχείρησης, επιβληθείσας προ της κατάθεσης αίτησης περί υπαγωγής της επιχείρησης στη διαδικασία της ειδικής διαχείρισης του άρθρου 68 του ν. 4307/2014, μετά την έκδοση οριστικής (θετικής) δικαστικής απόφασης. Ειδικότερα, κρίθηκε πως η δημοσίευση της δικαστικής απόφασης για την υπαγωγή του κατ' άρθρο 68 § 1 του ν. 4307/2014 νομικού (ή φυσικού προσώπου) προσώπου στη συγκεκριμένη διαδικασία της ειδικής διαχείρισης δεν συνεπάγεται αναστολή των κατασχέσεων που επιβλήθηκαν στα χέρια των πιστωτικών ιδρυμάτων για τις μελλοντικές απαιτήσεις που ανάγονται σε χρόνο μετά τη δημοσίευση της δικαστικής απόφασης. Κατ' επέκταση, τα πιστωτικά ιδρύματα (εις χείρας των οποίων επιβλήθηκαν οι κατασχέσεις) πρέπει να αποδώσουν στο δικαιούχο δανειστή, και εν προκειμένω στο Δημόσιο, τις συγκεκριμένες απαιτήσεις, υπό την προϋπόθεση ότι κατά το χρόνο της κατάσχεσης υφίσταται η βασική έννομη σχέση, η οποία αποτελεί την παραγωγό αιτία της μελλοντικής απαίτησης. Ενόψει των ανωτέρω, το Δημόσιο δικαιούται να απαιτήσει άμεσα από τα οικεία πιστωτικά ιδρύματα τα ποσά που τυχόν θα κατατεθούν μελλοντικά στους δεσμευμένους τραπεζικούς λογαριασμούς, μέχρι το ύψος της συνολικής, με βάση το κατασχετήριο, απαίτησής του.

**Συμφωνίες οριζόντιας συνεργασίας
στην εθνική έννομη τάξη υπό το πρίσμα των κανόνων του
ελεύθερου ανταγωνισμού. Οριοθετήσεις μέσα από την
πρακτική της Επιτροπής Ανταγωνισμού
(οι υποθέσεις Audatex & Focus Bari/MRB)**

Νικόλαος Εμμ. Ζευγώλης

Δικηγόρος Δ.Ν.¹

1. Εισαγωγικές παρατηρήσεις

Σύμφωνα με την Ανακοίνωση της Επιτροπής — Κατευθυντήριες γραμμές για την εφαρμογή του άρθρου 101 της Συνθήκης για τη λειτουργία της Ευρωπαϊκής Ένωσης στις συμφωνίες οριζόντιας συνεργασίας², «[μ]ια συνεργασία είναι *‘οριζόντιας φύσεως’* εάν αποτελεί αντικείμενο συμφωνίας³ μεταξύ πραγματικών ή δυνητικών ανταγωνιστών»⁴. Δηλ. οι συμφωνίες οριζόντιας συνεργασίας είναι συμφωνίες μεταξύ ανταγωνιστών. Ωστόσο, τονίζεται ότι οι συμφωνίες οριζόντιας συνεργασίας δεν αποτελούν συμπράξεις τύπου καρτέλ. Αντίθετα, *οι συμφωνίες οριζόντιας συνεργασίας είναι σε θέση - επ’ ωφελεία της κοινωνικής ευημερίας*⁵ - να αποφέρουν σημαντικά οικονομικά οφέλη, ιδίως εφόσον συνδυ-

1 Οι απόψεις στο παρόν κείμενο είναι αυστηρά προσωπικές.

2 *EE C 11/1, της 14.1.2011.*

3 Στο αμέσως προηγούμενο εδάφιο έχει αποσαφηνιστεί από την Ευρωπαϊκή Επιτροπή ότι οι συγκεκριμένες Κατευθυντήριες γραμμές αναφέρονται σε συμφωνίες μεταξύ επιχειρήσεων, αποφάσεις ενώσεων επιχειρήσεων και κάθε εναρμονισμένη πρακτική που αφορούν οριζόντιες συνεργασίες και χαρακτηρίζονται συλλήβδην «συμφωνίες».

4 Βλ. παρ. 1 της Ανακοίνωσης της Επιτροπής — Κατευθυντήριες γραμμές για την εφαρμογή του άρθρου 101 της Συνθήκης για τη λειτουργία της Ευρωπαϊκής Ένωσης στις συμφωνίες οριζόντιας συνεργασίας (εφεξής «κατευθυντήριες γραμμές για τις συμφωνίες οριζόντιας συνεργασίας»).

5 Η κοινωνική ευημερία συνίσταται στο άθροισμα της ευημερίας/πλεονάσματος τόσο των καταναλωτών όσο και των παραγωγών/διανομέων [ειδικά για την ευημερία των καταναλωτών, βλ. R. Bork, *The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself* (Basic Books 1978), σελ. 107επ.]. Η τιμή και η ποιότητα φαίνεται να είναι οι μόνοι παράγοντες που βρίσκονται σε συνάρτηση με την ευημερία/το πλεόνασμα των καταναλωτών: ανάλογα με το προϊόν, όσο χαμηλότερη είναι η τιμή και όσο υψηλότερη είναι η ποιότητά του, τόσο μεγαλύτερη είναι η ευημερία/πλεόνασμα των καταναλωτών. Αντιθέτως, συνάρτηση της ευημερίας/πλε-

άζουν συμπληρωματικές δραστηριότητες, δεξιότητες ή περιουσιακά στοιχεία, ενισχύοντας με τον τρόπο αυτό τον ανταγωνισμό. Στο πλαίσιο αυτό γίνεται δεκτό ότι μια συμφωνία οριζόντιας συνεργασίας δύναται να αποτελέσει έναν τρόπο ή ένα μέσο «για την κατανομή των κινδύνων, την εξοικονόμηση δαπανών, την αύξηση των επενδύσεων, την από κοινού εκμετάλλευση τεχνογνωσίας, τη βελτίωση της ποιότητας και της ποικιλίας των προϊόντων και την ταχύτερη προώθηση της καινοτομίας»⁶. Η σημασία που δίνεται στις συμφωνίες οριζόντιας συνεργασίας από την πλευρά της Ευρωπαϊκής Επιτροπής συνάγεται και από την ύπαρξη δύο σχετικών Κανονισμών απαλλαγής, έναν για τις συμφωνίες Έρευνας και Ανάπτυξης και έναν για τις συμφωνίες Εξειδίκευσης⁷. Εντούτοις, δεν αποκλείεται να υπάρξουν και περιπτώσεις κατά τις οποίες συμφωνίες οριζόντιας συνεργασίας, χωρίς να ταυτίζονται με τις κλασικές περιπτώσεις καρτέλ, ωστόσο να δημιουργούν ή να πιθανολογείται ότι δημιουργούν προβλήματα στον ανταγωνισμό και για το λόγο αυτό άλλωστε δεν πρέπει να μένουν ανέλεγκτες από πλευράς κανόνων ελεύθερου ανταγωνισμού⁸. Στην

ονάσματος των παραγωγών/διανομέων αποτελεί το κέρδος. Η αποτελεσματική λειτουργία μιας επιχείρησης, το χαμηλό λειτουργικό κόστος, ενδεχομένως η επίτευξη οικονομιών κλίμακος ή φάσματος αποτελούν ορισμένους από τους βασικότερους παράγοντες που συμβάλλουν στην κερδοφορία μιας επιχείρησης και κατ' επέκταση στην ευημερία των παραγωγών. Το κοινωνικά άριστο συνιστά το σημείο μεγιστοποίησης της κοινωνικής ευημερίας. Βλ. R.A. Posner, *Antitrust Law* (2nd ed. University of Chicago Press, 2001), σελ. 24-25, ο οποίος παρατηρεί ότι "[...] large businesses are more likely to owe their size to economies of scale or scope [...]]", που επίσης αποτελεί παράγοντα βελτίωσης της αποτελεσματικότητας (οικονομία φάσματος= εξοικονόμηση κόστους παράγοντας διαφορετικά προϊόντα με τους ίδιους συντελεστές παραγωγής, όπου συντελεστές παραγωγής = συστατικά μέρη + εγκαταστάσεις + προσωπικό). Λόγου χάριν, η συνεργασία ενός παραγωγού κατεψυγμένης πίτσας και ενός παραγωγού κατεψυγμένων λαχανικών για την από κοινού διανομή των προϊόντων τους δύναται να οδηγήσει στην επίτευξη οικονομίας φάσματος [βλ. παρ. 67 των Κατευθυντήριων γραμμών για την εφαρμογή του 81(3) ΕΕ C 101/97, της 27.4.2004]. Για τις οικονομίες κλίμακος ή φάσματος, βλ. επίσης ενδεικτικά Ν. Βέττα και Γ. Κατσουλάκο, *Πολιτική Ανταγωνισμού & Ρυθμιστική Πολιτική*. Τα Οικονομικά των Ρυθμιστικών Παρεμβάσεων σε Αγορές με Μονοπωλιακή Δύναμη, 2004, σελ. 142επ., καθώς και Ν. Ζευγώλη, *Το ζήτημα των αποτελεσματικότητας σε οριζόντιες και κάθετες συμπράξεις: στροφή του κοινοτικού δικαίου του ανταγωνισμού προς την κατά περίπτωση ανάλυση*, ΔΕΕ, 4/2007, σελ. 424-425, με περαιτέρω παραπομπές και σε σχετική βιβλιογραφία.

6 Βλ. παρ. 2 των κατευθυντήριων γραμμών για τις συμφωνίες οριζόντιας συνεργασίας.

7 Πρόκειται αντίστοιχα για τον Κανονισμό 1217/2010 για την εφαρμογή του άρθρου 101 παράγραφος 3 της Συνθήκης για τη λειτουργία της Ευρωπαϊκής Ένωσης σε ορισμένες κατηγορίες συμφωνιών έρευνας και ανάπτυξης [ΕΕ L 335/36, της 18.12.2010] και για τον Κανονισμό 1218/2010 για την εφαρμογή του άρθρου 101 παράγραφος 3 της Συνθήκης για τη λειτουργία της Ευρωπαϊκής Ένωσης σε ορισμένες κατηγορίες συμφωνιών Εξειδίκευσης [ΕΕ L 335/43, 18.12.2010].

8 Για το λόγο αυτό στην παρ. 3 των κατευθυντήριων γραμμών για τις συμφωνίες οριζόντιας συνεργασίας αναφέρονται χαρακτηριστικά τα ακόλουθα: «Από την άλλη πλευρά, οι συμφω-

παρούσα μελέτη με την ανάλυση ειδικά των περιπτώσεων Audatex & Focus Bari/MRB (ως case studies⁹) επιχειρείται η ανάδειξη δύο τέτοιων ακριβώς περιπτώσεων συμφωνιών οριζόντιας συνεργασίας που τέθηκαν στο «μικροσκόπιο» της εθνικής αρχής ανταγωνισμού, καθόσον θεωρήθηκε πιθανό ότι αυτές περιόριζαν τον ανταγωνισμό¹⁰.

2. Υπόθεση Audatex: η υπ' αρ. 640/2017 απόφαση της ΕΑ (Ολομ.) και η κατά πλειοψηφία μη διαπίστωση παράβασης κατόπιν αναπομπής της υπόθεσης από το Διοικητικό Εφετείο Αθηνών

Η υπόθεση AUDATEX, ήτοι η υπ' αρ. 640/2017 απόφαση της ΕΑ¹¹, αφορούσε σε επανεξέταση της καταγγελίας¹² της Πρωτοβάθμιας Επαγγελματικής Οργάνωσης με την επωνυμία «ΕΝΩΣΗ ΦΑΝΟΠΟΙΩΝ ΚΑΙ ΒΑΦΕΩΝ ΑΥΤΟΚΙΝΗΤΩΝ ΝΟΜΟΥ ΧΑΝΙΩΝ» κατά των εταιριών α) «AUDATEX ΕΛΛΑΣ Α.Ε.», β) «Η ΕΘΝΙΚΗ» ΑΝΩΝΥΜΗ ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΕΤΑΙΡΙΑ ΓΕΝΙΚΩΝ ΑΣΦΑΛΙΣΕΩΝ, γ) «ΑΓΡΟΤΙΚΗ ΑΣΦΑΛΙΣΤΙΚΗ Α.Ε.», δ) «INTERAMERIKAN E.A.E.Z.A.E.», ε) «GROUPAMA ΦΟΙΝΙΞ ΑΝΩΝΥΜΗ ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΑΣΦΑΛΙΣΤΙΚΗ ΕΤΑΙΡΙΑ» και στ) της «ΕΝΩΣΗΣ ΑΣΦΑΛΙΣΤΙΚΩΝ ΕΤΑΙΡΕΙΩΝ ΕΛΛΑΔΟΣ», για παράβαση του άρθρου 1 του Ν. 703/77, όπως ίσχυε, και του άρθρου 101 ΣΛΕΕ, κατόπιν αναπομπής από το Διοικητικό Εφετείο Αθηνών και το Συμβούλιο της Επικρατείας της υπ' αριθ. 460/V/2009 απόφασης της ΕΑ¹³.

νίες οριζόντιας συνεργασίας μπορεί να δημιουργήσουν προβλήματα ανταγωνισμού, όπως, για παράδειγμα, σε περίπτωση που οι συνεργαζόμενες επιχειρήσεις συμφωνούν τον καθορισμό των τιμών ή της παραγωγής ή την κατανομή των αγορών, ή εάν η συνεργασία τους επιτρέπει να διατηρούν, να αποκτούν ή να αυξάνουν την ισχύ τους στην αγορά, με αρνητικές επιπτώσεις όσον αφορά τις τιμές, την παραγωγή, την ποικιλία και την ποιότητα των προϊόντων ή την καινοτομία». Στην εθνική έννομη τάξη πρόκειται για το Ν. 3959/2011 που εφαρμόζεται από την Επιτροπή Ανταγωνισμού (εφεξής ΕΑ) σε τέτοιες περιπτώσεις.

9 Πρόκειται για τις αποφάσεις υπ' αρ. 640/2017 και 620/2015, αντίστοιχα, που απασχόλησαν την Επιτροπή Ανταγωνισμού.

10 Τελικά αυτό επιβεβαιώθηκε μόνο στη δεύτερη περίπτωση, αυτήν της υπόθεσης Focus Bari/MRB. Τονίζεται ότι το θέμα των συμφωνιών οριζόντιας συνεργασίας είναι πραγματικά ανεξάντλητο και ως εκ τούτου θα ήταν όλως ουτοπικό και παντελώς ανέφικτο να καλυφθεί η συγκεκριμένη εξαιρετικά ενδιαφέρουσα θεματική στο πλαίσιο της παρούσας μελέτης και μόνο.

11 Συντάκτης της εν λόγω απόφασης είχε την τιμή να είναι ο γράφων, χωρίς όμως να είναι και ο συντάκτης της Έκθεσης/Εισήγησης που προηγήθηκε.

12 Πρόκειται συγκεκριμένα για την υπ' αριθ. πρωτ. 6756/26.10.2005 καταγγελία της ΕΝΩΣΗΣ ΦΑΝΟΠΟΙΩΝ ΚΑΙ ΒΑΦΕΩΝ.

13 Συγκεκριμένα, η υπ' αριθμ. 460/V/2009 απόφαση της ΕΑ ακυρώθηκε με τις υπ' αριθμ. 2132, 2133, 2134 και 2135/2010 αποφάσεις του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών, οι οποίες επιβε-

Κατά την επανεξέταση της καταγγελίας της ΕΝΩΣΗΣ ΦΑΝΟΠΟΙΩΝ ΚΑΙ ΒΑΦΕΩΝ κατά των ως άνω εταιριών, η Επιτροπή Ανταγωνισμού σε Ολομέλεια, κατά πλειοψηφία, δεν διαπίστωσε παράβαση του άρθρου 1 του ν. 3959/2011 από τις καταγγελλόμενες εταιρίες και έκρινε ότι δεν πληρούνται οι προϋποθέσεις απαγόρευσης με βάση το άρθρο 101 ΣΛΕΕ, καθώς οι προαναφερόμενες ασφαλιστικές εταιρίες, μέτοχοι της AUDATEX ΕΛΛΑΣ Α.Ε, και η AUDATEX ΕΛΛΑΣ Α.Ε¹⁴, έχοντας συστήσει κοινή επιχείρηση¹⁵ (joint venture¹⁶), ήτοι συμφωνία οριζόντιας συνεργασίας, δεν παραβίασαν τα προα-

βαιώθηκαν από τις υπ' αριθμ. 3847, 3848, 3849 και 3850/2013 αποφάσεις του Συμβουλίου της Επικρατείας. Ως εκ τούτου, η υπόθεση αναπέμφθηκε στην ΕΑ για νέα νόμιμη κρίση (ο λόγος της ακύρωσης ήταν τυπικός και αφορούσε στη μη νόμιμη σύνθεση της Επιτροπής Ανταγωνισμού κατά την κρίση της υπ' αριθμ. 460/V/2009 απόφασής της).

- 14 Όπως αναφέρεται στην παρ. 160 της απόφασης υπ' αρ. 640/2017 ΕΑ, «[η] AUDATEX ΕΛΛΑΣ είχε επίσημες συνεργασίες για τη χρήση του συστήματος, μέσω σχετικών συμβάσεων, με ασφαλιστικές εταιρίες, συνεργεία επισκευής και πραγματογνώμονες. Οι συμβεβλημένοι με την AUDATEX ΕΛΛΑΣ πραγματογνώμονες, επισκευαστές/συνεργεία και ασφαλιστικές εταιρίες αποκτούσαν το δικαίωμα χρήσης του συστήματος.». Διευκρινίζονται επίσης στην ίδια παράγραφο ότι ακόλουθα: Α) Από τις ως άνω τρεις κατηγορίες χρηστών του συστήματος, μόνο οι ασφαλιστικές εταιρίες και τα συμβεβλημένα συνεργεία είναι πελάτες της AUDATEX ΕΛΛΑΣ με την έννοια της οικονομικής συναλλαγής, καθόσον αυτοί είναι που πληρώνουν προς την εταιρία τα οριζόμενα από τις συμβάσεις συνεργασίας κόστη για τη χρήση του συστήματος Β) Οι πραγματογνώμονες, παρά το γεγονός ότι είναι οι βασικοί χρήστες του συστήματος, δεν αποτελούν πελάτες της AUDATEX ΕΛΛΑΣ, αφού η αμοιβή της εταιρίας για τη διενέργεια της πραγματογνωμοσύνης στην οποία οι πραγματογνώμονες προβαίνουν καλύπτεται από την ασφαλιστική εταιρία, κατ' εντολή της οποίας διενεργείται η πραγματογνωμοσύνη.

- 15 Βλ. και παρ. 146, της της απόφασης υπ' αρ. 640/2017 ΕΑ, όπου η AUDATEX ΕΛΛΑΣ αναφέρεται «ως κοινή επιχείρηση με χαρακτήρα συνεργασίας (και όχι συγκέντρωσης)».

- 16 Η ΕΑ στην υπ' αρ. 640/2017 απόφασή της έκρινε ότι η AUDATEX ΕΛΛΑΣ δεν αποτελούσε ένωση επιχειρήσεων, αλλά κοινή επιχείρηση (joint venture) [βλ. παρ. 397]. Ειδικότερα, η ΕΑ θεώρησε ότι πρόκειται για «κοινή επιχείρηση τεχνικής φύσης, η χρησιμότητα της λειτουργίας της οποίας δεν αμφισβητήθηκε ούτε από την καταγγέλλουσα ούτε από την παρεμβαίνουσα στη διάρκεια της ακροαματικής διαδικασίας» [παρ. 398]. Ειδικότερα επρόκειτο για επτά (7) παρεμβαίνοντες: 1) το πανελλήνιο δευτεροβάθμιο επαγγελματικό σωματείο με την επωνυμία «ΕΝΙΑΙΑ ΟΜΟΣΠΟΝΔΙΑ ΒΙΟΤΕΧΝΩΝ ΕΠΙΣΚΕΥΑΣΤΩΝ ΑΥΤΟΚΙΝΗΤΩΝ ΜΗΧΑΝΗΜΑΤΩΝ ΜΟΤΟΣΥΚΛΕΤΩΝ» (Ε.Ο.Β.Ε.Α.Μ.Μ.), 2) το πρωτοβάθμιο επαγγελματικό σωματείο με την επωνυμία «Σύλλογος Επισκευαστών Αμαξωμάτων και Βαφών Αυτοκινήτων Αθηνών και περιχώρων» (Σ.Ε.Α.Β.Α.Α.Π.), 3) το πρωτοβάθμιο επαγγελματικό σωματείο με την επωνυμία «Σωματείο Αδειούχων Βιοτεχνών Φανοποιών Βαφών Αυτοκινήτων Νομού Θεσσαλονίκης», 4) το πρωτοβάθμιο επαγγελματικό σωματείο με την επωνυμία «Σύλλογος Ιδιοκτητών Συνεργείων Αυτοκινήτων και Μοτοσυκλετών Νομού Μαγνησίας», 5) το πρωτοβάθμιο επαγγελματικό σωματείο με την επωνυμία «Σύνδεσμος Ιδιοκτητών Επισκευαστών Αμαξωμάτων Νομού Ηρακλείου», 6) το πρωτοβάθμιο επαγγελματικό σωματείο με την επωνυμία «Σωματείο Επισκευαστών Αυτοκινήτων και Μηχανημάτων Ναυπλίου» και 7) το πρωτοβάθμιο επαγγελματικό σωματείο με την επωνυμία «Σύνδεσμος Φανοποιών Βαφών Καραοσσερί Αυτοκινήτων Νομού Αχαΐας».

ναφερόμενα άρθρα μέσω του καθορισμού εφελθρίας τιμής εργατοώρας συνεργειών παροχής υπηρεσιών επισκευής αυτοκινήτων οχημάτων στο πλαίσιο του συστήματος Audatex, καθόσον κρίθηκε από την ΕΑ κατά πλειοψηφία ότι επρόκειτο για εφελθρία μεν, προτεινόμενη ωστόσο, ενδεικτική δηλαδή, τιμή εργατοώρας. Ως εκ τούτου, δεν επρόκειτο για καθορισμό τιμής εργατοώρας, επιβολή δηλαδή τιμής εργατοώρας, και άρα δεν επρόκειτο για εξ αντικειμένου (*per se*) παράβαση από μέρους των φερόμενων ως εμπλεκόμενων στην εν λόγω σύμπραξη. Επίσης, δεν αποδείχθηκαν αντι-ανταγωνιστικά αποτελέσματα προκαλούμενα από την επίμαχη εφελθρία τιμή. Αντιθέτως, εντοπίστηκαν σημαντικές αποτελεσματικότητες, με καθοριστική χρησιμότητα για τη εύρυθμη λειτουργικότητα του συστήματος Audatex στο σύνολό του¹⁷. Η εν λόγω προτεινόμενη τιμή εργατοώρας, αξιολογούμενη σε συνάρτηση και με τον αριθμό εργατωρών, κρίθηκε ότι συνιστούσε δευτερεύοντα περιορισμό, ήτοι άμεσα συνδεδεμένο και αναγκαίο όρο για την ορθολογική λειτουργία

17 Βλ. ενδεικτικά παρ. 114 της υπ' αρ. 640/2017 ΕΑ απόφασης, όπου αναφέρονται επί λέξει τα εξής: 'Στο πλαίσιο αποτελεσματικότερης διαχείρισης των ασφαλιστικών απαιτήσεων και μείωσης των κινδύνων ανακρίβειας των στοιχείων και έλλειψης αντικειμενικότητας, δημιουργήθηκαν ηλεκτρονικά συστήματα παρακολούθησης σχετικά με την ασφαλιστική αγορά. Στο πλαίσιο αυτό εντάσσεται και η διαδικασία ηλεκτρονικής πραγματογνωμοσύνης, ως εναλλακτική της μεθόδου της εμπειρικής πραγματογνωμοσύνης. Οι αποτελεσματικότητες που προκάλεσε η εφαρμογή του συστήματος της ηλεκτρονικής πραγματογνωμοσύνης, σε επίπεδο άμεσα συναλλασσόμενου, ήτοι της ασφαλιστικής εταιρίας που επωμίζεται τελικά το κόστος επισκευής, είναι εύκολα διακριτές, υπό την έννοια της αντικειμενικοποίησης του κόστους και της εξοικονόμησης πόρων. Η μετακύλιση του οφέλους είτε από τη μείωση κόστους στον τελικό καταναλωτή είτε ακόμη και από τη μη αύξηση αυτού, προσβλέπεται ότι θα εμφανιστεί είτε με μείωση είτε με απουσία αυξήσεων των ασφαλιστών. Όπως χαρακτηριστικά αναφέρθηκε κατά τη διάρκεια της ακροαματικής διαδικασίας, «αν μειώνεται το μέσο κόστος ζημιών, λογικά περνάει και στο ασφάλιστρο. Τα ασφάλιστρα δεν προκύπτουν, δεν τα λέει κάποιος, δεν έρχεται κάποιος και λέει το ασφάλιστρο πρέπει να 'ναι τόσο. Τα ασφάλιστρα βγαίνουν από τις πραγματικές ζημιές και από τα κόστη των εταιριών και της διαμεσολάβησης. Δεν είναι κάτι μαγικό. Όταν, λοιπόν, μειώνεται το μέσο κόστος ζημιάς, σε μία ανταγωνιστική αγορά μειώνεται το ασφάλιστρο». Πρόκειται δηλαδή για σχέση αιτίου-αιτιατού. Άλλωστε και οι ίδιες οι παρεμβαίνουσες στο από 23.01.2017 συμπληρωματικό υπόμνημά τους (σελ. 5) σημειώνουν ότι η «και αυτή η επιβολή τιμών εργατοώρας επηρεάζει άμεσα την αγορά ασφάλισης ζημιών αυτοκινήτων καθότι η εργατοώρα αποτελεί βασική παράμετρο του κόστους της ασφαλιστικής αποζημίωσης, η οποία με τη σειρά της καθορίζει το ύψος των ασφαλιστρών». Επίσης, βλ. συνδυαστικά και την παρ. 255 της εν λόγω απόφασης όπου αναφέρονται τα εξής: «Εκ των ανωτέρω επιβεβαιώνεται ότι η AUDATEX ΕΛΛΑΣ, δεδομένων των ιδιαιτεροτήτων της συγκεκριμένης αγοράς, κλήθηκε να διαδραματίσει όχι τον απλό ρόλο του διαχειριστή του μηχανογραφικού συστήματος, αλλά να επιτελέσει τελικά ένα ρόλο πιο ουσιαστικό, καθώς αυτό απαιτούνταν όχι μόνο για τη διευκόλυνση των διαδικασιών, αλλά και για την εξυπηρέτηση ενός συγκεκριμένου εύλογου σκοπού των ασφαλιστικών εταιριών, ήτοι της μείωσης του κόστους των ζημιών που πλήρωναν οι ασφαλιστικές, στόχος που, εφόσον επιτυγχανόταν, θα επιδρούσε θετικά και στον καταναλωτή, αφού το πληρωτέο ασφάλιστρο σε μία τέτοια περίπτωση είτε θα μειωνόταν είτε εναλλακτικά δεν θα γινόταν ακριβότερο.».

ενός συστήματος ηλεκτρονικής πραγματογνωμοσύνης ζημιών αυτοκινήτων οχημάτων, όπως ήταν αυτό της Audatex. Μάλιστα, η ΕΑ στο σκεπτικό της υπ' αρ. 640/2017 απόφασής της ρητώς διευκρίνισε ότι «σε αντίθεση με την προτεινόμενη τιμή εργατοώρας [την ύπαρξης της οποίας εννοείται ότι η ΕΑ τελικά διαπίστωσε], μία καθορισμένη τιμή εργατοώρας, αν υφίστατο, δεν θα μπορούσε να θεωρηθεί δευτερεύων περιορισμός¹⁸». Εκτιμάται ότι πρόκειται για μια χρήσιμη αποσαφήνιση, καθόσον με αυτήν η ΕΑ ουσιαστικά - και με τρόπο κατηγορηματικό - ξεκαθαρίζει ότι στην περίπτωση που επρόκειτο για καθορισμό

18 Ειδικότερα, η ΕΑ στο σκεπτικό της σημείωσε τα εξής: «Στην εξεταζόμενη περίπτωση, η ύπαρξη προτεινόμενης τιμής εργατοώρας, όπως προέκυψε τόσο από τα στοιχεία του φακέλου όσο και από την ακροαματική, συνδέεται άμεσα με την κύρια συναλλαγή που συνίσταται στην καταβολή μίας εύλογης αποζημίωσης στον ασφαλισμένο ζημιωθέντα σε περίπτωση τροχαίου ατυχήματος με υλικές μόνο ζημιές. Ωστόσο, εάν επρόκειτο για καθορισμένη τιμή εργατοώρας, ακόμη και αν αυτή θεωρείτο άμεσα συνδεδεμένη με την καταβολή αποζημίωσης στον ασφαλισμένο ζημιωθέντα σε περίπτωση τροχαίου ατυχήματος με υλικές μόνο ζημιές, το κριτήριο της αναγκαιότητας δεν θα πληρούτο: και τούτο επειδή, ακόμη και εάν ήθελε θεωρηθεί ότι η καθορισμένη τιμή εργατοώρας είναι αντικειμενικά αναγκαία για την υλοποίηση καταβολής αποζημίωσης στον ασφαλισμένο ζημιωθέντα σε περίπτωση τροχαίου ατυχήματος με υλικές μόνο ζημιές, εντούτοις, ανάλογη δεν θα μπορούσε να θεωρηθεί με αυτήν, αφού, λόγω ιδίως της «ακαμψίας» που θα τη χαρακτήριζε, δεν θα μπορούσε να οδηγήσει σε αυτό που καλείται «εύλογη αποζημίωση». Α contrario, η προτεινόμενη τιμή εργατοώρας, λόγω της «πλαστικότητάς» της, δηλαδή της δυνατότητας μεταβολής αυτής λόγω του ενδεικτικού (και όχι υποχρεωτικού) χαρακτήρα της, είναι όχι μόνο αντικειμενικά αναγκαία αλλά και ανάλογη με το σκοπό της κύριας συναλλαγής, ήτοι την καταβολή μίας εύλογης αποζημίωσης στον ασφαλισμένο ζημιωθέντα σε περίπτωση τροχαίου ατυχήματος με υλικές μόνο ζημιές».

τιμής εργατοώρας και όχι για προτεινόμενη τιμή εργατοώρας, τότε ο επίμαχος όρος δεν θα μπορούσε να γίνει δεκτός ως δευτερεύων περιορισμός^{19, 20}.

19 Όπως παρατηρείται σχετικά από τους Α. Komninos & Ε. Truli, [Competition policy in the digital economy: a shift in focus? In EU Competition Law and the Digital Economy: Protecting free and fair competition in an age of technological (r)evolution, The XXIX FIDE Congress in the Hague, 2020, vol. 3, p. 296], «[i]n the only case of relevance, the Audatex case that was analysed above, clearly efficiency considerations played a role in the majority opinion of the 2017 HCC decision and ultimately led to the finding that there was no infringement. Interestingly, the HCC preferred to see those efficiencies through the angle of the ancillary restraints doctrine rather than through Articles 101(3) TFEU and 1(3) of the Greek Competition Act. Hence, it found that there was no restriction of competition in the first place» [έμφαση δίνεται από το γράφοντα]. Για την ακρίβεια και προκειμένου να μην δημιουργούνται τυχόν παρερμηνείες αναφορικά με τη συγκεκριμένη υπόθεση, θα πρέπει να αποσαφηνιστούν τα εξής: αν η ΕΑ διαπίστωνε την ύπαρξη καθορισμού τιμής εργατοώρας, οι οποίες αποτελεσματικότητας διαπιστώθηκαν (στις οποίες αναφέρονται οι ανωτέρω συγγραφείς), όσο σημαντικές και αν ήταν αυτές, θα συνιστούσαν έναν μόνο από τους όρους που θα έπρεπε να πληρούνται σωρευτικά, με βάση την παρ. 3 του άρθρου 101 ΣΛΕΕ (και την παρ. 3 του άρθρου 1 του ν. 3959/2011 αντίστοιχα), έτσι ώστε τελικά να θεωρηθεί ότι η επίμαχη σύμπραξη δεν περιορίζει τον ανταγωνισμό. Ο γράφων πιθανολογεί ότι κάτι τέτοιο θα ήταν αν όχι αδύνατον, πάντως εξαιρετικά δύσκολο να συμβεί (δηλ. η πλήρωση των σωρευτικά οριζόμενων προϋποθέσεων της παρ. 3 των ανωτέρω άρθρων). Επίσης, από την ανάγνωση του σκεπτικού της απόφασης καθίσταται σαφές ότι το μόνο ζήτημα που αξιολογήθηκε αν συνιστά δευτερεύοντα περιορισμό ή όχι αποτέλεσε η προτεινόμενη τιμή εργατοώρας, αφού προηγουμένως όμως αποδείχτηκε και διαπιστώθηκε ότι δεν επρόκειτο για καθορισμό τιμής εργατοώρας [βλ. ad hoc κεφ. 6.4 της υπ' αρ. 640/2017 απόφασης της ΕΑ με τίτλο «Η προτεινόμενη τιμή ε/ω ως δευτερεύων περιορισμός», παρ. 410]. Επειδή αξιολογήθηκε κατά πλειοψηφία από την ΕΑ ότι δεν επρόκειτο για καθορισμό τιμής εργατοώρας, γι' αυτόν ακριβώς το λόγο κρίθηκε ότι η υπό αξιολόγηση συμφωνία μεταξύ των καταγγελλόμενων ασφαλιστικών εταιριών και της AUDATEX, δεν παραβίαζε την παρ. 1 του άρθρου 1 του ν. 3959/2011. Πρέπει δηλαδή να καταστεί απολύτως σαφές ότι η ΕΑ με την υπ' αρ. 640/2017 απόφασή της δεν δικαιολόγησε per se παραβάσεις ως ancillary restraints (αυτό αν εντοπιζόταν ότι συνέβαινε, θα αποτελούσε μια θέση επιστημονικά «αιρετική», κατά την άποψη του γράφοντος), αλλά ότι απλώς δεν διαπίστωσε την ύπαρξη per se παραβάσεων, καθόσον αποδείχτηκε εν πολλοίς ότι επρόκειτο για προτεινόμενες τιμές εργατοώρας και όχι για καθορισμό τιμών εργατοώρας (και ταυτόχρονα δεν διαπιστώθηκαν αντι-ανταγωνιστικά αποτελέσματα). Επίσης, η μη διαπίστωση per se παράβασης αφορά (με διακριτή ανάλυση από μέρους της ΕΑ) και την αξιολογηθείσα ρήτρα του πλέον ευνοούμενου πελάτη (MFN ή MFC) [βλ. ειδικότερα ιδίως παρ. 245, 400, 404, 412 της υπ' αρ. 640/2017 απόφασης]. Με αφορμή τις ανωτέρω επισημάνσεις είναι κρίσιμο να καταστεί απολύτως σαφές το εξής: στο πλαίσιο του ενωσιακού (και του εθνικού) δικαίου όσο ριψοκίνδυνο είναι πρωτίστως για λόγους ασφάλειας δικαίου μια αρχή ανταγωνισμού να αντιμετωπίζει per se παραβάσεις με ancillary restraints οριοθετήσεις (με το οποίο ο γράφων είναι καταρχήν αντίθετος), παρά την ελκυστικότητα που ενδεχομένως μια τέτοια αμερικανικής προέλευσης προσέγγιση θα είχε σε θεωρητικό τουλάχιστον επίπεδο, εξίσου επικίνδυνο είναι - και ίσως ακόμη περισσότερο - περιπτώσεις που δεν συνιστούν εξ αντικειμένου παραβάσεις από πλευράς κανόνων ελεύθερου ανταγωνισμού, να αντιμετωπίζονται με per se οριοθετήσεις και με τον τρόπο αυτό να αξιολογούνται τελικά ως παραβάσεις per se.

20 Για τους παρεπόμενους ή δευτερεύοντες περιορισμούς του ανταγωνισμού, βλ. πολύ αναλυ-

Επιπροσθέτως, η Επιτροπή Ανταγωνισμού κατά πλειοψηφία έκρινε ότι η αποδιδόμενη στην Audatex επιβολή ρήτρας του μάλλον ευνοούμενου πελάτη (ρήτρας δηλ. MFN ή MFC²¹) δεν στοιχειοθετήθηκε ότι συνιστούσε εξ αντικειμένου περιορισμό του ανταγωνισμού (*per se*), ως δήθεν ενσωματωμένος μηχανισμός ελέγχου καθορισμένων τιμών (καθόσον αποδείχθηκε κατά πλειοψηφία ότι επρόκειτο για προτεινόμενες τιμές), ούτε και αποδείχθηκε πως η εν λόγω ρήτρα επέφερε ή μπορούσε να επιφέρει αυτοτελώς περιοριστικά του ανταγωνισμού αποτελέσματα²². Σημειωτέον ότι στην εξεταζόμενη περίπτωση η ΕΑ έκρινε ότι η επίμαχη ρήτρα MFC «διασφαλίζει την ίση μεταχείριση, και μάλιστα όχι μόνο των καταγγελλομένων 4 ασφαλιστικών εταιριών – μετόχων της AUDATEX, αλλά όλων, ήτοι και των 17 ασφαλιστικών εταιριών που ήταν χρήστες του συστήματός της»²³. Τέλος, εξ όσων είναι γνωστά, προσφυγή κατά της υπ' αρ. 640/2017 απόφασης ενώπιον του Διοικητικού Εφετείου δεν ασκήθηκε ούτε από την καταγγέλλουσα ούτε από κάποιο τρίτο έχοντα έννομο συμφέρον (ούτε εννοείται από κάποιον από τους παρεμβαίνοντες) κι έτσι η εν λόγω απόφαση της ΕΑ έχει πλέον τελεσιδικήσει. Ως εκ τούτου, μετά από πολλά έτη σφοδρής αντιδικίας η επίμαχη συμφωνία οριζόντιας συνεργασίας, γνωστή και ως υπόθεση Audatex, κρίθηκε τελικά καθ' όλα σύνομη.

3. Υπόθεση FOCUS BARI/MRB (διαγωνισμός της ΑΕΜΑΡ): Η υπ' αρ. 620/2015 απόφαση της ΕΑ (Τμ.) και η διαπίστωση παράβασης

Εξ αφορμής καταγγελίας και κατόπιν επιτόπιου ελέγχου, προέκυψαν μετά από αυτεπάγγελτη τελικά έρευνα ενδείξεις για ενδεχόμενη σύμπραξη των εταιριών FOCUS BARI και MRB HELLAS για παράβαση του άρθρου 1 του ν. 703/77

τικά, αντί πολλών, Π. Σελέκο, Οι παρεπόμενοι περιορισμοί του ανταγωνισμού ως νόμιμες συμπράξεις, Παρ. 1 των άρθρων 101 ΣΛΕΕ και 1 Ν. 3959/2011, Π.Ν. Σάκκουλας, 2016, με περαιτέρω παραπομπές σε σχετική βιβλιογραφία και νομολογία.

21 Most Favored customer ή Most Favored Nation. Σύμφωνα με το συγκεκριμένο όρο, ο προμηθευτής εγγυάται σε πελάτη του ότι, αν μέσα σε συγκεκριμένο χρονικό διάστημα πωλήσει σε κάποιο τρίτο (ή τρίτους) σε τιμή χαμηλότερη το προϊόν από την τιμή πώλησης σε αυτόν, έχει δικαίωμα και αυτός στη χαμηλότερη τιμή [Βλέπε Ν. Βέττα & Γ. Κατσουλάκο, ό.π., σελ. 469-470. Περί MFN ή MFC, βλέπε και Μ. Motta, Competition Policy. Theory and Practice. Cambridge University Press 2005, σελ. 156-157 και 342-343].

22 Ειδικά για το συγκεκριμένο ζήτημα (της ρήτρας του πλέον ευνοούμενου πελάτη), βλ. ad hoc Δ. Τζουγάνατο, Κάθετες συμφωνίες, σε Δίκαιο του Ελεύθερου Ανταγωνισμού [επιμ. Δ. Τζουγανάτου], Νομική Βιβλιοθήκη, 2020, σελ. 566, παρ. 172-173 [υποκεφάλαιο με τίτλο «ίν. Η αξιολόγηση της ρήτρας MFN στην αποφ. υπ' αριθμ. 640/2017 (Audatex) της Επιτροπής Ανταγωνισμού»].

23 Βλ. παρ. 310 της υπ' αριθμ. 640/2017 απόφασης ΕΑ.

(νυν άρθρου 1 του ν. 3959/2011)²⁴, όπως ίσχυε, στη σχετική αγορά μέτρησης ακροαματικότητας ραδιοφωνικών σταθμών. Συγκεκριμένα, εντοπίστηκε έγγραφο που έφερε τίτλο «*ΜΗ ΑΝΑΚΟΙΝΩΣΙΜΟ²⁵ ΙΔΙΩΤΙΚΟ ΣΥΜΦΩΝΗΤΙΚΟ ΡΥΘΜΙΣΗΣ ΣΧΕΣΕΩΝ ΜΕΛΩΝ ΕΝΩΣΗΣ ΕΤΑΙΡΕΙΩΝ*», υπογεγραμμένο στις 02.02.2011 από τους εκπροσώπους των εταιριών FOCUS και MRB και το οποίο αφορούσε στη συμμετοχή των εν λόγω δύο εταιριών ως ένωσης εταιριών στον ανοικτό διαγωνισμό που προκήρυξε η ΑΕΜΑΡ στις 08.12.2010 για την ανάθεση του έργου «*Μέτρηση της Ραδιοφωνικής Ακροαματικότητας στην Αττική*». Διευκρινίζεται ότι τελικά, ο συγκεκριμένος διαγωνισμός κηρύχθηκε άγονος από το Διοικητικό Συμβούλιο της ΑΕΜΑΡ, σύμφωνα με απόφασή του στις 7 Φεβρουαρίου 2012²⁶. Διαπιστώθηκε από την ΕΑ ότι στο εν λόγω

24 Για το θέμα του αισθητού επηρεασμού του εμπορίου η ΕΑ έκρινε ότι δεν υφίσταται «δυνατότητα αισθητού επηρεασμού του εμπορίου μεταξύ των κρατών μελών, και κατά συνέπεια, δεν συντρέχει περίπτωση εφαρμογής, παράλληλα με το εθνικό, και του ενωσιακού δικαίου [ήτοι του άρθρου 101 ΣΛΕΕ] εν όψει της φύσης των υπηρεσιών που καλύπτονται από την εξεταζόμενη συμφωνία, οι οποίες δεν αποτελούν αντικείμενο διασυνοριακών συναλλαγών ούτε είναι ιδιαίτερα σημαντικές, προκειμένου τυχόν τρίτες επιχειρήσεις να επεκτείνουν τις δραστηριότητές τους στην Ελλάδα. Επιπλέον, στη σύμπραξη συμμετέχουν μόνο δύο από τις επιχειρήσεις που δραστηριοποιούνται στη σχετική αγορά και, συνεπώς, δε δεσμεύονται οι λοιπές επιχειρήσεις ή τυχόν τρίτες, οι οποίες έχουν τη δυνατότητα να παρέχουν ελεύθερα τις υπηρεσίες τους. Ως εκ τούτου, η υπό κρίση σύμπραξη δεν δημιουργεί στεγανοποίηση της αγοράς ούτε τεχνητά εμπόδια στη δραστηριοποίηση επιχειρήσεων στην ελληνική επικράτεια» [βλ. παρ. 93 της υπ' αρ. 620/2015 απόφασης της ΕΑ].

25 Ειδικά η φράση «*ΜΗ ΑΝΑΚΟΙΝΩΣΙΜΟ*» δημιουργεί συνειρμούς με τις επίμαχες ανακοινώσεις δέκα χρόνια περίπου νωρίτερα στην είσοδο του ξενοδοχείου Sofitel οι οποίες είχαν την ακόλουθη μορφή: «*Το όνομα της εταιρείας δεν πρέπει να αναφερθεί οπουδήποτε στο ξενοδοχείο!!!*» ή «*(ATTENTION: M. COMPANY SHOULD NOT BE MENTIONED ANYWHERE IN THE HOTEL!!!)*», ή «*ΕΠΙΘΥΜΟΥΜΕ ΝΑ ΜΗΝ ΥΠΑΡΞΕΙ ΓΡΑΠΤΗ ΑΝΑΚΟΙΝΩΣΗ ΣΕ ΠΙΝΑΚΑ ΓΙΑ ΑΥΤΗ ΤΗ ΣΥΝΑΝΤΗΣΗ*», ή «*M. COMPANY SHOULD NOT BE MENTIONED*» (Η ΕΤΑΙΡΕΙΑ Μ. ΔΕΝ ΠΡΕΠΕΙ ΝΑ ΑΝΑΦΕΡΘΕΙ). Οι συγκεκριμένες φράσεις στην υπόθεση Sofitel (ήτοι την υπ' αρ. 277/IV/2005 απόφαση της ΕΑ) εύλογα δημιούργησαν – μαζί και με άλλα στοιχεία - δικαιολογημένα εύλογους συνειρμούς σχετικά με τον αντι-ανταγωνιστικό σκοπό των ανωτέρω συναντήσεων στο εν λόγω ξενοδοχείο μεταξύ αλυσίδων σούπερ μάρκετ και προμηθευτών τους με στόχο να αποτραπεί ενδεχόμενη συνεργασία των τελευταίων με νεοεισερχόμενες στην ελληνική αγορά αλυσίδες σούπερ μάρκετ (βλ. ιδίως σελ. 19 της εν λόγω απόφασης), λόγω της εκπεφρασμένης βούλησης των συμμετεχόντων να μην γίνει γνωστός ο διοργανωτής της συνάντησης αυτής. Η ορθότητα της κρίσης της ΕΑ στην εν λόγω υπόθεση επιβεβαιώθηκε και από τα εθνικά δικαστήρια. Βλ. χαρακτηριστικά αποφάσεις (Τμήμα Β') ΣτΕ 1936/2013 & 1937/2013, παρ. 11 και 6 αντίστοιχα.

26 Βλ. παρ. 53 της υπ' αρ. 620/2015 απόφασης της ΕΑ, όπου αναφέρονται οι λόγοι που προέβαλε η ΑΕΜΑΡ για την κήρυξη άγονου του διαγωνισμού. Ειδικότερα η ΑΕΜΑΡ επισημαίνει ότι «ο διαγωνισμός κηρύχθηκε άγονος κυρίως διότι, αφενός οι επικρατέστεροι ανάδοχοι του διαγωνισμού που προκηρύχθηκε το 2005 (δηλ. οι εταιρίες FOCUS και MRB) κατέθεσαν στο διαγωνισμό του 2010 κοινή προσφορά (ως κοινοπραξία), «γεγονός που δημιούργησε εύλογα την εντύπωση ότι η προσφορά τους θα ήταν ακριβότερη και επομένως δυσβάσταχτη

συμφωνητικό (με τίτλο *ΜΗ ΑΝΑΚΟΙΝΩΣΙΜΟ ΙΔΙΩΤΙΚΟ ΣΥΜΦΩΝΗΤΙΚΟ ΡΥΘΜΙΣΗΣ ΣΧΕΣΕΩΝ ΜΕΛΩΝ ΕΝΩΣΗΣ ΕΤΑΙΡΕΙΩΝ*) περιλαμβάνονταν μεταξύ άλλων και οι ακόλουθοι όροι: (α) στην παρ. 3 (σελ. 4/5) του συμφωνητικού αναφερόταν ότι «[ρ]ητά τα εδώ συμβαλλόμενα μέρη συμφωνούν ότι η FOCUSBARIA.E., δεδομένου [ότι] ήδη από έτους 1989 αναλαμβάνει και εκτελεί - διενεργεί από μόνη της το έργο της μέτρησης ραδιοφωνικής ακροαματικότητας για την περιοχή της Θεσσαλονίκης, θα συνεχίσει να αναλαμβάνει, εκτελεί - διενεργεί μόνη της αντίστοιχο έργο στην περιοχή της Θεσσαλονίκης, ενώ η MRB ΕΛΛΑΣ ΑΕ ρητά υπόσχεται και δεσμεύεται ότι δεν θα διεκδικήσει ούτε και θα αναλάβει είτε μόνη της είτε σε συνεργασία με οποιοδήποτε άλλο φυσικό ή νομικό πρόσωπο, μελλοντικά (χωρίς χρονικό περιορισμό) το σύνολο ή/και μέρος οποιουδήποτε ΕΡΓΟΥ σχετικού με την ΜΕΤΡΗΣΗ ΡΑΔΙΟΦΩΝΙΚΗΣ ΑΚΡΟΑΜΑΤΙΚΟΤΗΤΑΣ ΣΤΗΝ ΠΕΡΙΟΧΗ ΤΗΣ ΘΕΣΣΑΛΟΝΙΚΗΣ» και (β) στην παρ. 2 προβλεπόταν η επ' αόριστον από κοινού συμμετοχή των δύο εταιριών σε οποιονδήποτε μελλοντικό διαγωνισμό οποιουδήποτε φορέα με αντικείμενο τη μέτρηση της ακροαματικότητας στην Αττική.

Επίσης, από πλευράς απόδειξης, ενδιαφέρον παρουσιάζει και ηλεκτρονικό μήνυμα που εστάλη στις 31.01.2011 «με θέμα «ΑΕΜΑΡ» και αντικείμενο ζητήματα σχετικά με τη σύνταξη της πρότασης που θα κατέθεταν από κοινού οι δύο εταιρίες. Το πιο ενδιαφέρον ίσως είναι ότι στο κλείσιμο του εν λόγω μηνύματος αναφέρεται ότι «[η] τελική και αποφασισμένη στρατηγική από την δική μας πλευρά είναι να ακολουθούμε τις δικές σας οδηγίες»²⁷. Δηλ. φέρεται να δηλώνει ο ένας ανταγωνιστής προς τον άλλο ότι ως στρατηγική του θα έχει να ακολουθεί τις οδηγίες τελευταίου (κι επομένως δεν θα κινείται ανεξάρτητα). Μάλιστα, είναι κρίσιμο ότι με τη συγκεκριμένη διατύπωση δίνεται η εντύπωση ότι αυτή δεν αφορά μόνο τον επίμαχο διαγωνισμό, αλλά και άλλους μελλοντικούς (σε εκτέλεση δηλαδή και του περιεχομένου του επίμαχου συμφωνητικού με τίτλο «*ΜΗ ΑΝΑΚΟΙΝΩΣΙΜΟ ΙΔΙΩΤΙΚΟ ΣΥΜΦΩΝΗΤΙΚΟ ΡΥΘΜΙΣΗΣ ΣΧΕΣΕΩΝ ΜΕΛΩΝ ΕΝΩΣΗΣ ΕΤΑΙΡΕΙΩΝ*»).

Στο κεφάλαιο 6.3.4. με τίτλο «*Ειδικότερα, οι συμφωνίες περί από κοινού συμμετοχής σε διαγωνισμούς*» της υπ' αρ. 620/2015 απόφασής της η ΕΑ διευκρινίζει τα ακόλουθα: με βάση τις κατευθυντήριες γραμμές για τις συμφωνίες οριζόντιας συνεργασίας, μία συμφωνία μεταξύ ανταγωνιστών η οποία περιορίζει τη δυνατότητά τους να ανταγωνισθούν ο ένας τον άλλο ή τρίτους ως ανεξάρτητοι οικονομικοί παράγοντες, αποκλείοντας λόγου χάριν την αυτοτελή παρουσία τους στην αγορά, ενδέχεται να οδηγεί στην απώλεια του

για τους Ραδιοφωνικούς Σταθμούς/μέλη [της ΑΕΜΑΡ]» και αφετέρου «δεν θα υπήρχε ουσιαστικός ανταγωνισμός και στον τομέα των τεχνικών προσφορών» λόγω έλλειψης ουσιαστικού ανταγωνισμού μεταξύ των εταιριών που κατέθεσαν την κοινή προσφορά».

27 Βλ. παρ. 81 της υπ' αρ. 620/2015 απόφασης της ΕΑ.

ανταγωνισμού μεταξύ των μερών της συμφωνίας και στην μείωση των ενδεχόμενων ανταγωνιστικών πιέσεων στην αγορά²⁸. Εντούτοις, σημειώνεται ότι τέτοιες συμφωνίες οριζόντιας συνεργασίας μεταξύ ανταγωνιστών δεν έχουν καταρχήν περιοριστικό του ανταγωνισμού αποτέλεσμα και εκφεύγουν του πεδίου εφαρμογής της απαγόρευσης του άρθρου 1 παρ. 1 του ν. 3959/2011 (και αντίστοιχα του 101 ΣΛΕΕ, εάν το τελευταίο έχει εφαρμογή), εφόσον τα μέρη δεν θα μπορούσαν μεμονωμένα να φέρουν εις πέρας το έργο που αφορά η συνεργασία, πλην της περίπτωσης εκείνης κατά την οποία η *συμφωνία οριζόντιας συνεργασίας θα μπορούσε να περιλαμβάνει λιγότερο περιοριστικούς όρους που δεν θα υπερέβαιναν το αναγκαίο μέτρο, χωρίς να αλλάζει το προσδοκώμενο αποτέλεσμα*²⁹ (δηλαδή, χωρίς η συμφωνία να γίνεται δυσλειτουργική εξαιτίας των λιγότερο περιοριστικών όρων).

Σύμφωνα με τις κατευθυντήριες γραμμές για τις συμφωνίες οριζόντιας συνεργασίας³⁰, οι συμφωνίες εμπορίας δεν είναι υπό κανονικές συνθήκες πιθανό να δημιουργήσουν προσκόμματα στον ανταγωνισμό, υπό την προϋπόθεση ότι είναι αντικειμενικά αναγκαίες για την είσοδο ενός μέρους σε μία αγορά, στην οποία αυτό δε θα μπορούσε να εισέλθει μεμονωμένα (για παράδειγμα, λόγω υψηλού κόστους). Παράδειγμα εφαρμογής μιας τέτοιου είδους συμφωνίας αποτελεί η σύσταση κοινοπραξίας για την ανάληψη συγκεκριμένου έργου, χωρίς τη σύσταση της οποίας τα μέρη δεν θα ήταν έκαστο μόνο του σε θέση να αναλάβουν και να φέρουν εις πέρας το σχετικό έργο, λόγω χάριν είτε εξαιτίας έλλειψης επαρκούς εμπειρίας, είτε λόγω έλλειψης ειδικών γνώσεων ή/και οικονομικής ισχύος, είτε/και λόγω έλλειψης δυναμικότητας (πχ περιορισμένος αριθμός ανθρώπινου δυναμικού ή/και μηχανημάτων) ή λόγω απουσίας άλλων κρίσιμων παραγόντων που εφόσον υπήρχαν, θα εξασφάλιζαν την επιτυχή ή/και την εμπρόθεσμη εκτέλεση του έργου ή ακόμη και λόγω της σύνθετης φύσης του ίδιου του έργου που συνεπάγεται αδυναμία ατομική ανάληψης του οικονομικού κινδύνου ή ενδέχεται να συνεπάγεται ακόμη και αδυναμία τραπεζικής χρηματοδότησης (δανεισμού) που όμως απαιτείται για την εξασφάλιση της εκτέλεσής του. Επομένως, εξαιτίας της ως άνω περιγραφείσας αδυναμίας των εμπλεκόμενων³¹ μερών να αναλάβει έκαστο αυτόνομα το έργο, τα μέρη **αναφορικά με το συγκεκριμένο και μόνο έργο** δεν απο-

28 Βλ. παρ. 33-34 των Κατευθυντήριων γραμμών για τις συμφωνίες οριζόντιας συνεργασίας, ό.π.

29 Βλ. παρ. 30 των Κατευθυντήριων γραμμών για τις συμφωνίες οριζόντιας συνεργασίας, ό.π., καθώς επίσης και παρ. 105 της υπ' αρ. 620/2015 απόφασης της ΕΑ.

30 Βλ. παρ. 237 των Κατευθυντήριων γραμμών για τις συμφωνίες οριζόντιας συνεργασίας, ό.π., καθώς επίσης και παρ. 106 της υπ' αρ. 620/2015 απόφασης της ΕΑ, με περαιτέρω παραπομπές.

31 Με τη γενική έννοια του όρου.

τελούν δυνητικούς ανταγωνιστές³² και κατ' επέκταση η υπό κρίση συμφωνία περί από κοινού συμμετοχής και σύστασης κοινοπραξίας δεν περιορίζει τον ανταγωνισμό³³. *A contrario*, σε αυτήν ειδικά την περίπτωση θα πρέπει να γίνει δεκτό ότι η υπό κρίση συμφωνία περί από κοινού συμμετοχής και σύστασης κοινοπραξίας προάγει τον ανταγωνισμό, καθόσον παρέχει στα συμβαλλόμενα μέρη τη δυνατότητα να διεκδικήσουν την ανάληψη του έργου με ρεαλιστικούς όρους και βάσιμες προοπτικές να το αναλάβουν τελικά (αλλά και να το εκτελέσουν εγκαίρως και με τρόπο άρτιο, χωρίς πλημμέλειες). Επιπλέον, είναι κρίσιμο να σημειωθεί και το εξής: προκειμένου η συμφωνία συνεργασίας να συνάδει με τις απαιτήσεις του ανταγωνισμού, πρέπει αφενός i) να είναι περιορισμένη τόσο από πλευράς διάρκειας όσο και από πλευράς αντικειμένου, δηλαδή, να συνάπτεται, περιοριζόμενη και εξειδικευόμενη στο πλαίσιο ενός σαφώς προσδιορισμένου έργου, και αφετέρου ii) να μην εμποδίζει τα μέρη να ανταγωνίζονται μεταξύ τους σε άλλα έργα. Επιπροσθέτως, στη θεωρία γίνεται δεκτό ότι η υπό κρίση συμφωνία περί από κοινού συμμετοχής και σύστασης κοινοπραξίας θα πρέπει να περιλαμβάνει μόνο τις απολύτως απαραίτητες ρήτρες μη ανταγωνισμού³⁴, δηλ. εκείνες τις ρήτρες που θα προστατεύουν αποκλειστικά και μόνο την απρόσκοπτη εκτέλεση του συγκεκριμένου έργου και σε κάθε περίπτωση δεν θα πρέπει να καταλαμβάνουν και μελλοντικά έργα.

32 Όπως αναφέρεται χαρακτηριστικά στην υποπαράγραφο 1 της παρ. 18 της Ανακοίνωσης της Επιτροπής — Κατευθυντήριες γραμμές για την εφαρμογή του άρθρου 81 παράγραφος 3 της Συνθήκης [EE C 101/97, της 27.04.2004], για μια τέτοιου είδους αξιολόγηση θα πρέπει να ληφθεί υπόψη ο ανταγωνισμός μεταξύ των μερών και ο ανταγωνισμός εκ μέρους τρίτων. Λόγου χάριν, εφόσον δύο επιχειρήσεις είναι εγκατεστημένες σε διαφορετικά κράτη μέλη και δεσμεύονται να μην πωλούν προϊόντα ή μια στις εγχώριες αγορές της άλλης, επακόλουθα περιορίζεται ο (δυνητικός) ανταγωνισμός που υπήρχε πριν από τη συμφωνία. Επιπλέον, εάν ένας προμηθευτής επιβάλλει στους διανομείς του την υποχρέωση μη πώλησης ανταγωνιστικών προϊόντων και η υποχρέωση αυτή αποκλείει επακόλουθα την πρόσβαση τρίτων στην αγορά, αυτό έχει συνέπεια να περιορίζεται ο πραγματικός ή δυνητικός ανταγωνισμός που θα υπήρχε χωρίς την ύπαρξη της επίμαχης συμφωνίας. Για να διαπιστωθεί κατά πόσον τα μέρη της συμφωνίας είναι πραγματικοί ή δυνητικοί ανταγωνιστές, πρέπει να λαμβάνεται υπόψη το οικονομικό και νομικό πλαίσιο που χαρακτηρίζει την αγορά εντός της οποίας θα λάβει χώρα επίμαχη συμφωνία. Για παράδειγμα, αν λόγω των υπάρχοντων χρηματοοικονομικών κινδύνων και των τεχνικών δυνατοτήτων των μερών, είναι ελάχιστα πιθανό, βάσει αντικειμενικών παραγόντων, καθένα από τα μέρη να ασκήσει από μόνο του τις δραστηριότητες που καλύπτει η συμφωνία, τα μέρη θεωρούνται ως μη ανταγωνιστές σε ό,τι αφορά ειδικά την εν λόγω δραστηριότητα [Βλ. σχετικά αποφάσεις της Ευρ. Επιτροπής στις υποθέσεις Elopak/Metal Box-Odin (EE L 209, της 8.8.1990, σ. 15) και TPS (EE L 90 της 2.4.1999, σ. 6)]. Εννοείται ότι οι σχετικές αποδείξεις θα πρέπει να προσκομισθούν από τα εμπλεκόμενα/ συμβαλλόμενα μέρη.

33 Βλ. παρ. 237 των Κατευθυντήριων γραμμών για τις συμφωνίες οριζόντιας συνεργασίας, ό.π.

34 Βλ. L. Ritter-W. D. Braun, *European Competition Law-A practitioner's guide*, Kluwer Law International, 2005 (3rd edition), σελ. 252 επ.

A contrario, ενδέχεται μια συμφωνία συνεργασίας περί από κοινού συμμετοχής σε διαγωνισμό να περιορίζει τον ανταγωνισμό, στην περίπτωση που «εξ αντικειμένου ή εκ του αποτελέσματος παρεμποδίζει τον όποιο μελλοντικό ή δυννητικό ανταγωνισμό μεταξύ των μελών της συμφωνίας/ ένωσης επιχειρήσεων/ κοινοπραξίας»³⁵. Αυτό θα μπορούσε να συμβαίνει στις περιπτώσεις εκείνες που τα μέρη μπορούν αυτόνομα να συμμετάσχουν σε ορισμένο διαγωνισμό με βάσιμες πιθανότητες επιτυχίας ή/και να διεκπεραιώσουν με τεχνική αρτιότητα και εμπροθέσμως το σχετικό έργο. Τότε γίνεται δεκτό ότι οι συμφωνίες συνεργασίας περί από κοινού συμμετοχής σε διαγωνισμό περιορίζουν τον ανταγωνισμό³⁶, κυρίως επειδή οδηγούν σε μείωση του αριθμού των προσφορών που υποβάλλονται στο πλαίσιο του διαγωνισμού³⁷, και κατά συνέπεια οδηγούν σε μείωση του ανταγωνισμού³⁸. Με τον ίδιο τρόπο θα πρέπει να αντιμετωπίζονται οι περιπτώσεις εκείνες κατά τις οποίες οι υπό αξιολόγηση «*συμφωνίες περί από κοινού συμμετοχής προσομοιάζουν ως προς τις συνέπειές τους με συμφωνίες καθορισμού τιμών ή κατανομής της αγοράς*»³⁹. Ειδικά οι επίμαχοι ανωτέρω όροι εκτιμάται ότι αποτυπώνουν τη σαφή βούληση των συμβαλλόμενων επιχειρήσεων να καταναείμουν μεταξύ τους τις αγορές που τις ενδιαφέρουν και για το λόγο τούτο υπερβαίνουν το πλαίσιο που θα επέβαλε η συμμετοχή μέσω μιας συνήθους κοινοπραξίας στο συγκεκριμένο διαγωνισμό της ΑΕΜΕΡ ο οποίος τελικά κηρύχθηκε άγονος. Συνεπεία των ανωτέρω, καθίσταται σαφές ότι μια οριζόντια συμφωνία περί από κοινού συμμετοχής σε διαγωνισμό ενδέχεται να υποκρύπτει περιορισμό του ανταγωνισμού, όταν τα μέρη δεσμεύονται και πέραν του πλαισίου του έργου που τα ενδιαφέρει και για το οποίο υποβάλουν την προσφορά τους επιπροσθέτως να δραστηριοποιούνται αποκλειστικά στο πλαίσιο της μεταξύ τους συνεργασίας (και όχι αυτόνομα δηλαδή) και για μελλοντικά έργα. Στην περίπτωση αυτή πρόκειται για έναν περιορισμό του ανταγωνισμού ο οποίος δεν μπορεί να γίνει ανεκτός από τους κανόνες του ελεύθερου ανταγωνισμού, παρά μόνον ίσως αν αποτελέσει ή οδηγήσει σε συγκέντρωση επιχειρήσεων (με την έννοια της μόνιμης μεταβολής ελέγχου)⁴⁰.

Όπως επισημαίνεται, δυννητικός περιορισμός του ανταγωνισμού δύναται να επέλθει και από τη θέση μιας επιχείρησης εκτός αγοράς, εφόσον η διείσδυση στη συγκεκριμένη αγορά θα συνιστούσε για την εν λόγω επιχείρηση βιώσιμη

35 Βλ. και παρ. 107 της υπ' αρ. 620/2015 απόφασης της ΕΑ, με περαιτέρω παραπομπές ιδίως σε αποφάσεις άλλων αρχών ανταγωνισμού.

36 Ό.π.

37 Η ΑΕΜΑΡ αυτό ακριβώς αξιολόγησε και έκρινε τελικά άγονο τον επίμαχο διαγωνισμό.

38 Ό.π.

39 Ό.π.

40 Και υπό τους όρους βέβαια και τις προϋποθέσεις που ορίζει ο ν. 3959/2011 (άρθρα 5-10) (και κατ' αναλογία ο Κανονισμός 139/2004 για τις συγκεντρώσεις επιχειρήσεων).

οικονομική στρατηγική: στην περίπτωση που πράγματι η διείσδυση στην αγορά συνιστά βιώσιμη οικονομική στρατηγική για τη συγκεκριμένη επιχείρηση, καθίσταται σαφές ότι η ύπαρξή της και μόνο συνιστά πηγή ανταγωνιστικής πίεσης επί των επιχειρήσεων που δραστηριοποιούνται στην εν λόγω αγορά, λόγω ακριβώς του κινδύνου διείσδυσής της σε περίπτωση αύξησης της ελκυστικότητας της εν λόγω αγοράς⁴¹. Κατά τη συγκεκριμένη ως άνω περιγραφείσα αξιολόγηση, προφανώς λαμβάνεται υπόψη και η αντίληψη που έχει η ίδια η δραστηριοποιούμενη στην αγορά επιχείρηση (η FOCUS δηλαδή) για το αν η επιχείρηση που προς το παρόν βρίσκεται εκτός αγοράς (η MRB δηλαδή) συνιστά αξιόπιστο δυνητικό ανταγωνιστή ή για το αν γενικότερα εξακολουθούν να υφίστανται δυνατότητες εισόδου στην αγορά, παρά το γεγονός ότι η ήδη δραστηριοποιούμενη επιχείρηση έχει μια σαφή τεχνική, τεχνολογική ή και άλλη υπεροχή στην αγορά (πχ λόγω εμπειρίας). Στην εξεταζόμενη περίπτωση, όπως προέκυψε από τα στοιχεία του φακέλου της υπόθεσης, η FOCUS εξελάμβανε την MRB ως βασικό (τουλάχιστον δυνητικό) ανταγωνιστή της ειδικά στις υπηρεσίες μέτρησης ακροαματικότητας⁴², ενώ ταυτόχρονα διαπιστώνεται ότι οι υπό κρίση όροι 2 και 3 του επίμαχου Συμφωνητικού (με το συγκεκριμένο τίτλο)⁴³ και περιεχόμενό τους απέβλεπαν ακριβώς στο να περιορίσουν ή να μεταθέσουν χρονικά, να καθυστερήσουν δηλαδή, την αυτόνομη δραστηριοποίηση της MRB στις εν λόγω υπηρεσίες. Είναι απολύτως σαφές ότι εάν οι εμπλεκόμενες επιχειρήσεις δεν θεωρούσαν τη μεταξύ τους σχέση ως σχέση που έχουν ανταγωνιστικές μεταξύ τους επιχειρήσεις δεν θα είχαν λόγο (καθόσον θα εξέλειπε και το απαραίτητο κίνητρο) να συνάψουν τους ανωτέρω επίμαχους όρους, στο πλαίσιο της μεταξύ τους κοινοπραξίας, οι οποίοι όροι με βάση και την αρχή της αναλογικότητας σαφώς υπερβαίνουν το αναγκαίο μέτρο που χαρακτηρίζει την κλασική μορφή κοινοπραξίας για συμμετοχή σε συγκεκριμένο διαγωνισμό. Ως εκ τούτου, με βάση τις ανωτέρω σκέψεις, σύμφωνα με την πλειοψηφία στην Επιτροπή Ανταγωνισμού άποψη, οι συμπτύξεις εταιρίες συνιστούσαν μεταξύ τους πραγματικούς ανταγωνιστές, και σε κάθε περίπτωση τουλάχιστον δυνητικούς, κατά την έννοια του δικαίου του ελεύθερου ανταγωνισμού⁴⁴, και κατά συνέπεια η μεταξύ τους συμφωνία

41 Βλ. παρ. 123 της υπ' αρ. 620/2015 απόφασης της ΕΑ.

42 Οι εμπλεκόμενες εταιρίες δεν έπεισαν με τον ισχυρισμό τους ότι επρόκειτο περί συμφωνίας εξειδίκευσης.

43 «ΜΗ ΑΝΑΚΟΙΝΩΣΙΜΟ ΙΔΙΩΤΙΚΟ ΣΥΜΦΩΝΗΤΙΚΟ ΡΥΘΜΙΣΗΣ ΣΧΕΣΕΩΝ ΜΕΛΩΝ ΕΝΩΣΗΣ ΕΤΑΙΡΕΙΩΝ». Βλ. και σχετική ανάλυση στην παρ. 16 της υπ' αρ. 4870/2019 απόφαση του ΔιοικΕφΑθ για την εν λόγω υπόθεση, το οποίο απέρριψε την προσφυγή της Focus Bari κατά της υπ' αρ. 620/2015 απόφασης της ΕΑ, υιοθετώντας τις απόψεις της εθνικής αρχής ανταγωνισμού για την εν λόγω υπόθεση στο σύνολό τους.

44 Βλ. παρ. 123 της υπ' αρ. 620/2015 απόφασης της ΕΑ, με περαιτέρω παραπομπές.

συνιστούσε οριζόντια συμφωνία. Αυτή η συμφωνία αν αφορούσε αποκλειστικά και μόνο τον επίμαχο διαγωνισμό της ΑΕΜΑΡ, πιθανόν θα ήταν μια καθ' όλα νόμιμη συμφωνία οριζόντιας συνεργασίας⁴⁵. Ωστόσο, το γεγονός ότι η εν λόγω συμφωνία συμπεριελάμβανε και ένα συμφωνητικό μη κοινοποιήσιμο σε τρίτους, μυστικό δηλαδή, που κάλυπτε όχι μόνο τον επίμαχο διαγωνισμό, αλλά και άλλους μελλοντικούς, περιορίζοντας έτσι υπέρμετρα την αυτόνομη δράση των συμβαλλόμενων/συμπράττοντων μερών, επέβαλε την εντελώς διαφορετική θεώρηση της εν λόγω σύμπραξης από μέρους της ΕΑ, ως αντι-ανταγωνιστικής συμφωνίας/σύμπραξης.

4. Συμπερασματικές παρατηρήσεις

Οι ανωτέρω δύο περιπτώσεις (υποθέσεις Audatex & Focus Bari/MRB) που εξετάστηκαν από την ΕΑ και απασχόλησαν την παρούσα μελέτη ως case studies καταδεικνύουν κυρίως τα εξής: συμφωνίες οριζόντιας συνεργασίας, ήτοι συμφωνίες μεταξύ ανταγωνιστών, δύναται να προκύψουν υπό συγκεκριμένες περιστάσεις δυνάμει συνήθως των αναγκών μιας αγοράς. Λόγου χάριν, η ανάγκη δημιουργίας ενός αντικειμενικού συστήματος⁴⁶ για την παροχή ολοκληρωμένων υπηρεσιών ηλεκτρονικής πραγματογνωμοσύνης ζημιών αυτοκινήτων στην ελληνική αγορά ήταν ο καταλυτικός εκείνος παράγοντας που οδήγησε κάποιες ασφαλιστικές εταιρίες –αν και ανταγωνιστές μεταξύ τους– στη σύσταση της κοινής επιχείρησης AUDATEX ΕΛΛΑΣ⁴⁷, με το συγκεκριμένο αντικείμενο, καθ' όλα νόμιμης και ως προς τις εξετασθείσες παραμέτρους αυτής⁴⁸. Αντίστοιχα, η υπόθεση FOCUS BARI/MRB επιβεβαίωσε ότι ναι μεν η σύσταση κοινοπραξίας που θα αφορά σε συγκεκριμένο διαγωνισμό δεν μπορεί να απαγορεύεται (ορισμένες φορές μάλιστα ενδέχεται να επιβάλλεται κιόλας), ωστόσο αν αυτή υπερβαίνει το προσδιορισμένο και σαφώς ορισμένο πλαίσιο του συγκεκριμένου διαγωνισμού και κατά τον τρόπο αυτό ουσιαστικά επεκτείνεται (καταχρηστικά) και σε μελλοντικές δράσεις, περιοριστικές του ανταγωνισμού, έχοντας δηλαδή ως αφορμή μόνο, αφετηρία ή και πρόσχημα το συγκεκριμένο διαγωνισμό (το διαγωνισμό ΑΕΜΑΡ στην εξετασθείσα περίπτωση), τότε θα πρόκειται για μια συμφωνία οριζόντιας συνεργασίας που

45 Ασχέτως αν η ΑΕΜΑΡ κήρυξε άγονο το διαγωνισμό για τους δικούς της λόγους.

46 Χωρίς αυτό να σημαίνει ότι δεν υπήρξαν και άλλα τέτοια συστήματα, θεωρούμενα ανταγωνιστικά της AUDATEX. Βλ. σχετικά παρ. 96-99 της υπ' αρ. 640/2017 απόφασης της ΕΑ

47 Σημειωτέον ότι το σύστημα ηλεκτρονικής πραγματογνωμοσύνης AUDATEX ΕΛΛΑΣ δεν χρησιμοποιούσαν μόνο οι φερόμενες ως εμπλεκόμενες στην υπ' αρ. 640/2017 απόφαση της ΕΑ ασφαλιστικές εταιρίες, αλλά και άλλες (συνολικά 17). Βλ. παρ. 102 & 161 της εν λόγω απόφασης.

48 Ειδικά αναφορικά με προτεινόμενη τιμή εργατοώρας & ρήτρα MFC ή MFN.

- αν δεν συνιστά καρτέλ⁴⁹ - πάντως θα υπερβαίνει το αναγκαίο μέτρο, ήτοι το σχετικό με τις συμφωνίες οριζόντιας συνεργασίας ρυθμιστικό πλαίσιο (Κανονισμούς ομαδικής απαλλαγής και σχετικές κατευθυντήριες γραμμές), και δεν θα μπορεί τελικά για το λόγο τούτο να απαλλαγεί ούτε ομαδικά ούτε ατομικά της εφαρμογής της παρ. 1 του άρθρου 1 του ν. 3959/2011 και της παρ. 1 του αντίστοιχου άρθρου 101 ΣΛΕΕ, εφόσον κριθεί ότι πρόκειται για υπόθεση που έχει και ενωσιακή διάσταση⁵⁰. Ως εκ τούτου, γίνεται κατανοητό ότι στο πλαίσιο των συμφωνιών οριζόντιας συνεργασίας δογματικές οριοθετήσεις δεν χωρούν. Η δέουσα (ως ασφαλέστερη) νομική προσέγγιση είναι αυστηρά αυτή της κατά περίπτωση ανάλυσης (case by case analysis). Μόνο μια τέτοια προσέγγιση είναι σε θέση να οδηγήσει σε ορθά και αντικειμενικά συμπεράσματα και κυρίως στην αποφυγή αστοχιών, οι οποίες αν υπάρξουν, ενδέχεται να επιφέρουν πολύ σοβαρές οικονομικές συνέπειες, όχι μόνο από πλευράς επιβολής προστίμων από μέρους της ΕΑ στις συμπράττοντες επιχειρήσεις, αλλά και από πλευράς διακοπής/παύσης συμφωνιών οριζόντιας συνεργασίας (συνήθως με μορφή joint ventures) που όμως ήταν (ή θα ήταν) επωφελείς όχι μόνο για τον καταναλωτή αλλά και για την κοινωνική ευημερία γενικότερα.

49 *Ad hoc* για το θέμα του καρτέλ, βλ. Ν. Ζευγώλη, Το καρτέλ στο δίκαιο του ανταγωνισμού, Νομική Βιβλιοθήκη, 2008.

50 Αυτό το τελευταίο (εφαρμογή δηλ. του άρθρου 101 ΣΛΕΕ) δεν συνέβη στην υπ' αρ. 620/2015 απόφαση της ΕΑ, λόγω έλλειψης των αναγκαίων προϋποθέσεων προς τούτο, κατά την κρίση της ΕΑ.

Grenzüberschreitende Zustellung und Beweisaufnahme nach dem neuen ungarischen IPR

Prof. Dr. Viktória Harsági
Budapest

Innerhalb der Europäischen Union wird dem Gemeinschaftsrecht den Vorrang gegeben. Deshalb spielen die Normen des internationalen Zivilprozessrechts nur in zwei Richtungen eine Rolle. Einerseits in dem Verhältnis der Mitgliedstaaten am dessen Rechtsgebiete, die –wegen des fragmentierten Charakters des europäischen zivilprozessrechtlichen Regelungssystems– von der Vergemeinschaftung noch unberührt sind. Andererseits außerhalb der Europäischen Union, d.h. in Rechtsstreitigkeiten mit Berührungspunkten zu Drittstaaten. Zweck dieses Beitrags ist es, nur die Regelung des autonomen Rechts systematisch darzustellen, abgesehen von der in dem Europäischen Justizraum einheitlich geltenden Normen.

Die wichtigsten Normen des ungarischen internationalen Zivilprozessrechts wurden bis zum 31. Dezember 2017 von der Gesetzesverordnung Nr. 13/1979 über das Internationale Privatrecht (uIPR-VO) geregelt. Diese in der heimischen Rechtsliteratur nur unter dem Namen „Kodex“ erwähnte Rechtsnorm war zwar das Produkt der sozialistischen Rechtsetzung, aber infolge der weitblickenden Regelungen erwies sie sich auch noch zur Zeit der Wende als eine brauchbare Rechtsquelle. Das war auch ein Erfolg der ungarischen Rechtswissenschaft, die von dem groben Gelehrten István Szászy geprägt wurde.¹ Die Überprüfung, bzw. Änderung des internationalen Privatrechts im Jahre 2000 diente dem Zweck, um den Beitritt zum Lugano Übereinkommen vorzubereiten.² Aus diesem Grund hat das Gesetz Nr. CX vom Jahre 2000 die Vorschriften über die internationale Zuständigkeit auf neue Grundlagen gestellt, und es hat die Bedingungen der inländischen Anerkennung der ausländischen Entscheidungen wesentlich geändert.³

1 Szászy: *International Civil Procedure - A Comparative Study*, Leyden 1967.

2 Kengyel: *Ungarn vor dem Tor des Lugano-Übereinkommens*. In Geimer (Hrsg.): *Wege zur Globalisierung des Rechts*. (FS Schütze), München 1999, S. 345-358.; Vékás: *Hungary and the Lugano Convention*. *European Journal of Law Reform* 2002, S. 135-145.

3 Im Gegensatz zu Polen ist es Ungarn nicht gelungen, die Zustimmung aller vertragsschließenden Staaten zu erwerben, so ist der für das Jahr 2000 erwartete Beitritt ausgeblieben.

Die uIPR-VO von 1979 wurde durch das *Gesetz Nr. XXVIII von 2017 (uIPRG⁴)* ersetzt, das – infolge von anderthalb Jahre Kodifizierungsarbeiten – am 1. Januar 2018 in Kraft getreten ist. Die neue ungarische ZPO (uZPO, Gesetz Nr. CXXX von 2016) trat am selben Tag in Kraft. Die beiden Kodifizierungen überschneiden sich etwas. So entwickelte sich die Struktur, die wir jetzt – hinsichtlich der Platzierung von Regeln der IPR – erleben. Traditionell ist die Mehrheit der Regelungen der IZPR nicht in der uZPO, sondern in der uIPR-VO, bzw. uIPRG und im Zwangsvollstreckungsgesetz vom Jahre 1994 (uZwVollstrG) geregelt.

Es sollte auch beachtet werden, dass mehr und mehr Bereiche von der europäischen Gesetzgebung abgedeckt sind. Dies beschränkt den Spielraum des Gesetzgebers sowohl im Bereich des internationalen Zivilverfahrensrechts als auch im Bereich des Kollisionsrechts. Das IPR der EU stellt derzeit kein vollständiges und kohärentes System dar; die relevanten Regeln decken keines der Teilfelder vollständig ab. Der Zweck des uIPRG besteht darin, einheitliche Regelungen an solchen Gebieten zu bieten, die nicht von Europäischen (und internationalen) Rechtsquellen (noch) nicht abgedeckt sind.⁵ Weil Ungarn – aufgrund seiner wirtschaftlichen Beziehungen und ihrer geografischen Lage – die intensivsten mit den EU-Mitgliedstaaten verknüpft sind, sind in der Mehrheit der Verfahren mit ausländischen Bezüge weniger die internationalen Ab-, bzw. Übereinkommen, vielmehr die Verfahrensnormen der EU-Rechtsakten angewandt.⁶ Vorausgesetzt, dass es bereits eine EU-weite Regelung in diesem Bereich gibt. Die Definition von Fragen, die nicht durch das EU-Recht geregelt sind, ist jedoch nicht einfach, da in den einzelnen Verordnungen der eigene Anwendungsbereich nicht immer klar umrissen ist. In diesem Zusammenhang hat die Aktivitäten der EuGH und seine sich ständig weiterentwickelnden Rechtsprechung offensichtlich eine wesentliche Rolle.⁷

Die alte uIPR-VO wurde in den letzten zwei Jahrzehnten „mehrmals, manchmal auch umfassend modifiziert, und sein Anwendungsbereich – dank

4 Die Übersetzung des Textes des uIPRG in diesem Bericht basiert auf die folgende Ressource: Csehi: Über das neue Gesetz Ungarns betreffend das internationale Privat- und Verfahrensrecht – Eine kurze Übersicht. IPRax 2018/3, S. 306-323.

5 Somssich: Az uniós tagállamok szabályozástechnikai megoldásai a nemzeti jog, valamint az uniós jog viszonyának rendezése a nemzetközi magánjog területén. In: Berke / Nemessányi (eds.): Az új nemzetközi magánjogi törvény alapjai. Budapest, HVG-Orac, 2016, S. 44-59.; Mohai: A nemzetközi magánjogról szóló új törvényükről. Magyar Jog, 2018/1. S. 23-24.

6 Szócs: Nemzetközi polgári eljárásjogi szabályok. In: Varga (ed.): A polgári perrendtartás és a kapcsolódó jogszabályok kommentárja. HVG-ORAC, Budapest, 2018, S. 2045.

7 Mohai: a.a.O. (Fn 5), S. 23.

der voranschreitenden IPR-Rechtsvereinheitlichung – wesentlich eingeengt.”⁸ Das neue uIPRG “bleibt der ungarischen Tradition treu und umfasst nicht nur das eigentliche Kollisionsrecht, sondern auch das internationale Zivilverfahrensrecht.”⁹

Das neue uIPRG erstreckt sich auf die Regelung folgender Gebiete: Anwendung des ausländischen Rechts und Feststellung dessen Inhalts (§§ 7-8), öffentliche Ordnung (§ 12), “lex-foi”-Prinzip (§ 66), Parteifähigkeit (§ 68), Rechtshängigkeit (§ 69), einstweilige Maßnahmen (§ 70), allgemeine Vorschriften der internationalen Rechtshilfe (§ 72), Zustellung von Schriftstücken (§§ 73-77), Beweisaufnahme (§§ 78-81), Immunität (§§ 82-87), internationale Zuständigkeit (§§ 88-108), Anerkennung und Vollstreckung von ausländischen Entscheidungen (§§ 109-123). Das Letztere wurde teilweise im *Zwangsvollstreckungsgesetzes vom Jahre 1994* (uZwVollstrG) geregelt (§ 16, §§ 205-210/A.).

Einige Bestimmungen mit internationalem Bezug befinden sich in der neuen uZPO, wie die Kosten der Zustellung ins Ausland (§§ 78-79, § 121), der Zustellungsbevollmächtigter (§§ 142-143), die öffentliche Zustellung (§§ 144-145), die Rechtsfolgen von der ausgeschlossenen Zuständigkeit (§ 176, § 240), ausländische öffentliche Urkunden (§ 593), die im Ausland ausfertigten Privaturkunden (§ 594), Sicherheitsleistung für die Prozesskosten (§ 595), Kostenbefreiung des Ausländers (§ 597). Neuheit in der uZPO ist ein separater Teil (Neunter Teil, §§ 592-597), der die Streitigkeiten mit internationalen Bezügen regelt. Zuvor waren diese Regelungen – verstreut, zu den verschiedenen Rechtsinstitutionen thematisch gebunden – in vielen verschiedenen Kapiteln der uZPO geregelt.

Daneben enthalten einige Vorschriften zum internationalen Zivilprozessrecht: das Gesetz Nr. XXXVIII. vom Jahre 2010 über das Nachlaßverfahren; Gesetzesverordnung Nr. 7/1973 über das Verfahren im Falle von diplomatischen und sonstigen Befreiungen; Gesetz Nr. LX. vom Jahre 2017 über das Schiedsgerichtsbarkeit (uSchG).

Die ungarischen Rechtsvorschriften sind aber nicht anzuwenden in solchen Fragen, die von einem internationalen Übereinkommen, bzw. Abkommen geregelt sind (vgl. § 2 uIPRG¹⁰).

8 Burián: Die Parteiautonomie im neuen ungarischen Gesetz über das Internationale Privatrecht. In: Homicskó / Szuchy (szerk.): *Studia in honorem Péter Miskolczi-Bodnár. Károli Gáspár Református Egyetem, Állam- és Jogtudományi Kar, Budapest, 2017*, S. 83.; Vgl. *Vélekedés: Egy új nemzetközi magánjogi törvény megalkotásának néhány elvi kérdéséről. Jogtudományi Közlöny 2015/6*, S. 292.

9 Burián: a.a.O. (Fn 8), S. 84.

10 Nach § 2 die Bestimmungen des uIPRG sind in Fragen anzuwenden, die nicht unmittelbar dem Geltungsbereich anwendbarer Rechtsakte der EU mit allgemeiner Wirkung oder völ-

I. Rechtshilfe

Die Rechtshilfe kann auf eine längere Vergangenheit zurückblicken. Sowohl die Beweisaufnahme als auch die Zustellung ist Gegenstand zahlreicher multi- und bilateralen Abkommen, wie z.B. Haager Übereinkommen vom 1.3.1954 über den Zivilprozess (ZPÜ), Haager Übereinkommen vom 15.11.1965 über die Zustellung gerichtlicher und außergerichtlicher Schriftstücke in Zivil- und Handelssachen (HZÜ), Haager Übereinkommen vom 18.3.1970 über die Beweisaufnahme im Ausland in Zivil- und Handelssachen (HBÜ).

Im Verhältnis von EU-Mitgliedstaaten ist für die auf die Beweisaufnahme gerichtete Rechtshilfe die Verordnung 1206/2001/EG, bzw. für die auf Zustellung gerichtete Rechtshilfe die Verordnung 1393/2007/EG verbindlich.

Im autonomen ungarischen Recht spielt auf diesem Gebiet zwei Rechtsquellen eine bedeutende Rolle. Im Kapitel IX. beschäftigt sich die neue uZPO nur mit der Erledigung inländisches Ersuchens. Internationale Rechtshilfe bezieht sich meistens auf Auslandszustellung oder grenzüberschreitende Beweisaufnahme. Diese wurden in uZPO zwischen die Regeln inländischer Zustellung und Beweisaufnahme geregelt. Die der internationalen Rechtshilfe betreffenden allgemeine Grundsätze und Regeln enthält die uIPRG.

Aufgrund eines internationalen Vertrags, eines unmittelbar anwendbaren Rechtsakts der Europäischen Union oder Gegenseitigkeit, leisten ungarische Gerichte auf Rechtshilfeersuchen ausländischer Gerichte Rechtshilfe. In Ermangelung der Gegenseitigkeit kann dem Rechtshilfeersuchen im Fall der Zustimmung des Justizministers und des für die Außenpolitik verantwortlichen Ministers, ferner bei Bedarf des für den Gegenstand der Sache zuständigen Ministers entsprochen werden. Die Erfüllung des Rechtshilfeersuchens ist abzulehnen, wenn dies gegen die ungarische öffentliche Ordnung verstoßen würde [§ 72 uIPRG].

§ 7 Abs 1 der alten uIPR-VO sah nur vor, dass die Anwendung des ausländischen Rechts vermieden werden sollte, soweit dies gegen öffentliche Ordnung verstoßen würde. Die Kriterien, wenn die Anwendung des ausländischen Rechts zu einem Verstoß gegen öffentliche Ordnung führt, hat der Gesetzgeber der Rechtsliteratur überlassen. Das neue uIPRG unterscheidet sich etwas von diesen: die Anwendung des ausländischen Rechts verstößt gegen die ungarische öffentliche Ordnung, und ist deswegen im Sinne des uIPRG nicht anzuwenden, wenn die Anwendung zu einem Ergebnis führt, das die grundlegenden Werte und verfassungsmäßigen Grundsätze des ungarischen Rechtssystems in der gegebenen Sache offensichtlich und schwer verletzen würde [§ 12 Abs 1 uIPRG]. In Abs 2 dieses § gibt es einige Neuerungen. Wäh-

kerrechtlicher Verträge unterliegen.

rend die alte uIPR-VO die Anwendung des ungarischen Rechts anstelle des ausgeschlossenen ausländischen Rechts vorsieht, schreibt das neue uIPRG dies unter der Bedingung vor, dass der Verstoß gegen öffentlichen Ordnung nicht anders abgewehrt werden kann.

Nach § 66 uIPRG ist auf das Verfahren des ungarischen Gerichts – soweit das uIPRG etwas Abweichendes nicht bestimmt – das ungarische Recht anzuwenden (lex fori Prinzip).

I.1. Zustellung von Schriftstücken

Das im Wege einer Behörde des Ersuchten Staates im Ausland zuzustellende Schriftstück ist dem Justizminister zwecks Vornahme der Maßnahme zu übermitteln. Ermöglicht ein völkerrechtlicher Vertrag die Zustellung des Schriftstückes per Post, kann es vom Gericht auch unmittelbar an dem Empfänger übersandt werden. (In diesem Fall ist die Anwendung einer Zustellungsfiktion nicht zulässig.) Das Schriftstück kann bei Erfüllung der einen internationalen Vertrag vorgesehenen Bedingungen auch im Wege der entsprechend dem Aufenthalt des Empfängers zuständigen ungarischen Auslandvertretung zugestellt werden. In diesem Fall ist es zweck Vornahme der Maßnahme an den für die Außenpolitik verantwortlichen Minister zu übersenden. Die Zustellung im Ausland ist als ordnungsgemäß anzusehen, wenn sie entweder dem ungarischen Recht oder dem am Ort der Zustellung maßgebenden Recht entspricht [§ 73 uIPRG].

Das Rechtshilfeersuchen auf die inländische Zustellung eines in einem ausländischen Verfahren entstandenen Schriftstückes leitet der Justizminister dessen Inhalt entsprechend an das Gericht oder – mittels der Ungarischen Gerichtsvollzieherkammer – an den Gerichtsvollzieher weiter. Die Zustellung wird dem Rechtshilfeersuchen entsprechend durch das für die im Rechtshilfeersuchen angegebene Anschrift des Empfängers zuständige Amtsgericht (in Budapest das Zentrale Bezirksgericht Pest) oder den Gerichtsvollzieher besorgt. Das Gericht oder der Gerichtsvollzieher trifft innerhalb von acht Tagen nach der Entgegennahme des Rechtshilfeersuchens Maßnahme für die Zustellung [§ 74 uIPRG].

Bei der Zustellung eines im ausländischen Verfahren entstandenen Schriftstückes ist grundsätzlich den inländischen Rechtsvorschriften in Bezug auf die Zustellung von amtlichen Schriftstücken zu verfahren. Ist das zuzustellende Schriftstück mit keiner beglaubigten oder nach dem Recht ersuchenden Staates für die Zwecke des Gerichtsverfahrens als geeignet angesehenen Übersetzung ins Ungarische versehen, kann es nur zugestellt werden, wenn der Empfänger das Schriftstück freiwillig annimmt. Die Entgegennahme eines solchen Schriftstückes durch den Empfänger bedeutet nicht dessen endgültige

Annahme; der Empfänger kann das Schriftstück innerhalb von fünfzehn Tagen nach der Entgegennahme des Schriftstückes dem das Rechtshilfeersuchen erfüllenden inländischen Gericht oder der Gerichtsvollzieher mit der Maßgabe zurückbringen oder zur Post geben, dass er es doch nicht annimmt. War die Zustellung des Schriftstückes ohne Übersetzung vergeblich, weil der Empfänger das Schriftstück nicht entgegengenommen hat (und es mit dem Vermerk "nicht gesucht" an das Gericht zurückgelangt ist) findet die Zustellungsfiktion (gemäß § 137 Abs 2 der neuen uZPO) keine Anwendung. Nimmt der Empfänger das Schriftstück nicht an oder wurde es aus einem Grund nicht zugestellt, stellt das das Rechtshilfeersuchen erfüllende Gericht oder der Gerichtsvollzieher das Ergebnis der Zustellung derart fest, dass das Schriftstück nach dem ungarischen Recht nicht zugestellt angesehen werden kann. Im Zuge der Erledigung der Zustellung ist auf Antrag des ersuchenden ausländischen Gerichts die ausländische Verfahrensvorschrift anzuwenden, wenn diese nicht gegen die ungarische öffentliche Ordnung verstößt [§ 75 uIPRG].

Das das Rechtshilfeersuchen auf Zustellung erfüllende Gericht oder der es erfüllende Gerichtsvollzieher informiert den Justizminister innerhalb von acht Tagen über die Zustellung und deren Zeitpunkt beziehungsweise über das Hindernis der Zustellung und dessen Grund. Ist für die Zustellung das Haager Übereinkommen vom 1965 anzuwenden, stellt der Minister aufgrund der vom Gericht oder Gerichtsvollzieher mitgeteilten Daten das Zeugnis gemäß Art 6 des Übereinkommen aus [§ 76 uIPRG].

Wenn der *Aufenthaltort der Partei unbekannt* ist oder in einem Staat liegt, der zur Zustellung keine Amtshilfe gewährt, und das Schriftstück kann auch nicht elektronisch zugestellt werden, ist die Zustellung durch Bekanntmachung zu erfüllen (öffentliche Zustellung). Wenn die Partei in einem Staat wohnt, der zur Zustellung keine Amtshilfe leistet, mit dem aber Postverkehr besteht, ist die Bekanntmachung – nach Möglichkeit per Einschreiben – auch an die dortige Adresse der Partei zu schicken [§ 144 Abs 1 uZPO].

Auf die *Zustellung an einen ausländischen Staat* sind die unmittelbar anwendbaren Rechtsakte der Europäischen Union mit allgemeiner Wirkung oder solche internationalen Verträge anzuwenden, die die Zustellungsrechts-hilfe hinsichtlich gegebenen Staates regeln; fehlt es an solchen, erfolgt die Zustellung im Wege des für die Außenpolitik zuständigen Ministers. Einem ausländischen Staat dürfen Schriftstücke nicht unmittelbar per Post zugestellt werden. Den internationalen Organisationen oder den Immunität genießenden natürlichen Personen sind die Schriftstücke im Wege des für die Außenpolitik zuständigen Ministers zuzustellen [§ 87 uIPRG].

Wenn der Kläger keinen Wohnsitz bzw. Aufenthaltsort oder Sitz im Inland und zur Prozessführung keinen Bevollmächtigten mit Wohnsitz oder Sitz

in Ungarn hat, muss er gleichzeitig mit der Einreichung der Klageschrift den Namen und die Anschrift seines *Zustellungsbevollmächtigten* angeben. Wenn der Beklagte keinen Wohnsitz oder Sitz im Inland und zur Prozessführung keinen Bevollmächtigten mit Wohnsitz oder Sitz in Ungarn hat, fordert ihn das Gericht gleichzeitig mit der Zustellung der Klageschrift zur Angabe des Zustellungsbevollmächtigten auf [§ 142 uZPO].

In den mit der Tätigkeit der Firma verbundenen Prozessen geht – wenn sie keinen Bevollmächtigten zur Prozessführung hat – als Zustellungsbevollmächtigter ohne gesonderten Auftrag der im Handelsregister geführte Zustellungsbevollmächtigte der ausländischen Partei vor. Der Zustellungsbevollmächtigte kann ein Rechtsanwalt, bzw. eine Rechtsanwaltskanzlei, eine volljährige natürliche oder eine juristische Person mit Wohnsitz bzw. Sitz in Ungarn sein. Die Aufgabe des Zustellungsbevollmächtigten ist es, die im Verfahren anfallenden und dem Auftraggeber zuzustellenden Dokumente zu übernehmen und sie an den Auftraggeber weiterzuleiten; für diese Tätigkeit haftet er dem Auftraggeber gegenüber nach den Regeln des Zivilrechts. Das an die Partei gerichtete und dem Zustellungsbevollmächtigten ordnungsgemäß zugestellte Dokument ist so zu betrachten, dass es der Partei am fünfzehnten Tag nach der Zustellung bekannt geworden ist [§ 143 Abs 1,3,4 uZPO].

Die Regelungen in uZPO über den Zustellungsbevollmächtigten gelten nicht, wenn das Schriftstück an eine Partei zugestellt werden soll, die Wohnsitz bzw. Aufenthaltsort oder Sitz in einem Staat hat, für den ein völkerrechtlicher Vertrag oder ein unmittelbar anwendbaren Rechtsakts der Europäischen Union von diesen Regelungen abweichend bestimmten Zustellungsmethoden vorsieht [§ 143 Abs 6 uZPO].

Das Gericht anordnet, dass die Partei eine zur Deckung der Kosten voraussichtlich notwendige Summe beim Gericht im Voraus hinterlegen soll. Vorschuss der Kosten der Zustellung eines Schriftstückes ins Ausland, das nicht mit den Beweismitteln verbunden ist, trägt der Kläger [§ 78 Abs 4 uZPO].

Im Kapitel XII des uIPRG sind die Vorbehalte bzw. Erklärungen zum HZÜ aufgelistet wie folgt:

- Die Aufgaben der Zentrale Behörde gemäß Art 2 HZÜ werden von dem Justiministerium wahrgenommen.
- Zur Anwendung der in Art 5 Abs 1 HZÜ bestimmten Zustellungsformen kommt es in Ungarn nur, wenn das zuzustellende Schriftstück mit einer beglaubigten oder nach dem Recht des ersuchenden Staates für das Gerichtsverfahren als geeignet angesehenen ungarischen Übersetzung versehen wurde.
- Das in Art 6 HZÜ bestimmte Zeugnis wird in Ungarn von der Zentralen Behörde ausgestellt.

- Ungarn ist dagegen, dass diplomatische oder konsularische Vertreter ausländischer Staaten auf dem Gebiet von Ungarn unmittelbar Schriftstücke zustellen, es sei denn, der Empfänger ist Staatsangehöriger des Staates das den diplomatischen oder konsularischen Vertreter delegiert hat. (Art 8 HZÜ)
- Im Sinne Art 9 HZÜ werden die auf konsularischem Weg weitergeleiteten zuzustellenden Schriftstücke von der Zentralen Behörde empfangen.
- Ungarn ist gegen die Anwendung der in Art 10 HZÜ bestimmten Zustellungsarten.
- Ungarn erklärt, das die ungarischen Gerichte den Rechtsstreit entscheiden können, wenn sämtliche in Art 15 Abs 2 HZÜ vorgesehenen Bedingungen erfüllt sind.
- Ungarn erklärt, dass die Vorlage der Erklärung gemäß Art 16 HZÜ unzulässig ist, wenn dieser nach Ablauf von über einem Jahr nach dem Datum der Entscheidung vorgelegt wird.

I.2. Beweisaufnahme

Das dem ausländischen Gericht vorzulegende Rechtshilfeersuchen auf Beweisaufnahme ist dem Justizminister zu übermitteln. Ist die Beweisaufnahme aufgrund eines internationalen Vertrags auch im Wege eines konsularischen oder diplomatischen Vertreters möglich, kann das Gericht die zuständige ungarische Auslandsvertretungsbehörde über den für Außenpolitik verantwortlichen Minister um die Beweisaufnahme ersuchen. In dem durch internationalen Vertrag vorgesehenen Fall kann ein ungarisches Gericht zum Zweck des vor ihm anhängiges Verfahrens eine Beweishandlung im Ausland unmittelbar vornehmen. In einem solchen Fall sind die allgemeinen Vorschriften der Beweisaufnahme mit der Maßgabe maßgebend, dass die Anwendung von Zwangsmitteln nicht zulässig ist. In Ermangelung eines internationalen Abkommens oder der Gegenseitigkeit kann das Gericht der Partei – auf ihren Antrag – eine Frist setzen, damit sie eine dem Recht des ausländischen Staates entsprechende und bei Bedarf mit Apostille versehene öffentliche Urkunde über die Beweisaufnahme vorlegt. Die Ordnungsmäßigkeit der Beweisaufnahme im Ausland ist nach dem Recht am Ort der Beweisaufnahme zu beurteilen; sie ist jedoch auch in dem Fall als ordnungsgemäß anzusehen, wenn sie dem ungarischen Recht entspricht [§ 78 uIPRG].

Das von einem ausländischen Gericht eingehende Rechtshilfeersuchen auf Beweisaufnahme wird vom Justizminister an das Gericht weitergeleitet. Richtet sich das Rechtshilfeersuchen auf Mitteilung von Daten, die aus einem Register mit öffentlichem Glauben unmittelbar eingeholt werden können, kann

der Minister die betroffene Registerstelle um die Mitteilung der beantragten Daten ersuchen. Für die Erfüllung des Rechtshilfeersuchens auf Beweisaufnahme ist das Amtsgericht (in Budapest das Zentrale Bezirksgericht Buda) sachlich und örtlich zuständig, auf dessen Gebiet *a)* sich der Wohnsitz oder der gewöhnliche Aufenthalt der anzuhörenden Person im Inland befindet, *b)* sich der Gegenstand der durchzuführenden Augenscheinnahme befindet oder *c)* die Beweisaufnahme im Übrigen auf zweckmäßigste Weise vorgenommen werden kann, insbesondere, wenn sich der Wohnsitz oder der gewöhnliche Aufenthalt mehrerer anzuhörender Personen im Inland bzw. in Bezug auf die von der Augenscheinnahme betroffenen mehreren Gegenstände auf dem Gebiet der örtlichen Zuständigkeit mehrerer unterschiedlicher Gerichte befindet. Bei der Erfüllung des Rechtshilfeersuchens auf Beweisaufnahme ist nach ungarischen Recht zu handeln. Eine ausländische Verfahrensvorschrift ist nur auf Antrag des ersuchenden ausländischen Gerichts anzuwenden, wenn diese nicht gegen die ungarische öffentliche Ordnung verstößt. Wenn das ersuchende ausländische Gericht angezeigt hat, dass sein Mitglied, die Parteien des ausländischen Verfahrens oder deren Vertreter bei der Erfüllung des Rechtshilfeersuchens anwesend sein wollen, setzt das das Rechtshilfeersuchen erfüllende Gericht den Termin der Erfüllung des Rechtshilfeersuchens mit Rücksicht darauf an. Das Gericht benachrichtigt den Justizminister umgehend über den Termin, den Ort und die die Teilnahme betreffenden sonstigen Umstände [§ 79 uIPRG].

Der Justizminister kann aufgrund eines internationalen Vertrags genehmigen, dass die vom ausländischen Gericht als Beauftragter bestellte Person, bzw. das Mitglied des ausländischen Gerichts zum Zweck des ausländischen Verfahrens im Inland *unmittelbar eine Beweishandlung* vornimmt. Der Antrag auf Genehmigung ist dem Minister in ungarischer, englischer, französischer oder deutscher Sprache vorzulegen. Im Antrag ist Folgendes anzugeben:

- a)* Beziehung und Geschäftszeichen des erkennenden ausländischen Gerichts,
- b)* Name und Anschrift der am Verfahren beteiligten Parteien bzw. ihrer Vertreter,
- c)* den Gegenstand des Verfahrens,
- d)* Kurzdarstellung des Sachverhalts der Sache,
- e)* Name und Kontaktdaten der Person, die als Beauftragter oder als Mitglied des Gerichts die Beweisaufnahme im Inland vornehmen will,
- f)* die im Inland vorzunehmende Beweisaufnahme,
- g)* Name und Anschrift jener Person, deren Mitwirkung zur Vornahme der Beweishandlung notwendig ist.

Dem Antrag ist der Beschluss des ausländischen Gerichts über dies Be-

stellung der die Beweisaufnahme vornehmenden, als Beauftragter handelnden Person oder die damit gleichgestellte Urkunde beizufügen. Der Justizminister gibt dem Antrag nicht statt, wenn die vorzunehmende beabsichtigte Beweisaufnahme gegen die ungarische öffentliche Ordnung verstößen würde. Gibt der Minister dem Antrag statt, benachrichtigt er das Amtsgericht, es sei denn, die Vornahme der Beweisaufnahme bedarf keiner Mitwirkung des Gerichts. Richtet sich die Beweisaufnahme auf die Anhörung irgendeiner Person, ist diese Person von der Anhörung *a)* darüber zu informieren, dass ihre Mitwirkung freiwillig ist und sie wegen deren Verweigerung im Inland nicht benachteiligt werden kann, sie berechtigt ist, im Zuge der Anhörung ihre Muttersprache zu verwenden, und ihr Prozessbevollmächtigter während der Anhörung anwesend sein kann, ferner *b)* im Fall ihrer Anhörung als Zeuge gemäß den Vorschriften der uZPO über die Zeugenbelehrung zu belehren. Diese Information wird aufgrund von dem mitwirkenden Gericht erteilt. Gibt es kein solches Gericht, schreibt der Justizminister als Voraussetzung der Genehmigung der Beweisaufnahme vor, dass die Information vom ersuchenden Gericht erteilt und dem Minister die Erteilung der Information nachgewiesen wird. Bedarf die Durchführung der Anhörung der Mitwirkung eines Dolmetschers, sorgt das ersuchende Gericht für den Vorschuss bzw. die Erstattung des Honorars des Dolmetschers. Der Justizminister kann bei der Genehmigung der Beweisaufnahme weitere Bedingungen festlegen [§ 80 uIPRG].

Im Kapitel XII des uIPRG sind die Vorbehalte bzw. Erklärungen zum HBÜ aufgelistet. Die Vorbehalte sind die folgenden:

- Ungarn schließt die Anwendung des Art 4 Abs 2 und Art 16 HBÜ aus;
- Zur Beweisaufnahme durch diplomatische oder konsularische Vertreter nach Art 15 bzw. durch Beauftragte nach Art 17 HBÜ leisten die ungarischen Behörden keine Unterstützung durch der Anwendung von Zwangsmaßnahmen.

Erklärungen zum HBÜ:

- Die Aufgabe der Zentrale Behörde nach Art 2 HBÜ werden vom Justizministerium wahrgenommen.
- Mit der vorherigen Zustimmung der ungarischen Zentralen Behörde können die Mitglieder des ersuchendes Gerichts an der vom ersuchten Gericht vorgenommenen Beweisaufnahme anwesend sein. (Art 8)
- Gemäß Art 15 HBÜ kann der diplomatische oder konsularische Vertreter eines Vertragsstaates ohne die vorherige Zustimmung der ungarischen Behörden Beweishandlungen zum Zweck eines Verfahrens vornehmen, das vor einem Gericht des von ihm vertretenen Vertragsstaates

anhängig ist, vorausgesetzt, dass davon eine solche Person betroffen ist, die Bürger des den diplomatischen oder konsularischen Vertreter delegierenden Staates ist. Die Beweisaufnahme darf nicht mit Zwang bzw. der Anwendung oder dem Inaussichtstellen von nachteiligen Rechtsfolgen einhergehen.

- In Ungarn ist die Zentrale Behörde berechtigt, die Genehmigung gemäß Art 17 Abs 2 HBÜ zu erteilen.
- Die ungarischen Behörden erfüllen keine Rechtshilfeersuchen, die ein Verfahren zum Gegenstand haben, das unter der Bezeichnung „pre-trial discovery of documents“ bekannt ist, es sei denn, das Rechtshilfeersuchen bezeichnet jene Urkunde genau, die von dem Besitzer zur Verfügung zu stellen ist und diese Urkunde mit dem Zweck des Verfahrens in unmittelbarer Beziehung steht [§ 131 uIPRG].

Eine relativ selten in Anspruch genommene Form der Rechtshilfe reguliert seit 1.1.2018 das Gesetz über die Notare in seinem § 136 Abs 1 lit j) [früher war es in §69 uIPR-VO befindlich]. Das obengenannte Gesetz wurde darüber auch mit einem neuen § 146/A ergänzt. Danach zum Zweck der Verwendung in einem ausländischen Verfahren kann ein außergerichtlicher *Eid* oder ein *Gelöbnis* (in weiterem: Eid) vor einem Notar abgelegt werden. Der Notar stellt darüber ein Zeugnis aus. Mit dem Eid bestätigt die Partei, dass der Inhalt der Urkunde, die den Wortlaut des Eides enthält (Eidesurkunde), der Wahrheit und seinem Willen entspricht. Der Notar bescheinigt die Ablegung des Eides nach der Vorlesung des den Eid enthaltenden Teil der Eidesurkunde von den Eidleistenden oder nach dem mündlichen Vortrag des Eides von den Eidleistenden durch einen auf die Eidesurkunde geführten oder beigehefteten Vermerk. Die Ablehnung des Eides kann vom Notar auch derart bescheinigt werden, dass er den Wortlaut des Eides wortgetreu ins Protokoll aufnimmt. Der Eidleistende hat das Protokoll zu unterschreiben. Die Eidurkunde bildet die Anlage des Protokolls. In der die Eidleistung bescheinigenden öffentliche Urkunde ist darauf hinzuweisen, dass die Ablegung des Eides zum Zweck der Verwendung in einem ausländischen Verfahren erfolgt ist.

Die uZPO enthält einige Bestimmungen über die Verwendung *ausländischer Urkunden* in einem Verfahren in Ungarn. Die Bestimmungen der uZPO betreffend der öffentlichen Urkunden sind auch bei ausländischen öffentlichen Urkunden anzuwenden, vorausgesetzt, dass diese von der nach dem Ort der Ausstellung zuständigen ungarischen Außenvertretungsbehörde superlegalisiert wurden. Bei einer durch den Ungarischen Staat abgeschlossenen, abweichenden internationalen Vertrag ist eine Superlegalisation nicht erforderlich [§ 593 uZPO]. Die Bestimmungen der uZPO betreffend der Privaturkunden sind

auch auf die im Ausland ausgestellten Privaturkunden anzuwenden, unter der Maßgabe, dass a) die zum Nachweis eines Rechtsgeschäfts ausgestellte Urkunde ihre nach dem Recht des Ausstellungsortes bestehende Beweiskraft selbst dann bewahrt, wenn sie den formellen Bestimmungen von § 325 uZPO nicht entspricht; b) die Vollmacht, die zum Zwecke eines Prozessverfahrens ausgestellten Erklärungen und die in einer Verordnung des für das Justizwesen verantwortlichen Ministers im notwendigen Maße angegebenen sonstigen Privaturkunden nur dann ihre in uZPO (§ 325) festgelegte Beweiskraft besitzen, wenn diese von der nach dem Ort der Ausstellung zuständigen ungarischen Außenvertretungsbehörde beglaubigt (superlegalisiert) wurden; es sei denn, der internationale Vertrag, der mit dem Ausstellungsstaat in Kraft ist, schreibt ein anderes Erfordernis vor [§ 594 uZPO].

II. Nachweis ausländischen Rechts

In der ungarischen Literatur wird diskutiert, ob ausländisches Recht Gegenstand des Beweises sein kann. Wenn man das Prinzip „*iura novit curia*“ ernst nimmt, kann die Frage nur verneint werden. Wenn „das Gericht die Rechtsätze von Amts wegen erforschen soll, ist es nicht erlaubt, von den Parteien Beweismittel zur Ermittlung des geltenden Rechts zu fordern“.¹¹

Von diesem Prinzip gibt es scheinbare Ausnahmen für den Fall, daß das Gericht sich die Kenntnis des ausländischen Rechts nicht verschaffen kann. In der uZPO von 1911¹² heißt es in § 268: „Die in einem anderen Staate geltenden Rechtsnormen, die auf Gegenseitigkeit beruhenden Vorschriften inbegriffen, ferner die Gewohnheitsrechte sowie die Statuten bedürfen des Beweises nur insofern, als sie dem Richter unbekannt sind.“ Diese Regel wurde durch die uZPO von 1952 zuerst übernommen (§ 200), dann in 1979 außer Kraft gesetzt und durch § 5 uIPR-VO ersetzt: „Das Gericht oder eine andere Behörde informiert sich von Amts wegen über das ihm unbekannte ausländische Recht. Es kann, sofern dies erforderlich ist, eine gutachtliche Stellungnahme einholen, ebenfalls kann es die von einer Partei vorgelegten Beweismittel berücksichtigen.“

Im übrigen ist Ungarn Vertragsstaat des Europäischen Übereinkommens vom 7.6.1968 betreffend Auskünfte über ausländisches Recht. Das Übereinkommen ist mit dem Protokoll für Ungarn am 10.02.1990 in Kraft getreten.¹³

Gemäß der herrschenden Meinung der kontinentaleuropäischen Rechts-

11 Vgl. *Magyary*, Magyar polgári perjog. 2. Aufl., S. 409.

12 Deutsche Übersetzung von *Schmidt*, Die ungarische Zivilprozessordnung, 1911.

13 BGBl. 1974 II 938. (in Ungarn wurde mit der Regierungsverordnung Nr. 140/1992 (X.20.) verkündet.

kultur behandelt das neue uIPRG das ausländische Recht weiterhin als Rechtsfrage und verlangt seine Anwendung von Amts wegen.¹⁴ Das Gericht wendet das ausländische Recht von Amts wegen an. Das Gericht legt das ausländische Recht gemäß dessen eigenen Regeln und Rechtssprechung aus [§ 7 uIPRG]. Unter den allgemeinen Bestimmungen im § 7 "schreibt des IPRG die Pflicht zur Anwendung ex officio des vom IPRG aufgerufenes Rechts vor, d.h. die ungarische Gerichte, Notare und Behörden sind ex officio verpflichtet, in den Sachverhalten des internationalen Privatrechts diejenigen Fragen der Rechtsanwendung zu untersuchen, die sich wegen eines wesentlichen ausländischen Elements ergeben."¹⁵ Es ist jedoch neu, das ungarische Recht nicht nur dann anzuwenden, wenn der Inhalt des ausländischen Rechts nicht festgestellt werden kann, sondern auch, wenn der Inhalt des ausländischen Rechts nicht innerhalb einer angemessenen Zeit festgestellt werden kann. "Obwohl Ungarn Vertragspartei des Europäischen Übereinkommens betreffend Auskünfte über ausländisches Recht vom 7.6.1968 ist, mit 27 Ländern bilaterale Abkommen abgeschlossen hat [...] ermöglicht eine neue Vorschrift des IPRG, gemäß Stellungnahme des Institut de Droit International und der Madrider Prinzipien, dass das Gericht den Inhalt des Ausländischen Rechts nicht nur von Amts wegen, sondern auch aus anderen, von den Parteien zur Verfügung gestellten Beweisen beziehen kann."¹⁶ Nach Wortlaut des § 8 stellt das Gericht den Inhalt des ausländischen Rechts von Amts wegen fest. Zur Feststellung des Inhalts des ausländischen Rechts kann das Gericht jedes Mittel in Anspruch nehmen, so insbesondere die Eingaben der Parteien, Gutachten oder die einschlägige Auskunft des Justizministers. Kann der Inhalt des ausländischen Rechts nicht in einer angemessenen Zeit festgestellt werden, ist das ungarische Recht anzuwenden.

Es kann jedoch ein Fall vorliegen, in dem die Sache, die mit dem engsten Zusammenhang mit einem ausländischen Recht mit unbekannten Inhalt ist, aber kann nach ungarischem Recht auch nicht richtig beurteilt werden kann.¹⁷ Nach § 8, wenn der gegebene Sachverhalt nicht anhand der Vorschriften des ungarischen Rechts beurteilt werden kann, ist jenes ausländische Recht anzuwenden, das dem anzuwendenden Recht am nächsten steht [§ 8 uIPRG].

¹⁴ *Mohai*: a.a.O. (Fn 5), S. 25.

¹⁵ *Csehi*: a.a.O. (Fn 4), S. 299.

¹⁶ *Csehi*: a.a.O. (Fn 4), S. 299.

¹⁷ *Mohai*: a.a.O. (Fn 5), S. 25-26.

Wenn sich in einem ausländischem Verfahren die Notwendigkeit ergibt, das ungarische Recht anzuwenden, stellt der Justizminister über das ungarische Recht and die einschlägige Rechtsprechung ein Zeugnis aus [§ 71 uIPRG].

III. Kosten

Zum Zeitpunkt der Verbreiteten des Instituts der Sicherheitsleistung hatten die internationalen Kooperationsmechanismen, die die Vollstreckung von ausländischen Entscheidungen vorsahen, weitgehend gefehlt, und daher war die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in einem fremden Staat entweder überhaupt nicht möglich oder sehr zeitraubend.¹⁸ Die Rechtsprechung war jedoch weniger glücklich, da die Staatsangehörigkeit als eine förmliche öffentliche Bindung zu einer Staat in keiner Weise garantiert, dass die Entscheidung zur Durchsetzung der Prozesskosten im Inland vollstreckbar wird. Deswegen ist es realistischer, die Befreiung nicht zu der Staatsangehörigkeit, sondern eher zum Wohnsitz zu verknüpfen.¹⁹

Nach § 595 Abs. 1 uZPO ist der Kläger, der seinen Wohnsitz, seinen Sitz oder seinen gewöhnlichen Aufenthalt nicht in einem Mitgliedstaat der Europäischen Union, in einem Vertragsstaat des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum oder in einem Staat hat, der einem völkerrechtlichen Vertrag unterliegt, verpflichtet, auf Antrg des Beklagten für die Prozeßkosten Sicherheit zu leisten mit der Ausnahme von den Fällen, wenn

- a) das vom ungarischen Staat geschlossene internationale Ab- oder Übereinkommen²⁰ etwas anderes vorsieht,
- b) der Antragsteller eine persönliche Kostenbefreiung erhalten hat oder
- c) die vom Beklagten anerkannte Forderung oder im Grundbuch eingetragenes unbewegliche Vermögen oder in einem anderen öffentlichen

18 *Szőcs*: Nemzetközi polgári eljárásjogi szabályok. In: Varga (ed.): A polgári perrendtartás és a kapcsolódó jogszabályok kommentárja. HVG-ORAC, Budapest, 2018, S. 2055.

19 *Balogh*: Nemzetközi polgári eljárásjogi szabályok. In: Wopera Zsuzsa (ed.): Kommentár a polgári perrendtartásról szóló 2016. évi CXXX. törvényhez. Magyar Közlöny Lap- és Könyvkiadó Kft., Budapest, 2017, S. 919-920.

20 Ungarn ist Mitgliedstaat des Haager Zivilprozeßübereinkommens von 1954. Im sachlichen Geltungsbereich dieses Staatsvertrages sind der vom Vertragsstaats stammende Kläger von der Verpflichtung zur Erstellung einer Ausländersicherheit befreit. Ungarn gewährt Staatsangehörigen der Vertragsstaat die Prozesskostenhilfe unter derselben Bedingungen, wie ungarischen Staatsbürger zB. nach der folgenden bilateralen Abkommen: ungarisch-türkische Abkommen vom 1988, ungarisch-chinesische Abkommen vom 1995, ungarisch-ukrainische Abkommen vom 2001. Von der Verpflichtung zur Sicherheitsleistung Befreit werden die Bürger von der Staaten, wie China, Mongolei, Türkei, Ukraine usw.

Register eingetragenes Vermögen des Klägers stellt eine angemessene Sicherung dar.

Die Höhe der zu leistenden Sicherung setzt das Gericht nach dem voraussichtlichen Kostenbetrag des Verfahrens fest. Die Sicherheit ist durch bare Hinterlegung zu leisten [§ 595 Abs 5 neue uZPO].

Τυπικό και ουσιαστικό δεδουλευμένο των διαιτητικών αποφάσεων και αυτονομία των μερών¹

Κωνσταντίνος Φ. Καλαβρός

Ομότιμος Καθηγητής Νομικής Σχολής Δ.Π.Θ.

I. Εισαγωγή

Η δικονομική ωριμότητα, η ισχύς, αλλά και η εκτελεστότητα των διαιτητικών αποφάσεων παραμερίζονται αναδρομικά, εφόσον η διαιτητική απόφαση ακυρωθεί ύστερα από επιτυχή άσκηση αγωγής ακύρωσης κατ' αυτής. Αυτό αποτελεί κοινό τόπο και δεν συζητείται ούτε τίθεται εν αμφιβόλω. Αυτό, που είναι αμφίβολο και έχει προκαλέσει πολλές συζητήσεις, κυρίως στο γερμανικό δίκαιο, είναι το ζήτημα, αν τα μέρη μπορούν με συμφωνία τους να καταργήσουν την εκδοθείσα ήδη διαιτητική απόφαση και συνεπώς αν μπορούν με τη συμφωνία τους αυτή να ανατρέψουν και τις επελθούσες ενέργειες της διαιτητικής απόφασης². Όπως ομολογείται, μάλιστα, από τη γερμανική θεωρία, η πρακτική εμφάνιση του σχετικού φαινομένου είναι μεν εξαιρετικά σπάνια, εντούτοις, το ζήτημα δεν στερείται μεγάλου δογματικού ενδιαφέροντος³.

II. Κέντρο βάρους: Συμβατική βάση της διαιτησίας ή δικαιοδοτική ισχύς της διαιτητικής απόφασης;

Ανάλογα, αν δίδει κανείς βαρύτητα στη *συμβατική βάση της διαιτησίας* καθόλου ή στη *δικαιοδοτική ισχύ της διαιτητικής απόφασης*, η απάντηση στο προαναφερθέν ερώτημα είναι, αντίστοιχα, καταφατική ή αρνητική. Ειδικότερα, όσοι αποβλέπουν στον συμβατικό χαρακτήρα της διαιτησίας δεν αποκλείουν το ενδεχόμενο, με συμφωνία των μερών να καταργείται η εκδοθείσα διαιτητική απόφαση, η οποία σε κάθε περίπτωση δεν αποτελεί, όπως η δικαστική από-

1 Η παρούσα μελέτη αφιερώνεται στον αγαπητό μου συνάδελφο Δημήτρη Μανιώτη, με τον οποίο συμπορευθήκαμε στη Νομική Σχολή του ΔΠΘ τριάντα τέσσερα χρόνια (1984-2018) σε απόλυτα αγαστή συνεργασία.

2 Εδώ γίνεται λόγος για συμφωνία κατάργησης των ενεργειών μίας διαιτητικής απόφασης, ενώ το ζήτημα της καθ' οιονδήποτε τρόπο διάθεσης των διαγνωσθέντων με μία διαιτητική απόφαση δικαιωμάτων είναι άλλης τάξεως ζήτημα, και κυρίως είναι ζήτημα του ουσιαστικού δικαίου· συγχέει τα δύο ζητήματα η RGZ 146, 262, 268.

3 Stein/Jonas/Schlosser, ZPO²³, § 1055, αριθ. 6· απλοποιεί, νομίζω, τα ζητήματα ο Πανόπουλος, Δεδικασμένο της διαιτητικής απόφασης και αυτονομία των μερών, διαιτησία 2019, 161επ.

φαση, πολιτειακή πράξη απονομής δικαίου⁴, αλλά απλή πράξη ιδιωτών, είτε προς το σκοπό, οι ίδιοι ή και άλλοι διαιτητές να εκδώσουν νέα διαιτητική απόφαση, είτε προς το σκοπό συν-κατάργησης και της διαιτητικής συμφωνίας, ώστε τα μέρη να προσφύγουν για την επίλυση της διαφοράς τους στα πολιτειακά δικαστήρια⁵. Όσοι, αντίθετα, αποβλέπουν κυρίως στη δικαιοδοτική ισχύ της διαιτητικής απόφασης, δέχονται, όπως και επί δικαστικών αποφάσεων, ότι τόσο το δεδικασμένο, όσο και η εκτελεστότητα των διαιτητικών αποφάσεων υπηρετούν το δημόσιο συμφέρον και εντεύθεν δεν μπορούν να αποτελέσουν αντικείμενο διάθεσης των μερών⁶.

Δεν υπάρχει καμία αμφιβολία, ότι τόσο το δεδικασμένο, όσο και η εκτελεστότητα των δικαστικών αποφάσεων υπηρετούν ως θεσμοί (και) το δημόσιο συμφέρον⁷ και εντεύθεν η εξουσία διάθεσης των μερών είναι εξαιρετικά περιορισμένη, διότι με τη συμφωνία των μερών δεν μπορεί να θίγεται η βασική λειτουργία των θεσμών αυτών, αλλά και το εξυπηρετούμενο απ' αυτούς δημόσιο συμφέρον⁸. Το ζήτημα είναι, όμως εδώ, αν οι ενέργειες και των διαιτητικών

4 *Schlabrendorff/Sessler*, in *Nacimiento/Kröll/Böckstiegel*, *Arbitration in Germany: The Model Law in practice*², 2015, § 1055, αριθ. 24.

5 *Stein/Jonas/Schlosser*, ZPO²³, § 1055, αριθ. 6επ., 8επ., *Münch*, in *MünchKommZPO*⁵, 2017, § 1055, αριθ. 28-29, *Zöller/Geimer*, ZPO³², 2018, § 1055, αριθ. 10, *Musielak/Voit*, ZPO¹⁶, 2019, § 1055, αριθ. 6 (με ταυτόχρονη επισήμανση και των αρνητικών αποτελεσμάτων), *Wieczorek/Schütze*, ZPO⁴, 2014, § 1055, αριθ. 14, *Schlabrendorff/Sessler*, in *Nacimiento/Kröll/Böckstiegel*, *Arbitration in Germany: The Model Law in practice*², 2015, § 1055, αριθ. 24, *Wagner*, in: *Weigand* (ed.), *Practitioner's Handbook on International Arbitration*, 2002, Part 4, Germany, para. 370, *Wagner*, *Prozeßverträge*, 1998, 715επ., *Schreiber*, FS *Schütze* 1999, 807επ., 818, *Lühmann*, *Die Rechtskraft des Schiedsspruchs im deutschen und US-amerikanischen Recht*, 2014, 186επ., ιδίως 188επ., 197επ., όλοι με εκτενείς περαιτέρω παραπομπές σε θεωρία και νομολογία· βλ. και *Schlosser*, *Einverständliches Parteihandeln im Zivilprozess*, 1968, 12επ.· την άποψη αυτή υποστηρίζει σε μας ο Κασιμάτης, *Το επιτρεπτό της συμφωνίας περί καταργήσεως της διαιτητικής συμφωνίας μετά την έκδοση της διαιτητικής απόφασης*, Δ 2000, 126επ., ιδίως 130επ.

6 *Schwab/Walter*, *Schiedsgerichtsbarkeit*⁷, 2005, Κεφ. 21, αριθ. 7, *Spohnheimer*, *Gestaltungsfreiheit bei antezipiertem Legalanerkennntnis des Schiedsspruchs*, 2010, 24επ., *Bosch*, *Rechtskraft und Rechtshängigkeit im Schiedsverfahren*, 1991, 82επ., *Loritz*, *Probleme der Rechtskraft von Schiedssprüchen im deutschen Zivilprozessrecht*, ZZP 1992, 5επ., 12επ, *Gaul*, *Die Rechtskraft und Aufhebbarkeit des Schiedsspruchs im Verhältnis zur Verbindlichkeit des staatlichen Richterspruchs*, FS *Sandrock*, 2000, 285επ., 320επ., όλοι με περαιτέρω παραπομπές· την άποψη αυτή υποστηρίζουν σε μας οι Καΐσης, *Ακύρωση διαιτητικών αποφάσεων*², 1989, 151, *Κεραμεύς/Κονδύλης/ Νίκας*/(Φουστούκος), ΚΠολΔ II, 2000, 896 αριθ. 8 και *Κουσουλής*, *Διαιτησία – Ερμηνεία κατ' άρθρο*, 2004, 107.

7 Βλ. για το δεδικασμένο Καλαβρό, *Πολιτική δικονομία*, Γενικό μέρος⁴, 2016, § 38, αριθ. 91, τον ίδιο, *Η αναίρεση κατά τον ΚΠολΔ*³, 2017, άρθρο 559, αριθ. 704· βλ. για την εκτελεστότητα Νίκα, *Δίκαιο αναγκαστικής εκτελέσεως*, Γενικό μέρος², 2017, § 1, αριθ. 5επ. και Γέσιου-Φαλτή, *Δίκαιο αναγκαστικής εκτελέσεως*, Γενικό μέρος², 2017, § 7, αριθ. 1επ.

8 Βλ. Στ. Δεληγκωστόπουλο, *Η αυτονομία της ιδιωτικής βουλήσεως εν τη πολιτική δικονομία*,

αποφάσεων υπηρετούν ομοίως το δημόσιο συμφέρον.

Η μία άποψη, θα την λέγαμε *δικαιοδοτική*, δέχεται, λοιπόν, ότι αυτά, που γενικώς ισχύουν στο πεδίο της πολιτειακής δικαιοδοσίας δεν μπορεί παρά να ισχύουν και στο πεδίο της διαιτησίας, και ειδικότερα της διεθνούς διαιτησίας, λαμβανομένου υπόψη, ότι τόσο το δεδικασμένο, όσο και η εκτελεστότητα των διαιτητικών αποφάσεων δίδονται κατά κρατική απονομή: Η διαιτητική απόφαση, ως πράξη ιδιωτών, δεν μπορεί αφ' εαυτής να παράξει τις δικονομικές ενέργειες του δεδικασμένου και της εκτελεστότητας, οι οποίες και οι δύο απευθύνονται και δεσμεύουν, μεταξύ άλλων, και πολιτειακά όργανα, αντίστοιχα, τα δικαστήρια και τα όργανα της εκτέλεσης στην πολιτεία έκδοσης ή στην πολιτεία εκτέλεσης της διαιτητικής απόφασης. Ακριβώς δε επειδή οι ενέργειες αυτές των διαιτητικών αποφάσεων παρέχονται ύστερα από κρατική απονομή και αποτελούν πράξεις κρατικής κυριαρχίας περιορίζονται εντός της Επικράτειας, όπου αυτές παρέχονται, δεν μπορούν να δεσμεύουν και αλλοδαπές πολιτείες, όπου η διαιτητική απόφαση πρόκειται να εκτελεσθεί. Έτσι, η πολιτεία έκδοσης της διαιτητικής απόφασης, σε εκπλήρωση της υποχρέωσης παροχής δικαστικής προστασίας, που έχει⁹, παρέχει (και) στις διαιτητικές αποφάσεις, που εκδίδονται στην επικράτειά της, την ισχύ δεδικασμένου και εκτελεστότητας (896 § 2 ΚΠολΔ, 35 § 2 ν. 2735/1999)¹⁰. Και φυσικά, οι ενέργειες αυτές της διαιτητικής απόφασης δεν μπορούν να δεσμεύουν και τα πολιτειακά όργανα του τόπου εκτέλεσης της διαιτητικής απόφασης, εφόσον αυτός βρίσκεται σε αλλοδαπή πολιτεία, και για τον λόγο αυτόν η (αλλοδαπή) πολιτεία εκτέλεσης της διαιτητικής απόφασης «αναγνωρίζει», κατά κανόνα μέσω του μηχανισμού της ΣΝΥ, τις ενέργειες αυτές και στην επικράτειά της.

Ο Έλληνας νομοθέτης τόσο του ΚΠολΔ με τη διάταξη του άρθρου 896, όσο και του ν. 2735/1999 με τη διάταξη του άρθρου 35 § 2, η οποία επίσης μέσω της διάταξης του άρθρου 896 ΚΠολΔ παραπέμπει μεταξύ άλλων και στη διάταξη του άρθρου 332 ΚΠολΔ, πήρε θέση, ότι το δεδικασμένο και των διαιτητικών αποφάσεων λαμβάνεται υπόψη αυτεπαγγέλτως από τα δικαστήρια, υποδεικνύοντας με τον τρόπο αυτόν, ότι το δεδικασμένο και των διαιτητικών αποφάσεων υπηρετεί το δημόσιο συμφέρον, ενώ για την εκτελεστότητα απο-

1965, 314επ., 343επ., 351επ., 364επ., Νίκα, Πολιτική δικονομία, ΙΙ, 2005, § 53, αριθ. 5 και 12, τον ίδιο, Δίκαιο αναγκαστικής εκτελέσεως, Γενικό μέρος², 2017, § 6, αριθ. 19επ. και Γέσιου-Φαλτσή, Δίκαιο αναγκαστικής εκτελέσεως, Γενικό μέρος², 2017, § 11, αριθ. 1επ., 7, 12 και 14.

9 Η πρόσδοση ενεργειών και στις διαιτητικές αποφάσεις αποτελεί περιεχόμενο της υποχρέωσης της πολιτείας για παροχή δικαστικής προστασίας· βλ. επ' αυτού BVerfGE 85, 337, 345, BVerfGE 54, 277, 291 και περαιτέρω *Lüthman*, Die Rechtskraft des Schiedsspruchs im deutschen und US-amerikanischen Recht, 2014, 192επ.

10 Βλ. για την εσωτερική διαιτησία τις διατάξεις των άρθρων 896 και 904 § 2 εδ. β' ΚΠολΔ.

τελεί αυτονόμη και θεμελιώδη αρχή, που απορρέει μεταξύ άλλων και από το δημόσιο χαρακτήρα του δικαίου της αναγκαστικής εκτέλεσης, αλλά και του χαρακτήρα των διατάξεων του ως αναγκαστικού δικαίου, ότι την ιδιότητα του εκτελεστού τίτλου δεν μπορεί να προσνέμει η ιδιωτική αυτονομία¹¹ και προφανώς ούτε και να καταργεί.

Εντούτοις, η παραπάνω δικαιοδοτική θεώρηση δεν είναι απολύτως πειστική για τους ακόλουθους λόγους: Η σύνδεση της προστασίας του δημοσίου συμφέροντος μέσω των διατάξεων περί δεδικασμένου και εκτελεστότητας επιβεβαιώνεται πράγματι πλήρως, ιδίως μέσω της αυτεπάγγελτης λήψης υπόψη του δεδικασμένου, στο πεδίο της πολιτειακής δικαιοδοσίας¹², η οποία υλοποιεί την από το Σύνταγμα υποχρέωση της Πολιτείας για παροχή δικαστικής προστασίας (άρθρα 20 § 1, 26 § 3, 87 § 1, 94 § 2 του Συντάγματος). Κατά την ανοχή του Συντάγματος (arg. *e contrario* από το άρθρο 8 § 1), αλλά και σε εκπλήρωση διεθνών συμβατικών υποχρεώσεων της Πολιτείας (άρθρο 28 § 1 του Συντάγματος σε συνδυασμό ιδίως με το άρθρο II της ΣΝΥ, που κυρώθηκε με το ν.δ. 4220/1961) η Πολιτεία επιτρέπει την επίλυση των ιδιωτικών διαφορών¹³ από τη διαιτησία, επομένως, εκτός της πολιτειακής δικαιοδοσίας. Και είναι μεν αληθές, ότι οι θεσμοί του δεδικασμένου και της εκτελεστότητας, καθ' εαυτούς, προστατεύουν γενικώς (και) το δημόσιο συμφέρον¹⁴ για την εμπέδωση προεχόντως της (πολιτειακής) δικαιοδοσίας, όμως τέτοιο δημόσιο συμφέρον προφανώς δεν υφίσταται επί διαιτητικών αποφάσεων ή έστω επ' αυτών είναι δευτερεύουσας στόχευσης, διότι με τη διαιτητική τους συμφωνία τα μέρη εξαιρέθηκαν από την πολιτειακή δικαιοδοσία, θέτοντας σε αδράνεια την αξίωση παροχής δικαστικής προστασίας για την επίλυση της διαφοράς τους από τα αρμόδια πολιτειακά όργανα, από την οποία αξίωση παροχής δικαστικής προστασίας απορρέει σε τελευταία ανάλυση και το δημόσιο συμφέρον, το οποίο υπηρετούν οι θεσμοί αυτοί. Παρά την κατά τα άνω αδράνεια της αξίωσης παροχής δικαστικής προστασίας, εξακολουθεί να διατηρείται, φυσικά, και στην περίπτωση αυτή η αξίωση των μερών για παροχή δικαστικής προστασίας ως προς την εκδοθείσα διαιτητική απόφαση, ώστε αφενός μεν η πολιτεία έκδοσης της διαιτητικής απόφασης να προσδώσει στη διαιτητική απόφαση, που κατά

11 Βλ. άρθρο 904 § 1 ΚΠολΔ («...μόνον...»), ΣχΠολΔ VIII, 102, Νίκα, Δίκαιο αναγκαστικής εκτελέσεως, Γενικό μέρος², 2017, § 9, αριθ. 10, Γέσιου-Φαλτσή, Δίκαιο αναγκαστικής εκτελέσεως, Γενικό μέρος², 2017, § 14, αριθ. 5.

12 *Schlabrendorff/ Sessler*, in *Nacimiento/Kröll/Böckstiegel*, Arbitration in Germany: The Model Law in practice², 2015, § 1055, αριθ. 24.

13 Και όχι μόνον· βλ. λ.χ. ΑΕΔ 24/1993 ΝΟΜΟΣ.

14 Μολοντί, βέβαια, κατά τη νομολογία του Αρείου Πάγου το δεδικασμένο δεν ανήκει στη δημόσια τάξη· βλ. Καλαβρό, Η αναίρεση κατά τον ΚΠολΔ³, 2017, άρθρο 559, αριθ. 684, 690-691, 699, με περαιτέρω παραπομπές.

τη φύση της αποτελεί μία πράξη ιδιωτών, τις ενέργειες μίας δικαστικής απόφασης (896 ΚΠολΔ, 35 § 2 ν. 2735/1999), αλλά και αφετέρου να μπορούν τα μέρη να επιδιώξουν είτε την ακύρωση της διαιτητικής απόφασης από το αρμόδιο πολιτειακό δικαστήριο είτε και την εκτέλεση αυτής μέσω των αρμόδιων πολιτειακών οργάνων εκτέλεσης.

Επομένως, θέμα δημοσίου συμφέροντος στην εμπέδωση της (πολιτειακής) δικαιοδοσίας δεν συντρέχει επί των ενεργειών των διαιτητικών αποφάσεων, οι οποίες αποτελούν κατά τη φύση τους πράξεις ιδιωτών και είναι προϊόντα ιδιωτικής δικαιοδοσίας και σε κάθε περίπτωση επί των διαιτητικών αποφάσεων το δημόσιο συμφέρον είναι εντελώς δευτερεύουσας στόχευσης.

III. Αποτελεί η σχέση διαιτησίας και αξίωσης παροχής δικαστικής προστασίας εμπόδιο στη δυνατότητα των μερών να «καταργήσουν» μία διαιτητική απόφαση;

Εξάλλου, ως προς τη σχέση διαιτησίας και αξίωσης παροχής δικαστικής προστασίας πρέπει, ειδικότερα, να λεχθούν τα ακόλουθα: Με την υπαγωγή τους στη διαιτησία τα μέρη δεν παραιτούνται¹⁵ και ούτε αναλώνουν την κατ' άρθρο 20 § 1 του Συντάγματος αξίωση παροχής δικαστικής προστασίας για την επίλυση της διαφοράς τους από τα αρμόδια πολιτειακά όργανα, αλλά απλώς την οδηγούν σε αδράνεια, οριστικά ή πρόσκαιρα, ενόψει της υπαγωγής της συγκεκριμένης διαφοράς τους στη διαιτησία¹⁶. Η οριστική ή πρόσκαιρη αδράνεια της αξίωσης παροχής δικαστικής προστασίας από τα πολιτειακά όργανα με τη διαιτητική συμφωνία και την υπαγωγή της διαφοράς στη διαιτησία εξαρτάται ακριβώς από την αυτονομία των μερών, δηλαδή, αν θα αποδεχθούν την εκδοθείσα διαιτητική απόφαση, οπότε η αδράνεια της αξίωσης παροχής δικαστικής προστασίας θα είναι οριστική, ή πρόσκαιρη, αν θα συμφωνήσουν είτε την επανυποβολή της διαφοράς σε άλλους διαιτητές είτε την κατάργηση της διαιτητικής απόφασης και την εκ νέου ενεργοποίηση της αξίωσης παροχής δικαστικής προστασίας και την προσφυγή πλέον στα πολιτειακά δικαστήρια για την επίλυση της διαφοράς τους. Στην πραγματικότητα, δηλαδή, όσοι λόγοι συνηγορούν για τη δυνατότητα αυτόνομης εξαίρεσης μίας διαφοράς από την πολιτειακή δικαιοδοσία και την υπαγωγή της στη διαιτησία, οι ίδιοι ακριβώς λόγοι συνηγορούν και για τη δυνατότητα κατάργησης, πάλι με συμφωνία των

15 Έτσι *Lühmann*, Die Rechtskraft des Schiedsspruchs im deutschen und US-amerikanischen Recht, 2014, 193επ.

16 Βλ. παρόμοια σκέψη στον *Wagner*, Prozeßverträge, 1998, 716· βλ. επίσης *Lühmann*, Die Rechtskraft des Schiedsspruchs im deutschen und US-amerikanischen Recht, 2014, 193επ.

μερών (*contrarius actus*)¹⁷, της διαιτητικής απόφασης και την υποβολή της διαφοράς στην πολιτειακή δικαιοδοσία, όπως ορίζει σχετικώς το Σύνταγμα.

Με την έκδοση της διαιτητικής απόφασης η αξίωση παροχής δικαστικής προστασίας, που είχε λόγω της διαιτητικής συμφωνίας τεθεί σε αδράνεια, ενεργοποιείται εκ νέου προς διάφορες κατευθύνσεις: *Πρώτον* μεν προς την κατεύθυνση πρόσδοσης στη διαιτητική απόφαση των ίδιων ενεργειών, που αναπτύσσουν κατά νόμον οι δικαστικές αποφάσεις (896 ΚΠολΔ, 35 § 2 ν. 2735/1999), ώστε κυρίως με το δεδικασμένο της να δεσμεύονται τα μεταγενεστέρως επιλαμβανόμενα δικαστήρια, που αποτελούν πολιτειακά όργανα, και παράλληλως να θέσει στη διάθεση του δανειστή τον πολιτειακό μηχανισμό της αναγκαστικής εκτέλεσης, προκειμένου αυτός να μπορεί να επιτύχει την πραγμάτωση της διαιτητικής απόφασης, η οποία, ας μη ξεχνάμε, κατά τη φύση της παραμένει μία πράξη ιδιωτών. Η πρόσδοση των ενεργειών στη διαιτητική απόφαση, ως πράξη κυριαρχίας της οικείας πολιτείας, περιορίζεται, όμως, εντός των ορίων της ίδιας της έννομης τάξης, ώστε, προκειμένου οι προσνεμθείσες στη διαιτητική απόφαση ενέργειες να αναπτυχθούν και σε αλλοδαπή πολιτεία, απαιτείται μία περαιτέρω πράξη κυριαρχίας της αλλοδαπής πολιτείας, η οποία καλείται, κατά την φρασεολογία της ΣΝΥ, αναγνώριση και εκτέλεση της αλλοδαπής διαιτητικής απόφασης. *Δεύτερον* δε η αξίωση παροχής δικαστικής προστασίας της πολιτείας έκδοσης της διαιτητικής απόφασης ενεργοποιείται εκ νέου με την έκδοση της διαιτητικής απόφασης και προς την κατεύθυνση της δικαστικής ακύρωσης αυτής, ώστε να παύσουν να επέρχονται στη εμπειρική πραγματικότητα οι προσνεμθείσες με την έκδοση της διαιτητικής απόφασης ενέργειες.

Από τις προηγηθείσες σκέψεις συνάγεται, λοιπόν, ότι η αξίωση παροχής δικαστικής προστασίας δεν αποτελεί εμπόδιο στη συμφωνία των μερών για κατάργηση της διαιτητικής απόφασης (ή/και της διαιτητικής συμφωνίας, ακόμη και μετά την έκδοση της διαιτητικής απόφασης).

Το συμπέρασμα αυτό ενισχύεται περαιτέρω και με τις ακόλουθες σκέψεις: Στην αναμφισβήτητη υφιστάμενη ελευθερία των μερών για κατάρτιση της διαιτητικής συμφωνίας (*arg. e contrario* 8 § 1 του Συντάγματος, 867 ΚΠολΔ, 7 ν. 2735/1999) εμπεριέχεται, όπως και σε κάθε άλλη συμβατική ελευθερία, και η ελευθερία κατάργησης αυτής μέσω *contrarius actus* (361, 454 ΑΚ)¹⁸. Επομένως, τα συμβαλλόμενα σε μία διαιτητική συμφωνία μέρη έχουν κατ' αρχήν την ελευθερία, με αντίθετη συμφωνία τους να καταργήσουν τη διαιτητική συμφωνία. Μάλιστα, η ευχέρεια αυτή των μερών προβλέπεται ρητώς επί εσωτερικής

17 Την δυνατότητα αυτή των μερών θέτει εν αμφιβόλω ο Loritz, Probleme der Rechtskraft von Schiedssprüchen im deutschen Zivilprozessrecht, ZZP 1992, 6, χωρίς όμως καμία εξήγηση.

18 Βλ. Σταθόπουλο, σε Γεωργιάδη/Σταθόπουλου, ΑΚ, άρθρο 361, αριθ. 23 και ιδίως Π. Φίλιο, Γενικό ενοχικό δίκαιο⁶, 2011, § 82, με περαιτέρω παραπομπές.

διαιτησίας στο άρθρο 885 αριθ. 3 ΚΠολΔ ως λόγος παύσης της ισχύος της διαιτητικής συμφωνίας¹⁹, διάταξη που εφαρμόζεται αναλόγως και επί διεθνούς διαιτησίας²⁰. Περαιτέρω, όμως, και η διαιτητική απόφαση έχει ως θεμέλιό της τη διαιτητική συμφωνία των μερών, και μάλιστα, πολύ περισσότερο, συνδέεται αιτιωδώς μ' αυτή, ώστε η ανυπαρξία ή η ακυρότητα της διαιτητικής συμφωνίας να οδηγεί αναποδράστως και σε ακύρωση²¹ (897 αριθ. 1, 901 § 1 περ. α' ΚΠολΔ, 34 § 2 εδ. α' υποεδ. αα' ν. 2735/1999) ή και σε μη αναγνώριση (V 1 α της ΣΝΥ) της διαιτητικής απόφασης. Ο τόσο στενός αιτιώδης σύνδεσμος διαιτητικής συμφωνίας και διαιτητικής απόφασης οδηγεί στο επιπλέον αποτέλεσμα, η κατάργηση από τα μέρη της διαιτητικής συμφωνίας να συνεπάγεται και την κατάργηση της εντωμεταξύ εκδοθείσας διαιτητικής απόφασης λόγω της -έστω και *a posteriori*- έλλειψης του δικαιοπρακτικού της θεμελίου. Αλλά και μόνη η κατάργηση της διαιτητικής απόφασης μέσω *contrarius actus* συνεπάγεται και την κατάργηση της διαιτητικής συμφωνίας, εκτός αν από την ερμηνεία της καταργητικής σύμβασης συνάγεται, ότι τα μέρη δεν ήθελαν και την κατάργηση της διαιτητικής συμφωνίας ή αν αυτή είχε παύσει ήδη να ισχύει²².

Το απώτατο χρονικό σημείο της αυτόνομης αυτής κατάργησης της διαιτητικής απόφασης είναι η με οποιονδήποτε νόμιμο τρόπο άσκηση της αξίωσης παροχής δικαστικής προστασίας με βάση την εκδοθείσα διαιτητική απόφαση, λ.χ. με την έναρξη εκτέλεσης αυτής κατά τις οικείες διατάξεις του δικονομικού δικαίου του *forum*²³ είτε με την άσκηση αγωγής ακύρωσης ενώπιον του αρμόδιου πολιτειακού δικαστηρίου. Ο λόγος είναι, ότι έκτοτε η διαιτητική απόφαση αποτελεί τη βάση για την επέλευση και άλλων περαιτέρω εννόμων συνεπειών, ενδεχομένως, μάλιστα, και με τη συμμετοχή πολιτειακών οργάνων, ώστε οι έννομες αυτές συνέπειες δεν θα μπορούν να ανατραπούν με την καταργητική συμφωνία των μερών. Επίσης, χρονική αφετηρία για την άσκηση της δυνατότητας αυτόνομης κατάργησης της διαιτητικής απόφασης δεν μπορεί να είναι παρά το χρονικό σημείο έκδοσής της (άρθρα 893 § 1 ΚΠολΔ, 31 και 32 του ν. 2735/1999).

19 Βλ. Καλαβρό, Θεμελιώδη ζητήματα του δικαίου της διαιτησίας², 2011, 190επ., τον ίδιο, Ακύρωση και ανυπαρξία διαιτητικών αποφάσεων, 2017, 244επ.

20 Βλ. Καλαβρό, Διεθνής Εμπορική διαιτησία, I, 2019, άρθρο 8, αριθ. 11.

21 Ή συντρεχουσών των προϋποθέσεων του άρθρου 901 § 1 εδ. α' ΚΠολΔ και σε ανυπαρξία της διαιτητικής απόφασης.

22 Βλ. για την τελευταία περίπτωση Καλαβρό, Ακύρωση και ανυπαρξία διαιτητικών αποφάσεων, 2017, 390επ., ιδίως 393επ.

23 Wagner, Prozeßverträge, 1998, 716, Stein/Jonas/Schlosser, ZPO²³, § 1055, αριθ. 8, Münch, in MünchKommZPO⁵, 2017, § 1055, αριθ. 29.

Επομένως, καταλήγουμε, σύμφωνα με τις ανωτέρω σκέψεις, ότι ορθότερη είναι η *συμβατική* θεώρηση του ζητήματος, ώστε τα μέρη να μπορούν με μεταγενέστερη συμφωνία τους είτε να καταργήσουν τη διαιτητική συμφωνία, ακόμη και μετά την έκδοση της διαιτητικής απόφασης, είτε και να καταργήσουν μόνη την εκδοθείσα διαιτητική απόφαση, διατηρώντας, πάντως, σε ισχύ τη διαιτητική συμφωνία²⁴. Στο ίδιο αποτέλεσμα θα κατέληγε κανείς, επίσης, και αν οι διάδικοι μετά την έκδοση της διαιτητικής απόφασης και τη δημιουργία δεδικασμένου, στο πλαίσιο μεταγενέστερης (πολιτειακής ή διαιτητικής) δίκης μεταξύ τους, όπου το κριθέν με τη διαιτητική απόφαση κύριο ζήτημα ανακύπτει εκ νέου ως κύριο ή προδικαστικό ζήτημα, παραλείψουν σκοπίμως να επικαλεσθούν την ύπαρξη δεδικασμένου από την προηγούμενη διαιτητική απόφαση²⁵. Μία τέτοιου είδους συμπεριφορά των μερών θα συνιστά, κατά πάσαν πιθανότητα, σιωπηρή κατάρτιση μίας *contrarius actus*²⁶. Άλλωστε, η συμφωνία των μερών για μεταγενέστερη κατάργηση της διαιτητικής συμφωνίας ή/και της διαιτητικής απόφασης μέσω *contrarius actus* μπορεί, όπως κάθε άλλη άτυπη δικαιοπραξία²⁷, να καταρτίζεται ρητώς ή σιωπηρώς. Αυτά ισχύουν, όμως για τη διεθνή διαιτησία, διότι στην εσωτερική διαιτησία δεν ισχύει η σιωπηρή κατάργηση της διαιτητικής συμφωνίας, αφού η διάταξη του άρθρου 885 αριθ. 3 ΚΠολΔ ορίζει, ότι (μόνον) η έγγραφη κατάργηση της διαιτητικής συμφωνίας επιφέρει την παύση της διαιτητικής συμφωνίας²⁸.

Τέλος, τίθεται το περαιτέρω ερώτημα, ποια είναι η τύχη της διαιτητικής συμφωνίας σε περίπτωση αυτόνομης κατάργησης μόνης της διαιτητικής απόφασης κατά τα ανωτέρω. Η απάντηση στο ερώτημα αυτό θα πρέπει να ποικίλει: Αν η αυτόνομη κατάργηση της διαιτητικής απόφασης έγινε, προκειμένου τα μέρη να προσφύγουν στην πολιτειακή δικαιοδοσία, τότε ως προς τη συ-

24 Έτσι κατ' αποτέλεσμα και ο *Hobér*, *Res Judicata and Lis Pendens in International Arbitration*, *Recueil de Cours* 366 (2013), 257, 191 επ.· κατά τα αναφερόμενα στο κείμενο τροποποιώ την παλαιότερη αντίθετη γνώμη μου· βλ. Καλαβρό, *Θεμελιώδη ζητήματα του δικαίου της διαιτησίας*², 2011, 191-192, τον ίδιο, *Ακύρωση και ανυπαρξία διαιτητικών αποφάσεων*, 2017, 245-247· έστω και με διαφορετική αιτιολογία, στο ίδιο, πάντως, αποτέλεσμα καταλήγει σε μας και ο Κασσιμάτης, *Το επιτρεπτό της συμφωνίας περί καταργήσεως της διαιτητικής συμφωνίας μετά την έκδοση της διαιτητικής απόφασης*, Δ 2000, 130-134.

25 Έτσι και *Schlabrendorff/Sessler*, in *Nacimiento/Kröll/Böckstiegel*, *Arbitration in Germany: The Model Law in practice*², 2015, § 1055, αριθ. 24.

26 Βλ. *Schlosser*, *Einverständliches Parteihandeln im Zivilprozess*, 1968, 12 επ.

27 Η αντισυμφωνία (*contrarius actus*) είναι άτυπη και όταν ακόμη η καταργούμενη δικαιοπραξία είναι τυπική· βλ. επί του ζητήματος Π. Φίλιο, *Γενικό ενοχικό δίκαιο*⁶, 2011, § 82 Δ, με περαιτέρω παραπομπές στη σημ. 8, στους οποίους πρόσθεσε και Παντελίδου, *Γενικό ενοχικό δίκαιο*, 2019, 258, η οποία αφού παραθέτει την απολύτως κρατούσα σχετική άποψη της θεωρίας, εκφράζει επιφυλάξεις για την ορθότητά της.

28 Βλ. ΑΠ 187/1994 ΕλλΔνη 1995, 1077, ΑΠ 1183/1985 ΝΟΜΟΣ, ΕφΠειρ 702/2003 ΝΟΜΟΣ.

γκεκριμένη διαφορά θα έχει παύσει και η ισχύς της διαιτητικής συμφωνίας²⁹. Αν, όμως, η κατάργηση της διαιτητικής απόφασης έγινε με σκοπό εκ νέου προσφυγής λ.χ. σε άλλους διαιτητές, τότε προφανώς η διαιτητική συμφωνία θα εξακολουθεί να παραμένει σε πλήρη ισχύ. Επομένως, θα είναι κάθε φορά ζήτημα ερμηνείας της συμφωνίας των μερών για την κατάργηση της διαιτητικής απόφασης, αν η συμφωνία αυτή περιλαμβάνει και την ολική ή μερική κατάργηση (και) της διαιτητικής συμφωνίας.

IV. Τελικές παρατηρήσεις

Η διαιτησία αποτελεί έκφραση της ιδιωτικής αυτονομίας και συνεπώς δεν θα μπορούσε να είναι αλλιώς, παρά ότι τα μέρη μπορούν, ακόμη και μετά την έκδοση μίας διαιτητικής απόφασης, να καταργήσουν με μία μορφή *contrarius actus* είτε μόνη τη διαιτητική απόφαση είτε και παράλληλα με αυτήν και τη διαιτητική συμφωνία, με βάση την οποία εκδόθηκε η διαιτητική απόφαση.

Ειδικότερα, με δεδομένο, ότι τα συμβαλλόμενα σε μία διαιτητική συμφωνία μέρη έχουν κατ' αρχήν την ελευθερία, με αντίθετη συμφωνία τους να καταργήσουν τη διαιτητική συμφωνία, οδηγούμεθα στο συμπέρασμα, ότι ο στενός αιτιώδης σύνδεσμος διαιτητικής συμφωνίας και διαιτητικής απόφασης οδηγεί στο επιπλέον αποτέλεσμα, η κατάργηση από τα μέρη της διαιτητικής συμφωνίας να συνεπάγεται και την κατάργηση της εντωμεταξύ εκδοθείσας διαιτητικής απόφασης λόγω της -έστω και *a posteriori*- έλλειψης του δικαιοπρακτικού της θεμελίου. Αλλά και μόνη η κατάργηση της διαιτητικής απόφασης μέσω *contrarius actus* συνεπάγεται και την κατάργηση της διαιτητικής συμφωνίας, εκτός αν από την ερμηνεία της καταργητικής σύμβασης συνάγεται, ότι τα μέρη δεν ήθελαν και την κατάργηση της διαιτητικής συμφωνίας ή αν αυτή είχε παύσει ήδη να ισχύει.

29 Βλ. ανάλυση του σχετικού ζητήματος στον Καλαβρό, Ακύρωση και ανυπαρξία διαιτητικών αποφάσεων, 2017, 390επ., 396επ. βλ. και ΟλομΑΠ 1549/1979 ΝΟΜΟΣ

**Οι συνέπειες επιγενόμενης ειδικής ή καθολικής διαδοχής
επί συμφωνηθείσας ρήτρας παρεκτάσεως διεθνούς
δικαιοδοσίας κατά το ενωσιακό δίκαιο**
(Σκέψεις με αφορμή τη ΔΕΕ, 18.11.2020, *Ryanair DAC/DelayFix*, C-519/19)

Στέφανος Κ. Καραμέρος

Δικηγόρος Δ.Ν.

ΠΕΡΙΕΧΟΜΕΝΑ

- I. Η επέκταση των υποκειμενικών ορίων ρήτρας παρεκτάσεως σε τρίτα πρόσωπα επί ειδικής ή καθολικής διαδοχής υπό την ισχύ του άρθρου 23 Καν Βρ I**
- II. Η ισχύουσα ρύθμιση του άρθρου 25 Καν Βρ Ια και το ζήτημα της δυνατότητας ευθείας εφαρμογής του στο συζητούμενο πρόβλημα**
 - 1. Η άποψη της θεωρίας
 - 2. Το πρόβλημα της δυνατότητας ευθείας εφαρμογής του άρθρου 25 Καν Βρ Ι α
 - 3. Ενδιάμεσο συμπέρασμα
 - 4. Η αντίθετη θέση του ΔΕΕ στην πρόσφατη απόφαση *Ryanair DAC/DelayFix*
- III. Κριτική θεώρηση της αποφάσεως ενόψει της αντίθετης απόψεως της θεωρίας**
 - 1. Διαφαινόμενα τυχόν πλεονεκτήματα της θέσεως του ΔΕΕ
 - 2. Έλεγχος της μεθοδολογικής ακρίβειας της αποφάσεως
 - 3. Κριτική αποτίμηση της αποφάσεως
 - A. Καθολική διαδοχή φυσικών προσώπων
 - B. Ειδική διαδοχή (δυνάμει συμφωνίας ή εκ του νόμου) φυσικών ή νομικών προσώπων και καθολική διαδοχή νομικών προσώπων
 - 4. Τελικές σκέψεις

I. Η επέκταση των υποκειμενικών ορίων ρήτηρας παρεκτάσεως σε τρίτα πρόσωπα επί ειδικής ή καθολικής διαδοχής υπό την ισχύ του άρθρου 23 Καν Βρ Ι

Αναγκαίος όρος του υποστατού μίας ρήτηρας παρεκτάσεως διεθνούς δικαιοδοσίας είναι η σύμπτωση των δηλώσεων βουλήσεως των συμβαλλομένων¹. Η σχετική συμφωνία, ως σύμβαση², δηλαδή ως κατεξοχήν έκφραση της βουλή-

1 ΔΕΕ, 7.2.2013, *Refcomp*, C-543/10, EU:C:2013:62, σκέψεις 22 και 40, ΕΠολΔ 2013.432 παρ.ατ. I. Δεληκωστόπουλου· ΔΕΚ, 9.12.2003, *Gasser*, C-116/02, EU:C:2003:657, σκέψη 51· ΔΕΚ, 16.3.1999, *Castelletti*, C-159/97, ΣυλλΝομολ 1999 I-01597, σκέψη 19· ΔΕΚ, 20.2.1997, *MSG*, C-106/95, ΣυλλΝομολ 1997 I-00911, σκέψη 17· ΔΕΚ, 10.3.1992, *Powell Duffryn*, C-214/89, EU:C:1992:115, σκέψη 14· από τη θεωρία βλ. θεμελιωδώς *Σαχπεκίδου*, Η παρέκταση της διεθνούς δικαιοδοσίας στον ενιαίο ευρωπαϊκό χώρο, 2000, σ. 79 επ. μ.π.π.· *την ίδια*, Παρέκταση διεθνούς δικαιοδοσίας κατά τα άρθρα 25 και 26 του Κανονισμού 1215/2012 για τη διεθνή δικαιοδοσία, την αναγνώριση και εκτέλεση αποφάσεως σε αστικές και εμπορικές υποθέσεις, ΕΠολΔ 2018.457 (461 επ.)· ακόμη *Νίκα*, Ζητήματα παρεκτάσεως, εκκρεμοδικίας και συνάφειας κατά τον Κανονισμό Βρυξέλλες Ι (γνμδ.), ΕΠολΔ 2014.465 επ. (469 I)· *τον ίδιο*, Πολιτική Δικονομία, I², 2020, § 18 II αριθ. 16 σ. 299· *Αρβανιτάκη/Βασιλακάκη [-Καπακτσή]*, ΕρμΕΚ [4]-ΚανΒρ Ια, 2020, άρθρ. 25 αριθ. 48 επ. σ. 511 επ. μ.π.π. στη θεωρία και τη νομολογία· *Σταματόπουλο/Γιαννόπουλο*, (1) Κύρος ρήτηρας παρέκτασης περιεχόμενης σε ΓΟΣ, οι οποίοι αποστέλλονται μετά την κατάρτιση της κύριας σύμβασης χωρίς ρητή επιβεβαίωση της αποδοχής τους από τον αντισυμβαλλόμενο, (2) Έννοια του τόπου εκπλήρωσης της παροχής σύμφωνα με το άρθρο 5 § 1 Κανονισμού 44/2001 σε σύμβαση που συνδυάζει τα στοιχεία πώλησης και παροχής υπηρεσιών (γνμδ.), ΕΠολΔ 2008.629 επ. (634 I)· *I. Δεληκωστόπουλο*, Κύρος ρήτηρας παρέκτασης υπέρ τρίτου σε αξίωση από αδικοπραξία (γνμδ.), ΕΠολΔ 2012.163 επ. (165 I)· *Καραμέρο*, Ζητήματα διεθνούς δικαιοδοσίας σύμφωνα με τον Κανονισμό 1215/2012 επί κάμψεως της αυτοτέλειας νομικού προσώπου (γνμδ.), Αρμ. 2018.881 (883 μ.π.π.).

2 Κατά την ελληνική δικονομική θεωρία και την πάγια σχετική νομολογία, η συμφωνία παρεκτάσεως είναι δικονομική σύμβαση· ΑΠ 1288/1994, ΔΕΕ 1995.215 (216 I)· ΕφΑθ 1139/2000, ΕλλΔνη 2002.189· ΕφΑθ 4467/2010, ΕΠολΔ 2011.358· ΜονΕφΘεσ 14/2015, ΕλλΔνη 2016.1398· *Μητσόπουλος*, Πολιτική Δικονομία, Α', 1972, σ. 154-155, 257· *ο ίδιος*, Διαδικαστικά πράξεις, Μελέται Γενικής Θεωρίας Δικαίου και Αστικού Δικονομικού Δικαίου, I, 1983, σ. 321 επ. (346-347)· *Yessiou-Faltsi*, Civil Procedure in Hellas², 2020, αρ. 176 σ. 200· *Μητσόπουλος/Γέσιου-Φαλτσή*, Γνμδ, Διεθνής δικαιοδοσία των ελληνικών δικαστηρίων δυνάμει συμφωνίας παρεκτάσεως. Διεθνής δικαιοδοσία για λόγους δημοσίας τάξεως και για λόγους συνάφειας, ΕλλΔνη 1998.517 επ. (518 II)· *Γαζής/Μητσόπουλος*, Μεταβίβαση ενοχικής σχέσεως. Εφαρμοστέο δίκαιο. Ρήτρα περί εφαρμοστέου δικαίου και ρήτρα περί αποκλειστικής δικαιοδοσίας. Αν στη ρήτρα περί αποκλειστικής δικαιοδοσίας υπάγονται διαφορές από αδικοπρακτική συμπεριφορά και από άσκηση αθέμιτου ανταγωνισμού. Σχέση αποκλεισμού διεθνούς δικαιοδοσίας ημεδαπών δικαστηρίων προς δωσιδικία προσωπικής ταυτότητας του δικαίου, Γνμδ, ΝοΒ 1990.1136 επ. (1142)· *Στ. Δεληκωστόπουλος*, Η αυτονομία της ιδιωτικής βουλήσεως εν τη Πολιτική Δικονομία, 1965, σ. 195 επ.· *Κεραμεύς/Κονδύλης/Νίκας*, ΚΠολΔ Ι, 2000, αρθρ. 42 αριθ. 8· *ο ίδιος*, Πολιτική Δικονομία, I², 2020, § 18 I αριθ. 8 σ. 295· *Απαλαγάκη*, Γνήσια σύμβαση υπέρ τρίτου. Δέσμευση του τρίτου από τη ρήτρα παρεκτάσεως που προλήφθηκε στη σύμβαση, ΕλλΔνη 1993.266 (269)· *Δωρής*, Περιορισμοί της συμβατικής ελευθερίας στις ρήτρες αποκλειστικής διεθνούς δικαιοδοσίας, 1988, *passim*

σεως δύο (ή και περισσότερων) μερών και μέσο πραγματώσεως της αρχής της ιδιωτικής αυτονομίας³, δεσμεύει καταρχήν αποκλειστικά τους συμβαλλόμενους. Η επέκταση των υποκειμενικών ορίων της συμφωνίας παρεκτάσεως σε τρίτα πρόσωπα έναντι των αρχικώς συμβληθέντων προϋποθέτει κατά κανόνα τη ρητή συναίνεσή τους⁴. Εξαίρεση στον κανόνα αυτόν απαντά, μόνον όταν

και ιδίως σ. 213 επ.· *Κουσουλής*, Προϋποθέσεις κύρους συμφωνίας παρεκτάσεως που περιέχεται στους έντυπους όρους φορτωτικής, Γνμδ, ΕΕμπΔ 1998.218 (220 επ.)· *Σταματιάδης*, Η αυτονομία της ιδιωτικής βούλησης στο πεδίο των διεθνών συμβατικών ενοχών, Έκταση εφαρμογής της και περιορισμοί, 2011, αριθ. 277 επ. σ. 114 επ. μ.π.π. Η συμφωνία αυτή είναι ανεξάρτητη από την κύρια σύμβαση, δεδομένου ότι το ανίσχυρο της τελευταίας δεν επηρεάζει καθαυτό το κύρος και την ισχύ της ρήτρας· ΕφΑθ 4340/1988, ΕλλΔνη 1990.377 (378 I)· ΕφΠειρ 142/1995, ΕΝΔ 1996.170 (172)· ΕφΑθ 1139/2000, ΕλλΔνη 2002.189· βλ. και *Γαζή/Μητσόπουλο*, ό.π., ΝοΒ 1990.1136 επ. (1142)· *Κουσουλή*, ό.π., ΕΕμπΔ 1998.218 (219)· πρβλ. ομοίως, ως προς τη διαιτητική συμφωνία, *Κουσουλή*, Δίκαιο της Διαιτησίας, 2006, § 5 IV αριθ. 52 επ. σ. 49-50· *Καΐση*, Ακύρωση διαιτητικών αποφάσεων², 1989, σ. 129 επ. μ.π.π.· *Καλαβρό*, ανωτ. σημ. 2, Θεμελιώδη ζητήματα, σ. 161 επ. μ.π.π.· *Κολοτούρο*, Επέκταση της ισχύος διαιτητικής συμφωνίας επί τρίτων και παρεμπόμπουσα εναγωγή αυτών σε εκκρεμή διαιτητική δίκη. Οριακά ζητήματα ιδιωτικού διεθνούς δικαίου, πολιτικής δικονομίας και διαιτησίας: άρση της νομικής αυτοτέλειας ημεδαπής ανώνυμης εταιρίας, επέκταση ισχύος διαιτητικής ρήτρας στην αλλοδαπή μητρική εταιρεία και προσεπίκληση αυτής σε υφιστάμενη διαιτησία, Γνμδ, ΕΠολΔ 2016.535 (539). –Στο ενωσιακό δίκαιο, η αυθυπαρξία της ρήτρας παρεκτάσεως έναντι της κύριας συμβάσεως έχει περιβληθεί μάλιστα νομοθετικό μανδύα στην ειδικότερη ρητή σχετική ρύθμιση της παρ. 5 του άρθρου 25 ΚανBr I α-αντί πολλών βλ. σχετικά *Νίκα/Σαχπεκίδου*, Ευρωπαϊκή Πολιτική Δικονομία, Ερμηνεία κατ' άρθρον του Κανονισμού Βρυξέλλες Ia (1215/2012) για τη διεθνή δικαιοδοσία, την αναγνώριση και την εκτέλεση αποφάσεων σε αστικές και εμπορικές υποθέσεις (2016), άρθρο 25 VII αριθ. 92 επ. σ. 402-403· *Rauscher/Mankowski*, EuZPR/EuIPR³, 2021, Art. 25 Brüssel Ia-VO Rn. 109 επ. μ.π.π.· *Magnus*, Gerichtsstandsvereinbarungen unter der reformierten EuGVO, Festschrift für *Dieter Martiny*, 2014, σ. 785 (801). Η θεώρηση αυτή περί αυτοτέλειας των όρων της κύριας συμβάσεως έναντι της ρήτρας παρεκτάσεως γινόταν δεκτή και προ της ρητής αυτής νομοθετικής ρυθμίσεως στη νομολογία του ΔΕΚ· έτσι ΔΕΚ, 03.07.1997, *Benincasa*, C- 269/95, ΣυλλΝομολ 1997 I-03767, σκέψεις 29-32. Η άποψη αυτή κρατεί και στα εθνικά δίκαια κρατών μελών, όπως λ.χ. το γερμανικό και το αυστριακό· βλ. *Simotta*, Die Gerichtsstandsvereinbarung nach der neuen EuGVVO, International Journal of Procedural Law, 2013.58 (73 μ.π.π. στη δικονομική θεωρία)· *Gottwald*, Zur Bindung Dritter an internationale Gerichtsstands- und Schiedsvereinbarungen, σε *Fairness, Justice, Equity: Festschrift für Reinhold Geimer zum 80. Geburtstag*, 2017, σ. 131 (132).

- 3 Βλ. ήδη Στ. *Δελγκωστόπουλο*, προηγ. σημ., Η αυτονομία, σ. 164 επ., 195 επ.· ομοίως και επί συμφωνίας διαιτησίας· βλ. *Κολοτούρο*, ανωτ. σημ. 2, ΕΠολΔ 2016.535 (539 κάτω-541 μ.π.π.: προσβολή της αρχής της ιδιωτικής αυτονομίας και του δικαιώματος παροχής δικαστικής προστασίας κατά τα άρθρα 5 και 20 Σ)· *τον ίδιο*, Πρόσκλησις προς αναγκαστικήν παρέμβασιν εις διαιτητικήν δίκην. Αντικειμενικά όρια του δεδικασμένου διαιτητικής αποφάσεως, Γνμδ, Διαιτησία, 2019.27 (39-41 μ.π.π. στην ελληνική και αλλοδαπή δικονομική θεωρία).
- 4 ΔΕΕ, 8.3.2018, *Saey Home & Garden*, C 64/17, EU:C:2018:173, σκέψη 25· ΔΕΕ, 28.6.2017, *Λεβέντης και Βαφειάς*, C 436/16, EU:C:2017:497, σκέψη 35, ΕλλΔνη 2017.1575 ενημ. σημ. Αθ. *Πανταζόπουλου*· ΔΕΕ, 21.5.2015, *Cartel Damage Claims Hydroxene Peroxide*, C-352/13, ECLI:ECLI:EU:C:2015:335, σκέψη 64· ΔΕΕ, 7.2.2013, *Refcomp SpA*, C-543/10,

τρίτος υπεισέρχεται στην καθόλου έννομη σχέση των αρχικώς συμβαλλομένων, αντικαθιστώντας ένα από τα μέρη στο σύνολο των δικαιωμάτων και υποχρεώσεων που απορρέουν από αυτήν⁵. Συγκεκριμένα, σύμφωνα με την πάγια νομολογία του ΔΕΕ κατά την αυτόνομη ερμηνεία του προϊσχύσαντος άρθρου 23 Καν 44/2001 (ΚανΒρ Ι), αλλά και του προγενέστερου άρθρου 17 Συμβάσεως Βρυξελλών, ο έλεγχος της συνδρομής της εξαιρετικής αυτής συνθήκης

ECLI:ECLI:EU:C:2012:637, σκέψη 29, ΕΠολΔ 2013.432 παρατ. Ι. *Δελγκωστόπουλου*· από τη θεωρία βλ. *Σαχπεκίδου*, ανωτ. σημ. 1, Η παρέκταση, σ. 118 επ. μ.π.π.· *Νίκα/Σαχπεκίδου*, ανωτ. σημ. 2, ΕυρΠολΔικ, άρθρο 25 αριθ. 60 σ. 391· *την ίδια*, ανωτ. σημ. 1, ΕΠολΔ 2018.457 (468 κάτω επ.)· *Αρβανιτάκη/Βασιλακάκη [-Καπακτσή]*, ανωτ. σημ. 1, ΕρμΕΚ [4]-ΚανΒρ Ια, άρθρ. 25 αριθ. 48 επ. σ. 511 επ. μ.π.π. στη θεωρία και τη νομολογία· *Καραμέρο*, ανωτ. σημ. 1, Αρμ. 2018.881 (883 μ.π.π.)· πρβλ. ομοίως ως προς τη ρήτρα διαιτησίας αντί πολλών *Καλαβρό*, Ακύρωση και ανυπαρξία διαιτητικών αποφάσεων, 2017, αριθ. 330 σ. 293-294· *Κεραμέα/Κονδύλη/Νίκα (- Φιλιώτη)*, ΚΠολΔ, Ασφαλιστικά μέτρα – Διαδικασία Εκούσιας Δικαιοδοσίας – Διαιτησία², 2020, άρθρ. 869 αριθ. 13.

- 5 Τούτο ισχύει γενικότερα επί των δικονομικών καλουμένων συμβάσεων· βλ. αναλυτικά ήδη *Στ. Δελγκωστόπουλο*, ανωτ. σημ. 2, Η αυτονομία, σ. 189 επ. μ.π.π. ως προς τις περιπτώσεις της καθολικής και ειδικής διαδοχής προ της θεμελιώσεως της εκκρεμοδικίας· ειδικά ως προς τη ρήτρα διεθνούς δικαιοδοσίας στη φορτωτική βλ. *Κοροτζή*, Η ρήτρα διεθνούς δικαιοδοσίας στη θαλάσσια φορτωτική και στη σύμβαση ναυτολόγησης, ΕλλΔνη 1997.507 (513 Π, 519 Π/520 Ι). – Και επί ρήτρας διαιτησίας (για τη νομική φύση της συμφωνίας διαιτησίας ως δικονομικής συμβάσεως, βλ. αναλυτικά *Κουσουλή*, ανωτ. σημ. 2, ΔίκΔιατ, § 3 Π αριθ. 10-11 σ. 24-25· *Καΐση*, ανωτ. σημ. 2, σ. 61 επ. μ.π.π.· πρβλ. όμως και *Καλαβρό*, ανωτ. σημ. 2, Θεμελιώδη ζητήματα, σ. 46 επ.: μικτή σύμβαση, επί της οποίας εφαρμόζονται διατάξεις τόσο του ουσιαστικού, όσο και του δικονομικού δικαίου) γίνεται δεκτό ότι αυτή δεσμεύει τρίτα πρόσωπα, όταν είτε η έννομη θέση τους εξαρχής ταυτίζεται ουσιαστικά με εκείνη του καταρτίσαντος την κύρια σύμβαση είτε αυτοί επακολούθως υποκαθιστούν τον τελευταίο στην κύρια έννομη σχέση, όπως χαρακτηριστικώς συμβαίνει ακριβώς επί καθολικής ή ειδικής διαδοχής· βλ. *Κουσουλή*, ανωτ. σημ. 2, ΔίκΔιατ, § 5 ΙΙΙ αριθ. 42 επ. σ. 44 επ. μ.π.π.· *τον ίδιο*, Διαιτησία, Ερμηνεία κατ' άρθρο, 2004, Α, υπό άρθρο 869 αριθ. 12-14 σ. 19-20 μ.π.π.· *Καλαβρό*, ανωτ. σημ. 4, αριθ. 330 σ. 293-294· *τον ίδιο*, Το Ιδιωτικό Διεθνές Δίκαιο της Διεθνούς Διαιτησίας, 2020, αριθ. 115 σ. 70 (όπου στη σημ. 251 περαιτέρω αναφορές στις διάφορες απόψεις της γερμανικής θεωρίας)· *Κολοτούρο*, ανωτ. σημ. 2, ΕΠολΔ 2016.535 (539 κάτω-541 μ.π.π. στην ελληνική και διεθνή δικονομική θεωρία: ο τρίτος δεσμεύεται, όταν η θέση του ουσιαστικά ταυτίζεται με τη θέση του συμβαλλόμενου μέρους)· *τον ίδιο*, Πρόσκλησις προς αναγκαστικήν παρέμβασην εις διαιτητικήν δίκην. Αντικειμενικά όρια του δεδικοσμένου διαιτητικής αποφάσεως, Γνμδ, Διαιτησία, 2019.27 (39-41 μ.π.π. στην ελληνική και αλλοδαπή δικονομική θεωρία)· *Κεραμέα/Κονδύλη/Νίκα (- Φιλιώτη)*, ανωτ. σημ. 4, ΚΠολΔ, άρθρ. 869 αριθ. 14· από τη γερμανική θεωρία, αντί άλλων βλ. τη συστηματική και περιπτωσιολογική ανάλυση του *Niklas*, Die subjektive Reichweite von Schiedsvereinbarungen, Eine systematische Darstellung unter besonderer Berücksichtigung der Mehrparteien-schiedsgerichtsbarkeit, 2008, σ. 112 επ. μ.π.π.· για το ζήτημα της δεσμεύσεως εν προκειμένω του διαδόχου από τη σκοπιά της διεθνούς διαιτησίας, αντί άλλων βλ. *Born*, International Arbitration, Law and Practice, 2016, § 5.01 [D-E], σ. 101-102 με περαιτέρω πλούσιες αναφορές.

θα έπρεπε να χωρεί δυνάμει του εφαρμοστέου ουσιαστικού δικαίου⁶. Ζήτημα ανέκυψε ως προς τον εντοπισμό εν προκειμένω του εφαρμοστέου δικαίου. Θα έπρεπε τούτο να καθορίζεται δυνάμει του ιδιωτικού διεθνούς δικαίου του παρεκτεινόμενου ή του επιληφθέντος δικαστηρίου⁷; Το ΔΕΕ στη γνωστή απόφαση *Hydrogen* ακολούθησε την τελευταία εκδοχή. Το εφαρμοστέο εδώ δίκαιο θα έπρεπε να ανευρίσκεται με βάση τους κανόνες ιδιωτικού διεθνούς δικαίου του επιληφθέντος δικαστηρίου (*forum*)⁸. Η εν λόγω ερμηνευτική πτυχή προφανώς δεν αναφύεται, όταν επιληφθέν δικαστήριο είναι το παρεκτεινόμενο, αλλά περιορίζεται στην περίπτωση κατά την οποία το τελευταίο δεν έχει καταστεί *forum*.

II. Η ισχύουσα ρύθμιση του άρθρου 25 Καν Βρ Ια και το ζήτημα της δυνατότητας ευθείας εφαρμογής του στο συζητούμενο πρόβλημα

Ως γνωστόν, στο αντίστοιχο με το άρθρο 23 Καν Βρ Ι ισχύον άρθρο 25 ΚανΒρ Ια, ο ευρωπαϊός δικονομικός νομοθέτης, προκειμένου να άρει την πολυειδία των θέσεων των καθ' έκαστον εθνικών εννόμων τάξεων των κρατών μελών κατά τον έλεγχο της εγκυρότητας μίας συμφωνίας παρεκτάσεως, αφενός θέσπισε αυτόνομους κανόνες ως προς τον έλεγχο του τυπικού κύρους της συμφωνούμενης ρήτρας και αφετέρου καθόρισε, καθιερώνοντας κανόνα ιδιωτι-

6 ΔΕΕ, 20.4.2016, *Profit Investment SIM*, C-366/13, ECLI:EU:C:2016:282, σκέψη 37· ΔΕΕ, 21.5.2015, *Cartel Damage Claims Hydrogen Peroxide*, C-352/13, ECLI:ECLI:EU:C:2015:335, σκέψη 65· ΔΕΚ, 9.11.2000, *Coreck Maritime*, C-387/98, ΣυλλΝομολ 2000.I-9337, σκέψεις 24-25=ΧρΙΔ 2001.51· ΔΕΚ, 19.6.1984, *Tilly Russ*, 71-83, ΣυλλΝομολ 1984-02417, σκέψεις 20 επ. (ιδίως 26)· *Σαχπεκίδου*, ανωτ. σημ. 1, Η παρέκταση, σ. 120 επ. μ.π.π.· *η ίδια*, Συμφωνίες παρεκτάσεως διεθνούς δικαιοδοσίας, *Liber Amicorum Κεραμέως*, 2000, σ. 215 επ. (223)· *η ίδια*, ανωτ. σημ. 1, ΕΠολΔ 2018.457 (468 κάτω-471)· *Απαλαγάκη*, ανωτ. σημ. 2, ΕλλΔνη 1993.266 επ. μ.π.π.· *Κουσουλής*, ανωτ. σημ. 2, ΕΕμπΔ 1998.218 (224-225)· *Αρβανιτάκης/Βασιλακάκης [-Καπακτού]*, ΕρμΕΚ [4]-ΚανΒρ Ια 2020, άρθρ. 25 αριθ. 49-50 σ. 512-513 μ.π.π. στη θεωρία και τη νομολογία· *Ι. Δεληκωστόπουλος*, ανωτ. σημ. 1, ΕΠολΔ 2012.163 επ. (165 ΙΙ)· *Κοροτζής*, προηγ. σημ., ΕλλΔνη 1997.507 (519 ΙΙ/520 Ι)· *Καραμέρος*, ανωτ. σημ. 1, Αρμ. 2018.881 (883 μ.π.π.).

7 Για το ζήτημα βλ. διεξοδικά *Melcher*, Zur Drittwirkung von Gerichtsstandsvereinbarungen nach der EuGVVO nF, GPR 2017.246.250 ΙΙ-251, όπου και αναφορές στις εκατέρωθεν δι-ατυπωθείσες απόψεις της θεωρίας· *Gebauer*, Zur subjektiven Reichweite von Schieds- und Gerichtsstandsvereinbarungen – Maßstab und anwendbares Recht, σε *Ars aequi et boni in mundo: Festschrift für Rolf Schütze zum 80. Geburtstag*, σ. 95 επ. μ.π.π. (όπου και γενικότερη - πέραν του πεδίου εφαρμογής του ευρωπαϊκού δικαίου - αντιμετώπιση του ζητήματος από τη σκοπιά της γερμανικής θεωρίας με παράθεση πλούσιας κρίσιμης εν προκειμένω περιπτωσιολογίας)· ακόμη *Gottwald*, ανωτ. σημ. 2, σ. 131 (132-133).

8 ΔΕΕ, 21.5.2015, *Cartel Damage Claims Hydrogen Peroxide*, C-352/13, ECLI:ECLI:EU:C:2015:335, σκέψη 65.

κού διεθνούς δικαίου, τις ρυθμίσεις του εθνικού δικαίου του παρεκτεινόμενου δικαστηρίου (*lex fori prorogati*) ως διέπουσες τα ζητήματα της ουσιαστικής εγκυρότητάς της⁹. Πρότυπο της δικαιοπολιτικής επιλογής της εφαρμογής της *lex fori prorogati* κατά τον έλεγχο του ουσιαστικού κύρους της ρήτηρας παρεκτάσεως υπήρξε η αντίστοιχη ρύθμιση του άρθρου 5 I της Συμβάσεως της Χάγης για τις συμφωνίες παρέκτασης¹⁰. Πρόκειται για ρηξικέλευθη επιλο-

9 Βλ. Νίκα/Σαχπεκίδου, ανωτ. σημ. 2, ΕυρΠολΔικ, άρθρο 25 αριθ. 1 επ. σ. 372 επ. μ.π.π.· Καϊση, Ζητήματα από την παρέκταση διεθνούς δικαιοδοσίας κατά τα άρθρα 25, 29 και 31 σημ. 2 του Κανονισμού 1215/2012, ΕφΑΔ 2017.98 (105 επ.)· Αρβανιτάκη, Τροποποιήσεις του Κανονισμού (ΕΕ) 1216/2012 στις διατάξεις περί διεθνούς δικαιοδοσίας, Αρμ. 2013.2063 (2067 επ.)· Αρβανιτάκη/Βασιλακάκη [-Καπακτσή], ανωτ. σημ. 1, ΕρμΕΚ [4]-ΚανΒρ Ια, άρθρ. 25 αριθ. 1 επ. σ. 472 επ. μ.π.π. στη θεωρία και τη νομολογία· Ι. Δεληκωστόπουλο, Ζητήματα από την εφαρμογή του Κανονισμού 1215/2012 για τη διεθνή δικαιοδοσία και την εκτέλεση αποφάσεων², 2019, σ. 282 επ. μ.π.π.· Καστανίδη, Ρήτρες παρέκτασης διεθνούς δικαιοδοσίας και επίδρασή τους στην εκκρεμοδικία κατά τον Κανονισμό 1215/2012: ιδίως οι συμφωνίες παρέκτασης σε βάρος ασθενούς συμβαλλομένου, ProJustitia, <https://www.academia.edu/36436317> σημ. 12 μ.π.π.· Hess, Europäisches Zivilprozessrecht², 2021, § 6 Rz. 150 επ. μ.π.π.· Magnus, Gerichtsstandsvereinbarungen unter der reformierten EuGVO, Festschrift für Dieter Martiny, 2014, σ. 785 (791 επ. μ.π.π.)· Simotta, ανωτ. σημ. 2, International Journal of Procedural Law, 2013.58 (65 επ. μ.π.π.)· η ίδια, Zur materiellen Nichtigkeit von Gerichtsstandsvereinbarungen (Art. 25 Abs. 1 S. 1 EuGVVO), Ars aequi et boni in mundo: Festschrift für Rolf A. Schütze, 2014, σ. 541 επ. (542 επ.)· Nunner-Krautgasser, Die Neuregelung der ausschließlichen Gerichtsstandsvereinbarungen in der EuGVVO, ZZP 2014.461 (473 επ. μ.π.π.)· Ratković/Zgrabljic Rotar, Choice-of-Court Agreements under the Brussels I Regulation (Recast), Journal of Private International Law, 2013.245 (252 επ. μ.π.π.)· Herranz Ballesteros, The Regime of Party Autonomy in the Brussels I Recast: the Solutions adopted for Agreements on Jurisdiction, Journal of Private International Law, 2014.291 επ. μ.π.π. – Κατεξοχήν ζητήματα ουσιαστικού κύρους της σχετικής συμφωνίας θα είναι εδώ ενδεικτικώς τυχόν επιφυλάξεις ελαττώματα της δηλώσεως βουλήσεως, πλάνη, απάτη, απειλή, προβλήματα αντιπροσωπεύσεως, συναιρέσεως ή εγκρίσεως, αντιθέσεως της ρήτηρας στα χρηστά ήθη ή την καλή πίστη ή σε απαγορευτική διάταξη νόμου κ.ο.κ.· βλ. Νίκα/Σαχπεκίδου, ανωτ. σημ. 2, ΕυρΠολΔικ, άρθρο 25 αριθ. 83 επ. σ. 399 επ. μ.π.π.· Αρβανιτάκη/Βασιλακάκη [-Καπακτσή], ανωτ. σημ. 1, ΕρμΕΚ [4]-ΚανΒρ Ια, άρθρ. 25 αριθ. 26 σ. 493 και σημ. 79· Magnus, ανωτ. σημ. 2, σ. 785 (792)· Simotta, ανωτ. σημ. 2, International Journal of Procedural Law, 2013.58 (67 επ. μ.π.π.)· την ίδια, ό.π., Zur materiellen Nichtigkeit, σ. 541 επ. (544 επ.)· βλ. όμως Weller, Die “verbesserte Wirksamkeit” der europäischen Gerichtsstandsvereinbarung nach der Reform der Brüssel I-VO, ZZPInt 2014.251 επ. (263 κάτω και σημ. 50), υπέρ της εφαρμογής της *lex causae* ειδικώς στα ζητήματα της αντιπροσωπεύσεως.

10 Βλ. Καϊση, προηγ. σημ., ΕφΑΔ 2017.98 (113-114)· Αρβανιτάκη/Βασιλακάκη [-Καπακτσή], ανωτ. σημ. 1, ΕρμΕΚ [4]-ΚανΒρ Ια, άρθρ. 25 αριθ. 26 σ. 494 σημ. 80 in fin.· Weller, προηγ. σημ., ZZPInt 2014.251 επ. (252, 260). Το άρθρο αυτό συγκεκριμένα ορίζει: «Το δικαστήριο ή τα δικαστήρια ενός συμβαλλόμενου κράτους που ορίζονται ως αρμόδια σε αποκλειστική συμφωνία παρέκτασης είναι αρμόδια να εκδικάσουν μία νομική διαφορά η οποία υπάγεται στην εν λόγω συμφωνία, εκτός αν η συμφωνία είναι άκυρη με βάση τη νομοθεσία του εν λόγω κράτους»· για το άρθρο αυτό, βλ. Βασιλακάκη, Η Σύμβαση της Χάγης της 30^{ης} Ιουνίου 2005 για τις συμφωνίες επιλογής δικαστηρίου, Αρμ. 2007.1285 (1291 II).

γή, δεδομένου ότι, κατά την ερμηνεία του προϊσχύοντος άρθρου 23 Καν Βρ Ι (αλλά και του προγενέστερου ακόμη άρθρου 17 της Συμβάσεως των Βρυξελλών/1968), κρατούσες απέβαιναν έτερες αποτιμήσεις. Ειδικότερα, είχε υποστηριχθεί κυρίως η εφαρμογή: α) της *lex fori*, άποψη η οποία υιοθετούνταν και από τα ελληνικά δικαστήρια¹¹ ή β) της *lex causae*¹² ή γ) του ουσιαστικού δικαί-

11 ΑΠ 423/2018, ΔΕΕ 2019.405: «Η ρήτρα αποκλειστικής δικαιοδοσίας έχει αποκλειστικά δικονομικές επενέργειες, που συνίστανται στον αποκλεισμό ή στη θεμελίωση της τοπικής αρμοδιότητας του δικαστηρίου και το κύρος και η ισχύς της θα κριθεί από το δίκαιο της χώρας του δικαστή που δικάζει την υπόθεση, δηλαδή τη *lex fori*». ΑΠ 246/2016, ΕφΑΔ 2016.751 ενημ. σημ. Μπαλογιάννη. ΑΠ 948/2015, Νόμος. ΑΠ 1542/2014, ΧρΙΔ 2015.205. ΕφΑθ 717/2009, ΕΛΛΔνη 2009.558. ΜονΠρΑθ 734/2016, Νόμος. Έτσι, με βάση την πάγια αυτή νομολογιακή θεώρηση, επί προβολής ενώπιον του ελληνικού *forum* του ισχυρισμού περί ουσιαστικής ακυρότητας της συνομολογηθείσας ρήτρας διεθνούς δικαιοδοσίας ολλανδικών δικαστηρίων λόγω καταχρηστικότητας, σε σύμβαση εμπορικής αντιπροσωπείας και αποκλειστικής διανομής, στην οποία ως εφαρμοστέο ουσιαστικό δίκαιο έχει επιλεγεί από συμβαλλόμενα μέρη το ολλανδικό δίκαιο, το ουσιαστικό κύρος της ρήτρας διαγνωστέο δυνάμει των επιταγών των άρθρων 178, 179 και 281 ΑΚ και όχι των αντίστοιχων τυχόν προβλέψεων του καθορισθέντος να διέπει τη σύμβαση ολλανδικού αστικού δικαίου (ΑΠ 423/2018, ό.π.). – Η εφαρμογή της *lex fori* στα ζητήματα του επιτρεπτού, του κύρους και των δικονομικών εννόμων συνεπειών των συμφωνιών παρεκτάσεως διεθνούς δικαιοδοσίας γίνεται, ενόψει της νομικής τους φύσεως ως δικονομικών συμβάσεων, γενικότερα δεκτή από την κρατούσα άποψη στην ελληνική δικονομική θεωρία· ήδη Φραγκίστας, Δικαιοδοσία των διεθνών διαφορών ιδιωτικού δικαίου, 1934, σ. 2. Μητσόπουλος, ανωτ. σημ. 2, σ. 154-155. Μητσόπουλος/Γέσιου-Φαλτσή, ανωτ. σημ. 2, ΕΛΛΔνη 1998.517 (518 ΙΙ). Γέσιου-Φαλτσή, Η διεθνής δικαιοδοσία των ελληνικών δικαστηρίων για κρίση διαφορών από τραπεζική ενέγγυο πίστωση, Γνμδ, Αρμ. 1983.948 (949 Ι: «ο έλεγχος της διεθνούς δικαιοδοσίας ως προϋπόθεση του παραδεκτού της αγωγής (διαδικαστική προϋπόθεση) γίνεται πάντοτε με βάση το εγχώριο δίκαιο, το δίκαιο δηλαδή του δικαστή που δικάζει...Θέμα εφαρμογής αλλοδαπού δικαίου τίθεται μόνο όταν κριθεί θετικά το ζήτημα της διεθνούς δικαιοδοσίας και το δικαστήριο προχωρήσει από την κρίση του παραδεκτού στην κρίση του βασίμου της αγωγής. Στο στάδιο αυτό και μόνον είναι δυνατό, με εφαρμογή των κανόνων του ιδιωτικού διεθνούς δικαίου, να οδηγηθεί το δικαστήριο στην εφαρμογή ξένου ουσιαστικού δικαίου»). Yessiou-Faltsi, ανωτ. σημ. 2, Civil Procedure, αρ. 176 σ. 200. Κουσουλής, ανωτ. σημ. 2, ΕΕμπΔ 1998.218 (220 επ.). Τούτο συγκεκριμένα σημαίνει ότι εφαρμοστέο δίκαιο ως προς την ουσιαστική εγκυρότητα της ρήτρας τυγχάνει το καθόλου δίκαιο του δικάζοντος δικαστή· καταρχήν το δικονομικό (ως προς το επιτρεπτό ή τις έννομες συνέπειές της) αλλά και το ουσιαστικό, όταν οι δικονομικές διατάξεις δεν προβλέπουν ειδική ρύθμιση ζητημάτων απομμένων των συμβατικών της ιδιομάτων· ό.π.

12 Βλ. ΔΕΚ, 19.6.1984, Tilly Russ, 71-83, ΣυλλΝομολ 1984-02417, σκέψεις 20 επ. (ιδίως 26). Τη λύση αυτή έθαλλαν εκτιμήσεις οικονομίας της δίκης, αφού το εφαρμοστέο επί της κύριας συμβάσεως ουσιαστικό εθνικό δίκαιο διείπε και τον έλεγχο της ουσιαστικής εγκυρότητας της ρήτρας παρεκτάσεως· ώστε το σχετικό ζήτημα να απασχολεί άπαξ το *forum*. βλ. Simotta, ανωτ. σημ. 2, International Journal of Procedural Law, 2013.58 (67/68 μ.π.π.). Nunner-Krautgasser, ανωτ. σημ. 9, ZZP 2014.461 (472 επ. μ.π.π.). Έτσι, λ.χ. όταν το δικάζον αυστριακό δικαστήριο ελέγχει το ουσιαστικό κύρος ρήτρας παρεκτάσεως, ανευρίσκει τη *lex causae* που διέπει την κύρια σύμβαση με βάση τους αυστριακούς κανόνες συγκρούσεως, την οποία εφαρμόζει και επί της ρήτρας· έτσι, στο αναφερθέν στην προηγ. σημ. παρά-

ου που καθορίζουν οι κανόνες ιδιωτικού διεθνούς δικαίου του *forum*, αν και οι δύο τελευταίες περιπτώσεις κατ' ακρίβεια μάλλον συνιστούν μία, δηλαδή τη *lex causae* με βάση τους κανόνες ιδιωτικού διεθνούς δικαίου του *forum*¹³.

δειγμα που απασχόλησε τα ελληνικά δικαστήρια, το αυστριακό *forum* δεν θα επέλεγε το αυστριακό δίκαιο ως *lex fori*, προκειμένου να διαπιστώσει την τυχόν καταχρηστικότητα της σχετικής ρήτρας παρεκτάσεως, αλλά το καθορισθέν να διέπει την καθόλου κύρια σύμβαση (στην οποία περιλαμβάνεται και η επίμαχη ρήτρα) ολλανδικό αστικό δίκαιο· πρβλ. *Simotta*, ανωτ. σημ. 9, *Zur materiellen Nichtigkeit*, σ. 541 επ. (τα αναφερόμενα χαρακτηριστικά παραδείγματα των σ. 544 και 545). - Δεδομένου όμως του κατ' άρθρο 1 Π περ. ε αποκλεισμού εφαρμογής του Καν Ρώμη I επί συμφωνιών επιλογής δικαστηρίου, η θεωρητική αυτή εκδοχή είχε ως αποτέλεσμα, επί ελλείψεως συμβατικού καθορισμού του εφαρμοστέου δικαίου, μία ανεπιθύμητη ανομοιομορφία ως προς την αντιμετώπιση του κρίσιμου ζητήματος της ουσιαστικής εγκυρότητας μίας ρήτρας παρεκτάσεως στις καθ' έαστον έννομες τάξεις των κρατών μελών (ο.π.). Έτσι, αν σε σύμβαση πωλήσεως μεταξύ ενός Γερμανού και ενός Αυστριακού στην οποία έχει συμφωνηθεί ρήτρα παρεκτάσεως υπέρ των αυστριακών δικαστηρίων, ο Αυστριακός ασκεί αγωγή στο κατά τόπο αρμόδιο γερμανικό δικαστήριο της κατοικίας του Γερμανού, με αίτημα την αναγνώριση της ακυρότητας της συμβάσεως λόγω ελλείψεως δικαιοπρακτικής ικανότητας ενόψει της ανηλικότητάς του, το δίκαιο που θα διέπει τον έλεγχο της ουσιαστικής εγκυρότητας της ρήτρας παρεκτάσεως θα καθοριζόταν από τη *lex causae* βάσει των κανόνων συγκρούσεως του γερμανικού δικαίου. Στο ίδιο βιοτικό περιστατικό, αν ο Γερμανός είχε ασκήσει αγωγή στο έχον δύναμη της ρήτρας παρεκτάσεως αποκλειστική διεθνή δικαιοδοσία αυστριακό δικαστήριο, με αίτημα την καταδίκη του Αυστριακού αγοραστή στην καταβολή του συμφωνηθέντος τιμήματος της πωλήσεως, και ο τελευταίος προβάλλει την ένσταση ουσιαστικής ακυρότητας της συνολοποιηθείσας ρήτρας λόγω της ανηλικότητάς του, ο έλέγχος της ουσιαστικής εγκυρότητας της ρήτρας παρεκτάσεως θα διενεργούνταν με βάση τη *lex causae* καθοριστέα δυνάμει των κανόνων συγκρούσεως του αυστριακού δικαίου.

- 13 Για τις διάφορες διατυπωθείσες απόψεις βλ. αναλυτικά *Σαχπεκίδου*, ανωτ. σημ. 1, Η παρέκταση, σ. 120 επ. μ.π.π.· Νίκα/*Σαχπεκίδου*, ανωτ. σημ. 2, ΕυρΠολΔικ, άρθρο 25 αριθ. 83 σ. 399· *Καίση*, ανωτ. σημ. 9, ΕφΑΔ 2017.98 (114-115)· *Αρβανιτάκη*, ανωτ. σημ. 9, Αρμ. 2013.2063 (2067 επ.)· *Αρβανιτάκη/Βασιλακάκη* [-*Καπακτσή*], ανωτ. σημ. 1, ΕρμΕΚ [4]-ΚανΒρ Ια, άρθρ. 25 αριθ. 26 σ. 493-494 και ιδίως σημ. 80· *Ι. Δεληκωστόπουλο*, ανωτ. σημ. 9, σ. 297 επ. μ.π.π.· *Δωρή*, ανωτ. σημ. 2, σ. 200 επ.· *Σταματιάδη*, ανωτ. σημ. 2, αριθ. 304 επ. σ. 128 επ. μ.π.π.· *Hess/Pfeifer/Schlosser/Pfeifer*, *The Brussels I-Regulation (EC) No 44/2001 – The Heidelberg Report on the Application of Regulation Brussels I in 25 Member States*, 2008, Rn. 323 επ.· *Weller*, ανωτ. σημ. 9, ZZPInt 2014.251 επ. (260)· *Simotta*, ανωτ. σημ. 2, *International Journal of Procedural Law*, 2013.58 (67 κάτω επ. μ.π.π.)· *την ίδια*, ανωτ. σημ. 9, *Zur materiellen Nichtigkeit*, σ. 541 επ. (544 επ.)· *Nunner-Krautgasser*, ανωτ. σημ. 9, ZZP 2014.461 (471 επ. μ.π.π.)· *Ratković/Zgrabljic Rotar*, ανωτ. σημ. 9, *Journal of Private International Law*, 2013.245 (252 επ. μ.π.π.). - Πρβλ. πάντως τη ΔΕΕ, 7.2.2013, *Refcomp SpA*, C-543/10, ECLI:ECLI:EU:C:2012:637, σκέψεις 24 επ., ιδίως σκέψεις 37-38, όπου το ΔΕΕ - καθώς φαίνεται - απομακρύνεται από την παραπομπή στις ρυθμίσεις του εκάστοτε εφαρμοστέου εθνικού ουσιαστικού δικαίου, το οποίο - μάλλον αυτονόμως - το ίδιο ερμηνεύει για το ζήτημα αυτό βλ. ιδίως *Ι. Δεληκωστόπουλο*, ό.π., σ. 299 επ.· *τον ίδιο*, Παρ. υπό την ανωτέρω απόφαση, ΕΠΟΛΔ 2013.432· από την αλλοδαπή θεωρία βλ. *Melcher*, ανωτ. σημ. 7, GPR 2017.246.251 (I/II)· *Gebauer*, ανωτ. σημ. 7, σ. 95 (103 επ. μ.π.π.)· *Herranz Ballesteros*, ανωτ. σημ. 9, *Journal of Private International Law*, 2014.291 (303-304 μ.π.π.).

Και υπό την ισχύουσα μορφή του άρθρου 25 Καν Βρ Ια, αμφιλέγεται πάντως το ζήτημα του εφαρμοστέου δικαίου του παρεκτεινόμενου δικαστηρίου. Ερωτάται, συγκεκριμένα, αν σε εφαρμογή καλείται εδώ το δικονομικό ή το ουσιαστικό δίκαιο του εν λόγω δικαστηρίου. Ενόψει της αιτιολογικής σκέψεως 20 του Προοιμίου, κατά την οποία «σε περίπτωση που ανακύπτει ζήτημα σχετικά με το κατά πόσον συμφωνία παρέκτασης υπέρ δικαστηρίου ή δικαστηρίων ενός κράτους μέλους είναι άκυρη ως προς την ουσιαστική της ισχύ, το ζήτημα κρίνεται βάσει της νομοθεσίας του κράτους μέλους του δικαστηρίου ή των δικαστηρίων που ορίζονται στη συμφωνία, συμπεριλαμβανομένων των κανόνων περί συγκρούσεως δικαίων του συγκεκριμένου κράτους μέλους», υποστηρίζεται¹⁴ ότι εφαρμοστέο τυγχάνει το δίκαιο εκείνο που υποδεικνύουν οι κανόνες ιδιωτικού διεθνούς δικαίου του *forum* συνολικά, δηλαδή τόσο οι διατάξεις του ουσιαστικού όσο και οι αντίστοιχες του δικονομικού δικαίου. Πρόκειται δηλαδή εδώ περίπτωση ανοικτής παραπομπής εις ολόκληρον (*Gesamtverweisung*)¹⁵. Και, υπό την ερμηνευτική αυτή εκδοχή, γίνεται περαιτέρω δεκτό ότι η απάντηση στο πρόβλημα της επιλογής του εφαρμοστέου δικαίου συνέχεται με την ειδικότερη αφετηριακή θέση, αν κατά την έννομη τάξη του παρεκτεινόμενου δικαστηρίου, η ρήτρα παρεκτάσεως αντιμετωπίζεται ως ουσιαστικού δικαίου σύμβαση ή δικονομική συμφωνία. Λ.χ. εάν παρεκταθέν είναι αυστριακό δικαστήριο, δεδομένης της θεωρήσεως της ρήτρας παρεκτάσεως ως δικονομικής συμβάσεως κατά το αυστριακό δίκαιο, δεν αναφύεται ζήτημα δικαιοπρακτικής ικανότητας αλλά ικανότητας δικαστικής παραστάσεως¹⁶ και δεν είναι επιτρεπτός ο έλεγχος της σχετικής συμφωνίας από την έποψη τυχόν συντρεχόντων ελαττωμάτων της δηλώσεως βουλήσεως¹⁷. ενώ το αυστριακό αστικό δίκαιο θα

14 *Magnus*, ανωτ. σημ. 2, σ. 785 (791)· *Simotta*, ανωτ. σημ. 2, *International Journal of Procedural Law*, 2013.58 (68 επ. μ.π.π.)· η ίδια, ανωτ. σημ. 9, *Zur materiellen Nichtigkeit*, σ. 541 επ. (545 επ.)· *Weller*, ανωτ. σημ. 9, *ZZPInt* 2014.251 επ. (260).

15 Βλ. *Καϊση*, ανωτ. σημ. 9, ΕφΑΔ 2017.98 (115 σημ. 190, 191), με πλούσιες περαιτέρω αναφορές· *Rauscher/Mankowski*, *EuZPR/EuIPR*³, Art. 25 Brüssel Ia-VO Rn. 47 επ. όπου και κριτική της νομοθετικής αυτής επιλογής.

16 Η ίδια γνώμη κρατεί και στην ελληνική δικονομική θεωρία· *Μητσόπουλος*, ανωτ. σημ. 2, ΠολΔικ, σ. 257· ο ίδιος, *Διαδικαστικά πράξεις, Μελέται Γενικής Θεωρίας Δικαίου και Αστικού Δικονομικού Δικαίου*, 1983, σ. 321 επ. (346-347)· *Μητσόπουλος/Τέσιου-Φαλτσή*, ανωτ. σημ. 2, ΕλλΔνη 1998.517 (519 I).

17 Αντιθέτως, στο ελληνικό δίκαιο, καθώς οι συμφωνίες παρεκτάσεως είναι συμβάσεις υπό την αυτή έννοια του όρου με την καθοριζόμενη από το αστικό δίκαιο, γίνεται δεκτό ότι τα ελαττώματα βουλήσεως διέπονται αναλόγως από αυτό, δεδομένης της ελλείψεως ειδικών σχετικών κανόνων στο πεδίο του δικονομικού δικαίου· *Μητσόπουλος*, ανωτ. σημ. 16, *Διαδικαστικά πράξεις*, σ. 321 επ. (346, 348-349)· *Μητσόπουλος/Τέσιου-Φαλτσή*, ανωτ. σημ. 2, ΕλλΔνη 1998.517 (519 I)· *Νίκας*, ΠολΔικ, I², ανωτ. σημ. 1, § 18 I αριθ. 8 σ. 295· *Απαλαγάκη*, ανωτ. σημ. 2, ΕλλΔνη 1993.266 (270 I)· πρβλ. ομοίως ως προς τη ρήτρα διαιτησίας *Κεραμέα/Κονδύλη/Νίκα* (- *Φιλιώτη*), ανωτ. σημ. 4, ΚΠολΔ, άρθρ. 869 αριθ. 10.

καθορίζει τις προϋποθέσεις έγκυρης αντιπροσωπεύσεως προς συνομολόγηση της ρήτηρας ή μεταγενέστερης εγκρίσεώς της¹⁸. Τα ανωτέρω δεδομένα καταδεικνύουν ότι κάποτε, κατά τον έλεγχο του ουσιαστικού κύρους μίας ρήτηρας παρεκτάσεως δυνάμει του άρθρου 25 Καν Βρ Ια, ορισμένα ζητήματα θα διέπονται από το δικονομικό δίκαιο του παρεκτεινόμενου δικαστηρίου (λ.χ. στο ανωτέρω παράδειγμα εκείνο της ικανότητας δικαστικής παραστάσεως), ενώ άλλα (λ.χ. το πρόβλημα της αντιπροσωπεύσεως), από το ουσιαστικό δίκαιο που καθορίζουν οι κανόνες συγκρούσεως του εν λόγω forum. Η ενδεχόμενη αυτή συνθήκη δεν προκαλεί τριγμούς και η *lex fori prorogati* αποτιμάται πράγματι ως ενδεδειγμένη, όταν forum και παρεκτεινόμενο δικαστήριο ταυτίζονται, υπό την πρόσθετη όμως προϋπόθεση ότι και οι οικείοι κανόνες ιδιωτικού διεθνούς δικαίου υποδεικνύουν ως εφαρμοστέο δίκαιο το δίκαιο του forum και όχι τυχόν αλλοδαπό¹⁹. Εδώ ο δικάζων δικαστής θα εφαρμόσει το

18 Βλ. *Simotta*, ανωτ. σημ. 2, *International Journal of Procedural Law*, 2013.58 (67 κάτω επ.)· πρβλ. *Nunner-Krautgasser*, ανωτ. σημ. 9, *ZZP* 2014.461 (475).

19 Ενώ υπό την ισχύ του άρθρου 23 Καν Βρ Ι, γινόταν δεκτό (*Simotta*, in *Fasching/Konecny*, *Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen*², V/1, 2011, Art. 23 EuGVVO Rz.78) ότι το βάρος αποδείξεως της ουσιαστικής εγκυρότητας της ρήτηρας παρεκτάσεως έφερε ο επικαλούμενος την ισχύ της, υποστηρίζεται ότι το άρθρο 25 Καν Βρ Ια καθιερώνει ένα ευρωπαϊκό μαχητό νόμιμο τεκμήριο πράγματος. Βάση του τεκμηρίου είναι η κατάρτιση της συμφωνίας (το υποστατό αυτής λόγω συμπτώσεως των εκατέρωθεν δηλώσεων βουλήσεως) με τήρηση του επιβαλλόμενου τύπου. Εφόσον τούτο αποδειχθεί, τεκμαίρεται η συνδρομή της ουσιαστικής εγκυρότητας της συμφωνίας, ώστε να απαλλάσσεται από το βάρος της αποδείξεως της ο επικαλούμενος τη ρήτρα και να επέρχεται η δικονομική έννομη συνέπεια της αποκλειστικής διεθνούς δικαιοδοσίας του παρεκτεινόμενου δικαστηρίου. Το νόμιμο αυτό τεκμήριο συνεπάγεται μία ιδιάζουσα αντιστροφή του βάρους αποδείξεως ως προς το τεκμαιρόμενο γεγονός του ουσιαστικού κύρους της συμφωνίας. Τώρα, ο μαχόμενος την ισχύ του τεκμηρίου φέρει το αντικειμενικό βάρος να αποδείξει, δημιουργώντας πλήρη δικανική πεποίθηση στον δικάζοντα δικαστή (κύρια απόδειξη του αντιθέτου) για τη μη συνδρομή του τεκμαιρομένου στην ατομική περίπτωση, δηλαδή για την ουσιαστική ακυρότητα της ρήτηρας παρεκτάσεως· βλ. *Rauscher/Mankowski*, *EuZPR/EuIPR*⁵, Art. 25 Brüssel Ia-VO Rn. 56· *Simotta*, ανωτ. σημ. 2, *International Journal of Procedural Law*, 2013.58 (65/66)· *την ίδια*, ανωτ. σημ. 9, *Zur materiellen Nichtigkeit*, σ. 541 επ. (543)· *Nunner-Krautgasser*, ανωτ. σημ. 9, *ZZP* 2014.461 (474)· σύμφωνος με την άποψη αυτή ο *Καΐσης*, ανωτ. σημ. 9, *ΕφΑΔ* 2017.98 (117 I). Η θέση αυτή δεν είναι πειστική. Πρωτεύον γνώρισμα του εσώτερου εννοιολογικού πυρήνα του μαχητού νόμιμου τεκμηρίου πράγματος (και στην ευρωπαϊκή νομοθεσία) είναι το εξής: η έννομη συνέπεια του κανόνα που καθιερώνει νόμιμο μαχητό τεκμήριο πράγματος αποτελεί πάντοτε την προϋπόθεση ενός άλλου βασικού ή αρχικού (αυτοτελούς και) γνήσιου κανόνα είτε του ουσιαστικού είτε του δικονομικού δικαίου. Τα ανωτέρω όμως δεδομένα καταδεικνύουν ότι το ουσιαστικό αυτό γνώρισμα, υπό την έννοια της αδυναμίας απεμπόλησής του δίχως ταυτόχρονη αναίρεση της λειτουργίας του νομίμου τεκμηρίου ως νομοτεχνικού μέσου, δεν απαντά εδώ. Ορθότερο είναι να γίνει δεκτό ότι η ουσιαστική εγκυρότητα της συμφωνίας εικάζεται από τον ευρωπαϊό νομοθέτη ως η κανονική και συνήθως ισχύουσα συνθήκη· ώστε η έλλειψή της, αντιμετωπιζόμενη ως εξαιρετικό και παρεκκλίνον στοιχείο, να καταστρώνεται ως προϋπόθεση καθιερούμενου εν προκειμένω αντε-

οικείο σ' αυτόν εθνικό ουσιαστικό και δικονομικό δίκαιο κατά τις ανωτέρω διακρίσεις. Τούτο όμως δεν ισχύει, όταν από τους κανόνες ιδιωτικού διεθνούς δικαίου του *forum* υποδεικνύεται ως εφαρμοστέο αλλοδαπό δίκαιο, όπως και όταν δικάζον δεν είναι το παρεκταθέν δικαστήριο και ο αντίδικος προβάλλει την ένσταση ελλείψεως διεθνούς δικαιοδοσίας δυνάμει της ρήτρας παρεκτάσεως, την οποία ο ασκών το βοήθημα αντιμάχεται, προτείνοντας τον ισχυρισμό περί ουσιαστικής ακυρότητας της σχετικής συμφωνίας. Στις περιπτώσεις αυτές, ο δικαστής θα πρέπει να ανεύρει και να εφαρμόσει αλλοδαπό δίκαιο επί δυσχερών και συχνά αμφιλεγόμενων στην εκάστοτε εθνική νομολογία και θεωρία ζητημάτων, εκκινώντας μάλιστα από το αφετηριακό πρόβλημα της αντιμετώπισης της σχετικής ρήτρας ως ουσιαστικής ή δικονομικής συμβάσεως δυνάμει της *lex fori prorogati* κατά τα ανωτέρω. Η νέα ρύθμιση εμφορείται περαιτέρω από το μειονέκτημα του κατακερματισμού του δικαίου που θα πρέπει να εφαρμοσθεί αφενός μεν στην κύρια σύμβαση (*lex causae*) και αφετέρου στη ρήτρα παρεκτάσεως (*lex fori prorogati*), δεδομένης της προαναφερθείσας²⁰ ελλείψεως κοινών κανόνων συγκρούσεως ενόψει της εξαιρέσεως των ρητρών παρεκτάσεως από το πεδίο εφαρμογής του Καν Ρώμη Ι²¹. Συνεπώς, ο

νεργούντος δικαιοκωλυτικού κανόνα, ο οποίος θεμελιώνει σχετική καταχρηστική ένσταση, με αποτέλεσμα να αρκεί η εκ μέρους του ενάγοντος επίκληση του κύρους της ρήτρας, ο δε μαχόμενος το κύρος αυτό να φέρει και το αντίστοιχο αντικειμενικό βάρος αποδείξεως· για την έννοια και τη φύση του νομίμου μαχητού τεκμηρίου στην ευρωπαϊκή νομοθεσία, βλ. Καραμέρο, Το νόμιμο τεκμήριο ως νομοτεχνικό μέσο της ελληνικής και της ευρωπαϊκής νομοθεσίας, 2020, σ. 23 επ. (ιδίως 30-31), 57, 278 επ. μ.π.π. στην ελληνική και αλλοδαπή θεωρία. – Τέλος, το εν λόγω ζήτημα συνέχεται και με το επιτρεπτό αυτεπάγγελτης λήψεως υπόψιν τυχόν επιφυλάξεως ουσιαστικής ακυρότητας της ρήτρας παρεκτάσεως. Προβληματισμό εγείρει συγκεκριμένα η περίπτωση κατά την οποία, επί ερμηδικίας του εναγομένου, το παρεκτεινόμενο δικαστήριο διαπιστώνει ως *forum* την ουσιαστική ακυρότητα της ρήτρας λόγω ελλείψεως δικαιοπρακτικής ικανότητας του απολιπόμενου διαδίκου ή λόγω καταπλεονεκτικότητάς της κ.ο.κ. Η υποστηριχθείσα θέση υπέρ της αυτεπάγγελτης απαγγελίας της ακυρότητας σε τέτοιες περιπτώσεις (έτσι οι *Rauscher/Mankowski*, EuZPR/EuIPR⁵, Art. 25 Brüssel Ia-VO Rn. 7· *Magnus*, ανωτ. σημ. 2, σ. 785, 795 κάτω-796) είναι επιδοκιμαστέα και εναρμονίζεται με την αμέσως ανωτέρω διαπιστωθείσα φύση του ισχυρισμού περί ουσιαστικής ακυρότητας της συμφωνίας ως καταχρηστικής δικαιοκωλυτικής ενστάσεως· αφού – ως γνωστόν – στις καταχρηστικές ενστάσεις, εφόσον από τα στοιχεία της δικογραφίας προκύπτει η συνδρομή των προϋποθέσεων του εκάστοτε αντενεργούντος κανόνα, το *forum* διαπιστώνει αυτεπαγγέλτως την χωρούσα έννομη συνέπεια (εδώ την ακυρότητα) δίχως την ανάγκη προηγούμενης προβολής σχετικού αμυντικού ισχυρισμού από τον διάδικο, όπως αντιθέτως απαιτείται στις γνήσιες ενστάσεις· για το ζήτημα βλ. αναλυτικά Καραμέρο, ό.π., μ.π.π.

20 Βλ. ανωτέρω το δεύτερο σκέλος της σημ. 12.

21 Βλ. όμως υπέρ της ανάλογης εν προκειμένω εφαρμογής του Καν Ρώμη Ι: *Magnus*, ανωτ. σημ. 2, σ. 785 (794-795 επάνω)· *Weller*, ανωτ. σημ. 9, ZZPInt 2014.251 επ. (260/261). Η θεώρηση αυτή θεμελιώνεται στη σκέψη ότι το εφαρμοστέο σύμφωνα με τον Καν ουσιαστικό δίκαιο επί της κυρίας συμβάσεως διέπει εμμέσως και τη συμφωνηθείσα ρήτρα παρεκτάσε-

δικαστής του *forum* θα πρέπει να ανεύρει το εφαρμοστέο ουσιαστικό δίκαιο επί της κρισιολογούμενης και απορρέουσας από την κύρια σύμβαση επίδικης αξιώσεως, δυνάμει των κανόνων συγκρούσεως της εθνικής έννομης τάξεως στην οποία ανήκει· και το αντίστοιχο δίκαιο που ρυθμίζει τη ρήτρα παρεκτάσεως δυνάμει της *lex fori prorogati*, το οποίο δυνατόν να είναι διάφορο, όπως θα ισχύει επί συμφωνίας των μερών ως προς το διέπον την κύρια σύμβαση ουσιαστικό δίκαιο (όταν δηλαδή τα μέρη έχουν καθορίσει τη *lex causae*) ή αλλοδαπό και πιθανότατα άγνωστο στο *forum*, όταν ειδικότερα το τελευταίο δεν είναι το παρεκταθέν και αμφισβητείται η ουσιαστική εγκυρότητα της ρήτρας παρεκτάσεως κατά τα ανωτέρω. Τέλος, η παραπομπή στη *lex fori prorogati* για τα ζητήματα της ουσιαστικής εγκυρότητας της συμφωνίας παρεκτάσεως αδυνατεί να πραγματώσει την επιδωκόμενη ομοιομορφία· αφού - όπως πάντως και επί εφαρμογής της *lex causae* - η αυτή ρήτρα παρεκτάσεως δυνατόν να αποτιμάται ως έγκυρη στη δικαιοταξία ενός κράτους μέλους και ως άκυρη στην αντίστοιχη δικαιοταξία άλλου²².

1. Η άποψη της θεωρίας

Και υπό την ισχύ του αναμορφωμένου άρθρου 25 Καν Βρ Ια, το ανωτέρω (υπό Ι) αναφερθέν ζήτημα της επεκτάσεως της ισχύος μίας ρήτρας σε τρίτα πρόσωπα, ως κείμενο - καθώς φαίνεται - εκτός των κύκλων του τύπου και της ουσίας μίας ρήτρας παρεκτάσεως, εξακολουθεί να εγείρει έντονο προβληματισμό. Κατά την απολύτως κρατούσα στην ελληνική θεωρία γνώμη²³, παρά την ανωτέρω τροποποίηση του περιεχομένου του άρθρου 25 Καν Βρ Ια, η κρίσιμη εν

ως. Εξάλλου - κατά τη γνώμη αυτή - η αναγωγή στον ιστορικό δικαιολογικό λόγο του αποκλεισμού εφαρμογής του Καν Ρώμη Ι καταδεικνύει ότι σκοπός της δικαιοπολιτικής αυτής επιλογής υπήρξε απλώς η απόδοση προτεραιότητας στην εφαρμογή ειδικών τυχόν ρυθμίσεων των συμφωνιών παρεκτάσεως ή διαιτησίας. Συνεπώς, όταν οι ειδικοί αυτοί κανόνες, όπως χαρακτηριστικώς εκείνος του άρθρου 25 Καν Βρ Ια, καταλείπουν κενά, δεν εμποδίζεται η συμπληρωματική εφαρμογή των κανόνων συγκρούσεως του Καν Ρώμη Ι. Εξάλλου, εκτός του κανονιστικού πεδίου του Καν Βρ Ι α και της Συμβάσεως του Λουγκάνο, ως εφαρμοστέο επί της ρήτρας παρεκτάσεως ουσιαστικό δίκαιο αποτιμάται κατά κανόνα εκείνο που διέπει ως *lex causae* την κύρια σύμβαση, στην οποία η ρήτρα περιλαμβάνεται.

22 Βλ. *Καϊση*, ανωτ. σημ. 9, ΕφΑΔ 2017.98 (116), ο οποίος ορθά σημειώνει ότι ομοιομορφία εδώ καθιερώνεται ως προς το εφαρμοστέο ιδιωτικό διεθνές δίκαιο (: εκείνο του παρεκτεινόμενου δικαστηρίου), στο οποίο συμπεριλαμβάνονται όμως και τα μέσα της παραπομπής, αναπαραπομπής και περαιτέρω παραπομπής· ώστε δεδομένης της πολυειδίας των κανόνων συγκρούσεως στα επί μέρους κράτη μέλη, το καθ' έναστον εφαρμοστέο ουσιαστικό δίκαιο συχνά εν προκειμένω να ποικίλει.

23 Νίκας/Σαχπεκίδου, ανωτ. σημ. 2, ΕυρΠολΔικ, άρθρο 25 αριθ. 60 σ. 391· Ι. Δεληκωστόπουλος, ανωτ. σημ. 9, σ. 297 επ· πρβλ. *Αρβανιτάκη/Βασιλακάκη* [-Καπακτσή], ανωτ. σημ. 1, Ερ-μΕΚ [4]-ΚανΒρ Ια, άρθρ. 25 αριθ. 49-50 σ. 512-513: κρίσιμο το «εφαρμοστέο επί της ουσίας εθνικό δίκαιο», μάλλον υπό την έννοια της *lex causae* επί της διαδοχής.

προκειμένων συνιστώσα της διαδοχής του τρίτου σε όλα τα δικαιώματα και τις υποχρεώσεις ενός εκ των αρχικώς συμβαλλομένων, εξακολουθεί να διέπεται από το δίκαιο που υποδεικνύουν οι κανόνες ιδιωτικού διεθνούς δικαίου του επιληφθέντος (*forum*) και όχι το δίκαιο του κράτους του παρεκτεινόμενου δικαστηρίου. Η θέση αυτή (υπερίσχυε υπό το προϊσχύον άρθρο 23 Καν Βρ Ι αλλά και εξακολουθεί να) κρατεί και στη γερμανική θεωρία²⁴ και νομολογία²⁵. Η θεώρηση αυτή θεμελιώνεται στη διαπίστωση ότι η εν λόγω πτυχή του καθόλου προβλήματος της παρεκτάσεως δεν συνιστά ζήτημα ουσιαστικού κύρους της σχετικής ρήτρας, ώστε να μη χωρεί εδώ ευθεία εφαρμογή του άρθρου 25 Καν Βρ Ια.

2. Το πρόβλημα της δυνατότητας ευθείας εφαρμογής του άρθρου 25 Καν Βρ Ι α

Πράγματι, τυχόν θεώρηση της καταλήψεως του συζητούμενου προβλήματος από την ευθεία εφαρμογή του άρθρου 25 Καν Βρ Ια ελέγχεται ως προς τη μεθοδολογική της ακρίβεια. Καταρχήν ερευνητέο αν το γράμμα της πρώτης παραγράφου του άρθρου 25 Καν Βρ Ια απηχεί τον πραγματικό σκοπό του· αν δηλαδή η χρήση της εκφράσεως «*εκτός αν η συμφωνία είναι άκυρη ως προς την ουσιαστική της ισχύ*»²⁶ υπήρξε ενσυνείδητη επιλογή του ευρωπαϊού δικονομικού νομοθέτη, που απηχεί τον αληθή σκοπό της διατάξεως ή αν, αντιθέτως, το γράμμα της ρυθμίσεως αποτυγχάνει να αποδώσει τον δικαιολογικό της λόγο. Με αναφορά το γράμμα αυτό, η ερμηνευτική δοκιμή υπέρ της εκδοχής ότι καλύπτεται από την εμβέλεια της ρυθμίσεως και το ερευνώμενο πρόβλημα της επεκτάσεως των υποκειμενικών ορίων της ρήτρας παρεκτάσεως επί επιγενόμενης καθολικής ή ειδικής διαδοχής συνιστά διαστολή του νοήματός του. Αλλά ούτε με τη διαστολή του εν λόγω εννοιολογικού περιεχομένου δύναται να καταληφθεί η επίμαχη περίπτωση. Η ερευνώμενη πτυχή του προβλήματος προφανώς ουδόλως συνέχεται με το ευθέως ενσυνείδητα ρυθμιζόμενο ζήτημα

24 Geimer-Schütze, *Europäisches Zivilverfahrensrecht*³, 2010, Art. 23 Rz 82· Rauscher/Mankowski, *EuZPR/EuIPR*⁵, Art. 25 Brüssel Ia-VO Rn. 239, 244 επ., 387· Hess, ανωτ. σημ. 9, *EuZPR*², § 6 Rz.167 στον εκθ. 799 και την αντίστοιχη σημ. (έτσι και στην πρώτη έκδοση του έργου, υπό το προϊσχύον άρθρο 23 Καν Βρ Ι, 2010, § 6 Rz. 143)· Magnus, ανωτ. σημ. 2, σ. 785 (793)· Simotta, ανωτ. σημ. 2, *International Journal of Procedural Law*, 2013.58 (72)· Melcher, ανωτ. σημ. 7, GPR 2017.246.250 II-251· Nunner-Krautgasser, ανωτ. σημ. 9, ZZP 2014.461 (477 μ.π.π.)· Siaplaouras, *Gerichtsstandsvereinbarungen und Streitgenossenschaft im Europäischen Zivilprozessrecht* Zugleich Anmerkung zu EuGH, Urt. v. 28.6.2017 – C-436/16, *Leventis und Vafeias*, ECLI:EU:C:2017:497, GPR 2019.13 (14 I και σημ. 10, 14 II).

25 BGH 26.3.2019 – XI ZR 228/17 Nr. 30-31, NJW 2019.2780.

26 «*Es sei denn, die Vereinbarung ist nach dem Recht dieses Mitgliedstaats materiell nichtig*»· «*sauf si la validité de la convention attributive de juridiction est entachée de nullité quant au fond selon le droit de cet Etat membre*».

του ουσιαστικού κύρους της αρχικής συμφωνίας παρεκτάσεως²⁷. Η διαστολή αποτελεί τον ύπατο αναβαθμό της *secundum legem* ερμηνείας, η οποία εξαντλείται ακριβώς εκεί. Υπό το δεδομένο αυτό, η δοκιμή της ερμηνευτικής εκδοχής της καταλήψεως και του προβλήματος της επεκτάσεως των υποκειμενικών ορίων της ρήτηρας παρεκτάσεως επί επιγενόμενης καθολικής ή ειδικής διαδοχής από την ισχύ της ρυθμίσεως, δεν μπορεί παρά να έχει τον χαρακτήρα αναλογίας ενόψει διαπιστώσεως κενού. Μόνο ως αναλογική εφαρμογή του άρθρου 25 Καν Βρ Ια στο πλαίσιο της αυτόνομης ερμηνείας του, δυνατόν να εννοηθεί τυχόν θέση υπέρ της καλύψεως της ερευνώμενης πτυχής από το άρθρο, το οποίο ρυθμίζει ευθέως *allium*, δηλαδή αποκλειστικώς το ζήτημα του ελέγχου ως προς την ουσιαστική εγκυρότητα της αρχικής συμφωνίας παρεκτάσεως²⁸.

3. Ενδιάμεσο συμπέρασμα

Κρατούσα όμως στη θεωρία, όπως προεκτέθηκε (υπό II 1), είναι η θέση ότι το κενό αυτό υπήρξε εκούσιο, δηλαδή ενσυνείδητη επιλογή του ευρωπαίου νομοθέτη, με αποτέλεσμα να μη καλείται σε εφαρμογή η αναλογία, που προϋποθέτει ακριβώς απροσχεδιαστο κενό²⁹. Έτσι, τα αναφερόμενα επί παρεκτάσεως ζητήματα ενόψει του άρθρου 25 Καν Βρ Ια εντάσσονται σε τρεις κατηγορί-

27 Βλ. και αιτιολογική σκέψη 20 του Προοιμίου: «Σε περίπτωση που ανακύπτει ζήτημα σχετικά με το κατά πόσον συμφωνία παρέκτασης υπέρ δικαστηρίου ή δικαστηρίων ενός κράτους μέλους είναι άκυρη ως προς την ουσιαστική της ισχύ, το ζήτημα κρίνεται βάσει της νομοθεσίας του κράτους μέλους του δικαστηρίου ή των δικαστηρίων που ορίζονται στη συμφωνία, συμπεριλαμβανομένων των κανόνων περί συγκρούσεως δικαίων του συγκεκριμένου κράτους μέλους».

28 Για τα ζητήματα γενικότερα της ερμηνευτικής συστολής και διαστολής του γράμματος μίας ρυθμίσεως γενικά, καθώς και τους όρους της αναλογικής δοκιμής, βλ. αναλυτικά Τσάτσο Κ., Το πρόβλημα της ερμηνείας του δικαίου², 1978, σ. 197 επ.· Μητσόπουλο, Εκτελέσεις έργου συμπράξει εργοδότη, Τιμ. Τόμ. επί τη 125ετηρίδι Αρείου Πάγου, 1963, σ. 425 επ. (ιδίως σ. 434 επ. και σημ. 25α σ. 438)· τον ίδιο, Θέματα Γενικής Θεωρίας και Λογικής του Δικαίου, 2005, § 1 VII αριθ. 4-5 σ. 83-90 επάνω, § 4 I αριθ. 3 ε σ. 156/157· Ποδηματά, Η καταδίκη σε δήλωση βουλήσεως κατά το άρθρο 949 ΚΠολΔ, 1989, σ. 136 επ.· ιδίως την ίδια, Η τελολογική θεμελίωση των νομικών κρίσεων, Σκέψεις με αφορμή τη μελέτη του Γ.Γ. Μητσοπούλου, Θέματα Γενικής Θεωρίας και Λογικής του Δικαίου, 2005, σ. 221, ΝοΒ 2007.1994 (2013 επ., 2015/2016 σημ. 91, 2017 σημ. 98 και 100)· βλ. ακόμη αναλυτικά *Engisch* (-Σπινέλλη), Εισαγωγή στη νομική σκέψη², 1986, σ. 123 επ. (ιδίως 128-129), 167 επ., 180, 183· *Larenz*, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*³, 1983, σ. 337-338, 365 επ.· ακόμη *Καραμέρο*, Η βεβαιότητα της αξιώσεως ως προϋπόθεση της εκτελέσεως κατά τον ΚΠολΔ, 2013, σ. 274 επ. μ.π.π.· και ειδικότερα, κατά την ερμηνεία του ευρωπαϊκού δικονομικού δικαίου, από τη νομολογία βλ. ενδεικτικά ΔΕΕ, 23.5.2019, C-658/17, WB, ECLI: ECLI:EU:C:2019:444, σκέψη 50· και από τη θεωρία, *Καραμέρο*, ανωτ. σημ. 19, Το νόμιμο τεκμήριο, σ. 285 επ. μ.π.π. στην ελληνική και αλλοδαπή δικονομική θεωρία· *Hess*, ανωτ. σημ. 9, EuZPR², § 4 Rz.42 επ.

29 Βλ. ενδεικτικά *Καραμέρο*, προηγ. σημ., Η βεβαιότητα, σ. 274 επ. (277 μ.π.π.).

εξ³⁰: *πρώτον*, προβλήματα τυπικής εγκυρότητας της συμφωνίας παρεκτάσεως, τα οποία εμπίπτουν στην αυτόνομη ρύθμιση των επιταγών της διατάξεως³¹. *δεύτερον*, θέματα ουσιαστικής εγκυρότητας της ρήτηρας, τα οποία ρυθμίζονται από τη *lex fori prorogati*· και *τρίτον*, κάθε άλλη ειδικότερη πτυχή, μη εντασσόμενη στις προηγούμενες κατηγορίες (όπως λ.χ. το συζητούμενο πρόβλημα της επεκτάσεως των υποκειμενικών ορίων σε τρίτα πρόσωπα λόγω διαδοχής), η οποία εξακολουθεί να διέπεται από τη *lex causae*, όπως αυτή καθορίζεται από τους οικείους κανόνες ιδιωτικού διεθνούς δικαίου του *forum*.

4. Η αντίθετη θέση του ΔΕΕ στην πρόσφατη απόφαση *Ryanair DAC/ DelayFix*

Με την πρόσφατη απόφασή του της 18.11.2020, *Ryanair DAC/DelayFix*, C-519/19 (ECLI: ECLI:EU:C:2020:933), το ΔΕΕ, σε αντίθεση με την κρατούσα θεωρία αλλά και τη σχετική νομολογία του υπό το αντίστοιχο προϊσχύον άρθρο 23 Καν Βρ Ι, καινοτομεί, καθώς δέχεται και στην ως άνω (υπό ΙΙ 3 in fin.) τρίτη και τελευταία κατηγορία (τουλάχιστον ως προς το επίμαχο πρόβλημα της ειδικής διαδοχής λόγω εκχωρήσεως επί ρήτηρας παρεκτάσεως) την ευθεία (όχι ανάλογη) εφαρμογή της *lex fori prorogati*, υπό την έννοια μάλλον και της παραπομπής στους κανόνες συγκρούσεως του (ιδδ)³². και μάλιστα,

30 *Hartley*, Choice-of-Court Agreements under the European and International Instruments, 2013, 7.05· *Weller*, Choice of court agreements under Brussels Ia and under the Hague convention: coherences and clashes, *Journal of Private International Law*, 2017.91 (100 κάτω)· *Simotta*, ανωτ. σημ. 2, *International Journal of Procedural Law*, 2013.58 (72)· πρβλ. όμως *την ίδια*, ανωτ. σημ. 9, *Zur materiellen Nichtigkeit*, σ. 541 επ., 550, υπέρ της αυτόνομης ερμηνείας του ζητήματος της καθόλου διαδοχής κατά το άρθρο 25 Καν Βρ Ια, ενόψει της νομολογιακής θέσεως του ΔΕΕ στην περίφημη υπόθεση *Refcomp*, για την οποία βλ. ανωτέρω το δεύτερο σκέλος της σημ. 13)· *Nunner-Krautgasser*, ανωτ. σημ. 9, *ZZP* 2014.461 (477 μ.π.π.)· *Heinze*, Choice of Courts Agreements and Coordination Proceedings, *Rabel Journal of Comparative and International Private Law*, 2011.581 (585)· *Herranz Ballesteros*, ανωτ. σημ. 9, *Journal of Private International Law*, 2014.291 (303-304 μ.π.π.)· βλ. ακόμη ανωτέρω τις αναφορές της σημ. 24.

31 Από την επισκόπηση της συναφούς νομολογίας του ΔΕΕ συνάγεται ανεκδοιάστως ότι και η σύμπτωση δηλώσεων βουλήσεως ελέγχεται με αυτόνομα κριτήρια, επί τη βάσει των οποίων χωρεί περαιτέρω και η ερμηνεία της συμφωνίας παρεκτάσεως (ρυθμιστική εμβέλεια, καλυπτόμενες διαφορές κ.λ.π.)· βλ. ενδεικτικά ΔΕΚ, 16.3.1999, *Castelletti*, C-159/97, ΣυλλNo-μολ 1999 I-01597, σκέψεις 19, 10· ΔΕΕ, 7.2.2013, *Refcomp*, C-543/10, EU:C:2013:62, σκέψη 28, ΕΠολΔ 2013.432 παρατ. Ι. *Δεληκωστόπουλου*· ΔΕΕ, 21.5.2015, *Cartel Damage Claims Hydrogen Peroxide*, C-352/13, ECLI:ECLI:EU:C:2015:335, σκέψεις 68 επ.

32 Βλ. και αιτιολογική σκέψη 20 του Προοιμίου: «Σε περίπτωση που ανακύπτει ζήτημα σχετικά με το κατά πόσον συμφωνία παρέκτασης υπέρ δικαστηρίου ή δικαστηρίων ενός κράτους μέλους είναι άκυρη ως προς την ουσιαστική της ισχύ, το ζήτημα κρίνεται βάσει της νομοθεσίας του κράτους μέλους του δικαστηρίου ή των δικαστηρίων που ορίζονται στη συμφωνία, συμπεριλαμβανομένων των κανόνων περί συγκρούσεως δικαίων του συγκεκριμένου κράτους

ακριβώς στην περίπτωση που το επιληφθέν δικαστήριο (*forum*) δεν είναι το παρεκταθέν δυνάμει της σχετικής ερμηνευόμενης συμφωνίας³³. Η θέση αυτή

μέλους» (η πλαγιογράμμιση δική μου). – Επομένως, αν και τούτο δεν προκύπτει με τρόπο καθαρό από το διατακτικό της αποφάσεως, εφόσον ακολουθηθεί η ερμηνευτική λύση που υποδεικνύει το Προοίμιο κατά ανωτέρω, το επιληφθέν δικαστήριο θα ανεύρει το ουσιαστικό εφαρμοστέο εν προκειμένω δίκαιο, με βάση τους κανόνες συγκρούσεως του κράτους του παρεκτεινόμενου δικαστηρίου.

- 33 Την εν λόγω απόφαση απασχόλησε και το ζήτημα του ελέγχου της ουσιαστικής εγκυρότητας της ένδικης συμφωνηθείσας ρήτηρας παρεκτάσεως από την ειδικότερη άποψη της τυχόν καταχρηστικότητάς της. Αν και πρόκειται για ερμηνευτική πτυχή που έχει απασχολήσει συχνότατα τη νομολογία του ΔΕΕ υπό ποικίλες εκφάνσεις και αποχρώσεις (βλ. αναλυτικότερα κατωτ. στην παρούσα σημ.), η απόφαση ελέγχεται ως προς την επιλεγείσα στη συγκεκριμένη υπόθεση μεθοδολογία της. Και τούτο, διότι προχωρά στην έρευνα του ουσιαστικού αυτού ελαττώματος της αρχικής συμφωνίας, που επί συνδρομής του επάγεται την ακυρότητά της, αφού αντιμετωπίζει το ζήτημα της δεσμεύσεως του τρίτου διαδόχου από τη ρήτρα κατά τα κατωτέρω στο κείμενο αναπτυσσόμενα. Στη μέθοδο αυτή ευλόγως όμως αντιτάσσεται ότι, λογικώς και τελολογικώς, προηγείται εν προκειμένω η έρευνα του κύρους της αρχικής συμφωνίας, η οποία, ούτως ή άλλως και ορθώς διεξάγεται με αναφορά στα πρόσωπα των αρχικώς συμβληθέντων (βλ. σκέψεις 49 επ. της αποφάσεως)· αφού, εάν η ρήτρα αποτιμηθεί ως άκυρη λόγω της καταχρηστικότητάς της, αδυνατεί να επιφέρει δέσμευση του τρίτου διαδόχου του αρχικώς συμβληθέντος, ακόμη και αν γίνει δεκτό ότι τα υποκειμενικά όρια της συμφωνίας εκτείνονται και καταλαμβάνουν και τον τρίτο σύμφωνα με τις κατωτέρω στο κείμενο αναπτύξεις. Με την αντίστροφη αυτή οπτική θα είχε εξοικονομηθεί δικαστική ενέργεια, γεγονός που καταδεικνύει ότι ενσυνείδητος σκοπός του ΔΕΕ υπήρξε ο καθορισμός του δικαιοκού δέοντος στην περίπτωση της επιγενόμενης ειδικής διαδοχής επί ρήτηρας παρεκτάσεως. – Σε κάθε περίπτωση, σε συνέχεια της επί μακρόν εξελισσόμενης σχετικής νομολογίας του, το ΔΕΕ ελέγχει εδώ την ύπαρξη τυχόν καταχρηστικότητας στη συμφωνία παρεκτάσεως με βάση το εφαρμοστέο ουσιαστικό δίκαιο του παρεκτεινόμενου δικαστηρίου (*lex fori prorogati*) κατά το άρθρο 25 παρ. 1 Καν. 1215/2012, το οποίο, όπως προαναφέρθηκε (ανωτ. υπό II), ρύθμισε για πρώτη φορά το ζήτημα του εφαρμοστέου δικαίου κατά τη διαπίστωση της ουσιαστικής ακυρότητας της ρήτηρας παρεκτάσεως, προκειμένου να συρρικνωθεί η πολυειδία των ακολουθούμενων λύσεων από τα καθ' έκαστον κράτη μέλη (για τις ειδικότερες συντεταγμένες του ελέγχου αυτού, αντί άλλων βλ. αναλυτικά *Αρβανιτάκη/Βασιλακάκη-Καπακτσή*, ανωτ. σημ. 1, ΕρμΕΚ [4]-ΚανΒρ Ια, άρθρ. 25 αριθ. 26 επ. σ. 493 επ. μ.π.π. στη θεωρία και τη νομολογία). Έτσι, η ρήτρα κρίνεται επιπροσθέτως βάσει στοιχείων κείμενων εκτός του Κανονισμού, όπως συμβαίνει κατεξοχήν στη συζητούμενη περίπτωση (*Podimata*, *Standard contract terms and Rules on Procedure*, Μελέτες Ιστορίας, Μεθοδολογίας και Δογματικής του Δικονομικού Δικαίου, 2019, σ. 879 (889)· *Καστανίδης*, ανωτ. σημ. 9, *ProJustitia*, <https://www.academia.edu/36436317> σημ. 12 μ.π.π. για το πρόβλημα βλ. και *Rauscher/Mankowski*, *EuZPR/EuIPR*⁵, Art. 25 Brüssel Ia-VO Rn. 99 επ.). Το δικαστήριο μάλιστα ορθώς δέχεται, σε συνέχεια της σταθερής νομολογίας του, ότι το ουσιαστικό δίκαιο του παρεκτεινόμενου δικαστηρίου θα πρέπει να ερμηνεύεται κατά τρόπο σύμφωνο με τυχόν ισχύουσα Οδηγία της ΕΕ (για τη σύμφωνη με την Οδηγία ερμηνεία γενικά βλ. *Σαχπεκίδου*, *Ευρωπαϊκό Δίκαιο*², 2013, σ. 485-486 επάνω, 542-543· *Βαλτούδη*, *Θεμελίωση και οριοθέτηση της «σύμφωνης με την Οδηγία ερμηνείας»*, Αρμ. 1999.6 επ.· *τον ίδιο*, *Η επίδραση των κοινοτικών Οδηγιών στην ερμηνεία του εθνικού δικαίου*, *ΕλλΔνη* 1999.743, 745/746· *Hess*, ανωτ. σημ. 9, *EuZPR*², § 4 Rz. 31, 42 μ.π.π.· *Westermann*, *Η επιρροή των ευρωπαϊκών Οδηγιών στην εφαρμογή του εθνικού αστικού δικαίου υπό το φως της*

νέωτερης νομολογίας του ΔΕΚ, ΕλλΔνη 2010.305-318· *Roth*, Die richtlinienkonforme Auslegung, σε Riesenhuber (Hrsg.), Europäische Methodenlehre³, 2015, σ. 393-424). Πράγματι, στην επίμαχη περίπτωση, εφαρμόζεται η Οδηγία 93/13 για τις καταχρηστικές ρήτρες των συμβάσεων που συνάπτονται με καταναλωτές. Κατά την αυτόνομη ερμηνεία της εν λόγω Οδηγίας έχει ήδη νομολογηθεί από το ΔΕΕ ότι αυτή συνιστά γενική ρύθμιση για την προστασία των καταναλωτών, η οποία εφαρμόζεται σε όλους τους τομείς οικονομικής δραστηριότητας, συμπεριλαμβανομένου του τομέα των αεροπορικών μεταφορών (πρβλ. ΔΕΕ, 6.7.2017, *Air Berlin*, C-290/16, EU:C:2017:523, σκέψη 44). Εξάλλου, σε υπόθεση όμοια με αυτή που απασχόλησε την απόφαση *Ryanair DAC/DelayFix*, ως προς την εκχώρηση απαιτήσεων σε εταιρία εισπράξεως οφειλών, το ΔΕΕ έχει δεχθεί, ενόψει της Οδηγίας 2008/48/ΕΚ για τις συμβάσεις καταναλωτικής πίστης, ότι το γεγονός πως οι ένδικες διαφορές στις υποθέσεις εκείνες αφορούσαν αποκλειστικώς επαγγελματίες δεν εμποδίζει την εφαρμογή νομοθετήματος εμπίπτοντος στο δίκαιο της Ένωσης για την προστασία των καταναλωτών· στο μέτρο που το πεδίο εφαρμογής της οδηγίας αυτής δεν εξαρτάται από την ταυτότητα των διαδίκων στην οικεία διαφορά αλλά από την ιδιότητα των συμβαλλομένων στη σύμβαση (βλ. ΔΕΕ, 11.9.2019, *Lexitor*, C-383/18, EU:C:2019:702, σκέψη 20). Υπό το φως των σκέψεων αυτών, στην εξεταζόμενη περίπτωση το ΔΕΕ εφάρμοσε το νομολογιακό αυτό προηγούμενο και στην Οδηγία 93/13· και δέχθηκε ειδικότερα ότι, κατά το άρθρ. 1 παρ. 1 και το άρθρ. 3 παρ. 1 της Οδηγίας 93/13, αυτή εφαρμόζεται στις ρήτρες που περιλαμβάνονται σε συμβάσεις που συνάπτονται μεταξύ επαγγελματία και καταναλωτή, οι οποίες δεν αποτέλεσαν αντικείμενο ατομικής διαπραγματεύσεως (ΔΕΕ, 10.9.2020, *Α (Υπεκμίσθωση κοινωνικής κατοικίας)*, C-738/19, EU:C:2020:687, σκέψη 34· ΔΕΕ, 7.11.2019, *Profi Credit Polska*, C-419/18 και C-483/18, EU:C:2019:930, σκέψη 51). - Ο έλεγχος της εγκυρότητας συμφωνίας παρεκτάσεως από τη σκοπιά της καταχρηστικότητας είναι ο συνηθέστερος στην πράξη [βλ. ενδεικτικά ΔΕΕ, 9.11.2010, *VB Pénzügyi Lízing*, C-137/08, EU:C:2010:659, σκέψη 53· ΔΕΕ, 4.6.2009, *Pannon GSM*, C-243/08, EU:C:2009:350, σκέψη 40· ΔΕΕ, 27.6.2000, *Océano Grupo Editorial και Salvat Editores*, C-240/98 έως C-244/98, EU:C:2000:346, σκέψη 24-26· για το ζήτημα βλ. αναλυτικά ήδη *Δωρή*, ανωτ. σημ. 2, *passim* και ιδίως σ. 158 επ. μ.π.π.· βασικό εδώ πρόβλημα, το οποίο δεν απασχόλησε τη σχολιαζόμενη απόφαση, είναι ως γνωστόν και εκείνο του επιτρεπτού του αυτεπαγγέλτου ελέγχου της καταχρηστικότητας μίας συμφωνίας παρεκτάσεως που περιέχεται σε ΓΟΣ, για το οποίο βλ. από τη θεωρία αναλυτικά *Beka*, The active role of courts in consumer litigation. Applying EU Law of the national courts' own motion, 2018, *passim*. *Ποδηματά*, Η δικονομική μεταχείριση του ισχυρισμού από το άρθρ. ΑΚ 281, Αποτίμηση ορισμένων νομολογιακών θέσεων ιδίως σε αναφορά με τον έλεγχο καταχρηστικότητας ΓΟΣ κατ' άρθρ. 2 § 6 ν. 2251/1994, ΧρΙΔ 2008.673 επ. μ.π.π.· *Podimata*, ό.π., Standard Contract Terms, Μελέτες, σ. 879 επ.· *Άνθιμο*, Παρατ. υπό την ΔΕΕ 17.12.2009 C-227/08, *Eva Martín Martín* κατά *EDP Editores SL*, ΕΠολΔ 2011.684 μ.π.π.· *Ζαπριάνο*, Έλεγχος καταχρηστικότητας των ΓΟΣ και η σημασία του Δικονομικού Δικαίου (Σχόλιο στη ΔευρΕ, απόφαση 14.3.2013, C-415/11, *Mohamed Aziz*), Αρμ. 2013.2349 επ. μ.π.π.· *Καστανίδη*, Ο ενεργητικός ρόλος του δικαστηρίου στις καταναλωτικές διαφορές, Σκέψεις με αφορμή το έργο της *Anthi Beka*, The active role of courts in consumer litigation. Applying EU Law of the national courts' own motion, ΧρΙΔ 2020.154/155, 157)]. Ειδικότερα, στην προκειμένη περίπτωση, σύμφωνα με το άρθρ. 3 παρ. 1 της Οδηγίας 93/13 μια ρήτρα θεωρείται καταχρηστική όταν, παρά την επιβαλλόμενη καλή πίστη, επάγεται εις βάρος του καταναλωτή σημαντική ανισορροπία ανάμεσα στα δικαιώματα και τις υποχρεώσεις των συμβαλλομένων που απορρέουν από τη σύμβαση. Κατά πάγια νομολογία του ΔΕΕ (βλ. χαρακτηριστικά, ΔΕΕ, 9.11.2010, *VB Pénzügyi Lízing*, C-137/08, EU:C:2010:659, σκέψη 54· ΔΕΕ, 4.6.2009, *Pannon GSM*, C-243/08, EU:C:2009:350, σκέψη 41· ΔΕΕ, 27.6.2000, *Océano*

προκύπτει αναμφίβολα από την καταληκτική σκέψη 63 και από το διατακτικό της. Ειδικότερα, το δικαστήριο απασχόλησε περίπτωση ειδικής διαδοχής επί απαιτήσεως. Συγκεκριμένα, επιβάτης αεροπορικής εταιρίας εκχώρησε σε εταιρία εισπράξεως οφειλών την απαίτησή του για αποζημίωση δυνάμει του Καν 261/2004 λόγω ματαιώσεως της πτήσεώς του από το Μιλάνο στη Βαρσοβία. Η εκδοχέας εταιρία άσκησε την αποζημιωτική αγωγή στα πολωνικά πολιτικά δικαστήρια, όπου η εναγόμενη αεροπορική εταιρία πρόβαλε ένσταση ελλείψεως διεθνούς δικαιοδοσίας, αφού στο εισιτήριο που είχε εκδώσει διαδικτυακά ο επιβάτης-εκχωρητής συμπεριλαμβανόταν ρήτρα παρεκτάσεως για οποιαδήποτε μέλλουσα να γεννηθεί διαφορά μεταξύ των μερών από τη

Grupo Editorial και Salvat Editores, C-240/98 έως C-244/98, EU:C:2000:346, σκέψη 22), ρήτρα παρεκτάσεως διεθνούς δικαιοδοσίας, η οποία περιλαμβάνεται σε σύμβαση συναπτόμενη μεταξύ καταναλωτή και επαγγελματία δίχως να έχει αποτελέσει αντικείμενο ατομικής διαπραγματεύσεως και απονέμει αποκλειστική δικαιοδοσία στο δικαστήριο στην περιφέρεια του οποίου βρίσκεται η έδρα του επαγγελματία πρέπει να θεωρείται καταχρηστική κατά την ανωτέρω έννοια του άρθρου 3 παρ. 1 της Οδηγίας 93/13. Και τούτο, υπό την ορθή σκέψη ότι τέτοιες ρήτρες εμπίπτουν στην κατηγορία των όρων που κατατείνουν στη ματαίωση ή παρεμπόδιση της προσφυγής ενώπιον δικαστηρίου, κατηγορία η οποία μνημονεύεται στο σημείο 1, στοιχείο π του παραρτήματος της εν λόγω Οδηγίας. Πράγματι, στην εξεταζόμενη περίπτωση, βάσει του άρθρ. 7 παρ. 1 β' Καν 1215/2012, επί απευθείας πτήσεων, τόσο ο τόπος αναχωρήσεως όσο και ο τόπος αφίξεως του αεροσκάφους πρέπει να θεωρούνται εξίσου ως οι τόποι της κύριας παροχής των υπηρεσιών που αποτελούν το αντικείμενο συμβάσεως αεροπορικής μεταφοράς· ώστε, ο δικαιούχος αποζημιώσεως δυνάμει του Καν 261/2004 να διατηρεί το δικαίωμα επιλογής ασκήσεως της αγωγής του ενώπιον του δικαστηρίου στην περιφέρεια του οποίου βρίσκεται είτε ο τόπος αναχωρήσεως είτε ο τόπος αφίξεως του αεροσκάφους, όπως οι τόποι αυτοί καθορίζονται στην εν λόγω σύμβαση (ΔΕΕ Διάταξη, 13.2.2010, *Flightright*, C-606/19, EU:C:2020:101, σκέψη 26· ΔΕΕ, 9.7.2009, *Rehder*, C-204/08, EU:C:2009:439, σκέψη 47). Υπό τα ανωτέρω δεδομένα, το ΔΕΕ αποφάνθηκε ορθώς ότι η επίμαχη ρήτρα παρεκτάσεως υπέρ των ιρλανδικών πολιτικών δικαστηρίων ελέγχεται ως καταχρηστική δυνάμει αυτόνομης ερμηνείας του άρθρου 3 παρ. 1 της Οδηγίας 93/13, ώστε τυχόν αντίθετη ρύθμιση του ιρλανδικού δικαίου (το οποίο αποτελεί κατά τη κρίση του ΔΕΕ ουσιαστικό εφαρμοστέο δίκαιο σύμφωνα με τις αμέσως κατωτέρω στο κείμενο αναπτύξεις) να αποβαίνει ανεφάρμοστη· το δε δικάζον πολωνικό δικαστήριο, να υποχρεούται, σύμφωνα με το άρθρ. 6 παρ. 1 της εν λόγω Οδηγίας, να μη εφαρμόσει τη σχετική καταχρηστική συμβατική ρήτρα παρεκτάσεως, η οποία ενόψει της ακυρότητάς της, αδυνατεί να παραγάγει δεσμευτικά αποτελέσματα. - Υπό το πρίσμα του ελληνικού ουσιαστικού δικαίου, εάν τούτο ετύγχανε εφαρμοστέο δυνάμει ρήτρας παρεκτάσεως υπέρ των ελληνικών πολιτικών δικαστηρίων σε σύμβαση αεροπορικής μεταφοράς μεταξύ ελληνικής αεροπορικής εταιρίας και επιβάτη της, η περίπτωση θα καταλαμβάνονταν από την εμβέλεια του άρθρου 2 παρ. 7 περ. λα' ν. 2251/1994. Η ρύθμιση αυτή, σε συμφωνία με την εν λόγω Οδηγία, την οποία και ενσωμάτωσε στο ελληνικό δίκαιο, απαγορεύει όρους που αποκλείουν την υπαγωγή των διαφορών από σύμβαση στο φυσικό τους δικαστή με την πρόβλεψη αποκλειστικής αλλοδαπής δικαιοδοσίας ή διαιτησίας (αντί άλλων βλ. Δέλλιο, σε Δίκαιο Προστασίας Καταναλωτή, Ελληνικό-Ενωσιακό, Κατ' άρθρο ερμηνεία του Ν 2251/1994 και άλλων σχετικών νομοθετημάτων (επιμ.: Αλεξανδρίδου)², 2015, υπό άρθρ. 2 αριθ. 97 σ. 163-164 μ.π.π.).

σύμβαση αεροπορικής μεταφοράς υπέρ των ιρλανδικών πολιτικών δικαστηρίων. Το ΔΕΕ δέχθηκε ότι δέσμευση τρίτων προσώπων, που δεν υπήρξαν αρχικοί συμβαλλόμενοι, δεν συναίνεσαν εκ των προτέρων στην κατάληψή τους από τη εμβέλεια της σχετικής ρήτρας ούτε την ενέκριναν εκ των υστέρων, καταρχήν δεν χωρεί. Η ρήτρα αυτή εκτείνεται εξαιρετικώς και καταλαμβάνει τρίτα πρόσωπα, μόνον όταν, με βάση το εφαρμοστέο ουσιαστικό εθνικό δίκαιο, ο τρίτος υπεισέρχεται σε όλα τα δικαιώματα και τις υποχρεώσεις του αρχικού συμβαλλομένου (σκέψη 47). Ως εφαρμοστέο εθνικό δίκαιο κρίθηκε εν προκειμένω το ιρλανδικό δίκαιο της χώρας υπέρ των δικαστηρίων της οποίας έχει συναφθεί η σχετική ρήτρα παρεκτάσεως κατά την έννοια του άρθρου 25 I Καν Βρ I α. Υπό τα δεδομένα αυτά, στο υποβληθέν ενώπιόν του προδικαστικό ερώτημα, το ΔΕΕ έκρινε ότι η εκδοχέας-τρίτη πολωνική εταιρία εισπράξεως οφειλών θα εμπίπτει κατά το εν λόγω άρθρο στα υποκειμενικά όρια της ρήτρας παρεκτάσεως που συμφωνήθηκε μεταξύ εκχωρητή-επιβάτη και εναγόμενης ιρλανδικής αεροπορικής εταιρίας, μόνον εφόσον το δικάζον πολωνικό δικαστήριο, εφαρμόζοντας ως ουσιαστικό δίκαιο - δεδομένης της ρήτρας - το ιρλανδικό, διαπιστώσει ότι η εκδοχέας εισπρακτική έχει υπεισέλθει σε όλα τα δικαιώματα και τις υποχρεώσεις του εκχωρητή-αρχικού συμβαλλομένου και δικαιούχου της ένδικης αποζημιωτικής αξιώσεως. Διαφορετικά, δέσμευση της ενάγουσας εισπρακτικής εταιρίας από την επίμαχη ρήτρα παρεκτάσεως δεν χωρεί.

III. Κριτική θεώρηση της αποφάσεως ενόψει της αντίθετης απόψεως της θεωρίας

1. Διαφαινόμενα τυχόν πλεονεκτήματα της θέσεως του ΔΕΕ

Η ως άνω θεώρηση του ΔΕΕ φαίνεται ότι επιχειρεί εν προκειμένω να αποκλείσει τον ανεπιθύμητο περαιτέρω κατακερματισμό των εφαρμοστέων εθνικών ουσιαστικών ρυθμίσεων και να κατοχυρώσει την σκοπούμενη ασφάλεια προβλέψεως του εφαρμοστέου δικαίου («Orientierungssicherheit»), η οποία αποτελεί μία από τις μορφές εκδηλώσεως της αρχής της ασφάλειας του δικαίου. Ειδικότερα, εάν γινόταν δεκτή η ανωτέρω εκτεθείσα (υπό II 1 και ιδίως 3) κρατούσα στη θεωρία αντίθετη γνώμη, το πολωνικό δικαστήριο θα έπρεπε να εφαρμόσει το ιρλανδικό ουσιαστικό δίκαιο για τη διάγνωση της ουσιαστικής εγκυρότητας της συμφωνίας κατά τη ρητή επιταγή του άρθρου 25 Καν Βρ Ια και εκείνο το δίκαιο που αποβαίνει εφαρμοστέο με βάση τους κανόνες ιδιωτικού διεθνούς δικαίου της πολωνικής έννομης τάξεως, προκειμένου να διαπιστώσει αν, με την επίμαχη εκχώρηση, η εκδοχέας-εταιρία υπεισήλθε στο σύνολο των δικαιωμάτων και των υποχρεώσεων του εκχωρητή-επιβάτη. Ο τελευταίος όμως έλεγχος πιθανόν να κατέληγε σε εφαρμογή του πολωνικού

ουσιαστικού δικαίου. Αποσκοπώντας την ομοιόμορφη εφαρμογή του άρθρου 25 ΚανΒρ Ια από τα καθ' έκαστον επιλαμβανόμενα δικαστήρια των κρατών μελών (με αποτέλεσμα και την οικονομία της δίκης μέσω της επαγόμενης διευκολύνσεως του δικάζοντος δικαστή αλλά και των διαδίκων), το ΔΕΕ προβαίνει – καθώς φαίνεται - σε αυτόνομη ερμηνεία του, εντάσσοντας το ζήτημα της επεκτάσεως των υποκειμενικών ορίων μίας ρήτηρας παρεκτάσεως σε τρίτα πρόσωπα στο πεδίο της ευθείας εφαρμογής της. Από τη θέση αυτή θα μπορούσε πιθανόν να αντληθεί το περαιτέρω γενικότερο πόρισμα ότι ενσυνείδητος σκοπός του ΔΕΕ είναι η καθιέρωση πλέον, ως προς τα ζητήματα που αναφέρονται ενόψει μίας ρήτηρας παρεκτάσεως, ενός ερμηνευτικού αυτόνομου νομολογιακού δυισμού, σε αντίθεση με τις κρατούσες παραδοχές της θεωρίας: τα μεν ζητήματα του τύπου αποτιμητέα δυνάμει των αυτόνομων κανόνων των άρθρου 25 Καν Βρ Ια, τα δε λοιπά, προβλήματα ουσιαστικής εγκυρότητας, επεκτάσεως της ισχύος σε τρίτα πρόσωπα επί διαδοχής κ.ο.κ., δυνάμει των επιταγών του εθνικού ουσιαστικού δικαίου του παρεκτεινόμενου δικαστηρίου, ακόμη και όταν το επιληφθέν (forum) δεν είναι το παρεκταθέν.

2. Κριτική της μεθοδολογικής ακρίβειας της αποφάσεως

Σε αντίθεση με την τελική θεώρηση της εν λόγω αποφάσεως, η οποία, υπό το φως των ανωτέρω δεδομένων, δυνατόν κατ' αρχήν να χαιρετισθεί ως προωθούσα σημαντικά την ενότητα και την ομοιομορφία ως προς την εφαρμογή του άρθρου 25 Καν Βρ Ια, η σχολιαζόμενη απόφαση δεν αποτιμάται ως επιδοκιμαστέα από την άποψη της ακρίβειας και της συνοχής των προκειμένων του δικανικού της συλλογισμού³⁴. Όπως προεκτέθηκε (υπό ΙΙ 4), από τη διατύπωση της τελικής σκέψεως 63 της αποφάσεως και ιδίως του ταυτόσημου με αυτήν διατακτικού της προκύπτει αβίαστα η προεκτεθείσα πρωτοπόρος θεώρηση. Τούτο όμως δεν ισχύει ως προς την κρίσιμη σκέψη 47 των αιτιολογιών της, όπου αυτή τελολογικώς εδράζεται. Εκεί, η σχολιαζόμενη απόφαση αναφέρεται απλώς στο «εφαρμοστέο επί της ουσίας ουσιαστικό δίκαιο», ως κρίσιμο για τον έλεγχο της αντικαταστάσεως του αρχικού συμβληθέντος εκχωρητή επιβάτη στο σύνολο των δικαιωμάτων και των υποχρεώσεων του από την εκδοχέα εταιρία εισπράξεως των οφειλών. Προς επίρρωση της σκέψεως αυτής, το ΔΕΕ αναφέρεται συγκεκριμένα στην αιτιολογική σκέψη 65 της προγενέστερης αποφάσεως του *Cartel Damage Claims Hydrogen Peroxide*³⁵.

34 Το ζήτημα της αδυναμίας εδώ ευθείας εφαρμογής του άρθρου 25 Καν Βρ Ια αντιμετωπίστηκε ήδη ανωτέρω υπό ΙΙ 2.

35 ΔΕΕ, 21.5.2015, *Cartel Damage Claims Hydrogen Peroxide*, C-352/13, ECLI:ECLI:EU:C:2015:335. - Στην εν λόγω υπόθεση το ΔΕΕ έκρινε αγωγή εισαχθείσα προς εκδίκαση σε γερμανικό δικαστήριο, ενώ σε ενάριθμες αρχικές συμβάσεις, από τις οποίες απέρρεαν οι κύριες επίδικες αποζημιωτικές αξιώσεις, είχαν περιληφθεί ρήτρες (διαιτησίας και)

Όμως, αφενός μεν η εν λόγω απόφαση αφορά την ερμηνεία του προϊσχύοντος άρθρου 23 Καν Βρ Ι και – ιδίως – αφετέρου, αυτή δέχεται, σε ευθεία αντίθεση με τη σχολιαζόμενη απόφαση, όχι την εφαρμογή του κανόνων της έννομης τάξεως του παρεκτεινομένου δικαστηρίου (*lex fori prorogati*) αλλά την ανεύρεση του εφαρμοστέου ουσιαστικού δικαίου με βάση τους κανόνες ιδιωτικού διεθνούς δικαίου του επιληφθέντος γερμανικού δικαστηρίου (*forum*), το οποίο στην υπόθεση που την απασχόλησε δεν ήταν το παρεκτεινόμενο· ακριβώς όπως και στην επίμαχη υπόθεση επί της οποίας εκδόθηκε η σχολιαζόμενη απόφαση. Υπό το δεδομένο αυτό, το ΔΕΕ καταλήγει με αιφνίδια διακοπή του δικανικού του συλλογισμού («*out of the blue*»³⁶) σε διάφορη θέση έναντι της προγενέστερης νομολογίας του, θεωρώντας εντούτοις ότι την ακολουθεί.

Περαιτέρω, δεν μπορεί να χαιρετισθεί ούτε η κατάστροψη της μείζονος προκειμένης της αποφάσεως. Εκεί, ως κρίσιμο νομικό πλαίσιο της υποθέσεως, εκτίθεται από την άποψη του ουσιαστικού εθνικού εφαρμοστέου δικαίου η κρίσιμη διάταξη του πολωνικού αστικού δικαίου περί διαδοχής στα δικαιώματα και τις υποχρεώσεις επί εκχωρήσεως και όχι εκείνη του ιρλανδικού δικαίου, όπως θα ήταν αναμενόμενο, ενόψει της τελικής παραδοχής του δικαστηρίου που περιέχεται σαφώς στο διατακτικό της. Και είναι μεν αληθές ότι το νομικό πλαίσιο στις αποφάσεις του ΔΕΕ συγκαθορίζει κάποτε, αν όχι συχνά, και η διατύπωση του σχετικού προδικαστικού ερωτήματος, στην επίμαχη όμως υπόθεση, η οποία απέληξε σε σημαίνουσα μεταστροφή της έως τώρα νομολογίας, η κατάστροψη των νομικών συντεταγμένων απαιτούσε μείζονα προσοχή, ιδίως ενόψει της διαπιστώσεως ότι η διάταξη του πολωνικού δικαίου συσκοτίζει τα ήδη περίπλοκα δεδομένα της υποθέσεως, αφού τελικώς αποβαίνει αδιάφορη συνιστώσα στην απάντηση του τεθέντος προδικαστικού ερωτήματος.

3. Κριτική αποτίμηση της θέσεως της αποφάσεως

Η ανωτέρω νομολογιακή μεταστροφή του ευρωπαϊκού δικαστηρίου, η οποία έρχεται σε αντίθεση με την κρατούσα γνώμη της ευρωπαϊκής δικονομικής θεωρίας, δεν αποβαίνει ωστόσο πρακτικώς σημαίνουσα, αν, αδιαφόρως της εφαρμογής τελικώς ως προς τη διαδοχή του δικαίου του παρεκτεινομένου ή, αντιθέτως, του επιληφθέντος δικαστηρίου - ερμηνευτέου σύμφωνα με το δίκαιο της Ενώσεως - το κρίσιμο πρόκριμα εδώ της εκάστοτε δίκης, δηλαδή η υπεισέλευση του ειδικού ή καθολικού διαδόχου στα δικαιώματα και τις υποχρεώσεις του αρχικώς συμφωνήσαντος τη ρήτρα παρεκτάσεως δικαιοπαρό-

παρεκτάσεως υπέρ δικαστηρίων έτερων κρατών μελών ή και τρίτων κρατών.

36 Κατά τη χαρακτηριστική έκφραση του *Hess*, σε σχετική κριτική του στην απόφαση επί διαδικτυακού του διαλόγου με τον *Lehman* στην European Association of Private International Law: [<https://eapil.org/2020/11/30/cjeu-significantly-weakens-jurisdiction-clauses-in-case-of-assignment>].

χου του, καταλαμβάνεται από την εμβέλεια και διέπεται από τις αυτόνομες ρυθμίσεις ευρωπαϊκών νομοθετημάτων· όπως λ.χ. εκείνων του Καν 650/2012 επί καθολικής διαδοχής φυσικών προσώπων και των Καν Ρώμη I ή Ρώμη II (όπως και της Οδηγίας 2017/1323) επί ειδικής διαδοχής (συμβατικής ή κατά νόμον) φυσικών ή νομικών προσώπων ή καθολικής διαδοχής νομικών προσώπων, αντιστοίχως. Και τούτο, προφανώς διότι οι κανόνες συγκρούσεως που καθιερώνουν είναι κοινοί για όλα τα κράτη μέλη. Και αντιστρόφως, ο ανωτέρω προβληματισμός δεν αποβαίνει καθαρώς θεωρητικώς αλλά επάγεται σημαντικές επιπτώσεις και σε πρακτικό επίπεδο, εφόσον διαπιστωθεί ότι το πρόβλημα της *in toto* διαδοχής στην αρχική σύμβαση δεν καταλαμβάνεται ανεξάρτητα από αυτόνομες ρυθμίσεις του ενωσιακού δικαίου.

Η κρίσιμη εδώ καθόλου περιπτωσιολογία μπορεί να διακριθεί σε τρεις βασικές κατηγορίες: την καθολική διαδοχή επί φυσικών προσώπων, την ειδική διαδοχή (είτε δυνάμει συμφωνίας είτε εκ του νόμου) φυσικών ή νομικών προσώπων και την καθολική (την άλλοτε καλούμενη και οιονεί καθολική) διαδοχή νομικών προσώπων.

A. Καθολική διαδοχή φυσικών προσώπων

Η πρώτη αυτή κατηγορία αφορά απαιτήσεις της κληρονομίας ή αξιώσεις στρεφόμενες εναντίον της (: ενεργητικό ή παθητικό της κληρονομίας). Σύμφωνα με τις παραδοχές του Δικαστηρίου (βλ. ιδίως σκέψη 47), επί καθολικής διαδοχής, που συνιστά την κατεξοχήν περίπτωση διαδοχής στο σύνολο των δικαιωμάτων και των υποχρεώσεων, το επιληφθέν δικαστήριο, προκειμένου να διαπιστώσει την κατάληψη του κληρονόμου από την εμβέλεια των υποκειμενικών ορίων μίας ρήτρας παρεκτάσεως, την οποία είχε συμφωνήσει ο κληρονομούμενος, δεν θα πρέπει να εφαρμόσει τη *lex causae* που διέπει την καθ' έκαστον καθολική διαδοχή, όπως η *lex hereditatis* τούτη συνάγεται από τους κανόνες ιδιωτικού διεθνούς δικαίου του επιληφθέντος δικαστηρίου (*forum*), αλλά το δίκαιο του παρεκτεινόμενου δικαστηρίου. Λ.χ. εάν ασκηθεί αγωγή αποζημιώσεως από Γερμανό κάτοικο Γερμανίας κατά κληρονόμου, Έλληνα κατοίκου Ελλάδος, στα ελληνικά δικαστήρια για απαιτήσεις από σύμβαση, στην οποία είχε περιληφθεί ρήτρα παρεκτάσεως υπέρ των ιρλανδικών δικαστηρίων και ο κληρονόμος προβάλλει ένσταση ελλείψεως διεθνούς δικαιοδοσίας με βάση τη ρήτρα αυτή που είχε συμφωνήσει ο κληρονομούμενος Έλληνας κάτοικος Ελλάδας, το επιληφθέν ελληνικό δικαστήριο, προκειμένου να κρίνει αν δεσμεύεται ο ενάγων από την επίμαχη ρήτρα θα πρέπει να διαγνώσει προηγουμένως αν, με βάση το ιρλανδικό δίκαιο, ο συγκεκριμένος Έλληνας κληρονόμος, υπεισέρχεται στο σύνολο των δικαιωμάτων και των υποχρεώσεων του κληρονομούμενου Έλληνα. Εάν εδώ γίνει καθ' υπόθεσιν δεκτό ότι το επίμαχο αυτό ζήτημα δεν καταλαμβάνεται από την ισχύ του Καν 650/2012 σχετικά με

τη διεθνή δικαιοδοσία, το εφαρμοστέο δίκαιο, την αναγνώριση και εκτέλεση αποφάσεων, την αποδοχή και εκτέλεση δημόσιων εγγράφων στον τομέα της κληρονομικής διαδοχής και την καθιέρωση ευρωπαϊκού κληρονομητηρίου, διότι δεν συνιστά διεθνή κληρονομική διαφορά³⁷, ο δικάζων δικαστής θα πρέπει να κρίνει λ.χ. την υπόσταση και την εγκυρότητα μίας ιδιόγραφης διαθήκης με βάση τις επιταγές του ιρλανδικού κληρονομικού δικαίου. Υπό την υπόθεση αυτή, το έργο του επιληφθέντος δικαστηρίου θα απέβαινε βεβαίως εξόχως δυσχερές, δίχως να δικαιολογείται τούτο από τη φύση των ένδικων περιστατικών. Ο δε εντοπισθείς σκοπός της νομολογίας του ΔΕΕ στην επίμαχη απόφαση, που συνίσταται, όπως ανωτέρω εκτέθηκε (υπό ΙΙΙ 1), στην οικονομία της δίκης και τη διευκόλυνση του δικάζοντος δικαστή και των διαδίκων ως προς την ανεύρεση και εφαρμογή του κρίσιμου ουσιαστικού κανόνα, φαίνεται ότι θα αναιρούνταν. Εδώ ορθότερο θα ήταν να γίνει δεκτό ότι γνώμονας για την κρίση ως προς τη διαδοχή στο σύνολο των δικαιωμάτων και των υποχρεώσεων θα πρέπει να είναι το ελληνικό κληρονομικό δίκαιο ως *lex causae*³⁸. Πράγμα-

37 Για το ζήτημα του προσδιορισμού της έννοιας της διεθνούς υποθέσεως κληρονομικής διαδοχής κατά τον εν λόγω Καν βλ. Νικολαΐδη, Η σχέση Ευρωπαϊκού και Εθνικού Ιδιωτικού Διεθνούς Δικαίου υπό το πρίσμα του Καν. (ΕΕ) 650/2012 για τις Κληρονομικές Σχέσεις, *De lege lata* ανάλυση και *de lege ferenda* αξιολόγηση, 2019, αριθ. 265 επ. σ. 188 επ. μ.π.π. – Ειδικότερα, όπως επεσήμανε ο Γενικός Εισαγγελέας, *Manuel Campos Sánchez-Bordona* στα σημεία 32-35 των Προτάσεών του της 26^{ης} Μαρτίου 2020 στην υπόθεση C-80/19 (επί της οποίας εκδόθηκε τελικώς η ΔΕΕ, 16.07.2020, C-80/19, *E. E.*, ECLI: ECLI:EU:C:2020:230): «Σκοπός του κανονισμού είναι η εξάλειψη των εμποδίων για την ελεύθερη κυκλοφορία των πολιτών, οι οποίοι αντιμετωπίζουν σήμερα δυσκολίες στην προσπάθειά τους να ασκήσουν τα δικαιώματά τους στο πλαίσιο μιας κληρονομικής διαδοχής που έχει διασυνοριακές επιπτώσεις» (βλ. αιτιολογική σκέψη 7). Ο κανονισμός δεν περιέχει ορισμό της «κληρονομικής διαδοχής που έχει διασυνοριακές επιπτώσεις» ούτε κατάλογο στοιχείων τα οποία, στα διάφορα κράτη, θα μπορούσαν να συμβάλουν στον επακριβή προσδιορισμό των επιπτώσεων αυτών. Κατά την άποψή μου, ο προπαρατεθείς σκοπός του κανονισμού υπαγορεύει την εύελικτη εκτίμηση των όρων αυτών, ώστε να καλύπτουν κάθε κληρονομική διαδοχή της οποίας η οργάνωση (από τον κληρονομούμενο) ή η διεξαγωγή (μετά τον θάνατο αυτού) προσκρούει σε εμπόδια λόγω της ύπαρξης δεσμών με πλείονα κράτη. Για τα κεφάλαια ΙΙ και ΙΙΙ του κανονισμού, η συνήθης διαμονή του κληρονομούμενου κατά τον χρόνο του θανάτου είναι το κοινό κριτήριο για τον καθορισμό της διεθνούς δικαστικής δικαιοδοσίας και ο συνδεδεμένος παράγοντας του κανόνα περί σύγκρουσης δικαιών. Με βάση το στοιχείο αυτό πρέπει να διαπιστωθεί αν, λόγω του εντοπισμού άλλου στοιχείου σε κράτος διαφορετικό από εκείνο της διαμονής του κληρονομούμενου, η διαδοχή δεν έχει αμιγώς εθνικό χαρακτήρα. - Όσον αφορά αυτό το «άλλο στοιχείο», επιμέρους κανόνες του κανονισμού περιγράφουν περιπτώσεις κληρονομικής διαδοχής με συνέπειες σε πλείονες δικαιοδοσίες, παρέχοντας ενδεικτικές κατευθυντήριες οδηγίες για την αναγνώριση του διεθνικού χαρακτήρα της. Ο τόπος στον οποίο ευρίσκονται τα περιουσιακά στοιχεία, οι κληρονόμοι, οι κληροδόχοι ή άλλα πρόσωπα που συνδέονται με τον κληρονομούμενο, καθώς και η ιθαγένεια αυτού, είναι επίσης χαρακτηριστικά στοιχεία τα οποία μπορούν να ληφθούν υπόψη» (η πλαγιογραφίμηση δική μου).

38 Έτσι ορθά *Rauscher/Mankowski*, *EuZPR/EuIPR*⁵, Art. 25 *Brüssel Ia-VO* Rn. 387· βλ. γενικότερα υπέρ του εφαρμοστέου ουσιαστικού εθνικού δικαίου ήδη τον *Magnus*, ανωτ. σημ. 2, σ.

τι, σκοπός του ιδιωτικού διεθνούς δικαίου είναι η εξεύρεση του εφαρμοστέου δικαίου ενόψει του δεσμού του με το καθ' έκαστον επίμαχο ζήτημα της ατομικής περιπτώσεως³⁹. Το δικαιολογικό αυτό δεδομένο αποτελεί εξάλλου και το έρεισμα του άρθρου 23 II Καν 650/2012⁴⁰. Το άρθρο αυτό παραπέμπει ως προς το επίμαχο εν προκειμένω ζήτημα της θεμελιώσεως της ιδιότητας του κληρονόμου που επιφέρει τη διαδοχή στο σύνολο των δικαιωμάτων και των υποχρεώσεων της κληρονομίας στις διατάξεις των άρθρων 21 και 22 του αυτού Καν, όπου προκρίνεται ως εφαρμοστέο κατ' αρχήν το δίκαιο της τελευταίας συνήθους διαμονής του κληρονομούμενου· δηλαδή, στο ανωτέρω αναφερθέν παράδειγμα, το ελληνικό κληρονομικό δίκαιο⁴¹. Εξάλλου, στον εν λόγω Καν δεσπόζει η αρχή της ενότητας της κληρονομίας, η οποία ακριβώς εξειδικεύεται μεταξύ άλλων χαρακτηριστικώς στο άρθρο 23 I, το οποίο διευκρινίζει ότι το εφαρμοστέο δίκαιο δυνάμει του Καν διέπει το σύνολο της κληρονομικής διαδοχής⁴². Το ζήτημα όμως, αν η συζητούμενη περίπτωση είναι διεθνής κλη-

785 (793: «denn diese Fragen sollten für alle Aspekte eines Vertrages, in dessen Zusammenhang die Gerichtsstandsvereinbarung steht, in dem Forum, das angerufen ist, einheitlich entschieden werden»)- βλ. ακόμη Hess, ανωτ. σημ. 22· Gottwald, ανωτ. σημ. 2, σ. 131 (133).

39 Μαριδάκης, *Ιδιωτικό Διεθνές Δίκαιο*, Ι², 1967, σ. 29 επ., 74· βλ. ακόμη Angoura/Kastanidis, *Les limites de l'autonomie de la volonté en droit de l'arbitrage commercial international dans les pays incorporant la loi-type de la CNUDCI : l'exemple de la Grèce*, *Revue de l'arbitrage*, 2019.431 (433/434 με περαιτέρω πλούσιες αναφορές).

40 Έτσι ορθά ο Βασιλακάκης, *Το εφαρμοστέο δίκαιο στην κληρονομική διαδοχή κατά τον Κανονισμό 650/2012 (Ρώμη IV)*, *Αρμ.* 2014.377 (379: «Πρόκειται επί πλέον για λύση απολύτως συνεπή με τη βασική ιδιωτικοδιεθνολογική προσέγγιση, η οποία επιτάσσει την εφαρμογή του δικαίου, με το οποίο η επίδικη έννομη σχέση φέρεται να συνδέεται στενότερα»)- πρβλ. και αιτιολογική σκέψη 23 του Προοιμίου: «...προκειμένου να διασφαλιστεί η ορθή απονομή της δικαιοσύνης στην Ένωση και η ύπαρξη ουσιαστικού συνδετικού στοιχείου μεταξύ της εκάστοτε κληρονομικής διαδοχής και του κράτους μέλους όπου ασκείται η διεθνής δικαιοδοσία, ο παρών κανονισμός θα πρέπει να ορίζει ως γενικό συνδετικό παράγοντα για τον προσδιορισμό τόσο της διεθνούς δικαιοδοσίας όσο και του εφαρμοστέου δικαίου τη συνήθη διαμονή του κληρονομούμενου κατά το χρόνο του θανάτου».

41 Βλ. αναλυτικά Βασιλακάκη, προηγ. σημ., *Αρμ.* 2014.377 επ.· Calvo Caravaca/Davi/Mansel (-Castellanos Ruiz), *The EU Succession Regulation*, 2016, άρθρ. 23 αριθ. 1 επ. μ.π.π. – Υπό το δεδομένο αυτό το συζητούμενο πρόβλημα περιπλέκεται περαιτέρω, εάν ο τόπος της τελευταίας συνήθους διαμονής του κληρονομούμενου εντοπίζεται σε άλλο κράτος μέλος από εκείνο στα δικαστήρια του οποίου ασκείται η κυρίως επίδικη αξίωση· λ.χ. όταν, στο προαναφερθέν στο κείμενο παράδειγμα, τελευταία συνήθους διαμονή του κληρονομούμενου δεν υπήρξε η Ελλάδα, κατοικία του εναγομένου κληρονόμου, αλλά η Ιταλία· και τούτο ανεξαρτήτως και πέραν της αυτοτελούς δυσχέρειας του καθαυτού εντοπισμού της τελευταίας συνήθους διαμονής του κληρονομούμενου με βάση τον Καν 650/2012, όταν ο κληρονομούμενος διατηρεί στενό και σταθερό δεσμό και με τη χώρα καταγωγής του· για το τελευταίο ειδικότερο ζήτημα βλ. αναλυτικά Eichel, *Der "funktionsarme Aufenthalt" und die internationale Zuständigkeit für Erbscheinverfahren*, *RabelsZ* 2021.76 επ.

42 Βλ. ΔΕΕ, 21.06.2018, C-20/17, Oberle, ECLI: ECLI:EU:C:2018:485, σκέψη 54· ΔΕΕ,

ρονομική διαφορά ίσως απολήξει στην δικαστηριακή πράξη αμφιλεγόμενο-ιδίως με τη σκέψη ότι επίδικη είναι εδώ η αξίωση που απορρέει από την αρχική σύμβαση στην οποία περιέχεται παρεπομένως συμφωνία του κληρονομούμενου με τον αντίδικο του κληρονόμου. Αν και ως ορθότερη θα πρέπει να αποτιμηθεί εδώ η θεώρηση ότι πρόκειται πράγματι διεθνής κληρονομική διαφορά κατά τη ρητή επιταγή του άρθρου 23 II ε και ζ, αφού στη σχετική δίκη ανακύπτει, έστω ως προδικαστικό, κατά τα ανωτέρω, ζήτημα η υπεισέλευση του κληρονόμου στο σύνολο των δικαιωμάτων και των υποχρεώσεων του κληρονομούμενου ή, πάντως, στην κυρίως επίδικη απαίτηση ή χρέος της κληρονομίας⁴³ –δηλαδή η ουσιαστική βασιμότητα της αγωγικώς επικαλούμενης ενεργητικής ή παθητικής νομιμοποίησης– δεν φαίνεται να δύναται εντελώς να αποκλεισθεί η ύπαρξη και εμφάνιση περιπτώσεων, που εκφεύγουν της κανονιστικής εμβέλειας του Καν 650/2012. Τέτοια θα είναι πιθανότατα λ.χ. η περίπτωση της ασκήσεως αγωγής σε ελληνικά δικαστήρια Έλληνα κατά κληρονόμου Έλληνα, από χρέος του Έλληνα κληρονομούμενου δυνάμει συμβάσεως καταρτισθείσας και εκπληρωτέας στην Ελλάδα, στην οποία είχε συμφωνηθεί

12.10.2017, *Kubicka*, C-218/16, ECLI: ECLI:EU:C:2017:755, σκέψεις 55-57· βλ. *Βασιλακάκη*, ανωτ. σημ. 40, Αρμ. 2014.377 (383 επ.)· ακόμη *Γ.-Α. Γεωργιάδη*, Το νέο εφαρμοστέο δίκαιο στις κληρονομικές σχέσεις, σύμφωνα με τον Κανονισμό «Ρώμη IV», Αρμ. 2013.703 (706 κάτω επ.).

- 43 Όστε να επιβεβαιώνεται ως προς αυτή πράγματι η ύπαρξη «στοιχείου» κείμενου σε κράτος διαφορετικό της τελευταίας συνήθους διαμονής του κληρονομούμενου· βλ. *Calvo Caranaca/Davi/Mansel* (-Castellanos Ruiz), ανωτ. σημ. 41, άρθρ. 23 αριθ. 10 και 12 μ.π.π· βλ. και αιτιολογικές σκέψεις 7 και 37 του εν λόγω Καν: «(7) Θα πρέπει να διευκολυνθεί η ομαλή λειτουργία της εσωτερικής αγοράς μέσω της εξάλειψης των εμποδίων για την ελεύθερη κυκλοφορία των πολιτών, οι οποίοι αντιμετωπίζουν σήμερα δυσκολίες στην προσπάθειά τους να ασκήσουν τα δικαιώματά τους στο πλαίσιο μιας κληρονομικής διαδοχής που έχει διασυννοριακές επιπτώσεις. Στον ευρωπαϊκό χώρο δικαιοσύνης, οι πολίτες θα πρέπει να μπορούν να οργανώσουν εκ των προτέρων την κληρονομική τους διαδοχή. Θα πρέπει να κατοχυρώνονται με αποτελεσματικότητα τα δικαιώματα των κληρονόμων και των κληροδόχων, των άλλων οικείων προσώπων που σχετίζονται με τον θανόντα, καθώς και των κληρονομικών δανειστών.». (37) Για να είναι δυνατό για τους πολίτες να αξιοποιήσουν, υπό συνθήκες πλήρους ασφάλειας δικαίου, τα πλεονεκτήματα που προσφέρει η εσωτερική αγορά, ο παρών κανονισμός θα πρέπει να τους επιτρέπει να γνωρίζουν εκ των προτέρων το δίκαιο που θα εφαρμοσθεί στην κληρονομική τους διαδοχή. Θα πρέπει να θεσπιστούν εναρμονισμένοι κανόνες περί σύγκρουσης δικαίων προς αποφυγήν αντιφατικών αποτελεσμάτων. Ο κύριος κανόνας θα πρέπει να διασφαλίζει ότι η κληρονομική διαδοχή θα διέπεται από ένα δίκαιο που να μπορεί να προβλεφθεί και με το οποίο συνδέεται στενά. Για λόγους ασφάλειας δικαίου και προς αποφυγή κατά-τμησης της κληρονομίας, το εν λόγω δίκαιο θα πρέπει να διέπει το σύνολο της κληρονομίας, δηλαδή όλα τα περιουσιακά στοιχεία που αποτελούν μέρος της περιουσίας, ανεξάρτητα από τη φύση τους και από το εάν αυτά βρίσκονται σε άλλο κράτος μέλος ή σε τρίτο κράτος»· πρβλ. ακόμη τον Γενικό Εισαγγελέα, *Manuel Campos Sánchez-Bordona*, στα σημεία 63 επ. (ιδίως 65) των Προτάσεών του της 26^{ης} Μαρτίου 2020 στην υπόθεση C-80/19 (επί της οποίας εκδόθηκε τελικώς η ΔΕΕ, 16.07.2020, C-80/19, *E. E.*, ECLI: ECLI:EU:C:2020:230.

μεταξύ των αρχικώς συμβληθέντων ρήτρα παρεκτάσεως υπέρ των γαλλικών δικαστηρίων. Εδώ δυσχερώς πληρούται η έννοια της διεθνούς κληρονομικής διαφοράς, αφού το στοιχείο αλλοδαπότητας συνέχεται αποκλειστικώς με την ερμηνευόμενη ρήτρα παρεκτάσεως διεθνούς δικαιοδοσίας. Εάν αποκλεισθεί όμως εδώ η εφαρμογή του Καν 650/2012, τότε, σύμφωνα με τη σχολιαζόμενη θέση του ΔΕΕ, το επίμαχο ζήτημα της καθολικής διαδοχής θα διέπεται από το γαλλικό κληρονομικό δίκαιο· αποτέλεσμα όμως που δεν μπορεί να επικροτηθεί κατά τις ανωτέρω επισημάνσεις. Στις περιπτώσεις αντίθετα εκείνες της εφαρμογής του εν λόγω Καν, η επιλογή του δικαίου του παρεκτεινόμενου δικαστηρίου ή του επιληφθέντος δικαστηρίου για την απάντηση στο επίμαχο πρόβλημα της διαδοχής παραμένει πράγματι κατ' αποτέλεσμα εντελώς αδιάφορη και αδυνατεί να επιφέρει πρακτικές συνέπειες, λόγω της αυτόνομης ρυθμίσεως των κρίσιμων κανόνων συγκρούσεως σε ενωσιακό επίπεδο.

Β. Ειδική διαδοχή (δυνάμει συμφωνίας ή εκ του νόμου) φυσικών ή νομικών προσώπων και καθολική διαδοχή νομικών προσώπων

Ο ανωτέρω προβληματισμός αναφύεται ομοίως και επί ειδικής διαδοχής ή επί καθολικής διαδοχής νομικών προσώπων; Ειδική διαδοχή καθιερώνει τόσο η βούληση των μερών όσο και ο ίδιος ο νόμος. Κατεχοχήν περιπτώσεις είναι εδώ, αντιστοίχως, η εκχώρηση (που απασχόλησε και την αποτιμώμενη απόφαση) και η υποκατάσταση (*cessio legis*). Υποκατάσταση συχνά θα αναφέρεται λ.χ. χαρακτηριστικώς επί εξοφλήσεως από τον ασφαλιστή της αποζημιωτικής αξιώσεως στον δανειστή δυνάμει της συμβάσεως ασφαλίσεως με αποτέλεσμα την εκ του νόμου υπεισέλευσή του στα δικαιώματα του ασφαλισμένου. Με βάση την επίμαχη θέση του ΔΕΕ στις ανωτέρω περιπτώσεις, το επιληφθέν δικαστήριο, προκειμένου να κρίνει την ένταξη του διαδόχου εντός του πεδίου της κανονιστικής εμβέλειας μίας ρήτρας παρεκτάσεως, περιεχόμενης στην αρχική σύμβαση μεταξύ του δικαιοπαρόχου του και του αντισυμβαλλομένου του-αντιδίκου πλέον του διαδόχου, δεν θα πρέπει να εφαρμόσει τη *lex causae* που διέπει την καθ' έκαστον ειδική διαδοχή, όπως τούτο συνάγεται από τους κανόνες ιδιωτικού διεθνούς δικαίου του επιληφθέντος δικαστηρίου (*forum*), αλλά τη *lex* του παρεκτεινόμενου δικαστηρίου. Λ.χ. εάν ασκηθεί αγωγή αποζημιώσεως Ιταλού, κατοίκου Ιταλίας και εκδοχέως απαιτήσεως ομοίως Ιταλού, κατοίκου Ιταλίας και εκχωρητή κατά Έλληνα και κατοίκου Ελλάδος, στα ελληνικά δικαστήρια για απαιτήσεις από την αρχική σύμβαση μεταξύ εκχωρητή και εναγομένου, στην οποία είχε περιληφθεί ρήτρα παρεκτάσεως υπέρ των γερμανικών δικαστηρίων και ο εναγόμενος προβάλλει ένσταση ελλείψεως διεθνούς δικαιοδοσίας με βάση τη ρήτρα αυτή που είχε συμφωνήσει ο εκχωρητής, το επιληφθέν ελληνικό δικαστήριο, προκειμένου να κρίνει αν δεσμεύεται ο ενάγων από την επίμαχη ρήτρα θα πρέπει να διαγνώσει προηγουμένως αν,

με βάση το γερμανικό δίκαιο, ο συγκεκριμένος Ιταλός εκδοχέας, υπεισέρχεται στο σύνολο των δικαιωμάτων και των υποχρεώσεων του εκχωρητή του Ιταλού. Εάν εδώ γίνει καθ' υπόθεσιν δεκτό ότι το επίμαχο αυτό ζήτημα δεν καταλαμβάνεται από την ισχύ του Καν Ρώμη I ή άλλης αυτόνομης ενωσιακής ρυθμίσεως, η ανεύρεση των κρίσιμων διατάξεων δεν αποβαίνει ευχερής και επιβαρύνεται με τον τρόπο αυτό το έργο του δικάζοντος δικαστή αλλά και των διαδίκων. Ορθότερο μάλλον είναι να γίνει δεκτό εν προκειμένω ότι η κρίση ως προς το επίμαχο ζήτημα της καθόλου υπεισελεύσεως του διαδόχου στα δικαιώματα και τις υποχρεώσεις του δικαιοπαρόχου του να χωρεί με βάση την εφαρμοστέα επί της διαδοχής *lex causae*⁴⁴. Όπως και ανωτέρω αναφέρθηκε, πράγματι, σκοπός του ιδιωτικού διεθνούς δικαίου είναι η εξεύρεση του εφαρμοστέου δικαίου ενόψει του δεσμού του με το καθ' έκαστον επίμαχο ζήτημα της ατομικής περιπτώσεως⁴⁵. Υπό το δεδομένο αυτό, τα αποτελέσματα της διαδοχής και ειδικότερα το επίμαχο ζήτημα αν ο τρίτος υπεισέρχεται στο σύνολο των δικαιωμάτων και των υποχρεώσεων του δικαιοπαρόχου του δεν μπορεί παρά να διέπεται από την οικεία *lex contractus* ή από το οικείο δίκαιο που καθορίζει τις συνέπειες της κατά νόμον διαδοχής.

Ερωτάται όμως εδώ, πώς θα καθορισθεί ειδικότερα η εφαρμοστέα ουσιαστική εθνική ρύθμιση⁴⁶; Θα μπορούν εδώ να τύχουν εφαρμογής οι αυτόνομες ρυθμίσεις των Καν Ρώμη I και II με τους περιεχόμενους σ' αυτούς κανόνες συγκρούσεως, λ.χ. στο ζήτημα της εκχωρήσεως τα άρθρα 14 και 15 Ρώμη I, ενώ στο ζήτημα της προαναφερθείσας υποκαταστάσεως του ασφαλιστή το άρθρο 19 Ρώμη II (ή κάποτε το άρθρο 15 Ρώμη I); Το ερώτημα συνέχεια ιδίως με τον Καν Ρώμη I, δεδομένου του κατ' άρθρου 1 II περ. ε αποκλεισμού της εφαρμογής του επί συμφωνιών επιλογής δικαστηρίου, ρύθμιση που δεν απαντά και στον Καν Ρώμη II. Αν και εκ πρώτης όψεως η θεώρηση υπέρ της

44 Rauscher/Mankowski, EuZPR/EuIPR⁵, Art. 25 Brüssel Ia-VO Rn. 244-245, 387· βλ. ακόμη Magnus, ανωτ. σημ. 2, σ. 785 (793): «denn diese Fragen sollten für alle Aspekte eines Vertrages, in dessen Zusammenhang die Gerichtsstandsvereinbarung steht, in dem Forum, das angerufen ist, einheitlich entschieden werden»· βλ. ακόμη Hess, ανωτ. σημ. 22· πρβλ. Gebauer, ανωτ. σημ. 7, σ. 95 (103 επ.)· Gottwald, ανωτ. σημ. 2, σ. 131 (132)· πρβλ. ακόμη, ομοίως, ως προς την επιγενόμενη εκχώρηση ειδικά επί συμφωνίας διαιτησίας, Καλαβρό, ανωτ. σημ. 5, Το Ιδιωτικό Διεθνές Δίκαιο, αριθ. 115 σ. 70: «το ζήτημα της υποκειμενικής εμβέλειας της διαιτητικής συμφωνίας, το ζήτημα, δηλαδή, της δέσμευσης απ' αυτήν και άλλων προσώπων πέραν των συμβληθέντων, κρίνεται με βάση το εφαρμοστέο δίκαιο επί της σχέσης, που συνδέει το τρίτο πρόσωπο με το συμβληθέν στη διαιτητική συμφωνία. Έτσι, λ.χ. επί ειδικής διαδοχής η δέσμευση του διαδόχου θα κρίνεται κατά τη *lex causae* της εκχωρούμενης απαίτησης ή γενικότερα του μεταβιβαζόμενου δικαιώματος»· Angoura/Kastanidis, ανωτ. σημ. 39, *Revue de l'arbitrage*, 2019.431 (447) ως προς την επιγενόμενη εκχώρηση ειδικά επί συμφωνίας διαιτησίας.

45 Βλ. ανωτ. τις αναφορές της σημ. 39.

46 Για τον σχετικό προβληματισμό βλ. Melcher, ανωτ. σημ. 7, GPR 2017.246.(251 I).

αδυναμίας εδώ εφαρμογής του Καν Ρώμη I προβάλλει αναμφίλεκτα⁴⁷, εγγύτερη εξέταση της ειδικότερης αυτής πτυχής του καθόλου προβλήματος δεν αποκλείεται να οδηγήσει στη θέση ότι η περίπτωση δύναται να καταληφθεί από τους κανόνες συγκρούσεως του εν λόγω Καν. Αυτός πράγματι αποκλείει την ευθεία εφαρμογή του στη συμφωνία παρεκτάσεως. Δεν ρυθμίζει την περίπτωση της *in toto* υπεισελεύσεως τρίτου στη συμβατική έννομη σχέση και στα δικαιώματα και τις υποχρεώσεις που πηγάζουν από αυτήν. Στην αρχική αυτή σύμβαση περιέχεται ως ειδικότερη παρεπόμενη συμφωνία και η ρήτρα παρεκτάσεως. Υπό τα δεδομένα αυτά, κρίσιμο αποβαίνει εν προκειμένω το σημείο αναφοράς. Συγκεκριμένα, αντικείμενο της έρευνας στη συζητούμενη περίπτωση είναι η ένδικη εκχώρηση ή εκ του νόμου υποκατάσταση από την ειδικότερη σκοπιά αν αυτή επιφέρει διαδοχή στο σύνολο των δικαιωμάτων και υποχρεώσεων που απορρέουν από την αρχική, μεταβιβαζόμενη έννομη σχέση, στην οποία περιέχεται, ως παρεπόμενη συμφωνία, η κρισιολογούμενη ρήτρα. Εάν διαπιστωθεί η *in toto* αυτή διαδοχή, συμπεραίνεται βεβαίως και η ειδικότερη διαδοχή στην περιεχόμενη στη σύμβαση ρήτρα παρεκτάσεως. Υπό τη θεώρηση αυτή, η εφαρμογή εδώ των άρθρων 14 και 15 του Καν Ρώμη I δεν φαίνεται να αποκλείεται. Αντιθέτως, η εφαρμογή τους μάλλον επιβάλλεται από λόγους ασφάλειας δικαίου και προβλεψιμότητας του εφαρμοστέου δικαίου, δεδομένης της ισχύος του σε όλα τα κράτη μέλη⁴⁸. Εάν, όμως αποκλεισθεί η εφαρμογή του Καν Ρώμη I, όπως υποστηρίζεται⁴⁹, ορθότερο θα ήταν κατά τα ανωτέρω και σε αντίθεση με τις παραδοχές της αποφάσεως του ΔΕΕ, να θεωρηθεί εδώ ως εφαρμοστέο το ουσιαστικό εκείνο εθνικό δίκαιο που διέπει την εκάστοτε επίμαχη διαδοχή ως *lex causae* με βάση τους κανόνες ιδιωτικού διεθνούς δικαίου του επιληφθέντος δικαστηρίου. Ωστόσο, θα πρέπει να σημειωθεί ότι λόγω της ευχέρειας που παρέχει η συχνά ευρεία διατύπωση των οικείων εθνικών κανόνων συγκρούσεως (βλ. λ.χ. ΑΚ 25), οι κανόνες αυτοί, είτε πρόκειται για εκείνους του *forum* είτε για εκείνους του παρεκτεινόμενου δικαστηρίου, δεν αποκλείεται να υποδεικνύουν ως εφαρμοστέο στη ρήτρα παρεκτάσεως το δίκαιο που διέπει τη σύμβαση εκχωρήσεως ή την εκ του νόμου υποκατάσταση σε συμφωνία με τα άρθρα 14 και 15 του Καν Ρώμη I και 15 και 19 του Καν Ρώμη II· ώστε τελικώς οι λύσεις υπό αμφότερες τις αντίπαλες ερμηνευτικές εκδοχές κάποτε να συμπίπτουν.

Τέλος, επί καθολικής διαδοχής νομικών προσώπων τα εθνικά δίκαια των κρατών μελών έχουν σε μεγάλο βαθμό εναρμονισθεί και προβλέπουν, κατά

47 Έτσι *Melcher*, ανωτ. σημ. 7, GPR 2017.246.251 I· σύμφωνος ο *Hess*, ανωτ. σημ. 22.

48 Έτσι ορθά πρόσφατα *Rauscher/Mankowski*, EuZPR/EuIPR⁵, Art. 25 Brüssel Ia-VO Rn. 244-245.

49 Βλ. τις αναφορές της σημ. 47.

τρόπο ομοιόμορφο, ότι τουλάχιστον όσον αφορά τις κεφαλαιουχικές εταιρείες η συγχώνευση συνεπάγεται αυτοδικαίως «την καθολική μεταβίβαση, τόσο μεταξύ της απορροφώμενης και της απορροφώσας εταιρείας όσο και έναντι των τρίτων, του συνόλου της περιουσίας, ενεργητικού και παθητικού, της απορροφώμενης εταιρείας προς την απορροφώσα» (άρθρο 105 I α της Οδηγίας 2017/1132⁵⁰, άρθρο 18 II ν. 4601/2019⁵¹). Η αναζήτηση του εφαρμοστέου στη διαδοχή δικαίου – βάσει του Καν Ρώμη I ή ενδεχομένως των κανόνων του ημεδαπού εταιρικού διεθνούς δικαίου – στερείται εν προκειμένω πρακτικής σημασίας. Το πρόβλημα όμως παραμένει ως προς τις προσωπικές εταιρίες. Ορθότερο μάλλον είναι να γίνει δεκτό⁵² εν προκειμένω ότι η κρίση ως προς το συζητούμενο πρόβλημα θα χωρεί δυνάμει του εφαρμοστέου επί της καθολικής αυτής διαδοχής ουσιαστικού εθνικού δικαίου.

4. Τελικές σκέψεις

Το ζήτημα του ουσιαστικού κύρους μίας ρήτηρας παρεκτάσεως δυνατόν και ίσως εύλογο να διέπεται από το δίκαιο του παρεκτεινόμενου δικαστηρίου, ιδίως στην περίπτωση κατά την οποία επιληφθέν είναι το εν λόγω δικαστήριο. Αλλά τούτο ισχύει και όταν *forum* δεν καθίσταται το παρεκτεινόμενο δικαστήριο⁵³. Η δικαιοπρακτική ικανότητα, η εξουσία αντιπροσωπεύσεως ή εκπροσωπήσεως για την υπογραφή της, καθώς και τα ελαττώματα της δηλώσεως βουλήσεως, όπως εικονικότητα, αντίθεση στα χρηστά ήθη, πλάνη, απάτη και απειλή ανάγονται αποκλειστικά στη σφαίρα των αρχικών συμβαλλομένων και αφορούν αποκλειστικά αυτούς⁵⁴. Σε περίπτωση ευοδώσεως του ελέγχου του ουσιαστικού κύρους μίας συμφωνίας παρεκτάσεως, το μεν παρεκτεινόμενο δικαστήριο εδραιώνει τελειωτικά τη διεθνή δικαιοδοσία του να κρίνει την ενώπιόν του διαφορά, το δε επιληφθέν και μη παρεκταθέν δικαστήριο απεκδύεται οριστικά της εξουσίας του, λόγω της ουσιαστικής ευδοκιμήσεως της σχετικής προταθείσας ενστάσεως ελλείψεως διεθνούς δικαιοδοσίας του ενόψει της συμφωνηθείσας έγκυρης ρήτηρας. Η κατάσταση των συντεταγμένων του ελέγχου αυτού με βάση τα νομοθετικά δεδομένα του δικαίου του παρεκτεινό-

50 Οδηγία (ΕΕ) 2017/1132 του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 14^{ης} Ιουνίου 2017, σχετικά με ορισμένες πτυχές του εταιρικού δικαίου, ΕΕ L 169 της 30.6.2017, σ. 46.

51 Για το άρθρο αυτό βλ. *Γρηγοριάδη*, Το Δίκαιο των Εταιρικών Μετασχηματισμών, 2020, σ. 184 επ. μ.π.π.

52 *Rauscher/Mankowski*, EuZPR/EuIPR⁵, Art. 25 Brüssel Ia-VO Rn. 387.

53 Βλ. εντούτοις και τις ανωτέρω υπό II πριν και μετά τον εκθ. 19 διατυπωθείσες δικαιοπολιτικές τάξεις επιφυλάξεις.

54 Βλ. αναλυτικά *Νίκα/Σαχπεκίδου*, ανωτ. σημ. 2, ΕυρΠολΔικ, άρθρο 25 αριθ. 83 επ. σ. 399 επ.· *Αρβανιτάκη/Βασιλακάκη [-Καπακτσή]*, ανωτ. σημ. 1, ΕρμΕΚ [4]-ΚανΒρ Ia, άρθρ. 25 αριθ. 26 επ. σ. 493 επ.

μενου δικαστηρίου δυνατόν να αποβαίνει ομαλή⁵⁵. Όταν όμως, μετά από την κατάρτιση της αρχικής συμβάσεως που περιέχει τη ρήτρα παρεκτάσεως, χωρεί διαδοχή είτε δυνάμει συμβάσεως (όπως χαρακτηριστικώς επί εκχωρήσεως) είτε *ex lege* (όπως επί *cessio legis* ή επί καθολικής διαδοχής λόγω θανάτου του αρχικώς συμβληθέντος φυσικού προσώπου ή απορροφήσεως/συγχωνεύσεως του αρχικώς συμβληθέντος νομικού προσώπου από άλλο) εύλογος προβληματισμός ανακύπτει ως προς την προσφορότητα του εθνικού δικαίου του παρεκτεινόμενου δικαστηρίου να αποτελέσει την πηγή αντλήσεως των κρίσιμων εδώ εννόμων συνεπειών. Τον προβληματισμό επιτείνει η διαπίστωση ότι με τον τρόπο αυτόν η ρήτρα παρεκτάσεως καταλήγει να αποτελεί και επιλογή εφαρμοστέου δικαίου, το οποίο καταλαμβάνει μετενεργώντας και την επιγενόμενη σύμβαση (επί διαδοχής δυνάμει συμφωνίας) ή την επακολούθως ιδρυόμενη έννομη κατάσταση (επί διαδοχής κατά νόμον), δυνάμει της οποίας ο τρίτος καθίσταται μεταγενεστέρως δικαιούχος ή υπόχρεος των απαιτήσεων που ήδη πήγασαν ή πηγάζουν ή μέλλουν τυχόν να πηγάσουν από την αρχική σύμβαση του δικαιοπαρόχου του με τον εκεί αρχικό αντισυμβαλλόμενό του· αποτέλεσμα που δεν εναρμονίζεται πλήρως ή τουλάχιστον ευχερώς με την καταρχήν εδώ προστατευτέα ιδιωτική αυτονομία⁵⁶. Πράγματι, πάγια είναι η θέση του ΔΕΕ κατά τα ανωτέρω (υπό Ι) ότι, προκειμένου η ρήτρα να καταλάβει και τον τρίτο, θα πρέπει να έχει χωρήσει διαδοχή στο σύνολο (*in toto*) των δικαιωμάτων και των υποχρεώσεων του αρχικώς συμβληθέντος. Το ζήτημα όμως αυτό είναι εντελώς διάφορο έναντι εκείνου τόσο του τυπικού όσο και του ουσιαστικού κύρους της αρχικής συμφωνίας παρεκτάσεως. Δεν ερευνάται εδώ ο τύπος καταρτίσεως της ρήτρας ούτε πιθανά ελαττώματα που καθιστούν την εν λόγω συμφωνία άκυρη. Ελέγχεται η επιγενόμενη συμφωνία μεταβίβασης της καθόλου έννομης σχέσεως (ή η κατά νόμον εκάστοτε καθολική μεταβίβασή της) από την οποία πηγάζει η καταγόμενη σε δίκη αξίωση (ως στοιχείο της ενεργητικής νομιμοποιήσεως) ή ιδρύεται η υποχρέωση του διαδόχου να εκπληρώσει την απαίτηση (ως βάση της παθητικής νομιμοποιήσεως). Και προκρίνεται η αφετηριακή θεώρηση ότι κρίσιμη εδώ είναι η υπεισέλευση του τρίτου στο σύνολο των δικαιωμάτων και των υποχρεώσεων που απορρέουν από την έννομη αυτή σχέση· ώστε αφενός μεν ο διάδοχος να νομιμοποιείται ενεργητικώς ή παθητικώς, αντιστοίχως, για την άσκηση ή την εναντίον του απεύθυνση της επίδικης αξιώσεως κατά τα ανωτέρω και αφετέρου να συμμεταβιβάζεται, παρεπομένως, και η σχετική συμφωνία παρεκτάσεως. Η κρίση για την ουσιαστική βασιμότητα της επικαλούμενης ενεργητικής ή παθητικής νομιμοποιήσεως

55 Βλ. τη σημ. 53.

56 Βλ. ανωτέρω στο κείμενο (υπό Ι στον εκθ. 4) τον κανόνα της καταλήψεως τρίτου από ρήτρα παρεκτάσεως μόνον επί συναινέσεώς του.

θα αποτελεί προδικαστικό ζήτημα αντιμετωπιζόμενο στις προκειμένες του οικείου δικανικού συλλογισμού. Μείζων προκειμένη της σχετικής κρίσεως είναι αναμφίβολα η επιλεγείσα κρίσιμη διάταξη του εφαρμοστέου ουσιαστικού δικαίου, όπως τούτο καθορίζεται από τη *lex causae* που διέπει την εκάστοτε διαδοχή. Επί εκχωρήσεως, εφαρμοστέες οι ρυθμίσεις των άρθρων 14 και 15 Ρώμη I⁵⁷. επί υποκαταστάσεως εκ του νόμου, οι διατάξεις των άρθρων 15 Ρώμη I ή 19 Ρώμη II. Οι κανόνες συγκρούσεως των Κανονισμών αυτών συχνά μάλιστα θα υποδεικνύουν εδώ το εφαρμοστέο ουσιαστικό δίκαιο και επί του κυρίου επιδίκου ζητήματος. Από το άλλο μέρος, επί καθολικής διαδοχής φυσικών προσώπων, εάν γίνει δεκτό ότι η ειδική αυτή περίπτωση διέπεται από τον Καν 650/2012⁵⁸, ως διεθνής κληρονομική διαφορά, εφαρμοστέα θα είναι η διάταξη του άρθρου 23 II του εν λόγω Καν. διαφορετικά, κρίσιμοι θα αποβαίνουν εδώ οι κανόνες ιδιωτικού διεθνούς δικαίου του *forum*.

Ο εντοπισθείς αυτός αποχρών λόγος δεν απαντά εν προκειμένω και ως προς το έτερο σκέλος της παρεπόμενης συμφωνίας για την παρέκταση; Η προσπάθεια εντοπισμού ενός διάφορου τέτοιου λόγου δεν αποβαίνει εν προκειμένω ευχερώς τουλάχιστον καρποφόρα. Αντιθέτως, το προκριθέν ως εφαρμοστέο ουσιαστικό δίκαιο επί της ειδικής ή καθολικής διαδοχής⁵⁹ δεν μπορεί παρά να αποτιμάται ως πρόσφορο ή πάντως προσφορότερο εκείνου του παρεκτεινόμενου δικαστηρίου και ως προς το παρεπόμενο ζήτημα τυχόν συμφωνίας παρεκτάσεως, περιληφθείσας στην αρχική σύμβαση από την οποία απορρέει η επίδικη αξίωση. Όπως και ανωτέρω αναφέρθηκε⁶⁰, πράγματι, σκοπός του ιδιωτικού διεθνούς δικαίου είναι η εξεύρεση του εφαρμοστέου δικαίου ενόψει του δεσμού του με το καθ' έκαστον επίμαχο ζήτημα της ατομικής περιπτώσεως. Υπό το φως των ανωτέρω δεδομένων, ο εντοπισθείς σκοπός της θεωρήσεως του ΔΕΕ στη σχολιαζόμενη απόφαση (υπό II 4) που συνίσταται στην αποτροπή του περαιτέρω κατακερματισμού του εφαρμοστέου εθνικού

57 Για το ειδικότερο πεδίο εφαρμογής των εν λόγω ρυθμίσεων βλ. *Ferrari*, Concise Commentary on the Rome I Regulation2, 2020, Art. 14 σ. 328 επ. μ.π.π., Art. 15 σ. 337 επ. μ.π.π. Όπως κρίθηκε από το ΔΕΕ το πεδίο εφαρμογής του άρθρου 14 δεν καταλαμβάνει τις έναντι τρίτων έννομες συνέπειες της εκχωρήσεως (βλ. ΔΕΕ, 9.10.2019, C-548/18, BGL BNP Paribas SA, ECLI: ECLI:EU:C:2019:848. σκ. 33-38). Για το λόγο αυτόν, στις 12 Μαρτίου 2018 η Επιτροπή υπέβαλε πρόταση κανονισμού του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου σχετικά με το εφαρμοστέο δίκαιο στα έναντι τρίτων αποτελέσματα των εκχωρήσεων απαιτήσεων [COM(2018) 96 τελικό], από την οποία προκύπτει ότι η δυνατότητα επίκλησης έναντι τρίτων της εκχώρησης μιας απαίτησης θα μπορούσε να διέπεται, κατ' αρχήν, από το δίκαιο της χώρας στην οποία ο εκχωρητής έχει τη συνήθη διαμονή του.

58 Για το ζήτημα αυτό, βλ. ανωτ. υπό III 3 Α.

59 Για το ειδικότερο πρόβλημα της δυνατότητας εφαρμογής εδώ του Καν Ρώμη I, βλ. αναλυτικά ανωτέρω στο κείμενο υπό III 3 Β μετά τον εκθ. 46.

60 Βλ. ανωτέρω στο κείμενο στους εκθ. 39 και 45.

ουσιαστικού δικαίου ενώπιον του δικάζοντος εθνικού δικαστή και των διαδίκων, αδυνατεί να πληρωθεί εδώ εκ της φύσεως του πράγματος· αφού ως προς το ζήτημα της νομιμοποίησης του ενάγοντος να απευθύνει την αγωγή του εναντίον του εναγομένου, η αναγωγή στη *lex causae* που διέπει τη διαδοχή προκειμένου να ελεγχθεί η ουσιαστική συνδρομή της εκάστοτε αγωγικώς επικαλούμενης ενεργητικής ή παθητικής νομιμοποίησης αποβαίνει, ούτως ή άλλως, αναπόφευκτη⁶¹. Αντιθέτως, η θέση του ΔΕΕ δυνατόν να επιφέρει ανεπιθύμητες περιπλοκές, αφού σε ζητήματα, αν όχι καθολικώς, πάντως μερικώς επικαλυπτόμενα δεν μπορεί να αποτραπεί – τουλάχιστον ολότελα⁶² – η εφαρμογή των κανόνων ουσιαστικού δικαίου διαφόρων εννόμων τάξεων. Τούτο λ.χ. θα ισχύσει, όταν *lex causae* επί της διαδοχής είναι το ελληνικό ενοχικό δίκαιο (*lex contractus*: άρθρο 14 Ρώμη Ι), δυνάμει του οποίου θα κριθεί κατ' ουσίαν η νομιμοποίηση (ενεργητική ή παθητική), το ζήτημα όμως της υπεισελεύσεως του διαδόχου (λ.χ. εκδοχέα) στο σύνολο των δικαιωμάτων και των υποχρεώσεων του αρχικώς συμβληθέντος-εκχωρητή, ως αναγκαίο πρόκριμα για την κατάληψή του από τα υποκειμενικά όρια της συμφωνίας παρεκτάσεως, θα πρέπει να κριθεί – σύμφωνα με την ερμηνευτική θέση του ΔΕΕ – με βάση το διάφορο εθνικό δίκαιο του παρεκτεινόμενου δικαστηρίου⁶³. Έτσι, κατ' ουσίαν και πάντως κατ' αποτέλεσμα, το αυτό κρίσιμο επίδικο προδικαστικό ζήτημα (πρόκριμα), δηλαδή η κτήση της ιδιότητας του καθολικού ή ειδικού διαδόχου με υπεισέλευση στο σύνολο των δικαιωμάτων και των υποχρεώσεων του αρχικώς συμφωνήσαντος τη ρήτρα παρεκτάσεως – και πάντως στην επίδικη αξίωση – απολήγει να επιλύεται με εφαρμογή διαφόρων ουσιαστικών εθνικών κανόνων. Το ενδεχόμενο όμως αυτό δυσχερώς εναρμονίζεται τόσο με το σύστημα του ελληνικού δικονομικού δικαίου όσο και με θεμελιώδη προτάγματα του σύγχρονου δυτικού νομικού πολιτισμού ως προς την επιβαλλόμενη τελολογική συνοχή στην κατάστρωση των προκειμένων του εκάστοτε δικανικού συλλογισμού.

Ειδικότερα, υπό την αντικρουόμενη ερμηνευτική εκδοχή δεν μπορεί να αποκλειστεί η εμφάνιση λ.χ. της ακόλουθης μη ανεκτής συνθήκης: επί καθορισμού στη συζητούμενη περίπτωση του ιρλανδικού ως παρεκτεινόμενου δικαστηρίου και αγωγής ασκηθείσας σε ελληνικό δικαστήριο, το τελευταίο να

61 Πρβλ. *Nunner-Krautgasser*, ανωτ. σημ. 9, ZZP 2014.461 (476-477 μ.π.π.).

62 Αφού κατά τα ανωτέρω (υπό ΙΙΙ 3 Α και Β) η εφαρμογή αυτόνομων ενωσιακών κανόνων συγκρούσεως περιεχόμενων στους Καν 650/2012 ή Ρώμη Ι ή ΙΙ ως προς το επίμαχο συζητούμενο πρόβλημα της διαδοχής στο σύνολο των δικαιωμάτων και των υποχρεώσεων της αρχικής συμβάσεως, δεν θα είναι πάντοτε αναμφίλεκτη.

63 Εφόσον γίνει δεκτή η ερμηνευτική εκδοχή υπέρ του αποκλεισμού εφαρμογής εδώ του Καν Ρώμη Ι, δεδομένου ότι πρόκειται για ρήτρα παρεκτάσεως· βλ. ανωτέρω υπό ΙΙΙ 3 Β μεταξύ των εκθ. 46 και 48.

θεμελιώνει διεθνή δικαιοδοσία εκδικάσεώς της, αφού με βάση το εφαρμοστέο ιρλανδικό δίκαιο δεν έχει τυχόν χωρήσει ειδική διαδοχή σε όλα τα δικαιώματα και τις υποχρεώσεις της αρχικής συμβάσεως λόγω εμφίλοχworούσας ακυρότητας της εκποιητικής δικαιοπραξίας⁶⁴, δυνάμει όμως του εφαρμοστέου επί της εκχωρήσεως ελληνικού αστικού δικαίου, η σχετική σύμβαση να θεμελιώνει εγκύρως τη διαδοχή και την ουσιαστική βασιμότητα της επικαλούμενης ενεργητικής νομιμοποιήσεως⁶⁵.

Τέλος, ως αινιγματική αποτιμάται και η απαιτούμενη από το Δικαστήριο προϋπόθεση της εν λόγω υπεισελεύσεως στο σύνολο των δικαιωμάτων και των υποχρεώσεων του συμφωνήσαντος τη ρήτρα, ιδίως στις περιπτώσεις της ειδικής διαδοχής. Πληρούνται άραγε η ως άνω προϋπόθεση, όταν, σε περιπτώσεις όπως η ένδικη, εκχωρείται η αξίωση αποζημιώσεως λόγω ματαιώσεως αεροπορικής μεταφοράς; Εδώ προφανώς η εκδοχέας-εταιρία εισπράξεως οφειλών δεν υπεισέρχεται στο σύνολο των δικαιωμάτων και των υποχρεώσεων της αρχικής συμβάσεως, αλλά απλώς καθίσταται αποκλειστικός πλέον δικαιούχος μίας χρηματικής απαιτήσεως που έχει απορρεύσει από αυτήν και η οποία καθίσταται τώρα επίδικη. Μάλιστα το τελευταίο είδος διαδοχής θα εμφανίζεται μάλλον συνθηδέστερα στην πράξη. Εν προκειμένω δεν τίθεται βεβαίως ζήτημα διαδοχής ούτε στα επιμέρους δικαιώματα ούτε και στις υποχρεώσεις της συμβάσεως της ήδη αναπόστρεπτα ματαιωθείσας αεροπορικής μεταφοράς. Συνεπώς, αναμφίβολα εδώ δεν πρόκειται υπεισέλευση στο σύνολο των δικαιωμάτων και των υποχρεώσεων της αρχικής συμβάσεως, με αποτέλεσμα να μη πληρούνται η επίμαχη προϋπόθεση της *in toto* διαδοχής⁶⁶.

64 Π.χ. δεν έχει τηρηθεί ο επιβαλλόμενος από το *common law* τύπος ή κατά την ιρλανδική έννομη τάξη, η διαδοχή στα δικαιώματα και τις υποχρεώσεις δεν συνεπάγεται τυχόν και διαδοχή στις οικονομικές συμφωνίες, οι οποίες δεν έχουν παρεπόμενο αλλά αυτοτελή χαρακτηριστήρα, όπως εξάλλου κρατεί γενικότερα ως προς τη ρήτρα παρεκτάσεως κ.ο.κ.

65 Ερωτάται δε περαιτέρω, τί θα πρέπει άραγε να γίνει εδώ δεκτό, όταν εκχωρητής και οφειλέτης έχουν καθορίσει με συμφωνία επιλογής δικαίου ως εφαρμοστέο δίκαιο έτερο εκείνου του παρεκτεινόμενου δικαστηρίου (λ.χ. το κυπριακό δίκαιο); Θα υπερισχύσει το δίκαιο του παρεκτεινόμενου δικαστηρίου έναντι της συμφωνίας των μερών; Εν προκειμένω, ορθότερη αποβαίνει η θεώρηση υπέρ της εφαρμογής του συμβατικώς καθορισθέντος από τα μέρη εθνικού δικαίου. Και τούτο, διότι εάν όντως προκριθεί η ορθή θέση περί εφαρμογής της *lex causae* της βασικής σχέσεως, είναι αδιάφορο αν αυτή θα προκύψει βάσει συμφωνίας επιλογής δικαίου ή βάσει των λοιπών κανόνων συνδέσεως που εφαρμόζονται στην εκάστοτε περίπτωση· πρβλ. και *Καλαβρό*, ανωτ. σημ. 5, Το Ιδιωτικό Διεθνές Δίκαιο, αριθ. 115 σ. 70, για το αντίστοιχο ζήτημα επί διαιτητικής συμφωνίας, όπου υποστηρίζεται ότι το πρόβλημα της ειδικής διαδοχής θα κρίνεται κατά τη *lex causae* της εκχωρούμενης απαιτήσεως.

66 Μάλιστα στη θεωρία του ουσιαστικού δικαίου γίνεται δεκτό ότι η μεταβίβαση από το ένα συμβαλλόμενο μέρος του συνόλου μίας συμβάσεως ως ενότητας σε τρίτο δεν μπορεί να αποτελέσει αντικείμενο εκχωρήσεως και απαιτείται η συναίνεση του αντισυμβαλλομένου του, δηλαδή επιβάλλεται η κατάρτιση τριμερούς συμβάσεως· αντί άλλων βλ. αναλυτικά *Παπαντωνίου*, Μεταβίβασις συμβατικής σχέσεως, 1962, σ. 129 επ.· *Σταθόπουλο*, Γενικό Ενο-

Δεν φαίνεται εντελώς αβάσιμη η υπόθεση ότι η ανωτέρω θέση του ΔΕΕ εδράζεται στη σκέψη ότι η *in toto* διαδοχή είναι αποκλειστικώς εκείνη που καταλαμβάνει και την περιεχόμενη στην αρχική σύμβαση ρήτρα παρεκτάσεως συνέπεια που δεν απαντά βεβαίως επί εκχωρήσεως μεμονωμένης αξιώσεως απορρέουσας από τη σύμβαση αυτή. Βασικό όμως μειονέκτημα της επιλεγείσας λύσεως είναι η ανάπτυξη πεδίου εμφανίσεως αθέμιτων και μη ανεκτών καταστρατηγήσεων. Πράγματι, υπό την εκδοχή αυτή, εκχωρητής και εκδοχέας απονευρώνουν τη ρήτρα παρεκτάσεως και παρακάμπτουν την εφαρμογή της, εάν συμφωνήσουν ρητώς στη σχετική μεταξύ τους σύμβαση τη διαδοχή σε ορισμένη ή ορισμένες από το σύνολο των αξιώσεων που έχουν απορρεύσει ή μέλλουν να πηγάσουν από την αρχική σύμβαση⁶⁷.

Σε κάθε περίπτωση, με βάση την ανωτέρω θέση της αποφάσεως *Ryanair DAC/DelayFix* και υπό το πρίσμα ειδικότερα του ελληνικού ουσιαστικού δικαίου, εάν τούτο ετύγχανε τελικώς κρίσιμο ουσιαστικό εφαρμοστέο δίκαιο δυνάμει ρήτρας παρεκτάσεως υπέρ των ελληνικών πολιτικών δικαστηρίων σε σύμβαση αεροπορικής μεταφοράς μεταξύ ελληνικής αεροπορικής εταιρίας και επιβάτη της, το ως άνω επίμαχο ερώτημα θα αντιμετωπιζόταν υπέρ της εκδοχής της καταλήψεως της εκδοχέως-εταιρίας εισπράξεως οφειλών από τα υποκειμενικά όρια της σχετικής ρήτρας⁶⁸. Και τούτο, διότι δυνάμει των ΑΚ 455 επ. (ιδίως 458 εδ. α'), με την εκχώρηση μεταβιβάζεται η απαίτηση και τα παρεπόμενα δικαιώματα και προνόμια (εξαιρουμένων των προσωποπαγών· ΑΚ 458 εδ. β') καθώς και οι καθυστερούμενοι τόκοι, αλλά και οι τυχόν υποχρεώσεις του εκχωρητή έναντι του οφειλέτη, αφού ο τελευταίος διατηρεί έναντι του

χικό Δίκαιο⁵, 2018, § 27 V αριθ. 136 επ. σ. 1743 επ. μ.π.π.· βλ. και ΑΠ 1400/2008, ΕΠολΔ 2008.694 επ.

67 Όμοιος προβληματισμός ανακύπτει και στις ρήτρες διαιτησίας. Στο συγκεκριμένο δικαιοκτικό πεδίο κρατεί η ερμηνευτική εκδοχή ότι η συμφωνία διαιτησίας είναι διαδικαστική ιδιότητα ή (οιονεί) παρακολούθημα των ενοχικών αξιώσεων που απορρέουν από την αρχική κύρια σύμβαση· ώστε ο ειδικός διάδοχος (είτε μεμονωμένης αξιώσεως είτε του συνόλου των θεμελιούμενων αξιώσεων) να δεσμεύεται από τη ρήτρα διαιτησίας που περιέχεται στην κύρια σύμβαση· βλ. ΟΛΑΠ 176/1976, ΝοΒ 1976.706· ΑΠ 1400/2008, ΕΠολΔ 2008.694 επ.· ΕφΘεσ 3006/1995, ΕπισκεΔ 1996.379 επ.· ΕφΑθ 6920/1985, ΝοΒ 1986.231 (232)· βλ. Κουτσούλη, ανωτ. σημ. 2, ΔίκΔιατ, § 5 ΙΙΙ αριθ. 46 σ. 46 μ.π.π.· Καλαβρό, ανωτ. σημ. 4, αριθ. 330 σ. 293-294· ιδίως αναλυτικά Κολοτούρο, ανωτ. σημ. 5, Διαιτησία, 2019.27 (39-41 μ.π.π. στην ελληνική και αλλοδαπή δικονομική θεωρία)· Κεραμέα/Κονδύλη/Νίκα (- Φιλιώτη), ανωτ. σημ. 4, ΚΠολΔ, άρθρ. 869 αριθ. 14. Η θέση αυτή - η οποία, όπως αμέσως κατωτέρω στο κείμενο θα δειχθεί, κρατεί στο ελληνικό δίκαιο και ως προς τις ρήτρες παρεκτάσεως - αποκλείει πράγματι το προαναφερθέν ανεπιθύμητο ενδεχόμενο καταχρηστικής συμπεριφοράς. Απομένει να ερευνηθεί όμως αν αναιρεί ολοσχερώς την εμφάνιση τριγμών εν σχέσει με την κρατούσα θεώρηση περί αυθυπαρξίας της ρήτρας διαιτησίας έναντι της κύριας συμβάσεως (για την οποία βλ. ανωτέρω υπό Ι το δεύτερο σκέλος της σημ. 2).

68 Βλ. Αρβανιτάκη/Βασιλακάκη [-Καπακτσή], ανωτ. σημ. 1, ΕρμΕΚ [4]-ΚανΒρ Ια, άρθρ. 25 αριθ. 50 σ. 513.

εκδοχέα το σύνολο των υποχρεώσεων και των ενστάσεων που είχε προ της αναγγελίας έναντι του εκχωρητή (βλ. ΑΚ 462, 463 Ι)⁶⁹. Αντίστοιχα νομοθετικά δεδομένα απαντούν και στο γερμανικό αστικό δίκαιο (§§ 398, 401 γερμΑΚ)⁷⁰. Ενόψει των ως άνω διατάξεων, ο Άρειος Πάγος⁷¹ δέχεται ότι η ΑΚ 458 εδ. α' εφαρμόζεται για την ταυτότητα του λόγου⁷² και ως προς την περιεχόμενη σε ενοχική σύμβαση ρήτρα παρεκτάσεως της διεθνούς δικαιοδοσίας, με την ειδικότερη αιτιολογία ότι και η ρήτρα αυτή ακολουθεί την τύχη της συμβάσεως στην οποία αναφέρεται⁷³. ώστε, όταν εγκύρως μεταβιβάζεται η όλη ενοχική σύμβαση, η εν λόγω ρήτρα δεν καταργείται, αλλά ισχύει υπέρ ή κατά του νέου φορέα των εκ της συμβάσεως δικαιωμάτων και υποχρεώσεων, εκτός αν υφίσταται αντίθετη συμφωνία.

Η νομολογιακή αυτή θέση του Ανώτατου Ακυρωτικού, αν και διατυπώθηκε υπό το προϊσχύον άρθρο 23 Καν Βρ Ι, εναρμονίζεται – παρά τις τυχόν *prima facie* ευλόγως ίσως εγειρόμενες αντιρρήσεις – με τη ρητή πλέον ρύθμιση του άρθρου 25 παρ. 5 ΚανΒρ Ι α, η οποία καθιέρωσε νομοθετικώς την αυθυπαρξία της ρήτρας παρεκτάσεως έναντι της κύριας συμβάσεως που φαίνεται να αποκλείει την αντιμετώπισή της ως παρεπόμενης συμφωνίας^{74, 75}. Και τούτο, διότι η αληθής έννοια της αυτοτέλειας της ρήτρας παρεκτάσεως, κατά την αυτόνο-

69 Για τα δεδομένα αυτά αντί άλλων, βλ. αναλυτικά Στ. Δελγκωστόπουλο, ανωτ. σημ. 2, Η αυτονομία, σ. 192· Σταθόπουλο, Γενικό Ενοχικό Δίκαιο⁵, 2018, § 27 αριθ. 53 σ. 1690 επ., αριθ. 58 σ. 1695.

70 Βλ. Handkommentar-BGB/Schultze¹⁰, 2019, § 398 αριθ. 6, § 401 αριθ. 2.

71 ΑΠ 468/2016, Νόμος· ΑΠ 1542/2014, ΧρΙΔ 2015.205· ΑΠ 755/1993, Νόμος· από τη θεωρία, σύμφωνος με τη θέση αυτή ο Γ. Γεωργιάδης, σε ΣΕΑΚ Απ. Γεωργιάδη, Ι (2010), άρθρ. 458 αριθ. 12· βλ. όμως και Γαζή/Μητσόπουλο, ανωτ. σημ. 2, ΝοΒ 1990.1136 επ. (1140 επ., 1143: απαιτείται ειδική εκ μέρους του διαδόχου έγκριση και της επίμαχης ρήτρας)· ακόμη Παπαδογιάννη, Ισχύς των ρητρών διαιτησίας και παρεκτάσεως αρμοδιότητας έναντι των τρίτων εκδοχέων απαιτήσεως ή κοιμιστών τίτλου εξ οπισθογραφήσεως (Συμβολή στην ερμηνεία των άρθρων 414, 462, 463, 892 ΑΚ και 78 ν.δ. 17.7/3.8.1923), ΝοΒ 1995.312 επ. (ιδίως 322 επ.).

72 Υπό την έννοια της ανάλογης εν προκειμένω εφαρμογής ενόψει της ομοιότητας των ουσιωδών γνωρισμάτων της ρυθμισμένης στην εν λόγω διάταξη περιπτώσεως με τη συζητούμενη εν προκειμένω αρρύθμιστη.

73 Αντιμετωπίζεται δηλαδή ως παρεπόμενη της κύριας συμβάσεως.

74 Βλ. ανωτέρω υπό Ι το τρίτο σκέλος της σημ. 2.

75 Ευσταθεί εντούτοις εδώ η παρατήρηση ότι ο εν λόγω προβληματισμός δεν αναιρείται και υπό τη θεώρηση ότι για την κατάληψη του διαδόχου από τη ρήτρα παρεκτάσεως αρκεί και η μεμονωμένη απλώς εκχώρηση ορισμένης απαιτήσεως της αρχικής συμβάσεως. Πράγματι, υπό την κρατούσα θέση περί αυτοτέλειας της ρήτρας παρεκτάσεως, η διαδοχή – είτε αυτή αναφέρεται στο σύνολο των δικαιωμάτων και υποχρεώσεων της κύριας συμβάσεως είτε σε επιμέρους απορρέουσες εξ αυτής αξιώσεις και αντίστοιχες ευθύνες – δεν δύναται τελολογικώς να αποβεί κρίσιμη εδώ συνιστώσα· αφού σε κάθε περίπτωση, η εν λόγω διαδοχή δεν δύναται να καταλάβει και τη ρήτρα παρεκτάσεως.

μη ερμηνεία του άρθρου 25 ΚανΒρ Ι α με βάση τον επιδιωκόμενο εν προκειμένω σκοπό της ασφάλειας του δικαίου, εντοπίζεται στην αναίρεση του ενδεχόμενου παρακάμψεως της συμφωνίας παρεκτάσεως, με την απλή επίκληση της ακυρότητας της κυρίας συμβάσεως από την άποψη του εφαρμοστέου ουσιαστικού δικαίου. Η θεώρηση αυτή διατυπώνεται πλέον πανηγυρικά στο ισχύον άρθρο 25 V Καν Βρ Ια, γινόταν δε δεκτή από τη νομολογία του ΔΕΕ και υπό το προϊσχύον άρθρο 23 Καν Βρ Ια και το προγενέστερο αυτού άρθρου 17 της ΣυμβΒρυξ, όπου δεν απαντούσε ρητή ρύθμιση του ζητήματος⁷⁶. Συνεπώς, η αυθυπαρξία της ρήτρας παρεκτάσεως κατά την έννοια του άρθρου 25 Καν Βρ Ια έναντι της κυρίας συμβάσεως δεν αποκλείει την ταυτόχρονη θεώρησή της ως παρεπόμενης έναντι της τελευταίας συμφωνίας ή ως διαδικαστικής ιδιότητας της αγωγιμότητας («Klagbarkeit») των αξιώσεων που αναφύονται από την αρχική σύμβαση. Υπό την θεώρηση αυτή, ανάγκη καταφυγής στην κατασκευή της αξιολογούμενης αποφάσεως του ΔΕΕ ουδόλως ανακύπτει· αφού η ρήτρα παρεκτάσεως δεσμεύει τον ειδικό διάδοχο του αρχικώς συμβληθέντος είτε μεταβιβάζεται το σύνολο της αρχικής συμβάσεως είτε επιμέρους αξιώσεις που έχουν ήδη παραχθεί ή μέλλει να γεννηθούν από αυτήν⁷⁷.

76 Βλ. ΔΕΚ 3.6.1997, *Benincasa*, C-269/95, ECLI: ECLI:EU:C:1997:337, σκέψεις 28-32· *Rauscher/Mankowski*, EuZPR/EuIPR⁵, Art. 25 Brüssel Ia-VO Rn. 109 επ. (ιδίως 112 επ. μ.π.π.).

77 Η υποστηριζόμενη αυτή θέση συμπνέει και με τις αντίστοιχες παραδοχές στο αναφερόμενο όμοιο πρόβλημα επί ρήτρας διαιτησίας, για τις οποίες βλ. *Κουσουλή*, ανωτ. σημ. 2, ΔίκΔιαιτ, § 5 ΙΙΙ αριθ. 46 σ. 46· *Κολοτούρο*, ανωτ. σημ. 5, Διαιτησία, 2019.27 (40 μ.π.π. στην ελληνική και αλλοδαπή δικονομική θεωρία)· *Κεραμέα/Κονδύλη/Νίκα* (- Φιλιώτη), ανωτ. σημ. 4, ΚΠολΔ, άρθρ. 869 αριθ. 14· από τη γερμανική θεωρία βλ. αναλυτικά *Niklas*, ανωτ. σημ. 5, σ. 112· *Gebauer*, ανωτ. σημ. 7, σ. 96.

Η διείσδυση του Μηδενισμού στην παρμενίδεια οντολογία*

Μαρίανος Δ. Κάρσης

Ομ. Καθηγητής Νομικής Σχολής Α.Π.Θ., αντεπ. μέλος Ακαδημίας Αθηνών

Ο μηδενισμός είναι εμπρός στην πόρτα. Από πού μας έρχεται αυτός ο πιο ανησυχητικός από όλους τους καλεσμένους μας;

Fr. Nietzsche, Ο ευρωπαϊκός μηδενισμός

Ο Παρμενίδης ξεκινά από την βασική αλήθεια, πως δύο μόνο δρόμοι σκέψεως υπάρχουν: ο δρόμος του έστιν (του είναι) και εκείνος του ουκ έστιν (του μη είναι) και πως μόνον ο πρώτος οδηγεί στην Αλήθεια. Ο Γοργίας, ο πατέρας της σοφιστικής, αρνείται την αφετηρία αυτή. Το ίδιο πρόβλημα, που έθεσε ο Παρμενίδης, αν υπάρχει το είναι ή το μη είναι και τι είναι το ένα και τι το άλλο, ορμάει να λύσει τώρα και ο Γοργίας. Και ενώ ο Παρμενίδης καταφάσκει το είναι και λύνει θετικά το πρόβλημα που τον βασάνιζε, ο Γοργίας αντίστροφα καταφάσκει το μη είναι και προσπαθεί, με τα ίδια σύνεργα της διαλεκτικής του Παρμενίδου, να θεμελιώσει το μη είναι. Πώς έγινε αυτό;

Οι Ελεάτες, με τον απλοϊκό τους περιορισμό του όρου «ον» σε αυτό που είναι Ένα, αμετάβλητο και αιώνιο, είχαν ωθήσει πρακτικούς ανθρώπους όπως ο Πρωταγόρας ή ο Γοργίας στο αντίθετο άκρο του υποκειμενισμού, στην άρνηση κάθε όντος με την ελαστική σημασία. Ο Πλάτων, πεπεισμένος ότι κάθε εξήγηση των φαινομένων πρέπει να αφήνει περιθώρια για την ύπαρξη ενός αιώνιου και αμετάβλητου όντος πέρα και πάνω από αυτά, τόνιζε την αντίθεση ανάμεσα στους Σοφιστές, «εκείνους που καταφεύγουν στο σκότος του μη όντος», και τους φιλοσόφους, που είναι «αφοσιωμένοι στη φύση του όντος» (Σοφ. 254 α)¹. Ο Γοργίας έκανε εντελώς φανερή αυτή την αντίθεση, και αντιμετώπισε τους Ελεάτες αποφασιστικά με τον τολμηρό ισχυρισμό του ότι «τίποτε δεν υπάρχει». Και στον λόγο του μεγάλου Ελεάτη «έστιν το είναι», εκείνος ορθώνει –ορθώνει με έπαρση!– τον αντίλογο: «ουδέν έστιν»! Είναι σα να ακούγεται η απάντηση του Οδυσσέα στον Πολύφημο την εποχή του Ομήρου. Στην Οδύσσεια (ι' 364 εε.) ένας τρομακτικός αλλά ανόητος Κύκλωπας που λέγεται Πολύφημος αιχμαλωτίζει τον Οδυσσέα και τον ρωτά το όνομά του.

* Απόσπασμα από το υπό δημοσίευση έργο μου «Φιλοσοφία του Δικαίου – Τα οντολογικά θεμέλια». Αφιερώνεται στον αγαπητό συνάδελφο και φίλο Δημήτρη Μανιώτη για την συνολική προσφορά του στην Επιστήμη του Δικονομικού Δικαίου.

1 W.K.C.Guthrie, Οι Σοφιστές (μτφρ. Δ. Τσεκουράκης), ΜΙΕΤ, 1980, σ. 239-240.

Ο Οδυσσέας, που φημιζόταν για τα αστεία του, λέει ότι ονομάζεται «Κανείς» «Ούτις». Αργότερα καταφέρνει να βγάλει το μοναδικό μάτι του γίγαντα και οι βρυχηθμοί πόνου ξεσηκώνουν τους γείτονες του Πολύφημου, που βγαίνουν έξω μέσα στη νύκτα για να δουν αν ο γείτονάς τους χρειάζεται βοήθεια. Ο Πολύφημος φωνάζει ότι ο «Κανείς» τον τραυμάτισε, αλλά οι γείτονες ακούν ότι «κανείς δεν τον τραυμάτισε» και επομένως επιστρέφουν στα σπίτια τους. Μπορεί να ειπωθεί –λέει ο *Anthony Gottlieb*²– ότι αυτή η ιστορία φέρει το σπέρμα της φιλοσοφίας του Παρμενίδη³.

«Ουδέν ἔστιν», τίποτε δεν υπάρχει, λέει ο Γοργίας. Και στη συνέχεια το αποδεικνύει. Το αποδεικνύει με το επιχείρημα ότι ούτε το μη Ον υπάρχει ούτε το Ον· ούτε το ένα ούτε το άλλο! Όπως δεν υπάρχει το μη Ον, έτσι δεν υπάρχει και το Ον. Ο Γοργίας στρέφεται κατά του ισχυρισμού του Παρμενίδη ότι μόνο το Ον υπάρχει και αντιστρέφει την επιχειρηματολογία του Παρμενίδη: με βάση την επιχειρηματολογία του Ελεάτη, είναι το ίδιο εύκολο να αποδειχθεί το αντίθετο του χ όπως και το ίδιο το χ. Σκοπός του Γοργία ήταν να δείξει ότι, με το είδος των επιχειρημάτων που χρησιμοποιούσε ο Παρμενίδης, ήταν εξ ίσου εύκολο να αποδειχθεί το «δεν είναι» όπως και το «είναι». Ο Γοργίας αντιστρέφει τα επιχειρήματα του Παρμενίδη. Η αντιστροφή αυτή είναι χωρίς αμφιβολία διασκεδαστική και μας θυμίζει την συμβουλή του Γοργία προς τους μαθητές του «να καταπολεμούν την σοβαρότητα του αντιπάλου με γέλιο, και το γέλιο με σοβαρότητα». Η αντιστροφή αυτή οδήγησε τον Γοργία σε νέες ατραπούς. Ο Παρμενίδης με την δική του συλλογιστική, είχε εξαλείψει τον πολλαπλό κόσμο των φαινομένων, αλλά διατήρησε τον ενιαίο κόσμο του αληθινού Όντος· η ανεμόσκαλα προς την Αλήθεια παρέμεινε όρθια. Ο Γοργίας με τον ισχυρό λόγο και το πείσμα του και την ακλόνητη συλλογιστική του κόντεψε να την γκρεμίσει και να βρεθεί με την Αλήθεια στο κενό. Τελικά, αντιστρέφοντας την λογική του Παρμενίδη, βρέθηκε να παραπαίει στο έδαφος και να τρεκλίζει στα σκοτεινά μονοπάτια ενός αδιέξοδου Μηδενισμού.

2 *A. Gottlieb*, Το όνειρο της Λογικής (Η ιστορία της Φιλοσοφίας από τους Έλληνες μέχρι την Αναγέννηση), μτφρ. Ειρήνη Ραζή), εκδ. Ενάλιος, 2004, σ. 72.

3 Ο Οδυσσέας δεν κατέχει μόνο την τέχνη του ψεύδεσθαι αλλά επίσης και την τέχνη της πολυσημίας. Για την πολυσημία του ονόματος Ούτις στο επεισόδιο της Οδ. ι 364 εε. βλ. Αλεξ. Μουρελάτου, Απατηλές λέξεις στη «Δοξασία» του Παρμενίδη, στον τόμο Α' «Οι Προσωκρατικοί», επιμ. Α.-Φ. Μουρελάτου, εκδ. «Κωστέα-Γεΐτονα», 1998, σ. 422 εε. (429-430). Ο άγριος και γιγαντιαίος Κύκλωψ και η ακολουθία του είχαν περιγραφεί από τον Όμηρο σαν τυπικά απολίτιστοι. Δεν ήξεραν να καλλιεργούν την γη, δεν εσέβονταν τους θεούς ούτε κανένα άλλον. Ενώ οι πολιτισμένοι άνθρωποι συναθροίζονταν μαζί, οι Κύκλωπες απέφευγαν ο ένας τον άλλον. Δεν είχαν ούτε νόμο ούτε κανόνα, αλλά ασκούσαν μία αυθαίρετη κατεξουσίαση επάνω στην γυναίκα και την οικογένεια. Δεν διέθεταν ούτε ιδιαίτερο χώρο για τις συζητήσεις ούτε κανόνα συμπεριφοράς –τοῖσιν δ' οὐτ' αγοράν βουλευφόροι ούτε θέμιστες (Οδ. ι 112)· *T.A.Sinclair*, Ιστορία της ελληνικής πολιτικής σκέψης (Από τον Όμηρο έως τους Ρωμαϊκούς χρόνους), πρόλ. Γ.Κ.Βλάχου, εκδ. Παπαζήση, τόμ. Α', 1969, σ. 19.

Ενός αδιέξοδου Μηδενισμού. Τι είναι, όμως, Μηδενισμός; Δεν θα χρειασθεί να ψάξουμε πολύ. Αν ανοίξουμε το πολύκροτο βιβλίο του Nietzsche *Der Wille zur Macht – Versuch einer Umwertung aller Werte* (Η θέληση για δύναμη – Εγχείρημα ανατροπής όλων των αξιών), 1887, θα πέσει το βλέμμα μας στην πρώτη πρόταση του βιβλίου αυτού: «Τι σημαίνει μηδενισμός; Μηδενισμός σημαίνει ότι οι ανώτατες αξίες χρεωκόπησαν· λείπει ο σκοπός, λείπει η απόκριση στο γιατί».

Ο Μηδενισμός εμφανίζεται σε διαφορετικές εποχές υπό διάφορες μορφές⁴ και μόνο μέσα από αυτές γίνεται κατανοητός. Εδώ ενδιαφέρει ο Μηδενισμός του Γοργία (που αποτελεί και την ιστορική αφετηρία της όλης τάσεως), όπως διαμορφώνεται στο έργο του «Περί του μη όντος ή περί φύσεως» (D-K, Fragm. der Vorsokratiker, τόμ. II, σ. 279) ως τρισυπόστατος Μηδενισμός: α) οντολογικός («ουδέν έστιν»· τίποτε δεν υπάρχει), β) γνωσιολογικός («ει και έστιν, ακατάληπτον ανθρώπων»· αν υπάρχει κάτι, δεν μπορεί να το γνωρίσει ή να το σκεφθεί άνθρωπος) και γ) γλωσσολογικός («ει και καταληπτόν, αλλά τοί γε ανέξοιστον και ανερμήνευτον τω πέλας»· και αν ακόμη το γνωρίζει κάποιος, δεν μπορεί να το μεταδώσει σε οποιονδήποτε άλλον). Ειδικότερα:

α) Οντολογικός Μηδενισμός⁵. Προκαταβολικά πρέπει να ειπωθεί ότι το δόγμα του Παρμενίδη στηριζόταν σε ένα και μόνο αρχαίο ελληνικό ρήμα (είναι) το οποίο σημαίνει και «είναι» (που μπορεί να αναφέρεται στην σχέση του υποκειμένου με το κατηγορούμενο, του ατόμου προς το είδος, να σημαίνει ταυτότητα κλπ.) και «υπάρχω». Είναι όμως ταυτόσημες οι έννοιες; Όχι, απαντά σωστά η Τ. Πεντζοπούλου-Βαλαλά· «γιατί άλλο το να είναι κάτι, και άλλο το να υπάρχει. Άλλο η *essentia* και άλλο η *existentia*. Ένα-ένα τα φιλοσοφικά συστήματα αναδύονται στην προσπάθεια να παρουσιάσουν μια θεωρία για το ον στην ολότητά του. Αν το *έστιν* δεν θέτει την ύπαρξη, τότε τι σημαίνει αυτή η λέξη; Τι σημαίνει «είναι», και τι σημαίνει να ερωτώ για την σημασία του «εί-

4 Σταθμούς στην πορεία του Μηδενισμού επισημαίνουν π.χ. οι Κ. Γεωργούλης, Ο ευρωπαϊκός μηδενισμός και η υπερνίκησής του, εις του *ιδίου*, Φιλοσοφικά μελετήματα περί θρησκείας, εκδ. Παπαδήμα, 1976, σ. 9-26· Μ. Καραύης, Ο ευρωπαϊκός μηδενισμός στο δίκαιο, στο «Εντεϋθεν και εκείθεν του παρόντος» (Δοκίμια), Οι Εκδόσεις των Φίλων, 2006, σ. 22-33· Θεόδ. Ζιάκας, Ο σύγχρονος μηδενισμός, εκδ. Αρμός, 2008 (με τις παραπομπές στη σελ. 15 σημ. 2). Πρβλ. και Χρ. Γιανναρά, Χάιντεγκερ και Αρεοπαγίτης² (1988), εκδ. Δόμος, σ. 18 σημ. 1.

5 W.K.C. Guthrie, ό.π., σ. 244-245. Εντελώς διαφορετικός είναι ο μεταφυσικού χαρακτήρα «οντολογικός μηδενισμός» του Nietzsche κατά την χαϊντεγκεριανή ερμηνευτική εκδοχή, όπως αποδίδεται από την καθηγήτρια Τερέζα Πεντζοπούλου-Βαλαλά στην εξόχως ενδιαφέρουσα βαθυστόχαστη μελέτη της «Heidegger, ερμηνευτής του Nietzsche: ο ευρωπαϊκός μηδενισμός» στο περιοδ. «Νέα Κοινωνιολογία», τεύχ. 14 (΄Ανοιξη 1992) σ. 37-52· επίσης λεπτ. της *ιδίας* στο βιβλίο της «Heidegger», εκδ. Βάνιας, Θεσ/νίκη, 2001, σ. 199-286 (Nietzsche). Πρβλ. στο ίδιο πνεύμα και Χρ. Γιανναρά, ό.π., σ. 17-66 («Ο μηδενισμός ως θεολογία της απουσίας») και passim· Γιάννη Τζαβάρα, Η απαξίωση των αξιών (Νίτσε και Χάιντεγκερ), Ίνδικτος, 2005, passim.

ναι»; Ποιο ερωτά; Ο άνθρωπος βέβαια, αυτό το ον που, στην εσώτατη φύση του ανήκει να ερωτά «τι σημαίνει είναι». Από την απορία του παρμενίδειου «έστιν» έως την οντολογική διαφορά του Heidegger, το ερώτημα παραμένει αναπάντητο»⁶.

Οι συλλογισμοί του Γοργία στο προκείμενο θέμα αναπτύσσονται ως ακολούθως:

Αν υπάρχει κάτι, αυτό είναι είτε το υπάρχον είτε το μη υπάρχον είτε και τα δύο. Το μη υπάρχον δεν υπάρχει («αυτό που δεν είναι, δεν είναι»). Αυτό μπορεί να θεωρηθεί ολοφάνερο, αλλά ο Γοργίας το συζητά με επισημότητα και με κατ'εξοχήν παρμενίδειο τρόπο: εφ' όσον νοείται ως μη ον, τότε δεν είναι, δηλαδή δεν υπάρχει· εφ' όσον όμως *είναι* μη ον, τότε *είναι*, δηλαδή υπάρχει. Αλλά το να είναι κάτι και συγχρόνως να μην είναι, είναι ανόητο, επομένως αυτό που δεν υπάρχει δεν είναι. Σκοπός του Γοργία ήταν να δείξει ότι λέγοντας πως κάτι «είναι χ», οποιοδήποτε είναι το κατηγορούμενο, δεχόμαστε ότι υπάρχει· και αφού κατά τον Παρμενίδη το «είναι» έχει μόνο μία σημασία, δηλαδή «υπάρχει», μπορούμε να αποδείξουμε με βάση τις δικές του προκειμένες το αντίθετο από αυτό που λέει. Ταυτόχρονα ο Γοργίας στρέφει εναντίον του τις δικές του επικρίσεις για το ανόητο πλήθος, που ισχυρίζεται ότι «το να είναι και να μην είναι» είναι ίδια και ταυτόχρονα διαφορετικά. Ούτε και το υπάρχον υπάρχει. Αν υπάρχει θα πρέπει να είναι ή αιώνιο ή να έχει γεννηθεί ή και τα δύο. Το επιχείρημα ότι δεν μπορεί να είναι αιώνιο στηρίζεται στην ταύτιση του χρονικού και τοπικού απείρου και έπειτα στον ισχυρισμό ότι «αυτό που είναι» δεν μπορεί να είναι άπειρο... Το επιχείρημα ότι είναι αγέννητο ακολουθεί την γραμμή του Παρμενίδου, με το να αρνείται ότι θα μπορούσε να γεννηθεί από αυτό που είναι αλλά και από αυτό που δεν είναι. Πάλι, πρέπει να είναι ή ένα ή πολλά. Αν είναι ένα, πρέπει να 'έχει ποσότητα, συνεχή ή ασυνεχή, μέγεθος και σώμα, αλλά τότε θα είναι διαιρετό και έτσι όχι πλέον ένα. Και όμως είναι ανοησία να πει κανείς ότι κάτι χωρίς μέγεθος υπάρχει... Ούτε μπορεί να είναι πολλά, γιατί το πλήθος αποτελείται από μονάδες, και έτσι αν το ένα δεν υπάρχει, ούτε και τα πολλά είναι δυνατό να υπάρχουν. Ούτε υπάρχουν και τα δύο. Αυτό θα ήταν ήδη αρκετά ευνόητο, αλλά ο Γοργίας διασκεδάει το παιχνίδι του με τον Παρμενίδη. Μολονότι έχει ήδη αποδείξει ότι α) «αυτό που δεν είναι» και β) «αυτό που είναι» δεν υπάρχουν, τώρα «αποδεικνύει» ότι και τα δύο μαζί δεν υπάρχουν. Αν υπάρχουν και τα δύο, είναι ταυτόσημα όσον αφορά στην ύπαρξη· και επειδή «αυτό που δεν είναι» δεν υπάρχει, και «αυτό που είναι» είναι ταυτόσημο με το πρώτο, επομένως και «αυτό που είναι» δεν υπάρχει.

6 Τ. Πεντζοπούλου-Βαλαλά, «Γοργίας», εκδ. Ζήτρος, 1999, σ. 107/108.

β) *Γνωσιολογικός Μηδενισμός*⁷. Επιχειρείται να αποδειχθεί ότι, και αν ακόμη είχε κάτι υπόσταση, αυτό το υπαρκτό κάτι δεν θα ήταν δυνατόν να το νοήσουμε. Γιατί, πρώτον: αν το νοητό ήταν υπαρκτό, θα έπρεπε καθετί νοητό να είχε πραγματική υπόσταση. Κάτι τέτοιο όμως δεν συμβαίνει. Γιατί αν κάποιος σκέπτεται ότι ένας άνθρωπος πετάει ή ότι ένα αμάξι πλέει στη θάλασσα, δεν έπεται από αυτό ότι κάτι τέτοιο συμβαίνει πραγματικά. Επομένως το νοητό δεν είναι υπαρκτό, και δεύτερον: αν το νοητό ήταν υπαρκτό, το μη υπαρκτό δεν είναι δυνατόν να νοηθεί. Αυτό όμως δεν είναι σωστό. Γιατί νοούμε την Σκύλλα, την Χίμαιρα και παρόμοιες μυθικές οντότητες, οι οποίες δεν έχουν καμιά υπόσταση.

γ) *Γλωσσολογικός Μηδενισμός*⁸. Επιχειρείται να δειχθεί ότι ακόμη και αν υπήρχε κάτι και αυτό το κάτι ήταν προσιτό στη νόηση, πάλι δεν είναι δυνατόν να ανακοινωθεί σε άλλους ανθρώπους. Προκειμένου να αποδείξει αυτή την θέση του ο Γοργίας ξεκινά από την σκέψη ότι τα διαφορετικά γνωστικά όργανα δεν αλληλοσυμπληρώνονται, δεν μπαίνουν το ένα στη θέση του άλλου, ούτε και μπορούν να κρίνουν το ένα το άλλο. Επομένως δεν μπορεί κανείς να εκφράσει με λέξεις κάτι που το οσφραίνεται, ούτε να εννοήσει διά μέσου μιας λέξεως, δηλαδή διά μέσου ενός ήχου, ένα αντικείμενο που εμπίπτει στη σφαίρα του ματιού κ.ο.κ. Ακόμη πιο κατηγορηματικές είναι οι σκέψεις που διατυπώνει στη συνέχεια. Πρώτον: ακόμη κι αν θα μπορούσε κανείς να ανακοινώσει ό,τι γνώρισε, όποιος θα τον άκουγε δεν θα εννοούσε το αυτό πράγμα με εκείνον που μιλάει. Γιατί διαφορετικά ένα πράγμα (η λέξη που ειπώθηκε) θα ήταν δύο (ένα σε αυτόν που μιλάει και ένα σε αυτόν που ακούει), κάτι αδύνατο. Δεύτερον: ακόμη και αν θα συνέβαινε να ενυπάρχουν σε περισσότερους ανθρώπους η αυτή λέξη και η αυτή απόφαση, δεν είναι δυνατόν να σημαίνουν για τους πολλούς ανθρώπους –που είναι διαφορετικοί μεταξύ τους– ένα και το αυτό πράγμα. Αν δηλαδή συνέβαινε δύο άνθρωποι να αντιλαμβάνονται το αυτό πράγμα με τον αυτό τρόπο, οι άνθρωποι αυτοί θα ταυτίζονταν μεταξύ τους.

Επιπλέον είναι σαφές, παρατηρεί τελειώνοντας ο Γοργίας, ότι οι αισθητήριες αντιλήψεις δεν είναι ομογενείς και σταθερές ούτε καν στον ίδιον άνθρωπο. Με τα μάτια ο άνθρωπος αντιλαμβάνεται αυτό, με τα αυτιά εκείνο, σήμερα με αυτόν και αύριο με έναν άλλο τρόπο. Κι είναι απίθανο ότι ένας άλλος άνθρωπος θα μπορούσε να αντιλαμβάνεται ακριβώς ό,τι αντιλαμβανόμαι και εγώ⁹.

7 *Ό.Ζιγκόν*, Βασικά προβλήματα της αρχαίας φιλοσοφίας (μτφρ. Ν.Μ.Σκουτερόπουλου), εκδ. Γνώση, 1991, σ. 265.

8 *Ό.Ζιγκόν*, ό.π., σ. 265-266.

9 Ο Γοργίας, προκειμένου να ενισχύσει τις ανωτέρω τρεις θέσεις του, επιχειρεί την αντιστροφή και μιας άλλης βασικής γνωσιολογικής αρχής του ελεατισμού, η οποία αποτελεί την κοινή γνωσιολογική βάση των μηδενιστικών του θέσεων: της αρχής της ταυτότητας του νοείν και του είναι. Αλλ' εις μάτην! Δεν μπορώ, λέει ο Παρμενίδης, μήτε να βάλω στο νου μου το

Και τώρα, προχωρώντας, ανεβαίνουμε σε ένα άλλο επίπεδο· από το επίπεδο του Μηδενισμού, σχεδόν κατακόρυφα, στο ύψος του Τραγικού.

Η τραγική διάσταση της προσωκρατικής φιλοσοφίας είναι ένα πρόβλημα όχι ευρύτερα γνωστό. Ως πρόβλημα φιλοσοφικό το ανέδειξε η καθηγήτρια Τερέζα Πεντζοπούλου-Βαλαλά στα παραδείγματα του Παρμενίδη, του Ηράκλειτου, καθώς και του μεγάλου στοχαστή, σοφιστή και ρήτορα Γοργία, σε μία σειρά αξιολογών μελετών της, που περιέχονται στο βιβλίο της «Στα ίχνη των αρχαίων ελλήνων φιλοσόφων» (Ακαδημία Αθηνών, 2011) και «Γοργίας» (εκδ. Ζήτηρος, 1999).

Οι ανάγκες αναπτύξεως της ύλης μάς επιβάλλουν να περιοριστούμε εδώ στον τραγικό χαρακτήρα της φιλοσοφίας του Παρμενίδη, ενώ για το τραγικό στον Ηράκλειτο και στον Γοργία πρέπει να παραπέμψουμε στα οικεία σημεία.

Δεν θα διστάσουμε να μεταφέρουμε εδώ αυτούσια την λάμψη του λόγου της καθηγήτριας Τ. Πεντζοπούλου-Βαλαλά για την τραγική φιλοσοφία του Παρμενίδη, που ακτινοβολεί στην ωραία μελέτη της «Τραγικότητα και προσωκρατική σκέψη» («Στα ίχνη», ό.π., σ. 29-32):

«Η εικόνα του Παρμενίδη, την οποία μας παρέδωσε η ιστορία της φιλοσοφίας, μας είναι γνωστή: είναι ο φιλόσοφος ο οποίος συνέλαβε τις αρχές της Λογικής, χωρίς να τις διατυπώσει ρητά, δηλαδή χωρίς να τις κατονομάσει. Μας είπε ότι ένα πράγμα είναι ίδιο με τον εαυτό του· ότι δεν μπορεί την ίδια στιγμή να είναι και να μην είναι.

»Ποια είναι όμως η εποπτική αλήθεια του Παρμενίδη; Συνέλαβε ότι ο άνθρωπος είναι εγκλωβισμένος στο «είναι». Ό,τι και να πει, ό,τι και να σκεφθεί, ό,τι και να βιώσει ο άνθρωπος δεν μπορεί να ξεφύγει από το «είναι», από αυτό που είναι όπως είναι. Αυτή η τρομακτική, για μας, αλήθεια, την οποία θεάται ο φιλόσοφος, την λέγει με μια λέξη: *έστιν*. Δεν μας λέγει ο Παρμενίδης τι είναι αυτό που είναι· δεν λέγει εάν είναι Θεός, σύμπαν, κόσμος, ψυχή. Λέγει απλά:

μη είναι, μήτε να το εκφράσω, γιατί κάθε έννοια και κάθε κρίση είναι ένα με το αντικείμενό της· «ταυτόν δ' εστί νοεῖν τε και ούνεκεν έστι νόημα». Πώς λοιπόν να γίνει έννοια και κρίση εκείνο που δεν είναι, το μη είναι; Δεν έχει καμιά θέση το μη είναι μέσα στον κόσμο του νου και της αλήθειας. Τα αισθητά και τα φαινόμενα (αυτά αντιπροσωπεύουν για τον Παρμενίδη το μη είναι) είναι έξω από το νου και την αλήθεια και δεν μπορούμε ποτέ να πάρουμε θέση εκεί μέσα. Με τον συλλογισμό τούτον, με αυτόν που ο Παρμενίδης ήθελε να κλείσει την αίσθηση και τα αισθητά έξω από τον σταθερό κόσμο της αλήθειας, ο Γοργίας αντιστρέφοντάς τον, πάει να υπονομεύσει την αλήθεια και να στεριώσει κάθε ανθρώπινη πλάνη. Και λέει λοιπόν ο Γοργίας: αφού κάθε έννοια και κάθε κρίση είναι ένα με το «ούνεκεν», δηλ. με το αντικείμενό της, τότε κανείς ποτέ δεν σφάλει με την κρίση του· καθενός η κρίση είναι έγκυρη. Η αλήθεια δεν είναι λοιπόν καθολική, αλλά προσωπική. Ό,τι κρίνει ο καθένας, τούτο είναι και αληθινό. Και αφού του καθενός η κρίση είναι έγκυρη, δεν μπορεί πια να χωρέσει και αντίρρηση του ενός προς τον άλλον. Έτσι, εκτός από την πλάνη, καταργεί η σοφιστική και τον λογικό νόμο της μη αντιφάσεως· πρβλ. *I.N.Θεοδωρακόπουλο*, Εισαγωγή η στον Πλάτωνα⁷ (2002), εκδ. Εστίας, σ. 39-40.

είναι. Και γίνεται το «είναι» η φυλακή του ανθρώπου. Αλλά και το ίδιο το «είναι» είναι· ως φυλακή του ανθρώπου είναι πραγματικό. Και η αλυσίδα δεν σπάζει. Δεν σπάζει όχι γιατί δεν μπορεί ο άνθρωπος να απαιτήσει ένα «ανάγκη στήναι», όχι γιατί δεν υπάρχει εδώ ένα «ανάγκη στήναι». Η αλυσίδα δεν σπάει, γιατί ο τελευταίος κρίκος είναι και ο πρώτος. Ο λόγος μας γίνεται λόγος μεταφορικός. Να τι εννοώ:

»Εάν θελήσουμε να σκεφθούμε το *έστιν*, εάν προσπαθήσουμε να βιώσουμε την σκέψη του *έστιν*, να φθάσουμε στο βάθος, επέκεινα της λογικής αλλά και της γραμματικής του μορφής, τότε αυτή η σκέψη μάς φέρνει μπροστά στην τρομακτική αλήθεια ότι δεν υπάρχει τίποτε που να μην είναι. Όχι γιατί δεν δεχόμαστε το ανύπαρκτο, όχι γιατί δεν γνωρίζουμε το «μη είναι», αλλά γιατί αναγκαστικά, υποχρεωτικά, αναπόφευκτα το ανύπαρκτο και το «μη είναι», είναι. Είναι ως ανύπαρκτο, είναι ως μη πραγματικό. Και αυτή η αλήθεια είναι τρομακτική και σφραγίζει την τραγική περατότητα του ανθρώπου, ο οποίος, ως νέος Μίδας, μεταμορφώνει σε κάτι που είναι, δηλαδή σε ανθρώπινο, κάθε σκέψη του, κάθε πράξη του, κάθε βίωμα. Το «άλλο», αυτό το οποίο ο άνθρωπος θέλει να σκεφθεί ως «άλλο», μετατρέπεται με την σκέψη σ' αυτό το οποίο ο άνθρωπος σκέφτεται και λέγει. Το «καθαρό άλλο», το «κατ' εξοχήν άλλο» παραμένει ένα «άλλο» ως απλό αντικείμενο σκέψης και λόγου. Έτσι δεν σπάει ο κλοιός ούτε μπορεί να σπάσει, Αυτό είναι το *έστιν* του Παρμενίδη.

»Τούτο όμως το *έστιν* ταυτόχρονα δημιουργεί και εκμηδενίζει. Δημιουργεί το «είναι» ως αυτό που δεν επιδέχεται τίποτε «άλλο» έξω από αυτό, έξω από τον εαυτό του, γιατί κάθε «άλλο» γίνεται ο εαυτός του. Η αναγωγή του άλλου στον εαυτό του είναι και εκμηδένιση του άλλου, ως εκμηδένιση του μη είναι. Και παρουσιάζεται έτσι το *έστιν* στην αυθεντικότητά του, ως κατάφαση στην δύναμη του «είναι». Το «είναι» στην περατότητά του –επειδή και το άπειρο περικλείεται στην περατότητα του «είναι»– είναι ζωή. Το *έστιν* είναι, εκφράζει την ύψιστη κατάφαση στο είναι, στο ότι είναι. Άρα το *έστιν* εκφράζει κατάφαση στην κατάφαση. Το *έστιν* στην ουσία του, στην βαθεία και αληθινή του φύση, είναι διονυσιακό.

»Έτσι είδα [είδε η καθηγήτρια Τ. Πεντζοπούλου-Βαλαλά] πάντα τον Παρμενίδη. Έτσι φωτίζεται και το νόημα των εικόνων τις οποίες χρησιμοποιεί. Το *ον* είναι αγέννητο, ανώλεθρο, μονογενές, ακλόνητο και τέλειο. Η μεταφορά δίδει την παντοδυναμία του «είναι». Γιατί, πώς μπορεί αυτό που είναι –παντού και πάντοτε είναι– να έχει αρχή και τέλος, γέννηση και φθορά; Και οι λόγοι της θεάς ακούγονται αυστηροί, απαγορευτικοί:

ούτε γαρ αν γνοίης το γε μη εόν (ου γαρ ανοιστόν) ούτε φράσαις,
 απ. 2, 7-8 (γιατί δεν μπορείς να γνωρίσεις το μη *ον*, αυτό είναι
 αδύνατο, ούτε να το δείξεις μπορείς).

...ου γαρ φατόν ουδέ νοητόν ἐστὶν ὅπως οὐκ ἐστὶ..., απ. 8, 7-9
(γιατί δεν μπορείς να πεις ή να σκεφθείς ότι υπάρχει μη ον...)
παν δ' ἐμπλεον ἐστὶν εόντος, απ. 8,24 (είναι ολόκληρο γεμάτο
από το είναι).

»Ας σκεφθούμε βαθύτερα αυτό το *ἐστὶν*, στο οποίο ο Παρμενίδης δεν έδωσε υποκείμενο. Τι μας λέγει το *ἐστὶν* μεταφερμένο στην γλώσσα της Λογικής; Μας λέγει ότι: το Α ως Α είναι Α. Ένα πράγμα, το οποίο νοείται ως αυτό που το ίδιο είναι, είναι. Ή ακόμη: ένα πράγμα που είναι, είναι ως αυτό που το ίδιο είναι. Και, εάν διατυπώσουμε σε φιλοσοφική πρόταση την μεταφυσική σύλληψη του Παρμενίδη, έχουμε: το «είναι» είναι αυτό που είναι ως «είναι». Ρητά απαγορεύει η θεά ότι μπορούμε να πούμε: το είναι» ως «είναι» δεν «είναι». Πίσω από κάθε πρόταση του «ἐστὶν» του Παρμενίδη λειτουργεί ένα «ως». Πίσω από το *ἐστὶν* κρύβεται ένα «ως» και αυτό είναι εκείνο το οποίο φέρει το ἐστὶν. Το αίνιγμα του ἐστὶν φέρεται από το «ως».

»Την εποπτεία όμως αυτή, δηλαδή ότι το «είναι» ενέχει μέσα του όλες τις μεταμορφώσεις του οι οποίες παίρνουν ακριβώς την μορφή απατηλών εικόνων, όπου όλα φαίνονται να μεταβάλλονται, δεν την έχουν οι άνθρωποι, οι οποίοι στηρίζουν την γνώση τους στην γνώση των φαινομένων και ακολουθούν τον δρόμο των πολλών φαινομένων, της πολλαπλότητας, ενώ θα έπρεπε να συλλάβουν την μόνη αλήθεια.

»Έτσι όχι μόνο φωτίζεται ο δρόμος της μιας και μόνης αλήθειας αλλά ταυτόχρονα και ο δρόμος, όπου οι άνθρωποι, θύματα πλέον μιας συνήθειας, κινούνται δίκνανοι και άκριτα φύλα υπακούοντας στην προσταγή του φαινομενικού. Η αλήθεια φωτίζεται μέσα από το παιγνίδι τριών δρόμων: του «είναι», του «μη-είναι», του φαινομενικού.

»Και ξεπηδά τότε για τον τραγικό άνθρωπο το ερώτημα εκείνο, στο οποίο η απάντηση δεν υπάρχει: γιατί *ἐστὶν* και όχι οὐκ *ἐστὶν*;

»Είναι το τραγικότερο ερώτημα της μεταφυσικής, το οποίο έθεσε πολύ αργότερα ο Heidegger. Απάντηση δεν υπάρχει, γιατί τίποτε δεν μπορεί να φέρει «έξω από» τον χώρο του ἐστὶν. Εδώ ακριβώς συντελείται η μετατροπή του τραγικού σε διονυσιακό. Γιατί ο άνθρωπος δεν συγκρούεται με το ἐστὶν. Το έχει αποδεχθεί.

»Αυτός είναι για μένα [για την καθηγήτρια Τ. Πεντζοπούλου-Βαλαλά], ο Παρμενίδης: ο τραγικός φιλόσοφος που βρίσκεται κρυμμένος πίσω από την μάσκα του ψυχρού θεωρητικού της αρχής της ταυτότητας και της μη αντιφάσεως».

Και ο Γοργίας; Με τον τραγικό σοφιστή και ρήτορα θα ασχοληθούμε –όπως είπαμε– πιο κάτω, στο οικείο κεφάλαιο για τους Σοφιστές. Δεν θα αμελήσουμε όμως να αναφερθούμε εδώ στην παραβολή, που συνδέει την τραγική εικόνα του Γοργία (ασφαλώς και του Παρμενίδη!) με τον Albatros του Baudelaire,

το θαλασσοπούλι που τρικλίζει αδέξια στο κατάστρωμα του πλοίου, σαν τον ποιητή που περιφέρεται ξένος στον γύρω του, μη οικείο, κόσμο. Ιδού το ποίημα αυτό (από την συλλογή «Τα άνθη του κακού», 1949, σ. 29) στην θαυμάσια μετάφραση του Γιώργη Σημηριώτη:

Ο ΑΛΜΠΑΤΡΟΣ

Πολλές φορές οι ναυτικοί, την ώρα που περνάνε,
πιάνουν τους άλμπατρους-πουλιά της θάλασσας τρανά,-
που ράθυμα, σα σύντροφοι του ταξιδιού, ακολουθάνε
το πλοίο που μες τα βάραθρα γλιστράει, τα πικρά.

Μα μόλις σκλαβωμένα εκεί στην κουπαστή τα δέσουν,
οι βασιλιάδες τ' ουρανού, σκυφτοί κι άχαροι πια,
τ' άσπρα μεγάλα τους φτερά τ' αφίνουνε να πέσουν,
και στα πλευρά τους θλιβερά να σέρνονται κουπιά.

Αυτοί που 'ναι τόσο όμορφοι, τα σύγνεφα όταν σκίζουν,
πώς είναι τώρα κωμικοί κι άσκημοι και δειλοί!
Άλλοι με πίπες αναφτές τα ράμφη τους κεντρίζουν,
κι άλλοι, για να τους μιμηθούν, πηδάνε σαν κουτσοί.

Μ' αυτούς τους νεφοπρίγκηπες κι ο Ποιητής πώς μοιάζει!
δε σκιάζεται τις σαϊτιές, τις θύελλες αψηφά·
μα ξένος μες στον κόσμο αυτόν που γύρω του χουγιιάζει,
σκοντάφτει απ' τα γιγάντια του φτερά σαν περπατά!

Ο τίτλος ως στοιχείο τακτικής χρησικτησίας και η σχέση του με την καλή πίστη και τη μεταγραφή

Γιάννα Καρύμπαλη-Τσίττσιου

Ομ. Καθηγήτρια Νομικής Σχολής Α.Π.Θ.

Ι. Ο τίτλος ως στοιχείο τακτικής χρησικτησίας

Α. Εισαγωγικά

1. Η ΑΚ 1041 ανάγει σε ξεχωριστή προϋπόθεση απόκτησης κυριότητας με τακτική χρησικτησία τον νόμιμο τίτλο. Εξάλλου, κατά την ΑΚ 1043, για τη χρησικτησία αρκεί, υπό όρους, και ο νομιζόμενος τίτλος. Παρατηρείται ότι ο νόμος χρησιμοποιεί τα επίθετα «νόμιμος» και «νομιζόμενος» για να προσδιορίσει το ουσιαστικό «τίτλος», υπονοώντας τον τίτλο κυριότητας. Υπενθυμίζεται, λοιπόν, ότι ως τίτλος κυριότητας (ή άλλου εμπράγματος δικαιώματος) νοείται εκείνο το νομικό γεγονός ή η σύνθεση νομικών γεγονότων που, σύμφωνα με τον νόμο, δύναται να προσπορίσει στον αποκτώντα κυριότητα (ή άλλο εμπράγματο δικαίωμα)¹. Με άλλα λόγια, τίτλος κυριότητας είναι κάθε αναγνωρισμένος από τον νόμο τρόπος κτήσης κυριότητας: είτε παράγωγος, λ.χ. κτήση με σύμβαση (ΑΚ 1033, 1034) ή λόγω κληρονομικής διαδοχής², είτε πρωτότυπος, λ.χ. κτήση με κατάληψη αδέσποτου κινητού (ΑΚ 1075) ή με επιδίκαση (ΑΚ 1056). Συνεπώς, δεν συνιστά τίτλο κυριότητας το νομικό γεγονός που δεν προβλέπεται στον νόμο ως τρόπος κτήσης κυριότητας, λ.χ. η ενοχική υποσχετική δικαιοπραξία που εμπεριέχει την αιτία της μεταβίβασης κυριότητας, το προσύμφωνο, η δι-αθήκη και η τελεσίδικη δικαστική απόφαση που καταδικάζει σε δήλωση βούλησης (ΚΠολΔ 949)³.

1 Παράθεση ορισμών του τίτλου κυριότητας, που με μικρές διαφοροποιήσεις χαρακτηρίζουν τον τίτλο κυριότητα είτε ως γεγονός που συνεπάγεται κτήση κυριότητας είτε ως τρόπο κτήσης κυριότητας βλ. σε Ευγ. Αλεξανδροπούλου-Αιγυπτιάδου, Ο τίτλος στην τακτική χρησικτησία. Συμβολή στην ερμηνεία των άρθρων 1041 και 1043 ΑΚ² (1997), σ. 29-31 μ.π.π..

2 Κατά άλλη προσέγγιση, εδώ, τον τίτλο κυριότητας αποτελεί το κληρονομικό δικαίωμα. Έτσι, Γ. Μπαλής, Κληρονομικόν Δίκαιον⁵ (1965), §5 σ. 13· Ν. Παπαντωνίου, Κληρονομικό Δίκαιο⁵ (1989), §9β σ. 48, καθώς και ΟΛΑΠ 7/2004, ΤΝΠ Νόμος (με την αιτιολογία ότι το κληρονομικό δικαίωμα αποτελεί τη νομική αιτία κτήσης της κυριότητας κληρονομιαίου πράγματος).

3 Βλ. Δ. Παπαστερίου, Εμπράγματο Δίκαιο ΙΙ (2008), §48 αρ. 52 και αναλυτικά Αλεξανδροπούλου-Αιγυπτιάδου, Ο τίτλος στην τακτική χρησικτησία, σ. 39 επ. μ.π.π..

2. Ο τίτλος κυριότητας, εφόσον πληρούνται όλα τα προβλεπόμενα στον νόμο στοιχεία για την επέλευση του κτητικού αποτελέσματος, είναι σύννομος και η κτήση της κυριότητας επέρχεται αμέσως. Αντίθετα, όταν ο τίτλος δεν είναι σύννομος για οποιονδήποτε λόγο και, υπό την έννοια αυτή, είναι «ελαττωματικός», η πιθανότητα να επιφέρει αμέσως την κτήση της κυριότητας εκμηδενίζεται· ιδίως, όταν η ελαττωματικότητά του δεν δύναται να θεραπευτεί ούτε εκ των υστέρων, λ.χ. κατά τους όρους των ΑΚ 238-239. Ωστόσο, ο παραπάνω ελαττωματικός τίτλος μπορεί να οδηγήσει σε κτήση κυριότητας με τακτική χρησικτησία εφόσον πλασιωθεί και με τις λοιπές προϋποθέσεις της τελευταίας. Αυτός, ακριβώς, είναι ο τίτλος που ανάγει ο νόμος σε προϋπόθεση τακτικής χρησικτησία και, στο εξής, τίτλος-στοιχείο τακτικής χρησικτησίας, ο οποίος συνδιαμορφώνει μαζί με τις λοιπές προϋποθέσεις της ΑΚ 1041 έναν νέο τίτλο κυριότητας και συγκεκριμένα αυτόν της τακτικής χρησικτησίας.
3. Ο Αστικός Κώδικας διακρίνει δύο είδη τίτλων-στοιχείων τακτικής χρησικτησίας, τον *νόμιμο* (ΑΚ 1041) και τον *νομιζόμενο* (ΑΚ 1043), δίχως να τους προσεγγίζει εννοιολογικά. Τούτο αποτέλεσε και την αιτία για τη διατύπωση δύο, κυρίως, απόψεων σε σχέση με την έννοια των ως άνω τίτλων. Οι απόψεις αυτές θα συζητηθούν στη συνέχεια (υπό Ι/Β), ενώ τα συμπεράσματα της συζήτησης θα αξιολογηθούν (υπό Ι/Γ) και υπό το πρίσμα του άρθρου 13§2 εδ. στ' ν. 2664/1998 περί Εθνικού Κτηματολογίου.

Β. Εννοιολογική προσέγγιση νόμιμου και νομιζόμενου τίτλου

4. Οι προαναφερθείσες δύο εννοιολογικές προσεγγίσεις του νόμιμου και του νομιζόμενου τίτλου συμπίπτουν στο βαθμό που αναζητούν το κριτήριο διάκρισης στο είδος των ελαττωμάτων που πρέπει να παρουσιάζει ο τίτλος-στοιχείο τακτικής χρησικτησίας προκειμένου να χαρακτηριστεί ως νόμιμος ή νομιζόμενος. Διαφοροποιούνται όμως ως προς τα ελαττώματα με βάση τα οποία αξιολογούν ορισμένο τίτλο ως νόμιμο ή νομιζόμενο. Ειδικότερα:
5. Η πρώτη γνώμη⁴ χαρακτηρίζει ως νόμιμο τον τίτλο που, ενώ παρουσιάζει εξωτερικά τους όρους έγκυρου τίτλου, πάσχει εσωτερικά από ελάττωμα που εμποδίζει, σύμφωνα με τον νόμο, την κτήση της κυριότητας. Κατά την ίδια γνώμη, νομιζόμενος είναι ο τίτλος που δεν εμφανίζει ούτε εξωτερικά τα στοιχεία κτητικού της κυριότητας τίτλου, είναι δηλαδή ανύπαρκτος, αλλά ο νομέας τον θεωρεί καλόπιστα ως υπάρχοντα. Στην κατεύθυνση αυ-

4 Μπαλής, Εμπράγματον Δίκαιον⁴ (1961), §66 σ. 173 επ.· Κ. Βαβούσκος, Εμπράγματον Δίκαιον⁶ (1986), αρ. 183 σ. 181-182· Χρ. Κούσουλας, Εμπράγματο Δίκαιο (2004), §45 Ι.3. σ. 315-316· Κίτσαράς, σε Γεωργιάδη ΣΕΑΚ, 1041-1043 αρ. 18. Στην ίδια κατεύθυνση βλ. Ι. Σπυριδάκη/ Μ. Σπυριδάκη, Εμπράγματο Δίκαιο² (2021), αρ. 144.10.1.-3, 5. σ. 577-578, 579-581.

τής της γνώμης έχει διατυπωθεί και η άποψη που, αποφεύγοντας τη διάκριση εσωτερικών και εξωτερικών ελαττωμάτων, αξιολογεί ως νόμιμο τον άκυρο και τον ακυρωθέντα ακυρώσιμο τίτλο και ως νομιζόμενο αφενός τον ανύπαρκτο τίτλο που εκλαμβάνεται ως υπαρκτός αφετέρου τον ατελή (δικαιοπρακτικό) τίτλο που ο νομέας θεωρεί ότι πληροί όλα τα ουσιώδη για την υπόστασή του στοιχεία⁵.

6. Η δεύτερη γνώμη⁶, ερειδόμενη στη ρωμαϊκή παράδοση⁷, φαίνεται να αντιμετωπίζει την τακτική χρησικτησία με νόμιμο τίτλο κατά τρόπο ανάλογο προς την κτήση κινητού από μη κύριο (ΑΚ 1036)⁸. Συγκεκριμένα, εκτιμά ως νόμιμο τον παράγωγο τίτλο κυριότητας που, ενώ συγκεντρώνει όλα τα αναγκαία για το κύρος του στοιχεία, δεν επιφέρει την κτήση της κυριότητας επειδή αυτή έλλειπε από τον δικαιοπάροχο του χρησιδεσπόζοντος (ειδικού ή καθολικού διαδόχου). Κατά την ίδια γνώμη, νομιζόμενος είναι κάθε άλλος ελαττωματικός παράγωγος ή πρωτότυπος τίτλος, τον οποίο ο νομέας θεωρεί καλόπιστα ως μη ελαττωματικό.
7. Από τις παραπάνω απόψεις, η κατεύθυνση προς την οποία κινείται η πρώτη έχει περισσότερα ερείσματα στον νόμο. Πράγματι, από το γεγονός ότι η ΑΚ 1041 προτάσσει τον νόμιμο έναντι του νομιζόμενου τίτλου σε συνδυασμό με το γράμμα της ΑΚ 1043§1, κατά την οποία «αρκεί» για τη χρησικτησία και ο νομιζόμενος τίτλος, αντλείται το συμπέρασμα ότι ο νόμος δίνει το κύριο βάρος στον νόμιμο τίτλο, «αρκούμενος» στον νομιζόμενο, προκειμένου να λειτουργήσει η τακτική χρησικτησία, μόνο στις περιπτώσεις που δεν υπάρχει νόμιμος τίτλος. Τούτο, δικαιολογεί την κρίση ότι ο νομιζόμενος τίτλος υστερεί έναντι του νόμιμου, με την έννοια ότι πάσχει από ελάττωμα βαρύτερο από εκείνο του νόμιμου τίτλου. Μάλιστα, αποδίδοντας τον όρο «νομιζόμενος» με τη φράση «θεωρούμενος ως υπάρχων»⁹, οδηγούμαστε στο συμπέρασμα ότι νομιζόμενος είναι ο ανύπαρκτος στην

5 Βλ. Παπαστερίου, ΕμπρΔ ΙΙ, §48 αρ. 60-63, 67 και αναλυτικά Αλεξανδροπούλου-Αιγυπτιάδου, Ο τίτλος στην τακτική χρησικτησία, σ. 147 επ..

6 Απ. Γεωργιάδης, Εμπράγματο Δίκαιο² (2010), §44 αρ. 47-48, 53-55· Γ. Κουμάντος, Η υποκειμενική καλή πίστις (1958), σ. 160-161· Εμ. Βουζίκας, Η αγωγή του αδικαιολόγητου πλουτισμού και η χρησικτησία (1948), σ. 213-214· Τούσης, Εμπράγματων Δίκαιον⁴ (1988), §103 σημ. 24 σ. 437.

7 Κουμάντος, Υποκ. κ.π., σ. 159, 160-161. Βλ. κριτική σε Αλεξανδροπούλου-Αιγυπτιάδου, Ο τίτλος στην τακτική χρησικτησία, σ. 135-136.

8 Βλ. και Ι. Σπυριδάκη/ Μ. Σπυριδάκη, ΕμπρΔ, αρ. 144.10.4. σ. 580.

9 Η απόδοση αυτή συμβαδίζει με τα κείμενα του Προσχεδίου του Εισηγητή και του Σχεδίου της Συντακτικής Επιτροπής του Αστικού Κώδικα, τα οποία, αναφερόμενα στην τακτική χρησικτησία ακινήτων, αναγνωρίζουν, πέρα από τον νόμιμο (βλ. αντιστοίχως άρθρα 88§1 και 85§1), και τον νομιζόμενο τίτλο (βλ. αντιστοίχως άρθρα 88§2 και 85§2), ορίζοντας ότι: «Νόμιμος τίτλος είναι και ο κατά συγγνωστήν πλάνην του νομέως νομιζόμενος ως υπάρχων».

πραγματικότητα τίτλος, ο οποίος μπορεί *in abstracto* να εκληφθεί ως υπαρκτός είτε γιατί εμφανίζει εξωτερικά μορφολογικά στοιχεία τίτλου κυριότητας είτε γιατί συντρέχουν λόγοι που δικαιολογούν την *in abstracto* θεώρησή του ως υπάρχοντος. Εξ αντιδιαστολής, μπορεί να οριστεί ως νόμιμος ο υπαρκτός τίτλος που προβάλλει στον εξωτερικό κόσμο ως σύννομος, μολονότι πάσχει από ελάττωμα μη διακρινόμενο εξωτερικά.

8. Με βάση τις τοποθετήσεις που προηγήθηκαν, δεν μπορεί να λειτουργήσει ούτε ως νομιζόμενος ούτε ως νόμιμος τίτλος-στοιχείο τακτικής χρησικτησίας η εμπράγματη σύμβαση της ΑΚ 1033¹⁰ ή η σύμβαση διανομής ακινήτου που δεν περιβλήθηκε τον συμβολαιογραφικό τύπο. Κι αυτό, διότι απουσιάζει ο μανδύας που θα επέτρεπε να εκληφθεί *in abstracto* ως υπάρχουσα η ανύπαρκτη για τον εξωτερικό κόσμο ως άνω σύμβαση. Εξάλλου, με την ίδια αιτιολογία, δεν μπορεί να λειτουργήσει ως νομιζόμενος ή νόμιμος τίτλος υπέρ του αντιπροσωπευόμενου αγοραστή ακινήτου η εμπράγματη σύμβαση που κατάρτισε με τον πωλητή ο αντιπρόσωπος, στο δικό του όνομα, το οποίο και αναγράφηκε στο σχετικό συμβολαιογραφικό έγγραφο¹¹.
9. Με βάση τις ίδιες ως άνω τοποθετήσεις, προσεγγίζοντας τον τίτλο-στοιχείο τακτικής χρησικτησίας καθεαυτό, ανεξάρτητα από τις λοιπές προϋποθέσεις της τελευταίας, μπορεί να αναφερθούν ως ενδεικτικά παραδείγματα *νόμιμων τίτλων* τα εξής: Η νομότυπη εμπράγματη σύμβαση της ΑΚ 1033 που συνομολογήθηκε με μεταβιβάζοντα μη κύριο¹² ή χωρίς έγκυρη νόμιμη αιτία ή από αντιπρόσωπο μη εφοδιασμένο με νομότυπη πληρεξουσιότητα· η κληρονομική διαδοχή που αφορά σε πράγμα μη ανήκον στον κληρονομούμενο κατά τον χρόνο του θανάτου του¹³· η άκυρη εμπράγματη σύμ-

10 Αναφορικά με το νομικό γεγονός που, στο πλαίσιο της ΑΚ 1033, αποτελεί τον τίτλο-στοιχείο τακτικής χρησικτησίας ακριβέστερη εμφανίζεται η γνώμη που ταυτίζει τον τίτλο-στοιχείο τακτικής χρησικτησίας με την επιφέρουσα το μεταβιβαστικό αποτέλεσμα εμπράγματη σύμβαση. Η γνώμη αυτή συμπλέει, εξ αποτελέσματος, με την άποψη που ταυτίζει τον ως άνω τίτλο με το σύνολο των όρων που απαιτούνται για τη μετάθεση της κυριότητας. Κι αυτό, καθώς, στο πλαίσιο και της πρώτης γνώμης, η διαπίστωση της ελαττωματικότητας της εμπράγματης σύμβασης προϋποθέτει έρευνα της συνδρομής όλων των όρων που απαιτούνται, κατά την ΑΚ 1033, για τη μετάθεση της κυριότητας. Συναφώς, έχει επίσης υποστηριχτεί ότι, στη συγκεκριμένη περίπτωση, τον τίτλο-στοιχείο τακτικής χρησικτησίας αποτελεί το σύμπλεγμα της ενοχικής και της εμπράγματης σύμβασης, καθώς και ότι ο ίδιος τίτλος ταυτίζεται με την αποτελούσα την αιτία της μεταβίβασης ενοχική δικαιοπραξία. Για όλα αυτά μ.π.π. βλ. Αλεξανδροπούλου-Αιγυπτιάδου, Ο τίτλος στην τακτική χρησικτησία, σ. 43 επ., η οποία προκρίνει την πρώτη γνώμη αξιολογώντας κριτικά και τις λοιπές.

11 Έτσι, και Αλεξανδροπούλου-Αιγυπτιάδου, Ο τίτλος στην τακτική χρησικτησία, σ. 66-67 μ.π.π.

12 Έτσι, και ΑΠ 235/2020, ΤΝΠ Νόμος· 234/2020, ΤΝΠ Νόμος· ΑΠ 383/2015, ΤΝΠ Νόμος· ΑΠ 1469/2008, ΤΝΠ Νόμος· ΑΠ 1033/2003, ΤΝΠ Νόμος· ΕφΑθ 5316/2015, ΤΝΠ Νόμος.

13 Έτσι, και ΑΠ 1402/2003, ΤΝΠ Νόμος. Αντίθετα, οι ΑΠ 483/2014, ΤΝΠ Νόμος και ΑΠ

βαση των ΑΚ 1033 ή 1034, λ.χ. εξαιτίας ανικανότητας προς δικαιοπραξία κάποιου από τους συμβαλλόμενους, και η ακυρωθείσα ακυρώσιμη όμοια σύμβαση. Περαιτέρω, ως ενδεικτικά παραδείγματα ανύπαρκτων τίτλων δυνάμενων να λειτουργήσουν *in abstracto* ως νομιζόμενοι τίτλοι μπορεί να σταχυολογηθούν: Η εμπράγματη σύμβασης της ΑΚ 1033 ή η σύμβαση διανομής ακινήτου που περιβλήθηκε τον τύπο συμβολαιογραφικού εγγράφου, το οποίο όμως ήταν πλαστό ή άκυρο· η υποβληθείσα στον συμβολαιογραφικό τύπο εμπράγματη σύμβαση της 1033 όταν στο σχετικό συμβόλαιο είτε προσδιορίζεται εσφαλμένα το μεταβιβαζόμενο ακίνητο, λ.χ. το οικοπέδο Χ αντί του πράγματι πωληθέντος συνεχόμενου οικοπέδου Ψ, είτε αναγράφεται εσφαλμένα οικοπεδική έκταση μικρότερη από την πράγματι πωληθείσα¹⁴. η ανακληθείσα ή ακυρωθείσα δικαστικά διοικητική πράξη που προσπορίζει κυριότητα (ΑΚ 1056)· ο ανύπαρκτος τίτλος εκ κληρονομικής διαδοχής ή κληροδοσίας, τον οποίο επικαλείται ο νεμόμενος το πράγμα ως κληρονόμος ή κληροδόχος δίχως να έχει τη σχετική ιδιότητα¹⁵. και η κατάληψη κινητού που εκλαμβάνεται ως αδέσποτο (ΑΚ 1075 επ.) δίχως να είναι.

Γ. Τίτλος-στοιχείο τακτικής χρησικτησίας υπό το πρίσμα του άρθρου 13§2 εδ. στ' ν. 2664/1998

10. Το άρθρο 13 ν. 2664/1998 (στο εξής: ΕθνΚτημ), στο ρυθμιστικό πεδίο του οποίου υπάγονται οι επιγενόμενες (ή μεταγενέστερες) της οριστικής πρώτης κτηματολογικές εγγραφές, ρυθμίζει στην §2 τη λειτουργία της χρησικτησίας εκτός (εδ. γ') και εντός (εδ. στ') κτηματολογικών βιβλίων¹⁶. Συγκεκριμένα, η ρύθμιση του εδ. γ' λειτουργεί υπέρ εκείνου που απέκτησε κυριότητα ή άλλο εμπράγματο δικαίωμα σε ακίνητο με (έκτακτη) χρησικτησία, αναγνωρίζοντάς του έννομο συμφέρον να ανατρέψει το μαχητό

485/2010, ΤΝΠ Νόμος χαρακτηρίζουν τον σχετικό τίτλο ως νομιζόμενο (ταυτίζοντάς τον με τον ανύπαρκτο τίτλο εκ κληρονομικής διαδοχής).

- 14 Έτσι, και ΑΠ 234/2020, ΤΝΠ Νόμος· ΑΠ 235/2020, ΤΝΠ Νόμος· ΑΠ 164/2014, ΤΝΠ Νόμος· ΑΠ 94/2013, ΤΝΠ Νόμος· ΑΠ 147/2012, ΤΝΠ Νόμος· ΑΠ 1314/2003, ΕλλΔνη 2005, 179=ΤΝΠ Νόμος· ΑΠ 1033/2003, ΤΝΠ Νόμος· ΜΕφΘεσ 963/2020, αδημ· ΕφΑθ 5316/2015, ΤΝΠ Νόμος· ΕφΑθ618/2015, ΤΝΠ Νόμος· Έτσι, και Ι. Σπυριδάκης/ Μ. Σπυριδάκης, ΕμπρΔ, αρ. 144.10.2. σ. 578. Βλ. σε αντίθετη κατεύθυνση Αλεξανδροπούλου-Αιγυπτιάδου, Ο τίτλος στην τακτική χρησικτησία, σ. 64-65.
- 15 ΑΠ 483/2014, ΤΝΠ Νόμος· 485/2010, ΤΝΠ Νόμος· Έτσι, και Μπαλής, ΕμπρΔ, § 66 σ. 175· Βαβούσκος, ΕμπρΔ, αρ. 183 σ. 181-82· Ι. Σπυριδάκης/ Μ. Σπυριδάκης, ΕμπρΔ Β/1, αρ. 144.10.1 σ. 651.
- 16 Βλ. σχετικά Γ. Καρύμπαλη-Τσίπτσιου, Τεκμήριο ακρίβειας των κτηματολογικών εγγραφών και δημόσια πίστη (άρθρο 13 Ν. 2664/1998), ΕλλΔνη 40(1999), σ. 1486-1487· Σ. Λισγάρα, Χρησικτησία στο Κτηματολογικό Δίκαιο (2020), αρ. 317 επ..

τεκμήριο ακρίβειας επιγενόμενης κτηματολογικής εγγραφής, με την άσκηση της αγωγής του άρθρου 13§2 ΕθνΚτημ κατά του φερόμενου στην εγγραφή ως φορέα του σχετικού δικαιώματος. Εξάλλου, η ρύθμιση του εδ. στ' αποβαίνει υπέρ του ανακριβώς αναγραφόμενου σε επιγενόμενη κτηματολογική εγγραφή ως δικαιούχου εμπράγματος δικαιώματος (και των διαδόχων του), προσφέροντας τη δυνατότητα απόκτησης του σχετικού εμπράγματος δικαιώματος (κυριότητας ή δουλείας) με τα προσόντα της τακτικής χρησικτησίας.

11. Ειδικότερα, στο άρθρο 13§2 εδ. στ' ΕθνΚτημ ορίζεται ότι: «*Το ελάττωμα της εγγραφής, η οποία θεωρείται τίτλος κατά την έννοια των άρθρων 1041 και 1043 του Αστικού Κώδικα, θεραπεύεται μόλις συντρέξουν στο πρόσωπο του ανακριβώς αναγραφόμενου δικαιούχου και των διαδόχων του και οι λοιπές τυχόν προϋποθέσεις τακτικής χρησικτησίας*». Η παραπομπή της προηγούμενης διάταξης σε τίτλο κατά την έννοια των ΑΚ 1041 και 1043 δικαιολογεί τη μη διαφοροποίηση, στο πλαίσιο της παρούσας διάταξης, της έννοιας του νόμιμου και του νομιζόμενου τίτλου, όπως αυτή ήδη προσεγγίστηκε. Ωστόσο, τόσο η θεώρηση από την ίδια διάταξη της «εγγραφής» ως τίτλου-στοιχείου τακτικής χρησικτησίας όσο και η αναφορά της σε «θεραπεία» του ελαττώματος του εν λόγω τίτλου μόλις συντρέξουν και οι λοιπές προϋποθέσεις της τακτικής χρησικτησίας απαιτούν διευκρινήσεις.
12. Η θεώρηση της «εγγραφής» ως τίτλου μπορεί να δικαιολογηθεί με τη σκέψη ότι η διενέργεια της εγγραφής του δικαιώματος στο οικείο κτηματολογικό φύλλο συνιστά το αποτέλεσμα της καταχώρισης στο ίδιο φύλλο της συστατικής του δικαιώματος πράξης¹⁷. Έτσι, αν ο τίτλος κτήσης που εμπεριέχεται στην καταχωριστέα πράξη πάσχει από ελάττωμα που τον καθιστά νόμιμο ή νομιζόμενο, τούτο αντανakλάται και στην εγγραφή η οποία καθίσταται ανακριβής. Υπό αυτή την έννοια, δικαιολογείται η εκ του νόμου αναγωγή της ανακριβούς εγγραφής σε τίτλο-στοιχείο τακτικής χρησικτησίας¹⁸.
13. Όμως, ακόμη και αν γίνει δεκτή η εκ του νόμου αναγωγή της ανακριβούς εγγραφής σε τίτλο-στοιχείο τακτικής χρησικτησίας, αναδύει επιφυλάξεις η αναφορά του άρθρου 13§2 εδ. στ' ΕθνΚτημ σε «θεραπεία» του ελαττώματος της εγγραφής-τίτλου αν συντρέξουν και οι λοιπές προϋποθέσεις της τακτικής χρησικτησίας. Κι αυτό, διότι η χρησικτησία οδηγεί σε πρωτότυπη

17 Για τη συζήτηση ως προς το αν αντικείμενο κτηματολογικής εγγραφής είναι το εγγραφτέο δικαίωμα αυτό καθαυτό (όπως άρθρο 4 ΕθνΚτημ) ή η καταχωριζόμενη πράξη (όπως άρθρο 12 ΕθνΚτημ) βλ. Κ. Πλιάτσικα, Η διόρθωση ανακριβούς πρώτης εγγραφής. Συμβολή στην ερμηνεία του άρθρου 6§2 ν. 2664/1998 (2019), αρ. 58 επ., μ.π.π. σε όλες τις υποστηρικτικές απόψεις.

18 Έτσι, και Παπαστερίου, Κτηματολογικό Δίκαιο² (2019), σ. 1321.

κτήση κυριότητας ή δουλείας και σε ταυτόχρονη απώλεια ή περιορισμό της κυριότητας του προηγούμενου κυρίου και δεν «θεραπεύει» το ελάττωμα του τίτλου¹⁹. Εν προκειμένω, ακριβές είναι να συνδεθεί με τη συνδρομή και των λοιπών προϋποθέσεων της χρησικτησίας –όχι η «θεραπεία» του ελαττώματος της εγγραφής, αλλά– η εκ του νόμου τροπή της καταρχήν ανακριβούς εγγραφής σε ακριβή. Μάλιστα, σε περίπτωση ανεπιτυχούς έκβασης της δίκης ανατροπής του μαχητού τεκμηρίου ακρίβειας της επίμαχης εγγραφής λόγω αποδοχής της ένστασης χρησικτησίας του εναγομένου ή σε περίπτωση έκδοσης, με πρωτοβουλία του φερόμενου στην επίμαχη εγγραφή ως δικαιούχου, δικαστικής απόφασης αναγνωριστικής της κτήσης κυριότητας με χρησικτησία από αυτόν, η κατά τα παραπάνω τροπή θα αποδεικνύεται με την καταχώριση της σχετικής δικαστικής απόφασης στο οικείο κτηματολογικό φύλλο.

II. Τίτλος-στοιχείο τακτικής χρησικτησίας και καλή πίστη

14. Έναυσμα για την ενατένιση του τίτλου-στοιχείου τακτικής χρησικτησίας σε συνάρτηση με την καλή πίστη δίνει η ΑΚ 1041, η οποία ανάγει την καλή πίστη σε αυτοτελή προϋπόθεση της τακτικής χρησικτησίας, και, ιδίως, η ΑΚ 1043§1. Η τελευταία, αρκούμενη στον νομιζόμενο τίτλο «*εφόσον δικαιολογείται η καλή πίστη του νομέα*», θέτει το ζήτημα της έννοιας της καλής πίστης της ΑΚ 1043§1 αυτής καθεαυτής και της σχέσης της με την καλή πίστη της ΑΚ 1041²⁰.
15. Συναφώς, σημειώνεται εξ αρχής ότι τόσο ο νόμιμος όσο και ο νομιζόμενος τίτλος, προκειμένου να οδηγήσουν σε κτήση κυριότητας με τακτική χρησικτησία, απαιτείται να συνοδεύονται με την καλή πίστη της ΑΚ 1041, όπως αυτή προσδιορίζεται στην ΑΚ 1042. Απαιτείται δηλαδή ο χρησιδεσπώζων νομέας, κατά τον κρίσιμο χρόνο απόκτησης της νομής (ΑΚ 1044) και ενόψει των συντρεχόντων τότε περιστατικών, να είχε σχηματίσει, αδιάφορο αν από πλάνη ως προς τα πραγματικά γεγονότα ή το δίκαιο, την πεποίθηση ότι απέκτησε κυριότητα, δίχως αυτό να οφείλεται σε βαριά του αμέλεια ως προς την αναζήτηση της αληθινής κατάστασης²¹.
16. Η κατά τα παραπάνω καλή πίστη του νομέα έχει αντικειμενικό έρεισμα μόνο όταν συντρέχει και η προϋπόθεση του νόμιμου ή νομιζόμενου τίτλου.

19 Βλ. σχετικά και Παπαστερίου, ΚτημΔ, σ. 1321.

20 Βλ. εκτενή σχετική συζήτηση αντί άλλων σε Αλεξανδροπούλου-Αιγυπτιάδου, Ο τίτλος στην τακτική χρησικτησία, σ. 157 επ. και ιδίως σ. 179-181.

21 ΑΠ 234 και 235/2020, ΤΝΠ Νόμος· ΑΠ 40/2014, ΤΝΠ Νόμος. Από αντιδιαστολή προς την ΑΚ 1042 προκύπτει ότι κακόπιστος είναι ο νομέας που γνωρίζει ή από βαριά αμέλεια αγνοεί ότι δεν απέκτησε κυριότητα· βλ. και ΑΠ 475/2004, ΤΝΠ Νόμος.

Πάντως, η ύπαρξη του τελευταίου δεν ιδρύει τεκμήριο καλής πίστης, αφού ο τίτλος-στοιχείο τακτικής χρησικτησίας και η καλή πίστη αποτελούν αυτοτελείς και ελεγχόμενες ξεχωριστά προϋποθέσεις τακτικής χρησικτησίας²². Έτσι, για παράδειγμα, η άκυρη λόγω εικονικότητας εμπράγματη σύμβαση της ΑΚ 1033, μολονότι αποτελεί *in abstracto* τίτλο-στοιχείο τακτικής χρησικτησίας, αποκλείει την καλή πίστη του συμμετέχοντος στην εικονικότητα «αποκτώντος», άρα και τη δυνατότητα απόκτησης κυριότητας με τακτική χρησικτησία από αυτόν *in concreto*²³. Το ίδιο θα μπορούσε να ειπωθεί τόσο για την άκυρη λόγω αντίθεσης στα χρηστά ήθη εμπράγματη σύμβαση όταν η αποδοκιμαζόμενη από τις ΑΚ 178 και 179 συμπεριφορά βαρύνει τον αποκτώντα ή και τον αποκτώντα²⁴, όσο και για την εμπράγματη σύμβαση της 1033 που τελεί υπό αναβλητική ή διαλυτική αίρεση ή προθεσμία πριν από την πλήρωση της αίρεσης ή την επέλευση της προθεσμίας. Μάλιστα, στην τελευταία περίπτωση, πέρα από το ότι δεν δικαιολογείται η πεποίθηση του νομέα ότι απέκτησε κυριότητα, η δυνατότητα απόκτησης κυριότητας δυνάμει του συγκεκριμένου τίτλου θα οδηγούσε και σε καταστράγγιση των διατάξεων περί αιρέσεων και προθεσμιών μέσω του θεσμού της χρησικτησίας²⁵.

17. Πέρα από την καλή πίστη της ΑΚ 1041, προκειμένου περί νομιζόμενου τίτλου και προς εξισορρόπηση της ποιοτικής του υστέρησης έναντι του νόμιμου τίτλου εξαιτίας του βαρύτερου ελαττώματος από το οποίο πάσχει, η ΑΚ 1043§1 επιβάλλει την πλαισίωσή του και με πρόσθετη καλή πίστη. Η καλή αυτή πίστη είναι προφανές ότι δεν έχει ως αντικείμενο την απόκτηση της κυριότητας, αφού αλλιώς θα ταυτιζόταν με την καλή πίστη της ΑΚ 1042. Η εν λόγω καλή πίστη δεν μπορεί παρά να συναρτάται με τον τίτλο κυριότητας, έχοντας ως αντικείμενο την ύπαρξη του τελευταίου. Κατά τα λοιπά, η καλή πίστη της ΑΚ 1043§1 συμπίπτει με εκείνη της ΑΚ 1042 από άποψη υποκειμένου και κρίσιμου χρόνου ελέγχου της συνδρομής της (ΑΚ 1044), ενώ η ένταξή της στο τελολογικό σύστημα του θεσμού της χρησικτησίας, σε συνδυασμό με την απουσία εγγύτερου προσδιορισμού της

22 Μπαλής, ΕμπρΔ, §65 σ. 171· Βαβούσκος, ΕμπρΔ, αρ. 179 σ. 179· Απ. Γεωργιάδης, ΕμπρΔ, §44 αρ. 41· Ι. Σπυριδάκης/ Μ. Σπυριδάκης, ΕμπρΔ, αρ. 144.8.2. σ. 571· Karibali-Tsiptsiou, International Encyclopaedia of Laws. Property and Trust Law in Hellas² (2012), αρ. 284. Για τη σχέση νόμιμου τίτλου και καλής πίστης βλ. ειδικότερα Κουμάντο, Υποκ. κ.π., σ. 159 επ.· Παπαντωνίου, Η καλή πίστις εις το Αστικόν Δίκαιον (1057), σ. 218-219.

23 Βλ. αντί άλλων Καρύμπιαλη-Τσιπτιού, Η ακυρότητα λόγω εικονικότητας. Συμβολή στην ερμηνεία των ΑΚ 138§1 και 139² (2004), σ. 181-182 μ.π.π..

24 Βλ. Αλεξανδροπούλου-Αιγυπτιάδου, Ο τίτλος στην τακτική χρησικτησία, σ. 103 και στην ίδια κατεύθυνση ΑΠ 1289/2007, ΤΝΠ Νόμος.

25 Αλεξανδροπούλου-Αιγυπτιάδου, Ο τίτλος στην τακτική χρησικτησία, σ. 109-111 μ.π.π.· βλ. επίσης Παπαστερίου, ΕμπρΔ II, §48 αρ. 62.

έννοιάς της από τον νόμο, δικαιολογούν τη μη διαφοροποίησή της από την καλή πίστη της ΑΚ 1042 και σε εννοιολογικό επίπεδο.

18. Με βάση τα παραπάνω, ο *in abstracto* θεωρούμενος ως υπάρχων τίτλος κυριότητας, λ.χ. ο ανύπαρκτος τίτλος εκ κληρονομικής διαδοχής, για να μπορεί να λειτουργήσει *in concreto* ως νομιζόμενος τίτλος-στοιχείο τακτικής χρησικτησίας θα πρέπει ο χρησιδεσπός να αποδεικνύει την καλή του πίστη ως προς την ύπαρξή του, ισχυριζόμενος λ.χ. ότι ήταν ο μοναδικός εξ αδιαθέτου κληρονόμος του αποβιώσαντος και ότι αγνοούσε την ύπαρξη διαθήκης που τον απέκλειε από την κληρονομική διαδοχή. Ειδικότερα, ο χρησιδεσπός θα πρέπει να αποδεικνύει ότι, κατά τον χρόνο απόκτησης της νομής και ενόψει των συντρεχόντων τότε περιστατικών, είχε σχηματίσει, αδιάφορο αν από πλάνη ως προς τα πραγματικά γεγονότα ή το δίκαιο, την πεποίθηση ότι έχει τίτλο κυριότητας, δίχως αυτό να οφείλεται σε βαριά του αμέλεια ως προς την αναζήτηση της αληθινής κατάστασης. Τούτο αποτελεί, άλλωστε, αναγκαίο προηγούμενο και για την απόδειξη της καλής πίστης του ως προς την απόκτηση κυριότητας κατά την ΑΚ 1042²⁶.
19. Η τελευταία ως άνω παρατήρηση δικαιολογεί την κρίση ότι, και στο πλαίσιο του νόμιμου τίτλου, η πεποίθηση του νομέα ότι απέκτησε κυριότητα (ΑΚ 1042) είναι δικαιολογημένη όταν συνοδεύεται και με την πεποίθηση περί ύπαρξης, αυτή τη φορά, σύννομου τίτλου. Έτσι, οδηγούμαστε στο συμπέρασμα ότι, σε επίπεδο καλής πίστης, βρίσκονται εξ αποτελέσματος στην ίδια νομική θέση ο νομέας που επικαλείται νομιζόμενο και εκείνος που επικαλείται νόμιμο τίτλο-στοιχείο τακτικής χρησικτησίας.

III. Τίτλος-στοιχείο τακτικής χρησικτησίας και μεταγραφή

20. Σύμφωνα με την ΑΚ 1043§2: «Στα ακίνητα δεν υπάρχει νομιζόμενος τίτλος χωρίς μεταγραφή, στις περιπτώσεις που αυτή απαιτείται». Η εν λόγω ρύθμιση αποτέλεσε αφορμή συζήτησης αναφορικά με το αν η προβλεπόμενη σε αυτή μεταγραφή απαιτείται όχι μόνο για τον νομιζόμενο, αλλά και για τον νόμιμο τίτλο.
21. Η σχετική συζήτηση ανέδειξε διχογνωμία· με κρατούσα τη γνώμη που τάσσεται υπέρ της αναγκαιότητας μεταγραφής και του νόμιμου τίτλου, αποδίδοντας στην ΑΚ 1043§2 το νόημα ότι χωρίς μεταγραφή δεν υπάρχει ούτε νομιζόμενος τίτλος και συναρτώντας με τη μεταγραφή την καλή πίστη του νομέα ως προς την απόκτηση κυριότητας²⁷. Η αντίθετη γνώμη αντλεί από

26 Για το ότι επί νομιζόμενου τίτλου απαιτείται καλή πίστη τόσο ως προς την ύπαρξη του τίτλου όσο και ως προς την κτήση κυριότητας βλ. και ΑΠ 234/2020, ΤΝΠ Νόμος 235/2020, ΤΝΠ Νόμος.

27 Υπέρ της κρατούσας γνώμης βλ. από τη θεωρία ιδίως Μπαλή, ΕμπρΔ, §66 σ. 175· Βουζίκας, Η

το γράμμα της ΑΚ 1043§2 το εξ αντιδιαστολής επιχείρημα ότι δεν απαιτείται μεταγραφή για τον νόμιμο τίτλο, προσθέτοντας ότι ο νόμος απαιτεί τη μεταγραφή του νομιζόμενου τίτλου για να καλύψει την ανυπαρξία του με άλλο στοιχείο²⁸.

22. Από τις προαναφερθείσες απόψεις, σε ορθότερη κατεύθυνση κινείται, κατά τη γνώμη μου, η κρατούσα που τάσσεται υπέρ της αναγκαιότητας της μεταγραφής και του νόμιμου τίτλου. Προς ενίσχυση της θέσης αυτής, κρίνεται σκόπιμο να προηγηθεί η απόδοση του νοήματος του γράμματος της ΑΚ 1043§2· να ακολουθήσει ο εντοπισμός του δικαιολογητικού λόγου της μεταγραφής του νομιζόμενου τίτλου· και να εξεταστεί αν συντρέχει ή όχι ο ίδιος δικαιολογητικός λόγος και για τη μεταγραφή του νόμιμου τίτλου.
23. Με σημείο εκκίνησης την έννοια του νομιζόμενου τίτλου ως ανύπαρκτου τίτλου που δύναται να εκληφθεί *in abstracto* ως υπάρχον, μπορεί να προσδοθεί στο γράμμα της ΑΚ 1043§2 το νόημα ότι, στο πεδίο των ακινήτων, δεν νοείται ανύπαρκτος τίτλος δυνάμενος να εκληφθεί *in abstracto* ως υπάρχον χωρίς μεταγραφή στις περιπτώσεις που αυτή απαιτείται. Έτσι, για παράδειγμα, η εμπράγματη σύμβαση της ΑΚ 1033 που έχει περιβληθεί τον μανδύα άκυρου συμβολαιογραφικού εγγράφου ή ο ανύπαρκτος τίτλος εκ κληρονομικής διαδοχής που αφορά σε ακίνητο δεν μπορεί να λειτουργήσει ως νομιζόμενος-τίτλος στοιχείο τακτικής χρησικτησία αν δεν έχει μεταγραφεί, αντιστοίχως, το άκυρο συμβολαιογραφικό έγγραφο ή το δημόσιο έγγραφο που περιέχει τη δήλωση αποδοχής του μη αληθούς κληρονόμου (ΑΚ 1846, 1193, 1195, 1198).
24. Περνώντας στον δικαιολογητικό λόγο της μεταγραφής του νομιζόμενου τίτλου, εκτιμώ ότι ο στόχος της εν λόγω μεταγραφής δεν συμπίπτει με εκείνον της μεταγραφής γενικά, δηλαδή με τη διασφάλιση της δημοσιότητας και τη συνακόλουθη ασφάλεια των συναλλαγών. Αποτελώντας προϋπόθεση για να θεωρηθεί *in abstracto* ως υπάρχον ένας ανύπαρκτος τίτλος κυριότητας, εδώ, το ζητούμενο είναι να θεωρηθεί ο εν λόγω τίτλος ως υπάρχον και *in concreto*. Για να συμβεί όμως αυτό απαιτείται η πρόσθετη καλή πεί-

αγωγή του αδικαιολόγητου πλουτισμού και η χρησικτησία, σ. 218· Απ. Γεωργιάδη, ΕμπρΔ, §44 αρ. 49· Ι. Σπυριδάκη, Η χρησικτησία (1998), σ. 90· Κιτσαρά, σε Γεωργιάδη ΣΕΑΚ, 1041-1043 αρ. 19, 3, 33 και από την νομολογία ΑΠ 234/2020, ΤΝΠ Νόμος· 235/2020, ΤΝΠ Νόμος· ΑΠ 383/2015, ΤΝΠ Νόμος· ΑΠ 1192/2014, ΤΝΠ Νόμος· ΑΠ 164/2014, ΤΝΠ Νόμος· ΑΠ 1469/2008, ΤΝΠ Νόμος· ΑΠ 1033/2003, ΤΝΠ Νόμος· ΕφΑθ 5316/2015, ΤΝΠ Νόμος. Πλούσιες περαιτέρω παραπομπές σε θεωρία και παλαιότερη νομολογία βλ. σε Αλεξανδροπούλου-Αιγυπτιάδου, Ο τίτλος στην τακτική χρησικτησία, σ. 187 επ., η οποία πάντως, μετά από κριτική αξιολόγηση των προβληθέντων προς υποστήριξη της κρατούσας γνώμης επιχειρημάτων (σ. 191 επ.), τάσσεται υπέρ της αντίθετης γνώμης.

28 Έτσι, Βαβούσκος, ΕμπρΔ, αρ. 184 σημ. 1 σ. 183· Αλεξανδροπούλου-Αιγυπτιάδου, Ο τίτλος στην τακτική χρησικτησία, σ. 198-200.

στη της ΑΚ 1043§1, με την οποία αναπόδραστα θα πρέπει να συνδεθεί ο στόχος της μεταγραφής της ΑΚ 1043§2. Τούτο δικαιολογεί την κρίση ότι, στο πεδίο των ακινήτων, η μεταγραφή αποτελεί, εκ του νόμου, θεμελιωτικό λόγο της καλής πίστης του χρησιδεσπόζοντος ως προς την ύπαρξη τίτλου κυριότητας, έτσι ώστε αυτός να μπορεί να λειτουργήσει *in concreto* ως νομιζόμενος τίτλος-στοιχείο τακτικής χρησικτησίας.

25. Ο ως άνω δικαιολογητικός λόγος της μεταγραφής του νομιζόμενου τίτλου συντρέχει και για τον νόμιμο τίτλο, για τους παρακάτω λόγους: Παρατηρήθηκε ήδη ότι η καλή πίστη ως προς την απόκτηση κυριότητας (ΑΚ 1042) αποτελεί αναγκαία προϋπόθεση της τακτικής χρησικτησίας ανεξάρτητα από το αν ο χρησιδεσπώζων επικαλείται νόμιμο ή νομιζόμενο τίτλο. Έγινε, επίσης, δεκτό ότι η πεποίθηση περί απόκτησης κυριότητας (ΑΚ 1042) δικαιολογείται, και επί νόμιμου τίτλου, όταν συνοδεύεται με την πεποίθηση περί ύπαρξης σύννομου τίτλου. Έτσι, διατυπώθηκε καταληκτικά το συμπέρασμα ότι, σε επίπεδο καλής πίστης, βρίσκονται εξ αποτελέσματος στην ίδια νομική θέση ο νομέας που επικαλείται νομιζόμενο και εκείνος που επικαλείται νόμιμο τίτλο-στοιχείο τακτικής χρησικτησίας²⁹. Αν σε αυτά προστεθεί και η κρίση ότι, στο πεδίο των ακινήτων, η μεταγραφή αποτελεί, εκ του νόμου, θεμελιωτικό λόγο της καλής πίστης του χρησιδεσπόζοντος ως προς την ύπαρξη τίτλου κυριότητας, έτσι ώστε αυτός να μπορεί να λειτουργήσει *in concreto* ως νομιζόμενος τίτλος-στοιχείο τακτικής χρησικτησίας, ο συλλογισμός οδηγείται επαγωγικά στο ακόλουθο συμπέρασμα: Ότι, στο ίδιο πεδίο, η μεταγραφή αποτελεί θεμελιωτικό λόγο της καλής πίστης του χρησιδεσπόζοντος και ως προς την απόκτηση κυριότητας και, άρα, προϋπόθεση για να λειτουργήσει *in concreto* ως τίτλος-στοιχείο τακτικής χρησικτησίας και ο νόμιμος τίτλος.

26. Για την πληρότητα της συζήτησης σημειώνεται ότι, στο πλαίσιο της τακτικής χρησικτησίας εντός κτηματολογικών βιβλίων, η αναγκαιότητα της καταχώρισης (και) της πράξης που εμπεριέχει νόμιμο τίτλο-στοιχείο τακτικής χρησικτησίας και η εγγραφή του σχετικού δικαιώματος στο οικείο κτηματολογικό φύλλο είναι προφανής. Τούτο προκύπτει ευθέως από το άρθρο 13§2 εδ. στ' ΕθνΚτημ, το οποίο ανάγει την ανακριβή επιγενόμενη εγγραφή σε τίτλο-στοιχείο τακτικής χρησικτησίας κατά την έννοια των ΑΚ 1041 και 1043³⁰.

29 Βλ. παραπ. αρ. 15, 18.

30 Βλ. παραπ. αρ. 11-12.

Ευθύνη του κληρονόμου της εταιρικής συμμετοχής

Ελευθέριος Ι. Καστρήσιος

Επ. Καθηγητής Νομικής Δ.Π.Θ.

Η ρύθμιση της τύχης που θα έχει η συμμετοχή εταίρου προσωπικής εταιρίας μετά το θάνατό του, μπορεί να γίνεται στο καταστατικό με ρήτρα που προβλέπει το κληρονομητό της εταιρικής συμμετοχής (ΑΚ 773 εδ. 2, άρθρ. 260 § 1¹). Συγκεκριμένα, μπορεί να προβλέπεται ότι μετά το θάνατο του εταίρου η εταιρική του συμμετοχή θα περιέρχεται γενικά στους κληρονόμους του, χωρίς ιδιαίτερο προσδιορισμό. Στην περίπτωση αυτή, κληρονόμοι της εταιρικής συμμετοχής γίνονται όλοι εκείνοι που θα κληρονομήσουν τον εταίρο κατά τους κανόνες της κληρονομικής διαδοχής, χωρίς να αποκλείεται βέβαια το δικαίωμα του κληρονομούμενου να ορίσει με διαθήκη ότι η εταιρική του συμμετοχή θα περιέλθει σε έναν μόνον από τους περισσότερους κληρονόμους του. Περαιτέρω, μπορεί το καταστατικό να προβλέπει ότι την εταιρική συμμετοχή θα αποκτούν μετά το θάνατο του κληρονομούμενου εταίρου ορισμένα μόνον πρόσωπα, υπό την έννοια ότι, μόνον εφόσον τουλάχιστον ένα από τα εν λόγω πρόσωπα γίνει κληρονόμος του θανόντος, θα αποκτά αιτία θανάτου και την εταιρική του συμμετοχή. Σε όλες τις παραπάνω περιπτώσεις γεννιούνται ζητήματα σχετικά με την ευθύνη του κληρονόμου τόσο για τα χρέη της εταιρίας έναντι τρίτων (εταιρικών δανειστών) όσο και για τα χρέη έναντι της εταιρίας. Τα εν λόγω ζητήματα αναπτύσσονται παρακάτω αναφορικά με την ομόρρυθμη, την ετερόρρυθμη εταιρία και την αστική εταιρία χωρίς νομική προσωπικότητα.

Α. Ευθύνη για τα εταιρικά χρέη

Ι. Ο κληρονόμος της εταιρικής συμμετοχής ομόρρυθμου εταίρου

1. Ευθύνη του κληρονόμου ως κληρονόμου ή ως εταίρου;

Κατά μία άποψη, που υποστηριζόταν πριν από το ν. 4072/2012, ο κληρονόμος της εταιρικής συμμετοχής ομόρρυθμου εταίρου ευθύνεται για τα χρέη της εταιρίας και με την ατομική του περιουσία, όμως η ευθύνη του αυτή περιορίζεται, αν έχει αποδεχθεί την κληρονομιά με το ευεργέτημα της απογραφής (ΑΚ 1902), αφού τότε ευθύνεται για τα εν λόγω χρέη μόνο με την κληρονομιά και όχι με την ατομική του περιουσία (ΑΚ 1904). Τούτο ισχύει όχι μόνον για τα εταιρικά χρέη που είχαν γεννηθεί πριν από την επαγωγή της κληρονομιάς,

1 Άρθρα χωρίς ειδικότερο προσδιορισμό είναι άρθρα του ν. 4072/2012.

αλλά και για εκείνα που δημιουργήθηκαν μεταγενέστερα.² Λαμβανομένου υπόψη ότι το ευεργέτημα της απογραφής ισχύει για τα χρέη της κληρονομιάς (ΑΚ 1904), τίθεται το ερώτημα αν τα εταιρικά χρέη αποτελούν χρέη της κληρονομιάς, έτσι ώστε η ευθύνη του εξ απογραφής κληρονόμου γι' αυτά να περιορίζεται κατά τους όρους της ΑΚ 1904.

Όσον αφορά τα εταιρικά χρέη που είχαν γεννηθεί πριν από το θάνατο του κληρονομούμενου εταίρου, πρέπει να τονιστεί ότι, αφού ο κληρονομούμενος ευθυνόταν ο ίδιος ως ομόρρυθμος εταίρος για τα εν λόγω χρέη όσο ζούσε (άρθρ. 249 § 1), αποτελούν αυτά μετά το θάνατό του χρέη της κληρονομιάς του και συνεπώς ο κληρονόμος του, αν έχει αποδεχθεί την κληρονομιά επ' ωφελεία απογραφής, ευθύνεται για τα ίδια χρέη μόνο με την κληρονομιά και όχι με την ατομική του περιουσία (ΑΚ 1904). Η ανωτέρω άποψη όμως δέχεται ότι τα εν λόγω χρέη αποτελούν κληρονομικά χρέη όχι επειδή ο κληρονομούμενος ευθυνόταν γι' αυτά ως ομόρρυθμος εταίρος, αλλά επειδή ο κληρονόμος της εταιρικής συμμετοχής αποκτά την εταιρική συμμετοχή του κληρονομούμενου και επομένως ευθύνεται πλέον ο ίδιος γι' αυτά ως ομόρρυθμος εταίρος. Τούτο φαίνεται καθαρά στην περίπτωση όπου ο θανών κληρονομείται από περισσότερους, οι οποίοι κληρονομούν και την εταιρική του συμμετοχή. Ο κληρονομούμενος όσο ζούσε ευθυνόταν για τα χρέη της εταιρίας ως ομόρρυθμος εταίρος, δηλ. απεριόριστα και εις ολόκληρον (άρθρ. 249 § 1), επομένως ευθυνόταν για ολόκληρο το χρέος (ΑΚ 481). Εφόσον το χρέος του αυτό κληρονομείται από τους κληρονόμους του που αποκτούν την εταιρική του συμμετοχή, τότε ο καθένας από αυτούς δεν μπορεί να ευθύνεται εις ολόκληρον με τους επιζώντες εταίρους, δηλ. για ολόκληρο το χρέος, αλλά θα πρέπει να ευθύνεται μόνο για το μέρος του χρέους που αντιστοιχεί στην κληρονομική του μερίδα,³ διότι σύμφωνα με την ΑΚ 1885 τα χρέη της κληρονομιάς διαιρούνται αυτοδικαίως μεταξύ των συγκληρονόμων ανάλογα με τη μερίδα του καθενός, η διάταξη δε αυτή γίνεται ομόφωνα δεκτό ότι εφαρμόζεται και όταν ο κληρονομούμενος ήταν οφειλέτης εις ολόκληρον, εφόσον το χρέος του έχει ως αντικείμενο διαιρετή παροχή.⁴ Όμως η ανωτέρω άποψη δέχεται ότι

2 Κ. Ρόκας, ΕΕΝ 1944, 162 επ. Βλ. και ΕφΑθ 2824/1962 ΕΕμπΔ 1963, 54 με παρατηρήσεις Κ. Ρόκα, ο οποίος συγκαταλέγει υπέρ της εν λόγω άποψης και την ανωτέρω απόφαση, παρόλο που από αυτήν δεν προκύπτει αν η ευθύνη του εξ απογραφής κληρονόμου ισχύει και για τα μετά το θάνατο του κληρονομούμενου χρέη της εταιρίας.

3 Βλ. ΔΠρΠειρ 14/1996 ΔΦΝ 1998, 77 (79).

4 ΑΠ 142/1979 ΝοΒ 1979, 1100· ΕφΑθ 7608/1986 ΕλλΔνη 1987, 1258 επ. (1260)· Βαθρακοκοίλης, ΕΡΝΟΜΑΚ, άρθρ. 1885 αρ. 8· Βάλληγδας σε ΕρμΑΚ, άρθρ. 480 αρ. 32 και άρθρ. 481 αρ. 11· Βουζίκας, Κληρονομικόν Δίκαιον Γ', § 164 Ι 1 σελ. 1203 σημ. 7· Καράσης σε Γεωργιάδη/Σταθόπουλου ΑΚ, άρθρ. 494 αρ. 4· Παντελίδου, Η ευθύνη του κληρονόμου για τις υποχρεώσεις της κληρονομιάς, σελ. 132· Τούσης, Κληρονομικόν Δίκαιον, § 175 σελ. 429 επ.· Π. Φίλιος, Κληρονομικό Δίκαιο, § 69 Α σελ. 138.

η ευθύνη που υπέχει για τα εταιρικά χρέη ο καθένας από τους περισσότερους κληρονόμους της εταιρικής συμμετοχής (και μάλιστα ανεξάρτητα από το αν αυτά γεννήθηκαν πριν ή μετά από το θάνατο του κληρονομούμενου) είναι ευθύνη εις ολόκληρον, δηλ. ο καθένας τους ευθύνεται για ολόκληρο το χρέος, αλλά αν έχει αποδεχθεί την κληρονομιά επ' ωφελεία απογραφής ευθύνεται μόνο με το μέρος της κληρονομιάς που του αναλογεί και όχι με την προσωπική του περιουσία.⁵ Από τη μια μεριά δηλ. η ευθύνη του κάθε συγκληρονόμου θεωρείται ότι διέπεται από το εταιρικό δίκαιο, δηλ. αποτελεί ευθύνη ομόρρυθμου εταίρου (εις ολόκληρον ευθύνη), από την άλλη όμως μεριά θεωρείται ότι αυτή διέπεται από το κληρονομικό δίκαιο, δηλ. αντιμετωπίζεται ως ευθύνη κληρονόμου, αφού γίνεται δεκτό ότι ο κάθε συγκληρονόμος ευθύνεται περιορισμένα, δηλ. όχι και με την προσωπική του περιουσία, αν έχει αποδεχθεί την κληρονομιά με το ευεργέτημα της απογραφής. Όπως χαρακτηριστικά λέγεται, ο κληρονόμος της εταιρικής συμμετοχής ομόρρυθμου εταίρου καθίσταται «ομόρρυθμος εταίρος ιδιορρύθμως – κατά τις διατάξεις του κληρονομικού δικαίου – ευθυνόμενος».⁶

Από την άποψη του κληρονομικού δικαίου, το να ευθύνεται ο κληρονόμος της εταιρικής συμμετοχής για ολόκληρο το εταιρικό χρέος παρίσταται καταρχήν δικαιολογημένο, όταν πρόκειται για χρέη που γεννήθηκαν μετά το θάνατο του κληρονομούμενου και προέρχονται από πράξεις τακτικής διαχείρισης της εταιρικής περιουσίας, διότι και τα χρέη αυτά αποτελούν χρέη της κληρονομιάς, αφού οι πράξεις τακτικής διαχείρισης της εταιρικής περιουσίας συνιστούν συγχρόνως και πράξεις τακτικής διαχείρισης της εταιρικής συμμετοχής του θανόντος, δηλ. της κληρονομιάς στην οποία ανήκει η εν λόγω συμμετοχή (βλ. σχετικά παρακάτω Ι 3 α ββ). Τούτο ισχύει όχι μόνον όταν ο μοναδικός κληρονόμος του εταίρου κληρονομεί την εταιρική του συμμετοχή, αλλά και όταν ένας μόνον από τους περισσότερους κληρονόμους του εταίρου κληρονομεί την εταιρική του συμμετοχή. Διότι και στην περίπτωση αυτή το χρέος που προέρχεται από την τακτική διαχείριση της εταιρικής περιουσίας είναι χρέος από την τακτική διαχείριση της κληρονομικής μερίδας που αποκτά ο κληρονόμος της εταιρικής συμμετοχής, έτσι ώστε μόνον αυτός θα πρέπει να ευθύνεται για ολόκληρο το εν λόγω χρέος και όχι οι λοιποί κληρονόμοι του θανόντος που δεν γίνονται κληρονόμοι της εταιρικής του συμμετοχής. Δεν ισχύει όμως το ίδιο όταν όλοι οι κληρονόμοι του εταίρου γίνονται κληρονόμοι

5 Βλ. Κ. Ρόκα, ΕΕμπΔ 1963, 58 επ.· Λιακόπουλο σε Γεωργιάδη/Σταθόπουλου ΑΚ, άρθρ. 773-774 αρ. 12. Αντιθέτως, ο Σκούρας, Η νομική ρύθμιση της εκκαθάρισεως της ομορρύθμου εμπορικής εταιρίας, σελ. 187, δέχεται ότι ο κάθε συγκληρονόμος της εταιρικής συμμετοχής ευθύνεται για τα εταιρικά χρέη εις ολόκληρον, χωρίς η ευθύνη του αυτή να περιορίζεται, αν έχει αποδεχθεί την κληρονομιά με το ευεργέτημα της απογραφής.

6 Κ. Ρόκας, ΕΕμπΔ 1963, 59.

της εταιρικής του συμμετοχής. Στην περίπτωση αυτή δεν δικαιολογείται να ευθύνεται ο καθένας από τους κληρονόμους για ολόκληρο το χρέος, όπως δέχεται η παραπάνω άποψη, αλλά αντιθέτως θα πρέπει σύμφωνα με το κληρονομικό δίκαιο να ευθύνεται ο καθένας τους κατά την αναλογία της κληρονομικής του μερίδας (ΑΚ 1885), αφού πρόκειται για χρέος προερχόμενο από την τακτική διαχείριση της εταιρικής συμμετοχής που διαιρείται μεταξύ των συγκληρονόμων κατά την αναλογία των κληρονομικών τους μερίδων.

Το ότι κατά την ανωτέρω άποψη σε περίπτωση περισσότερων κληρονόμων της εταιρικής συμμετοχής ομόρρυθμου εταίρου ο καθένας από αυτούς ευθύνεται για ολόκληρο το χρέος δικαιολογείται από τη σκέψη ότι η εταιρική συμμετοχή του θανόντος διαιρείται σε τόσες εταιρικές συμμετοχές όσες και οι συγκληρονόμοι, έτσι ώστε ο καθένας τους να αποκτά δική του εταιρική συμμετοχή, δηλ. να καθίσταται εταίρος (βλ. παρακάτω Ι 2). Επειδή όμως η εταιρική συμμετοχή που αποκτά ο κάθε συγκληρονόμος περιέρχεται σ' αυτόν λόγω κληρονομικής διαδοχής, δηλ. υπό την ιδιότητά του ως κληρονόμου, η ανωτέρω άποψη δέχεται ότι, αν αυτός έχει αποδεχθεί την κληρονομιά με το ευεργέτημα της απογραφής, ευθύνεται για τα εταιρικά χρέη (τόσο γι' αυτά που γεννήθηκαν πριν από την επαγωγή της κληρονομιάς όσο και για εκείνα που δημιουργήθηκαν μετά το θάνατο του κληρονομούμενου) μόνο με την κληρονομιά που του επάγεται και όχι με την ατομική του περιουσία. Γίνεται δηλ. δεκτό ότι ο κληρονόμος της εταιρικής συμμετοχής ευθύνεται για τα εταιρικά χρέη ως εταίρος και άρα εις ολόκληρον, επειδή όμως τα χρέη αυτά απορρέουν από την ιδιότητά του ως εταίρου, την οποία απέκτησε ως κληρονόμος, θεωρείται ότι τα υπόψη χρέη αποτελούν χρέη της κληρονομιάς, για τα οποία εφαρμόζεται επομένως η ΑΚ 1904. Αν όμως θεωρηθεί ότι σε περίπτωση συνέχισης της εταιρίας με όλους τους κληρονόμους του εταίρου ο καθένας από αυτούς ευθύνεται για το εταιρικό χρέος εις ολόκληρον, τότε το εν λόγω χρέος δεν μπορεί να αποτελεί χρέος της κληρονομιάς (διότι διαφορετικά οι περισσότεροι κληρονόμοι της εταιρικής συμμετοχής θα έπρεπε να ευθύνονται γι' αυτό διαιρετά κατά την αναλογία της κληρονομικής τους μερίδας) και άρα δεν είναι συνεπές να έχει ο καθένας από τους συγκληρονόμους το ευεργέτημα της απογραφής, αφού το ευεργέτημα αυτό ισχύει μόνο για τα χρέη της κληρονομιάς.

Εφόσον ο κληρονόμος της εταιρικής συμμετοχής ομόρρυθμου εταίρου καθίσταται με το θάνατο του κληρονομούμενου ομόρρυθμος εταίρος και για το λόγο αυτό ευθύνεται εις ολόκληρον για τα εταιρικά χρέη που γεννήθηκαν πριν και μετά το θάνατο του κληρονομούμενου, όπως δέχεται η παραπάνω άποψη, τότε αυτό σημαίνει ότι κατά το χρονικό σημείο του θανάτου του κληρονομούμενου εισέρχεται στην εταιρία ως ομόρρυθμος εταίρος και άρα θα πρέπει, όπως κάθε εισερχόμενος στην εταιρία ως ομόρρυθμος εταίρος, να ευθύνεται για τα χρέη αυτά όχι μόνον εις ολόκληρον αλλά και με την προσωπική

του περιουσία (άρθρ. 249 § 1, 258 § 3 εδ. 1), ακόμη και αν έχει αποδεχθεί την κληρονομιά με το ευεργέτημα της απογραφής.

Σύμφωνα με άλλη άποψη ο κληρονόμος της εταιρικής συμμετοχής ομόρρυθμου εταίρου ευθύνεται εις ολόκληρον και απεριόριστα (δηλ. και με την ατομική του περιουσία) για τα εταιρικά χρέη που γεννήθηκαν μετά την επαγωγή της κληρονομιάς, ενώ για εκείνα που γεννήθηκαν πριν από το χρονικό αυτό σημείο δεν ευθύνεται με την ατομική του περιουσία, αν έχει αποδεχθεί την κληρονομιά με το ευεργέτημα της απογραφής. Η άποψη αυτή ήταν κρατούσα υπό το καθεστώς που ίσχυε πριν από το ν. 4072/2012,⁷ υποστηρίζεται δε ομόφωνα και σήμερα.⁸ Ωστόσο, στην περίπτωση που οι περισσότεροι κληρονόμοι του θανόντος ομόρρυθμου εταίρου κληρονομούν την εταιρική του συμμετοχή, δεν καθίσταται σαφές αν κατά την ανωτέρω άποψη ο καθένας από αυτούς ευθύνεται για τα πριν από το θάνατο του κληρονομούμενου γεννηθέντα εταιρικά χρέη εις ολόκληρον⁹ ή μόνον κατά την αναλογία της κληρονομικής του μερίδας.¹⁰ Ενίοτε λέγεται ότι για τα χρέη αυτά ο εξ απογραφής κληρονόμος της εταιρικής συμμετοχής ομόρρυθμου εταίρου ευθύνεται ως «εταίρος ιδιορρύθμου χαρακτήρος».¹¹

Εφόσον ο κληρονόμος της εταιρικής συμμετοχής ομόρρυθμου εταίρου που έχει αποδεχθεί την κληρονομιά επ' ωφελεία απογραφής ευθύνεται για τα μετά το θάνατο του κληρονομούμενου εταιρικά χρέη εις ολόκληρον και με την προσωπική του περιουσία, όπως δέχεται η παραπάνω άποψη, τότε αυτό σημαίνει ότι ευθύνεται ως ομόρρυθμος εταίρος (απεριόριστα και εις ολόκληρον). Η ευθύνη του αυτή δεν μπορεί να δικαιολογηθεί παρά από το γεγονός ότι με την αποδοχή της κληρονομιάς δηλώνει τη βούλησή του να εισέλθει

7 ΑΠ 1129/1981 ΕΕμπΔ 1982, 559· ΕφΠειρ 312/2002 ΔΕΕ 2002, 711· ΕφΑθ 2824/1962 ΕΕμπΔ 1963, 54· ΜΠρΛαρ 166/1969 ΕΕμπΔ 1970, 51· Απ. Γεωργιάδης, ΧρΙΔ 2011, 8· Γιοβαννόπουλος σε Γεωργιάδη ΣΕΑΚ, άρθρ. 773-774 αρ. 10· Καραβάς, Αρχαί Ελληνικού Εμπορικού Δικαίου Α', σελ. 167· Διακόπουλος σε Γεωργιάδη/Σταθόπουλου ΑΚ, άρθρ. 773-774 αρ. 6· Παναγιώτου, Η μεταβίβαση της επιχείρησης και η ευθύνη για τα χρέη της, σελ. 209, 211 επ.· ο ίδιος, ΔΕΕ 2011, 290· Παντελίδου, ΧρΙΔ 2006, 191.

8 ΠΠρΑθ 1184/2016 ΝΟΜΟΣ· Αντωνόπουλος, Δίκαιο Προσωπικών Εταιριών⁴, § 26 αρ. 28 σελ. 239· Μαργαρίτης/Μαργαρίτη, ΑΚ, άρθρ. 773-774 αρ. 5· Παναγιώτου, Το νέο δίκαιο της ομόρρυθμης & ετερόρρυθμης εταιρίας, σελ. 203 επ. και 211 επ.· Ν. Ρόκας, Εμπορικές εταιρίες⁹, § 14 αρ. 14 σελ. 97· Σινανιώτη-Μαρούδη, Εταιρίες³, σελ. 50· Ψυχομάνης, Δίκαιο Εμπορικών Εταιριών⁸, αρ. 311 σελ. 101· Vervessos/Stavrakidis, RHDJ 2014, 588, 614 επ.

9 ΕφΠειρ 312/2002 ΔΕΕ 2002, 711.

10 ΜΠρΛαρ 166/1969 ΕΕμπΔ 1970, 51. Κατά μία άποψη ο κληρονόμος ευθύνεται μεν εις ολόκληρον, αυτό όμως σημαίνει ευθύνη του με ολόκληρη την αξία της εταιρικής μερίδας του αποβιώσαντος εταίρου, ενώ οι περισσότεροι συγκληρονόμοι ευθύνονται διαιρετά, βλ. Παναγιώτου, Η μεταβίβαση της επιχείρησης και η ευθύνη για τα χρέη της, σελ. 209· τον ίδιο, Το νέο δίκαιο της ομόρρυθμης & ετερόρρυθμης εταιρίας, σελ. 212.

11 ΕφΑθ 2824/1962 ΕΕμπΔ 1963, 54.

στην εταιρία ως ομόρρυθμος εταίρος και συνεπώς εισέρχεται στην εταιρία με την ιδιότητα αυτή ήδη από το θάνατο του κληρονομούμενου (ΑΚ 1846). Τότε όμως ο κληρονόμος της εταιρικής συμμετοχής θα πρέπει, όπως κάθε εισερχόμενος στην εταιρία εταίρος, να ευθύνεται ως εταίρος και για τα προγενέστερα της εισόδου του στην εταιρία χρέη αυτής, δηλ. απεριόριστα (άρθρ. 258 § 3 εδ. 1), χωρίς επομένως η ευθύνη του αυτή να περιορίζεται, αν έχει αποδεχθεί την κληρονομιά με το ευεργέτημα της απογραφής.¹²

Εξ άλλου, η άποψη που δέχεται ότι ο εξ απογραφής κληρονόμος της εταιρικής συμμετοχής ομόρρυθμου εταίρου ευθύνεται για τα εταιρικά χρέη μόνο με την κληρονομιά, είχε περιορισμένη πρακτική σημασία υπό το καθεστώς που ίσχυε πριν από το ν. 4072/2012, διότι γινόταν δεκτό ότι αν ο εν λόγω κληρονόμος αναμιχθεί στη διοίκηση της εταιρίας, ευθύνεται πλέον ο ίδιος ως ομόρρυθμος εταίρος (άρα απεριόριστα) για τα εταιρικά χρέη σύμφωνα με τα παλαιά άρθρ. 27 και 28 του ΕμπΝ,¹³ όπως ακριβώς και ο ετερόρρυθμος εταίρος που αναμιγνύεται στη διοίκηση της εταιρίας (βλ. ήδη άρθρ. 278 § 2 εδ. 2). Πρέπει επίσης να παρατηρηθεί ότι, και αν ακόμη θεωρηθεί πως ο εξ απογραφής κληρονόμος της εταιρικής συμμετοχής ομόρρυθμου εταίρου ευθύνεται για τα εταιρικά χρέη μόνο με την κληρονομιά, πάντως κατά το κληρονομικό δίκαιο χάνει το ευεργέτημα της απογραφής και συνεπώς θα πρέπει να ευθύνεται για τα χρέη αυτά και με την ατομική του περιουσία, αν λαμβάνει το μέρος που του αναλογεί από τα εταιρικά κέρδη, διότι η είσπραξη των κερδών αυτών συνιστά σιωπηρή παραίτηση από το ευεργέτημα της απογραφής.¹⁴

2. Περισσότεροι κληρονόμοι της εταιρικής συμμετοχής

Κατά την κρατούσα και ορθή άποψη, αν η εταιρική συμμετοχή του θανόντος κληρονομηθεί από περισσότερους διαιρείται αυτοδικαίως σε περισσό-

12 Η κρατούσα γνώμη, σύμφωνα με την οποία ο κληρονόμος της εταιρικής συμμετοχής δεν ευθύνεται ως εταίρος για τα προγενέστερα της εισόδου του στην εταιρία χρέη αυτής, μπορεί ίσως να εξηγηθεί και από το ότι πριν από το ν. 4072/2012 υπήρχε αμφισβήτηση σχετικά με το αν ο εισερχόμενος στην εταιρία εταίρος υπέχει ευθύνη για τα εταιρικά χρέη που δημιουργήθηκαν πριν από την είσοδό του σ' αυτήν. Βλ. *Ν. Ρόκα*, *Εμπορικές εταιρίες*⁶, § 13 αρ. 7 σελ. 97. Υπό την ισχύ όμως του ν. 4072/2012 δεν τίθεται πλέον τέτοιο ζήτημα, διότι το άρθρ. 258 § 3 εδ. 1 του νόμου αυτού ορίζει ρητά ότι ο εισερχόμενος στην εταιρία ευθύνεται απεριόριστα και για τα υπάρχοντα πριν από την είσοδό του σ' αυτήν εταιρικά χρέη.

13 ΕφΑθ 2824/1962 ΕΕμπΔ 1963, 54 (57). Για τις απόψεις που υποστηρίζονταν σχετικά με την εφαρμογή των άρθρ. 27 και 28 ΕμπΝ βλ. *Ν. Ρόκα*, *Εμπορικές εταιρίες*⁶, § 22 αρ. 3 σελ. 160.

14 Βλ. *Βουζίκας*, *Κληρονομικόν Δίκαιον Γ'*, § 161 Π σελ. 1137 επ. σημ. 234, όπου ορθά επισημαίνεται ότι η χρησιμοποίηση κληρονομιών αντικειμένων από τον εξ απογραφής κληρονόμο για ατομικούς του σκοπούς μπορεί να θεωρηθεί ότι ενέχει σιωπηρή παραίτηση από το ευεργέτημα της απογραφής, π.χ. αν γίνεται με την πρόθεση του εν λόγω κληρονόμου να περιλάβει τα ωφελήματα που προκύπτουν από τη χρήση αυτή στην ατομική του περιουσία και όχι στο ενεργητικό του αποδοτέου στους κληρονομικούς δανειστές λογαριασμού.

τερες εταιρικές συμμετοχές ανάλογα με την κληρονομική μερίδα του καθενός¹⁵ (εκτός αν στην εταιρική σύμβαση ή στη διαθήκη του θανόντος εταίρου ορίστηκε διαφορετική αναλογία)¹⁶, δηλ. ο κάθε κληρονόμος αποκτά δική του εταιρική συμμετοχή (καθίσταται εταίρος). Κατά την αντίθετη άποψη, η εταιρική συμμετοχή του θανόντος καθίσταται κοινή μεταξύ των περισσότερων προσώπων που την κληρονομούν (βλ. ΑΚ 1884).¹⁷ Ειδικά πάντως όσον αφορά την περίπτωση περισσότερων κληρονόμων της εταιρικής συμμετοχής ομόρρυθμου εταίρου το ζήτημα τέμνεται οριστικά από τη διάταξη του άρθρ. 265 § 1 εδ. 1, η οποία ορίζει ότι «... κάθε κληρονόμος μπορεί να εξαρτήσει την παραμονή του στην εταιρεία από το αν θα λάβει τη θέση ετερόρρυθμου εταίρου». Θεωρείται δηλ. ως δεδομένο ότι ο κάθε κληρονόμος εισέρχεται στην εταιρεία ως ομόρρυθμος εταίρος και δικαιούται να ζητήσει από τους λοιπούς εταίρους να παραμείνει σ' αυτήν ως ετερόρρυθμος εταίρος, άρα σε κάθε περίπτωση αποκτά ως κληρονόμος ξεχωριστή εταιρική συμμετοχή.

Εξ άλλου, αν δεχθούμε ότι η εταιρική συμμετοχή καθίσταται κοινή μεταξύ των συγκληρονόμων που την αποκτούν, τότε αυτό σημαίνει ότι ο καθένας τους δεν καθίσταται εταίρος, αλλά αντιθέτως την ιδιότητα του εταίρου αποκτά η κοινωνία των συγκληρονόμων ως ένωση προσώπων χωρίς νομική προσωπικότητα. Υπό την εκδοχή αυτή δεν θα ήταν δικαιολογημένο να ευθύνεται για τα εταιρικά χρέη ο καθένας από τους συγκληρονόμους εις ολόκληρον, δηλ. ως ομόρρυθμος εταίρος,¹⁸ αλλά θα έπρεπε η κοινωνία των συγκληρονόμων να ευθύνεται για ολόκληρο το χρέος ως ένωση προσώπων, δηλ. υπέγ-

15 ΓμδΝΣΚ 633/2004 ΔΕΕ 2005, 493· ΠΠρΜεσολ 6/2016 ΕΛΛΔνη 2016, 883 (885)· Αλεξανδρίδου, Δίκαιο Εμπορικών Εταιριών², σελ. 54· Αναστασιάδης, Ελληνικόν Εμπορικόν Δίκαιον Α' Ι, σελ. 249 σημ. 14β· Αντωνόπουλος, Δίκαιο Προσωπικών Εταιριών⁴, § 26 αρ. 30 σελ. 232 επ.· Απ. Γεωργιάδης, ΧρΙΔ 2011, 4· Γ. Γεωργιάδης, Η προστασία της νόμιμης μοίρας, § 32 αρ. 5 σελ. 369 σημ. 10· Γιοβαννόπουλος σε Γεωργιάδη ΣΕΑΚ, άρθρ. 773-774 αρ. 9· Καραβάς, Αρχαί Ελληνικού Εμπορικού Δικαίου Α', σελ. 167· Κιάντος, Τιμ. Τομ. Καραβάς, σελ. 398· Λιακόπουλος σε Γεωργιάδη/Σταθόπουλου ΑΚ, άρθρ. 773-774 αρ. 13· Μαργαρίτης/Μαργαρίτη, ΑΚ, άρθρ. 773-774 αρ. 5· Μαστροκώστας, ΕΛΛΔνη 2003, 928· Μπεχλιβάνης, Αρμ 2007, 1526· Κ. Παμπούκης, Δίκαιον Εμπορικών Εταιριών, Γενικόν Μέρος, σελ. 199 επ.· Ν. Ρόκας, Εμπορικές εταιρίες⁹, § 14 αρ. 15 σελ. 98· Σελέκος σε Ν. Ρόκα, ΔικΠΕ, τομ. 1, § 10 αρ. 88· Π. Φίλιος, Ενοχικό Δίκαιο, Ειδικό Μέρος, § 113γ Β σελ. 510· Ψυχομάνης, Δίκαιο Εμπορικών Εταιριών³, αρ. 311 σελ. 100 επ.· Ν. Rokas, Die Teilhaberschaft an der Offenen Handelsgesellschaft und ihre Vererbung, σελ. 56· Vervessos/Stavrakidis, RHDl 2014, 614.

16 Βλ. Καστρήσιο, Κληρονομικό δίκαιο των εταιριών, αρ. 86 και 101 επ.

17 Βλ. Γεωργακόπουλο, Το δίκαιον των εταιριών Ι, σελ. 349· Μάρκου, Εγχειρίδιο Εμπορικού Δικαίου, τομ. 3 Β, σελ. 198 σημ. 728· Σκούρα, Η νομική ρύθμιση της εκκαθάρισεως της ομορρύθμου εμπορικής εταιρίας, σελ. 183 επ.

18 Βλ. όμως Σκούρα, Η νομική ρύθμιση της εκκαθάρισεως της ομορρύθμου εμπορικής εταιρίας, σελ. 183 επ., ο οποίος παρόλο που θεωρεί την κοινωνία των συγκληρονόμων ως εταίρο δέχεται ότι ο καθένας από αυτούς ευθύνεται εις ολόκληρον για τα χρέη της εταιρίας.

γνα για τα εταιρικά χρέη θα ήταν (εκτός από την ατομική περιουσία του κάθε συγκληρονόμου) και η κληρονομιά ως κοινή περιουσία της κοινωνίας των συγκληρονόμων. Θα αποτελούσε επομένως η κοινωνία αυτή εταιρία χωρίς νομική προσωπικότητα, με συνέπεια να δεσμεύεται ο κάθε συγκληρονόμος ενοχικά έναντι των λοιπών να μη διαθέσει το μερίδιό του στα αντικείμενα της κληρονομιάς (βλ. ΑΚ 761 εδ. 1). Τέτοια όμως δέσμευση δεν υπέχει ο κάθε συγκληρονόμος έναντι των λοιπών (βλ. ΑΚ 1886).

3. Η διττή ευθύνη του κληρονόμου της εταιρικής συμμετοχής

Οι ανωτέρω απόψεις συγχέουν την ευθύνη που υπέχει ο κληρονόμος για τα χρέη της κληρονομιάς (μεταξύ των οποίων είναι και τα εταιρικά χρέη για τα οποία ευθυνόταν ο κληρονομούμενος ως ομόρρυθμος εταίρος) με την ευθύνη που υπέχει ο ίδιος για τα χρέη της εταιρίας ως εταίρος εισερχόμενος σ' αυτήν λόγω κληρονομικής διαδοχής. Ορθότερο είναι να γίνει δεκτό ότι ο κληρονόμος της εταιρικής συμμετοχής ομόρρυθμου εταίρου υπέχει διττή ευθύνη για τα χρέη της εταιρίας: αφενός μεν ως κληρονόμος και αφετέρου ως ομόρρυθμος εταίρος.¹⁹ Ειδικότερα:

α) Ευθύνη κατά το κληρονομικό δίκαιο

αα) Ευθύνη για τα προγενέστερα του θανάτου του κληρονομούμενου εταιρικά χρέη

Τα εταιρικά χρέη που είχαν γεννηθεί μέχρι την επαγωγή της κληρονομιάς και για τα οποία ο κληρονομούμενος ευθυνόταν ως ομόρρυθμος εταίρος κατ' άρθρ. 249 § 1 αποτελούν χρέη της κληρονομιάς και άρα ο κληρονόμος ευθύνεται γι' αυτά ως κληρονόμος σύμφωνα με την ΑΚ 1710, δηλ. και με τη δική του περιουσία, εκτός αν έχει αποδεχθεί την κληρονομιά με το ευεργέτημα της απογραφής, οπότε ευθύνεται μόνο με το ενεργητικό της περιουσίας που κληρονομεί (ΑΚ 1904).²⁰ Αν υπάρχουν περισσότεροι κληρονόμοι, το χρέος διαιρείται μεταξύ των συγκληρονόμων ανάλογα με την κληρονομική μερίδα του καθενός (ΑΚ 1885) και επομένως ο καθένας τους ευθύνεται όχι για ολόκληρο το χρέος αλλά μόνο για το μέρος του που αντιστοιχεί στην κληρονομική του μερίδα (εκτός αν το χρέος έχει ως αντικείμενο αδιαίρετη παροχή, ΑΚ 494 § 1)²¹. Για το μέρος αυτό του χρέους ο κάθε συγκληρονόμος ευθύνεται με το ενεργητικό της κληρονομιάς που αποκτά αλλά και με τη δική του περιουσία, εκτός αν έχει αποδεχθεί την κληρονομιά επ' ωφελεία απογραφής, οπότε η

19 Βλ. σχετικά ΜυΚοΗGB⁴/Karsten Schmidt § 139 αρ. 6 επ., 98.

20 Βλ. ΔΠρΠειρ 14/1996 ΔΦΝ 1998, 77 (79)· Γεωργακόπουλο, Το δίκαιον των εταιρειών Ι, σελ. 345· Μπαλή, ΝΔικ 1955, 6· Baumbach/Hopt/Roth HGB³⁸ § 139 αρ. 45 επ.· ΜυΚοΗGB⁴/Karsten Schmidt § 139 αρ. 100, 103, 107.

21 Βλ. παραπάνω Ι 1.

ευθύνη του περιορίζεται στο μέρος της κληρονομιάς που αποκτά. Η ευθύνη αυτή βαρύνει όχι μόνον τους κληρονόμους που απέκτησαν την εταιρική συμμετοχή του θανόντος (ανεξάρτητα από το αν έλαβαν τη θέση ετερόρρυθμου εταίρου ή εξήλθαν από την εταιρία εντός της προθεσμίας του άρθρ. 265 § 2) αλλά κάθε κληρονόμο του.

*ββ) Ευθύνη για τα μεταγενέστερα του θανάτου του
κληρονομούμενου εταιρικά χρέη*

Ερωτάται αν ο κληρονόμος της εταιρικής συμμετοχής ομόρρυθμου εταίρου ευθύνεται ως κληρονόμος για τα χρέη της εταιρίας που δημιουργούνται μετά την επαγωγή της κληρονομιάς και για όσο χρόνο έχει αυτός το δικαίωμα να εξαρτήσει την παραμονή του στην εταιρία από το αν θα λάβει τη θέση ετερόρρυθμου εταίρου κατ' άρθρ. 265 § 1, δηλ. κατά το χρονικό διάστημα από την επαγωγή της κληρονομιάς και μέχρι να λάβει τη θέση ετερόρρυθμου εταίρου ή να εξέλθει από την εταιρία ή μέχρι η προθεσμία του άρθρ. 265 § 2 να παρέλθει χωρίς να έχει λάβει τη θέση ετερόρρυθμου εταίρου ή να έχει εξέλθει από την εταιρία. Εφόσον τα χρέη αυτά απορρέουν από πράξεις τακτικής διαχείρισης της εταιρικής περιουσίας, οι οποίες αποτελούν συγχρόνως και πράξεις τακτικής διαχείρισης της εταιρικής συμμετοχής που αποκτά ως κληρονομιά ο κληρονόμος του θανόντος εταίρου, αποτελούν χρέη που απορρέουν από την τακτική διαχείριση της κληρονομιάς. Γίνεται δε γενικά δεκτό ότι υποχρεώσεις της κληρονομιάς κατά την έννοια της ΑΚ 1901 αποτελούν και εκείνες που προέρχονται από πράξεις τακτικής διαχείρισης της κληρονομικής περιουσίας.²² Ο κληρονόμος της εταιρικής συμμετοχής ευθύνεται επομένως για τα ανωτέρω χρέη ως κληρονόμος, δηλ. και με τη δική του περιουσία, εκτός αν έχει αποδεχθεί την κληρονομιά επ' ωφελεία απογραφής.²³ Αν η προθεσμία του άρθρ. 265 § 2 παρέλθει χωρίς ο κληρονόμος να έχει αποκτήσει τη θέση ετερόρρυθμου εταίρου ή να έχει εξέλθει από την εταιρία ή αν ο κληρονόμος πριν από την άρροδο της προθεσμίας αυτής επιχειρήσει πράξεις εκπροσώπησης της εταιρίας, τότε αποκτά οριστικά την ιδιότητα ομόρρυθμου εταίρου και συνεπώς τα εταιρικά χρέη που γεννιούνται μετά από το χρονικό αυτό σημείο αποτελούν πλέον ατομικά του χρέη και όχι χρέη της κληρονομιάς.

Η κατά τα ανωτέρω ευθύνη βαρύνει μόνον τους κληρονόμους της εταιρικής συμμετοχής, όχι όμως και τους λοιπούς κληρονόμους του θανόντος. Αν

22 Βλ. σχετικά *Βουζίκας*, Κληρονομικόν Δίκαιον Γ', § 160 II 2 β ζζ σελ. 1044· *Απ. Γεωργιάδη*, Κληρονομικό δίκαιο², § 42 αρ. 16 επ. σελ. 744 επ.· *Παναγιωτόπουλο* σε *Γεωργιάδη ΣΕΑΚ*, άρθρ. 1901 αρ. 14· *Παντελίδου* σε *Γεωργιάδη/Σταθόπουλου ΑΚ*, άρθρ. 1901 αρ. 18· την ίδια, Η ευθύνη του κληρονόμου για τις υποχρεώσεις της κληρονομιάς, σελ. 132· *Π. Φίλιο*, Κληρονομικό Δίκαιο, § 74, 1 β σελ. 145 επ.

23 Βλ. *MüKoHGB⁴/Karsten Schmidt* § 139 αρ. 103.

υπάρχει ένας μόνον κληρονόμος της εταιρικής συμμετοχής, ευθύνεται αυτός για ολόκληρο το χρέος. Αν η εταιρική συμμετοχή του θανόντος περιέρχεται λόγω κληρονομικής διαδοχής σε περισσότερους, οπότε διαιρείται σε περισσότερες εταιρικές συμμετοχές (βλ. παραπάνω I 2), ο καθένας από αυτούς ευθύνεται κατά το λόγο της αξίας της εταιρικής συμμετοχής που απέκτησε προς την αξία της εταιρικής συμμετοχής του θανόντος εταίρου.

β) Ευθύνη κατά το εταιρικό δίκαιο

Ο κληρονόμος της εταιρικής συμμετοχής του ομόρρυθμου εταίρου εισέρχεται στην εταιρία ως ομόρρυθμος εταίρος κατά το χρόνο θανάτου του κληρονομούμενου και συνεπώς ευθύνεται για τα εταιρικά χρέη (και τα υπάρχοντα πριν από την είσοδό του στην εταιρία) ως ομόρρυθμος εταίρος,²⁴ δηλ. εις ολόκληρον με τους λοιπούς εταίρους και απεριόριστα, άρα και με τη δική του παρουσία (άρθρ. 249 § 1, 258 § 3). Η αποδοχή της κληρονομιάς με το ευεργέτημα της απογραφής δεν μπορεί να περιορίσει την εν λόγω ευθύνη του κληρονόμου, αφού πρόκειται για ευθύνη που τον βαρύνει ως εταίρο και όχι ως κληρονόμο.²⁵ Η ευθύνη για τα εταιρικά χρέη που υπέχει ο κληρονόμος της εταιρικής συμμετοχής ως εισερχόμενος στην εταιρία ομόρρυθμος εταίρος είναι ευθύνη για ατομικά του χρέη και όχι για χρέη της κληρονομιάς. Επομένως, αν έχει αποδεχθεί την κληρονομιά επ' ωφελεία απογραφής, ευθύνεται για τα χρέη αυτά μόνο με την ατομική του περιουσία και όχι με την κληρονομιά, διότι οι ατομικοί δανειστές του εξ απογραφής κληρονόμου δεν μπορούν να ικανοποιηθούν από την κληρονομιά (βλ. παρακάτω I 3 γ).

Αν υπάρχουν περισσότεροι κληρονόμοι της εταιρικής συμμετοχής, ο καθένας τους ευθύνεται με το μέρος της κληρονομιάς που αποκτά αλλά και με τη δική του περιουσία, ευθύνεται όμως για ολόκληρο το χρέος και όχι μόνο κατά την αναλογία της κληρονομικής του μερίδας. Εννοείται ότι, αν εκτός από τους κληρονόμους της εταιρικής συμμετοχής υπάρχουν και άλλοι κληρονόμοι του θανόντος εταίρου, η ανωτέρω ευθύνη βαρύνει μόνον τους πρώτους, αφού μόνον αυτοί αποκτούν την ιδιότητα ομόρρυθμου εταίρου.

Η κατά τα ανωτέρω ευθύνη που υπέχει ως εταίρος ο κληρονόμος της εταιρικής συμμετοχής ομόρρυθμου εταίρου υποστηρίζεται ότι υφίσταται ανεξάρτητα από το αν έχει καταχωριστεί στο ΓΕΜΗ η είσοδος του κληρονόμου στην εταιρία.²⁶ Ορθότερο είναι να γίνει δεκτό ότι η καταχώριση στο ΓΕΜΗ

24 Βλ. Γεωργακόπουλο, Το δίκαιον των εταιρειών Ι, σελ. 345 επ.· MūKoHGB⁴/Karsten Schmidt § 139 αρ. 100.

25 Βλ. Γεωργακόπουλο, Το δίκαιον των εταιρειών Ι, σελ. 346· MūKoHGB⁴/Karsten Schmidt § 139 αρ. 108.

26 Βλ. Αλεξανδρίδου, Δίκαιο Εμπορικών Εταιριών, σελ. 128· MūKoHGB⁴/Karsten Schmidt § 139 αρ. 125.

της λόγω κληρονομικής διαδοχής επερχόμενης μεταβολής στο πρόσωπο των εταίρων (δηλ. η καταχώριση της τροποποίησης του καταστατικού, ώστε να περιλαμβάνεται σ' αυτό και το όνομα του κληρονόμου ως νέου εταίρου) έχει συστατικό χαρακτήρα (βλ. άρθρ. 15 § 1γ ν. 3419/2005), όμως η μη καταχωρηθείσα μεταβολή καθίσταται ισχυρή, αν εκδηλωθεί προς τα έξω, π.χ. η εταιρία λειτουργήσει με τη νέα σύνθεση.²⁷

Ο κληρονόμος της εταιρικής συμμετοχής ομόρρυθμου εταίρου έχει το δικαίωμα να εξαρτήσει την παραμονή του στην εταιρία από το αν θα λάβει τη θέση ετερόρρυθμου εταίρου (άρθρ. 265 § 1). Για όσο χρόνο έχει το δικαίωμα αυτό, η ευθύνη που υπέχει ως ομόρρυθμος εταίρος για τα χρέη της εταιρίας (είτε αυτά γεννήθηκαν πριν είτε μετά από την επαγωγή της κληρονομιάς, βλ. άρθρ. 249 § 1 και 258 § 3) είναι προσωρινή και καθίσταται οριστική όταν η προθεσμία του άρθρ. 265 § 2 παρέλθει χωρίς να έχει υποβάλει την πρόταση παραμονής του στην εταιρία ως ετερόρρυθμος εταίρος ή όταν η πρόταση του αυτή απορριφθεί από τους εταίρους πριν από τη λήξη της προθεσμίας και η προθεσμία παρέλθει χωρίς ο κληρονόμος να έχει ασκήσει το δικαίωμα εξόδου του από την εταιρία.²⁸ Το δικαίωμα που το άρθρ. 265 παρέχει στον κληρονόμο είναι κατ' ουσία δικαίωμα αποποίησης της νομικής θέσης του ομόρρυθμου εταίρου που είχε ο κληρονομούμενος.²⁹ Κατά συνέπεια, αν ο κληρονόμος κατ' ενάσκηση του εν λόγω δικαιώματος καταστεί ετερόρρυθμος εταίρος ή εξέλθει από την εταιρία, δηλ. αποποιηθεί τη νομική θέση του ομόρρυθμου εταίρου, πρέπει να θεωρηθεί ότι δεν απέκτησε ποτέ τη θέση αυτή, όπως ακριβώς και ο κληρονόμος που, αν αποποιηθεί την κληρονομιά, θεωρείται ότι ποτέ δεν έγινε κληρονόμος (ΑΚ 1856 εδ. 1). Σύμφωνα όμως με την ΑΚ 1858, όσο ο κληρονόμος έχει το δικαίωμα να αποποιηθεί την κληρονομιά δεν μπορεί να ασκηθεί δικαστικά εναντίον του αξίωση που στρέφεται κατά της κληρονομιάς. Για την ταυτότητα λοιπόν του νομικού λόγου θα πρέπει να γίνει δεκτό ότι, όσο ο κληρονόμος της εταιρικής συμμετοχής ομόρρυθμου εταίρου έχει το κατ' άρθρ. 265 § 1 δικαίωμα να προτείνει την παραμονή του στην εταιρία ως ετερόρρυθμος εταίρος ή να εξέλθει από αυτήν (δηλ. το δικαίωμα να αποποιηθεί τη νομική θέση του ομόρρυθμου εταίρου), δεν μπορεί, κατ' αναλογική εφαρμογή της ΑΚ 1858, να ασκηθεί δικαστικά εναντίον του αξίωση στηριζόμενη στα άρθρ. 249 § 1 και 258 § 3, δηλ. στην ευθύνη του ως ομόρρυθμου εταίρου. Εννοείται βέβαια ότι κατά το ενδιάμεσο αυτό χρονικό διάστημα μπορεί να ασκηθεί εναντίον του αξίωση στηριζόμενη στην ευθύνη του ως κληρονόμου (βλ. παραπάνω Ι 3 α α).

27 Βλ. Καραγκουνίδη σε Μαρίνο/Τριανταφυλλάκη, ΔικΠΕ, άρθρ. 251 αρ. 51.

28 Βλ. Baumbach/Hopt/Roth HGB³⁸ § 139 αρ. 45 επ.· MüKoHGB⁴/Karsten Schmidt § 139 αρ. 104.

29 Βλ. Καστρήσιο, Κληρονομικό δίκαιο των εταιριών, αρ. 134.

γ) Η σημασία της διττής ευθύνης του κληρονόμου της εταιρικής συμμετοχής

Σύμφωνα με τα παραπάνω, ο κληρονόμος της εταιρικής συμμετοχής ομόρρυθμου εταίρου ευθύνεται για τα υπάρχοντα κατά την είσοδό του στην εταιρία χρέη αυτής (δηλ. αυτά που έχουν γεννηθεί πριν από την επαγωγή της κληρονομιάς) ως κληρονόμος (δηλ. κατά τις διατάξεις του κληρονομικού δικαίου).³⁰ Για τα χρέη αυτά ευθύνεται και ως εταίρος (δηλ. κατά τις διατάξεις του εταιρικού δικαίου), εφόσον όμως καταστεί οριστικά ομόρρυθμος εταίρος, δηλ. αν η πρότασή του να λάβει τη θέση ετερόρρυθμου εταίρου δεν γίνει δεκτή εντός της προθεσμίας του άρθρ. 265 § 2 και ο κληρονόμος δεν εξέλθει από την εταιρία εντός της ίδιας προθεσμίας (βλ. παραπάνω I 3 β). Για τα εταιρικά χρέη που γεννιούνται μετά την είσοδό του στην εταιρία (δηλ. μετά την επαγωγή της κληρονομιάς) και κατά το χρονικό διάστημα που έχει το δικαίωμα να εξαρτήσει την παραμονή του σ' αυτήν από το αν θα λάβει τη θέση ετερόρρυθμου εταίρου κατ' άρθρ. 265 § 1, ευθύνεται ως κληρονόμος (βλ. παραπάνω I 3 α ββ). Αν δεν αποκτήσει τη θέση ετερόρρυθμου εταίρου ή δεν εξέλθει από την εταιρία κατ' εφαρμογή του άρθρ. 265 καθίσταται οριστικά ομόρρυθμος εταίρος, οπότε ευθύνεται για τα χρέη αυτά και ως ομόρρυθμος εταίρος (βλ. παραπάνω I 3 β). Τέλος, για τα εταιρικά χρέη που δημιουργούνται μετά το χρονικό σημείο κατά το οποίο έχει αποκτήσει οριστικά την θέση ομόρρυθμου εταίρου, ευθύνεται ως ομόρρυθμος εταίρος και όχι ως κληρονόμος (βλ. παραπάνω I 3 β). Υπάρχουν επομένως περιπτώσεις όπου ο κληρονόμος της εταιρικής συμμετοχής ομόρρυθμου εταίρου ευθύνεται για το ίδιο χρέος τόσο ως ομόρρυθμος εταίρος όσο και ως κληρονόμος.³¹ Στις περιπτώσεις αυτές υπάρχει συρροή αξιώσεων του εταιρικού δανειστή κατά του κληρονόμου της εταιρικής συμμετοχής.

Η κατά τις διατάξεις του εταιρικού δικαίου ευθύνη του κληρονόμου της εταιρικής συμμετοχής για τα εταιρικά χρέη φαίνεται εκ πρώτης όψεως ότι είναι σε κάθε περίπτωση ευνοϊκότερη για το δανειστή των εν λόγω χρεών σε σχέση με την ευθύνη που υπέχει ο κληρονόμος για τα ίδια χρέη κατά τις διατάξεις του κληρονομικού δικαίου, αφού στη μεν πρώτη περίπτωση η προσωπική περιουσία του κληρονόμου παραμένει υπέγγυα, ακόμη και αν αυτός έχει αποδεχθεί την κληρονομιά επ' ωφελεία απογραφής, ενώ στη δεύτερη περίπτωση το ευεργέτημα της απογραφής επιφέρει απαλλαγή του κληρονόμου από την ευθύνη του με τη δική του περιουσία. Ως εκ τούτου, δίνεται η εντύπωση ότι η ευθύνη του κληρονόμου της εταιρικής συμμετοχής κατά τις διατάξεις του κληρονομικού δικαίου και επομένως η δυνατότητά του να τύχει του ευεργετή-

30 Βλ. παραπάνω I 3 α αα.

31 Το ότι μπορεί για το ίδιο χρέος να ευθύνεται κάποιος τόσο ατομικά όσο και ως κληρονόμος άλλου δεν είναι ασυνήθιστο φαινόμενο. Βλ. Βάλληνδα σε ΕρμΑΚ, άρθρ. 486 αρ. 30, όπου επισημαίνεται ότι, αν ένας από τους εις ολόκληρον συνοφειλέτες κληρονομήσει τον άλλον, τότε ευθύνεται για το χρέος παράλληλα εκ δύο νομικών λόγων.

ματος της απογραφής δεν έχει νόημα και αυτοτελή λόγο ύπαρξης ούτε για τον κληρονόμο ούτε για τον εταιρικό δανειστή, διότι ο τελευταίος θα προτιμήσει να θεμελιώσει την αγωγή του στις διατάξεις του εταιρικού δικαίου, αφού σύμφωνα με αυτές ο κληρονόμος της εταιρικής συμμετοχής ομόρρυθμος εταίρος δεν απαλλάσσεται από την ευθύνη του με τη δική του περιουσία, ακόμη και αν έχει αποδεχθεί την κληρονομιά επ' ωφελεία απογραφής.

Εγγύτερη ωστόσο εξέταση του ζητήματος αποδεικνύει ότι η ανωτέρω εντύπωση είναι εσφαλμένη. Η αποδοχή της κληρονομιάς επ' ωφελεία απογραφής επιφέρει το χωρισμό της από την ατομική περιουσία του κληρονόμου (ΑΚ 1905), γεγονός το οποίο έχει ως συνέπεια αφενός μεν ότι οι δανειστές της κληρονομιάς μπορούν να ικανοποιηθούν μόνον από αυτήν και όχι από την ατομική περιουσία του κληρονόμου, αφετέρου δε ότι οι ατομικοί δανειστές του κληρονόμου μπορούν να ικανοποιηθούν μόνον από την ατομική του περιουσία και όχι από την κληρονομιά.³² Όμως οι εταιρικοί δανειστές, όταν μεν ενάγουν τον κληρονόμο της εταιρικής συμμετοχής ως κληρονόμο έχουν την ιδιότητα δανειστών της κληρονομιάς, ενώ όταν τον ενάγουν ως εταίρο έχουν την ιδιότητα ατομικών δανειστών του κληρονόμου. Επομένως, αν ο κληρονόμος της εταιρικής συμμετοχής έχει αποδεχθεί την κληρονομιά επ' ωφελεία απογραφής, ο εντεύθεν επερχόμενος χωρισμός της κληρονομιάς από την ατομική του περιουσία έχει τις εξής συνέπειες: αν μεν οι εταιρικοί δανειστές ενάγουν τον εν λόγω κληρονόμο ως κληρονόμο και η αγωγή τους γίνει δεκτή, τότε μπορούν να ικανοποιηθούν μόνον από την κληρονομιά και όχι από την ατομική του περιουσία. Όταν όμως τον ενάγουν ως εταίρο, τότε μπορούν σε περίπτωση ευδοκίμησης της αγωγής τους να ικανοποιηθούν μόνον από την ατομική του περιουσία και όχι από την κληρονομιά, διότι έχουν την ιδιότητα ατομικών δανειστών του κληρονόμου και οι ατομικοί δανειστές του εξ απογραφής κληρονόμου δεν μπορούν να ικανοποιηθούν από την κληρονομιά. Επομένως, αν ο κληρονόμος της εταιρικής συμμετοχής αποδεχθεί την κληρονομιά επ' ωφελεία απογραφής, τότε ως κληρονόμος ευθύνεται για τα εταιρικά χρέη μόνο με την κληρονομιά και όχι με την προσωπική του περιουσία, ενώ ως εταίρος ευθύνεται για τα ίδια χρέη μόνον με την ατομική του περιουσία και όχι με την κληρονομιά. Για το λόγο αυτό, υπάρχει εδώ συρροή αξιώσεων του εταιρικού δανειστή κατά του κληρονόμου της εταιρικής συμμετοχής, αφού τόσο οι διατάξεις για την ευθύνη του κληρονόμου κατά το εταιρικό δίκαιο όσο και

32 Απ. Γεωργιάδης, Κληρονομικό Δίκαιο², § 43 αρ. 30 σελ. 767· Παναγιωτόπουλος σε Γεωργιάδη ΣΕΑΚ, άρθρ. 1901 αρ. 13· Παντελίδου, Η ευθύνη του κληρονόμου για τις υποχρεώσεις της κληρονομιάς, σελ. 159· Σπυριδάκης, Κληρονομικό Δίκαιο⁴, 156.8 σελ. 382· Σταμπέλου, Η ευθύνη του κληρονόμου με απογραφή, σελ. 40 επ· Π. Φίλιος, Κληρονομικό Δίκαιο, § 83 Β Ι σελ. 160· Ψούνη, Κληρονομικό Δίκαιο⁵ Ι, σελ. 129· αλλιώς Βουζίκας, Κληρονομικόν Δίκαιον Γ', § 161 Δ Ι 2 γ σελ. 1084.

εκείνες για την ευθύνη του κατά το κληρονομικό δίκαιο αποβλέπουν στον ίδιο οικονομικό σκοπό, δηλ. στην εκπλήρωση του εταιρικού χρέους, νομικά όμως πρόκειται στην κάθε περίπτωση για διαφορετική παροχή,³³ διότι η ικανοποίηση του εταιρικού δανειστή γίνεται στη μεν πρώτη περίπτωση από την ατομική περιουσία του κληρονόμου ενώ στη δεύτερη περίπτωση από την κληρονομιά.

Δεν είναι λοιπόν αυτονόητο ότι οι εταιρικοί δανειστές θα προτιμήσουν να στηρίξουν την αγωγή τους στις διατάξεις του εταιρικού δικαίου, διότι αν π.χ. η κληρονομιά είναι μεγάλη και η ατομική περιουσία του κληρονόμου μικρή και επιπλέον δεν υπάρχουν πολλοί δανειστές της κληρονομιάς εκτός των εταιρικών δανειστών, ενώ υπάρχουν πολλοί ατομικοί δανειστές του κληρονόμου, τότε συμφέρει τους εταιρικούς δανειστές να στηρίξουν την αγωγή τους στις διατάξεις του κληρονομικού δικαίου για να ικανοποιηθούν από την κληρονομιά. Στην αντίστροφη περίπτωση, αν δηλ. η κληρονομιά είναι μικρή και η ατομική περιουσία του κληρονόμου μεγάλη και επιπλέον υπάρχουν πολλοί δανειστές της κληρονομιάς, λίγοι όμως ατομικοί δανειστές του κληρονόμου εκτός των εταιρικών δανειστών, τότε οι τελευταίοι έχουν συμφέρον να στηρίξουν την αγωγή τους στις διατάξεις του εταιρικού δικαίου για να ικανοποιηθούν από την ατομική περιουσία του κληρονόμου. Επειδή όμως οι εταιρικοί δανειστές κατά πάσα πιθανότητα δεν θα διαθέτουν τις ανωτέρω πληροφορίες, ασφαλέστερο είναι να ασκήσουν με την αγωγή τους τόσο την αξίωσή τους κατά του εναγομένου ως κληρονόμου όσο και την αξίωσή τους εναντίον του ως εταίρου. Στην περίπτωση αυτή, αν η αγωγή τους γίνει δεκτή και ως προς τις δύο νομικές βάσεις αυτής, θα μπορούν να ικανοποιηθούν και από την κληρονομιά αλλά και από την ατομική περιουσία του εναγομένου.

4. Μετατροπή του κληρονόμου σε ετερόρρυθμο εταίρο

α) Ευθύνη κατά το εταιρικό δίκαιο

Ο κληρονόμος, αν η πρότασή του να παραμείνει στην εταιρία ως ετερόρρυθμος εταίρος γίνει δεκτή και η αποδοχή της περιέλθει σ' αυτόν πριν παρέλθει η προθεσμία του άρθρ. 265 § 2, ευθύνεται για τα εταιρικά χρέη (και για εκείνα που είχαν γεννηθεί πριν λάβει τη θέση ετερόρρυθμου εταίρου) σαν ετερόρρυθμος εταίρος που εισέρχεται στην εταιρία, δηλ. δεν ευθύνεται ή ευθύνεται περιορισμένα, σύμφωνα με το άρθρ. 279 §§ 1 και 2.³⁴ Η περιορισμένη αυτή ευθύνη του δεν μπορεί να περιοριστεί περαιτέρω από το γεγονός ότι έχει αποδεχθεί την κληρονομιά με το ευεργέτημα της απογραφής, διότι πρόκειται για ευθύνη που τον βαρύνει ως εταίρο και όχι ως κληρονόμο. Για όσο χρόνο δεν έχει ακόμη λάβει τη θέση ετερόρρυθμου εταίρου δεν μπορεί να ασκηθεί ενα-

33 Βλ. σχετικά Απ. Γεωργιάδη σε Γεωργιάδη/Σταθόπουλου ΑΚ, άρθρ. 247 αρ. 106 επ.

34 Βλ. MūKoHGB⁴/Karsten Schmidt § 139 αρ. 112 επ.

ντίον του αξίωση στηριζόμενη στην ευθύνη του ως ετερόρρυθμου εταίρου, μπορεί όμως να ασκηθεί εναντίον του αξίωση στηριζόμενη στην ευθύνη του ως κληρονόμου (βλ. παραπάνω I 3 α).

Εφόσον ο κληρονόμος έλαβε τη θέση ετερόρρυθμου εταίρου κατ' εφαρμογή του άρθρ. 265, η ευθύνη του για τα χρέη της εταιρίας που είχαν δημιουργηθεί πριν από το χρονικό αυτό σημείο δεν εξομοιώνεται με την ευθύνη του ομόρρυθμου εταίρου που αποχωρεί από την εταιρία (βλ. άρθρ. 269 § 3), διότι αφότου έλαβε τη θέση ετερόρρυθμου εταίρου ο κληρονόμος αντιμετωπίζεται ως κληρονόμος που έχει αποποιηθεί την απεριόριστη ευθύνη που συνεπάγεται η ιδιότητα του ομόρρυθμου εταίρου (βλ. παραπάνω I 3 β) και συνεπώς θεωρείται (κατ' αναλογική εφαρμογή της ΑΚ 1856 εδ. 1) ότι ποτέ δεν είχε αναλάβει την ευθύνη αυτή.

Η μεταβολή της θέσης του κληρονόμου από ομόρρυθμο σε ετερόρρυθμο εταίρο πρέπει να καταχωριστεί στο ΓΕΜΗ κατ' εφαρμογή του άρθρ. 273. Για τα εταιρικά χρέη που δημιουργήθηκαν στο διάστημα από τη μετατροπή του κληρονόμου σε ετερόρρυθμο εταίρο μέχρι την καταχώρισή της στο ΓΕΜΗ, ευθύνεται αυτός ως ομόρρυθμος εταίρος, εκτός αν οι τρίτοι γνώριζαν το γεγονός της μετατροπής του σε ετερόρρυθμο εταίρο (βλ. άρθρ. 280), οπότε ευθύνεται ως ετερόρρυθμος εταίρος.³⁵ Για τα εταιρικά χρέη όμως που είχαν δημιουργηθεί πριν από τη μετατροπή του σε ετερόρρυθμο εταίρο ευθύνεται ως ετερόρρυθμος εταίρος, έστω και αν αυτή δεν έχει καταχωριστεί στο ΓΕΜΗ, διότι κατά το χρονικό αυτό διάστημα η μετατροπή του κληρονόμου σε ετερόρρυθμο εταίρο είναι ένα μελλοντικό και αβέβαιο γεγονός, μη δυνάμενο συνεπώς να καταχωριστεί στο ΓΕΜΗ.³⁶

β) Ευθύνη κατά το κληρονομικό δίκαιο

Σε κάθε περίπτωση διατηρείται η ευθύνη του ετερόρρυθμου εταίρου ως κληρονόμου, σύμφωνα με την ΑΚ 1710 σε συνδ. με άρθρ. 249 § 1, για τα εταιρικά χρέη που είχαν γεννηθεί μέχρι την επαγωγή της κληρονομιάς και για τα οποία ο κληρονομούμενος ευθυνόταν ως ομόρρυθμος εταίρος (βλ. παραπάνω I 3 α αα). Η ευθύνη του αυτή μπορεί να περιοριστεί σύμφωνα με την ΑΚ 1904, αν έχει αποδεχθεί την κληρονομιά με το ευεργέτημα της απογραφής.³⁷

Διατηρείται επίσης η ευθύνη του ετερόρρυθμου εταίρου ως κληρονόμου (άρα και η δυνατότητα περιορισμού της κατ' ΑΚ 1904) για τα εταιρικά χρέη που δημιουργήθηκαν στο χρονικό διάστημα από την επαγωγή της κληρονομιάς και μέχρι να λάβει αυτός τη θέση ετερόρρυθμου εταίρου κατ' εφαρμογή

35 Βλ. *Vervessos/Stavrakidis*, RHDI 2014, 590· *MüKoHGB⁴/Karsten Schmidt* § 139 αρ. 128.

36 Βλ. *Baumbach/Hopt/Roth HGB³⁸* § 139 αρ. 45· *MüKoHGB⁴/Karsten Schmidt* § 139 αρ. 105, 127.

37 Βλ. *MüKoHGB⁴/Karsten Schmidt* § 139 αρ. 111.

του άρθρ. 265 (βλ. παραπάνω Ι 3 α ββ).³⁸

5. Εξοδος του κληρονόμου από την εταιρία

α) Ευθύνη κατά το εταιρικό δίκαιο

Αν ο κληρονόμος εξέλθει από την εταιρία πριν παρέλθει η προθεσμία του άρθρ. 265 § 2 επειδή δεν έγινε δεκτή η πρότασή του να λάβει τη θέση ετερόρρυθμου εταίρου, δεν ευθύνεται ως εταίρος για τα χρέη της εταιρίας που γεννήθηκαν μέχρι την έξοδό του από αυτήν.³⁹ Συγκεκριμένα, δεν μπορεί να θεωρηθεί ότι ευθύνεται ως ομόρρυθμος εταίρος που αποχωρεί από την εταιρία (βλ. άρθρ. 269 § 3), διότι αφότου εξήλθε από την εταιρία αντιμετωπίζεται ως κληρονόμος που έχει αποποιηθεί την απεριόριστη ευθύνη που συνεπάγεται η ιδιότητα του ομόρρυθμου εταίρου και άρα θεωρείται ότι δεν είχε ποτέ αναλάβει την ευθύνη αυτή⁴⁰ (αναλογική εφαρμογή της ΑΚ 1856 εδ. 1).

Ο κληρονόμος ευθύνεται για τα εταιρικά χρέη ως ομόρρυθμος εταίρος μόνον όταν η προθεσμία του άρθρ. 265 § 2 λήξει χωρίς αυτός να έχει ασκήσει τα δικαιώματα του άρθρ. 265 § 1 (βλ. παραπάνω Ι 3 β). Τούτο προϋποθέτει ότι μέχρι τη λήξη της ανωτέρω προθεσμίας διατηρεί την εταιρική ιδιότητα. Κατά συνέπεια, αν πριν από τη λήξη της εν λόγω προθεσμίας απωλέσει την εταιρική ιδιότητα λόγω εξόδου του από την εταιρία για λόγο διαφορετικό από αυτόν που αναφέρεται στο άρθρ. 265 § 1 εδ. 2, δεν ευθύνεται ως εταίρος για τα χρέη της εταιρίας που είχαν γεννηθεί μέχρι την έξοδό του από αυτήν (δηλ. αντιμετωπίζεται ως εταίρος που εξέρχεται από την εταιρία για το λόγο που προβλέπεται στο άρθρ. 265 § 1 εδ. 2).⁴¹ Το ίδιο ισχύει και σε περίπτωση λύσης της εταιρίας πριν από τη λήξη της ανωτέρω προθεσμίας (βλ. παρακάτω Ι 6).

Η έξοδος του κληρονόμου από την εταιρία κατ' ενάσκηση του δικαιώματος που του παρέχει το άρθρ. 265 § 1 (ή για άλλο λόγο, αλλά εντός της προθεσμίας του άρθρ. 265 § 2)⁴² πρέπει να καταχωριστεί στο ΓΕΜΗ (άρθρ. 251 § 1 εδ. 3 και 273). Για τα εταιρικά χρέη που δημιουργήθηκαν στο διάστημα από την έξοδο του κληρονόμου μέχρι την καταχώρισή της στο ΓΕΜΗ, ευθύνεται αυτός ως ομόρρυθμος εταίρος, εκτός αν οι τρίτοι γνώριζαν το γεγονός της εξόδου του, οπότε ευθύνεται ως ετερόρρυθμος εταίρος.⁴³ Δεν ευθύνεται όμως ως ομόρρυθμος εταίρος για τα εταιρικά χρέη που είχαν δημιουργηθεί πριν από την έξοδό του, έστω και αν αυτή δεν έχει καταχωριστεί στο ΓΕΜΗ, διότι κατά

38 Βλ. *MüKoHGB⁴/Karsten Schmidt* § 139 αρ. 113.

39 Βλ. *Baumbach/Hopt/Roth HGB*³⁸ § 139 αρ. 48· *MüKoHGB⁴/Karsten Schmidt* § 139 αρ. 116.

40 Βλ. *Vervessos/Stavrakidis*, RHDI 2014, 589.

41 Βλ. *MüKoHGB⁴/Karsten Schmidt* § 139 αρ. 117.

42 Βλ. παραπάνω Ι 5 α.

43 Βλ. *Vervessos/Stavrakidis*, RHDI 2014, 589· *MüKoHGB⁴/Karsten Schmidt* § 139 αρ. 129.

το χρονικό αυτό διάστημα η έξοδος του από την εταιρία είναι ένα μελλοντικό και αβέβαιο γεγονός, μη δυνάμενο συνεπώς να καταχωριστεί στο ΓΕΜΗ.⁴⁴

β) Ευθύνη κατά το κληρονομικό δίκαιο

Ο κληρονόμος που εξέρχεται από την εταιρία εντός της προθεσμίας του άρθρ. 265 § 2 κατ' ενάσκηση του δικαιώματος του άρθρ. 265 § 1 ή για άλλο λόγο (βλ. παραπάνω I 5 α) εξακολουθεί σε κάθε περίπτωση να ευθύνεται ως κληρονόμος, σύμφωνα με την ΑΚ 1710, για τα εταιρικά χρέη που είχαν γεννηθεί μέχρι την επαγωγή της κληρονομιάς και για τα οποία ο κληρονομούμενος ευθυνόταν ως ομόρρυθμος εταίρος κατ' άρθρ. 249 § 1.⁴⁵ Η ευθύνη του αυτή μπορεί να περιοριστεί σύμφωνα με την ΑΚ 1904, αν έχει αποδεχθεί την κληρονομιά με το ευεργέτημα της απογραφής.⁴⁶

Εξακολουθεί επίσης να ευθύνεται ως κληρονόμος (δυνάμενος να περιορίσει την ευθύνη του κατ' ΑΚ 1904) για τα εταιρικά χρέη που δημιουργήθηκαν στο χρονικό διάστημα από την επαγωγή της κληρονομιάς και μέχρι την έξοδό του από την εταιρία (βλ. παραπάνω I 3 β).⁴⁷

6. Λύση της εταιρίας μετά το θάνατο του κληρονομούμενου

Για τους λόγους που αναφέρθηκαν παραπάνω (βλ. I 5 α), αν πριν από τη συμπλήρωση της προθεσμίας του άρθρ. 265 § 2 η εταιρία λυθεί χωρίς ο κληρονόμος να έχει υποβάλει την πρόταση παραμονής του σ' αυτήν ως ετερόρρυθμος εταίρος ή να έχει ασκήσει το δικαίωμα εξόδου κατ' άρθρ. 265 § 1 εδ. 2, δεν ευθύνεται ως εταίρος για τα χρέη της εταιρίας που έχουν γεννηθεί μέχρι τη λύση της.⁴⁸ Σε κάθε περίπτωση διατηρείται η ευθύνη του ως κληρονόμου (την οποία μπορεί να περιορίσει κατ' ΑΚ 1904, αν αποδεχθεί την κληρονομιά με το ευεργέτημα της απογραφής) για τα εταιρικά χρέη που γεννήθηκαν πριν από το θάνατο του κληρονομούμενου καθώς επίσης και για εκείνα που γεννήθηκαν μετά το θάνατο του κληρονομούμενου και μέχρι τη λύση της εταιρίας (βλ. παραπάνω I 3 α ββ).⁴⁹

44 Βλ. Baumbach/Hopt/Roth HGB³⁸ § 139 αρ. 45· MüKoHGB⁴/Karsten Schmidt § 139 αρ. 105.

45 Παναγιώτου, Το νέο δίκαιο της ομόρρυθμης & ετερόρρυθμης εταιρίας, σελ. 212.

46 Βλ. Baumbach/Hopt/Roth HGB³⁸ § 139 αρ. 48· MüKoHGB⁴/Karsten Schmidt § 139 αρ. 115.

47 Baumbach/Hopt/Roth HGB³⁸ § 139 αρ. 48.

48 Η λύση αυτή προβλέπεται ρητά στην § 139 IV γερμΕμπΚ.

49 Βλ. Baumbach/Hopt/Roth HGB³⁸ § 139 αρ. 49· MüKoHGB⁴/Karsten Schmidt § 139 αρ. 118.

II. Ο κληρονόμος της εταιρικής συμμετοχής ετερόρρυθμου εταίρου

1. Ευθύνη κατά το κληρονομικό δίκαιο

Τα χρέη της εταιρίας που είχαν γεννηθεί μέχρι την επαγωγή της κληρονομιάς αποτελούν χρέη της κληρονομιάς, στην έκταση που ο κληρονομούμενος ετερόρρυθμος εταίρος ευθυνόταν προσωπικά γι' αυτά (βλ. άρθρ. 279 § 1 εδ. 2, 280, 278 § 2 εδ. 2). Συνεπώς ο κληρονόμος του ευθύνεται στην ίδια έκταση για τα εν λόγω χρέη ως κληρονόμος (ΑΚ 1710), δηλ. και με τη δική του περιουσία, εκτός αν έχει αποδεχθεί την κληρονομιά με το ευεργέτημα της απογραφής, οπότε ευθύνεται μόνο με το ενεργητικό της περιουσίας που κληρονομεί (ΑΚ 1904).⁵⁰ Η ευθύνη αυτή βαρύνει όχι μόνον τους κληρονόμους που απέκτησαν την εταιρική συμμετοχή του αποβιώσαντος, αλλά κάθε κληρονόμο του.

2. Ευθύνη κατά το εταιρικό δίκαιο

Ο κληρονόμος της εταιρικής συμμετοχής του ετερόρρυθμου εταίρου εισέρχεται στην εταιρία ως ετερόρρυθμος εταίρος κατά το χρόνο θανάτου του κληρονομούμενου⁵¹ και συνεπώς ευθύνεται για τα εταιρικά χρέη (και τα υπάρχοντα πριν από την είσοδό του στην εταιρία) ως ετερόρρυθμος εταίρος κατ' άρθρ. 279 §§ 1 και 2 (ή ως ομόρρυθμος εταίρος υπό τους όρους του άρθρ. 278 § 2 εδ. 2 για εταιρικά χρέη μεταγενέστερα της εισόδου του στην εταιρία), δηλ. και με τη δική του περιουσία,⁵² ανεξάρτητα από το αν έχει καταχωριστεί στο ΓΕΜΗ η είσοδος του στην εταιρία.⁵³ Η αποδοχή της κληρονομιάς με το ευεργέτημα της απογραφής δεν μπορεί να περιορίσει την ευθύνη αυτή του κληρονόμου, αφού πρόκειται για ευθύνη που τον βαρύνει ως εταίρο και όχι ως κληρονόμο. Την ευθύνη αυτή υπέχει μόνον ο κληρονόμος της εταιρικής συμμετοχής και όχι οι λοιποί κληρονόμοι του θανόντος. Αν υπάρχουν περισσότεροι κληρονόμοι της εταιρικής συμμετοχής ετερόρρυθμου εταίρου, αυτή διαιρείται σε περισσότερες (βλ. παραπάνω I 2) και επομένως, εφόσον ο κληρονομούμενος δεν είχε καταβάλει την εισφορά του στην εταιρία, ο κάθε κληρονόμος υποχρεούται πλέον ο ίδιος ως εταίρος σε καταβολή μέρους της οφειλόμενης από τον κληρονο-

50 Baumbach/Hopt/Roth HGB³⁸ § 173 αρ. 15· MükHG⁴/Karsten Schmidt § 173 αρ. 8, 40· Strohn in Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB³ § 173 αρ. 25· Klein/Lindemeier in: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts⁵ II, § 40 αρ. 62 επ.

51 Βλ. Καστήσιο, Κληρονομικό δίκαιο των εταιριών, αρ. 132.

52 Baumbach/Hopt/Roth HGB³⁸ § 173 αρ. 15· MükHG⁴/Karsten Schmidt § 173 αρ. 8, 40· Strohn in Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB³ § 173 αρ. 25· Klein/Lindemeier in: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts⁵ II, § 40 αρ. 62 επ. Βλ. και Παναγιώτου, Το νέο δίκαιο της ομόρρυθμης & ετερόρρυθμης εταιρίας, σελ. 244· τον ίδιο, Η μεταβίβαση της επιχείρησης και η ευθύνη για τα χρέη της, σελ. 209 επ.· τον ίδιο, ΔΕΕ 2011, 290· Παπαδημόπουλο σε Μαρίνο/Τριανταφυλλάκη, ΔικΠΕ, άρθρ. 279 αρ. 40.

53 Σχετικά με την ευθύνη του με βάση το άρθρ. 280 βλ. παρακάτω II 3.

μούμενο εισφοράς αντιστοιχούντος στο λόγο της αξίας της εταιρικής συμμετοχής που απέκτησε ο κληρονόμος προς την αξία της εταιρικής συμμετοχής του θανόντος εταίρου.⁵⁴ Άρα μόνον μέχρι του ποσού αυτού ευθύνεται ο κάθε κληρονόμος ως ετερόρρυθμος εταίρος και έναντι των εταιρικών δανειστών κατ' άρθρ. 279 § 1 εδ. 2.

3. Ευθύνη του κληρονόμου σε περίπτωση μη καταχώρισης στο ΓΕΜΗ

Αν ο ετερόρρυθμος εταίρος (ή η ετερόρρυθμη εταιρία) δεν έχει καταχωριστεί στο ΓΕΜΗ, ευθύνεται ως ομόρρυθμος εταίρος για τα εταιρικά χρέη που έχουν δημιουργηθεί μέχρι την καταχώριση, εκτός αν οι τρίτοι γνώριζαν ότι συμμετείχε στην εταιρία ως ετερόρρυθμος εταίρος (βλ. άρθρ. 280). Ερωτάται αν η ευθύνη αυτή βαρύνει τον κληρονόμο του ετερόρρυθμου εταίρου. Καταρχάς πρέπει να σημειωθεί ότι η καταχώριση στο ΓΕΜΗ δεν αίρει αναδρομικά την κατά το άρθρ. 280 αυξημένη ευθύνη του ετερόρρυθμου εταίρου.⁵⁵ Ωστόσο, ο προστατευτικός σκοπός του άρθρ. 265, με το οποίο επιδιώκεται να παρασχεθεί στον κληρονόμο του αποθανόντος η δυνατότητα απαλλαγής του από την αυξημένη ευθύνη του ομόρρυθμου εταίρου, επιβάλλει να δεχθούμε ότι ο κληρονόμος μπορεί κατ' αναλογική εφαρμογή του άρθρ. 265 § 1 (επομένως εντός της προθεσμίας του άρθρ. 265 § 2 εδ. 1) να εξαρτήσει την παραμονή του στην εταιρία από το αν οι λοιποί εταίροι συμπράξουν για την καταχώριση στο ΓΕΜΗ (βλ. άρθρ. 251 § 1 εδ. 1, 271 § 2, 273 εδ. 1) και ότι, εφόσον η καταχώριση πραγματοποιηθεί εντός της ανωτέρω προθεσμίας, ο κληρονόμος ευθύνεται ως ετερόρρυθμος εταίρος και για τα εταιρικά χρέη που είχαν δημιουργηθεί πριν από την καταχώριση. Διαφορετικά, δικαιούται να εξέλθει από την εταιρία εντός της ίδιας ως άνω προθεσμίας. Αν δεν ζητήσει τη σύμπραξη των λοιπών εταίρων για την καταχώριση ή αν αυτή δεν πραγματοποιηθεί εντός της ανωτέρω προθεσμίας και ο κληρονόμος δεν εξέλθει από την εταιρία εντός της ίδιας προθεσμίας, ευθύνεται για τα πριν από την καταχώριση γεννηθέντα εταιρικά χρέη ως ομόρρυθμος εταίρος κατ' άρθρ. 280. Σε κάθε περίπτωση διατηρείται η ευθύνη του ως κληρονόμου (δυνάμενη να περιοριστεί κατ' ΑΚ 1904) για τα εταιρικά χρέη που είχαν δημιουργηθεί μέχρι το θάνατο του κληρονομούμενου και για τα οποία ο τελευταίος ευθυνόταν ως ομόρρυθμος εταίρος κατ' άρθρ. 280.⁵⁶

54 Klein/Lindemeier in: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts⁵ II, § 40 αρ. 62 επ.

55 Βλ. Παπαδημόπουλο σε Μαρίνο/Τριανταφυλλάκη, ΔικΠΕ, άρθρ. 280 αρ. 22.

56 Βλ. MūKoHGB⁴/Karsten Schmidt § 139 αρ. 64.

III. Ευθύνη του εταίρου που κληρονόμησε την εταιρική συμμετοχή συνεταίρου του

Το ίδιο πρόσωπο δεν μπορεί να είναι συγχρόνως ομόρρυθμος και ετερόρρυθμος εταίρος σε μια εταιρία. Αν ο κληρονόμος της εταιρικής συμμετοχής του ετερόρρυθμου εταίρου είναι ομόρρυθμος εταίρος στην ίδια εταιρία, παραμένει και μετά το θάνατο του κληρονομούμενου ομόρρυθμος εταίρος (η συμμετοχή του στην εταιρία είναι στο σύνολό της εταιρική συμμετοχή ομόρρυθμου εταίρου) και ευθύνεται για τα εταιρικά χρέη υπό την ιδιότητά του αυτή. Το άρθρ. 265 δεν εφαρμόζεται εδώ,⁵⁷ δηλ. ο κληρονόμος δεν μπορεί να εξαρτήσει την παραμονή του στην εταιρία από το αν η συμμετοχή του σ' αυτήν (που είναι στο σύνολό της εταιρική συμμετοχή ομόρρυθμου εταίρου) μετατραπεί σε εταιρική συμμετοχή ετερόρρυθμου εταίρου, διότι η ευθύνη του ως ομόρρυθμου εταίρου προϋπήρχε του θανάτου του κληρονομούμενου και συνεπώς δεν είναι συνέπεια της επαγωγής της κληρονομιάς. Αν αντιστρόφως ο ετερόρρυθμος εταίρος κληρονομήσει την εταιρική συμμετοχή του ομόρρυθμου συνεταίρου του, καθίσταται και πάλι ομόρρυθμος εταίρος ως προς το σύνολο της εταιρικής του συμμετοχής,⁵⁸ μπορεί όμως, σύμφωνα με το άρθρ. 265, να εξαρτήσει την παραμονή του στην εταιρία από το αν η συμμετοχή του σ' αυτήν (που είναι στο σύνολό της εταιρική συμμετοχή ομόρρυθμου εταίρου) μετατραπεί σε εταιρική συμμετοχή ετερόρρυθμου εταίρου, διότι η ευθύνη του ως ομόρρυθμου εταίρου αποτελεί συνέπεια της επαγωγής της κληρονομιάς.⁵⁹ Αν η πρότασή του να παραμείνει ως ετερόρρυθμος δεν γίνει δεκτή, τότε μπορεί να εξέλθει από την εταιρία μόνο με τη συμμετοχή ομόρρυθμου εταίρου που κληρονόμησε,⁶⁰ δηλ. αν ασκήσει το δικαίωμα εξόδου θα παραμείνει στην εταιρία ως ετερόρρυθμος εταίρος με τη συμμετοχή που είχε και πριν από το θάνατο του κληρονομούμενου.

IV. Εταιρίες χωρίς νομική προσωπικότητα

Στις εταιρίες με νομική προσωπικότητα τα εταιρικά χρέη είναι χρέη της εταιρίας ως νομικού προσώπου, για τα οποία όμως ευθύνονται εκ του νόμου και οι εταίροι (βλ. άρθρ. 249 § 1, 258 § 3, 271 § 1). Επομένως, το γεγονός ότι ο κληρονόμος της εταιρικής συμμετοχής ευθύνεται για τα εταιρικά χρέη ως εταίρος εξηγείται από το ότι με το θάνατο του κληρονομούμενου καθίστα-

57 Baumbach/Hopt/Roth HGB³⁸ § 139 αρ. 8.

58 Vervessos/Stavrakidis, RHDI 2014, 594.

59 Βλ. Παπαδημόπουλο σε Μαρίνο/Τριανταφυλλάκη, ΔικΠΕ, άρθρ. 280 αρ. 34· Baumbach/Hopt/Roth HGB³⁸ § 139 αρ. 37· MüKoHGB⁴/Karsten Schmidt § 139 αρ. 65.

60 Kindler in Koller/Kindler/Roth/Drüen, HGB⁹, § 139 αρ. 4.

ται εταίρος και άρα ευθύνεται εκ του νόμου ως εταίρος για τα χρέη αυτά. Στην περίπτωση όμως της εταιρίας χωρίς νομική προσωπικότητα τα εταιρικά χρέη, δηλ. εκείνα που γεννιούνται από τη διαχείριση ή την εκπροσώπηση της εταιρίας, δεν αποτελούν χρέη της εταιρίας, διότι θεωρείται ότι αφού αυτή δεν έχει νομική προσωπικότητα δεν μπορεί να αποτελέσει αυτοτελές υποκείμενο ευθύνης, αλλά για τα χρέη αυτά ευθύνονται οι εταίροι (βλ. ΑΚ 759). Η ευθύνη των εταίρων για τα εταιρικά χρέη δεν θεωρείται επομένως ότι είναι ευθύνη εκ του νόμου για ξένα χρέη, δηλ. χρέη της εταιρίας (όπως στην περίπτωση της εταιρίας με νομική προσωπικότητα), αφού τέτοια χρέη δεν μπορεί να έχει η στερούμενη νομικής προσωπικότητας εταιρία, αλλά αντιθέτως θεωρείται ότι τα χρέη αυτά γεννιούνται απ' ευθείας στο πρόσωπο των εταίρων από τις συμβάσεις που συνάπτει ο διαχειριστής της εταιρίας με τρίτους ως αντιπρόσωπος των εταίρων ή από τις αδικοπραξίες που τελεί σε βάρος τρίτων ως προστηθείς των εταίρων.⁶¹ Υπό την εκδοχή αυτή, εκείνος που αποκτά την εταιρική συμμετοχή ως κληρονόμος του εταίρου ευθύνεται για τα μεταγενέστερα του θανάτου του κληρονομούμενου εταιρικά χρέη επειδή αυτά γεννιούνται απ' ευθείας στο πρόσωπο του κληρονόμου που κατέστη εταίρος, δηλ. γεννιούνται από τις συμβάσεις που συνάπτει ο διαχειριστής ως αντιπρόσωπος του κληρονόμου ή από τις αδικοπραξίες που τελεί ως προστηθείς αυτού. Για τα υπάρχοντα όμως κατά το χρόνο θανάτου του κληρονομούμενου εταιρικά χρέη ο κληρονόμος της εταιρικής συμμετοχής δεν μπορεί να ευθύνεται ως εταίρος, διότι όταν ο διαχειριστής ανέλαβε με σύμβαση τα χρέη αυτά ή τέλεσε τις αδικοπραξίες από τις οποίες αυτά γεννήθηκαν, ο κληρονόμος δεν είχε την ιδιότητα του εταίρου και συνεπώς δεν μπορεί να θεωρηθεί ότι ο διαχειριστής ενεργούσε ως αντιπρόσωπος ή ως προστηθείς του κληρονόμου. Για τα εν λόγω χρέη ο κληρονόμος της εταιρικής συμμετοχής μπορεί να ευθύνεται μόνον ως κληρονόμος, δηλ. μόνον κατά την αναλογία της κληρονομικής του μερίδας και με τη δυνατότητα να περιορίσει την ευθύνη του, αποδεχόμενος την κληρονομιά επ' ωφελεία απογραφής.

Κατά την ορθότερη άποψη, για τις υποχρεώσεις που γεννιούνται από τη διαχείριση ή την εκπροσώπηση της εταιρίας χωρίς νομική προσωπικότητα ευθύνεται αφενός μεν η εταιρία με την εταιρική περιουσία, δηλ. όλοι οι εταίροι ως ένωση προσώπων με την κοινή τους περιουσία, αφετέρου δε ο κάθε εταίρος με την ατομική του περιουσία κατά το λόγο της εταιρικής του μερίδας (ΑΚ 759).⁶² Η ευθύνη αυτή του κάθε εταίρου με την ατομική του περιουσία, η οποία προβλέπεται στην ΑΚ 759, είναι ευθύνη εκ του νόμου που τον βαρύνει εκ του λόγου και μόνον ότι έχει την ιδιότητα του εταίρου και όχι επειδή η

61 Βλ. *Καστρήσιο* σε Ρούσσο, Δίκαιο νομικών προσώπων, § 32 σ. 611 επ. = *Digesta* 2009, 36.

62 *Καστρήσιος*, ΧρΙΔ 2018, 145.

υποχρέωση γεννήθηκε από διαχειριστικές πράξεις που επιχείρησε ο διαχειριστής της εταιρίας στο όνομα και για λογαριασμό του εταίρου. Υπό την εκδοχή αυτή, όταν η ΑΚ 759 ορίζει ότι οι υποχρεώσεις που γεννήθηκαν από τη διαχείριση ή την αντιπροσώπευση της εταιρίας βαρύνουν όλους τους εταίρους, εννοεί ότι οι υποχρεώσεις αυτές βαρύνουν και εκείνους τους εταίρους που δεν είχαν την εταιρική ιδιότητα όταν επιχειρήθηκαν οι πράξεις του διαχειριστή από τις οποίες γεννήθηκαν οι υπόψη υποχρεώσεις, αλλά την απέκτησαν μετά την επιχείρηση των ανωτέρω πράξεων, π.χ. λόγω μεταβίβασης της εταιρικής συμμετοχής. Επομένως, ο κληρονόμος της εταιρικής συμμετοχής ευθύνεται ως εταίρος και για τα εταιρικά χρέη που γεννήθηκαν πριν από την επαγωγή της κληρονομιάς, δηλ. ευθύνεται για τα χρέη αυτά κατά την αναλογία της εταιρικής μερίδας που απέκτησε και με την ατομική του περιουσία, ακόμη και αν έχει αποδεχθεί την κληρονομιά με το ευεργέτημα της απογραφής. Εννοείται βέβαια ότι ευθύνεται για τα χρέη αυτά και ως κληρονόμος, οπότε αν αποδεχθεί την κληρονομιά επ' ωφελεία απογραφής θα ευθύνεται μόνο με την κληρονομιά και όχι με την ατομική του περιουσία.

Β. Ευθύνη του κληρονόμου έναντι της εταιρίας

Ι. Ευθύνη κατά το εταιρικό δίκαιο

Ο κληρονόμος της εταιρικής συμμετοχής υπεισέρχεται στη θέση του κληρονομούμενου και αποκτά έτσι ως εταίρος τις από την εταιρική αυτή συμμετοχή απορρέουσες υποχρεώσεις που είχε ο κληρονομούμενος έναντι της εταιρίας, π.χ. την υποχρέωση για καταβολή εισφοράς. Η ευθύνη αυτή έναντι της εταιρίας βαρύνει τον κληρονόμο ως εταίρο και άρα δεν μπορεί να περιοριστεί λόγω αποδοχής της κληρονομιάς με το ευεργέτημα της απογραφής.⁶³ Αν εκτός από τον κληρονόμο που κληρονομεί την εταιρική συμμετοχή του θανόντος υπάρχουν και άλλοι κληρονόμοι του, τότε ο κληρονόμος της εταιρικής συμμετοχής και μόνον αυτός ευθύνεται ως εταίρος για ολόκληρο το χρέος που είχε ο θανών έναντι της εταιρίας. Αν υπάρχουν περισσότεροι κληρονόμοι της εταιρικής συμμετοχής, αυτή δεν γίνεται κοινή μεταξύ τους αλλά διαιρείται σε περισσότερες εταιρικές συμμετοχές κατ' αναλογία των κληρονομικών μερίδων τους (βλ. παραπάνω Α Ι 2) και συνεπώς ο καθένας τους ευθύνεται ως εταίρος όχι για ολόκληρο το χρέος του θανόντος έναντι της εταιρίας (π.χ. για καταβολή της εισφοράς που όφειλε ο θανών) αλλά κατά την αναλογία της εταιρικής του συμμετοχής, δηλ. κατά κανόνα κατά την αναλογία της κληρονομικής του μερίδας.

⁶³ MüKoHGB⁴/Karsten Schmidt § 139 αρ. 72.

II. Ευθύνη κατά το κληρονομικό δίκαιο

Τα έναντι της εταιρίας χρέη του κληρονομούμενου εταίρου που είχαν γεννηθεί μέχρι το θάνατό του αποτελούν χρέη της κληρονομιάς και συνεπώς οι κληρονόμοι της εταιρικής συμμετοχής ευθύνονται γι' αυτά και ως κληρονόμοι, δηλ. διαιρετά κατ' αναλογία της κληρονομικής τους μερίδας (ΑΚ 1885). Η ευθύνη τους αυτή μπορεί να περιοριστεί σε περίπτωση αποδοχής της κληρονομιάς με το ευεργέτημα της απογραφής.⁶⁴ Σημειωτέον ότι, αν εκτός από τους κληρονόμους που απέκτησαν την εταιρική συμμετοχή του αποβιώσαντος υπάρχουν και άλλοι κληρονόμοι του, η ευθύνη αυτή βαρύνει και τούτους.

64 MüKoHGB⁴/Karsten Schmidt § 139 αρ. 72 και § 177 αρ. 23· BeckOK HGB²⁵/Häublein § 177 αρ. 11.

Άρθρο 43 εδ. α' και β' του ν. 4715/2020: Ένας (ακόμη) ψευδοερμηνευτικός κανόνας δικαίου;

Νικόλαος Μ. Κατηφόρης

Αν. Καθηγητής Νομικής Σχολής Ε.Κ.Π.Α

1. Εισαγωγικές παρατηρήσεις

Σύμφωνα με τη διάταξη του άρθρου 43 εδ. α' και β' του ν. 4715/2020 «Κατά την αληθή τους έννοια, οι διατάξεις: α) της περ. 19 της υποπαρ. Γ3 της παρ. Γ του άρθρου 2 του ν. 4336/2015 (Α' 94), όπως τροποποιήθηκε με το άρθρο 13 της παρ. 2 του ν. 4446/2016 και β) του άρθρου όγδοου του άρθρου 1 του ν. 4335/2015 (Α' 87) δεν έχουν εφαρμογή σε διαδικασίες αναγκαστικής εκτέλεσης που βρίσκονται ήδη σε εξέλιξη και σε πτωχεύσεις που είχαν ήδη κηρυχθεί μέχρι την έναρξη ισχύος των παραπάνω νόμων. Για την κατάταξη των πιστωτών στις περιπτώσεις του προηγούμενου εδαφίου λαμβάνεται υπόψιν το δικαίο που ίσχυε κατά τον χρόνο επίδοσης της επιταγής προς εκτέλεση και της υποβολής της αίτησης για την κήρυξη της πτώχευσης». Το ζήτημα που τίθεται εν προκειμένω είναι ο χαρακτήρας της διατάξεως του άρθρου 43 εδ. α' και β' του ν. 4715/2020 ως «ερμηνευτικής», όπως ήδη αξιολογήθηκε από τα δικαστήρια της ουσίας¹, με αυτόθροη συνέπεια την αναδρομή της ισχύος της στο χρόνο ενάρξεως της ισχύος των προαναφερθέντων (ερμηνευόμενων) κανόνων δικαίου ή «ψευδοερμηνευτικής», στο πλαίσιο της υποχρέωσης του δικαστή να εξετάζει αν η ερμηνευόμενη διάταξη είναι πράγματι ασαφής και χρειάζεται ερμηνεία².

2. Έννοια της «αυθεντικής» ερμηνείας του νόμου

Από τους περισσότερους νομικούς η ερμηνεία του δικαίου γίνεται αντιληπτή ως η σύλληψη του νοήματος του κανόνα δικαίου που συνάγεται πρωτίστως από το κείμενο των τεθειμένων διατάξεων, οι οποίες συγκροτούν τη μείζο-

1 ΜΠρΚορ 142/2020 Αρμ 2020, 1516 επ. (σχ. Ι. Ρεβολίδη), ΜΠρΘεσ 9969/2020 ΝΟΜΟΣ· βλ. και Κεραμέα/Κονδύλη/Νίκα (-Ε. Κιοντισίδου – Στρατουδάκη), ΚΠολΔ², 2021, άρθρο 975, αρ. 12.

2 Έτσι, Γ. Διαμαντόπουλος, Διαχρονικό δίκαιο των προνομίων σε πίνακα κατάταξης, ο οποίος συνετάγη μετά την έναρξη ισχύος των ν. 4335/2025, 4336/2015 και 4446/2016, κατόπιν περάτωσης της πτωχευτικής διαδικασίας (γνμδ.), ΕπΑκ 2020, σελ. 689 επ. (701 επ.), Ι. Ρεβολίδη, Σχόλιο υπό την ΜΠρΚορ 142/2020 Αρμ 2020, 1516 επ.

να πρόταση του δικανικού συλλογισμού, ως άξονα της αιτιολογήσεως της εφαρμογής τους³. Πρόκειται για χρήση του όρου «ερμηνεία» σαφώς αντιδιατελλόμενη από την προσέγγιση του δικαίου με φιλοσοφική αφετηρία, είτε τη θεσμική του διάσταση και την ηθικοπολιτική αξία και σημασία του για τη ρύθμιση της συμβιώσεώς μας⁴, είτε την ιστορικότητά του ως ανθρώπινου δημιουργήματος⁵. Υπό την έννοια αυτή, έργο της ερμηνείας είναι η θεραπεία των εγγενών, λόγω του ατελούς χαρακτήρα των κανόνων δικαίου ως ανθρώπινων δημιουργημάτων, ασαφειών, κενών και αντινομιών του δικαίου⁶.

Η λεγόμενη «αυθεντική ερμηνεία» αποτελεί έργο του νομοθέτη, ο οποίος καθορίζει την έννοια ενός κανόνα δικαίου με νεότερο κανόνα, και μάλιστα με αναδρομική ισχύ, επιλέγοντας και καθιστώντας υποχρεωτική για τις άλλες κρατικές εξουσίες μια από τις σχετικές περισσότερες υποστηρίξιμες εκδοχές⁷. Ο επιθετικός προσδιορισμός «αυθεντική» φαίνεται να οδηγεί στο συμπέρασμα ότι η δικαστική ερμηνεία, η οποία (πρέπει να) καθοδηγείται από τη βαρύνοια, ανάλογα με την ορθότητα και το ουσιαστικό κύρος της, επιστημονική ερμηνεία⁸, δεν είναι (εξίσου) ορθή, εκ μόνου του γεγονότος ότι δεν απορρέει από το νομοθέτη, αδιαφόρως αν ανταποκρίνεται στην αλήθεια, αδιαφόρως της ορθότητάς της. Ωστόσο, μια προσεκτικότερη παρατήρηση αποδεικνύει ότι η διαπίστωση αυτή δεν ευσταθεί: Με τον συγκεκριμένο όρο απλώς διακρίνεται η κυριολεκτική ερμηνεία του νόμου, που, λόγω της απαγορεύσεως της αρνησιδικίας συνιστά θεμελιώδες καθήκον του δικαστή⁹, από τη θέση κανόνων δικαίου ως λειτουργία (και) του ερμηνευτικού νόμου, «υπό τον φραστικόν τύπον της «διαπιστώσεως» ή «αποκαλύψεως» προϋφισταμένων»¹⁰.

Τα ανωτέρω απαντούν και στο ερώτημα της σχέσεως του ερμηνευτικού νόμου προς τον αναδρομικό κανόνα δικαίου. Έτσι, ο εξ ορισμού αναδρομικός

3 Π. Σούρλας, Δίκαιο και δικανική κρίση, 2017, σελ. 498-499.

4 Π. Σούρλας, ό.π., σελ. 500 επ.

5 Π. Σούρλας, ό.π., σελ. 502 επ.

6 Φ. Σπυρόπουλος, Η Ερμηνεία του Συντάγματος – Εφαρμογή ή υπέρβαση της παραδοσιακής μεθοδολογίας του δικαίου;, 1999, σελ. 1-2.

7 Σ. Βλαχόπουλος, Η αυθεντική ερμηνεία των νόμων: Ένας αναγκαίος θεσμός σεβασμού της νομοθετικής βούλησης ή ένας ακόμη δίαυλος επέμβασης της νομοθετικής στη δικαστική εξουσία; Από τη θεωρητική συμβολή του Απόστολου Παπαλάμπρου στην ισχύουσα συνταγματική ρύθμιση και την εφαρμογή της στην πράξη, ΤοΣ 2008, σελ. 39 επ. (40), Φ. Σπυρόπουλος, ό.π., σελ. 4.

8 Φ. Σπυρόπουλος, ό.π., σελ. 3.

9 Φ. Σπυρόπουλος, ό.π., σελ. 4-5.

10 Α. Παπαλάμπρου, Οι ερμηνευτικοί νόμοι, ΕΕΑΝ 1959, σελ. 161 επ. (165), ο ίδιος, Το ζήτημα των «επεμβάσεων» της νομοθετικής εξουσίας εις τα «έργα» της δικαστικής, σε: Τιμητικός Τόμος επί τη 15ετηρίδι του Αρείου Πάγου, 1963, σελ. 123 επ. (129, υποσημ. 5).

χαρακτήρας του ερμηνευτικού νόμου, που προβλέπεται ρητά στη διάταξη του άρθρου 77 παρ. 2 Συντ. («Νόμος που δεν είναι πράγματι ερμηνευτικός ισχύει μόνο από τη δημοσίευσή του») συνεπάγεται την υπόταξη της αντίστοιχης έννοιας είδους στην έννοια γένους των αναδρομικών νόμων, στο μέτρο που είναι κατ' αρχήν συνταγματικά επιτρεπτή η θέσπιση αναδρομικών νόμων – αρκεί να μη συντρέχουν οι εξαιρετικές περιπτώσεις απαγορευόμενης κατά το Σύνταγμα αναδρομικότητας (άρθρα 7 παρ. 1, 77 παρ. 2 και 78 παρ. 2 Συντ.)¹¹ ή να μη προσβάλλονται συνταγματικώς προστατευόμενα δικαιώματα και ιδίως καθ' υπέρβαση των ορίων που θέτουν τα άρθρα 4 και 17 Συντ., καθώς και οι υπερνομοθετικής ισχύος (άρθρο 28 παρ. 1 Συντ. διατάξεις των άρθρων 6 παρ. 1 της ΕΣΔΑ και 1 του Πρώτου Πρόσθετου Πρωτοκόλλου της ΕΣΔΑ)¹² - χωρίς να είναι απαραίτητη η συσχέτιση της αναδρομικότητας με το περιεχόμενο προηγούμενης διατάξεως¹³.

3. Οι ιστορικές και θεωρητικές καταβολές της αυθεντικής ερμηνείας του νόμου

Πρόδρομος της αυθεντικής ερμηνείας των νόμων ήταν η αρχή του ρωμαϊκού δικαίου «*eius est legem interpretari, cuius est condere*», σύμφωνα με την οποία, εκείνος που θεσπίζει τον κανόνα, εκείνος και το ερμηνεύει¹⁴, δεσμεύοντας με τον τρόπο αυτό τα δικαστήρια και τη διοίκηση¹⁵. Στο πλαίσιο αυτό, μόνο καταχρηστικά μπορεί να χαρακτηριστεί ως αυθεντική ερμηνεία η υποβοηθητική του δικαίου λειτουργία των ρωμαίων πραιτόρων, υπό την έννοια της επεξηγήσεως αυτού με την έκδοση *edicta* εκτελεστικών των νόμων. Στη συνέχεια, κύριο και βασικό μέλημα του μονάρχη, κατά την εποχή της από-

11 Α. Παπαλάμπρου, Οι ερμηνευτικοί νόμοι, ΕΕΑΝ 1959, σελ. 161 επ. (177), ο ίδιος, Το ζήτημα των «επεμβάσεων» της νομοθετικής εξουσίας εις τα «έργα» της δικαστικής, σε: Τιμητικός Τόμος επί τη 15ετηρίδι του Αρείου Πάγου, 1963, σελ. 123 επ. (129-130, υποσημ. 5), Σ. Σταματόπουλος, Η δικονομική αναδρομή των νέων ουσιαστικών και ερμηνευτικών νόμων, 1989, σελ. 49-50.

12 ΟλομΑΠ 6/2017 ΝοΒ 2007, σελ. 1613 επ. (παρατ. Σ. Αλεξανδρή)· Σ. Βλαχόπουλος, ό.π., σελ. 55 και υποσημ. 57, ό.π. στη νομολογία· για το ζήτημα της συνταγματικότητας των αναδρομικών νόμων βλ. και Α. Μάνεση, Αι εγγυήσεις τηρήσεως του Συντάγματος, τ. II, 1965, σελ. 377, υποσημ. 39, τον ίδιο, Πράξεις Υπουργικού Συμβουλίου Νομοθετικού Περιεχομένου, σε: Συνταγματική θεωρία και πράξη, 1980, σελ. 244 επ. (267), Ν. Παπαντωνίου, Το πρόβλημα της αναδρομικής δύναμης του νόμου, σε: Τιμητικός Τόμος για τα 150 χρόνια του Ελεγκτικού Συνεδρίου, 1984, σελ. 25 επ., Σ. Σταματόπουλο, ό.π., σελ. 59 επ., Δ. Τσάτσο, Συνταγματικό Δίκαιο, τ. Α', Θεωρητικό θεμέλιο, 4^η έκδ., 1994, σελ. 386 επ.

13 Σ. Βλαχόπουλος, ό.π., σελ. 42.

14 Φ. Σπυρόπουλος, ό.π., σελ. 19-20.

15 Σ. Σταματόπουλος, ό.π., σελ. 147.

λυτης μοναρχίας, είναι η συγκέντρωση στο πρόσωπό του της νομοθετικής και της εκτελεστικής εξουσίας, έτσι ώστε, η τυχόν αμφισβήτηση σχετικά με την έννοια κάποιου κανόνα που είχε θεσπιστεί από αυτόν, να επιλύεται είτε από τον ίδιο το μονάρχη, είτε από κάποιο συμβούλιο που τελούσε άμεσα από αυτόν¹⁶. Ακολούθως, η αυθεντική ερμηνεία των νόμων λειτούργησε ως ένα «όπλο» του κοινοβουλίου έναντι του μονάρχη ή της εκτελεστικής εξουσίας έναντι του βασιλιά, για να μετεξελιχθεί σήμερα σε ένα συνταγματικά θεσμοθετημένο εργαλείο επεμβάσεως της (de facto ταυτιζόμενης με τη νομοθετική εξουσία) εκτελεστικής εξουσίας στη δικαστική εξουσία. Πρόκειται, μάλιστα, για μια συνταγματικά θεσμοθετημένη αναδρομή του ερμηνευτικού νόμου, που δεν μπορεί να θεωρηθεί ότι υποχωρεί, έναντι της ιεραρχικά / συνταγματικά ανώτερης διατάξεως του άρθρου 26 Συντ., σύμφωνα με τη θεωρία περί «αντισυνταγματικών διατάξεων του Συντάγματος». Αντιθέτως, με την ερμηνεία της ρυθμίσεως του άρθρου 77 παρ. 2 Συντ. υπό το φως της θεμελιώδους αρχής του κράτους δικαίου, πρέπει να γίνει δεκτή η ex tunc ισχύς του ερμηνευτικού νόμου μόνο στις εξαιρετικές περιπτώσεις, στις οποίες είναι επιτρεπτή η αναδρομή του νόμου¹⁷.

Στο πλαίσιο αυτό, ανακύπτει η ανάγκη εφαρμογής του ερμηνευτικού νόμου και στις εκκρεμείς, ενώπιον οποιουδήποτε δικαστηρίου, κατά το χρόνο εκδόσεώς του υποθέσεις. Έτσι, για την ταυτότητα του νομικού λόγου, επιβάλλεται εν προκειμένω η ανάλογη εφαρμογή των διατάξεων του άρθρου 51 §§ 1-3 του ν. 345/1976 «περί κυρώσεως του κώδικος περί του κατά το άρθρον 100 του συντάγματος Ανωτάτου Ειδικού Δικαστηρίου», που ορίζουν ότι η ερμηνεία που δίνεται σε μια διάταξη νόμου από το Ανώτατο Ειδικό Δικαστήριο καταλαμβάνει και όλες τις εκκρεμείς δίκες¹⁸. Βέβαια, είναι αυτονόητο, ότι τίθεται ζήτημα αντισυνταγματικότητας του ερμηνευτικού νόμου, όταν προκύπτει προδήλως η έκδοσή του ενόψει συγκεκριμένης διαφοράς που εκκρεμεί ενώπιον των δικαστηρίων¹⁹. Με άλλες λέξεις, τον «πρώτο λόγο» στην αποδυνάμωση της κυριαρχίας της δικαστικής εξουσίας μπορεί να τον έχει ο νομοθέτης, τον «τελευταίο λόγο» τον έχει, όμως, ο δικαστής, ο οποίος «κατ' ανάγκην ακολουθεί, όντας μη «δρων» όργανο της πολιτείας»²⁰.

16 Σ. Σταματόπουλος, ό.π., σελ. 148.

17 Σ. Σταματόπουλος, ό.π., σελ. 158.

18 Σ. Σταματόπουλος, ό.π., σελ. 369.

19 Σ. Σταματόπουλος, ό.π., σελ. 371-372.

20 Σ. Σταματόπουλος, ό.π., σελ. 372.

Όπως εύστοχα επισημαίνει ο Κλαμαρής²¹, στο βαθμό «που η ερμηνεία είναι ανεξάρτητη από την ιδιομορφία κάθε συγκεκριμένης περιπτώσεως, τότε δικαιοδοτική ισότητα σημαίνει και ομοιόμορφη ερμηνεία των ίδιων νομικών διατάξεων, δηλαδή νομολογιακή ενότητα στο πεδίο της (ομοιόμορφης) ερμηνείας του δικαίου». Περαιτέρω, κατά τον ίδιο συγγραφέα, άμεσα συνυφασμένο με τη λειτουργία της νομολογιακής ισότητας είναι και το αίτημα της ασφάλειας δικαίου, η οποία υπαγορεύει την ερμηνεία μιας διατάξεως νόμου από τα δικαστήρια μιας έννομης τάξεως με ενιαίο τρόπο²². Στην κατεύθυνση αυτή, η ενότητα της νομολογίας και η ομοιόμορφη ερμηνεία των κανόνων δικαίου αποκαθίστανται, τόσο με την άρση των όποιων αντιθέσεων στο επίπεδο των κατώτερων δικαστηρίων μέσω των ανωτάτων δικαστηρίων του κάθε δικαιοδοτικού κλάδου, όσο και με την άρση της αμφισβητήσεως για την έννοια των διατάξεων τυπικού νόμου από το ΑΕΔ²³.

4. Προϋποθέσεις εφαρμογής της αυθεντικής ερμηνείας των νόμων

4.1. Η ασάφεια του ερμηνευόμενου κανόνα δικαίου: Μόνο όταν η ερμηνευόμενη διάταξη είναι ασαφής και λόγω της ασάφειας αυτής προέκυψαν ή θα μπορούσαν να προκύψουν αμφισβητήσεις στη νομολογία ή / και στη νομική επιστήμη (ή ακόμη και στη διοικητική πρακτική) είναι δυνατή η ψήφιση ερμηνευτικού νόμου²⁴. Όταν, δηλαδή, ο ερμηνευόμενος νόμος είναι σαφής, η μεταγενέστερη δήθεν ερμηνευτική διάταξη αποτελεί ψευδο-ερμηνευτικό νόμο, ο οποίος δεν μπορεί να έχει αναδρομική ισχύ²⁵.

Συχνότατα και οι «κυρωτικοί κανόνες δικαίου δεν είναι αυτούσια διατυπωμένοι σε μια διάταξη αλλά πρέπει να συντεθούν με «συναρμολόγησή» τους από στοιχεία διάσπαρτα σε περισσότερες της μιας διατάξεις. Προϋποτίθεται ήδη μια (συν)ερμηνεία όλων των εμπλεκόμενων διατάξεων²⁶.

21 Ν. Κλαμαρής, Η ανεξαρτησία της δικαιοδοτικής λειτουργίας έναντι επεμβάσεων της εκτελεστικής και της νομοθετικής λειτουργίας, ΕλλΔνη 1986, σελ. 19 επ. (42).

22 Ν. Κλαμαρής, ό.π., σελ. 42.

23 Σ. Βλαχόπουλος, ό.π., σελ. 63, Ν. Κλαμαρής, ό.π., σελ. 42-43.

24 Βλ. ενδεικτικά ΟλομΑΠ 1/2014 ΧρΙΔ 2014, 360, ΟλομΑΠ 2/2014 ΝΟΜΟΣ, ΟλομΑΠ 29/2003 Δ 2004, 690 = ΝοΒ 2004, 955, ΟλομΑΠ 22/1997 ΕλλΔνη 1997, 119, ΑΠ 938/1990 ΕΕΝ 1991, 373· βλ. επίσης, Απ. Γεωργιάδη, Γενικές Αρχές Αστικού Δικαίου, 5^η έκδ., 2018, § 3, σελ. 29, Γ. Μπαλή, Γενικά Αρχαί του Αστικού Δικαίου, 8^η έκδ., 1961, § 11, σελ. 33-34

25 ΟλομΑΠ 9/2018 ΝΟΜΟΣ, ΟλομΑΠ 21-22/2007 ΝΟΜΟΣ, ΟλομΑΠ 22/1997, ΕλλΔνη 1997, 1514· Φ. Σπυρόπουλος/Ξ. Κοντιάδης/Χ. Ανθόπουλος/Γ. Γεραπετρίτης (-Γεραπετρίτης), Σύνταγμα, 2017, άρθρο 77, σελ. 1196 επ.

26 Π. Σούρλας, ό.π., σελ. 511.

Πρόκειται για την ερμηνεία του νόμου κατά τη θετικιστική και τυποκρατική διδασκαλία μόνο στις δυσχερείς περιπτώσεις (και ίσως ούτε καν σε όλες από αυτές), στις οποίες ο δικαστής διαθέτει άλλοτε πιο περιορισμένη και άλλοτε ευρύτερη διακριτική ευχέρεια. Είναι η λεγόμενη ερμηνεία του νόμου υπό στενή έννοια, που χωρεί όταν ανακύπτουν αμφιβολίες και χρειάζονται πρόσθετες προσπάθειες και βοηθήματα πέρα από τη φυσική γλωσσική, ικανότητα ενός αναγνώστη του νόμου, που υποτίθεται απλώς ότι είναι επί πλέον εξοικειωμένος με τη νομική γλώσσα και ορολογία²⁷.

4.2. Η πανηγυρική διατύπωση του ερμηνευτικού νόμου: Απόρροια της αρχής της ασφάλειας δικαίου αποτελεί η επιταγή της πανηγυρικής διατυπώσεως του ερμηνευτικού νόμου («Η αληθής έννοια της διάταξης είναι» ή «Η διάταξη ... κατά την αληθή της έννοια ...»), για να μη δημιουργείται αμφιβολία για τη σχετική βούληση του νομοθέτη, τόσο στον εφαρμοστή του δικαίου, όσο και στους πολίτες – αποδέκτες της ερμηνευτικής νομοθετικής διατάξεως²⁸. Έτσι, είναι προβληματικός ο ερμηνευτικός χαρακτήρας ενός νόμου, όταν δεν προκύπτει ρητά από το ίδιο το κείμενό του με την προαναφερθείσα διατύπωση αλλά θεμελιώνεται μόνο στην αιτιολογική του έκθεση²⁹, ακόμη και αν σε αυτή διατυπώνεται σαφέστατα η ερμηνευτική πρόθεση του νομοθέτη. Ωστόσο, η φερόμενη ως ερμηνευτική, κατά την πανηγυρική της διατύπωση, διάταξη, μπορεί σε κάθε περίπτωση να χαρακτηριστεί από τον δικαστή ως «ψευδοερμηνευτική», κατ' άρθρο 77 παρ. 2 Συντ³⁰.

5. Διάκριση από την προβληματική του διαχρονικού δικαίου των προνομίων

Πάγια είναι η θέση της νομολογίας³¹, την οποία ακολουθεί σχεδόν χωρίς εξαι-

27 Π. Σούρλας, ό.π., σελ. 515.

28 Π. Παραράς, Σύνταγμα 1975 – Corpus II (άρθρα 51-80), 1985, σελ. 488, Δ. Τσάτσος, Συνταγματικό Δίκαιο, Τόμος Α' – Θεωρητικό θεμέλιο, 4^η έκδ., 1994, σελ. 389.

29 Σ. Βλαχόπουλος, ό.π., σελ. 46.

30 Βλ. Ι. Πανταζάτο, Η αυθεντική ερμηνεία των νόμων στο ισχύον ελληνικό δικαιοσύστημα – Άρθρο 77 του Συντάγματος, Αρμ 2010, σελ. 309 επ. (319).

31 ΟλομΑΠ 21/1994 ΕΕΝ 1994, 394 = ΕΔΚΑ 1995, 232 = ΑρχΝ 1995, 313 = ΕλλΔνη 1995, 574 = ΝοΒ 1996, 38, ΑΠ 724/2017 ΝΟΜΟΣ, ΑΠ 1625/2008 ΝΟΜΟΣ, ΑΠ 1404/2007 ΝΟΜΟΣ, ΑΠ 1340/2004 ΕλλΔνη 2005, 1433, ΑΠ 681/2004 ΝΟΜΟΣ, ΑΠ 411/1999 ΕλλΔνη 1999, 1547, ΑΠ 153/1996 ΝΟΜΟΣ, ΤρΕφΑθ 392/2009 ΕλλΔνη 2009, 1483, ΤρΕφΠειρ 150/2005 ΝΟΜΟΣ, ΤρΕφΑθ 6177/2003 ΕλλΔνη 2004, 529, ΤρΕφΑθ 830/1994 ΕλλΔνη 1995, 225, ΜΕφΔωδ 93/2019 ΝΟΜΟΣ, ΜΕφΘεσ 29/2019 ΝΟΜΟΣ, ΜΠρΠατρ 151/2020 ΝΟΜΟΣ, ΜΠρΛαμ 117/2020 ΝΟΜΟΣ, ΜΠρΠατρ 14/2020 ΝΟΜΟΣ, ΜΠρΑλεξ 1/2019 ΝΟΜΟΣ, ΜΠρΤρικ 249/2018 ΝΟΜΟΣ, ΜΠρΘεσ 18067/2017 ΝΟΜΟΣ, ΜΠρΘεσ 5018/2017 ΝΟ-

ρέσεις η θεωρία³², ότι η ύπαρξη και η έκταση των προνομίων πρέπει να κρίνεται με βάση το δίκαιο που ισχύει κατά το χρόνο συντάξεως του πίνακα κατατάξεως. Πρόκειται για απολύτως κρατούσα άποψη και υπό το προϋσχύσαν δίκαιο (ΠολΔ 1835)³³, με αναγωγή του κανόνα αυτού στη νομική φύση των προνομίων ως δικονομικού δικαίου ρυθμίσεως και όχι στην αρχή της αυτοτέλειας των διαδικαστικών πράξεων της αναγκαστικής εκτελέσεως. Η λύση αυτή είναι και δογματικά συνεπής, με αφετηρία την εξομοίωση της συντάξεως του πίνακα κατατάξεως από άποψη αξιολογική με άσκηση οιονεί δικαιοδοτικού έργου, που οδηγεί στην εφαρμογή της στις διαγνωστικές εν γένει δίκες αρχής ότι κάθε διαδικαστική πράξη κρίνεται με το δίκαιο που ισχύει όταν αυτή επιχειρείται, υπό το πρίσμα της εντάξεως των προνομίων στην ύλη του δικονομικού δικαίου, καθώς η λόγω του προνομίου προτίμηση δεν αποτελεί στοιχείο της απαιτήσεως, αλλά αφορά τη σχέση των απαιτήσεων μεταξύ τους, παρά την κατ' άρθρο 50 ΕισΝΚΠολΔ υπαγωγή ολόκληρης της διαδικασίας αναγκαστικής εκτελέσεως στο δίκαιο που ίσχυε όταν επιδόθηκε η επιταγή

ΜΟΣ, ΜΠρΚαν 67/2017 ΕλλΔνη 2017, 1768, ΕιρΚαβ 610/2018 ΝΟΜΟΣ, ΕιρΒερ 113/2007 ΕπισκΕΔ 2007, 945.

- 32 Χ. Απαλαγάκη, Ζητήματα διαχρονικού και διατοπικού δικαίου των προνομίων, ιδίως κατά τον ΚΠολΔ, Δ 1993, σελ. 843 επ. (862, 863), Π. Γέσιου – Φαλτσή, Δίκαιο Αναγκαστικής Εκτελέσεως, Ειδικό Μέρος, τ. Πα, 3^η έκδ., 2018, σελ. 751 επ., Γ. Διαμαντόπουλος, ό.π. (υποσημ. 2), σελ. 695, ο ίδιος, Αστικό Δικονομικό Δίκαιο και Νομολογιακό Γίνεσθαι, 2019, σελ. 566 επ., Ι. Δούμπης, Ικανοποίηση δανειστών στην αναγκαστική εκτέλεση και σε ειδικές περιπτώσεις – Πίνακας κατάταξης – Γενικά και ειδικά προνόμια - Προνόμια απαιτήσεων από την παροχή εξαρτημένης εργασίας, ΕλλΔνη 2005, σελ. 963 επ. (963), Κεραμεύς/Κονδύλης/Νίκας (-Ε. Κιουπτσίδου – Στρατουδάκη), ΚΠολΔ², 2021, άρθρο 975, αρ. 12, Ε. Κιουπτσίδου – Στρατουδάκη, Τα γενικά προνόμια και ο πίνακας κατάταξης μετά τους νόμους 4335/2015 και 4512/2018 – Τα προνόμια των απαιτήσεων αποζημιώσεως λόγω αναπηρίας της πρώτης και της τρίτης τάξης ειδικότερα, σε τιμ. τόμο Ν. Νίκα, 2018, σελ. 733 επ. (738), Κ. Μακρίδου, Τα προνόμια στην πτώχευση κατά την προτεινόμενη αναμόρφωση του πτωχευτικού κώδικα, ΝοΒ 2007, σελ. 1045 επ. = Μελέτες αστικού δικονομικού και διεθνούς δικονομικού δικαίου, τ. Ι, 2010, σελ. 498 επ. (498-499), και υποσημ. 4, ό.π.π., Κ. Μακρίδου / Χ. Απαλαγάκη / Γ. Διαμαντόπουλος, Πολιτική Δικονομία, 2^η έκδ., 2018, σελ. 178 επ., Δ. Μηχιώτης, Σύγκρουση προνομίων και κατάταξη δανειστών κατά τη διανομή του πλειστηριασματος - Σκέψεις επί των διατάξεων των άρθρων 977 και 977^Α ΚΠολΔ, ΕΠολΔ 2019, σελ. 646 επ. (652 επ.), Ι. Μπρίνιας, Αναγκαστική Εκτέλεσις, τ. ΙΙ, 2^η έκδ., 1985 (ανατύπωση), άρθρο 975, σελ. 1099-1100, Ν. Νίκας, Δίκαιο Αναγκαστικής Εκτελέσεως, τ. ΙΙ, 2^η έκδ., 2018, σελ. 551.
- 33 ΟλομΑΠ 329/1937 ΕΕΝ 1937, 382, ΑΠ 402/1966 ΕλλΔνη 1967, 265, ΑΠ 49/1944 Θ ΜΔ', 245· βλ. και Χ. Απαλαγάκη, ό.π., σελ. 846-848, Π. Αρβανιτάκη, Διαχρονικό δίκαιο των προνομίων κατά τους ν. 4335/2015 και 4336/2015 και επέκταση του προνομίου του Δημοσίου για μη καταβολή ΦΠΑ στην ειδική εκκαθάριση εν λειτουργία της επιχειρήσεως, ΕΠολΔ 2016, σελ. 373 επ. (377 και υποσημ. 10, ό.π.π.), Κεραμέα/Κονδύλη/Νίκα (- Ε. Κιουπτσίδου – Στρατουδάκη), ΚΠολΔ², 2021, άρθρο 975, αρ. 12, Ι. Μπρίνια, Διαχρονικόν δίκαιον προνομίων, ΝοΒ 1970, σελ. 374 επ.

προς εκτέλεση³⁴. Περαιτέρω, η ίδια ερμηνευτική εκδοχή έχει γενικότερη ισχύ, εφαρμοζόμενη και στις αντίστοιχες διαδικασίες συλλογικής αναγκαστικής εκτελέσεως³⁵.

Ωστόσο, η επέκταση των ανωτέρω επισημάνσεων για το διαχρονικό δίκαιο των προνομίων και στο πεδίο εφαρμογής της μεταβατικής διατάξεως του άρθρου 1 άρθρο «ένατο» § 3 του ν. 4335/2015 δεν είναι αυτονόητη. Και τούτο, μολονότι η εν λόγω ρύθμιση είναι παρεμφερούς διατυπώσεως με εκείνη του άρθρου 50 ΕισΝΚΠολΔ, καθώς, την «αδιάσπικτη» διατύπωση αυτής για τον καθορισμό του εφαρμοστέου δικαίου αναφορικά με τα προνόμια, επικαλείται τόσο η άποψη που ανατρέπει στον χρόνο επιδόσεως της επιταγής³⁶ όσο και η εκδοχή της υιοθετήσεως της προαναφερθείσας παγιωμένης νομολογικής θέσεως υπό το πανομοιότυπο νομοθετικό καθεστώς του άρθρου 50 ΕισΝΚΠολΔ, ότι δηλαδή η ύπαρξη και η έκταση των προνομίων πρέπει να κριθεί με βάση το δίκαιο που ισχύει κατά το χρόνο συντάξεως του πίνακα κατατάξεως³⁷. Πλην

34 ΟλομΑΠ 12/2015 ΧρΙΔ 2015, 687, ΟλομΑΠ 21/1994 ΕΕΝ 1994, 394 = ΕΔΚΑ 1995, 232 = ΑρχΝ 1995, 313 = ΕλλΔνη 1995, 574 = ΝοΒ 1996, 38· βλ. και Π. Κολοτούρο, (Συρροή δανειστών και σύγκρουσις δικαιωμάτων εις το πεδίο της αναγκαστικής εκτελέσεως, ΕΠολΔ 2019, σελ. 113 επ. (134-135), Δ. Μηχιώτη, ό.π., σελ. 655, οι οποίοι τάσσονται υπέρ της αυτοτελούς αντιμετώπισης της συντάξεως του πίνακα κατατάξεως σε σχέση με την λοιπή εκτελεστική διαδικασία· πρβλ. αντίθ. Χ. Λαγανά, Οι σταθμίσεις του δικονομικού νομοθέτη στο διαχρονικό δίκαιο της ρυθμίσεως της διαδικασίας και των διαδικαστικών πράξεων, 2018, σελ. 182 επ.

35 ΑΠ 263/2019, σε <http://www.sakkoulas-online.gr/>· Χ. Απαλαγάκη, ό.π., σελ. 861, Π. Γέσιου – Φαλτσή, ό.π., σελ. 749, Ν. Νίκας, ό.π., σελ. 550, Α. Νταφουλής, Ζητήματα από τα προνόμια του άρθρου 975 ΚΠολΔ και την ανακοπή κατά του πίνακα κατάταξης δανειστών, Δ 1993, σελ. 819 επ. (824)· βλ. και Γ. Διαμαντόπουλο, ό.π. (υποσημ. 2), σελ. 695, Κεραμέα/Κονδύλη/Νίκα (-Ε. Κιουπτσίδου – Στρατουδάκη), ΚΠολΔ², 2021, άρθρο 975, αρ. 12.

36 Π. Ρεντούλης, σε: Ι. Τέντε (επιμ.), Αναγκαστική Εκτέλεση, 2^η έκδ., 2017, σελ. 381, ο ίδιος, Υπολογισμός και προνομιακή κατάταξη δικηγορικών αμοιβών μετά τους Ν. 4194/2013 και 4335/2015 (Με αφορμή την απόφαση ΑΠ 44/2016), Συνήγορος 2016 (τ. Ιουλ.-Αυγ.), σελ. 34 επ. (35)· βλ. και ΜΠρΒολ 99/2017 ΝΟΜΟΣ· για την υιοθέτηση της ίδιας λύσεως, με τελολογική προσέγγιση της διατάξεως του άρθρου 9 § 3 του ν. 4335/2015, βλ. Χ. Απαλαγάκη (Συστηματική παρουσίαση των βασικών τροποποιήσεων του ΚΠολΔ υπό το Ν. 4335/2015, 2016, σελ. 34, την ίδια, Η δικονομική μεταχείριση των εργατικών απαιτήσεων στην αναγκαστική εκτέλεση μετά τις τροποποιήσεις του Ν. 4335/2015, ΔΕΕ 2016, σελ. 441 επ.) και Χ. Λαγανά, ό.π., σελ. 299-300· βλ. και Β. Χατζηϊωάννου, Το διαχρονικό δίκαιο της αναγκαστικής εκτέλεσης (κατά τους ν. 4335/2015, 4472/2017 και 4512/2018), σε: Τιμ. Τόμο Ν. Νίκα, 2018, σελ. 1109 επ. = ΕΠολΔ 2017, σελ. 587 επ. (597).

37 Π. Αρβανιτάκης, ό.π., σελ. 378, Π. Γέσιου – Φαλτσή, ό.π., σελ. 721, Γ. Διαμαντόπουλος, ό.π. (υποσημ. 2), σελ. 690 επ. (ιδίως 697 επ.), Κεραμής/Κονδύλης/Νίκας (-Ε. Κιουπτσίδου – Στρατουδάκη), ΚΠολΔ², 2021, άρθρο 975, αρ. 12, Σ. Τσιβούλη, Ανακοπές κατά πράξεων της εκτελεστικής διαδικασίας και του πίνακα κατάταξης, Εισήγηση στο σεμινάριο της ΕΣΔ, της 11-12.4.2019, Ιστότοπος: www.esdi.gr, Δημοσιεύσεις· βλ. και ΜΕΦΘεσ 29/2019, κατά παραπομπή από Ε. Κιουπτσίδου – Στρατουδάκη, ό.π., ΜΠρΤρικ 249/2018 ΝΟΜΟΣ, ΜΠρΘηβ

όμως, και η συνδυασμένη ερμηνευτική προσέγγιση των δύο διατάξεων δεν είναι επίσης αρκετή για να οδηγήσει στην επιλογή του εφαρμοστέου δικαίου, αν δεν συνεκτιμηθεί και ο σκοπός του προϊσχυσάντων άρθρων 975 και 977 ΚΠολΔ, όπως τροποποιήθηκαν με τις διατάξεις των άρθρων 41 § 1 - 5 του ν. 3863/2010 και 72 § 5 του ν. 3994/2011, ο οποίος συνίστατο στην προνομιακή ικανοποίηση των απαιτήσεων κοινωνικής ασφάλισως – στην τρίτη τάξη των γενικά προνομιούχων δανειστών, εφόσον προέκυψαν μέχρι τον πλειστηριασμό ή την κήρυξη της πτωχεύσεως, πριν από τη διαίρεση του πλειστηριάσματος στα ποσοστά του 1/3 και των 2/3 κατ' άρθρο 977 ΚΠολΔ στην περίπτωση που συντρέχουν με απαιτήσεις ενυπόθηκων ή και προσημιούχων δανειστών – έστω και αν οι απαιτήσεις των τελευταίων έχουν γεννηθεί και ασφαλισθεί με υποθήκη ή προσημείωση υποθήκης, για λόγους γενικότερου κοινωνικού και δημόσιου συμφέροντος και όχι από απλό ταμειακό συμφέρον. Ειδικότερα, οι προαναφερθείσες τροποποιήσεις των άρθρων 975 και 977 ΚΠολΔ δεν μπορούσαν να θεωρηθούν απρόσφορες ούτε μη αναγκαίες για την επίτευξη του επιδιωκόμενου σκοπού και δυσανάλογες σε σχέση προς αυτόν, δεδομένου ότι είχαν δημιουργηθεί στην πράξη «σοβαρά οικονομικά προβλήματα στους οργανισμούς κοινωνικής ασφάλισης, των οποίων κύρια πηγή εσόδων αποτελούν οι εισφορές εργαζόμενων και εργοδοτών, με αποτέλεσμα να είναι δυσχερής η εκπλήρωση της αποστολής τους, που συνίστατο στην καταβολή συντάξεων και άλλων παροχών στους ασφαλισμένους τους»³⁸. Επομένως, εν προκειμένω τίθεται ζήτημα κάμψως του κανόνα της άμεσης εφαρμογής του νέου δικονομικού δικαίου με την ειδική μεταβατική διάταξη του άρθρου 1 άρθρο «ένατο» § 3 του ν. 4335/2015, στο μέτρο που αυτό επιβάλλεται, όχι με τη γυμνή και μόνο επίκληση του δημοσίου συμφέροντος, αλλά από την ανάγκη προστασίας, τόσο της ασφάλειας δικαίου και της δικαιολογημένης εμπιστοσύνης, όσο και του συνταγματικώς κατοχυρωμένου δικαιώματος των οργανισμών κοινωνικής ασφάλισως και του Δημοσίου, για την παροχή έννομης προστασίας και εγγυήσεως της ιδιοκτησίας τους³⁹. Και τούτο, διότι ο αντίστοιχος περιορισμός των δικαιωμάτων των υπόλοιπων δανειστών, κατ' απόκλιση της αρχής του άρθρου 4 § 1 Συντ., σέβεται την αρχή της αναλογικότητας (άρθρο 25 § 1 εδ. δ' Συντ.) και δικαιολογείται από την *in concreto* εξέταση της συγκεκριμένης περιπτώσεως, καθώς υφίστανται πράγματι οι προαναφερθέντες λόγοι γενικότερου κοινωνικού και δημόσιου συμφέροντος.

320/2018 ΝΟΜΟΣ, ΜΠρΘεσ 5018/2017 Αρμ 2017, 614 (σημ. Ά. Ανθιμου).

38 ΑΠ 264/2020 ΝΟΜΟΣ, ΑΠ 1514/2018 ΝΟΜΟΣ.

39 Έτσι και Κεραμεύς/Κονδύλης/Νίκας (-Ε. Κιουπτσίδου – Στρατουδάκη), ΚΠολΔ², 2021, άρθρο 975, αρ. 12· πρβλ. αντίθ. Γ. Διαμαντόπουλο, ό.π., (υποσημ. 2), σελ. 701 επ., Ι. Ρεβολίδη, ό.π., σελ. 1516 επ.

6. Τελικές παρατηρήσεις

Τούτων δεδομένων, ως ορθότερη προβάλλει η ερμηνευτική εκδοχή ότι η διάταξη του άρθρου 43 εδ. α' και β' του ν. 4715/2020 έχει τον χαρακτήρα γνήσιου ερμηνευτικού νόμου. Επιστήμη και νομολογία δεν φαίνεται να ομονοούν ως προς την ερμηνεία του άρθρου 1 άρθρο «ένατο» § 3 του ν. 4335/2015, ασχέτως της αποκρυσταλλώσεως της θέσεως ότι το δίκαιο των προνομίων κρίνεται με βάση το δίκαιο που ισχύει κατά τον χρόνο συντάξεως του πίνακα κατατάξεως, ανεξαρτήτως του χρόνου επιδόσεως της επιταγής προς εκτέλεση και των τυχόν νομοθετικών μεταβολών που έχουν μεσολαβήσει μεταξύ των δυο αυτών χρονικών σημείων. Στο ίδιο συμπέρασμα οδηγείται και ο Ρεβολίδης⁴⁰, ο οποίος, αν και υποστηρίζει ότι η διάταξη του άρθρου 43 εδ. α' και β' του ν. 4715/2020 είναι ψευδοερμηνευτική, διαπιστώνει ευστόχως, ότι η ερμηνευόμενη διάταξη του άρθρου 1 άρθρο «ένατο» § 3 του ν. 4335/2015, παρά τη «σαφήνειά» της, είναι επιδεκτική διαφορετικών ερμηνειών αναφορικά με τη σχέση της με το διαχρονικό δίκαιο των προνομίων.

Υπό το φως των παραπάνω σκέψεων, αν συνεκτιμηθούν και οι φωνές που ήδη σθεναρά αρθρώνονται στην κατεύθυνση της ανάγκης για κατάργηση της ισχύουσας συνταγματικής ρυθμίσεως για την αυθεντική ερμηνεία των νόμων (άρθρο 77 Συντ.)⁴¹, ας ελπίσουμε ότι δεν θα χρειαστεί στο μέλλον να ερμηνευτεί από το νομοθέτη αυθεντικώς (και) η διάταξη του άρθρου 43 εδ. α' και β' του ν. 4715/2020. Σε κάθε περίπτωση, όπως εύστοχα διαπιστώνεται, το πιο αποτελεσματικό αντίδοτο στην (ενδεχόμενη) «αυθαιρεσία» του νομοθέτη, από την πλευρά του Δικαστή, που έχει πάντα την τελευταία λέξη⁴², είναι «η ανυποχώρητη αξίωση ειδικής και εμπεριστατωμένης θεμελιώσεως και ο καθολικεύων χαρακτήρας των χρησιμοποιούμενων προς τον σκοπό αυτό νομικών επιχειρημάτων»⁴³.

40 Ό.π., σελ. 1516 επ.

41 Βλ. Σ. Σταματόπουλο, ό.π., σελ. 151 επ., τον ίδιο, Το πρόβλημα των ερμηνευτικών νόμων, Δ 1993, σελ. 307 επ. (314 επ.).

42 Σ. Σταματόπουλος, ό.π., σελ. 372.

43 Π. Σούρλας, ό.π., σελ. 383, Σ. Σταματόπουλος, ό.π., σελ. 257, 296-297.

Περί του αναιρετικού ελέγχου της εικονικότητας

Λάμπρος Κιτσαράς

Καθηγητής Νομικής Σχολής Δ.Π.Θ.

I. Η εικονικότητα ως πραγματικό γεγονός

A. Η θέση της νομολογίας

1. Το ζήτημα, αν ο εικονικός χαρακτήρας μιας δηλώσεως βουλήσεως, δηλ. η απουσία σοβαρής («σπουδαίας») προθέσεως νομικής δεσμεύσεως των μερών, είναι πραγματικό γεγονός αποτελούν αντικείμενο αποδείξεως, ή, αντιθέτως, στοιχείο της δηλώσεως βουλήσεως συνιστών αντικείμενο ερμηνείας της, έχει κατ' επανάληψη απασχολήσει τόσο τη νομολογία του Αρείου Πάγου, όσο και την επιστήμη. Ιδίως απασχόλησε τη νομολογία το ζήτημα αν ελέγχεται αναιρετικώς για τον προβλεπόμενο στον αρ. 1 του άρθρου 559 ΚΠολΔ λόγο (για μη εφαρμογή ή εσφαλμένη εφαρμογή των κανόνων ερμηνείας των δικαιοπραξιών) η απόφαση που διαπιστώνει την ύπαρξη ή την ανυπαρξία εικονικότητας μιας δικαιοπραξίας.

2. Ενόψει της κεντρικής για το δίκαιο της αναιρέσεως διατάξεως του άρθρου 561 § 1 ΚΠολΔ¹, απολύτως κρατούσα είναι η αποφαστική γνώμη, η οποία αντιμετωπίζει την εικονικότητα ως πραγματικό γεγονός.

Οδηγός (leading case) προς αυτή την κατεύθυνση υπήρξε η υπ' αριθμ. 1267/1994 απόφαση του Αρείου Πάγου (Α' Τμήμα²). Στην απόφαση αυτή το Ακυρωτικό, απορρίπτοντας τον εκ του αρ. 1 του άρθρου 559 λόγο

1 «Η εκτίμηση από το δικαστήριο της ουσίας πραγματικών γεγονότων και ιδιαίτερα του περιεχομένου εγγράφων δεν υπόκειται στον έλεγχο του Αρείου Πάγου, εκτός αν παραβιάσθηκαν κανόνες δικαίου, στους οποίους συμπεριλαμβάνονται και οι ερμηνευτικοί ή αν υπάρχει λόγος αναίρεσης κατά το άρθρο 559 αρ. 19 και 20». Έτσι, κατά τη γνωστή διατύπωση, «ο Άρειος Πάγος δεν κρίνει την υπόθεση, αλλά την απόφαση»: Σινανιώτης, Η αναίρεση κατά τον ΚΠολΔ, 1996, σ. 7· Δεληκωστόπουλος, Οι δικονομικοί λόγοι αναίρεσεως, 2009, σ. 16 επ.

2 Δημοσιευμένη εις: ΝΟΜΟΣ (Εισηγ. Στέφ. Ματθίας).

αναιρέσεως (για παραβίαση των κανόνων ερμηνείας των δικαιιοπραξιών), αποφάνθηκε ότι: «*Η εικονικότητα... δικαιιοπραξίας δεν ανάγεται στην έννοια της δήλωσης βούλησης, αλλά συνιστά έλλειψη αληθούς βούλησης (εκούσια διάσταση μεταξύ της δήλωσης και της βούλησης). Επομένως η απόφαση που διερευνά αν η δήλωση ήταν εικονική, δεν δέχεται (εμμέσως) κενά ή αμφίβολα σημεία στη δικαιιοπραξία ούτε προβαίνει σε ερμηνεία της, αλλά στην αναζήτηση της ειλικρίνειας ή ανειλικρίνειας της δήλωσης*». Και περαιτέρω: «*Η έρευνα αυτή, σχετικά με την αλήθεια ή εικονικότητα των επίμαχων πωλητηρίων, δεν ανάγεται στην ερμηνεία τους ούτε ενέχει ή υποδηλώνει τη διαπίστωση κενού ή αμφιβολίας ως προς την προκύπτουσα από τα συμβόλαια αυτά δήλωση των μερών, ώστε να ανακύπτει ανάγκη ερμηνείας τους*». Με αυτή τη διατύπωση το Ακυρωτικό υιοθετεί την ορθή άποψη ότι το ζήτημα της εικονικότητας συναρτάται όχι με το περιεχόμενο και το νόημα, αλλά με την ειλικρίνεια ή ανειλικρίνεια της δηλώσεως³ και, επομένως, ως πραγματικό-οντολογικό προηγείται της ερμηνείας και δεν ελέγχεται αναίρετικώς για παράβαση των ΑΚ 173 και 200.

Την ίδια ακριβώς διατύπωση με την ως άνω απόφαση ακολουθεί η ΑΠ 1426/2007 (Α1' Τμήμα⁴), ενώ και η ΑΠ 1459/2011 (Γ' Τμήμα⁵) αποφαινεται με ανάλογη διατύπωση ότι: «*Ο ίδιος λόγος αναίρεσης, κατά το μέρος του που αναφέρεται σε παραβίαση των ερμηνευτικών των δικαιιοπραξιών διατάξεων των άρθρων 173 και 200 ΑΚ, είναι αβάσιμος, διότι στηρίζεται σε εσφαλμένη προϋπόθεση, δεδομένου ότι οι ερμηνευτικές αυτές διατάξεις δεν έχουν έδαφος εφαρμογής για την κρίση αν μια δικαιιοπραξία είναι εικονική, για την οποία δεν αναζητείται το αληθινό νόημα των δηλώσεων της βούλησης των συμβαλλομένων, αλλά ερευνάται αν οι δηλώσεις αυτές είναι σοβαρές ή αν έγιναν μόνο φαινομενικά, κατά προσποίηση*».

3. Εξάλλου, με σειρά άλλων αποφάσεών του, που κινούνται στην ίδια κατεύθυνση, το Ακυρωτικό αποσαφηνίζει τα όρια μεταξύ ερμηνείας της σύμβασης, δια της οποίας διαπιστώνεται η «εξωτερική»-«κανονιστική» της διάσταση, και αποδείξεως της υπάρξεως (ή μη υπάρξεως) εικονικότητάς της, που δεν είναι στοιχείο της δήλωσης, αλλά πραγματικό γεγονός που συνιστά αντικείμενο αποδείξεως. Η πλέον χαρακτηριστική από αυτή την

3 Κατ' άλλη διατύπωση, έχουσα όμως το ίδιο νόημα, «στην περίπτωση εικονικής σύμβασης ουσιώδες στοιχείο είναι η γνώση της εικονικότητας από όλους τους συμβαλλομένους και η συμφωνία τους ότι η σύμβαση δεν παράγει έννομες συνέπειες»: ΑΠ 1514/2013 (Α1' Τμήμα, Εισηγ. Δ. Κράνης), δημοσιευμένη εις: ΝΟΜΟΣ. Ότι η γνώση της εικονικότητας αποτελεί κατά την κρατούσα νομολογιακή αντίληψη το χαρακτηριστικό γνώρισμα της εικονικότητας βλ. ενδεικτικά, *Καρύμπαλη-Τσίπτιου*, Η ακυρότητα λόγω εικονικότητας, β' έκδ. 2004, σ. 71-74 με παραπομπές. Παγίως δε η «γνώση» ή «άγνοια» ενός νομικώς σημαντικού γεγονότος αντιμετωπίζεται ως πραγματικό γεγονός, συνιστών αντικείμενο αποδείξεως.

4 Δημοσιευμένη εις: ΕφΑΘ 2008, 838 (Εισηγ. Ελ. Παναγιωτάκη).

5 Δημοσιευμένη εις: ΝΟΜΟΣ (Εισηγ. Κ. Τσόλας).

κατηγορία αποφάσεων είναι η υπ' αριθμ. 1627/2008 (Α1' Τμήμα⁶). Σύμφωνα με αυτή: «Από τις διατάξεις των άρθρων 138 παρ.2 και 503 ΑΚ σε συνδυασμό προς εκείνες των άρθρων 173 και 200 του ίδιου Κώδικα προκύπτει ότι, επί καταρτίσεως εικονικής πωλήσεως καλύπτουσας δωρεά υπό τρόπο, αντικείμενο ερμηνείας είναι οι σχετικές δηλώσεις βουλήσεως στην «κανονιστική» μόνο διάστασή τους ως φορέων ενός νομικώς κρίσιμου νοήματος, ενώ η ύπαρξη της εικονικότητας και των χαρακτηριστικών στοιχείων της καλυπτόμενης δωρεάς, ως εμπειρικά διαπιστώσιμων φαινομένων, αποτελεί μόνο αντικείμενο αποδείξεως. Ως εκ τούτου, η κρίση του δικαστηρίου της ουσίας, περί της συνδρομής αυτών των στοιχείων, είναι οντολογική και, άρα, εκφεύγει του αναιρετικού ελέγχου». Δηλαδή: Η μεν διαπίστωση του νοήματος των δηλώσεων βουλήσεως των συμβαλλομένων στην «εξωτερική-κανονιστική» τους διάσταση, ήτοι, η αντίληψη του περιεχομένου των φαινομενικώς σοβαρών δηλώσεων βουλήσεως των μερών, ανευρίσκεται (και) μέσω της ερμηνείας τους. Το αν, όμως, οι δηλώσεις αυτές, έγιναν πράγματι στα σοβαρά ή όχι, οπότε είναι εικονικές, δεν ανευρίσκεται με την ερμηνεία, αλλά με την απόδειξη των εκάστοτε κρίσιμων πραγματικών περιστατικών που συνοδεύουν την κατάρτισή τους. Αυτή δε τη διάκριση, μεταξύ ερμηνείας της δικαιοπραξίας, προκειμένου να διαπιστωθεί το περιεχόμενό της, και διαπιστώσεως της υπάρξεως ή απουσίας εικονικότητας, ως κρίσεως του δικαστηρίου σχηματιζόμενης από την αναιρετικώς ανέλεγκτη εκτίμηση των αποδείξεων, ακολουθεί σταθερά ο Άρειος Πάγος, όπως,

6 Δημοσιευμένη εις: ΝΟΜΟΣ (Εισηγ. Μιχ. Μαργαρίτης).

ενδεικτικά, στις υπ' αριθμ. 382/2009 (Δ' Τμήμα⁷), 719- 720-721⁸-722/2011⁹ (Β1' Τμήμα) και 1671/2000 (Δ' Τμήμα¹⁰) αποφάσεις του.

4. Εξάλλου, σε συστηματική αρμονία με τις προηγούμενες αποφάσεις βρίσκεται η αρεοπαγίτικη νομολογία επί του υπ' αρ. 11 (άρθρου 559 ΚΠολΔ) αναιρετικού λόγου και, ιδίως, ως προς το επιτρεπτόν της διά μαρτύρων αποδείξεως της εικονικότητας. Πάγια, στο σημείο αυτό, είναι η θετική κρίση του Αρείου Πάγου¹¹, με την αιτιολογία ότι: «Η κατά το άρθρο 138 εικο-

7 Δημοσιευμένη εις: ΝΟΜΟΣ (Εισηγ. Γεωργ. Λαλούση).

8 Δημοσιευμένη εις: ΝοΒ 2011, 2344 (Εισηγ. Ν. Πάσσος): «Η εικονικότητα είναι δυνατόν να αναφέρεται στο πρόσωπο του συμβαλλομένου, στην περίπτωση δε αυτή ουσιώδες στοιχείο είναι η συμφωνία μεταξύ όλων των συμβαλλομένων, εικονικών και πραγματικών, ότι η σύμβαση θα συναφθεί όχι με τον εμφανιζόμενο ως συμβαλλόμενο, αλλά με τον καλυπτόμενο απ' αυτόν αληθινό, ως προς τον οποίο είναι έγκυρη και ισχύει κατά την θέληση των συμβαλλομένων. Από την διάταξη αυτή σε συνδυασμό με το άρθρ. 561 § 1 ΚΠολΔ προκύπτει ότι η κρίση του δικαστηρίου της ουσίας για την (απόλυτη ή σχετική) εικονικότητα μιας δικαιοπραξίας σχηματιζόμενη από την εκτίμηση των αποδείξεων και αναφερομένη στην αληθινή βούληση των δικαιοπρακτούντων είναι ανααιρετικά ανέλεγκτη, διότι αφορά κρίση περί τα πράγματα, εκτός εάν παραβιάστηκαν οι ερμηνευτικοί κανόνες των άρθρ. 173 και 200 ΑΚ. Δεν ιδρύεται, όμως, ο λόγος αυτός ανάιρεσης, εάν η ως άνω κρίση δεν είναι προϊόν αξιολόγησης και ερμηνευτικής αποσαφήνισης των σχετικών δηλώσεων βούλησης των συμβληθέντων μερών, αλλά αποτελεί πραγματική διαπίστωση συναχθείσα από την εκτίμηση των μνημονομενών στην απόφαση αποδεικτικών μέσων. [...] Στην προκειμένη περίπτωση το Εφετείο Αθηνών κρίνοντας, ύστερ' από την άσκηση αντιθέτων εφέσεων [...] ότι ειδικότερα: (i) Ουδόλως αποδείχθηκε ότι οι παραπάνω διαδοχικές συμβάσεις εργασίας δεν έγιναν στα σοβαρά παρά μόνο φαινομενικά, [...] (ii) Αντίθετα αποδείχθηκε από τα ίδια αποδεικτικά μέσα ότι: (1) Οι ως άνω συμβάσεις μεταξύ της εναγομένης και των τρίτων εργολάβων εταιρειών ήσαν αληθινές και πραγματικές [...]. Με την κρίση του αυτή το Εφετείο: (Α) Ορθά ερμήνευσε και εφάρμοσε τις ουσιαστικού δικαίου διατάξεις του άρθρ. 138 ΑΚ, διέλαβε δε συναφώς πλήρεις και χωρίς αντιφάσεις αιτιολογίες, ενώ έλαβε υπόψη και τον ισχυρισμό που αποτελεί στοιχείο της πραγματικής βάσης της ένδικης αγωγής ότι η εναγομένη ασκούσε το διευθυντικό δικαίωμα, τον οποίο απέρριψε με αντίθετες προς αυτόν παραδοχές και δη ότι εργοδότης του ενάγοντος δεν ήταν η εναγομένη, αλλά οι προαναφερθείσες εταιρείες, με τις οποίες ο ενάγων συνήψε τις επίμαχες συμβάσεις. Επομένως, πρέπει ν' απορριφθεί ως αβάσιμος ο πρώτος λόγος ανάιρεσης από το άρθρ. 559 αριθ. 1, 8 και 19 ΚΠολΔ ως προς όλα τα αντίστοιχα σκέλη του, ενώ ο ίδιος λόγος καθόσον αναφέρεται στην εκτίμηση και αξιολόγηση των αποδείξεων είναι απορριπτέος ως απαράδεκτος (άρθρ. 561 § 1 ΚΠολΔ). (Β) Ουδόλως παραβίασε τους ερμηνευτικούς κανόνες των δικαιοπραξιών που περιέχονται στα άρθρ. 173 και 200 ΑΚ μη καταφεύγοντας σε αυτούς, όπως προβάλλεται, αν και έμμεσα δέχθηκε την ύπαρξη αμφιβολίας στην βούληση των δικαιοπρακτούντων μερών στις επίδικες συμβάσεις, καθόσον, σύμφωνα με το προεκτεθέν περιεχόμενο της προσβαλλομένης απόφασης, η κρίση του Εφετείου περί μη εικονικότητας των ως άνω συμβάσεων δεν είναι προϊόν αξιολόγησης και ερμηνευτικής αποσαφήνισης των σχετικών δηλώσεων βούλησης των συμβληθέντων μερών, αλλ' αποτελεί πραγματική διαπίστωση συναχθείσα από την εκτίμηση των μνημονομενών στην απόφαση αποδεικτικών μέσων. Επομένως, ο δεύτερος λόγος ανάιρεσης από τον αριθ. 1 του άρθρ. 559 ΚΠολΔ πρέπει ν' απορριφθεί ως ερειδόμενος σε ανακριβή προϋπόθεση».

9 Δημοσιευμένη εις: ΕφΑθ 2012, 254 (Εισηγ. Ν. Πάσσος).

10 Δημοσιευμένη εις: ΕλλΔνη 2001, 1327= ΧρΙΔ 2001, 300 (Εισηγ. Αθ. Κρητικός).

11 ΑΠ 2260/2014 (Α1' Τμήμα), Εισηγ. Αθ. Καγκάνης, ΝΟΜΟΣ· ΑΠ 342/2014 (Α2' Τμήμα), Εισηγ. Στέφ. Βόσκα, ΝΟΜΟΣ· ΑΠ 1822/2012 (Γ' Τμήμα), Εισηγ. Χαρ. Δημάδης, ΧρΙΔ 2013, 354· ΑΠ 26/2003 (Γ' Τμήμα), Εισηγ. Αλ. Κασιώλας, ΝοΒ 2003, 1616. Για περαιτέρω

νικότητα της δικαιοπραξίας και η ύπαρξη της άλλης ισχυρής δικαιοπραξίας που καλύπτεται κάτω από αυτήν, μπορεί να αποδειχθεί με τα επιτρεπόμενα ... αποδεικτικά μέσα διότι δεν πρόκειται για τροποποίηση της δικαιοπραξίας κατά το περιεχόμενό της που καθορίσθηκε από τα συμβαλλόμενα μέρη, αφού η απόδειξη της εικονικότητας δεν στρέφεται κατά του περιεχομένου της δικαιοπραξίας, το οποίο αναγνωρίζεται όπως έχει εξωτερικώς, αλλά κατά του κύρους της περιεχόμενης σε αυτήν πράξεως, η οποία έγινε χωρίς πρόθεση παραγωγής έννομων αποτελεσμάτων ή παραγωγής διαφορετικών αποτελεσμάτων από την φαινόμενη δικαιοπραξία (ΑΠ 1642/2000)». Ισχύει δε ο κανόνας αυτός και επί τυπικών δικαιοπραξιών, αφού η διαπίστωση της εικονικότητας δεν αλλοιώνει ούτε αναιρεί το περιεχόμενο της δικαιοπραξίας, όπως αυτό ερμηνευτικώς κατά το εξωτερικό του μέρος έχει προηγουμένως αναγνωρισθεί, αλλά ματαιώνει την ανάπτυξη της έννομης συνέπειάς της, με συνέπεια να μην υπάρχει έδαφος εφαρμογής της ΑΚ 164¹².

5. Ενόψει αυτών, ο Άρειος Πάγος δέχεται¹³ ότι «Για την εικονικότητα της δικαιοπραξίας, αρκεί το γεγονός ότι η δήλωση των δικαιοπρακτούντων είναι προσχηματική και δεν αποσκοπεί στην παραγωγή των έννομων αποτελεσμάτων της δικαιοπραξίας που καταρτίζεται», καθώς και ότι «οι επιδιώξεις των δικαιοπρακτούντων και τα ειδικότερα κίνητρα που τους ώθησαν να καταρτίσουν εικονική δικαιοπραξία δεν αποτελούν στοιχεία που πρέπει να αποδεικνύονται, προκειμένου το δικαστήριο να αποφανθεί ότι η δικαιοπραξία είναι εικονική, ενδεχομένως δε να αποτελέσουν επιχειρήματα τα οποία υποβοηθούν το δικαστήριο να συναγάγει το αποδεικτικό του πόρισμα σχετικά με το αν η δήλωση των δικαιοπρακτούντων ήταν φαινομενική ή σοβαρή (ΑΠ 1247/2003)». Προσθέτει δε το δικαστήριο: «Ο από το άρθρο 559 αρ.1 ΚΠολΔ, λόγος αναίρεσης είναι δυνατό να φέρεται ότι πλήττει την προσβαλλόμενη απόφαση γιατί παραβίασε κανόνα δικαίου, αλλά στην πραγματικότητα να πλήττει την απόφαση κατά την εκτίμηση των αποδείξεων, υπό το πρόσχημα ότι κατά την εκτίμηση αυτή παραβιάστηκε κανόνας δικαίου, οπότε ο λόγος αναίρεσης προτείνεται απαραδέκτως, διότι πλήττει την ανέλεγκτη από τον Άρειο Πάγο εκτίμηση των αποδείξεων (άρθρο 561 παρ.1 ΚΠολΔ)». Και με αυτές τις σκέψεις ο Άρειος Πάγος απορρίπτει τη σχετική αίτηση αναιρέσεως.
6. Τέλος, και εξ απόψεως συγκριτικής επισκόπησης του ζητήματος, σημειώνεται ότι στο ίδιο ακριβώς πνεύμα με την ελληνική νομολογία, και η νομολογία του Γερμανικού Ακυρωτικού σταθερά αντιμετωπίζει την ύπαρξη

πλούσια νομολογία, αλλά και για τις διακρίσεις που συχνά απαντούν στη νομολογία ως προς τα πρόσωπα που μπορούν να αποδείξουν με μάρτυρες την εικονικότητα, βλ., αντί άλλων, Καρύμπαλη-Τσίπτιου, ό.π., σ. 205 επ. ιδίως σημ. 82 μ.π.π.

12 ΑΠ 33/1997 ΝοΒ 1998, 511· ΑΠ 160/1996 ΕλλΔνη 196, 1325· ΑΠ 1438/1995 ΕΕΝ 1997, 263. Για περαιτέρω παραπομπές στη νομολογία βλ. Καρύμπαλη-Τσίπτιου, ό.π., σ. 206 σημ. 83.

13 ΑΠ 342/2014 (Α2 Τμήμα), Εισηγ. Στ. Βόσκας, ΝΟΜΟΣ.

της εικονικότητας ως πραγματικό γεγονός, που, ως τέτοιο, εκφεύγει του ανααιρετικού ελέγχου, με την παγιωμένη διατύπωση: «*Ob ein Rechtsgeschäft ernstlich gemeint oder nur zum Schein abgeschlossen ist, ist überwiegend Tatfrage und als solche der Nachprüfung der Revisionsinstanz entzogen ist*»¹⁴. Την ίδια θέση υιοθετεί δε και το Αυστριακό Ακυρωτικό¹⁵.

Β. Η θέση της επιστήμης

1. Με την ως άνω κρατούσα στη νομολογία γνώμη συμπλέει και η κρατούσα στην επιστήμη άποψη. Έτσι, κατ' αντιστοιχία προς την υιοθετηθείσα από την υπ' αριθμ. 1627/2008 απόφαση του Αρείου Πάγου διάκριση, ότι «*επί κα-
ταρτίσεως εικονικής πώλησεως [...] αντικείμενο ερμηνείας είναι οι σχετικές δηλώσεις
βουλήσεως στην «κανονιστική» μόνο διάστασή τους ως φορέων ενός νομικώς κρίσι-
μου νοήματος, ενώ η ύπαρξη της εικονικότητας και των χαρακτηριστικών στοιχεί-
ων της καλυπτόμενης δωρεάς, ως εμπειρικώς διαπιστώσιμων φαινομένων, αποτελεί
μόνο αντικείμενο αποδείξεως*», διακρίνεται και στη νομική θεωρία η δήλωση
βουλήσεως, ως πράξη δικαίου, αφενός σε «*ψυχοφυσικό*» και αφετέρου σε
«*νομικώς αξιόλογο*» φαινόμενο, εκ των οποίων το μεν πρώτο συνιστά αντι-
κείμενο αποδείξεως, το δε δεύτερο ερμηνείας¹⁶.

14 BGH NJW 1959, 332, 333· BGH NJW 1980, 1572, 1573 (II.2 in fine)· BGH 25.01.1985, WM 1985, 515· BGH 22.05.1978, MDR 1978, 1003-1004· BGH 31.01.1991, NJW 1991, 3095, 3098· BGH 29.10.1996, WM 1996, 2272· BGH 5.10.2001-V ZR 275/00· BGH 17.12.2002 XI ZN 290/01, JurionRS 2002, 19262· BGH 20.07.2006 MDR 2007, 240ß241· BFG 17.06.1993 BFG/NV 1994, 280· BGH 25.11.2008 XI ZR 413/07.

15 OGH 02.07.2015 2obl185/145, δημοσιευμένη εις: www.ris.bla.gov.at

16 Βλ. *Καράση*, Γενικές αρχές του αστικού δικαίου, Δικαιοπραξία I, 1996, σ. 464 επ., ο οποίος είναι εμφανώς επηρεασμένος από τη διδασκαλία του *Μητσόπουλου* για τη διάκριση μεταξύ νομικού και πραγματικού γεγονότος (*Μητσόπουλος*, Η διάκρισις πραγματικού και νομικού ζητήματος εν τη ανααιρετική διαδικασία, NoB 1967, 945 επ., 952 επ. και μεταγενεστέρως *Mitsopoulos*, Zur Trennung von Rechts und Tatfrage, ZZP 120, 107), η οποία πάντως θεωρητική διάκριση αφενός υποχωρεί σε σημασία, ενόψει της ρητής διατάξεως του άρθρου 561 § 1 ΚΠολΔ, αφετέρου ενέχει στοιχεία εννοιοκρατίας (βλ., εντελώς ενδεικτικά, επιγραμματική σύνοψη των διάφορων επιχειρημάτων σε *Παπαδόπουλο*, Η ανααιρετική διαδικασία, 1997, σ. 629-631 και αναλυτικά *Καλαβρό*, Η αναίρεση κατά τον ΚΠολΔ, β' έκδ., υπό άρθρ. 561 και *Μπέη*, Δεοντικές (νομικές) και οντολογικές (εμπειρικές) έννοιες στην ανααιρετική διαδικασία του Αρείου Πάγου, Δ 2009, προδημοσίευση από τον τμ. τόμο Π. Γέμπτου. Η προβληματική ερευνάται, πάντως, ενδελεχώς από πολύ παλαιά και σε όλες τις έννομες τάξεις. Για το γερμανικό ιδίως δίκαιο βλ. ήδη την πολύ αξιόλογη εργασία του *Erich Danz*, Die Auslegung der Rechtsgeschäfte, Zugleich ein Beitrag zur Rechts- und Tatfrage, 3^η έκδ. 1911). Για τη διάκριση της δήλωσης βουλήσεως σε ψυχοφυσικό και σε νομικώς αξιόλογο φαινόμενο πρβλ. επίσης *Παναγιολάου*, Μεθοδολογία του ιδιωτικού δικαίου και ερμηνεία των δικαιοπραξιών, 2000, σ. 299-300 και *Καλαβρό*, Τα όρια του ανααιρετικού ελέγχου, 2015, σ. 296 επ.

Ειδικότερα, κατά μεταφορά όσων διεθνώς διδάσκονται για τη δικαιοπραξία, υποστηρίχθηκε και στη δική μας έννομη τάξη από τον Καράση και εκράτησε η άποψη¹⁷, ότι ως ψυχοφυσικό φαινόμενο η δήλωση βουλήσεως συντίθεται αφενός από τη δήλωση ως πράξη (Erklärungsakt) και αφετέρου από τη δήλωση ως δικαιοπρακτική δήλωση συγκεκριμένου περιεχομένου (Erklärungsinhalt). Η δήλωση ως πράξη συντίθεται ειδικότερα από τη βούληση πράξεως (υποκειμενικό στοιχείο) και από το αποτέλεσμα της βουλήσεως, τη δήλωση καθ' εαυτήν (αντικειμενικό στοιχείο). Η δήλωση ως δικαιοπρακτική δήλωση προσδιορίζεται επιπροσθέτως από τη δικαιοπρακτική βούληση (υποκειμενικό στοιχείο).

Ως νομικώς αξιόλογο φαινόμενο, εξάλλου, η δήλωση βουλήσεως είναι και φορέας νοήματος υποκειμενικού ή αντικειμενικού. Υποκειμενικό είναι δε το νόημα της δηλώσεως βουλήσεως, όταν κρίνεται σε αναφορά προς το νόημα, που ο δηλών προσέδωσε στη δήλωσή του, ενώ αντικειμενικό όταν κρίνεται σε αναφορά προς τα κριτήρια της έννομης τάξεως.

Με βάση την ανωτέρω διάκριση, γίνεται περαιτέρω δεκτό ότι η δήλωση βουλήσεως ως ψυχοφυσικό φαινόμενο αποτελεί αντικείμενο αποδείξεως μόνο¹⁸. Αντικείμενο αποδείξεως αποτελεί, ειδικότερα, πρώτον η δήλωση ως πράξη και δεύτερον η δήλωση ως δικαιοπρακτική δήλωση ορισμένου περιεχομένου. Αναφορικά με τη δήλωση ως πράξη, αποδεικτέα είναι, συγκεκριμένα, η δήλωση ως πραγματικό φαινόμενο (δηλονότι τα όποια δηλωτικά μέσα, προφορικός ή γραπτός λόγος, τρόπος δηλώσεως, δηλ. ρητή ή σιωπηρή δήλωση, άμεση ή έμμεση) και η βούληση πράξεως ως ψυχικό φαινόμενο (ιδίως το εκούσιο αυτής), καθώς και η αιτιώδης σχέση μεταξύ δηλώσεως και βουλήσεως πράξεως. Όσον αφορά δε τη δήλωση ως δικαιοπρακτική δήλωση, αποδεικτέα είναι η βούληση¹⁹ δηλώσεως (δηλαδή η βούληση προκλήσεως έννομης συνέπειας γενικά) και η δικαιοπρακτική βούληση (δηλαδή η βούληση προκλήσεως συγκεκριμένης έννομης συνέπειας) ως ψυχικά φαινόμενα.

Έτσι, μέσω της αποδείξεως, επιτυγχάνεται η οντολογική γνώση της δηλώσεως βουλήσεως ως ψυχοφυσικού φαινομένου, η οποία είναι αναγκαία λογική προϋπόθεση της γνώσεώς της ως αξιόλογου φαινομένου, καθώς από τη γνώση της δηλώσεως βουλήσεως ως «υπάρχοντος» εξαρτάται η γνώση της δηλώσεως βουλήσεως ως «ισχύοντος». Η τελευταία, ως σύν-

17 Καράσης, ό.π.

18 Καράσης, ό.π.· πρβλ. και Καλαβρό, ό.π., σ. 296-297.

19 Ότι η βούληση είναι ζήτημα πραγματικό, μη υποκείμενο σε αναιρετικό έλεγχο, βλ. ΑΠ 1587/1981 ΝοΒ 30, 1057· ΑΠ 320/1977 ΝοΒ 25, 1335· ΑΠ 651/1976 ΕλλΔνη 1977, 224· Παπαδόπουλο, Η αναιρετική διαδικασία, 1997, σ. 631.

θεση αισθητού και νοητού, δεν αποτελεί πλέον αντικείμενο αποδείξεως, αλλά ερμηνείας.

Μεταφέροντας τις ανωτέρω γενικές παραδοχές στην ειδικότερη περίπτωση της εικονικότητας, ως ελαττώματος της δικαιοπραξίας που εμποδίζει την ανάπτυξη των φαινομενικώς μόνον και όχι πραγματικώς σκοπούμενων έννομων συνεπειών της δηλώσεως «βουλήσεως», επιβεβαιώνεται η ορθότης της κρατούσης στη νομολογία γνώμης, ότι η ύπαρξη ή ανυπαρξία αυτής, δηλ. η ύπαρξη ή ανυπαρξία βούλησης πραγματικής δεσμεύσεως των φαινομενικώς συμβαλλομένων, αφορά στη δήλωση ως ψυχοφυσικό φαινόμενο, που, ως τέτοιο, αποτελεί αντικείμενο αποδείξεως και μόνο²⁰. Ανταποκρίνεται δε η θέση αυτή προς την ευρέως ισχύουσα παραδοχή ότι «φαινόμενο» μόνο ως προς πράγμα και όχι ως προς δικαίωμα (και εν γένει έννομη σχέση) δύναται να δημιουργηθεί²¹. Τούτέστιν, η ίδια η ύπαρξη «φαινομένου βουλήσεως», δημιουργηθέντος μέσω της εικονικής δηλώσεως, προϋποθέτει τη βούληση ως πράγμα.

Πρέπει, εξάλλου, να σημειωθεί ότι ο κατά τα ανωτέρω αποκλεισμός της ερμηνείας της εικονικής δικαιοπραξίας, ως μεθόδου διαπιστώσεως του εικονικού ή μη χαρακτήρα της (ΑΚ 138 § 1), προφανώς δεν ισχύει στην περίπτωση που, εφόσον κατ' αρχάς διαπιστωθεί αποδεικτικώς η εικονικότητα της φαινομενικώς καταρτισθείσης δικαιοπραξίας (και κατ' επέκταση το δικαστήριο αχθεί κατ' εφαρμογήν της ΑΚ 138 § 1 στην αναγνώριση της ακυρότητάς της), ερευνάται στη συνέχεια το αν τα μέρη ήθελαν την κατάρτιση μιας άλλης (καλυπτόμενης) ισχυρής δικαιοπραξίας (ΑΚ 138 § 2)²². Στο στάδιο αυτό προφανώς πρέπει να διαπιστωθεί μέσω της ερμηνείας των

20 Παπαδόπουλος, ό.π., σ. 199: «Το δικαστήριο της ουσίας δέχθηκε ότι υφίσταται πρόθεση των διαδίκων να συνάψουν μεταξύ τους σύμβαση... Η κρίση αυτή του δικαστηρίου της ουσίας αναγόμενη σε πράγματα μόνο δεν υπόκειται στον έλεγχο του Αρείου Πάγου».

21 Wellspacher, Das Vertrauen auf äußere Tatbestände im bürgerlichen Rechte, 1905, σ. 115. Κουμάντος, Η υποκειμενική καλή πίστις, 1958, σ. 21 σημ. 66.

22 Βλ. και Μεντή, Ερμηνεία των δικαιοπραξιών και αναιρετικός έλεγχος, ΕΠολΔ 2012 (αναδημοσίευση από τον Τιμ. Τομ. Θ. Λιακόπουλου), 274 επ., 278, ο οποίος ακριβώς αυτό το παράδειγμα ουσιαστικώς επικαλείται, όπως επίσης και τον συμφωνούντα με αυτόν Καλαβρό, ό.π., σ. 309 και 311. Λιγότερο σαφής ο Καραγιάννης, Η προβληματική της εικονικότητας στο ιδιωτικό δίκαιο, 2002, σ. 377 επ., 378-379, ο οποίος, με παραπομπή στον Kallimopoulos, Die Simulation im bürgerlichen Recht, 1965, σ. 32 επ., υποστηρίζει ότι σε κάποιες περιπτώσεις και ειδικότερα όταν δεν αποδεικνύεται άμεσα (π.χ. με αντέγγραφο) αλλά έμμεσα μόνο η εικονικότητα «ενδεχομένως θα ανακύπτει και ζήτημα ερμηνείας για να προσδιορισθεί, αν η δήλωση βούλησης έγινε χωρίς βούληση ισχύος, κατά το φαινόμενο μόνο...». Παρά ταύτα δεν προκύπτει τότε κατά τον συγγραφέα θα ανακύπτει το «ενδεχόμενο» της ανάγκης διαπιστώσεως της σοβαρότητας της δήλωσης βουλήσεως με ερμηνεία αυτής, ενώ και ο παραπεμπόμενος από τον Καραγιάννη συγγραφέας (Kallimopoulos, ό.π., σ. 30-35), κάνει λόγο για εντός εισαγωγικών ερμηνεία («Auslegung»).

πραγματικών και ηθελημένων δηλώσεων βουλήσεως, με τα κριτήρια των ΑΚ 173 και 200, το ακριβές περιεχόμενό τους. Αλλά, όπως είναι αυτονόητο, εάν το δικαστήριο αποφανθεί σε πρώτο επίπεδο ότι η προβαλλόμενη ως εικονική δικαιοπραξία δεν είναι εικονική αλλά ισχυρή (σοβαρή), δεν υφίσταται καν δυνατότης ερεύνης εκ μέρους του ως προς το εάν καταρτίσθηκε και με ποιο περιεχόμενο μια άλλη «καλυπτόμενη» δικαιοπραξία, την οποία να ερμηνεύσει²³.

2. Στην όλη προβληματική σημαντικό ρόλο διαδραματίζει και η ρύθμιση της ΑΚ 139. Πράγματι, με δεδομένο ότι χαρακτηριστικό της εικονικής δικαιοπραξίας είναι η μέσω της εξωτερικευθείσης δηλώσεως δημιουργία φαινομένου (δικαιοπρακτικής) βουλήσεως²⁴ απάδοντος προς την «πραγματικότητα», η οποία (πραγματικότητα) παραμένει εσωτερική υπόθεση του εικονικώς δηλούντος, δυοίν θάτερον: Είτε μέσω της ερμηνείας και δη της εδραζόμενης (και) στα αντικειμενικά κριτήρια της ΑΚ 200²⁵ αποκαλύπτεται με κανονιστικά κριτήρια ο εικονικός (δηλαδή μη σοβαρός) χαρακτήρας της δικαιοπραξίας, οπότε όμως δεν υπάρχει πεδίο προστασίας των «αγνοούντων» αυτόν τρίτων²⁶, είτε, όπως κατ' ορθή κρίση πρέπει να γίνει δεκτό, η εικονικότητα, ως εσωτερική ψυχική κατάσταση του δηλούντος, δεν αποκαλύπτεται ερμηνευτικώς-κανονιστικώς, αλλ' αποδεικτικώς, εξ ου και δικαιολογείται η διακεκριμένη νομική μεταχείριση αφενός της φαινόμενης δικαιοπραξίας (που αφορά ιδίως τους τρίτους, που την υπολαμβάνουν ως σοβαρή: ΑΚ 139) και αφετέρου της πράγματι ισχύουσας ή μη ισχύουσας (που αφορά τους εικονικώς δικαιοπρακτήσαντες: ΑΚ 138).

Η θέση αυτή επιρρωνύεται από το ίδιο το γράμμα της ΑΚ 139, που ορίζει ότι ο τρίτος προστατεύεται, εάν συναλλάχθηκε «αγνοώντας» την

23 Για την αυτοτέλεια εκάστου εδαφίου της ΑΚ 138 βλ., εντελώς ενδεικτικά, ΑΠ 365/2015 (Γ' Τμήμα) Εισηγ. Ασπ. Μαγιάκου, ΝΟΜΟΣ: «Δεν είναι ανάγκη να προκύπτει ο σκοπός ή τα αίτια που οδήγησαν στην ελαττωματική αυτή δήλωση, εκτός αν υποκρύπτει άλλη δικαιοπραξία και μόνο για την έρευνα του κύρους ή μη αυτής κατά τη δεύτερη διάταξη του άρθρου 138 ΑΚ. Η τελευταία όμως αυτή διάταξη δεν είναι προσδιοριστική της κατά την πρώτη παράγραφο του άρθρου 138 ΑΚ εικονικότητας, υπό την έννοια ότι οριοθετεί απλώς την έκταση και την ενέργειά της, αλλ' έχει αυτοτέλεια διότι στηρίζεται σε νέα πραγματικά γεγονότα, διαφορετικά από εκείνα που απαρτίζουν την εικονικότητα της εμφανούς δικαιοπραξίας (ΟΛΑΠ 32/1998)».

24 Αντί άλλων βλ. *Manigk*, *Das rechtswirksame Verhalten*, 1939, σ. 155-166 και *Κουμάντο*, ό.π., σ. 23.

25 Αυτό το δέχεται και ο *Καλαβρός*, ό.π., σ. 309 (αν και οι παραπεμπόμενες εκ μέρους του στη σημ. 2 αρεοπαγίτικες αποφάσεις 142/2003 και 1518/2009, ως αφορώσες στην εδώ κρινόμενη προβληματική, δεν αφορούν σε περιπτώσεις εικονικής δικαιοπραξίας). Πρβλ. επίσης *Καραγιάννη*, ό.π., σ. 379 και *Kallimoroulos*, ό.π., σ. 32 επ.

26 Διότι στο κατ' αντικειμενική ερμηνεία νόημα της δικαιοπραξίας όφειλαν και οι τρίτοι να προσανατολισθούν.

εικονικότητα. Είναι γνωστό ότι, μολονότι τμήμα της επιστήμης και της νομολογίας είχαν παλαιότερα ταχθεί υπέρ της ερμηνείας, σύμφωνα με την οποία η «άγνοια» θα έπρεπε εδώ να συνδυασθεί με αξιολογικά κριτήρια (ιδίως υπαιτιότητα), ώστε να μην προστατεύεται ο από βαριά αμέλεια αγνοών την εικονικότητα, η άποψη αυτή (ορθώς) δεν επεκράτησε και ο Άρειος Πάγος παγίωσε σταδιακά την ερμηνεία που στηρίζεται σε ιστορικά, συστηματικά και τελολογικά επιχειρήματα, ότι η άγνοια εδώ σημαίνει απουσία γνώσης²⁷. Η «άγνοια» της εικονικότητας, όμως, ως νόμιμη αρνητική προϋπόθεση για την προστασία του τρίτου, τίποτε άλλο δεν σημαίνει παρά ότι η εικονικότητα νοείται και από τον νομοθέτη ως πραγματικό γεγονός, δυνάμενο να γίνει αντιληπτό με τις αισθήσεις, και, σε περίπτωση αμφισβήτησης, να αποδειχθεί με απόδειξη.

Στο πλαίσιο αυτό πρέπει, εξάλλου, να σημειωθεί ότι, στο στάδιο της διαπιστώσεως του κανονιστικού-εξωτερικού περιεχομένου της δηλώσεως βουλήσεως, δηλαδή κατά την πρόσδοση σε αυτήν, ως φορέα νοήματος, του αξιολογικού περιεχομένου που επιτάσσουν οι ερμηνευτικοί των δικαιοπραξιών κανόνες, υπολαμβάνεται ως δεδομένη (τεκμαίρεται ως υπάρχουσα) η σοβαρότητά της, καθώς η εικονικότητα είναι κάτι το εξαιρετικό²⁸. Με άλλες λέξεις ερμηνευτέα τυγχάνει η κατά φαινόμενο ηθελημένη ως δεσμευτική εξωτερικευθείσα δήλωση βουλήσεως²⁹, αφού πρώτα η ύπαρξή της σε οντολογικό επίπεδο διαπιστωθεί αποδεικτικώς. Ακριβέστερα, μέσω ακριβώς της ερμηνείας διαπιστώνται αυτό τούτο το «φαινόμενο δικαιοπραξίας συγκεκριμένου περιεχομένου», το οποίο, μαζί με την απουσία σοβαρότητας, συνιστούν τα δύο θεμελιώδη στοιχεία της εικονικής δικαιοπραξίας³⁰. Το δεύτερο αυτό στοιχείο θα ερευνηθεί όμως σε ένα επόμενο στάδιο, εφόσον προτείνεται ισχυρισμός περί εικονικότητάς της, οπότε θα διαπιστωθεί επιπλέον αποδεικτικώς αν υπήρχε ή δεν υπήρχε σοβαρή (ειλι-

27 Βλ. ιδίως την ΑΠ (Α' Τμήμα) 197/1999, Εισηγ. Γ. Κάππος, ΝΟΒ 2000, 637 με ενδελεχή ανάπτυξη· ομοίως ΑΠ (Γ' Τμήμα) 199/2002, Εισηγ. Γρ. Φιλίππας, ΝΟΒ 2002, 1848· ΑΠ 262/1967 ΝΟΒ 1967, 1038· ΑΠ 60/1977· προσφάτως ΑΠ 842/2014 ΝΟΒ 2014, 2322.

28 Εντελώς ενδεικτικά βλ. ΑΠ 199/2002 και 197/1999, ό.π. Για τον λόγο αυτό, άλλωστε, η εικονικότητα προτείνεται με ένσταση και όχι με άρνηση. Ισχύει δε αυτό και για τη γνώση του τρίτου στο πλαίσιο εφαρμογής της ΑΚ 139: *Καρακατσάνης*, στον ΑΚ Γεωργιάδη/Σταθόπουλου¹, άρθρ. 138-139 αρ. 12.

29 Στη διατύπωση, επομένως, της ΑΠ 1627/2008 (ό.π.) ότι «επί καταρτίσεως εικονικής πώλησεως καλύπτουσας δωρεά υπό τρόπο, αντικείμενο ερμηνείας είναι οι σχετικές δηλώσεις βουλήσεως στην «κανονιστική» μόνο διάστασή τους ως φορέων ενός νομικώς κρίσιμου νοήματος, ενώ η ύπαρξη της εικονικότητας και των χαρακτηριστικών στοιχείων της καλυπτόμενης δωρεάς, ως εμπειρικής διαπιστώσιμων φαινομένων, αποτελεί μόνο αντικείμενο αποδείξεως» ως προστεθεί η φράση «κατά φαινόμενο» πριν από τη λέξη «φορέων».

30 Παπαστερίου/Κλαβανίδου, Δίκαιο της δικαιοπραξίας, 2008, § 49 αρ 4 σ. 338-339.

κρινής) πρόθεση του δηλούντος να δεσμευθεί, δεδομένου ότι η εικονικότητα είναι ζήτημα πραγματικό.

3. Ότι η εικονικότητα συνιστά κατά την απολύτως κρατούσα στην επιστήμη άποψη πραγματικό γεγονός συνάγεται περαιτέρω από τη σύμφωνη με την προαναφερθείσα νομολογιακή θέση γνώμη, ότι η εικονικότητα αποτελεί αντικείμενο αποδείξεως³¹ και μάλιστα εμμέριμνης, χωρίς αυτό να προσκρούει στην απαγόρευση της ΚΠολΔ 393 § 2, ανεξάρτητα από το εάν πρόκειται για δικαιοπραξία τυπική³². Και τούτο με την αιτιολογία ότι η εικονικότητα δεν είναι, καθ' εαυτήν, στοιχείο της δικαιοπραξίας³³, ούτε στρέφεται κατά του περιεχομένου της δικαιοπραξίας, αλλά κατά του κύρους της.

Είναι άλλωστε χαρακτηριστικό ότι στα άρθρα 303-304 της Πολιτικής Δικονομίας του *Maurer*, η εικονικότης αναφερόταν ρητώς (άρθρο 304 αρ. 2) μεταξύ των πραγματικών περιστατικών (άρθρο 303 εδ. β'³⁴) που, εξαιρετικώς, μπορούσαν να αποδειχθούν με μάρτυρες³⁵.

4. Προκειμένου, εξάλλου, να αποσαφηνισθεί πλήρως το κατά πόσον η εικονικότητα συνιστά πραγματικό ζήτημα, που διαπιστώνεται με απόδειξη μόνο, ή (και) νομικό, αναγκαία καθίσταται η οριοθέτησή του από το ενίοτε από κοινού με αυτό εξεταζόμενο³⁶, πλην όμως σαφώς διακρινόμενο τούτου, ζήτημα, αν η κατάρτιση μιας δικαιοπραξίας διαπιστούται μέσω της ερμηνείας της ή μέσω αποδείξεως³⁷.

31 Αντικείμενο αποδείξεως κατά το άρθρο 335 ΚΠολΔ είναι μόνο τα πραγματικά γεγονότα με ουσιώδη επίδραση στη δίκη. Τέτοια δε είναι, μεταξύ άλλων, οι εσωτερικές πράξεις και ενέργειες (προσοχή, περίσκεψη κλπ.), ψυχικές καταστάσεις (πλάνη κλπ.), καταστάσεις εν γένει (κατάσταση ανάγκης κλπ.) κλπ.: βλ., ενδεικτικά, *Νικολόπουλο*, Το δίκαιο της αποδείξεως, 2005, σ. 55-57.

32 Ενδεικτικά *Ράμμος*, Εγχειρίδιον αστικού δικονομικού δικαίου II, 1980, σ. 837· *Γέσιου-Φαλτσή*, Δίκαιο αποδείξεως³, 1985, σ. 195· *Μπέης*, ΠολΔικ Τομ. 8, υπό 393, σ. 1701-1702· *Νικολόπουλος*, ό.π., σ. 197· *Καρύμπαλη-Τσίπτσιου*, ό.π., σ. 205 επ.

33 *Βαθρακοκόλης*, ΕΝΟΡΜΑΚ, άρθρ. 138 αρ. 34 σ. 593-594.

34 Το άρθρο 303 ΠολΔ είχε ως ακολούθως: «Κατά του περιεχομένου εγγράφου τινός δεν είναι δεκτή η δια μαρτύρων απόδειξις, [αν και] και όταν ακόμη το αντικείμενον της αγωγής αποτελεί ολιγώτερον των πεντακοσίων χιλιάδων δραχμών. Επίσης δεν δύναται να αποδειχθεί δια μαρτύρων [πράξις τις] πραγματικόν τι γεγονός ή οιαδήποτε προ της συντάξεως του εγγράφου, κατά την σύνταξιν ή μετ' αυτήν γενομένη συμφωνία, ήτις δεν αντίκειται εις την έννοιαν του εγγράφου, αλλ' έχει μεν σχέσιν μετ' αυτής, δεν περιέχεται δε εν τω εγγράφω». Το δε άρθρο 304 στον αρ. 2 ρητώς ανέφερε την εικονικότητα, ως λόγο δικαιολογούντα την απόκλιση από τον κανόνα του προηγούμενου άρθρου.

35 Βλ. νομολογία και θεωρητική ανάπτυξη σε *Κιτσικόπουλο*, Πολιτική δικονομία, τ. 3^ο, 1937, άρθρ. 304 αρ. 290 επ. σ. 2829.

36 Από κοινού, εν πολλοίς, ή, έστω, ως δεκτικά κοινής αντιμετώπισης εξετάζουν τα δύο ζητήματα οι *Μεντής*, ό.π., και *Καλαβρός*, ό.π.

37 Βλ. λ.χ. ΑΠ 1403/2007 ΕΕμπΔ 2008, 92: δεν ελέγχεται αναιρετικά για παραβίαση των ΑΚ

Γίνεται ορθώς δεκτό ότι οι κανόνες των ΑΚ 173 και 200 δεν εφαρμόζονται μόνο για την αποκάλυψη του νοήματος της δικαιοπραξίας, αλλά και για το προηγούμενο ζήτημα αν αυτή καταρτίσθηκε³⁸. Πράγματι, η ερμηνεία της δηλώσεως βουλήσεως είναι αναγκαία προϋπόθεση, προκειμένου να εξευρεθεί το κανονιστικό-εξωτερικό της νόημα, ήτοι για να διαπιστωθεί ποιο είναι το «εκ πρώτης όψεως»³⁹ νόημα και περιεχόμενό της και αν αυτό πληροί τα αναγκαία στοιχεία (*essentialia negotii*) κάποιας δικαιοπραξίας συγκεκριμένου τύπου και περιεχομένου. Για να αποφασίσει λ.χ. το δικαστήριο ότι καταρτίσθηκε πώληση αυτοκινήτου όταν ο ένας συμβαλλόμενος δηλώνει «σου δίνω το αυτοκίνητό μου» και ο άλλος απαντά «ναι, αλλά θα σε πληρώνω με τον μήνα», είναι αναγκαία η δια της ερμηνείας (ΑΚ 173 και 200) αποκάλυψη του περιεχομένου της συμφωνίας –ιδίως αν αντικείμενό της είναι η κυριότητα ή η χρήση του πράγματος– και, συναφώς, αν συμφωνήθηκε τίμημα σε δόσεις ή μίσθωμα κλπ. Αυτή είναι κρίση σαφώς νομική και προϋποθέτει ερμηνεία των δηλώσεων βουλήσεως, η οποία (ερμηνεία) «δεν αποτελεί πραγματικό γεγονός, κατά την έννοια του άρθρου 335 ΚΠολΔ, υποκείμενο σε απόδειξη, αλλά ανάγεται στο έργο του δικαστηρίου της ουσίας, το οποίο ως εκ τούτου, επιλαμβανόμενο της διαφοράς, προβαίνει σ' αυτήν απευθείας χωρίς να διατάξει απόδειξη»⁴⁰. Το περαιτέρω ζήτημα όμως, αν οι δηλώσεις των μερών, με το δια της ερμηνείας αποκαλυφθέν νόημά τους, έγιναν ή όχι στα σοβαρά (αν είναι ειλικρινείς), δεν προκύπτει από την ερμηνευτική διαδικασία, αλλά αποτελεί (εφόσον αμφισβητείται) αντικείμενο απόδειξης. Πρόκειται για ζητήματα σαφώς διακρινόμενα έναντι αλλήλων⁴¹.

Τα δύο ζητήματα (αν καταρτίσθηκε δικαιοπραξία, αφενός, και αν αυτή είναι εικονική και άρα μη δεσμευτική, αφετέρου) εμφανίζονται όμως ενίοτε ως εμπίπτοντα εν πολλοίς στην κοινή προβληματική περί του «αν υπάρχει

173 και 200 η κρίση του δικαστηρίου ότι δεν καταρτίστηκε τριτεγγύηση.

38 Βλ., αντί άλλων, Σταθόπουλο, Περί της μεθόδου ερμηνείας της δηλώσεως βουλήσεως, ΝΔίκ 1969, 1 επ., 15 και Μεντή, ό.π., 277. Πρβλ. εμμέσως ΑΠ 185/2004 (Ζ' Τμήμα), Εισηγ. Στ. Γαβράς, ΝΟΜΟΣ.

39 Δηλ. αυτό που κατά φαινόμενο διατυπώνεται.

40 ΑΠ 240/1995 ΕλλΔνη 1996, 682 (Α' Τμήμα, Εισηγ. Δ. Κατσιρέας).

41 Βλ. και Γεωργακόπουλο, Μελέται εμπορικού δικαίου, τ.Ι, 1971, σ. 148 επ., ο οποίος, στο απολύτως συναφές ζήτημα της «προθέσεως εταιρικής συνεργασίας», δηλ. της σοβαρής-μη εικονικής δήλωσης κατάρτισης εταιρικής συμβάσεως, τη διακρίνει σαφώς από τον εταιρικό σκοπό ως εννοιολογικό στοιχείο της εταιρικής σύμβασης: ομοίως και ο Μάζης, Η εικονικότης εις τας ομορρύθμους εμπορικές εταιρίας και η προφύλαξις των τρίτων εξ αυτής, Θέματα αστικού, εμπορικού και δικονομικού δικαίου, 1993, σ. 75 επ., 80 επ. Στο ίδιο ακριβώς πνεύμα ο Άρειος Πάγος δέχεται ότι η κρίση του δικαστηρίου της ουσίας για την ύπαρξη δήλωσης βουλήσεως του διαθέτη για ανάκληση προγενέστερης διαθήκης με νεότερη δεν ελέγχεται αναίρετικώς ως αναγόμενο στην εκτίμηση πραγματικών γεγονότων: ΑΠ 465/2015 ΝοΒ 2015, 63.

δικαιοπρακτική δέσμευση»⁴². κρίση που είναι σαφώς (και) αξιολογική. Τα δύο ζητήματα δεν πρέπει εντούτοις να συγχέονται. Η κρίση ότι υπάρχει ή δεν υπάρχει δικαιοπρακτική δέσμευση είναι προϊόν υπαγωγής των εκάστοτε κρίσιμων και αποδεδειγμένων πραγματικών περιστατικών στον εφαρμοστέο κανόνα δικαίου (π.χ. ΑΚ 513 για την έγκυρη πώληση και ΑΚ 138 § 1 σε συνδ. με 513 για την εικονική· σε αμφότερες δε τις περιπτώσεις σε συνδυασμό προς τις ΑΚ 185 επ.), ώστε ενδεχόμενο σφάλμα του δικαστηρίου στο στάδιο αυτό ελέγχεται για παραβίαση αυτών των κανόνων. Επιπλέον, η κρίση του δικαστηρίου ότι οι εκατέρωθεν δηλώσεις βουλήσεως έχουν το εκ πρώτης όψεως αναγκαίο⁴³ (και δη το συγκεκριμένο) περιεχόμενο, που απαιτείται για να καταρτισθεί πώληση, είναι προϊόν ερμηνείας τους, με αποτέλεσμα η κρίση του να ελέγχεται αναιρετικώς για τον σχετικό λόγο. Αντιθέτως, δεν είναι αντικείμενο ερμηνείας, αλλά απόδειξης, αναγόμενο στην ουσία της προθέσεως των μερών⁴⁴, η σοβαρότης και ειλικρίνεια της δηλώσεως, που ανήκει στο πραγματικό του κανόνα της ΑΚ 138. Επομένως, δεν ελέγχεται αναιρετικώς η κρίση του δικαστηρίου ότι αποδείχθηκε ή δεν αποδείχθηκε η εικονικότητα της δικαιοπραξίας⁴⁵.

II. Ο αναιρετικός έλεγχος της εκ πλαγίου παραβίασης των ΑΚ 138, 173 και 200 ΑΚ

1. Το ζήτημα του αναιρετικού ελέγχου της περί εικονικότητας κρίσης άπτεται και της ερμηνείας του άρθρου 559 αρ. 19. Κατά τη διάταξη αυτή αναίρεση επιτρέπεται, αν η απόφαση δεν έχει νόμιμη βάση και ιδίως αν δεν έχει κα-

42 Βλ. ιδίως Καλαβρός, ό.π., σ. 309-311, ιδίως 311.

43 Βλ. ανωτέρω υπό 2 in fine.

44 Με αυτό ακριβώς το κριτήριο (ότι αφορά στην ουσία της συμφωνίας) και ο Ηλ. Κρίσης, στη μελέτη του «Η εικονικότης εις το ιδιωτικόν διεθνές δίκαιον», Εράνιον Μαριδάκη, τ. Γ', 1964, σ. 147 επ., 174 επ. αποκρούει την αλλαχού υποστηριχθείσα γνώμη ότι εφαρμοστέο δίκαιο ως προς την εικονικότητα είναι η *lex loci contractus* ή η *lex patriae* και ορθώς δέχεται ως εφαρμοστέα τη *lex causae*, ως το δίκαιο που διέπει τα ζητήματα της ουσίας της εκάστοτε επίδικης δικαιοπραξίας. Η «ουσία» δε αντιπαραβάλλεται προς τον κατά την ιδιωτικοδιεθνολογική έννοια «τύπο» της δικαιοπραξίας (άρθρ. 11 ΑΚ), δηλ. την υπό του προσώπου εξωτερικήν της βουλήσεώς του, ή, αλλιώς, τη μορφή και το ένδυμα της βουλήσεως (Κρίσης, ό.π., σ. 174· Καλαβρός, σε ΑΚ Γεωργιάδη/Σταθόπουλου, άρθρ. 11 αρ. 1). Την ίδια διάκριση μεταξύ «τύπου» και «ουσίας», η οποία καταλαμβάνει και το πρόβλημα της εικονικότητας της δικαιοπραξίας, υιοθετεί και ο Γεωργιάδης, Γνμδ, ΝοΒ 1993, 1056 επ., 1059.

45 Έτσι ρητά και ο Σταθόπουλος, Απόσπασμα από γνωμοδότηση της 22.10.2003, Μελέτες Ι, 2010, σ. 135-137, 137: «Το βάρος απόδειξης ως προς τη συνδρομή των προϋποθέσεων αυτών, άρα και ως προς τη γνώση όλων για το μη σπουδαίο της συμφωνίας, φέρει ο επικαλούμενος την εικονικότητα [...] Στην προκείμενη περίπτωση η συνδρομή σπουδαίας ή μη βούλησης των μερών είναι τελικά πραγματικό ζήτημα».

θόλου αιτιολογίες ή έχει αιτιολογίες αντιφατικές ή ανεπαρκείς σε ζήτημα που ασκεί ουσιώδη επίδραση στην έκβαση της δίκης. Συνακόλουθα, για την κατάφαση του συγκεκριμένου λόγου αναγκαίο είναι να μην προκύπτουν από το αιτιολογικό της αναιρεσιβαλλόμενης αποφάσεως κατά τρόπον σαφή και χωρίς αντιφάσεις τα πραγματικά περιστατικά, τα οποία είναι αναγκαία κατά τον νόμο για τη θεμελίωση του κανόνα δικαίου που εφαρμόστηκε στη συγκεκριμένη περίπτωση. Για το παραδεκτό δε του συγκεκριμένου λόγου αναιρέσεως πρέπει η επίμαχη πλημμέλεια της προσβαλλομένης αποφάσεως να ασκεί ουσιώδη επιρροή στην έκβαση της δίκης.

2. Μεταξύ των αναιρετικών λόγων εκ των αρ. 1 και 19 του άρθρου 559 ΚΠολΔ υπάρχει στενός λειτουργικός δεσμός, δεδομένου ότι δι' αυτών ελέγχεται η ευθεία και η εκ πλαγίου παραβίαση των κανόνων δικαίου, μεταξύ αυτών δε και των ερμηνευτικών των δικαιοπραξιών κανόνων. Στην τελευταία περίπτωση ο εκ του αρ. 19 αναιρετικός έλεγχος θέτει φραγμό στη δυνατότητα του δικαστηρίου της ουσίας να παρεμποδίσει τον εκ του αρ. 1 αναιρετικό έλεγχο της απόφασής του, βεβαιώνοντας απλώς σ' αυτήν ότι το γράμμα της δικαιοπραξίας είναι σαφές, ώστε να παρέλκει (κατά την πάγια στη νομολογία, αν και αμφισβητούμενη στην επιστήμη, θέση) η ερμηνεία της⁴⁶. Επομένως, δεν δύναται να υπάρξει περίπτωση εκ πλαγίου παραβιάσεως των ΑΚ 173 και 200 ΑΚ στις περιπτώσεις που αποκλείεται ήδη η ευθεία παραβίασή τους, δηλονότι οσάκις δεν πρόκειται περί ερμηνείας δικαιοπραξίας.

Εφόσον δεν πρόκειται περί ερμηνείας δικαιοπραξίας, αλλά για την αξιολόγηση του αποδεικτικού υλικού, όχι μόνο δεν ανακύπτει περίπτωση ευθείας παραβίασης των ερμηνευτικών των δικαιοπραξιών κανόνων, αλλ' ούτε εκ πλαγίου μπορεί το δικαστήριο να τους παραβιάσει⁴⁷. Όθεν, στην

46 Καλαβρός, ό.π., σ. 307· Παπανικολάου, ό.π., σ. 365 επ.

47 Βλ. ΑΠ 743/2013 (Γ' Τμήμα) Εισηγ. Αργ. Σταυράκης, ΝοΒ 2013, 2207: «Ο λόγος αναιρέσεως από τον αριθμό 1 του άρθρου 559 του ΚΠολΔ για παραβίαση κανόνα ουσιαστικού δικαίου δεν ιδρύεται όταν το δικαστήριο δεν εφαρμόζει κανόνα, του οποίου, ενόψει των πραγματικών παραδοχών του δικαστηρίου, δεν συντρέχουν οι προϋποθέσεις εφαρμογής, όπως δεν ιδρύεται ο λόγος αναιρέσεως από τον αριθμό 19 του ίδιου άρθρου για έλλειψη νόμιμης βάσης της απόφασης εξαιτίας ανεπαρκών ή (και) αντιφατικών αιτιολογιών από την εκτίμηση, στάθμιση και αξιολόγηση των αποδεικτικών μέσων που προσκόμισαν και επικαλέστηκαν οι διάδικοι. Εν προκειμένω [...] το Εφετείο δέχθηκε [...] τα ακόλουθα: «[...] από κανένα αποδεικτικό μέσο αποδεικνύεται κατά τρόπο αναμφίβολο ότι η πώληση αυτή είναι εικονική, δηλαδή έγινε φαινομενικά μόνο, χωρίς πρόθεση παραγωγής των σχετικών εννόμων αποτελεσμάτων, όπως ισχυρίζονται με την αγωγή τους οι ενάγοντες (...). Αντιθέτως αποδείχθηκε ότι οι συμβαλλόμενοι στην επίδικη σύμβαση είχαν τη βούληση κατάρτισης αυτής της σύμβασης πώλησης και απέβλεψαν στα έννομα αποτελέσματα αυτής. Υπήρξε δηλαδή σοβαρή και σπουδαία συναλλακτική πρόθεση των συμβληθέντων κατά την κατάρτιση της σύμβασης και με αυτήν αποσκοπούσαν ο μὲν εναγόμενος να αποκτήσει την ψιλή κυριότητα του πωληθέντος ακινήτου, ο δε πωλητής να λάβει το συμφωνηθέν τίμημα, ανεξάρτητα αν αυτό ανταποκρινόταν ή όχι στην

περίπτωση της αποφάνσεως του δικαστηρίου ότι μια δήλωση βουλήσεως είναι ή δεν είναι εικονική, που κατά τα προαναφερθέντα είναι κρίση επί πραγματικού ζητήματος, δεν δύναται να στοιχειοθετηθεί ούτε εκ πλαγίου παραβίαση των ερμηνευτικών κανόνων των δικαιοπραξιών.

3. Πρέπει να σημειωθεί ότι η διάταξη της ΚΠολΔ 340 § 2 εδ. β', συμφώνως προς την οποία «στην απόφαση πρέπει να αναφέρονται οι λόγοι που οδήγησαν τον δικαστή να σχηματίσει την πεποίθησή του», έγινε αρχικώς αφορμή για να διατυπωθεί η γνώμη ότι, αν κατά την εκτίμηση των αποδείξεων παραβιάσθηκαν οι κανόνες της λογικής και τα διδάγματα της κοινής πείρας, δικαιολογείται η αναίρεσή της για έλλειψη νόμιμης βάσης κατά τον αρ. 19, ακόμη κι αν το δικαστήριο διατυπώνει με σαφήνεια, έστω με συλλογιστικό άλμα, το αποδεικτικό του πόρισμα⁴⁸. Η άποψη αυτή αμφισβητούσε την ορθότητα της μέχρι τότε κρατούσης νομολογίας, ότι δεν ελέγχεται για έλλειψη νόμιμης βάσης η απόφαση, όταν παρουσιάζει ελαττώματα κατά την εκτίμηση του αποδεικτικού υλικού και την αιτιολόγηση του αποδεικτικού της πορίσματος, εφόσον πάντως αυτό αναφέρεται ανενδοιάστως και σαφώς.

Η νομολογία του Αρείου Πάγου, αφού αρχικώς ταλαντεύθηκε, γρήγορα παγίωσε την αντίθετη (εξ αρχής υιοθετούμενη εκ μέρους του) γνώμη, δηλ. ότι, εφόσον το αποδεικτικό πόρισμα διατυπώνεται με σαφήνεια, δεν ελέγχεται η απόφαση για έλλειψη νόμιμης βάσης συνεπεία ενδεχόμενων λογικών ελλείψεων και ότι η στηρίζουσα τον αναιρετικό λόγο του αρ. 19 αιτίαση για αντιφατικότητα ή ανεπάρκεια των αιτιολογιών πρέπει να έχει

τότε αγοραία αξία του πωληθέντος ή αν αυτό καταβλήθηκε ή όχι, δοθέντος ότι τα γεγονότα αυτά δεν ασκούν έννομη επιρροή στο κύρος της σύμβασης ...» (ακολουθούν εκτίμηση και αξιολόγηση των κατ' ιδίαν αποδεικτικών μέσων και επιχειρήματα του δικαστηρίου υπέρ των ανωτέρω παραδοχών του). Και βάσει των παραδοχών αυτών το Εφετείο δέχθηκε την έφεση του αναιρεσιβλήτου-αγοραστή κατά της πρωτόδικης απόφασης, που είχε κρίνει αντιθέτως, και απέρριψε την ένδικη αγωγή των αναιρεσειόντων-κληρονόμων (τέκνων) του πωλητή, με την οποία οι τελευταίοι ζητούσαν να αναγνωρισθεί ότι η προαναφερθείσα σύμβαση πώλησεως ήταν άκυρη, ως εικονική. Υπό τις παραδοχές αυτές του Εφετείου και σύμφωνα με τη μείζονα σκέψη που προηγήθηκε δεν συνέτρεχαν οι προϋποθέσεις της εικονικότητας της επίδικης σύμβασης και επομένως οι προϋποθέσεις εφαρμογής της προειρημένης διάταξης του άρθρου 138 § 1 του ΑΚ, στην οποία στηριζόταν η αγωγή, κατά συνέπεια δε το Εφετείο, που απέρριψε την αγωγή, δεν παραβίασε τη διάταξη αυτή με τη μη εφαρμογή της, και είναι αβάσιμα τα αντίθετα που υποστηρίζουν οι αναιρεσειόντες με τον πρώτο, μέρος πρώτο και δεύτερο, από το άρθρο 559 αρ.1 του ΚΠολΔ, λόγο της αιτήσεώς τους. Με τον δεύτερο και υπό την επίκληση του άρθρου 19 του άρθρου 559 του ΚΠολΔ προσάπτεται αιτίαση στην αναιρεσιβαλλομένη ως προς την εκτίμηση και αξιολόγηση εκ μέρους του Εφετείου των καταθέσεων των μαρτύρων Μ. Κ., Ε. Ο. και Η. Γ., πατέρα του αναιρεσιβλήτου, από τις οποίες όμως (εκτίμηση κλπ.) δεν δημιουργείται λόγος αναιρέσεως και δη εκείνος του άρθρου 559 αρ. 19 του ΚΠολΔ, κατά τα προεκτεθέντα. Επομένως ο δεύτερος αυτός λόγος του αναιρετηρίου είναι απαράδεκτος.

48 Μητσόπουλος, Η θεωρία του αστικού δικονομικού δικαίου, Δ 1, 7 επ., 27-28.

σχέση μόνο με ουσιώδεις ισχυρισμούς και κεφάλαια παροχής έννομης προστασίας και επιθετικά ή αμυντικά μέσα, όχι δε με την επιχειρηματολογία των διαδίκων ή του δικαστηρίου, ούτε την εκτίμηση των αποδείξεων, εφ' όσον το πόρισμα από την εκτίμηση αυτή εκτίθεται σαφώς⁴⁹.

Τη θέση αυτή υιοθετεί σταθερά το Ακυρωτικό και σήμερα. Χαρακτηριστική προς αυτή την κατεύθυνση η υπ' αριθμ. 160/2013 απόφαση του Αρείου Πάγου (Α1' Τμήμα⁵⁰), η οποία αφορούσε περίπτωση επικαλουμένης εικονικότητας: «Ανεπάρκεια αιτιολογίας υπάρχει όταν από την απόφαση δεν προκύπτουν σαφώς τα περιστατικά που είτε είναι κατά το νόμο αναγκαία για τη στοιχειοθέτηση της διάταξης ουσιαστικού δικαίου που εφαρμόστηκε στην ένδικη περίπτωση είτε αποκλείουν την εφαρμογή της, όχι δε και όταν υφίστανται ελλείψεις στην ανάλυση, στάθμιση και γενικώς στην εκτίμηση των αποδείξεων, εφόσον το πόρισμα από την εκτίμηση αυτή εκτίθεται με σαφήνεια και πληρότητα (Ολ.ΑΠ 15/2006). Δηλαδή δεν υπάρχει ανεπάρκεια αιτιολογίας, όταν η απόφαση περιέχει συνοπτική, αλλά πλήρη αιτιολογία, αφού αναγκαίο να εκτίθεται σαφώς στην απόφαση είναι μόνο το τι αποδείχθηκε ή δεν αποδείχθηκε και όχι ο λόγος για τον οποίο αποδείχθηκε ή δεν αποδείχθηκε. Συνακόλουθα τα επιχειρήματα του δικαστηρίου, που σχετίζονται με την εκτίμηση απλώς των αποδείξεων, δεν συνιστούν παραδοχές διαμορφωτικές του αποδεικτικού πορίσματός του και επομένως αιτιολογία της απόφασης ικανή να ελεγχθεί ανααιρετικά με τον παραπάνω λόγο για ανεπάρκεια ή αντιφατικότητα, ούτε ιδρύεται ο λόγος αυτός αναίρεσης, αν το δικαστήριο της ουσίας δεν ανέλυσε ιδιαίτερος ή διεξοδικά τα επιχειρήματα των διαδίκων που δεν συνιστούν αυτοτελείς ισχυρισμούς τους». Στο ίδιο δε πνεύμα και η ΑΠ 429/2015 (Α1' Τμήμα⁵¹): «Τα επιχειρήμα-

49 ΟΛΑΠ 24/1992 ΝΟΜΟΣ· ΟΛΑΠ 1/1999 ΝΟΜΟΣ· ΑΠ 713/2006 ΕλλΔνη 2008, 1025· ΑΠ 1391/1992 ΕλλΔνη 1994, 1277· ΑΠ 1047/1992 ΔΕΝ 48, 1292· ΑΠ 1914/1990 ΔΕΝ 48, 1131· ΑΠ 1616/1990 ΔΕΝ 48, 1130· ΑΠ 957/1990 ΕλλΔνη 32, 78· ΑΠ 74/1989 ΔΕΝ 46, 16· ΑΠ 1769/1988 ΕλλΔνη 32, 92· ΑΠ 1229/1987 ΕΕΝ 1988, 660· ΑΠ 540/1986 ΕλλΔνη 28, 827.

50 Εισηγ. Αντ. Ζευγώλης, ΧρΙΔ 2013, 577 = ΕπισκΕμπΔ 2013, 74.

51 Εισηγ. Αντ. Ζευγώλης, ΝΟΜΟΣ. Ομοίως η ΑΠ 899/2015 (Γ' Τμήμα) Εισηγ. Ν. Μπιχάκης, Ισοκράτης: «Κατά την έννοια του αριθ. 19 του άρθρου 559 Κ.Πολ.Δ., ανεπαρκής ή αντιφατική αιτιολογία που έχει ως συνέπεια την αναίρεση 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 το 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. Ως «ζητήματα» των οποίων η μη αιτιολόγηση ή η αιτιολόγηση κατά τρόπο ανεπαρκή ή αντιφατικό στερεί από την απόφαση τη νόμιμη βάση της, νοούνται μόνον οι ισχυρισμοί που έχουν αυτοτελή ύπαρξη, δηλαδή εκείνοι που τείνουν στη θεμελίωση ή την κατάλυση δικαιώματος που ασκήθηκε είτε ως επιθετικό είτε ως αμυντικό μέσο, όχι όμως και τα απλά πραγματικά ή νομικά επιχειρήματα, που δεν συνέχονται με την αξιολόγηση και στάθμιση των αποδείξεων, για την οποία η έλλειψη ειδικής και εμπεριστατωμένης αιτιολογίας δεν ιδρύει λόγο αναίρεσεως». Ομοίως ΑΠ 152/2015 (Δ' Τμήμα), Εισηγ. Χαρ. Καλαματιανός, ΝΟΜΟΣ.

τα του δικαστηρίου, που σχετίζονται με την εκτίμηση απλώς των αποδείξεων, δεν συνιστούν παραδοχές διαμορφωτικές του αποδεικτικού πορίσματός του και επομένως αιτιολογία της απόφασης ικανή να ελεγχθεί αναιρετικά με τον παραπάνω λόγο για ανεπάρκεια ή αντιφατικότητα, ούτε ιδρύεται ο λόγος αυτός αναίρεσης από το άρθρ. 559 αριθ. 19 ΚΠολΔ, αν το δικαστήριο της ουσίας δεν ανέλυσε ιδιαίτερος ή διεξοδικά τα επιχειρήματα των διαδίκων που δεν συνιστούν αυτοτελείς ισχυρισμούς τους (ΑΠ 1351/2011)».

4. Εξάλλου, το αποδεικτικό πόρισμα του δικαστηρίου είναι σαφές και συνεπώς αναιρετικώς ανέλεγκτο, όταν στην απόφαση αναφέρεται χωρίς ενδοιασμούς, δηλ. με βεβαιότητα, ότι «αποδείχτηκε» ή «δεν αποδείχτηκε» το «α» ή το «β» ουσιώδες πραγματικό γεγονός (όπως εν προκειμένω η εικονικότητα)⁵². Αντιστρόφως, εφόσον το συμπέρασμα διατυπώνεται ενδοιαστικώς (π.χ. «η επίδικη δικαιοπραξία φαίνεται να είναι εικονική»), το αποδεικτικό πόρισμα δεν είναι σαφές και ιδρύεται ο αναιρετικός λόγος του αρ. 19, παρά το ότι οι ελλείψεις ως προς την αιτιολογία της αποφάσεως αναφέρονται στην εκτίμηση του αποδεικτικού υλικού⁵³, καθώς δεν καθίσταται βέβαιο τι δέχτηκε το δικαστήριο ως αποδεδειγμένο πραγματικό γεγονός, ώστε να ελεγχθεί η ορθή υπαγωγή στον κανόνα δικαίου. Σημειώνεται πάντως ότι η κατά την πορεία του αποδεικτικού συλλογισμού χρήση των διατυπώσεων ότι «είναι προφανές» ή «προδήλως νοείται» κλπ. δεν κλονίζει το πόρισμα ως προϊόν πλήρους δικαστικής πεποιθήσεως⁵⁴.
5. Τέλος, δεν δημιουργείται ο εκ του αρ. 19 λόγος αναίρεσεως όταν οι επικαλούμενες ανεπάρκειες ή αντιφάσεις αφορούν στα νομικά επιχειρήματα της αποφάσεως ή τους νομικούς συλλογισμούς⁵⁵.
6. Ενόψει των ανωτέρω εκτεθέντων, εκ πλαγίου παραβίαση των ΑΚ 173 και 200 δεν δύναται να συντρέξει στην περίπτωση της εικονικότητας, εφόσον πρόκειται για κρίση περί πραγματικού ζητήματος, ως τέτοια δε δεν αποτελεί στάδιο της ερμηνείας της φερόμενης ως εικονικής δικαιοπραξίας. Επιπλέον, οσάκις το δικαστήριο αποφαινεται σε πρώτο επίπεδο ότι οι προβαλλόμενες ως εικονικές δικαιοπραξίες δεν είναι εικονικές αλλά πραγματικές

52 Ενδεικτικά Παπαδόπουλος, ό.π., σ. 545.

53 Διαφέρει, πάντως, η έλλειψη νόμιμης βάσης λόγω ανεπαρκών, ασαφών ή αντιφατικών αιτιολογιών από τις ελλείψεις στην αιτιολογία της αποφάσεως κατά την εκτίμηση των αποδείξεων, αφού στην πρώτη περίπτωση το ελάττωμα αρχίζει από τότε που ο δικαστής δέχεται ως αποδεδειγμένα τα κρίσιμα πραγματικά περιστατικά και προβαίνει στην υπαγωγή τους στον κανόνα δικαίου, ενώ στη δεύτερη τα ελαττώματα εμφανίζονται στο στάδιο της εξακρίβωσης της αλήθειας των ως άνω πραγματικών περιστατικών και δεν έχουν καμία σχέση με την ερμηνεία ή την εφαρμογή κανόνα ουσιαστικού δικαίου (όπως οι ΑΚ 173 και 200 και η ΑΚ 138): Παπαδόπουλος, ό.π., σ. 545.

54 ΑΠ 350/1981 ΝοΒ 29, 1539· Παπαδόπουλος, ό.π., σ. 545.

55 ΑΠ 1950/1986 ΕΕΝ 1987, 690· Παπαδόπουλος, ό.π., σ. 539.

(σοβαρές), δεν υφίσταται καν δυνατότης ερεύνης εκ μέρους του ως προς το εάν καταρτίσθηκαν και με ποιο περιεχόμενο κάποιες άλλες «καλυπτόμενες» δικαιοπραξίες, τις οποίες να πρέπει να ερμηνεύσει, ώστε να τίθεται το ζήτημα αν παρέλειψε να το κάνει)⁵⁶. Εφόσον το δικαστήριο με σαφή και ανενδοίαστη διατύπωση στο αποδεικτικό του πόρισμα δέχεται ότι ο ισχυρισμός περί εικονικότητας (των ένδικων δικαιοπραξιών), αποδεικνύεται ή δεν αποδεικνύεται, οι προηγηθείσες του υπαγωγικού συλλογισμού σκέψεις και τα επιχειρήματα του δικαστηρίου, που σχετίζονται με την εκτίμηση των αποδείξεων, δεν συνιστούν παραδοχές διαμορφωτικές του αποδεικτικού πορίσματός του και επομένως αιτιολογία της απόφασης ικανή να ελεγχθεί αναιρετικώς για ανεπάρκεια.

Γ. Συμπέρασμα

Εκ των ανωτέρω αναλυτικώς εκτεθέντων σαφώς συνάγεται ότι:

1. Η εικονικότητα (καθώς και η απουσία εικονικότητος) αποτελεί ζήτημα πραγματικό, όχι νομικό, διαπιστούμενο από το δικαστήριο με απόδειξη, η δε περί αυτής κρίση του δικαστηρίου δεν ελέγχεται για τους αναφερόμενους στο άρθρο 559 αρ. 1 και 19 ΚΠολΔ λόγους (βλ. και άρθρ. 561 § 1).
2. Η στάθμιση από το δικαστήριο των επιχειρημάτων των διαδίκων, αναφορικά με την ύπαρξη ή ανυπαρξία εικονικότητος, και η εκτίμηση των αποδείξεων στην αιτιολογία της αποφάσεως, δεν συνιστούν ερμηνεία της εικονικής δικαιοπραξίας, ώστε να ανακύπτει ζήτημα εφαρμογής των ερμηνευτικών για τις δικαιοπραξίες κανόνων.

56 Για την αυτοτέλεια εκάστου εδαφίου της ΑΚ 138 βλ., εντελώς ενδεικτικά, ΑΠ 365/2015 (Γ' Τμήμα) Εισηγ. Ασπ. Μαγιάκου, ΝΟΜΟΣ: «Δεν είναι ανάγκη να προκύπτει ο σκοπός ή τα αίτια που οδήγησαν στην ελαττωματική αυτή δήλωση, εκτός αν υποκρύπτει άλλη δικαιοπραξία και μόνο για την έρευνα του κύρους ή μη αυτής κατά τη δεύτερη διάταξη του άρθρου 138 ΑΚ. Η τελευταία όμως αυτή διάταξη δεν είναι προσδιοριστική της κατά την πρώτη παράγραφο του άρθρου 138 ΑΚ εικονικότητας, υπό την έννοια ότι οριοθετεί απλώς την έκταση και την ενέργειά της, αλλ' έχει αυτοτέλεια διότι στηρίζεται σε νέα πραγματικά γεγονότα, διαφορετικά από εκείνα που απαρτίζουν την εικονικότητα της εμφανούς δικαιοπραξίας (ΟΛΑΠ 32/1998)».

**Εσφαλμένες/ατυχείς ή/και ασύμβατες με το Κράτος
Δικαίου δικονομικές ρυθμίσεις διαχρονικής/μεταβατικής
ή/και αναδρομικής δικαιοκτικής/δικονομικής εμβέλειας
στο ρυθμιστικό/δικονομικό πεδίο της προσβολής των
δικαστικών αποφάσεων με ένδικα μέσα***

*[Σύντομες σκέψεις και επισημάνσεις τόσο γενικότερες (με αφορμή το Ν.
4335/2015), όσο και ειδικότερες (για την Αναψηλάφηση και τους Λόγους
Αναψηλαφήσεως υπό το πρίσμα του Ν. 4745/2020)].*

Νικόλαος Καν. Κλαμαρής

*Ομ. Καθηγητής Νομικής Σχολής Ε.Κ.Π.Α.,
Επιτ. Διδάκτωρ Πανεπιστημίου Freiburg i. Br.*

* Η παρούσα μελέτη αφιερώνεται με ιδιαίτερη συναδελφική τιμή και φιλία στον αγαπητό συναδέλφο Καθηγητή της Πολιτικής Δικονομίας στη Νομική Σχολή του Δημοκριτείου Πανεπιστημίου Θράκης κ. Δημήτριο Μανιώτη. Ο τιμώμενος συνάδελφος μετά από τις προπτυχιακές σπουδές του στην αδελφή Νομική Σχολή του Αριστοτελείου Πανεπιστημίου Θεσσαλονίκης, στην οποία ευτύχησε να παρακολουθήσει Παραδόσεις στην Πολιτική Δικονομία από δύο διάσημους Έλληνες Δικονομολόγους, την Καθηγήτρια Π. Γέσιου-Φαλτσή και τον Καθηγητή Κ. Δ. Κεραμέα, μετέβη για μεταπτυχιακές σπουδές στη Νομική Σχολή του Πανεπιστημίου Freiburg i. Br. (Γερμανία), όπου έγινε δεκτός ως υποψήφιος διδάκτωρ και συνέγραψε μία ιδιαιτέρως επιστημονικής (στη Γερμανία και στην Ελλάδα) αναγνωρίσεως εξαιρετικής δογματικής Διδακτορική Διατριβή υπό την εποπτεία του διασήμου Γερμανού Καθηγητού της Πολιτικής Δικονομίας *Peter Arens*, ενώ δεύτερος εισηγητής (*Zweitgutachter*) της Διδακτορικής του Διατριβής ήταν ο επίσης διάσημος Γερμανός Καθηγητής της Πολιτικής Δικονομίας *Dieter Leipold*. Μετά την περάτωση των μεταπτυχιακών σπουδών του στη Γερμανία, η ακαδημαϊκή πορεία του αγαπητού συναδέλφου επικεντρώθηκε στη Νομική Σχολή του Δημοκριτείου Πανεπιστημίου Θράκης, στην οποία συνεχίζοντας την ωραία παράδοση –την οποία δημιούργησαν στην ως άνω Σχολή οι προκατόχοι του στο γνωστικό αντικείμενο της Πολιτικής Δικονομίας οι αείμνηστοι Καθηγητές *Νικόλαος Βερβεσός* και *Παναγιώτης Καργάδος*– στη διδασκαλία και στην επιστημονική έρευνα της Πολιτικής Δικονομίας συνέβαλε αποφασιστικώς με τη διδασκαλία του και το συγγραφικό του έργο (στα ελληνικά ή σε ξένες γλώσσες) για 35 χρόνια ως μέλος ΔΕΠ/Καθηγητής στο υψηλό επιστημονικό επίπεδο της καλλιέργειας της Πολιτικής Δικονομίας στη Νομική Σχολή του ακριτικού Πανεπιστημίου μας (το οποίο επιτελεί όχι μόνον ένα σημαντικό επιστημονικό ρόλο, ως επίσης και ένα σημαντικό πολιτιστικό ρόλο, αλλά και ένα σημαντικό εθνικό ρόλο) και γενικότερα στην προαγωγή της Ελληνικής Επιστήμης του Αστικού Δικονομικού Δικαίου (σε ελληνικό και σε διεθνές επίπεδο). Πριν από 25 χρόνια περίπου –με την τότε ιδιότητά μου ως Προέδρου του Τμήματος Νομικής του Εθνικού και Καποδιστριακού Πανεπιστημίου Αθηνών (και σε συνεργασία με τον αείμνηστο συνάδελφο *Αθανάσιο Παπαχρίστου*, τότε Αναπληρωτή Πρόεδρο της Νομικής Σχολής)– είχα μάλιστα την πρωτοβουλία –και με πλήρη συναδελφική συνεργασία με τους αγαπητούς συναδέλφους (τότε προέδρους) αφενός

I.

Σκέψεις για εσφαλμένες/ατυχείς/ασαφείς ρυθμίσεις του Ν. 4335/2015.

1. Γενικώς, αλλά και ειδικώς, τα ζητήματα του Διαχρονικού Δικαίου χαρακτηρίζονται από μία διαχρονική σημασία και ζωτικότητα, ενώ η ιδιαίτερη από πλευράς Δόγματος της Νομικής Επιστήμης σημασία τους αναδείχθηκε στη μετά το Διαφωτισμό νεώτερη Νομική Επιστήμη με τη Διδασκαλία/Θεωρία του Karl v. Savigny. Ο Γ. Θ. Ράμμος τονίζει με έμφαση τη διεπιστημονική/διακλαδική εμβέλεια του διαχρονικού δικαίου με αναφορά στο ουσιαστικό και στο δικονομικό δίκαιο επισημαίνοντας μεταξύ των άλλων και τα ακόλουθα: «Ως εις το ουσιαστικόν δίκαιον, ούτω και εις το δικονομικόν δίκαιον γεννώνται πολλάκις και δη επί μεταβολής της νομοθεσίας ζητήματα κατά χρόνον ισχύος των δικονομικών κανόνων ή διαχρονικού δικαίου»¹. Κατά τη διδασκαλία του Γ. Θ. Ράμμου το «σύνολον των κανόνων του δικαίου, οίτινες καθορίζουν το εφαρμοστέον εν περιπτώσει συγκρούσεως πλειόνων δικονομικών κανόνων κατά χρόνον δίκαιον καλείται διαχρονικόν δικονομικόν δίκαιον ή δίκαιον των χρονικών ορίων των δικονομικών διατάξεων»². Στο ίδιο πλαίσιο επισημαίνεται, ότι από «της αναδρομικής εφαρμογής των νέων διατάξεων, πρέπει να διακρίνεται η άμεσος εφαρμογή και ισχύς αυτών», διότι υπάρχουν «περιπτώσεις, καθ' ας ωρισμένοι διατάξεις του νέου δικαίου εφαρμόζονται ή μάλλον είναι εφαρμοστέαι επί των προϋφισταμένων εννόμων σχέσεων και των εκκρεμών δικών ως εκ της φύσεως αυτών και της λειτουργίας των νέων κανόνων, ενδεχομένως δε και συνεπεία ειδικών διατάξεων, αναγραφομένων εκ διαφόρων σκέψεων και επιδιώξεων», όπερ σημαίνει, ότι η «άμεσος ... ισχύς και η εφαρμογή των νέων διατάξεων είναι τι πλέον της αναδρομής αυτών εις το παρελθόν»³.

της Νομικής Σχολής του Αριστοτελείου Πανεπιστημίου Θεσσαλονίκης κ.κ. Ν. Παρασκευόπουλο και Άρη Καζάκο και αφετέρου της Νομικής Σχολής του Δημοκριτείου Πανεπιστημίου Θράκης κ.κ. Π. Καργάδο και Ι. Σχινά – για την κατά τακτά χρονικά διαστήματα, δηλαδή ανά διετία, κοινή συνδιοργάνωση και των τριών Ελληνικών Νομικών Σχολών επιστημονικών συνεδρίων (με τη μορφή ενός μονίμου επιστημονικού θεσμού) εναλλάξ και εκ περιτροπής στις έδρες των αντιστοιχών Νομικών Σχολών. Δυστυχώς αυτές οι επιστημονικές συναντήσεις συνεχίσθηκαν μόνο για 5 χρόνια.

- 1 Γ. Θ. Ράμμος, Εγχειρίδιον Αστικού Δικονομικού Δικαίου, τ. Α., Αθήνα, 1978, σελ. 44 · Γ. Θ. Ράμμος – Ν. Κ. Κλαμαρής, Επιτομή Αστικού Δικονομικού Δικαίου, Γ' έκδοση, Αθήνα, 1998, Α' Ημίτομος, σελ. 9.
- 2 Γ. Θ. Ράμμος, ό.π., σελ. 44 · Γ. Θ. Ράμμος – Ν. Κ. Κλαμαρής, ό.π., σελ. 9/10.
- 3 Γ. Θ. Ράμμος, ό.π., σελ. 46.

- 1.1 Το θέμα της Νομικής Φύσεως και της από πλευράς Νομικού Συστήματος Κατατάξεως του Διαχρονικού Δικαίου δημιουργεί εύλογα ερωτήματα από πλευράς Γενικής Θεωρίας του Δικαίου και Δόγμα-τος του Δικαίου. Στο πλαίσιο αυτών των συζητήσεων και του αντί-στοιχου επιστημονικού διαλόγου ο *Ι. Στράγγας* σε ειδική μελέτη του για το Δικονομικό Διαχρονικό Δίκαιο έχει διατυπώσει –και μά-λιστα από ευρύτερη σκοπιά– την ακόλουθη άποψη: α) «... τα καθ’ έκαστον τμήματα του διαχρονικού δικαίου δεν εξαρτώνται εκ της ως προς την εν λόγω διάκρισιν θέσεως των αντιστοιχών προς αυτά κλάδων δικαίου, ου ένεκα και το εν τοις προηγούμενοις λεχθέν ότι και αι ονομασίαι των τμημάτων τούτων, εν οίς και το ενταύθα εξα-ταζόμενον δικονομικόν διαχρονικόν δίκαιον έχουν απλώς και μό-νον συστηματικόν χαρακτήρα⁴. β) «... το δικονομικόν διαχρο-νικόν δίκαιον κείται εκτός της διακρίσεως του δικαίου εις δημόσιον και ιδιωτικόν»⁵.
- 1.2 Οι τυχόν εσφαλμένες ή/και ατυχείς επιλογές του Νομοθέτου όσον αφορά τους κοινής τυπικής ισχύος νόμους και ειδικότερα τις μετα-βατικές αυτών διατάξεις/ρυθμίσεις, καθώς και τις διατάξεις αυτών, οι οποίες πριμοδοτούνται/προικοδοτούνται/εξοπλίζονται με ανα-δρομική ισχύ μπορούν άλλοτε να δημιουργούν σοβαρά ερμηνευ-τικά προβλήματα στο πλαίσιο πάντοτε της (κοινής νομοθετικής) τυπικής ισχύος Δικονομικής Έννομης Τάξεως και άλλοτε να είναι ασύμβατες αναλόγως με τις αρχές/εγγυήσεις του Κράτους Δικαίου, με την Αρχή της Ισότητας, με το άρθρο 20 Συντάγματος και με το άρθρο 6 ΕΣΔΑ. Τα προβλήματα αυτά ανακύπτουν με εντονότερο τρόπο ως συνέπεια των (ενίοτε ιδιαίτερος συχνών) νομοθετικών μεταβολών/μεταρρυθμίσεων και αντιστοιχών μεταβατικών, διαχρο-νικού δικαίου, διατάξεων (και ιδίως εκείνων που θεσπίζουν ρυθμί-σεις με αναδρομική ισχύ). Αντικείμενο της παρούσας μελέτης είναι αφενός η επισήμανση κάποιων εσφαλμένων/ατυχών ρυθμίσεων με-ταβατικής φύσεως του Ν. 4335/2015, οι οποίες δημιούργησαν σο-βαρά ερμηνευτικά προβλήματα στη Θεωρία και στη Νομολογία, και αφετέρου, η επισήμανση μίας «κραυγαλέας» περιπτώσεως νόμου –ιδιαιτέρως σπανιότητας, ή ίσως και μοναδικής στα δικονομικά νο-μοθετικά χρονικά– με αναδρομικής ισχύος διατάξεις, οι οποίες εί-ναι κατά τη γνώμη μου σαφώς αντισυνταγματικές, ως αντίθετες με

4 *Ι. Στράγγας*, Εισαγωγή εις τα προβλήματα του Δικονομικού Διαχρονικού Δικαίου, ΕΕΝ 36 (1969), σελ. 295-301(300).

5 *Ι. Στράγγας*, ό.π., σελ. 300.

τις Αρχές του Κράτους Δικαίου, με την Αρχή της Ισότητας, με την Αρχή του Χωρισμού των Εξουσιών/Λειτουργιών, με τα άρθρα 4, 20 και 26 Συντάγματος, ή/και με το άρθρο 6 ΕΣΔΑ. Στα δύο αυτά πολύ κρίσιμα – από δογματικής, θεωρητικής και πρακτικής επόψεως – ζητήματα επικεντρώνεται η παρούσα μελέτη (με αντικείμενο τη σύντομη/συνοπτική ανάλυση αυτών, εν όψει και των, από πλευράς εκτάσεως της μελέτης και του χρονικού σημείου αποστολής αυτής, αυστηρών προδιαγραφών, οι οποίες έχουν τεθεί για τον παρόντα Τιμητικό Τόμο)⁶.

2. Η μεταβολή των κανόνων δικαίου δημιουργεί πολυάριθμα πρακτικά και δογματικά ζητήματα εξ επόψεως διαχρονικού δικαίου, η αντιμετώπιση των οποίων καθίσταται σε αρκετές περιπτώσεις λίαν δυσχερές έργο. Σημαντικό μερίδιο ευθύνης για την αμηχανία, την επιφυλακτικότητα και την αβεβαιότητα, με την οποία συχνά αντιμετωπίζονται τα σχετικά ερμηνευτικά ζητήματα που ανακύπτουν, διεκδικούν αφενός μεν η παρατηρούμενη πολλές φορές παράλειψη του νομοθέτου να διαλάβει ειδικές μεταβατικές διατάξεις στα κατά καιρούς δικονομικά νομοθετήματα ή αντιστοίχως η θέσπιση αποσπασματικών και πολύσημων διατάξεων μεταβατικού χαρακτήρα, αφετέρου δε η απουσία συστηματικής κατατάξεως των γενικότερων αρχών που διέπουν το Αστικό Δικονομικό Διαχρονικό Δίκαιο και η εγγύτερη επισημονική επεξεργασία τους.
3. Τα ζητήματα του διαχρονικού δικαίου –όπως άλλωστε και του διατοπικού δικαίου– έχουν ανακύψει και ανακύπτουν τόσο στο Ουσιαστικό Δίκαιο όσο και στο Δικονομικό Δίκαιο και βεβαίως δεν ανακύπτουν μόνο στο πλαίσιο της Ελληνικής Έννομης Τάξεως, αλλά και σε άλλες Έννομες Τάξεις, καθώς επίσης και στο πεδίο της Ευρωπαϊκής Έννομης Τάξεως. Ιδιαίτερως επίκαιρη σημασία απέκτησαν από πλευράς αλλοδαπών Εννόμων Τάξεων τα θέματα του διαχρονικού δικαίου στη Γερμανία ιδίως (αλλά όχι μόνο) μετά την ενοποίηση της Γερμανίας το 1990, τα οποία έδωσαν αφορμή για πολλές αξιόλογες μελέτες, μεταξύ δε αυτών δεσπόζουσα θέση κατέχει η κλασική πλέον εξαίρετη μονογραφία –διατριβή επί υφηγεσία– του *B. Hess*⁷. Όπως σχετικώς επισημαίνεται, και πριν από την ενοποίηση της Γερμανίας ιδιαίτερως σημαντικό έναυσμα για τη συζήτηση των σχετικών πολλών ζητημάτων διαχρονικού δικαίου αποτέλεσε η προσθήκη (με το Νόμο για τη μεταρρύθμιση του Γερμανικού Ι. Δ. Δ. το έτος 1986) της διατάξεως του άρθρου

6 Τα ζητήματα που αφορούν τις σχετικές ρυθμίσεις του Ν. 4745/2020 ως προς την Αναψηλάφηση, εν όψει του ότι δεν υπάρχει και σχετική βιβλιογραφία περί αυτών, διερευνώνται για πρώτη φορά στην παρούσα μελέτη.

7 *B. Hess, Intertemporales Privatrecht, Tübingen, 1998.*

220 του Εισαγωγικού Νόμου για τον (γερμανικό) Αστικό Κώδικα, η οποία προκάλεσε το ιδιαίτερο ενδιαφέρον των νομικών για την αναζήτηση, την έννοια και το σκοπό των Αρχών του Διαχρονικού Δικαίου, ενώ όπως είναι αυτονόητο η σημασία του Διαχρονικού Δικαίου αναδείχθηκε, όπως ήδη ελέχθη, ακόμη περισσότερο στη Γερμανία μετά τη Γερμανική Ενοποίηση και την εισαγωγή του Γερμανικού Α.Κ. και στα λεγόμενα «νέα» Γερμανικά Ομοσπονδιακά Κρατίδια (δηλαδή στις περιοχές της τέως «Γερμανικής Δημοκρατικής Δημοκρατίας», «D.D.R.»), όπου ιδιαίτερη σημασία απέκτησαν οι μεταβατικές διατάξεις των άρθρων 230 - 236 ΕισΝΓερμΑΚ, οι οποίες μάλιστα ανέδειξαν και ενίσχυσαν περαιτέρω την αυτοτέλεια αυτού του κλάδου δικαίου (δηλαδή του Διαχρονικού Δικαίου). Ενδεχομένως η Επιστημονική Κοινότητα να ανέμενε, ότι ο κλάδος του Διαχρονικού Δικαίου εν γένει και προφανώς και ο ειδικότερος κλάδος του Αστικού Δικονομικού Διαχρονικού Δικαίου θα είχε ήδη καταστεί αντικείμενο εντονότερης επιστημονικής επεξεργασίας και έρευνας από ιστορικής, συνταγματικής και τελλολογικής επόψεως ανάλογης προς την πρακτική, αλλά και τη δογματική του ζωτικότητα, βαρύτητα και σημασία όχι μόνο στη σύγχρονη εποχή, αλλά ήδη από τον 19^ο αιώνα. Είναι γνωστόν εν προκειμένω, ότι η έρευνα για τις δογματικές θεμελιώδεις θέσεις και τις έννοιες του Διαχρονικού Δικαίου ανάγεται ήδη στις προσπάθειες των πανδεκτιστών στα τέλη του 19^{ου} αιώνα σχετικώς με την αντιμετώπιση των *facta praeterita*, των *negotia pendencia* και των *negotia future*, ενώ η δικαιοπολιτική πλευρά και τελλολογία των διαχρονικής φύσεως ρυθμίσεων, όσο και η συνταγματική διάσταση αυτών συνδέεται και με την απαγόρευση της αναδρομικής ισχύος των νέων ρυθμίσεων σε συνδυασμό και με την προστασία της (δημιουργηθείσας εν τω μεταξύ) εμπιστοσύνης⁸.

8 Μέχρι σήμερα αυτός κλάδος του δικαίου τόσο στη γενικότερη μορφή του ως «Διαχρονικό Δίκαιο» στο όλο Δίκαιο –Ουσιαστικό και Δικονομικό– όσο και στην ειδικότερη μορφή του, δηλαδή του Διαχρονικού Δικαίου στο πεδίο είτε μόνο του Ουσιαστικού Ιδιωτικού Δικαίου είτε μόνο του Δικονομικού Δικαίου δεν έτυχε μίας συνολικής θεώρησης σε μονογραφικό ερευνητικό επίπεδο. Προφανώς το εγχείρημα για μια συνολική ανάλυση του όλου Διαχρονικού Δικαίου –Ουσιαστικού και Δικονομικού, Δημοσίου και Ιδιωτικού, Ποινικού (Ουσιαστικού και Δικονομικού)– προσκρούει σε πολλαπλά εμπόδια. Είναι χαρακτηριστικό μάλιστα, ότι και η ως άνω αναφερθείσα μονογραφία/διατριβή επί υφηγεσία του Β. Hess αφορά μόνο το «Διαχρονικό Ιδιωτικό Δίκαιο». Από πλευράς ελληνικής βιβλιογραφίας στο πεδίο του Αστικού Δικονομικού Δικαίου και γενικότερα του Δικονομικού Δικαίου ένα σημαντικό κενό καλύπτει η πρόσφατη μονογραφία του κ. Χ. Λαγανά –με τίτλο «Οι σταθμίσεις του δικονομικού νομοθέτη στο διαχρονικό δικαιο της ρυθμίσεως της διαδικασίας και των διαδικαστικών πράξεων, Αθήνα, 2018– η οποία συμβάλλει σε κάθε περίπτωση στην κάλυψη αυτού του κενού από πλευράς ελληνικής βιβλιογραφίας στο ειδικότερο πεδίο του Αστικού Δικονομικού Δικαίου.

4. Είναι αυτονόητο, ότι η ερμηνευτική προσέγγιση των ζητημάτων που ανακύπτουν στο πεδίο του Διαχρονικού Αστικού Δικονομικού Δικαίου και γενικότερα του Διαχρονικού Δικαίου πρέπει να είναι πολύπλευρη και σφαιρική, αφού αυτά φωτίζονται όχι μόνο ως προς τη δικονομική τους πτυχή, αλλά και υπό το πρίσμα άλλων δικαϊκών κλάδων, όπως εκείνων της Φιλοσοφίας του Δικαίου, του Συνταγματικού αλλά και του Διεθνούς Δικαίου, λαμβανομένων όμως υπόψη κάθε φορά και των πολλαπλών επιπτώσεων που προκαλούν οι νομοθετικές μεταβολές στους Πολίτες, στην Κοινωνία και στη συναλλακτική ζωή γενικότερα στο πλαίσιο ενός Κράτους Δικαίου. Εντοπίζοντας τις βασικές λύσεις που μπορεί να προκρίνει ο νομοθέτης, είτε μεμονωμένως/αυτοτελώς ως προς τις κατ' ιδίαν επιπτώσεις, είτε ακόμα και σε συνδυαστική θεώρηση μεταξύ των διαφόρων επιπτώσεων, με απώτερο στόχο (και) την άρση της τυχόν συγκρούσεως μεταξύ των διαφόρων επιπτώσεων, είναι αναμφιβόλως σκόπιμο να διερευνώνται και να επισημαίνονται όχι μόνο τα πλεονεκτήματα αλλά και οι ελλοχεύοντες κίνδυνοι που συνοδεύουν κάθε μία από αυτές τις επιπτώσεις, προκειμένου να ανιχνευθούν οι σταθμίσεις του νομοθέτου, οι οποίες υπαγόρευαν την πρόκριση της εκάστοτε ρυθμίσεως. Κατ' αντιστοιχία με αυτή τη θεώρηση θα μπορούσε να εξετασθεί και στο πεδίο του Διαχρονικού Αστικού Δικονομικού Δικαίου κατά πόσον μπορεί και εν προκειμένω – παραφράζοντας τον αντίστοιχο γενικότερο όρο – να γίνει λόγος για «Έδρα της Δικονομικής Έννομης Σχέσεως»⁹, ή άλλως της «Δικονομικής Έννομης Καταστάσεως». Άλλωστε εξακολουθούν να είναι πάντοτε εξόχως ενδιαφέρουσες οι διαχρονικού δικαίου απόψεις του 18^{ου} και του 19^{ου} αιώνας και ιδίως αυτές που απορρέουν από τη σχετική διδασκαλία του *Carl von Savigny*, προσέγγιση η οποία κατά κανόνα ήταν προσανατολισμένη προς την κατεύθυνση, ότι υφίσταται σύμπτωση/συμφωνία/ταύτιση του Διαχρονικού Δικαίου και του Ιδιωτικού Διεθνούς Δικαίου. Βασικά σημεία, από την οπτική γωνία του Συνταγματικού Δικαίου, της αξιολογήσεως των ρυθμίσεων του Διαχρονικού Δικαίου και των αντιστοιχών μεταβατικών διατάξεων, αποτελούν η απαγόρευση της αναδρομικής ισχύος και η προστασία της εμπιστοσύνης¹⁰.

9 Το Διαχρονικό Ιδιωτικό Δίκαιο είναι – όπως επισημαίνεται και από τον *B. Hess*. ό.π. – Δίκαιο Συγκρούσεως και υπόκειται επομένως από πλευράς τελολογίας του στο βασικό στόχο κάθε Δικαίου Συγκρούσεως, ο οποίος συνίσταται στο να ανεύρει την ούτω καλουμένη «Έδρα της Έννομης Σχέσεως» («Sitz des Rechtsverhältnisses»), και κατά συνεκδοχή στον προσδιορισμό της Εντοπιότητας της Έννομης Σχέσεως αφενός στο προϊσχύον/προϊσχύσαν Δίκαιο και αφετέρου στο νέο, ισχύον, Δίκαιο.

10 Πάντως στο πεδίο της εξελίξεως της Θεωρίας του Διαχρονικού Δικαίου καθοριστική εξακολουθεί να παραμένει η από τον *Savigny* επισημανθείσα παράλληλη λειτουργία του Διαχρονικού Δικαίου με το Ιδιωτικό Διεθνές Δίκαιο και ο οποίος άλλωστε αντιλαμβάνεται, ως ελέχθη και προηγουμένως, το Διαχρονικό Δίκαιο ως Δίκαιο Συγκρούσεως, δεδομένου άλ-

5. Ήδη στο πρώτο σύγγραμμα (έτος εκδόσεως 1847) Πολιτικής Δικονομίας στην ελληνική γλώσσα –με συγγραφέα τον πρώτο Καθηγητή της Πολιτικής Δικονομίας στη Νομική Σχολή του Πανεπιστημίου Αθηνών Γ. Φέδερ («G. Feder») και με τίτλο «Αι περί Πολιτικής Δικονομίας Παραδόσεις»– εκτίθενται με ιδιαίτερος αναλυτική προσέγγιση ζητήματα που συνδέονται με το διαχρονικό δίκαιο στο πεδίο του δικονομικού δικαίου (αν και όχι μόνον). Χαρακτηριστικές –αλλά και αξιοσημείωτες και από την οπτική γωνία του σύγχρονου επιστημονικού διαλόγου– είναι οι ακόλουθες σκέψεις και αναπτύξεις του G. Feder: «Προβαίνοντες εις τους νόμους της διαδικασίας, παρατηρούμεν απ' αρχής, ότι δεν δυνάμεθα να συμφωνήσωμεν με την κοινώς παραδεγμένην γνώμην, ότι οι διαδικαστικοί νόμοι διέπονται από άλλας, παρά τους ουσιαστικούς νόμους, αρχάς, και εχούσιν επομένως κατ' εξαίρεσιν αναδρομικήν δύναμιν, αλλ' εκ τούναντίου φρονούμεν, ότι και επί διαδικαστικών νόμων εφαρμόζονται αι πρότερον αναπτυχθείσαι αρχαί, κατά τας οποίας δεν έχει μεν τις δικαίωμα κεκτημένον εις το να μένωσιν αμετάβλητοι οι νόμοι, δεν δ' θναιται όμως ούτε να στερηθή δια μεταγενεστέρου κεκτημένων δικαιωμάτων. Και επί των διαδικαστικών όθεν διατάξεων, ως και επί των πολιτικών νόμων, οφείλομεν να εξετάσωμεν, αν δια της εφαρμογής διατάξεως τίνος της νέας διαδικασίας, εις δίκας περί νομικών σχέσεων προγενεστέρων της εκδόσεως ταύτης της διαδικασίας ήθελε προσβληθή κεκτημένον δικαίωμα κατά την προεκτεθείσαν έννοιαν ή μη. ... Καθόσον δ' αφορά το κύρος πράξεων διαδικαστικών ενεργηθειών ήδη, και τας εννόμους συνεπειάς αυτών, πρέπει να παραδεχθώμεν ως γενικόν κανόνα, ότι το κύρος των πράξεων τούτων κρίνεται κατά τον νόμον, επί ισχύος του οποίου αύται ενεργήθησαν, και ότι ο αυτός νόμος εφαρμόζεται προκειμένου λόγου περί των συνεπειών και αποτελεσμάτων διαδικαστικής τίνος πράξεως. Ο κανών ούτος δικαιολογείται, ως και η έννοια αυτού και έκτασις ορίζεται, δια της αρχής, ότι δεν πρέπει να στερηθή τις δια του νεωτέρου νόμου δικαιωμάτων ήδη κεκτημένων. Κατά την αρχήν ταύτην α) Οσάκις ο νόμος συνδέει με πράξιν τινα ρητόν τι αποτέλεσμα, χορηγών λ.χ. ενδίκόν τι μέσον κατά της αποφάσεως ή απαγορεύων αυτό προς όφελος του νικήσαντος, αποκτάται δικαίωμα επί του αποτελέσματος τούτου, ήγουν επί μεν της πρώτης περιπτώσεως ο ηττηθείς αποκτά, άμα εκδοθή η απόφασις, δικαίωμα επί του ενδίκου μέσου, επί της τελεσιδικίας της αποφάσεως, το οποίον δεν δύναται ν' αφαιρεθή δια νέου νόμου, χορηγούντος ένδικα μέσα κατά τοιούτου είδους αποφάσεων. β) Κατά παρόμοιον τρόπον πρέπει να λυθή το περί προθεσμιών ζήτημα, με την διαφοράν όμως, ότι δεν λαμβάνεται υπ' όψιν ο χρόνος της εκδόσεως, αλλ' ο της επιδόσεως της αποφάσεως ή εν γένει της διαδικαστικής πράξεως, διότι η επίδοσις διαδικαστικής τίνος πράξεως, συνεπαγομένη την έναρξιν της προθεσμίας, αποτελεί το γεγονός, δι ου αποκτάται το δικαίωμα επί της παρά του τότε ισχύοντος νόμου ορι-

λωστε ότι πολλά συμφέροντα που αναφύονται στο πεδίο του Ιδιωτικού Διεθνούς Δικαίου –λ.χ. προστασία τρίτων, προστασία συναλλαγών, ιδιωτική αυτονομία– ανευρίσκονται και στα θεμέλια του αντίστοιχου κύκλου προβλημάτων του Διαχρονικού Δικαίου.

ζομένης προθεσμίας. Η διάφορος εν μέρει λύσις του μεν από του δε ζητήματος, δικαιολογείται και εκ της σκέψεως, ότι το προς ενδίκον τι μέσον δικαίωμα, π.χ. το δικαίωμα της εφέσεως, είναι άμεσον αποτέλεσμα της διακστικής αποφάσεως, λαμβάνον πλήρη ύπαρξιν δια της εκδόσεως αυτής. Επομένως η αφαίρεσις αυτού δια της εφαρμογής νεωτέρου νόμου, μη επιτρέποντος το μνησθέν ένδικον μέσον, ήθελε προσβάλει και καταστρέψει το υπό του ηττηθέντος αποκτηθέν δικαίωμα ο δε συντομωτέραν προθεσμίαν καθιερών νόμος δεν αφαιρεί το ένδικον τούτο μέσον, αλλ' εκ τουναντίου χορηγεί προθεσμίαν, εντός της οποίας ο διάδικος δύναται να πραγματοποιήση αυτό, ώστε δια της εφαρμογής του νέου νόμου, δημοσιευθέντος μετά την έκδοσιν μεν, προ της επιδόσεως δε της αποφάσεως, δεν στερείται μέσον τινός υπερασπίσεως, ούτε υποφέρει βλάβην τινά, συμμορφούμενος με την νέαν διάταξιν, τείνουσαν εις ταχυτέραν περαίωσιν της δίκης και αποβλέπουσαν το όφελος αμφοτέρων των διαδίκων»¹¹.

6. Είναι δεδομένο και αυτονόητο, ότι τα ζητήματα του Διαχρονικού Δικαίου εν γένει και ειδικότερα εκείνα του Αστικού Δικονομικού Διαχρονικού Δικαίου τέμνονται εντόνως με προβληματισμούς που αναφύονται και στο πεδίο άλλων κλάδων του δικαίου και ιδίως του συνταγματικού δικαίου. Τα βασικά –και μάλιστα διαχρονικής εμβέλειας– ερωτήματα που ανακύπτουν εν προκειμένω είναι, αν ο νομοθέτης έχει απεριόριστη ελευθερία κατά την χάραξη των χρονικών ορίων ισχύος ενός/του νόμου και κατά συνεκδοχήν, αν εντοπίζονται συνταγματικές, αλλά και υπερνομοθετικής ισχύος διατάξεις, οι οποίες επηρεάζουν τις διαχρονικού δικαίου δικονομικές διατάξεις τόσο θετικώς, υπαγορεύοντας δηλαδή τη θέσπισή τους (και ενδεχομένως και το συγκεκριμένο περιεχόμενο τους), όσο και αντιστρόφως (αρνητικώς), θέτοντας δηλαδή αυτές –λόγω ακριβώς του συγκεκριμένου, μη συμβατού με το Σύνταγμα, άλλως αντισυνταγματικού, περιεχομένου τους– εκποδών¹². Στο πλαίσιο αυτό αναδεικνύεται ιδίως ο κομβικός ρόλος που καλείται να επιτελέσει στα ζητήματα διαχρονικού δικαίου η αρχή του Κράτους Δικαίου, με αφετηρία και με θεμελιακή βάση την αρχή της προστατευόμενης εμπιστοσύνης και της ασφάλειας δικαίου, ώστε οι εν λόγω αρχές να (μπορούν να) επιτελέσουν οριοθετική λειτουργία στο έργο του νομοθέτου. Ως χαρακτηριστικά παραδείγματα των περιπτώσεων, οι οποίες εμπλέκονται με τα

11 G. Feder, Αι περί Πολιτικής Δικονομίας Παραδόσεις, Εν Αθήναις, 1847, σελ. 43-49.

12 Για το έντονο επιστημονικό –θεωρητικό και πρακτικό– ενδιαφέρον που έχουν τα ζητήματα του Διαχρονικού Δικαίου γενικότερα, αλλά και ειδικότερα τα ζητήματα του Δικονομικού Διαχρονικού Δικαίου είναι χαρακτηριστικό, ότι ένα εκ των τριών ειδικότερων θεμάτων στο 42^ο Πανελλήνιο Συνέδριο (Καρδίτσα, 7-10 Σεπτεμβρίου 2017) της Ενώσεως Ελλήνων Δικονομολόγων –του οποίου το γενικό θέμα ήταν «Η Νέα Τακτική Διαδικασία υπό το πρίσμα των θεμελιωδών αρχών της Πολιτικής Δίκης»– ήταν και το θέμα «Ζητήματα διαχρονικού δικαίου» με ισηγήτρια την Πρόεδρο Πρωτοδικών Σοφία Φούρλαρη (βλ. 42^ο Πανελλήνιο Συνέδριο Ενώσεως Ελλήνων Δικονομολόγων, Η Νέα Τακτική Διαδικασία υπό το πρίσμα των Θεμελιωδών Αρχών της Πολιτικής Δίκης, Αθήνα, 2018, σελ. 347-380).

προαναφερθέντα συνταγματικού δικαίου ζητήματα, μπορούν –ασφαλώς μεταξύ πολλών άλλων– να αναφερθούν –με αφορμή το Ν. 4335/2015– οι γνωστές ρυθμίσεις ως προς τη σύντμηση της καταχρηστικής προθεσμίας για την άσκηση των ενδίκων μέσων, καθώς και τα ζητήματα που άπτονται του Διαχρονικού Δικαίου που διέπει τα προνόμια κατά το στάδιο της αναγκαστικής εκτελέσεως. Στο πλαίσιο της προσεγγίσεως των ειδικότερων ζητημάτων του αστικού δικονομικού διαχρονικού δικαίου ιδιαίτερο ενδιαφέρον έχουν οι μεταβατικές διατάξεις του ΕισΝΚΠολΔ, αλλά και το δαιδαλώδες, σε διάφορους γενικούς ή ειδικούς νόμους, πλέγμα διαφόρων δικονομικών διατάξεων, καθώς και οι λόγοι, οι οποίοι υπαγόρευσαν τη θέσπισή τους. Ο εντοπισμός των γενικότερων αυτών αρχών είναι κρίσιμης σημασίας, διότι η αναγωγή σε αυτές καθώς και στις προπαρασκευαστικές εργασίες καταστώσεως των σχετικών διατάξεων του ΕισΝΚΠολΔ δύναται να συμβάλει στην επιτυχέστερη αντιμετώπιση των προβλημάτων που προκαλεί κάθε μετάβαση σε ένα νεότερο δικονομικό καθεστώς¹³.

7. Από πλευράς πρακτικής εφαρμογής των οικείων δικονομικών διατάξεων, κρίσιμη για το ισχύον ελληνικό Αστικό Δικονομικό Δίκαιο είναι η συγκεκριμένη σύγχρονη χρονική συγκυρία –η οποία επομένως είναι και ιδιαιτέρως επίκαιρη– λόγω των εκτεταμένων τροποποιήσεων που επέφερε στον ΚΠολΔ ο πρόσφατος Ν. 4335/2015, οι σχετικές τροποποιήσεις, ιδίως μάλιστα οι εξ αυτών ατυχείς/ασαφείς, του οποίου αναζωπύρωσαν το ενδιαφέρον για τα ζητήματα που αναφύονται εξ επόψεως διαχρονικού δικαίου, ιδίως μάλιστα και επειδή, όπως γενικότερα έχει διαπιστωθεί, ο Ν. 4335/2015 εμπεριέχει άλλοτε ατυχείς ρυθμίσεις και αιτιολογίες, άλλοτε ασαφείς ρυθμίσεις και άλλοτε διατάξεις με νομοτεχνικές ατέλειες τόσο στο κύριο τμήμα των ρυθμίσεων, όσο και στο τμήμα των μεταβατικών, διαχρονικού

13 Βλ. και την ως άνω μονογραφία του Χ. Λαγανά («Οι σταθμίσεις του δικονομικού νομοθέτη στο διαχρονικό δίκαιο της ρυθμίσεως της διαδικασίας και των διαδικαστικών πράξεων, Αθήνα, 2018), στην οποία ο ως άνω συγγραφέας προβαίνει σε πολύ επιμελημένη επιλογή και παράθεση της σχετικής ημεδαπής και αλλοδαπής βιβλιογραφίας και νομολογίας, χωρίς όμως να εξαντλείται σε μία τυπική, εν είδει «καταλόγου», παραπομπή των οικείων νομολογιακών πορισμάτων και των περισσότερων θεωρητικών απόψεων που έχουν διατυπωθεί, αλλά αντιθέτως την αξιοποιεί με καρποφόρο τρόπο και διεισδυτική ματιά, ενώ παράλληλα αναδεικνύει ενίοτε αξιολογικές αντινομίες, κενά αλλά και εξαιρετικού ενδιαφέροντος ζητήματα που αναφύονται συναφώς. Περαιτέρω προτείνει και λύσεις για την πρακτική αντιμετώπιση των εμφανιζόμενων ερμηνευτικών ζητημάτων, και λαμβάνει θέση σε μία σειρά ζητημάτων δογματικού ενδιαφέροντος, όπως λ.χ. ως προς το ζήτημα της νομικής φύσεως της αντεφέσεως και της καταχρηστικής προθεσμίας για την άσκηση των ενδίκων μέσων, ενώ παράλληλα προσεγγίζει με κριτικό πνεύμα ορισμένες κρατούσες απόψεις, όπως λ.χ. στην περίπτωση του διαχρονικού δικαίου που διέπει τα προνόμια ή και να διατυπώσει ακόμη τη δική του πρωτότυπη θεώρηση, όπως λ.χ. στην περίπτωση της επιβολής υποχρεώσεως καταβολής δικαστικού ενσήμου στις αναγνωριστικές αγωγές.

δικαίου, διατάξεων (με συνέπεια να δημιουργούνται πολλές, και μάλιστα εύλογες, διχογνωμίες για διάφορα πολύ κρίσιμα ζητήματα)¹⁴. Ατέλειες και ασάφειες ενυπάρχουν, όπως είναι γνωστό, και στις μεταβατικές διατάξεις. Ιδιαίτερως προβληματική από της επόψεως αυτής είναι μάλιστα (και) η διάταξη της παραγράφου 2 του ενάτου άρθρου του άρθρου 1 Ν. 4335/2015 –«Οι διατάξεις για τα ένδικα μέσα και τις ειδικές διαδικασίες των άρθρων 591-645 εφαρμόζονται για τα κατατιθέμενα από 1.1.2016 ένδικα μέσα και αγωγές»– η οποία λόγω της ασάφειάς της και της ανεπιτυχούς διατυπώσεώς της έχει οδηγήσει σε εσφαλμένες ερμηνευτικές προσεγγίσεις σχετικώς με το χρονικό σημείο ενάρξεως και τη διάρκεια των λεγομένων «καταχρηστικών» προθεσμιών προσβολής με έφεση και αναίρεση των δικαστικών αποφάσεων που είχαν εκδοθεί μέχρι και την 31.12.2015 (σε συνδυασμό και με την καθιέρωση των νέων διατάξεων της παραγράφου 2 του άρθρου 518 ΚΠολΔ και της παραγράφου 3 του άρθρου 564 ΚΠολΔ, με τις οποίες οι «καταχρηστικές» προθεσμίες για την προσβολή των αποφάσεων με έφεση και αναίρεση μειώθηκαν από τρία σε δύο χρόνια). Ακριβώς δε λόγω της ατελούς και ασαφούς διατυπώσεώς της η ως άνω μεταβατική διάταξη έδωσε (προφανώς εύλογη) αφορμή για να δημιουργηθεί (ευλόγως) διχογνωμία και μεταξύ των τμημάτων του Αρείου Πάγου. Κατά την άποψή μου –όπως έχω επισημάνει και με άλλη ευκαιρία– στις περιπτώσεις αυτές δεν τυγχάνει εφαρμογής ή ως άνω μεταβατική διάταξη του Ν. 4335/2015, αλλά η μεταβατική διάταξη του άρθρου 24 § 1 ΕισΝΚΠολΔ, η οποία ως προς το θέμα αυτό εξακολουθεί να ισχύει, και επομένως για τις αποφάσεις που εκδόθηκαν μέχρι την 31.12.2015 (άλλως πριν την 1.1.2016) η αντίστοιχη καταχρηστική προθεσμία για την προσβολή τους με έφεση και αναίρεση εί-

14 Στα αρνητικά του Ν. 4335/2015 εγγράφεται και η ακόλουθη άποψη που περιλαμβάνεται στην Αιτιολογική Έκθεση του ως άνω νόμου: «αν ο ενάγων δεν εκπληρώσει το δικονομικό αυτό βάρος, τότε η αγωγή θεωρείται ότι δεν ασκήθηκε και ως εκ τούτου δεν παράγει δικονομικές έννομες συνέπειες. Οι ουσιαστικού δικαίου συνέπειες βεβαίως διατηρούνται». Είναι αυτονόητο, ότι οι απόψεις που διατυπώνονται στις Αιτιολογικές Εκθέσεις των διαφόρων Νόμων δεν αποτελούν κείμενο του οικείου Νόμου, αλλά (μπορούν να) αποτελούν κατά περίπτωση – και αναλόγως με την επιστημονική τους αξιοπιστία – ερμηνευτικό βοήθημα για την αληθή ερμηνεία των οικείων/αντιστοίχων νομικών διατάξεων. Εν προκειμένω η διάταξη του δευτέρου εδαφίου της δευτέρας παραγράφου του άρθρου 215 ΚΠολΔ ρητώς και σαφώς ορίζει, ότι αν «η αγωγή δεν επιδοθεί μέσα στην προθεσμία αυτή, θεωρείται ως μη ασκηθείσα». Με βάση αυτή τη σαφέστατη ρύθμιση του άρθρου 215 παρ. 2 εδ. β' ΚΠολΔ το να αναφέρεται στην Αιτιολογική Έκθεση, σχετικώς με την ως άνω σαφή ρύθμιση του ΚΠολΔ, ότι «αν ο ενάγων δεν εκπληρώσει το δικονομικό αυτό βάρος, τότε η αγωγή θεωρείται ότι δεν ασκήθηκε και ως εκ τούτου δεν παράγει δικονομικές έννομες συνέπειες», και ταυτοχρόνως όμως για την περίπτωση αυτή να αναφέρεται, ότι οι «ουσιαστικού δικαίου συνέπειες βεβαίως διατηρούνται» συνιστά –με βάση και την γενικότητα της ως άνω διατύπωσης στην Αιτιολογική Έκθεση– σοβαρό λάθος.

να τριετής και αρχίζει να τρέχει από το (πριν την 1.1.2016) χρονικό σημείο της δημοσιεύσεως της αποφάσεως. Σημειωτέον ότι και ως προς το σημείο αυτό **δεν θεωρήθηκε σκόπιμο να αναφερθεί** στην αιτιολογική έκθεση του Ν. 4335/2015, ότι η μείωση της διάρκειας των ως άνω «καταχρηστικών» προθεσμιών από τρία σε δύο έτη είχαν προταθεί ήδη και με τα άρθρα 55 § 2 της Προτάσεως Σχεδίου Νόμου (της Νομοπαρασκευαστικής Επιτροπής υπό την Προεδρία *Ν.Κ. Κλαμαρή*) του έτους 2008 και 60 παρ. 1 του Σχεδίου Νόμου (της Νομοπαρασκευαστικής Επιτροπής υπό την Προεδρία *Ι. Παπανικολάου*) του έτους 2009, με τα οποία τροποποιούντο αντιστοίχως οι παράγραφοι 2 του άρθρου 518 ΚΠολΔ και 3 του άρθρου 564 ΚΠολΔ. Στο πλαίσιο αυτό θα πρέπει επίσης να επισημανθεί, ότι με τις σχετικές μεταβατικές διατάξεις των ως άνω νομοθετικών προσπαθειών (των ετών 2008 και 2009) στο πεδίο του δικονομικού δικαίου ρυθμιζόταν με απολύτως σαφή τρόπο το ως άνω ζήτημα, δηλαδή περί του από πότε θα ισχύει η –και τότε προτεινόμενη– νέα μειωμένη διετής προθεσμία προσβολής των αποφάσεων με τα ένδικα μέσα της εφέσεως και της αναιρέσεως, ώστε να μη δίνεται οποιαδήποτε αφορμή για εσφαλμένες ερμηνευτικές προσεγγίσεις. Ειδικότερα η μεταβατική διάταξη του άρθρου 113 της αντίστοιχης Προτάσεως Σχεδίου Νόμου του έτους 2008¹⁵ θέσπιζε την ακόλουθη ρύθμιση: «Η προθεσμία των δύο χρόνων που προβλέπεται στα άρθρα 518 παράγραφος 2 και 564 παράγραφος 3 ισχύει για εκείνες τις αποφάσεις που περατώνουν τη δίκη, οι οποίες δημοσιεύονται μετά την έναρξη ισχύος του παρόντος νόμου» (δηλαδή της οικείας Προτάσεως Σχεδίου Νόμου με την προϋπόθεση βεβαίως, ότι αυτό το Σχέδιο Νόμου θα ψηφιζόταν από τη Βουλή ως Νόμος). Επίσης και η παράγραφος 8 του αντιστοίχου άρθρου 96 του Σχεδίου Νόμου του έτους 2009¹⁶ θέσπιζε την ακόλουθη μεταβατική ρύθ-

15 Νομοπαρασκευαστική Επιτροπή του Υπουργείου Δικαιοσύνης για την Αναμόρφωση του Κώδικα Πολιτικής Δικονομίας, Πρόταση Σχεδίου Νόμου, Αθήνα, 2008 [Ερευνητικό Ινστιτούτο Δικονομικών Μελετών, Δημοσιεύματα, τ. 39], σελ. 233 (126/127). Μέλη της ως άνω Νομοπαρασκευαστικής Επιτροπής ήταν: Καθηγητής *Ν. Κ. Κλαμαρής* (Πρόεδρος) και μέλη: Οι Αρεοπαγίτες ε.τ. *Γ. Χριστόφίλος* και *Γ. Σιμόπουλος*, οι Καθηγητές *Κ. Καραβρός*, *Ν. Νίκας*, *Α. Καΐσης* και *Γ. Ορφανίδης* και οι Δικηγόροι *Γ. Τιμαγένης* (Δ.Ν.), *Σ. Γρύλλης*, *Σ. Λάλας* και *Ν. Νάκης* (και αρχικώς και οι *Π. Μάζης*, *Α. Νιάνιος* και *Μ. Θανοπούλου*). Γραμματείς της Επιτροπής ήταν οι κυρίες *Αικ. Ιατρού* και *Κ. Θεοφανίδου*.

16 Ειδική Νομοπαρασκευαστική Επιτροπή του Υπουργείου Δικαιοσύνης για την Τελική Αναμόρφωση του Κώδικα Πολιτικής Δικονομίας, Σχέδιο Νόμου, Αθήνα, 2009 [Ερευνητικό Ινστιτούτο Δικονομικών Μελετών, Δημοσιεύματα, τ. 44], σελ. 277 (και σελ. 141). Μέλη της ως άνω Ειδικής Νομοπαρασκευαστικής Επιτροπής ήταν: ο Αντιπρόεδρος του Αρείου Πάγου *Ι. Παπανικολάου* (Πρόεδρος) και μέλη: Οι Αρεοπαγίτες ε.τ. *Γ. Σιμόπουλος* και *Φ. Καϊμενάκης*, η Ομότιμη Καθηγήτρια *Π. Γέσιου-Φαλτσή*, οι Καθηγητές (αλφαβητικώς) *Χ. Απαλαγάκη*, *Κ. Καραβρός*, *Ν. Κλαμαρής*, *Γ. Ορφανίδης*, και οι Δικηγόροι *Σ. Γρύλλης*, *Η. Κωνσταντόπουλος*, και *Γ. Τιμαγένης*. Γραμματείς της Επιτροπής ήταν οι *Μ. Γαλάνης* (Δικη-

μιση: «Οι διατάξεις των άρθρων 501, 502, 511 έως 517, 518 παράγραφος 2, 538 έως 543, 552 έως 562 και 564 παράγραφος 3 ΚΠολΔ εφαρμόζονται στις αποφάσεις που εκδίδονται μετά την έναρξη ισχύος του παρόντος νόμου» (δηλαδή του οικείου Σχεδίου Νόμου με την προϋπόθεση και εδώ, ότι αυτό το Σχέδιο Νόμου θα ψηφιζόταν από τη Βουλή ως Νόμος). Αν στο Ν. 4335/2015 είχαν υιοθετηθεί αυτή η διατύπωση στο πλαίσιο των σχετικών μεταβατικών διατάξεων, δεν θα δημιουργείτο το ζήτημα που δημιουργήθηκε με την αντίστοιχη μεταβατική διάταξη του Ν. 4335/2015. Το ως άνω κρίσιμο νομικό ζήτημα θα έπρεπε με βάση το ισχύον νομικό καθεστώς να επιλύεται επομένως (κατά τη γνώμη μου) με βάση τη διάταξη της παραγράφου 1 του άρθρου 24 ΕισΝΚΠολΔ (και όχι με βάση τις ελλειμματικές ρυθμίσεις του Ν. 4335/2015), όπως ήδη από το μεγαλύτερο τμήμα της θεωρίας έχει επισημανθεί¹⁷.

8. Είναι πάντως άξιο ειδικής επισημάνσεως, ότι η Ολομέλεια του Αρείου Πάγου –στην οποία είχε παραπεμφθεί το ζήτημα για λόγους ενότητας της νομολογίας λόγω της ως άνω αναφερθείσας διχογνωμίας μεταξύ των τμημάτων του Αρείου Πάγου– υιοθέτησε τελικώς με την απόφασή της 10/2018 την –και εδώ υποστηριζόμενη– ορθή άποψη ως ακολούθως: *«Ωστόσο, η μεταβατική διάταξη του άρθρου ένατου παρ. 2 του ν. 4335/2015 ουδόλως, κατά τα προεκτεθέντα, φέρει τα εχέγγυα της απαιτούμενης για την εμπέδωση της ασφάλειας δικαίου σαφήνειας. Περίτρανη απόδειξη αυτού αποτελεί το γεγονός ότι η θεωρία άμεσα εξέφρασε εντονότατο προβληματισμό ως προς την αληθή έννοια της γενικής διατύπωσης της διάταξης αυτής και κατά την κρατούσα θέση της προέκρινε τη μη εφαρμογή της στο επίμαχο ζήτημα. Την ανωτέρω κυρίαρχη στη θεωρία άποψη έχουν υιοθετήσει και οι αποφάσεις 519/2017 και 520/2017 του Αρείου Πάγου, σύμφωνα με τις οποίες σε όσες αποφάσεις δημοσιεύτηκαν πριν την 1-1-2016 η καταχρηστική προθεσμία για την άσκηση αναίρεσης είναι τριετής και όχι διετής, δηλαδή προέκρινε η άποψη αυτή την ερμηνευτική άρση του προβλήματος μέσω της προσφυγής στη διαχρονικού δικαίου αρχή του άρθρου 24 παρ. 1 του Εισ.Ν.ΚΠολΔ., εστιάζοντας στην άρση των ατόπων και ανισοτήτων που θα μπορούσαν να ανακύψουν μεταξύ των διαδίκων από την ενδεχόμενη επιλογή αναδρομικής ισχύος τέτοιων νεότερων διατάξεων, που συντέμνουν τις καταχρηστικές αυ-*

γός) και Ν. Κατηφόρης (τότε Λέκτωρ της Νομικής Σχολής του Πανεπιστημίου Αθηνών), ενώ την Επιτροπή συνέδραμαν στο έργο της και οι Επιστημονικοί Συνεργάτες του Ινστιτούτου Κ. Παννόπουλος (Δ.Ν., Δικηγόρος) και Κ. Χρονοπούλου (Δικηγόρος).

17 Βλ. σχετικώς και Ν. Κ. Κλαμαρή, Η Νέα Τακτική Διαδικασία υπό το πρίσμα των Θεμελιωδών Αρχών της Πολιτικής Δίκης –Η προβολή των ισχυρισμών– 42^ο Πανελλήνιο Συνέδριο Ενώσεως Ελλήνων Δικονομολόγων, Καρδίτσα, 7-10 Σεπτεμβρίου 2017, Αθήνα, 2018, σελ. 19-143 (141/142).

τές προθεσμίες. Το άτοπο της στενής γραμματικής ερμηνείας του άρθρου ένατου παρ. 2 του ν. 4335/2015 αναδεικνύεται και από το εξής παράδειγμα: Αίτηση αναίρεσης κατ' απόφασης που είχε δημοσιευθεί σε χρόνο μεγαλύτερο της διετίας και μικρότερο της τριετίας πριν την άσκηση της αναίρεσης θα ήταν παραδεκτή ως εμπρόθεσμη αν ασκείτο μέχρι τις 31-12-2015, ενώ θα ήταν απαράδεκτη ως εκπρόθεσμη αν ασκείτο μετά την 1-1-2016, αφού θα είχε εν τω μεταξύ, συμπληρωθεί η διετής προθεσμία από τη δημοσίευσή της. Αν ο νομοθέτης ήθελε κάτι διαφορετικό, που θα οδηγούσε σε απώλεια του δικονομικού δικαιώματος ασκήσεως ενδίκου μέσου μέσα στη νέα καταχρηστική προθεσμία, θα έπρεπε είτε να ορίσει ρητά είτε να προβλέψει συγκεκριμένη προθεσμία, εντός της οποίας θα όφειλε να ασκηθεί τυχόν ένδικο μέσο κατά αποφάσεως που δημοσιεύθηκε σε χρόνο μεγαλύτερο των δύο ετών από τη θέση σε ισχύ του νέου νόμου ή από την άσκηση του ενδίκου μέσου. Εξάλλου, η προσήλωση στη φραστική διατύπωση του άρθρου ένατου παρ. 2 του ν. 4335/2015 θα ήγειρε ανυπολόγιστους κινδύνους ανασφάλειας δικαίου και διάψευσης της εύλογης πεποίθησης και δικαιολογημένης εμπιστοσύνης των συναλλασσομένων από ενδεχόμενη απώλεια κρίσιμων προθεσμιών και δικαιωμάτων. Γι αυτούς κυρίως τους λόγους, η ρύθμιση του ως άνω νόμου πρέπει να υποχωρήσει υπέρ της θεμελιώδους διαχρονικού δικαίου αρχής, που διατυπώνεται στο άρθρο 24 παρ. 1 του Εισ.Ν.ΚΠολΔ., δηλαδή να εφαρμόζεται επί της προθεσμίας των ενδίκων μέσων και εναντίον των αποφάσεων που δεν έχουν επιδοθεί ο κατά το χρόνο της δημοσίευσης της προσβαλλόμενης απόφασης ισχύων νόμος. Έτσι, ως προς τις δημοσιευόμενες πριν την έναρξη ισχύος του ν. 4335/2015 αποφάσεις, που είχαν εκδοθεί αντιμωλία των ενδίκων και δεν είχαν επιδοθεί και καταστεί τελεσίδικες ή αμετάκλητες, εξακολουθεί να ισχύει η τριετής καταχρηστική προθεσμία προσβολής τους με αναίρεση (πρβλ Ολ ΑΠ 296/1974 στην αντίστροφη περίπτωση της αύξησης της ως άνω καταχρηστικής προθεσμίας από διετή, κατά το άρθρο 817 παρ. 4 της ΠολΔ, σε τριετή με τον ΚΠολΔ/1968). Η με τον τρόπο αυτό τελεολογική προσέγγιση του άρθρου ένατου παρ. 2 του ν. 4335/2015 συντελεί στην εγκαθίδρυση αισθήματος εμπιστοσύνης του πολίτη και άρσης οποιασδήποτε ανασφάλειας δικαίου. Άλλωστε, υπέρ της ερμηνευτικής αυτής αντίληψης συνεπικουρεί και η διάταξη του άρθρου 13 παρ. 2 Εισ.Ν.Κ.Πολ.Δ., σύμφωνα με την οποία «Η διάρκεια των προθεσμιών που είχαν αρχίσει πριν από την εισαγωγή του ΚΠολΔ και δεν έχουν λήξει, καθώς και η παρέκτασή τους, κρίνονται σύμφωνα με το δίκαιο που ίσχυε πριν την εισαγωγή του, η παράταση όμως, η αναστολή και η διακοπή τους εξαιτίας γεγονότων που επήλθαν μετά την εισαγωγή του ΚΠολΔ κρίνονται με βάση τις διατάξεις του». Συνεπώς, κατά την πλειοψηφούσα άποψη του παρόντος Δικαστηρίου, η ένδικη, από 25-5-2016, αίτηση αναίρεσης κατά της 45/31-5-2013 μη επιδοθείσας τελε-

σίδικης απόφασης του Τριμελούς Εφετείου Κέρκυρας, που κατατέθηκε στη Γραμματεία του εκδόντος την αναιρεσιβαλλόμενη απόφαση στις 27-5-2013, είναι παραδεκτή, ως εμπροθέσμως ασκηθείσα»¹⁸. Την άποψη αυτή της Ολομέλειας του Αρείου Πάγου είχαν υιοθετήσει ήδη και η Θεωρία¹⁹.

9. Είναι γνωστό, ότι ήδη με τη δημοσιοποίηση του Σχεδίου Νόμου – που ψηφίσθηκε τελικώς από τη Βουλή ως Νόμος 4335/2015 – προκλήθηκε ειδικό επιστημονικό ενδιαφέρον (και) για τις νέες ρυθμίσεις διαχρονικού δικονομικού δικαίου, ιδίως μάλιστα και εκ του λόγου, ότι, όπως από πολλές πλευρές επισημάνθηκε από την αρχή της δημοσιοποίησης των σχετικών ρυθμίσεων και εξακολουθεί μετ’ επιτάσεως να επισημαίνεται, ο Νόμος 4335/2015 χαρακτηρίζεται από κάποιες/αρκετές σημαντικές ασάφειες, νομοτεχνικές ατέλειες ή/και ατυχείς ρυθμίσεις σε όλα τα επιμέρους τμήματα του, καθώς ειδικότερα και στο τμήμα στο οποίο εμπεριέχονται οι μεταβατικές, διαχρονικού δικαίου, διατάξεις του ως άνω Νόμου. Είναι εν προκειμένω μάλιστα καθοριστική και χαρακτηριστική η κρίση του Αρείου Πάγου –στην απόφαση 10/2018 (της Ολομέλειάς του)– όπου αξιολογώντας τη διάταξη της παραγράφου 2 του ενάτου άρθρου του άρθρου 1 Ν. 4335/2015 που αφορά τα ένδικα μέσα με ιδιαιτέρως εντυπωσιακή/καυστική, αλλά και εύστοχη, κριτική ως προς τη νομοτεχνική ποιότητα της σχετικής ρυθμίσεως αποφάνθηκε, ότι «*η μεταβατική διάταξη του άρθρου ενάτου παρ. 2 του ν. 4335/2015 ουδόλως, κατά τα προεκτεθέντα φέρει τα εχέγγυα της απαιτούμενης για την εμπέδωση της ασφάλειας δικαίου σαφήνειας*». Και μάλιστα χαρακτηριστική είναι και η φράση της πλειοψηφήσασας στην Ολομέλεια του Αρείου Πάγου απόψεως, που αντικρούοντας τη βασιμότητα των επιχειρημάτων της αντίθετης –μειοψηφήσασας τελικώς– επόψεως ως προς το ίδιο ζήτημα σχετικώς με την έννοια της ως άνω διατάξεως, επισήμανε, ότι τα «*επιχειρήματα της ανωτέρω άποψης, όμως, προϋποθέτουν σαφή νομοθετική διάταξη, ως προς την κατάργηση ή τη συρρίκνωση του δικαιώματος άσκησης έφεσης και αναίρεσης, ώστε να κριθεί αν οι διάδικοι είχαν ασφαλή πληροφόρηση και επαρκή χρόνο. Αν αυτό ίσχυε, δυσχερώς πράγματι, θα μπορούσε να υποστηριχθεί ότι οι διάδικοι αιφνιδιάστηκαν*». Αλλά και σε άλλα σημεία της ως άνω αποφάσεως αφενός αποκρούεται «*η προσήλωση στη φραστική διατύπωση*» της ίδιας αυτής διατάξεως –προφανώς επειδή (και) κατά την άποψη του Αρείου Πάγου πρόκειται περί μη σαφούς διατάξεως (ως μη φέρουσας «*τα εχέγγυα της απαιτούμενης ... σαφήνειας*»)- διότι κάτι τέτοιο «*θα ήγειρε ανυπολόγιστους κινδύνους ανασφάλειας δικαίου και διάψευσης της εύλογης πεποίθησης και δικαιολογημένης εμπιστοσύνης των συναλλασσομένων όπως ενδεχόμενη*

18 ΑΠ 10/2018.

19 Βλ. Χ. Λαγανά, ό.π., σελ. 259/260.

απώλεια κρίσιμων προθεσμιών και δικαιωμάτων» και αφετέρου υιοθετείται η «τελολογική προσέγγιση» της ίδιας ως άνω διατάξεως ακριβώς προς «εγκαθίδρυση αισθήματος εμπιστοσύνης του πολίτη και άρσης οποιασδήποτε ανασφάλειας δικαίου». Είναι νομίζω σαφέστατη η άποψη του Αρείου Πάγου για την νομοτεχνική ποιότητα –δηλαδή κατ’ ακριβολογία για την κακή νομοτεχνική ποιότητα και την εσφαλμένη ρύθμιση– της ως άνω διαχρονικού δικαίου διατάξεως του Ν. 4335/2015.

10. Οι ως άνω – και κριτικές – παρατηρήσεις δεν έχουν βεβαίως την έννοια, ότι ο Ν. 4335/2015 δεν περιέχει και σαφείς ή νομοτεχνικώς άψογες ρυθμίσεις – και τούτο ανεξαρτήτως τυχόν αντιρρήσεων/επιφυλάξεων ως προς το κατ’ ουσίαν περιεχόμενο των αντιστοίχων ρυθμίσεων/διατάξεων – και οι οποίες δεν (θα πρέπει να) δίδουν λαβή για οποιεσδήποτε παρερμηνείες. Υπ’ αυτήν την έννοια σαφής είναι κατά τη γνώμη μου η διάταξη του πρώτου εδαφίου της παραγράφου 3 του άρθρου ενάτου του Ν. 4335/2018, σύμφωνα με την οποία οι «διατάξεις για την αναγκαστική εκτέλεση εφαρμόζονται όταν η επίδοση της επιταγής προς εκτέλεση διενεργείται μετά τις 1.1.2016». Εν προκειμένω επομένως υφίσταται πλήρης σαφήνεια αφενός ως προς το ποία είναι η κρίσιμη πράξη – δηλαδή «η επίδοση της επιταγής προς εκτέλεση» – και αφετέρου ποίο είναι το κρίσιμο χρονικό σημείο («η επίδοση ... διενεργείται μετά τις 1.1.2016»). Υπ’ αυτήν την έννοια θεωρώ, ότι το βασικό και μοναδικό κριτήριο για την εφαρμογή στην Αναγκαστική Εκτέλεση του ΚΠολΔ «των διατάξεων για την αναγκαστική εκτέλεση» που ίσχυαν μέχρι και την 31 Δεκεμβρίου 2015 ή αντιθέτως «των διατάξεων για την αναγκαστική εκτέλεση» που ισχύουν μετά την 1 Ιανουαρίου 2016 είναι το χρονικό σημείο, **στο οποίο επιδόθηκε η επιταγή προς εκτέλεση**. Αν η επιταγή προς εκτέλεση επιδόθηκε μέχρι και την 31 Δεκεμβρίου 2015 τότε εφαρμόζονται, σύμφωνα και με την ως άνω σαφή μεταβατική διάταξη του Ν. 4335/2015, οι διατάξεις για την αναγκαστική εκτέλεση που ίσχυαν μέχρι την 31 Δεκεμβρίου 2015, ενώ, αν η επιταγή προς εκτέλεση επιδόθηκε από (και μετά) την 1 Ιανουαρίου 2016, τότε εφαρμόζονται αντιστοίχως οι διατάξεις για την αναγκαστική εκτέλεση, οι οποίες ισχύουν με βάση το νέο Νόμο 4335/2015 από 1 Ιανουαρίου 2016. Εν προκειμένω η ως άνω ρύθμιση του Νόμου 4335/2015 είναι σαφέστατη και κάνει λόγο γενικώς απλώς και μόνο για «διατάξεις για την αναγκαστική εκτέλεση», χωρίς να προβαίνει σε οποιαδήποτε περαιτέρω διάκριση περί της Νομικής Φύσεως των διατάξεων για την Αναγκαστική Εκτέλεση (και ειδικότερα περί των διατάξεων οι οποίες εντάσσονται/περιλαμβάνονται στο όγδοο βιβλίο – άρθρα 904 έως και 1054 – του ΚΠολΔ). Αυτή η επιλογή του Νομοθέτου του Ν. 4335/2015 έχει ιδιαίτερη σημασία για την ερμηνευτική προσέγγιση της συγκεκριμένης μεταβατικής διατάξεως. Η ιδιαίτερη σημασία συνίσταται στο ότι, όπως έχει επισημανθεί από τον

Γ. Θ. Ράμμο, στο βιβλίο του ΚΠολΔ, το οποίο ρυθμίζει τα της Αναγκαστικής Εκτελέσεως κατά τον ΚΠολΔ, εμπεριέχονται και διατάξεις οι οποίες από πλευράς Νομικής τους Φύσεως είναι διατάξεις ουσιαστικού δικαίου και όχι διατάξεις δικονομικού δικαίου. Πλην όμως ο Νόμος 4335/2015 – όπως άλλωστε και ο ΚΠολΔ με βάση την αρχική του διατύπωση από το έτος 1968 – ρυθμίζει τα της μεταβατικής φύσεως, άλλως τα του διαχρονικού δικαίου σχετικά θέματα, όχι με βάση το κριτήριο της Νομικής Φύσεως των κατ' ιδίαν επί μέρους διατάξεων/ρυθμίσεων, αλλά γενικώς με βάση τη συστηματική ένταξη των σχετικών διατάξεων στις – με βάση τη σχετική συστηματική κατάταξη στο οικείο «βιβλίο» του ΚΠολΔ – «διατάξεις για την αναγκαστική εκτέλεση» του ΚΠολΔ, δηλαδή ανεξαρτήτως από το αν οι κρίσιμες σχετικές διατάξεις από πλευράς Νομικής Φύσεως τους (μπορούν να) κατατάσσονται στις διατάξεις Ουσιαστικού/Αστικού Δικαίου ή αντιθέτως στις διατάξεις του (Αστικού) Δικονομικού Δικαίου. Με βάση τη σαφέστατη ρύθμιση της ως άνω διατάξεως μοναδικό κρίσιμο νομικό κριτήριο, εν όψει του συγκεκριμένου θετικού δικαίου, ειδικώς για το συγκεκριμένο ζήτημα περί των κατά νόμον εφαρμοστέων διατάξεων είναι η συστηματική κατάταξη – ή όχι – της σχετικής διατάξεως στις «διατάξεις για την αναγκαστική εκτέλεση» του όγδοου βιβλίου του ΚΠολΔ. Επομένως κατά την άποψή μου με βάση αυτό και μόνο το κριτήριο θα πρέπει να κρίνεται και το κατά περίπτωση εκάστοτε ανακύπτον ζήτημα, αν σε κάποια συγκεκριμένη περίπτωση θα (πρέπει να) ισχύουν οι «διατάξεις για την αναγκαστική εκτέλεση» που ίσχυαν μέχρι την 31 Δεκεμβρίου 2015 ή αντιθέτως οι «διατάξεις για την αναγκαστική εκτέλεση» που ισχύουν μετά την 1 Ιανουαρίου 2016. Η συγκεκριμένη επιλογή του Νομοθέτου και η συγκεκριμένη ρύθμιση της ως άνω μεταβατικής διατάξεως του Νόμου 4335/2015 δεν αφήνουν κατά τη γνώμη μου ερμηνευτικά κενά και περιθώρια για προσφυγή – ούτε δικαιολογεί μεθοδολογικώς την προσφυγή – στη Νομική Φύση του περί ου εκάστοτε ο λόγος ενδίκου βοηθήματος, ή νομικού/δικονομικού θεσμού κ.ο.κ., ώστε αναλόγως να κριθεί ποίο κατά νόμο (και κατά ποίο κατά χρόνο) δίκαιο θα εφαρμοσθεί εν προκειμένω, με την έννοια δηλαδή, ότι αν τυχόν ήθελε θεωρηθεί/κριθεί, ότι από πλευράς Νομικής Φύσεως πρόκειται στη συγκεκριμένη περίπτωση για ουσιαστικού δικαίου ζήτημα, θεσμό, μόρφωμα, βοήθημα κ.ο.κ., να μην εφαρμοσθεί η ως άνω μεταβατικής φύσεως διάταξη της **παραγράφου 3 του άρθρου ενάτου του άρθρου 1 Ν. 4335/2015**, αλλά – με την επίκληση της εν προκειμένω (υποτεθείσθω) Ουσιαστικού Δικαίου Νομικής Φύσεως, η οποία όμως λόγω της συγκεκριμένης σαφούς διατάξεως του Ν. 4335/2015 δεν είναι μεθοδολογικώς επιτρεπτή – να εφαρμοσθεί κάποια άλλη τυχόν διάταξη,

η οποία θα ρυθμίζει με διαφορετικό τρόπο τα του διαχρονικού δικαίου²⁰. Με βάση το ίδιο αυτό κριτήριο, το οποίο θεσπίζει η ως άνω διαχρονικής φύσεως διάταξη της παραγράφου 3 του άρθρου ενάτου του άρθρου 1 Ν. 4335/2015 θα πρέπει να κριθούν και άλλα συναφή ζητήματα που ανακύπτουν στο πεδίο – και κατ' εφαρμογήν των διατάξεων – της Αναγκαστικής Εκτέλεσεως κατά τον ΚΠολΔ, όπως ισχύει μετά το Ν. 4335/2015, όπως λ.χ. και το ζήτημα των προνομίων και του πίνακος κατατάξεως²¹. Δηλαδή και για τα προνόμια – και τούτο ανεξαρτήτως της Νομικής Φύσεως των Προνομίων – και για τον πίνακα κατατάξεως κρίσιμο κριτήριο για το αν θα εφαρμοστούν εν προκειμένω οι διατάξεις του ΚΠολΔ για την Αναγκαστική Εκτέλεση όπως αυτές ίσχυαν/ίσχυσαν μέχρι και την 31 Δεκεμβρίου 2015, ή αντιθέτως όπως αυτές ισχύουν από την 1 Ιανουαρίου 2016 και μετά, είναι, αν η επίδοση της επιταγής προς εκτέλεση διενεργήθηκε πριν την 1 Ιανουαρίου 2016 – ή κατ' άλλη διατύπωση μέχρι την 31 Δεκεμβρίου 2015 – ή αντιθέτως αν η επίδοση της επιταγής προς εκτέλεση διενεργείται/διενεργήθηκε μετά την 1 Ιανουαρίου 2016. Επομένως, αν η επίδοση της επιταγής προς εκτέλεση διενεργήθηκε μετά την 1 Ιανουαρίου 2016, τότε ως προς τα Προνόμια και τον πίνακα κατατάξεως ισχύουν οι διατάξεις του ΚΠολΔ, όπως αυτές ισχύουν μετά την 1 Ιανουαρίου 2016²². Η άποψη αυτή ενισχύεται *de lege lata* και από τη νεώτερη διάταξη του άρθρου 43 – με τον τίτλο «Ερμηνευτική διάταξη ως προς τον χρόνο εφαρμογής των νόμων 4335/2015 και 4336/2015 σε εκκρεμείς διαδικασίες αναγκαστικής εκτέλεσης και ήδη κηρυχθείσες πτωχεύσεις» - του πρόσφατου Νόμου 4715/2020, η οποία θεσπίζει την ακόλουθη ρύθμιση: «Για την κατάταξη των πιστωτών ... λαμβάνεται υπ' όψιν το δίκαιο που ίσχυε κατά τον χρόνο επίδοσης της επιταγής προς εκτέλεση και της υποβολής της αίτησης για την κήρυξη της πτώχευσης». Για λόγους επιστημονικής συνέπειας και για την ταυτότητα του λόγου θεωρώ επίσης, ότι την ίδια αυτή άποψη εκλαμβάνω ως πειστικότερη/ορθότερη και με βάση τη διάταξη του άρθρου 50 παρ. 1 ΕισΝΚΠολΔ, όπως αυτή ίσχυσε μέχρι τη θέση σε ισχύ του Νόμου 4335/2015 (και δεν ασπάζομαι την αντίθετη, ως κρατήσασα κατά το παρελθόν φερομένη, άποψη)²³.

20 Βλ. για το όλο πλέγμα των σχετικών προβλημάτων αντί πολλών άλλων Π. Γέσιου – Φαλτσή, Δίκαιο Αναγκαστικής Εκτέλεσεως, Γενικό Μέρος, Β' Έκδοση, 2017, σελ. 80-83.

21 Χ. Λαγανάς, ό.π., σελ. 297-300 · Π. Ρεντούλης, Υπολογισμός και προνομιακή κατάταξη δικηγορικών αμοιβών μετά τους Ν. 4194/2016 και 4335/2015, Συνήγορος, 2016, σελ. 34 επ. (35).

22 Χ. Απαλαγάκη, Συστηματική παρουσίαση των βασικών τροποποιήσεων του ΚΠολΔ από τον Ν. 4335/2016, 2016, σελ. 34 · Ν. Κατηφόρη, Παρατηρήσεις στην απόφαση 113/2016 (Γ. Σπυρίδου) του Μονομελούς Πρωτοδικείου Λαμίας, ΕΠολΔ 2016, σελ. 425/426.

23 Π. Γέσιου-Φαλτσή, ό.π., σελ. 79/80 και 82/83 · επίσης: Χ. Λαγανάς, ό.π., σελ. 182 επ. και σελ. 297-300.

11. Η έμφαση που δίδεται στα σχετικά διαχρονικού δικαίου ζητήματα που ανέκυψαν από την έναρξη ισχύος του νέου αυτού νόμου, καθιστά την ερμηνευτική προσέγγιση των σχετικών διατάξεων εξαιρετικώς επίκαιρη, σκόπιμη και λυσιτελή, ιδίως δε αν ληφθεί υπόψη και το γεγονός, ότι και η Θεωρία και η Νομολογία είναι διχασμένες σε πλείστα ζητήματα. Χαρακτηριστική τέτοια περίπτωση είναι και η ανωτέρω επισημανθείσα σχετικώς με τη σύντμηση της προθεσμίας ασκήσεως Εφέσεως και Αναιρέσεως, όπου μάλιστα η τελικώς κρατήσασα στο πεδίο της Θεωρίας άποψη σχετικώς με το ιδιαιτέρως κρίσιμο αυτό ζήτημα της καταχρηστικής προθεσμίας για την άσκηση των ενδίκων μέσων της Εφέσεως και της αιτήσεως Αναιρέσεως ταυτίζεται με την άποψη που υιοθετήθηκε από την Αρεοπαγίτική Νομολογία (κατά πλειοψηφίαν) μεταγενεστέρως –και δη λίαν προσφάτως– και, όπερ το σημαντικότερο, από την ως άνω υπ’ αριθμ. 10/2018 απόφαση της Ολομελείας του Δικαστηρίου του Αρείου Πάγου. Και κατ’ ακολουθίαν των προηγηθεισών σκέψεων συνάγεται, ότι το διαχρονικό δίκαιο δεν συνιστά ένα μειωμένης από γενικότερης σκοπιάς πλέγμα τεχνικών κανόνων δικαίου, οι οποίοι –ρυθμίζοντας απλώς τα χρονικά όρια ισχύος των εκάστοτε διατάξεων– περιορίζονται στο να προσελκύουν μόνο για ένα περιορισμένο χρονικό διάστημα το επιστημονικό ενδιαφέρον μόνον εξ αφορμής κάποιας είτε περιορισμένης, είτε αντιθέτως εκτεταμένης νομοθετικής μεταρρυθμίσεως για ένα σύντομο χρονικό διάστημα, αλλά έναν κλάδο θεμελιώδους σημασίας, ο οποίος προσφερόταν (και πάντοτε προσφέρεται) –στον ίδιο βαθμό όπως και οι λοιποί δικαιοκοί κλάδοι– για βαθύτερη επιστημονική δογματική έρευνα, εμβάθυνση και επεξεργασία. Και βεβαίως αυτό ισχύει στον ίδιο βαθμό και για τον κλάδο του Διαχρονικού Αστικού Δικονομικού Δικαίου²⁴.

24 Από τη σχετική βιβλιογραφία βλ. ιδίως: Α. Γαζή, Τροποποιήσεις του Αστικού Κώδικος υπό του Κώδικος Πολιτικής Δικονομίας ΝοΒ 1969, σελ. 1-24 · Κ. Μπέη, Η συνέχις των εκκρεμών υποθέσεων κατά τον νέον κώδικα πολιτικής δικονομίας (διαχρονικόν αστικόν δικονομικόν δίκαιον), 1968 · τον ίδιο, Το διαχρονικό δικονομικό δίκαιο των διατάξεων πολιτικής δικονομίας του ν. 2145/1993, Δ (1993)/904-912 · τον ίδιο, Πολιτική Δικονομία, Γενικές Αρχές και ερμηνεία των άρθρων, Αθήνα, 1973-2005 · Χ. Σαρτζετάκη, Γενικές αρχές του διαχρονικού δικαίου, Προσφορά στον Γ. Μιχαηλίδη-Νουάρο, Ι (1987), σελ. 1-30 · Ι. Στράγγα, Εισαγωγή εις τα προβλήματα του δικονομικού διαχρονικού δικαίου, ΕΕΝ 1969, σελ. 295-301. Υποδειγματικές από πλευράς γενικής θεωρίας και δόγματος είναι και οι σχετικές αναλύσεις του Σ. Κουσουλή ως προς τις διατάξεις του εισαγωγικού Νόμου του ΚΠολΔ στην κατ’ άρθρο ερμηνεία των Κεραμέως/Κονδύλη/Νίκα. Αλλά και με αφορμή τόσο με βάση το οικείο Σχέδιο – Νόμου (που αποτέλεσε τη βάση για το Ν. 4335/2015), όσο και με βάση το Ν. 4335/2015 (όπως τέθηκε σε ισχύ) δημοσιεύτηκαν (εκτός από τις μελέτες που εντάχθηκαν στα ειδικά «Αφιερώματα» της «Επιθεωρήσεως Πολιτικής Δικονομίας» και της «Ελληνικής Δικαιοσύνης») και αρκετές ιδιαιτέρως αξιόλογες μεμονωμένες ειδικές μελέτες που αφορούσαν ζητήματα διαχρονικού δικαίου όπως λ.χ. και οι ακόλουθες: Χ. Απαλαγάκη,

II.

Σκέψεις για τη Νομοθετική διεύρυνση του κατά τον αριθμ. 6 του άρθρου 544 ΚΠολΔ Λόγου Αναψηλαφήσεως (Ν. 4745/2020, αρθρ. 31) και για το νέο (αλλά με την εντυπωσιακή αναδρομική μοναδικότητά του) Λόγο Αναψηλαφήσεως του άρθρου 152 της Πτωχευτικής Διαδικασίας (Ν. 4745/2020, άρθρ. 52 και 99).

1. Η Αναψηλάφηση²⁵ είναι ένας Δικονομικός Θεσμός, ο οποίος ρητώς προβλέπεται όχι μόνο στις κατά καιρούς Δικονομικές Νομοθεσίες της Ελλάδος²⁶, αλλά και στις περισσότερες Δικονομικές Νομοθεσίες των Ευρωπαϊκών

Συστηματική παρουσίαση των βασικών τροποποιήσεων του ΚΠολΔ², 2017· Π. Αρβανιτάκη, Διαχρονικό Δίκαιο των προνομίων κατά τους ν. 4335/2015 και 4336/2015 (γνμδ), ΕΠολΔ, 2016, σελ. 373 επ.· Ε. Κιουπτσίδου – Στρατουδάκη, Ζητήματα από το δίκαιο αναγκαστικής εκτελέσεως μετά τις τροποποιήσεις του ν. 4335/2015, Αρμ. 2016, σελ. 1. επ.· Μ. Μαρκουλάκη, Λήψη ένορκης βεβαίωσης στο πλαίσιο δίκης ήδη εκκρεμούς την 1.1.2016, Σκέψεις δικονομικού διαχρονικού δικαίου με αφορμή την Μον. Πρωτ. Αθ. 1106/2016, ΕΕργΔ 75 (2016), σελ. 635-642· Β. Χατζηγιάννου, Το διαχρονικό δίκαιο της αναγκαστικής εκτέλεσης (κατά του ν. 4335/2015, 4472/2017 και 4512/2018). Και στα πρόσφατα συστηματικά έργα για την Αναγκαστική Εκτέλεση των Π. Γέσιου-Φαλτσή – η οποία με την πολύχρονη ερευνητική της προσπάθεια (που αποτυπώθηκε στο κλασικό, σε δεύτερη έκδοση ήδη κυκλοφορούν, πλέον σύγγραμμά της και όσον αφορά το δίκαιο της Διεθνούς Εκτελέσεως) θεμελίωσε ήδη από πολλά χρόνια σε υπερθετικό βαθμό τη δογματική διάσταση του δικαίου της Αναγκαστικής Εκτελέσεως σε όλη του την ολότητα με αναφορά τόσο στην εσωτερική, όσο και στη διεθνή ρυθμιστική του έκταση – και Ν. Νίκα καθώς και στις πρόσφατες μονογραφίες του Γ. Ορφανίδη [«Η αναστολή εκτελέσεως για ικανοποίηση χρηματικών απαιτήσεων μετά το ν. 4335/2015» (Αθήνα, 2017) και «Κατάχρηση δικαιώματος ως λόγος ανακοπής του τρίτου κατ' άρθρ. 936 ΚΠολΔ» (Αθήνα, 2018) και της Χ. Μιχαηλίδου [«Η άμυνα κατά της εκτελέσεως» (Αθήνα, 2017)] διατυπώνονται ιδιαίτέρως εύστοχες και αναλυτικές παρατηρήσεις, με βάση την τεολογική ερμηνεία των σχετικών διατάξεων και τη συστηματική ένταξη αυτών, ως προς την αληθή έννοια των διατάξεων του Ν. 4335/2015. Μία ιδιαίτερως ενδελεχή εισήγηση με εμβάθυνση στα δογματικά και πρακτικά ζητήματα του διαχρονικού δικονομικού δικαίου έκανε ο Μ. Μαρκουλάκης στην Ένωση Ελλήνων Δικονομολόγων την 19^η Δεκεμβρίου 2017.

- 25 Από την ελληνική βιβλιογραφία γενικά για το ένδικο μέσο της Αναψηλαφήσεως βλ. ιδίως την κλασική μονογραφία (διδασκαρική διατριβή) του Κ. Μπέη, Οι λόγοι αναψηλαφήσεως και η ερμηνευτική διεύρυνση αυτών, Αθήνα, 1966· επίσης: Α.Θ. Παπαθεοδώρου, Πρόσθετοι λόγοι αναψηλαφήσεως κατά τον ΚΠολΔ, Αθήνα, 2018.
- 26 Βλ. λ.χ. τα άρθρα 359-361 της Καποδιστριακής Πολιτικής Διαδικασίας 1830 για την «Μεταρρύθμιση της Αποφάσεως», η οποία αντιστοιχεί στην Αναψηλάφηση της Πολιτικής Δικονομίας 1834 (του G. - L. v. Maurer) – άρθρα 785 επ. ΠολΔ 1834 – και του ΚΠολΔ (άρθρα 538 επ.). Για την Καποδιστριακή Πολιτική Διαδικασία 1830 βλ.: Κ. Καλαβρό, Ο πρώτος Ελληνικός Κώδικας Πολιτικής Δικονομίας, Δίκη 15 (1984), σελ. 881 επ. = Μελέτες Πολιτικής Δικονομίας και Διαιτησίας, 1988, σελ. 11-44· Ν. Κ. Κλαμαρή, Τα εισαγωγικά Διαγνωστικής Δίκης Ένδικα Βοηθήματα και Ένδικα Μέσα της Καποδιστριακής Πολιτικής Διαδικασίας 1830 [Σκέψεις για τις εισαγωγικές, διαγνωστικής δίκης, κρίσιμες διαδικαστικές πράξεις της

ϊκών Κρατών²⁷ (και όχι μόνον των Ευρωπαϊκών Κρατών που είναι Κράτη – Μέλη της Ευρωπαϊκής Ενώσεως), ενώ ρητώς προβλέπεται και στη Δικονομική Νομοθεσία αυτής της ίδιας της Ευρωπαϊκής Ενώσεως στο πλαίσιο της ρυθμίσεως της διαδικασίας ενώπιον του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ενώσεως (αρθρ. 41 Κανονισμός ΔΕΕ)²⁸. Πρόκειται για ένα Δικονομικό Θεσμό, ο οποίος μπορεί να θεωρηθεί, ότι εντάσσεται στον πυρήνα της Ευρωπαϊκής Δικονομικού Δικαίου Ιδεολογίας και του Ευρωπαϊκού Δικονομικής Φύσεως Νομικού Πολιτισμού. Είναι μάλιστα ιδιαίτερος εντυπωσιακό, ότι – όπως έχει επισημανθεί από τον *Σπυρίδωνα Τρωϊάνο* στην κλασική διδακτορική διατριβή του²⁹ – ήδη ο *K.-S. Zachariä v. Lingenthal* στο διάσημο έργο του για την Ιστορία του ελληνο-ρωμαϊκού δικαίου χρησιμοποιούσε τον ελληνικό ρόλο «αναψηλάφησις» για να αποδώσει τον γερμανικό *terminus technicus* «Revision»³⁰.

Πολιτικής Διαδικασίας 1830 – Ένδικα Βοηθήματα/Ένδικα Μέσα (και τα αντίστοιχα εισαγωγικά δίκης δικόγραφα) – και στην επικαιροποιημένη τους δικαιοσυγκριτική λειτουργική δικονομική διάσταση], Τιμητικός Τόμος του Καθηγητού Κ. Καλαβρού (υπό δημοσίευση): τον *ίδιο*, Κυβερνήτης Ιωάννης Καποδίστριας: Νομοθέτης της πρώτης συστηματικής/θεσμικής Οργανώσεως της Δικαιοσύνης και της Έννομης Τάξεως στην Ελλάδα, στο συλλογικό έργο: Επιστημονική Ημερίδα, Αθήνα 21 Οκτωβρίου 2019, Ιωάννης Καποδίστριας (1776-1831), ο διπλωμάτης, ο πολιτικός, ο πρώτος κυβερνήτης του ελληνικού κράτους, Πρακτικά (έκδοση του Εθνικού και Καποδιστριακού Πανεπιστημίου Αθηνών), Σώμα Ομοτίμων Καθηγητών του Εθνικού και Καποδιστριακού Πανεπιστημίου Αθηνών, Πανεπιστήμιο των Πολιτών (επιμέλεια Γεώργιος Ν. Λεοντίνης), Αθήνα, 2021, σελ. 99-119 = Θεωρία και Πράξη Διοικητικού Δικαίου (ΘΠΔΔ) 14 (2021), σελ. 277-288 · τον *ίδιο*, Η οργάνωση της Δικαιοσύνης την εποχή του Κυβερνήτου Ιωάννου Καποδίστρια, Ιωάννης Καποδίστριας: Θεσμικές, Διεθνείς και Πολιτικές Προσεγγίσεις (1800-1831), Ίδρυμα Διεθνών Νομικών Μελετών Καθηγητού Ηλία Κρίσπη και Δρ. Αναστασίας Σαμαρά – Κρίσπη, 2021, σελ. 269-299 = ΕΛΛΔικ/νη, 2021, σελ. 615-636.

27 Στο επίπεδο της διεθνούς βιβλιογραφίας καθοριστική και διαχρονική είναι η σημασία, η επιστημονική αξία και η ακτινοβολία της σχετικής μονογραφίας του *H.-F. Gaul*, *Die Grundlagen des Wiederaufnahmerechts und die Ausdehnung der Wiederaufnahmegründe*, 1956. Βλ. σχετικώς και *N. K. Klamaris*, *Die Wiederaufnahme des Verfahrens (auch im Hinblick einer partiellen Verfahrensvergleichung) am Beispiel der griechischen Zivilprozessordnung, Eine in der europäischen Prozessrechtskultur wurzelnde und in europäisch-nationalen Gesetzen kodifizierte prozessuale Institution*, στο έργο: *Dogmatik als Fundament für Forschung und Lehre: Festschrift für Herbert Roth zum 70. Geburtstag, Tübingen, 2021*, σελ. 973-997.

28 Βλ. Chr. Koenig/M. Pechstein/C. Sander, *EU-/EG - Prozessrecht*, 2. Auflage, Tübingen, 2002, σελ. 491 επ.

29 *Σπυρίδωνος Ν. Τρωϊάνου*, *Η Εκκλησιαστική Δικονομία μέχρι του θανάτου του Ιουστινιανού*, Αθήναι, 1964, σελ.148/149.

30 *K. S. Z. von Lingenthal*, *Geschichte des griechisch-römischen Rechts*, 3. Aufl., 1892 (Neudruck, 1955), σελ. 384 (και εκεί υποσημ. 394): “Von dem Erkenntnis des Patriarchen kann eben so wenig als von einer Entscheidung des Kaisers appelliert werden. Doch ist eine Revi-

2. Το έτος 2020 σηματοδοτήθηκε από νομοθετικής επόψεως και από δύο νομοθετικές τροποποιήσεις που αφορούσαν διατάξεις (είτε αμέσως είτε εμμέσως) του ΚΠολΔ που ρύθμιζαν την Αναψηλάφηση.
- 2.1 Η πρώτη νομοθετική τροποποίηση έγινε με το άρθρο 31 Ν. 4745/2020. Με την ως άνω διάταξη προστέθηκε στην παράγραφο, άλλως στον αριθμό, 6 του άρθρου 544 ΚΠολΔ στο πλαίσιο του αντιστοίχου Λόγου Αναψηλαφήσεως ως ειδικότερη περίπτωση του ως άνω Λόγου Αναψηλαφήσεως η φράση «και, αν πρόκειται για κατάθεση διαδίκου με δικαστική ή δημόσια, προφορική ή έγγραφη, ομολογία του δια του τύπου και λοιπών ΜΜΕ ή μέσω του διαδικτύου». Πρόκειται για διάταξη, η οποία **δεν είναι συμβατή** με το γενικότερο Λόγο Αναψηλαφήσεως της περιπτώσεως 6 του άρθρου 544 ΚΠολΔ, διότι δεν μπορεί να τίθεται η υπό την ως άνω έννοια «δημόσια, προφορική ή έγγραφη, ομολογία... δια του τύπου και λοιπών ΜΜΕ ή μέσω του διαδικτύου» στην ίδια μοίρα με τη δικαστική ομολογία, η οποία έχει πλήρη δεσμευτική αποδεικτική δύναμη, ενώ η περί ης ο λόγος «δημόσια, προφορική ή έγγραφη, ομολογία... δια του τύπου» κ.ο.κ. είναι απλώς εξώδικη ομολογία και εκτιμάται ελευθέρως. Πέραν τούτου η εξώδικη ομολογία από δικονομικής επόψεως –σε συνδυασμό και με συναφείς συνταγματικής φύσεως αξιολογήσεις– δεν μπορεί να εντάσσεται –ως βάση και θεμέλιο στοιχειοθετήσεως Λόγου Αναψηλαφήσεως– στην ίδια ρύθμιση (και κατά συνεκδοχήν στην ίδια κατηγορία Λόγου Αναψηλαφήσεως) με τη δικαστική ομολογία. Η νέα διάταξη είναι διαβλητή και δημιουργεί πολλά ερωτηματικά –και όχι μόνο δικονομικής φύσεως– και ως προς την πραγματική τελολογία της. Σε κάθε περίπτωση πρόκειται για διάταξη, η οποία δεν εντάσσεται στο παραδοσιακό σύστημα και στις παραδοσιακές αξιολογικές σταθμίσεις, στις οποίες θεμελιούται το παραδεκτό του –κατά τον Ελληνικό ΚΠολΔ– εκτάκτου ενδίκου μέσου της Αναψηλαφήσεως.
- 2.2 Η δεύτερη νομοθετική τροποποίηση έγινε με τα άρθρα 52 και 99 επίσης του Ν. 4745/2020. Πρόκειται επίσης για μία διαβλητή ρύθμιση, η οποία επιπλέον είναι, όπως αναλυτικώς επισημαίνεται και αμέσως κατωτέρω, και αντίθετη προς τα άρθρα 4, 20, 26 Συντάγματος και 6 ΕΣΔΑ.
- 2.3 Για τα ζητήματα αυτά που αφορούν – και ανέκυσαν από – τις ρυθμίσεις των άρθρων 31, 52 και 99 Ν. 4745/2020 ως προς την Αναψηλάφηση δεν υπάρχει κάποια σχετική βιβλιογραφία και τα αντίστοιχα θέματα διερευνώνται για πρώτη φορά στην παρούσα μελέτη.

3. Με το άρθρο 52 του Ν. 4745/2020 τροποποιήθηκε με τρόπο ιδιαιτέρως εξειδικευμένο/συγκεκριμένο/ειδικό/στοχευμένο (σε συνδυασμό και με την αναδρομική τελεολογική της διάταξη και λειτουργία με βάση το άρθρο 99 του ίδιου νόμου) η διάταξη της παραγράφου 6 του άρθρου 152 Ν. 3588/2007 ως ακολούθως: «Κατ' εξαίρεση επιτρέπεται η άσκηση αιτήσεως αναψηλάφησης, εάν η εκδοθείσα απόφαση αντιβαίνει σε απόφαση του Αρείου Πάγου, η οποία εκδόθηκε, επί αιτήσεως αναιρέσεως, είτε κατά το άρθρο 559 του Κώδικα Πολιτικής Δικονομίας είτε κατά το άρθρο 557 του Κώδικα Πολιτικής Δικονομίας, για ευθεία ή εκ πλαγίου παραβίαση κανόνα ουσιαστικού δικαίου, με εξαίρεση την αοριστία της ανακοπής. Η κατά το παρόν αίτηση αναψηλάφησης ασκείται εντός προθεσμίας δεκαπέντε (15) ημερών από την κοινοποίηση της απόφασης, και, σε κάθε περίπτωση, εντός τριάντα (30) ημερών από τη δημοσίευση της απόφασης. Με αίτηση αναψηλάφησης μπορεί να προσβληθεί, για τους ανωτέρω και μόνο λόγους, και κάθε απόφαση εκδοθείσα από την έναρξη του ν. 3588/2007, εφόσον αυτή κατέστη αμετάκλητη, μέχρι τη δημοσίευση του παρόντος». Η νέα αυτή ρύθμιση συνδυάστηκε και με μια ιδιαιτέρως ρηξικέλευθη διαχρονικού δικαίου ρύθμιση (άρθρο 99 Ν. 4745/2020) σύμφωνα με την οποία για «χρονικό διάστημα έξι (6) μηνών, από την έναρξη ισχύος του παρόντος νόμου, μπορεί να ασκηθεί αίτηση αναψηλάφησης, κατά την παρ. 6 του άρθρου 152 του Πτωχευτικού Κώδικα, εφόσον η προσβαλλόμενη απόφαση δημοσιεύθηκε ή έχει καταστεί αμετάκλητη, μέχρι πέντε (5) έτη πριν την έναρξη ισχύος του παρόντος». Η εντυπωσιακή αυτή τροποποίηση συνίσταται ειδικότερα, με βάση μια εγγύτερη διερεύνηση και προσέγγιση αυτής, στα ακόλουθα σημεία: α) **Για πρώτη φορά** καθιερύεται ως λόγος Αναψηλάφησης η αντίθεση αποφάσεως «κατωτέρου» δικαστηρίου με απόφαση του Αρείου Πάγου. β) **Για πρώτη φορά** ένας λόγος Αναψηλάφησης (ο οποίος καθιερώθηκε με το άρθρο 52 Ν. 4745/2020), δηλαδή αυτός ο συγκεκριμένος λόγος Αναψηλάφησης, δεν αφορά όλες τις αποφάσεις και όλες τις δίκες στο πλαίσιο των διαφορών ή υποθέσεων που ρυθμίζονται από τον ΚΠολΔ – δηλαδή δεν αφορά ούτε όλη την Τακτική Διαδικασία των άρθρων 1-590 ΚΠολΔ, ούτε όλες τις Ειδικές Διαδικασίες των άρθρων 591-645 (δεδομένου, ότι τα άρθρα 646-681Δ καταργήθηκαν με το Ν. 4335/2015), ούτε όλη την Εκούσια Δικαιοδοσία (στο σύνολό της) – αλλά αποκλειστικώς/ειδικώς και μόνον τις πτωχευτικές δίκες του άρθρου 152 του Ν. 3588/2007 (όπως αυτός ο Νόμος και αυτή η διάταξη ισχύει μέχρι σήμερα). γ) **Για πρώτη φορά επίσης**, και ειδικά και μόνον για την κατηγορία αυτή δικών/διαφορών/υποθέσεων, προβλέπεται ως λόγος Αναψηλάφησης η αντίθεση αποφάσεως – προφανώς «κατωτέρου» από τον Άρειο Πάγο (δηλαδή δικαστηρίου της ουσίας) Δικαστηρίου (Ειρηνοδικείου, ή Πρωτοδικείου, ή Εφετείου) – με απόφαση Αρείου Πάγου, η οποία εκδόθηκε επί Αναίρέσεως υπέρ του Νόμου. δ) **Για πρώτη επίσης φορά** θεσπίζεται με ειδική προς τού-

το αναδρομικής μορφής και λειτουργίας διάταξη η δυνατότητα ασκήσεως (του ενδίκου μέσου της) Αναψηλαφήσεως με επίκληση του ως άνω νέου λόγου Αναψηλαφήσεως κατά αποφάσεων που έχουν εκδοθεί ακόμη μέχρι και πριν πέντε χρόνια από το χρονικό σημείο της δημοσιεύσεως του Ν. 4745/2020, δηλαδή εν προκειμένω η προσβολή, με την ως άνω Αναψηλάφηση και με τον ως άνω λόγο Αναψηλαφήσεως, δικαστικής αποφάσεως, η οποία έχει εκδοθεί ή καταστεί αμετάκλητη μέχρι και πέντε χρόνια πριν από τη δημοσίευση του ως άνω Νόμου (πρόκειται επομένως για αναδρομικώς προς το παρελθόν λειτουργούσα προθεσμία με αφετηρία αυτής το χρονικό σημείο της δημοσιεύσεως του μεταγενεστέρως δημοσιευθέντος Ν. 4745/2020). Τέτοιου είδους συγκεκριμένη αναδρομική δικονομική διάταξη – ιδιαίτερος σαφής και στοχευμένης δικονομικής κατευθύνσεως από τελολογικής απόψεως – είναι, με την αρνητική του όρου έννοια, ιδιαίτερος πρωτοποριακή (!!!!) και εντυπωσιακή (και υπό το πρίσμα μιας κριτικής αξιολογήσεως αυτής σαφώς αντισυνταγματική) και, θα μπορούσε μάλιστα να λεχθεί, ίσως μοναδική στα ελληνικά δικονομικά χρονικά³¹.

4. Συνολικώς θεωρούμενη η νέα αυτή ρύθμιση – συμβάλλοντας βεβαίως παραλλήλως στην αναζωογόνηση και στην επικαιροποίηση της σχετικής επιστημονικής συζητήσεως – δίνει έναυσμα για τις ακόλουθες σκέψεις, οι οποίες με τη σειρά τους συνδέονται και με ανάλογες απορίες και κρίσιμα νομικά ερωτήματα, τα οποία ανακύπτουν στο επιστημολογικό πεδίο της Πολιτικής Δικονομίας (και αυτοτελώς και στην συστημική και επιστημολογική διαπλοκή της με το συνταγματικό δίκαιο, εν όψει άλλωστε και του ότι –κατά την εύστοχη έκφραση του αιμνήστου Καθηγητού και Δασκάλου μου *Γεωργίου Μητσόπουλου*– αποτελεί εφαρμοσμένο Συνταγματικό Δίκαιο) και τα οποία οδηγούν/καταλήγουν σε κάποια κρίσιμα ερωτηματικά και στα αντίστοιχα «γιατί» και ειδικότερα: α) Γιατί αυτή η νέα ρύθμιση θεσπίσθηκε μόνο για μία συγκεκριμένη κατηγορία υποθέσεων/διαφορών

31 Βλ. σχετικώς με την αναδρομικότητα και την αντισυνταγματικότητα αυτής και: Γ. Θ. Ράμμο, ΕρμΑΚ, τ. VII, 1955, άρθρ. 4 ΕισΝΑΚ, II, π.α. αριθμ. 9-14 · Γ. Μπαλή, Γενικά Αρχαία του Αστικού Δικαίου κατά τον Κώδικα, 4. Εκδ., Αθήναι, 1948, σελ. 28/29 · Α. Γεωργιάδη, Εισαγωγή στη Νομική Επιστήμη, Αθήνα, 2020, σελ. 173 επ. · Γ. Μητσόπουλο, Πολιτική Δικονομία, Τόμος Α, Αθήναι, 1972, σελ. 70 · Ν. Μπουρόπουλο, Η έννοια της Δικαιοδοτικής Λειτουργίας, Συμβολή εις την οριοθέσιαν των εκδηλώσεων της Πολιτειακής Δράσεως, Αθήναι, 1951 · Απ. Παπαλάμπρου, Το ζήτημα των «επεμβάσεων» της νομοθετικής εξουσίας εις τα «έργα» της δικαστικής, Τιμητικός Τόμος επί της 125ετηρίδι του Αρείου Πάγου, εκδιδόμενος υπό της Νομικής Σχολής του Πανεπιστημίου Αθηνών, Αθήναι, 1963, σελ. 123-137 (130/131) · Ν. Παπαντωνίου, Γενικές Αρχές του αστικού δικαίου, Γ' έκδοση, 1983, σελ. 26 επ. · Κ. Σημαντήρα, Γενικές Αρχές Αστικού Δικαίου, Δ' έκδοση, 1988, σελ. 101 επ. · Ι. Σπυριδάκη, Γενικές Αρχές, τ. Α', 1985, σελ. 16 επ. · Π. Φίλιο, Γενικές Αρχές Αστικού Δικαίου, 3η έκδοση, Αθήνα, 2009, σελ. 113 · Ν. Κ. Κλαμαρή, Η ανεξαρτησία της δικαιοδοτικής λειτουργίας έναντι επεμβάσεων της εκτελεστικής και της νομοθετικής λειτουργίας, Ελλ. Δικ/νη 27 (1986), σελ. 19-27 (36).

–δηλαδή μόνο για τις πτωχευτικές δίκες και τις δικαστικές αποφάσεις που εκδόθηκαν/εκδίδονται επί αυτών των υποθέσεων και ειδικότερα στο πεδίο της εφαρμογής του άρθρου 152 Ν. 3588/2007– ενώ αντιθέτως αα) **δεν ισχύει** για το σύνολο των αποφάσεων που εκδίδονται για όλες τις υποθέσεις/διαφορές που υπάγονται στη Διαδικασία της Εκουσίας Δικαιοδοσίας, αβ) **δεν ισχύει** επίσης για τις Ειδικές Διαδικασίες των άρθρων 591-645 ΚΠολΔ και αγ) **δεν ισχύει** τέλος ούτε για την Τακτική Διαδικασία των άρθρων 1-590 ΚΠολΔ; Αυτή η συγκεκριμένη «προτίμηση» του Δικονομικού Νομοθέτου ειδικώς για τις αποφάσεις που εκδίδονται στο πλαίσιο του άρθρου 152 Ν. 3588/2007 αφενός χαροποιεί όλους τους Δικονομολόγους (επειδή ακριβώς με τέτοιου είδους νομοθετικές πρωτοβουλίες/παρεμβάσεις αναζωπυρώνεται ο επιστημονικός διάλογος) και αφετέρου δημιουργεί (με τον τρόπο που έγινε) πολλές αμφιβολίες για τη συμβατότητα τέτοιου είδους δικονομικών μεταρρυθμίσεων με το Σύνταγμα. β) Γιατί αυτή ειδικώς η νέα ρύθμιση του άρθρου 152 Ν. 3588/2007 συνδέθηκε και με μία ιδιαιτέρως ειδική και συγκεκριμένη διαχρονικού δικαίου διάταξη – δηλαδή με το άρθρο 99 Ν. 4745/2020 – σύμφωνα με την οποία για «*χρονικό διάστημα έξι (6) μηνών, από την έναρξη ισχύος του παρόντος νόμου, μπορεί να ασκηθεί αίτηση αναψηλάφησης, κατά την παρ. 6 του άρθρου 152 του Πτωχευτικού Κώδικα, εφόσον η προσβαλλόμενη απόφαση δημοσιεύθηκε ή έχει καταστεί αμετάκλητη, μέχρι πέντε (5) έτη πριν την έναρξη ισχύος του παρόντος*» (υπονοείται εν προκειμένω ο Ν. 4745/2020, ο οποίος δημοσιεύθηκε στο ΦΕΚ Α' 214/06.11.2020 και επομένως άρχισε να ισχύει στις 6. Νοεμβρίου 2020). Δηλαδή με βάση αυτή την εντελώς ειδική – ή μάλλον ακραίως συγκεκριμενοποιημένη και ειδικότατη – διαχρονικής φύσεως δικονομική διάταξη η προσβαλλομένη κατά τα ως άνω απόφαση θα πρέπει να έχει δημοσιευθεί ή καταστεί αμετάκλητη κατά το από το Νοέμβριο 2015 (και ειδικότερα κατά το από 6 Νοεμβρίου 2015) μέχρι την 6 Νοεμβρίου 2020 χρονικό διάστημα. Εν προκειμένω – για να αναγκασθεί ο Νομοθέτης να προβεί σε μία τέτοια ρύθμιση – υποτίθεται, ότι θα πρόκειται προφανώς για μεγάλο αριθμό αποφάσεων που ήσαν αντίθετες με αποφάσεις ή με απόφαση της Ολομέλειας του Αρείου Πάγου που εκδόθηκαν – ή αντιστοίχως εκδόθηκε – επί (εκ μέρους του Εισαγγελέως του Αρείου Πάγου ασκηθείσας) αιτήσεως αναιρέσεως υπέρ του Νόμου, διαφορετικά δεν μπορεί να φανταστεί κανείς, ότι μια τέτοια αναδρομικής ισχύος διάταξη θεσπίσθηκε, αν και δεν επρόκειτο για μεγάλο αριθμό τέτοιων αποφάσεων κατωτέρων δικαστηρίων αντιθέτων με αποφάσεις του Αρείου Πάγου. Η' (στην **πραγματικότητα**) **δεν επρόκειτο για μεγάλο αριθμό τέτοιων αποφάσεων**; Θα ήταν βεβαίως ενδιαφέρον, αν μπορούσε να διαπιστωθεί, ως προς αυτό το ιδιαιτέρως κρίσιμο ζήτημα, πόσες, από πλευράς αριθμού, είναι ακριβώς οι αποφάσεις που εκδόθηκαν/δημοσιεύ-

θυκαν στο πλαίσιο της ισχύος/εφαρμογής του άρθρου 152 Ν. 3588/2007 ή έγιναν αμετάκλητες κατά το χρονικό διάστημα από 6 Νοεμβρίου 2015 έως και 6 Νοεμβρίου 2020 και αντέβαιναν σε απόφαση του Αρείου Πάγου με την έννοια αυτής της (νέας) παραγράφου 6 του άρθρου 152 Ν. 3588/2007, όπως αυτή η διάταξη προστέθηκε στο ως άνω άρθρο 152 με τη διάταξη του άρθρου 52 Ν. 4745/2020. γ) Γιατί, και με βάση ποία δογματική, συστημική, λειτουργική θεώρηση στο πλαίσιο της παραδεδομένης Επιστήμης του Αστικού Δικονομικού Δικαίου, συνδέεται η απόφαση του Αρείου Πάγου επί της Αναίρεσως που ασκείται/ασκήθηκε από τον ηττηθέντα (με την προσβαλλομένη απόφαση του δικαστηρίου της ουσίας) διάδικο με βάση τη διάταξη του άρθρου 556 επ. ΚΠολΔ με εκείνη την απόφαση (πάντοτε της Ολομέλειας) του Αρείου Πάγου, η οποία εκδόθηκε επί (Αιτήσεως) Αναίρεσως υπέρ του Νόμου, η οποία ως γνωστόν ασκείται **μόνον** από τον Εισαγγελέα του Αρείου Πάγου και η οποία σύμφωνα με ρητή διάταξη του άρθρου 557 **δεν παράγει αποτελέσματα για τους διαδίκους** (όπερ συνιστά και ένα θεμελιώδες δικονομικό αξίωμα στο πλαίσιο του πεδίου του κατά τον ΚΠολΔ Δικαίου της Αναίρεσως);

5. Η με τη μορφή διαζεύξεως ρύθμιση η οποία ομιλεί περί «... αιτήσεως αναίρεσως, είτε κατά το άρθρο 559 του Κώδικα Πολιτικής Δικονομίας είτε κατά το άρθρο 557 του Κώδικα Πολιτικής Δικονομίας, για ευθεία ή εκ πλαγίου παραβίαση κανόνα ουσιαστικού δικαίου, με εξαίρεση την αοριστία της ανακοπής» είναι και νοηματικώς ασαφής, νομοτεχνικώς ελαττωματική και συστημικώς/δογματικώς εσφαλμένη (ιδίως μάλιστα για τον ακόλουθο κυρίως λόγο): Η κατά το άρθρο 557 ΚΠολΔ αίτηση Αναίρεσως, την οποία νομιμοποιείται να ασκήσει –ως μη δικαιούχος ή μη υπόχρεος διάδικος– ο Εισαγγελέας του Αρείου Πάγου, **δεν αντιπαρατίθεται** με κανένα τρόπο, δηλαδή είτε από πλευράς Νομιμοποίησεως είτε υπό οποιαδήποτε άλλη λειτουργία ή έννοια (ουσιαστικού ή δικονομικού δικαίου) με (την) αίτηση αναίρεσως «κατά το άρθρο 559 του Κώδικα Πολιτικής Δικονομίας».

- 5.1 Η θεμελιώδης για το ελληνικό δίκαιο Αναίρεσως του ΚΠολΔ διάταξη του άρθρου 559 ΚΠολΔ δεν αφορά τη Νομιμοποίηση για την άσκηση του εκτάκτου ενδίκου μέσου της Αναίρεσως, ή κατ' άλλη διατύπωση δεν ρυθμίζει ποίο πρόσωπο ή ποία πρόσωπα και με ποία ιδιότητα δικαιούνται/νομιμοποιούνται να ασκήσουν αυτό το ένδικο μέσο, αλλά θεσπίζει περιοριστικώς ποίοι είναι οι παραδεκτοί Λόγοι Αναίρεσως. Δηλαδή η διάταξη του άρθρου 559 ΚΠολΔ αφορά και την αίτηση Αναίρεσως που ασκείται κατά το άρθρο 557 ΚΠολΔ από τον Εισαγγελέα του Αρείου Πάγου, με την έννοια ότι και η Αναίρεση υπέρ του Νόμου, η οποία ασκείται από τον Εισαγγελέα του Αρείου Πάγου κατ' άρθρον 557 ΚΠολΔ μπορεί να θεμελιούται σε οποιονδήποτε από τους Λόγους

Αναιρέσεως, οι οποίοι –περιοριστικώς ως ελέχθη– προβλέπονται με το άρθρο 559 ΚΠολΔ. Επομένως η διαζευκτική διατύπωση της συγκεκριμένης ρυθμίσεως, η οποία κάνει λόγο περί «... αιτήσεως αναιρέσεως, είτε κατά το άρθρο 559 του Κώδικα Πολιτικής Δικονομίας ...» είναι και νομοτεχνικώς και δογματικώς και συστημικώς εσφαλμένη.

5.2 Ερωτάται βεβαίως τότε, τι ενδεχομένως υπονοούσε ή τι ήθελε στην πραγματικότητα να ρυθμίσει (ή πιο απλά τι ήθελε να πει) ο Νομοθέτης με αυτή τη διαζευκτική διατύπωση, αφού η αναφορά του άρθρου 559 δεν εντάσσεται από πλευράς δικονομικού συστήματος και τελολογικής θεωρήσεως στην ως άνω ρύθμιση. Θα μπορούσε ενδεχομένως να υποθεθεί, ότι ο Νομοθέτης εκ παραδρομής – με την έννοια του *lapsus calami* – έγραφε το άρθρο 559 και ότι στην πραγματικότητα ήθελε αντί για το άρθρο 559 να γράψει το άρθρο 556 ΚΠολΔ και με αφετηρία μια τέτοια υπόθεση, θα μπορούσε να λεχθεί, ότι η βουλευτική πρόθεση του Νομοθέτη ήταν να ρυθμίσει την περίπτωση «... Αιτήσεως Αναιρέσεως, είτε κατά το άρθρο 556 του Κώδικα Πολιτικής Δικονομίας είτε κατά το άρθρο 557 του Κώδικα Πολιτικής Δικονομίας ...» Μία τέτοια διάζευξη – ανεξαρτήτως άλλων ενδεχομένων αντιρρήσεων από πλευράς δικονομικού δόγματος και συστήματος – θα είχε κατ' αρχήν μία νομοτεχνική λογική, διότι πράγματι από την οπτική γωνία του εκάστοτε νομιμοποιουμένου με άσκηση αιτήσεως Αναιρέσεως προσώπου τη μεν μία κατηγορία των προς τούτο νομιμοποιουμένων προσώπων θεσπίζει η διάταξη του άρθρου 556 ΚΠολΔ, ενώ την άλλη κατηγορία – δηλαδή τον Εισαγγελέα του Αρείου Πάγου – ειδικώς για την άσκηση της αιτήσεως Αναιρέσεως υπέρ του Νόμου θεσπίζει η διάταξη του άρθρου 557 ΚΠολΔ. Υπ' αυτήν την έννοια θα είχε ενδεχομένως κάποια νομοτεχνική λογική – και υπό την ίδια έννοια κάποιο νόημα – η διαζευκτική κατά τα ως άνω ρύθμιση περί «... Αιτήσεως αναιρέσεως, είτε κατά το άρθρο 556 του Κώδικα Πολιτικής Δικονομίας...».

5.3 Αν όμως μια τέτοια υπόθεση (μπορεί να) έχει μια νομοτεχνική λογική, με την έννοια δηλαδή ότι (θα) είναι παραδεκτή, κατά την ως άνω διάταξη του άρθρου 152 (μετά την τροποποίησή του με το άρθρο 52 Ν. 4745/2020), η άσκηση αιτήσεως αναψηλαφήσεως κατά αποφάσεως ή οποία *«αντιβαίνει σε απόφαση του Αρείου Πάγου η οποία εκδόθηκε, επί αιτήσεως αναιρέσεως, είτε κατά το άρθρο 556 του Κώδικα Πολιτικής Δικονομίας ... για ευθεία ή εκ πλαγίου παραβίαση κανόνα ουσιαστικού δικαίου...»*, τότε φοβούμαι, ότι ανακύπτουν σοβαρά ερωτήματα, εξ επόψεως δικονομικής επιστήμης, ως προς την *de facto* και *de jure* εφαρμογή αυτής της διατάξεως για τους ακόλουθους λόγους:

5.3.1 Αν πρόκειται για την **ίδια υπόθεση** και η εκδοθείσα (πριν την απόφαση του Αρείου Πάγου) απόφαση του κατωτέρου δικαστηρίου (δηλαδή του δικαστηρίου της ουσίας) προσβλήθηκε στη συνέχεια με το έκτακτο ένδικο μέσο της αναιρέσεως, όπου ο Άρειος Πάγος θεώρησε, ότι η προσβληθείσα απόφαση υπέπεσε σε νομικό σφάλμα από αυτά που αναφέρονται ως λόγος αναιρέσεως στο άρθρο 559 ΚΠολΔ – δηλαδή θεώρησε, ότι η δικαιοδοτική κρίση για το συγκεκριμένο νομικό ζήτημα αντιβαίνει προς τη δική του μεταγενέστερη κρίση ως Ακυρωτικού Δικαστηρίου – τότε η προσβληθείσα απόφαση εξαφανίζεται και η υπόθεση αναπέμπεται στο Δικαστήριο της παραπομπής, το οποίο όμως σύμφωνα με τη θεμελιώδη για την Ελληνική Έννομη Τάξη διάταξη του άρθρου 580 παρ. 4 ΚΠολΔ δεσμεύεται **ως προς την ίδια υπόθεση** από την απόφαση του Αρείου Πάγου «ως προς τα νομικά ζητήματα που» έλυσε η αντίστοιχη απόφαση του Αρείου Πάγου, δηλαδή και όταν αφορούν «ευθεία ή εκ πλαγίου παραβίαση κανόνα ουσιαστικού δικαίου». Σημειωτέον ότι αυτή η δέσμευση του Δικαστηρίου της παραπομπής κατοχυρώνεται με δύο περαιτέρω συγκεκριμένες διατάξεις του ΚΠολΔ: α) Αφενός με τη διάταξη του άρθρου 562 ΚΠολΔ, ότι είναι «απαράδεκτος λόγος αναιρέσεως κατά απόφασης του δικαστηρίου της παραπομπής, εφόσον με το λόγο αυτό προσβάλλεται η απόφαση κατά το τμήμα της εκείνο κατά το οποίο συμμορφώθηκε προς την αναιρετική». β) Αφετέρου με τη διάταξη του άρθρου 559 αριθμ. 18 ΚΠολΔ, στην οποία προβλέπεται ως λόγος αναιρέσεως η περίπτωση κατά την οποία «το δικαστήριο της παραπομπής δεν συμμορφώθηκε προς την αναιρετική απόφαση».

5.3.2 Αν λοιπόν με τη διάταξη αυτή –και με την υπόθεση (που αναφέρθηκε προηγουμένως), ότι δηλαδή ο Νομοθέτης ήθελε να αναγράψει στην ως άνω διάταξη αντί για το άρθρο 559 το άρθρο 556 ΚΠολΔ– υπονοείται, ότι στην **ίδια υπόθεση** η χρονικώς προηγηθείσα, και μετά από άσκηση αναιρέσεως εξαφανισθείσα από τον Άρειο Πάγο, απόφαση του κατωτέρου δικαστηρίου αντιβαίνει προς την χρονικώς μεταγενέστερη απόφαση του Αρείου Πάγου, θέμα εφαρμογής της ως άνω διατάξεως του άρθρου 152 Ν. 3588/2007 (όπως τροποποιήθηκε με το άρθρο 52 Ν. 4745/2020) δεν ανακύπτει, διότι η χρονικώς προηγηθείσα (και προσβληθείσα με αναίρεση) –και αντιβαίνουσα προς την χρονικώς μεταγενέστερη απόφαση του Αρείου Πάγου για τη συγκεκριμένη (στην ίδια υπόθεση) «ευθεία ή εκ πλαγίου παραβίαση κανόνα ουσιαστικού

δικαίου»– απόφαση του κατωτέρου δικαστηρίου εξαφανίστηκε με την αντίστοιχη απόφαση του Αρείου Πάγου. Η εξαφανισθείσα με απόφαση του Αρείου Πάγου απόφαση δεν θα μπορεί επομένως να προσβληθεί με το έκτακτο ένδικο μέσο της Αναψηλαφήσεως – αφού οι εξαφανισθείσες δικαστικές αποφάσεις συνιστούν ένα **nullum**, δηλαδή δεν υπάρχουν ως αποφάσεις υποκείμενες σε προσβολή με ένδικο μέσο – ενώ πέραν τούτου ως εξαφανισθείσα **δεν** (μπορεί να) **αντιβαίνει** σε οποιαδήποτε απόφαση του Αρείου Πάγου (και πολλώ μάλλον δεν μπορεί να αντιβαίνει προς τη χρονικώς μεταγενέστερη απόφαση του Αρείου Πάγου από την οποία – λόγω ακριβώς της διαφορετικής αρεοπαγитικής κρίσεως ως προς την επίμαχη για την ίδια υπόθεση «ευθεία ή εκ πλαγίου παραβίαση κανόνα ουσιαστικού δικαίου» –εξαφανίστηκε) ως προς την ίδια υπόθεση. Επομένως για την περίπτωση αυτή– και με βάση πάντοτε την υπόθεση που διατυπώθηκε προηγουμένως, ότι ο Νομοθέτης κατά λάθος (εκ παραδρομής) ανέγραψε το άρθρο 559, ενώ πρόθεσή του ήταν να αναγράψει το άρθρο 556 ΚΠολΔ – η διάταξη του άρθρου 152 Ν. 3588/2007 (όπως τροποποιήθηκε με το άρθρο 52 Ν. 4745/2020) δεν θα είχε κάποιο νόημα και θα ήταν / είναι **τελείως ανεφάρμοστη** με την έννοια δηλαδή, ότι **δεν (θα) υπάρχει** έδαφος εφαρμογής αυτής, διότι δεν (θα) υπάρχει πλέον ούτε προσβλητέα «αντιβαίνουσα» απόφαση –αφού η απόφαση αυτή ήδη (θα) έχει εξαφανισθεί– ούτε βεβαίως παραδεκτός/υπαρκτός Λόγος Αναψηλαφήσεως (αφού μαζί με την «αντιβαίνουσα» απόφαση εξαφανίστηκε και ο περί ου ο Λόγος «αντιβαίνων» Λόγος Αναψηλαφήσεως).

- 5.3.3 Αλλά και στην περίπτωση κατά την οποία η (την ίδια υπόθεση αφορώσα και «αντιβαίνουσα» ως προς το αντίστοιχο κρίσιμο νομικό ζήτημα προς την αρεοπαγитική απόφαση) απόφαση του κατωτέρου Δικαστηρίου εκδόθηκε (κατά παράβαση της από τα άρθρα 580 παρ. 4 και 562 παρ. 1 ΚΠολΔ επιβαλλομένης σε αυτό δεσμεύσεως) μετά την απόφαση του Αρείου Πάγου –με την οποία αφενός εξαφανίστηκε η προηγούμενη απόφασή του και αφετέρου του αναπέμφθηκε η υπόθεση για να κρίνει το ίδιο (με διαφορετική βεβαίως σύνθεση) εκ νέου επί της ουσίας της υποθέσεως δεσμευόμενο όμως πλέον από την επί του νομικού ζητήματος κρίση του Αρείου Πάγου– και πάλιν τότε η ως άνω διάταξη (όπως ισχύει μετά το Νόμο 4745/2020) του άρθρου 152 (θα) είναι ανεφάρμοστη –και σε κάθε περίπτωση (θα) στερείται ειδικού νοήματος– διότι η (νέα αυτή) απόφαση του κατωτέρου Δικαστηρίου, η οποία

θα αντιβαίνει κατά την ως άνω έννοια προς την αρεοπαγитική απόφαση (παραβιάζοντας εν προκειμένω το άρθρο 580 παρ. 4), θα είναι ανααιρετέα κατ' άρθρον 559 αρ. 18 ΚΠολΔ (σύμφωνα με το οποίο συντρέχει λόγος αναίρεσεως, όταν «το δικαστήριο της παραπομπής δεν συμμορφώθηκε προς την ανααιρετική απόφαση»).

5.3.4 Αν βεβαίως δεν πρόκειται για την ίδια υπόθεση, αλλά για άλλη υπόθεση (από πλευράς υποκειμενικών και αντικειμενικών ορίων, όπως αυτά επακριβώς θεσπίζονται από τη διάταξη του άρθρου 324 ΚΠολΔ σε συνδυασμό και με τη διάταξη του άρθρου 580 παρ. 4 ΚΠολΔ) και πάλιν τότε η διάταξη του άρθρου 152 Ν. 3588/2007 (όπως τροποποιήθηκε με τη διάταξη του άρθρου 52 Ν. 4745/2020) θα πρέπει να θεωρηθεί *de jure constitutione* ανεφάρμοστη λόγω αντισυνταγματικότητας και ειδικότερα λόγω αντιθέσεώς της προς τις αρχές του Κράτους Δικαίου και προς το Δικαίωμα Δικαστικής Προστασίας, όπως αυτό κατοχυρώνεται από το άρθρο 20 Συντάγματος και μάλιστα για τους ακόλουθους ειδικότερους λόγους: **Πρώτον**, διότι, όπως έχει με τη μεγαλύτερη δογματικώς δυνατή πειστικότητα θεμελιωθεί η σχετική άποψη στην Ελληνική Έννομη Τάξη από τον αείμνηστο *Κωνσταντίνο Τσάτσο*, η Νομολογία δεν αποτελεί στο πλαίσιο της Ελληνικής Έννομης Τάξεως πηγή δικαίου³². **Δεύτερον**, διότι το δεδικασμένο ή η αντίστοιχη εκάστοτε δέσμευση, ως συνέπεια –υπό ορισμένες προϋποθέσεις– των δικαστικών αποφάσεων θεμελιούται στο Κράτος Δικαίου και ειδικότερα στο άρθρο 20 Συντάγματος, το οποίο κατοχυρώνει με ρητή διάταξη το Δικαίωμα Δικαστικής Προστασίας και εν τω τώ το Δικαίωμα Ακροάσεως (και με την έννοια της Εκατέρωθεν Ακροάσεως). Το Δικαίωμα Δικαστικής Προστασίας και το Δικαίωμα Ακροάσεως συνδέονται με το δεδικασμένο και τη δέσμευση που παράγεται από τις αποφάσεις, με την ειδικότερη έννοια ότι στο πλαίσιο της Έννομης Τάξεως ενός Κράτους Δικαίου δεν είναι συνταγματικώς ανεκτό να δεσμεύεται κάποιος πρόσωπο από το δεδικασμένο, ή γενικότερα από τη δέσμευση, που παράγεται από μια δικαστική απόφαση, παρά μόνο τότε όταν το συγκεκριμένο πρόσωπο είχε τη δικονομική δυνατότητα –στο πλαίσιο της αντίστοιχης δίκης επί της οποίας εκδόθηκε η κρίσιμη/επίμαχη δικαστική απόφαση για την οποία ανακύπτει το ερώτημα, αν παρά-

32 Κ. Τσάτσος, Το πρόβλημα των πηγών του δικαίου, θεωρία περί της ισχύος αυτού, Τεύχος Α', Αθήνα, 1941, Επανεκδόση 1993 με πρόλογο του Γεωργίου Μητσοπούλου, σελ. 238/239/240. Από τη νεώτερη βιβλιογραφία βλ. αντί πολλών άλλων Α. Σ. Γεωργιάδη, Εισαγωγή στη Νομική Επιστήμη, Αθήνα, 2020, σελ. 63 επ.

γει δεδικασμένο (και) έναντι του συγκεκριμένου προσώπου– να μετάσχει ως διάδικος στη δίκη αυτή (η διεξαγωγή της οποίας του είχε, με τον τρόπο που προβλέπει ο νόμος, γνωστοποιηθεί). Αν όμως το συγκεκριμένο πρόσωπο δεν είχε τη δυνατότητα να μετάσχει (είτε επειδή δεν του είχε γνωστοποιηθεί η αντίστοιχη δίκη με τον τρόπο που προβλέπει ο νόμος, είτε διότι δεν προέβλεπε/προβλέπει ο νόμος σχετική δικονομική δυνατότητα για να μπορούσε/μπορεί το ως άνω πρόσωπο να συμμετάσχει στην περί ης ο λόγος δίκη) –και έτσι δεν μετέσχε– στην αντίστοιχη δίκη, επί της οποίας εκδόθηκε η κρίσιμη/επίμαχη δικαστική απόφαση, για την οποία ανακύπτει το ερώτημα, αν παράγει δεδικασμένο έναντι (και) του συγκεκριμένου προσώπου (φυσικού ή νομικού), **τότε δεν μπορεί και δεν είναι συνταγματικώς ανεκτό να δεσμεύεται το ως άνω πρόσωπο από τη δέσμευση ή το δεδικασμένο που παράγεται από τη συγκεκριμένη δικαστική απόφαση.**

- 5.3.5 Αλλά ακόμα και αν ήθελε υποτεθεί, ότι η ως άνω ρύθμιση, την οποία θεσπίζει ο Ν. 4745/2020 (άρθρα 52 και 99) ενέχει μια/κάποια λογική και δεν είναι ασύμβατη προς το Σύνταγμα και πάλιν τότε και με αυτή την θεωρητική υπόθεση, ή άλλως υποθετική πρό-ϋπόθεση, η διάταξη αυτή –και κατ’ ακολουθίαν των σκέψεων, οι οποίες εκτέθηκαν αμέσως προηγουμένως– θα μπορούσε θεωρητικώς να ισχύει (δεν υιοθετώ όμως την άποψη αυτή) μόνο για την περίπτωση κατά την οποία **χρονικώς προηγήθηκε η έκδοση της αρεοπαγιτικής αποφάσεως και ακολούθησε κατά χρόνον η έκδοση της –προς την (χρονικώς προηγηθείσα κατ’ έκδοση) αρεοπαγιτική απόφαση– «αντιβαίνουσας» μεν, πλην όμως άλλη υπόθεση αφορώσας, αποφάσεως του κατωτέρου δικαστηρίου (της ουσίας).** Αντιθέτως και με βάση την ίδια ως άνω υπόθεση και ανεξαρτήτως των τυχόν άλλων αντιρρήσεων, οι οποίες αφενός διατυπώθηκαν ανωτέρω και αφετέρου διατυπώνονται κατωτέρω, η διάταξη αυτή **δεν θα μπορούσε ούτως ή άλλως να ισχύει για την περίπτωση κατά την οποία χρονικώς προηγήθηκε η έκδοση της αποφάσεως του κατωτέρου δικαστηρίου (της ουσίας) και ακολούθησε κατά χρόνον η έκδοση της αρεοπαγιτικής αποφάσεως, η οποία έκρινεν αντιθέτως σε σύγκριση με την προηγηθείσα απόφαση του κατωτέρου δικαστηρίου επί του ιδίου κρίσιμου ζητήματος και έτσι διαπιστώθηκε (ή άλλως κατέστη δυνατόν να διαπιστωθεί) εκ των υστέρων και ειδικότερα μεταγενεστέρως (δηλαδή μετά την έκδοση της αρεοπαγιτικής αποφάσεως), ότι η χρονικώς προηγηθείσα κατ’ έκδοση απόφαση του κατωτέρου δικαστηρίου (της**

ουσίας) αντιβαίνει όσον αφορά την κρίση της επί του ιδίου κρισίμου νομικού ζητήματος προς την κατά χρόνον μεταγενεστέρως εκδοθείσα απόφαση του Αρείου Πάγου (δηλαδή προς την κρίση του τελευταίου επί του ιδίου κρισίμου νομικού ζητήματος). Σε περίπτωση βεβαίως κατά την οποία επρόκειτο για την κατά τα ως άνω προηγουμένως εκδοθείσα απόφαση του κατωτέρου δικαστηρίου, η οποία προσβλήθηκε με αναίρεση ενώπιον του Αρείου Πάγου και εξαφανίσθηκε από τον Άρειο Πάγο και στη συνέχεια αναπέμφθηκε από τον Άρειο Πάγο και στο κατώτερο δικαστήριο προς κρίση επί της ουσίας τότε –**αφού θα πρόκειται για την ίδια υπόθεση**– θα ισχύει η θεμελιώδης διάταξη του άρθρου 580 παρ. 4 ΚΠολΔ και επομένως δεν θα τίθεται θέμα εφαρμογής των άρθρων 52 και 99 Ν. 4745/2020 και θα ισχύουν όσα αναλυτικώς εκτίθενται ανωτέρω υπό «5.3.3.» και «5.3.4.».

6. Η ως άνω ρύθμιση που εισήχθη με το άρθρο 52 Ν. 4745/2020 αντιβαίνει σαφώς στα παραδοσιακά νομικά θεμέλια, των οποίων το γενικό –όχι όμως απλώς το απώτατο– θεμέλιο ανευρίσκεται στο Σύνταγμα 1975 (όπως ισχύει σήμερα) –αλλά και στα προηγούμενα Συντάγματα των ετών 1911, 1927 και 1952– της Ελληνικής Έννομης Τάξεως και του δι’ αυτής καθιδρυμένου Κράτους Δικαίου. Ως τέτοια θεμέλια μπορούν –από πλευράς δικονομικής αξιολογήσεως– να θεωρηθούν τα ακόλουθα: α) Ότι η Νομολογία, δηλαδή οι αποφάσεις των Δικαστηρίων (ακόμα και οι αποφάσεις των Ανωτάτων –Ολομελειών ή Τμημάτων αυτών– Δικαστηρίων, δηλαδή του Αρείου Πάγου, του Συμβουλίου της Επικρατείας και του Ελεγκτικού Συνεδρίου) δεν είναι ούτε αποτελούν Πηγή Δικαίου. Το θέμα αυτό έχει ξεκαθαρισθεί δογματικά, συστηματικά και τελολογικά ήδη από το πρώτο ήμισυ του 20^{ου} αιώνα από τον αείμνηστο *Κωνσταντίνο Τσάτσο* (μόνη εξαίρεση αποτελούν οι αποφάσεις του Ανωτάτου Ειδικού Δικαστηρίου με βάση την ειδική διάταξη του άρθρου 100 Συντάγματος και το νόμο 345/1976). β) Στο πεδίο των ιδιωτικών διαφορών/υποθέσεων –με την εξαίρεση των γαμικών διαφορών, διαφορών γονέων και τέκνων κ.ο.κ.– δεδικασμένο παράγεται μόνο με τις προϋποθέσεις των υποκειμενικών και αντικειμενικών ορίων που θέτει η διάταξη του άρθρου 324 ΚΠολΔ (και υπό την έννοια αυτή το Δεδικασμένο είναι «σχετικό»). γ) Ακόμα και οι αποφάσεις του Αρείου Πάγου δεν παράγουν στο πεδίο των ιδιωτικών διαφορών υποθέσεων (και για νομικά ζητήματα) ένα «ευρύτερο» δεδικασμένο, λ.χ. «*erga omnes*». Δηλαδή και το Δεδικασμένο που παράγεται από τις αποφάσεις του Αρείου Πάγου είναι «σχετικό» επομένως επενεργεί μόνον «*inter partes*» («μεταξύ των διαδίκων») για την ίδια πάντοτε υπόθεση (από πλευράς υποκειμενικών και αντικειμενικών ορίων). δ) Ακόμα και όσον αφορά τα ενδεχομένως γενικό-

τερα νομικά ζητήματα οι αποφάσεις του Αρείου Πάγου –και της Ολομέλει-
ας του Αρείου Πάγου– έχουν και εν προκειμένω «σχετική» ισχύ, δηλαδή
δεσμεύουν μόνον τα κατώτερα δικαστήρια επί του νομικού ζητήματος επί
του οποίου αποφάνθηκαν μόνον όσον αφορά την **ίδια υπόθεση** (από πλευ-
ράς υποκειμενικών και αντικειμενικών ορίων αυτής) και κατά τεολογικώς
συμβατή αντιδιαστολή δεν τα δεσμεύουν, όταν **δεν πρόκειται για την ίδια
υπόθεση** (έστω και εάν πρόκειται για το ίδιο νομικό ζήτημα). ε) Οι απο-
φάσεις της Ολομέλειας του Αρείου Πάγου επί της Αναίρεσεως υπέρ του
Νόμου (που μπορεί να ασκείται κατά νόμον μόνον από τον Εισαγγελέα
του Αρείου Πάγου) **δεν παράγουν αποτελέσματα για τους διαδίκους** (και
πολλώ μάλλον για όσους δεν ήταν διάδικοι στη συγκεκριμένη δίκη/διαφο-
ρά/υπόθεση).

7. Η ρύθμιση που θεσπίσθηκε με τα άρθρα 52 και 99 Ν. 4745/2020 είναι σα-
φώς και αναμφιβόλως αντισυνταγματική (και ως εκ τούτου δεν θα πρέπει,
κατά τη γνώμη μου, να εφαρμοσθεί από τα Δικαστήρια, ενώ οι με βάση
αυτές τις αντισυνταγματικές ρυθμίσεις τυχόν ασκηθείσες ή ασκούμενες/
ασκηθησόμενες αιτήσεις Αναψηλαφήσεως θα πρέπει να απορριφθούν ως
απαράδεκτες). Η κραυγαλέα αντισυνταγματικότητα της συγκεκριμένης
ρυθμίσεως που θεσπίσθηκε με το άρθρο 52 Ν. 4745/2020 συνίσταται ειδι-
κότερα στο ότι με αναδρομικώς επενεργούσα δικονομική διάταξη (άρθρο
99 Ν. 4745/2020) για πρώτη φορά θεσπίζεται ένα έκτακτο ένδικο μέσο –εν
προκειμένω η Αναψηλάφηση– και με ειδικώς για την περίπτωση αυτή προ-
βλεπόμενο (νέο) Λόγο Αναψηλαφήσεως για την, εκ των υστέρων, προσβο-
λή αμετακλήτων δικαστικών αποφάσεων³³.

33 Τα στενά χρονικά όρια που τέθηκαν για την αποστολή της μελέτης, ήταν απαγορευτικά για την εκτενέστερη επισήμανση και ανάλυση των σχετικών ζητημάτων, την αναλυτικότερη αιτιολογία των εκφερομένων απόψεων και την πληρέστερη αναφορά σε βιβλιογραφία.

Αναγκαστική κατάσχεση δικαστικώς μεσεγγυημένου πράγματος

Αλτάνα Κοκκοβού

Αντιπρόεδρος Αρείου Πάγου ε.τ.

I. Το κανονιστικό πλαίσιο και το ερμηνευτικό πρόβλημα

Η διάταξη του άρθρου 725 § 1 ΚΠολΔ σχετικά με το ασφαλιστικό μέτρο της δικαστικής μεσεγγύησης κινητών ή ακινήτων ή ομάδας πραγμάτων ή επιχείρησης, ορίζει ότι το δικαστήριο δικαιούται να διατάξει το ασφαλιστικό αυτό μέτρο, αν υπάρχει διαφορά σχετική με την κυριότητα, τη νομή ή την κατοχή ή οποιαδήποτε άλλη διαφορά σχετική με αυτά ή αν κατά τις διατάξεις του ουσιαστικού δικαίου μπορεί να ζητηθεί η μεσεγγύηση. Ως διαφορά δε σχετική με αυτά νοείται και η διαφορά που προκύπτει από ενοχική απαίτηση για μεταβίβαση της κυριότητας πράγματος, επομένως, η δικαστική μεσεγγύηση διασφαλίζει και ενοχικές απαιτήσεις ως προς κινητά ή ακίνητα.

Ως προς τις εφαρμοστέες διατάξεις επί δικαστικής μεσεγγύησης, το άρθρο 727 ΚΠολΔ προβλέπει ότι εφαρμόζονται τα άρθρα 709, 713, 714, 715, 720, 721 και 722 § 1 ΚΠολΔ. Από τις τελευταίες αυτές διατάξεις, εκείνη του άρθρου 715 § 1 ΚΠολΔ ορίζει ότι απαγορεύεται και είναι άκυρη υπέρ εκείνου που επέβαλε την κατάσχεση η διάθεση των πραγμάτων που κατασχέθηκαν από εκείνον σε βάρος του οποίου έγινε η κατάσχεση, ενώ σε χρηματικές απαιτήσεις η απαγόρευση ισχύει μόνο έως το ποσό, για το οποίο έγινε η κατάσχεση, ενώ κατά την πρόβλεψη του άρθρου 721 ΚΠολΔ συντηρητική ή αναγκαστική κατάσχεση μπορεί να επιβληθεί και σε αντικείμενα, τα οποία έχουν ήδη κατασχεθεί συντηρητικώς. Τέλος, η διάταξη του άρθρου 722 § 1 ΚΠολΔ ορίζει ότι όποιος έχει κατασχέσει συντηρητικώς κινητά ή ακίνητα ή εμπράγματα δικαιώματα επάνω σε αυτά, αν η αγωγή για την κύρια υπόθεση γίνει δεκτή και η σχετική απόφαση είναι εκτελεστή, έχει δικαίωμα, με βάση απόγραφο της απόφασης, να επιχειρήσει αναγκαστική εκτέλεση, χωρίς αναγκαστική κατάσχεσή τους.

Το πλέγμα των ανωτέρω διατάξεων θέτει το ερμηνευτικό πρόβλημα, αν είναι έγκυρη η συντηρητική ή η αναγκαστική κατάσχεση, όπως και οι επόμενες αυτής πράξεις αναγκαστικής εκτέλεσης που ακολουθούν, αν κατά τον χρόνο της κατάσχεσης τα κατασχεθέντα πράγματα ή η επιχείρηση τελούσαν υπό δικαστική μεσεγγύηση.

II. Η ερμηνευτική θέση της ασυμβατότητας της αναγκαστικής κατάσχεσης και της δικαστικής μεσεγγύησης

Μια πρώτη ερμηνευτική προσέγγιση που κρατεί στον χώρο της θεωρίας υποστηρίζει ότι για να αντιμετωπισθεί ασφαλέστερα το παραπάνω ερώτημα είναι αναγκαίο να προσεγγισθεί στο πλαίσιο του όλου συστήματος του ΚΠολΔ. Πρέπει πιο συγκεκριμένα να αξιολογηθούν: πρώτον, η νομοθετική ιστορία, το αντικείμενο, ο σκοπός και οι συνέπειες του ασφαλιστικού μέτρου της δικαστικής μεσεγγύησης· δεύτερον, η όλη λειτουργία των ρυθμίσεων του ΚΠολΔ αναφορικά με την καταδίκη σε δήλωση βουλήσεως κατά το άρθρο 949· και τρίτο, οι λόγοι ανακοπής του άρθρου 936 ΚΠολΔ, ειδικότερα εκείνος που αφορά την απαγόρευση διάθεσης. Τέλος είναι απαραίτητο να συνεξετασθούν και οι συνταγματικές διαστάσεις του όλου θέματος, και ειδικότερα το ερώτημα, αν η ερμηνεία που προσδίδεται στις ρυθμίσεις της δικαστικής μεσεγγύησης από τη νομολογία μπορεί να ικανοποιήσει το αίτημα για αποτελεσματική έννομη προστασία¹.

Ως προς το πρώτο ως άνω κριτήριο, επισημαίνεται ότι στο προηγούμενο δίκαιο της ΠολΔικ Maurer την αποστολή του ασφαλιστικού μέτρου της δικαστικής μεσεγγύησης του ΚΠολΔ (άρθρα 725- 727 ΚΠολΔ) κάλυπτε η λεγόμενη «συντηρητική κατάσχεση επί σκοπώ διεκδικήσεως», ενώ η νομολογία είχε διευρύνει το πεδίο εφαρμογής της διάταξης, περιλαμβάνοντας στην έννοια της διεκδίκησης και τις ενοχικές απαιτήσεις, αλλά πάντως στο προηγούμενο δίκαιο θέμα αναγκαστικής κατάσχεσης ακινήτου, που τελούσε υπό συντηρητική κατάσχεση «επί σκοπώ διεκδικήσεως» δεν είχε τεθεί. Τη «συντηρητική κατάσχεση επί σκοπώ διεκδικήσεως» της ΠολΔικ Maurer αντικατέστησε στον ΚΠολΔ το ασφαλιστικό μέτρο της δικαστικής μεσεγγύησης, ως αυτοδύναμο μέσο, όπου η ρύθμισή του επιχειρήθηκε στον ΚΠολΔ κατά μεγάλο μέρος με την παραπομπή σε διατάξεις του ασφαλιστικού μέτρου της συντηρητικής κατάσχεσης. Περαιτέρω, τονίζεται ότι ο νομοθετικός σκοπός της δικαστικής μεσεγγύησης συνίσταται στην παροχή προσωρινής προστασίας επί των μη χρηματικών απαιτήσεων, με την υλική και νομική δέσμευση αντικειμένων (κινητών, ακινήτων, ομάδας πραγμάτων, επιχείρησης), για τα οποία ερίζουν οι διάδικοι, ώστε, όταν η σχετική αξίωση του νικητή διαδίκου εξοπλισθεί με εκτελεστό τίτλο, να διασφαλισθεί η άμεση αναγκαστική εκτέλεση για την

¹ Τη θεωρητική επιχειρηματολογία της ερμηνευτικής αυτής προσέγγισης, βλ. σε Π.Γέσιου-Φαλτσή, γνωμοδότηση ΕΛΔνη 2005,1384 επ και Δ 34,654. Κ.Μπέη, Ασφαλιστικά μέτρα, άρθρο 727, σελ. 622. Ι.Μπρίνια, Αναγκαστική εκτέλεσις, τόμ. II, 2^η έκδ., άρθρο 949, αρ. 242. Γ.Ορφανίδη, Συγκρούσεις συμφερόντων δανειστών στην αναγκαστική εκτέλεση, συμβολή στην ερμηνεία των άρθρων 958 και 997 ΚΠολΔ, 2004, σελ. 406 επ., όπου και περαιτέρω παραπομπές.

αυτούσια παράδοση ή απόδοσή τους στον δικαιούχο². Επομένως, η νομική δέσμευση του αντικειμένου που τίθεται υπό δικαστική μεσεγγύηση, η οποία επιτυγχάνεται με την απαγόρευση διάθεσής του με ποινή αυτοδίκαιης ακυρότητας υπέρ εκείνου που τη ζήτησε (άρθρο 727 σε συνδ. με 715 ΚΠολΔ), συνιστά το αναγκαίο μέσο για την εκπλήρωση του νομοθετικού σκοπού της. Μάλιστα, σημειώνεται ότι η γραμματική διατύπωση του άρθρου 725 § 1 ΚΠολΔ, σχετικά με το πεδίο εφαρμογής του ασφαλιστικού μέτρου της δικαστικής μεσεγγύησης, είναι τώρα ευρύτερο από ό,τι η αντίστοιχη ρύθμιση στο προηγούμενο δίκαιο και αποσκοπεί να προστατεύσει ρητά, όχι μόνο τις αξιώσεις με εμπράγματο χαρακτήρα, αλλά και τις ενοχικές, επομένως, και την ενοχική αξίωση για τη μεταβίβαση της κυριότητας πράγματος, για την οποία καταρτίσθηκε προσύμφωνο, ώστε να εξασφαλισθεί η μελλοντική άμεση αναγκαστική εκτέλεση.

Με αφετηρία, λοιπόν, τη θέση ότι σε όλες τις περιπτώσεις, όπου χρησιμοποιείται από τον ΚΠολΔ η νομοτεχνική μέθοδος της παραπομπής η εφαρμογή των διατάξεων που παραπέμπονται, είτε ορίζεται αυτό ρητά είτε όχι, θεωρείται ότι πρέπει να είναι ανάλογη, με την έννοια ότι μπορούν οι διατάξεις αυτές να είναι εφαρμοστέες μόνο στο μέτρο που προσαρμόζονται με τον ειδικότερο χαρακτήρα του θεσμού που καλούνται να ρυθμίσουν, και ιδίως μόνο στο μέτρο που μπορούν να πραγματώσουν τον βασικό νομοθετικό σκοπό τον οποίο ο συγκεκριμένος αυτός θεσμός θεραπεύει, επισημαίνεται ότι για τις ανάγκες του ασφαλιστικού μέτρου της δικαστικής μεσεγγύησης είναι αυτονόητο ότι οι ανωτέρω διατάξεις στις οποίες παραπέμπει η ρύθμιση του άρθρου 727 ΚΠολΔ πρέπει να νοηθούν ότι αναφέρονται σε επιβολή δικαστικής μεσεγγύησης, σε πράγματα υπό δικαστική μεσεγγύηση, και σε πρόσωπα υπέρ ή εις βάρος των οποίων επιβλήθηκε η δικαστική μεσεγγύηση. Το άρθρο 715 §1 ΚΠολΔ πρέπει, λ.χ., να αναγνωσθεί ως διάταξη που απαγορεύει την διάθεση των πραγμάτων που τέθηκαν υπό δικαστική μεσεγγύηση και επιβάλλει ακυρότητα υπέρ εκείνου που επέτυχε την απόφαση για την επιβολή της δικαστικής μεσεγγύησης, ενώ το άρθρο 722 § 1 ΚΠολΔ, μολοντί αναφέρεται ρητά σε αναγκαστική κατάσχεση, πρέπει να γίνει αντιληπτό ως ρύθμιση που θα επιτρέψει σε εκείνον που επέτυχε τη δικαστική μεσεγγύηση, μόλις υπάρξει εκτελεστή απόφαση υπέρ αυτού για την κύρια υπόθεση, την άμεση αναγκαστική εκτέλεση για την αυτούσια παράδοση ή απόδοση σε αυτόν του υπό δικαστική μεσεγγύηση πράγματος (941 επ.). Ομοίως, το άρθρο 721 ΚΠολΔ, αναλογικά εφαρμοζόμενο, πρέπει να νοηθεί ως διάταξη, η οποία αφορά τη μεσεγγύηση, που επι-

2 Βλ. και Κράνη, σε Κεραμέως/Κονδύλη/Νίκα, Ερμηνεία ΚΠολΔ ΙΙ (2000), άρθρο 725, αριθμ. περιθ. 1, με περαιτέρω παραπομπές στη νομολογία· Μπέν, ΠολΔ, τόμ. 15, 1990, Ασφαλιστικά μέτρα ΙΙ, σελ. 587-588· βλ. επίσης Ράμμο και Οικονομόπουλο, στο ΣχΠολΔ τόμ. V, 1957, σελ. 510: «άμεση και αυτούσια εκτέλεση».

τρέπει δηλαδή την εκ νέου επιβολή του ασφαλιστικού μέτρου της δικαστικής μεσεγγύησης και σε αντικείμενα τα οποία ήδη τελούν υπό δικαστική μεσεγγύηση. Αν ληφθεί υπόψη ο σχετικός χαρακτήρας της ακυρότητας διάθεσης κατά το άρθρο 715 § 1 ΚΠολΔ, η χρησιμότητα εφαρμογής μιας τέτοιας ρύθμισης μπορεί, λ.χ. να αναφαίνεται σε περιπτώσεις διαφοράς για το ίδιο αντικείμενο ανάμεσα σε περισσότερους, όπως αυτό μπορεί να συμβεί με την περίπτωση άσκησης κύριας παρέμβασης στη σχετική δίκη. Η ενδεχόμενη ευθεία εφαρμογή της διάταξης αυτής στη δικαστική μεσεγγύηση, ώστε να θεωρηθεί επιτρεπτή η αναγκαστική κατάσχεση των τελούντων υπό μεσεγγύηση πραγμάτων, δεν μπορεί να δώσει αποδεκτές λύσεις, ενώ η ερμηνευτική αντίληψη, η οποία επικαλείται μόνο το γράμμα των άρθρων 721 και 727 ΚΠολΔ, χωρίς καμία προηγούμενη απόπειρα τελεολογικής προσαρμογής τους στις ιδιαιτερότητες της δικαστικής μεσεγγύησης, δεν πρέπει να γίνει αποδεκτή. Διότι μεταφέρει υπό τον ΚΠολΔ ευθέως - και ανεπιτυχώς - στη δικαστική μεσεγγύηση λύσεις που καθιερώνονται για τη συντηρητική κατάσχεση, παραβλέποντας τη διαφορά που υπάρχει στα αποτελέσματα των δύο αυτών ασφαλιστικών μέτρων. Οι παραπάνω κανόνες των άρθρων 715 § 1 και 721 ΚΠολΔ, που παραπέμπονται από το άρθρο 727 ΚΠολΔ, θα βρίσκονταν σε αξιολογική αντινομία, αν η ρύθμιση που περιέχεται στο άρθρο 721 ΚΠολΔ ληφθεί υπόψη κατά το ακριβές γράμμα της, χωρίς να επιχειρηθεί η αναλογική εφαρμογή της. Διότι η ρύθμιση αυτή θα εμφάνιζε αντίφαση με εκείνη του άρθρου 715 § 1 ΚΠολΔ. Από το ένα μέρος το άρθρο 715 § 1 εδ. α ΚΠολΔ επιβάλλει απαγόρευση διάθεσης του αντικειμένου που τέθηκε υπό δικαστική μεσεγγύηση, όπως και αυτοδίκαιη ακυρότητα υπέρ εκείνου που επέβαλε τη δικαστική μεσεγγύηση, προνοώντας έτσι για τη διατήρησή του. Από το άλλο όμως μέρος, το άρθρο 721 ΚΠολΔ θα επέτρεπε την αναγκαστική κατάσχεση αντικειμένων που έχουν τεθεί υπό δικαστική μεσεγγύηση, αναιρώντας έτσι ολοκληρωτικά τον νομοθετικό σκοπό του ασφαλιστικού μέτρου, καθώς η αναγκαστική κατάσχεση οδηγεί κατ' ανάγκη σε πλειστηριασμό και σε αδυναμία αυτούσιας ικανοποίησης του δικαιώματος του υπερού η δικαστική μεσεγγύηση. Τονίζεται δε, ότι η αξιολογική αυτή αντινομία μεταξύ των άρθρων 715 § 1 και 721 ΚΠολΔ δεν μπορεί να παρατηρηθεί στη συντηρητική κατάσχεση, αφού ο σκοπός της συντηρητικής κατάσχεσης συνίσταται στην ικανοποίηση χρηματικών απαιτήσεων του δανειστή από το προϊόν του πλειστηριασμού (βλ. άρθρα 722 § 1, 723 ΚΠολΔ), σκοπός ο οποίος δεν ματαιώνεται με την αναγκαστική κατάσχεση.

Καταληκτικώς, το ασφαλιστικό μέτρο της δικαστικής μεσεγγύησης είναι από τη φύση του και από το νομοθετικό σκοπό του ασυμβίβαστο προς κάθε είδους απαλλοτρίωση, η οποία θα ματαίωνε την αποστολή του. Αυτό ισχύει πολύ περισσότερο για την εκποίηση του υπό μεσεγγύηση αντικειμένου δυνά-

μει αναγκαστικής κατάσχεσης, η οποία για το λόγο αυτό δεν πρέπει να θεωρείται έγκυρη.

Ως προς την δεύτερη ως άνω τεθείσα παράμετρο της ρύθμισης του άρθρου 949 ΚΠολΔ για την καταδίκη σε δήλωση βουλήσεως, με αφετηρία τη θέση ότι η σχετική ενοχικής φύσης αξίωση οδηγεί σε απόφαση καταψηφιστική, η οποία εμπεριέχει πλάσμα που καλύπτει μόνο τη δήλωση βουλήσεως και όχι τη δικαιοπραξία, ενώ όταν πρόκειται για ακίνητο, ο ενάγων υποχρεώνεται να προχωρήσει σε συμβολαιογραφική πράξη αποδοχής της δηλώσεως βουλήσεως του εναγομένου (369 ΑΚ) και να μεταγράψει στη συνέχεια τόσο την τελεσίδικη απόφαση που περιλαμβάνει την καταδίκη, όσο και τη δήλωση αποδοχής του, γίνεται δεκτό ότι, αν στη διάρκεια της όλης διαδικασίας για την κτήση της κυριότητας ακινήτου από τον ενάγοντα, μεσολαβήσει μεταβίβαση του ακινήτου σε τρίτο, το πλάσμα που εμπεριέχεται στην απόφαση του άρθρου 949 δεν είναι ικανό να προστατεύσει τον ενάγοντα με το να επιτρέψει την εκτέλεση κατά του τρίτου, αφού το δεδικασμένο της απόφασης του άρθρου 949 ΚΠολΔ έχει ως αντικείμενο αποκλειστικά και μόνο την ύπαρξη της ενοχικής υποχρέωσης του εναγομένου να προβεί στη δήλωση βουλήσεως και δεν έχει σχέση με τον δικαιούχο του πράγματος. Ο τρίτος που αποκτά το ακίνητο δεν μπορεί, άρα, να θεωρηθεί ειδικός διάδοχος με την έννοια των άρθρων 919 αρ. 1 και 325 αρ. 2 ΚΠολΔ και για τον λόγο αυτό γίνεται απολύτως δεκτό, τόσο στην νομολογία όσο και στην θεωρία, ότι η μόνη προστασία που μπορεί να παρέχεται στο δικαιούχο της απαίτησης από προσύμφωνο για δήλωση βουλήσεως, με αντικείμενο τη μεταβίβαση κυριότητας πράγματος, συνίσταται στη θέση του πράγματος υπό δικαστική μεσεγγύηση. Υπάρχει ανάγκη ισορροπίας, ώστε να καταστεί εφικτή η ομαλή λειτουργία της προστασίας που παρέχει το άρθρο 949 ΚΠολΔ, ισορροπία μπορεί να εξασφαλίζεται μόνον αν προσδοθεί στο ασφαλιστικό μέτρο της δικαστικής μεσεγγύησης πλήρης αποτελεσματικότητα, με την προστασία αυτού που επιτυγχάνει την απόφαση για τη δικαστική μεσεγγύηση και απέναντι στις ενδεχόμενες αναγκαστικές κατασχέσεις τρίτων. Υπό την έννοια αυτή, και από την άποψη του άρθρου 949 ΚΠολΔ δεν πρέπει να θεωρείται έγκυρη η αναγκαστική κατάσχεση όσο λειτουργεί η ενέργεια της δικαστικής μεσεγγύησης και η απαγόρευση διάθεσης που απορρέει από αυτήν.

Ως προς την τρίτη ως άνω παράμετρο της ρύθμισης του άρθρου 936 § 1 περ. β' ΚΠολΔ, επισημαίνεται ότι με τη διάταξη αυτή, την ιστορική βάση της ανακοπής του τρίτου μπορεί να αποτελέσει και «η απαγόρευση διάθεσης που έχει ταχθεί υπέρ αυτού(του τρίτου) και συνεπάγεται σύμφωνα με το νόμο την ακυρότητα της διάθεσης». Ο παραπάνω κανόνας καλύπτει την απαγόρευση διάθεσης που προβλέπεται από τον νόμο (πρβλ. 175 ΑΚ) ή από δικαστική απόφαση (176 ΑΚ), ανεξάρτητα από το αν η ακυρότητα που απειλείται είναι

απόλυτη ή έχει ταχθεί υπέρ του τρίτου³. Πρόκειται επομένως για διάταξη με κατασταλτικό χαρακτήρα, η οποία συμπληρώνει τις απαγορεύσεις διάθεσης που προβλέπει η νομοθεσία, και η οποία καλείται σε εφαρμογή όταν οι στερητικοί του δικαιώματος διάθεσης κανόνες παραβιάζονται. Επομένως, η τυχόν αποδοχή της άποψης ότι η αναγκαστική κατάσχεση πράγματος που έχει τεθεί υπό δικαστική μεσεγγύηση πρέπει να θεωρείται έγκυρη, θα καθιστούσε τη ρύθμιση αυτή κενή περιεχομένου. Επιπλέον, η κατά γράμμα μεταφορά στη δικαστική μεσεγγύηση της διάταξης του άρθρου 721 ΚΠολΔ, που επιτρέπει την αναγκαστική κατάσχεση πράγματος, το οποίο έχει κατασχεθεί συντηρητικώς, θα ερχόταν σε σύγκρουση και με τη δικαιιοπολιτική βάση του άρθρου 936 ΚΠολΔ, αφού κατά το σκοπό του άρθρου αυτού πρέπει να προστατεύονται τα δικαιώματα τρίτων στο αντικείμενο της αναγκαστικής εκτέλεσης, ακόμη και όταν τα δικαιώματα αυτά εμφανίζονται με τη μορφή του δικαιώματος να επικαλεσθούν οι τρίτοι την υπέρ αυτών απαγόρευση διάθεσης.

Τέλος, ως προς τη συνταγματική παράμετρο της προσωρινής έννομης προστασίας, τονίζεται ότι με αφετηρία τη θέση ότι στον προστατευτικό πυρήνα του άρθρου 20 Σ εμπίπτει όχι μόνο η οριστική, αλλά και η προσωρινή έννομη προστασία, το ασφαλιστικό μέτρο της δικαστικής μεσεγγύησης, στο πλαίσιο του όλου πλέγματος των ασφαλιστικών μέτρων που χορηγεί ο ΚΠολΔ, συνιστά το αποκλειστικό μέσο για το είδος των αξιώσεων που αποσκοπεί να προστατεύσει. Η μοναδικότητα αυτού του μέτρου, υπό την έννοια ότι έχει προβλεφθεί στον ΚΠολΔ άλλο ασφαλιστικό μέτρο που, με την απαγόρευση διάθεσης, να είναι ικανό να εξασφαλίσει την μελλοντική άμεση αναγκαστική εκτέλεση επί των μη χρηματικών αξιώσεων, οδηγεί στη θέση ότι η αποδυνάμωση της λειτουργίας του ασφαλιστικού μέτρου της δικαστικής μεσεγγύησης, ως του μοναδικού μέσου διασφάλισης της αποτελεσματικότητας της παροχής έννομης προστασίας με την έννοια του άρθρου 20 Σ για το μεγάλο εύρος των αξιώσεων που καλύπτονται από το άρθρο 725 ΚΠολΔ, δεν θα μπορούσε να είναι συνταγματικά ανεκτή. Αυτό δε θα συνέβαινε, αν μπορούσε να ματαιώνεται η έννομη προστασία αυτών των αξιώσεων, μετά από κατάσχεση τρίτου δανειστή και πλειστηριασμό των πραγμάτων, στη διάσωση ακριβώς των οποίων αποβλέπει η δικαστική μεσεγγύηση. Επομένως, η αναγκαστική κατάσχεση των δικαστικώς μεσεγγυημένων πραγμάτων πρέπει να θεωρείται άκυρη.

III. Η θέση της νομολογίας

Στον αντίποδα της ανωτέρω ερμηνευτικής θέσης, την οποία ακολουθεί η θεωρία, η νομολογία δέχεται τα ακόλουθα:

3 Βλ. αντί πολλών Σ. Σταματόπουλο, Η δικαστική προστασία του τρίτου, 1994, σελ. 209.

Κατά το άρθρο 725 § 1 ΚΠολΔ, το δικαστήριο δικαιούται να διατάξει ως ασφαλιστικό μέτρο τη δικαστική μεσεγγύηση κινητών ή ακινήτων ή ομάδας πραγμάτων ή επιχείρησης αν υπάρχει διαφορά σχετική με την κυριότητα, τη νομή ή την κατοχή ή οποιαδήποτε άλλη διαφορά σχετική με αυτά ή αν κατά τις διατάξεις του ουσιαστικού δικαίου μπορεί να ζητηθεί μεσεγγύηση. Υπό τον όρο δικαστική μεσεγγύηση νοείται η παράδοση σε κάποιον, καλούμενο μεσεγγυούχο, δυνάμει δικαστικής απόφασης, του εριζόμενου πράγματος, κινητού ή ακινήτου κ.λπ., για την εξασφάλιση των επ' αυτού δικαιωμάτων ενός ή περισσότερων προσώπων, τα οποία (δικαιώματα) αμφισβητούνται ή είναι αβέβαια, ο μεσεγγυούχος δε υποχρεούται να αποδώσει αυτούσιο το πράγμα, μόνο μετά από δικαστική απόφαση. Έτσι η δικαστική μεσεγγύηση, που αντικατέστησε «τη συντηρητική κατάσχεση επί σκοπώ διεκδικήσεως» του προϊσχύσαντος δικαίου, διαφοροποιείται από το άλλο ασφαλιστικό μέτρο της συντηρητικής κατάσχεσης (άρθρα 707 επ ΚΠολΔ), ως προς το ότι η μεν δικαστική μεσεγγύηση, που διατάσσεται για την εξασφάλιση μη χρηματικών απαιτήσεων, δεσμεύει προσωρινά το πράγμα, προκειμένου να καταστεί δυνατή η μελλοντική άμεση αναγκαστική εκτέλεση για την παράδοση ή απόδοση αυτούσιου του δεσμευμένου πράγματος, η δε συντηρητική κατάσχεση, που διατάσσεται για την εξασφάλιση χρηματικών απαιτήσεων (άρθρα 723, 724 ΚΠολΔ), δεσμεύει προσωρινά το περιουσιακό αντικείμενο του οφειλέτη που κατασχέθηκε, προκειμένου να καταστεί δυνατή, μετά την τροπή της συντηρητικής κατάσχεσης σε αναγκαστική (άρθρο 722 § 1 ΚΠολΔ), η μελλοντική έμμεση αναγκαστική εκτέλεση, για την ικανοποίηση της χρηματικής απαίτησης του δανειστή που την επέβαλε από το προϊόν του πλειστηριασμού. Κατά το άρθρο 727 ΚΠολΔ, στη δικαστική μεσεγγύηση εφαρμόζονται, μεταξύ άλλων, και τα άρθρα 715 και 721 του ίδιου Κώδικα. Το πρώτο από αυτά ορίζει στην § 1 εδ. α' αυτού ότι «απαγορεύεται και είναι άκυρη υπέρ εκείνου που επέβαλε την κατάσχεση η διάθεση των πραγμάτων που κατασχέθηκαν από εκείνον σε βάρος του οποίου έγινε η κατάσχεση». Επομένως, σύμφωνα με την πιο πάνω κατά παραπομπή νομοθέτηση, απαγορεύεται και είναι άκυρη υπέρ εκείνου που ζήτησε τη δικαστική μεσεγγύηση η διάθεση των μεσεγγυημένων πραγμάτων, από εκείνον σε βάρος του οποίου διατάχθηκε το ασφαλιστικό αυτό μέτρο. Κατά την έννοια της πιο πάνω διάταξης του άρθρου 715 § 1 εδ. α' ΚΠολΔ, που είναι παρόμοια με τις διατάξεις των άρθρων 958 § 1 και 997 § 1 εδ. α' ΚΠολΔ, η διάθεση είναι έννοια ευρύτερη της απαλλοτρίωσης και περιλαμβάνει οποιαδήποτε μεταβίβαση, σύσταση, επιβάρυνση και γενικώς νομική μεταβολή του πράγματος ή δικαιώματος που συντηρητικώς κατασχέθηκε ή τέθηκε υπό δικαστική μεσεγγύηση. Και ναι μεν με δικαιοπρακτική διάθεση εξομοιώνεται και αυτή που πραγματοποιείται από το δανειστή με αναγκαστική κατάσχεση και πλειστηριασμό, όμως από τη ρητή παραπομπή του άρθρου 727 ΚΠολΔ στο άρθρο

721 ΚΠολΔ προκύπτει, ότι αναγκαστική κατάσχεση μπορεί να επιβληθεί και σε αντικείμενα τα οποία έχουν ήδη τεθεί υπό δικαστική μεσεγγύηση. Έτσι, η δικαστική μεσεγγύηση ακινήτου δεν αποκλείει, εφόσον συντρέχουν οι νόμιμες προϋποθέσεις, την αναγκαστική κατάσχεση του ακινήτου αυτού και τις συνακόλουθες βέβαια πράξεις της εκτελεστικής διαδικασίας, όπως την κατασχμήρια έκθεση, τον πλειστηριασμό του ακινήτου και την κατακύρωσή του, των οποίων έτσι το κύρος δεν επηρεάζεται από την ύπαρξη της δικαστικής μεσεγγύησης και, επομένως, αυτές δεν μπορούν να προσβληθούν για ακυρότητα. Βεβαίως, υπό την ερμηνευτική αυτή εκδοχή, δεν προστατεύεται επαρκώς ο δανειστής, ο οποίος, για την εξασφάλιση ενοχικής του απαίτησης για τη μεταβίβαση της κυριότητας πράγματος, έχει επιτύχει τη δικαστική μεσεγγύησή του. Όμως ο δανειστής αυτός προστατεύεται με το ασφαλιστικό μέτρο της δικαστικής μεσεγγύησης στο μέτρο της προστασίας που ο ίδιος ο νόμος παρέχει. Η ελλιπής αυτή προστασία δεν αντιστρατεύεται στο άρθρο 20 παρ. 1 του Συντάγματος, που ορίζει «καθένας έχει δικαίωμα στην παροχή έννομης προστασίας από τα δικαστήρια και μπορεί να αναπτύξει σ' αυτά τις απόψεις του για τα δικαιώματα ή συμφέροντά του, όπως νόμος ορίζει», ούτε βέβαια στο άρθρο 6 παρ. 1 της ΕΣΔΑ, που ορίζει ότι «παν πρόσωπον έχει δικαίωμα όπως η υπόθεσή του δικαστεί δικαίως, δημοσία και εντός λογικής προθεσμίας υπό ανεξαρτήτου και αμερόληπτου δικαστηρίου...», διότι έτσι ο νόμος προσδιορίζει και δεν περιορίζει το δικαίωμα του δανειστή. Επιτρέπει, δηλαδή, την αναγκαστική κατάσχεση του μεσεγγυημένου πράγματος και κατά τα λοιπά εμποδίζει τον ίδιο τον οφειλέτη να προβεί στη διάθεσή του. Εξάλλου, με τη δικαστική μεσεγγύηση δεν κτάται προνόμιο και συνεπώς ο δανειστής που έχει ενοχική απλώς αξίωση για την παράδοση ή απόδοση μεσεγγυημένου πράγματος, δεν μπορεί να βρίσκεται σε προνομιακή θέση έναντι άλλων δανειστών, οι οποίοι και αυτοί έχουν κατά του ίδιου οφειλέτη ποιοτικώς μεν διάφορες (χρηματικές) αλλά πάντως απαιτήσεις.

Και υπό το προγενέστερο δίκαιο είχαν ανακύψει σχετικοί προβληματισμοί ως προς το αν ήταν δυνατή η αναγκαστική κατάσχεση του πράγματος που ήδη προηγουμένως είχε συντηρητικώς κατασχεθεί. Παρά ταύτα ο νομοθέτης, εν γνώσει των προβληματισμών, με ρητές διατάξεις (άρθρα 727, 721 ΚΠολΔ), επέτρεψε την αναγκαστική κατάσχεση και σε αντικείμενα τα οποία έχουν ήδη κατασχεθεί συντηρητικώς, αλλά και σε αντικείμενα που ήδη έχουν τεθεί υπό δικαστική μεσεγγύηση, με αυτονόητη βέβαια επίγνωση και της εντεύθεν συνέπειας να αχρηστευθεί ενδεχομένως για το δανειστή το ασφαλιστικό μέτρο της δικαστικής μεσεγγύησης, ύστερα από μία μεταγενέστερη αναγκαστική κατάσχεση του μεσεγγυημένου πράγματος, αφού μέλημα του νομοθέτη ήταν, όχι να δημιουργήσει προνόμιο υπέρ εκείνου που ζήτησε το ασφαλιστικό μέτρο της δικαστικής μεσεγγύησης, αλλά να αποτρέψει την οικειοθελή περαιτέρω

διάθεση του μεσεγγυημένου πράγματος από τον οφειλέτη.

Περαιτέρω, κατά τη διάταξη του άρθρου 936 παρ.1 περ. β' ΚΠολΔ τρίτος έχει δικαίωμα να ασκήσει ανακοπή κατά της αναγκαστικής εκτέλεσης, αν προσβάλλεται δικαίωμά του επάνω στο αντικείμενο της εκτέλεσης, το οποίο δικαιούται να αντιτάξει σε εκείνον κατά του οποίου έχει στραφεί η εκτέλεση και ιδίως ... β) απαγόρευση διάθεσης που έχει ταχθεί υπέρ αυτού και συνεπάγεται σύμφωνα με το νόμο την ακυρότητα της διάθεσης. Από τη διάταξη αυτή, σε συνδυασμό με τις διατάξεις των άρθρων 175 και 176 ΑΚ, που ορίζουν, η πρώτη ότι η διάθεση ενός αντικειμένου είναι άκυρη αν ο νόμος την απαγορεύει και το δεύτερο ότι αν την απαγόρευση του προηγούμενου άρθρου έχει τάξει δικαστική απόφαση, ισχύει ό,τι και στην απαγόρευση από το νόμο, σαφώς προκύπτει, ότι ο τρίτος μπορεί να προσβάλει την αναγκαστική εκτέλεση, αν η απαγόρευση της διάθεσης του αντικειμένου της εκτέλεσης, που συνεπάγεται την ακυρότητα της διάθεσης, έχει ταχθεί υπέρ αυτού με διάταξη νόμου ή δικαστική απόφαση. Αλλά, κατά τα προεκτιθέμενα, η δικαστική μεσεγγύηση δεν αποκλείει την επιβολή αναγκαστικής κατάσχεσης και, επομένως, δεν είναι κατά το νόμο άκυρη η μεταβίβαση σε τρίτον της κυριότητας του υπό μεσεγγύηση πράγματος, που γίνεται στο πλαίσιο της αναγκαστικής αυτής εκτέλεσης, έναντι του δανειστή που είχε επιτύχει το ασφαλιστικό μέτρο της δικαστικής μεσεγγύησης.

Περαιτέρω, κατά μεν το άρθρο 919 αριθ. 1 ΚΠολΔ, η αναγκαστική εκτέλεση γίνεται, όταν πρόκειται για δικαστικές αποφάσεις, υπέρ και κατά των προσώπων έναντι των οποίων ισχύει δεδικασμένο, κατά δε το άρθρο 325 αριθ. 2 ΚΠολΔ, το δεδικασμένο ισχύει υπέρ και κατά εκείνων που έγιναν διάδοχοι των διαδίκων όσο διαρκούσε η δίκη ή μετά το τέλος της. Από το συνδυασμό αυτών των διατάξεων συνάγεται ότι στην περίπτωση της ειδικής διαδοχής το δεδικασμένο ισχύει και η εκτελεστότητα υφίσταται έναντι του διαδόχου, είτε πρόκειται περί εμπραγμάτων είτε περί ενοχικών δικαιωμάτων. Η δέσμευση, όμως, αφορά το επίδικο δικαίωμα και μόνο εκείνου που διαδέχεται επ' αυτού τον διάδικο. Επομένως, αν έχει ασκηθεί ενοχική αγωγή, που έχει αντικείμενο τη μεταβίβαση της κυριότητας πράγματος, επίδικο είναι το προς τούτο ενοχικό δικαίωμα και όχι το ίδιο το πράγμα, δεσμεύεται δε ο διάδικος σε αυτό το δικαίωμα και όχι ο αποκτών την κυριότητα του πράγματος από ένα των διαδίκων. Τέτοιας φύσης (ενοχικής) είναι και η από το άρθρο 949 ΚΠολΔ αγωγή, για την καταδίκη κάποιου σε δήλωση βουλήσεως. Ακόμα δε και αν στην αγωγή αυτή σωρεύεται αίτημα για την εκπλήρωση της υπό κατάρτιση σύμβασης και συνακόλουθα η απόφαση περιέχει καταδίκη και σε παράδοση του πράγματος, το από την απόφαση αυτή δεδικασμένο δεν έχει ισχύ και εναντίον του τρίτου που απέκτησε το πράγμα κατά τη διάρκεια ή μετά το πέρας της από το άρθρο 949 ΚΠολΔ δίκης, διότι στην περίπτωση αυτήν ο τρίτος είναι

ειδικός διάδοχος του οφειλέτη που νικήθηκε, αλλά μόνο ως προς το δικαίωμα κυριότητας στο ακίνητο, το οποίο όμως δεν ήταν επίδικο, αλλά επίδικη ήταν η αξίωση του ενάγοντος κατά του εναγομένου για την καταδίκη του σε δήλωση βουλήσεως, ως προς την οποία ο τρίτος δεν είναι ειδικός διάδοχος. Όμως, αν στην αγωγή για την καταδίκη σε δήλωση βουλήσεως είχε σωρευτεί, κατ' άρθρο 69 § 1 περ. δ' και ε' ΚΠολΔ, και διεκδικητική αγωγή (άρθρο 1094 ΑΚ) επεκτείνεται το δεδικασμένο της απόφασης και στον τρίτο, αφού τότε επίδικο καθίσταται το ίδιο το δικαίωμα της κυριότητας στο ακίνητο. Το ίδιο ισχύει και όταν ο δικαιούχος της κατά το άρθρο 949 ΚΠολΔ καταδίκης σε δήλωση βουλήσεως είχε επιτύχει το ασφαλιστικό μέτρο της δικαστικής μεσεγγύησης του πράγματος, υπό την απαραίτητη και αυτονόητη όμως προϋπόθεση ότι κατά τον χρόνο της διάθεσης, η απόφαση για τη θέση του πράγματος υπό δικαστική μεσεγγύηση είχε εγγραφεί στα βιβλία κατασχέσεων της περιφέρειας του τόπου, όπου βρίσκεται το ακίνητο. Η προϋπόθεση αυτή προκύπτει από το συνδυασμό των διατάξεων των άρθρων 721 και 715 § 3 ΚΠολΔ, η τελευταία από τις οποίες ορίζει ότι στη συντηρητική κατάσχεση ακινήτου, συνακόλουθα και στη δικαστική μεσεγγύησή του, η ακυρότητα που αναφέρεται στην παρ. 1 (του άρθρου 715) ισχύει ως προς τους τρίτους μόνο αν κατά τον χρόνο της διάθεσης είχε γίνει η εγγραφή της κατάσχεσης επομένως και της δικαστικής μεσεγγύησης στο βιβλίο κατασχέσεων⁴.

IV. Συμπέρασμα

Από τις αναλύσεις που προηγήθηκαν προκύπτει ότι η θέση της νομολογίας, σύμφωνα με την οποία επιτρέπεται η αναγκαστική κατάσχεση του δικαστικώς μεσεγγυημένου πράγματος, ενώ το ασφαλιστικό μέτρο της δικαστικής μεσεγγύησης εμποδίζει μόνο τον ίδιο τον οφειλέτη να προβεί στη διάθεσή του, εμφανίζει πλεονεκτήματα που σχετίζονται με τη δικαστική προστασία των λοιπών, πλην του οφειλέτη, συναλλασσομένων και δη δικών του δανειστών, αφού αυτοί δεν επιτρέπεται να βρίσκονται σε χειρότερη θέση από εκείνη του οφειλέτη τους. Διαφορετικά, ο τελευταίος με τους κατάλληλους δόλιους χειρισμούς του θα μπορούσε να φαλκιδεύει τα δικαιώματα των δανειστών του, τα οποία μάλιστα είναι εξοπλισμένα με εκτελεστό τίτλο.

4 ΑΠ 1653/2008 ΝΟΜΟΣ. ΑΠ 1306/2006 ΝΟΜΟΣ = ΧρΙΔ 2007, 230.

**Περί του επιτρεπτού της παραστάσεως διαδίκου με
δήλωσιν κατά την συζήτησιν εφέσεως, λειτουργούσης ως
υποκατάστατον αναιτιολογήτου ανακοπής ερημοδικίας**

–άρθρα 242 II, 524 II, 528 ΚΠολΔ–

Παναγιώτης Η. Κολοτούρος

Καθηγητής Νομικής Σχολής Δ.Π.Θ.

A.

1. Το Μονομελές Πρωτοδικείον Πειραιώς, δικάσαν ως εφετείον, εκλήθη να κρίνη επί διαφοράς, της οποίας το ιστορικόν έχει ως ακολούθως:

Δυνάμει οριστικής αποφάσεως του Ειρηνοδικείου Καλαυρίας, δικάσαντος κατά τους κανόνες της τακτικής διαδικασίας, απερρίφθη αγωγή τριών ιδιωτών κατά της εταιρείας «ΔΕΔΔΗΕ Α.Ε.» [πρώην «ΔΕΗ Α.Ε.»,] διά της οποίας ούτοι εξήτουν την καταδίκην της εναγομένης εις την πληρωμήν μεγάλου χρηματικού ποσού προς αποκατάστασιν της ζημίας, την οποίαν υπέστησαν εκ πυρκαϊάς, προκληθείσης από την πτώσιν πυρακτωμένων τηγμάτων των αγωγών ηλεκτρικού ρεύματος επί καλλιεργήσιμου εδάφους, από την δημιουργίαν επίσης θερμικού-διηλεκτρικού φαινομένου κ.λπ. Και απερρίφθη η αγωγή αυτή λόγω της εκ της ερημοδικίας των εναγόντων συναχθείσης παραιτήσεως αυτών από του αγωγικού δικαιώματος, δοθέντος ότι ούτοι κατέθεσαν τας προτάσεις των εκπροθέσμως (ΚΠολΔ 237 παρ. 1) και εθεωρήθησαν ούτω ως δικονομικώς απόντες (ΚΠολΔ 272). Κατά της αποφάσεως ταύτης οι ενάγοντες ήσκησαν ενώπιον του Μονομελούς Πρωτοδικείου Πειραιώς, δικάζοντος ως εφετείου, έφεσιν, διώκοντες την ακύρωσιν της εκκαλουμένης και την κατ' αντιμωλίαν συζήτησιν της αγωγής των. Το δικαστήριον, αφού έκρινε την διά δηλώσεως του άρθρου 242 παρ. 2 ΚΠολΔ παράστασιν της εφεσιβλήτου εταιρείας ως μη προσήκουσαν, έχωρησεν εις την ερήμην αυτής συζήτησιν της εφέσεως και εδέχθη μερικώς την αγωγήν. Τούτο δε καίτοι η γραμματεία του δικαστηρίου εδέχθη την προτεράϊαν της δικασίμου την κατάθεσιν της σχετικής δηλώσεως παραστάσεως της εφεσιβλήτου, καίτοι επίσης εις το οικείον πινάκιον της δικασίμου εσημειώθη υπό του προέδρου του δικαστηρίου ότι η υπόθεσις «*συζητείται αντιμωλία*», καίτοι τέλος οι εκκαλούντες δεν προσεκόμισαν τ' απαιτούμενα κατ' άρθρον 524 παρ. 4 εδ. γ' και δ' ΚΠολΔ διαδικαστικά έγγραφα.

2. Τούτων δεδομένων ερωτάται: Πρώτον, ορθώς εκρίθη η διά δηλώσεως του άρθρου 242 παρ. 2 ΚΠολΔ παράστασις της εφεσιβλήτου εταιρείας ως μη προσήκουσα και ορθώς εχώρησεν επίσης το δικαστήριον εις την ερήμην αυτής συζήτησιν της εφέσεως; Και, δεύτερον, ποίον ή ποία τα κατάλληλα ένδικα μέσα διά την προσβολήν και ακύρωσιν της εκδοθείσης ερήμην της εφεσιβλήτου δικαστικής αποφάσεως;

B.

1. Υπό το προ του ν. 4335/2015 δικονομικόν καθεστώς εγένετο νομολογιακώς δεκτόν ότι κατά την συζήτησιν εφέσεως, λειτουργούσης ως υποκατάστατον της καταργηθείσης αναιτιολογήτου ανακοπής ερημοδικίας, δεν είναι επιτρεπτή η διά δηλώσεως των δικαστικών πληρεξουσίων παράστασις των διαδικών, αφού τοιαύτη παράστασις δύναται να χωρήση μόνον εις τας περιπτώσεις εκείνας, κατά τας οποίας ο νόμος δεν επιβάλλει την προφορικότητα της διαδικασίας ως υποχρεωτικήν. Και ήτο ορθή η νομολογία αύτη, στηριζομένη το μεν εις το άρθρον 242 παρ. 2 ΚΠολΔ, το οποίον απέκλειε την περί ου ο λόγος δήλωσιν επί δικών, διεπομένων υποχρεωτικώς από την αρχήν της προφορικής διεξαγωγής των, το δε εις τα άρθρα 115, 270, 524 και 528 ΚΠολΔ, εκ των οποίων τα δύο πρώτα καθιέρουν ως υποχρεωτικήν την προφορικήν συζήτησιν ενώπιον των πρωτοβαθμίων πολιτικών δικαστηρίων, ενώ τα δύο τελευταία επέβαλλον ως υποχρεωτικήν την προφορικήν συζήτησιν εφέσεων, στρεφομένων κατ' αποφάσεων ερήμην εκδομένων εις τον πρώτον δικαιοδοτικόν βαθμόν¹. Η ίδια όμως νομολογιακή κατεύθυνσις ακολουθείται και υπό την ισχύν του ν. 4335/2015, καίτοι ούτος κατήργησεν εις την τακτικήν διαδικασίαν το σύστημα της προφορικής συζητήσεως και εισήγαγε την αρχήν της εγγράφου διεξαγωγής της δίκης. Ούτω, και υπό το νέον δικονομικόν καθεστώς ο Άρειος Πάγος εξακολουθεί να δέχεται ότι: «...Όπως προκύπτει από το συνδυασμό των διατάξεων των άρθρων 524 παρ. 1 και 2 και 528 ΚΠολΔ, όπως αυτά ισχύουν μετά την αντικατάστασή του με τον αριθ. 1 άρθρ. τρίτο ν. 4335/2015 και 44 παρ. 2 ν. 3994/2011 αντίστοιχα, η προφορική συζήτηση ενώπιον των δευτεροβάθμιων δικαστηρίων είναι υποχρεωτική μόνο στην περίπτωση κατά την οποία η έφεση κατά της πρωτόδικης απόφασης ασκήθηκε από το διάδικο που δικάστηκε στον πρώτο βαθμό ερήμην, οπότε, με την τυπική παραδοχή της έφεσης, η οποία λειτουργεί ως υποκατάστατο της καταργηθείσας αναιτιολόγητης ανακοπής ερημοδικίας εξαφανίζεται η πρωτόδικη απόφαση μέσα στα όρια

1 Παγία νομολογία, διά την οποίαν βλ. ενδεικτ. ΑΠ 1858/2014· ΑΠ 2150/2014· ΑΠ 93/2013· ΑΠ 280/2012· ΑΠ 251/2009· ΕφΠειρ 27/2016 Νόμος· ΕφΑθ 3137/2009 ΕλλΔνη 50 (2009), 1520· ΕφΑθ 3287/2008 ΕλλΔνη 49 (2008), 1514· ΕφΑθ 726/2006 ΕλλΔνη 48 (2007), 632.

που καθορίζονται από την έφεση και τους πρόσθετους λόγους, χωρίς να απαιτείται να ευδοκιμήσει προηγουμένως κάποιος λόγος της έφεσης και αναδικάζεται η υπόθεση από το Εφετείο, η συζήτηση ενώπιον του οποίου γίνεται πλέον προφορικά. Κατά συνέπεια, στην περίπτωση αυτή, που είναι υποχρεωτική η προφορική συζήτηση ενώπιον του Εφετείου, δεν έχει εφαρμογή η διάταξη του άρθρου 242 παρ. 2 ΚΠολΔ και έτσι δεν είναι επιτρεπτή η παράσταση κατά τη συζήτηση με κοινή δήλωση των διαδίκων, που υπογράφεται από τους πληρεξούσιους δικηγόρους τους ή με δήλωση του ενός ή ορισμένων μόνο πληρεξουσίων ότι δεν θα παραστούν κατά την εκφώνηση...»².

Ποία όμως η συνέπεια της –καθ’ υπόθεσιν– μη προσήκουσας διά δηλώσεως παραστάσεως του δικαστικού πληρεξουσίου κατά την εκδίκασιν της εφέσεως του ερήμην δικασθέντος διαδίκου; Η νομολογία είναι και εις το σημείον τούτο ιδιαιτέρως αυστηρά: Η υποβολή τοιαύτης δηλώσεως «... συνιστά μη προσήκουσα παράσταση του εκκαλούντος έστω και αν έχει καταθέσει προτάσεις, συνεπαγόμενη την ερημοδικία του, με αποτέλεσμα οι προτάσεις του και οι σ’ αυτές περιεχόμενοι αυτοτελείς ισχυρισμοί, καθώς και τα επικαλούμενα και προσκομιζόμενα αποδεικτικά μέσα, να μην λαμβάνονται υπόψη...»³. Η έφεσις απορρίπτεται συνεπώς κατ’ ουσίαν (ΚΠολΔ 524 παρ. 3), ενώ, επί μη προσήκουσας παραστάσεως του εφεσιβλήτου, η έφεσις συζητείται ερήμην αυτού κατά το άρθρον 524 παρ. 4 ΚΠολΔ.

2. Και αληθές μεν είναι ότι η ως άνω ερμηνεία έχει υπέρ αυτής το γραμματικόν επιχείρημα, δοθέντος ότι το άρθρον 242 παρ. 2 ΚΠολΔ απαγορεύει την διά δηλώσεως παράστασιν των διαδίκων επί δικών, διεξαγομένων κατά το σύστημα της προφορικής διαδικασίας, το δε άρθρον 524 παρ. 2 εδ. α’ ΚΠολΔ εξαιρεί του κύκλου των εγγράφως συζητουμένων εφέσεων εκείνας, αι οποίαι, καθ’ υποκατάστασιν της καταργηθείσης αναιτιολογήτου ανακοπής, πλήττουν ερήμην αποφάσεις του πρώτου βαθμού δικαιοδοσίας: «Στις περιπτώσεις που η προφορική συζήτηση δεν είναι υποχρεωτική», λέγει το άρθρον 242 παρ. 2 εδ. α’, β’ ΚΠολΔ, «οι διάδικοι μπορούν να συμφωνήσουν με κοινή δήλωση, που υπογράφεται από τους πληρεξούσιους δικηγόρους, ότι δεν θα παραστούν κατά την εκφώνηση..., τέτοια (δε) δήλωση μπορεί να γίνει και από έναν ή ορισμένους μόνον πληρεξουσίου», ενώ εξ άλλου το άρθρον 524 παρ. 2 εδ. α’ ΚΠολΔ ορίζει ότι «η προφορική συζήτηση είναι υποχρεωτική μόνον στην περίπτωση του άρθρου 528», συμφώνως προς το οποίον, ασκηθείσης εφέσεως κατ’ αποφάσεως, ερήμην του εκκαλούντος εκδοθείσης, αυτή «εξαφανίζεται μέσα στα όρια που καθορίζονται από την έφεση και τους πρόσθετους λόγους

2 ΑΠ 635/2020· ΑΠ 1478/2019· ΑΠ 476/2017. Ούτω επίσης και ΕφΠειρ 194/2020 Νόμος· ΕφΘεσ 953/2020 Νόμος· ΕφΔωδεκ 28/2020 Νόμος· ΕφΔυτΜακεδ 17/2020 Νόμος· ΕφΠατρ 127/2018 ΝοΒ 66 (2018), 1649· ΕφΔωδεκ 288/2017 Νόμος.

3 ΕφΠειρ 194/2020 Νόμος.

... (και) ο εκκαλών δικαιούται να προβάλλει όλους τους ισχυρισμούς που μπορούσε να προτείνει πρωτοδίκως».

3. Εν τούτοις, το γραμματικόν επιχείρημα, στερούμενον, ως γνωστόν, αυτοτελούς ερμηνευτικής αξίας, ουδέν έτερον αποτελεί ειμή ενδεδειγμένην πρώτην αφορμήν συστηματικής, ιστορικής και τελολογικής αναζητήσεως. Υπό το πρίσμα τούτο θεωρουμένη, η προδιαληφθείσα, παγία επί του θέματος νομολογία αποδεικνύεται τελείως εσφαλμένη. Ειδικότερον:

- α. Τόσον η ανακοπή ερημοδικίας, ητιολογημένη ή αναιτιολόγητος, όσον και η καθ' υποκατάστασιν της τελευταίας ασκουμένη έφεσις επιτελούν λειτουργίαν το μεν «*ακυρωτικήν*», διώκουσαι την εξαφάνισιν της προσβαλλομένης ερήμην αποφάσεως, το δε «*αποκαταστατικήν*», εκβιάζουσai την αντικατάστασιν της διεξαχθείσης κατ' ερήμην διαδικασίας διά της κατ' αντιμωλίαν διεξαγωγής της δίκης. Εκ της επόψεως ταύτης θεωρούμενα, αμφότερα τα περί ων πρόκειται ένδικα μέσα διαφοροποιούνται έναντι των λοιπών, των οποίων η λειτουργία είναι μεν και αύτη ακυρωτική, όχι όμως και αποκαταστατική αλλά καθαρώς «*ελεγκτική*», κατατείνουσα δηλονότι εις την έρευναν της νομιμότητος και της ορθότητος της προσβαλλομένης αποφάσεως. Πράγματι η δίκη, την οποίαν η ανακοπή και η ως αναιτιολόγητος ανακοπή λειτουργούσα έφεσις εισάγουν, δεν συνιστά διαδικασίαν ελέγχου της νομιμότητος και της ορθότητος της ερήμην αποφάσεως, καθ' όσον αύται ουδεμίαν υποκειμενικήν πλημμέλειαν εις την προσβαλλομένην απόφασιν προσάπτουν, αλλά προσβάλλουν ταύτην επί ακυρώσει συνεπεία της επικαλουμένης αντικειμενικής ασυμφωνίας της προς την πραγματικήν νομικήν κατάστασιν. Σκοπός όθεν αμφοτέρων των ενδίκων τούτων μέσων είναι η συνέχισις της διαδικασίας με την συμμετοχήν πλέον και του ερημοδικασθέντος διαδίκου, η μετάβασις, με άλλους λόγους, από την μονομερή εις την διμερή διεξαγωγήν της δίκης και η υποκατάστασις αποφάσεως κατ' αντιμωλίαν εκδιδομένης εις την θέσιν της κατ' ερήμην εκδοθείσης αποφάσεως. Ούτω, η νομιμότης και η ορθότης της τελευταίας δεν αποτελούν αντικείμενον της διά της ανακοπής και της εφέσεως αποκαθισταμένης δίκης, διό και τα περί ου ο λόγος ένδικα μέσα δεν δύνανται ν' απορριφθούν ποτέ ως αβάσιμα κατ' ουσίαν⁴.

4 *Πρβλ. Καργάδον*, Η προσβολή της ερήμην αποφάσεως, Αθήναι 1978, σ. 73, 74· *Ματθίαν*, Ανακοπή ερημοδικίας και έφεση κατά των ερήμην αποφάσεων μετά το ν. 2207/1994, in: Μελετήματα ιδιωτικού δικαίου, Αθήνα-Κομοτηνή 1997, σ. 35 (45). Επί τοσούτον βλ. και *Bettermann*, Anfechtung und Kassation, in: ZZP 88 (1975), 365 (418 επ., 423). Σημειούται πάντως ότι υπό το δίκαιον της ΠολΔ/1834 εθεώρει ο *Ράμμος* [Παρατηρήσεις υπό την ΕφΑθ 406/1963, in: Συμβολαί εις την ερμηνείαν της Πολ. Δικονομίας IV, Αθήναι 1966, σ. 105 (107)] «...τουλάχιστον αμφίβολον εάν δύναται αντί ανακοπής κατ' ερήμην αποφάσεως

β. Συνέπεια της ως άνω ακυρωτικής και αποκαταστατικής λειτουργίας της ανακοπής και της εφέσεως είναι λοιπόν τούτο, ότι, διά της συνδρομής των λόγων της ητιολογημένης ανακοπής ή διά της νομοτύπου απλώς ασκήσεως και τυπικής παραδοχής της αναιτιολογήτου ανακοπής και της ως τοιαύτης λογιζομένης εφέσεως, η μεν ερήμην απόφασις εξαφανίζεται, η δε δίκη επανέρχεται εις το προ της ερημοδικίας διαδικαστικόν στάδιον και χρονικόν αυτής σημείον⁵. Διά τούτο και το μεν δικαστήριον αποδεσμεύεται από πάσαν ενδοδιαδικαστικήν ενέργειαν της προσβληθείσης ερήμην αποφάσεως, δυνάμενον και ν' αποστή τυχόν προγενεστέρας κρίσεως αυτού περί του παραδεκτού ή του νόμω βασίμου της αγωγής⁶, οι δε διάδικοι ανακτούν τας απολεσθείσας δικονομικάς των δυνατότητας, απαλλασσόμενοι από πάσας τας εκ της ερημοδικίας προκληθείσας δικονομικάς εκπτώσεις και πάντας τους εξ αυτής επελθόντας διαδικαστικούς αποκλεισμούς⁷. Και τούτο αδιαφόρως του αν η έννοια της ερήμην αποφάσεως νοηθή στενώς, ώστε να περιλαμβάνη μόνον την εις βάρος του απόντος διαδίκου εκδιδομένην και επί των νομίμων τεκμηρίων της ερημοδικίας στηριζομένην απόφασιν, ή ευρέως, ώστε να περικλείη και την εις βάρος του απόντος, αλλ' ωσει παρόντος

να ασκηθή έφεσις κατά της αυτής αποφάσεως...», κυρίως διότι τοιαύτη δυνατότης «...αντίκειται προδήλως εις την θεμελιώδη αρχήν του ισχύοντος δικονομικού δικαίου περί διαδοχικής ασκήσεως των ενδίκων μέσων...».

- 5 Ούτω διά την ανακοπήν η Αιτιολογική Έκθεσις επί του Σχεδίου της γερμανικής Πολ. Δικονομίας· βλ. *Hahn/Mugdan*, Die gesamten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen II/1, Berlin 1881, σ. 131: „...der Einspruch hat (dies) zur Folge, daß das Versäumnisurtheil verschwindet und der Rechtsstreit in die Lage zurückversetzt wird, in welcher er sich vor dem Erlasse desselben befand...“. Η επιλεγείσα υπό του *Wach* διατύπωσις, κατά την οποίαν «...η άσκησις της ανακοπής επιφέρει ουσιαστικώς την εξαφάνισιν της ερήμην αποφάσεως, η οποία όμως τυπικώς εξακολουθεί να ισχύη...» [Vorträge über die Reichs-Civilprozeßordnung, 2. Aufl., Bonn 1879, σ. 41, 193: Der Einspruch „...wirke materiell den Fortfall des Versäumnisurteils...“, während es „...formell als fortbestehend gelte...“], καίτοι κατεκρίθη ως «τουλάχιστον παραπλανητική» („mindestens irreführend“), αποδίδει πάντως την ουσίαν της ακυρωτικής λειτουργίας της ανακοπής. Διότι εις την διατύπωσιν του *Wach* ενυπάρχει η ορθή σκέψις, ότι η εξαφάνισις της ανακοπτομένης αποφάσεως, εφ' όσον αύτή έχει κηρυχθή προσωρινώς εκτελεστή, επέρχεται εν τέλει διά της οριστικής επί της ανακοπής αποφάσεως, ενώ, μέχρις ότου αυτό συμβεί, μόνον αναστολή της προσωρινής εκτελεστότητος δύναται να διαταχθή. Περὶ του σχετικού ζητήματος πρβλ. και *Münzberg*, Die Wirkungen des Einspruchs im Versäumnisverfahren, Bielefeld 1959, σ. 20 επ., 78 επ.
- 6 *Büscher*, in: *Wieczorek/Schütze*, Zivilprozessordnung und Nebengesetze V/2, 4. Aufl., Berlin u.a. 2017, § 342 I ap. 2: „...Mit dem Einspruch entfällt eine Bindung des Gerichts nach § 318 an das von ihm erlassene Versäumnisurteil...“.
- 7 *Büscher* [op. cit.] § 342 II 2 ap. 8: „...Sinn und Zweck des § 342, die mit der Zurückversetzung verbunden sind, (sprechen dafür), die Folgen der Säumnis für den Prozess ungeschehen werden zu lassen...“.

δικασθέντος διαδίκου οριστικήν απόφασιν⁸. Κατά πάσαν συνεπώς περίπτωση η αποκαταστατική λειτουργία των περί ων πρόκειται ενδίκων μέσων ενεργοποιείται και επαναφέρει την δίκην εις το προ της ερημοδικίας διαδικαστικόν στάδιον αυτής.

- γ. Αν όμως ως αποκαταστατική λειτουργία της ανακοπής και της κατ' ερήμην αποφάσεων στρεφόμενης εφέσεως νοηθή η επάνοδος της δίκης εις το προ της ερημοδικίας διαδικαστικόν στάδιον, τότε η επ' ανακοπή και η κατ' έφεσιν διαδικασία δεν δύνανται άλλως να νοηθούν ειμή μόνον ως επανάληψις του αποκαθισταμένου διαδικαστικού σταδίου, το οποίον, διανοιγόμενον εκ νέου, διέπεται υπό των αυτών, ως και πρότερον, δικονομικών κανόνων και αρχών. Και αν μεν το διαδικαστικόν τούτο στάδιον υπέκειτο εις την αρχήν της προφορικότητας, προφορική κατ' ανάγκην θα είναι και η συζήτησις εις την επ' ανακοπή ή την κατ' έφεσιν διαδικασία, προφορικώς ή και προφορικώς θα διενεργούνται αι προβλεπόμεναι διά την συζήτησιν ταύτην διαδικαστικάί πράξεις. Αν όμως το αποκαθιστάμενον διαδικαστικόν στάδιον διείπετο από τους κανόνας της εγγράφου διεξαγωγής της δίκης, έγγραφος οπωσδήποτε θα είναι και η ακολουθητέα εις την επ' ανακοπή ή την κατ' έφεσιν δίκην διαδικασία, εγγράφως δηλαδή θ' ασκούνται αι διαδικαστικάί πράξεις εις το πλαίσιον και των δικών αυτών. Ας συγκρατήσωμε λοιπόν τούτο ως κρίσιμον διά την συνέχειαν δεδομένον, ότι συνέπεια της ανακοπής του πρωτοδίκως ή κατ' έφεσιν ερήμην δικασθέντος διαδίκου είναι η εις τον αυτόν βαθμόν και διά της συμμετοχής αμφοτέρων των διαδίκων αναβίωσις του προφορικού ή εγγράφου διαδικαστικού σταδίου⁹, συνέπεια δε της εφέσεως του πρωτοδίκως ερήμην δικασθέντος είναι η επανάληψις, κατ' αντιμωλίαν όμως, της εις τον πρώτον βαθμόν γενομένης ερήμην αυτού προφορικής ή δι' εγγράφων συζητήσεως¹⁰.
- δ. Υπό το προΐσχύσαν του ν. 4335/2015 δίκαιον η προφορική συζήτησις δι' όλας τας πρωτοδίκως διεξαγόμενας διαδικασίας καθιερούτο εις τον νόμον ως υποχρεωτική (ΚΠολΔ 115 παρ. 2 και 270). Απολειπομένου όθεν ή μη προσηκόντως παρισταμένου του ενάγοντος ή του εναγομένου κατά την επ' ακροατηρίου προφορικήν συζήτησιν, ούτος εδικάζετο ερή-

8 Περί της εννοίας και του κριτηρίου της ερήμην αποφάσεως πρβλ. διά μεν το ελληνικόν δίκαιον *Καργάδον* [op. cit.] σ. 17 επ., διά δε το γερμανικόν *Münzberg, Zum Begriff des Versäumnisurteils*, in: *JuS* 1963, 219 επ.

9 ΑΠ 495/2017· ΕφΠατρ 32/2020 Νόμος. Πρβλ. και *Hornick, Der Fall der Versäumung, Sinzheim* 1995, σ. 26 επ.

10 Ούτω ορθώς ΕφΠατρ 179/2007 ΑχΝομ 24 (2008), 339, δεχθείσα ότι το δευτεροβάθμιον δικαστήριον «...εξετάζει την υπόθεσιν με τον ίδιο τρόπο που και το πρωτοβάθμιο δικαστήριο θα την εξέταξε, αν δικάζε αντιμωλία των διαδίκων...».

μην, εφαρμοζομένου εις μεν την τακτικήν διαδικασίαν του κανόνος της τεκμαρτής παραιτήσεως από της αγωγής ή της τεκμαρτής ομολογίας της ιστορικής βάσεως αυτής εκ μέρους του ενάγοντος ή, αντιστοίχως, του εναγομένου (ΚΠολΔ 272, 271), εις δε τας ειδικάς διαδικασίας του κανόνος της πλασματικής παρουσίας του ερημοδικούντος διαδίκου εις την προφορικήν συζήτησιν της αγωγής (ΚΠολΔ 649 παρ. 2, 672, 681, 681^Α, 681^Γ παρ. 4). Τούτων ούτως εχόντων η μεν ανακοπή ερημοδικίας είχε τούτο το αποτέλεσμα, ότι επέφερε την εκ νέου διάνοξιν της προφορικής συζητήσεως και την κατ' αντιμωλίαν διεξαγωγήν της δίκης, εφ' όσον ο ανακόπτων ηδύνατο να αιτιολογήσῃ την απουσίαν του. Η δ' έφεσις κατ' ερήμην αποφάσεως επήγετο την άνευ ετέρου νέαν συζήτησιν της υποθέσεως, η οποία εθεωρείτο ως η πρώτη γενικώς επ' ακροατηρίου συζήτησις αυτής, ως η πρώτη τουτέστιν προφορική συζήτησις της αγωγής ενώπιον του εκδόσαντος την ερήμην απόφασιν πρωτοβαθμίου δικαστηρίου. Διό και ο πρωτοδίκως ερήμην δικασθείς, εκκαλών, εδικαιούτο όπως προτείνῃ πάντας τους πραγματικούς ισχυρισμούς, τους οποίους ηδύνατο και εις τον πρώτον βαθμόν να προτείνῃ, χωρίς να υπόκειται εις τους υπό του άρθρου 527 παρ. 1 ΚΠολΔ διαγραφόμενους διαδικαστικούς περιορισμούς. Με τους όρους αυτούς τόσο η ανακοπή όσον και η έφεσις επετέλουν εις το ακέραιον την αποκαταστατικήν αυτών λειτουργίαν, επαναφέρουσαι την δίκην, με την εκ νέου διάνοξιν της προφορικής συζητήσεως, εις το προ της ερημοδικίας διαδικαστικόν στάδιον αυτής.

- ε. Αλλ' ενώ η τοιαύτη ρύθμισις της ερημοδικίας δεν μετεβλήθη ουσιωδώς εις ό,τι αφορά τας ειδικάς διαδικασίας (ΚΠολΔ 591 παρ. 2, 7), διάφορον μορφήν προσέλαβεν εν τούτοις αύτη εις το πεδίο της τακτικής διαδικασίας, από του οποίου η αρχή της προφορικότητας εξωβελίσθη χάριν του συστήματος της εγγράφου διεξαγωγής της δίκης¹¹. Εθεώρησεν ειδικώτερον ο νεώτερος νομοθέτης ότι η διαλεκτική λειτουργία της προφορικής συζητήσεως δεν είναι τόσο σημαντική και συνεπώς ότι δύναται η προφορική συζήτησις ν' αντικατασταθῇ, άνευ βλάβης της λειτουργίας και της αποστολής της, υπό μίας εγγράφου διαδικασίας, συνισταμένης εις την δι' εγγράφων ακρόασιν των διαδίκων και αρκουμένης εις την εξ εγγράφων συναγωγήν και διατύπωσιν του τελικού δικανικού πορίσματος. Ούτω, υπό το νέον άρθρον 237 παρ. 1 ΚΠολΔ, ως τούτο αντικατεστάθη με το άρθρον 1 άρθρ. 2 παρ. 2 του ν. 4335/2015, η

11 Πρβλ. εγγύτ. Καλαβρόν, Πολιτική δικονομία, έκδ. 4^η, Αθήνα-Θεσσαλονίκη 2016, § 35 II 1γ ββ αρ. 42 επ. σ. 356 επ.· Μακρίδου/Απαλαγάκη/Διαμαντόπουλον, Πολιτική δικονομία, έκδ. 2^η, Αθήνα-Θεσσαλονίκη 2018, Κεφ. Α' I Α 4α σ. 9 επ.· Νίκαν, Εγχειρίδιο πολιτικής δικονομίας, έκδ. 3^η, § 66 I αρ. 2 επ. σ. 376 επ.

νομότυπος συμμετοχή εις την νέαν τακτικήν διαδικασίαν δεν κρίνεται πλέον εκ της προσηκούσης παραστάσεως των διαδίκων εις το ακροατήριον, αλλ' εκ της εμπροθέσμου καταθέσεως των εγγράφων προτάσεων αυτών εις την γραμματείαν του αρμοδίου δικαστηρίου¹². Καθιερούται συνεπώς το δικονομικόν βάρος του διαδίκου, όπως μετάσχη της δίκης, καθ' ον τρόπον προβλέπεται η διεξαγωγή της, δηλαδή διά των εγγράφων προτάσεων (ΚΠολΔ 115 παρ. 2). Διό και υπό το ήδη ισχύον δικονομικόν καθεστώς ως κατ' ερήμην δικαζόμενος, υπέχων τας εκ των άρθρων 271 και 272 ΚΠολΔ νομίμους συνεπείας, θεωρείται ο διάδικος, ο οποίος δεν κατέθεσε τας εγγράφους προτάσεις του εντός της οριζόμενης υπό του άρθρου 237 παρ. 1 ΚΠολΔ δικονομικής προθεσμίας¹³, ενώ ο μη παριστάμενος τόσο κατά την τυπικήν συζήτησιν του άρθρου 237 παρ. 4 εδ. ζ' ΚΠολΔ¹⁴ όσον και κατά την επαναλαμβανομένην συζήτησιν των άρθρων 237 παρ. 6 και 254 ΚΠολΔ δικάζεται κατ' αντιμωλίαν¹⁵. Τούτων ούτως εχόντων η μεν ανακοπή του ερημοδικασθέντος διαδίκου έχει τούτο ως αποτέλεσμα, ότι, αποκαθιστώσα την διαδικασίαν εις το προ της ερημοδικίας στάδιον αυτής, εις το οποίον κυριαρχεί η αρχή της εγγράφου ακροάσεως των διαδίκων, εγγράφως ούτοι ακροώνται και από το παρόν δικαστήριον, αφού το αποκαθιστάμενον διαδικαστικόν στάδιον δεν είναι, ως ελέχθη, στάδιον προφορικής συζητήσεως αλλά στάδιον εγγράφου διεξαγωγής της δίκης¹⁶. Δεδομένης όμως της παραπληρωματικής έναντι της ανακοπής λειτουργίας της εφέσεως¹⁷, δεν δύναται παρά να γίνη και τούτο δεκτόν, ότι ως η ανακοπή ούτω και η έφεσις προσβάλλει επί ακυρώσει την ερήμην εκδοθείσαν δικαστικήν απόφασιν, η οποία, μετά την επαρκή αιτιολόγησιν της ανακοπής ή την τυπικήν παραδοχήν της εφέσεως, εξαφανίζεται διά να επακολουθήση η έγγραφος κατ' αντιμωλίαν διεξαγωγή της δίκης ενώπιον του εκδόντος

12 Καλαβρός [op. cit.] § 36 III 5α αρ. 184 σ. 536· Μακρίδου/Απαλαγάκη/Διαμαντόπουλος [op. cit.] Κεφ. Α' I Α 8 σ. 23· Νίκας [op. cit.] § 72 I αρ. 1 σ. 413.

13 Καλαβρός [op. cit.] § 36 III 5α αρ. 186 σ. 537· Μακρίδου/Απαλαγάκη/Διαμαντόπουλος [op. cit.] Κεφ. Α' III Α σ. 70· Νίκας [op. cit.] § 72 II αρ. 6 σ. 415.

14 Καλαβρός [op. cit.] § 36 III 5α αρ. 185 σ. 537· Μακρίδου, Τακτική διαδικασία στα πρωτοβάθμια δικαστήρια, Αθήνα-Θεσσαλονίκη 2019, άρθρ. 237 αρ. 18 σ. 128· Μακρίδου/Απαλαγάκη/Διαμαντόπουλος [op. cit.] Κεφ. Α' I Α 5α σ. 17.

15 Καλαβρός [op. cit.] § 36 III 5α αρ. 185 σ. 537· Μακρίδου [op. cit.] άρθρ. 237 αρ. 18 σ. 128· Μακρίδου/Απαλαγάκη/Διαμαντόπουλος [op. cit.] Κεφ. Α' I Α 5β σ. 19.

16 Ορθώς Μακρίδου/Απαλαγάκη/Διαμαντόπουλος [op. cit.] Κεφ. Α' III Α σ. 70, δεχόμενοι ότι η εκδίκασις της ανακοπής «...θα γίνη με βάση όσα ορίζει το άρθρο 237, δηλαδή με κατάθεση προτάσεων και προσθήκης-αντίκρουσης εντός των εκεί οριζόμενων δικονομικών προθεσμιών...».

17 Πρβλ. Ποδηματά, Η ερημοδικία στην τακτική διαδικασία, in: Μελέτες Ιστορίας, Μεθοδολογίας και Δογματικής του δικονομικού δικαίου, Αθήνα-Θεσσαλονίκη 2019, σ. 403 (416, 435 επ.).

την ερήμην απόφασιν ή του δευτεροβαθμίου αντιστοίχως δικαστηρίου. Κατά συνέπειαν, έφεσις κατ' ερήμην αποφάσεως επάγεται νέαν ενώπιον του εφετείου συζήτησιν της υποθέσεως, η οποία, θεωρουμένη ως η πρώτη επ' ακροατηρίου συζήτησις ενώπιον του επιλαμβανομένου της αγωγής ειρηνοδικείου ή πρωτοδικείου¹⁸, δεν υπακούει εις την αρχήν της προφορικότητος αλλά εις το σύστημα της εγγράφως διεξαγωγμένης δίκης. Διό και η εκδίκασις της εφέσεως θα πρέπει ν' ακολουθήσῃ την υπό του άρθρου 237 ΚΠολΔ διαγραφομένην διαδικασίαν, ήτοι να διεξαχθῇ με την κατάθεσιν εγγράφων προτάσεων των διαδίκων και άνευ των περιορισμών του άρθρου 527 παρ. 1 ΚΠολΔ διά τον εκκαλούντα¹⁹.

στ. Η επάνοδος της δίκης εις το προ της ερημοδικίας έγγραφον διαδικαστικόν στάδιον αυτής συνιστά λοιπόν συνέπειαν της εγγενούς αποκαταστατικής λειτουργίας της κατά το άρθρον 528 ΚΠολΔ ασκουμένης εφέσεως. Και η λειτουργία αύτη δεν δύναται ν' αμφισβητήται με το τυποκρατικόν και ουδέν λέγον επιχείρημα, ότι το άρθρον 524 παρ. 2 εδ. α' ΚΠολΔ προβλέπει ως υποχρεωτικήν την προφορικήν συζήτησιν επί της εφέσεως ταύτης. Διότι η περί ης πρόκειται διάταξις, προσκρούουσα εις την τελολογίαν των ασκουμένων κατ' ερήμην αποφάσεων εφέσεων, αποτελεί κατάλοιπον της ισχυούσης προ του ν. 4335/2015 αρχής της προφορικότητος και αντινομεί προς το νυν ισχύον σύστημα της εγγράφου διεξαγωγής της δίκης. Η ιστορική, συστηματική και τελολογική ερμηνεία του άρθρου 524 παρ. 2 εδ. α' ΚΠολΔ επιβάλλει κατά συνέπειαν την τελολογικήν συστολήν του γράμματος ή μάλλον την ολικήν κατάργησιν τούτου, εις τρόπον ώστε η περίπτωσις του άρθρου 528 ΚΠολΔ να μη εξαιρήται του κύκλου των εγγράφως συζητουμένων εφέσεων. Ούτω μόνον θα επιτευχθῇ η αναγκαία προσαρμογή της διατάξεως του άρθρου 524 παρ. 2 εδ. α' ΚΠολΔ προς το καθιερούμενον διά του άρθρου 237 παρ. 1 ΚΠολΔ σύστημα της δι' εγγράφων διεξαγωγής της δίκης εις το πεδίον της τακτικής διαδικασίας²⁰.

18 Βλ. και ΑΠ 546/2014· ΑΠ 1015/2005.

19 Άλλως όμως Μακρίδου/Απαλαγάκη/Διαμαντόπουλος [op. cit.] Κεφ. Α' ΙΙΙ 2 σ. 82, δεχόμενοι ότι «...υπό το ν. 4335/2015, ανεξαρτήτως της διαδικασίας που ακολουθήθηκε στο πρωτοβάθμιο δικαστήριο, το δευτεροβάθμιο δικαστήριο ... θα συζητήσει την υπόθεση κατά το πρότυπο των ειδικών διαδικασιών...».

20 Βλ. συναφώς και Νίκαν [op. cit.] § 114 Ι 3 αρ. 11 σ. 709 επ., ευλόγως δεχόμενον ότι, επειδή «...στο πλαίσιο της τακτικής διαδικασίας η (προβλεπόμενη στο άρθρο 524 ΙΙ 1) προφορική συζήτηση ακολουθεί άλλους κανόνες, διαφορετικούς από εκείνους που προβλέπονται (237) για την πρωτοβάθμια δίκη, ενδέχεται αυτό να ευνοήσει στρατηγικές και μεθοδεύσεις...». Επί της αυτής γραμμής και Αλικάκος, Ειδικά ζητήματα της έφεσης [διαθέσιμον εις τον ιστότοπον της Ε.Σ.ΔΙ]: «...Το παράδοξο, όμως, είναι ότι η προφορικότητα της διαδικασίας στην περίπτωση της κατ' έφεση δίκης μετά από ερήμην πρωτόδικη απόφαση διατηρείται και στην

4. Τούτων λεχθέντων η απάντησις επί του πρώτου ερωτήματος δεν προκαλεί δυσχερείας: Εφ' όσον διά της παραδεκτής και εμπροθέσμου ασκήσεως της ως ανατιολογήτου ανακοπής λογιζομένης εφέσεως η δίκη επανέρχεται εις το προ της ερημοδικίας διαδικαστικόν στάδιον αυτής, ισχύουν και διά την έκκλητον δίκην αι αυταί διαδικαστικά διατάξεις και δικονομικά αρχαί, αι οποίαι εφαρμόζονται εις τον πρώτον δικαιοδοτικόν βαθμόν διά το επαναλαμβανόμενον ενώπιον του εφετείου διαδικαστικόν στάδιον της πρωτοβαθμίου δίκης. Ισχύει επομένως και εις το πλαίσιον της κατ' έφεσιν διαδικασίας -κατά πλήρη μάλιστα περιορισμόν της αρχής της προφορικότητας- το διά του άρθρου 237 παρ. 1 ΚΠολΔ καθιερωθέν σύστημα της δι' εγγράφων διεξαγωγής της δίκης. Διά τούτο και η ενώπιον του εφετείου παράστασις αμφοτέρων των διαδίκων με δήλωσιν είναι καθ' όλα νόμιμος και επιτρεπτή. Θεωρήσαν όθεν το Μονομελές Πρωτοδικεϊόν Πειραιώς την διά δηλώσεως παράστασιν της «ΔΕΔΗΕ Α.Ε.» ως μη προσήκουσαν και μη κανονικήν, προσέβαλε το δικαίωμα ακροάσεως της τελευταίας.

Γ.

1. Η προσβολή του προς ακρόασιν δικαίωματος υποδεικνύει όμως και την λύσιν του προβλήματος, διά ποίων μέσων και υπό ποίας ακριβώς προϋποθέσεις δύναται να προστατευθή ο διάδικος, του οποίου το δευτεροβάθμιον δικαστήριον εσφαλμένως εξέλαβε την παρουσίαν ως απουσίαν και εξέδωσεν εις βάρους του απόφασιν κατ' ερήμην. Ειδικώτερον:
2. Κατ' εξοχήν αρμόδιον διά την ακύρωσιν ερήμην αποφάσεων του δευτέρου βαθμού δικαιοδοσίας είναι βεβαίως το ένδικον μέσον της ανακοπής ερημοδικίας. Ασκουμένη υπό τας προϋποθέσεις του άρθρου 501 ΚΠολΔ, η τοιαύτη ανακοπή σκοπεί να κατοχυρώση και εξασφαλίση την αρχήν της εκατέρωθεν ακροάσεως, καθ' όσον, παρεχομένη μόνον επί ακύρου ή ανυπαίτιου ερημοδικίας, παρέχεται εις εκείνας ακριβώς τας περιπτώσεις, κατά τας οποίας παρεβιάσθη το προς ακρόασιν δικαίωμα του ερημοδικασθέντος διαδίκου²¹. Δεδομένου δ' ότι το δικαίωμα τούτο δύναται να χορηγηται τό-

περίπτωση της νέας τακτικής διαδικασίας, όπου η διαδικασία στο πρωτοβάθμιο δικαστήριο είναι έγγραφη. Θα μπορούσε δηλαδή κάποιος διάδικος, αν ήθελε υποχρεωτικά να εξετάσει μάρτυρα στο ακροατήριο, να ερημοδικαστεί στον πρώτο βαθμό με σκοπό να ασκήσει έφεση και να έχει την ευκαιρία της προφορικής διαδικασίας, όπως υπήρχε κατά το παλαιό καθεστώς πριν την εισαγωγή της νέας τακτικής διαδικασίας...».

- 21 Πρβλ. εγγύτ. Καργάδον [ορ. cit.] σ. 40 επ., ορθώς επισημαίνοντα ότι, κατ' αντίθεσιν προς την ητιολογημένην, η ανατιολόγητος ανακοπή ερημοδικίας, ήτοι η άνευ προϋποθέσεων ασκουμένη ανακοπή, δεν παρέχεται επειδή ο ανακόπτων δεν είχαν ευκαιρίαν ακροάσεως, αλλ' αντιθέτως, καίτοι παρεσχέθη εις τον ανακόπτοντα ευκαιρία ακροάσεως. Βλ. επίσης

σον εις το πλαίσιον της προφορικώς όσον και της εγγράφως χωρούσης συζητήσεως²², η ανακοπή ερημοδικίας αποκαθιστά –διά της ομωνύμου αποκαταστατικής λειτουργίας της– την δυνατότητα τόσον της προφορικής όσον και της εγγράφου ακροάσεως του απολειπομένου διαδικού²³. Εξ άλλου, το να τονισθή ιδιαιτέρως ότι η αποκατάστασις της προφορικής ή εγγράφου ακροάσεως επιβάλλεται κατ' επιταγήν της υπό του Συντάγματος και της Ευρωπαϊκής Συμβάσεως των Δικαιωμάτων του Ανθρώπου προστατευομένης αρχής της εκατέρωθεν ακροάσεως (Σ 20 παρ. 1, ΕυρΣΔΑ 6 παρ. 1), όταν ή επειδή εχώρησεν άκυρος ή ανυπαίτιος ερημοδικία²⁴, θ' απετέλει άσκοπον περιττολογίαν²⁵.

3. Λόγον ανακοπής συνιστά κατά το άρθρον 501 ΚΠολΔ και η εξ ανωτέρας βίας προκληθείσα ερημοδικία του διαδικού. Εννοιολογικόν γνώρισμα αυτής (ενν. της ανωτέρας βίας), τόσον υπό την «αντικειμενικήν ή απόλυτον» όσον και υπό την κρατούσαν «υποκειμενικήν ή σχετικήν» εκδοχήν της²⁶, αποτελεί το στοιχείον του απροβλέπτου και αναποτρέπτου γεγονότος, το οποίον, αφ' ης στιγμής συνέβη, κατέστησεν αδύνατον την εμφάνισιν ή

Ράμμον, Η παράβασις της αρχής της εκατέρωθεν ακροάσεως επί ερημοδικίας ως λόγος αναίρεσεως κατά τον ΚΠολΔ, in: Δ 1 (1970), 132 επ.· τον αυτόν, Τα πορίσματα του εν Αμβούργω Συνεδρίου των γερμανών δικονομολόγων το 1964, in: ΝοΒ 13 (1965), 9 (11, 12).

- 22 Πρβλ. Zeuner, Der Anspruch auf rechtliches Gehör, in: Festschrift für Hans Carl Nipperdey II, München 1965, σ. 1013 (1032): «...hinsichtlich der Art und Weise, in der diesem Gebot (scil. rechtlichem Gehör) genügt wird, ist weder Mündlichkeit noch Unmittelbarkeit als unbedingtes Erfordernis aufgestellt...».

- 23 Stieper, Das unechte Versäumnisurteil im schriftlichen Vorverfahren, in: JR 2005, 397 επ.· Walsmann, Schriftlichkeit und Mündlichkeit, in: ZZP 61 (1939), 381 επ. Πρβλ. και Kar-gados, Die Probleme des Versäumnisverfahrens, Berlin 1970, σ. 212 επ.

- 24 Πρβλ. ενδεικτ. Γέσιου-Φαλτσή, Το παραδεκτό της ανακοπής ερημοδικίας για λόγους ανωτέρας βίας κατά τον ΚΦορΔ, in: Αφιέρωμα εις Γ. Οικονομόπουλον, Αθήναι-Κομοτηνή 1981, σ. 1 (4 επ., 9 επ.)· Μητσόπουλον, Η επίδρασις του Συντάγματος επί της Πολιτικής Δικονομίας, in: Μελέται γενικής θεωρίας δικαίου και αστικού δικονομικού δικαίου Ι, Αθήνα-Κομοτηνή 1983, σ. 213 (219 επ.).

- 25 Πρβλ. Καργάδον [op. cit.] σ. 45, ορθώς δεχόμενον ότι «...διά της παροχής της ούτω καλουμένης ητιολογημένης ανακοπής ... ο νόμος δεν προσθέτει τίποτε εις την υφισταμένην εν αναφορά προς τας συνταγματικές επιταγάς νομικήν κατάστασιν...». Βλ. σχετ. και Ποδηματά [op. cit.] σ. 411 επ.

- 26 Πρβλ. αντί πολλών Δεληκωστόπουλον/Σινανιώτην, Ερμηνεία [κατ' άρθρον] Κώδικος Πολιτικής Δικονομίας Β', Αθήναι 1969, άρθρ. 154 II 1 σ. 9. Σημειούται επίσης ότι η έννοια της ανωτέρας βίας, η οποία απαντά και εις το πλαίσιον της περί επαναφοράς των πραγμάτων εις την προτέραν κατάστασιν δικονομικής ρυθμίσεως (ΚΠολΔ 152 επ.), δεν διαφοροποιείται εις τον χώρον του δικονομικού δικαίου, όπου κατανοείται με το αυτό βάθος ως και εις το πεδίον του ουσιαστικού, δημοσίου ή ιδιωτικού, δικαίου· βλ. συναφώς και Μπαλήν, Γενικάί Αρχαί του αστικού δικαίου, έκδ. 8^η, Αθήναι 1961, σ. 467 επ.

την προσήκουσαν συμμετοχήν του διαδίκου εις την δίκην²⁷. Κατά παγίαν δ' αντίληψιν, το στοιχείον τούτο απαντά και χαρακτηρίζει γεγονότα, συνδεδεμένα όχι μόνον με τον ερημοδικαζόμενον διάδικον ή τον αντίδικόν του, αλλά και με το δικαστήριον ή την γραμματείαν του δικαστηρίου²⁸. Γίνεται ούτω δεκτόν ότι «...ανωτέραν βίαν ενδέχεται ν' αποτελούν και λάθη του δικαστηρίου, ιδίως δε παραλείψεις του δικαστού ή του γραμματέως...»²⁹, αλλά και γενικώτερον ότι λόγον ανωτέρας βίας συνιστά και «...η μη διενέργεια υπό δημοσίας αρχής πράξεως, εξ ης ήρτηται διαδικαστική ενέργεια του διαδίκου, (το αυτό δε και) αν πρόκειται περί εσφαλμένης ενεργείας ή παραλείψεως των υπαλλήλων της γραμματείας του δικαστηρίου...»³⁰.

α. Ότι το δικαστήριον έσφαλε, δεχόμενον ότι η έφεσις αποκαθιστά εις το πλαίσιον της τακτικής διαδικασίας την προφορικήν συζήτησιν, η διεξαγωγή της οποίας δεν κατέστη πρωτοδίκως δυνατή λόγω της ερημοδικίας ενός εκ των διαδίκων, ανελύθη επαρκώς ανωτέρω. Τοιαύτη αποκατάστασις προϋποθέτει αναγκαιώς ότι η συζήτησις προβλέπεται και εις τον πρώτον βαθμόν ως προφορική, πράγμα το οποίον δεν συμβαίνει υπό την ισχύν του άρθρου 237 παρ. 1 ΚΠολΔ, ως τούτο αντικατεστάθη διά του άρθρου 1 άρθρ. 2 παρ. 2 ν. 4335/2015. Ορθόν κατά συνέπειαν είναι ότι η κατ' άρθρον 528 ΚΠολΔ ασκουμένη έφεσις, επαναφέρουσα την δίκην εις την προ της ερημοδικίας κατάστασιν, διανοίγει εκ νέου το έγγραφον διαδικαστικόν στάδιον αυτής, κατά το οποίον η διά δηλώσεως παράστασις των διαδίκων είναι απολύτως έγκυρος και δυνατή. Με το να μη δεχθή το δικαστήριον (Μονομελές Πρωτοδικείον Πειραιώς) την δήλωσιν παραστάσεως και να χωρήση εις την ερήμην της εφεσιβλήτου εκδίκασιν της εφέσεως, προσέβαλε το προς ακρόασιν δικαίωμα ταύτης. Η εκ λόγων ανωτέρας βίας ασκηθείσα ανακοπή ερημοδικίας είναι επομένως βάσιμος.

27 Πρβλ. Διαμαντόπουλον, Η ανώτερη βία ως λόγος ανακοπής ερημοδικίας, Αθήνα-Κομοτηνή 1997, σ. 43 επ.· Χατζήϊωάννου, Επίκαιρα ζητήματα της ανακοπής ερημοδικίας, in: ΝοΒ 61 (2013), 1425 (1436 επ.).

28 Διαμαντόπουλος [op. cit.] σ. 138 επ.· Χατζήϊωάννου [op. cit.] σ. 1442.

29 Μπέης, Πολιτική δικονομία Ι/β', Αθήναι 1973, άρθρ. 152 ΙΙΙ 16 σ. 790· ΕφΑθ 2761/2003 ΕλλΔνη 44 (2003), 1384. Διά την περίπτωσιν της ανωτέρας βίας, ως λόγου επαναφοράς των πραγμάτων εις την προτέραν κατάστασιν, βλ. και ΣχΠολΔ ΙΙ, Αθήναι 1953, σ. 71: Αναγκαίον είναι «...να παρασχεθή βοήθεια καθ' ωρισμένων ανωμαλιών εν τη διαδικασία, ... (καθ' όσον) υπάρχουνσι ... περιπτώσεις σφαλερών πράξεων ή παραλείψεων των διαδίκων ή των πληρεξουσίων αυτών, έτι δε και λαθών αυτού του δικαστηρίου, διά την διόρθωσιν των οποίων να ορισθή μία απλή διαδικασία, δυνάμενη να κινηθή εντός ωρισμένης προθεσμίας διαρκούσης της εκκρεμούς δίκης και εντός του πλαισίου αυτής...».

30 Δεληγκωστόπουλος/Σινανιώτης [op. cit.] άρθρ. 154 ΙΙ 1 σ. 9.

β. Αλλά και αν ήθελεν υποτεθή ορθή η κρίσις του Μονομελούς Πρωτοδικείου Πειραιώς, ότι η διά δηλώσεως παράστασις της εφεσιβλήτου δεν ήτο η προσήκουσα, και πάλιν δεν θα έπρεπε το δικαστήριο να χωρήση εις την ερήμην αυτής συζήτησιν της εφέσεως. Διότι, εις το πλαίσιον της ούτω καλουμένης «καθοδηγητικής εξουσίας» του δικαστηρίου, υποχρεούται το τελευταίον να καλή τον διάδικον ή τον δικαστικόν αυτού πληρεξούσιον, ώστε, «...αν υπάρχουν τυπικές παραλείψεις που μπορούν να αναπληρωθούν... να τις συμπληρώσει και μετά τη συζήτηση...» (ΚΠολΔ 227). Καίτοι με άλλην αφορμήν εκρίθη ούτω υπό του Αρείου Πάγου ότι το άρθρον 227 επιβάλλει εις το δικαστήριο γνήσιον υπηρεσιακόν καθήκον να ειδοποιή τον διάδικον και να του υποδεικνύη την αναπλήρωσιν τυπικών ελείψεων -εις την έννοιαν των οποίων εντάσσονται ασφαλώς και ελαττώματα, αφορώντα εις την παράστασιν του πληρεξουσίου δικηγόρου του- εις τρόπον ώστε η μη ανταπόκρισις του δικαστηρίου εις το υπηρεσιακόν τούτο καθήκον του να συνιστά μορφήν ανωτέρας βίας, δεκτικήν επικλήσεως δι' ητιολογημένης ανακοπής ερημοδικίας και εφέσεως³¹. Παλαιότερον εκράτει βεβαίως η γνώμη, ότι η σχετική παράλειψις του δικαστηρίου δεν επισύρει δικονομικάς εννόμους συνεπειάς. Τούτο όμως ως προς την παράλειψιν καθ' εαυτήν κρινομένην. Διότι ετέρα λύσις ήτο η ενδεδειγμένη, εάν η τοιαύτη παράλειψις, συνδυαζομένη και προς άλλα περιστατικά, εκάλυπτε το πραγματικόν παραβίασεως ετέρας διατάξεως ή γενικής δικονομικής αρχής, ως, λόγου χάριν, της αρχής της εκατέρωθεν ακροάσεως³². Εις την εδώ εξεταζομένην περίπτωσιν το δικαστήριο όχι μόνον παρέλειψε να υποδείξη, κατ' ενάσκησιν της καθοδηγητικής αυτού λειτουργίας, το τυπικόν ελάττωμα της παραστάσεως της εφεσιβλήτου, αλλ' αντιθέτως, δεχθέν την διά δηλώσεως του δικαστικού πληρεξουσίου παράστασιν αυτής, εδημιούργησεν εις την τελευταίαν την πεποίθησιν ότι εχώρησεν εγκύρως εις την κατ' αντιμωλίαν συζήτησιν της εφέσεως και ότι πρόκειται να εκδώση απόφασιν επίσης κατ' αντιμωλίαν. Επομένως, η ως άνω παράλειψις του δικαστηρίου δικαιολογεί οπωσδήποτε την εκ λόγων ανωτέρας βίας δικονομικήν απουσίαν της εφεσιβλήτου –εφ' όσον, εννοείται, η διά δηλώσεως παράστασις αυτής ήθελεν πράγματι κριθή ως απουσία– εντεύθεν δε και την εκ μέρους της άσκησιν ανακοπής.

31 ΑΠ 1892/2006. Πρβλ. και Μητσόπουλον, Το καθήκον του δικαστηρίου καθοδηγήσεως των διαδικων συμπλήρωσιν ή διασάφησιν των ισχυρισμών των, in: Μελέται γενικής θεωρίας δικαίου και αστικού δικονομικού δικαίου II, Αθήνα-Κομοτηνή 1997, σ. 203 (222 σημ. 32).

32 Ούτω Δεληκωστόπουλος/Σινανιώτης [op. cit.] άρθρ. 260 III σ. 254.

- γ. Υπό την αυτήν επίσης έννοιαν, της παραλείψεως δηλονότι του δικαστηρίου προς διενέργειαν πράξεως, εκ της οποίας ήρτηται διαδικαστική ενέργεια του διαδίκου, ως ανωτέρα βία, δικαιολογούσα την άσκησιν ανακοπής, θα πρέπει να νοήται και η παράβασις των διατάξεων του άρθρου 524 παρ. 4 εδ. γ' και δ' ΚΠολΔ, ως αύται ισχύουν μετά την αντικατάστασιν των με το άρθρον 44 παρ. 1 του ν. 3994/2011. Κατ' αυτές, επί ερημοδικίας του εφεσιβλήτου ως προς την έφεσιν ή του εκκαλούντος ως προς την αντέφεσιν, η μεν διαδικασία χωρεί ωσεί παρόντος του απολειπομένου διαδίκου, ο δε παριστάμενος διάδικος υποχρεούται, επί ποινή απαραδέκτου της συζητήσεως, να προσκομίση εντός προθεσμίας πέντε ημερών από ταύτης αντίγραφα του εισαγωγικού δικογράφου της δίκης και των πρωτοδίκως υποβληθεισών προτάσεων του απολειπομένου διαδίκου, ως επίσης τα πρακτικά και τας ληφθείσας εκθέσεις εις τον πρώτον βαθμόν. Παρισταμένου συνεπώς του εκκαλούντος εις την κατ' έφεσιν δίκην και μη προσκομίζοντος τα πρωτοδίκως υποβληθέντα από τον μη παριστάμενον αντίδικόν του διαδικαστικά έγγραφα, κηρύσσεται απαράδεκτος η συζήτησις της εφέσεως λόγω αδυναμίας του δευτεροβαθμίου δικαστηρίου να εκφέρη κρίσιν τόσον επί της ορθότητος της εκκαλουμένης αποφάσεως όσον και επί της ουσίας της διαφοράς, μη δυνάμενον να λάβη υπ' όψιν τους ισχυρισμούς αμφοτέρων των διαδίκων³³. Ότι η παράλειψις αύτη του δικαστηρίου, όπως κηρύξη το απαράδεκτον της συζητήσεως και χωρήση εις την ερήμην της εφεσιβλήτου εκδίκασιν της εφέσεως, συνιστά ανωτέραν βίαν κατά την έννοιαν του άρθρου 501 ΚΠολΔ, δεν πρέπει ν' αμφιβάλλεται³⁴.
4. Κατά τα άρθρα 559 αρ. 1 και 560 αρ. 1 ΚΠολΔ, αναίρεσις συγχωρείται αν παρεβιάσθησαν κανόνες του ουσιαστικού, δημοσίου ή ιδιωτικού³⁵, δικαίου, εις τους οποίους συγκαταλέγονται «...και οι δικονομικοί, εφόσον ρυθμίζουν όχι τη διαδικασία αλλά το περιεχόμενο της προσβαλλόμενης απόφασης, δηλαδή την κριθείσα έννομη συνέπεια...»³⁶. Τοιούτοι δε δικονομικοί και όχι απλώς διαδικαστικοί κανόνες είναι και οι περιεχόμενοι εις τα άρθρα 20 παρ. 1 Συντ. και 6 παρ. 1 ΕυρΣΔΑ, τα οποία μεταξύ άλλων εγγυώνται και

33 ΑΠ 119/2015· ομοίως και ΑΠ 502/1981· ΑΠ 179/1974. Ορθώς κατά συνέπειαν νομολογείται ότι, εις περίπτωσιν παραλείψεως κηρύξεως του επιβαλλομένου προς κατοχύρωσιν του δικαιώματος υπερασπίσεως προσωρινού τούτου απαραδέκτου, δημιουργείται ο εκ του άρθρου 559 αρ. 14 ΚΠολΔ λόγος αναίρεσεως· ούτω ΑΠ 122/2003.

34 Βλ. σχετ. και ΑΠ 845/2018· ΑΠ 548/2018· ΕφΠατρ 217/2018 Νόμος.

35 Πρβλ. *Σινανιώτην*, Η αναίρεση κατά τον ΚΠολΔ, έκδ. 2^η, Αθήνα 2006, σ. 66.

36 Βλ. ενδεικτ. ΑΠ 87/2013. Πρβλ. επίσης *Beys*, Zur Unterscheidung zwischen materiellem Recht und Prozeßrecht im Bereich der Abgrenzung der Revisions- bzw. Kassationsgründe, in: *Prozessuales Denken aus Attika*, Athen 2000, σ. 578 (593 επ.).

την παροχή δικαιώματος ακροάσεως εις αμφοτέρους τους διαδίκους³⁷. Διαφυλάσσονται ούτω αι προρρηθείσαι διατάξεις την αρχήν της εκατέρωθεν ακροάσεως, ορθώς εντάσσονται υπό της νομολογίας του Αρείου Πάγου εις τους κανόνες του «ουσιαστικού δικαίου» κατά την έννοιαν των άρθρων 559 αρ. 1 και 560 αρ. 1 ΚΠολΔ³⁸. Και είναι μεν αληθές ότι ο Άρειος Πάγος εδέχετο αρχικώς ότι μόνη η επίκλησις του άρθρου 6 παρ. 1 ΕυρΣΔΑ δεν ηδύνατο να θεμελιώση αυτοτελώς τον εκ των άρθρων 559 αρ. 1 και 560 αρ. 1 ΚΠολΔ αναιρετικόν λόγον και ο αναιρεσείων ώφειλε να επικαλήται την συνδρομήν και ετέρου εκ των επωνύμων λόγων αναιρέσεως, σχετιζόμενον με την παράβασιν των αρχών της «δικαίας δίκης»³⁹. Δεν ήργησεν όμως να γίνη αντιληπτόν ότι υπό τοιαύτην ερμηνευτικήν εκδοχήν η υπένταξις του άρθρου 6 παρ. 1 ΕυρΣΔΑ εις τον κύκλον των αναιρετικώς εξελεγξίμων κανόνων του ουσιαστικού δικαίου θ' απέβαλλεν την σημασίαν της. Διό και ο Άρειος Πάγος μετεστράφη, αναγνωρίζων πλέον την δυνατότητα αυτοτελούς ελέγχου των αρχών της δικαίας δίκης κατά τα 559 αρ. 1 και 560 αρ. 1 ΚΠολΔ⁴⁰, υπό την αρνητικήν μάλιστα προϋπόθεσιν της αδυναμίας θεμελι-

37 Βλ. την θεμελίωσιν των ΑΠ 1297/1998 Δ 30 (1999), 757 και ΑΠ 30/1991 ΕλλΔνη 33 (1992), 105: «...Με την διάταξη (άρθρ. 6 παρ. 1 ΕυρΣΔΑ) δεν καθορίζεται πώς θα γίνει η εκδίκαση των υποθέσεων αλλά ποία δικαιώματα δίδονται για την απονομή της δικαιοσύνης. Πρόκειται συνεπώς για διάταξη του ουσιαστικού δικαίου και η παραβίαση της εμπίπτει στον λόγο της αναιρέσεως από το άρθρο 559 αρ. 1 ΚΠολΔ...».

38 ΟΛΑΠ 6/2012· ΟΛΑΠ 2/2008· ΟΛΑΠ 25/2006· ΑΠ 143/2013. Ομοίως Καλαβρός, Η αναίρεση κατά τον ΚΠολΔ, έκδ. 4^η, Αθήνα-Θεσσαλονίκη 2021, άρθρ. 559 αρ. 42 σ. 120 επ· Κονδύλης, in: Κεραμέως/Κονδύλη/Νίκα, ΚΠολΔ, έκδ. 2^η, Αθήνα-Θεσσαλονίκη 2020, άρθρ. 559 αρ. 13, 15· άλλως όμως Δελγκωστόπουλος, Ανααιρετικός έλεγχος και ευρωπαϊκό δίκαιο στην πολιτική δίκη, in: ΝοΒ 58 (2010), 1115 επ.

39 Προς την αυτήν μάλλον την κατεύθυνσιν και η ΑΠ 709/2007.

40 ΟΛΑΠ 6/2012· ΟΛΑΠ 2/2008· ΟΛΑΠ 25/2006. Την μεταστροφήν αυτήν υπεκίνησεν η απόφασις του Ε.Δ.Δ.Α. εις την υπόθεσιν Perlara κατά Ελλάδος [αρ. προσφ. 17721/04, 22.02.2007 παρ. 27], in: ΝοΒ 55 (2007), 520, διά το πεδίο της ποινικής δίκης: «...Το Δικαστήριο υπενθυμίζει ότι, κατά το ελληνικό Σύνταγμα, η Ε.Σ.Δ.Α. συνιστά εφαρμοστέο δικαϊκό κανόνα που υπερισχύει του εσωτερικού δικαίου (άρθρ. 28 παρ. 1 ελλην. Συντάγματος). Παρότι ο προσφεύγων επικαλέστηκε στην αναίρεσή του παραβίαση του άρθρου 6 παρ. 1 της Ε.Σ.Δ.Α., το ελληνικό ακυρωτικό απέρριψε το σχετικό ανααιρετικό λόγο ως απαράδεκτο, με το επιχείρημα ότι η εν λόγω διάταξη δεν ετύγχανε άμεσα εφαρμοστέα διότι, προκειμένου να ληφθεί υπόψη, ο προσφεύγων έπρεπε να επικαλεστεί συνδυαστικώς κάποιο εκ των ανααιρετικών λόγων που προβλέπονται περιοριστικά στο άρθρο 510 παρ. 1 Κ.Π.Δ. Το Δικαστήριο φρονεί πως αυτή η ερμηνεία του Αρείου Πάγου αφενός τείνει προς σόφισμα, και αφετέρου αποδυναμώνει σε τεράστιο βαθμό την προστασία των δικαιωμάτων των πολιτών στην ελληνική ανααιρετική διαδικασία. Καίτοι το Δικαστήριο αντιλαμβάνεται πως οι προϋποθέσεις του παραδεκτού του ενδίκου μέσου της αναιρέσεως πρέπει να είναι αυστηρότερες από εκείνες αυτού της εφέσεως, εντούτοις εκτιμά πως η απόρριψη, ως απαράδεκτου, ενός ανααιρετικού λόγου που στηρίζεται στο άρθρο 6 της Ε.Σ.Δ.Α. με το προεκτεθέν επιχείρημα, αποτελεί μια προσέγγιση υπερβολικά τυπολατρική (Khalifaoui κατά Γαλλίας, 34791, Ε.Δ.Δ.Α 1999, IX), η οποία εμπόδιζε τον προ-

ώσεως έτερου εκ των επωνύμως προβλεπόμενων αναιρετικών λόγων⁴¹.

Τούτο ακριβώς συμβαίνει εν προκειμένω. Αληθώς, ενώ το άρθρον 559 αρ. 6 ΚΠολΔ αναγνωρίζει την παράβασιν της αρχής της εκατέρωθεν ακροάσεως επί ερημοδικίας ως λόγον αναιρέσεως κατ' αποφάσεων πρωτοδικείων ή εφετείων⁴², τουναντίον αντίστοιχος διάταξις, δικαιολογούσα την αναίρεσιν ειρηνοδικειακών αποφάσεων, οσάκις ο εμφανισθείς και προσηκόντως παραστάς διάδικος edικάσθη παρανόμως κατ' ερήμην, δεν απαντά (ΚΠολΔ 560). Ο παρανόμως ερημοδικασθείς δύναται συνεπώς, επικαλούμενος τον αρ. 1 του άρθρου 560 ΚΠολΔ να ζητήσει την αναίρεσιν της αποφάσεως, αφού, πρώτον, η περί ης πρόκειται πλημμέλεια συνιστά παράβασιν της αρχής της εκατέρωθεν ακροάσεως, ως αύτη κατοχυρούται εις τους ουσιαστικούς κανόνας των άρθρων 6 παρ. 1 ΕυρΣΔΑ και 20 παρ. 1 Συντ., και, δεύτερον, επειδή η τοιαύτη πλημμέλεια δεν δύναται να προταθή δι' έτερου, επωνύμως προβλεπομένου λόγου αναιρέσεως.

Δ.

Η απόφασις του Μονομελούς Πρωτοδικείου Πειραιώς, διά της οποίας εκρίθη η διά δηλώσεως του άρθρου 242 παρ. 2 ΚΠολΔ παράστασις της εφεσιβλήτου ως μη προσήκουσα, είναι εσφαλμένη. Προσβολή αυτής δύναται να χωρήση τόσον δι' ανακοπής ερημοδικίας όσον και δι' αιτήσεως αναιρέσεως κατά τα άρθρα 501 και 560 παρ. 1 ΚΠολΔ αντιστοίχως.

σφεύγοντα από το να πετύχει την αξιολόγηση, σε αναιρετικό επίπεδο, της πορείας της κατ' αυτού ποινικής διαδικασίας, υπό το πρίσμα της προπαρατεθείσας διατάξεως...».

41 Πρβλ. και ΑΠ 143/2013· ΑΠ 344/2009.

42 Πρβλ. Δεληκωστόπουλον, Οι δικονομικοί λόγοι αναίρεσης, Αθήνα-Θεσσαλονίκη 2009, σ. 183 σημ. 1· Καλαβρόν [ορ. cit.] άρθρ. 559 αρ. 349 σ. 306· Μπέην, Πολιτική Δικονομία ΙΙΙ, Αθήνα 1976, άρθρ. 559 σ. 2171 υπό (δ)· Ράμμον, in: Δ 1 (1970), 132 (138). Βλ. επίσης Σινανιώτην [ορ. cit.] σ. 105, ορθώς δεχόμενον ότι δικαιολογητικός λόγος του παρόντος αναιρετικού λόγου αποτελεί η αποκατάστασις του προσβληθέντος δικαιώματος ακροάσεως κατά τους ορισμούς των άρθρων 6 παρ. 1 ΕυρΣΔΑ και 20 παρ. 1 Συντ.

Ηλεκτρονικό έγγραφο και πανδημική κρίση

Γεώργιος Κόντης

Δικηγόρος Δ.Ν.

Ο τιμώμενος Καθηγητής Δημήτριος Μανιώτης έχει πρωτοστατήσει, αναμφισβήτητα, στη δικονομική, αλλά και ευρύτερη, αξιολόγηση του ηλεκτρονικού εγγράφου, ως σύγχρονης μορφής μηχανικής αποτύπωσης της ανθρώπινης σκέψης. Οι μελέτες του τιμώμενου Καθηγητή (i) για τη ψηφιακή υπογραφή ως μέσο διαπιστώσεως της γνησιότητας των εγγράφων στο αστικό δικονομικό δίκαιο (1998), (ii) για τη σύναψη της ηλεκτρονικής συμβάσεως και την ευθύνη των παρεχόμενων συνδρομή στην κατοχύρωση της γνησιότητας και του αναλλοίωτου των ηλεκτρονικών εγγράφων (2003) και (iii) για τα ζητήματα από την ηλεκτρονική κατάρτιση των δικαιοπραξιών (2004) αποτελούν σταθερή βάση έρευνας και βιβλιογραφικής παραπομπής για όποιον ασχολείται με την συγκεκριμένη θεματική. Οι συγκεκριμένες μελέτες αποτέλεσαν βάση μελέτης και αναφοράς και του γράφοντος κατά την συγγραφή της διδακτορικής του διατριβής με αντικείμενο το ηλεκτρονικό έγγραφο ως αποδεικτικό έγγραφο κατά τον Κώδικα Πολιτικής Δικονομίας (2012). Η παρούσα μελέτη αποτελεί ελάχιστο δείγμα σεβασμού και ευχαριστίας του γράφοντος στον τιμώμενο Καθηγητή για την καθοριστική συμβολή του στο σχετικό επιστημονικό πεδίο.

I. Εισαγωγή

Η έλευση της πανδημίας του covid-19 επίδρασε καταλυτικά στο πεδίο των ανθρωπίνων σχέσεων και των συναλλαγών μεταξύ των πολιτών και της δημόσιας διοίκησης, καθώς και μεταξύ των πολιτών και των φορέων του ιδιωτικού τομέα, όπως, για παράδειγμα, τα πιστωτικά ιδρύματα. Η ανάγκη περιορισμών στις μετακινήσεις, ούτως ώστε να τεθούν προσκόμματα στην περαιτέρω μετάδοση της νόσου του covid-19 συνέβαλε καθοριστικά στη γεωμετρική επέκταση της ηλεκτρονικής συναλλαγής.

II. Το παράδειγμα των ηλεκτρονικών εγγράφων, τα οποία εκδίδονται μέσω της Ενιαίας Ψηφιακής Πύλης της Δημόσιας Διοίκησης (www.gov.gr):

Η αρχή πραγματοποιήθηκε μέσω της έκδοσης ηλεκτρονικών εγγράφων μέσα από την Ενιαία Ψηφιακή Πύλη της Δημόσιας Διοίκησης (www.gov.gr) ήδη από τις πρώτες ημέρες της πανδημίας. Με την με ημερομηνία 30.03.2020 Πράξη

Νομοθετικού Περιεχομένου¹, η οποία κυρώθηκε με το άρθρο 1 του νόμου 4683/2020², θεσπίστηκε η έκδοση ηλεκτρονικών εγγράφων μέσω της Ενιαίας Ψηφιακής Πύλης της Δημόσιας Διοίκησης. Η δυνατότητα αυτή παρασχέθηκε σε φυσικά πρόσωπα, τα οποία ενεργούν ατομικά ή ως νόμιμοι εκπρόσωποι νομικών προσώπων βάσει του άρθρου 24 της ανωτέρω Πράξης Νομοθετικού Περιεχομένου, το οποίο, μεταγενέστερα, καταργήθηκε με το άρθρο 108 του κατωτέρω αναφερόμενου νόμου 4727/2020³. Τα εν λόγω έγγραφα διακινούνται είτε ηλεκτρονικά, είτε σε έγχαρτη εκτυπωμένη μορφή, χωρίς να απαιτείται περαιτέρω διαδικασία επικύρωσης. Η ρύθμιση αυτή καταδεικνύει και τον επείγοντα χαρακτήρα της διάταξης. Τα ηλεκτρονικά έγγραφα, τα οποία παράγονται μέσω της Ενιαίας Ψηφιακής Πύλης της Δημόσιας Διοίκησης και φέρουν μοναδικό αποκλειστικό αριθμό επαλήθευσης και συνοδεύονται από προηγμένη ή εγκεκριμένη ηλεκτρονική σφραγίδα του Υπουργείου Ψηφιακής Διακυβέρνησης, γίνονται υποχρεωτικά αποδεκτά από όλους τους φορείς του δημοσίου, του ευρύτερου δημοσίου και του ιδιωτικού τομέα, καθώς και από φυσικά ή νομικά πρόσωπα και νομικές οντότητες. Η τελευταία ρύθμιση εισήχθη με το πρώτο εδάφιο της § 3 του άνω άρθρου 24, το οποίο είχε λάβει τη μορφή αυτή με το άρθρο 38 της με ημερομηνία 13.04.2020 Πράξης Νομοθετικού Περιεχομένου⁴, η οποία κυρώθηκε με το άρθρο 1 του νόμου 4690/2020⁵.

III. Η έκδοση ειδικότερα της ηλεκτρονικής υπεύθυνης δήλωσης («e-dilosi») και της ηλεκτρονικής εξουσιοδότησης («e-exousiodotisi») – Η χρονική αλληλουχία των διατάξεων

Μέσω της Ενιαίας Ψηφιακής Πύλης της Δημόσιας Διοίκησης «www.gov.gr» οι πολίτες απέκτησαν τη δυνατότητα να παράγουν ηλεκτρονικά έγγραφα είτε σε ηλεκτρονική μορφή, είτε, μέσω της εκτύπωσής τους, σε έντυπη μορφή και, ιδίως, ηλεκτρονικές αιτήσεις, ηλεκτρονικές υπεύθυνες δηλώσεις και ηλεκτρονικές εξουσιοδοτήσεις, ενώ η ταυτοποίησή τους για την πρόσβαση στην σχετική υπηρεσία πραγματοποιείται ομοίως ηλεκτρονικά είτε με τα εξατομικευμένα διαπιστευτήρια ασφάλειας της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων Δημόσιας Διοίκησης του Υπουργείου Ψηφιακής Διακυβέρνησης (κωδικοί user name & password της υπηρεσίας taxisnet) είτε με τα εξατομικευμένα διαπιστευτήρια ασφάλειας των συστημάτων ηλεκτρονικής τραπεζι-

1 ΦΕΚ 68 Α' /20.03.2020.

2 ΦΕΚ 83 Α' /10.04.2020.

3 ΦΕΚ 184 Α' /23.09.2020.

4 ΦΕΚ 84 Α' /13.04.2020.

5 ΦΕΚ 104 Α' /30.05.2020.

κής (κωδικοί user name & password και ειδικός αναγνωριστικός κωδικός μίας χρήσης [otp] της υπηρεσίας e-banking) τα οποία χρησιμοποιούν τα πιστωτικά ιδρύματα για τη διαδικασία της ισχυρής ταυτοποίησης πελάτη⁶. Τα ανωτέρω θεσπίστηκαν, αρχικά, με το άρθρο 25 της ανωτέρω από 30.03.2020 Πράξης Νομοθετικού Περιεχομένου, όπως τούτο τροποποιήθηκε με το άρθρο 38 περ.2 της άνω από 13.04.2020 Πράξης Νομοθετικού Περιεχομένου. Το άρθρο 25 καταργήθηκε τέλος με το άρθρο 108 του νόμου 4727/2020⁷. Για τις ηλεκτρονικές αιτήσεις του άρθρου 25 της από 30.03.2020 Πράξης Νομοθετικού Περιεχομένου η § 3 του άρθρου 26 της ίδιας Πράξης Νομοθετικού Περιεχομένου, όπως αυτή προστέθηκε με το άρθρο 38 περ. 3 της από 13.04.2020 Πράξης Νομοθετικού Περιεχομένου, όριζε ότι οι αιτήσεις που συντάσσονται μέσω της Ενιαίας Ψηφιακής Πύλης της Δημόσιας Διοίκησης έχουν την ίδια ισχύ τόσο στην ηλεκτρονική όσο και στην έντυπη μορφή τους με έγγραφα που φέρουν βεβαίωση γνησίου υπογραφής του άρθρου 11 του ν.2690/1999⁸. Και το άρθρο 26 καταργήθηκε ομοίως –όπως και το άρθρο 38 της από 13.04.2020 Πράξης Νομοθετικού Περιεχομένου– με το άρθρο 108 του νόμου 4727/2020.

Περαιτέρω, και αναφορικά με τις ηλεκτρονικές υπεύθυνες δηλώσεις ορίζεται ότι υποβάλλονται και γίνονται αποδεκτές σύμφωνα με τα οριζόμενα στο (καταργημένο) εικοστό τέταρτο άρθρο της από 30.03.2020 Πράξης Νομοθετικού Περιεχομένου. Η σχετική ρύθμιση εισήγαγε την υποχρεωτική αποδοχή κάθε «e-Dilosis», σε ηλεκτρονική ή έγχαρτη εκτυπωμένη μορφή, από φορείς του δημοσίου, αλλά και από ιδιωτικούς φορείς. Τούτο όριζε το δεύτερο εδάφιο της πρώτης παραγράφου του άρθρου 27 της από 30.03.2020 Πράξης Νομοθετικού Περιεχομένου, το οποίο τελούσε σε ισχύ, με τη μορφή με την οποία είχε αντικατασταθεί με το άρθρο 38 περ. 4 της από 13.04.2020 Πράξης Νομοθετικού Περιεχομένου, το οποίο καταργήθηκε εντούτοις με το άρθρο 108 του νόμου 4727/2020. Επισημαίνεται ότι η ρύθμιση στην αρχική μορφή της⁹ ήταν ελάχιστα διαφοροποιημένη σε σχέση με την τροποποιημένη¹⁰. Πλέον ισχύει η διάταξη του άρθρου 27 § 3 εδ. α' του νόμου 4727/2020 για την υποχρεω-

6 Άρθρα 4 και 22επ. του Κανονισμού (ΕΕ) υπ. αριθμ. 2018/389 της Ευρωπαϊκής Επιτροπής της 27ης Νοεμβρίου 2017 «για τη συμπλήρωση της οδηγίας (ΕΕ) 2015/2366, όσον αφορά ρυθμιστικά τεχνικά πρότυπα για την αυστηρή εξακρίβωση ταυτότητας πελάτη και τα κοινά και ασφαλή ανοικτά πρότυπα επικοινωνίας» (Regulatory Technical Standards) με ημερομηνία έκδοσης την 13η/03/2018.

7 Όπως άλλωστε και το άρθρο 38 της από 13.04.2020 Πράξης Νομοθετικού Περιεχομένου.

8 ΦΕΚ 45 Α' /09.03.1999.

9 «Η ηλεκτρονική υπεύθυνη δήλωση υποβάλλεται και γίνεται υποχρεωτικά αποδεκτή σύμφωνα με τα οριζόμενα στο εικοστό τέταρτο άρθρο της παρούσας».

10 «Η ηλεκτρονική υπεύθυνη δήλωση υποβάλλεται και γίνεται υποχρεωτικά αποδεκτή σύμφωνα με τα οριζόμενα στο εικοστό τέταρτο άρθρο».

τική υποδοχή των εγγράφων που εκδίδονται από την Ενιαία Ψηφιακή Πύλη της Δημόσιας Διοίκησης. Η αυθεντικοποίηση –ουσιαστικά η επαλήθευση του προσώπου– του χρήστη που πραγματοποιείται μέσω των εξατομικευμένων διαπιστευτηρίων ασφαλείας της υπηρεσίας taxisnet ή της ηλεκτρονικής τραπεζικής (e-banking) –διαδικασία που ρυθμίζεται πλέον από το νόμο 4727/2020¹¹– έχει την ίδια ισχύ με τη βεβαίωση του γνησίου της υπογραφής του άρθρου 11 του νόμου 2690/1999. Η διάταξη αυτή του πρώτου εδαφίου της § 2 του άρθρου 27 της από 30.03.2020 Πράξης Νομοθετικού Περιεχομένου είχε αντικατασταθεί με την περίπτωση 5 του (καταργημένου με το άρθρο 108 του νόμου 4727/2020) άρθρου 38 της άνω από 13.04.2020 Πράξης Νομοθετικού Περιεχομένου, η οποία κυρώθηκε με το άρθρο 1 του νόμου 4690/2020. Η ρύθμιση στην αρχική της μορφή όριζε ότι η υπεύθυνη δήλωση που συντάσσεται μέσω της Ενιαίας Ψηφιακής Πύλης της Δημόσιας Διοίκησης έχει την ίδια ισχύ, τόσο στην ηλεκτρονική όσο και στην έντυπη μορφή της, με έγγραφο που φέρει βεβαίωση γνησίου υπογραφής του άρθρου 11 του ν.2690/1999. Θα καταδειχθεί κατωτέρω ότι η διαφορά στη διατύπωση έχει νομική σημασία. Τέλος, το τελευταίο εδάφιο της § 5 του άρθρου 27 της από 30.03.2020 Πράξης Νομοθετικού Περιεχομένου προέβλεπε ότι οι αποδέκτες των ηλεκτρονικών υπεύθυνων δηλώσεων τεκμαίρεται ότι τελούν σε καλή πίστη ως προς την προέλευση της ηλεκτρονικής υπεύθυνης δήλωσης από τον εκδότη της και ότι ουδεμία ευθύνη υπέχουν ως προς τη γνησιότητα αυτής. Αντιστοίχως, η διάταξη αυτή προστέθηκε με το (ως άνω καταργημένο) άρθρο 38 περ. 6 της από 13.04.2020 Πράξης Νομοθετικού Περιεχομένου. Η σύμφωνη με την ανωτέρω διαδικασία έκδοση της υπεύθυνης δήλωσης καθιστά την τελευταία, τόσο στην ηλεκτρονική όσο και στην έντυπη μορφή της, έγγραφο βέβαιης χρονολογίας. Και τούτο διότι η ημερομηνία, η οποία αναγράφεται στην προηγμένη ή εγκεκριμένη ηλεκτρονική σφραγίδα του Υπουργείου Ψηφιακής Διακυβέρνησης αντιστοιχεί στην ημερομηνία έκδοσης της υπεύθυνης δήλωσης.

Παρόμοια υπήρξε και η ρύθμιση για την έκδοση των ηλεκτρονικών εξουσιοδοτήσεων («e-Exousiodotisi»), όπως αυτή διαρθρώθηκε μέσα από το άρθρο 28 της άνω από 30.03.2020 Πράξης Νομοθετικού Περιεχομένου. Αναφορικά με τις ηλεκτρονικές εξουσιοδοτήσεις γίνεται εξίσου αποδεκτό ότι υποβάλλονται και γίνονται αποδεκτές σύμφωνα με τα οριζόμενα στο (καταργημένο) εικοστό τέταρτο άρθρο της ανωτέρω από 30.03.2020 Πράξης Νομοθετικού Περιεχομένου. Η ρύθμιση εισάγει την υποχρεωτική αποδοχή κάθε ηλεκτρονικής εξουσιοδότησης, σε ηλεκτρονική ή έγχαρτη εκτυπωμένη μορφή, από φορείς του δημοσίου, αλλά και από ιδιωτικούς φορείς. Τούτο ορίζει το πρώτο εδάφιο της πρώτης παραγράφου του άρθρου 28 της από 30.03.2020 Πράξης Νομο-

11 Άρθρο 24.

θετικού Περιεχομένου. Πλέον, ισχύει και στην περίπτωση αυτή η νέα διάταξη του άρθρου 27 § 3 εδ. α' του νόμου 4727/2020 για την υποχρεωτική υποδοχή των εγγράφων που εκδίδονται από την Ενιαία Ψηφιακή Πύλη της Δημόσιας Διοίκησης. Η διαδικασία αυθεντικοποίησης που πραγματοποιείται μέσω των εξατομικευμένων διαπιστευτηρίων ασφαλείας της υπηρεσίας taxisnet ή της υπηρεσίας e-banking έχει την ίδια ισχύ με τη βεβαίωση γνησίου υπογραφής του άρθρου 11 του νόμου 2690/1999. Η σχετική διάταξη του πρώτου εδαφίου της § 2 του άρθρου 28 είχε αντικατασταθεί με την περίπτωση 7 του (καταργημένου) άρθρου 38 της ανωτέρω από 13.04.2020 Πράξης Νομοθετικού Περιεχομένου, η οποία κυρώθηκε με το άρθρο 1 του νόμου 4690/2020, ενώ η διάταξη του άρθρου 38 της από 13.04.2020 Πράξης Νομοθετικού Περιεχομένου καταργήθηκε με το άρθρο 108 του νόμου 4727/2020. Και εν προκειμένω, η ρύθμιση στην αρχική της μορφή όριζε ότι η ηλεκτρονική εξουσιοδότηση που συντάσσεται μέσω της Ενιαίας Ψηφιακής Πύλης της Δημόσιας Διοίκησης έχει την ίδια ισχύ, τόσο στην ηλεκτρονική όσο και στην έντυπη μορφή της, με έγγραφο που φέρει βεβαίωση γνησίου υπογραφής του άρθρου 11 του ν.2690/1999. Και στην περίπτωση αυτή, η διαφορά στη διατύπωση διαθέτει όπως θα καταδειχθεί κατωτέρω νομική σημασία. Επιπλέον, το τελευταίο εδάφιο της § 5 του άνω άρθρου 28 προέβλεπε ότι οι αποδέκτες των ηλεκτρονικών εξουσιοδοτήσεων τεκμαίρεται ότι τελούν σε καλή πίστη ως προς την προέλευση της ηλεκτρονικής εξουσιοδότησης από τον εκδότη της και ότι ουδεμία ευθύνη υπέχουν ως προς τη γνησιότητα αυτής. Η τελευταία διάταξη προστέθηκε με το (ως άνω καταργημένο) άρθρο 38 περ.8 της από 13.04.2020 Πράξης Νομοθετικού Περιεχομένου. Η σύμφωνη με την ανωτέρω διαδικασία έκδοση της «e-Exousiodotisi» καθιστά, ομοίως, την τελευταία, τόσο στην ηλεκτρονική όσο και στην έντυπη εκτυπωμένη μορφή της, έγγραφο βέβαιης χρονολογίας. Και τούτο διότι η ημερομηνία, η οποία αναγράφεται στην προηγμένη ή εγκεκριμένη ηλεκτρονική σφραγίδα του Υπουργείου Ψηφιακής Διακυβέρνησης αντιστοιχεί στην ημερομηνία έκδοσης της εξουσιοδότησης.

IV. Αξιολόγηση των ανωτέρω διατάξεων

Επί όλων των ανωτέρω, θα μπορούσαν να υποστηριχθούν τα εξής: Δεν αμφισβητείται ότι η διαδικασία έκδοσης ηλεκτρονικών εγγράφων μέσα από φερέγγυα κανάλια χρήσης ατομικών διαπιστευτηρίων ασφαλείας, είτε πρόκειται για τους κωδικούς taxisnet, είτε πρόκειται για κωδικούς ηλεκτρονικής τραπεζικής (e-banking) και ειδικούς αναγνωριστικούς κωδικούς μίας χρήσης (отρ) καθιερώνει μία, καταρχάς, ασφαλή διαδικασία εξ αποστάσεως συναλλαγής των πολιτών με φορείς του ιδιωτικού ή δημοσίου τομέα ή με ιδιώτες που είναι ιδιαίτερα χρήσιμη στον καιρό της πανδημίας και της κοινωνικής αποστασιοποίησης.

Παρά ταύτα, η προαναφερόμενη νομοθεσία με την αλληλουχία θέσπισης και κατάργησης διατάξεων καταδεικνύει και μία προχειρότητα στη νομοθέτηση, αιτιολογημένη, ενδεχομένως, από τον έκτακτο χαρακτήρα των επιδημιολογικών περιστάσεων. Παρά ταύτα, η υποχρέωση των συναλλασσόμενων προσώπων, φυσικών ή νομικών, να αποδέχονται, σε κάθε περίπτωση, τα ως άνω παραγόμενα ηλεκτρονικά έγγραφα γεννά ζητήματα. Ενδεχομένως, η βούληση του νομοθέτη είναι να μην απορρίπτονται τα συγκεκριμένα έγγραφα ακριβώς λόγω του ηλεκτρονικού τρόπου παραγωγής τους και του γεγονότος ότι δε φέρουν την εγκεκριμένη ηλεκτρονική υπογραφή του εκδότη, η οποία είναι και η μόνη που εξομοιώνεται με την ιδιόχειρη κατά τον Κανονισμό 910/2014/ΕΕ.

Ο νομοθέτης στο άρθρο 27 § 3 του νόμου 4727/2020 εξαρτά πλέον την αποδοχή των ηλεκτρονικών εγγράφων που εκδίδονται από την Ενιαία Ψηφιακή Πύλη της Δημόσιας Διοίκησης από την ύπαρξη προηγμένης ή εγκεκριμένης ηλεκτρονικής σφραγίδας και την ύπαρξη μοναδικού αναγνωριστικού αριθμού επαλήθευσης. Εντούτοις, η υποχρέωση ενός φυσικού ή νομικού προσώπου να αποδεχθεί ένα τέτοιο έγγραφο εγείρει ζητήματα συμφωνίας με το άρθρο 5 § 1 του Συντάγματος¹². Σαφώς και ο εκδότης δικαιούται να διεκπεραιώνει τις συναλλαγές του με τη χρήση της ηλεκτρονικής τεχνολογίας, εντούτοις ο λήπτης ενός ηλεκτρονικού εγγράφου θα πρέπει να διατηρεί το δικαίωμα επιφυλάξεως σύμπραξης στην οικεία συναλλαγή. Και είναι δεδομένο ότι οι επιφυλάξεις του λήπτη θα εντοπίζονται, κυρίως, στη γνησιότητα των εγγράφων αυτών από την στιγμή κατά την οποία δεν φέρουν την εγκεκριμένη ηλεκτρονική υπογραφή του εκδότη τους. Η ύπαρξη μοναδικού αναγνωριστικού αριθμού επαλήθευσης δεν εγγυάται πάντοτε τη γνησιότητα του εγγράφου ενώ απαιτείται και η τήρηση σχετικής διαδικασίας μέσω των πληροφοριακών συστημάτων του Δημοσίου¹³.

Η ανάγκη διεκπεραίωσης των συναλλαγών των πολιτών εν μέσω πανδημίας ενδεχομένως να εξυπηρετεί το δημόσιο συμφέρον και την στοιχειώδη διασφάλιση της εύρυθμης λειτουργίας της οικονομίας, θα πρέπει να λαμβάνεται, όμως, υπόψη και το δικαίωμα του συναλλασσόμενου στην ασφαλή συναλλαγή. Πρόκειται για ζήτημα στάθμισης αντίρροπων συμφερόντων. Συνεπώς, το επίρρημα «υποχρεωτικά» το οποίο αναφερόταν στην αποδοχή των ηλεκτρονικών υπεύθυνων δηλώσεων και των ηλεκτρονικών εξουσιοδοτήσεων, κατά τις

12 Η διάταξη κατοχυρώνει την ελεύθερη ανάπτυξη της προσωπικότητας και την ελεύθερη συμμετοχή των ατόμων στην οικονομική ζωή.

13 Βλ. για παράδειγμα το τελευταίο εδάφιο της -αμφιβόλου ορθότητας- § 4 του άρθρου 14 του νόμου 4727/2020, όπου και αναφέρεται ότι εάν δεν είναι δυνατή η επαλήθευση της ακρίβειας της εκτύπωσης ηλεκτρονικού εγγράφου μέσω του μοναδικού αναγνωριστικού αριθμού επαλήθευσης, τότε απαιτείται επικύρωσή της από δημόσια αρχή ή δικηγόρο.

σχετικές (καταργημένες) διατάξεις των άρθρων 27 § 1 εδ. β' και 28 § 1 εδ. β'¹⁴ της άνω από 30.03.2020 Πράξης Νομοθετικού Περιεχομένου – αλλά και περιέχεται στο άρθρο 27 § 3 του νόμου 4727/2020 που αναφέρεται στα έγγραφα που εκδίδονται από την Ενιαία Ψηφιακή Πύλη της Δημόσιας Διοίκησης, ίσως θα έπρεπε να απαλειφθεί, καθώς γεννώνται ζητήματα αντισυνταγματικότητας των διατάξεων αυτών. Εκτός εάν γίνει δεκτό ότι η αληθής έννοια της διάταξης ότι τα ανωτέρω ηλεκτρονικά έγγραφα γίνονται υποχρεωτικά αποδεκτά είναι ότι τα έγγραφα αυτά δεν θα πρέπει να απορρίπτονται άνευ ετέρου λόγω της ηλεκτρονικής φύσης τους¹⁵. Ο νομοθέτης, προκειμένου να διασκεδάσει τις επιφυλάξεις των ληπτών των εγγράφων αυτών εισήγαγε μηχανισμούς, όπως το πλάσμα δικαίου και το τεκμήριο. Έτσι, όπως αναφέρθηκε, η διαδικασία έκδοσης ηλεκτρονικής υπεύθυνης δήλωσης («e-dilosi») και ηλεκτρονικής εξουσιοδότησης («e-exousiodotisi») έχει την ίδια ισχύ με τη βεβαίωση γνησί-ου υπογραφής. Αποδέχεται, δηλαδή, ο νομοθέτης ότι η σύνταξη και έκδοση ηλεκτρονικής υπεύθυνης δήλωσης και εξουσιοδότησης μέσω της ψηφιακής πύλης του gov.gr με τη χρήση κωδικών taxisnet και e-banking και της αυθεντικοποίησης του εκδότη εξομοιώνεται με τη διαδικασία πρόσβασης του πολίτη σε δημόσια αρχή (Αστυνομία, Κ.Ε.Π. ή άλλη διοικητική αρχή), προκειμένου να βεβαιωθεί το γνήσιο της υπογραφής του. Θα μπορούσε να υποστηριχθεί ότι πρόκειται για πλάσμα δικαίου και όχι για αναλογία δικαίου¹⁶, καθώς, εν προκειμένω, δεν μεταφέρονται οι έννομες συνέπειες ενός ρυθμισμένου πραγματικού σε ένα αρρύθμιστο, αλλά εξομοιώνονται σε επίπεδο νομικής ισχύος δύο ανόμοια πραγματικά¹⁷. Η ανάγκη να συνδυασθεί η απαίτηση για την εξυπηρέτηση των συναλλαγών των πολιτών με ιδιωτικούς και δημόσιους φορείς με την ανάγκη τήρησης της κοινωνικής αποστασιοποίησης για την αποφυγή διάδοσης της πανδημίας ενισχύει τη θέση αυτή. Για το λόγο αυτό, άλλωστε, δεν ήταν ορθή η αρχική διατύπωση της παραγράφου 3 του άρθρου 26 της από 30.03.2020 Πράξης Νομοθετικού Περιεχομένου, η οποία εισήχθη με το (ως άνω καταργημένο) άρθρο 38 περ. 3 της από 13.04.2020 Πράξης Νομοθετικού

14 Επισημαίνεται ότι η διάταξη του άρθρου 28§1 εδ.β' δεν καταργήθηκε ρητώς αλλά σιωπηρά καθώς ο υποχρεωτικός χαρακτήρας της αποδοχής στην συγκεκριμένη διάταξη καθορίζεται με παραπομπή στη διάταξη του άρθρου 24 της ίδιας Πράξης Νομοθετικού Περιεχομένου, το οποίο καταργήθηκε με το άρθρο 108 του νόμου 4727/2020.

15 Κάτι αντίστοιχο αποτυπώνεται και στο άρθρο 25 § 1 του Κανονισμού 910/2014· με βάση την συγκεκριμένη διάταξη ηλεκτρονικές υπογραφές που δεν πληρούν τις τεχνικές προϋποθέσεις της εγκεκριμένης ηλεκτρονικής υπογραφής δεν απορρίπτονται από την αποδεικτική διαδικασία

16 Για τη μέθοδο της αναλογίας βλ. Ε. Μιχελάκη, Εισαγωγή εις το δίκαιον και εις την επιστήμην του δικαίου, 1968, 72-73.

17 Βλ. τον σχετικό ορισμό του Γεωργίου Μητσόπουλου: Γ. Μητσόπουλος, Το πρόβλημα της έννοιας του δικαϊκού πλάσματος, 1998, 176.

Περιεχομένου, σύμφωνα με την οποία οι αιτήσεις, που συντάσσονται μέσω της Ενιαίας Ψηφιακής Πύλης της Δημόσιας Διοίκησης, είτε στην ηλεκτρονική, είτε στην έντυπη μορφή τους, έχουν την ίδια ισχύ με έγγραφα που φέρουν βεβαίωση γνησίου υπογραφής. Τούτο διότι δεν πρόκειται για εξομοίωση δύο εγγράφων, αλλά ουσιαστικά για εξομοίωση ενός εγγράφου προς μια διαδικασία. Τα έγγραφα που εκδίδονται από τη ψηφιακή πύλη της δημόσιας διοίκησης δεν φέρουν την υπογραφή του εκδότη τους. Με τη διαδικασία βεβαίωσης του γνησίου της υπογραφής ο αρμόδιος δημόσιος υπάλληλος βεβαιώνει το γεγονός ότι το προσερχόμενο σε αυτόν πρόσωπο υπέγραψε ενώπιον του με την ιδιόχειρη υπογραφή του συγκεκριμένο έγγραφο. Η βεβαίωση αυτή αναπτύσσει την αυξημένη τυπική αποδεικτική ισχύ του άρθρου 438 ΚΠολΔ¹⁸ ως προς το ανωτέρω γεγονός, η αλήθεια, δε, του περιεχομένου του εγγράφου συναρτάται, τυπικά, με την ιδιόχειρη υπογραφή του εκδότη, κατά το άρθρο 445 ΚΠολΔ, και όχι με τη βεβαίωση του δημοσίου υπαλλήλου. Εξάλλου, τίποτα δεν αποκλείει τη μεταγενέστερη της βεβαιώσεως αλλοίωση του περιεχομένου του εγγράφου. Ο νομοθέτης διέγινωσε το εσφαλμένο της διατύπωσης και προέβη σε διόρθωση αυτής σε σχέση με τις ηλεκτρονικές υπεύθυνες δηλώσεις και τις ηλεκτρονικές εξουσιοδοτήσεις. Έτσι, ενώ, αρχικά, με τη διαδικασία βεβαίωσης του γνησίου της υπογραφής εξομοιωνόταν (ορθά) η διαδικασία αυθεντικοποίησης του χρήστη μέσω κωδικών taxisnet ή e-banking για την έκδοση ηλεκτρονικών υπεύθυνων δηλώσεων και ηλεκτρονικών εξουσιοδοτήσεων (27 § 2 εδ.α' και 28 § 2 εδ.α' της από 30.03.2020 Π.Ν.Π. αντίστοιχα), με το άρθρο 38 περιπτώσεις 5 και 7 της από 13.04.2020 Πράξης Νομοθετικού Περιεχομένου η διατύπωση μεταβλήθηκε και ορίστηκε ότι η ίδια η ηλεκτρονική υπεύθυνη δήλωση και η ηλεκτρονική εξουσιοδότηση έχει όμοια νομική ισχύ με έγγραφο που φέρει βεβαίωση γνησίου υπογραφής. Η κατάργηση του άρθρου 38 της από 13.04.2020 Πράξης Νομοθετικού Περιεχομένου με το άρθρο 108 του νόμου 4727/2020 αποκατέστησε την ανωτέρω εκφραστική αστοχία¹⁹. Ο νόμος 4727/2020 εξομοιώνει πλέον πλασματικά την εγκεκριμένη ηλε-

18 Την αυξημένη αποδεικτική ισχύ του άρθρου 438 ΚΠολΔ αναπτύσσουν ρητά πλέον και τα ηλεκτρονικά δημόσια έγγραφα, όπως ορίζεται ρητά στο νέο τρίτο εδάφιο του άρθρου 438 ΚΠολΔ, το οποίο εισήχθη με το άρθρο 101 § 1 του νέου νόμου 4727/2020. .

19 Για τις ηλεκτρονικές υπεύθυνες δηλώσεις η αρχική διατύπωση είχε ως εξής: «*Η αυθεντικοποίηση που πραγματοποιείται για τη χρήση της ηλεκτρονικής εφαρμογής της παρ.1 του παρόντος έχει την ίδια ισχύ με τη βεβαίωση του γνησίου υπογραφής του άρθρου 11 του νόμου 2690/1999*». Η μεταγενέστερη διατύπωση, πριν την κατάργησή της, είχε ως ακολούθως: «*Η υπεύθυνη δήλωση που συντάσσεται μέσω της Ενιαίας Ψηφιακής Πύλης της Δημόσιας Διοίκησης έχει την ίδια ισχύ, τόσο στην ηλεκτρονική μορφή της όσο και στην έντυπη μορφή της με έγγραφο που φέρει βεβαίωση γνησίου υπογραφής του άρθρου 11 του ν.2690/2011*». Αντιστοίχως, για τις ηλεκτρονικές εξουσιοδοτήσεις η αρχική διατύπωση είχε ως εξής: «*Η αυθεντικοποίηση που πραγματοποιείται για τη χρήση της ηλεκτρονικής εφαρμογής της*

κτρονική υπογραφή ή την εγκεκριμένη ηλεκτρονική σφραγίδα του εκδότη με τη διαδικασία βεβαίωσης γνησίου υπογραφής υπό την έννοια ότι εφόσον ηλεκτρονικό έγγραφο φέρει την εγκεκριμένη ηλεκτρονική υπογραφή ή την εγκεκριμένη ηλεκτρονική σφραγίδα του εκδότη δεν απαιτείται περαιτέρω διαδικασία βεβαίωσης του γνησίου της υπογραφής από δημόσια αρχή ή από δικηγόρο²⁰. Η γνησιότητα της υπογραφής συνιστά συστατικό στοιχείο της ίδιας της εγκεκριμένης ηλεκτρονικής υπογραφής.

Όπως σημειώθηκε ανωτέρω, ο νομοθέτης με τις εν λόγω Πράξεις Νομοθετικού Περιεχομένου αλλά και με το άρθρο 27 του νέου νόμου 4727/2020 υποχρέωσε τους τρίτους αποδέκτες των ηλεκτρονικών υπεύθυνων δηλώσεων και των ηλεκτρονικών εξουσιοδοτήσεων να αποδέχονται, σε κάθε περίπτωση, τα εν λόγω ηλεκτρονικά έγγραφα είτε αποστέλλονται ηλεκτρονικά από τους εκδότες τους (ή και τρίτους), είτε προσκομίζονται σε έντυπη μορφή. Εντούτοις, ανακύπτει, εν προκειμένω, το εξής ζήτημα: Η υποχρεωτική αποδοχή ενός εγγράφου στην συναλλαγή, η οποία, κατ' επέκταση, οδηγεί σε απίσχναση και της δυνατότητας του λήπτη να αρνηθεί την αποδοχή του, δημιουργεί κινδύνους ιδίως ως προς το κύρος συμβάσεων ή εν γένει δηλώσεων βουλήσεως, οι οποίες θα καταρτίζονται και θα εξωτερικεύονται με βάση τα ανωτέρω ηλεκτρονικά έγγραφα (e-dilosi, e-exousiodotisi), κυρίως στις περιπτώσεις, στις οποίες ο εκδότης τους αμφισβητήσει τη γνησιότητά τους, ισχυριζόμενος ότι δεν είναι αυτός ο εκδότης τους ή ότι τα άνω έγγραφα δεν εκδόθηκαν με το συγκεκριμένο περιεχόμενο. Ο νομοθέτης, στην συγκεκριμένη περίπτωση, προέβη σε στάθμιση των αντικρουόμενων συμφερόντων, δηλαδή του συμφέροντος των εκδοτών να προβούν σε εξ αποστάσεως συναλλαγές με τρίτους, παρά τους υφιστάμενους περιορισμούς για την αποφυγή εξάπλωσης της πανδημίας του covid-19 και του συμφέροντος των ληπτών να συναλλαχθούν με βάση τα εν λόγω έγγραφα με ασφάλεια. Ενεργοποιήθηκε, ως λύση, ο μηχανισμός του νόμιμου τεκμηρίου²¹ σε συνδυασμό και με την αποδεικτική αρχή των σφαιρών επιρροής ή των περιοχών κινδύνου²². Με τις περιπτώσεις 6 και

παρ.1 του παρόντος έχει την ίδια ισχύ με τη βεβαίωση του γνησίου υπογραφής του άρθρου 11 του νόμου 2690/1999». Η μεταγενέστερη διατύπωση, πριν την κατάργησή της, είχε ως ακολούθως: «Η εξουσιοδότηση που συντάσσεται μέσω της Ενιαίας Ψηφιακής Πύλης της Δημόσιας Διοίκησης έχει την ίδια ισχύ, τόσο στην ηλεκτρονική μορφή της όσο και στην έντυπη μορφή της με έγγραφο που φέρει βεβαίωση γνησίου υπογραφής του άρθρου 11 του ν.2690/2011».

20 Άρθρο 100 § 1 του νόμου 4727/2020, με το οποίο προστίθεται εδάφιο στην παράγραφο 1 του άρθρου 11 του Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας.

21 Για τη λειτουργία του νόμιμου τεκμηρίου βλ. Ν. Κλαμαρή/Σ.Κουσουλή/Σ. Πανταζόπουλο, Πολιτική Δικονομία, Γ' Έκδοση, 2016, 716-717.

22 Για την συγκεκριμένη αποδεικτική αρχή βλ. Ν. Νίκα, Εγχειρίδιο Πολιτικής Δικονομίας, 3^η εκδ., 2018, 443-444.

8 του (καταργημένου) άρθρου 38 της από 13.04.2020 Πράξης Νομοθετικού Περιεχομένου, προστέθηκε τελευταίο εδάφιο στην § 5 του άρθρου 27 και στην § 5 του άρθρου 28 της από 30.03.2020 Πράξης Νομοθετικού Περιεχομένου αντίστοιχα και ορίστηκε για αμφότερες τις περιπτώσεις ότι οι αποδέκτες που λαμβάνουν τις ηλεκτρονικές υπεύθυνες δηλώσεις και τις ηλεκτρονικές εξουσιοδοτήσεις τεκμαίρεται ότι τελούν σε καλή πίστη ως προς την προέλευσή τους από τον εκδότη τους και ουδεμία ευθύνη υπέχουν ως προς τη γνησιότητά τους. Ως εκ τούτου, εάν ο εκδότης αμφισβητήσει τη γνησιότητα ηλεκτρονικής υπεύθυνης δήλωσης ή ηλεκτρονικής εξουσιοδότησης, φέρει και το βάρος απόδειξης της γνησιότητας αυτής. Η γνησιότητα εδώ νοείται και με τις δύο μορφές της. Αυτήν της προέλευσης του αποτυπωμένου διανοητικού περιεχομένου από συγκεκριμένο πρόσωπο, όπως διατυπώνεται ρητά στις άνω διατάξεις, αλλά και αυτής του ανόθευτου του περιεχομένου του εγγράφου²³. Κατά την κρατούσα θέση, η αμφισβήτηση της προέλευσης εγγράφου από συγκεκριμένο εναγόμενο εκδότη, κατά το άρθρο 445 ΚΠολΔ, συνιστά άρνηση και, έτσι, το βάρος απόδειξης αυτής φέρει ο ενάγων λήπτης του εγγράφου, ο οποίος και το προσκομίζει στο δικαστήριο, προκειμένου να αποδείξει πραγματικό γεγονός, το οποίο αποδεικνύεται από το έγγραφο και θεμελιώνει πραγματικό ισχυρισμό, στον οποίο βασίζεται η αγωγή αξίωσή του²⁴. Παρά τα σχετικά ζητήματα αντισυνταγματικότητας σε σχέση με το άρθρο 20 Σ²⁵ εν προκειμένω ο νομοθέτης καθιέρωσε αμάχητο τεκμήριο καλοπιστίας του αποδέκτη ως προς τη γνησιότητα των συγκεκριμένων ηλεκτρονικών εγγράφων. Θεσπίζεται ουσιαστικό δίκαιο όπως υποστηρίζεται σχετικά²⁶. Από την στιγμή, κατά την οποία η ηλεκτρονική υπεύθυνη δήλωση και η ηλεκτρονική εξουσιοδότηση θα πρέπει να γίνονται υποχρεωτικά αποδεκτές από τους λήπτες τους και εφόσον συντάσσονται με βάση τα εξατομικευμένα διαπιστευτήρια ασφαλείας (κωδικοί taxisnet/κωδικοί e-banking) και τους ειδικούς αναγνωριστικούς κωδικούς (otp) του εκδότη, τους οποίους αυτός τηρεί υπό τον έλεγχό του και οφείλει να τους διατηρεί απόρρητους, προκειμένου να διασφαλίζεται η ισχυρή ταυτοποίησή και επαλήθευση του προσώπου του, ο τελευταίος δεν μπορεί να αντι-

23 Για τη διττή έννοια της γνησιότητας βλ. Χ. Φραγκίστα/Π. Γέσιου-Φαλτσή, Δίκαιον Αποδείξεως, 1975, 226· Π. Γέσιου-Φαλτσή, Δίκαιο Αποδείξεως, 1985, 182· Π. Αρβανιτάκης, Ζητήματα αποδεικτικών εγγράφων κατά τον ΚΠολΔ, 1992, 63, 66.

24 Κ. Μπέης, Πολιτική Δικονομία, Γενικές Αρχές και ερμηνεία των άρθρων, Τόμος Ιβ, Απόδειξη, 1975, 1761· Π. Αρβανιτάκης, Ζητήματα αποδεικτικών εγγράφων, 70, 79, 96· Π. Γέσιου-Φαλτσή, Η προσβολή των εγγράφων ως πλαστών εις την πολιτικήν δίκην, Τόμος προς τιμήν Γ. Θ. Ράμμου Ι (1979), 179επ., 187, 192-193.

25 Γ. Μητσόπουλος, Γνωμοδότηση, ΝοΒ 25 (1984), 18επ., 25-29· Κ. Μπέης, Τα αμάχητα φορολογικά τεκμήρια είναι αντισυνταγματικά, Δ 9, 761επ.

26 Γ. Μητσόπουλος, Το πρόβλημα της έννοιας του δικαϊκού πλάσματος, 90-91· Γ. Νικολόπουλος, Δίκαιο Αποδείξεως, 2^η εκδ., 2011, 122.

τάξει στον αποδέκτη την κακόβουλη σύνταξη μίας ηλεκτρονικής υπεύθυνης δήλωσης ή μίας ηλεκτρονικής εξουσιοδότησης από τρίτο πρόσωπο. Με τον τρόπο αυτόν ο νομοθέτης επιχείρησε να απαλλάξει το λήπτη από το άγος της άρνησης από τον εκδότη μιας συναλλαγής βασιζόμενης στα εν λόγω έγγραφα και να θέσει ένα αντίβαρο στην υποχρεωτική αποδοχή αυτών των ηλεκτρονικών εγγράφων. Πρόκειται ουσιαστικά για συνύπαρξη ρυθμίσεων με πρόβλημα αντισυνταγματικότητας. Ενδεχομένως για τους ανωτέρω λόγους με την κατάργηση του άρθρου 38 της από 13.04.2020 Πράξης Νομοθετικού Περιεχομένου με το άρθρο 108 του νόμου 4727/2020, οι σχετικές ρυθμίσεις κατέστησαν άνευ αντικειμένου. Ως εκ τούτου, το άνω τεκμήριο υπέρ των ληπτών καταργήθηκε με συνέπεια να διατηρείται μόνο η υποχρέωση του λήπτη να αποδέχεται τα ηλεκτρονικά έγγραφα. Για τον λόγο αυτόν άλλωστε η § 3 του άρθρου 27 του νόμου 4727/2020 με την οποία καθορίζεται η υποχρεωτική αποδοχή των εγγράφων που εκδίδονται από την Ενιαία Ψηφιακή Πύλη της Δημόσιας Διοίκησης δεν καθιερώνει πλέον αντίστοιχο τεκμήριο. Δεν υπάρχει αμφιβολία ότι οι ανωτέρω νομοθετικές κυβιστήσεις καταδεικνύουν μία νομοθετική προχειρότητα, η οποία, εντούτοις, δεν είναι εντελώς αδικαιολόγητη, μιας και ο νομοθέτης κλήθηκε να αντιμετωπίσει σε ασφυκτικά χρονικά περιθώρια μία πρωτοφανή επιδημιολογική κρίση ενισχύοντας παράλληλα την ηλεκτρονική συναλλαγή.

V. Οι ρυθμίσεις του νόμου 4727/2020 για τα ηλεκτρονικά έγγραφα

Ο συγκεκριμένος νόμος, με τον οποίο ενσωματώθηκαν στην ελληνική έννομη τάξη οι Οδηγίες 2016/2102/ΕΕ για τη Ψηφιακή Διακυβέρνηση και 2019/1024/ΕΕ για τις Ηλεκτρονικές Επικοινωνίες, επιχείρησε να ρυθμίσει εκτός των άλλων και δικονομικά ζητήματα σχετικά με τα ηλεκτρονικά έγγραφα και, ειδικότερα, ζητήματα αποδεικτικής τους ισχύος. Δεν το κατάφερε με πλήρη επιτυχία όπως αναφέρεται κατωτέρω. Καταρχάς, ο νομοθέτης προβαίνει σε έναν ευρύ ορισμό του ηλεκτρονικού εγγράφου, στην έννοια του οποίου υπάγεται *οποιοδήποτε περιεχόμενο έχει αποθηκευτεί σε ηλεκτρονική μορφή και ειδικότερα ως κείμενο ή με ηχητική, οπτική ή οπτικοακουστική εγγραφή*²⁷. Ο ορισμός αυτός είναι κατά πολύ πιο ευρύς από τον ορισμό του άρθρου 444 § 2 ΚΠολΔ για τις μηχανικές απεικονίσεις και προσδιάζει μάλιστα περισσότερο προς τη φύση των τελευταίων παρά προς το χαρακτήρα του ηλεκτρονικού εγγράφου ως ηλεκτρονικά αποτυπωμένου διανοήματος και ως ηλεκτρονικά αποτυπωμένου κρίσιμου πραγμα-

27 Άρθρο 2 περ. 38.

τικού γεγονότος²⁸. Θυμίζει ορισμό που διατυπώθηκε παλαιότερα στη θεωρία σύμφωνα με τον οποίο ως ηλεκτρονικό έγγραφο θεωρείται κάθε υλικός φορέας καταχωρημένων ηλεκτρονικών δεδομένων²⁹. Δεν ακολουθούνται ορισμοί που επικεντρώνονται στην κατάρτιση του ηλεκτρονικού εγγράφου και στον αναγνώσιμο χαρακτήρα του³⁰. Περαιτέρω, ο νόμος διακρίνει εννοιολογικά ανάμεσα στην προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή³¹ και στην εγκεκριμένη ηλεκτρονική υπογραφή³² αποδίδοντας μόνο στη δεύτερη την ισχύ της ιδιόχειρης υπογραφής σε επίπεδο ουσιαστικού και δικονομικού δικαίου³³. Ακολουθούνται και εδώ οι ορισμοί της προηγούμενης και καταργημένης πλέον Οδηγίας 93/1999/ΕΚ και του π.δ. 150/2001 με το οποίο η Οδηγία αυτή ενσωματώθηκε στην ελληνική έννομη τάξη³⁴ και του ισχύοντος Κανονισμού 910/2014/ΕΕ (e-idas) αναφορικά με την ηλεκτρονική ταυτοποίηση και τις υπηρεσίες εμπιστοσύνης για τις ηλεκτρονικές συναλλαγές στην εσωτερική αγορά και την κατάργηση της οδηγίας 1999/93/ΕΚ. Σημαντική καινοτομία του νομοθετήματος συνιστά η διαφο-

28 Γ. Κόντης, Το ηλεκτρονικό έγγραφο ως αποδεικτικό έγγραφο κατά τον Κώδικα Πολιτικής Δικονομίας, 2012, 139.

29 Κ. Καραδημητρίου, Η ηλεκτρονική υπογραφή ως μέσο ασφάλειας των συναλλαγών στο ηλεκτρονικό εμπόριο, 2008, 11.

30 Για τους ορισμούς του ηλεκτρονικού εγγράφου βλ. Κ. Χριστοδούλου, Ηλεκτρονικά έγγραφα και ηλεκτρονική δικαιοπραξία, 2004, 3· Σ. Κουσούλης, Σύγχρονες μορφές έγγραφης συναλλαγής, 1992, 138· ο ίδιος, Η αποδεικτική δύναμη του e-mail. Σημείωμα στην υπ. αριθμ. 1327/2001 διαταγή πληρωμής του Προέδρου του Μονομελούς Πρωτοδικείου Αθηνών, ΔΕΕ 2001, 379επ., 380· Π. Κολοτούρος, Αποδεικτική δύναμη των εγγράφων στη ναυτιλία, ΝοΒ 55 (2007), 2019επ., 2020· Θ. Πανάγος, Το ηλεκτρονικό διοικητικό έγγραφο – Δημιουργία και διαχείριση, ΝοΒ 2006, 161επ., 163· S.E. Heun, Die elektronische Willenserklärung – Rechtliche Einordnung, Anfechtung und Zugang, CR 1994, 595επ., 595.

31 Στο άρθρο 2 περ. 49 ως προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή ορίζεται η ηλεκτρονική υπογραφή που πληροί τις ακόλουθες απαιτήσεις: α) συνδέεται κατά τρόπο μοναδικό με τον υπογράφοντα, β) είναι ικανή να ταυτοποιεί τον υπογράφοντα, γ) δημιουργείται με δεδομένα δημιουργίας ηλεκτρονικής υπογραφής τα οποία ο υπογράφων μπορεί, με υψηλό βαθμό εμπιστοσύνης, να χρησιμοποιεί υπό τον αποκλειστικό του έλεγχο, και δ) συνδέεται με τα δεδομένα που έχουν υπογραφεί σε σχέση με αυτή, κατά τρόπο ώστε να μπορεί να ανιχνευθεί οποιαδήποτε επακόλουθη τροποποίηση των εν λόγω δεδομένων.

32 Στο άρθρο 2 περ. 20 ως εγκεκριμένη ηλεκτρονική υπογραφή ορίζεται προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή που δημιουργείται από εγκεκριμένη διάταξη δημιουργίας ηλεκτρονικής υπογραφής και η οποία βασίζεται σε εγκεκριμένο πιστοποιητικό ηλεκτρονικής υπογραφής.

33 Υποστηρίζεται η εννοιολογική διεύρυνση της ιδιόχειρης υπογραφής ώστε στο εύρος της να υπάγεται και η εγκεκριμένη ηλεκτρονική υπογραφή (Γ. Κόντης, Το ηλεκτρονικό έγγραφο, 173-174), ενώ δεκτή θα μπορούσε να γίνει και η θέση περί πλασματικής εξομοίωσης της ιδιόχειρης και της εγκεκριμένης ηλεκτρονικής υπογραφής (Π. Κολοτούρος, Αποδεικτική δύναμη των ηλεκτρονικών εγγράφων, 2021, 2024).

34 Κατά το χρονικό εκείνο σημείο ως ασφαλέστερη μορφή ηλεκτρονικής υπογραφής νοούνταν η προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή. Άλλωστε, η εγκεκριμένη ηλεκτρονική υπογραφή αποτελεί αναβαθμισμένη μορφή προηγμένης ηλεκτρονικής υπογραφής.

ροποίηση των ηλεκτρονικών εγγράφων –με έμφαση στα *ηλεκτρονικά δημόσια έγγραφα*– σε όσα παράγονται κατά πρωτότυπο τρόπο και σε όσα παράγονται ως *ψηφιοποιημένα αντίγραφα* παραδοσιακών εγγράφων³⁵. Η παραγωγή ψηφιοποιημένων αντιγράφων πρωτότυπων έντυπων εγγράφων πραγματοποιείται με τη χρήση τεχνολογιών πληροφορίας και επικοινωνίας. Ως ψηφιοποιημένα αντίγραφα νοούνται τα ηλεκτρονικά έγγραφα που παράγονται από τη σάρωση (scanning) έγχαρτων εγγράφων. Επίσης, για πρώτη φορά λαμβάνει χώρα διάκριση ανάμεσα σε *πρωτότυπα ηλεκτρονικά έγγραφα* και σε *ηλεκτρονικά ακριβή αντίγραφα* *έγγραφα* στη βάση προφανώς της χρονικής προτεραιότητας ανάμεσα στο πρωτότυπο ηλεκτρονικό έγγραφο και το μεταγενέστερα ηλεκτρονικά παραγόμενο αντίγραφο αυτού³⁶. Η επικύρωση θα πρέπει να γίνεται από το πρόσωπο, το οποίο προβαίνει στην παραγωγή του ηλεκτρονικού αντιγράφου και είναι αρμόδιο να διαπιστώσει την ακρίβεια του τελευταίου προς το πρωτότυπο³⁷. Τα ηλεκτρονικά ψηφιοποιημένα αντίγραφα φέρουν εγκεκριμένη ηλεκτρονική χρονοσφραγίδα (q-seal), με την οποία βεβαιώνεται η ημερομηνία κατάρτισης του εγγράφου³⁸ και την εγκεκριμένη ηλεκτρονική σφραγίδα του δημόσιου φορέα ή την εγκεκριμένη ηλεκτρονική υπογραφή του διοικητικού οργάνου, το οποίο προβαίνει στην ψηφιακή αναπαραγωγή του πρωτότυπου έντυπου εγγράφου. Εντούτοις, όπως θα επισημανθεί και κατωτέρω, η ψηφιακή αναπαραγωγή έγχαρτου εγγράφου δεν αποτελεί αντίγραφο αυτού, αλλά μετασχηματισμό του παραδοσιακού εγγράφου σε ψηφιακά δεδομένα, έτσι ώστε να μη γίνεται λόγος για *ομοιότητα ή ακρίβεια*. Ο νομοθέτης φαίνεται να αντιλήφθηκε το ζήτημα και όρισε όπως σημειώθηκε ότι ο αρμόδιος υπάλληλος του δημόσιου φορέα, ο οποίος τηρεί και τα σχετικά αρχεία, θα πρέπει να βεβαιώνει την *ταύτιση* του ψηφιοποιημένου αντιγράφου με το αντίστοιχο έγχαρτο³⁹, κάτι που, όπως επισημαίνεται και κατωτέρω, εντοπίζεται ως πρακτική ήδη στο χώρο του τραπεζικού δικαίου με τις εκτυπώσεις των τηρούμενων ηλεκτρονικών αρχείων των πιστωτικών ιδρυμάτων. Με τη νομοθετική κατοχύρωση της ανωτέρω διαδικασίας έκδοσης δημοσίων εγγράφων δεν απαιτείται βέβαια

35 Άρθρο 13επ.

36 Άρθρο 13 §§ 3-4.

37 «Τα ηλεκτρονικά ακριβή αντίγραφα φέρουν υποχρεωτικά: α) εγκεκριμένη ηλεκτρονική χρονοσφραγίδα, β) είτε την εγκεκριμένη ηλεκτρονική σφραγίδα του φορέα είτε την εγκεκριμένη ηλεκτρονική υπογραφή του αρμόδιου για την έκδοση του αντιγράφου οργάνου, γ) την ένδειξη “ακριβές αντίγραφο” και δ) τα στοιχεία του οργάνου που υπέγραψε το έγγραφο ως τελικώς υπογράφων».

38 Όπως ορίζει το άρθρο 41 § 2 του Κανονισμού 910/2014, η *εγκεκριμένη ηλεκτρονική χρονοσφραγίδα* *χαίρει του τεκμηρίου της ακρίβειας της ημερομηνίας και της ώρας που αναφέρει καθώς και της ακεραιότητας των δεδομένων με τα οποία συνδέονται η ημερομηνία και η ώρα*.

39 Άρθρο 13 § 5 εδ. β' περ.γ.

κάποια αποδεικτική συμφωνία για τη χρήση τους. Προσκομίζονται ως νόμιμα αποδεικτικά έγγραφα και γίνονται αποδεκτά από τα δικαστήρια και τις εισαγγελίες⁴⁰. Τα ηλεκτρονικά δημόσια έγγραφα εξομοιώνονται δικονομικά με τα έγχαρτα δημόσια έγγραφα⁴¹. Προκύπτει και εδώ το ζήτημα εάν πρόκειται για πλασματική εξομοίωση ή για εννοιολογική διεύρυνση του δημοσίου εγγράφου με προτιμότερη τη δεύτερη λύση⁴². Στο πλαίσιο αυτό με το άρθρο 101 § 1 του νόμου 4727/2020 το ηλεκτρονικό δημόσιο έγγραφο εντάσσεται στην έννοια και αποδεικτική εμβέλεια των δημοσίων εγγράφων κατά το άρθρο 438 ΚΠολΔ ενώ όμοια ρύθμιση εισάγεται και στο άρθρο 171 § 1 του Κ.Δ.Δ. με την προσθήκη νέου εδαφίου, το οποίο αντιστοίχως εισήχθη με την § 1 του άρθρου 102 του ν.4727/2020. Όπως έκανε για το ηλεκτρονικό έγγραφο, ο νομοθέτης διατυπώνει έναν εξίσου ευρύ ορισμό του *ηλεκτρονικού δημοσίου εγγράφου*, σύμφωνα με τον οποίον ως ηλεκτρονικό δημόσιο έγγραφο ορίζεται κάθε έγγραφο, το οποίο παράγεται από δημόσιο φορέα με τη χρήση τεχνολογίας πληροφορικής και επικοινωνιών. Το βασικό υπόβαθρο νομικής κατοχύρωσης του δημοσίου ηλεκτρονικού εγγράφου είχαν αποτελέσει αρχικά η διάταξη του άρθρου 169 § 3 του Κ.Δ.Δ. σχετικά με τις μηχανικές απεικονίσεις ως έγγραφα, διάταξη που αποτελεί μεταφορά του άρθρου 444 ΚΠολΔ στη διοικητική δίκη, και οι νόμοι 2672/1998 και 3230/2004 για την ηλεκτρονική επικοινωνία στο δημόσιο και ανάμεσα στο δημόσιο και τους ιδιώτες⁴³. Στην έννοια του ηλεκτρονικού δημοσίου εγγράφου και στο πλαίσιο της ηλεκτρονικής δίκης συγκαταλέγονται αναμφισβήτητα η ηλεκτρονική πράξη κατάθεσης ηλεκτρονικού δικογράφου και η ηλεκτρονική έκθεση επίδοσης⁴⁴.

Εντούτοις, ο, ιδιαίτερα προβληματικός, νεωτερισμός του νόμου 4727/2020 είναι η αποδεικτική εξομοίωση της εγκεκριμένης ηλεκτρονικής υπογραφής

40 Άρθρο 14 § 1.

41 Άρθρο 14 § 1.

42 Το ζήτημα, όπως αναφέρθηκε, προέκυψε με τη νομική αξιολόγηση της ηλεκτρονικής υπογραφής σε σχέση με την ιδιόχειρη· για τις δύο διατυπωμένες θέσεις βλ. Γ. Κόντη, Το ηλεκτρονικό έγγραφο, 173-174 και Π. Κολοτούρο, Αποδεικτική δύναμη των ηλεκτρονικών εγγράφων, 2021, 2024.

43 Γ. Κόντης, Το ηλεκτρονικό έγγραφο, 269επ. Για τα ισχύοντα στη Γερμανία, J. Scmittmann, *Telefax in der öffentlichen Verwaltung*, CR 1995, 673επ., 674.

44 Οι σχετικές πρόνοιες είχαν διατυπωθεί αρχικά κατά τα έτη 2005-2008 με τη Νομοπαρασκευαστική Επιτροπή του Υπουργείου Δικαιοσύνης για την αναμόρφωση του ΚΠολΔ (προεδρία Καθηγητή Ν.Κ. Κλαμαρή) και την υποβολή πρότασης σχεδίου νόμου (Πρόταση Σχεδίου Νόμου – Νομοπαρασκευαστική Επιτροπή του Υπουργείου Δικαιοσύνης για την Αναμόρφωση του Κώδικα Πολιτικής Δικονομίας, Ερευνητικό Ινστιτούτο Δικονομικών Μελετών, Τόμος 38, 2008, 45-47, 144-145). Οι ρυθμίσεις για την ηλεκτρονική δίκη έχουν θεσπισθεί με τους νόμους 3994/2011, 4335/2015 αλλά και τα προεδρικά διατάγματα 25/2012 (ΦΕΚ 53^Α/12.03.2012) και 150/2013 (ΦΕΚ 234^Α/01.11.2013). Βλ. σχετικά, Γ. Κόντη, Οι διατάξεις του ΚΠολΔ για την πολιτική δίκη, *De Jure* 2016, 23επ., 26-27.

του διοικητικού οργάνου και της εγκεκριμένης ηλεκτρονικής σφραγίδας του οικείου δημοσίου φορέα. Αμφότερα (και διαζευκτικά) αποτελούν συνθετικά στοιχεία τόσο του πρωτότυπου ηλεκτρονικού δημοσίου εγγράφου όσο και του ηλεκτρονικού ακριβούς αντιγράφου αυτού όπως και του ψηφιοποιημένου αντιγράφου ενός έντυπου εγγράφου⁴⁵. Παρά ταύτα, μόνο η εγκεκριμένη ηλεκτρονική υπογραφή εξομοιώνεται νομοθετικά με την ιδιόχειρη υπογραφή. Αυτή είναι και η σαφής πρόνοια του κοινοτικού νομοθέτη. Η νέα ρύθμιση κείται σαφώς εκτός του πλαισίου του Κανονισμού 910/2014/ΕΕ, ο οποίος εξομοιώνει αποκλειστικά τις εγκεκριμένες ηλεκτρονικές υπογραφές με τις ιδιόχειρες σύμφωνα με το άρθρο 25 § 2 αυτού. Αντίστοιχη ήταν η πρόνοια και στο πλαίσιο της Οδηγίας 1999/93/ΕΚ και του π.δ. 150/2001. Η εξομοίωση αυτή απαντάται και σε αρκετές διατάξεις του ΚΠολΔ ιδίως στο πλαίσιο της ηλεκτρονικής κατάθεσης⁴⁶ και της ηλεκτρονικής επίδοσης δικογράφων⁴⁷.

Αξιοσημείωτη, επίσης, είναι η ρύθμιση για τις εκτυπώσεις των πρωτότυπων ηλεκτρονικών εγγράφων, των ηλεκτρονικών ακριβών αντιγράφων τους και των ψηφιοποιημένων αντιγράφων των έγχαρτων εγγράφων. Ο νέος νόμος ορίζει συγκεκριμένα ότι οι εκτυπώσεις των πρωτότυπων ηλεκτρονικών δημοσίων εγγράφων και των ηλεκτρονικών αντιγράφων τους όπως και των ψηφιοποιημένων αντιγράφων των έγχαρτων πρωτοτύπων έχουν την αποδεικτική ισχύ ακριβούς αντιγράφου (*αντίστοιχη δηλαδή του πρωτοτύπου*) και γίνονται έτσι αποδεκτά, δηλαδή ως ακριβή αντίγραφα, από τις δικαστικές και εισαγγελικές αρχές και όλα τα φυσικά ή νομικά πρόσωπα του ιδιωτικού και δημοσίου τομέα, εφόσον η επαλήθευση της ακρίβειας λαμβάνει χώρα μέσω των πληροφοριακών συστημάτων του Ελληνικού Δημοσίου και ιδίως εάν το πρωτότυπο ηλεκτρονικό αντίγραφο (*ή το ακριβές ηλεκτρονικό αντίγραφο αυτού ή το ψηφιοποιημένο αντίγραφο του έγχαρτου πρωτοτύπου*) φέρει αναγνωριστικό αριθμό επαλήθευσης⁴⁸. Σε περίπτωση κατά την οποία δεν είναι εφικτή η επαλήθευση της ακρίβειας της εκτύπωσης προβλέπεται η υποχρεωτική επικύρωσή της από διοικητική αρχή, Κ.Ε.Π. ή δικηγόρο, όπως άλλωστε συμβαίνει και

45 Άρθρο 13 §§ 3 έως 5.

46 Άρθρο 117 § 2 ΚΠολΔ σε συνδυασμό με το άρθρο 2 του π.δ. 25/2012.

47 Άρθρο 122 § 5 ΚΠολΔ. Βέβαια, στις διατάξεις αυτές όπου αναφέρεται η προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή νοείται πλέον η εγκεκριμένη ηλεκτρονική υπογραφή του Κανονισμού 910/2014.

48 Άρθρο 14 § 4. Η έννοια του «αναγνωριστικού αριθμού επαλήθευσης» είχε εισαχθεί με το (καταργημένο με το άρθρο 108 του νόμου) πρώτο εδάφιο της τρίτης παραγράφου του άρθρου 24 της από 30.03.2020 Πράξης Νομοθετικού Περιεχομένου, όπως είχε τροποποιηθεί με την από 13.04.2020 Πράξη Νομοθετικού Περιεχομένου. Ο μοναδικός αναγνωριστικός αριθμός επαλήθευσης αποτελεί κωδικό σε αλφαριθμητική μορφή ο οποίος τίθεται σε πράσινο πλαίσιο με τον οποίο και επιβεβαιώνεται η επιτυχής ολοκλήρωση της διαδικασίας έκδοσης του ηλεκτρονικού εγγράφου.

με τα παραδοσιακά έγχαρτα έγγραφα.

Παρόμοια ρύθμιση εισάγεται και με το άρθρο 15 του νόμου 4727/2020 σχετικά με τα *ηλεκτρονικά ιδιωτικά έγγραφα*, τα οποία φέρουν την εγκεκριμένη ηλεκτρονική υπογραφή ή την εγκεκριμένη ηλεκτρονική σφραγίδα του εκδότη ο οποίος μπορεί να είναι φυσικό ή νομικό πρόσωπο ή νομική οντότητα. Γίνονται αποδεκτά, όπως ορίζεται στη διάταξη, από τις δικαστικές και εισαγγελικές αρχές και από κάθε φυσικό ή νομικό πρόσωπο ή οντότητα⁴⁹. Αποδεκτές γίνονται και οι εκτυπώσεις των εγγράφων αυτών εφόσον είναι επικυρωμένες από δημόσια αρχή, Κ.Ε.Π. ή δικηγόρο ο οποίος έχει διαπιστώσει την ταύτιση του περιεχομένου του εκτυπωμένου εγγράφου με το ηλεκτρονικό ιδιωτικό έγγραφο⁵⁰. Αντίστοιχη πρόβλεψη για τη διαπίστωση της ταύτισης της ακρίβειας του περιεχομένου της εκτύπωσης με το περιεχόμενο του ηλεκτρονικού εγγράφου δεν υφίσταται για τα ηλεκτρονικά δημόσια έγγραφα. Στην προκειμένη περίπτωση η διάταξη αναφέρεται προφανώς στην ταύτιση της εκτύπωσης με την απεικόνιση του ηλεκτρονικού εγγράφου στην οθόνη του ηλεκτρονικού υπολογιστή, καθώς ταύτιση της εκτύπωσης με τα ψηφιακά δεδομένα μπορεί να πραγματοποιηθεί μόνο από εξειδικευμένο πρόσωπο. Βέβαια, η απεικόνιση του ηλεκτρονικού εγγράφου στον ηλεκτρονικό υπολογιστή δεν αποτελεί έγγραφο καθώς ελλείπει η σταθερή ενσωμάτωση του νοήματος σε υλικό φορέα⁵¹. Η συγκεκριμένη διάταξη θα πρέπει να ιδωθεί σε συνδυασμό με αυτήν του άρθρου 101 § 2 του νέου νόμου, η οποία προσθέτει τρίτη παράγραφο στο άρθρο 449 ΚΠολΔ στη δεύτερη παράγραφο του οποίου προσδιορίζεται η αποδεικτική εξομοίωση των γνήσιων αντιγράφων με τα πρωτότυπα έγγραφα. Με βάση τη νέα τρίτη παράγραφο του άρθρου 449 ΚΠολΔ τα ακριβή ηλεκτρονικά αντίγραφα και τα ψηφιοποιημένα ηλεκτρονικά αντίγραφα έντυπων εγγράφων όπως και οι εκτυπώσεις αυτών έχουν αποδεικτική δύναμη ακριβούς αντιγράφου και άρα εξομοιώνονται αποδεικτικά με τα πρωτότυπα ηλεκτρονικά έγγραφα. Ουσιαστικά, με την παράγραφο αυτή η σχέση πρωτοτύπου – ακριβούς αντιγράφου όπως αποτυπώνεται στην § 2 του άρθρου 449 μεταφέρεται στον ψηφιακό κόσμο. Αντίστοιχη ρύθμιση προβλέπεται πλέον και στο άρθρο 173 Κ.Δ.Δ. με την προσθήκη τρίτης παραγράφου που εισήχθη με το άρθρο 102 § 2 του νόμου 4727/2020.

Ιδιαίτερα προβληματική είναι εντούτοις η διάταξη του άρθρου 16 του νόμου 4727/2020. Ορθώς αναφέρεται από την μία πλευρά στην πρώτη παρά-

49 Άρθρο 15 § 1.

50 Άρθρο 15 § 2.

51 Κ. Χριστοδούλου, Ηλεκτρονικά έγγραφα, 2004, 20· Σ. Κουσουλής, Σύγχρονες μορφές, 139-140· Ι. Πιτσιρίκος, Σύγχρονα μέσα επικοινωνίας (τηλεομοιότυπο, τηλετύπημα, ηλεκτρονικό έγγραφο) για την κατάρτιση τυπικών δικαιοπραξιών ως ζήτημα της σχέσεως εγγράφου τύπου και δικαιοπραξίας, 2002, 394επ.

γραφο της διάταξης ότι τα ηλεκτρονικά έγγραφα που φέρουν απλή ή προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή ή προηγμένη ηλεκτρονική σφραγίδα του εκδότη αποτελούν μηχανικές απεικονίσεις του άρθρου 444 ΚΠολΔ. Η απουσία εγκεκριμένης ηλεκτρονικής υπογραφής δεν υποβιβάζει τα έγγραφα αυτά σε μη πληρούντα τους όρους του νόμου αποδεικτικά μέσα, όπως είχε γίνει δεκτό παλαιότερα⁵². Υφίσταται η περιορισμένη αποδεικτική ισχύς του άρθρου 448 ΚΠολΔ. Εντούτοις στο δεύτερο εδάφιο ο νομοθέτης απαιτεί για την τήρηση του έγγραφου τύπου κατά το άρθρο 160 ΑΚ και την αποδεικτική ισχύ ιδιωτικού εγγράφου κατά το άρθρο 443 ΚΠολΔ την θέση στο ηλεκτρονικό έγγραφο διαζευκτικά είτε της εγκεκριμένης ηλεκτρονικής υπογραφής είτε της εγκεκριμένης ηλεκτρονικής σφραγίδας του εκδότη. Πρόκειται για καινοτομία του Έλληνα νομοθέτη αρκετά προβληματική αφού εξομοιώνει *contra legem* με την ιδιόχειρη υπογραφή όχι μόνο την εγκεκριμένη ηλεκτρονική υπογραφή αλλά και την εγκεκριμένη ηλεκτρονική σφραγίδα. Κάτι τέτοιο δεν ορίζεται εντούτοις στον κανονισμό e-idas, όπως σημειώθηκε, καθώς ο κανονισμός 910/2014 εξομοιώνει με την ιδιόχειρη υπογραφή του εκδότη αποκλειστικά την εγκεκριμένη ηλεκτρονική υπογραφή. Όπως επισημάνθηκε και ανωτέρω, αντίστοιχη εξομοίωση περιλάμβανε και η Οδηγία 93/1999/ΕΚ και το προεδρικό διάταγμα 150/2001. Με την ιδιόχειρη υπογραφή εξομοιώνονταν μόνο η προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή.

Εξίσου προβληματική και αντιφατική είναι και η δεύτερη παράγραφος του άρθρου 16 του νόμου 4727/2020, η οποία αναφέρει ότι τα έγγραφα με απλή ή προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή αποτελούν νόμιμα αποδεικτικά μέσα και εκτιμώνται ελεύθερα με βάση τις δικονομικές διατάξεις. Ενδεχομένως ο νομοθέτης να είχε υπόψη του τη διάταξη του άρθρου 340 ΚΠολΔ για την ελεύθερη απόδειξη, παρά ταύτα φαίνεται ότι την παρερμήνευσε. Ελεύθερη απόδειξη δεν σημαίνει ότι ο δικαστής εκτιμά ελεύθερα κάθε αποδεικτικό μέσο. Το ζήτημα αφορά ιδίως τα έγγραφα τα οποία ως αποδεικτικά μέσα διακρίνονται για την αξιοπιστία τους⁵³. Ο δικαστής δεσμεύεται από την τυπική αποδεικτική δύναμη των επώνυμων αποδεικτικών μέσων, όπως ορίζει η § 1 του άρθρου 340 ΚΠολΔ. Τούτο άλλωστε είναι το νόημα της επιφύλαξης του πρώτου εδαφίου της δεύτερης παραγράφου του άρθρου 340 ΚΠολΔ (*«εκτός από τις περιπτώσεις που ορίζει ρητά ο νόμος»*) αναφορικά με την ελεύθερη εκτίμηση των αποδεικτι-

52 ΑΠ 405/2008, ΕΠολΔ 2008, 675επ., παρατ. Γ. Κόντη.

53 Δ. Μανιώτης, Αρχές του δικαίου της αποδείξεως στην πολιτική δίκη, 2013, 85. Όπως δέχεται ο Καθηγητής Μανιώτης στο συγκεκριμένο έργο του τα ίδια τα έγγραφα παρουσιάζουν αποδεικτική διαβάθμιση καθώς τα έγγραφα μαρτυρίας εκτιμώνται ελεύθερα σε αντίθεση με την αυξημένη αποδεικτική ισχύ των δικαιοπρακτικών εγγράφων (σελίδες 85-86). Το επιχείρημα αντλείται προδήλως από το τελευταίο εδάφιο του άρθρου 445 ΚΠολΔ· Γ. Νικολόπουλος, Δίκαιο της Αποδείξεως, 33-34.

κών μέσων⁵⁴. Αλλά πλέον για τον σχηματισμό της κρίσης του ο δικαστής θα συνεκτιμήσει και τα μη πληρούντα τους όρους του νόμου αποδεικτικά μέσα⁵⁵. Συνεπώς, ο δικαστής θα προσδώσει στα ηλεκτρονικά έγγραφα που φέρουν απλή ή προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή την περιορισμένη αλλά τυπική αποδεικτική ισχύ των μηχανικών απεικονίσεων κατά το άρθρο 448 ΚΠολΔ, η οποία καλύπτει την ακρίβεια του μετασχηματισμού των τεχνικών δεδομένων σε αντιληπτό για τον άνθρωπο νόημα. Αν δεν το πράξει και απλά τα συνεκτιμήσει ως μη πληρούντα τους όρους του νόμου αποδεικτικά μέσα υποπίπτει στην παράβαση του άρθρου 559 αρ.12 ΚΠολΔ⁵⁶. Η πρόσδοση εντούτοις μείζονος αξίας σε ένα νόμιμο αποδεικτικό μέσο σε σχέση με κάποιο άλλο όντως υπόκειται στην ελευθερία κρίσεως του δικαστή⁵⁷. Μόνο υπό την τελευταία εκδοχή θα μπορούσε να θεωρηθεί ορθή η έννοια της «ελεύθερης εκτίμησης» των μηχανικών απεικονίσεων της παραγράφου 2 του άρθρου 16 του νόμου 4727/2020 υπό το πρίσμα δηλαδή της απόδοσης μείζονος αξίας σε μία μηχανικής απεικόνισης έναντι άλλης από το δικαστή για τον σχηματισμό της δικανικής του πεποίθησης αναφορικά με την αλήθεια ισχυρισμού διαδικού.

VI. Αξιολόγηση των νέων ρυθμίσεων

- i. Η ιστορική εξέλιξη του ηλεκτρονικού εγγράφου: Η τεχνολογία διαχρονικά προηγείται του νομοθέτη. Ο Έλληνας δικονομικός νομοθέτης, εντούτοις, στο ζήτημα της δικονομικής αξιολόγησης των εναλλακτικών, μέσω της τεχνολογίας, μορφών αποτύπωσης της ανθρώπινης σκέψης υπήρξε, διαχρονικά, ιδιαίτερα προοδευτικός, ενσωματώνοντας τις τεχνικές αναπαραγωγές της νόησης στην έννοια της «μηχανικής απεικονίσεως» της, ιταλικής εμπνεύσεως, διάταξης του άρθρου 444 περ. γ' ΚΠολΔ, έτσι όπως αυτή ήταν διαμορφωμένη έως την αναθεώρησή της με την § 1 του άρθρου 40 του ν.3994/2011⁵⁸. Και πριν την εισαγωγή της διάταξης του άρθρου 444 στη δικονομική έννομη τάξη, η έννοια του «σημείου»⁵⁹, όπως αυτή αποτυπωνόταν στο άρθρο 13 περ. γ' Π.Κ. αποτέλεσε τη δικονομική οδό υποδο-

54 I. Δεληκωστόπουλος, Οι δικονομικοί λόγοι αναίρεσης, 2009, 334-335.

55 N. Νίκας, Εγχειρίδιο Πολιτικής Δικονομίας, 3^η εκδ., 2018, 438.

56 I. Δεληκωστόπουλος, Οι δικονομικοί λόγοι αναίρεσης, 335.

57 N. Νίκας, Εγχειρίδιο Πολιτικής Δικονομίας, 439· Π. Χριστοδούλου, Τα μη πληρούντα τους όρους του νόμου αποδεικτικά μέσα, 2017, 57· I. Δεληκωστόπουλος, Η αναζήτηση της αλήθειας στην πολιτική δίκη, 2016, 65-66· Γ. Νικολόπουλος, Δίκαιο της Αποδείξεως, ο.π., 33. Κ. Κεραμεύς/Δ. Κονδύλης/Ν. Νίκας (- I. Τέντες), Ερμ.ΚΠολΔ, Τομ I, 2000, 691.

58 Άρθρο 2712 Ιταλικού Α.Κ. Βλ. Γ. Νικολόπουλο, Το Δίκαιο της Απόδειξης, 327.

59 Και ακόμα νωρίτερα η έννοια του «μνημείου»· βλ. σχετικά, Β. Οικονομίδη/Μ. Λιβαδά, Εγχειρίδιο της Πολιτικής Δικονομίας, Τόμος II, 1925, 487.

χής στην έννοια του *εγγράφου* κάθε μορφής εξωτερίκευσης της ανθρώπινης σκέψης, η οποία πραγματοποιούνταν με κάθε μέσο πλην της γραφής⁶⁰. Η αλληλεπίδραση των δύο προαναφερόμενων διατάξεων ήταν έκδηλη, καθώς το άρθρο 444 ΚΠολΔ, κατά την άποψη σημαντικής μερίδας της επιστήμης, επηρέασε την εννοιολογική διεύρυνση του άρθρου 13 Π.Κ.⁶¹, με το άρθρο 2 του ν.1805/1988 και την προσθήκη νέου εδαφίου στην περίπτωση γ', με το οποίο και εντάχθηκαν στην ποινική έννοια του εγγράφου και όσα έγγραφα παράγονταν από ηλεκτρονικό υπολογιστή. Έτσι, ήδη από το τέλος της δεκαετίας του 1980 η ελληνική έννομη τάξη περιείχε έναν, γενικότερο έστω, ορισμό του ηλεκτρονικού εγγράφου. Ο ορισμός αυτός επηρέασε, με τη σειρά του, καθοριστικά τον εννοιολογικό προσδιορισμό του ηλεκτρονικού εγγράφου στο πεδίο του δικονομικού δικαίου⁶², καθώς κατόπιν επανειλημμένης επεξεργασίας εκ μέρους νομοπαρασκευαστικών επιτροπών⁶³, η σχετική ρύθμιση του άρθρου 13 Π.Κ. μεταφέρθηκε αυτούσια στην, αναθεωρημένη με την § 1 του άρθρου 40 του ν.3994/2011, διάταξη του άρθρου 444 ΚΠολΔ, η οποία, πλέον, αποτελείται από δύο παραγράφους: στην πρώτη εξ αυτών διατηρείται αναλλοίωτη η, κατά *πλάσμα δικαίου*⁶⁴ ή η κατά αναλογική εφαρμογή⁶⁵ ή η κατά εννοιολογική διεύρυνση του εγγράφου⁶⁶, δικονομική εξομοίωση των μηχανικών απεικονίσεων με τα έγγραφα, ενώ στη δεύτερη εξ αυτών το ηλεκτρονικό έγγραφο, από τη μία πλευρά, υπάγεται στην κατηγορία των μηχανικών απεικονίσεων και, από την άλλη πλευρά, προσδιορίζεται νομοθετικά. Πρόκειται για τη μέθοδο

60 Δ. Μανιώτης, Η ψηφιακή υπογραφή ως μέσο διαπιστώσεως της γνησιότητας των εγγράφων στο αστικό δικονομικό δίκαιο, 1998, 67· Α. Κωνσταντινίδης, Η έννοια και λειτουργία του εγγράφου στο ουσιαστικό και ποινικό δικονομικό δίκαιο, 2000, 9επ.

61 Σ. Σταμούλης, Φωνοληψία και έννομος τάξις, ΝοΒ 23 (1975), 262επ., 268.

62 Γ. Κόντης, Η ιστορική εξέλιξη της διάταξης του άρθρου 444§2 ΚΠολΔ ως εμπέδωση της αρχής της ενότητας της έννομης τάξης, Τιμητικός Τόμος Ιωάννη Σ. Σπυριδάκη, 2014, 529επ., 539επ.

63 Νομοπαρασκευαστική Επιτροπή του Υπουργείου Δικαιοσύνης για την αναμόρφωση του Κώδικα Πολιτικής Δικονομίας, Πρόταση σχεδίου νόμου, Ερευνητικό Ινστιτούτο Δικονομικών Μελετών, 176-177· Ειδική Νομοπαρασκευαστική του Υπουργείου Δικαιοσύνης για την τελική διαμόρφωση του Κώδικα Πολιτικής Δικονομίας – Σχέδιο Νόμου, Ερευνητικό Ινστιτούτο Δικονομικών Μελετών, Τόμος 44, 2009, 198-199.

64 Σ. Κουσουλής, Σύγχρονες μορφές έγγραφης συναλλαγής, 113, 114επ. · Π. Κολοτούρος, Αποδεικτική δύναμη των ηλεκτρονικών εγγράφων στη ναυτιλία, 2022-2023· Θ. Γιαννόπουλος, Η έννοια του εγγράφου μετά την «συμπλήρωση» του άρθρου 13 στοιχ.γ' ΠΚ και η σημασία του αστικού και αστικού δικονομικού δικαίου, Ποινικά Χρονικά Μ', 769επ., 771-772.

65 Α. Κονταξής, Ποινικός Κώδικας, 1987, 137.

66 Δ. Μανιώτης, Η ψηφιακή υπογραφή, 48-51, 68,71.

του νομοθετικού προσδιορισμού⁶⁷, παρά το γεγονός ότι τόσο στην ελληνική όσο και στην αλλοδαπή επιστήμη επιχειρήθηκε ο εννοιολογικός προσδιορισμός του ηλεκτρονικού εγγράφου με επικέντρωση, σε αρκετές περιπτώσεις, στην αποδεικτική του λειτουργία⁶⁸.

- ii. Κατηγορίες μηχανικών απεικονίσεων: Η ένταξη *μηχανικών αναπαραστάσεων* ή *μηχανικών αναπαραγωγών* στην έννοια του εγγράφου κατά το άρθρο 444 ΚΠολΔ έχει λειτουργήσει, αναμφισβήτητα, επιτυχώς. Έγγραφα θεωρήθηκαν, έτσι, οι φωτογραφίες⁶⁹, οι μαγνητοταινίες⁷⁰, οι οπτικοακουστικοί δίσκοι (CD, DVD)⁷¹, οι φωτοτυπίες⁷², η τηλεομοιοτυπία (fax)⁷³, τα ψηφιοποιημένα έγγραφα κ.α. Βέβαια, η ραγδαία τεχνολογική εξέλιξη έχει, ήδη, καταργήσει, στην πράξη, τις μαγνητοταινίες και τους οπτικοακουστικούς δίσκους, ενώ σύντομα η τηλεομοιοτυπία ή η φωτοτυπία θα αποτελούν ξεπερασμένες από την πραγματικότητα τεχνολογίες. Όπως καταδεικνύεται και κατωτέρω, με το νέο νόμο καταργείται η τηλεομοιοτυπία στις δημόσιες υπηρεσίες⁷⁴. Τα smart phones και κάθε άλλη «έξυπνη συσκευή» (π.χ. smart tv) επιτρέπουν, πλέον, στο χρήστη να αποτυπώνει ψηφιακά την πραγματικότητα και να δρα στον ψηφιακό κόσμο με την κατοχή μίας μόνο εξ αυτών των συσκευών. Άξονα διαφοροποίησης των μηχανικών απεικονίσεων από τα παραδοσιακά έγγραφα αποτελεί η απουσία εκδότη για τις πρώτες⁷⁵. Δεν υφίσταται το υποκείμενο εκείνο, το οποίο με τη θέση της ιδιόχειρης υπογραφής του εγγυάται την προέλευση της διατυπωμένης στο έγγραφο γνώσης ή βούλησης από αυτό και το ανόθευτο του περιεχομένου της. Η ιδιόχειρη υπογραφή επιτελεί την εγγυητική λειτουργία της⁷⁶.

67 Σ. Κουσουλής, Σύγχρονες μορφές έγγραφης συναλλαγής, 113.

68 Γ. Κόντης, Το ηλεκτρονικό έγγραφο, 135επ., 139· Π. Κολοτούρος, Αποδεικτική δύναμη των ηλεκτρονικών εγγράφων στη ναυτιλία, 2020· A. Becker, Elektronische Dokumente als Beweismittel im Zivilprozess, Frankfurt, 2004, 9.

69 ΑΠ 13/2020, Τ.Π.Ν. ΝΟΜΟΣ· Κ. Κεραμεύς, Το ελληνικό δίκαιον της αποδείξεως υπό την επίδραση της συγχρόνου τεχνολογίας, Δ 3 (1972), 40. Α. Καΐσης, Παράνομα αποδεικτικά μέσα, 1986, 68.

70 Κ. Καλαβρός, Η μαγνητοταινία στην πολιτική δίκη, 1984, 30επ.

71 ΑΠ 813/2010, ΕΠολΔ 2010, 830επ., παρατ. Κόντη.

72 Σ. Τσαντίνης, Ελαττωματικά μέσα αποδείξεως στην τακτική διαδικασία του ΚΠολΔ – στο παράδειγμα της ανεπικύρωτης φωτοτυπίας–, ΧρΙΔ 2005, 697επ., 701· D. Zielinski, Urkundenfälschung durch Technik, CR 1995, 286επ., 288.

73 Κ. Χριστοδούλου, Ηλεκτρονικά έγγραφα, 5· S. Streitz, Telefaxtechnik, CR 1995, 55επ.,

74 Άρθρο 99 νόμου 4727/2020.

75 Γ. Γεωργιάδης, Η σύναψη συμβάσεως μέσω του διαδικτύου, 2003, 299

76 Ν. Ανδρουλάκης, Το «έγγραφο» των άρθρων 13 γ', 216επ Π.Κ., το «έγγραφο» των άρθρων 178 στ', 364 ΚΠΔ και η φωτοτυπία, Ποινικά Χρονικά ΛΣΤ', 787επ., 788-789· B. Heinrich,

iii. Αποδεικτική ισχύς μηχανικών απεικονίσεων

Η έλλειψη υπογραφής στις μηχανικές απεικονίσεις συνεπάγεται τη διαφορετική δικονομική αξιολόγηση της αποδεικτικής λειτουργίας τους. Η αποδεικτική ισχύς των *έγχαρτων ή έντυπων εγγράφων* επεκτείνεται όχι μόνο στην προέλευση του περιεχομένου τους από το φερόμενο ως εκδότη, αλλά και στην αλήθεια αυτού⁷⁷. Η κρατούσα αυτή θέση στην παλαιότερη επιστημονική διαμάχη αναφορικά με την αυξημένη αποδεικτική ισχύ των ιδιωτικών εγγράφων κατέστη θετικό δίκαιο⁷⁸. Αντιθέτως, ασαφής ως προς το περιεχόμενό της υπήρξε η διάταξη του άρθρου 448 § 2 ΚΠολΔ σχετικά με την ανάπτυξη πλήρους απόδειξης για τα γεγονότα που αναπαρίστανται ή αποτυπώνονται σε αυτές⁷⁹. Η αλήθεια του αποτυπωμένου σε μηχανική απεικόνιση γεγονότος, η αναπαράσταση μέσω αυτής, δηλαδή, ενός πραγματικού γεγονότος, δεν συνιστά στοιχείο της τυπικής αποδεικτικής τους δύναμης κατά την προαναφερόμενη διάταξη, αλλά αντικείμενο απόδειξης της γνησιότητάς τους κατά το άρθρο 457 § 4 ΚΠολΔ. Το συμπέρασμα αυτό δεν προκύπτει μόνο από τη γραμματική διατύπωση της διάταξης αυτής, αλλά και από μία συστηματική ερμηνεία των διατάξεων για την αποδεικτική λειτουργία των μηχανικών απεικονίσεων. Η αποδεικτική ισχύς των μηχανικών απεικονίσεων, κατά το άρθρο 448 § 2 ΚΠολΔ, δεν μπορεί να αφορά την αλήθεια του αποδεικτέου αναπαριστώμενου γεγονότος μιας και υπό την παραδοχή αυτή θα καθίστατο άνευ αντικειμένου η διάταξη του άρθρου 457 § 4 ΚΠολΔ, καθώς, έτσι, θα υφίσταντο δύο διαφορετικές διατάξεις με όμοιο περιεχόμενο, τη ρύθμιση, δηλαδή, της γνησιότητας των

Mißbrauch gescannter Unterschriften als Urkundenfälschung, CR 1997, 622επ., 624.

77 Για την κρατούσα θέση βλ. Χ. Φραγκίστα / Π. Γέσιου - Φαλτσή, Δίκαιον Αποδείξεως, 232· Π. Γέσιου - Φαλτσή, Δίκαιον Αποδείξεως, 289-290· Κ. Μπέης, Τα έγγραφα στην πολιτική δίκη, Δ 23 (1992), 48· Σ. Κουσουλίας, Σύγχρονες μορφές έγγραφης συναλλαγής, σ.100· Γ. Ορφανίδης, Το επιτρεπτό των αποδεικτικών συμβάσεων, 1988, 248· Ι. Δεληγκαστόπουλος, Η ελεύθερη εκτίμηση των αποδείξεων από τον δικαστή στην πολιτική δίκη, 2004, 108· Α-Μ Ιωαννίδη, Η εμμέριση απόδειξη στην πολιτική δίκη κατά το ελληνικό, αγγλικό και κυπριακό δίκαιο, 2019, 65· από τη νομολογία βλ. ΑΠ 1086/2004, ΧρΙΔ 2005, 157· ΑΠ 1616/2001, ΕλλΔνη 2002, 407· ΑΠ 797/1994, ΕΕΝ 1995, 526· ΑΠ 1190/1994, ΕΕΝ 1995, 108· ΑΠ 1283/1993, ΕλλΔνη 1995, 154. Η αντίθετη άποψη σύμφωνα με την οποία η αποδεικτική δύναμη των ιδιωτικών εγγράφων καλύπτει μόνο την προέλευση του περιεχομένου του από συγκεκριμένο πρόσωπο (ΑΠ 93/2007, ΝοΒ 2007, 1347) αντανάκλα απόψεις της γερμανικής επιστήμης στο πλαίσιο της διάταξης της § 416 ZPO (S. Jungermann, Ein Redaktionsversehen des Gesetzgebers und die Bedeutung des § 371 ZPO für elektronische Dokumente CR 2001, 868επ., 869· J. Britz, Urkundenbeweis und Elektroniktechnologie, 1996, 272).

78 Με την διάταξη του άρθρου 40 § 2 του ν.3994/2011, προστέθηκε τελευταίο εδάφιο στο άρθρο 445, με το οποίο και επεκτάθηκε η αυξημένη αποδεικτική δύναμη των εγγράφων και στις περιεχόμενες σε αυτό δηλώσεις βουλήσεως.

79 Γ. Κόντης, Το ηλεκτρονικό έγγραφο, 78.

μηχανικών απεικονίσεων. Έγινε αποδεκτό, έτσι, ότι η αποτυπωμένη στη διάταξη το άρθρου 448 § 2 ΚΠολΔ αποδεικτική ισχύς των μηχανικών απεικονίσεων αναφέρεται στην τεχνική αρτιότητα αναπαραγωγής του αναπαραστώμενου γεγονότος⁸⁰. Η εύρυθμη λειτουργία μιας τεχνικής συσκευής οδηγεί στην αναπαραγωγή συγκεκριμένου γεγονότος. Μία φωτογραφία αναπαριστά ένα γεγονός. Μπορεί να αναπαράγεται και μία δικαιοπρακτική δήλωση σε έναν οπτικοακουστικό δίσκο. Η γνησιότητα της δήλωσης ή η αλήθεια του γεγονότος θα κριθεί, επομένως, στο πλαίσιο της διάταξης του άρθρου 457 § 4 ΚΠολΔ και όχι στο πλαίσιο της διάταξης του άρθρου 448 § 2 ΚΠολΔ⁸¹. Η ανταπόδειξη της τελευταίας διάταξης αναφέρεται στην εμφιλοχώρηση τεχνικού σφάλματος κατά τη διαδικασία της μηχανικής αναπαραγωγής⁸². Ο διάδικος, ο οποίος αντικρούει τον ισχυρισμό, η απόδειξη του οποίου επιχειρείται από τον αντίδικό του με την προσκόμιση της μηχανικής αναπαραγωγής, αρκεί να προκαλέσει αμφιβολίες στο δικαστή ως προς την άρτια λειτουργία της συσκευής κατά την αναπαραγωγή του αποδεικτέου γεγονότος⁸³. Αντιθέτως, εάν αμφισβητηθεί η γνησιότητα της μηχανικής απεικόνισης, ο διάδικος που την προσκομίζει φέρει το βάρος διεξαγωγής κύριας απόδειξης⁸⁴, προκειμένου να πείσει πλήρως τον δικαστή για τη γνησιότητα αυτής.

iv. Η φωτοτυπία και η τηλεομοιοτυπία ως προπομποί του ηλεκτρονικού εγγράφου

Σημειώνεται ότι η διαχωριστική γραμμή ανάμεσα στα παραδοσιακά έγγραφα και τις μηχανικές απεικονίσεις άρχισε να εξαυλώνεται με την τεχνολογική εξέλιξη, καθώς, αρχικά, συγκεκριμένες κατηγορίες μηχανικών απεικονίσεων εμφάνιζαν την υπογραφή του εκδότη. Τέτοια περίπτωση αποτέλεσε η φωτοτυπία. Το φωτοτυπικό μηχάνημα αναπαράγει την υπογραφή του εκδότη από το πρωτότυπο κείμενο. Η κατά νόμο επικύρωση της φωτοτυπίας ανάγει αυτήν σε πρωτότυπο έγγραφο κατά το άρθρο 449 § 2 ΚΠολΔ⁸⁵. Εξάλλου, θα

80 Σ. Κουσουλής, Σύγχρονες μορφές, 117-118· ο ίδιος, Ηλεκτρονικό έγγραφο και ηλεκτρονική υπογραφή. Οι σύγχρονες εξελίξεις. Αφιέρωμα της Εταιρίας Νομικών Βορείου Ελλάδος στην Καθηγήτρια Π. Γέσιου-Φαλτσή. Σύγχρονα ζητήματα αποδείξεως στην πολιτική δίκη, 2006, 224.

81 Γ. Κόντης, Το ηλεκτρονικό έγγραφο, 86.

82 Σ. Κουσουλής, Σύγχρονες μορφές, 117-118· ο ίδιος, Ηλεκτρονικό έγγραφο και ηλεκτρονική υπογραφή, 224.

83 Ως προς τη λειτουργία της ανταπόδειξης βλ. πιο πρόσφατα, Π. Κατσιρούμπα, Η απόδειξη στην πολιτική δίκη (- Ι. Βαλμαντώνης), 2019, 9.

84 ΠΠρΙωανν. 32/2021, Τ.Ν.Π. ΝΟΜΟΣ.

85 Ν. Ανδρουλάκης, Το «έγγραφο», 790· Σ. Παύλου, Η φωτοτυπία ως «έγγραφο» και ως «πλα-

μπορούσε να υποστηρίξει κανείς ότι η ανεπικύρωτη φωτοτυπία δεν θα πρέπει να υποβιβάζεται σε μη πληρούν τους όρους του νόμου αποδεικτικό μέσο, όπως αποδέχεται η κρατούσα θέση⁸⁶, αλλά θα πρέπει να διατηρεί την, έστω και περιορισμένη, τυπική αποδεικτική της δύναμη, ως μηχανική απεικόνιση, κατ' άρθρο 448 § 2 ΚΠολΔ.

Εξελιγμένη μορφή φωτοτυπίας αποτελεί, ουσιαστικά, το τηλεομοιοτύπο (fax/computerfax⁸⁷), καθώς μέσω της τηλεομοιοτυπίας παράγεται ψηφιακά ένα αντίγραφο του πρωτοτύπου εγγράφου. Το εισερχόμενο στην τηλεομοιοτυπική συσκευή του αποστολέα πρωτότυπο έγγραφο με την ιδιόχειρη υπογραφή του εκδότη «αποσυντίθεται» σε ψηφιακά δεδομένα και αναπαράγεται στην αντίστοιχη τηλεομοιοτυπική συσκευή του λήπτη. Πρόκειται για εξ αποστάσεως παραγόμενο φωτοαντίγραφο, για εξ αποστάσεως παραγόμενη φωτοτυπία⁸⁸, η οποία, προκειμένου να επικυρωθεί θα πρέπει το αρμόδιο πρόσωπο να λάβει στα χέρια του το πρωτότυπο ή αυτό να του επιδειχθεί, πράγμα, βέβαια, πρακτικά δυσχερές ιδίως στις περιπτώσεις στις οποίες αποστολέας και λήπτης διαβιούν σε απομακρυσμένες μεταξύ τους περιοχές. Η ως άνω ηλεκτρονική/ψηφιακή αναπαραγωγή ενός έγχαρτου εγγράφου ώθησε μέρος της επιστήμης στην αποδοχή του τηλεομοιότυπου ως ενός *εν ευρεία έννοια* ηλεκτρονικού εγγράφου ή ως *μη γνήσιου* ηλεκτρονικού εγγράφου⁸⁹.

v. Τα «σαρωμένα» έγγραφα (scanned documents) ως ψηφιοποιημένα έγγραφα

Αντίστοιχη είναι και μέθοδος της ψηφιακής σάρωσης (scanning) ενός εγγράφου (scanned document) και η μετατροπή του σε ηλεκτρονικό έγγραφο υπό τη μορφή φόρμας φορητού εγγράφου (portable document format/pdf), το οποίο δύναται να αποθηκευτεί σε σταθερό ή αποσπώμενο δίσκο ηλεκτρονικού υπολογιστή. Πρόκειται για τα ψηφιοποιημένα αντίγραφα έντυπων εγγρά-

στό έγγραφο», Υπεράσπιση 1991, 301επ., 301· Σ. Τσαντίνης, Ελαττωματικά μέσα αποδείξεως, 702· Α. Roßnagel/S. Fischer-Dieskau/D.Willke, Transformation von Dokumenten, CR 2005, 903επ., 905· D. Maniotis, Über die Zullässigkeit der Einrechnung von bestimmenden Schriftsätzen per Telefax, ZZP 1999, 315επ., 322-323.

86 Ν. Παϊσίδου, Η έννοια των μη πληρούντων τους όρους του νόμου αποδεικτικών μέσων και η ύπαρξή τους στο νέο άρθρο 270 ΚΠολΔ, ΕλλΔνη 43 (2002), 647επ., 659· Σ. Τσαντίνης, Ελαττωματικά μέσα αποδείξεως, 703.

87 Για την τεχνική μέθοδο του computerfax βλ. Γ. Κόντη, Το ηλεκτρονικό έγγραφο, 125.

88 Δ. Μανιώτης, Η ψηφιακή υπογραφή, 146επ., 149-150· D. Maniotis, Über die Zullässigkeit, 321· Α. Παπαθωμά-Μπέτγκε, Ηλεκτρονικό Εμπόριο: Νομικά ζητήματα κατά τη σύναψη εμπορικών συμβάσεων στο Internet, ΔΕΕ 12 (1999), 1237επ., 1240· Γ. Κόντης, Το ηλεκτρονικό έγγραφο, 123-124, 131.

89 Κ. Χριστοδούλου, Ηλεκτρονικά έγγραφα, 5.

φων⁹⁰ για τα οποία κάνουν λόγο οι ανωτέρω διατάξεις των άρθρων 12 έως 14 του νόμου 4727/2020 επικεντρωμένες ιδίως στα ψηφιοποιημένα ηλεκτρονικά αντίγραφα των δημοσίων εγγράφων. Εντούτοις, δεν ακριβολογεί κανείς –ούτε και ο νομοθέτης εν προκειμένω– όταν δέχεται ότι το ψηφιακά σαρωμένο (ψηφιοποιημένο) έγγραφο αποτελεί *ακριβές αντίγραφο*⁹¹ του πρωτότυπου έντυπου εγγράφου, αφού τα ηλεκτρονικά δεδομένα, από τα οποία απαρτίζεται το *σαρωμένο έγγραφο*, το οποίο είναι αποθηκευμένο στον ηλεκτρονικό υπολογιστή του χρήστη, δεν συνιστούν *αντίγραφο* του πρωτότυπου, καθώς δεν υφίσταται ομοιότητα ανάμεσα στις δύο αυτές μορφές εγγράφων. Αντιστοίχως, κατά τα ανωτέρω, δεν ακριβολογεί η διάταξη του άρθρου 101 § 2 του νόμου 4727/2020, με την οποία προστέθηκε 3^η παράγραφος στο άρθρο 449 ΚΠολΔ, σύμφωνα με την οποία τα *ψηφιοποιημένα αντίγραφα* έχουν αποδεικτική ισχύ ακριβούς αντιγράφου. Θα μπορούσε ενδεχομένως να γίνει δεκτό ότι υφίσταται ένα έγχαρτο πρωτότυπο και ένα ηλεκτρονικό πρωτότυπο (ψηφιοποιημένο) έγγραφο στον ηλεκτρονικό υπολογιστή υπό τη μορφή ψηφιακών δεδομένων. Η άποψη περί της δυνατότητας ύπαρξης πολλών πρωτοτύπων δεν είναι άλλωστε άγνωστη⁹². Για την κατάρτιση ηλεκτρονικού εγγράφου αρκεί η αποτύπωση του διανοητικού περιεχομένου με τη μορφή ψηφιακών δεδομένων χωρίς να απαιτείται η μετατροπή τους σε αναγνώσιμη μορφή⁹³. Η θέση αυτή ενισχύεται και από το γεγονός ότι το ψηφιοποιημένο έγγραφο φέρει εγκεκριμένη χρονοσφραγίδα, εγκεκριμένη ηλεκτρονική σφραγίδα του φορέα, εγκεκριμένη ηλεκτρονική υπογραφή του αρμοδίου διοικητικού οργάνου και βεβαίωση ταύτισης με το πρωτότυπο έντυπο. Κατά συνέπεια θα μπορούσε να γίνει δεκτό ότι δεν πρόκειται για απλή ψηφιοποίηση έντυπου πρωτότυπου, αλλά για εξαρχής κατάρτιση αυτοτελούς ηλεκτρονικού εγγράφου ηλεκτρονικά σφραγισμένου και υπογεγραμμένου. Φαίνεται πως ο νομοθέτης επιθυμώντας να ικανοποιήσει τον σκοπό διευκόλυνσης της συναλλαγής αποδίδει τη δικονομική ισχύ ακριβούς αντιγράφου στα ψηφιοποιημένα έγγραφα παρά την ανομοιότητα ανάμεσα στο πρωτότυπο έντυπο έγγραφο και το ψηφιοποιημένο αντίγραφο. Πρόκειται ουσιαστικά για πλασματική εξομίωση δύο διαφορετικών μορφών εγγράφων.

90 Γ. Κόντης, Ηλεκτρονικό έγγραφο, 119.

91 Άρθρο 14 § 3 του νόμου 4727/2020.

92 B. Heinrich, Mißbrauch gescannter Unterschriften, 624-625.

93 Δ. Μανιώτης, Η ψηφιακή υπογραφή, 56· Κ. Χριστοδούλου, Ηλεκτρονικά έγγραφα, 4· Γ. Γεωργιάδης, Η σύναψη συμβάσεως μέσω διαδικτύου, 207· Α. Στρατάκου, Δικονομικά ζητήματα της ηλεκτρονικής συναλλαγής, 83.

vi. Οι εκτυπώσεις των ψηφιοποιημένων εγγράφων

Στην συγκεκριμένη περίπτωση θα πρέπει να λάβει χώρα η εξής διάκριση: Σε περίπτωση εκτύπωσης ενός απλού ψηφιοποιημένου εγγράφου που δεν φέρει εγκεκριμένη ηλεκτρονική υπογραφή και σφραγίδα παράγεται όμοιο αντίγραφο με το έγχαρτο πρωτότυπο. Η νόμιμη επικύρωσή του από διοικητική αρχή, Κ.Ε.Π. ή δικηγόρο άγει σε αποδεικτική εξομοίωσή του με το πρωτότυπο έγγραφο κατά το άρθρο 449 § 2 ΚΠολΔ. Η δυνατότητα αυτή ισχύει για τις απλές ψηφιοποιήσεις τόσο των δημοσίων όσο και των ιδιωτικών ηλεκτρονικών εγγράφων⁹⁴. Η ανεπικύρωτη εκτύπωση ενεργεί, κατά την κρατούσα θέση, ως μη πληρούν τους όρους του νόμου αποδεικτικό μέσο και λαμβάνεται υπόψη για την συναγωγή δικαστικών τεκμηρίων⁹⁵ ή, κατά άλλη ορθότερη άποψη όπως σημειώθηκε αναπτύσσει την ανωτέρω περιορισμένη αποδεικτική ισχύ των μηχανικών απεικονίσεων κατά το άρθρο 448 ΚΠολΔ⁹⁶. Αντιθέτως, στην περίπτωση των ψηφιοποιημένων ηλεκτρονικών αντιγράφων υφίσταται εξαρχής, όπως επισημάνθηκε, κατάρτιση πρωτότυπου ηλεκτρονικού εγγράφου και η εκτύπωση αυτού δεν συνιστά ακριβές αντίγραφό του, καθώς δεν υφίσταται ομοιότητα ανάμεσα στα δύο έγγραφα. Τίθεται και εδώ ζήτημα ακρίβειας της νέας διάταξης του άρθρου 449 § 3 ΚΠολΔ. Η εκτύπωση της εγκεκριμένης ηλεκτρονικής υπογραφής και της εγκεκριμένης ηλεκτρονικής σφραγίδας οδηγεί σε απώλεια του κύρους τους. Προτιμότερο είναι να εκληφθεί ως πρωτότυπο έγγραφο εφόσον και εδώ βεβαιωθεί η ακρίβεια / γνησιότητα της εκτύπωσης από αρμόδιο διοικητικό όργανο. Η ύπαρξη μοναδικού αναγνωριστικού αριθμού επαλήθευσης ή η διαδικασία επαλήθευσης δεν είναι βέβαιο ότι επαρκεί για την πιστοποίηση της ακρίβειας της εκτύπωσης. Η επιφύλαξη του τελευταίου εδαφίου της παραγράφου 4 του άρθρου 14 του νόμου 4727/2020 είναι χαρακτηριστική⁹⁷. Και στην προκειμένη περίπτωση ο νομοθέτης επιθυμεί να διευκολύνει την κυκλοφορία της εκτυπώσεως του ψηφιοποιημένου ηλεκτρονικού αντιγράφου εξομοιώνοντας πλασματικά αυτήν με ακριβές αντίγραφο του ψηφιοποιημένου αντιγράφου παρά την πρόδηλη ανομοιογένεια των δύο μορφών εγγράφου.

94 Άρθρο 14 § 4 και άρθρο 15 § 2 νόμου 4727/2020.

95 Π. Κολοτούρος, Θεωρητικά ζητήματα της δικονομικής αποδείξεως και το πρόβλημα των ατελών αποδεικτικών μέσων, Τιμητικός Τόμος Κ. Μπέη, 2003, 2779επ., 2823-2824· Ν. Παϊσίδου, Η έννοια των μη πληρούντων τους όρους του νόμου αποδεικτικών μέσων, 659· Σ. Τσαντίνης, Ελαττωματικά μέσα αποδείξεως, 703· Σ. Κουσουλής, Σύγχρονες μορφές, 108· H. von Sponeck, Beweiswert von Computerausdrucken, CR 1991, 286επ., 270.

96 Κ. Μπέης, Τα έγγραφα στην πολιτική δίκη, 49.

97 «Σε περίπτωση που δεν είναι δυνατόν να επιβεβαιωθούν η ακρίβεια και η ισχύς κατά το προηγούμενο εδάφιο, απαιτείται η επικύρωση της εκτύπωσης από οποιαδήποτε διοικητική αρχή ή Κέντρο Εξυπηρέτησης Πολιτών (ΚΕΠ) ή δικηγόρο».

vii. Εκτυπώσεις πρωτότυπων ηλεκτρονικών εγγράφων ή των ηλεκτρονικών αντιγράφων τους

Αντίστοιχη προς την προηγούμενη είναι και η περίπτωση της εξαρχής συντάξεως εγγράφου στον ηλεκτρονικό υπολογιστή είτε σε μορφή word είτε σε μορφή *φόρμας φορητού εγγράφου* (pdf). Το πρωτότυπο έγγραφο ή το ηλεκτρονικό αντίγραφό του συντάσσεται εξαρχής ψηφιακά και απαρτίζεται αποκλειστικά από ηλεκτρονικά δεδομένα. Δεν υφίσταται έντυπο πρωτότυπο. Αντιστοίχως, η εκτύπωσή του (print out) δεν αποτελεί όμοιο αντίγραφο, λόγω της διαφορετικής φύσεως των δύο εγγράφων. Το πρόβλημα αφορά και τα δημόσια και τα ιδιωτικά ηλεκτρονικά έγγραφα. Ο νομοθέτης στο άρθρο 14 § 4 εδ. α' και στο άρθρο 15 § 2 του νόμου 4727/2020 αλλά και στο νέο άρθρο 449 § 3 ΚΠολΔ (άρθρο 101 § 2 ν.4727/2020) δεν ακριβολογεί όταν κάνει λόγο για *ακριβές αντίγραφο*. Το ζήτημα έχει ανακύψει συχνά και στη δικαστηριακή πρακτική με την εκτύπωση του μηνύματος ηλεκτρονικής αλληλογραφίας. Τα δικαστήρια της ουσίας αντιμετωπίζοντας ζητήματα αποδεικτικής ισχύος ηλεκτρονικών εγγράφων, έχουν αποδεχθεί το μήνυμα ηλεκτρονικής αλληλογραφίας (e-mail) ως έγγραφο των άρθρων 443 και 445 ΚΠολΔ, εξομοιώνοντας την διεύθυνση ηλεκτρονικής αλληλογραφίας (e-mail address) με την ιδιόχειρη υπογραφή του εκδότη. Επιπλέον, κατά την ίδια νομολογία η εκτύπωση του μηνύματος ηλεκτρονικής αλληλογραφίας εξομοιώθηκε με αντίγραφο αυτού, το οποίο νομίμως προσκομίζεται στο δικαστήριο κατόπιν νόμιμης επικύρωσής του από δημόσια αρχή ή δικηγόρο⁹⁸.

Η θέση αυτή δεν είναι ορθή, καθώς, όπως επισημάνθηκε, η έγχαρτη εκτύπωση του μηνύματος ηλεκτρονικής αλληλογραφίας δεν έχει ομοιότητα με τα ηλεκτρονικά δεδομένα, τα οποία απαρτίζουν το μήνυμα ηλεκτρονικής αλληλογραφίας και, άρα, δεν μπορεί να γίνεται λόγος για όμοιο ή ακριβές αντίγραφο, το οποίο εξομοιώνεται με το πρωτότυπο, κατ' άρθρο 449 §§ 2-3 ΚΠολΔ. Στο ίδιο πλαίσιο διατυπώθηκε και η θέση ότι η εκτύπωση του μηνύματος ηλεκτρονικής αλληλογραφίας αποτελεί πρωτότυπο έγγραφο με δεδομένο ότι αποτυπώνεται με πρωτότυπο τρόπο το διανοητικό περιεχόμενο που συντάχθηκε με ψηφιακά δεδομένα⁹⁹. Όπως υποστηρίχθηκε, νομικά, και τεχνολογικά, ακριβέστερη λύση προσφέρει η επιβεβαίωση και επικύρωση της έγχαρτης εκτύπωσης ως *γνήσιας εκτύπωσης* –και όχι ως *ακριβούς αντιγράφου*– του τηρού-

98 ΕφΔωΔ 45/2018, Τ.Ν.Π. ΝΟΜΟΣ· ΔΠΛΜΠρΑθ 1327/2001, ΔΕΕ 2001, 377επ., ΔΠΛΜΠρΑθ 6302/2004, Αρμ.2005, 240· ΜΠρΑθ 1963/2004, Δ36, 587επ., πιο πρόσφατα, ΔΠΛΜΠρΑθ 1932/2011, ΕΠολΔ 2011, 688επ., παρατηρήσεις Γ. Κόντη· ΕφΑθ 32/2011, ΕΠολΔ 2011, 756επ., παρατηρήσεις Γ. Κόντη.

99 Γ. Κόντης, Παρατηρήσεις στην ΕφΑθ 32/2011, ΕΠολΔ 2011, 757επ., 759-760· ο ίδιος, Παρατηρήσεις στην ΔΠΛΜΠρΑθ 1932/2011, ΕΠολΔ 2011, 691επ., 694.

μενου στον ηλεκτρονικό υπολογιστή μηνύματος ηλεκτρονικής αλληλογραφίας, εφόσον το πρόσωπο που βεβαιώνει την ακρίβεια της εκτύπωσης είναι σε θέση να βεβαιώσει τον μετασχηματισμό των ηλεκτρονικών δεδομένων σε έγχαρτη μορφή. Η θέση αυτή έχει διατυπωθεί από το Ακυρωτικό στο πεδίο του τραπεζικού δικαίου με τις έγχαρτες αποτυπώσεις των κινήσεων των τηρούμενων σε πιστωτικό ίδρυμα τραπεζικών λογαριασμών και των αποσπασμάτων από τα ηλεκτρονικώς τηρούμενα βιβλία του¹⁰⁰. Το αρμόδιο τραπεζικό στέλεχος βεβαιώνει ότι οι αποτυπωμένες σε χαρτί κινήσεις συγκεκριμένου τραπεζικού λογαριασμού ή συγκεκριμένου αποσπάσματος από τα εμπορικά βιβλία της τράπεζας συνιστούν γνήσια εκτύπωση του ηλεκτρονικώς τηρούμενων αντίστοιχου αρχείου της τράπεζας.

Ως εκ τούτου, η εκτύπωση πρωτότυπου ηλεκτρονικού, δημοσίου ή ιδιωτικού, εγγράφου ή του ηλεκτρονικού ακριβούς αντιγράφου του (στο πλαίσιο ιδίως των ηλεκτρονικών δημοσίων εγγράφων), δεν συνιστά ακριβές αντίγραφο αυτού, όπως εσφαλμένα δέχεται ο νόμος 4727/2020 στα άρθρα 14 και 15, αλλά πρωτότυπο έγγραφο. Όπως ειπώθηκε, το ίδιο θα πρέπει να ισχύσει και για τη ψηφιοποιημένα ηλεκτρονικά αντίγραφα που φέρουν εγκεκριμένη ηλεκτρονική υπογραφή και σφραγίδα. Και εν προκειμένω θα πρέπει να γίνεται λόγος για ακρίβεια και γνησιότητα της εκτύπωσης, η οποία πιστοποιείται από τον μοναδικό κωδικό ή τη διαδικασία επαλήθευσης ή σε κάθε περίπτωση θα πρέπει να πιστοποιείται αρμοδίως. Κατ' επέκταση, είναι άστοχη και η ρύθμιση του νέου νόμου για την επικύρωση της εκτύπωσης από δημόσια αρχή, Κ.Ε.Π. ή δικηγόρο. Είναι προφανές ότι στην προκειμένη περίπτωση ο νομοθέτης ακολούθησε την πάγια αλλά εσφαλμένη νομολογία των δικαστηρίων της ουσίας σχετικά με τη νόμιμη προσκόμιση της εκτύπωσης του μηνύματος ηλεκτρονικής αλληλογραφίας στο δικαστήριο¹⁰¹. Και εν προκειμένω θα μπορούσε να γίνει λόγος για πλασματική εξομοίωση της εκτύπωσης με ακριβές αντίγραφο του ηλεκτρονικού αρχείου προς διευκόλυνση της περαιτέρω κυκλοφορίας της εκτύπωσης στην συναλλαγή. Νοητή ως εκ τούτου είναι μόνο η έννοια του ακριβούς ηλεκτρονικού αντιγράφου ενός ηλεκτρονικού πρωτοτύπου εγγράφου λόγω της ομοιότητας των ψηφιακών δεδομένων αποτύπωσης του περιεχομένου τους.

100 ΑΠ 35/2011, ΝοΒ 2011, 1268· ΑΠ 570/2010, ΝΟΜΟΣ.

101 Βλ. την προαναφερθείσα νομολογία: ΔΠΛΜΠρΑθ 1327/2001, ΔΕΕ 2001, 377επ· ΔΠΛΜΠρΑθ 6302/2004, Αρμ.2005, 240· ΜΠρΑθ 1963/2004, Δ36, 587επ· πιο πρόσφατα, ΔΠΛΜΠρΑθ 1932/2011, ΕΠολΔ 2011, 688επ., παρατηρήσεις Γ. Κόντη· ΕφΑθ 32/2011, ΕΠολΔ 2011, 756επ., παρατηρήσεις Γ. Κόντη.

viii. Εγκεκριμένη ηλεκτρονική υπογραφή και εγκεκριμένη ηλεκτρονική σφραγίδα:

Η τεχνολογική εξέλιξη έθεσε τη δικονομική αξιολόγηση των μηχανικών απεικονίσεων σε νέα βάση. Μέσω του *ηλεκτρονικού εγγράφου* καθίσταται εφικτή η αποτύπωση διανοήματος με ηλεκτρονικό τρόπο μέσω της ηλεκτρονικής τεχνολογίας¹⁰². Αυτή την έννοια αποδίδει στο ηλεκτρονικό έγγραφο και ο νόμος 4727/2020. Η δυνατότητα αυτή οδήγησε σε λειτουργική εξομοίωση του ηλεκτρονικού εγγράφου με το παραδοσιακό. Η νομική εξομοίωση, επιπλέον, έλαβε χώρα με την εισαγωγή της τεχνολογίας της ηλεκτρονικής υπογραφής¹⁰³. Η τεχνολογία παραγωγής της ηλεκτρονικής υπογραφής έχει παρουσιασθεί αναλυτικά σε αρκετές μελέτες στην ημεδαπή και αλλοδαπή¹⁰⁴. Δεν πρόκειται, ουσιαστικά, για υπογραφή του εγγράφου, αλλά για σφράγιση του¹⁰⁵. Απαιτείται η χρήση απόρρητων κωδικών/κλειδιών (private key-public key). Ο εκδότης κλειδώνει το ηλεκτρονικό έγγραφο με το ιδιωτικό κλειδί, παράγοντας μία σύνοψη του κειμένου. Ο λήπτης αποσφραγίζει το έγγραφο με κωδικό, ο οποίος είναι αναρτημένος στο διαδίκτυο (δημόσιο κλειδί), παράγοντας, αντίστοιχα νέα σύνοψη (Kurzfassung) του κειμένου. Εφόσον οι δύο συνόψεις συμπίπτουν, επιβεβαιώνεται η επιτυχής λειτουργία της ηλεκτρονικής υπογραφής και η τελευταία επιτελεί την εγγυητική λειτουργία της. Η επιτυχής λειτουργία (Hush Funktion) της ηλεκτρονικής υπογραφής εγγυάται ότι το ηλεκτρονικό έγγραφο προέρχεται, πρώτον, από τον κάτοχο των κωδικών και, δεύτερον, ότι αποστέλλεται στο λήπτη άθροιστο¹⁰⁶. Τα ψηφιακά δεδομένα παραγωγής της

102 Κ. Χριστοδούλου, Ηλεκτρονικά έγγραφα, 3· Σ. Ορφανογιάννη, Η χρήση των ηλεκτρονικών μέσων κατά τη διακίνηση των εγγράφων στις δημόσιες υπηρεσίες, ΕΔΚΑ 2003, 401επ., 402.

103 Η ηλεκτρονική υπογραφή παρουσιάζει διαβαθμίσεις ανάλογα και με το επίπεδο ασφάλειας. Σήμερα ύψιστο επίπεδο ασφάλειας εμφανίζει πλέον η εγκεκριμένη ηλεκτρονική υπογραφή του κανονισμού 910/2014, ακολουθεί η προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή και έπονται οι απλές μορφές ηλεκτρονικής υπογραφής. Για τις σχετικές διαβαθμίσεις της ηλεκτρονικής υπογραφής βλ. Γ. Κόντη, Το ηλεκτρονικό έγγραφο, 154επ.

104 Κ. Καραδημητρίου, Η ηλεκτρονική υπογραφή, 43επ., 50-57· Ι. Καρακώστας, Δίκαιο & Internet, 2003, 193-194· Δ. Μανιώτης, Η σύναψη της ηλεκτρονικής συμβάσεως και η ευθύνη των παρεχόντων συνδρομή στην κατοχύρωση της γνησιότητας και του αναλλοίωτου των ηλεκτρονικών εγγράφων, 2003, 36-38· Ι. Λιναρίτης, Η νομοθετική ρύθμιση των ηλεκτρονικών υπογραφών μετά την ενσωμάτωση της Οδηγίας 99/93 της Ευρωπαϊκής Ένωσης στο ελληνικό δίκαιο με το π.δ. 150/2001, ΔΕΕ 3 (2002), 257επ., 258· A. Roßnagel, Die fortgeschrittene elektronische Signatur, MMR 2003, 164επ· M. Bergfelder, Der Beweis im elektronischer Rechtsverkehr, Hamburg, 2006, 157επ., 178επ.

105 U. Seidel, Dokumentenschutz in elektronischen Rechtsverkehr, CR 1993, 484επ., 486· G. Nöcker, Urkunden und EDI-Dokumente, CR 2000, 176επ., 178.

106 U. Pordesh/K. Nissen, Fälschungsrisiken elektronisch signierter Dokumente, CR 1995, 562επ., 563.

ηλεκτρονικής υπογραφής συνδέονται μονοσήμαντα με τον εκδότη του εγγράφου και κάτοχο των κωδικών. Αυτό ίσχυε και κατά το πρηγούμενο νομοθετικό καθεστώς της Οδηγίας 1999/93/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου σχετικά με το κοινοτικό πλαίσιο για τις ηλεκτρονικές υπογραφές, η οποία ενσωματώθηκε στην ελληνική έννομη τάξη με το προεδρικό διάταγμα 150/2001¹⁰⁷, αλλά και υπό το ισχύον νομοθετικό καθεστώς του Κανονισμού (ΕΕ) 910/2014 του Ευρωπαϊκού Συμβουλίου και του Κοινοβουλίου σχετικά με την ηλεκτρονική ταυτοποίηση και τις υπηρεσίες εμπιστοσύνης για τις ηλεκτρονικές συναλλαγές στην εσωτερική αγορά και την κατάργηση της οδηγίας 1999/93/ΕΚ¹⁰⁸. Στη θεωρία προτείνεται εισαγωγή τεκμηρίου γνησιότητας της εγκεκριμένης ηλεκτρονικής υπογραφής, το οποίο ο εκδότης του ηλεκτρονικού εγγράφου θα πρέπει να ανατρέψει. Ο κάτοχος των κωδικών παραγωγής της εγκεκριμένης ηλεκτρονικής υπογραφής είναι υπεύθυνος για την τήρηση αυτών εμπιστευτικών¹⁰⁹. Πεδίο εφαρμογής μπορεί να βρει και η ανωτέρω θεωρία των σφαιρών επιρροής¹¹⁰. Ο διάδικος οφείλει να αποδεικνύει τα πραγματικά γεγονότα, τα οποία βρίσκονται υπό τον έλεγχό του¹¹¹.

Διαπιστώνει κανείς ότι η σχετική ορολογία μεταβάλλεται. Στο πλαίσιο της Οδηγίας 1999/93/ΕΚ και του προεδρικού διατάγματος 150/2001 η υπογραφή, η οποία κάλυπτε τις σχετικές προϋποθέσεις ασφαλείας ήταν η *προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή*. Η τελευταία ήταν και η μόνη, η οποία προσέδιδε τυπική αποδεικτική αξία στα ηλεκτρονικά έγγραφα στο πλαίσιο του γερμανικού δικονομικού δικαίου¹¹². Άλλες μορφές ηλεκτρονικών υπογραφών, ακόμα και οι βιομετρικές υπογραφές σε ταμπλέτα (pad signatures) δεν γίνονται δικονομικά αποδεκτές, ούτε καλύπτουν τον έγγραφο τύπο¹¹³. Άλλωστε, το γερμανικό δικονομικό δίκαιο δε γνωρίζει διάταξη αντίστοιχη με αυτήν του άρθρου 444 ΚΠολΔ. Οι μηχανικές αναπαραγωγές αποτελούν αντικείμενα αυτοψίας

107 Άρθρο 2 § 2 π.δ. 150/2001.

108 Άρθρο 26 του Κανονισμού 910/2014/ΕΕ.

109 Δ. Μανιώτης, Η ψηφιακή υπογραφή, 122επ.· ο ίδιος, Η σύναψη της ηλεκτρονικής συμβάσεως, 30-32· ο ίδιος, Ζητήματα από την ηλεκτρονική κατάρτιση των δικαιοπραξιών, Εταιρία Νομικών Βορείου Ελλάδος, Ψηφιακή Τεχνολογία και Δίκαιο, 2004, 11επ., 18, 21.

110 G. Baumgärtel, Σκέψεις για κατανομή του βάρους αποδείξεως στη θετική παράβαση της συμβάσεως (μετάφραση Ν. Νίκας), Αρμ. 1983, 177επ., 178.

111 Π. Καργάδος, Το βάρος αποδείξεως μεταξύ του δικονομικού και του ουσιαστικού δικαίου, 1983, 97.

112 A. Roßnagel, Die fortgeschrittene elektronische Signatur, 164επ.· A. Roßnagel/S. Fischer-Dieskau, Automatisiert erzeugte elektronische Signaturen, MMR 2004, 133επ., 134επ.· M. Schmidt, Die elektronische Signatur, CR 2002, 508επ., 510.

113 W. H. Rechberger/M. R. Mc Guire, Die elektronische Urkunde und das Beweismittelsystem der ZPO, W. H. Rechberger, Die elektronische Revolution im Rechtsverkehr-Möglichkeiten und Grenzen, Wien, 2006, 18.

και εκτιμώνται ελεύθερα από το δικαστή¹¹⁴. Στο γερμανικό δίκαιο μόνο η αναβαθμισμένη ηλεκτρονική υπογραφή κάλυπτε τον έγγραφο τύπο¹¹⁵. Η προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή κάλυπτε απλά τις απαιτήσεις της καταργημένης Οδηγίας 93/1999/ΕΚ. Η διαφοροποίηση των δύο υπογραφών έγκειται στην ποιότητα του πιστοποιητικού γνησιότητας της υπογραφής¹¹⁶. Την ύψιστη ασφάλεια εντούτοις παρέχει η αναβαθμισμένη ηλεκτρονική υπογραφή εκούσιας διαπίστευσης. Στην παραγωγική διαδικασία της αναβαθμισμένης ηλεκτρονικής υπογραφής παρεμβάλλεται τρίτη ανεξάρτητη οντότητα, ο πάροχος υπηρεσιών πιστοποίησης, ο οποίος, κατά βάση, επιβεβαιώνει ότι οι κωδικοί («ζεύγος κλειδιών») παραγωγής της ηλεκτρονικής υπογραφής ανήκουν στον εκδότη. Στο πλαίσιο της αναβαθμισμένης ηλεκτρονικής υπογραφής εκούσιας διαπίστευσης ο πάροχος υπηρεσιών πιστοποίησης υπάγεται στην εποπτεία και ελέγχεται από αρμόδια εποπτική αρχή στο πλαίσιο διαδικασίας διαπίστευσης¹¹⁷. Το παράδειγμα αυτό ακολουθεί η ενωσιακή νομοθεσία στον Κανονισμό 910/2014 με τη θέσπιση της εγκεκριμένης ηλεκτρονικής υπογραφής, η οποία ερείδεται σε εγκεκριμένο πιστοποιητικό, το οποίο έχει εκδοθεί από εγκεκριμένο πάροχο υπηρεσιών εμπιστοσύνης. Μόνο, πλέον, οι εγκεκριμένες ηλεκτρονικές υπογραφές εξομοιώνονται, σε επίπεδο ουσιαστικού και δικονομικού δικαίου, με τις ιδιόχειρες υπογραφές¹¹⁸. Οι λοιπές ηλεκτρονικές υπογραφές, απλές και προηγμένες, αναπτύσσουν την περιορισμένη αποδεικτική ισχύ των μηχανικών απεικονίσεων. Αυτό είναι και το νόημα του πρώτου εδαφίου της πρώτης παραγράφου του άρθρου 16 του νόμου 4727/2020. Αποτυπώνεται στη διάταξη αυτή και η αρχή που εισάγεται με το άρθρο 25 § 1 του Κανονισμού 910/2014, σύμφωνα με την οποία δεν θα πρέπει να απορρίπτονται από την συναλλαγή όσες ηλεκτρονικές υπογραφές δεν πληρούν τα κριτήρια της εγκεκριμένης ηλεκτρονικής υπογραφής. Όπως επισημάνθηκε, στις απλές ηλεκτρονικές υπογραφές εντάσσονται η πληκτρολόγηση του ονοματεπωνύμου στον ηλεκτρονικό έγγραφο, η σαρωμένη/σκαναρισμένη υπογραφή (eingescannte Unterschrift), καθώς και η βιομετρική υπογραφή, η οποία είναι βασισμένη είτε στα ψυχολογικά χαρακτηριστικά του

114 C. Berger, Beweisführung mit elektronischen Dokumenten, NJW 2005, 1016επ., 1017· S. Erik-Heun, Elektronisch erstellte oder übermittelte Dokumente und Schriftform, CR 1995, 2επ., 3. J. Britz, Urkundenbeweis und Elektroniktechnologie, 1996, 35.

115 J. Lenz/C. Schmidt, Die elektronische Signatur, Stuttgart, 2002, 79· M. Bergfelder, Der Beweis, 510.

116 M. Bergfelder, Was ändert das 1. Signaturänderungsgesetz?, CR 2005, 151επ., 157-158

117 S. Fischer-Dieskau/R. Gitter/S. Paul/R. Seidle, Elektronische signierte Dokumente als Beweismittel im Zivilprozess, MMR 2002, 709επ., 711· A. Roßnagel, Europäische Signatur-Richtlinie und Optionen ihrer Umsetzung, MMR 1999, 261επ., 265.

118 Άρθρο 25 § 2.

ατόμου, όπως η υπογραφή με γραφίδα σε ταμπλέτα¹¹⁹, όπου τα στοιχεία της προσωπικότητας του ατόμου αποτυπώνονται στον τρόπο πίεσης της γραφίδας στην ψηφιακή επιφάνεια της ταμπλέτας, είτε στα χαρακτηριστικά του σώματός του, όπως το δακτυλικό αποτύπωμα (touch id), μέθοδος, η οποία απαντάται στις «έξυπνες» τηλεφωνικές συσκευές ή η ίριδα του οφθαλμού. Τούτο δε παρά το γεγονός ότι η βιομετρική υπογραφή αποτελεί την, τεχνικά, πλέον ασφαλή μέθοδο υπογραφής ηλεκτρονικών εγγράφων¹²⁰. Στις απλές ηλεκτρονικές υπογραφές υπάγεται, καταρχάς, και η διεύθυνση ηλεκτρονικής αλληλογραφίας.

Εντούτοις ήδη προ εικοσαετίας και με δεδομένο ότι η προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή δεν είχε βρει κατά το συγκεκριμένο χρονικό σημείο ιδιαίτερη απήχηση –ουσιαστικά στις ημέρες μας αρχίζει να διαδίδεται ευρύτερα η χρήση της– η ανωτέρω αναφερθείσα νομολογία των δικαστηρίων της ουσίας εξομοίωσε τη διεύθυνση ηλεκτρονικής αλληλογραφίας με την ιδιόχειρη υπογραφή του εκδότη, παρά το γεγονός ότι δεν διέθετε τα ίδια εχέγγυα ασφάλειας με την προηγμένη (και πλέον εγκεκριμένη) ηλεκτρονική υπογραφή. Η νομολογία πρόταξε τη διευκόλυνση παρά την ασφάλεια των συναλλαγών με τη λειτουργική εξομοίωση της διεύθυνσης ηλεκτρονικής αλληλογραφίας με την ιδιόχειρη υπογραφή του εκδότη. Με το σκεπτικό τούτο, όπως αναφέρθηκε, το μήνυμα ηλεκτρονικής αλληλογραφίας υπήχθη στο πεδίο εφαρμογής των διατάξεων των άρθρων 432, 443 και 445 ΚΠολΔ¹²¹. Ο Άρειος Πάγος εντούτοις όπως σημειώθηκε δεν αποδέχθηκε την συγκεκριμένη θέση και υπήγαγε με απόφασή του το 2008 τα μηνύματα ηλεκτρονικής αλληλογραφίας στα μη πληρούντα τους όρους του νόμου αποδεικτικά μέσα¹²². Η θέση αυτή είναι συνεπέστερη προ τη δικονομική εξομοίωση της εγκεκριμένης ηλεκτρονικής υπογραφής με την ιδιόχειρη στην οποία προβαίνει ο κοινοτικός νομοθέτης. Ακόμα όμως και στο πλαίσιο της νομολογίας του Ακυρωτικού θα πρέπει να γίνει δεκτό ότι τα e-mails δεν παύουν να αποτελούν μηχανικές απεικονίσεις και να αναπτύσσουν την περιορισμένη αποδεικτική ισχύ του άρθρου 448. Η περιορισμένη αποδεικτική ισχύς των μηχανικών απεικονίσεων καταδεικνύεται επίσης και από της επιφύλαξη του άρθρου 445 ΚΠολΔ, η οποία έχει προστεθεί στη διάταξη της τρίτης περίπτωσης του άρθρου 448 ΚΠολΔ. Στην επιφύλαξη αυτή αποτυπώνεται ουσιαστικά η διαφοροποίηση του ηλεκτρονικού εγγράφου που

119 Η οποία στο πλαίσιο του γερμανικού δικαίου δεν καλύπτει τον έγγραφο τύπο· βλ. OLG München, απόφαση της 04.06.2012, 19 U 771/12, NJW 49 (2012), 3585επ., παρατηρήσεις A. Roßnagel.

120 Γ. Κόντης, Ηλεκτρονικό έγγραφο, 170-171· M. Drahansky/F. Orsag, Biometrische kryptografische Schlüssel, DuD 2006, σ.501επ.

121 ΔΠΛΜΠρΑθ 6302/2004, ο.π.· ΜΠρΑθ 1963/2004, ο.π.· ΔΠΛΜΠρΑθ 1327/2001, ο.π.

122 ΑΠ 405/2008, ο.π..

φέρει εγκεκριμένη ηλεκτρονική υπογραφή, με αποτέλεσμα την εφαρμογή των διατάξεων για τα έγγραφα, από τις υπόλοιπες μηχανικές απεικονίσεις. Επισημαίνεται πάντως ότι ακόμα και μετά την έκδοση της άνω αποφάσεως του Ακυρωτικού, τα δικαστήρια της ουσίας επέμειναν στη θέση τους περί εξομοίωσης της διεύθυνσης ηλεκτρονικής αλληλογραφίας με την ιδιόχειρη υπογραφή και του μηνύματος ηλεκτρονικής αλληλογραφίας με τα παραδοσιακά έγγραφα. Έτσι γίνεται πάγια δεκτή η έκδοση διαταγής πληρωμής με βάση μήνυμα ηλεκτρονικής αλληλογραφίας¹²³.

Με δεδομένο, επομένως, ότι μόνο η εγκεκριμένη ηλεκτρονική υπογραφή εξομοιώνεται με την ιδιόχειρη, η διάταξη του άρθρου 16 § 1 εδ.β' του νέου νόμου 4727/2020 με βάση την οποία ο τύπος που απαιτείται από τις διατάξεις των άρθρων 160 Α.Κ. και 443 ΚΠολΔ καλύπτεται όχι μόνο με την εγκεκριμένη ηλεκτρονική υπογραφή αλλά και με την εγκεκριμένη ηλεκτρονική σφραγίδα βρίσκεται σε αντίθεση τόσο με το άρθρο 25 § 2 όσο και με το άρθρο 35 του Κανονισμού 910/2014. Η αντίθεση αυτή καταδεικνύεται περαιτέρω και από το ίδιο το άρθρο 50 § 1 εδάφια α' και β' του νόμου 4727/2020, με τα οποία καθιερώνεται σαφής διάκριση ανάμεσα στην εγκεκριμένη ηλεκτρονική υπογραφή του νόμιμου εκπροσώπου νομικού προσώπου, η οποία και εξομοιώνεται με την ιδιόχειρη υπογραφή του, και στην εγκεκριμένη ηλεκτρονική σφραγίδα, η οποία εξομοιώνεται με την πρωτότυπη σφραγίδα του νομικού προσώπου. Όπως είναι εύλογο μόνη η θέση εγκεκριμένης σφραγίδας σε ηλεκτρονικό έγγραφο προερχόμενο από νομικό πρόσωπο (όπως και η θέση μόνο φυσικής σφραγίδας σε έντυπο έγγραφο) δεν μπορεί να καλύψει τον τύπο των άρθρων 160 Α.Κ. και 443 ΚΠολΔ καθώς ελλείπει η εγκεκριμένη ηλεκτρονική (ή αντίστοιχα η ιδιόχειρη) υπογραφή του φυσικού προσώπου το οποίο ως νόμιμος εκπρόσωπος δεσμεύει το νομικό πρόσωπο. Επισημαίνεται και η διάταξη του άρθρου 3 § 12 του ν.4156/2013 με την οποία καταργήθηκε στο πεδίο των συναλλαγών η χρήση της εταιρικής σφραγίδας απαιτούμενης μόνο της ιδιόχειρης υπογραφής του νόμιμου εκπροσώπου.

VII. Επίλογος. Η πρακτική εφαρμογή. Ηλεκτρονικές δικαστικές αποφάσεις και ηλεκτρονικά πιστοποιητικά δικαστηρίων

Οι διατάξεις για την ηλεκτρονική δίκη είναι γνωστές αν και κάποιες εξ αυτών δεν έχουν ακόμη τύχει πρακτικής εφαρμογής λόγω μη θέσπισης των οικείων εκτελεστικών υπουργικών αποφάσεων, όπως συμβαίνει για παράδειγμα με τις ηλεκτρονικές επιδόσεις¹²⁴. Εντούτοις, με την έλευση της πανδημίας και προς

123 ΔΠΛΜΠρΑθ 1932/2011, ο.π.

124 Γ. Κόντης, Οι διατάξεις του ΚΠολΔ για την ηλεκτρονική δίκη, 23επ.

αποφυγή του συνωστισμού στους αίθουσες και τους χώρους των δικαστηρίων και των υπηρεσιών τους και της περαιτέρω διασποράς του ιού covid-19 παρασχέθηκε η δυνατότητα λήψης από τους διαδικούς και τους πληρεξουσίους δικηγόρους τους ηλεκτρονικών αντιγράφων δικαστικών αποφάσεων και πιστοποιητικών από τα δικαστήρια. Τα εν λόγω ηλεκτρονικά αντίγραφα φέρουν την ένδειξη *«ακριβές ηλεκτρονικό αντίγραφο, το οποίο θεωρήθηκε για τη νόμιμη αποϋλοποιημένη σήμανση και έκδοσή του, με προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή κατόπιν ανάθεσης του Προέδρου του Τριμελούς Συμβουλίου Διεύθυνσης»*. Το ακριβές ηλεκτρονικό αντίγραφο φέρει την προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή του Γραμματέα του εκδόντος Δικαστηρίου.

Σημειώνεται αρχικά ότι η ηλεκτρονική έκδοση δικαστικής απόφασης προβλέπεται ήδη στη διάταξη του άρθρου 304 §§ 1-2 ΚΠολΔ. Παρά ταύτα η διάταξη αυτή καθορίζει μεν την ηλεκτρονική σύνταξη της δικαστικής απόφασης, αλλά προβλέπει την εκτύπωσή της και την υπογραφή της με τον παραδοσιακό τρόπο. Θα πρέπει εντούτοις να εφαρμοσθούν οι διατάξεις των άρθρων 13 και 14 του νόμου 4727/2020 για την κατάρτιση των ηλεκτρονικών δημοσίων εγγράφων και των αντιγράφων τους. Η πρωτότυπη ηλεκτρονική δικαστική απόφαση θα πρέπει υποχρεωτικά να φέρει την εγκεκριμένη ηλεκτρονική υπογραφή του δικαστή και την εγκεκριμένη ηλεκτρονική χρονοσφραγίδα ή την εγκεκριμένη ηλεκτρονική σφραγίδα του Δικαστηρίου.

Παρά τα αναφερόμενα στη διάταξη του άρθρου 13 § 3 περ. β' του νόμου 4727/2020, μόνη η εγκεκριμένη ηλεκτρονική σφραγίδα του Δικαστηρίου δεν αρκεί, όπως σημειώθηκε ανωτέρω. Αντιστοίχως, το ηλεκτρονικό ακριβές αντίγραφο της δικαστικής απόφασης θα πρέπει να φέρει υποχρεωτικά την εγκεκριμένη ηλεκτρονική υπογραφή του αρμοδίου δικαστικού υπαλλήλου που βεβαιώνει την ακρίβεια του αντιγράφου και την εγκεκριμένη ηλεκτρονική χρονοσφραγίδα ή την εγκεκριμένη ηλεκτρονική σφραγίδα του Δικαστηρίου. Η εκτύπωση του ακριβούς ηλεκτρονικού αντιγράφου της ηλεκτρονικής δικαστικής απόφασης θα συνιστά κατά τα ανωτέρω πρωτότυπο έγγραφο, εφόσον βεβαιώνεται η γνησιότητα της εκτύπωσης, εκτός εάν γίνει δεκτή κατά τα ανωτέρω πλασματική εξομοίωση της εκτύπωσης με ακριβές αντίγραφο του ηλεκτρονικού ακριβούς αντιγράφου, καθώς η δικαστική απόφαση συνιστά δημόσιο έγγραφο κατ' εφαρμογή του άρθρου 14 § 4 εδ. α του ν.4727/2020.

Στην πράξη εντούτοις η πρωτότυπη έντυπη δικαστική απόφαση με τις πρωτότυπες υπογραφές του Δικαστή και του Γραμματέα ψηφιοποιείται/σαρώνεται (scanned document) και θεωρείται από το Γραμματέα του δικαστηρίου με την προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή του. Επιχειρείται δηλαδή η σύνταξη ψηφιοποιημένου ηλεκτρονικού αντιγράφου της εκδοθείσας δικαστικής απόφασης. Δεν υφίσταται εντούτοις βεβαίωση ταύτισης του ψηφιοποιημένου αντιγράφου με το πρωτότυπο έντυπο έγγραφο της δικαστικής απόφασης. Ούτε

επίσης και η θεώρηση της ακρίβειας με την προηγμένη και όχι την εγκεκριμένη – ηλεκτρονική υπογραφή του δικαστικού υπαλλήλου καλύπτει τις προδιαγραφές του άρθρου 13 § 5 του νόμου 4727/2020. Στην περίπτωση αυτή πρόκειται απλά για μία μηχανική απεικόνιση κατά το άρθρο 16 § 1 του νόμου 4727/2020. Αντιθέτως, ο νόμος στην § 6 του ίδιου ως άνω άρθρου προβλέπει την έκδοση πιστοποιητικών τα οποία δύνανται να φέρουν είτε προηγμένη είτε εγκεκριμένη ηλεκτρονική υπογραφή (ή προηγμένη ή εγκεκριμένη ηλεκτρονική σφραγίδα).

Οι σχέσεις της αυτοτελούς πρόσθετης παρέμβασης με την αναγκαστική ομοδικία και την προσεπίκληση

Σταύρος Αν. Κουταλιανός

Συμβολαιογράφος

Διάγραμμα

I. Το πρόβλημα

II. Εκούσια πρόσθετη παρέμβαση

- A. Το δικαίωμα για αυτοτελή πρόσθετη παρέμβαση
- B. Νομιμοποιούμενα πρόσωπα για την άσκηση αυτοτελούς πρόσθετης παρέμβασης
- Γ. Νομική φύση και έννομες συνέπειες από την άσκηση αυτοτελούς προσθέτου παρεμβάσεως
 - 1. Νομική Φύση
 - Πρακτικές Συνέπειες
 - i) Γενικά
 - ii) Δικονομικές συνέπειες όταν δεν διευρύνονται τα όρια της δίκης

III. Αναγκαστική παρέμβαση

- A. Συμμετοχή του τρίτου με την άσκηση προσεπίκλησης ή κατόπιν ανακοίνωσης της εκκρεμούς δίκης
 - 1. Όροι και προϋποθέσεις
 - 2. Η εξέλιξη της διαδικασίας μετά την άσκηση προσεπίκλησης και ανακοίνωσης της δίκης. Στοιχεία δικογράφου. Νομότυπο και Εμπρόθεσμο

IV. Συμπεράσματα

I. Το πρόβλημα

Σύμφωνα με τα άρθρα 76 Ι περ β και 83 Κ.Πολ.Δ, όταν η ισχύς της απόφασης επεκτείνεται στις σχέσεις του τρίτου υπάρχει περιθώριο για να εναγάγει ή να εναχθεί αυτός ως αναγκαστικός ομόδικος ή να ασκήσει αυτοτελή πρόσθετη παρέμβαση αντίστοιχα. Η πανομοιότυπη ακολουθούμενη νομοθετική διατύπωση επέτεινε ήδη από τα πρώτα χρόνια ισχύος του Κ.Πολ.Δ την ανάγκη

να προσδιορισθεί επακριβώς η σχέση ανάμεσα στην αναγκαία ομοδικία, είτε από κοινή αρχική εναγωγή είτε λόγω προσεπικλήσεως (86), και την αυτοτελή πρόσθετη παρέμβαση. Και τέθηκε το ερώτημα: Αποτελεί η αυτοτελής πρόσθετη παρέμβαση κατά τα πρότυπα της προσεπικλήσης (86) επιγενόμενο λόγο ίδρυσης νέας έννομης σχέσης δίκης και κατ' επέκταση αιτία για την εμφάνιση χωρίς διαδικαστικούς περιορισμούς αναγκαίας ομοδικίας μεταξύ παρεμβαίνοντος και υπερού η παρέμβαση διαδίκου;

II. Εκούσια πρόσθετη παρέμβαση

A. Το δικαίωμα για αυτοτελή πρόσθετη παρέμβαση

Με την αυτοτελή πρόσθετη παρέμβαση δίνεται η δυνατότητα στον τρίτο που βρίσκεται εκτός δίκης να εισέλθει σ' αυτή και να επηρεάσει το αποτέλεσμα της ανεξάρτητα από τη θέληση των αρχικών διαδίκων και ιδίως εκείνου υπέρ του οποίου χώρησε η παρέμβαση. Ο λόγος της παρεμβάσεως αναζητείται στο γεγονός ότι, άλλοτε ρητά άλλοτε ερμηνευτικά, το δεδικασμένο, η εκτελεστότητα ή διαπλαστική ενέργεια της απόφασης επεκτείνεται για λόγους, είτε οικονομικούς είτε ουσιαστικούς¹, εκτός από τους διαδίκους και σε τρίτα πρόσωπα.

Η δραστική όμως αυτή επέμβαση που συνεπάγεται η επέκταση των υποκειμενικών ορίων των ενεργειών της απόφασης στην έννομη θέση του αποτελεί ταυτόχρονα την αιτία παροχής προς τον τρίτο- αυτοτελώς προσθέτως παρεμβαίνοντα διαδικαστικών ευχερειών που απολαμβάνουν οι αναγκαίοι ομόδικοι, περιλαμβανομένης και αυτής της προβολής αντίθετων ή αντιφατικών ισχυρισμών προς τους προβαλλόμενους από τον υπέρ ου η παρέμβαση (βλ. αρθρ. 77). Αντίθετα η ηπιότερη επενέργεια των αντανakλαστικών συνεπειών της απόφασης προδιαγράφει ένα ασφυκτικό πλαίσιο ενδοδιαδικαστικών δεσμεύσεων για τον απλώς προσθέτως παρεμβαίνοντα, εντός του οποίου δεν είναι δυνατό να ενεργεί πράξεις αντίθετες από εκείνες που διενήργησε ο υπέρ ου η παρέμβαση διάδικος (αρθρ. 82 εδ. β).

B. Νομιμοποιούμενα πρόσωπα για την άσκηση αυτοτελούς πρόσθετης παρέμβασης

Υπό την επήρεια κυρίως ξένων διδασκαλιών πολλές φορές η παρέμβαση, εκούσια ή αναγκαστική, εκλαμβάνεται ως την αιτία για την επέκταση του δεδικασμένου και κατ' ακολουθία της κτήσεως της ιδιότητας του διαδίκου στο πρόσωπο του παρεμβαίνοντα². Έχει λεχθεί και στο πλαίσιο του ελληνικού δι-

1 Βλ. σχετικά Hellwig, Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft, σελ. 51

2 Υπό αυτή την εκδοχή ενόσω δεν παρεμβαίνει ο τρίτος μόνο αντανakλαστικές μπορούν να

καίου επ' αφορμή της παρέμβασης του αληθούς δικαιούχου ή υπόχρεου στη δίκη που διεξάγει ο μη δικαιούχος ή υπόχρεος διάδικος ότι ο εκτός δίκης δικαιούχος ή υπόχρεος διάδικος ασκεί αυτοτελή πρόσθετη παρέμβαση προκειμένου να καταλάβει τη θέση του κύριου διάδικου και να δεσμευθεί από το δεδικασμένο της απόφασης³. Ο συλλογισμός όμως αυτός είναι ψευδώνυμος⁴. Αποτελεί πιο συγκεκριμένα λήψη του ζητούμενου με τη μορφή του πρωθύστερου: Διότι, λέγοντας ότι η αυτοτελής πρόσθετη παρέμβαση αποτελεί την αιτία επελεύσεως του δεδικασμένου στον παρεμβαίνοντα, λαμβάνει ως αποδεικτικό λόγο πρόταση, της οποίας η αλήθεια είναι επακολούθημα της αποδεικτέας πρότασης.

Σταθερά της αυτοτελούς προσθέτου παρεμβάσεως είναι η προκαθορισμένη, εκ του νόμου ισχύς του δεδικασμένου, προς το πρόσωπο του τρίτου. Ισχύς που ενδεχομένως εξαρτάται απ' το αποτέλεσμα της δίκης, όχι όμως και από την άσκηση της παρέμβασης. Και αυτό συμβαίνει γιατί η κανονιστική οριοθέτηση του δεδικασμένου προς τον τρίτο δεν είναι σταθερή αλλά διαφοροποιείται, αναλόγως των ουσιαστικών ή δικονομικών συσχετισμών. Αποκαλυπτικές άλλωστε οι νομοθετικά ρυθμισμένες περιπτώσεις (325 επ.) ορίζουν ότι η επέκταση του δεδικασμένου προς τον τρίτο άλλοτε είναι αμφιμερής, άλλοτε ετερομερής ή τέλος συνδέεται με την τελική έκβαση της δίκης.

Η εξάρτηση όμως της επεκτάσεως του δεδικασμένου από γεγονότα μεταγενέστερα της παρέμβασης, δεν μπορεί να επιδρά στο έννομο συμφέρον του παρεμβαίνοντος για την άσκηση αυτοτελούς προσθέτου παρεμβάσεως. Διότι όταν υπάρχει έστω και το απλό ενδεχόμενο η απόφαση να τον καταλάβει υποκειμενικά σημαίνει ότι μπορεί να αναπτύξει ενέργεια στις σχέσεις αυτού και του αντιδίκου του υπέρ ου η παρέμβαση όπως αναπτύσσει και στις σχέσεις του κύριου διαδίκου προς τον αντίδικο⁵. Αυτό όμως ακριβώς υπαγορεύει την

είναι οι συνέπειες εις βάρος του. Αν αντίθετα παρέμβει, ενέχει τον κίνδυνο να απολέσει τη δίκη όπως και ο διάδικος. Αυτή η διλημματικού τύπου επιλογή για την άσκηση ή μη της παρέμβασης την μετατρέπει από μηχανισμό προστασίας του τρίτου σε μηχανισμό αποκοπής της δυνατότητάς του να προσβάλει την απόφαση προς το συμφέρον των αρχικών διαδίκων. Την επικινδυνότητα επέκτασης του δεδικασμένου λόγω παρεμβάσεως επισήμανε ιδιαίτερα ο *Costa*, *L' intervento adesivo*, in: *Studi in onore di Antonio Segni*, A (1967), σελ. 565 επ., χαρακτηρίζοντάς τη «δίκωπο μαχαίρι (*arma a doppio taglio*)».

3 Έτσι θεμελιώνει τη δυνατότητα άσκηση αυτοτελούς πρόσθετης παρέμβασης ο *Μπέης*, Οριοθέτηση του δεδικασμένου ως προς το σύνδικο, in: Δ 8 (1978), σελ. 539, *id.*, Αναγνωριστική αγωγή μη νομιμοποιουμένου δανειστού, Παρατηρήσεις στην Μον.Πρ.Αθ 249/1974, in: Δ 5 (1974), σελ. 396/397, εκκινώντας από τη θέση ότι ο ποτέ ο δικαιούχος διάδικος δεν καταλαμβάνεται απ' το δεδικασμένο.

4 Πρβλ. διεξοδικά *Βορέα*, Λογική (1932), κεφ. 4 §115, σελ. 205.

5 Βλ. *Γέσιου-Φαλτσή*, Η αυτοτελής πρόσθετος παρέμβασις, Μελέτες Πολιτικής και Διοικητικής Δικονομίας, (1981), II §4, σελ. 60.

ανάγκη να αποκηδεμονευθεί διαδικαστικά έναντι του υπέρ ου η παρέμβαση διαδίκου· και για να τύχει μιας τέτοιας δικονομικής μεταχείρισης είναι επιβεβλημένο να του παρασχεθεί η δυνατότητα για την άσκηση αυτοτελούς πρόσθετης παρέμβασης, έστω κι αν *a priori* δεν προεξοφλείται η συνδρομή των προϋποθέσεων του άρθρου 83⁶.

Από τα παραπάνω συνάγεται ότι δυνατότητα να κάνουν χρήση του δικαιώματός τους να ασκήσουν αυτοτελή πρόσθετη παρέμβαση ως τρίτοι καταλαμβάνομενοι από το δεδικασμένο της απόφασης έχουν μεταξύ άλλων: ο *pendente lite* ειδικός διάδοχος (225 και 325) στη δίκη του δικαιοδόχου και τρίτου, ο νεμόμενος η κατέχων το πράγμα στο όνομα του διαδίκου ή του διαδόχου του (325 II α), ο καταπιστευματοδόχος (326) στη δίκη του βεβαρημένου, ο κληρονόμος όταν διεξάγεται δίκη για αξίωση ή υποχρέωση της κληρονομίας με διάδικο τον (διαχειριστή) εκτελεστή διαθήκης ή τον εκκαθαριστή κληρονομίας (327), ο εγγυητής στη δίκη του πρωτοφειλέτη και το αντίστροφο (328), ο ομόρρυθμος εταίρος στη δίκη κατά του νομικού προσώπου.

Επέκταση του δεδικασμένου σε τρίτο δεν προβλέπεται μόνο νομοθετικά αλλά γίνεται δεκτή κατά κανόνα επί διεξαγωγής της δίκης από μη δικαιούχο ή μη υπόχρεο διάδικο. Ειδικότερα, τη δικονομική θέση του αυτοτελώς προσθέτως παρεμβαίνοντος καταλαμβάνει και ο εκτός δίκης αληθής δικαιούχος με την άσκηση πρόσθετης παρέμβασης στη δίκη που διεξάγει ο μη δικαιούχος διάδικος, εφόσον δοθεί προβάδισμα στις θεωρητικές κατασκευές⁷, οι οποίες, επεκτείνουν το δεδικασμένο έναντι του δικαιούχου διαδίκου, ανεξάρτητα από το αν έλαβε ή όχι μέρος στη δίκη με διάδικο τον μη δικαιούχο διάδικο. Σ' αυτές συγκαταριθμείται και η κρατούσα, αμφιβόλου ορθότητας όμως, γνώμη. Σύμφωνα με αυτή, εφόσον και επί συντρέχουσας αλλά και επικουρικής νομιμοποίησης του μη δικαιούχου ή μη υπόχρεου διαδίκου, το ευνοϊκό δεδικασμένο της απόφασης, καταλαμβάνει πάντοτε τον δικαιούχο ή τον υπόχρεο διάδικο, ενδεχόμενη άσκηση πρόσθετης παρέμβασης εκ μέρους του τελευταίου θα επισύρει την εφαρμογή του άρθρου 83⁸.

6 Πρβλ. *Γέσιου-Φαλτσή*, Η αυτοτελής πρόσθετος παρέμβασις, Μελέτες Πολιτικής και Διοικητικής Δικονομίας, (1981), II §4, σελ 65 επ. Θετικός καταρχήν και ο *Νίκας*, Ο δικαστικός συμβιβασμός (1984), σελ. 113 ιδίως σημ. 87. Βλ. *contra* *Αρβανιτάκη*, Οι διάδικοι στην πολιτική δίκη (2005), I §2, σελ. 101 επ.

7 Βλ. αναλυτικά *Καλαβρού*, Πολιτική Δικονομία, Γενικό Μέρος II ² Διαδικασία στα Πρωτοβάθμια δικαστήρια, (2006), σελ. 655 επ. και ειδικότερα: *Κολοτούρου*, Η απαλλοτρίωσις του επιδίκου αντικειμένου, ημ. Β' (2009), §2 III, σελ. 144 επ. και *Πλεύρη*, Μη δικαιούχοι και μη υπόχρεοι διάδικοι στην πολιτική δίκη (2014), κεφ. IV σελ 96 επ.

8 Βλ. αντί πολλών *Μητσόπουλου*, Νέα μορφή αυτοτελούς προσθέτου παρεμβάσεως, in: Αφιέρωμα εις Βαβούσκον II, σελ. 332. Αντίθετη θέση λαμβάνει ο *Αρβανιτάκης*, Οι διάδικοι στην πολιτική δίκη (2005), I §2, σελ. 96 επ., ο οποίος αν και δέχεται επέκταση του ευνοϊκού δεδικασμένου στον αληθή δικαιούχο, του αρνείται την δυνατότητα άσκησης αυτοτελούς

Γ. Νομική φύση και έννομες συνέπειες από την άσκηση αυτοτελούς προσθέτου παρεμβάσεως

1. Νομική Φύση

- α. Η διάταξη του άρθρου 83 ορίζει ότι επί αυτοτελούς προσθέτου παρεμβάσεως εφαρμόζονται για τον παρεμβαίνοντα οι διατάξεις των άρθρων 76-78, δηλ. οι διατάξεις περί αναγκαστικής ομοδικίας. Η παραπάνω διατύπωση αποτέλεσε αφορμή επιστημονικού διαλόγου για την ακριβή νομική θέση του αυτοτελώς προσθέτως παρεμβαίνοντος και τη σημασία παραπομπής στις διατάξεις για την αναγκαστική ομοδικία.

Σε αυτό συνέβαλαν και τα επιστημονικά ρεύματα στην αλλοδαπή, κυρίως στη γερμανική θεωρία⁹, όπου ο θεσμός της αυτοτελούς πρόσθετης παρέμβασης ήταν ήδη γνωστός και διαμορφωμένος κατά τα πρότυπα του ρωμαϊκού δικαίου¹⁰. Αντίθετα στο ελληνικό δίκαιο η αυτοτελής πρόσθετη παρέμβαση εντάχθηκε οργανικά στο κεφάλαιο της συμμετοχής τρίτων στη δίκη μόλις με την καθιέρωση του Κ.Πολ.Δ, αν και υπό ορισμένες προϋποθέσεις και στο πλαίσιο του προϊσχύσαντος δικαίου, κατά την ερμηνεία από

πρόσθετης παρέμβασης, εξαιρώντας τη μεταβλητότητα του κατηγορήματος της ευνοϊκής ή απορριπτικής απόφασης ως αποτρεπτικό παράγοντα καθορισμού του είδους της πρόσθετης παρέμβασης. Και επικαλούμενος αντίθετα ως μόνο κρίσιμο όρο τον αποκλειστικό ή συντρέχοντα χαρακτήρα της θεσπιζόμενης κατ' εξαίρεση νομιμοποίησης καταλήγει στο αποτέλεσμα ότι η τυχόν πρόσθετη παρέμβαση του συντρεχόντως νομιμοποιούμενου δικαιούχου διαδίκου είναι πάντοτε απλή μορφή. Αποτελεί όμως τουλάχιστον παράδοξο σχήμα να αποσυνδέεται το θέμα της επέκτασης των υποκειμενικών ορίων απ' την ευχέρεια ακρόασης του τρίτου παρεμβαίνοντος. Επιστρατεύοντας την αιτιολογία ότι στην ουσία με τη επικράτηση του μη δικαιούχου διαδίκου, «δεν νοείται ούτε λογικά ούτε και νομικά, η αμφισβήτηση από τον δικαιούχο του δικαιώματος που διαγνώσθηκε τελεσίδικα» υποβαθμίζεται ανεπίτρεπτα η ενέργεια του ευνοϊκού δεδικασμένου σε απλό παρεπόμενο της δικαστικής απόφασης. Επιπλέον αν ίσχυαν τα παραπάνω, τότε και οι τρίτοι, έναντι των οποίων το δεδικασμένο με ρητή διάταξη επεκτείνεται ανάλογα με την έκβαση της δίκης, όπως λ.χ ο καταπιστευματοδόχος (326) ή ο εγγυητής (328), θα δικαιολογούσαν συμφέρον για την άσκηση απλής και όχι αυτοτελούς πρόσθετης παρέμβασης, θέση όμως ανεπιεικής γι' αυτούς και εν τέλει αντίθετη με το σκοπό του άρθρου 83. Μόνο αν γίνει δεκτό ότι επί επικουρικής ή συντρέχουσας νομιμοποίησης ουδέποτε παράγεται δέσμευση δεδικασμένου για τον δικαιούχο διάδικο, θα ήταν ορθός και ο χαρακτηρισμός της παρέμβασης του τελευταίου ως απλής πρόσθετης (80), θέση που γενικώς υποστηρίζεται. Βλ. αντί πολλών *Καλαβρού*, Παρατηρήσεις τινές εξ αφορμής της πλαγιαστικής αγωγής, in: Δ 1977, σελ. 489.

- 9 Συμπυκνωμένα για τις διστάμενες επί του θέματος θεωρητικές αναπτύξεις βλ. σε *Goetzeler*, *Beiträge zur Lehre von der Nebenintervention* (1937), σελ. 43 επ.
- 10 Ήταν μάλιστα και η πιο συνηθισμένη μορφή πρόσθετης παρέμβασης καθώς στις περισσότερες των περιπτώσεων, όπου επιτρεπόταν η άσκηση προσθέτου παρεμβάσεως, ο παρεμβαίνων ενεργούσε χωρίς διαδικαστικούς περιορισμούς. Βλ. ενδεικτικά *Ράμμου*, *Περί προσθέτου παρεμβάσεως* (1932), §2, σελ. 5 επ.

τη θεωρία της γενικής και μόνης διάταξης περί προσθέτου παρεμβάσεως της ΠολΔ (89), γινόταν δεκτή ως προς τις έννομες συνέπειές της¹¹.

Δύο ασυμβίβαστες μεταξύ τους θεωρητικές κατασκευές εμφανίστηκαν και στο ελληνικό δίκαιο προσπαθώντας να απαντήσουν στο ερώτημα: Υπό ποία ιδιότητα παρίσταται ο αυτοτελώς προσθέτως παρεμβαίνων στη δίκη με δεδομένο τις εξουσίες αναγκαίου ομοδίκου που του παρέχει ο νόμος; Η πρώτη και κρατούσα αρνείται να τον εξομοιώσει με κύριο διάδικο¹². Και αναζητεί το δογματικό της θεμέλιο στον χαρακτήρα κάθε πρόσθετης παρέμβασης, επομένως και της αυτοτελούς: Με την άσκησή της ο παρεμβαίνων εισέρχεται σε ξένη δίκη και γι' αυτό πλασματικά μόνο εξοπλίζεται με εξουσίες αναγκαίου ομοδίκου, εξουσίες αποψιλωμένες σε κάποια έκταση, αφού θα πρέπει η διαδικαστική του δραστηριότητα να μην καθιστά εξαρτημένη τη θέση του διαδίκου υπέρ του οποίου παρενέβη¹³. Η αντίρροπη τάση μετατοπίζει το νομικά κρίσιμο στην αντιστοιχία του άρθρου 83 με την β' περίπτωση θεμελίωσης αναγκαίας ομοδικίας του άρθρου 76, ώστε τελικά να ευνοεί την χωρίς κανένα φραγμό διαδικαστική συμπεριφορά του παρεμβαίνοντος ως επιγενομένου αναγκαίου ομοδίκου έναντι του υπερού η παρέμβαση κυρίου διαδίκου¹⁴.

Νέα διάσταση στον θεωρητικό προβληματισμό εισέφερε ο Κουσουλής, υποστηρίζοντας μια ενδιάμεση εκδοχή¹⁵: λαμβάνοντας αφορμή από το ιτα-

11 Στη διάκριση παρά τη γενική διατύπωση του νόμου επέμενε κυρίως ο *Ράμμος*, *Περί προσθέτου παρεμβάσεως* (1932), σελ. 176· contra *Λιβαδάς*, *Εγχειρίδιον Πολιτικής Δικονομίας*, (1927), §438 σελ. 235. Η άποψη του όμως αυτή δεν έτυχε ευρείας αποδοχής ιδιαίτερα στη νομολογία, η οποία παρέμενε σταθερά αρνητική και δεν αναγνώριζε εκτεταμένες δικονομικές εξουσίες στον παρεμβαίνοντα παρά μόνο αν αναλάμβανε τη δίκη. Βλ. σχετικώς *Γέσιου-Φαλτσή*, *Η αυτοτελής πρόσθετος παρέμβασις*, *Μελέτες Πολιτικής και Διοικητικής Δικονομίας* (1981), σελ. 57 επ., όπου και παραπέρα παραπομπές.

12 Βλ. *Γέσιου-Φαλτσή*, *Η αυτοτελής πρόσθετος παρέμβασις*, *Μελέτες Πολιτικής και Διοικητικής Δικονομίας* (1981), σελ. 57 επ., *Μητσόπουλου*, *Νέα μορφή αυτοτελούς προσθέτου παρεμβάσεως*, in: *Αφιέρωμα εις Κ.Βαβούσκον ΙΙ*, σελ. 320 επ., *Καλαβρού*, *Παρατηρήσεις στο Σχέδιο Νόμου για την τροποποίηση διατάξεων του Κώδικα Πολιτικής Δικονομίας*, in: *Μελέτες Πολιτικής Δικονομίας και Διαιτησίας –οι δύο κύκλοι–*, σελ. 59 = *ΕΛΛΔνη* 24 (1983), σελ. 1578 επ., *Βερβεσού*, *Η απεύθυνση της εφέσεως και κατά του υπέρ ου εν τω πρώτω βαθμώ αντιδίκου του εκκαλούντος προσθέτως παρεμβάντος*, in: *Δ* 1975, σελ. 155 επ., *Νίκα*, *Ο δικαστικός συμβιβασμός* (1984), σελ. 113 επ.

13 Βλ. αντί πολλών *Μητσόπουλου*, *Νέα μορφή αυτοτελούς προσθέτου παρεμβάσεως*, in: *Αφιέρωμα εις Κ.Βαβούσκον ΙΙ*, σελ. 323 σημ. 5.

14 Με βασικό της εκφραστή τον *Μπέη*, *Πολιτική Δικονομία, Γενικές Αρχές και κατ' άρθρον ερμηνεία*, άρθρ. 83, σελ. 453· η ίδια άποψη ακολουθείται και στο συλλογικό έργο των *Μπέη/Καλαβρού/Σταματόπουλου*, *Δικονομία των Ιδιωτικών Διαφορών Ι* (1999), §18 5, σελ. 337.

15 Πρβλ. *Κουσουλής*, *Μορφές παρέμβασης στον Κ.Πολ.Δ.*, in: *Δ* 18, σελ. 311.

λικό δίκαιο¹⁶, απέδωσε δισυπόστατο χαρακτήρα στην αυτοτελή παρέμβαση δεχόμενος ότι μπορεί αυτή να θεμελιώνεται στο κριτήριο της επέκτασης της ισχύος της απόφασης κατά το γράμμα της διάταξης, αλλά μπορεί *in casu* να ενσωματώνει και αυτοτελές αίτημα δικαστικής προστασίας. Ειδικότερα, όταν η αναγκαστική ομοδικία θεμελιώνεται στην περίπτωση β' του άρθρου 76, η αυτοτελής πρόσθετη παρέμβαση θεμελιώνεται, σύμφωνα με το γράμμα του άρθρου 83, στο κριτήριο επέκτασης ισχύος της απόφασης. Όταν όμως η αναγκαστική ομοδικία θεμελιώνεται στις λοιπές περιπτώσεις του άρθρου 76, τότε η αυτοτελής πρόσθετη παρέμβαση θεμελιώνεται αντίστοιχα στο κριτήριο υποβολής αυτοτελούς αιτήματος, λειτουργώντας κατ' αυτόν τον τρόπο ως ιδιόρρυθμο ένδικο βοήθημα, άλλως ως αγωγή που ασκείται εκ των υστέρων, με συνέπεια ο παρεμβάς να εξομοιώνεται πλήρως με αναγκαστικό ομόδικο. Και αναφέρει ως παραδείγματα την παρέμβαση του συνιδιοκτήτη, όταν διεξάγεται από τον έτερο συνιδιοκτήτη δίκη κατά το άρθρο 1116 ΑΚ, του τρίτου στη δίκη δέκτη υπόσχεσης και υποσχεθέντος, του αληθούς δικαιούχου στην πλαγιαστική δίκη, και του μέλους στη δίκη που διεξάγει το επαγγελματικό σωματείο κατά το 669.

- β. Τα παραδείγματα του Κουσουλή όμως είναι εντελώς ακατάλληλα για να επαληθεύσουν τη θέση του, ότι εισάγεται με την άσκηση αυτοτελούς πρόσθετης παρέμβασης νέο αντικείμενο δίκης. Διότι επί πλαγιαστικής αγωγής λ.χ. ή της αγωγής των επαγγελματικών σωματείων μια αξίωση εισάγεται προς δικαστική διάγνωση. Πλειονότητα δικαιούχων της ουσιαστικής αξί-

16 Πρβλ. *Intervento adesivo autonomo o litisconsortile (ομοδιακή)*, in: secondo comma, 105 ΙταλΠολΔ, όπου: "Ciascuno può intervenire in un processo tra altre persone per far valere in confronto di tutte le parti o di alcune di esse, un diritto relativo all'oggetto o dipendente dal titolo dedotto nel processo medesimo". Κατά την κρατούσα άποψη στο ιταλικό δίκαιο, Η αυτοτελής πρόσθετος παρέμβασις αποτελεί ιδιαίτερο είδος παρέμβασης, με εκδηλώσεις που προσιδιάζουν άλλοτε στην κύρια άλλοτε στην απλή πρόσθετη παρέμβαση. Ο αυτοτελώς προσθέτως παρεμβαίνων όπως ο κυρίως παρεμβαίνων υποβάλλει μεν αυτοτελές αίτημα, μόνο που δεν στρέφεται έναντι των αρχικών διαδίκων αλλά επί ενός εξ αυτών, όπως ακριβώς συμβαίνει στην απλή πρόσθετη παρέμβαση. Σε κάθε περίπτωση υποβάλλεται σε χρονικούς περιορισμούς: είναι υποχρεωμένος να δεχθεί τη δίκη στη θέση που αυτή βρίσκεται κατά το χρόνο της παρέμβασής του. Βλ. από την ιταλική νομολογία ενδεικτικά Cass. 25264/2008, η οποία σημειώνει ότι ο χρονικός περιορισμός είναι επιβεβλημένος προκειμένου να αποφεύγεται οποιαδήποτε καθυστέρηση στη λήψη απόφασης επί της αρχικής δίκης. "[...]in virtù del principio che l'interveniente nel processo non può svolgere attività istruttoria preliminare e probatoria che la fase eventualmente avanzata del processo stesso non consenta più alle altre parti originarie e, pertanto, della soggezione del terzo alle preclusioni già formatesi tra le parti in causa, la formulazione della domanda de parte del terzo medesimo non può comportare per definizione alcun ritardo nei termini di decisione della causa stessa, o, a maggior ragione, lesione del contraddittorio...". Για αναλυτικότερες πληροφορίες βλ. *Μητσόπουλου*, Νέα μορφή αυτοτελούς προσθέτου παρεμβάσεως, in: Αφιέρωμα εις Κ. Βαβούσκον II, III σελ. 325, όπου και παραπέρα παραπομπές.

ωσης δεν υπάρχει. Προς επίρρωση άλλωστε των παραπάνω, κοινή αρχική έγερση της αγωγής από τον πλαγιαστικώς ενάγοντα και τον πράγματι δικαιούχο της αξίωσης δεν ευνοείται από το νόμο¹⁷. Σε κάθε περίπτωση, λησμονείται και αυτό ακόμη: Πώς είναι δυνατό να συμβαδίζει η εισαγωγή νέου αντικειμένου δίκης με τη δυνατότητα άσκησης της παρέμβασης το πρώτον και ενώπιον του Αρείου Πάγου;

Η συνεισφορά πάντως του Κουσούλη με τη μελέτη του αυτή ήταν άλλη και δεν μπορεί να αγνοηθεί: έστω εν σπέρματι έθετε τις ερμηνευτικές βάσεις απεμπλοκής από αξιωματικές και άκαμπτες λύσεις βασισμένες σε διλήμματα μανιχαϊστικού τύπου. Η διατύπωση δυαδικών αντιθέσεων και η κατ' ανάγκη επιλογή της μιας εξ αυτών, έχοντας έντονα στοιχεία κονσεπτουαλισμού, αναδύουν μια ασύγγνωστη επαναφορά κλίματος νομικού θετικισμού¹⁸. Την εποχή της ακμής του, ήδη ο Francke¹⁹, προσπάθησε υπαινικτικά κι αυτός να μιλήσει για την ενδιάμεση φύση της αυτοτελούς πρόσθετης παρέμβασης, εισάγοντας ανεπιτυχώς την έννοια του πρόσθετου διαδίκου²⁰.

Η υποστηριζόμενη επαμφοτερίζουσα εκδοχή της αυτοτελούς πρόσθετης παρέμβασης για να τύχει ίσως ευνοϊκότερης κριτικής και αξιολόγησης πρέπει να ιδωθεί υπό το εξής πρίσμα: Οι επιμέρους περιπτώσεις που τυπολογικά υπάγονται στο πραγματικό του άρθρου 83, παρά το *in abstracto* εμφανές κοινό τους γνώρισμα, παρουσιάζουν *in concreto* ουσιώδεις αξιολογικά διαφορές, ώστε να μην δικαιολογείται η ίση μεταχείρισή τους ως προς τις έννομες συνέπειες. Απομένει τότε στον ερμηνευτή κατά την σταχυολόγηση αυτών των περιπτώσεων να ανεύρει τις κρίσιμες διαφορές λαμβάνοντας όμως υπόψη το τελολογικό όριο της ερευνητέας διατάξεως²¹:

17 Διότι ακριβώς η νομιμοποίηση του μη δικαιούχου διαδίκου στηρίζεται στην αδράνεια του δικαιούχου. Αδράνεια, η οποία *de facto* δεν υπάρχει εξαιτίας της έγερσης της αγωγής και εκ μέρους του τελευταίου.

18 Βλ. ενδεικτικά και αντιπροσωπευτικά Παπανικολάου, *Μεθοδολογία του ιδιωτικού δικαίου και ερμηνεία των δικαιοπραξιών* (2000), §12 επ. Για τις σπουδαιότερες τάσεις του νομικού θετικισμού, βλ. αντί πολλών Σούρλα, *Justi atque injusti scientia*, *Μια εισαγωγή στην επιστήμη του δικαίου* (1995), §8, σελ. 77 επ.

19 Βλ. *Die Nebenparteien* (1882) και *Zur Stellung des Nebenintervenienten*, in: *ZZP* 27, σελ. 299.

20 Διεξοδική κριτική βλ. in: *Ράμμου*, *Περί προσθέτου παρεμβάσεως* (1932) §22, σελ. 113 119/120.

21 Πρβλ. γενικότερα Τσάτσου Κ, *Το πρόβλημα της ερμηνείας του δικαίου* (1932), κεφ. Γ §3, σελ. 63 «τυπολογική σύμπτωσης των λοιπών στοιχείων κανόνος και πράξεων, εκτός του αντικειμενικού σκοπού, ουδεμίαν δύναται να έχη σημασίαν διά την δικανικήν κρίσην». Υπό το πρίσμα της επιείκειας βλ. τις σχετικές επισημάνσεις του Κεραμέως, in: *Δικονομική αυστηρότητα και επιείκεια*, in: *Αφιέρωμα στον Κ. Τσάτσο* (1980), σελ. 697/698, ότι η τυποποίηση που χαρακτηρίζει το δικονομικό δίκαιο, οδηγεί συχνά σε σκληρότητες και αδικίες, μιας

Το δικαίωμα προς παρέμβαση, ειδικά επί αυτοτελούς προσθέτου παρεμβάσεως, ερείδεται αποκλειστικά στην επέκταση της ισχύος της απόφασης στον μη εναχθέντα τρίτο. Οποιαδήποτε άλλη εκδοχή, όπως λ.χ αυτή του Κουσούλη, που στην ουσία οδηγεί στην επέκταση του πραγματικού του άρθρου 83, θα μετέτρεπε αδικαιολόγητα την αυτοτελή πρόσθετη παρέμβαση, από μηχανισμό προστασίας από ενδεχόμενη επέκταση της δικαιοδοτικής κρίσης στο τρίτο πρόσωπο^{22, 2322β}, σε ένδικο βοήθημα πραγματώσεως εκ των υστέρων συνθέτης υποκειμενικά δίκης από τη βούληση του εκτός δίκης τρίτου εν δυνάμει αναγκαίου ομοδίκου.

Οι δύο αυτές δυνατές μορφές δεν είναι πάντως και εντελώς ασυμβίβαστες μεταξύ τους: Διότι υπάρχουν περιπτώσεις όπου το νομικό γεγονός της επεκτάσεως της ισχύος της απόφασης αποτελεί ταυτόχρονα και ιδρυτικό λόγο έννομης σχέσης δίκης και στοιχείο δηλωτικό του εννόμου συμφέροντος του τρίτου για την άσκηση αυτοτελούς πρόσθετης παρέμβασης²⁴. Και τότε εγείρεται ο προβληματισμός: μήπως πρέπει να παραμεριστεί η δογματικά προσηλωμένη στον χαρακτήρα της πρόσθετης παρέμβασης κρατούσα άποψη και να αποδοθεί στον παρεμβαίνοντα η ιδιότητα του κυρίου διαδίκου; Υποστηρίχθηκε, όπως ήδη έχει αναφερθεί, ότι αυτό πρέπει να συμβαίνει πάντα.

Ωστόσο μια τέτοια γενίκευση παρουσιάζει στον πυρήνα της αδιαμφισβήτητες αδυναμίες: Μπορεί εκ πρώτης όψεως οι προϋποθέσεις των διατάξεων 76 Ι περ. β και 83 -ορίζοντας η μεν πρώτη ότι αναγκαία ομοδικία υπάρχει όταν η ισχύς της απόφασης εκτείνεται έναντι πάντων των ομοδίκων και η δεύτερη ότι έννομο συμφέρον για την άσκηση αυτοτελούς

και οι περιπτώσεις που υπάγονται στη διάταξη συχνά δεν είναι όμοιες μεταξύ τους.

22 Ότι σε αυτό απέβλεψαν οι συντάκτες του Κ.Πολ.Δ, βλ. ΣχΠολΔ Ι, σελ. 84.

23 ^{22β} Έτσι γίνεται και στο ιταλικό δίκαιο αντιληπτή η αυτοτελής πρόσθετη παρέμβαση. Βλ. ενδεικτικά *Montesano/Arieta*, *Diritto Processuale Civile I*, *Le disposizioni generali*³ (1999), §106, σελ. 306: “Vi sono, poi, altre ipotesi, non meno numerose, nelle quali l’ estensione dell’ accertamento giurisdizionale a terzi o l’ inesistenza di limiti soggettivi allo stesso accertamento sono diposte dalla legge o si desumono sistemicamente in ragione della presenza, nell’ oggetto del giudizio, di interessi superindividuali o pubblici o dell’ attuazione, nel processo”.

24 Για παράδειγμα: Ο δανειστής ομόρρυθμης ή ετερόρρυθμης εταιρείας μπορεί να εναγάγει για την ικανοποίηση της απαίτησής του, εκτός από το νομικό πρόσωπο και τον ομόρρυθμο εταίρο, με δεδομένο ότι με βάση το 329 Κ.Πολ.Δ σε συνδυασμό με τη διάταξη του άρθρου 249 Ι του ν.4072/2012 (βλ. και κατηρηγμένο 22 ΕΝ), ο τελευταίος νομιμοποιείται παθητικά ως πρόσωπο που καταλαμβάνεται απευθείας από τα υποκειμενικά όρια της απόφασης της δίκης μεταξύ του νομικού προσώπου και τρίτου. Με επίκληση όμως της ίδιας διάταξης (329 Κ.Πολ.Δ σε συνδυασμό με το άρθρο 83 Κ.Πολ.Δ), για τον ίδιο λόγο, αν παραλειφθεί και δεν ασκηθεί εναντίον του η αγωγή, δικαιούται να ασκήσει αυτοτελή πρόσθετη παρέμβαση υπέρ της εναγόμενης εταιρείας.

πρόσθετης παρέμβασης υπάρχει όταν η ισχύς της απόφασης εκτείνεται έναντι του τρίτου παρεμβαίνοντος- να φαίνονται ισοπλάτεις και ως εκ τούτου ικανές ενδεχομένως να επισείσουν τις ίδιες συνέπειες, ωστόσο επί των δύο αυτών πραγματικών υφίσταται ειδοποιός διαφορά (*differentiam specificam*): Η απόφαση είναι δυνατό να ισχύσει για όλους τους εν δυνάμει αναγκαίους ομοδίκους όταν υπάρχει διάταξη που καθορίζει επέκταση του δεδικασμένου κλπ. σε αυτούς ανεξάρτητα από τη συμμετοχή τους στη δίκη. Όμως κάθε τέτοιο πρόσωπο έναντι του οποίου ενδεχόμενα θα ισχύσει η απόφαση και εξ αυτού θεμελιώνει χωρίς άλλο περιορισμό έννομο συμφέρον για αυτοτελή πρόσθετη παρέμβαση, δεν έπεται ότι νομιμοποιείται πάντοτε ενεργητικά ή παθητικά ώστε να μπορεί εξαρχής να εμφανιστεί στη δίκη ως αναγκαίος ομόδικος.

Για παράδειγμα ενώ ο κατά την διάρκεια της εκκρεμοδικίας καταστάς (*pendente lite*) ειδικός διάδοχος δεσμεύεται από το δεδικασμένο της απόφασης, εντούτοις είναι αδύνατο να εναχθεί ή να ενάγει από κοινού με τον δικαιοπάροχο, αφού ο δικαιολογητικός λόγος, το κρίσιμο γεγονός που δικαιολογεί την επέκταση της απόφασης στο πρόσωπό του, λαμβάνει χώρα σε χρόνο μεταγενέστερο από την έγερση της αγωγής. Το ίδιο συμβαίνει και με τον κληρονόμο όταν η δίκη διεξάγεται από τον εκκαθαριστή κληρονομίας, με άλλη βέβαια αιτιολογία: Μολονότι η ισχύς της απόφασης εκτείνεται στις έννομες σχέσεις του, δεν μπορεί να συνενάγει ή να συνεναχθεί με τον εκκαθαριστή της κληρονομίας, επειδή από το δικαστικό διορισμό του τελευταίου και μετά στερείται κάθε νομιμοποιητικής εξουσίας για τη διεξαγωγή των σχετικών με την κληρονομία δικών. Η έννοια του τρίτου (παρεμβαίνοντος) στο άρθρο 83 είναι πλατύτερη από εκείνη του ομοδίκου στο άρθρο 76 Ι περ. β: Διότι κάθε εν δυνάμει ομόδικος- τρίτος, λόγω επεκτάσεως της ισχύος της απόφασης στο πρόσωπό του, αν δεν ενάγει ή εναχθεί δικαιούται να ασκήσει αυτοτελή πρόσθετη παρέμβαση, όχι όμως και το αντίστροφο²⁵.

25 Αυτό φαίνεται να διαφεύγει την προσοχή και του Κουσουλή, ο οποίος, όταν ο παρεμβαίνων θεμελιώνει την παρέμβασή του στο γεγονός επεκτάσεως της ισχύος της αποφάσεως, δέχεται συλλήβδην την πλασματική και μόνο εξομοίωσή του με αναγκαίο ομόδικο, ενώ αντίθετα όταν τη θεμελιώνει στις λοιπές περιπτώσεις αναγκαστικής ομοδικίας, α, γ και δ, επειδή ακριβώς τη θεμελιώνει στο κριτήριο υποβολής αυτοτελούς αιτήματος, δέχεται ότι μετέχει στη δίκη με τις δικονομικές αρμοδιότητες κυρίου διαδίκου. Η διαφορετική όμως αυτή δικονομική μεταχείριση, αν θεωρηθεί ορθή η όλη θεωρητική του σύλληψη, δείχνει αδικαιολόγητη όταν ο τρίτος με λόγο την επέκταση της ισχύος της απόφασης θα μπορούσε *uno actu* να διατυπώσει αυτοτελές αίτημα θεμελιωμένο στην β' περίπτωση του άρθρου 76, ώστε αν είχε εξαρχής ασκήσει με τον υπέρ ου η παρέμβαση διάδικο ή ασκούνταν εναντίον τους κοινή αγωγή θα συνδέονταν με το δεσμό της αναγκαστικής ομοδικίας, όπως λ.χ ο ομόρρυθμος εταίρος στη δίκη μεταξύ του νομικού προσώπου και του δανειστή. Για να ήταν συνεπής η εκδοχή του «μη ηθελημένου κενού του ελληνικού δικονομικού συστήματος» (βλ.

Αλλά και η κρατούσα άποψη δεν δείχνει πειστική όταν αρνείται να δεχθεί επιγενόμενη ομοδικία στην περίπτωση που ο παρεμβαίνων απλώς εξοβελίστηκε απ' την δίκη κατ' επιλογήν είτε του υπέρ ου η παρέμβαση είτε του αντιδίκου του, ενώ κατά τα αλλά υφίστατο υπέρ ή κατά αυτού αχώριστο δικαίωμα ή υποχρέωση, ώστε πράγματι αν είχε εναχθεί ή ενάγει εξ αρχής θα επείχε θέση αναγκαίου ομοδίκου. Τότε παρουσιάζεται το συστηματικά ασυνεπές να είναι δυνατό να προσεπικληθεί και να ανακτήσει αναδρομικώς την ιδιότητα του διαδίκου ακόμη και δίχως να το επιθυμεί²⁶, ενώ αν παρέμβει *motu proprio* να θεωρείται τρίτος και μόνο κατά πλάσμα δικαίου αναγκαίος ομόδικος. Επί παραδείγματι αν ο ομόρρυθμος εταίρος προσεπικληθεί σε υφιστάμενη δίκη κατά της ομορρυθμού εταιρείας τότε θεωρείται σαν να έχει εναχθεί από την αρχή, συνεπώς καθίσταται κύριος διάδικος. Αντίθετα, εάν στην ίδια δίκη δεν ασκηθεί προσεπίκληση και εκουσίως παρέμβει, ο νόμος του παρέχει μεν ευρείες εξουσίες στη δίκη, αλλά σύμφωνα με την κρατούσα γνώμη όχι και εκείνες που είναι στενά συνυφασμένες με το πρόσωπο του κυρίου διαδίκου.

Σε αυτές τις περιπτώσεις καθίσταται ερμηνευτικά αναγκαίο η αυτοτελής πρόσθετη παρέμβαση να εναρμονισθεί προς το γενικότερο υποσύστημα διά περιορισμού του γράμματος του άρθρου 83. Πιο αναλυτικά: Όταν η ισχύς της απόφασης δεσμεύει τον τρίτο ανεξάρτητα από τη συμμετοχή του στη δίκη, δικαιολογεί το συμφέρον του να αναμειχθεί εκούσια σ' αυτή εκ των υστέρων. Για να αποκτήσει όμως την ιδιότητα του διαδίκου χρειάζεται κάτι επιπλέον: απαιτείται η δημιουργούμενη από την παρέμβαση έννομη σχέση να διαθέτει κοινό *petitum* αλλά και *causa petendi* με την ήδη εκδικαζόμενη. Διαφορετικά, η μέσω του άρθρου 83 συμμετοχή του τρίτου, αποτελεί ανάμειξη σε ξένη δίκη. Αν λοιπόν διαθέτει κοινή νομιμοποίηση λόγω επεκτάσεως της ισχύος της απόφασης στο πρόσωπό του, ώστε αν ενήγαγε ή εναγόταν θα μετείχε εξ αρχής στη δίκη ως αναγκαίος ομόδικος του διαδίκου υπέρ του οποίου παρενέβη, θα μπορούσε να αποκτά αυτή την ιδιότητα και σε μεταγενέστερο στάδιο της διαδικασίας με δική του διαδικαστική ενέργεια. Τα χρονικά όμως όρια κτήσεως μιας τέτοιας ιδιότητας είναι περιορισμένα. Διότι σ' εκείνη την περίπτωση η αυτοτελής πρόσθετη παρέμβαση επιτελεί κατ' εξαίρεση και λειτουργία αγωγής που ασκείται εκ των υστέρων. Ανάλογο ένδικο βοήθημα με στενά χαραγμένα τα χρονικά του όρια αποτελεί η προσεπίκληση²⁷, η άσκηση της οποίας επιτρέ-

Κουσουίλη, in: Δ 18, §3, σελ. 301) έπρεπε να δέχεται και για την περίπτωση β' πλήρη επιγενόμενη ομοδικία όταν υφίσταται υπέρ ή κατά του παρεμβαίνοντος αχώριστο αξίωση.

26 Γέσιου-Φαλτσή, Η ομοδικία εις την πολιτικήν δίκη (1970), κεφ. Δ § 28 II, σελ. 150/151, Πανταζόπουλου, Η προσεπίκληση κατά τον Κώδικα Πολιτικής Δικονομίας (1995), I 4, σελ. 42/43.

27 Με το θεσμό της προσεπικλήσεως άλλωστε δεν προστατεύεται μόνο το συμφέρον του προσεπικαλούντος αλλά και των προσεπικαλούμενων τρίτων. Βλ. Ράμμου, Στοιχεία ελληνικής

πεται το αργότερο ως τη συζήτηση στο ακροατήριο. Η σύνδεση εξ επόψεως χρόνου ασκήσεως μεταξύ προσεπικλήσεως και παρεμβάσεως δεν είναι άγνωστη και για τα καθ' ημάς: γινόταν, με άλλη αφετηρία και προϋποθέσεις, δεκτή ερμηνευτικά στο προϊσχύσαν δίκαιο²⁸.

Συμπέρασμα: Μπορούν να αναγνωριστούν χωρίς περιορισμούς, εξουσίες αναγκαίου ομοδικού στον αυτοτελώς προσθέτως παρεμβαίνοντα αρκεί: *πρώτον*, να πληρούται στο πρόσωπό του η προϋπόθεση β' του άρθρου 76. Εδώ δηλαδή είναι κρίσιμο ο παρεμβαίνων να διέθετε κοινή, ενεργητική ή παθητική, νομιμοποίηση με τον υπέρ ου η παρέμβαση διάδικο, θεμελιωμένη αποκλειστικά στο γεγονός της επέκτασης της ισχύος της απόφασης. Οπότε αμφότεροι, αν είχαν συνενάγει ή συνεναχθεί εξαρχής, θα συνδέονταν με το δεσμό της αναγκαστικής ομοδικίας, όπως λ.χ. ο ομόρρυθμος εταίρος με την ομόρρυθμη εταιρεία όταν ενάγονται από κοινού από τρίτο δανειστή της εταιρείας (76 I β και 329), ο πρωτοφειλέτης όταν συνενάγεται με τον εγγυητή (76 I β και 328), ο μισθωτής όταν συνενάγεται με τον υπομισθωτή (76 I β και 325 III α). *και δεύτερον*, να άσκησε την παρέμβαση του στον πρώτο βαθμό, και εφόσον πρόκειται περί τακτικής διαδικασίας όπως ισχύει εντός της προθεσμίας του άρθρου 238 ή στην περίπτωση των ειδικών διαδικασιών εντός της προθεσμίας του άρθρου 591 I β ΚπολΔ. Σε διαφορετική περίπτωση, αν η παρέμβασή του έλαβε χώρα σε μεταγενέστερο διαδικαστικά στάδιο (πρβλ. 80)²⁹, τότε λόγω της πλασματικής εξομοίωσής του με αναγκαίο ομόδικο, υποβάλλεται σε διαδικαστικούς περιορισμούς, ώστε η από μέρους του άσκηση των διαφορών

Πολιτικής Δικονομίας (1953), τομ. I §87 II, σελ. 189. *Μητσόπουλου*, Το πρόβλημα του επιτρεπτού ή μη της υπό του δικαστηρίου προσεπικλήσεως τρίτου εις την κατ' έφεσιν δίκη, in: *Μελέτες Γενικής Θεωρίας Δικαίου και Αστικού Δικονομικού Δικαίου* II, III 5, σελ. 275 επ. = Δ 22 (1991) σελ. 420 επ.. Αυτό επισημαίνουν στο πλαίσιο του ιταλικού δικαίου οι *Montesano/Arieta*, *Diritto Processuale Civile I*, *Le disposizioni generali*³ (1999), §113, σελ. 302 "L'intervento di cui ora ci occupiamo è quello che un terzo può esperire nel corso di svolgimento del primo grado di un processo di ordinaria cognizione". Επί τοσούτον πρβλ. *Costa*, *L'intervento coatto* (1935), σελ. 108 επ.

28 Βλ. σχετικώς *Κιτσικόπουλου*, Πολιτική Δικονομία (1934), άρθρον 69 § 37, σελ. 554, όπου και παραπέρα παραπομπές.

29 Το άρθρο 83 δεν ρυθμίζει *expressis verbis* το θέμα του χρόνου ασκήσεως της αυτοτελούς πρόσθετης παρέμβασης. Γίνεται όμως παγίως δεκτό ότι επειδή ο εισερχόμενος στη δίκη και επί αυτοτελούς παρεμβάσεως διατηρεί την ιδιότητα του προσθέτως παρεμβαίνοντος εφαρμόζονται καταρχήν οι γενικοί περί προσθέτου παρεμβάσεως κανόνες. Επομένως σύμφωνα με το άρθρο 80, αναλογικώς εφαρμοζόμενο, κι η αυτοτελής πρόσθετη παρέμβαση μπορεί ν' ασκηθεί σε κάθε στάση της πρωτοβάθμιας και δευτεροβάθμιας δίκης, όπως και στον Άρειο Πάγο ή στο δικαστήριο που δικάζει την αναψηλάφηση ή την τριτανακοπή, υπό την προϋπόθεση ότι έχει ανοιχθεί η δίκη των ενδίκων μέσων και δεν έχει ασκηθεί πρόσθετη παρέμβαση στον προηγούμενο βαθμό. Βλ. ΕφΑθ 137/2007 ΝοΒ 2007, σελ. 1850. *Γέσιου-Φαλτσή*, Η αυτοτελής πρόσθετος παρέμβασις, *Μελέτες Πολιτικής και Διοικητικής Δικονομίας*, (1981), III Β §11, σελ. 88.

διαδικαστικών πράξεων να επιτρέπεται μόνο εφόσον δεν οδηγεί σε περιστολή της δικονομική θέσης του κυρίου διαδίκου.

Τέλος, η εφαρμογή των παραπάνω θέσεων επί της προβληματικής των μη δικαιούχων διαδίκων υποδεικνύει ότι τα περιθώρια για να θεωρηθεί ο εκτός δίκης αληθής δικαιούχος ή υπόχρεος με την άσκηση της παρέμβασής του επιγενόμενος διάδικος είναι περιορισμένα: Επί αποκλειστικής νομιμοποίησης, επειδή δεν ασκεί ή ασκείται κατ' αυτού αγώγιμο δικαίωμα, ενώ επί επικουρικής, διότι ο νόμος δεν ευνοεί την εξυπαρχής κοινή δράση μη δικαιούχου και δικαιούχου διαδίκου. Σ' όλες τις παραπάνω περιπτώσεις, ο δικαιούχος διάδικος λογίζεται μεν ως αναγκαίος ομόδικος, παραμένει όμως προσθέτως παρεμβαίνων, μη δυνάμενος να επιχειρεί διαδικαστικές πράξεις που ανήκουν αποκλειστικά στο πεδίο δράσης των κυρίων διαδίκων. Αντίθετα, επί σωρευτικής νομιμοποίησης, αν παρέμβει μέσα στα προβλεπόμενα χρονικά όρια του άρθρου 89 (πρβλ πλέον και άρθρα 238 και 591 αναλόγως του είδους της εφαρμοζόμενης διαδικασίας) ο σωρευτικά νομιμοποιούμενος διάδικος, λ.χ ο συνδικαιούχος στη δίκη που διεξάγει ο άλλος συνδικαιούχος για την απόδοση του κοινού πράγματος κατά το 1116 ΑΚ, εξομοιώνεται πλήρως με αναγκαστικό ομόδικο, γιατί αν ασκούσε εξαρχής μαζί με τον τελευταίο την αγωγή, θα συνδέονταν με το δεσμό της αναγκαστικής ομοδικίας λόγω της συνδρομής των προϋποθέσεων της διατάξεως 76 Ι β.

2. Πρακτικές συνέπειες

ι) Γενικά

Ο επιχειρούμενος δογματικός διαφορισμός της αυτοτελούς πρόσθετης παρέμβασης θα ήταν αφόρητα εννοιοκρατικός αν δεν καθόριζε, ολικά ή μερικά, αποκλίνουσες έννομες συνέπειες. Έτσι οι δικονομικές εξουσίες του παρεμβαίνοντος παραλλάσσουν, είτε εντελώς είτε μόνο σε επίπεδο νομικής θεμελίωσης, αναλόγως του αν αποκτά κατά κυριολεξία ή πλασματικά εξουσίες αναγκαίου ομοδίκου.

- α.** Σε κάθε περίπτωση όμως ο τρόπος εισόδου του στη δίκη είναι κοινός: Απαιτείται καταρχήν η κατάθεση αυτοτελούς δικογράφου στο δικαστήριο όπου εκκρεμεί η αγωγή και η επίδοση του στους διαδίκους της εκκρεμούς δίκης (81 και αναλόγως άρθρα 238 ή 591 1 β). Κατ' εξαίρεση η αυτοτελής πρόσθετη παρέμβαση μπορεί να ασκηθεί και προφορικά ή με τις προτάσεις, στα ασφαλιστικά μέτρα (686 περ 6 Κ.Πολ.Δ) στη διαδικασία της εκούσιας δικαιοδοσίας (752 ΙΙ όπου δεν απαιτείται επίδοση). Επί ποινή απαραδέκτου, στο δικόγραφο της παρεμβάσεως πρέπει να προσδιορίζεται με σαφήνεια ο διάδικος υπέρ του οποίου γίνεται η παρέμβαση και να εξαίρεται το έννομο συμφέρον- αν δεν προκύπτει απ' το νόμο- που θεμελιώνει

το παραδεκτό και νομιμοποιεί τον παρεμβαίνοντα (81 I 2)³⁰. Επιτρέπεται όμως η μεταγενέστερη συμπλήρωση των παραπάνω στοιχείων είτε με την εφαρμογή του άρθρου 227 είτε με τις προτάσεις³¹.

β. Κοινές επίσης είναι και ορισμένες εξουσίες του αυτοτελώς προσθέτως παρεμβαίνοντος, είτε θεωρηθεί κατά κυριολεξία είτε πλασματικά αναγκαίος ομόδικος. Με ευθεία ή κατ' ανάλογη εφαρμογή αντίστοιχα των κανόνων που ισχύουν για την αναγκαία ομοδικία προκύπτει ότι ο αυτοτελώς προσθέτως παρεμβαίνων:

1. Έχει το δικαίωμα να ενεργεί ανεξάρτητα στο πλαίσιο της δίκης και να επιχειρεί έγκυρα κάθε διαδικαστική πράξη που δεν εμπεριέχει διάθεση και δεν συνιστά μεταβολή ή διεύρυνση του αντικειμένου της δίκης, ειδικότερα:

i. Μπορεί να αρνηθεί την αγωγή, να προβάλλει ενστάσεις ουσιαστικές ή δικονομικές, δεν δικαιούται όμως να προβάλει ισχυρισμούς εξ ιδίου δικαιώματος ή δικαιώματος του ομοδίκου του. Για παράδειγμα μπορεί να ισχυρισθεί ότι η κρίσιμη δικαιοπραξία είναι άκυρη ως αντίθετη στα χρηστά ήθη, ή ότι η επίδικη απαίτηση είτε έχει αποσβεσθεί λόγω εξοφλήσεως ή συνεπεία εξώδικου συμψηφισμού είτε έχει αναρρυθμιστεί λόγω εξώδικου συμβιβασμού. Ακόμη παραδεκτά μπορεί να προτείνει δικονομικές ενστάσεις όπως λχ: την ένσταση αναρμοδιότητας, της εκκρεμοδικίας, της αοριστίας της αγωγής κλπ. Αν οι παραπάνω ισχυρισμοί αντιφάσκουν σε σχέση με τους προβληθέντες από τον υπερού η παρέμβαση διάδικο, το δικαστήριο εκτιμά ελεύθερα την επιρροή τους τη δίκη προκειμένου να εκδώσει την κατά το δυνατό ορθότερη απόφαση (άρθρ. 77)³².

ii. Στο ίδιο πλαίσιο, μπορεί να επιχειρήσει κάθε διαδικαστική πράξη που αφορά στην αποδεικτική διαδικασία. Ως εκ τούτου δικαιούται να χρησιμοποιήσει όλα τ' αποδεικτικά μέσα που έχει δικαίωμα να χρησιμοποιήσει και ο υπερού η παρέμβαση διάδικος. Μπορεί ακόμη να προσάγει τ' αποδεικτικά έγγραφα των ισχυρισμών του ή του υπερού η παρέμβαση, να ζητεί τη διενέργεια αυτοψίας ή πραγματογνωμοσύνης κλπ. Με την παρέμβασή του παύει να θεωρείται τρίτος για την αποδεικτική διαδικασία.

30 Πρβλ. Γέσιου/Φαλτσή, Η πολιτική δίκη σε κίνηση Πα, σελ. 96· και από τη νομολογία όλως ενδεικτικώς ΕφΑθ 1293/1977 ΕλλΔνη 1977, σελ. 363.

31 Έτσι ήδη Μπέης, Πολιτική Δικονομία, Γενικές Αρχές και κατ' άρθρον ερμηνεία (1974) 2, αρ. 81, σελ. 477· contra Δελικωστόπουλος/Σιναιώτης, Ερμηνεία Κ.Πολ.Δ Α (1968), σελ. 235.

32 Πρβλ. Μητσόπουλου, Νέα μορφή αυτοτελούς προσθέτου παρεμβάσεως, in: Αφιέρωμα εις Βαβούσκον ΙΙ, σελ. 323/324, *id.*, Η ομοδικία κατά το παρ' ημιν δίκαιο, in: Δ 10 (1979), Δ ΙV 3, σελ. 200.

σία. Έτσι η εξέταση του γίνεται κατά τις διατάξεις που αφορούν στην εξέταση των διαδίκων και όχι των μαρτύρων³³. Παράλληλα το δικαστήριο δικαιούται να διατάξει την αυτοπρόσωπη εμφάνιση του κατά τα οριζόμενα στη διάταξη του άρθρου 245.

iii. Μπορεί να επιχειρεί επίσης οποιαδήποτε πράξη που αφορά στην κίνηση και διεξαγωγή της δίκης: Όπως κάθε διάδικος, μπορεί να επισπεύδει τη συζήτηση (230 II), να καταθέτει προτάσεις και αποδεικτικά έγγραφα, να ζητεί την αναβολή της συζητήσεως όπου επιτρέπεται πλέον και για τον κύριο διάδικο (241), την ανάγνωση του σχεδίου των πρακτικών (257), τη διόρθωση ή την ερμηνεία της αποφάσεως (315, 316 επ.) και να φροντίζει για την επίδοση των αποφάσεων, οι οποίες είναι ευνοϊκές για τον ομόδικό του, ώστε να τρέχει και ως προς αυτόν η προθεσμία των ενδίκων μέσων. Στην τελευταία περίπτωση η επίδοση που γίνεται απ' τον παρεμβαίνοντα καθιστά, με την παρέλευση της προθεσμίας, την απόφαση τελεσίδικη και για τον υπερού η παρέμβαση³⁴. Όταν επισπεύδων τη συζήτηση είναι ο αυτοτελώς προσθέτως παρεμβαίνων, έχει την υποχρέωση να προσκαλεί σ' αυτή και τους κυρίους διαδίκους. Μπορεί ακόμη με αίτησή του να ζητήσει αναβολή υπό τους όρους του 249 ΚΠολΔ. Έχει επίσης τη δυνατότητα να προβαίνει σε προσεπίκληση και σε ανακοίνωση της δίκης σε τρίτον, όχι μόνο προς το συμφέρον του ομοδίκου του³⁵, αλλά και προς ίδιον συμφέρον³⁶, για λόγους οικονομίας της δίκης και προς αποφυγή εκδόσεως αντιφατικών αποφάσεων. Αν η δίκη είχε διακοπεί βιαίως για λόγο ο οποίος συνέτρεξε στο πρόσωπο του ομοδίκου του, τότε και ο παρεμβαίνων μπορεί να επαναλάβει τη δίκη με ρητή ή σιωπηρή δήλωσή του (290). Εάν η επανάληψη γίνει με ρητή δήλωση, αυτή πρέπει να κοινοποιηθεί απ' τον παρεμβαίνοντα σε όλους τους διαδίκους. Και ο παρεμβαίνων μπορεί να υποχρεώσει τον διάδικο, στο πρόσωπο του οποίου επήλθε ο λόγος διακοπής, να προβεί σε επανάληψη της δίκης υπό τους όρους του 291.

iv. Εξαίρεση δικαστή, εισαγγελέως ή δικαστικού υπαλλήλου μπορεί να ζητηθεί όταν συντρέχουν οι αναφερόμενοι στο άρθρο 52 ΚΠολΔ λόγοι εξαιρέσεως στις σχέσεις των παραπάνω προσώπων με τον αυτοτελώς

33 Έτσι Γέσιου-Φαλτσή, Η αυτοτελής πρόσθετος παρέμβασις, Μελέτες Πολιτικής και Διοικητικής Δικονομίας, (1981), σελ. 108, αλλά και Μπέη, Πολιτική Δικονομία, Γενικές Αρχές και κατ' άρθρον ερμηνεία, υπό άρθρ. 84, σελ. 455.

34 Βλ. Γέσιου-Φαλτσή, Η αυτοτελής πρόσθετος παρέμβασις, Μελέτες Πολιτικής και Διοικητικής Δικονομίας, (1981), σελ. 95.

35 Έτσι Γέσιου-Φαλτσή, Η αυτοτελής πρόσθετος παρέμβασις, Μελέτες Πολιτικής και Διοικητικής Δικονομίας, (1981), σελ. 95.

36 Να προσεπικαλέσει επί παραδείγματι το δικό του δικονομικό εγγυητή.

προσθέτως παρεμβαίνοντα, είτε ο τελευταίος θεωρηθεί διάδικος είτε όχι³⁷. Εάν οι λόγοι εξαιρέσεως συντρέχουν στις σχέσεις του υπέρ ου η παρέμβαση με τα παραπάνω πρόσωπα, την εξαίρεση μπορεί να τη ζητήσει και ο αυτοτελώς προσθέτως παρεμβαίνων, παρά την αδράνεια ή την αντίθεση του υπέρ ου, διότι οι πράξεις του παρεμβαίνοντος δεσμεύουν τον υπέρου έστω κι αν αντιτίθεται σ' αυτές³⁸. Η ίδια λύση προσηύκει κι όταν συντρέχει περίπτωση εξαίρεσης πραγματογνώμονα ή ο λόγος από το 401 αρ. 2, οπότε τα εκεί αναφερόμενα πρόσωπα αν συνδέονται με τον αυτοτελώς προσθέτως παρεμβαίνοντα δικαιούνται ν' αρνηθούν την μαρτυρία³⁹.

2. Γεγονότα ή μεταβολές όπως αυτές που περιγράφονται στο άρθρο 286, όταν επισυμβαίνουν στο πρόσωπο του αυτοτελώς προσθέτως παρεμβαίνοντος, του νόμιμου αντιπροσώπου του ή του δικαστικού πληρεξουσίου του, επισύρουν τη διακοπή της δίκης έναντι πάντων⁴⁰. Αυτό πρέπει να γίνει δεκτό και για τον πλασματικά λογιζόμενο αναγκαίο ομόδικο κατ' ανάλογη εφαρμογή της διατάξεως του άρθρου 288. Διότι διαφορετικά, με επίκληση του επιχειρήματος ότι η διακοπή επέρχεται μόνο όταν το διακοπτικό γεγονός συντρέχει στο πρόσωπο διαδίκου, θα απέβαινε μάταιη η παρεχόμενη προς τον δεσμευόμενο από το δεδικασμένο της απόφασης τρίτο δυνατότητά του να επηρεάσει την έκβαση της δίκης, ανεξαρτήτως της θελήσεως του υπέρου ή παρέμβαση διαδίκου⁴¹. Ως εκ τούτου προς ικανοποίηση του συμφέροντος του ιδίου του αυτοτελώς προσθέτως παρεμβαίνοντος (όταν πρόκειται για οποιοδήποτε πλην του θανάτου γεγονός) ή των κληρονόμων του (επί θανάτου του), η συνδρομή ενός από τους λόγους της διάταξης του άρθρου 286 επιφέρει και

37 Βλ. *Ράμμου*, Περί προσθέτου παρεμβάσεως (1932), σελ. 123/124, με την αιτιολογία ότι ο παρεμβαίνων ανήκει στην κατηγορία των πρόσθετων διαδίκων, *Δεληκωστόπουλου/Σιναγιώτη*, Ερμηνεία Κ.Πολ.Δ Α (1968), άρθρ. 53 ΙΙΙ 2, σελ. 141, *Μητσόπουλου*, Πολιτική Δικονομία Α (1972), κεφ. Α §13 10 δ, σελ.98, *Πανταζόπουλου*, Η εξαίρεση του δικαστή (Συμβολή στην αρχή του φυσικού δικαστή), (1992), σελ. 114, ο οποίος σημειώνει ότι «[...] με βάση την ενιαία αντιμετώπιση των υποθέσεων τρίτων προσώπων τα οποία δεσμεύονται από τις έννομες συνέπειες της δικαστικής απόφασης, όταν ο δικαστής ασκεί πρόσθετη παρέμβαση, απλή ή αυτοτελή, εξαιρείται ως διάδικος».

38 Πρβλ. *Ράμμου*, Περί προσθέτου παρεμβάσεως (1932), σελ. 176.

39 Πρβλ. *Ράμμου*, Περί προσθέτου παρεμβάσεως (1932), σελ. 124.

40 Ότι κατ' αντίθεση με την απλή, στην αναγκαστική ομοδικία τα γεγονότα από το 286 ενεργούν αντικειμενικά, βλ. αντί πολλών *Κεραμέως*, Αστικό Δικονομικό Δίκαιο, Γενικό Μέρος (1986), §139, σελ. 357.

41 Βλ. εκτενέστερα *Παϊσίδου*, Η διακοπή και η επανάληψη της δίκης κατά τον Κ.Πολ.Δ (2001), κεφ. Β §5 Ι 5 Γ, σελ. 108/109, όπου και παραπέρα παραπομπές.

επί πλασματικής αναγκαίας ομοδικίας τις συνέπειες από τη διάταξη του άρθρου 288, δηλ. την *erga omnes* διακοπή της δίκης⁴².

3. Με ευθεία ή κατ' ανάλογη εφαρμογή της διάταξης του άρθρου 76 IV, επί αναγκαίας ομοδικίας, είτε λόγω αρχικής κοινής εναγωγής είτε κατόπιν προσεπικλήσεως είτε λόγω αυτοτελούς προσθέτου παρεμβάσεως, η άσκηση ενδίκου μέσου από τον ένα αναγκαίο ομόδικο επάγεται αποτελέσματα και για τους αδρανούντες προς τούτο αναγκαίους ομοδίκους. Από το επεκτατικό αποτέλεσμα της άσκησης των ενδίκων μέσων στην αναγκαία ομοδικία καθορίζονται οι σχέσεις των αναγκαίων ομοδίκων και οι διαδικαστικές τους δυνατότητες: Η άσκηση του ενδίκου μέσου από τον παρεμβαίνοντα και τον υπερού η παρέμβαση διάδικο είτε ατομικά είτε από κοινού δεν είναι υποχρεωτική. Αν κάποιος απ' τους δύο άσκησε το ένδικο μέσο, έχει αποτέλεσμα και για τον άλλο, έστω κι αν εκείνος δεν το επιθυμούσε ή αδράνησε⁴³ ή παρήλθε ως προς αυτόν η προθεσμία για την άσκηση του ενδίκου μέσου⁴⁴. Στη δίκη μάλιστα του ενδίκου μέσου έχει τη δυνατότητα να προβεί σε οποιαδήποτε ενέργεια στην οποία θα προέβαινε αν είχε ασκήσει ατομικά το ένδικο μέσο⁴⁵. Δεν έχει πάντως το δικαίωμα να παραιτηθεί από το δικόγραφο του ενδίκου μέσου που άσκησε ο ομόδικος του. Μόνο όποιος άσκησε το ένδικο μέσο έχει τη δυνατότητα να παραιτηθεί από αυτό, αλλά τότε, η παραίτηση ενεργεί υποκειμενικά και καταργεί τη δίκη μόνο για τον παραιτηθέντα⁴⁶.

Επί διαδοχικής ασκήσεως του ενδίκου μέσου, το χρονικώς μεταγενέστερο, από οποιονδήποτε από τους αναγκαίους ομοδίκους κι αν ασκήθηκε, παραμένει κατά κρατούσα γνώμη σε αδράνεια και επανενερ-

42 Έτσι ήδη Γέσιου-Φαλτσή, Η αυτοτελής πρόσθετος παρέμβασις, Μελέτες Πολιτικής και Διοικητικής Δικονομίας, (1981), σελ. 92/93, Δελγκωστόπουλος/Σινανιώτης, Ερμηνεία Κ.Πολ.Δ Β (1968), υπό αρθρ. 298 II 2, σελ. 455, Παϊσίδου, Η διακοπή και η επανάληψη της δίκης κατά τον Κ.Πολ.Δ (2001), κεφ. Β §5 I 5 Γ, σελ. 108/109, και κατ' αποτέλεσμα Ράμμου, Περί προσθέτου παρεμβάσεως (1932), σελ. 124.

43 Πρβλ. ΑΠ 1375/1997 ΕλλΔνη 39, σελ 850.

44 Βλ. εκτενώς για τη σχετική φιλολογία Γέσιου-Φαλτσή, Η ομοδικία εις την πολιτικήν δίκη (1970), 43 IV α, σελ. 287 ιδίως σημ. 76.

45 Βλ. Γέσιου-Φαλτσή, Η αυτοτελής πρόσθετος παρέμβασις, Μελέτες Πολιτικής και Διοικητικής Δικονομίας (1981), σελ. 119.

46 Πρβλ. Μπότσαρη, Η παραίτηση από των ενδίκων μέσων (1983), κεφ. Α' §4 V 2, σελ. 112, ο οποίος προκρίνει αυτή τη λύση ως ορθότερη, καθώς αν για το έγκυρο της παραίτησεως απαιτείται σύμπτυξη υπέρ ου και παρεμβαίνοντος, ο παραιτηθείς θα διεξάγει επί αρνήσεως του άλλου δίκη χωρίς τη θέλησή του ή αν γίνει δεκτό ότι η παραίτηση καταργεί τη δίκη και για τους δύο, αποστρεί αδικαιολόγητα τη δυνατότητα από δικαιούχο να διεξάγει τη δίκη. Για το ζήτημα της παραίτησεως από την άσκηση των ενδίκων μέσων βλ. inf.

γοποιείται μόνο στην περίπτωση που το πρώτο απορριφθεί ως απαράδεκτο⁴⁷.

4. Προς το σκοπό της διατήρησης της ενότητας της διαδικασίας και της εκδόσεως όμοιας αποφάσεως επί της ουσίας,⁴⁸ καθιερώθηκε σε όλα τα ένδικα μέσα με ειδική διάταξη (517 εδ. β', 543 εδ. β', 558 εδ' β.) δικονομικό βάρος για τον αντίδικο να απευθύνει το ένδικο μέσο έναντι όλων των συνδεομένων με το δεσμό της αναγκαίας ομοδικίας προσώπων. Ενόψει του ότι ο παραπάνω λόγος συντρέχει και επί πλασματικής αναγκαίας ομοδικίας, η παράλειψη του αντιδίκου να απευθύνει το ένδικο μέσο είτε κατά του παρεμβαίνοντος είτε κατά του υπερου ή παρέμβαση διαδίκου επισύρει ως κύρωση το απαράδεκτο⁴⁹. Η παραπλανητική διατύπωση των σχετικών διατάξεων δεν πρέπει να παρασύρει στο συμπέρασμα ότι ανάλογο βάρος επιωρίζεται και ο αναγκαίος ομόδικος, υποχρεούμενος επί ποινή απαραδέκτου να στρέψει το ένδικο μέσο και έναντι του ομοδί-

47 Βλ. *Γέσιου-Φαλτσή*, Η αυτοτελής πρόσθετος παρέμβασις, Μελέτες Πολιτικής και Διοικητικής Δικονομίας (1981), σελ. 119. *id.*, Η ομοδικία εις την πολιτικήν δίκη (1970), κεφ. Ζ § 43 IV, σελ. 285/286. *Νίκα*, Πολιτική Δικονομία, τομ. ΙΙΙ, Ένδικα Μέσα, εκδ. 2007, παρ. 109, αριθ. 70, σελ. 83. Υποστηρίζεται ότι είναι δυνατό στην περίπτωση που στη δεύτερη έφεση διαλαμβάνονται νέοι λόγοι που πλήττουν τα εκκληθέντα με την πρώτη κεφάλαια και τα αναγκαίως συνεχόμενα μ' αυτά, οι στη δεύτερη αυτή έφεση λόγοι να εκτιμηθούν ως πρόσθετοι (Βλ. ΕφΠειρ 34/2005 ΝοΒ 2006,714, ΕφΑθ 6874/83 ΑρχΝ 34,727, ΠολΠρΑλεξ 105/2011 ΝΟΜΟΣ και *Νίκα*. *op.ult.cit.*). Απαραίτητη ωστόσο προϋπόθεση κατά αυτήν την άποψη για να ισχύσει η δεύτερη έφεση ως δικόγραφο προσθέτων λόγων είναι, εκτός από την κατάθεση της τριάντα (30) ημέρες πριν από τη συζήτηση της στη γραμματεία του δευτεροβάθμιου δικαστηρίου και η κοινοποίηση αυτής στον αντίδικο τριάντα ημέρες πριν από τη συζήτηση της πρώτης εφέσεως (άρθρα 520 παρ. 2, 523 παρ. 2 ΚΠολΔ). Αν όμως η δικάσιμος που ορίστηκε αρχικώς για την πρώτη έφεση αναβληθεί ή ματαιωθεί, η δεύτερη έφεση μπορεί να ισχύσει ως δικόγραφο προσθέτων λόγων (με τις άνω προϋποθέσεις) εφόσον κοινοποιήθηκε στον αντίδικο τριάντα ημέρες πριν από τη νέα δικάσιμο (βλ. ΠολΠρΑλεξ *op.cit.*, *Σαμουήλ*, Η έφεση, εκδ. 2003, παρ. 166, σελ. 63). Στην ίδια κατεύθυνση και η ΑΠ 986/2007 ΝΟΜΟΣ για την οποία είναι αρκετό, με επίκληση του άρθρου 20 παρ 1 του Σ, για την κάμψη της αρχής του επεκτατικού αποτελέσματος του ενδίκου μέσου και για το μη ασκήσαντα αναγκαίο ομόδικο και στις περιπτώσεις του άρθρου 83 Κ.ΠολΔ, να προβάλει ο τελευταίος όταν ασκεί μεταγενέστερα το ένδικο μέσο, λόγους που δεν περιέχονται σε εκείνο που ασκήθηκε προηγουμένως από άλλο ομόδικο, με τους οποίους κατ' ουσία επιδιώκεται η παροχή δραστικότερης δικαστικής προστασίας.

48 Πρβλ. *Γέσιου-Φαλτσή*, Η ομοδικία εις την πολιτικήν δίκη (1970), §43 ΙΙ 2, σελ. 274.

49 Πρβλ. εκτενώς για όλη τη σχετική προβληματική την *ad hoc* μελέτη του *Βερβεσού*, Η απεύθυνση της εφέσεως και κατά του υπέρ ου εν τω πρώτω βαθμώ αντιδίκου του εκκαλούντος προσθέτως παρεμβαίνοντος, in: Δ 1975, σελ. 148 επ. Ότι υποχρέωση απευθύνσεως του ενδίκου μέσου προς όλους τους αναγκαίους ομοδίκους, ισχύει και επί αντεφέσεως του αντιδίκου, βλ. *Γέσιου-Φαλτσή*, Η αυτοτελής πρόσθετος παρέμβασις, Μελέτες Πολιτικής και Διοικητικής Δικονομίας (1981), σελ. 117.

κου του⁵⁰. Με μια τέτοια ενέργεια θα εμφανιζόταν το δικονομικό παράδοξο ο αναγκαίος ομόδικος που αδράνησε να παρίσταται στη δίκη του ενδίκου μέσου με δύο αντιφατικές ιδιότητες, λ.χ αν πρόκειται για έφεση, τόσο του εκκαλούντος, όσο και του εφεσίβλητου⁵¹. και τούτο, διότι ήδη με την άσκηση του ενδίκου μέσου κατέστη ενεργητικό υποκείμενο της επακολουθούσας δίκης κατά εφαρμογή του πλάσματος της 76 IV. Το ότι δεν καθιερώνεται πάντως εκατέρωθεν μεταξύ των αναγκαίων ομοδίκων υποχρέωση απευθύνσεως του ενδίκου μέσου, δεν εξαλείφει τη γενικότερη υποχρέωση του προσβάλλοντος την απόφαση να κλητεύσει με ποινή το απαράδεκτο τον αναγκαίο ομόδικό του κατά τη συζήτησή του ενδίκου μέσου (76 III).

- γ. Με θεμελίωση είτε στις διατάξεις για την πρόσθετη παρέμβαση είτε σ' αυτές για την αναγκαστική ομοδικία, προκύπτει για τον αυτοτελώς προσθέτως παρεμβαίνοντα, ότι:
- i. Είτε θεωρηθεί ομόδικος είτε όχι, πρέπει να λαμβάνει γνώση της εξέλιξη της διαδικασίας για ν' ασκήσει τις εξουσίες του κατ' εφαρμογή είτε της διατάξεως 81 αρ. 3 είτε αυτής της 76 III. Η υποχρέωση κλήτευσης του παρεμβαίνοντος βαραίνει τόσο τον υπερού η παρέμβαση όσο και τον αντίδικό του και ισχύει στο ακέραιο και για την περίπτωση επαναλήψεως της δίκης από τον διάδικο στο πρόσωπο του οποίου επήλθε λόγος διακοπής της δίκης (290 επ.)⁵².
 - ii. Είτε λόγω γενικής ισχύουσας επί αναγκαίας ομοδικίας αρχής είτε εξαιτίας της διατάξεως του άρθρου 82 εδ. γ', οι προθεσμίες για τη διενέργεια των διαδικαστικών πράξεων που μπορούν έγκυρα να επιχειρηθούν εντός ορισμένου χρόνου, ξεκινούν από την επίδοση του δικογράφου ή της απόφασης στον αυτοτελώς προσθέτως παρεμβαίνοντα. Αυτό σημαίνει ότι δεν καθιερώνεται ενιαία προθεσμία για την άσκηση των ενδίκων μέσων για εκείνον και τον υπερού αλλά αντίθετα, ο υπολογισμός της ξεκινά από την επίδοση της απόφασης στον καθένα ξεχωριστά, χωρίς να ενδιαφέρει ο χρόνος επιδόσεως στον άλλο⁵³. Για να καταστεί επομένως τελεσίδικη ή αμετάκλητη μια απόφαση χωρίς να ασκηθεί το

50 Πάγια νομολογία: Βλ. ενδεικτικά ΑΠ 1191/2003 ΝΟΜΟΣ, ΑΠ 1375/1997 ΕλλΔνη 39, σελ. 850, ΕφΑθ 1072/2002 ΕλλΔνη 2002 σελ. 816.

51 Βλ. αντί πολλών ΑΠ 1270/1979 ΝοΒ 1980 σελ 722, ΕφΠατρ 372/2009 ΝΟΜΟΣ.

52 Πρβλ. *Γέσιου-Φαλτσή*, Η αυτοτελής πρόσθετος παρέμβασις, Μελέτες Πολιτικής και Διοικητικής Δικονομίας (1981), σελ. 91.

53 Βλ. για το θέμα αφενός επί αναγκαστικής ομοδικίας *Γέσιου-Φαλτσή*, Η ομοδικία εις την πολιτικήν δίκη, (1970), §43 IV β, σελ. 286/287 ιδίως σημ. 77 αφετέρου επί αυτοτελούς πρόσθετης παρέμβασης, *id.* Η αυτοτελής πρόσθετος παρέμβασις, Μελέτες Πολιτικής και Διοικητικής Δικονομίας (1981), σελ. 92.

ένδικο μέσο, απαιτείται η άπρακτη παρέλευση της προθεσμίας και για τους δύο⁵⁴. Κατ' εξαίρεση όμως, επειδή ο ειδικός διάδοχος ανήκει *ex professo* (516) στα νομιμοποιούμενα προς άσκηση ενδίκου μέσου πρόσωπα, ανεξαρτήτως της παρεμβάσεώς του, γίνεται δεκτό ότι για λόγους ασφάλειας περί το δίκαιον η προθεσμία της ασκήσεως των ενδίκων μέσων πρέπει να κρίνεται από το πρόσωπο του δικαιοπαρόχου, αν στη δίκη επί της οποίας εξεδόθη η προσβαλλόμενη απόφαση, έλαβε μέρος μόνον ο τελευταίος⁵⁵.

- iii. Είτε ως παρεμβαίνων είτε κατά μείζονα λόγο ως διάδικος συγκαταριθμείται, ρητώς κατά τις διατάξεις 516, 542, 556, στη χορεία των δικαιούχων ασκήσεως εφέσεως, αναψηλαφήσεως και αναιρέσεως, όχι όμως και της ανακοπής ερημοδικίας· και αυτό γιατί σύμφωνα με την αρχή της αντικειμενικής ενέργειας των διαδικαστικών πράξεων που ισχύει στην αναγκαία ομοδικία (76 I), ο απολειπόμενος αναγκαίος ομόδικος αντιπροσωπεύεται από τους παρισταμένους⁵⁶. Το πλάσμα της αντιπροσωπεύσεως όμως δεν αναιρεί την υποχρέωση του δικαστηρίου να ελέγξει το νόμιμο και το εμπρόθεσμο της κλήτευσής του απολειπόμενου αναγκαίου ομόδικου⁵⁷. Αν τελικώς διαπιστώσει ότι δεν κλήθηκε προσηκόντως οφείλει να κηρύξει απαράδεκτη τη συζήτηση και στην περίπτωση των άρθρων 237 και 238 θεωρείται η αγωγή μη ασκηθείσα, διαφορετικά προχωρεί και δικάζει σαν να ήταν παρόντες όλοι οι διάδικοι (271)⁵⁸.

ii) Δικονομικές συνέπειες όταν δεν διευρύνονται τα όρια της δίκης

Όταν με την αυτοτελή πρόσθετη παρέμβαση δεν υποβάλλεται αίτημα έννομης προστασίας, δεν διευρύνονται τα όρια της δίκης και δημιουργείται περιορισμένου περιεχόμενου αναγκαστική ομοδικία μεταξύ παρεμβαίνοντος και υπερού. Αυτό πρακτικά σημαίνει εν πρώτοις ότι:

- α. Αναλογικώς εφαρμόζονται οι ακολουθητέοι διαδικαστικοί κανόνες για την άσκηση πρόσθετης παρέμβασης (αρθρ. 81). Επομένως, το ζήτημα του κύρους τους δεν αποτελεί ζήτημα αναγόμενο στην τήρηση της

54 Βλ. ενδεικτικά ΟΛΑΠ 18/2001 ΝΟΜΟΣ, ΑΠ 1228/2014 ΝΟΜΟΣ.

55 Βλ. Κολοτούρου, Η απαλλοτρίωσις του επιδίκου αντικειμένου, ημ. Β' (2009), §3 I Α, σελ. 452/453.

56 Ότι το αποτέλεσμα αυτό δεν προσβάλει το δικαίωμα ακρόασης του απολειπομένου αναγκαίου ομοδικού, βλ. Απαλαγάκη, Το δικαίωμα ακρόασης των διαδίκων στην Πολιτική Δίκη, έννοια περιεχόμενο εκφάνσεις, (1989), σελ. 180 ιδίως σημ. 53.

57 Βλ. αντί πολλών ΕφΛΑρ 212/2015 ΝΟΜΟΣ.

58 Βλ. Κολοτούρου Δ 32, σελ. 1178.

προδικασίας⁵⁹ και η παράλειψη ή το εκπρόθεσμο της επιδόσεως του δικογράφου της παρέμβασης επιφέρουν ακυρότητα μόνο με πρόταση του διαδίκου και με την από μέρους του επίκληση βλάβης⁶⁰. Περαιτέρω, η απουσία υποβολής αιτήματος δικαστικής προστασίας αποσυνδέει την αυτοτελή πρόσθετη παρέμβαση από την υποχρέωση για εγγραφή της στα βιβλία διεκδικήσεων⁶¹ και την καταβολή δικαστικού ένσημου.

- β. Εξαιτίας της σύμπτωσης στο πρόσωπο του παρεμβαίνοντος της ιδιότητας αφενός του προσθέτως παρεμβαίνοντος αφετέρου του οιονεί αναγκάιου ομοδίκου, προκύπτει ότι:
1. Ο ως ομόδικος λογιζόμενος αυτοτελώς προσθέτως παρεμβαίνων ανήκει στους δικαιούχους του ευεργετήματος ευπορίας και στους υπόχρεους καταβολής εγγυοδοσίας. Καθώς το δικαίωμα για το ευεργέτημα της πενίας και η υποχρέωση για καταβολή εγγυοδοσίας συνδέονται κατά κύριο λόγο με τον υπόχρεο καταβολής των δικαστικών εξόδων, το μεν ρητά⁶² η δε ερμηνευτικά⁶³, η ένταξη του παρεμβαίνοντος και στις δύο κατηγορίες είναι επιβεβλημένη από τη διάταξη του άρθρου 182, η οποία προβλέπει, ανάλογη με αυτήν του ομοδίκου κατά το άρθρο 180, δική του συμμετοχή στα έξοδα της δίκης.
 2. Η, κατά νομοθετική παραπομπή, ανάλογη εφαρμογή των διατάξεων περί αναγκάιας ομοδικίας δεν είναι καθολικού χαρακτήρα αλλά χωρεί υπό τον περιορισμό ότι η άσκηση των παρεχομένων ευχερειών εκ μέρους του παρεμβαίνοντος δεν περιστελλεί τη δικονομική θέση του υπέρ ου η παρέμβαση ως κυρίου διαδίκου⁶⁴:
- α. Περιστολή της δικονομικής θέσης του τελευταίου επιφέρει κατεξοχήν η διενέργεια κάθε πράξης που περικλείει ή ισοδυναμεί με διάθεση του

59 Πρβλ. *Μανιώτη*, Η αρχή τηρήσεως της προδικασίας κατά τον Κ.Πολ.Δ (1994), 2.1.3, σελ. 32/33, ο οποίος όμως δέχεται ότι το αίτημα του αυτοτελώς προσθέτως παρεμβαίνοντα, λόγω της αυτοτέλειας που το χαρακτηρίζει, πρέπει πάντοτε να υποβάλλεται στο στάδιο της προδικασίας.

60 Πρβλ. Ολ ΑΠ 1/1996, ΕλλΔνη 1996, 1301 επ.

61 Πρβλ. *Γέσιου-Φαλτσή*, Αναγκαστική Εκτέλεση (Γενικό Μέρος), σελ. 311.

62 Στενότερη προϋπόθεση θέτει η γερμανική ΠολΔ (§114 ZPO) συνδέοντας τον ευεργέτημα της πενίας με το πρόσωπο των διαδίκων, αντίθετα προς την ευρύτερη και επιτυχέστερη αντίστοιχη διάταξη του Κ.Πολ.Δ, η οποία παρέχει το ευεργέτημα της πενίας σε όποιον αποδεδειγμένα δεν μπορεί να καταβάλει τα έξοδα της δίκης (αρ. 194).

63 Πρβλ. *Γέσιου-Φαλτσή*, Η αυτοτελής πρόσθετος παρέμβασις, Μελέτες Πολιτικής και Διοικητικής Δικονομίας, (1981), σελ. 88, κατά την οποία ο νομοθετικός λόγος καθιέρωσης της υποχρέωσης προς εγγυοδοσία είναι η διασφάλιση της ενδεχόμενης καταδίκης στα έξοδα της δίκης

64 Βλ. και για το γερμανικό δίκαιο *Seuffert-Walsmann*, ZPO¹² (1932), 69, 1.

αντικειμένου της δίκης, όπως η αναγνώριση της αγωγής, η παραίτηση από το δικαίωμα της αγωγής, ο δικαστικός συμβιβασμός και η συμφωνία περί διαιτησίας. Λόγω του ενισχυτικού προς τον υπέρ ου η παρέμβαση σκοπού της παρεμβάσεως ο ισχύων κανόνας επί πραγματικής αναγκαστικής ομοδικίας ότι οι ως άνω πράξεις ενεργούν υποκειμενικά για τον επιχειρήσαντα αναγκαίο ομόδικο αποκτά ειδικό περιεχόμενο: Ο μεν παρεμβαίνων, μη εξομοιούμενος προς κύριο διάδικο, δεν δικαιούται να επιχειρεί τις ανωτέρω, κατά τη διάταξη του άρθρου 76 ΙΙ, αναφερόμενες διαθετικές πράξεις, ακόμη και στην εξαιρετική περίπτωση που συντρέχουν στο πρόσωπό του οι κατά το ουσιαστικό δίκαιο προϋποθέσεις⁶⁵. Διότι ακριβώς μόνο οι κύριοι διάδικοι έχουν κατά το δικονομικό δίκαιο την δυνατότητα να τις επιχειρούν έγκυρα (293 επ.)⁶⁶. Συνεπώς και για τον παρεμβαίνοντα πτωχό, που στερείται της εξουσίας διαθέσεως της επίδικης αξίωσης, και για τον μετά την εκκρεμοδικία καταστάντα ειδικό διάδοχο, που την διαθέτει, η έλλειψη στο πρόσωπό τους της ιδιότητας του κυρίου διαδίκου, αποτελεί λόγο ακυρότητας του συμβιβασμού που τυχόν επιχειρούν στο πλαίσιο της διεξαγόμενης από το μη δικαιούχο ή μη υπόχρεο δίκης.

Αντιθέτως για τον υπερού η παρέμβαση, το κριτήριο της εξουσίας διαθέσεως είναι κρίσιμο για την εκδήλωση της ισχύος των διαθετικών πράξεων. Η αντίθετη άποψη, ότι η εγκυρότητα τους δεν εξαρτάται παρά μόνο από τη βούληση του κυρίου διαδίκου⁶⁷, παραγνωρίζει τη σημασία

65 Βλ. *Ράμμου*, Περί προσθέτου παρεμβάσεως (1932), σελ. 126, *Μητσόπουλου*, Νέα μορφή αυτοτελούς προσθέτου παρεμβάσεως, in: *Αφιέρωμα εις Βαβούσκον ΙΙ*, σελ. 323, *Κολοτούρου*, *Actio pro socio*, Η δικονομική διάσταση της εταιρικής αγωγής (2006), §6 ΙΙ 2, σελ. 140, *Νίκας*, Ο δικαστικός συμβιβασμός (1984), κεφ. Β §3 Ι 4, σελ. 113. Κατά την *Γέσιου-Φαλτσή*, Η αυτοτελής πρόσθετος παρέμβασις, *Μελέτες Πολιτικής και Διοικητικής Δικονομίας* (1981), Β §13, σελ. 103, το κύρος των πράξεων εξαρτάται από τη συναίνεση του υπέρ ου η παρέμβαση, όπως συμβαίνει στην απλή πρόσθετη παρέμβαση. Παρόμοια λύση έχει υποστηριχθεί και στο γερμανικό δίκαιο, όπου γίνεται δεκτό ότι εγκύρως διενεργούνται η παραίτηση και η αναγνώριση της αγωγής αν ο κύριος διάδικος δεν αντιλέγει προς τούτο, άλλως εκτιμώνται ελεύθερα από το δικαστήριο. Βλ. σχετικά *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, *Zivilprozessrecht*¹⁶, (2004) §50 αρ. 76, σελ. 314.

66 Βλ. αναφορικά με τον δικαστικό συμβιβασμό *Δελγκωστόπουλου*, Η αυτονομία της ιδιωτικής βουλήσεως εν τη πολιτική δικονομία, (1965), §16, σελ. 301 και *Νίκας*, Ο δικαστικός συμβιβασμός (1984), κεφ. Β §3 Ι, σελ. 94, *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, *Zivilprozessrecht*¹⁶ (2004), §129 Ι 4 αρ. 13, σελ. 892.

67 Πρβλ. *Μητσόπουλου*, Νέα μορφή αυτοτελούς προσθέτου παρεμβάσεως, in: *Αφιέρωμα εις Βαβούσκον ΙΙ*, σελ. 323. Ούτε όμως και υποστηριζόμενη από τη *Γέσιου-Φαλτσή*, Η αυτοτελής πρόσθετος παρέμβασις, *Μελέτες Πολιτικής και Διοικητικής Δικονομίας*, (1981), Β §13, σελ. 102, γνώμη, ότι από πλευράς του υπέρ ου η παρέμβαση οι μνημονεύμενες στο άρθρο 76 ΙΙ πράξεις αναπτύσσουν ενέργεια μόνο ενόσω υφίσταται έστω και σιωπηρή συναίνεση του παρεμβαίνοντος, μπορεί να γίνει δεκτή διότι ως ορθώς υποστηρίζει ο *Μητσόπουλος*,

παραπομπής στις διατάξεις για την αναγκαστική ομοδικία, ως το κατά νομοθετική προαντίληψη επαρκές μέσο προστασίας του εκτιθέμενου στις ενέργειες της απόφασης τρίτου-παρεμβαίνοντος από την ενδοδικαστική συμπεριφορά του κυρίου διαδίκου. Η υποτελής θέση του παρεμβαίνοντος και εξάρτησή του από τη δικονομική-διαθετική δραστηριότητα του υπερού η παρέμβαση με πρόταγμα τη δικονομική του θέση ως κυρίου διαδίκου, είναι ανεκτή στο μέτρο που μέσω αυτής δεν καταστρατηγούνται οι αναγκαστικοί κανόνες του ουσιαστικού δικαίου⁶⁸. Διαφορετικά υπάρχει ο κίνδυνος να επέλθει διά των δικονομικών του χειρισμών, αποτέλεσμα που στο πεδίο του ουσιαστικού δικαίου δεν θα ήταν δυνατό να επιτευχθεί⁶⁹.

Παράδειγμα: Ο μη δικαιούχος διάδικος που δεν έχει την εξουσία διαθέσεως της επίδικης αξίωσης, όπως ο πλαγιαστικώς ενάγων, δεν μπορεί να προβεί σε δικαστικό συμβιβασμό με τον αντίδικό του, διότι σ' αυτόν με εξώδικη ενέργεια μόνο ο αληθής δικαιούχος πρώτος οφειλέτης θα είχε δικαίωμα να προβεί. Αντιθέτως ο έχων την εξουσία διαθέσεως μη δικαιούχος ή μη υπόχρεος διάδικος, όπως ο σύνδικος της πτώχευσης, εγκύρως αναγνωρίζει δικαστικά την απαίτηση του ενάγοντος δανειστή, έστω κι αν ο παρεμβαίνων φορέας της υποχρέωσης, όπως λ.χ. ο πτωχός, αντιτάσσεται προς τούτο, διότι ακριβώς ο τελευταίος θα δεσμευόταν από τη μεταξύ συνδίκου και δανειστή εξώδικη αναγνώριση του χρέους.

- β. Για την ταυτότητα του νομικού λόγου τα ίδια πρέπει να γίνουν δεκτά και επί αποδοχής της αποφάσεως ή παραιτήσεως από το δικαίωμα ασκήσεως ενδίκων μέσων. Το ότι μέσω των παραπάνω πράξεων δεν συντελείται άμεσα η διάθεση του επίδικου αντικειμένου, δεν αποτελεί επαρκή λόγο για να θεμελιωθεί ερμηνευτικά ασθενής αναλογία και να ματαιωθεί εξαιτίας της η εφαρμογή των άρθρων 298 και 299⁷⁰. Εφόσον το

ibid., κατά τον τρόπο αυτό η θέση του κυρίου διαδίκου, αντίθετα προς τον σκοπό της πρόσθετης παρέμβασης, θα ήταν εξαρτημένη από τη βούληση του παρεμβάντος. Στη σιωπηρή συναίνεση του παρεμβαίνοντος πάντως αποβλέπει και η κρατούσα στο γερμανικό δίκαιο γνώμη, για την οποία βλ. Βλ. σχετικά *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, *Zivilprozessrecht*¹⁶, (2004) §50, σελ. 272.

68 Βλ. για το γενικότερο ζήτημα *Shumman*, *Die materiellrechtsfreundliche Auslegung des Prozessgesetzes*, *Festschrift für Karl Larenz* (1983), 571 επ. (584).

69 Βλ. *Κολοτούρου*, Η απαλλοτρίωσις του επιδίκου αντικειμένου ημ. Β' (2009), σελ. 435.

70 Με αυτό το επιχείρημα, ο *Μπότσαρης*, Η παραιτήση από των ενδίκων μέσων (1983), §13 Ι β, σελ. 247/248, αποκρούει τη θέση ότι προϋπόθεση του κύρους της παραιτήσεως από το δικαίωμα ασκήσεως των ενδίκων μέσων αποτελεί η εξουσία διαθέσεως του ουσιαστικού δικαίου. Βλ. επίσης για το ίδιο θέμα ανάλογες απόψεις από τον *Κιτσαρά*, Ενοχικές δεσμεύσεις της εξουσίας διάθεσης (1999), §20 ΙΙ 5.3, σελ. 515. Αρνητική, σχετικά όμως με την αποδοχή της απόφασης, και η *Μακρίδου*, Η σιωπηρή αποδοχή των δικαστικών αποφάσεων κατά τον

αποτελέσματά των διαδικαστικών αυτών πράξεων συντείνει στην έμμεση, έστω, διάθεση του ουσιαστικού δικαιώματος, η συνδρομή της εξουσίας διαθέσεως στο πρόσωπο του επιχειρήσαντα παράλληλα με την ιδιότητα του διαδίκου, αποτελεί αναγκαίο όρο για την εγκυρότητά τους⁷¹. Με βάση αυτά τα δεδομένα ο αυτοτελώς προσθέτως παρεμβαίνων σε καμία περίπτωση δεν μπορεί να προβεί σε αποδοχή της απόφασης ή σε παραίτηση από το δικαίωμα ασκήσεως των ενδίκων μέσων και να ματαιώσει έτσι το δικαίωμα του υπερού η παρέμβαση μη δικαιούχου ή μη υπόχρεου διαδίκου να προσβάλει την απόφαση με ένδικα μέσα. Αντίθετα ο τελευταίος μπορεί να το πράξει και μάλιστα κατά τρόπο δεσμευτικό για τον παρεμβαίνοντα⁷², αρκεί κατά το ουσιαστικό δίκαιο να έχει την εξουσία διαθέσεως του επιδίκου αντικειμένου.

- γ. Ανάλογοι περιορισμοί ισχύουν και για το ζήτημα της ομολογίας λόγω των καθοριστικών της συνεπειών ως προς την έκβαση της δίκης: ο αυτοτελώς προσθέτως παρεμβαίνων δεν μπορεί έγκυρα να ομολογεί την αγωγή⁷³, ενώ και από τον υπερού η παρέμβαση ο ισχυρισμός του αντιδίκου δεν θεωρείται ομολογημένος, εφόσον ο αυτοτελώς προσθέτως παρεμβαίνων, ρητά ή σιωπηρά, εναντιώνεται προς αυτόν κατ' εφαρμογή του άρθρου 77⁷⁴.
- δ. Η συμμετοχή του αυτοτελώς προσθέτως παρεμβαίνοντα σε ξένη δίκη του αφαιρεί τη δυνατότητα να διενεργήσει εκτός από τις διαθετικές και ορισμένες άλλες διαδικαστικές πράξεις που συνδέονται στενά με το

Κ.Πολ.Δ (2004), σελ. 18 επ.

71 Βλ. *Δελγκαστόπουλου*, Η αυτονομία της ιδιωτικής βουλήσεως εν τη πολιτική δικονομία, (1965), §14 Β ΙΙΙ, σελ. 259 σημ. 91, *Μπέη*, Πολιτική Δικονομία, Γενικές Αρχές και κατ' άρθρον ερμηνεία, 513 V 3, σελ. 1921.

72 Βλ. όμως τα αντιθέτως υποστηριζόμενα αφενός από *Γέσιου-Φαλτσή*, Η αυτοτελής πρόσθετος παρέμβασις, Μελέτες Πολιτικής και Διοικητικής Δικονομίας, (1981), σελ 119/120, αφετέρου, στο γερμανικό δίκαιο, από τους *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht¹⁶ (2004), §50 VI 2b, σελ. 314, περί μη δεσμεύσεως του παρεμβαίνοντος εκ του γεγονότος ότι από το νόμο συγκαταλέγεται στα νομιμοποιούμενα αυτοτελώς πρόσωπα για την άσκηση ενδίκων μέσων: „So kann er z.b. in Abwesenheit oder bei Stillschweigen der Hauptpartei den Anspruch anerkennen oder darauf verzichten und durch seinen Widerspruch oder Widerruf dem Anerkenntnis oder Verzicht oder Geständnis usf. Der Hauptpartei die Wirkung nehmen”.

73 Βλ. σχετικώς *Ορφανίδη*, Η ομολογία στην πολιτική δίκη (1987), σελ. 421/422, *Γέσιου-Φαλτσή*, Η αυτοτελής πρόσθετος παρέμβασις, Μελέτες Πολιτικής και Διοικητικής Δικονομίας, (1981), σελ 105. Βλ. όμως contra *Μητσόπουλου*, Νέα μορφή αυτοτελούς προσθέτου παρεμβάσεως, in: Αφιέρωμα εις Βαβούσκον ΙΙ, σελ. 323, ότι η ομολογία εκ μέρους του παρεμβαίνοντος επιτρέπεται και επί αντιρρήσεως του υπερού εκτιμάται ελεύθερα κατά την έννοια της 77.

74 Έτσι ήδη *Μητσόπουλος*, *ibid.*, *Ορφανίδης*, Η ομολογία στην πολιτική δίκη (1987), σελ. 423.

πρόσωπο του κυρίου διαδίκου και ειδικότερα:

- i. Καθώς η πρωτοβουλία μεταβολής ή διευρυνσης του αντικειμένου της δίκης ανήκει αποκλειστικά στον κύριο διάδικο⁷⁵, ο αυτοτελώς προσθέτως παρεμβαίνων δεν μπορεί να περιορίσει το αίτημα της αγωγής ή να ζητήσει τα παρεπόμενα του κυρίου αντικειμένου της ή αντί για το αρχικά αιτηθέν άλλο αντικείμενο ή το διαφέρον εξαιτίας της επελθούσας μεταβολής (224 εδ. β'). Στερείται επιπλέον του δικαιώματος να διευρύνει αντικειμενικά τα όρια της εκκρεμούς δίκης εισάγοντας ανταγωγικά αξίωση είτε του διαδίκου υπέρ του οποίου παρενέβη είτε αποκλειστικά δική του. Η μετάθεση στον παρεμβαίνοντα της εξουσίας διεξαγωγής της δίκης για δικαίωμα του υπέρ ου η παρέμβαση διαδίκου, θα αποτελούσε άλλωστε ευθεία εκτροπή του ενισχυτικού για τον τελευταίο σκοπού της παρεμβάσεως⁷⁶.

Με τη δικονομική θέση του αυτοτελώς προσθέτως παρεμβαίνοντος και τη διάταξη του άρθρου 268 II δε συμβαδίζει επίσης, και η έγερση ατομικής ανταγωγής εναντίον του από πλευράς του αντιδίκου⁷⁷. Αντίθετα συμβατή λόγω του δεσμού αναγκαίας ομοδικίας πρέπει να θεωρηθεί κατά την έννοια της 268 II, η άσκηση κοινής ανταγωγής από ή κατά του καταλαμβανομένου από την εκκρεμοδικία της αρχικής δίκης αυτοτελώς προσθέτως παρεμβαίνοντος και του υπερού η παρέμβαση μη δικαιούχου διαδίκου⁷⁸. Για τους ίδιους λόγους που αναπτύχθηκαν στην αρχή, πρέπει να θεωρείται απαράδεκτη και άσκηση από ή κατά του αυτοτελώς προσθέτως παρεμβαίνοντος παρεμπίπτουσας αγωγής με την οποία τυχόν διευρύνεται ή τροποποιείται το αντικείμενο της κύριας δίκης⁷⁹.

- ii. Περαιτέρω, ο πλασματικά λογιζόμενος λόγω παρεμβάσεως ως αναγκαίος ομόδικος δεν μπορεί να προβάλλει, εκτός αν ο νόμος ορίζει διαφορετικά⁸⁰, προσωποπαγείς ενστάσεις του κυρίου διαδίκου, ούτε δικές του

75 Βλ. ΑΠ 931/2002 ΝΟΜΟΣ, *Ράμμον*, Περί προσθέτου παρεμβάσεως (1932), §29 σελ. 148 επ., *Διαμαντόπουλου*, Η ανταγωγή κατά τον Κ.Πολ.Δ (2003), κεφ. Β §4 II 4, σελ. 172/173, *Κολοτούρου*, *Actio pro socio*, Η δικονομική διάσταση της εταιρικής αγωγής (2006), §6 II 2 γ, σελ. 144.

76 Βλ. *Διαμαντόπουλου*, Η ανταγωγή κατά τον Κ.Πολ.Δ (2003), κεφ. Β §4 II 4, σελ. 169 επ.

77 Βλ. *Γέσιου-Φαλτσή*, Η αυτοτελής πρόσθετος παρέμβασις, *Μελέτες Πολιτικής και Διοικητικής Δικονομίας* (1981), σελ. 98/99, *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, *Zivilprozessrecht*¹⁶ (2004), §50 VI 2a, σελ. 314.

78 Βλ. *Κολοτούρου*, Ανταγωγή υπό τρίτου ή κατά τρίτου ασκουμένη, in: Δ, 34, 327 επ.

79 Βλ. εκτενώς *Ράμμον*, Περί προσθέτου παρεμβάσεως (1932), §29, σελ. 152, *Κολοτούρου*, *Actio pro socio*, Η δικονομική διάσταση της εταιρικής αγωγής (2006), §6 II 2 γ, σελ. 144

80 Βλ. λχ. 447 και 853 ΑΚ.

προσωπικές ενστάσεις, ιδιαίτερα γνήσιες που θα μπορούσε να ασκήσει αυτοτελώς με αγωγή⁸¹. Για παράδειγμα, δεν μπορεί να προβάλλει το πρώτον σε συμψηφισμό ανταπαίτηση του υπερού η παρέμβαση διαδίκου, ούτε όμως και δική του απαίτηση προς συμψηφισμό με την απαίτηση του αντιδίκου του ή να αντιτάξει την ένσταση προσωπικής με τον τελευταίο συμφωνίας αφέσεως χρέους.

ε. Ενώ επί προσθέτου παρεμβάσεως ο παρεμβαίνων δεσμεύεται από την μέχρι της παρεμβάσεώς του εξέλιξη της διαδικασίας (82 εδ. α), ο αυτοτελώς προσθέτως παρεμβαίνων κατά ρητή νομοθετική επιταγή (527) δεν υποβάλλεται σε αντίστοιχο χρονικό περιορισμό. Πλην όμως, η ευνοϊκή για εκείνον ρύθμιση του *ius novum* στην έκκλητη δίκη, ισχύει μόνο εφόσον η αυτοτελής πρόσθετη παρέμβαση ασκήθηκε το πρώτον ενώπιον του Εφετείου⁸². Η σε προηγούμενο διαδικαστικό στάδιο άσκηση της παρέμβασης ενεργοποιεί την υποχρέωση για τον παρεμβαίνοντα συγκεντρώσεως των ισχυρισμών του κατά το στάδιο αυτό. Στην τελευταία περίπτωση, η μετέπειτα διαδικαστική αντιμετώπισή τους ακολουθεί κανονικά τις ρυθμίσεις που ισχύουν για τους πρωτόδικα μετέχοντες διαδίκους κλπ.

στ. Περαιτέρω, ο λογιζόμενος ως ομόδικος αυτοτελώς προσθέτως παρεμβαίνων, μπορεί κατά νομοθετική παραχώρηση, ενεργώντας οιονεί πλαγιαστικά, ν' ασκήσει το δικαίωμα ανακοπής ερημοδικίας του υπέρ ου ή παρέμβαση διαδίκου υπό την προϋπόθεση ότι αμφότεροι δικάστηκαν ερήμην (502 ΙΙΙ). Τέλος σε περίπτωση ήττας η δικαστική δαπάνη καταλογίζεται και στον παρεμβαίνοντα κατά τις διατάξεις ομοδικίας (182 ΙΙ), με μια διαφορά: Δεν μπορεί να χωρήσει κρίση του δικαστηρίου και να κατανεμηθούν τα έξοδα με βάση το μερίδιο που αναλογεί στον καθένα ομόδικο επάνω στο επίδικο αντικείμενο (180 Ι), διότι ο αυτοτελώς προσθέτως παρεμβαίνων, μολονότι θεωρείται ομόδικος, δεν διεκδικεί μερίδιο απ' αυτό⁸³.

81 Βλ. *Ράμμου*, Περί προσθέτου παρεμβάσεως (1932), σελ. 137, *Γέσιου-Φαλτσή*, Η αυτοτελής πρόσθετος παρέμβασις, *Μελέτες Πολιτικής και Διοικητικής Δικονομίας*, (1981), σελ. 98.

82 Βλ. *Γέσιου-Φαλτσή*, Η αυτοτελής πρόσθετος παρέμβασις, *Μελέτες Πολιτικής και Διοικητικής Δικονομίας*, (1981), σελ. 109, *Μητσόπουλου*, Νέα μορφή αυτοτελούς προσθέτου παρεμβάσεως, in: *Αφιέρωμα εις Βαβούσκον ΙΙ*, σελ. 324.

83 Έτσι ήδη *Γέσιου-Φαλτσή*, Η αυτοτελής πρόσθετος παρέμβασις, *Μελέτες Πολιτικής και Διοικητικής Δικονομίας*, (1981), σελ. 114.

III. Αναγκαστική παρέμβαση

A. Συμμετοχή του τρίτου με την άσκηση προσεπίκλησης ή κατόπιν ανακοίνωσης της εκκρεμούς δίκης

1. Όροι και προϋποθέσεις

- α. Κατά θεμιτή απόκλιση του κανόνα ότι ουδείς εξαναγκάζεται άνευ της θελήσεως του να ζητήσει παροχή έννομης προστασίας⁸⁴, στο ισχύον δίκαιο τρίτος μπορεί να εξαναγκαστεί να συμμετάσχει σε εκκρεμή δίκη μεταξύ άλλων προσώπων ως κύριος διάδικος εφόσον φέρει την ιδιότητα είτε του αναγκαίου ομοδίκου είτε του αληθούς (εμπράγματος) δικαιούχου είτε τέλος του δικονομικού εγγυητή. Επομένως και ο τρίτος που η ενέργεια του δεδικασμένου ενδεχομένως τον καταλαμβάνει μπορεί να εξαναγκασθεί με προσεπίκληση να συμμετάσχει σε δίκη που διεξάγεται μεταξύ άλλων τουλάχιστον ως αναγκαίος ομόδικος εφόσον κατά κανόνα συντρέχουν στο πρόσωπό του οι προϋποθέσεις της διάταξης του άρθρου 76 Ι περ. β'.

Απαραίτητη όμως προϋπόθεση υπό το ισχύον δίκαιο για να ασκηθεί προσεπίκληση είναι το αγωγήμο της αξίωσης να μπορεί να επεκταθεί και κατά του προσεπικαλουμένου⁸⁵. Είτε πρόκειται για αναγκαίο ομόδικο είτε πρόκειται για τον αληθή εμπράγματο δικαιούχο με την προσεπίκληση το αίτημα της αγωγής στρέφεται αναλόγως υπέρ ή κατά του προσεπικαλουμένου, διευρύνοντας έτσι τα υποκειμενικά όρια της αρχικής δίκης⁸⁶. Για να επέλθουν οι συνέπειες του άρθρου 89 και να θεωρηθεί ότι ο τρίτος, και μάλιστα ανεξαρτήτως ασκήσεως παρεμβάσεως, ενήχθη ή ενήγαγε εξαρχής⁸⁷, είναι ανάγκη να συντρέχουν στο πρόσωπό του οι προϋποθέσεις της ενεργητικής ή παθητικής νομιμοποίησής του

84 Βλ. *Ράμμου*, Στοιχεία Ελληνικής Πολιτικής Δικονομίας (1953), τομ. Ι, titl. 4^ο §87 ΙΙ, σελ. 189 επ.

85 Το ίδιο, ότι δηλ. η προσεπίκληση συνεπάγεται για τον προσεπικαλούμενο την κτήση της ιδιότητας του διαδίκου, ισχύει και στο πλαίσιο του ιταλικού δικαίου. Βλ. αντί πολλών *Montesano/Arieta*, Diritto Processuale Civile, Le disposizioni generali³ (1999), τομ. Ι, κεφ. 14 §119, σελ. 313, όπου "...in tutti i casi di intervento ad istanza di parte il terzo chiamato acquista la qualita di parte."

86 Βλ. αντί πολλών *Μητσόπουλου*, Το πρόβλημα του επιτρεπτού ή μη της υπό του δικαστηρίου προσεπικλήσεως τρίτου εις την κατ' έφεσιν δίκη, in: *Μελέτες Γενικής Θεωρίας Δικαίου και Αστικού Δικονομικού Δικαίου* ΙΙ, σελ. 276/277 επ. = Δ 22 (1991) σελ. 422 επ.

87 Περιεκτικά βλ. *Μπένη*, παρατηρήσεις στην ΑΠ 399/1970, in: Δ 2, σελ. 167· *Κούρτη*, Η προσεπίκληση και η ανακοίνωσης της δίκης κατά τον Κ.Πολ.Δ, in: Αρμ 7 (1973), σελ. 502 (507)· *Πανταζόπουλου*, Η προσεπίκληση κατά τον Κώδικα Πολιτικής Δικονομίας (1995), κεφ 1^ο 4, σελ.43/44, ΕφΑθ 4882/1999 ΝοΒ 1999, σελ. 1426 επ.

ως διαδίκου στην κύρια δίκη⁸⁸. Διαφορετικά αν ως προς τον τρίτο εν δυνάμει αναγκαίο ομόδικο ή τον αληθή εμπράγματο δικαιούχο δεν υφίσταται νομιμοποίηση⁸⁹, που θα δικαιολογούσε εξ υπαρχής την απόκτηση της ιδιότητας του κυρίου διαδίκου, δεν είναι δυνατό με την άσκηση της προσεπίκλησης να επέλθει ένα τέτοιο αποτέλεσμα.

Στη δίκη που διεξάγεται επομένως από ή κατά νομιμοποιούμενου αποκλειστικά μη δικαιούχου ή μη υποχρέου διάδικου, όπως λ.χ του συνδίκου ή του εκκαθαριστή κληρονομίας, δεν μπορεί να προσεπικληθεί ο φορέας του δικαίωματος ή της υποχρέωσης, όπως λ.χ ο πτωχός ή ο κληρονόμος. Διότι ακριβώς ο τελευταίος έχει κατά το ουσιαστικό δίκαιο αποστερηθεί από το δικαίωμα διεξαγωγής των σχετικών δικών, ώστε εξ αρχής τυχόν έγερση αγωγής από ή κατά αυτού θα απορριπτόταν ως απαράδεκτη⁹⁰. Εξάλλου ούτε ο *pendente lite* ειδικός διάδοχος μπορεί να προσεπικληθεί επειδή ακριβώς δεν έχει αυτή την ιδιότητα κατά την έγερση της αγωγής ώστε να νομιμοποιείται ενεργητικά ή παθητικά. Ομοίως άνευ αντικειμένου θα είναι και η προσεπίκληση του καταπιστευματοδόχου από τον βεβαρημένο ή τον αντίδικό του, με δεδομένο ότι ως την επαγωγή του καταπιστεύματος νομιμοποιείται αποκλειστικά επί των σχετικών δικών μόνο ο βεβαρημένος. Παρά ταύτα δεν αποκλείεται σ' όλες τις παραπάνω περιπτώσεις αν ασκηθεί προσεπίκληση να διασωθεί και ισχύσει κατ' ορθή εκτίμηση του δικογράφου ως ανακοίνωση επισείοντας τις αντίστοιχες συνέπειες από το άρθρο 92 υπό την προϋπόθεση ότι τηρήθηκαν οι προϋποθέσεις εφαρμογής του⁹¹.

β. Ανάλογες σκέψεις πρέπει να γίνουν δεκτές και επί επικουρικής νομιμοποίησης του μη δικαιούχου διαδίκου παρά το ότι ο αληθής δικαιού-

88 Βλ. *Costa*, *Manuale di diritto processuale civile*⁵ (1980), σελ. 189. Αντίθετα, αδικαιολόγητη ευρύτητα απονέμει στην προσεπίκληση στο πλαίσιο του ιταλικού δικαίου ο *Chiovenda*, *Principi di diritto processuale civile*⁴ (1928), σελ. 1116 επ, θέτοντας ως μοναδική προϋπόθεση την επέκταση του δεδικασμένου στο πρόσωπο του προσεπικαλουμένου. Η παρατήρησή του μάλιστα ότι δεν είναι καν αναγκαίο με την προσεπίκληση ο τρίτος να καθίσταται διάδικος οδηγεί κατ' ουσία στην εννοιολογική ταύτιση προσεπικλήσεως και ανακοινώσεως. Ανάλογη, λιγότερο προωθημένη, θέση λαμβάνει κι ο *Πανταζόπουλος*, *Η προσεπίκληση κατά τον Κώδικα Πολιτικής Δικονομίας* (1995), σελ. 21 επ., ο οποίος θεωρεί αρκετή την δέσμευση του τρίτου απ' την ισχύ της εκδοθησόμενης απόφασης, προκειμένου να μπορεί να προσεπικληθεί ως αναγκαίος ομόδικος και να λάβει την ιδιότητα του διαδίκου.

89 Παρατηρεί ορθά η *Γέσιου-Φαλτσή*, *Η ομοδικία εις την πολιτικήν δίκη* (1970), §15, σελ. 88, ότι «επί πλειόνων διά του δεσμού της ομοδικίας ενουμένων δικών δέον ως προς έκαστον ομόδικον να υφίσταται νομιμοποίησις. Άλλως απορριπτέα ως προς αυτόν είναι η αγωγή».

90 Ορθά *Κουσουίλης*, *Φύση και υποκειμενικά όρια του δεδικασμένου*, in: *ΙΔΜΕ* τόμος 16, *Το δεδικασμένο* (1989), 5 Ι, σελ. 465.

91 Πρβλ. ΕφΠειρ 562/1992 ΝΟΜΟΣ, Πολ.Πρ.Ροδ. 95/2004 ΝΟΜΟΣ, Ειρ.Νικ 36/2007 ΑρχΝομ 2007, σελ 353 επ. (356/357).

χος, όπως οφειλέτης του πλαγιαστικώς ενάγοντος λ.χ ή το μέλος του επαγγελματικού σωματείου (669), δεν έχει αποστερηθεί της εξουσίας διεξαγωγής της δίκης, όπως επί αποκλειστικής νομιμοποίησης. Αποτρεπτικός παράγων για το επιτρεπτό της προσεπίκλησης είναι το γεγονός ότι το δικαίωμα του μη δικαιούχου για τη διεξαγωγή της σχετικής δίκης είναι «αποψιλωμένο», εξαρτάται δηλαδή από τη μη εκδήλωση αντίρρησης εκ μέρους του φορέα της ουσιαστικής έννομης σχέσης⁹². Στο πλαίσιο αυτό δεν υπάρχει η δυνατότητα αρχική κοινής εναγωγής μεταξύ δικαιούχου και μη δικαιούχου διαδίκου, αφού η νομιμοποίηση του πρώτου αποκλείει την νομιμοποίηση του τελευταίου⁹³. Αν γίνει δεκτή η προσεπίκληση του δικαιούχου ως αναγκαίου ομοδίκου επιτυγχάνεται αυτό ακριβώς που ο νόμος εξαρχής έχει αποκλείσει: τη διεξαγωγή κοινής δίκης διά της συμμετοχής όλων των νομιμοποιουμένων προς τούτο διαδίκων.

Αλλά κι η επιστράτευση της διάταξης του άρθρου 87, που προτείνεται ως λύση από μερίδα της θεωρίας, είναι δογματικά επισφαλής⁹⁴. Όχι τόσο διότι είναι προβληματική η *per analogiam* επέκτασή της λόγω του εξαιρετικού της χαρακτήρα⁹⁵. Άλλωστε είναι προ πολλού ξεπερασμένη η άτεγκτη εφαρμογή της αρχής *singularia non sunt extendenda*⁹⁶.

92 Βλ. Κολοτούρου (-Κουταλιανού), Ενστάσεις κατά τον ΚΠολΔ, αριθ. 18, σ. 264, Πλεύρη, Μη δικαιούχοι και μη υπόχρεοι διάδικοι στην πολιτική δίκη (2014), κεφ. IV σελ 98 επ

93 Βλ. όμως Κολοτούρου, *Actio pro socio*, Η δικονομική διάσταση της εταιρικής αγωγής (2006) §6 III 1, σελ. 147, ο οποίος δέχεται ότι εκκρεμούσης της *actio pro socio* από τον επικουρικός νομιμοποιούμενο εταίρο η παρέμβαση της εταιρείας μπορεί να εξαναγκασθεί «διά της προσεπικλήσεως αυτής ως αναγκαίας ομοδίκου (Κ.Πολ.Δ 86)».

94 Η άποψη ότι δεν υπάρχει κανένα εμπόδιο για να προσεπικληθεί ο αληθής δικαιούχος με ανάλογη εφαρμογή του άρθρου 87 έχει υποστηριχθεί βασικά από τον Μπέη, in: Δ 14, σελ. 400 επ. *id.* Οριοθέτηση του δεδικασμένου ως προς το σύνδικο, in: Δ 8 (1978), σελ. 540.

95 Τον εξαιρετικό χαρακτήρα των τριών περιπτώσεων προσεπίκλησης επικαλούνται τόσο ΜονΠρΑθ 602/1996 ΝΟΜΟΣ όσο και η ΕιρΝικ 36/2007 ΑρχΝομ 2007, σελ. 353, προκειμένου να αποκλείσει τη διεύρυνση των περιπτώσεων αυτών- και ιδίως προς αποκλεισμό της προσεπίκλησης των συνδεδεμένων με τον δεσμό της απλής ομοδικίας προσώπων- με αναλογική εφαρμογή ή με συμφωνία των διαδίκων. Επί τοσούτον βλ. Δεληκωστόπουλου/Σινανιώτη, Ερμηνεία Κ.Πολ.Δ Α (1968), υπό άρθρ. 87 I 1, σελ. 243, Κουτσούκου, Η προσεπίκληση του δικονομικού εγγυητή (1999), σελ. 15 επ.· εμμέσως έτσι και οι ΑΠ 245/2006 ΝΟΜΟΣ, ΕφΑθ 7770/2000 ΕλλΔνη 2002, σελ. 1083, ΕφΑθ 8965/1986 ΝΟΜΟΣ

96 Βλ. αντί πολλών Σημαντήρα, Γενικά Αρχαί του Αστικού Δικαίου 2 τευχ. Α (1969), §13 VII 4 β, σελ. 115 ο οποίος επισημαίνει ορθά ότι «...και οι εξαιρετικοί κανόνες είναι επιδεκτικοί αναλόγου εφαρμογής αρκεί αι υπό κρίσεις περιπτώσεις να προσομοιάζουν προς τας δια κανόνος εξαιρετικού δικαίου ρυθμιζόμενας, η δε κατ' αναλογία εφαρμογή να υπαγορεύεται υπό των αναγκών της ζωής και να ικανοποιεί τα προς ρύθμισιν κοινωνικά συμφέροντα, να γίνεται δε εντός του πλαισίου της εξαιρέσεως (ιδρύσεως τρόπον τινά στενότερόν τινά κανόνα) και λαμβανομένου υπ' όψιν του δια της κατά παρέκκλισιν ρυθμίσεως επιδιωκόμενου

Κύριο πρόβλημα είναι άλλο: Η φαλκίδευση ορισμένων δικονομικών ευχερειών του φορέα του δικαιώματος έναντι του επικουρικής νομιμοποιούμενου διαδίκου. Έχει από καιρού επισημανθεί από ορισμένους συγγραφείς η ιδιαιτερότητα της κύριας παρέμβασης όταν η νομιμοποίηση του μη δικαιούχου διαδίκου είναι επικουρική⁹⁷: Με την άσκησή της ο κυρίως παρεμβαίνων δεν αντιποιείται απλά το αντικείμενο της δίκης αλλά υποδηλώνει ταυτόχρονα την πρόθεση του να αναλάβει τον εκκρεμή δικαστικό αγώνα εκτοπίζοντας τον μη δικαιούχο διαδίκου, ανεξάρτητα από τη θέληση τη δική του ή του αντιδίκου του. Αν γίνει δεκτή η προσεπίκληση από το άρθρο 87, τότε ο προσεπικαλούμενος χάνει την ιδιότητα του τρίτου στερούμενος εντεύθεν του δικαιώματος ασκήσεως κύριας παρεμβάσεως⁹⁸. Η διάταξη του άρθρου 276 Π δεν μπορεί να υποκαταστήσει την κύρια παρέμβαση αφού για να τεθεί εκτός δίκης ο προσεπικαλών χρειάζεται και η συναίνεσή του.

Μόνη δυνατότητα απομένει η ανακοίνωση της δίκης προς τον αληθή δικαιούχο. Αυτός θα επιλέξει τον τρόπο συμμετοχής του στη δίκη: Και είτε θα παρέμβει κυρίως, αίροντας κατ' αυτόν τον τρόπο τη νομιμοποίηση του μη δικαιούχου διαδίκου και συνεχίζοντας αυτός, μόνος, πλέον ως κύριος διάδικος την εκκρεμή δίκη με τον αντίδικό του είτε θα ανεχθεί τη νομιμοποίηση του μη δικαιούχου διαδίκου, εισερχόμενος στη δίκη προς υποστήριξή του, όχι ως διάδικος αλλά ως αυτοτελώς προσθέτως παρεμβαίνων.

Το παραπάνω συμπέρασμα ενισχύεται και με την επίκληση ενός ιστορικού επιχειρήματος: Στο προϋσχύσαν δίκαιο τα πρόσωπα αυτά, και ιδίως ο πλαγιαστικώς ενάγων, μπορούσε ή –κατά τη νομολογία– έπρεπε υποχρεωτικά να προσεπικληθεί στη δίκη που διεξήγαγε ο μη δικαιούχος διάδικος, είτε ως υπόχρεος προς νομιμοποίηση τρίτος είτε ως έχων δικαίωμα τριτανακοπής⁹⁹, όχι πάντως ως αναγκαίος ομόδικος ή αναλογικά ως εμπράγματος δικαιούχος. Και οι δύο αυτές τυπολογικές μορφές της προσεπίκλησης είχαν ηπιότερες συνέπειες για τον προ-

σκοπού, να μην οδηγεί δε εν κατακλείδι εις την ολοσχερή κατάργησιν του κανόνος...».

97 Πρβλ. Κουσουλή, Η κύρια παρέμβαση στην πολιτική δίκη. Συμβολή στην έννοια και προστασία του τρίτου στον Κ.Πολ.Δ (1987), κεφ. 5° §8 Π 4, σελ. 363· Κιτσαρά, Η πλαγιαστική άσκηση δικαιωμάτων – Τελολογική ένταξη της πλαγιαστικής αγωγής στο σύστημα προστασίας των δανειστών (2007), §7 Π Α 3, σελ. 274/275.

98 Πρβλ. Πανταζόπουλου, Η προσεπίκληση κατά τον Κώδικα Πολιτικής Δικονομίας (1995), κεφ. 2° 2, σελ. 54.

99 Βλ. Ράμμου, Στοιχεία ελληνικής Πολιτικής Δικονομίας (1953), τομ. Ι, §87 Π Β αα εε, σελ. 189 (191)· *id.* Προσεπίκλησις. Δικαίωμα ανακοπής ερημοδικίας. Άσκησις ανακοπής υπό δανειστού κατ' άρθρον 1025 ΠολΔ. Τριτανακοπή υπό προσεπικληθέντος και μη παρεμβάντος εξ ανωτέρας βίας. Προϋποθέσεις τελεσιδικίας, in: Συμβολαί, τευχ. Α (1948), σελ. 23 (25/26).

σεπικαλούμενο μιας και δεν του προσέδιδαν την ιδιότητα του κυρίου διαδικού της αρχικής δίκης¹⁰⁰. Υπό το ισχύον όμως δίκαιο γι' αυτές δεν συγχωρείται πλέον προσεπίκληση αλλά μόνο ανακοίνωση της δίκης¹⁰¹.

- γ. Περιθώριο αντίθετα για την άσκηση προσεπίκλησης υπάρχει επί σωρευτικής νομιμοποίησης. Όλοι οι σωρευτικά νομιμοποιούμενοι διάδικοι, και ο δικαιούχος και ο μη δικαιούχος, είναι φορείς αντίστοιχου, ποσοτικά και ποιοτικά, δικαιώματος, για τη διεξαγωγή της σχετικής δίκης. Και οι δύο υπόκεινται στην ίδια ενεργητική νομιμοποίηση, ώστε λόγω ταυτότητας της διαφοράς μπορούν να ενάγουν από κοινού ως ομόδικοι. Ακριβώς μάλιστα επειδή το παραγόμενο δεδικασμένο εκ της δίκης που διεξήχθη από τον έναν θα δέσμευε και τον άλλο ανεξάρτητα από δική του συμμετοχή, γίνεται δεκτό ότι μεταξύ τους υφίσταται δεσμός αναγκαστικής ομοδικίας (76 Ι β)¹⁰².

Ο δικαιούχος διάδικος, όπως ο μηχανικός, ο δανειστής αδιαίρετης παροχής κλπ., που παρελήφθη και δεν ζήτησε δικαστική προστασία, μπορεί, ως τρίτος εν δυνάμει ενάγων-αναγκαίος ομόδικος, εντός των προδιαγραφόμενων από τις διατάξεις των άρθρων 238 για την τακτική διαδικασία και 591 Ι β για τις ειδικές χρονικών ορίων, να εξαναγκασθεί σε παρέμβαση κατά το άρθρο 86 και να καταστεί έτσι αναδρομικά διάδικος στην εκκρεμή δίκη¹⁰³. Το ίδιο ισχύει και για όλες τις νομοθετι-

100 Κατ' εξαίρεση μάλιστα επιτρέπεται τότε η άσκηση προσεπικλήσεως και σε βραδύτερο χρόνο. Βλ. σχετικά *Κούρτη*, Η προσεπίκληση και η ανακοίνωσης της δίκης κατά τον Κ. Πολ.Δ, in: Αρμ 7 (1973), σελ. 503.

101 Βλ. *Μπέη*, Πολιτική Δικονομία, Γενικές Αρχές και κατ' άρθρον ερμηνεία 2, άρθρ. 91 ΙΙΙ 3, σελ. 465.

102 Έτσι αν ακολουθηθεί η κρατούσα γνώμη, ότι επί σωρευτικής νομιμοποίησης η καταφατική απόφαση αποτελεί δεδικασμένο και για το δικαιούχο διάδικο έστω κι αν αυτός δικάστηκε άκριτος, για την οποία πρβλ. αντί πολλών *Μητσόπουλου*, Η ομοδικία κατά το παρ' ημιν δίκαιο, in: Δ 10 (1979), κεφ. Δ ΙΙΙ 1, σελ. 178/179 ιδίως σημ.37, αλλά και αν υιοθετηθεί η άποψη ότι σε κάθε περίπτωση ξενοδικίας το δεδικασμένο καταλαμβάνει τον δικαιούχο διάδικο, για την οποία βλ. *Κολοτούρου*, Actio pro socio, Η δικονομική διάσταση της εταιρικής αγωγής (2006), §3 ΙΙ 3, σελ. 79. Για τους μη δεχόμενους επέκταση του δεδικασμένου, η αναγκαία ομοδικία δικαιολογείται είτε λόγω ενιαίας ρύθμισης της διαφοράς είτε λόγω του ότι εξαιτίας των περιστάσεων δεν μπορούν να υπάρξουν αντίθετες αποφάσεις για τους ομόδικους. Βλ. σχετικώς με αφορμή την περίπτωση συνιδιοκτησίας, *Γέσιου-Φαλτσή*, Η ομοδικία εις την πολιτικήν δίκη (1970), §41, σελ. 260/261 και §42, σελ. 264/265· *Κουσσούλη*, Μορφές παρεμβάσεως στον ΚΠολΔ. Συμβολή στη διεύρυνση μιας νέας κατηγορίας αυτοτελούς πρόσθετης παρέμβασης, in: Δ 18 (1987), σελ. 295 (298/299).

103 Για τα αποτελέσματα της προσεπίκλησης κατά το άρθρο 89 πρβλ. *Μητσόπουλου*, Το πρόβλημα του επιτρεπτού ή μη της υπό του δικαστηρίου προσεπικλήσεως τρίτου εις την κατ' έφεσιν δίκη, in: Μελέτες Γενικής Θεωρίας Δικαίου και Αστικού Δικονομικού Δικαίου ΙΙ, σελ. 277 = Δ 22 (1991) σελ. 422 αλλά και *Καργάδου*, Αι σχέσεις της ανακοινώσεως προς την προσεπίκληση, Συμβολή εις την έννοιαν και τα προβλήματα της αναγκαστικής παρεμ-

κά ρυθμισμένες περιπτώσεις (325 επ.), όπου ο παρεμβαίνων τρίτος θα μπορούσε εξαρχής να ενάγει ή να εναχθεί από κοινού ως αναγκαίος ομόδικος με τον υπερού λόγω επεκτάσεως ισχύος της απόφασης, όπως ο ομόρρυθμος εταίρος, ο εγγυητής και ο υπομισθωτής, ο οποίοι παραδεκτά προσεπικαλούνται από το νομικό πρόσωπο ή τον αντίδικό του (329), από τον πρωτοφειλέτη ή τον αντίδικό του (328), από τον εκμισθωτή (325 ΙΙΙ) ή τον αντίδικό του αντίστοιχα.

Διαζευκτικά βέβαια, υπάρχει και η δικονομική ευχέρεια ανακοινώσεως της δίκης¹⁰⁴. Η επιλογή της συνεπάγεται όμως απλή γνωστοποίηση της αγωγής προς τον τρίτο και όχι επέκταση της αρχικής αγωγής στο πρόσωπό του¹⁰⁵. Ο προς ον η ανακοίνωση έχει δικαίωμα συμμετοχής στην εκκρεμή δίκη με την άσκηση παρεμβάσεως, διαφορετικά, επί αδρανείας του, στερείται του δικαιώματος τριτανακοπής κατά της εκδοθησόμενης απόφασης. Για την επέλευση του παραπάνω αποτελέσματος το δικόγραφο της ανακοίνωσης πρέπει να επιδοθεί στον τρίτο πριν από τη συζήτηση στο ακροατήριο.

2. Η εξέλιξη της διαδικασίας μετά την άσκηση προσεπίκλησης και ανακοίνωσης της δίκης. Στοιχεία δικογράφου. Νομότυπο και Εμπρόθεσμο

- α.** Η προσεπίκληση του αναγκαίου ομοδίκου, όπου επιτρέπεται σύμφωνα με τα όσα αναφέρθηκαν ανωτέρω, μπορεί να ασκηθεί από τον αναγκαίο ομόδικό του, τον αντίδικό του, ή με διαταγή του δικαστηρίου, μόνο διά συντάξεως και καταθέσεως δικογράφου, το οποίο: Φέρει υποχρεωτικά τα στοιχεία των άρθρων 118-120 και 216, περιέχει ειδικώς για τη δικαιολόγηση του έννομου συμφέροντος τη συνδρομή των προϋποθέσεων

βάσεως (1973), σελ. 140/141.

104 Κατ' εξαίρεση όμως μπορεί από το νόμο να προβλέπεται επί ποινή απαραδέκτου της συζήτησης το υποχρεωτικό της ανακοίνωσης. Σε υποχρεωτική ανακοίνωση της δίκης προς τον συνδικαίουχο, υποβάλλεται ο μηχανικός ή το ΤΕΕ, που άσκησε την αγωγή για καταβολή της αμοιβής του μηχανικού σύμφωνα με το π.δ. 48/1994 § 15. Αλλά και σύμφωνα με τη διάταξη του άρθρου 6 παρ. 3 του ν. 2664/1998 όπως τροποποιήθηκε από το άρθρο 2 παρ. 3 του ν. 3127/2003 καθιερώνεται παρόμοια προδικασία με την ανακοίνωση του δικογράφου της αγωγής με την οποία ζητείται η αναγνώριση του δικαιώματος κυριότητας και η διόρθωση της πρώτης εγγραφής στα οικεία κτηματολογικά στοιχεία προς το Ελληνικό Δημόσιο και δη με αυτοτελές δικόγραφο κατ άρθρον 91 Κ.Πολ.Δ. Βλ. σχετικά Πολ.Πρ.Πειρ 1963/2006 ΝΟΜΟΣ.

105 Βλ. ΑΠ 1012/1991 Δ 1992, σελ. 459 = ΕΕΝ 1992, σελ. 611, ΕφΠειρ 364/2016 ΝΟΜΟΣ, ΕφΔωδ 5/2014 ΝΟΜΟΣ, ΕφΑθ 2225/2000 ΕΔΠολ 2001, σελ.95, ΜονΠρωτΑθ 1012/1991 ΝΟΜΟΣ.

αναγκαίας ομοδικίας μαζί με πρόσκληση του τρίτου για συμμετοχή του στη δίκη και επιδίδεται στον προσεπικαλούμενο μέσα στα διαγραφόμενα χρονικά όρια του 238 (μέσα σε 60 ημέρες από την κατάθεση της αγωγής) για την τακτική και 591 I β (10 ημέρες προ της συζήτησεως της αγωγής) για τις ειδικές διαδικασίες. Επίδοσή της προς τον αντίδικο καταρχήν δεν απαιτείται¹⁰⁶, ούτε υπόκειται στην καταβολή ενσήμου ενώ κατ' εξαίρεση με ποινή το απαράδεκτο εγγράφεται στα βιβλία διεκδικήσεων αν αφορά σε ακίνητο ή σε εμπράγματο δικαίωμα σ' αυτό¹⁰⁷.

Ο προσεπικαλούμενος μετέχει της δίκης με μόνη την κατάθεση προτάσεων, χωρίς να χρειάζεται να ασκήσει παρέμβαση. Πλασματικά θεωρείται διάδικος και αναγκαίος ομόδικος από τον χρόνο έγερσης της αγωγής, υποχρεούμενος να δεχθεί τη δίκη όπως αυτή διεξήχθη από τον προσεπικαλούντα. Κατά τα λοιπά τυγχάνουν εφαρμογής οι περί αναγκαστικής ομοδικίας διατάξεις: Ο προσεπικαλούμενος εκπροσωπεί τον απολειπόμενο ομόδικο του ενώ καλείται με ποινή το απαράδεκτο της συζήτησης¹⁰⁸ σε κάθε μεταγενέστερη διαδικαστική πράξη και νέα στάση δίκης (275, 76 III). Αν ασκηθεί ένδικο μέσο απ' τον προσεπικαλούντα θεωρείται ότι έχει ασκηθεί εξ αρχής και από τον προσεπικαλούμενο (76 IV). Το ένδικο μέσο όμως που ασκεί ο αντίδικος του προσεπικαλούντος απευθύνεται με ποινή το απαράδεκτο και κατά του προσεπικληθέντος (517 II). Προσεπίκληση το πρώτον στην κατ' έφεση δίκη για να θεραπευθεί το απαράδεκτο από την μη απεύθυνση του ενδίκου μέσου κατ' ενός εξ εκείνων που υπήρξαν αναγκαίοι ομόδικοι πρωτόδικα, κατά την κρατούσα και ορθή γνώμη δεν είναι επιτρεπτή¹⁰⁹.

- β. Σε παρόμοιες διατυπώσεις και αντίστοιχους χρονικά περιορισμούς υποβάλλεται και η ανακοίνωση της δίκης: Στο δικόγραφο πρέπει επιπλέον να διαλαμβάνεται και η στάση στην οποία βρίσκεται η δίκη. Δεν

106 Πρβλ. Μπέη, Πολιτική Δικονομία, Γενικές Αρχές και κατ' άρθρον ερμηνεία (1973), τευχ. 2 άρθρο 89 III 2, σελ. 90, με την διευκρίνιση ότι η προς τον αντίδικο παράλειψη της επιδόσεως ισοδυναμεί με έλλειψη τήρησης της προδικασίας για τις πράξεις που επιχειρεί ο προσεπικαλούμενος, ιδιαίτερα όταν υποκατέστησε διαδικαστικά τον προσεπικαλέσαντα.

107 Βλ. ad hoc ΜονΠρΛειβ 35/1996 ΑρχΝομ 1997, σελ. 536.

108 Και μάλιστα και κατ' αυτεπάγγελτη του δικαστηρίου έρευνα, καθόσον το ζήτημα αυτό ανάγεται στην προδικασία βλ. ΑΠ 1139/2018 και 78/2008 ΝΟΜΟΣ, ΑΠ 214/1998 ΕΛΛΔνη 39, σελ. 1320, ΑΠ 1406/1996 ΕΛΛΔνη 38, σελ. 1128, ΕφΑθ 302/2018 ΝΟΜΟΣ, ΕφΑθ 610/1993 ΕΛΛΔνη 37, σελ. 1665, ΕφΚρ. 451/1991 ΕΛΛΔνη 33, σελ. 1285, Κεραμέως, Αστ. Δικ.Δικ (1986), σελ. 266, Πατεράκη, Προβλήματα ομοδικίας στην κατ' έφεση δίκη, in: ΝοΒ 37, σελ. 550.

109 Βλ. ΑΠ 1624/2008 ΝΟΜΟΣ, ΑΠ 1309/1988 ΕΛΛΔνη 1991, σελ. 766, ΕφΠερι 134/2014 ΝΟΜΟΣ, ΕφΑθ 611/2009 ΝΟΜΟΣ. Αντίθετος όμως ο Πανταζόπουλος, Η προσεπίκληση κατά τον Κώδικα Πολιτικής Δικονομίας (1995), σελ. 39 επ..

αποτελεί ανακοίνωση της δίκης ούτε η αναγραφή στο δικόγραφο της αγωγής της κοινοποίησης προς τον τρίτο ούτε απλή επίδοση της ενδίκου αγωγής προς αυτόν¹¹⁰. Σε επίπεδο όμως εννόμων συνεπειών η ανακοίνωση της δίκης διαφέρει ουσιωδώς από την προσεπίκληση¹¹¹: Ο προς ον η ανακοίνωση τρίτος, αν δεν ασκήσει νομότυπα παρέμβαση, δεν καθίσταται υποκείμενο της εκκρεμούς δίκης¹¹², έστω κι αν καταθέσει κοινές προτάσεις με τον διάδικο που του ανακοίνωσε τη δίκη¹¹³.

IV. Συμπεράσματα:

Το ότι ακολουθήθηκε πανομοιότυπη διατύπωση κατά την κατάστροψη των διατάξεων για την περίπτωση β' περί αναγκαστικής ομοδικίας (76 Ι β) και για την άσκηση αυτοτελούς πρόσθετης παρέμβασης (83), δεν πρέπει να παρασύρει στο συμπέρασμα ότι όποιο τρίτο, πέραν από τους διαδίκους, πρόσωπο καταλαμβάνεται από την ισχύ της απόφασης μπορεί πάντα να ασκήσει αυτοτελή πρόσθετη παρέμβαση ή να αποκτήσει την ιδιότητα του αναγκαίου ομοδίκου είτε με την αρχική αγωγή είτε κατόπιν προσεπίκλησης. Διότι κάθε τέτοιο πρόσωπο έναντι του οποίου ενδεχόμενα θα ισχύσει η απόφαση και εξ αυτού θεμελιώνει χωρίς άλλο περιορισμό έννομο συμφέρον για αυτοτελή πρόσθετη παρέμβαση, δεν έπεται ότι νομιμοποιείται πάντοτε ενεργητικά ή παθητικά ώστε να μπορεί εξ αρχής να εμφανιστεί στη δίκη ως αναγκαίος ομόδικος.

Από την άλλη όμως, αυτό δεν δικαιολογεί την απόλυτη διατύπωση της κρατούσας γνώμης ότι με την άσκηση αυτοτελούς πρόσθετης παρέμβασης δεν υποβάλλεται αίτημα δικαστικής προστασίας. Κατ' εξαίρεση, αν ο παρεμβαίνων διαθέτει κοινή, ενεργητική ή παθητική, νομιμοποίηση με τον υπέρ ου η παρέμβαση διάδικο, θεμελιωμένη αποκλειστικά στο γεγονός της επέκτασης της ισχύος της απόφασης και παράλληλα εφόσον έχει ασκήσει την παρέμβαση του ως τη συζήτηση της αγωγής, πρέπει να γίνει ερμηνευτικά δεκτό ότι η αυτοτελής πρόσθετη παρέμβαση επιτελεί λειτουργία αγωγής που ασκείται εκ των υστέρων κατά τα πρότυπα της προσεπίκλησης και ότι ο παρεμβαίνων

110 Βλ. Πολ.Πρ.Αθ 5155/2011 ΝΟΜΟΣ, Πολ.Πρ.Πειρ 1963/2006 ΝΟΜΟΣ, Πολ.Πρ.Αθ, όπου και περισσότερες παραπομπές.

111 Ο Καργάδος, Αι σχέσεις της ανακοινώσεως προς την προσεπίκληση, Συμβολή εις την έννοιαν και τα προβλήματα της αναγκαστικής παρεμβάσεως (1973), σελ. 147/148, εντοπίζει τον διαφορισμό (*quid aliud*) στον επιθετικό χαρακτήρα της προσεπικλήσεως έναντι του συντηρητικού της ανακοινώσεως της δίκης. Συναφώς και συνοπτικότερα βλ. Μπέη, Πολιτική Δικονομία, Γενικές Αρχές και κατ' άρθρον ερμηνεία (1973), τευχ. 2 άρθρ. 91 ΙΙΙ 1, σελ. 464/465.

112 Πρβλ. Κολοτούρου, *Actio pro socio*, Η δικονομική διάσταση της εταιρικής αγωγής (2006), §6 ΙΙΙ 2, σελ. 148.

113 Βλ. ορθά ΜονΠρΡοδ 15/2007 ΕΤρΑΕΧρΔ 2007, σελ. 149 με σημείωμα Λίνας Στεφανίδη.

τότε εξομοιώνεται πλήρως με αναγκαίο ομόδικο, σε αντίθεση με τις υπόλοιπες περιπτώσεις που τυπολογικά υπάγονται στο πραγματικό του άρθρου 83, όπου ο τρίτος εισερχόμενος στη δίκη διατηρεί την ιδιότητα του προσθέτως παρεμβαίνοντος, μη δυνάμενος να επιχειρεί διαδικαστικές πράξεις που ανήκουν αποκλειστικά στο πεδίο δράσης των κυρίων διαδίκων. Για λόγους συνέπειας με την παραπάνω παραδοχές, για να προσεπικληθεί ένα τέτοιο πρόσωπο στη δίκη ως αναγκαίος ομόδικος θα πρέπει το αγωγή της αξίωσης να μπορεί να επεκταθεί προς αυτό. Αν δεν θα μπορούσε εξαρχής να ασκηθεί υπέρ ή κατά αυτού η αγωγή και να αποκτήσει έτσι την ιδιότητα του διαδίκου, η προσεπίκληση δεν μπορεί να αναπτύξει τα αποτελέσματά της (89 Κ.Πολ.Δ), αλλά κατά μετατροπή μπορεί να ισχύσει ως ανακοίνωση της δίκης, εφόσον τηρήθηκαν οι προϋποθέσεις για την άσκησή της.

Internationale Zuständigkeitsvereinbarung und Forderungsabtretung

Prof. Dr.Dres.h.c. Dieter Leipold

Freiburg i.Br.

I. Widmung

Schon vor Jahrzehnten lernte ich Dimitris Maniotis als angehenden Jünger des Zivilprozessrechts bei seinem Promotionsstudium in Freiburg kennen. Seither hat er das griechische, deutsche und internationale Zivilprozessrecht durch zahlreiche wissenschaftliche Beiträge gefördert. Anlässlich seiner Emeritierung darf ich dem hoch geschätzten Kollegen die folgenden Zeilen mit allen guten Wünschen widmen.

II. Ein beachtenswertes Urteil des EuGH - Sachverhalt und Problemstellung

Eine neueres Urteil des EuGH¹ gibt Anlass, sich wieder einmal mit den Voraussetzungen und der Reichweite internationaler Zuständigkeitsvereinbarungen nach dem Recht der Europäischen Union zu befassen. Der Gerichtshof war von einem polnischen Gericht in Warschau im Wege des Vorabentscheidungsverfahrens angerufen worden. Dem lag folgender Sachverhalt zugrunde: Ein Fluggast hatte bei der Fluggesellschaft Ryanair mit Sitz in Dublin (Irland) einen Flug von Mailand nach Warschau gebucht. Der Fluggast verlangte wegen Annullierung dieses Fluges eine Ausgleichszahlung von 250 EUR von Ryanair. Diese Forderung trat der Fluggast an die DelayFix ab. Dabei handelt es sich um eine auf den Forderungseinzug spezialisierte Gesellschaft mit Sitz in Warschau. Delayfix verklagte Ryanair vor dem erstinstanzlich zuständigen Gericht in Warschau auf die Ausgleichszahlung. Ryanair erhob die Einrede der Unzuständigkeit der polnischen Gerichte. Die Fluggesellschaft berief sich auf eine Klausel ihrer allgemeinen Beförderungsbedingungen, die die ausschließliche Zuständigkeit der irischen Gerichte festlege. Diesen Bedingungen habe der Fluggast mit dem Kauf seines Online-Flugscheins zugestimmt. Das vorliegende polnische Gericht der zweiten Instanz fragte, ob sich auch der Enderwerber einer Forderung, der selbst kein Verbraucher ist, auf die fehlende individuel-

¹ EuGH, Urteil vom 18.11.2020 - C-519/19, NJW-RR 2021, 240.

le Aushandlung von Vertragsklauseln und die Anwendung missbräuchlicher Vertragsklauseln in einer Gerichtsstandsvereinbarung berufen könne.

Der EuGH teilt die Vorlagefrage auf. Er prüft zunächst (Rn. 35 bis 47 des Urteils), ob eine im Beförderungsvertrag enthaltene Gerichtsstandsklausel auch einer Inkassogesellschaft entgegengehalten werden kann, an die der Fluggast seine Forderung abgetreten hat. Anschließend (Rn. 48 bis 62) wird untersucht, ob eine gegenüber einem Verbraucher verwendete und nicht im Einzelnen ausgehandelte Klausel als missbräuchliche Klausel im Sinne der Richtlinie anzusehen ist und ob dies auch gilt, wenn sich im konkreten Rechtsstreit (aufgrund der Abtretung) nur Gewerbetreibende gegenüberstehen.

Diese Aufteilung ist an sich sachgerecht. Allerdings wird im Folgenden die umgekehrte Prüfungsreihenfolge eingeschlagen, also zunächst geprüft, ob die Gerichtsstandsklausel schon dem ursprünglichen Vertragspartner gegenüber wegen Missbräuchlichkeit unwirksam war und ob sich hieran durch die Abtretung hieran etwas änderte.

III. Unwirksamkeit einer für einen Verbraucher ungünstigen, in AGB enthaltenen Gerichtsstandsvereinbarung

Die Missbräuchlichkeit einer gegenüber einem Verbraucher verwendeten, in Allgemeinen Geschäftsbedingungen enthaltenen Gerichtsstandsklausel, die allein die Gerichte des Sitzstaates des Vertragspartners (hier die irischen Gerichte) für zuständig erklärt, lässt sich aufgrund der Art. 3 und 6 der Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5. April 1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen (ABl. 1993, L 95, S. 29) und des Anhangs der Richtlinie, Nr. 1 Buchst. q recht eindeutig feststellen. Denn jedenfalls wenn das für zuständig erklärte Gericht weit vom Wohnort des Verbrauchers entfernt in einem anderen Staat mit anderer Sprache und anderem Recht gelegen ist, wird dem Verbraucher die Möglichkeit, Rechtsbehelfe bei Gericht einzulegen (also etwa eine Klage gegen den Vertragspartner zu erheben), erheblich erschwert.

Wenn allerdings die klagende Inkasso-Gesellschaft selbst die in Rede stehende Gerichtsstandsvereinbarung abgeschlossen hätte, kämen die genannten Vorschriften über missbräuchliche Klauseln nicht zur Anwendung. Der Inkassogesellschaft wäre außerdem eine Klage beim irischen Gericht durchaus zuzumuten. Der EuGH (Rn. 53) weist aber gegenüber solchen Einwänden mit Recht darauf hin, dass die Anwendung der Klauselrichtlinie von der Eigenschaft der Vertragsparteien abhängt, nicht von den Eigenschaften der Parteien im fraglichen Rechtsstreit. Eine aufgrund der Gegebenheiten beim Vertragschluss missbräuchliche Gerichtsstandsklausel kann also nicht dadurch wirksam werden, dass eine Forderung aus dem Vertrag an einen Gläubiger abgetreten wird, der kein Verbraucher ist.

Mit der Feststellung, dass es sich bei der Gerichtsstandsklausel um eine missbräuchliche Klausel im Sinne der Richtlinie 93/13/EWG handelt und dass sich daran auch durch die Forderungsabtretung an einen Nicht-Verbraucher nichts ändert, steht das Ergebnis im Ausgangsrechtsstreit bereits fest. Denn obgleich es sich bei dem einschlägigen Unionsrecht um eine Richtlinie, nicht um eine Verordnung handelt, ist seit langem anerkannt, dass die Unwirksamkeit einer missbräuchlichen Klausel unmittelbar aus der Richtlinie folgt und von den mitgliedstaatlichen Gerichten grundsätzlich von Amts wegen zu prüfen ist.² Die nationalen Rechtsvorschriften sind richtlinienkonform in diesem Sinn auszulegen - dass sie eine Beachtung der Missbräuchlichkeit ausschließen, ist eine eher theoretische Möglichkeit.

IV. Geltung einer wirksam vereinbarten internationalen Gerichtsstandsklausel bei Abtretung einer Forderung

1. Fragestellung

Nach dem Gesagten ist ziemlich klar, dass eine dem Verbraucher gegenüber unwirksame Gerichtsstandsklausel nicht durch Abtretung einer Forderung aus diesem Vertrag an einen Gewerbetreibenden geheilt werden kann. Schwieriger zu beantworten ist die Frage, ob eine in einem Vertrag wirksam getroffene Gerichtsstandsvereinbarung auch gegenüber einem Kläger gilt, der die Forderung durch Abtretung erworben hat, oder ob sie etwa ihre Wirksamkeit verliert, wenn der neue Gläubiger der Gerichtsstandsvereinbarung nicht zustimmt. Um sich auf dieses zweite Problem zu konzentrieren, muss man die im konkreten Fall gegebene ursprüngliche Unwirksamkeit ausklammern. Das geschieht am Einfachsten dadurch, dass man sich einen Sachverhalt vorstellt, in dem schon der Ausgangsvertrag auf beiden Seiten von Gewerbetreibenden geschlossen wurde und an der Wirksamkeit der Gerichtsstandsklausel zwischen diesen Parteien kein Zweifel besteht.

2. Kritik an der Argumentation des EuGH mit der Notwendigkeit einer Willenseinigung und den Formerfordernissen

Der EuGH (Rn. 41) beginnt die - insgesamt recht kurz gehaltene - Erörterung dieses Problems mit der Feststellung, das erkennende Gericht müsse zunächst prüfen, ob die Gerichtsstandsklausel tatsächlich Gegenstand einer Willenseinigung zwischen den Parteien war, die klar und deutlich zum Ausdruck kommen müsse. Der Gerichtshof fügt hinzu, die Formerfordernisse des Art. 25 Abs. 1 EuGVVO sollten gewährleisten, dass die Einigung tatsächlich feststehe.

² Dazu z.B. EuGH 27.6.2000 - C-240/98, NJW 2000, 2571; zur ipso jure eintretenden Unwirksamkeit EuGH 4.6.2009 - Rs. C-243/08, EuZW 2009, 503; *Heinig* EuZW 2009, 885.

Diese Vermengung der Formerfordernisse mit der Notwendigkeit einer vertraglichen Einigung hat in der Rechtsprechung des Gerichtshof Tradition. Sie ist auch dafür verantwortlich, dass es im Grunde bis heute nicht gelungen ist, in Art. 25 Abs. 1 EuGVVO die Formvoraussetzungen klar und überzeugend zu umschreiben. Wird für ein Rechtsgeschäft eine gesetzliche Form vorgeschrieben, so soll damit in erster Linie Rechtsklarheit geschaffen werden. Die Form soll den möglichst eindeutigen Beweis der vertraglichen Einigung ermöglichen. In Art. 25 EuGVVO wird dies nur durch die in Abs. 1 Buchstabe a) vorgesehene Form erreicht, wonach die Vereinbarung schriftlich oder mündlich mit schriftlicher Bestätigung geschlossen werden muss. Wenn dagegen in Abs. 1 Buchstabe b) eine Form für ausreichend erklärt wird, die den zwischen den Parteien entstandenen Gepflogenheiten entspricht, so kann die Formfrage nicht mehr von der Frage getrennt werden, unter welchen Voraussetzungen von einer Einigung der Parteien über den Gerichtsstand ausgegangen werden kann. Dasselbe gilt für Art. 25 Abs. 1 Buchstabe c) EuGVVO. Ob ein Handelsbrauch vorliegt, den die Parteien kannten oder kennen mussten und den Parteien von Verträgen dieser Art allgemein kennen und regelmäßig beachten, läuft auf die Frage hinaus, unter welchen Voraussetzungen die Parteien in bestimmten Geschäftsbereichen eine Einigung über die gerichtliche Zuständigkeit erzielen. Das Ergebnis kann auch sein, dass eine mündliche Einigung als ausreichend anzusehen ist - das ist das gerade Gegenteil einer Formvorschrift!

Richtig wäre es, das Erfordernis einer (gewissermaßen echten) gesetzlichen Form von der Notwendigkeit der Feststellung der vertraglichen Einigung zu trennen. Ist beispielsweise die für einen Vertrag gesetzlich vorgeschriebene Schriftform eingehalten³ (im deutschen Recht sind die Anforderungen dieser Form für materiell-rechtliche Verträge in § 126 BGB geregelt), so ist mit der Einhaltung der Form noch nicht gesagt, dass es zu einer vertraglichen Einigung gekommen ist und auf welche Rechtsfolgen sich diese Einigung bezieht. Vielmehr hängt dies vom Inhalt der formgerecht abgegebenen Parteierklärungen und gegebenenfalls von deren Auslegung ab.

Trennt man, wie es sachgerecht erscheint, Formerfordernisse von der Notwendigkeit der vertraglichen Einigung zwischen den Parteien, so kann gerade aus den Formerfordernissen des Art. 25 Abs. 1 EuGVVO nichts für die Frage entnommen werden, ob eine wirksam getroffene Gerichtsstandsvereinbarung nach einer Forderungsabtretung im Verhältnis zwischen dem neuen Gläubiger und dem Schuldner wirksam ist. Die Schlussfolgerung des EuGH

3 Im deutschen Recht sind die Voraussetzungen der Schriftform in § 126 BGB geregelt. Dies soll hier nur als Beispiel für eine sachgerechte Regelung dienen; im Bereich des Art. 25 EuGVVO ist diese Norm natürlich nicht anwendbar.

(Rn. 42), „infolgedessen“, d.h. weil die Formerfordernisse das Feststehen einer tatsächlichen Einigung ermöglichen sollen, könne eine in einen Vertrag aufgenommene Gerichtsstandsklausel grundsätzlich nur in dem Verhältnis der Vertragsparteien wirken, überzeugt daher nicht. Zwar ist es richtig, dass an eine Gerichtsstandsklausel - wie an alle vertraglichen Vereinbarungen - zunächst einmal nur die Vertragsparteien gebunden sind. Aber diese Begrenzung beruht nicht auf den Formerfordernissen und wird auch nicht durch diese verstärkt. Soweit die Rechtsordnung es zulässt, dass durch einen Vertrag begründete Rechte und Pflichten auf einen neuen Träger übergehen, kommt dies grundsätzlich auch für die Rechte und Pflichten aus einer Gerichtsstandsvereinbarung in Betracht.

3. Das vom EuGH gefundene Ergebnis

Der Gerichtshof kommt dagegen nicht von der Vorstellung los, die Parteien des konkreten Prozesses müssten sich selbst vertraglich über die gerichtliche Zuständigkeit geeinigt haben.. So erklärt sich die abschließende Feststellung des Gerichtshofs (Rn. 47), eine Gerichtsstandsklausel können einen Dritten, der ihr nicht zugestimmt habe, nur binden, wenn er „nach dem in der Sache anwendbaren Recht in alle Rechte und Pflichten der ursprünglichen Vertragspartei eingetreten sei.“ In der Tat kann man nur dann die Stellung des Dritten mit der einer Vertragspartei gleichsetzen. Aber die Möglichkeit, dass auch bei einer Nachfolge eines Dritten in lediglich einzelne Rechte aus dem Vertrag die Gerichtsstandsklausel Wirkungen entfaltet, wird damit von vornherein abgeschnitten.

Die vom EuGH aufgestellte Voraussetzung wäre aufgrund der erbrechtlichen Gesamtrechtsnachfolge (in Deutschland § 1922 BGB), erfüllt, so dass der Erbe des ursprünglichen Vertragspartners an eine von diesem getroffene Zuständigkeitsvereinbarung gebunden wäre. Ebenso wäre nach der vom EuGH aufgestellten Regel bei einer Vertragsübernahme die Bindung der neuen Vertragspartei zu bejahen, weil diese voll in die Stellung der ursprünglichen Vertragspartei einrückt. Bei einer Forderungsabtretung, wie sie hier im Ausgangsrechtsstreit vorlag, erwirbt der neue Gläubiger (der Zessionar) dagegen ausschließlich das Recht, vom Schuldner die Leistung zu verlangen. Von den vertraglichen Pflichten des ursprünglichen Gläubigers (des Zedenten) wird er dagegen nicht betroffen. Nach der vom EuGH vertretenen These ist daher eine Bindung des Forderungserwerbers an die im ursprünglichen Vertrag getroffene Gerichtsstandsvereinbarung zu verneinen.

4. Entwertung der Zuständigkeitsvereinbarung durch die Ansicht des EuGH

Die Auffassung des EuGH ist jedoch in der Begründung wie im Ergebnis alles andere als überzeugend. Ein pragmatischer Einwand⁴ drängt sich geradezu auf (so dass man sich wundert, warum der EuGH nicht selbst darauf eingeht): kann es denn wahr sein, dass der Gläubiger einer vertraglichen Forderung eine von ihm getroffene Gerichtsstandsvereinbarung gewissermaßen abschüttelt, indem er die Forderung an einen Dritten abtritt? Erst recht gilt dies, wenn die Abtretung zum Zweck der Einziehung (Inkassoession) erfolgt, wie dies wohl im Ausgangssachverhalt geschehen ist.

5. Unvereinbarkeit der Ansicht des EuGH mit den Wirkungen einer Forderungsabtretung

Für das deutsche Recht hat der BGH⁵ schon frühzeitig der entgegen gesetzten Ansicht⁶ zugestimmt, wonach eine wirksam getroffene Gerichtsstandsvereinbarung auch bei einer Forderungsabtretung wirksam bleibt. Dass diese Auffassung dem Wesen der Abtretung gerecht wird, kann im Folgenden nur anhand des deutschen Rechts näher erläutert werden. Doch auch für andere Rechtsordnungen dürfte nichts anderes gelten, soweit sie das Rechtsinstitut der Abtretung von Forderungen durch Vertrag zwischen dem alten und dem neuen Gläubiger kennen.

Gemäß § 398 Satz 1 BGB kann eine Forderung vom bisherigen Gläubiger (dem Zedenten) durch Vertrag auf einen anderen (den Zessionar) übertragen werden. Der Zessionar tritt nach § 398 Satz 2 BGB an die Stelle des bisherigen Gläubigers. Die Rechtsposition des Schuldners wie des Gläubigers wird durch die Abtretung weder verbessert noch verschlechtert. Im deutschen Recht ist dies z.B. für den Übergang von Neben- und Vorzugsrechten (§ 401 BGB), für den Erhalt von Einwendungen des Schuldners (§ 404 BGB) und für das Weiterbestehen einer Aufrechnungsmöglichkeit (§ 406 BGB) ausdrücklich geregelt, es gilt aber auch darüber hinaus. So bleibt bei der Abtretung einer vertraglich begründeten Forderung alles, was im Vertrag etwa über die Fälligkeit, die Verzinsung oder die vorzeitige Rückzahlbarkeit eines Darlehens vereinbart war, auch im Verhältnis zwischen dem neuen Gläubiger und dem Schuldner wirksam. Auf eine Zustimmung zu diesen Regelungen im Verhältnis zwischen dem Zessionar und dem Schuldner kommt es nicht an.

4 So u.a. Stein/Jonas/Bork, ZPO, 23. Aufl., Bd. 1 (2014), § 38 Rn. 16; Stein/Jonas/Wagner, ZPO, 22. Aufl., Bd. 10 (2011), Art. 23 EuGVVO Rn. 92.

5 BGH NJW 1980, 2022 (2023).

6 Stein/Jonas/Leipold, ZPO, 20. Aufl., Bd. 1 (1984, Stand VII/1977) § 38 Rn. 48.

Man könnte an dieser Stelle einwenden, bei einer Gerichtsstandsvereinbarung handle es sich nicht um die Begründung einer materiell-rechtlichen Eigenschaft der Forderung, sondern um eine prozessuale vertragliche Einigung. Auf den alten Streit über die Rechtsnatur einer Zuständigkeitsvereinbarung kann hier nicht im Einzelnen eingegangen werden. Mit der jedenfalls in Deutschland herrschenden Ansicht stellt eine Gerichtsstandsvereinbarung in der Tat einen Prozessvertrag dar.⁷ Auch wenn man, wie unlängst der BGH,⁸ die Gerichtsstandsvereinbarung als materiell-rechtlichen Vertrag über prozessrechtliche Beziehungen qualifiziert, bleibt es dabei, dass die durch die Vereinbarung ausgelösten Rechtsfolgen - Begründung oder Ausschluss einer gerichtlichen Zuständigkeit - nicht dem materiellen Recht, sondern dem Prozessrecht zuzuordnen sind.

Damit ist aber noch nicht gesagt, dass mit der Abtretung einer Forderung nicht auch diese prozessuale Wirkung des ursprünglichen Vertrags für und gegen den neuen Gläubiger gilt. Die Zuständigkeitsvereinbarung betrifft die Klage aus der Forderung. Man muss also weiter überlegen, wie sich das Recht zur Klage zur Forderung verhält. Die Forderung stellt einen Anspruch im Sinne des § 194 Abs. 1 BGB dar, d.h. ein Recht, von einem anderen ein Tun oder Unterlassen zu verlangen. Von der Klage ist dabei nicht die Rede. Die Trennung des Anspruchs vom Klagerecht im 19. Jahrhundert, also das materiell-rechtliche Verständnis des Rechts des Gläubigers, stellte natürlich einen wesentlichen Fortschritt der Dogmatik dar. Auf der anderen Seite gibt es keine besondere Regelung, die den Anspruchsinhaber mit dem Recht zur Klage ausstatten würde. Man muss also davon ausgehen, dass das „Verlangen können“ in § 194 Abs. 1 BGB auch das Recht umfasst, den Anspruch im Wege der Klage gegen den Schuldner geltend zu machen.⁹ Der materielle Anspruch und das Klagerecht sind untrennbar miteinander verbunden. Das gilt auch für nähere vertragliche Ausgestaltungen des Klagerechts, wie sie hier durch die Zuständigkeitsvereinbarung erfolgt ist. Da bei der Abtretung der neue Gläubiger nicht nur den materiell-rechtlichen Anspruch, sondern auch das Klagerecht aus dieser Forderung erwirbt, gehen als Eigenschaften dieses Klagerechts auch die Wirkungen einer Zuständigkeitsvereinbarung in derselben Weise auf den neuen Gläubiger über wie die materiell-rechtlichen Nebenfolgen der Forderung.¹⁰

7 Statt aller Stein/Jonas/Bork, ZPO, 23. Aufl., Bd. 1 (2014), § 38 Rn. 50.

8 BGHZ 223, 269 = NJW 2020, 399 Rn. 26. Dazu kritisch demnächst Leipold, Festschrift für Schack.

9 Neuner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 12. Aufl. (2020), § 21 Rn. 30.

10 Dazu ausführlich bereits Stein/Jonas/Wagner, ZPO, 22. Aufl., Bd. 10 (2011), Art. 23 EuGVVO Rn. 92; Wagner, Prozessverträge (1998), S. 307 ff., der die Zuständigkeitsvereinbarungen als *accidentalia negotii processualis* (prozessuale Inhalts- bzw. Nebenbestimmungen

Das gilt für eine den Schuldner begünstigende Gerichtsstandsvereinbarung, wie sie im Ausgangsrechtsstreit vorlag - auch der neue Gläubiger muss sie gegen sich gelten lassen. Umgekehrt müsste sich aber auch der Schuldner an eine für den Gläubiger angenehme Gerichtsstandsvereinbarung (etwa an eine Vereinbarung der ausschließlichen Zuständigkeit der Gerichte des Sitzstaates des Gläubigers) halten.

V. Zusammenfassung

Der EuGH spricht einer vom ursprünglichen Gläubiger mit dem Schuldner getroffenen Gerichtsstandsvereinbarung die Wirkung gegenüber einem neuen Gläubiger ab, der die eingeklagte Forderung durch Abtretung vom ursprünglichen Gläubiger erworben hat und die Gerichtsstandsvereinbarung nicht gegen sich gelten lassen will. Das überzeugt schon deshalb nicht, weil man auf diese Weise eine ungünstige Gerichtsstandsvereinbarung durch Abtretung gewissermaßen abschütteln könnte. Nach der Ansicht des EuGH würde dies wohl sogar dann gelten, wenn die Abtretung zum Zweck der Forderungseinziehung für Rechnung des bisherigen Gläubigers erfolgte, also im Wege einer Inkassozession. Das Rechtsinstitut der Gerichtsstandsvereinbarung würde auf diese Weise gegenüber der Intention des Art. 25 EuGVVO erheblich entwertet.

Die Ansicht des EuGH ist auch aus rechtsdogmatischer Sicht abzulehnen. Mit der Abtretung erwirbt der neue Gläubiger die Forderung mit demselben Inhalt, den diese in der Person des alten Gläubigers hatte. Die Stellung des neuen Gläubigers wird gegenüber der des ursprünglichen Gläubigers durch die Abtretung weder verbessert noch verschlechtert. Dies gilt nicht nur für die mit der Forderung verknüpften materiell-rechtlichen Folgen, sondern auch für die vertragliche Ausgestaltung des Klagerechts, das mit der Forderung untrennbar verbunden ist. Somit ist auch der neue Gläubiger an eine für ihn ungünstige Gerichtsstandsvereinbarung gebunden. Umgekehrt muss der Schuldner eine ihm nicht genehme Gerichtsstandsvereinbarung auch gegenüber dem neuen Gläubiger gelten lassen.

European procedural mechanisms for judicial cooperation in matters of international child abduction: the way forward

Ass. Prof. Michele Angelo Lupoi

Bologna

SUMMARY: 1. The Hague convention of 1980: a brief introduction. – 2. The principle of the automatic return of the child and its exceptions. – 3. The procedural mechanism of the convention of 1980. – 4. Regulation EU n. 2201 and international child abduction. – 5. The overriding mechanism of art. 11. – 6. The enforcement of the decisions ordering the child's return. – 7. The innovations of regulation EU n. 1111 of 2019. – 8. A new mechanism to coordinate the courts of the Member States. – 9. The new exception to the enforcement of return orders. – 10. Conclusions.

1. - I like to think of the European area of justice as a laboratory of innovative experiences. Indeed, since the entry into force of the Treaty of Amsterdam, the European lawmaker has produced an impressive body of legislation to harmonize the procedural rules of the Member States and to ensure a more effective and efficient judicial system for the citizens of the Union. This harmonizing activity has not been limited, in fact, to providing uniform rules that must be applied with the same content from Cyprus to Finland: above all, mechanisms have been introduced to implement effective judicial cooperation across borders, making the judges of the Member States talk to each other, in a common effort to implement the fundamental principles on which the European area of justice rests.

Among these principles are the equivalence of the jurisdictions and mutual trust. The judicial bodies of each State perform a function and an activity equivalent to that performed by the judicial bodies of the other Member States. And so, no judge is in a better position than the other to decide on the jurisdiction which the latter is called upon to exercise, so that there can be no interference by the judge of one Member State with the activity carried out by the judges of another Member State: because each judge trusts (*rectius*: is supposed to trust) the ability of all the other judges to give adequate and correct application of the uniform European rules.

This, at least, is the theory. But theory must always come to terms with reality, which may impose compromises or course corrections. The history of some important European regulations, in fact, is the history of how the

European legislator found himself having to revise some of the mechanisms he had introduced, apparently derogating from the principle of mutual trust. In the area of civil and commercial law, the introduction of Article 31 in Regulation No. 1215 of 2012, which opened a breach in the wall of temporal priority in the context of European *lis pendens*, seems to me a clear example of the above statement. Attributing to the court second seized the exclusive jurisdiction to decide on the validity and effectiveness of a choice of court clause, staying the proceedings previously brought before a court other than the one prorogated appears indeed to be the denial of such mutual trust.

In this paper, however, I will focus my analysis on the mechanisms of coordination between jurisdictions introduced by the European legislator in the field of international child abduction, which represent a kind of stress test for the principle of mutual trust. The reference, in particular, is to the rules of Regulation 2201 of 2003 and those of the more recent Regulation 1111 of 2019.

Space requirements prevent me from analyzing the topic of international child abduction in depth, but a few introductory words are nonetheless necessary. This is a pathological phenomenon of cross-border family litigation, which is increasingly expanding as a result of the expanding mobility of families across borders. With respect to such serious situations, the unilateral legislation of States cannot provide efficient answers. Only multilateral mechanisms of judicial cooperation between different States, in fact, can allow to implement the objective of the immediate return of the child abducted in the State of origin. Uniform rules of easy and rapid application are therefore necessary, as well as operational tools to coordinate the activities of the institutions of at least two different jurisdictions.

This objective is pursued, as it is well known, by the Hague Convention of 25 October 1980 on certain civil aspects of international child abduction⁽¹⁾, whose provisions are reinforced by those of the Hague convention of

1 See, *ex multis*, ANTON, *The Hague convention on international child abduction*, in *Int. comp. law quar.*, 1981, p. 537; BUCHER, *L'enfant en droit international privé*, Geneve, 2003; CARELLA, *La convenzione dell'Aja del 1980 sugli aspetti civili della sottrazione internazionale dei minori*, in *Riv. dir. internaz. priv. proc.*, 1994, p. 777; FIORINI, *Habitual residence and the newborn – A French perspective*, in 61 *Int. comp. law quar.*, 2012, p. 530; KRUGER, *International child abduction. The inadequacies of the law*, Oxford, 2011; SALZANO, *La sottrazione internazionale di minori. Accordi internazionali a tutela dell'affidamento e del diritto di visita*, Milan, 1995; SILBERMAN, *Hague convention on international child abduction: a brief overview and case law analysis*, in *Fam. l. quar.*, 1994, p. 9; VIGERS, *Mediating international child abduction cases. The Hague convention*, Oxford, 2011.

1996 on the protection of minors ⁽²⁾. In the relations between the Member States of the Union, the rules of the above-mentioned European regulations are grafted onto these international conventions.

2. - The procedure established by the Convention, in case the return request is allowed, leads to the issuance of a return order, which does not imply a decision on the child's custody. ⁽³⁾ and has an intrinsically «precautionary» nature, in order to restore the factual situation existing before the abduction, before providing for the merits of parental responsibility. The whole system of the convention favours the return of the child: in fact, in case of a petition filed within one year from the abduction, the judicial authority, as a rule, shall order the immediate return of the child. And even after the expiry of that period, the return must normally be ordered, unless it is demonstrated that the child has integrated in his or her new environment (art. 12). The rules of the Convention aim at reconstructing, as quickly as possible and as few obstacles as possible, the *status quo* prior to the abduction ⁽⁴⁾, and then to refer to the judge of the State from which the child has been abducted any decision regarding parental responsibility over the child, her placement and the regulation of her relationship with each of her parents.

It is necessary to point out that the Hague Convention, while setting as its overriding objective the immediate return of the child, acknowledges that such automatic return may not always correspond to the best interests of the child. Therefore, art. 13 of the Hague Convention establishes some exceptions, i.e. hypotheses that put the judicial or administrative authority of the requested State in a position to deny the return of the child ⁽⁵⁾.

2 See BARUFFI, *La convenzione dell'Aja del 1996 sulla tutela dei minori nell'ordinamento italiano*, in *Riv. dir. internaz. priv. proc.*, 2016, p. 977 ss.; BARUFFI, *Uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia a misura di minori: la sfida (in)compiuta dell'Unione europea nei casi di sottrazione internazionale*, in *Freedom, security & justice*, 2017, n. 1, p. 4 ss.; BOELE-WOELKI, JÄNTERÄ-JAREBORG, *Protecting children against detrimental family environments under the 1996 Hague Convention and the Brussels II bis Regulation*, in *Convergence and divergence in private international law. Liber amicorum Kurt Siehr*, Boele-Woelki, Einhorn, Girsberger, Symeonides eds., The Hague, 2010, p. 135; BEAUMONT, WALKER, HOLLIDAY, *Conflicts of EU courts on child abduction: the reality of Artiche 11(6)-(8) Brussels IIa proceedings across the EU*, in *Jour. int. priv. law*, 2017, p. 219 ss.; CARRATTA, *Provvedimenti urgenti a tutela dei minori e sottrazione internazionale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, p. 1290.

3 Canada Supreme Court, 20 april 2018, in 2018 SCC 16.

4 See Cass., 11 august 2011, n. 17201, in *Riv. dir. internaz. priv. proc.*, 2012, p. 690.

5 The Hague Convention, in fact, does not provide for or allow the automatic repatriation of the child, since the national authorities have a certain margin of appreciation in this regard.: E. c. h. r., 12 july 2011, c. *Sneersonone e Campanella v. Italia*, n. 14737/09, in *Fam. dir.*, 2012,

Such exception have to be interpreted restrictively ⁽⁶⁾, without performing a whole examination of the child's situation ⁽⁷⁾, whose return may be denied, in particular, when the person, institution or body opposing such return shows that ⁽⁸⁾:

- a) the person, institution or other body having the care of the person of the child was not actually exercising the custody rights at the time of removal or retention, or had consented to or subsequently acquiesced in the removal or retention; or:
- b) there is a grave risk that his or her return would expose the child to physical or psychological harm or otherwise place the child in an intolerable situation ⁽⁹⁾; ovvero:
- c) the child objects to being returned and has attained an age and degree of maturity at which it is appropriate to take account of its views.

Moreover, even if it is a provision rarely used in practice, Article 20 states that the return of the child under the provisions of Article 12 may be refused if this would not be permitted by the fundamental principles of the requested State relating to the protection of human rights and fundamental freedoms ⁽¹⁰⁾.

p. 63; as pointed out by U.S. Supreme Court, 17 may 2010, c. *Abbott v. Abbott*, in 560 U. S. (2010), p. 18: "a return order is not automatic". For an analysis of Dutch and British case law on the subject, MOL, KRUGER, *International child abduction and the best interest of the child: an analysis of judicial reasoning in two jurisdictions*, in *Jour. priv. int. law*, 2018, p. 437 ss. For a review of the Finnish case law see MÖLLER, *On the Hague Convention on the civil aspects of international child abduction and its application by the Supreme Court of Finland*, in *Convergence and divergence in private international law. Liber amicorum Kurt Siehr*, Boele-Woelki, Einhorn, Girsberger, Symeonides eds., The Hague, 2010, p., p. 311.

6 1980 Child Abduction Convention. Guide to Good practice, Part VI. Article 13(1)(b) by the Permanent Bureau of the Hague Conference, 2020, p. 24.

7 Mol, Kruger, *International child abduction and the best interest of the child*, cit., p. 427.

8 The burden of the proof clearly is upon the person, institution or other body opposing the child's return: United Kingdom Supreme Court, 10 june 2011, c. *E (Children)*, in [2011] EWCA Civ 361.

9 From a survey of the Hague Conference of 2015, it emerges that this ground of refusal is the one more frequently used in practice (18% of cases). It is referred to as a "forward-looking" analysis, focused on the circumstances in which the minor could find himself in case of return, to be interpreted in a restrictive way, giving prominence only to situations that go beyond what the minor can reasonably sustain. See Cass., 29 july 2015, n. 16043; JOLLY, VIKRAM SHARMA, *Domestic violence and inter-country child abduction: an Indian judicial and legislative exploration*, in *Jour. priv. int. law*, 2021, n. 1, p. 118; Juvenile Court of Marche (Italy), 20 april 2021, decr., in www.osservatoriofamiglia.it.

10 See DE SANTI, *Sottrazione internazionale di minori e rischio per la loro incolumità*, in *Corr. giur.*, 2012, p. 518; TRIMMINGS, *Child abduction within the European Union*, Oxford, 2013, p.

Although the conditions listed in art. 13 are interpreted strictly, there are many cases in which the return order is denied by the judge of the State where the child is detained (also referred to as the “State of refuge”), whose decisions, therefore, may invalidate those issued by the «State of origin», creating conflicts of decisions that the Convention somehow tolerates.

3. - On the operational level, the system of the Hague Convention is based on the so-called Central Authorities (art. 6), which, in each Contracting State, are in charge of fulfilling the obligations imposed by the Convention and cooperate with each other to ensure its implementation. The intervention of these Authorities also makes it possible to guarantee that the proceedings are free of charge for the «victim» of the abduction.

Article 8 of the Convention provides that a request for the return of an abducted child may be submitted either to the Central Authority of the child’s habitual residence or to the Central Authority of any other Contracting State, on the assumption that the child is present there or that there are indications to that effect. Under Article 16, after receiving notice of wrongful removal or retention of a child pursuant to Article 3, the judicial or administrative authorities of the Contracting State to which the child has been removed or is retained may not decide on the merits of rights of custody until it is established that the conditions of the Convention relating to the return of the child have been fulfilled, unless an application is made under the Convention within a reasonable time after receipt of the notice. In other words, a mechanism operates in the Convention that prevents, at least temporarily, the courts of the State to which the child has been taken or is retained from ruling on the merits of his or her custody, thereby frustrating any attempts at forum shopping by the abducting parent ⁽¹¹⁾. The Central Authority which receives an application is responsible for transmitting it to the Central Authority of the Contracting State where it has reason to believe that the child is present and informing the requesting Central Authority, or the applicant as the case may be (Article 9).

The Convention does not provide further details on the procedure to be followed in the Member State where the child is present for the purpose of deciding on the application for return. It only establishes that the Central Authority of the State where the child is present shall take or cause to be taken all appropriate measures to ensure the voluntary return of the child (Article 10) and that the procedure shall also be carried out expeditiously: Article 2 establishes, in this regard, that Contracting States, for the achieve-

116 ss.

11 See also U.S. Court of appeals, II Circuit, 11 february 2013, c. *Ozaltin v. Ozaltin*.

ment of the objectives of the Convention, shall make use of the emergency procedures at their disposal. The concept is reiterated in Article 11, which states that the judicial or administrative authorities of each Contracting State shall proceed urgently with respect to the return of the child, with the specification that, if the requested judicial or administrative authority has not taken a decision within a period of six weeks from the date of commencement of the proceedings, the applicant (or the Central Authority of the requested State), on his or her own initiative, or at the request of the Central Authority of the requesting State, may request a declaration setting out the reasons for the delay. The competent judge shall independently ascertain whether the conditions laid down in the Convention for the return of the child are met, carrying out his or her own investigations of evidence where necessary ⁽¹²⁾.

4. – The European legislator deemed it necessary to introduce, in Regulation no. 2201 of 2003, provisions supplementing (and partly amending) those of the Hague Convention, for cases of abduction from one Member State to another Member State ⁽¹³⁾, with more stringent mechanisms in order to give maximum implementation to the principle of automatic return of the child to the State of origin. The Brussels II *bis* Regulation, as a matter of fact, on the basis of its Article 59, in relations between Member States, replaces all the conventions already in force between those States before its entry into force and, according to Article 60, in the relations between States parties to it, it also prevails over some important multilateral conventions, insofar as these concern matters governed by it. Among these international conventions, we find, precisely, the Hague Convention of 25 October 1980 ⁽¹⁴⁾. However, as Article 62 clarifies, Regulation No 2201 does not seek to replace the 1980 Convention but, if anything, to complement it ⁽¹⁵⁾, in an attempt to provide solutions to child abduction between EU Member States that are better suited to the founding principles of the European area of justice, in particular those of mutual trust between Member States and equivalence between the judicial activities of national courts. The complementary nature of Regulation No 2201 ⁽¹⁶⁾, which, like the Convention, has as its

12 Cass., 26 september 2016, n. 18846, in *Fam. dir.*, 2017, p. 5.

13 ECJ, 24 march 2021, c. 603/20 PPU, *SS v. MCP*.

14 See Cass., 14 july 2010, n. 16549, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, I, p. 130.

15 Cass., 14 july 2010, n. 16549, cit.

16 See ECJ, 19 september 2018, c. 325/18 PPU e 375/18 PPU, *Hampshire County Council v. C E., N. E.*

point of reference the best interests of the child ⁽¹⁷⁾, is reflected in recital 17, whereby, in the event of wrongful removal or retention, the immediate return of the child should be sought and the Hague Convention of 25 October 1980, as supplemented by the provisions of Regulation No 2201, in particular Article 11 thereof, should continue to apply. Furthermore, the courts of the Member State to which the child has been wrongfully removed or retained should have the possibility to oppose his or her return in specific, duly motivated cases, but it should be possible to replace such a decision by a later judgment given by the courts of the Member State of the child's habitual residence before the wrongful removal or retention. In this last sentence lies the whole «philosophy» of the Regulation's approach to international child abduction, which, on this point, as will be seen, departs significantly from the 1980 Convention ⁽¹⁸⁾.

On the other hand, the Court of Justice affirms that there is a close relationship between the Regulation and the Convention which have, in substance, the common objective of deterring child abduction between States and, in the event of an abduction, as highlighted by Article 1 of the Convention ⁽¹⁹⁾, to obtain the immediate return to the State of habitual residence ⁽²⁰⁾ of children under the age of sixteen (see Article 4) wrongfully removed or retained in any Contracting State and the effective respect in the other Contracting States of the rights of custody and access provided for in a Contracting State ⁽²¹⁾. In the context of the common European area of justice, on the other hand, conflicts of jurisdiction over child abduction are considered likely to undermine the pillars on which that area is built and therefore to be prevented in every way.

The reinforced favor for the return of the child to the State of origin ⁽²²⁾ is a policy that, at least on paper, seems compatible with the principles on which the system of cooperation and collaboration between the

17 MOL, KRUGER, *International child abduction and the best interest of the child: an analysis of judicial reasoning in two jurisdictions*, in *Jour. priv. int. law*, 2018, p. 422 ss.

18 See also Cass., 14 July 2010, n. 16549, cit.

19 Cass., 24 February 2020, n. 4792, ord., in *Riv. dir. internaz. priv. proc.*, 2020, p. 654.

20 ECJ, 19 September 2018, c. 325/18 PPU e 375/18 PPU, *Hampshire County Council v. C.E., N.E.*

21 See United Kingdom Supreme Court, 10 June 2011, c. *E (Children)*, in [2011] *EWCA Civ* 361.

22 See anche PATAUT, *Comment to art. 11*, in *Brussels II bis Regulation*, Magnus, Mankowski eds., Munich, 2012, p. 129. For a critique of this position see TRIMMINGS, *op. cit.*, *passim*: the author, in particular, contests the approach of the European legislator, aimed at favouring the return of abducted children without worrying too much about the safety of the children themselves and of the parent who is forced to return with them, often the mother who claims to be a victim of domestic violence (see in particular p. 151 ss. with respect to the ineffectiveness of the provision introduced by Article 11, para. 4° of Regulation 2201).

jurisdictions of the Member States was built ⁽²³⁾, that is, mutual trust and the equivalence of jurisdictions: however, in Regulation 2201, it has been implemented with procedural mechanisms that, in reality, to some extent deny and undermine such trust ⁽²⁴⁾. In fact, on closer inspection, these mechanisms seem more instrumental in combating forum shopping than in implementing the principle of mutual trust. That these doubts are well-founded is demonstrated by the fact that, in Regulation 1111, as we shall see, some important corrections have been introduced in this regard.

Regulation No 2201, first of all, provides that a court may not refuse to order the return of a child on the basis of Article 13(b) of the 1980 Convention if it is established that adequate measures are in place in the Member State of origin to ensure the protection of the child after his or her return ⁽²⁵⁾ or without having given the person who requested the return of the child an opportunity to be heard (Article 11) (5). This last provision aims to guarantee the right of the petitioning parent to be heard directly by the judge to whom he or she has applied, in application of the principle of immediacy.

In addition, the Brussels II bis regulation introduces an integrated system of rules on jurisdiction, to resolve conflicts of attribution between national courts that often arise in this context, and provides ad hoc procedural rules for the treatment of applications for return submitted under the Hague Convention of 1980, of which it integrates the procedural discipline (with a clear change of perspective).

Like the Hague Convention, Regulation 2201 expresses the urgency of deciding on the application for return, stating in turn that the court seized must proceed with the prompt processing of the application, using the most rapid procedures provided for in national legislation: except in exceptional circumstances, in fact, the measure should be issued within six weeks ⁽²⁶⁾.

23 See MCELEAVY, *Judicial communication and co-operation and the Hague convention on international child abduction*, in *Int. jour. proc. law*, 2012, p. 46.

24 See also HONORATI, *La prassi italiana sul ritorno del minore sottratto ai sensi dell'art. 11 par. 8 del regolamento Bruxelles II-bis*, in *Riv. dir. internaz. priv. proc.*, 2015, p. 278.

25 In relation to these "adequate measures" see PATAUT, *op. cit.*, p. 137; see also DISTEFANO, *Interesse superiore del minore e sottrazione internazionale di minori*, Padua, 2012, p. 105 ss.; SALZANO, *Sui rapporti intercorrenti (e sulle reciproche implicazioni) tra il cd. Regolamento di Bruxelles II bis e la Convenzione de L'Aja del 25 ottobre 1980 sugli aspetti civili della sottrazione internazionale dei minori: per una maggiore effettiva loro tutela*, in *Dir. fam.*, 2012, p. 106; CARPANETO, *In-depth consideration of family life v. immediate return of the child in abduction proceedings within the EU*, in *Riv. dir. internaz. priv. proc.*, 2014, p. 939. Critical of the effectiveness of this provision TRIMMINGS, *op. cit.*, p. 137 ss.

26 TRIMMINGS, *op. cit.*, p. 93 ss., p. 161 ss., shows that, on average, this deadline is not respected

Member States, therefore, are required to provide for procedural mechanisms marked by urgency, with a rapid investigation, which enhances the cautionary nature of the measure, which aims to restore, without delay, the status quo existing before the abduction or the non-return of the child. On the other hand, the procedure in question does not concern the merits of the dispute on the best possible accommodation of the child, but only the restoration of the previous situation and therefore lends itself to such summary investigation ⁽²⁷⁾.

But the most important aspect is that the European legislation «goes beyond» the 1980 Convention, aiming to exclude conflicts between the judgments issued in the State of origin and in the State of refuge, giving, to this end, exclusive precedence to the measures on the return of the child issued in the former State ⁽²⁸⁾ and excluding that the courts of the State where the child is present can neutralize such measures with their own decisions to the contrary ⁽²⁹⁾. In case of divergent assessments between the judge of the child's habitual residence and the judge of the place to which the child has been illegally taken, it is foreseen that the former shall decide on the return of the child, without interference by the latter ⁽³⁰⁾. In other words, the Regulation considers that the principle of the automatic return of the abducted child can be effectively implemented only by giving the judge of the State of origin the prerogative to re-examine the situation on which the judge of the State of refuge has expressed his or her opinion, and by providing that the latter must then comply with the decision of the other judge, in compli-

in any European country and that from 2003 to 2008 the situation has even worsened, in particular with regard to the duration of proceedings that end with a refusal to return. On the relevance of the time factor in this context HONORATI, *La prassi italiana sul ritorno del minore sottratto ai sensi dell'art. 11 par. 8 del regolamento Bruxelles II-bis*, in *Riv. dir. internaz. priv. proc.*, 2015, p. 306 ss.

27 Cass., 5 october 2011, n. 20365, in *Corr. giur.*, 2012, p. 515; Cass., 11 august 2011, n. 17201, cit.; Cass., 8 april 2019, n. 9767, ord.; See also SPINA, *La sottrazione internazionale di minori*, in PADALINO, PRICOCO, SPINA, *La tutela sommaria e cautelare nel diritto di famiglia e nel diritto minorile*, Turin, 2007, p. 372.

28 According to Cass., 14 july 2010, n. 16549, cit., annotated by CARPANETO, *In-depth consideration of family life v. immediate return of the child in abduction proceedings within the EU*, in *Riv. dir. internaz. priv. proc.*, 2014, p. 943, the judge of the child's "habitual residence immediately before the removal or retention" shall be the one closest to the family and social environment experienced by the child before the wrongful removal. On the evolution of Regulation No. 2201 in this field, PATAUT, *Comment to article 10*, in *Brussels II bis Regulation*, cit., p. 120.

29 See. PATAUT, *Comment to article 11*, cit., p. 130; ECJ, 22 december 2010, c. 491/10 PPU, *Andoni Aguirre Zarraga v. Pelz*.

30 ECJ, 22 december 2010, c. 491/10 PPU, *Andoni Aguirre Zarraga c. Pelz*.

ance with the principle of mutual trust. In this way, an attempt is made to frustrate the expectations of those parents who, after having illegally taken a child abroad, request custody of the child from the authorities of the country where he or she has been taken, in order to obtain a sort of ex-post ratification of their actions.

The mechanisms introduced by Regulation 2201 have been considered compatible with the values underlying the European area of justice but, in fact, they appear to be in contrast with the principle of mutual trust between the courts of the Member States. The re-examination of the child's situation carried out by the judge of the State of origin, in fact, betrays an assessment of mistrust with respect to the ability to analyze this situation in a balanced way by the judge of the State of refuge. And the prevalence of the decision of the judge of the State of origin over that of the State of refuge, even though aimed at implementing the principle of the automatic return of the abducted child, is the plastic representation of this distrust.

In order to make the procedures on international child abduction more efficient, as a matter of fact, Regulation No. 2201 has introduced, in Article 11, uniform procedural rules for cases where a person, institution or other body having rights of custody applies to the competent authorities of a Member State for an order under the 1980 Hague Convention for the return of a child wrongfully removed or retained in a Member State other than the Member State of the child's habitual residence immediately before the wrongful removal or retention ⁽³¹⁾. In essence, these rules, without having an autonomous nature ⁽³²⁾, become part of the procedural rules of the Member States, complementing and, where appropriate, overriding the national provisions governing the matter. Obviously, these common rules can only operate where the State of origin and the State of «arrival» of the child both belong to the Union ⁽³³⁾. Moreover, they are relevant only in case

31 ECJ, 9 october 2014, c. 376/14, *C v. M*, in *Riv. dir. internaz. priv. proc.*, 2015, p. 200, stresses precisely that article 11, para. 1° may be applied to grant an application for return only if the child, immediately before the alleged wrongful removal, was habitually resident in the Member State of origin. It is therefore for the court of the Member State to which the child has been removed to ascertain whether the child was habitually resident in the Member State of origin immediately before the alleged wrongful removal or retention, having regard to all the factual circumstances specific to each case, in accordance with the assessment criteria provided by the case law of the Court.

32 PATAUT, *Comment to article 11*, in *Brussels II bis Regulation*, cit., p. 130, remarks that they “giv[e] a complete legal framework for international abduction litigation”, combining European law and international law.

33 PATAUT, *Comment to article 11*, in *Brussels II bis Regulation*, cit., p. 131.

of application of Article 13 of the 1980 Convention ⁽³⁴⁾.

5. - Article 11 of Regulation 2201, as mentioned above, is at the heart of the mechanisms of cooperation between Member States in this context ⁽³⁵⁾. It provides for a procedural mechanism to enable the court of the State of origin to issue the final decision on the return of the child after a non-return decision issued by the court of the State of refuge: the issue of such a decision under Article 13 of the Hague Convention does not prevent the enforcement of a subsequent decision ordering the return of the child issued by a court having jurisdiction under the Regulation, in accordance with section 4 of Chapter III (Article 11(8)) ⁽³⁶⁾. It is referred to as a «second chance procedure» or an overriding mechanism ⁽³⁷⁾, the application of which is conditional upon the request under the Hague Convention coming from the Member State of the child's habitual residence immediately prior to non-return ⁽³⁸⁾.

In relations between the Member States of the Union, therefore, when the judge of the State of refuge rejects a request for the return of a child on the basis of Article 13 of the Convention ⁽³⁹⁾, he cannot confine himself to a decision rejecting the relevant request ⁽⁴⁰⁾: rather, after issuing such a de-

34 PATAUT, *op. cit.*, p. 138.

35 HONORATI, *Loggetto del giudizio "di riesame" ai sensi dell'art. 11 del regolamento Bruxelles II bis*, in *Dialoghi con Ugo Villani*, Triggiani, Cherubini, Ingravallo, Nalin, Virzo eds., vol. 2, Bari, 2017, p. 1121, defines it «una delle disposizioni più controverse del regolamento».

36 See PATAUT, *Comment to article 11*, cit., p. 145, remarking: «Article 11 (8), is probably the most radical change in the scheme of the 1980 Convention and the best proof that the Brussels II bis Regulation is indeed a major change from that which has been achieved up until now»; BEAUMONT, WALKER, HOLLIDAY, *Conflicts of EU courts on child abduction: the reality of Article 11(6)-(8) Brussels IIa proceedings across the EU*, in *jipl*, 2017, p. 211 ss., with an analysis of the Member States case law.

37 MOL, KRUGER, *International child abduction and the best interest of the child: an analysis of judicial reasoning in two jurisdictions*, in *Jour. priv. int. law*, 2018, p. 429.

38 ECJ, c. C v. M, cit.

39 As pointed out by PATAUT, *Comment to article 11*, cit., p. 140, the mechanism introduced by Article 11 does not apply if the return of the child is denied under articles 12 and 20 of the Convention. TRIMMINGS, *op. cit.*, p. 107, p. 110 ss., raises the doubt that the mechanism introduced by Regulation 2201 may lead the courts of the Member States to justify the refusal of the return of the child on different grounds than those offered by Article 13(1)(b). For an empirical analysis of cases of refusal under Article 13 in the relations between Member States of the Union, BEAUMONT, WALKER, HOLLIDAY, *Conflicts of EU courts on child abduction: the reality of Article 11(6)-(8) Brussels IIa proceedings across the EU*, in *Jour. int. priv. law*, 2017, p. 215 ss.

40 Lord Wilson, in Supreme Court, c. *In the matter of LC (Children)*, cit., affirms that, in the Brussels II bis system, the measure of the State *ad quem* «may well provide no more than a breathing-space».

cision, he is obliged to transmit (either directly or through his Central Authority) a copy of his decision and of the relevant documents (in particular, a transcript of the hearings held before him) ⁽⁴¹⁾ to the competent court ⁽⁴²⁾ or Central Authority of the Member State of the child's habitual residence immediately before the wrongful removal or retention, as determined by national law. Such notification shall be made within one month of the issuance of the order against return ⁽⁴³⁾.

At this point, unless the court of the Member State in which the child was habitually resident immediately before the wrongful removal or retention has already been seized by one of the parties, the court or Central Authority receiving the information just mentioned must inform the parties and invite them to submit their submissions, in accordance with national law, within three months from the date of notification, for the authority to consider the question of custody of the child.

The Court of Justice noted that Article 11, para. 7° is not a rule aimed at identifying the competent court, but rather a provision of a technical nature intended primarily to determine the manner in which information concerning the measure against return is to be communicated ⁽⁴⁴⁾. It is, therefore, within the discretion of the Member States to identify the national court having jurisdiction to examine questions relating to the return or custody of the child in the context of the procedure under art. 11, paras. 6°-8°, even if, at the date of the notification of the measure against the return of a child, a court or tribunal is already dealing with proceedings on the merits relating to parental responsibility for the same child. In other words, it is compatible with the system of the Regulation for a Member State to attribute to a specialized court the jurisdiction to examine questions relating to the return or custody of the child in the context of the procedure provided for in Article 11, paras. 7° and 8°, even if a court or tribunal is

41 See PATAUT, *Comment to article 11*, cit., p. 141 states, in this regard: "The list of the documents that need to be transmitted is open-ended. (...) The decision of the number and the nature of the documents to be transmitted is left to the requested court, which should try to convince the court of origin that its non-return order was justified and should not be reversed".

42 PATAUT, *Comment to article 11*, cit., p. 141, in this regard, remarks: "in the European Community context, there is a strong tendency to favour direct communication between courts".

43 Moreover, it is believed that the judge of the State of origin can issue the decision referred to in article 11 even in the absence of a formal transmission of the foreign measure and related documents, stating that the examination of the reasons put forward by the foreign judge can take place even when, in the decision, no express reference is made to article 13 of the Hague Convention: Juvenile Court of Emilia Romagna (Italy), 7 may 2009, in *Fam. dir.*, 2010, p. 38.

44 ECJ, 9 january 2015, c. 498\14, *Bradbrooke v. Aleksandrowicz*.

already dealing with proceedings on the merits relating to parental responsibility for the child. It has been specified, however, that such a conferral of jurisdiction must respect the fundamental rights of the child as set out in Article 24 of the Charter and, in particular, the objective of speed in such proceedings. In particular, as regards the objective of rapidity, the European Courts recall that, when applying the relevant provisions of domestic law, the national court called upon to interpret them must do so in the light of Union law and, in particular, of Regulation No 2201 ⁽⁴⁵⁾.

With respect to the mechanism envisaged by the Article 11, on the other hand, the doctrine points out that the term «parties» is used here in an improper sense, since, in the State of origin of the child, no proceedings may have yet been instituted ⁽⁴⁶⁾. This term should therefore be referred to all the parties exercising parental responsibility over the child (usually the parent from whom the child has been «abducted»), which the court shall identify and locate.

At the same time, it is not specified the term within which the Court of origin shall send to the «parties» the documentation sent by the judge of the State where the child is located: obviously, it is assumed urgency and rapidity also in such communication ⁽⁴⁷⁾.

If these conclusions are not received within the deadline, the court in question closes the proceedings, the decision of non-return becomes, so to speak, final and, pursuant to Article 10 (b) (iii), jurisdiction is attributed to the judge of the child's «new» habitual residence (see above). Otherwise, proceedings are instituted which, without constituting an «appeal» against the decision of the State of refuge ⁽⁴⁸⁾, should have as their object the re-examination of the situation on which the foreign court has ruled and not the right of custody as such ⁽⁴⁹⁾. In this regard, the Court of Justice has held that the decision of the court of origin on the return of the child is not conditional on the existence of a final decision of the same court on

45 ECJ, c. *Bradbrooke v. Aleksandrowicz*, cit.

46 PATAUT, *Comment to article 11*, cit., p. 143.

47 See PATAUT, *Comment to article 11*, cit., p. 143.

48 HONORATI, *Loggetto del giudizio “di riesame” ai sensi dell’art. 11 del regolamento Bruxelles II bis*, cit., p. 1126, believes this vision to be “disonica con i principi generali cui si ispira il regolamento”.

49 According to BEAUMONT, WALKER, HOLLIDAY, *Conflicts of EU courts on child abduction: the reality of Article 11(6)-(8) Brussels Ila proceedings across the EU*, in *Journ. int. priv. law*, 2017, p. 226, while respecting mutual trust, the judge *a quo* should carefully assess the best interests of the child, not merely review the other decision, which article 11 does not actually provide for.

rights of custody⁽⁵⁰⁾ nor does such a decision resolve the issue of custody of the child itself⁽⁵¹⁾. Indeed, the subject-matter of the proceedings in this case concerns only the possible violation of the «right of custody» of the holder of parental responsibility, understood as the right to intervene in the decision regarding the child's place of residence⁽⁵²⁾ and not the merits of parental responsibility⁽⁵³⁾. In light of this, the Court has specified that there can be no *lis pendens* between the proceedings for the return of a child and the proceedings on the merits of the custody of that same child⁽⁵⁴⁾. Indeed, by means of the procedure provided for in Article 11, the Regulation aims not only to ensure the immediate return of the child to the State where he or she resided before the abduction, but also to enable the courts of origin to assess the reasons and evidence on which any decision not to return the child is based⁽⁵⁵⁾. From the foregoing, it follows that the subject matter of the judgment is limited to the grounds on which the foreign court has ruled out re-entry, in a decision that will confirm or supersede the foreign decision⁽⁵⁶⁾. In particular, it has been affirmed that the scope of the re-examination judgement is limited to the reasons for the non-return of the child and not the lawfulness or otherwise of the transfer⁽⁵⁷⁾. The Italian Supreme Court⁽⁵⁸⁾, in particular, has qualified the procedure under review as a summary review of the assessments made by the foreign judge with a new and comprehensive evaluation of the evidence acquired by the latter⁽⁵⁹⁾, possi-

50 ECJ, c. *Povse v. Alpagó*, cit., about which see HONORATI, *Loggetto del giudizio “di riesame” ai sensi dell’art. 11 del regolamento Bruxelles II bis*, cit., p. 1123.

51 ECJ, 8 june 2017, c. 111\17, *OL v. PQ*.

52 Cass., 14 july 2010, n. 16549, cit.

53 ECJ, c. *C v. M*, cit.

54 ECJ, c. *C v. M*, cit.

55 ECJ, 11 july 2008, c. 195\08 PPU, *Inga Rinau*.

56 CARRATTA, *Provvedimenti urgenti a tutela dei minori e sottrazione internazionale*, cit., p. 1288.

57 Juvenile Court of Marche, 20 april 2021, decr., in www.osservatoriodifamiglia.it.

58 Cass., 14 july 2010, n. 16549, cit., about which see HONORATI, *La prassi italiana sul ritorno del minore sottratto ai sensi dell’art. 11 par. 8 del regolamento Bruxelles II-bis*, in *Riv. dir. internaz. priv. proc.*, 2015, p. 283; HONORATI, *Loggetto del giudizio “di riesame” ai sensi dell’art. 11 del regolamento Bruxelles II bis*, cit., p. 1125; see also PESCE, *Sottrazione internazionale di minori nell’Unione europea: il coordinamento tra il regolamento (CE) n. 2201/2003 e la convenzione dell’Aja del 1980*, in 3 *Cuad. der. trans.*, 2011, p. 238.

59 See also Juvenile Court of Marche, 20 april 2021, decr., in www.osservatoriodifamiglia.it. For a different perspective see BEAUMONT, WALKER, HOLLIDAY, *Conflicts of EU courts on child abduction*, cit., p. 226, remarking: “these proceedings are not the same as summary return proceedings (...) a much broader assessment should be made, evidence should be collected and the parties should be heard”.

bly to be supplemented with that further acquired as a result of summary information, and an independent interpretation of the relevant substantive rules, at the outcome of which a decision is issued either confirming the decision refusing the return of the child - possibly for different or additional reasons than those put forward by the other judge - or «replacing» the same decision, prescribing the return of the child ⁽⁶⁰⁾, without the need for the procedure itself to address the right of custody as a preliminary issue to be decided before examining the issue of the return of the child ⁽⁶¹⁾.

Some, however, do not exclude that proceedings under Article 11 may cover the broader issue of parental responsibility ⁽⁶²⁾, as may be the case when custody proceedings are already pending before the courts of the State of origin ⁽⁶³⁾. In such cases, the decision on custody remains the ultimate objective of the proceedings in the State of the child's habitual residence, but is without prejudice to the pronouncement of urgent measures on the return of the child.

6. - The uniform European legislation seeks to implement the principle of the automatic return of the child also in terms of the enforcement of the orders issued in this context. In particular, as far as we are interested here, Regulation n. 2201 provides for the immediate enforcement, without the need for prior *exequatur* in the host State and without any possibility of opposition, of the measures of the State of origin ordering the return of the child illegally removed abroad pursuant to Article 11, para. 8°, following the refusal

60 Cass., 14 July 2010, n. 16549, cit. On the prudent application of this power of review by Italian judges see HONORATI, *La prassi italiana sul ritorno del minore sottratto ai sensi dell'art. 11 par. 8 del regolamento Bruxelles II-bis*, cit., p. 282. According to BEAUMONT, WALKER, HOLLIDAY, *Conflicts of EU courts on child abduction*, cit., p. 226, however, the *a quo* court should not limit itself to a review of the decision of the other court: "this does not promote mutual trust".

61 On the prospective preliminary nature of the decision on the custody of the disputed child with respect to that of the return of the child see PESCE, *Sottrazione internazionale di minori nell'Unione europea*, cit., p. 239.

62 HONORATI, *Loggetto del giudizio "di riesame" ai sensi dell'art. 11 del regolamento Bruxelles II bis*, cit., p. 1128, which places emphasis on the "time factor" with respect to the immediate pronouncement of a decision on reentry pending and in order to decide on custody. For a different perspective, CARRATTA, *Provvedimenti urgenti a tutela dei minori e sottrazione internazionale*, cit., p. 1289: "loggetto del procedimento in questione si limita al solo riesame della decisione presa dal giudice dello Stato "rifugio" circa il luogo dove il minore debba risiedere".

63 As a matter of fact, it is admitted that the judge of the State of origin, in a single proceeding, may rule on the return of the child pursuant to article 11 of the Regulation and, more generally, on the custody of the child: see for example the facts of Court of appeal of Bologna, 12 October 2015, decr., in www.giuraemilia.it.

of return pronounced by the foreign judge pursuant to Article 13 of the Convention ⁽⁶⁴⁾.

With respect to these measures, the Regulation has provided for an exception to the general regime on the enforcement of judgments of Member States, which requires the prior grant of *exequatur*: the orders in question normally require rapid enforcement, which is incompatible with the time-frame (and mechanisms) envisaged for the examination of other judgments on parental responsibility ⁽⁶⁵⁾.

Direct enforcement of a judgment ordering the return of a child is governed by Article 42, which requires that the judgment in question be enforceable in the State of origin and certified by the court of origin on the basis of a standard form ⁽⁶⁶⁾. In this certificate (drafted in the language of the judgment), in particular, the court of the State of origin must certify that:

- the child has had the opportunity to be heard, unless such hearing was considered inappropriate on account of his or her age or degree of maturity; the Court of Justice, in this regard, has specified that the appropriateness of such a hearing is left exclusively to the judge who must rule on the return of a child, since it does not represent an absolute obligation but the result of a discretionary assessment according to the requirements linked to the best interests of the child in each case. In other words, for the European Courts, the right of the child to be heard does not necessarily require that a hearing be held before the courts of the Member State of origin, but it does require that the legal procedures and conditions enabling the child to express his or her views freely be made available to him or her and that those views be collected by the court ⁽⁶⁷⁾;

64 In this regard, Court of appeal of Catania, 21 July 2011, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, I, p. 363, considers that the measure to which the rule refers cannot be summary and anticipatory, since it must be a final decision on the merits. On the subject, HONORATI, *La prassi italiana sul ritorno del minore sottratto ai sensi dell'art. 11 par. 8 del regolamento Bruxelles II-bis*, cit., p. 285.

65 MAGNUS, *Introductory remarks*, in *Brussels II bis Regulation*, cit., p. 343, talks about the need, in this context, for “fast track” enforcement.

66 Skeptical about the effectiveness of this forecast BEAUMONT, WALKER, HOLLIDAY, *Conflicts of EU courts on child abduction*, cit., p. 232 ss.

67 ECJ, c. *Andoni Aguirre Zarraga v. Pelz*, cit.: in this case, the mother, who opposed the enforcement in Germany of a Spanish measure ordering the return of her daughter to Spain, claimed that the certificate showed that the obligation to hear the child before the decision was taken had been complied with, whereas in fact no such hearing had taken place. On the practice regarding the hearing of the child in the context of article 42 BEAUMONT, WALKER, HOLLIDAY, *Conflicts of EU courts on child abduction*, cit., p. 236 ss.

- the parties have been given an opportunity to be heard ⁽⁶⁸⁾;
- the court has taken into account, in making its decision, the grounds and evidence on which the decision was based in accordance with Article 13 of the 1980 Hague Convention.

The certificate must also contain details of any measures taken to ensure the protection of the child after his or her return to the State of habitual residence.

The Court of Justice has clarified that the issuance of the certificate in this hypothesis presupposes that, in the State to which the child has been wrongfully removed, a decision contrary to the return of the child to the State of origin has been previously pronounced: according to the European Courts, in fact, Article 11, para. 8°, implies a relation of temporal succession between a non-return decision and the subsequent decision ordering the return of the child. From this point of view, once a return decision has been certified, the procedural events concerning the non-return decision (for example, an appeal or its suspension) become irrelevant with respect to the application of the rules of the Regulation ⁽⁶⁹⁾.

The certificate in question may be issued *ex officio*, at the time the decision becomes enforceable and may be rectified in accordance with the law of the State of which the judge is a national (Article 43). Against the issuing of this certificate, however, no appeal is allowed. There is only a procedure for checking and correcting possible material errors, when the certificate does not correctly reflect the content of the decision (recital 24).

The judgment on the return of the child may be enforced in the State *ad quem* upon production of a certified copy of the judgment and the certificate, duly translated into a language accepted by the State (Article 45). Moreover, pursuant to Article 47, the material enforcement of the foreign measure in the State of enforcement is subject to the *lex fori*, on an equal footing with national judgments. As the Luxembourg courts have pointed out, in such cases, the court of the State of enforcement has no choice but to declare enforceable a judgment certified under the Regulation by the court of the child's State of origin ⁽⁷⁰⁾. The only limit to such direct enforcement, as seen above, is provided for in Article 47, if the «certified» judgment is irreconcilable with another enforceable judgment given subsequently.

68 See the analysis of BEAUMONT, WALKER, HOLLIDAY, *Conflicts of EU courts on child abduction*, cit., p. 242 ss., who believe that “courts are less likely to issue an Article 42 certificate where the parties have been heard”.

69 ECJ, c. *Inga Rinau*, cit.

70 ECJ, c. *Andoni Aguirre Zarraga v. Pelz*, cit.

In this regard, the Court has excluded that the judge of the State of enforcement may oppose the enforcement of a certified judgment on the return of a child, arguing that the court of origin would have infringed Article 42 of the Regulation, with a serious violation of fundamental rights (in this case, the failure to hear the child). The European Courts did not deny that such an infringement could be established, but they reserved this examination to the courts of the State of origin, stating that the first subparagraph of Article 42, para. 2° does not authorise the court of the Member State of enforcement to review the conditions, set out therein, for the issue of the certificate issued by the court of origin, so as not to undermine the effectiveness of the system established by the Regulation ⁽⁷¹⁾.

7. - The approach of Regulation 2201 to international abduction appears to be characterized by an overemphasis on the immediate return of the child, potentially to the detriment of other values relevant in this context, in particular the safety of the child and of the abducting parent ⁽⁷²⁾. In the application of the common European provisions, therefore, it should not be forgotten that neither the Convention nor the Regulation aim to ensure in every case the return of the child to the State of departure and that the game of integration and judicial cooperation across borders is also played on the ability of the courts of the State of origin of the child to assess the reasons that led the foreign judge to deny the return without preconceptions, in a calm and objective way, following the guidelines emerging from the decisions of the Court of Justice and the European Court of Human Rights ⁽⁷³⁾.

Authors have, however, expressed considerable criticism of the procedural mechanism introduced by Article 11 of Regulation 2201. These criticisms have been at least partially acknowledged by the European legislator in the recent recasting of the regulation. In fact, the rules just examined are destined to be superseded shortly by a new uniform European discipline. As of August 2022, in fact, Regulation 2201 will be replaced by Regulation (EU) No. 2019/1111. Although the Brussels II *bis* Regulation is considered, overall, an effective instrument, the operative experience has highlighted some problems that the European legislator intended to address with a re-

71 ECJ, c. *Andoni Aguirre Zarraga v. Pelz*, cit.

72 Also MAGNUS, *Introductory remarks*, in *Brussels II bis Regulation*, cit., p. 343, expresses doubts about the appropriateness of enforcing orders to return the child “under all circumstances”, as this would be contrary to the “best interests of the child”.

73 For an in-depth analysis of the relations between the ECHR and regulation Brussels II *bis*, see HONORATI, *Sottrazione internazionale dei minori e diritti fondamentali*, in *Riv. dir. internaz. priv. proc.*, 2013, p. 5 ss.

cast of this Regulation ⁽⁷⁴⁾, in particular in order to give better protection to the best interests of the child ⁽⁷⁵⁾. With this in mind, in June 2016, the Commission formulated a proposal for a recast of Regulation 2201 after intensive work on data collection and processing and surveys. The Parliament commented on the Commission's proposal, with a subsequent political «compromise» intervention by the Council. At the end of the regulatory path, Regulation (EU) No. 2019/1111 of 25 June 2019 on jurisdiction, recognition and enforcement of judgments in matrimonial matters and matters of parental responsibility, and international child abduction finally saw the light. It entered into force on the twentieth day following its publication in the Official Journal of the European Union, but its application is postponed until August 1, 2022 ⁽⁷⁶⁾, with the exception of Articles 92, 93 and 103, which have been applied since July 22, 2019.

The new Brussels II *ter* Regulation introduces important innovations, in a delicate balancing act between child protection, national interests, coordination with other international instruments, in the prism of strengthening mutual trust between the judicial systems of the Member States (recital no. 3). It, however, maintains the structure and scope of Regulation 2201, from which it follows on. In the text of the new regulation, moreover, there are more uniform law rules, which are inserted into the procedural rules of the *lex fori*, taking precedence over incompatible national provisions.

As far as we are interested here, Regulation 1111 has introduced important innovations in the field of international child abduction. In this area, in fact, as we have seen, the mutual trust affirmed at a theoretical level clashes more with the practices of national courts which, often, operate in a manner that does not comply with this principle, as demonstrated by the not insignificant number of decisions excluding the return of abducted children ⁽⁷⁷⁾. On the other hand, in recent years, the idea that the return of the child

74 See also HONORATI, *La proposta di revisione del regolamento Bruxelles II-bis: più tutela per i minori e più efficacia nell'esecuzione delle decisioni*, in *Riv. dir. internaz. priv. proc.*, 2017, p. 248.

75 CARPANETO, *La ricerca di una (nuova) sintesi tra interesse superiore del minore "in astratto" e "in concreto" nella riforma del regolamento Bruxelles II-bis*, in *Riv. dir. internaz. priv. proc.*, 2018, p. 974.

76 As of the same date, Article 104 provides for the repeal of Regulation 2201 of 2003. The new regulation will apply only to actions proposed, authentic instruments formally drawn up or registered and agreements registered on or after 1 august 2022. Regulation 2201/2003, on the other hand, will continue to apply to judgments rendered in actions proposed, authentic instruments formally drawn up or registered and agreements which have become enforceable in the Member State in which they were concluded before 1 August 2022 and which fall within its scope (Article 100).

77 See also HONORATI, *La prassi italiana sul ritorno del minore sottratto ai sensi dell'art. 11 par.*

is necessarily the preferable solution has been undermined ⁽⁷⁸⁾.

To begin with, para. 3° of art. 1 of the new Regulation specifies that Chapters III and VI apply to cases of wrongful removal or retention of a child concerning more than one Member State, supplementing the 1980 Hague Convention, while Chapter IV applies to the cross-border enforcement of judgments ordering the return of the child to another Member State under that Convention. This is not a substantial innovation, since the same issues were dealt with in Regulation 2201. In the new Regulation, however, the matter is dealt with in a more organic and systematic way. The greater importance attributed by the European legislator to this subject is also shown by the fact that international child abduction has been included in the very «title» of Regulation no. 1111. Also here, however, the legislator is working «by chisel», respecting the framework of the Hague Convention of 1980, to which it seeks to give better and more effective implementation in relations between Member States ⁽⁷⁹⁾. Where, in Regulation 2201, only Article 11 dealt with this matter, in the recast regulation there is an entire chapter entitled «International child abduction», consisting of 8 articles (22 to 29). The chapter on the enforcement of decisions in this area has also been rewritten with significant innovations.

Focusing the analysis on the new rules specifically dedicated to the procedures for the return of abducted children, the first of them (Article 22), in fact, merely establishes that, in relations between the Member States, Articles 23 to 29 and Chapter VI of the new Regulation shall apply to the procedure and enforcement of measures in the field of child abduction, in addition to the 1980 Hague Convention, thus confirming the «supplementary» role played by the uniform European legislation with respect to the more general provisions of the 1980 Convention.

The Regulation does not intervene in the allocation of domestic jurisdiction in matters of child abduction ⁽⁸⁰⁾, but Recital 41 makes explicit the

8 del regolamento Bruxelles II-bis, in *Riv. dir. internaz. priv. proc.*, 2015, p. 281 ss.

78 See HONORATI, *La prassi italiana sul ritorno del minore sottratto ai sensi dell'art. 11 par. 8 del regolamento Bruxelles II-bis*, cit., p. 275.

79 Article 96, in this respect, provides that where a child has been wrongfully removed or retained in a Member State other than the Member State in which he or she was habitually resident immediately before the wrongful removal or retention, the provisions of the 1980 Hague Convention, supplemented by the provisions of Chapters III and IV of the Regulation, shall continue to apply. Where a judgment given in a Member State ordering the return of a child under the 1980 Hague Convention is to be recognized and enforced in another Member State following a subsequent wrongful removal or retention of the child, Chapter IV shall apply.

80 In fact, the Commission's proposal to intervene directly in this matter, requiring Member

invitation to Member States, in order to conclude return proceedings under the 1980 Hague Convention as soon as possible, to consider, in line with their national judicial structure, whether to concentrate jurisdiction for such proceedings in as few courts as possible, in order to reduce the time taken to process return applications and to ensure greater specialisation of the competent judicial authority. Thus, jurisdiction for child abduction cases could be concentrated in a single court for the entire country or in a limited number of courts, starting, for example, with the number of appellate courts and concentrating jurisdiction for international child abduction cases in a court of first instance within each appellate court district.

On a procedural level, the emphasis is on speeding up the time taken to examine, process and decide on the return of an allegedly abducted child, starting from the first intervention of the central authorities. In fact, Article 23 begins by providing that the central authorities shall proceed to the «expeditious processing» of applications for return received under the 1980 Hague Convention. Article 24 also deals with the speed of the judicial process: para. 1°, in particular, requires the court to which the application for the return of the child has been submitted to proceed to the «prompt processing» of the application itself, using the most expeditious procedures provided for in national law. No common procedural rules are introduced, but Member States (and national courts, where the matter is left to their own interpretation) are made responsible for using the most expeditious procedures available under the *lex fori* in this context. Para. 2° provides that a court of first instance, unless prevented from doing so by exceptional circumstances, must give its decision within six weeks of being seised. Para. 3° completes the picture by providing that in six weeks («except where exceptional circumstances make this impossible») the activities of any appeal procedure must also be completed «from the moment when all the required procedural steps have been completed and the court is in a position to consider the appeal, whether through a hearing or otherwise» ⁽⁸¹⁾.

States to organise their national judicial systems in such a way as to concentrate jurisdiction over international abduction claims in a limited number of territorial venues, was not accepted: see HONORATI, *La proposta di revisione del regolamento Bruxelles II-bis: più tutela per i minori e più efficacia nell'esecuzione delle decisioni*, cit., p. 258.

- 81 In this respect, recital 42 makes it clear that the time-limit of six weeks for a higher court should run from the time when all the required procedural steps have been completed. These steps could include, depending on the legal system concerned, the service of the notice of appeal on the defendant in the Member State where the court is situated or in another Member State, the transmission of the file and the notice of appeal to the court of appeal in the Member States where the appeal is to be lodged with the court whose decision is contested, or an application by a party for a hearing, if one is required by national law.

As we have seen, Regulation 1111 does not directly affect the discipline of return proceedings in each State, but Recital 42 contains an exhortation to Member States to consider limiting to one the number of possible appeals against a decision ordering or refusing the return of a child under the 1980 Hague Convention ⁽⁸²⁾.

Articles 25, 26 and 27, for their part, lay down uniform procedural law provisions on, respectively, alternative dispute resolution, the right of the child to express his or her views in return proceedings and the procedure on the return of the child in general. Indeed, a certain percentage of proceedings for the return of abducted children are settled by conciliation. Article 25, therefore, encourages the use of A.D.R. instruments in this context by providing that «as soon as possible and at any stage of the proceedings», the court hearing the case shall, directly or, where appropriate, with the assistance of the central authorities, invite the parties to consider recourse to mediation or other means of alternative dispute resolution, unless this is not in the best interests of the child, is not appropriate in the specific case (for example, in cases of domestic violence) or does not unduly delay the proceedings ⁽⁸³⁾. Given the time limit of six weeks set for the completion of each stage of the proceedings, on the other hand, any mediation process will necessarily have to be carried out in parallel to the examination of the case by the court ⁽⁸⁴⁾), to avoid abuse of the instrument ⁽⁸⁵⁾.

Article 26, on the other hand, specifies that also in return proceedings

82 Again, the Commission's proposal to establish only one remedy in this area was not accepted: HONORATI, *La proposta di revisione del regolamento Bruxelles II-bis*, cit. p. 264.

83 In this regard, see BARUFFI, *A child-friendly area of freedom, security and justice: work in progress in international child abduction cases*, in *Jour. priv. int. law*, 2018, p. 415.

84 See also the remarks of HONORATI, *La proposta di revisione del regolamento Bruxelles II-bis*, cit., p. 262. In this regard, see Juvenile Court of Bologna, 5 march 2015, ord., in *www.ilcaso.it*, that, in referring the parties to mediation, orders that, in the meantime, Social Services prepare a report on the state of the minors, authorizing the filing of concluding notes before the next hearing. In this respect. see PELLICCIOTTA, *Sottrazione internazionale di minore e mediazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, p. 763.

85 A reference to mediation is also contained in recital 43, which states that where, in the course of return proceedings under the 1980 Hague Convention, parents reach an agreement for or against the return of the child, and also on matters of parental responsibility, the Regulation should in certain circumstances allow them to agree that the court seised under the 1980 Hague Convention has jurisdiction to give binding legal effect to their agreement by incorporating it in a judgment, approving it or using any other means provided for by national law and procedures. Member States which have concentrated jurisdiction should therefore consider allowing the court seised of a return proceedings under the 1980 Hague Convention to exercise also the jurisdiction agreed or accepted by the parties under the Regulation on matters of parental responsibility, where the parties have reached an agreement in the course of such return proceedings.

under the 1980 Hague Convention, Article 21, regarding the hearing of the child, applies. The issue, in theory, could not be questioned, but practical experience shows a certain tendency of courts to neglect it.

With regard to the procedures for the return of the child, Article 27 contains several uniform procedural law provisions which supplement not only the *lex fori* but also the provisions of the 1980 Convention. The first three paragraphs deal, from different perspectives, with the role of the petitioning party in the proceedings. The person requesting the return of the child, in the first place, has the right to be heard before the court rules: para. 1° does not expressly state this right, but it can be inferred from the fact that, according to this rule, without hearing the petitioner, the court cannot refuse to order the return of the child (without hearing the petitioner, of course, it can order the return...). Moreover, at any stage of the proceedings, in accordance with Article 15, the court may assess the need to ensure contact between the child and the person requesting the return of the child, taking into account the best interests of the child. Para. 3°, moreover, in order to implement a rule that is indeed little used in practice ⁽⁸⁶⁾, requires the judge who is considering refusing to order the return of a child solely on the basis of article 13, para. 1°, of the 1980 Hague Convention, not to make such a refusal if the party requesting the return is convinced, by providing sufficient evidence or if the court itself is otherwise convinced, that adequate measures have been taken to ensure the protection of the child after his or her return. Such measures, per Recital 45, could include, for example, a judicial measure of the Member State to which the child is expected to return prohibiting the petitioner from approaching the child, a provisional measure, including a protective measure, of that Member State allowing the child to remain with the abducting parent who has actual custody of the child until a substantive judgment is made regarding custody rights in that Member State after return, or a demonstration of the availability of medical facilities for a child in need of care. The type of measure appropriate in the particular case should depend on the serious concrete risk to which the child would be likely to be exposed if returned in the absence of such measures. To this end, para. 4° provides that the court seised may communicate with the competent authorities of the Member State of the child's habitual residence immediately before the wrongful removal or retention, either directly under Article 86 or with the assistance of the Central Authorities.

In ordering the return of the child, the court may, where appropriate, take provisional measures, including protective measures, under Article 15

86 See also HONORATI, *La proposta di revisione del regolamento Bruxelles II-bis*, cit., p. 265.

of the Regulation in order to protect the child from the serious risk referred to in Article 13(b) of the 1980 Convention, provided that the consideration and taking of such measures does not unduly delay the return proceedings⁽⁸⁷⁾. Such measures must be recognized and enforced in all other Member States, including Member States having jurisdiction under the Regulation, until a court of such a Member State has taken such measures as it considers appropriate⁽⁸⁸⁾. Recital 46, as an example of such interim measures, indicates the provision that the child should continue to reside with the actual caregiver or the determination of how contact with the child should be maintained after the child's return until the court of the child's habitual residence has taken such measures as it deems appropriate. This should be without prejudice to any decision or order of the court of the child's habitual residence made after the child's return.

8. - Regulation no. 2201, as we have seen above, introduced an additional mechanism with respect to the rules of the 1980 Convention, in order to ensure that, in relations between EU Member States, after a decision refusing the return by the court of the State of refuge of the child, the final word, in this regard, was reserved to the court of the State of origin: reference is made to Article 11 of Regulation no. 2201, which I discussed above.

In Regulation n. 1111, the coordination between national courts is regulated by Article 29, with some significant innovations⁽⁸⁹⁾. In this regard, recital 48 provides important guidance, pointing out that where the court of the Member State to which the child has been wrongfully removed or retained decides to refuse the return of the child under the 1980 Convention, it must make explicit reference in its decision to the relevant articles of the Convention on which the refusal is based⁽⁹⁰⁾. However, such a judgment of refusal, whether *res judicata* or still subject to appeal, may be replaced by a later judgment given in custody proceedings by the courts of the Member State of the child's habitual residence before the wrongful removal or retention. In the course of such proceedings, all circumstances, including but

87 On the need to introduce, in the reform of the Regulation n. 2201, the possibility of ordering urgent and necessary precautionary measures along the lines of what is provided for in article 11 of the Convention of 1996 see BEAUMONT, WALKER, HOLLIDAY, *Conflicts of EU courts on child abduction*, cit., p. 221.

88 See also BARUFFI, *op. cit.*, p. 412.

89 According to BEAUMONT, WALKER, HOLLIDAY, *Conflicts of EU courts on child abduction*, cit., p. 224 this mechanism "should be scrapped".

90 The practice of some Member States of transmitting only the dispositive part of their own decision of refusal of return to foreign central authorities is thus contrasted: see HONORATI, *La proposta di revisione del regolamento Bruxelles II-bis*, cit., p. 267.

not limited to the conduct of the parents, should be thoroughly examined, taking into account the best interests of the child. If the resulting judgment on the merits of custody rights results in the return of the child, this should be done without the need for special procedures for the recognition and enforcement of the judgment in other Member States.

In implementation of these indications, para. 1° specifies that Article 29 applies where a judgment refusing the return of the child to another Member State is based solely on Article 13(1)(b) or on Article 13(2) of the 1980 Convention. The reference is to two of the cases provided for by that Convention in which the judicial or administrative authority of the requested State is not obliged to order the return of the child. In particular, subparagraph b) of art. 13 excludes return if there is a well-founded risk for the child to be exposed, by the fact of his or her return, to physical or psychological dangers, or to be in an intolerable situation. Para. 2° of the rule in question then adds the hypothesis that the child opposes the return, if he has reached an age and a degree of maturity such that it is appropriate to take into account his opinion. Therefore, the further hypotheses of non-return provided for by the Convention are not included in the coordination mechanism analysed here. The new rule, therefore, has a more restricted scope than Article 11 of Brussels II *bis*, whose para. 6 refers in general to a refusal to return the child pursuant to art. 13 of the Convention. Therefore, the application of coordination between courts is no longer applicable when return is refused, the court of the «State of refuge» having assessed, pursuant to Article 13(a) of the Convention, that the person, institution or body to whom the child was entrusted did not actually exercise rights of custody at the time of the removal or retention, or had consented, even subsequently, to the removal or retention.

In the cases considered by Article 29, the court rendering a decision of non-return shall issue a certificate *ex officio* using the model in Annex I. Pursuant to para. 3° of art. 29, moreover, if, at the time the court renders a decision not to return the child pursuant to para. 1°, a court of the Member State where the child was habitually resident immediately before his or her wrongful removal or retention has already been seised of proceedings on the merits of rights of custody, the court of the «State of refuge», if it is aware of such proceedings, shall, within one month from the date of its judgment send to the court of that State, either directly or through the central authorities, a copy of its decision not to return, the certificate issued following that decision, and, where appropriate, a transcript, summary or record of the hearings before the court and any other documents it deems relevant. Such documents need not necessarily be translated; indeed, pursuant to para. 4°,

the court of the Member State where the child was habitually resident immediately before his or her wrongful removal or retention may, if necessary, require a party to provide such translation or transliteration ⁽⁹¹⁾.

Where, on the other hand, a proceeding in the State of origin is not already pending at the time of the non-return decision, para. 5° provides that either party may, within three months of notification of the decision referred to in para. 1, apply to a court of the Member State where the child was habitually resident immediately before his or her wrongful removal or retention in order to have rights of custody established on the merits. In this case, it will be the party itself (and not the foreign court) to submit to the court the documents mentioned above.

In both cases, the judge of the State of origin, in the proceedings already pending or those opened for this purpose, must no longer, as before, limit itself to «reviewing» the foreign decision of «non-return». The proceedings, in fact, must have as their object, more generally, parental responsibility for the child abducted with the clarification that, in deciding on such responsibility, the judge of the child's habitual residence may order the return of the child without being bound by the decision of the other judge, with a measure intended to prevail over the first. Pursuant to para. 6° of art. 29, in fact, notwithstanding the decision against the return referred to in para. 1°, the decisions relating to the right of custody resulting from the proceedings referred to in paras. 3° and 5° which order the return of the child are enforceable in another Member State under Chapter IV of Regulation 1111.

In other words, the new Article 29 does away with the «review» mechanism provided for in Article 11 of Regulation No 2201 and which, in fact, contradicted to some extent the principle of mutual trust underlying the European area of justice ⁽⁹²⁾, even though the new provision continues to provide for the precedence of the decision of the State of origin over that of the State of refuge.

9. -Also with regard to the enforcement of measures on the return of abducted children, Regulation 1111 intervenes at different levels.

First of all, Article 27, para. 6° introduces a uniform procedural law rule

91 The Commission's proposal to require the court transmitting the documents to translate them was not accepted; see HONORATI, *La proposta di revisione del regolamento Bruxelles II-bis*, cit., p. 269.

92 According to CARPANETO, *In-depth consideration of family life v. immediate return of the child in abduction proceedings within the EU*, in *Riv. dir. internaz. priv. proc.*, 2014, p. 942 ss., the mechanism provided by this provision is “cut cry” device aimed at overcoming the lack of mutual trust among the domestic courts of the Member States, by imposing to the State of refuge to trust in (and immediately recognize) the decision of the State of habitual residence.

that allows the national court to declare provisionally enforceable the decision ordering the return of the child, notwithstanding any appeal, if the return of the child before the decision on the appeal is required by the best interests of the child itself ⁽⁹³⁾. The rule is relevant for those jurisdictions in which the lodging of an appeal implies stay of the enforceability of a return decision.

On the level of enforcement of decisions, Article 28, para. 1°, provides that the competent authority shall expeditiously process the application for enforcement of the decision ordering the return of the child to another Member State. In this regard, para. 2° of Article 28 provides that, where the decision ordering the return has not been enforced within six weeks from the date of the commencement of the enforcement proceedings, the party applying for enforcement or the central authority of the Member State of enforcement shall have the right to request the competent enforcement authority to state the reasons for the delay. This provision, in the context of judicial cooperation between Member States, should make that competent authority responsible for ensuring speedy execution of return orders or, at least, for giving prompt (and reasoned) reasons for any delay. In this perspective, it is an instrument of indirect «coercion».

The most incisive intervention in the new regulation, however, concerns the regime of cross-border enforcement of decisions on the return of the child. As we have seen above, in Regulation 2201, the first mechanism of automatic enforcement of a decision without the need for exequatur was introduced for such decisions within the European area of justice. Regulation No 1111, while extending this mechanism of automatic enforcement to all judgments in matters of parental responsibility, continues to provide for different treatment for judgments in the area under consideration here. Indeed, Articles 42 et seq. contain «provisions on the recognition and enforcement of certain privileged judgments», which include, as far as we are concerned here, judgments under Art. 29 para. 6°, insofar as they entail the return of the child.

The «privilege» accorded to such judgments is that they are automatically recognized and enforced in other Member States without the need for any procedure and, above all, without any possibility of opposing their recognition, unless and to the extent that the judgment is declared incompatible with a subsequent judgment under Article 50 (see in particular Article 45). Art. 45, para. 2 specifies that the courts of the member state of origin may declare such decisions provisionally enforceable, notwithstanding any appeal.

93 In favour of this innovaio, HONORATI, *La prassi italiana sul ritorno del minore sottratto ai sensi dell'art. 11 par. 8 del regolamento Bruxelles II-bis*, cit., p. 312.

Direct enforcement can be carried out, also in this context, simply by producing a certified copy of the judgment and the certificate issued by the court of origin pursuant to Article 47, using the model in Annex VI. The issuance of the certificate is subject to the verification of certain conditions, listed by para. 3° of Article 47 and which follow, in substance, those provided for by Article 41 of regulation no. 2201. A difference can be noted only with respect to the verification of the hearing of the child in the proceedings leading to the decision to be certified: where Article 41, para. c) of Regulation 2201 required that the child had the opportunity to be heard, «unless the hearing was deemed inappropriate because of his age or maturity», the new Article 47, para. 3°, lett. b) requires that the minor has «had the opportunity to express his or her opinion in accordance with Article 21». At least in terms of formal wording, a more stringent requirement is envisaged here.

Para. 4° adds, moreover, that the certificate for a judgment entailing the return of a child shall be issued only if the court has taken into account, in giving its judgment, the grounds and facts underlying the earlier judgment given in another Member State in accordance with Article 13(1)(b) or Article 13(2) of the 1980 Hague Convention. In other words, in the proceedings that take place in the «State of origin», according to paras. 3 and 5 of Article 29, the judge is called upon, if not to «review» the foreign decision not to return, at least to consider (even if only to refute them) the reasons and circumstances on which such decision is based. The assessment of this «analysis» is, however, left to the same judge who pronounces the decision and cannot be reviewed by the courts of other states. The issue of the certificate, on the other hand, is not subject to any appeal except for those indicated in Article 48 (rectification and revocation of the certificate).

Up to this point, it would appear that the regime for the enforcement of these «privileged» decisions is substantially similar to that previously provided for in Regulation 2201. Regulation 1111, however, introduces elements of flexibility to the enforcement of these decisions. In particular, Article 44 provides for the possibility of stay *in toto* or in part the enforcement of such decisions if an application for a declaration that the decision is incompatible with a subsequent decision referred to in Article 50 has been made or if the person against whom enforcement is sought has requested, in accordance with Article 48, the revocation of a certificate issued pursuant to Article 47⁹⁴). Indeed, Article 50 allows refusal of recognition and enforcement of a

94 This last reference is to the procedure laid down in article 48, for the revocation of the certificate, which can be brought by the court of origin on its own initiative or at the request

‘privileged’ judgment if and to the extent that the judgment is irreconcilable with a later judgment relating to parental responsibility concerning the same child given in the Member State in which recognition is sought or in another Member State or in the non-Member State of the habitual residence of the child, provided that the later judgment fulfils the conditions necessary for its recognition in the Member State in which recognition is sought. In other words, it establishes the principle that in matters of parental responsibility a later judgment always replaces an earlier judgment with effect for the future in so far as they are irreconcilable (Recital 56).

Regulation 1111 introduces a further novelty in this context in Article 49, entitled: «Certificate of non-enforceability or of limitation of enforceability». Essentially, where a «privileged» decision certified in accordance with Article 47 has ceased to be enforceable or its enforceability has been stayed or limited, a certificate attesting non-enforceability or limitation of enforceability is issued, using the standard form in Annex VII, on application at any time to the competent court in the Member State of origin. This document may be deposited in proceedings in which the enforcement of the judgment has been suspended, in accordance with Article 44. This is a necessary innovation to ensure that there is no discrepancy between the enforceability of the decision in the State of origin and in the State of enforcement.

The most disruptive novelty with respect to the enforcement (also) of measures on the return of an abducted child is, however, represented by the new Article 56, i.e. one of the rules of general application in the context of the circulation of decisions across borders introduced by Regulation no. 1111. This provision provides for some cases where the procedure for the enforcement of a foreign decision may be stayed. Of particular importance here is its para. 4°, according to which, «in exceptional cases», at the request of the person against whom enforcement is sought or, where applicable under national law, of the child concerned or of another interested party acting in the best interests of the child, enforcement may be suspended «if enforcement would expose the child to a serious risk of physical or psychological danger because of temporary impediments which have arisen since the judgment was given, or by virtue of other significant changes in circum-

of a party, if the certificate appears to have been granted in error, taking into account the requirements of article 47. Article 48 provides, then, also in this context, the possibility for the competent authority of the Member State of origin to rectify the certificate if, due to a material error or omission, there is a discrepancy between the decision and the certificate itself. In both cases, the procedure, including any appeals, is governed by the law of the Member State of origin.

stances.» The rule takes care to add that «enforcement shall be resumed as soon as the serious risk of physical or psychological danger ceases» and that «before refusing enforcement under paragraph 6», the competent enforcement authority must take all appropriate measures to facilitate enforcement in accordance with national law and procedures and the best interests of the child.

It is, in any case, clear that the new rule breaks the wall of the automatic execution of the measures of return of the child, introducing a «derogation» that, although qualified as exceptional, refers to very general situations and of which it is difficult to draw clear boundaries. On the one hand, therefore, it introduces an important element of flexibility, in order to cope with dangerous situations occurred after the issuance of the return measure; on the other hand, however, it can be used by the abducting parent to try to block the return of the minor to his/her country of origin.

The concern in this regard is aggravated in the light of para. 6° of Article 56: it provides that, if the serious risk referred to in para. 4° is of a permanent nature, the authority responsible for enforcement or the court may, on application, refuse to enforce the judgment. By this route, the risk that orders for the return of the child may remain unexecuted becomes particularly real. It is worth noting that the «refusal of enforcement», unlike the refusal of return, is not subject to any form of control or review by the court of the State of origin.

10. - To conclude this rapid examination of the European legislative developments in the field of child abduction, the impression is that the new provisions, with the best intention of implementing the effective enforcement of decisions of Member States, while balancing all the interests at stake, may lead to the opposite result, especially in the context of international child abduction where the problem of ineffectiveness of measures across borders is more acute. As regards enforcement, in fact, the attempt to balance the principle of mutual trust underlying the abolition of *exequatur* with the protection of the best interests of the child, which allows, in situations not precisely identified, to deny the automatic recognition and enforcement of decisions, including «privileged» ones, risks short-circuiting the system, if national courts are not able to operate with maturity and in a cooperative manner ⁽⁹⁵⁾.

It must be said that the European legislator, on a political level, had to smooth the edges of the automatisms that had created some «diplomatic»

95 See also CARPANETO, *op. cit.*, p. 968.

problems with the European Court of Human Rights ⁽⁹⁶⁾. The new system, moreover, offers ample opportunity for the judge of enforcement to frustrate the implementation of foreign measures on the basis of «new circumstances» that cannot be controlled by the court of origin.

In this delicate work of compromise, weights and balances are introduced to regulate the activities of «competing» courts. For example, the new rules on child abduction that allow the judge of the State of refuge to order the most appropriate protective measures to ensure the safe return of the child should reduce the cases in which the refusal to order the return itself is justified ⁽⁹⁷⁾.

On the other hand, the revised mechanism of Article 29, in the event of refusal of return, in providing for the conduct of proceedings in the State of origin on parental responsibility and not merely a review of the foreign decision of refusal, lengthens the time taken for the substantive measure to prevail, on paper, over the refusal of return, which in itself could hinder its «automatic» enforcement ⁽⁹⁸⁾.

In practice, realistically, in such proceedings on the merits, recourse to provisional measures to order the immediate return of the child to the State of origin will become widespread, perhaps on the basis of summary or inadequate instructions. In short, the risk that the level of competition between legal systems increases rather than decreases seems concrete.

The rules, however, are only a tool to achieve the objectives. With regard, in particular, to cooperation between national courts in the European area of justice, the implementation of the judicial network, to which articles 76 et seq. of Regulation 1111 are dedicated, appears fundamental. In fact, the mutual knowledge between the judges of the Member States and their ability to collaborate in an open and loyal way can give substance to that trust which, otherwise, risks remaining an abstract concept.

96 In this regard, see, if you wish, my *When titans clash: setting standards for child abduction by the CJEU and the ECtHR*, in *Approaches to procedural law. The pluralism of methods*, Cadiet, Hess, Requejo Isidro eds., Baden-Baden, 2017, p. 327.

97 HONORATI, *La proposta di revisione del regolamento Bruxelles II-bis*, cit., p. 267.

98 See also HONORATI, *La proposta di revisione del regolamento Bruxelles II-bis*, cit. p. 276.

Διεθνής δικαιοδοσία επί περιουσιακών διαφορών μεταξύ συζύγων κατά τον Κανονισμό (ΕΕ) 1103/2016 – Με αφορμή την αγωγή συμμετοχής στα αποκτήματα (ΑΚ 1400)

Καλλιόπη Μακρίδου

Καθηγήτρια Νομικής Σχολής Α.Π.Θ.

I. Διαδικασία εκδίκασης της αγωγής συμμετοχής στα αποκτήματα II. Διεθνής δικαιοδοσία σύμφωνα με τον Κανονισμό (ΕΕ) 1103/2016

Τα δικονομικά ζητήματα της αγωγής συμμετοχής στα αποκτήματα απασχολούν συχνά τα δικαστήρια. Πυκνή είναι η νομολογία ως προς το ορισμένο της σχετικής αγωγής, ως προς τις ενστάσεις του εναγομένου, ως προς την ανατροπή του μαχητού τεκμηρίου συμβολής στην αύξηση της περιουσίας κλπ. Στο πλαίσιο της παρούσας μελέτης θα αντιμετωπιστεί εισαγωγικά, στο υπό Ι τμήμα, το ζήτημα της τηρητέας διαδικασίας και θα ακολουθήσει, στο υπό II τμήμα, το ζήτημα της διεθνούς δικαιοδοσίας, που έχει ιδιαίτερη σημασία λόγω της πρόσφατης (29/1/2019) έναρξης ισχύος του Κανονισμού (ΕΕ) 1103/2016.

I. Διαδικασία εκδίκασης της αγωγής συμμετοχής στα αποκτήματα

Η αγωγή συμμετοχής στα αποκτήματα (άρθρ. 1400 ΑΚ) γεννά ως γνωστόν περιουσιακή διαφορά, η οποία απορρέει από τη σχέση των συζύγων. Η συνύπαρξη στην ίδια αγωγή μίας περιουσιακής αξίωσης, που όμως απορρέει από μία προσωπική σχέση επηρεάζει, μεταξύ άλλων, και τη δικονομική πλευρά της. Λ.χ. μολονότι το αντικείμενό της είναι περιουσιακό, η στενή σύνδεση της αξίωσης με το πρόσωπο του δικαιούχου, αποκλείει την, κατ'άρθρ. 72 ΚΠολΔ, πλαγιαστική της άσκηση¹.

Μετά το ν. 4335/2015, η αγωγή συμμετοχής στα αποκτήματα εντάσσεται, ως περιουσιακού δικαίου διαφορά που απορρέει από τη σχέση των συζύγων, στην § 3 περίπτωση δ' άρθρου 592 ΚΠολΔ. Πρόκειται για ενοχική αγωγή, η

1 Δεληγιάννης (συνεργασία Κουτσογιάδη), Οικογενειακό Δίκαιο II (1987) § 200· Σταθόπουλος / Παπαδοπούλου - Κλαμαρή, σε Γεωργιάδη - Σταθόπουλο, Αστικό Δίκαιο – Τόμος VII (2007), άρθρ. 1400 ΑΚ, αριθ.51· Απ. Γεωργιάδης, Οικογενειακό δίκαιο 2 (2017), § 13 αριθ 14.

οποία δεν εγγράφεται στα βιβλία διεκδικήσεων (άρθρ. 220 ΚΠολΔ)², ούτε καταχωρίζεται στα κτηματολογικά φύλλα. Κατ' επιλογή του ενάγοντος φέρει καταψηφιστικό ή αναγνωριστικό χαρακτήρα. Επί καταψηφιστικού αιτήματος καταβάλλεται απαραίτητως δικαστικό ένσημο. Αντιθέτως, επί αναγνωριστικού αιτήματος, μετά τη θέσπιση του άρθρου 42 παρ.1 ν. 4640/2019, που επεξεργάστηκε την καταβολή δικαστικού ενσήμου και στις αναγνωριστικές αγωγές αρμοδιότητας Πολυμελούς πρωτοδικείου, εάν μία αγωγή ασκηθεί ως αναγνωριστική αρμοδιότητας Πολυμελούς πρωτοδικείου –και παρά τις σοβαρές συνταγματικού χαρακτήρα αντιρρήσεις που διατυπώθηκαν–, ο ενάγων υποχρεούται σε καταβολή δικαστικού ενσήμου, διαφορετικά δικάζεται ερήμην. Είναι επομένως κρίσιμη η απάντηση στο ερώτημα, αν η αγωγή του άρθρου 1400 ΑΚ, όπως και οι λοιπές αγωγές της § 3 περίπτωση δ' άρθρ. 592 ΚΠολΔ, εκδικάζονται πάντοτε από το μονομελές πρωτοδικείο, κατ' άρθρ. 17 αριθ. 2 ΚΠολΔ. Επί θετικής απάντησης, η αναγνωριστική αγωγή συμμετοχής στα αποκτήματα δεν θα συνοδεύεται από υποχρέωση καταβολής δικαστικού ενσήμου.

Ως προς την αγωγή συμμετοχής στα αποκτήματα, η οποία θεμελιώνεται σε διάσταση των συζύγων που υπερέβη την τριετία (άρθρ. 1400 § 2 ΑΚ) κρατεί απολύτως η άποψη ότι αυτή ανήκει στην κατηγορία των διαφορών της § 3 περίπτωση δ' άρθρ. 592 ΚΠολΔ και επομένως εκδικάζεται από το μονομελές πρωτοδικείο με την ειδική διαδικασία των οικογενειακών διαφορών. Όταν το αίτημά της είναι αναγνωριστικό, δεν απαιτείται καταβολή δικαστικού ενσήμου.

Διαφωνία παρατηρείται κυρίως ως προς την υπαγωγή στην ίδια κατηγορία των οικογενειακών διαφορών της αγωγής συμμετοχής στα αποκτήματα της § 1 άρθρ. 1400 ΑΚ, η οποία θεμελιώνεται στην αμετάκλητη λύση ή ακύρωση του γάμου. Κατά μία γνώμη, η οποία υποστηρίζεται από μερίδα της θεωρίας, η ανωτέρω αγωγή εξακολουθεί, όπως και υπό το πρό του ν. 4335/2015 καθεστώς³, να υπάγεται στην τακτική διαδικασία, ενώ με την ειδική διαδικασία των οικογενειακών διαφορών εκδικάζεται μόνον η αγωγή συμμετοχής στα αποκτήματα που θεμελιώνεται στην τριετή διάσταση⁴. Σύμφωνα με την αντί-

2 Απ. Γεωργιάδης, Οικογενειακό δίκαιο, § 13 αριθ. 40 · Σταθόπουλος / Παπαδοπούλου - Κλαμαρή, σε Γεωργιάδη - Σταθόπουλο, Αστικό Δίκαιο –Τόμος VII, άρθρ. 1400 ΑΚ, αριθ. 51 σημ. 100 · Κουνουγέρη - Μανωλεδάκη, Οικογενειακό Δίκαιο Ι 7(2018), σελ. 238· Μακρίδου, Ειδικές Διαδικασίες στον Κώδικα Πολιτικής δικονομίας μετά το ν. 4335/2015 (2017), σελ. 116 σημ. 12 · ΑΠ 1740/2002, ΝοΒ 2003.1226 · ΕφΔυτΜακ 100/2015, Αρμ 2016.34.

3 Σταθόπουλος/ Παπαδοπούλου - Κλαμαρή, σε Γεωργιάδη - Σταθόπουλο, Αστικό Δίκαιο –Τόμος VII, άρθρ. 1400 ΑΚ, αριθ. 48.

4 Απ. Γεωργιάδης, Οικογενειακό δίκαιο, § 13 V.1, αριθ. 41 και σημ. 43· Κουνουγέρη - Μανωλεδάκη, Οικογενειακό Δίκαιο Ι, σελ.248· Ποδηματά, Διαφορές από την οικογένεια, τον γάμο και την ελεύθερη συμβίωση - Γενικό διαδικαστικό πλαίσιο και ειδικές παρατηρήσεις στις διατάξεις των νέων άρθρων 592-613 ΚΠολΔ (όπως ισχύουν μετά τον ν. 4335/2015), ΧρΙΔ

θετη άποψη, που τείνει να επικρατήσει σε νομολογία και θεωρία⁵, η αγωγή συμμετοχής στα αποκτήματα, είτε θεμελιώνεται στην § 1, είτε στην § 2 άρθρ. 1400 ΑΚ, υπάγεται πάντοτε στο μονομελές πρωτοδικείο και στην ειδική διαδικασία των οικογενειακών διαφορών. Υπό την ισχύ του ν. 4335/2015, η εν λόγω κρατούσα άποψη εμφανίζεται πράγματι ορθότερη. Η ίδια η ευρύτητα του νέου άρθρου 592 § 3 περίπτωση δ' ΚΠολΔ, που καταλαμβάνει πλέον κάθε περιουσιακή διαφορά που απορρέει από τη σχέση των συζύγων, χωρίς να περιορίζεται όπως παλαιότερα στις γαμικές διαφορές, προδίδει τη νομοθετική βούληση να διευρυνθεί ο κύκλος των διαφορών που εκδικάζονται με την εν λόγω ειδική διαδικασία⁶. Είναι μάλιστα αδιάφορο αν ο γάμος έχει λυθεί ή ακυρωθεί, αφού η οποιαδήποτε αύξηση της περιουσίας του ενός συζύγου θα έχει πάντοτε ως γενεσιουργό αιτία τον ίδιο τον γάμο. Εφόσον η ανωτέρω αγωγή εκδικάζεται πάντοτε από το μονομελές πρωτοδικείο (άρθρ. 17 ΚΠολΔ), όταν αυτή έχει αναγνωριστικό αίτημα –είτε εξαρχής, είτε μετά από τροπή του καταψηφιστικού σε αναγνωριστικό– δεν θα απαιτείται η καταβολή δικαστικού ενσήμου, κατ' άρθρ. 42 παρ.1 ν. 4640/2019.

II. Διεθνής δικαιοδοσία σύμφωνα με τον Κανονισμό (ΕΕ) 1103/2016

1. Η αγωγή συμμετοχής στα αποκτήματα, ως περιουσιακή διαφορά μεταξύ συζύγων, ρυθμίζεται πλέον ως προς τη διεθνή δικαιοδοσία, από το νέο Κανονισμό (ΕΕ) 1103/2016 του Συμβουλίου, «για τη θέσπιση ενισχυμένης συνεργασίας στον τομέα της διεθνούς δικαιοδοσίας, του εφαρμοστέου δικαίου και της αναγνώρισης και εκτέλεσης αποφάσεων σε ζητήματα περιουσιακών σχέσεων των συζύγων». Προ της ισχύος του, η εν λόγω αγωγή δεν ενέπιπτε ούτε στον Κανονισμό 1215/2012, αλλά ούτε στον Κανονισμό 2201/2003⁷. Το άρθρο 1 § 2 σημ. α' Καν. 1215/2012 ρητά εξαιρούσε από το πεδίο εφαρμογής του όσα περιουσιακά δικαιώματα προέκυπταν από την έγγαμη σχέση. Κατά το ΔΕΕ, η έννοια «περιουσιακές σχέσεις» κάλυπτε όλες τις περιουσιακές σχέ-

2015.646/647.

5 Νίκας, Εγχειρίδιο Πολιτικής Δικονομίας 3 (2018), § 14 αριθ. 49· Μακρίδου, Ειδικές Διαδικασίες, σελ. 116/117· Μακρίδου - Απαλαγάκη - Διαμαντόπουλος, Πολιτική Δικονομία 2 (2018), σελ. 39· Γιαννόπουλος, ΕΠολΔ 2015.477· ΕφΑιγ 100/2020, ΝΟΜΟΣ· ΠολΠΠατρ 421/2016, ΝΟΜΟΣ· ΠολΠΡοδ 157/2018, ΝΟΜΟΣ· ΜονΠΛαρ 79/2019, ΙΣΟΚΡΑΤΗΣ.

6 Μακρίδου, Ειδικές Διαδικασίες, σελ. 117.

7 Τσαντίνης, Διεθνής δικαιοδοσία και αναγνώριση αποφάσεων σε γαμικές διαφορές (Καν 2201/2003), 2008, σελ. 60· Ε. Βασιλακάκης, σε Αρβανιτάκη/Βασιλακάκη, Κανονισμός (ΕΚ) 2201/2003 (2016), άρθρ. 1 αριθ.9.

σεις που απέρρεαν άμεσα από την έγγαμη σχέση ή από τη λύση της⁸. Αντίστοιχα, η Σύμβαση του Λουγκάνο επίσης εξαιρούσε, στο άρθρο 1 § 2 σημ. 1, από το πεδίο εφαρμογής της όσα θέματα αφορούσαν στις περιουσιακές σχέσεις των συζύγων.⁹ Είτε η αξίωση συμμετοχής στα αποκτήματα είχε υποβληθεί πριν, είτε μετά τη λύση του γάμου εξέφευγε του πεδίου εφαρμογής του Καν. 1215/2012¹⁰ και η διεθνής δικαιοδοσία προσδιοριζόταν με άξονα τα άρθρα 3 και 22επ του Κώδικα Πολιτικής Δικονομίας.

2. Ο νέος Κανονισμός (ΕΕ) 1103/2016 ο οποίος καταλαμβάνει τις περιουσιακές διαφορές των συζύγων και μεταξύ αυτών την αγωγή συμμετοχής στα αποκτήματα, αλλάζει ριζικά το τοπίο της διεθνούς δικαιοδοσίας. Ταυτοχρόνως, ο Κανονισμός (ΕΕ) 1104/2016, επί περιουσιακών σχέσεων των καταχωρισμένων συντρόφων, συμβάλλει επίσης σ' αυτή την αλλαγή. Ο Κανονισμός 1103/2016, που θα μας απασχολήσει, εφαρμόζεται (άρθρα 69, 70) από την 29 Ιανουαρίου 2019 ως προς τα Κεφάλαια II, IV and V περί διεθνούς δικαιοδοσίας, αναγνώρισης και εκτέλεσης αποφάσεων, εφόσον η σχετική αγωγή ασκήθηκε μετά την παραπάνω ημερομηνία, ανεξάρτητα από την ημερομηνία τέλεσης του γάμου, υπό την επιφύλαξη των § 2 και 3 άρθρ. 69. Το Κεφάλαιο III, ως προς το εφαρμοστέο ουσιαστικό δίκαιο, καλείται σε εφαρμογή για όσους γάμους τελέστηκαν κατά ή μετά την 29 Ιανουαρίου 2019, καθώς και για όσους τελέστηκαν πριν από την παραπάνω ημερομηνία, εφόσον οι σύζυγοι έχουν ορίσει το εφαρμοστέο στις περιουσιακές τους σχέσεις δίκαιο μετά τις 29 Ιανουαρίου 2019 (άρθρ. 69§3). Ο Κανονισμός εφαρμόζεται στα κράτη μέλη που συμμετέχουν στην ενισχυμένη συνεργασία στον τομέα της διεθνούς δικαιοδοσίας, του εφαρμοστέου δικαίου και της αναγνώρισης και εκτέλεσης αποφάσεων επί περιουσιακών σχέσεων διεθνών ζευγαριών, που καλύπτει ζητήματα γαμικών περιουσιακών σχέσεων και περιουσιακών συνεπειών καταχωρισμένων συμβιώσεων, όπως η ενισχυμένη αυτή συνεργασία εγκρίθηκε τον Ιούνιο 2016 με την απόφαση (ΕΕ) 2016/954 (άρθρ. 70). Στα κράτη αυτά¹¹ συγκαταλέγεται και η

8 *Ε. Βασιλακάκης*, σε *Αρβανιτάκη / Βασιλακάκη*, Κανονισμός 1215/2012 - Κατ'άρθρο ερμηνεία (2020), άρθρ. 1 αριθ. 8, με περαιτ. παραπομπές σε σημ. 26.

9 *Νίκας*, Διεθνής δικαιοδοσία και εφαρμοστέο δίκαιο επί αγωγών διαζυγίου και συμμετοχής στα αποκτήματα Ελλήνων υπηκόων, που κατοικούν στην Ελβετία· εκκρεμοδικία και αναγνώριση των εκατέρωθεν δικαστικών αποφάσεων, ΕΠολΔ 2011.587 επ.

10 *Νίκας / Σαχπεκίδου*, Ευρωπαϊκή Πολιτική Δικονομία (2016) άρθρ. 1 αριθ.48· ΠολΠΑθ 1630/2013, ΕΠολΔ 2013.394, παρατ. *Γιαννόπουλου*,· βλ. και *Δελγκωστόπουλο*, Ζητήματα από την εφαρμογή του Κανονισμού 1215/2012 για τη διεθνή δικαιοδοσία και την εκτέλεση αποφάσεων 2(2019), σελ.26/27.

11 Σύμφωνα με το άρθρο 1 της απόφασης, στην ενισχυμένη συνεργασία ανήκουν: «*Το Βασίλειο του Βελγίου, η Δημοκρατία της Βουλγαρίας, η Τσεχική Δημοκρατία, η Ομοσπονδιακή Δημοκρατία της Γερμανίας, η Ελληνική Δημοκρατία, το Βασίλειο της Ισπανίας, η Γαλλική*

Ελλάδα. Οι δύο Κανονισμοί (ΕΕ) 1103 και 1104/2016, δεν εφαρμόζονται σε όσα κράτη μέλη δεν συμμετέχουν στην ενισχυμένη συνεργασία, τα οποία, ως προς την εφαρμογή των ανωτέρω κανονισμών, θεωρούνται τρίτες χώρες. Τα δικαστήρια των τελευταίων θα συνεχίζουν να εφαρμόζουν κατά την εκδίκαση των περιουσιακών διαφορών μεταξύ συζύγων (Καν. 1103), τα εθνικά δικονομικά τους δίκαια για τα ζητήματα διεθνούς δικαιοδοσίας, αναγνώρισης και εκτέλεσης αποφάσεων. Αντιθέτως, ως προς το εφαρμοστέο δίκαιο, προβλέπεται οικουμενική εφαρμογή του (άρθρ. 20). Από λόγους ασφάλειας δικαίου και προς αποφυγή κατάτμησης των περιουσιακών σχέσεων των συζύγων, το δίκαιο που εφαρμόζεται στις περιουσιακές σχέσεις των συζύγων διέπει όλα τα περιουσιακά στοιχεία που καλύπτονται από αυτές τις σχέσεις, ανεξάρτητα από τη φύση τους και από το εάν αυτά βρίσκονται σε άλλο κράτος μέλος που δεν μετέχει στην ενισχυμένη συνεργασία ή σε τρίτο κράτος¹². Όμοια ρύθμιση, περί οικουμενικής εφαρμογής του εφαρμοστέου δικαίου, έχει προβλεφθεί εξάλλου στο άρθρο 4¹³ του Καν. 1259 /2010 (ΡΩΜΗ ΙΙΙ), ο οποίος ρυθμίζει το εφαρμοστέο δίκαιο στις υποθέσεις διαζυγίου και δικαστικού χωρισμού. Επισημαίνεται, ότι σε αντίθεση προς τον Καν. 1103/2016, ο οποίος προβλέπει το εφαρμοστέο δίκαιο για κάθε περιουσιακή διαφορά μεταξύ συζύγων που συνδέεται ακόμη και με ακύρωση γάμου, ο Καν. ΡΩΜΗ ΙΙΙ αποκλείει από το πεδίο εφαρμογής του την περίπτωση ακύρωσης γάμου (άρθρ. 1 § 2 γ'), για την οποία θα κληθούν σε εφαρμογή οι κανόνες ιδιωτικού διεθνούς δικαίου του *forum*¹⁴. Αμφότεροι οι κανονισμοί εφαρμόζονται πάντως στις υποθέσεις διαζυγίου και δικαστικού χωρισμού. Για τις υποθέσεις αυτές –διαζυγίου και δικαστικού χωρισμού κατά τον καν. ΡΩΜΗ ΙΙΙ, περιουσιακών διαφορών που συνδέονται με διαζύγιο, δικαστικό χωρισμό και ακύρωση γάμου, κατά τον Καν. 1103/2016– οι δύο κανονισμοί θεσπίζουν εναρμονισμένους κανόνες σύγκρουσης νόμων βασισμένους σε όμοια κατά βάση κλίμακα διαδοχικών συνδετικών στοιχείων. Ειδικότερα, η πρώτη κοινή συνήθης διαμονή των συζύγων αμέσως μετά τον γάμο συνιστά σημαντικό σύνδεσμο, ακολουθεί

Δημοκρατία, η Δημοκρατία της Κροατίας, η Ιταλική Δημοκρατία, η Κυπριακή Δημοκρατία, το Μεγάλο Δουκάτο του Λουξεμβούργου, η Μάλτα, το Βασίλειο των Κάτω Χωρών, η Δημοκρατία της Αυστρίας, η Πορτογαλική Δημοκρατία, η Δημοκρατία της Σλοβενίας, η Δημοκρατία της Φινλανδίας και το Βασίλειο της Σουηδίας».

12 Υπ' αριθμ. 43 αιτιολογική σκέψη Καν. 1103.

13 Άρθρο 4 Καν. ΡΩΜΗ ΙΙΙ «Το καθοριζόμενο από τον παρόντα κανονισμό δίκαιο εφαρμόζεται ακόμα και αν δεν πρόκειται για δίκαιο συμμετέχοντος κράτους μέλους».

14 Κούρτης, Διεθνής δικαιοδοσία και εφαρμοστέο δίκαιο στο διαζύγιο κατά τους Κανονισμούς 2201/2003 («Βρυξέλλες Ια») και 1259/2010 («Ρώμη ΙΙΙ»), 72 ΕΝΟΒΕ «Το διαζύγιο και οι συνέπειές του στις οικογενειακές έννομες σχέσεις» (2016), σελ. 22.

δε το δίκαιο της κοινής ιθαγένειας των συζύγων κατά τον χρόνο τέλεσης του γάμου¹⁵. Με την απόφαση ΕΕ 2014/39 η χώρα μας άρχισε να συμμετέχει στην ενισχυμένη συνεργασία του Καν. ΡΩΜΗ ΙΙΙ, ο οποίος τέθηκε σε εφαρμογή και την καταλαμβάνει από την 29/7/2015.

Σύμφωνα με το άρθρο 3 Καν. (ΕΕ) 1103/2016 «Για τους σκοπούς του παρόντος κανονισμού, νοούνται ως: α) «περιουσιακές σχέσεις των συζύγων»: σύνολο κανόνων σχετικών με τις περιουσιακές σχέσεις των συζύγων μεταξύ τους και έναντι τρίτων, οι οποίες προκύπτουν ως αποτέλεσμα του γάμου ή της λύσης του...». Στην υπ' αριθμ. 17 αιτιολογική σκέψη του Κανονισμού τονίζεται ότι ο τελευταίος δεν προσδιορίζει την έννοια του «γάμου», η οποία επαφίεται στο εθνικό δίκαιο των κρατών μελών, ακολουθώντας έτσι τα βήματα των προγενέστερων Κανονισμών 2201/2003 (ΒΡΥΞΕΛΛΕΣ ΙΙα) και 1259 /2010 (ΡΩΜΗ ΙΙΙ)¹⁶. Αντιθέτως, ο όρος «περιουσιακές σχέσεις των συζύγων» ερμηνεύεται αυτόνομα και καλύπτει όλα τα νομικά ζητήματα που άπτονται των περιουσιακών σχέσεων των συζύγων, σε σχέση τόσο με την καθημερινή διαχείριση των περιουσιακών αγαθών τους όσο και με την εκκαθάριση του καθεστώτος περιουσιακών σχέσεων, η οποία επέρχεται κυρίως λόγω χωρισμού του ζεύγους ή θανάτου ενός εκ των μελών του (υπ' αριθμ. 18 αιτιολογική σκέψη). Με τη θέσπιση του Καν. 1103/2016 επιτυγχάνεται σημαντική διευκόλυνση των πολλών διεθνών ζευγαριών εντός της Ευρωπαϊκής Ένωσης. Οι μεγάλες νομικές δυσκολίες που αυτά αντιμετώπιζαν σε ζητήματα περιουσιακών σχέσεων λόγω θανάτου του ενός συζύγου, ή χωρισμού τους

15 Άρθρ. 26 καν. 1103/2016 «Εφαρμοστέο δίκαιο ελλείπει επιλογής των μερών»

1. Ελλείπει συμφωνίας επιλογής δικαίου σύμφωνα με το άρθρο 22, το εφαρμοστέο στις περιουσιακές σχέσεις των συζύγων δίκαιο είναι το δίκαιο του κράτους: α) της πρώτης κοινής συνήθους διαμονής των συζύγων μετά την τέλεση του γάμου ή, ελλείψει αυτού· β) της κοινής ιθαγένειας των συζύγων κατά τον χρόνο τέλεσης του γάμου ή, ελλείψει αυτού.

Άρθρ. 8 καν. 1259/2010. «Εφαρμοστέο δίκαιο ελλείπει επιλογής των μερών»

1. Ελλείπει επιλογής σύμφωνα με το άρθρο 5, το διαζύγιο και ο δικαστικός χωρισμός υπόκεινται στο δίκαιο του κράτους: α) της συνήθους διαμονής των συζύγων κατά τον χρόνο υποβολής αγωγής στο δικαστήριο ή ελλείψει αυτής β) της τελευταίας συνήθους διαμονής των συζύγων, υπό την προϋπόθεση ότι η διαμονή αυτή δεν έπαυσε να υφίσταται ένα έτος και πλέον πριν από την υποβολή αγωγής στο δικαστήριο και εφόσον ο ένας εκ των συζύγων εξακολουθεί να διαμένει στο συγκεκριμένο κράτος κατά τον χρόνο υποβολής αγωγής στο δικαστήριο ή, ελλείψει αυτής γ) της ιθαγένειας των δύο συζύγων κατά τον χρόνο υποβολής αγωγής στο δικαστήριο ή, ελλείψει αυτής δ) του επιληφθέντος δικαστηρίου.

Αντίστοιχη ομοιότητα παρατηρείται επί επιλογής από τα μέρη του εφαρμοστέου δικαίου στα άρθρα 5 καν. 1259/2010 και 22 καν. 1103/2016

16 Ως προς τον Κανονισμό Βρυξέλλες ΙΙα, βλ. Ε. Βασιλακάκη, σε Αρβανιτάκη / Βασιλακάκη, Κανονισμός (ΕΚ) 2201/2003, άρθρ. 1 αριθ.11. Αντίστοιχα στο πλαίσιο του καν. ΡΩΜΗ ΙΙΙ, η έννοια του γάμου δεν τυγχάνει αυτόνομης ερμηνείας, Κούρτης, 72 ΕΝΟΒΕ «Το διαζύγιο και οι συνέπειές του στις οικογενειακές έννομες σχέσεις», σελ. 33.

εξ αιτίας των ποικίλων και διαφορετικών εθνικών ρυθμίσεων, επιχειρείται να επιλυθούν από τον ανωτέρω Κανονισμό. Σκοπός του νομοθέτη είναι, μεταξύ άλλων, να διασφαλίσει κατά το δυνατόν μία συμπόρευση μεταξύ του δικαστηρίου που επιλαμβάνεται και του εφαρμοστέου δικαίου, ώστε το πρώτο να εφαρμόζει κατά κανόνα το δικό του δίκαιο. Εκδήλωση αυτού του σκοπού αποτελεί το άρθρο 7 Καν. 1103, ως προς τη ρητή παρέκταση αρμοδιότητας, το οποίο απονέμει αποκλειστική διεθνή δικαιοδοσία, μεταξύ άλλων, στα δικαστήρια του κράτους μέλους το δίκαιο του οποίου είναι εφαρμοστέο δυνάμει του άρθρου 22 (επιλογή του εφαρμοστέου δικαίου) ή του άρθρου 26 (εφαρμοστέο δίκαιο ελλείψει επιλογής των μερών) § 1 στοιχείο α) ή β), εφόσον υπάρξει σχετική έγγραφη συμφωνία των μερών· αλλά και το άρθρο 8 Καν. 1103, ως προς τη σιωπηρή παρέκταση, το οποίο επίσης απονέμει διεθνή δικαιοδοσία στο δικαστήριο κράτους μέλους του οποίου το δίκαιο εφαρμόζεται, εφόσον ο εναγόμενος παρίσταται και δεν αμφισβητεί τη διεθνή δικαιοδοσία. Η απονομή διεθνούς δικαιοδοσίας με παρέκταση του άρθρου 7 Καν. δεν παραγκωνίζει τη διεθνή δικαιοδοσία του άρθρου 5 Καν. 1103, αλλά μόνον εκείνη που καθορίζεται με βάση το άρθρο 6, το οποίο καθορίζει ως συνδετικά στοιχεία της διεθνούς δικαιοδοσίας τη συνήθη διαμονή ή την κοινή ιθαγένεια των συζύγων. Αντιθέτως, η σιωπηρή παρέκταση του άρθρου 8 Καν. είναι ικανή να παραγκωνίσει τόσο τη διεθνή δικαιοδοσία του άρθρου 5 § 2, όσο και εκείνη του άρθρ. 6 Καν.

3. Ρητά προκύπτει από το άρθρο 5 Καν. 1103/2016 ότι ρυθμίζονται τα ζητήματα διεθνούς δικαιοδοσίας επί διαφορών περιουσιακού δικαίου σε περίπτωση διαζυγίου, δικαστικού χωρισμού ή ακύρωσης του γάμου. Για τις περιπτώσεις αυτές, η διάταξη του άρθρου 5 § 1 Καν. προχωρεί σε υποχρεωτική συγκέντρωση των περιουσιακών διαφορών που απορρέουν από εκκρεμή αίτηση διαζυγίου, δικαστικού χωρισμού ή ακύρωσης του γάμου ενώπιον των δικαστηρίων¹⁷ κράτους μέλους, όταν δικαστήριο του τελευταίου

17 Στην έννοια του δικαστηρίου που επιλαμβάνεται των περιουσιακών διαφορών των συζύγων εντάσσεται και ο συμβολαιογράφος, όταν το εθνικό δίκαιο του έχει απονείμει δικαστικά καθήκοντα. Σύμφωνα με την υπ' αριθμ. 29 αιτιολογική σκέψη Καν. 1103 «Ο παρών κανονισμός θα πρέπει να σέβεται τα διάφορα καθεστώτα περιουσιακών σχέσεων των συζύγων τα οποία ισχύουν στα κράτη μέλη. Για τους σκοπούς του παρόντος κανονισμού, στον όρο «δικαστήριο» θα πρέπει συνεπώς να δοθεί ευρεία έννοια έτσι ώστε να καλύπτει όχι μόνο τα δικαστήρια κατά κυριολεξία, που ασκούν δικαστικά καθήκοντα, αλλά και, για παράδειγμα, τους συμβολαιογράφους που ασκούν σε ορισμένα κράτη μέλη δικαστικά καθήκοντα σε υποθέσεις περιουσιακών σχέσεων των συζύγων κατά τον ίδιο τρόπο με τα δικαστήρια, καθώς και τους συμβολαιογράφους και επαγγελματίες του νομικού κλάδου, οι οποίοι σε ορισμένα κράτη μέλη ασκούν δικαστικά καθήκοντα για τις περιουσιακές σχέσεις συζύγων κατ' εξουσιοδότηση δικαστηρίου. Όλα τα δικαστήρια, όπως ορίζονται στον παρόντα κανονισμό, θα πρέπει να δεσμεύονται από τους κανόνες περί διεθνούς δικαιοδοσίας που προβλέπονται στον παρόντα κανονισμό. Αντίθετα, ο όρος «δικαστήριο» δεν θα πρέπει να καλύπτει μη δικαστικές αρχές

επιλαμβάνεται των παραπάνω αιτήσεων. Επιλέγει έτσι να συντονίσει τις δικαιοδοτικές βάσεις του νέου κανονισμού μ' εκείνες του Καν. 2201/2003 («Βρυξέλλες II»), επί διαζυγίου, δικαστικού χωρισμού και ακύρωσης γάμου (άρθρ. 5), καθώς μ' εκείνες του Καν. 650/2012 (άρθρ. 4, επί κληρονομικής διαδοχής συζύγου), προσφέροντας στα μέρη – συζύγους σημαντική διευκόλυνση.¹⁸

Το άρθρο 5 τόσο στην § 1, όσο και στην § 2, η οποία προβλέπει άλλες δικαιοδοτικές βάσεις με συμφωνία όμως των συζύγων, προϋποθέτει οι περιουσιακές σχέσεις να προκύπτουν «σε σχέση με διαδικασίες ενώπιον του δικαστηρίου κράτους μέλους που έχει επιληφθεί του διαζυγίου, του δικαστικού χωρισμού ή της ακύρωσης του γάμου δυνάμει του κανονισμού (ΕΚ) αριθ. 2201/2003)»¹⁹. Εξάλλου το ίδιο το άρθρο 5 υιοθετεί μία εξαιρετικά προσεκτική διατύπωση, «όταν δικαστήριο ενός κράτους μέλους επιλαμβάνεται αίτησης διαζυγίου, δικαστικού χωρισμού ή ακύρωσης του γάμου...». Υπό την παραπάνω διατύπωση, νοούνται όχι μόνον οι εκκρεμείς αγωγές διαζυγίου ή ακύρωσης γάμου, αλλά και όσες έχουν περατωθεί με αμετάκλητη απόφαση. Αρκεί να επιλαμβάνεται αυτών δικαστήριο ενός κράτους μέλους. Δεν υπάρχει λοιπόν αμφιβολία ότι στο άρθρο 5 εντάσσεται η αγωγή του άρθρου 1400 ΑΚ, όταν η σχετική αξίωση θεμελιώνεται σε λύση ή ακύρωση του γάμου, οπότε η διεθνής δικαιοδοσία για τη λύση και την ακύρωση εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Καν. 2201/2003. Όταν αντιθέτως η αγωγή του άρθρου 1400 ΑΚ θεμελιώνεται σε τριετή διάσταση των συζύγων, δεν υπάρχει δικαστήριο που να επιλαμβάνεται της αιτήσεως δικαστικής προστασίας ως προς την προσωπική σχέση της τριετούς διάστασης, ικανή να αποτελέσει δικαιοδοτικό σημείο αναφοράς της διαφοράς περιουσιακού δικαίου που ακολουθεί, ώστε να υπάρξει η επιδιωκόμενη, από τον Καν. 1103/2016, δικαιοδοτική συγκέντρωση. Ούτε το άρθρο 5 § 1 Καν. 1103/2016 μπορεί εδώ να τύχει εφαρμογής, διότι

κράτους μέλους που έχουν εξουσιοδοτηθεί δυνάμει του εθνικού δικαίου να επιλαμβάνονται υποθέσεων περιουσιακών σχέσεων των συζύγων, όπως είναι οι συμβολαιογράφοι στα περισσότερα κράτη μέλη, εφόσον, όπως συμβαίνει συνήθως, δεν ασκούν δικαστικά καθήκοντα».

Σύμφωνα με την υπ' αριθμ. 30 αιτιολογική σκέψη Καν. 1103 «Ο παρών κανονισμός θα πρέπει να επιτρέπει σε όλους τους συμβολαιογράφους, που έχουν αρμοδιότητα σε υποθέσεις περιουσιακών σχέσεων των συζύγων στα κράτη μέλη, να μπορούν να ασκούν αυτήν την αρμοδιότητα. Το κατά πόσον οι συμβολαιογράφοι συγκεκριμένου κράτους μέλους δεσμεύονται από τους κανόνες περί διεθνούς δικαιοδοσίας που θεσπίζονται στον παρόντα κανονισμό, θα πρέπει να εξαρτάται από το εάν καλύπτονται ή όχι από τον όρο «δικαστήριο» για τους σκοπούς του παρόντος κανονισμού».

18 A, *Bonomi*, The interaction among the future EU instruments on matrimonial property, registered partnerships and successions, Yearbook of Private International Law 2011, σελ. 218/219

19 Υπ' αριθμ. 34 αιτιολογική σκέψη Καν. 1103.

στην προαναφερθείσα περίπτωση δεν προϋποτίθεται διαζύγιο ή ακύρωση του γάμου. Η αναγκαία, κατά τον Κανονισμό, σύνδεση των δύο αιτήσεων παροχής δικαστικής προστασίας - προσωπικής και περιουσιακής - λείπει, διότι η τριετής διάσταση άγεται εν προκειμένω ενώπιον των δικαστηρίων μόνον ως προδικαστικό ζήτημα της αγωγής με κύριο αντικείμενο τη συμμετοχή στα αποκτήματα. Συνάγεται λοιπόν ότι η αγωγή του άρθρου 1400 ΑΚ, ειδικά όταν θεμελιώνεται σε τριετή διάσταση των συζύγων, χωρίς οποιοδήποτε δικαστήριο να επιλαμβάνεται αγωγής διαζυγίου ή ακύρωσης του γάμου, δεν πρέπει να εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του άρθρου 5 καν. 1103/2016, αλλά ρυθμίζεται από το άρθρο 6 Καν. 1103, με συνδυαστικά στοιχεία τη συνήθη διαμονή ή την κοινή ιθαγένεια των συζύγων. Λόγω, μάλιστα, της εφαρμογής εν προκειμένω του άρθρου 6, χωρεί ρητή (άρθρ 7) ή και σιωπηρή (άρθρ. 8) παρέκταση, σύμφωνα με τα άρθρα 7 και 8 Καν. 1103²⁰. Η συμφωνία της παρέκτασης δεν είναι απεριορίστη, αλλά ο Κανονισμός οριοθετεί τις επιλογές των μερών είτε στα δικαστήρια του κράτους μέλους το δίκαιο του οποίου είναι εφαρμοστέο, είτε στα δικαστήρια του κράτους μέλους στο οποίο τελέσθηκε ο γάμος (άρθρ. 7).

4. Αντίστοιχο ερμηνευτικό πρόβλημα δημιουργείται στην περίπτωση συναινετικού διαζυγίου μετά το ν. 4509/2017, από το οποίο μπορεί να απορρέει η αγωγή του άρθρου 1400 ΑΚ. Εφόσον το συναινετικό διαζύγιο, σύμφωνα με το νέο άρθρο 1441 ΑΚ, δεν απαγγέλλεται πλέον με δικαστική απόφαση, αλλά συντάσσεται συμβολαιογραφική πράξη λύσης του γάμου, ερωτάται, αν η σχετική με το συναινετικό διαζύγιο αγωγή συμμετοχής στα αποκτήματα του άρθρου 1400 ΑΚ, υπάγεται επίσης, ως προς τη διεθνή δικαιοδοσία της, στο άρθρο 5 ή 6 Καν. 1103. Σημειώνεται καταρχήν ότι ο συμβολαιογράφος δεν θα ενέπιπτε εδώ στην έννοια του δικαστηρίου, σύμφωνα με τον Καν. 1103, ο οποίος τον εντάσσει στην έννοια του δικαστηρίου, μόνον όταν του ανατίθενται δικαστικά καθήκοντα σε υποθέσεις περιουσιακών σχέσεων των συζύγων²¹ και όχι όταν του ανατίθεται η λύση του γάμου με διαζύγιο από το οποίο απορρέουν οι εν λόγω περιουσιακές σχέσεις. Ωστόσο, η ευρεία διατύπωση του άρθρου 2 αριθ. 1 Καν. 2201/2003 που αφορά στη διεθνή δικαιοδοσία επί γαμικών διαφορών υπάγει στην έννοια του δικαστηρίου «όλες τις αρχές των κρατών μελών που έχουν διεθνή δικαιοδοσία για τα ζητήματα που υπάγονται στο πεδίο εφαρμογής του κανονισμού». Γίνεται λ.χ. δεκτό ότι στην έννοια του δικαστηρίου εμπίπτουν ακόμη και οι διοικητικές αρχές, οι οποίες έχουν αρμοδιότητα κατά το δίκαιο της *lex fori*, όταν καλούνται

20 Βλ. ανωτ. στο κείμενο υπό II.2.

21 Βλ. ανωτ. στο κείμενο υπό II.3 και σημ. 17.

να επικυρώσουν μία συμφωνία²². Ο συμβολαιογράφος ορίζεται, στο άρθρο 1§ 1 Κώδικα Συμβολαιογράφων ως άμισθος δημόσιος λειτουργός. Η ιστορική του διαδρομή αλλά και η σύγχρονη αντίληψη του λειτουργήματος του επιβεβαιώνουν τη θέση ότι, όταν ο νόμος του αναθέτει υποθέσεις εκούσιας δικαιοδοσίας κατά παράκαμψη των δικαστηρίων, ο συμβολαιογράφος λειτουργεί ως όργανο εξώδικης εκούσιας δικαιοδοσίας.²³ Μολονότι η κατ' άρθρ. 1441 ΑΚ συμφωνία λύσης του γάμου έχει αμιγώς δικαιοπρακτικό χαρακτήρα²⁴, η επικύρωσή της από το συμβολαιογράφο, άμισθο δημόσιο λειτουργό, αρκεί για να τον εξομοιώσει με δικαστήριο, έννοια που ερμηνεύεται από το ΔΕΕ με μεγάλη ευρύτητα. Ορθότερα, λοιπόν, η έκδοση συναινετικού διαζυγίου από συμβολαιογράφο, υπό το άρθρο 1441 ΑΚ, ο οποίος επιλαμβάνεται της υπόθεσης, θα πρέπει να τον εντάσσει στην έννοια του δικαστηρίου του άρθρου 2 αριθ. 1 καν. 2201/2003. Η εξομοίωσή του με δικαστική αρχή ενισχύεται ακόμη από την ανάγκη εφαρμογής του Καν. 2201/2003 σε ευρεία κλίμακα²⁵. Συνακόλουθα, φαίνεται ορθότερο η διεθνής δικαιοδοσία της αγωγής συμμετοχής στα αποκτήματα, που συνδέεται με τη συμβολαιογραφική πράξη λύσης του γάμου να θεμελιώνεται στο άρθρο 5 § 1 Καν. 1103 και να απονέμεται στο δικαστήριο κράτους μέλους στο οποίο εδρεύει ο συμβολαιογράφος ο οποίος συνέταξε τη συμβολαιογραφική πράξη του συναινετικού διαζυγίου.

5. Το επόμενο άρθρο 6 προβλέπει μια κλίμακα διαδοχικών συνδετικών στοιχείων βάσει των οποίων προσδιορίζεται η διεθνής δικαιοδοσία όταν δεν εφαρμόζεται το άρθρο 5, αναγορεύοντας σε συνδετικά στοιχεία τη συνήθη διαμονή των συζύγων και την κοινή ιθαγένεια των συζύγων. Η διάταξη προϋποθέτει τη μη σύνδεση των περιουσιακών σχέσεων των συζύγων με διαδικασίες ενώπιον του δικαστηρίου ενός κράτους μέλους σχετικά με την κληρονομική διαδοχή ενός συζύγου ή με το διαζύγιο, τον δικαστικό χωρισμό ή την ακύρωση του γάμου.²⁶ Σύμφωνα με το άρθρο 6, «όταν κανένα δικαστήριο κράτους μέλους δεν έχει διεθνή δικαιοδοσία δυνάμει των άρθρων 4 ή 5 ή σε άλλες περιπτώσεις πλην αυτών που ορίζονται στα εν λόγω άρθρα, διεθνή δικαιοδοσία να αποφαινούνται επί των περιουσιακών σχέσεων των συζύγων ασκούν τα δικαστήρια του κράτους μέλους: α) στην επικράτεια του οποίου έχουν τη συνήθη διαμονή τους οι

22 Ε. Βασιλακάκης, σε Αρβανιτάκη / Βασιλακάκη, Κανονισμός (ΕΚ) 2201/2003, άρθρ. 1 αριθ.3.

23 Αναλυτικά για την ιστορική πορεία της θέσης του συμβολαιογράφου επί υποθέσεων εκούσιας δικαιοδοσίας, Διαμαντόπουλος, Ο συμβολαιογράφος ως το κατεχόμενη εξωδικαστικό όργανο της εκούσιας δικαιοδοσίας. Ειδικώς, η ενώπιον συμβολαιογράφου λήψη ένορκων βεβαιώσεων πολιτικής δίκης, Ερανισμοί και Ανταποδόσεις Θέμιδος ΙΙΙ(2019), σελ.296 επ.

24 Κουνουγέρι - Μανωλεδάκη, Οικογενειακό Δίκαιο Ι, σελ. 396.

25 Ταμαμίδης, παρατ. υπό ΔΕΚ 2.4.2009, C-523/2007, ΕΠΟΔ 2009.799.

26 Υπ' αριθμ. 35 αιτιολογική σκέψη Καν. 1103.

σύζυγοι κατά τον χρόνο υποβολής αγωγής στο δικαστήριο ή, ελλείψει αυτής· β) στην επικράτεια του οποίου είχαν την τελευταία συνήθη διαμονή τους οι σύζυγοι, εφόσον ένας εξ αυτών εξακολουθεί να διαμένει εκεί κατά τον χρόνο υποβολής αγωγής στο δικαστήριο ή, ελλείψει αυτής· γ) στην επικράτεια του οποίου έχει τη συνήθη διαμονή του ο εναγόμενος κατά τον χρόνο υποβολής αγωγής στο δικαστήριο ή, ελλείψει αυτής· δ) της κοινής ιθαγένειας των συζύγων κατά τον χρόνο υποβολής αγωγής στο δικαστήριο». Σύμφωνα εξάλλου με τη υπ' αριθμ. 35 αιτιολογική σκέψη, «στην περίπτωση που θέματα περιουσιακών σχέσεων των συζύγων δεν συνδέονται με διαδικασίες ενώπιον του δικαστηρίου ενός κράτους μέλους σχετικά με την κληρονομική διαδοχή ενός συζύγου ή με το διαζύγιο, τον δικαστικό χωρισμό ή την ακύρωση του γάμου, ο παρών κανονισμός θα πρέπει να προβλέπει μια κλίμακα διαδοχικών συνδετικών στοιχείων βάσει των οποίων προσδιορίζεται η διεθνής δικαιοδοσία, αρχίζοντας από τη συνήθη διαμονή των συζύγων, κατά τον χρόνο που επιλαμβάνεται το δικαστήριο». Συνάγεται λοιπόν ότι επί αγωγής του άρθρου 1400 ΑΚ λόγω τριετούς διάστασης, η διεθνής δικαιοδοσία απονέμεται σε οποιοδήποτε από τα προβλεπόμενα στο άρθρο 6 –και όχι στο άρθρο 5– δικαστήρια.

Στη συνέχεια, στο άρθρο 10 Καν. 1103 καθιερώνεται επικουρική διεθνής δικαιοδοσία με συνδετικό στοιχείο την ακίνητη περιουσία ενός ή αμφοτέρων των συζύγων. Σύμφωνα με το άρθρο 10 «Στην περίπτωση που κανένα δικαστήριο κράτους μέλους δεν έχει διεθνή δικαιοδοσία δυνάμει των άρθρων 4, 5, 6, 7 ή 8 ή στην περίπτωση που όλα τα δικαστήρια σύμφωνα με το άρθρο 9 έχουν κηρύξει εαυτά αναρμόδια και κανένα δικαστήριο δεν έχει διεθνή δικαιοδοσία δυνάμει του άρθρου 9 παράγραφος 2, τα δικαστήρια κράτους μέλους έχουν διεθνή δικαιοδοσία εφόσον ένας εκ των συζύγων ή αμφότεροι οι σύζυγοι έχουν ακίνητη περιουσία στην επικράτεια αυτού του κράτους μέλους. Ωστόσο, σε αυτή την περίπτωση, το επιληφθέν δικαστήριο έχει διεθνή δικαιοδοσία να αποφαινεται μόνο σχετικά με την εν λόγω ακίνητη περιουσία». Η ρύθμιση ρητά προβλέπει ότι η διεθνής δικαιοδοσία απονέμεται περιορισμένα και μόνον για την ακίνητη περιουσία της περιουσιακής διαφοράς. Έτσι, επί αγωγής του άρθρου 1400ΑΚ, η εν λόγω επικουρική δικαιοδοτική βάση, θα αφορά μόνον στο τμήμα της περιουσίας που αφορά σε ακίνητα, οδηγώντας κατ' ανάγκην σε κατάτμηση της διαφοράς. Ανάλογη κατάτμηση της διαφοράς επέρχεται εξάλλου στο πλαίσιο του κανονισμού (ΕΕ) 650/2012 «σχετικά με τη διεθνή δικαιοδοσία, το εφαρμοστέο δίκαιο, την αναγνώριση και εκτέλεση αποφάσεων, την αποδοχή και εκτέλεση δημόσιων εγγράφων στον τομέα της κληρονομικής διαδοχής και την καθιέρωση ευρωπαϊκού κληρονομητηρίου» και ειδικότερα στο άρθρο 10 περί επικουρικής διεθνούς δικαιοδοσίας, του οποίου η § 2 απονέμει διεθνή δικαιοδοσία στα δικαστήρια του κράτους μέλους στο οποίο βρίσκονται τα περιουσιακά στοιχεία της κληρονομιάς, μόνον σχετικά με αυτά τα περιουσιακά στοιχεία.

Ως προς την λοιπή κινητή περιουσία, τελευταία διέξοδο προσφέρει

η επόμενη διάταξη του άρθρου 11 Καν. 1103, η οποία εισάγει το *forum necessitates*, ώστε να αποτραπεί ο κίνδυνος αρνησιδικίας. Ως έσχατη λύση, λοιπόν και εφόσον καμία από τις προηγούμενες διατάξεις του Καν. 1103 δεν θεμελιώνει διεθνή δικαιοδοσία, «...τα δικαστήρια κράτους μέλους μπορούν, σε εξαιρετικές περιπτώσεις, να αποφαινούνται επί των περιουσιακών σχέσεων των συζύγων, σε περίπτωση που αποδεικνύεται αδύνατη ή μη εύλογη η κίνηση ή η διεξαγωγή διαδικασίας σε τρίτη χώρα με την οποία συνδέεται στενά η συγκεκριμένη υπόθεση. Η υπόθεση πρέπει να παρουσιάζει επαρκή δεσμό με το κράτος μέλος του επιληφθέντος δικαστηρίου». Υπό τις προϋποθέσεις της διάταξης, εμπίπτει σ' αυτήν και η αγωγή συμμετοχής στα αποκτήματα.

Από όσα αναπτύχθηκαν συνάγεται εντέλει ότι ο Καν. 1103/2016 καθιερώνει πολλά και διαφορετικά συνδυαστικά στοιχεία για την εύρεση της διεθνούς δικαιοδοσίας επί περιουσιακών διαφορών μεταξύ συζύγων. Αυτή η πολυμορφία θα μπορούσε εύκολα να οδηγήσει σε απονομή διεθνούς δικαιοδοσίας σε περισσότερα του ενός δικαστήρια και συνακόλουθα σε συχνή εφαρμογή του άρθρου 17 του Κανονισμού περί εκκρεμοδικίας. Η διαπίστωση αυτή ενισχύεται από το ειδικότερο παράδειγμα της αγωγής συμμετοχής στα αποκτήματα. Όπως αναλύθηκε, αν η σχετική αγωγή θεμελιώνεται σε λύση ή ακύρωση του γάμου, τότε εφαρμόζεται, ως κύρια δικαιοδοτική βάση, εκείνη του άρθρου 5, η οποία δεν παραγκωνίζεται με ρητή παρέκταση (άρθρ. 7 Καν.). Αντιθέτως, όταν η ίδια αγωγή θεμελιώνεται σε τριετή διάσταση των συζύγων, για την εύρεση της διεθνούς δικαιοδοσίας καλείται σε εφαρμογή το άρθρο 6 του Κανονισμού, οπότε χωρεί τόσο ρητή, όσο και σιωπηρή παρέκταση. Σε όλες τις περιπτώσεις κατά τις οποίες ασκείται αγωγή συμμετοχής στα αποκτήματα, καλούνται ακόμη σε εφαρμογή όσοι σύνδεσμοι θεμελιώνουν επικουρική διεθνή δικαιοδοσία.

Μεταξύ ουσιαστικής και δικονομικής νομιμότητας* – Σκέψεις για την άδικη αναγκαστική εκτέλεση –

Ιωάννης Π. Μαντζουράνης

Επ. Καθηγητής Νομικής Σχολής Δ.Π.Θ.

Ι. Εισαγωγή

Κατά το άρθρο 940 § 3 ΚΠολΔ σε περίπτωση ακύρωσης της αναγκαστικής εκτέλεσης με αμετάκλητη δικαστική απόφαση, ο επισπεύδων ευθύνεται σε αποζημίωση υπό τους όρους των άρθρων 914 και 919 ΑΚ. Το κύριο ερμηνευτικό ζήτημα που γεννήθηκε σε σχέση με τη διάταξη αυτή είναι αν μπορεί να θεμελιωθεί αποζημιωτική ευθύνη του δανειστή, όταν δεν έχει χωρήσει αμετάκλητη ακύρωση της αναγκαστικής εκτέλεσης. Η αρεοπαγίτική νομολογία τάσσεται πλέον σταθερά υπέρ της καταφατικής εκδοχής¹, η οποία κρατούσε ήδη υπό το καθεστώς της δικονομίας του *Maurer*². Γίνεται ειδικότερα δεκτό ότι, καίτοι για τη στοιχειοθέτηση της «ειδικής αδικοπραξίας» του άρθρου 940 § 3 ΚΠολΔ προϋποτίθεται η αμετάκλητη ακύρωση της αναγκαστικής εκτέλεσης, ο οφειλέτης, σε βάρος του οποίου επισπεύσθηκε εκτέλεση για κάποια ανύπαρκτη οφειλή, μπορεί να εγείρει κατά του επισπεύσαντος την εκτέλεση «αυτοτελή» αγωγή αποζημίωσης σύμφωνα με το άρθρο 914 ΑΚ, ακόμη και αν παρέλειψε να ασκήσει την ανακοπή του άρθρου 933 ΚΠολΔ ή η τυχόν ασκηθείσα ανακοπή απορρίφθηκε για τυπικούς λόγους. Την υιοθέτηση της ερμηνευτικής αυτής λύσης υπαγόρευσε προεχόντως η σκέψη ότι το αυστηρό ρυθμιστικό πλαίσιο που διέπει την ανακοπή του άρθρου 933 ΚΠολΔ –προπάντων η απαίτηση του άρθρου 933 § 5 για παραχρήμα απόδειξη των αποσβεστικών ενστάσεων του ανακόπτοντος– θα ερχόταν σε σύγκρουση με τα άρθρα 20 § 1 Συντ. και 6 § 1 ΕΣΔΑ, αν ο οφειλέτης στερείτο της δυνατότητας επανόδου με «αυτοτελή» αγωγή αποζημιώσεως.

* Νομοθεσία, νομολογία και βιβλιογραφία έχουν ληφθεί υπόψη μέχρι τα τέλη Οκτωβρίου 2021.

1 Βλ. βασικώς ΟΛΑΠ 49/2005, ΕΛΛΔνη 2006, 80 επ. = ΝοΒ 2006, 378 επ. = ΧρΙΔ 2006, 240 επ.· ΟΛΑΠ 9/2010, ΕΠολΔ 2010, 816 = ΧρΙΔ 2011, 110 = ΕφΑΔΠολΔ 2011, 97 επ. (παρ. Κατηφόρη) = ΕπισκΕΔ 2010, 1021 (σημ. Μπεχλιβάνη)· αντίθ. όμως ΑΠ 1410/2002, ΕΛΛΔνη 2003, 1148 επ.

2 Βλ. ενδεικτικώς ΑΠ 380/1952, ΕΕΝ 1952, 790· ΠρΑθ 6719/1955, ΕΕΝ 1955, 822.

Η αρεοπαγίτικη λύση έτυχε ευμενούς υποδοχής από σημαντική μερίδα της θεωρίας³, αρκετοί ωστόσο συγγραφείς διατύπωσαν επιφυλάξεις σε σχέση με τη δογματική της ορθότητα⁴. Η κυριότερη ίσως αντίρρηση που έχει προβληθεί κατ' αυτής αναφέρεται στη δυνατότητα στοιχειοθέτησης του παρανόμου ως προϋπόθεσης της αδικοπρακτικής ευθύνης του επισπεύδοντος κατά το άρθρο 914 ΑΚ. Η προκείμενη μελέτη, που αφιερώνεται με σεβασμό στον ομότιμο καθηγητή *Δημήτριο Μανιώτη*, επιχειρεί να εξετάσει αν τούτη η θεμελιακή αντίρρηση μπορεί να θεωρείται βάσιμη. Οι σκέψεις που διατυπώνονται στη συνέχεια δεν εγείρουν ασφαλώς αξιώσεις πληρότητας: Το πρόβλημα της άδικης αναγκαστικής εκτέλεσης –ως μερικότερη εκδήλωση του προβλήματος της άδικης διαδικαστικής πράξης– συνδέεται στενά με τη γενική θεωρία και τη φιλοσοφία του δικαίου⁵, συγχρόνως δε αποτελεί ένα από τα πεδία, στα οποία οι αξιολογήσεις του δικονομικού τέμνονται με αυτές του ουσιαστικού δικαίου⁶. Μία συνολική αντιμετώπιση του προβλήματος θα υπερέβαινε συνεπώς κατά πολύ την κατ' ανάγκη περιορισμένη έκταση τούτης της συμβολής. Παρόλα αυτά ο γράφων διατηρεί την ελπίδα ότι οι γραμμές που ακολουθούν δεν θα αφήσουν αδιάφορο τον *τιμώμενο καθηγητή*, δεδομένου ότι η προβληματική της άδικης αναγκαστικής εκτέλεσης αποτέλεσε αντικείμενο πρόσφατης μελέτης του⁷.

3 *Γέσιου-Φαλτσή*, ΔικΑναγκΕκτ Ι', 2017, § 44 αριθ. 40 επ.· *Διαμαντόπουλος*, Δικαίωμα αποζημίωσης του καθ' ου η άκυρη εκτέλεση, ΕλλΔνη 2011, 10 επ. = Ερανισμοί και ανταποδόσεις θέμιδος ΙΙ, 2014, σ. 387 επ.· *Καραμέρος*, Συμφωνία εξυγιάνσεως υπερχρεωμένης επιχειρήσεως (γνωμ.), ΕΠολΔ 2020, 390, 392· προς την ίδια κατεύθυνση ήδη πριν από την ΟΛΑΠ 49/2005: *Μπέης*, ΠολΔ 22/ΙΙ, 2004, σ. 1498· πρβλ. επίσης *Καλαβρό*, Αποζημίωση για άδικη εκτέλεση, ΕΠολΔ 2010, 777 επ. = Διάλογοι με τη νομολογία, 2018, σ. 455 επ.· *Μάζη*, in: *Κεραμεύς/Κονδύλης/Νίκας*, ΚΠολΔ², 2021, άρθρ. 940 αριθ. 8· *Μιχαηλίδου*, Οριοθέτηση της ευθύνης προς αποζημίωση από άδικη εκτέλεση, ΧρΙΔ 2010, 243 επ., κατά τους οποίους η αμετάκλητη ακύρωση της αναγκαστικής εκτέλεσης δεν είναι απαραίτητη για τη θεμελίωση αδικοπρακτικής ευθύνης του επισπεύδοντος, εφόσον στη δίκη της ανακοπής έτυχε εφαρμογής ο κανόνας της παραχρήμα απόδειξης (ΚΠολΔ 933 § 5).

4 *Απαλαγάκη*, Άκυρη ή άδικη εκτέλεση και αξίωση αποζημίωσης, in: *Νομική Σχολή ΑΠΘ/Δ.Σ. Θεσσαλονίκης*, Η πολιτική δίκη σε κρίσιμη καμπή, 2016, σ. 139 επ.· *Νίκας*, ΔικΑναγκΕκτ Ι', 2017, § 33 αριθ. 1 επ., 3 επ., 24 επ.· *Παπαδοπούλου*, Η συγκέντρωση των λόγων ανακοπής στην αναγκαστική εκτέλεση, 2016, σ. 199 επ.· *Π. Παπανικολάου*, Σύνταγμα και αυτοτέλεια του Αστικού Δικαίου, 2006, αριθ. 139 επ.· προς την ίδια κατεύθυνση ήδη πριν από την ΟΛΑΠ 49/2005: *Απ. Γεωργιάδης*, Έννοια του παρανόμου ως στοιχείου του άρθ. 914 ΑΚ (γνωμ.), ΕλλΔνη 1987, 972 επ.· *Κεραμεύς*, Εκτέλεση διαταγής πληρωμής και αξίωση αποζημίωσης (γνωμ.), Αρμ 2002, 336 επ.

5 *Μιχελάκης*, Περί της άδικου διαδικαστικής πράξεως, 1944, ιδίως σ. 2, 4, 37, 82.

6 *Henckel*, Prozeßrecht und materielles Recht, 1970, σ. 233.

7 *Μανιώτης*, Περί της αστικής ευθύνης μετά την αμετάκλητη ακύρωση της αναγκαστικής εκτελέσεως, ΧρΙΔ 2013, 721 επ. = ΤιμΤ Κουνουγέρη-Μανωλεδάκη, 2016, σ. 747 επ.

II. Η αμφισβήτηση της συνδρομής της προϋπόθεσης του παρανόμου

1. Οι απαρχές της αμφισβήτησης

Η επίσπευση αναγκαστικής εκτέλεσης από το δανειστή με τη δόση σχετικής εντολής στα αρμόδια όργανα (πρβλ. ΚΠολΔ 927) θέτει σε κίνηση μία διαδικασία, η οποία από τη φύση της συνεπάγεται βίαιες και ιδιαιτέρως σοβαρές επεμβάσεις σε απόλυτα δικαιώματα και έννομα αγαθά του καθ' ου⁸. Ακόμη μάλιστα και όταν ο δανειστής επιλέγει να χρησιμοποιήσει το –ίσως λιγότερο επώδυνο⁹– μέσο της κατάσχεσης απαιτήσεων εις χείρας τρίτου, επιχειρεί κατ' ουσίαν να αποσπάσει το κατασχόμενο ενοχικό (σχετικό) δικαίωμα από την περιουσία του καθ' ου και άρα επεμβαίνει στο στοιχείο της δικαιοκτησίας¹⁰, η οποία κατά την ορθότερη και κρατούσα στην ελληνική θεωρία γνώμη αποτελεί επίσης έννομη θέση με απόλυτο χαρακτήρα¹¹. Από την άποψη αυτή δεν πρέπει να προκαλεί εντύπωση ότι κατά τις πρώτες δεκαετίες του 20^{ου} αιώνα σπουδαίοι νομικοί, όπως ο *Konrad Hellwig* και ο *Friedrich Stein*, που με το έργο τους συνέβαλαν στην χειραφέτηση του δικονομικού δόγματος από τα δεσμά του ουσιαστικού δικαίου¹², επιχειρήσαν να θεμελιώσουν την άποψη ότι η επίσπευση αναγκαστικής εκτέλεσης για κάποια ανύπαρκτη απαίτηση συνιστά πράξη παράνομη.

Το 1905 ο *Hellwig* –σε ελεύθερη απόδοση– έγραφε: «Θα πρέπει να διακρίνουμε την εκτελούμενη ιδιωτικού δικαίου αξίωση από την δημοσίου δικαίου αξίωση που δίνει στον επισπεύδοντα το δικαίωμα να ζητήσει από την πολιτεία την άσκηση κρατικής βίας προς το σκοπό πραγμάτωσης της ενσωματούμενης στον εκτελεστό τίτλο αξίωσης»¹³. [...] «Η σαφής διάκριση των δύο αξιώσεων επιτρέπει την

8 *Henckel* (σημ. 6), σ. 236 επ.

9 Πρβλ. *Ορφανίδη*, Οι προϋποθέσεις για την επιβολή της κατασχεσεως εις χείρας τρίτου, Ένωση Ελλήνων Δικονομολόγων/Δ.Σ. Λευκάδας, Κατάσχεση εις χείρας τρίτου, 2017, σ. 28 επ., 93.

10 Έτσι και *Μαρκουλάκης*, Παρέμβαση, in: Ένωση Ελλήνων Δικονομολόγων/Δ.Σ. Λευκάδας, Ζητήματα αναγκαστικής εκτέλεσης, 2019, σ. 363 επ.· *Henckel* (σημ. 6), σ. 237.

11 Έτσι θεμελιωδώς *Löbl*, Die Geltendmachung fremder Forderungsrechte im eigenen Namen, AcP 1929, 293 επ.· για τη σχετική συζήτηση βλ. διεξοδικώς *Μαρκουλάκη*, Η διαμάχη μεταξύ περισσότερων εμφανιζομένων ως δανειστών της ίδιας απαίτησης, ΤιμΤ Κλαμαρή II, 2016, σ. 524 επ. μ.π.π.

12 Έτσι ρητώς *Hellwig*, Klagrecht und Klagmöglichkeit, σ. 10: «Befreiung des Processes aus den Fesseln des Civilrechts»· πρβλ. και *Stein*, Grundfragen der Zwangsvollstreckung, 1913, σ. 2: «die öffentlichrechtliche und die privatrechtliche Seite der Zwangsvollstreckung voneinander zu trennen».

13 *Hellwig* (σημ. 12), σ. 22: «Wir unterscheiden also den zu vollstreckenden Privatrechtsanspruch und das publizistische Recht, wegen dieses in dem Vollstreckungstitel vorausge-

ορθή νομική αξιολόγηση της περίπτωσης, στην οποία κατά το δικονομικό δίκαιο ο «δανειστής» αποκτά την ιδιότητα του επισπεύδοντος, ενώ κατά το ουσιαστικό δίκαιο δεν είναι δικαιούχος της εκτελούμενης αξίωσης»¹⁴. Στην περίπτωση αυτή, συνέχιζε ο Hellwig, «η επίσπευση της αναγκαστικής εκτέλεσης, αν και δικονομικά σύννομη, κρίνεται κατά το ουσιαστικό δίκαιο (έναντι δηλαδή του «οφειλέτη») ως άδικη»¹⁵. Και οκτώ χρόνια αργότερα ο Stein, αν και επικριτικός απέναντι στην προσέγγιση του Hellwig¹⁶, επιχειρηματολογούσε με απολύτως αντίστοιχο τρόπο: «Μολονότι ο δανειστής είναι δυνάμει του εκτελεστού τίτλου φορέας της αξίωσης επί εκτελέσει, έχει δηλαδή ένα δικαίωμα που υποχρεώνει την πολιτεία να στραφεί κατά του οφειλέτη, και μολονότι με την επίσπευση της αναγκαστικής εκτέλεσης ο δανειστής ασκεί απλώς αυτό το δικαίωμά του κατά της πολιτείας, είναι δυνατόν αυτή η νόμιμη έναντι της πολιτείας συμπεριφορά να συνιστά συγχρόνως παράνομη πράξη έναντι τρίτων προσώπων»¹⁷.

Αλλά οι προσπάθειες του Hellwig, του Stein, καθώς και άλλων σημαντικών συγγραφέων της εποχής¹⁸, προσέκρουαν σε ένα εμπόδιο, που κατά τρόπο ειρωνικό είχαν θέσει οι ίδιοι, όταν μάχονταν για την αυτονομία του δικονομικού δικαίου: Όταν το δικονομικό δίκαιο επιτρέπει την επίσπευση αναγκαστικής εκτέλεσης, το ουσιαστικό δίκαιο δεν είναι δυνατόν να την αποδοκιμάζει, διότι η έννομη τάξη θα ενείχε αντίφαση, αν αντιμετώπιζε την ίδια πράξη ως σύννομη και συγχρόνως ως παράνομη¹⁹. Τούτη ωστόσο η φαινομενικά εύλογη αντίρρηση, η οποία με τον ένα ή τον άλλο τρόπο επανέρχεται κάθε φορά που συζητείται το πρόβλημα της άδικης εκτέλεσης, δεν προσφέρεται ως αφετηρία για μια κριτική αποτί-

setzten Anspruchs von dem Staat die Anwendung der Staatsgewalt zu verlangen» (αραιογράμμιση στο πρωτότυπο).

14 Hellwig (σημ. 12), σ. 23: «Ebenso ermöglicht jene scharfe Scheidung unserer beiden Rechte die richtige Beurteilung der Situation, wenn ich die Vollstreckung betrieben habe, indem ich zwar "Gläubiger" im Sinne des Prozeßrechts (= Vollstreckungsberechtigter) bin, aber privatrechtlich keinen Anspruch habe» (αραιογράμμιση στο πρωτότυπο).

15 Hellwig (σημ. 12), σ. 24: «Demnach ist es sehr wohl möglich, daß die Betreibung der Vollstreckung, wenngleich sie prozessual rechtmäßig ist, materiellrechtlich (dem "Schuldner" gegenüber) als rechtswidrig erscheint» (αραιογράμμιση στο πρωτότυπο).

16 Πρβλ. Stein (σημ. 12), σ. 1 επ.

17 Stein (σημ. 12), σ. 18: «Wenn der Gläubiger auch vermöge des Titels das Recht auf die Vollstreckung hat, d.h. den Anspruch darauf, daß der Staat gegen seinen Schuldner tätig werde, und wenn daraus auch folgt, daß er mit der Geltendmachung dieses Anspruchs nur sein Recht gegen den Staat ausübt, so kann doch diese dem Staat gegenüber rechtmäßige Handlung zugleich einem anderen gegenüber eine rechtswidrige Handlung sein» (αραιογράμμιση στο πρωτότυπο).

18 Για τις κυριότερες από τις προσπάθειες αυτές βλ. Gaul/Schilken/Becker-Eberhard, Zwangsvollstreckungsrecht¹², 2010, § 7 αρ. 11.

19 Goldschmidt, Ungerechtfertigter Vollstreckungsbetrieb, 1910, σ. 9 επ.· Niese, Doppelfunktionelle Prozeßhandlungen, 1950, σ. 121.

μηση των λύσεων της αρεοπαγитικής νομολογίας, καθώς προϋποθέτει το ζητούμενο. Πράγματι, κρίσιμο εν προκειμένω δεν είναι το ερώτημα αν μία πράξη μπορεί να είναι «σχετικώς παράνομη» αλλά αν όντως το ισχύον δικονομικό δίκαιο ενθαρρύνει την επίσπευση αναγκαστικής εκτέλεσης για ανύπαρκτα δικαιώματα. Αυτό το πρωταρχικής σημασίας αλλά συχνά παραθεωρούμενο ζήτημα πραγματεύεται ο Νίκας σε μια εκτενή μελέτη του, στην οποία αποκρούει με αποφασιστικότητα τις λύσεις της αρεοπαγитικής νομολογίας²⁰.

2. Η επιχειρηματολογία του Νίκα

Αφετηρία της επιχειρηματολογίας του Νίκα είναι μία θέση, που διατυπώθηκε για πρώτη φορά από το γερμανικό Ακυρωτικό το έτος 1961: «Ο δανειστής που κάνει χρήση μιας κρατικής έννομα ρυθμισμένης διαδικασίας, δεν επεμβαίνει άμεσα και παράνομα στην προστατευόμενη έννομη σφαίρα του οφειλέτη του, ακόμη και όταν το αίτημά του δεν δικαιολογείται επί της ουσίας (...). Μόνον όταν η διαδικασία αυτή τίθεται σε κίνηση εναντίον της καλής πίστωσης και των χρηστών ηθών με πρόθεση να ζημιωθεί ο αντίδικος (ΑΚ 919), θα μπορούσε ίσως να διαπραχθεί αδικοπραξία»²¹. Εκκινώντας από την παραδοχή αυτή το γερμανικό Ακυρωτικό είχε τότε οδηγηθεί στο συμπέρασμα ότι ο «αμελής» δανειστής, που χωρίς περίσκεψη υποβάλλει αβάσιμη αίτηση για την κήρυξη του οφειλέτη σε πτώχευση, δεν ενεργεί παράνομα και συνεπώς δεν υποχρεούται να αποζημιώσει τον οφειλέτη για τη βλάβη που προκλήθηκε στη φήμη της επιχείρησής του. Είναι εντούτοις αξιοπρόσεκτο ότι ενώ οι αιτιολογίες του γερμανικού Ακυρωτικού διακρίνονται για τη «δαυιλή εμβριθεία» τους και τον «φόρτο επιχειρημάτων και παραπομπών» που περιέχουν²², η συγκεκριμένη απόφαση καταφάσκει έναν καινοφανή λόγο άρσης του αδίκου με δυνητικά ευρύτατο πεδίο εφαρμογής (: «χρήση μιας κρατικής διαδικασίας») χωρίς να αναφέρει το νομοθετικό του έρεισμα αλλά και χωρίς καμία βιβλιογραφική τεκμηρίωση²³. Οπωσδήποτε σαφέστερη είναι η τοποθέτηση του Νίκα, ο οποίος χαρακτηρίζει το συζητούμενο –άγραφο– λόγο άρσης του αδίκου ως «βασική αρχή του δικονομικού δικαίου»²⁴. Η αρχή αυτή, υποστηρίζει ο συγγραφέ-

20 Νίκας, Οριακά ζητήματα της αποζημιώσεως από άκυρη εκτέλεση (ΚΠολΔ 940 III), ΝοΒ 2007, 277 επ = ΤιμΤ Κεραμέως II, 2010, σ. 1007 επ = Νομικές Μελέτες II, 2014, σ. 549 επ.

21 Νίκας (σημ. 20), ΝοΒ 2007, 282· πρβλ. BGH 3.10.1961, NJW 1961, 2255 = JZ 1962, 94 (Anm. Baur): «Wer sich zum Vorgehen gegen seinen Schuldner eines staatlichen, gesetzlich eingerichteten und geregelten Verfahrens bedient, greift auch dann nicht unmittelbar und rechtswidrig in den geschützten Rechtskreis des Schuldners ein, wenn sein Begehren sachlich nicht gerechtfertigt ist und dem anderen Teil aus dem Verfahren Nachteile erwachsen. (...) Anders ist es nur bei der vorsätzlichen, sittenwidrigen Schadenszufügung durch ein mit unlauteren Mitteln betriebenes Verfahren (...)».

22 Κεραμέως, Η αιτιολογία των δικαστικών αποφάσεων, ΕλλΔνη 1991, 1421 σημ. 20.

23 Έτσι Hopt, Schadensersatz aus unberechtigter Verfahrenseinleitung, 1968, σ. 2.

24 Νίκας (σημ. 20), ΝοΒ 2007, 282.

ας λαμβάνοντας υπόψη και τη μετέπειτα εξέλιξη της γερμανικής νομολογίας, ανάγεται στο θεμελιώδες δικονομικό δικαίωμα κάθε προσώπου να ζητεί δικαστική προστασία και εξειδικεύεται επιτυχώς με τις διατάξεις του ΚΠολΔ, οι οποίες παρέχουν επαρκή και αποτελεσματικά μέσα προστασίας στον αντίδικο τόσο κατά το στάδιο της διαγνωστικής δίκης όσο και κατά το στάδιο της αναγκαστικής εκτέλεσης:

«Ο αντίδικος προστατεύεται πάντοτε ικανοποιητικά μέσα από την ίδια τη δομή και τη διαλεκτική της ίδιας της διαδικασίας με τα μέσα που του έχει παραχωρήσει ο νομοθέτης για την κατοχύρωση των συμφερόντων του. Η διαδικαστική νομιμότητα μιας ζημιογόνας συμπεριφοράς απολαμβάνει κατ' αρχήν του τεκμηρίου και της ουσιαστικής της νομιμότητας. Δεν είναι εξάλλου υπόθεση του διαδίκου, που ζητά δικαστική προστασία, να μεριμνά για τα συμφέροντα του αντιδίκου του. Ο πολίτης που ζητά δικαστική προστασία επωμίζεται τις προβλεπόμενες στο δικονομικό δίκαιο κυρώσεις από την εσφαλμένη εκτίμηση της σχετικής νομικής καταστάσεως και δεν είναι δίκαιο να επωμίζεται και τις ουσιαστικού δικαίου αδικοπρακτικές συνέπειες, ακόμη και όταν η εσφαλμένη εκτίμηση αποδίδεται σε δική του αμελή συμπεριφορά. Διαφορετικά, θα περιοριζόταν ανεπίτρεπτα η ανεμπόδιστη πρόσβασή του στον μηχανισμό απονομής της δικαιοσύνης και θα υπονομευόταν σοβαρά η ίδια η δημοσίου δικαίου αξίωσή του προς παροχή έννομης προστασίας. Η χρήση της νόμιμης διαδικαστικής οδού δεν μπορεί συνεπώς να χαρακτηρίζεται, κατ' αρχήν, ως παράνομη ενέργεια, ενώ και το δικαίωμα του επιτιθέμενου σε λάθος εκτίμηση της πραγματικής καταστάσεως εξισορροπείται από τις δυνατότητες, που εξασφαλίζονται διαδικαστικά στον αμυνόμενο, να αποκρούσει αποτελεσματικά την άδικη επίθεση. Στους εξισορροπητικούς αυτούς παράγοντες ανήκουν εκτός από τα διάφορα ένδικα βοηθήματα και μέσα, που θέτει στη διάθεσή του η δικονομία, και ο μηχανισμός της δικαστικής δαπάνης, αλλά και των ποινών τάξεως (ΚΠολΔ 205 αριθ 1)»²⁵.

Και ο συγγραφέας συνεχίζει:

«Οι ανωτέρω κανόνες βρίσκουν εφαρμογή και στον χώρο της αναγκαστικής εκτελέσεως. Δεν αμφισβητείται ότι το δίκαιο του ΚΠολΔ έχει λάβει δραστικά μέτρα προστασίας των συμφερόντων του οφειλέτη, που υφίσταται την άδικη εκτέλεση. Η διάπλωση της διαδικασίας της αναγκαστικής εκτελέσεως παρέχει μέσω των διαφόρων ανακοπών, αιτήσεων αναστολών κλπ. αποτελεσματικά όπλα προστασίας, με την εισαγωγή δε του συστήματος της κατά στάδια προσβολής της διαδικασίας εκτελέσεως (ΚΠολΔ 934) οι δυνατότητες άμυνας του καθ' ού η εκτέλεση εξασφαλίζονται επαρκώς και με άνεση χρόνου. Ενόψει των

25 Νίκας (σημ. 20), NoB 2007, 282 επ.· πρβλ. και BGH NJW 1979, 1352 επ.: «Das schadenssächliche Verhalten [genießt] angesichts seiner verfahrensrechtlichen Legalität zunächst die Vermutung der Rechtmäßigkeit»· «Recht auf Irrtum».

δικονομικών αυτών ευχερειών, που αναγνωρίζονται στον οφειλέτη προκειμένου να ανακόψει την πορεία της άδικης εκτελέσεως, λογικό είναι να μην τίθενται υπερβολικές αξιώσεις στο εύρος της υποχρέωσης επιμέλειας ως προς την ύπαρξη της εκτελούμενης απαιτήσεως. Στους ώμους του επισπεύδοντος δεν μπορεί να τίθενται περισσότερες αξιώσεις από εκείνες που τίθενται στον ενάγοντα της διαγνωστικής δίκης. Στον βαθμό, εξάλλου, που η δυνατότητα αναγκαστικής εκτελέσεως συνιστά περιεχόμενο της συνταγματικά κατοχυρωμένης αξιώσεως έννομης προστασίας, θα πρέπει να θεωρηθεί αδιανόητη η αξιολόγηση της επισπεύσεως αναγκαστικής εκτελέσεως ως παράνομης και να δημιουργείται εντεύθεν υποχρέωση αποζημιώσεως από αδικοπραξία. Ο νομοθέτης επιτρέπει στον δανειστή να επισπεύσει αναγκαστική εκτέλεση, εφόσον διαθέτει εκτελεστό τίτλο, ακόμη και όταν δεν έχει εισέτι διευκρινισθεί δικαστικά η ύπαρξη της επισπευδόμενης απαιτήσεως. Απλώς, ως αντιστάθμισμα της εύνοιας να μην προαποδεικνύει τη βασιμότητα των ενεργειών του, αναλαμβάνει ο ίδιος τον κίνδυνο να αποζημιώσει τον οφειλέτη, αν αποδειχθεί οριστικά ότι δεν συνέτρεχαν οι προϋποθέσεις έγκυρης εκτελέσεως. Αν η δύναμη νόμιμου τίτλου επίσπευση εκτελέσεως χωρίς αξίωση θεωρούνταν ως άνευ ετέρου παράνομη, η αδικοπρακτική ευθύνη του επισπεύδοντος θα ήταν πάντοτε αταπόδευκτη. Κανείς όμως, τότε, δεν θα τολμούσε να προχωρήσει σε εκτέλεση, αν δεν είχε στα χέρια του αμετάκλητη απόφαση για την ύπαρξη της αξιώσεώς του κι αυτό θα απαξίωνε όλους τους άλλους τίτλους, θα υπέσκαπτε δε συχνά το όλο σύστημα της αναγκαστικής εκτελέσεως. Η ύπαρξη εκτελεστού τίτλου παρέχει στον δανειστή το δικαίωμα να προβεί σε αναγκαστική εκτέλεση και η ενέργεια αυτή δεν μπορεί, καθεαυτή, παρά να θεωρείται επιτρεπτή και σύνομη. Η εκτέλεση συνεπώς με οποιοδήποτε εκτελεστό τίτλο δεν μπορεί να χαρακτηριστεί παράνομη και να προκαλέσει ευθύνη του επισπεύδοντος από αδικοπραξία»²⁶.

Στηριζόμενος λοιπόν στη σκέψη ότι η τήρηση των διατυπώσεων του δικονομικού δικαίου περιβάλλει την αναγκαστική εκτέλεση με ένα «τεκμήριο ουσιαστικής νομιμότητας», ο Νίκας δέχεται ότι ο καθ' ου φέρει το βάρος να ανατρέψει αυτό το τεκμήριο ασκώντας την ανακοπή του άρθρου 933 ΚΠολΔ: «Μόνον όταν ακυρωθεί η εκτέλεση και εξαφανισθεί αυτή από τον νομικό κόσμο», υπογραμμίζει, «μπορεί ουσιαστικά να γίνει λόγος για αδικοπρακτική ευθύνη και για υποχρέωση αποζημιώσεως του επισπεύδοντος δανειστή»²⁷. Αν μάλιστα ο δικονομικός νομοθέτης δεν είχε προχωρήσει στη θέσπιση του άρθρου 940 § 3 ΚΠολΔ, η αδικοπρακτική ευθύνη του επισπεύδοντος δυσχερώς θα μπορούσε να θεμελιωθεί με βάση τις γενικές διατάξεις του ΑΚ. Η αμετάκλητη ακύρωση της εκτέλεσης με την έκδοση σχετικής διαπλαστικής απόφασης αναγορεύεται έτσι από τον συγγραφέα σε *sine qua non* προϋπόθεση για την ευδοκίμηση της αποζημιωτικής αγωγής

26 Νίκας (σημ. 20), ΝοΒ 2007, 283.

27 Νίκας (σημ. 20), ΝοΒ 2007, 284.

του καθ' ου. Τυχόν δε παρεμπίπτουσα εξέταση του κύρους της εκτελέσεως στο πλαίσιο μίας αποζημιωτικής δίκης, διευκρινίζει ο ίδιος σε άλλη συναφή μελέτη του²⁸, θα ερχόταν σε αντίθεση τη φύση και τη λειτουργία της κατ' άρθρο 933 ΚΠολΔ ανακοπής. Και τούτο, διότι ο διαπλαστικός χαρακτήρας του ένδικου αυτού βοηθήματος σημαίνει ακριβώς ότι οι πράξεις της αναγκαστικής εκτέλεσης παραμένουν τυπικά έγκυρες, εωσότου η ακυρότητά τους απαγγελθεί με απόφαση που κάνει δεκτή την ανακοπή²⁹.

III. Άδικη εκτέλεση κατ' ενάσκηση δικονομικού δικαιώματος;

1. Η συνταγματική διάσταση του προβλήματος

Η αποτίμηση της παραπάνω επιχειρηματολογίας, που επιχειρείται στη συνέχεια, σκόπιμο φαίνεται να ξεκινήσει λαμβάνοντας υπόψη τις συνταγματικές παραμέτρους του προβλήματος. Ως γνωστόν, σε ένα κράτος δικαίου, το οποίο διεκδικεί για τον εαυτό του το μονοπώλιο της βίας, η αυτοδικία και η άμυνα επιτρέπονται μόνο υπό αυστηρές προϋποθέσεις. Το «αντάλλαγμα» που προσφέρεται στους πολίτες για αυτή την αποστέρηση της εξουσίας να πραγματώνουν αυτοδύναμα τα ιδιωτικά τους δικαιώματα δεν είναι άλλο από το δικαίωμα προς παροχή ατομικής δικαστικής προστασίας (*Individualrechtsschutz*), το οποίο κατοχυρώνεται στα άρθρα 20 § 1 Συντ. και 6 § 1 ΕΣΔΑ και καθορίζει κατά τρόπο δεσμευτικό για το νομοθέτη τον πρωταρχικό σκοπό του δικονομικού δικαίου³⁰. Στο εννοιολογικό εύρος της έννομης προστασίας, την οποία οφείλει να παρέχει η πολιτεία, περιλαμβάνεται η έκδοση απόφασης επί της ουσίας της εκάστοτε κρινόμενης υπόθεσης, η λήψη ασφαλιστικών μέτρων και η αναγκαστική εκτέλεση της απόφασης³¹. Εφόσον δε το δικαίωμα δικαστικής προστασίας υποκαθιστά λειτουργικά την αυτοδικία και την άμυνα, είναι σχεδόν αυτονόητο –για αυτό και σπανίως αναφέρεται– ότι το θεμελιώδες αυτό δικονομικό δικαίωμα παρέχεται στους πολίτες χάριν της προστασίας *υφιστάμενων* (ή και μελλοντικών αλλά πάντως πιθανολογούμενων) ιδιωτικών δικαιωμάτων και εννόμων συμφερόντων³². Προκειμένου βέβαια να ανταποκριθεί

28 Νίκας, Αποζημίωση για άδικη εκτέλεση, ΕΠολΔ 2011, 281 επ. = Νομικές Μελέτες II, 2014, σ. 579 επ.

29 Νίκας (σημ. 28), ΕΠολΔ 2011, 286.

30 Έτσι σαφώς Νίκας, ΠολΔ I², 2020, § 1 αριθ. 3, 26· βλ. επίσης Μαντζουράνη, Οι θεμελιώδεις δικονομικές αρχές υπό επαναξιολόγηση, 2019, σ. 141 μ.π.π.

31 Βλ. εγγύτερα Κλαμαρή, Το δικαίωμα δικαστικής προστασίας κατά το άρθρο 20 § 1 Συντάγματος 1975, 1989, σ. 155 επ., 159 επ., 167 επ.· Κουτνατζή, Η συνταγματοποίηση του δικονομικού δικαίου, 2021, σ. 182 επ., 205 επ., 247 επ. Τσικριά, Δικαίωμα δικαστικής προστασίας και ακροάσεως, in: Αντωνίου, Γενικές Αρχές Δημοσίου Δικαίου, 2014, σ. 405 επ.

32 Πρβλ. Κουτνατζή (σημ. 31), σ. 59 επ.

στις απαιτήσεις του Συντάγματος και της ΕΣΔΑ ο νομοθέτης είναι υποχρεωμένος να διασφαλίζει ότι καταρχήν «καθένας» έχει δυνατότητα πρόσβασης στο μηχανισμό απονομής της δικαιοσύνης (*right of access to court*)³³. Και τούτο, διότι κατά το χρόνο έναρξης της δίκης είναι ακόμη άγνωστο, αν είναι βάσιμη η αίτηση δικαστικής προστασίας που ο προσφεύγων υποβάλλει προς το δικαστήριο, αν δηλαδή ο ίδιος είναι όντως άξιος της αιτούμενης προστασίας. Εντούτοις, θα ήταν οπωσδήποτε ανακριβές να υποστηριχθεί ότι το Σύνταγμα ή η ΕΣΔΑ εγγυάται ένα γενικό δικαίωμα δικαστικής προστασίας *ανύπαρκτων* δικαιωμάτων³⁴. Το Δικαστήριο του Στρασβούργου είχε άλλωστε επανειλημμένα την ευκαιρία να διευκρινίσει ότι το άρθρο 6 § 1 ΕΣΔΑ δεν ιδρύει δικαιώματα αστικής φύσεως και συνεπώς στο προστατευτικό του πεδίο εμπίπτει μόνο όποιος ισχυρίζεται κατά τρόπο σοβαρά υποστηρίξιμο ότι είναι φορέας ενός δικαιώματος, το οποίο αναγνωρίζεται από την έννομη τάξη του εναγόμενου κράτους³⁵. Κατόπιν τούτων η θέση ότι ο δανειστής που στρέφεται κατά του οφειλέτη κάνοντας χρήση μιας «κρατικής έννομα ρυθμισμένης διαδικασίας» ενεργεί συννόμως δεν φαίνεται –στη γενικότητα της διατύπωσής της– να βρίσκει ασφαλές έρεισμα σε διατάξεις υπερνομοθετικής ισχύος³⁶. Απεναντίας, ο δικαιολογικός λόγος του δικαιώματος δικαστικής προστασίας οδηγεί μάλλον στο αντίθετο συμπέρασμα: Δεν υπάρχει αμφιβολία ότι τόσο η «αυτοδικία» που κατευθύνεται στην πραγμάτωση κάποιας ανύπαρκτης αξίωσης όσο και η «άμυνα» που προβάλλεται για την απόκρουση κάποιας δίκαιης επίθεσης, αποτελούν πράξεις παράνομες³⁷. Κατά τον ίδιο λοιπόν λόγο θα πρέπει να γίνει δεκτό ότι ο «δανειστής» που επισπεύδει αναγκαστική εκτέλεση για κάποια ανύπαρκτη απαίτηση ενεργεί καθ' υπέρβαση του σκοπού του δικαιώματος δικαστικής προστασίας και επεμβαίνει παράνομα στην έννομη σφαίρα του «οφειλέτη», καθώς θέτει σε κίνηση μια διαδικασία, η οποία κατευθύνεται στην προσβολή απόλυτων αγαθών και εννόμων θέσεων.

Το επιχείρημα εξάλλου ότι ο οφειλέτης δεν χρειάζεται την προστασία που προσφέρουν οι διατάξεις για τις αδιοπραξίες, διότι «προστατεύεται πάντο-

33 Βλ. εγγύτερα Κουντατζή (σημ. 31), σ. 159 επ.

34 Πρβλ. *Ηλιοπούλου-Στράγγα*, Γενική θεωρία θεμελιωδών δικαιωμάτων, 2018, σ. 128: «τα ουσιαστικά δικαιώματα προϋποτίθενται»· επίσης *Δαγτόγλου*, Ατομικά Δικαιώματα⁴, 2012, αριθ. 1521.

35 Βλ. τη διεξοδική ανάλυση της νομολογίας του ΕΔΔΑ από τον *Gundel*, in: *Merten/Papier*, *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa* VI/1, 2010, § 146 αριθ. 8 επ.· επίσης *Grabenwarter/Pabel*, *Europäische Menschenrechtskonvention*⁷, 2021, § 24 αριθ. 5 επ.

36 Έτσι και *Thole*, *Die Haftung bei unberechtigten Nacherfüllungsverlangen*, AcP 2009, 514 επ.· *A. Bergmann*, *Der allgemeine materiellrechtliche Kostenerstattungsanspruch*, AcP 2011, 817.

37 *Λαδάς*, ΓενΑρχΑστΔ, 2007, § 16 αριθ. 16· *Τσολακίδης*, in: ΑΚ-Γεωργιάδη/Σταθόπουλου I-B², 2016, άρθρ. 283 αριθ. 13, 17· Π. *Φίλιος*, ΓενΑρχΑστΔ⁴, 2011, σ. 154.

τε ικανοποιητικά μέσα από τη δομή και τη διαλεκτική της ίδιας της διαδικασίας» δεν φαίνεται απροσμάχητο. Για να επανέλθουμε στην υπόθεση που απασχόλησε την προαναφερθείσα απόφαση του γερμανικού Ακυρωτικού: Με την άσκηση μιας προφανώς αβάσιμης αίτησης πτώχευσης, ο δανειστής είχε βλάψει από βαριά αμέλεια τη φήμη της επιχείρησης του οφειλέτη προκαλώντας την γενική εντύπωση ότι αυτός είναι αναξιόχρεος. Αξιοποιώντας τα μέσα προστασίας που του προσέφερε το δικονομικό δίκαιο ο οφειλέτης κατόρθωσε βέβαια να επιτύχει εν τέλει την απόρριψη της αβάσιμης αίτησης, τούτη όμως η επιτυχία δεν ήταν προφανώς σε θέση να αποκαταστήσει την περιουσιακή ζημία που ίδιος είχε ήδη υποστεί. Δεν πρέπει εξάλλου να λησμονείται ότι σε αντίθεση προς τη διαγνωστική δίκη, που εξελίσσεται κατ' αντιδικία υπό τη διαρκή επίβλεψη του δικαστή, η αναγκαστική εκτέλεση δεν έχει διαλεκτικό χαρακτήρα αλλά διαμορφώνεται ως μια εξώδικη διαδικασία που επισπεύδεται μονομερώς από τον δανειστή, με στόχο την ταχύτερη και πληρέστερη δυνατή ικανοποίηση της ενσωματούμενης στον εκτελεστό τίτλο αξίωσης³⁸. Για αυτό και τα μέσα προστασίας που έχει στη διάθεσή του ο εναγόμενος κατά τη διάρκεια της διαγνωστικής δίκης είναι ασυγκρίτως αποτελεσματικότερα σε σχέση με αυτά που παρέχονται κατά το στάδιο της αναγκαστικής εκτέλεσης. Αρκεί κανείς να σκεφτεί ότι ο ενάγων που άσκησε αβάσιμη αγωγή ύστερα από εσφαλμένη εκτίμηση της πραγματικής κατάστασης είναι κατά κανόνα υποχρεωμένος (ΚΠολΔ 177: αρχή της ήττας) να αποκαταστήσει τη δικαστική δαπάνη, δηλαδή την *ζημία* που προκάλεσε στον εναγόμενο θέτοντας σε κίνηση μια άσκοπη δίκη, ακόμη και αν ο ίδιος δεν βαρύνεται με πταίσμα³⁹. Στο στάδιο αντίθετα της αναγκαστικής εκτέλεσης ο επισπεύδων –κατά το ελληνικό τουλάχιστον δίκαιο– ουδέποτε υπέχει αντικειμενική ευθύνη προς αποζημίωση⁴⁰, ενώ είναι ευνόητο ότι «εξισορροπητικά μέτρα», όπως οι ποινές τάξεως, δεν μπορούν να λειτουργήσουν αποτελεσματικά στο πλαίσιο μιας διαδικασίας, από την οποία απουσιάζει ο δικαστής. Ο καθ' ου η εκτέλεση μπορεί ασφαλώς να προσβάλει το κύρος της αναγκαστικής εκτέλεσης με την ανακοπή του άρθρου 933 ΚΠολΔ, η δυνατότητα όμως αυτή δεν αρκεί, για να προσδώσει στην αναγκαστική εκτέλεση το χαρακτήρα διαλεκτικής διαδικασίας. Επιπλέον, ο νομοθέτης, προκειμένου να ενισχύσει τη δραστικότητα της εκτελεστικής διαδικασίας και να αποτρέψει παρελκυστικές πρακτικές, έχει υπαγάγει την ανακοπή αυτή σε ένα ιδιαιτέρως αυστηρό ρυθμιστικό πλαίσιο, το οποίο σε αρκετά σημεία του έχει επικριθεί από εκπροσώπους της θεωρίας ως ασυμβίβαστο με τα άρ-

38 Έτσι σαφώς *Gaul*, Die Haftung aus dem Vollstreckungszugriff, ZZZ 1997, 11.

39 Για τη φύση της αξίωσης για τη δικαστική δαπάνη ως αξίωσης αποζημίωσης βλ. *Hoffmann*, Defizite im Recht der Kostenerstattung, ZZZ 2012, 349 επ. μ.π.π.

40 Κατωτέρω υπό ΙΙΙ 3.

θρα 20 § 1 Συντ. και 6 § 1 ΕΣΔΑ. Το ρυθμιστικό αυτό πλαίσιο συνθέτουν σήμερα (31.10.2021): ο κανόνας της παραχρήμα απόδειξης των αποσβεστικών της εκτελούμενης απαιτήσεως ισχυρισμών (ΚΠολΔ 933 § 5)⁴¹. το σύστημα της κατά στάδια προσβολής των πράξεων της αναγκαστικής εκτέλεσης (ΚΠολΔ 934)⁴². το σύστημα συγκέντρωσης των λόγων ανακοπής (ΚΠολΔ 935)· ο αποκλεισμός των ενδίκων μέσων της ανακοπής ερημοδικίας⁴³, της αναψηλάφησης, κατά κανόνα δε και της αναίρεσης (ΚΠολΔ 937)⁴⁴. και μετά την κατάργηση του άρθρου 938 ΚΠολΔ με το ν. 4335/2015 ο περιορισμός των περιπτώσεων, στις οποίες χωρεί δικαστική αναστολή της εκτέλεσης⁴⁵. Παρόλη την αυστηρότητα του υφιστάμενου ρυθμιστικού πλαισίου, το γεγονός ότι το ισχύον δίκαιο επιτρέπει πάντως στον οφειλέτη να προβάλει με την ανακοπή του αντιρρήσεις κατά της εκτελούμενης απαίτησης ενδεικνύει ότι ο νομοθέ-

41 Συνταγματικής φύσης επιφυλάξεις διατυπώνουν οι *Γιαννόπουλος*, Δίκαιη δίκη, δικαίωμα αποδείξεως και «παραχρήμα» απόδειξη μετά το ν. 2915/2001, in: Δ.Σ. Θεσσαλονίκης, Η πολιτική δίκη υπό το φως της νομολογίας του ΔΕΚ και του ΕΔΔΑ, 2008, σ. 275 επ.· *Κολοτούρος*, Η έννοια της «παραχρήμα» αποδείξεως, ΝοΒ 2006, 1661 επ., 1663 επ.· *Μανιώτης*, Η παραδεκτή χρησιμοποίηση μαρτύρων κατά την άμεση απόδειξη των ισχυρισμών του άρθρου 933 § 4 ΚΠολΔ, Δ 1996, 666 επ.· υπέρ της συνταγματικότητας της ρύθμισης τάσσεται ωστόσο η κρατούσα γνώμη, για την οποία βλ. ΟΛΑΠ 49/2005 (σημ. 1)· *Γέσιου-Φαλτσή* (σημ. 3), § 41 αριθ. 34· *Νίκα* (σημ. 4), § 29 αριθ. 15.

42 Για την απόφαση του ΕΔΔΑ στην υπόθεση Τσιρώνης κατά Ελλάδος και τη σημασία της για την ερμηνεία του άρθρου 934 ΚΠολΔ βλ. διεξοδικά *Καλαβρό*, Θεμελιώδη ζητήματα του δικαίου της αναγκαστικής εκτέλεσης, 2009, σ. 76 επ.· *πρβλ.* και *Γέσιου-Φαλτσή* (σημ. 3), § 41 αριθ. 35· *Νίκα* (σημ. 4), § 28 αριθ. 30.

43 Συνταγματικής φύσης επιφυλάξεις διατυπώνει ο *Κολοτούρος*, Συστήματα ανακοπής και εκπτώσεις ερημοδικίας, 1992, σ. 36 επ.· υπέρ της συνταγματικότητας της ρύθμισης τάσσεται ωστόσο η κρατούσα γνώμη, για την οποία βλ. *Γέσιου-Φαλτσή* (σημ. 3), § 41 αριθ. 84· *Νίκα* (σημ. 4), § 29 αριθ. 40.

44 Συνταγματικής φύσης επιφυλάξεις διατυπώνει ο *Ορφανίδης*, Το ένδικο μέσο της αναίρεσεως στο επίκεντρο της μεταρρυθμιστικής κινήσεως, ΤιμΤ Κλαμαρή Ι, 2016, σ. 764 επ. Οι υφιστάμενοι περιορισμοί ως προς την δυνατότητα άσκησης έκτακτων ενδίκων μέσων στις δίκες περί την εκτέλεση αίρονται πάντως με το άρθρο 59 ν. 4842/2021, που τροποποιεί τη διάταξη του άρθρου 937 § 1 εδ. β' ΚΠολΔ με ισχύ από 1.1.2022.

45 Συνταγματικής φύσης επιφυλάξεις διατυπώνουν οι *Γιαννόπουλος*, Ο περιορισμός της δικαστικής αναστολής εκτέλεσης κατά το άρθρο 937 § 1 στ. γ' ΚΠολΔ υπό το πρίσμα της αξίωσης παροχής έννομης προστασίας, ΕΠολΔ 2017, 323 επ.· *Μάζης*, Η ρύθμιση με τον ν. 4335/2015 της αναστολής εκτελέσεως λόγω ασκήσεως ανακοπής κατ' αυτής, ΕΛΛΔνη 2017, 1035 επ.· *Ορφανίδης*, Η αναστολή εκτελέσεως για ικανοποίηση χρηματικών απαιτήσεων μετά τον ν. 4335/2015, 2017, σ. 51 επ.· *Τσαντίνης*, Η αναστολή εκτέλεσης μετά τον ν. 4335/2015, ΝοΒ 2017, 270· αντίθ. *Κολοτούρος*, Η αναστολή της διαδικασίας της αναγκαστικής εκτέλεσης μετά την κατάργηση του άρθρου 938 ΚΠολΔ, ΝοΒ 2019, 2118 επ. Το άρθρο 60 ν. 4842/2021 επαναφέρει από 1.1.2022 την αναστολή του άρθρου 938 ΚΠολΔ, ειδικώς όμως για την κατάσχεση ακινήτων διατηρεί το υφιστάμενο καθεστώς (*πρβλ.* ΚΠολΔ 937 § 1 εδ. γ') ορίζοντας ότι η αναστολή χορηγείται αποκλειστικά από τα δικαστήρια των ενδίκων μέσων.

της αποδοκιμάζει την επίσπευση εκτέλεσης για ανύπαρκτες αξιώσεις. Για αυτό και μόνο το γεγονός ότι ο δανειστής είναι εφοδιασμένος με εκτελεστό τίτλο δεν δικαιολογεί το συμπέρασμα ότι αν επισπεύσει εκτέλεση για κάποια ανύπαρκτη απαίτηση, θα ενεργεί συννόμως.

2. Η αρχή της τυπικότητας

Με την τελευταία παρατήρηση έχουμε κατ' ουσίαν φτάσει στην καρδιά του όλου προβληματισμού. Το δίκαιο της αναγκαστικής εκτέλεσης διέπεται, ως γνωστόν, από την αρχή της τυπικότητας, χάρη στην οποία τα όργανα της εκτελέσεως δεν προβαίνουν σε έρευνα ουσίας αλλά ενεργούν, αφού προηγουμένως εξετάσουν τη συνδρομή συγκεκριμένων τυπικών (και άρα ευχερώς διαπιστώσιμων) προϋποθέσεων⁴⁶. Όταν για παράδειγμα ο δικαστικός επιμελητής καλείται να αποβάλει τον οφειλέτη από ορισμένο ακίνητο, αρκείται στη διαπίστωση της ύπαρξης εκτελεστού τίτλου και δεν ερευνά αν η ενσωματούμενη στον τίτλο ουσιαστική αξίωση είναι υπαρκτή. Και όταν προβαίνει σε κατάσχεση κινητών, δεν διεξάγει έρευνες, για να διακριβώσει την αληθινή εμπράγματοι κατάσταση των κατασχόμενων πραγμάτων, αλλά αρκείται απλώς στη διαπίστωση ότι αυτά βρίσκονται «στα χέρια» του οφειλέτη⁴⁷. Στις περιπτώσεις αυτές η συνδρομή των απαιτούμενων τυπικών προϋποθέσεων (ύπαρξη εκτελεστού τίτλου, κατοχή κατασχόμενων κινητών πραγμάτων από τον καθ' ου) επιτρέπει το συμπέρασμα ότι οι πράξεις αναγκαστικής εκτέλεσης ενεργούνται συννόμως και συνεπώς ούτε ο οφειλέτης ούτε οι τυχόν θιγόμενοι τρίτοι δικαιούνται να αμυνθούν απέναντι σε αυτές (πρβλ. ΑΚ 284: «*παρούσα και άδικη επίθεση*»). Απεναντίας, ακόμη και όταν είναι πεπεισμένος για την ανυπαρξία της εκτελούμενης απαίτησης, ο οφειλέτης είναι υποχρεωμένος να τις ανεχθεί, ενώ αν προβάλλει αντίσταση, κινδυνεύει να βρεθεί αντιμέτωπος με την κρατική βία (ΚΠολΔ 930). Σε τελική λοιπόν ανάλυση η απόφαση του έλληνα νομοθέτη να δομήσει το δίκαιο της αναγκαστικής εκτέλεσης στη βάση της αρχής της τυπικότητας σημαίνει ότι κατά κανόνα η νομιμότητα των πράξεων των οργάνων της αναγκαστικής εκτέλεσης –προπάντων των δικαστικών επιμελητών– κρίνεται με μέτρο τους κανόνες όχι του ουσιαστικού αλλά του δικονομικού δικαίου⁴⁸.

46 Γέσιου-Φαλτσή (σημ. 3), § 10 αριθ. 21· Νίκας (σημ. 4), § 6 αριθ. 6· πρβλ. και Νικολόπουλο, ΑναγκΕκτ², 2012, 10 σημ. 42, 39 επ., ο οποίος φαίνεται να αποδίδει στην αρχή της τυπικότητας ευρύτερο περιεχόμενο· για το γερμανικό δίκαιο βλ. Baur/Stürner/Bruns, Zwangsvollstreckungsrecht¹³, 2006 § 6 αριθ. 6.54 επ.· Gaul/Schilken/Becker-Eberhard (σημ. 18), § 5 αριθ. 39 επ.

47 Νίκας, ΔικΑναγκΕκτ II², 2018, § 42 αριθ. 5 επ.

48 Gaul (σημ. 38), ZZP 1997, 11· Henckel (σημ. 6), σ. 242· Konzen, Rechtsverhältnisse zwischen Prozessparteien, 1976, σ. 158· Stein (σημ. 12), σ. 23, 43, 50.

Αν όμως έτσι έχουν τα πράγματα, η τήρηση των τύπων του δικαίου της αναγκαστικής εκτέλεσης δεν φαίνεται να επιτρέπει τη συναγωγή κάποιου «τεκμηρίου ουσιαστικής νομιμότητας» υπέρ του επισπεύδοντος. Ένα τέτοιο τεκμήριο θα μπορούσε να γίνει δεκτό, μόνο αν ήθελε υποτεθεί ότι η αρχή της τυπικότητας καθιερώθηκε με σκοπό να προστατεύσει τον επισπεύδοντα από αποζημιωτικές αξιώσεις του οφειλέτη ή και τρίτων προσώπων, των οποίων θίγονται τα δικαιώματα στο αντικείμενο της εκτέλεσης. Ωστόσο, η υπόθεση αυτή δεν επιβεβαιώνεται ιστορικά⁴⁹. Στο κοινό γερμανικό δίκαιο, όταν η αναγκαστική εκτέλεση γινόταν αντιληπτή ως προέκταση της διαγνωστικής διαδικασίας και κατευθυνόταν από το δικαστήριο της κύριας δίκης, η αρχή της τυπικότητας ήταν άγνωστη. Περί τα τέλη του 19^{ου} αιώνα ωστόσο ο γερμανός νομοθέτης ακολουθώντας το πρότυπο του γαλλικού δικαίου αποφάσισε να καταστήσει αποτελεσματικότερη την εκτελεστική διαδικασία εμπιστευόμενος την διεξαγωγή της σε δικαστικούς επιμελητές, δηλαδή σε πρόσωπα που αδυνατούσαν να αξιολογήσουν από νομική άποψη τις ουσιαστικές σχέσεις των διαδίκων, επειδή δεν διέθεταν τις απαραίτητες προς τούτο νομικές γνώσεις αλλά και επειδή εκ των πραγμάτων δεν ήταν σε θέση να γνωρίζουν τα κρίσιμα πραγματικά γεγονότα. Προκειμένου λοιπόν να καταστήσει ευχερέστερο το έργο των δικαστικών επιμελητών, ο γερμανός νομοθέτης επέλεξε να «τυποποιήσει» τις προϋποθέσεις της αναγκαστικής εκτέλεσης και με τον τρόπο αυτό να τις απομακρύνει από το ουσιαστικό δίκαιο. Αλλ' όπως ελέχθη ήδη, αυτή η απομάκρυνση δεν είναι οριστική. Ο σύνδεσμος με το ουσιαστικό δίκαιο, τον οποίο διαταράσσει η αρχή της τυπικότητας, αποκαθίσταται, καθώς και κατά το γερμανικό δίκαιο ο οφειλέτης μπορεί σε περίπτωση ανυπαρξίας της εκτελούμενης αξίωσης να προσβάλει το κύρος της τυπικά έγκυρης εκτέλεσης⁵⁰. Και σε κάθε περίπτωση κανένα ιστορικό δεδομένο δεν δικαιολογεί το συμπέρασμα ότι με την καθιέρωση της αρχής της τυπικότητας ο γερμανός ή ο έλληνας νομοθέτης θέλησε να επιτρέψει στους εξοπλισμένους με εκτελεστό τίτλο δανειστές να επισπεύδουν αζημίως εκτέλεση για ανύπαρκτες απαιτήσεις.

Κατόπιν των ανωτέρω μπορεί να συναχθεί το συμπέρασμα ότι η αναγκαστική εκτέλεση που επισπεύδεται παρά την ανυπαρξία της εκτελούμενης αξίωσης φέρει το στίγμα της παρανομίας. Τούτο το στίγμα διατηρείται, ακόμη

49 Για τα επόμενα βλ. *Gaul*, Rechtsverwirklichung durch Zwangsvollstreckung aus rechtsgrundsätzlicher und rechtsdogmatischer Sicht, ZZZ 1999, 144 επ.

50 Για την “ανακοπή” (αγωγή) της § 767 γερμΚΠολΔ ως αναγκαίο αντιστάθισμα της αρχής της τυπικότητας βλ. αντί πολλών *Gerhardt*, Vollstreckungsrecht², 1982, 204· *W. Lüke*, Zivilprozessrecht¹¹, 2021, § 21 αριθ. 1 επ.· εν μέρει αντίθ. *Jin*, Die Übertragbarkeit der deutschen Vollstreckungsgegenklage in das chinesische Zivilprozessrecht, 2019, σ. 95 επ., 97 επ., με το επιχείρημα ότι ο οφειλέτης μπορούσε και κατά το κοινό γερμανικό δίκαιο να προβάλει αντιρρήσεις κατά της εκτελούμενης απαίτησης.

και όταν συντρέχουν όλες οι τυπικές προϋποθέσεις, από τις οποίες το δικονομικό δίκαιο εξαρτά την έναρξη της εκτελεστικής διαδικασίας. Η συνδρομή των προϋποθέσεων αυτών σημαίνει ότι η αίτηση που ο επισπεύδων απευθύνει προς το κράτος είναι *βάσιμη*, γεγονός που υποχρεώνει τα όργανα της αναγκαστικής εκτέλεσης να προβούν σε πράξεις της αρμόδιοιότητάς τους και καταρχήν αποκλείει το χαρακτηρισμό της δράσης τους ως παράνομης⁵¹. Αλλά το βάσιμο της αίτησης του επισπεύδοντος, ακριβώς επειδή κρίνεται επί τη βάσει αμιγώς τυπικών κριτηρίων, δεν δικαιολογεί το συμπέρασμα ότι η επισπευδόμενη εκτέλεση είναι επιπλέον και δίκαιη, δηλαδή άξια επιδοκιμασίας. Ευλόγως λοιπόν ο *Διαμαντόπουλος*⁵² υπερασπιζόμενος τις λύσεις της αρεοπαγίτικης νομολογίας μας παροτρύνει να θυμηθούμε τη διδασκαλία του *Γεωργίου Μιχελάκη*:

«Δικαία είναι η διαδικαστική πράξις, όταν είναι σύμφωνος προς το δίκαιον καθόλου, άλλως είναι άδικος. Η συμφωνία της διαδικαστικής πράξεως προς το δίκαιον καθόλου ευρίσκεται δια της καθολικής κρίσεως της πράξεως. Το κατηγορήμα του δικαίου ή αδικου προσλαμβάνει η διαδικαστική πράξις δια της υπαγωγής αυτής εις το δίκαιον καθόλου και δια τούτο η κρίσις ως δικαίας ή αδικού είναι η καθολική κρίσις της πράξεως. Το έγκυρον, παραδεκτόν καί βάσιμον της διαδικαστικής πράξεως σημαίνει επίσης συμφωνίαν της διαδικαστικής πράξεως προς το δίκαιον, αλλά συμφωνίαν ουχί καθολικήν, μόνον μερικήν. Οι τρεις βαθμοί κρίσεως ή εκτιμήσεως της διαδικαστικής πράξεως αποδίδουν την συμφωνίαν της πράξεως προς κατηγορίαν κανόνων δικαίου, προς τον σκοπόν ενός δικονομικού θεσμού, προς τον σκοπόν της διαδικαστικής πράξεως, προς τον σκοπόν μέρους των κανόνων του ουσιαστικού ή του δικονομικού δικαίου. Εφ' όσον δε το δίκαιον ή άδικον σημαίνει την συμφωνίαν της διαδικαστικής πράξεως προς το δίκαιον καθόλου, κατ' ανάγκην προϋποτίθενται και οι τρεις προηγούμενοι βαθμοί κρίσεως ή εκτιμήσεως και παρίσταται η περί δικαίου ή αδικού κρίσις ως σύνθετος και εξ αυτών κρίσις. Επειδή όμως η συμφωνία προς το δίκαιον καθόλου δεν προκύπτει μόνον εκ της συνθέσεως των τριών προηγούμενων κρίσεων, δια τούτο λέγομεν, ότι το δίκαιον ή άδικον αποτελεί τον τέταρτον βαθμόν κρίσεως ή εκτιμήσεως της διαδικαστικής πράξεως»⁵³.

3. Η ρύθμιση του άρθρου 940 ΚΠολΔ

Ακόμη όμως και αν κανείς αγνοήσει τα ιστορικά δεδομένα, δύσκολα μπορεί να παραβλέψει ότι η αναγνώριση ενός «*τεκμηρίου ουσιαστικής νομιμότητας*» υπέρ του επισπεύδοντος δανειστή θα ήταν ασυμβίβαστη με το ελληνικό θετικό δίκαιο: Οι διατάξεις του άρθρου 940 ΚΠολΔ, εισηγητής των οποίων υπήρξε ο

51 *Henckel* (σημ. 6), σ. 253 σημ. 62.

52 *Διαμαντόπουλος*, Η ανακοπή κατά αναγκαστικού πλειστηριασμού ακινήτου κατά τον ΚΠολΔ, 2009, σ. 47.

53 *Μιχελάκης* (σημ. 5), σ. 46.

Γεώργιος Ράμμος⁵⁴, απομακρύνονται, όπως επισημαίνεται, από το πρότυπο του γερμανικού δικαίου⁵⁵ και εισάγουν «καινοτόμο ρύθμιση» ορίζοντας ότι σε περίπτωση άδικης εκτέλεσης ο επισπεύδων υπέχει γνήσια υποκειμενική ευθύνη⁵⁶. Ειδικότερα, η § 3, που αναφέρεται στην περίπτωση αμετάκλητης ακύρωσης της αναγκαστικής εκτέλεσης, παραπέμπει στις προϋποθέσεις του άρθρου 914 ΑΚ, ώστε για τη στοιχειοθέτηση της ευθύνης του επισπεύδοντος να αρκεί οποιοσδήποτε βαθμός πταίσματος (ΑΚ 330)· η § 2 ορίζει ότι σε περίπτωση εξαφάνισης (ή μεταρρύθμισης) δικαστικής απόφασης που είχε κηρυχθεί προσωρινά εκτελεστή και εκτελέστηκε, αυτός που επέσπευσε την εκτέλεση «ευθύνεται σε αποζημίωση... μόνο αν... ήξερε ή αγνοούσε από βαριά του αμέλεια, ότι το δικαίωμα δεν υπήρχε» και η § 1, που εφαρμόζεται σε περίπτωση εξαφάνισης εκτελεσθείσας τελεσίδικης απόφασης, αξιώνει την συνδρομή δόλου ως προς την ανυπαρξία του δικαιώματος. Για αυτό και οι αμφισβητήσεις που ανέκυψαν παλαιότερα στο γερμανικό δίκαιο αναφορικά με τη φύση της αποζημιωτικής ευθύνης του επισπεύδοντος δεν έχουν θέση στο ελληνικό δίκαιο. Πράγματι, αξιώνοντας σταθερά την ύπαρξη ορισμένου βαθμού πταίσματος, οι διατάξεις του άρθρου 940 ΚΠολΔ καθιστούν σαφές ότι ο επισπεύδων ευθύνεται σε αποζημίωση, μόνο όταν η επίσπευση αναγκαστικής εκτέλεσης αξιολογείται ως πράξη άδικη. Και τούτο, διότι η υπαιτιότητα ως ηθική μομφή που ο νόμος αποδίδει σε ορισμένο πρόσωπο προϋποθέτει την ύπαρξη παράνομης πράξης, πράξης δηλαδή αντικειμενικά αποδοκιμαζόμενης από την έννομη τάξη⁵⁷.

Αν τώρα επικεντρώσει κανείς την προσοχή του στις §§ 1 και 2 μπορεί να οδηγηθεί με ασφάλεια στο συμπέρασμα ότι το άδικο της εκτέλεσης, το αντικειμενικό δηλαδή στοιχείο, στο οποίο αναφέρεται η υπαιτιότητα, συνίσταται στην ανυπαρξία του δικαιώματος του επισπεύδοντος⁵⁸. Το άδικο θεμελιώνεται λοιπόν εδώ ευθέως στο ουσιαστικό δίκαιο και δεν σχετίζεται με τη μεταγενέστερη εξαφάνιση (ή μεταρρύθμιση) του εκτελεστού τίτλου αλλά προϋπάρχει

54 ΣχΠολΔ VIII 115, 132, 134· πρβλ. επίσης Διαμαντόπουλο, Εκτέλεση διαταγής πληρωμής, που ακυρώθηκε εκ των υστέρων (γνwm.), ΕΠολΔ 2020, 260· Μάζη, Αποζημίωση για άδικη εκτέλεση (ΚΠολΔ 940.3), ΝοΒ 2007, 1514 σημ. 2· Νίκα (σημ. 20), ΝοΒ 2007, 277.

55 Κατωτέρω υπό ΙΙΙ 4.

56 Απαλαγάκη, Επαναφορά και αποζημίωση, 1994, σ. 232 επ.

57 Γενική γνώμη, για την οποία βλ. Δεληγιάννη, Η παρανομία ως προϋπόθεση της αδιοπρακτικής ευθύνης, ΤιμΤ Μιχαηλίδη-Νουάρου Ι, 1987, σ. 307· Σταθόπουλο, ΓενΕνοχΔ⁵, 2018, § 6 αριθ. 3, 5, 7· επίσης τη διεξοδική μελέτη του Δωρή, Ζητήματα αστικής ευθύνης από ιστορικοσυγκριτική και δικαιοσυγκριτική σκοπιά, ΧρΙΔ 2007, 673 επ.

58 Έτσι σαφώς Κεραμείς (σημ. 4), Αρμ 2002, 336· ομοίως για την περίπτωση της «αδίκου λήψης ως συντηρητικού ή εξασφαλιστικού μέτρου» (άρθρ. 1030 ΠολΔ/Maurer) ο Μιχελάκης (σημ. 5), σ. 107 επ.· βλ. ωστόσο για το ίδιο ζήτημα και Κράνη, in: Κεραμείς/Κονδύλης/Νίκας, ΚΠολΔ², 2020, άρθρ. 703 αριθ. 2: «Ο παράνομος χαρακτήρας της ζημίας ολοκληρώνεται με την τελεσίδικη απόρριψη... της αγωγής για την κύρια υπόθεση...».

αυτής. Αντίθετη εκδοχή, σύμφωνα με την οποία η επίσπευση αναγκαστικής εκτέλεσης δυνάμει προσωρινώς (ή και οριστικώς) εκτελεστής απόφασης αποτελεί μια καταρχήν νόμιμη πράξη που καθίσταται *ex post* –και δη αναδρομικώς– παράνομη λόγω της μεταγενέστερης εξαφάνισης του εκτελεστού τίτλου, δεν φαίνεται συμβατή ούτε με το ουσιαστικό ούτε με το δικονομικό δίκαιο⁵⁹. Μια τέτοια εκδοχή θα παρέβλεπε καταρχάς ότι η μομφή της υπαιτιότητας εδράζεται στην ύπαρξη ορισμένου ψυχικού δεσμού ανάμεσα στο δρων πρόσωπο και την παράνομη πράξη, ενός επίψογου δεσμού που κατά το ουσιαστικό δίκαιο (πρέπει να) υφίσταται *hic et nunc* και δεν μπορεί να ιδρύεται με αναδρομική ενέργεια: Ο επισπεύδων δεν καθίσταται άξιος μομφής, επειδή εξαφανίζεται ο εκτελεστός τίτλος, αλλά επειδή *ήδη* κατά το χρόνο επίσπευσης της εκτέλεσης γνωρίζει ή αγνοεί από βαριά αμέλεια τον άδικο χαρακτήρα της, ήτοι την ανυπαρξία της εκτελούμενης αξίωσης⁶⁰. Ακόμη πάντως και αν κανείς υποστήριζε ότι η *ex tunc* εξαφάνιση του εκτελεστού τίτλου δικαιολογεί την αναδρομική απόδοση μομφής στον επισπεύδοντα, η επιχειρηματολογία αυτή θα αποτύγχανε να εξηγήσει τη λειτουργία του άρθρου 703 ΚΠολΔ, που εισάγει ρύθμιση παράλληλη προς αυτήν της ΚΠολΔ 940 § 2 ορίζοντας ότι «αν απορριφθεί τελεσίδικα ως αβάσιμη η αγωγή για την κύρια υπόθεση, όποιος ζήτησε να διαταχθούν ασφαλιστικά μέτρα είναι υποχρεωμένος να καταβάλει αποζημίωση για τη ζημία που προξένησε από την εκτέλεση της απόφασης που τα διέταξε..., μόνο αν γνώριζε ή από βαριά αμέλεια αγνοούσε ότι δεν υπήρχε το δικαίωμα». Και τούτο, διότι ενώ η ευδοκίμηση των ενδίκων μέσων οδηγεί σε αναδρομική εξαφάνιση του εκτελεστού τίτλου (πρβλ. ΚΠολΔ 579 Ι)⁶¹, κατά την κρατούσα στη θεωρία και τη νομολογία γνώμη η τελεσίδικη απόρριψη της αγωγής για την κύρια υπόθεση αποτελεί λόγο ανάκλησης της εκτελεσθείσας απόφασης ασφαλιστικών μέτρων μόνο για το μέλλον⁶².

Η διαπίστωση ότι στις περιπτώσεις των άρθρων 940 §§ 1 και 2 ΚΠολΔ το άδικο της εκτέλεσης συναρτάται ευθέως προς την ανυπαρξία του εκτελούμενου δικαιώματος είναι κρίσιμη, διότι καταδεικνύει ότι η τήρηση των διατυπώσεων που προβλέπει το δικονομικό δίκαιο δεν εγγυάται και την ουσιαστική νομιμότητα της επισπευδόμενης εκτέλεσης. Απεναντίας, η αναγκαστική εκτέ-

59 Πρβλ. Konzen (σημ. 48), σ. 163.

60 Πρβλ. Σταθόπουλο (σημ. 57), § 6 αριθ. 66.

61 Εξαιρέση από τον γενικό αυτό κανόνα δέχεται ο Kolotouros, Der Rechtsmittelgegenstand im Zivilprozeß 1992, σ. 121 επ., για την περίπτωση στην οποία η ευδοκίμηση του ενδίκου μέσου της έφεσης στηρίχθηκε σε λόγους που γεννήθηκαν μετά το πέρας της πρωτοβάθμιας συζήτησης της διαφοράς.

62 Έτσι ΟΛΑΠ 497/1978, ΝοΒ 1978, 668· Κράνης (σημ. 58), άρθρ. 696 αριθ. 1 μ.π.π.· κριτική επισκόπηση των διαφορετικών απόψεων που έχουν υποστηριχθεί σχετικώς προσφέρει ο Νικολόπουλος, Η ανάκληση των αποφάσεων των ασφαλιστικών μέτρων³, σ. 169 επ., 173 επ.

λεση που επισπεύδεται δυνάμει έγκυρου εκτελεστού τίτλου για την ικανοποίηση κάποιου ανύπαρκτου δικαιώματος είναι άνευ ετέρου παράνομη, αποτελεί δηλαδή πράξη, που αντικειμενικά και ανεξάρτητα από την τυχόν μεταγενέστερη εξαφάνιση του τίτλου κρίνεται από την έννομη τάξη ως αποδοκιμαστέα. Για αυτό και οι θέσεις που διατυπώνει ο *Νίκας* ακολουθώντας με συνέπεια λύσεις της γερμανικής νομολογίας δεν μπορούν να γίνουν δεκτές: Ούτε η «*διαδικαστική νομιμότητα*» της επισπευδόμενης εκτέλεσης επιτρέπει τη συναγωγή κάποιου «*τεκμηρίου ουσιαστικής νομιμότητας*» ούτε θεμελιώνει υπέρ του επισπεύδοντος κάποιο «*δικαίωμα σε εσφαλμένη εκτίμηση της νομικής κατάστασης*». Απλώς σε όσες περιπτώσεις επισπεύδεται άδικη (παράνομη) εκτέλεση δυνάμει κάποιας ουσιαστικά εσφαλμένης αλλά πάντως εκτελεστής δικαστικής απόφασης, η πεπλανημένη εκτίμηση της κατάστασης από τον επισπεύδοντα κρίνεται συγγνωστή και αυτός δεν θεωρείται άξιος μομφής, εκτός αν βαρύνεται με πταίσμα. Δεδομένου μάλιστα ότι ο βαθμός του πταίσματος, τον οποίο αξιώνουν οι §§ 1 και 2 του άρθρου 940 ΚΠολΔ, διαφοροποιείται ανάλογα με το βαθμό δικονομικής ωριμότητας που εμφανίζει η εκτελούμενη απόφαση, μπορεί να υποστηριχθεί βάσιμα ότι ο λόγος που καθιστά στις περιπτώσεις αυτές συγγνωστή την επίσπευση άδικης εκτέλεσης είναι η δικαιολογημένη εμπιστοσύνη του επισπεύδοντος στην ορθότητα της δικαστικής κρίσης ή –ακριβέστερα ίσως– η εύλογη προσδοκία του ότι η κρίση αυτή δεν θα ανατραπεί. Για αυτό και η καταρχήν εύλογη σκέψη του *Νίκα* ότι δεν πρέπει να εγείρονται «*υπερβολικές αξιώσεις*» ως προς το βαθμό επιμέλειας⁶³, τον οποίο υποχρεούται να επιδεικνύει ο επισπεύδων, σκόπιμο είναι να εξειδικευθεί ως εξής: Το μέτρο ευθύνης του δανειστή οφείλει να είναι ανάλογο προς το «*βαθμό εμπιστοσύνης*» που δικαιολογεί ο κάθε εκτελεστός τίτλος ανάλογα με το είδος, τη δικονομική του ωριμότητα και το χρόνο έκδοσης του. Ευλόγως λοιπόν το άρθρο 940 § 3 ΚΠολΔ αρκείται καταρχήν στην ύπαρξη ελαφράς αμέλειας (άρθρ. 914 σε συνδ. με 330 ΑΚ). Διότι όταν η αναγκαστική εκτέλεση ακυρώνεται, επειδή ο οφειλέτης πρόβαλε με την ανακοπή του οψιγενείς ενστάσεις κατά της εκτελούμενης απαίτησης (πρβλ. ΚΠολΔ 933 § 4), δυσχερώς θα μπορούσε να υποστηριχθεί ότι υφίσταται ανάγκη προστασίας της εμπιστοσύνης του δανειστή.

Αντίθετα, το αίτημα του *Νίκα* για μια κατά το δυνατόν ισότιμη μεταχείριση όλων των εκτελεστών τίτλων, αφού διαφορετικά «*κανείς... δεν θα τολμούσε να προχωρήσει σε εκτέλεση, αν δεν είχε στα χέρια του αμετάκλητη απόφαση κι αυτό θα απαξίωνε όλους τους άλλους τίτλους, θα υπέσκαπτε δε συχνά το όλο σύστημα της αναγκαστικής εκτελέσεως*», δεν μπορεί να θεωρηθεί ούτε σύμφωνο με το πνεύμα του άρθρου 940 ΚΠολΔ ούτε όμως και δικαιοπολιτικά δικαιολογημένο. Πράγματι, κατά το ελληνικό δίκαιο η ευθύνη του επισπεύδοντος για την αδίκως επισπευ-

63 Πρβλ. *Thole* (σημ. 36), AcP 2009, 515: «Man [muss] mit einer an einen Verfahrensinitiator gerichteten Haftungsdrohung maßvoll umgehen».

δόμηση εκτέλεση –ακόμη και αν αυτή θεμελιωθεί «αυτοτελώς» στο άρθρο 914 ΑΚ, όπως δέχεται η αρεοπαγίτικη νομολογία– ουδέποτε είναι αντικειμενική. Ως εκ τούτου ο καλόπιστος δανειστής, ο οποίος επιδεικνύει *τουλάχιστον* τη συνήθη επιμέλεια (ΑΚ 330), μπορεί να επισπεύδει εκτέλεση έχοντας τη βεβαιότητα ότι δεν θα βρεθεί εκτεθειμένος σε αποζημιωτικές αξιώσεις του καθ' ου. Η λύση αυτή είναι ιδιαιτέρως επιτυχής, αφενός μεν επειδή ο αμελής δανειστής δεν είναι άξιος προστασίας, αφετέρου δε επειδή η εξάρτηση της αποζημιωτικής ευθύνης του δανειστή από την ύπαρξη πταίσματος μπορεί να διασκεδάσει κάθε πιθανή αμφιβολία αναφορικά με τη συμβατότητα του ισχύοντος δικαίου με τα άρθρα 20 § 1 Συντ. και 6 § 1 ΕΣΔΑ. Το πόσο καλά σταθμισμένες είναι οι επιλογές του έλληνα νομοθέτη πρόκειται εξάλλου να καταδείξει η σύντομη επισκόπηση των λύσεων του γερμανικού δικαίου που ακολουθεί.

4. Οι λύσεις του γερμανικού δικαίου

Στο γερμανικό δίκαιο η ρύθμιση της ευθύνης του επισπεύδοντος έναντι του καθ' ου εμφανίζεται ιδιαιτέρως ελλειπτική και περιέχεται βασικώς στην § 717 II γερμΚΠολΔ⁶⁴, που προβλέπει ότι σε περίπτωση εξαφάνισης ή μεταρρύθμισης μιας προσωρινώς εκτελεστής απόφασης ο επισπεύδων υποχρεούται να αποκαταστήσει τη ζημία του καθ' ου ανεξαρτήτως πταίσματος⁶⁵. Νομολογία και θεωρία δέχονταν αρχικώς ότι η εν λόγω διάταξη θεσπίζει (αντικειμενική) αδιοπρακτική ευθύνη⁶⁶, βαθμιαία ωστόσο επικράτησε η άποψη ότι πρόκειται μάλλον για ευθύνη από διακινδύνευση, υπό την έννοια ότι ο επισπεύδων δρα ιδίω κινδύνω, καθώς οφείλει να γνωρίζει ότι η προσωρινή εκτελεστότητα του τίτλου του είναι εύθραυστη⁶⁷. Συγκεκριμένα, γίνεται σήμερα δεκτό ότι η αποζημιωτική ευθύνη του επισπεύδοντος γεννάται ως ενέργεια του πραγματι-

64 Για την ιστορία της διάταξης βλ. διεξοδικώς *Απαλαγάκη* (σημ. 56), σ. 43 επ.· *Haertlein*, *Exekutionsintervention und Haftung*, 2008, σ. 254 επ.

65 Την αυστηρότητα της ρύθμισης επιχειρεί να αμβλύνει η § 717 III γερμΚΠολΔ, που ορίζει ότι όταν η (εξαφανισθείσα) προσωρινώς εκτελεστή απόφαση είχε εκδοθεί κατ' αντιμωλία από δευτεροβάθμιο δικαστήριο, ο επισπεύδων έχει την υποχρέωση να αποδώσει στον καθ' ου μόνο τον πλουτισμό που απέκτησε μέσω της αναγκαστικής εκτέλεσης. Για τη ιδιόρρυθμη νομική φύση τούτης της υποχρέωσης βλ. G. Götz, in: *MünchKommZPO* II⁶, 2020, § 717 αριθ. 28· *Hess*, in: *Wieczorek/Schütze-ZPO* VIII⁴, 2013 § 717 αριθ. 26.

66 RGZ 145, 328, 332· RGZ 60, 344, 346· RG JW 1933, 2057· *Henckel* (σημ. 6), σ. 256 επ., 265 επ.· *Konzen* (σημ. 48), σ. 161, 163 επ.· από την πρόσφατη βιβλιογραφία *Haertlein* (σημ. 64), σ. 359.

67 BGH NJW 1983, 232· BGH NJW 1988, 1269· *Böttcher*, *Prozeßrecht und materielles Recht*, ZZP 1972, 9 επ.· *Brox/Walker*, *Zwangsvollstreckungsrecht*¹², 2021, § 3 αριθ. 41· *Gaul/Schilken/Becker-Eberhard* (σημ. 18), § 15 αριθ. 7· G. Götz (σημ. 65), § 717 αριθ. 7· *Herget*, in: *Zöller-ZPO*³³, 2020, § 717 αριθ. 3· *Schilken*, *Grundfragen zum Schadensersatzanspruch nach § 945 ZPO*, TμΤ 50 Jahre BGH III, 2000, σ. 596 επ.· διαφορετικά *Baur/Stürner/Bruns* (σημ. 46), αριθ. 15.45: «Aufopferungsanspruch».

κού της απόφασης (*Tatbestandswirkung*) που εκδίδεται επί του ενδίκου μέσου⁶⁸, συναρτάται δε αποκλειστικά και μόνο με το διαπλαστικό αποτέλεσμα της απόφασης αυτής και συνεπώς ιδρύεται, ακόμη και όταν το ένδικο μέσο έγινε δεκτό για τυπικούς απλώς λόγους⁶⁹. Αν πάντως εξαιρέσει κανείς την § 717 γερμΚΠολΔ, καθώς και την αντίστοιχη ρύθμιση της § 945 γερμΚΠολΔ, που αναφέρεται στην περίπτωση εκτέλεσης απόφασης ασφαλιστικών μέτρων και μεταγενέστερης απόρριψης της αγωγής για την κύρια υπόθεση, το ζήτημα της ευθύνης του επισπεύδοντος δεν ρυθμίζεται ειδικότερα στο γερμανικό δίκαιο.

Κατά την κρατούσα στη γερμανική θεωρία και νομολογία γνώμη η § 717 γερμΚΠολΔ, μπορεί να εφαρμοσθεί κατ' αναλογία σε ορισμένες ακόμη περιπτώσεις εξαφάνισης ενός εκτελεστού τίτλου⁷⁰, όχι όμως και όταν μια δικαστική απόφαση, που έχει περιβληθεί την ισχύ του δεδικασμένου, εξαφανίζεται ύστερα από άσκηση «αναψηλάφησης» (*Wiederaufnahmeklage*) και οπωσδήποτε όχι, όταν η αναγκαστική εκτέλεση κηρύσσεται απαράδεκτη, επειδή ο καθ' ου προβάλλει με την «ανακοπή» της § 767 γερμΚΠολΔ βάσιμες αντιρρήσεις κατά της εκτελούμενης απαίτησης⁷¹. Σε όσες περιπτώσεις η εφαρμογή της § 717 γερμΚΠολΔ αποκλείεται, η ευθύνη του δανειστή που επέσπευσε άδικη εκτέλεση διέπεται από τις γενικές διατάξεις του γερμΑΚ περί αδικαιολόγητου πλουτισμού (§§ 812 επ.) και περί αδικοπραξιών (§§ 823 επ.). Όπως όμως προελέχθη, ήδη από τις αρχές της δεκαετίας του 1960 το γερμανικό Ακυρωτικό αναγόρευσε τη «διαδικαστική νομιμότητα» κάθε κρατικής διαδικασίας, της οποίας κάνει χρήση ο πολίτης που ζητεί έννομη προστασία, σε γενικό λόγο άρσης του αδίκου, ενώ με μεταγενέστερες αποφάσεις του διευκρίνισε ότι η τήρηση των διατυπώσεων του δικονομικού δικαίου περιβάλλει την αναγκαστική εκτέλεση με ένα «τεκμήριο ουσιαστικής νομιμότητας»⁷². Η λύση αυτή, που από πρακτική άποψη σήμαινε ότι η επίσπευση εκτέλεσης για μια ανύπαρκτη απαίτηση επισύρει αδικοπρακτική ευθύνη μόνο σε ακραίες περιπτώσεις δόλιας ανηθικότητας (§ 826 γερμΑΚ = ΑΚ 919)⁷³, δέχθηκε δριμύτατη κριτική από μεγάλη μερίδα της γερμανικής θεωρίας⁷⁴. Αντί ωστόσο να μεταστρέψει τη

68 Για τις «ενέργειες του πραγματικού» των δικαστικών αποφάσεων βλ. *Markoulakis*, *Die Betroffenheit Dritter von der Rechtskraft*, 2013, σ. 118 επ.

69 *G. Götz* (σημ. 65), § 717 αριθ. 14· *Lackmann*, in: *Musielak/Voit*, ZPO¹⁸, 2021, § 717 αριθ. 8.

70 *G. Götz* (σημ. 65), § 717 αριθ. 11· *Hess* (σημ. 65), § 717 αριθ. 47.

71 *G. Götz* (σημ. 65), § 717 αριθ. 12· *Hess* (σημ. 65), § 717 αριθ. 48· *Lackmann* (σημ. 69), § 717 αριθ. 7.

72 Ανωτέρω υπό II 2.

73 Έτσι και *A. Bergmann* (σημ. 36), AcP 2011, 815· *Haertlein*, in: *Kindl/Meller-Hannich*, *Gesamtes Recht der Zwangsvollstreckung*⁴, 2021, 9. Schwerpunktbeitrag αριθ. 10.

74 Από την παλαιότερη βιβλιογραφία βλ. ενδεικτικώς *Baur*, Anm. zu BGH 3. 10. 1961, JZ 1962, 95 επ.· *Becker-Eberhard*, *Grundlagen der Kostenerstattung bei der Verfolgung zivil-*

νομολογία του, όπως θα ήταν το εύλογο, το γερμανικό Ακυρωτικό διατήρησε το «τεκμήριο ουσιαστικής νομιμότητας» και επιχείρησε να αμβλύνει –ή μάλλον να παρακάμψει– τις συνέπειές του δεχόμενο ότι ο επισπεύδων άδικη εκτέλεση είναι δυνατόν να υπέχει (νόθο αντικειμενική) ευθύνη από θετική παράβαση προϋφιστάμενης ενοχής. Η νεότερη αυτή νομολογιακή θέση προσεγγίζει τη διδασκαλία του *G. Lüke*, που πριν από εικοσιπέντε περίπου χρόνια υποστήριξε ότι η έννομη σχέση της δίκης και η έννομη σχέση της αναγκαστικής εκτέλεσης είναι συγκρίσιμες προς τις σύνθετες (βασικές) ενοχικές σχέσεις⁷⁵ και μπορούν να θεμελιώνουν μεταξύ των διαδίκων υποχρεώσεις πρόνοιας, η υπαίτια παραβίαση των οποίων γεννά ευθύνη προς αποζημίωση κατά τις γενικές διατάξεις του ενοχικού δικαίου⁷⁶. Ενώ όμως ο *Lüke* ουδέποτε αμφισβήτησε ότι η δίκη και η αναγκαστική εκτέλεση συνιστούν δικονομικές έννομες σχέσεις, το γερμανικό Ακυρωτικό δέχεται ότι με την επίσπευση της αναγκαστικής εκτέλεσης ιδρύεται ανάμεσα στον επισπεύδοντα και τον καθ' ου μια ιδιαίτερη έννομη σχέση που διέπεται από το ιδιωτικό δίκαιο – μια θέση που αποκρούεται από το σύνολο σχεδόν των εκπροσώπων της θεωρίας⁷⁷. Κατόπιν τούτων οποιαδήποτε πρόβλεψη αναφορικά με την κατεύθυνση, προς την οποία θα κινηθεί στο μέλλον το γερμανικό Ακυρωτικό, φαίνεται επισφαλής. Αυτό ωστόσο που μπορεί να λεχθεί με σχετική βεβαιότητα είναι ότι οι λύσεις της γερμανικής νομολογίας εμφανίζουν προσώρας τόσο σοβαρές αντιφάσεις⁷⁸, ώστε η μεταφορά τους στο ελληνικό δίκαιο θα ήταν παρακινδυνευμένη.

rechtlicher Ansprüche, 1985, σ. 95 επ.· *Fenn*, Schadenshaftung aus unberechtigter Klage, ZHR 1969, 362 επ.· *K-J. Götz*, Zivilrechtliche Ersatzansprüche bei schädigender Rechtsverfolgung, 1989, σ. 140 επ., 142 επ.· *Hopt* (σημ. 23), σ. 236 επ.· *Henckel* (σημ. 6), σ. 292 επ.· *Weitnauer*, Schadensersatz aus unberechtigter Verfahrenseinleitung, AcP 1970, 449· *Zeiss*, Schadensersatzpflichten aus prozessuaem Verhalten, NJW 1967, 704.

75 Για την έννοια και τη σημασία της βασικής ενοχικής σχέσης βλ. *Σταθόπουλο* (σημ. 57), § 2 αριθ. 47 επ.

76 *G. Lüke*, Betrachtungen zum Prozeßrechtsverhältnis, ZZZ 1995, 441 επ., 450 επ.

77 Βλ. χαρακτηριστικώς *G. Lüke* (σημ. 76), 452: «Die vom BGH behauptete „gesetzliche Sonderbeziehung privatrechtlicher Art“ existiert nicht»· πρβλ. επίσης *Baur/Stürner/Bruns* (σημ. 46), αριθ. 5.15, 5.20· *Gaul/Schilken/Becker-Eberhard* (σημ. 18), § 8 αριθ. 22 επ., 26.

78 Έτσι και *Haertlein* (σημ. 73), αριθ. 11.

IV. Ακύρωση της εκτέλεσης ως προϋπόθεση για τη θεμελίωση του αδίκου;

1. Η αναγκαία διάκριση μεταξύ λόγου διάπλασης και διαπλαστικού αποτελέσματος

Κατά την εξέταση της ρύθμισης των άρθρων 940 §§ 1 και 2 ΚΠολΔ διαπιστώθηκε ότι η αναγκαστική εκτέλεση που επισπεύδεται δυνάμει έγκυρου εκτελεστού τίτλου για την «ικανοποίηση» κάποιου ανύπαρκτου δικαιώματος αποτελεί μία συμπεριφορά, που αντικειμενικά και ανεξάρτητα από την τυχόν μεταγενέστερη εξαφάνιση του τίτλου κρίνεται από την έννομη τάξη ως αποδοκιμαστέα⁷⁹. Η ίδια σκέψη δεν μπορεί παρά να ισχύει και για τις περιπτώσεις που εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής του άρθρου 940 § 3 ΚΠολΔ: Το άδικο της επισπευδόμενης εκτέλεσης δεν θεμελιώνεται στη δικαστική απόφαση που ακυρώνει αμετάκλητα την εκτέλεση αλλά προϋπάρχει αυτής και αποτελεί στην πραγματικότητα τον λόγο που δικαιολογεί την ευδοκίμηση της ανακοπής του καθ' ου. Για αυτό και η ορθή καθ' εαυτήν επισήμανση ότι κανένας δεν επιτρέπεται να επικαλείται την ακυρότητα της εκτελέσεως χωρίς προηγούμενη ακύρωσή της είναι αμφίβολο αν μπορεί να προσφέρει αποφασιστικό επιχείρημα κατά της αρεοπαγίτικης λύσεως. Πράγματι, η αδυναμία επίκλησης ενός διαπλαστικού αποτελέσματος, που δεν έχει ακόμη επέλθει, δεν σημαίνει συγχρόνως και αδυναμία επίκλησης των λόγων που δικαιολογούν την διάπλαση προς το σκοπό θεμελίωσης άλλων εννόμων συνεπειών⁸⁰. Γίνεται έτσι γενικά δεκτό ότι ο συμβαλλόμενος, που κατά την κατάρτιση ορισμένης σύμβασης εξαπατήθηκε από τον αντισυμβαλλόμενό του, εμποδίζεται μετά την άπρακτη παρέλευση της διετούς αποσβεστικής προθεσμίας του άρθρου 157 ΑΚ να ασκήσει αγωγή ακυρώσεως, διατηρεί ωστόσο τη δυνατότητα να επικαλεστεί την απάτη που τελέσθηκε σε βάρος του, προκειμένου να θεμελιώσει αποζημιωτικές αξιώσεις κατά τις διατάξεις για τις αδικοπραξίες (ΑΚ 914 σε συνδ. με ΠΚ 386, ΑΚ 919· πρβλ. και ΑΚ 937 σε συνδ. με ΠΚ 111 ως προς τον χρόνο παραγραφής)⁸¹. Κατά τον ίδιο λοιπόν λόγο, ο καθ' ου η εκτέλεση, ο οποίος παρέλειψε να ασκήσει την ανακοπή του άρθρου 933 εντός των προθεσμιών του άρθρου 934 ΚΠολΔ, εμποδίζεται ασφαλώς να αμφισβητήσει το κύρος της επισπευσθείσας εκτέλεσης, δεν εμποδίζεται όμως να εγείρει αποζημιωτικές αξιώσεις επικαλούμενος την ανυπαρξία της απαίτησης του επισπεύδοντος. Η αντίθετη γνώμη, αν και υιοθετείται από σημαντική μερίδα της θεωρίας, δεν μπορεί να θεωρηθεί ακριβής, καθώς συγχέει δύο διακριτά μεγέθη, ήτοι τη δι-

79 Ανωτέρω υπό ΙΙΙ 3.

80 Εγγύτερα επ' αυτού *Schlosser*, *Gestaltungsklagen und Gestaltungsurteile*, 1966, σ. 124 επ., ιδίως 131.

81 *Ανγουστιανάκης*, in: ΑΚ-Γεωργιάδη/Σταθόπουλου I-B², 2016, άρθρ. 156-157 αριθ. 29.

καστική διάπλωση (: ακύρωση της εκτέλεσης ύστερα από άσκηση ανακοπής) και το λόγο αυτής (: ανυπαρξία εκτελούμενης απαίτησης).

Η σύγχυση καθίσταται έκδηλη, όταν για παράδειγμα λέγεται ότι «στη δίκη της αποζημίωσης θα πρέπει να κρίνεται ως παρεμπίπτον ζήτημα και το κύρος της συγκεκριμένης διαδικαστικής πράξης της αναγκαστικής εκτέλεσης, συνεπεία της οποίας προκλήθηκε η προς αποκατάσταση ζημία του οφειλέτη»⁸² ή ότι «δεν νοείται» άδικη εκτέλεση χωρίς προηγούμενη ακύρωση της, «αν μη τι άλλο διότι ελλείπει η αιτιώδης συνάφεια ανάμεσα σε ζημία και νόμιμο λόγο ευθύνης»⁸³. Εφόσον το «έγκυρον» αφενός και το «δίκαιον ή άδικον» αφετέρου αποτελούν διαφορετικές βαθμίδες αξιολογήσεως των διαδικαστικών πράξεων, είναι κάλλιστα δυνατόν μια (δικονομικά) έγκυρη εκτέλεση να κρίνεται ως (ουσιαστικά) άδικη. Και τούτο, διότι ενώ η ασφάλεια και η προβλεψιμότητα της εκτελεστικής διαδικασίας επιτάσσουν τη θεραπεία των δικονομικών ακυροτήτων, που δεν προβλήθηκαν εγκαίρως με την ανακοπή του άρθρου 933 ΚΠολΔ, το ουσιαστικό δίκαιο μας επιβάλλει να χαρακτηρίζουμε ως άδικη την εκτέλεση που επισπεύσθηκε παρά την ανυπαρξία της εκτελούμενης αξίωσης, ακόμη και αν οι προθεσμίες του άρθρου 934 § 1 ΚΠολΔ έχουν παρέλθει άπρακτες. Η άπρακτη παρέλευση των δικονομικών αυτών προθεσμιών μπορεί λοιπόν να θεραπεύει τη δικονομική ακυρότητα, δεν αίρει όμως την αντικειμενική απαξία που επισύρει η επίσπευση αναγκαστικής εκτέλεσης για κάποια ανύπαρκτη απαίτηση⁸⁴. Άλλωστε η άδικη πράξη, η οποία οδηγεί στην ίδρυση των αποζημιωτικών αξιώσεων του καθ' ου, δεν είναι κάποια από τις διαδικαστικές πράξεις που τελούν τα όργανα εκτελέσεως και προσβάλλονται συνήθως με την ανακοπή του άρθρου 933 ΚΠολΔ, διότι τα όργανα αυτά δεν ενεργούν ως προστηθέντες του επισπεύδοντος αλλά ως «όργανα της πολιτείας» που ασκούν δημόσια εξουσία⁸⁵. Κατά νομική ακριβολογία άδικη πράξη είναι η ίδια η εντολή που ο επισπεύδων απευθύνει προς τα όργανα της εκτέλεσης παρά την ανυπαρξία της ενσωματούμενης στον τίτλο αξίωσης (ή σε περίπτωση μεταγενέστερης απόσβεσης της αξίωσης αυτής η παράλειψη του επισπεύδοντος να ανακαλέσει τη σχετική εντολή)⁸⁶. Καθώς μάλιστα η εντολή αυτή θέτει σε κίνηση μια διαδικασία που από τη φύση της συνεπάγεται βίαιες επεμβάσεις σε απόλυτες έννομες θέσεις, φαίνεται δύσκολο να υποστηριχθεί γενικά ότι ανάμεσα στην επίσπευση άδικης εκτέλεσης και στην ζημία του καθ' ου ελλείπει ο αιτιώδης σύνδεσμος και μόνο καταχρηστικά⁸⁷ θα μπορούσε να γίνει λόγος για «διακοπή» του αιτιώ-

82 Έτσι Καλαβρός (σημ. 42), σ. 96 επ.

83 Απαλαγάκη (σημ. 4), σ. 139.

84 Έτσι και Διαμαντόπουλος (σημ. 52), σ. 47, 48· ο ίδιος, (σημ. 54), ΕΠολΔ 2020, 255.

85 Γενική σήμερα γνώμη για την οποία βλ. ενδεικτικώς Γέσιου-Φαλτσή (σημ. 3), § 31 αριθ. 9 επ· Νίκα (σημ. 4), § 2 αριθ. 48 επ· Νικολόπουλο (σημ. 46), σ. 152 επ.

86 Henckel (σημ. 6), σ. 253· πρβλ. και Haertlein (σημ. 64), σ. 26 επ, 28.

87 Επ' αυτού βλ. εγγύτερα Ποδηματά, Δεδικασμένο Ι, 2002, σ. 278 σημ. 552 μ.π.π.

δους συνδέσμου, σε όσες περιπτώσεις η παράλειψη του καθ' ου να ασκήσει την ανακοπή του άρθρου 933 ΚΠολΔ μπορεί να αποδοθεί σε συντρέχον πταίσμα του (ΑΚ 300)⁸⁸.

2. Οι λύσεις του γερμανικού δικαίου

Παρατηρήθηκε σε προηγούμενο σημείο ότι στο γερμανικό δίκαιο η νομοθετική ρύθμιση της αποζημιωτικής ευθύνης του επισπεύδοντος είναι ατελής και ανεπιτυχής, η δε νομολογιακή αντιμετώπισή της αντιφατική⁸⁹. Μεγαλύτερη συνέπεια και δυνητικά μεγαλύτερο ενδιαφέρον για το ελληνικό δίκαιο εμφανίζουν οι θέσεις της γερμανικής νομολογίας αναφορικά με τη δυνατότητα του καθ' ου να ασκήσει την λεγόμενη «παρατεταμένη ανακοπή (αγωγή) της § 767 γερμΚΠολΔ» (*verlängerte Vollstreckungsabwehrklage*)⁹⁰. Ο όρος «παρατεταμένη ανακοπή» –γέννημα μάλλον της γερμανικής δικηγορικής πρακτικής⁹¹– είναι παραπλανητικός, καθώς δεν αναφέρεται σε κάποια δίκη περί την εκτέλεση αλλά σε μία συνήθη αγωγή, που ασκεί ο καθ' ου εναντίον του επισπεύδοντος μετά το πέρας της εκτελεστικής διαδικασίας. Με την αγωγή αυτή, που στηρίζεται στις γενικές διατάξεις του γερμΑΚ περί αδικαιολόγητου πλουτισμού ή –σπανιότερα– περί αδικοπραξιών, ο καθ' ου ισχυρίζεται ότι η ενσωματούμενη στον εκτελεστό τίτλο απαίτηση ήταν ανύπαρκτη και ζητεί για το λόγο αυτό από τον επισπεύδοντα να του αποδώσει ό,τι απέκτησε από την άδικη εκτέλεση ή και να αποκαταστήσει τη ζημία που παράνομα του προκάλεσε. Η παράλειψη του καθ' ου η εκτέλεση να ασκήσει τη συνήθη “ανακοπή” δεν εμποδίζει την άσκηση της «παρατεταμένης ανακοπής»⁹², είναι εντούτοις δυνατόν να αξιολογηθεί από το δικαστή ως συντρέχον πταίσμα και να οδηγήσει σε επιδίκαση μειωμένου ποσού αποζημίωσης (§ 254 γερμΚΠολΔ)⁹³. Εάν πάλι ο καθ' ου άσκησε τη συνήθη “ανακοπή” και οι αντιρρήσεις του κρίθηκαν αβάσιμες, τότε αυτός δεν επιτρέπεται μεν να επαναφέρει τις ίδιες αντιρρήσεις στο πλαίσιο της αποζημιωτικής δίκης⁹⁴, μπορεί όμως να στηρίξει την «παρατεταμένη ανακοπή» σε διαφορετικούς λόγους, χωρίς να εμποδίζεται σε τούτο από

88 Πρβλ. *Μιχαηλίδου* (σημ. 3), ΧρΙΔ 2010, 249.

89 Ανωτέρω υπό ΙΙΙ 4.

90 *Münzberg*, in: Stein/Jonas-ZPO VII²², § 767 αριθ. 56 επ.· *K. Schmidt/Brinkmann*, in: Münch-KommZPO II⁶, 2020, § 767 αριθ. 21· *Spohnheimer*, in: Wiczorek/Schütze-ZPO VIII⁴, 2013 § 767 αριθ. 29.

91 Για την πιθανή προέλευση του όρου βλ. *Eckardt*, Die “verlängerte Vollstreckungsabwehrklage”, ΤιμΤ Pekcanitez ΙΙΙ, 2015, σ. 2181 επ.· πρβλ. και *Münzberg* (σημ. 90), § 767 αριθ. 56.

92 BGH NJW 1993, 3320· *Münzberg* (σημ. 90), § 767 αριθ. 56.

93 Έτσι *Münzberg* (σημ. 90), § 767 αριθ. 56· *Spohnheimer* (σημ. 90), § 767 αριθ. 29· πρβλ. *K. Schmidt/Brinkmann* (σημ. 90), § 768 αριθ. 13.

94 *K. Schmidt/Brinkmann* (σημ. 90), § 767 αριθ. 21, 101· *Spohnheimer* (σημ. 90), § 767 αριθ. 29.

την § 767 III γερμΚΠολΔ, που καθιερώνει σύστημα συγκεντρώσεως αντίστοιχο προς αυτό του άρθρου 935 ΚΠολΔ. Και τούτο, διότι κατά την αιτιολογική έκθεση του ΣχεδΓερμΚΠολΔ η υποχρεωτική σώρευση (*Bündelungsgebot*) όλων των ενστάσεων, τις οποίες είναι σε θέση να προβάλει κατά της εκτελούμενης απαίτησης ο καθ' ου με τη συνήθη “ανακοπή”, σκοπό έχει να διασφαλίσει απλώς την «ενέργεια της εκτέλεσης» και όχι να δυσχεράνει την επάνοδο του καθ' ου με αυτοτελή αγωγή μετά το πέρας της εκτελεστικής διαδικασίας⁹⁵. Το δίκαιο της αναγκαστικής εκτέλεσης, επισημαίνεται συναφώς, αποσκοπεί στην ταχεία και αποτελεσματική αναγκαστική πραγμάτωση του περιεχομένου του εκτελεστού τίτλου και δεν επιτρέπεται να λειτουργεί ως μηχανισμός «οριστικής αναδιανομής αγαθών» κατά παραθεώρηση του ουσιαστικού δικαίου⁹⁶. Για αυτό άλλωστε και η ριζοσπαστική θέση του *H. Böhm*, κατά τον οποίο η δημόσια φύση της αναγκαστικής εκτέλεσης επιβάλλει *de lege lata* τη θωράκισή της από μία δεσμευτική δύναμη αντίστοιχη προς το δεδικασμένο (*Vollstreckungskraft*)⁹⁷, αποκρούεται σύσσωμα από τη σύγχρονη γερμανική θεωρία⁹⁸.

V. Επίμετρο

Οι αναπτύξεις που προηγήθηκαν οδηγούν στο εξής συμπέρασμα: Ενώ η νομιμότητα των πράξεων των οργάνων της αναγκαστικής εκτέλεσης κρίνεται κατά την αρχή της τυπικότητας με μέτρο τους κανόνες του δικονομικού δικαίου, η διαδικαστική νομιμότητα της επισπευδόμενης εκτέλεσης δεν απαλλάσσει τον δανειστή από την υποχρέωση να συμπεριφέρεται απέναντι στον οφειλέτη κατά τρόπο σύμφωνο προς τις επιταγές του ουσιαστικού δικαίου. Κατά συνέπεια η επίσπευση αναγκαστικής εκτέλεσης για κάποια ανύπαρκτη αξίωση

95 *Hahn*, Die gesamten Materialien zur CPO II/1, 1880, σ. 437: «Die Nothwendigkeit der Kumulierung...[sichert] die Energie der Vollstreckung».

96 Έτσι πρώτος ο *Gaul*, Rezension zu: Böhm, Ungerechtfertigte Zwangsvollstreckung und materielle Ausgleichsansprüche, AcP 173 (1973), 340: «Das Zwangsvollstreckungsrecht hat eben nicht die Aufgabe einer endgültigen Güterverteilung»· ομοίως BGH 2. 4. 2001, NJW-RR 2001, 1451· *Bartels*, Der bereicherungsrechtliche Behaltensgrund des Gläubigers im Vollstreckungs- und Insolvenzrecht, AcP 221 (2021), 331· *Gruber*, in: MünchKommZPO II⁶, 2020, § 804 αριθ. 40· *Lakkis*, Präklusion von Einwendungen aus zivilrechtlichen Ausgleichsansprüchen analog § 767 III ZPO?, ZZP 119 (2006), 446· *Ullenboom*, Die verlängerte Titelgegenklage, JuS 2021, 35.

97 *H. Böhm*, Ungerechtfertigte Zwangsvollstreckung und materiellrechtliche Ausgleichsansprüche, 1971, σ. 44 επ., 48 επ., 85 επ.

98 Βλ. ενδεικτικώς *Bartels* (σημ. 96), AcP 221 (2021), 318, 331· *Brox/Walker* (σημ. 67), § 16 αριθ. 28· *Eckardt* (σημ. 91), σ. 2180· *Gerlach*, Ungerechtfertigte Zwangsvollstreckung und ungerechtfertigte Bereicherung, 1986, σ. 14 επ.· *K.-J. Götz* (σημ. 73), σ. 70· *Haertlein* (σημ. 64), σ. 474· επίσης τη διεξοδική βιβλιοκρισία της διατριβής του *Böhm* από τον *Gaul* (σημ. 96), AcP 173 (1972), 323 επ.

αποτελεί άδικη πράξη ανεξάρτητα από το αν έχει χωρήσει αμετάκλητη ακύρωσή της. Αυτή ακριβώς είναι η αφετηρία από την οποία εκκινεί ο *τιμώμενος καθηγητής* στην προαναφερθείσα μελέτη του, όπου ανατρέχοντας στις προπαρασκευαστικές εργασίες του ΚΠολΔ διαπιστώνει ότι ο εισηγητής του δικαίου της αναγκαστικής εκτέλεσης *Εμμ. Μιχελάκης* θεωρούσε ότι η αναγκαστική εκτέλεση, η οποία «*εγένετο καίτοι μη υφισταμένης απαιτήσεως προς ικανοποίησιν αυτής*» είναι πράξη παράνομη κατά την έννοια του άρθρου 914 ΑΚ⁹⁹. Για το λόγο αυτό η σχέση των δύο διατάξεων αντιμετωπίζεται στην μελέτη του *τιμώμενου καθηγητή* ως ένα πρόβλημα συρροής κανόνων δικαίου, δοθέντος ότι «*συρροή... υπάρχει όταν το ίδιο πραγματικό περιστατικό υπάγεται σε δύο ή περισσότερους κανόνες δικαίου*»¹⁰⁰. «*Η νομοτυπική υπόσταση του άρθρ. 940 § 3 ΚΠολΔ*», διαβάξει στη συνέχεια ο αναγνώστης, «*χρησιμοποιώντας περιγραφικά και εύκολα αντιληπτά νοήματα*» εισάγει ένα ειδικότερο «*κριτήριο διαπιστώσεως της αποδοκιμαστέας συμπεριφοράς του επισπεύδοντα*», γεγονός που επιτρέπει τη θεώρηση της ως *lex specialis* σε σχέση με την γενική διάταξη του άρθρου 914 ΑΚ¹⁰¹. Προς την ίδια κατεύθυνση κινούνται και άλλοι συγγραφείς, οι οποίοι κάνουν λόγο για σχέση ειδικού προς γενικό πραγματικό¹⁰². Το δυσχερές ζήτημα αν η σχέση αυτή έχει ως συνέπεια ότι η διάταξη του άρθρου 940 § 3 ΚΠολΔ αποκλείει την προσφυγή στη γενική αδιοπρακτική ρήτρα του άρθρου 914 ΑΚ, όπως υποστηρίζει ο *τιμώμενος καθηγητής*¹⁰³, θα πρέπει στο σημείο αυτό να μείνει ανοιχτό. Η παρούσα συμβολή θα έχει επιτύχει το μετριοπαθή στόχο της, εάν μπόρεσε να καταδείξει τούτο: Ότι αντιμετωπίζοντας τη σχέση των άρθρων 940 § 3 ΚΠολΔ και 914 ΑΚ ως ένα πρόβλημα συρροής κανόνων δικαίου ο *τιμώμενος καθηγητής* έθεσε τις βάσεις για την ορθή προσέγγιση του ζητήματος.

99 *Μανιώτης* (σημ. 7) ΧρΙΔ 2014, 722.

100 *Μανιώτης* (σημ. 7) ΧρΙΔ 2014, 721.

101 *Μανιώτης* (σημ. 7) ΧρΙΔ 2014, 722.

102 *Καλαβρός* (σημ. 42), σ. 153 επ.· *Π. Παπανικολάου* (σημ. 4), αριθ. 147.

103 *Μανιώτης* (σημ. 7) ΧρΙΔ 2014, 722 επ.

Σκέψεις περί της έννοιας του εγγράφου κατά το άρθρο 544 αριθ. 7 ΚΠολΔ¹

Μιχαήλ Γ. Μαρκουλάκης

Δικηγόρος Δ.Ν.

Ι. Εισαγωγικές παρατηρήσεις

Ο εκ του άρθρου 544 αριθ. 7 ΚΠολΔ λόγος αναψηλάφησης έχει επανειλημμένως χαρακτηριστεί τόσο στην ελληνική² όσο και στην αλλοδαπή βιβλιογραφία³ ως ο εξ απόψεως πρακτικής εφαρμογής πιο σημαντικός λόγος αναψηλάφησης. Κεντρική έννοια, πάνω στην οποία δομείται, και βασική του προϋπόθεση είναι το έγγραφο. Αναφορικά με το έγγραφο ως προϋπόθεση του άρθρου 544 αριθ. 7 ΚΠολΔ επικρατεί στην ελληνική νομολογία ομοφωνία. Κατά την στερεοτύπως επαναλαμβανόμενη από τα δικαστήρια διατύπωση, η διάταξη προϋποθέτει έγγραφο από το οποίο «προκύπτει αμέσως και πλήρως απόδειξη ή ανταπόδειξη ουσιώδους πραγματικού ισχυρισμού που είχε προβληθεί στην διεξαχθείσα δίκη».⁴ Η ίδια θέση επικρατεί και στην ημεδαπή θεωρία.⁵

Κατά συνεπή εφαρμογή της κρατούσας αυτής άποψης, το πεδίο του άρθρου 544 αριθ. 7 ΚΠολΔ εμφανίζεται περιορισμένο.⁶ Τον εξεταζόμενο λόγο αναψηλάφησης μπορούν να θεμελιώσουν τα δημόσια και ιδιωτικά έγγρα-

1 Η μελέτη αυτή αποτελεί ανεπτυγμένο τμήμα εισήγησής μου στο πλαίσιο επιμορφωτικής διημερίδας της Εθνικής Σχολής Δικαστικών Λειτουργιών με θέμα «Ένδικα μέσα κατά τον ΚΠολΔ», που έλαβε χώρα στις 21-22.01.2021. Αφιερώνεται με σεβασμό στον Καθηγητή κ. Δημήτριο Μανιώτη.

2 Καργάδος, Δ 1979.25· Ορφανίδης, ΕλλΔνη 2002.959· ο ίδιος, τιμ. Τόμ. Μπέη V, σ. 4477· Νίκας, ΠολΔ 3, § 116 αριθ. 45· Πανταζόπουλος, Ένδικα μέσα και ανακοπές, 2020, σ. 150· Κεραμεύς/Κονδύλης/Νίκας (-Πανταζόπουλος)², άρθρ. 544 αριθ. 32.

3 Βλ. ενδεικτικά Schilken, ZPR⁷, αριθ. 1056.

4 Βλ. εντελώς ενδεικτικά από την πιο πρόσφατη νομολογία ΑΠ 1292/2018, ΑΠ 1812/2017, ΑΠ 1169/2017, όλες στην ιστοσελίδα «www.areiospagos.gr» περαιτέρω ΕφΑθ 672/2020, ΕλλΔνη 2020.1696, παρατ. Σκόντζου.

5 Μακρίδου, Αρμ 1981.829· η ίδια, Μελέτες Αστικού Δικονομικού και Διεθνούς Δικονομικού Δικαίου 1, 2010, σ. 292-293· Αρβανιτάκης, Ζητήματα αποδεικτικών εγγράφων, 1992, σ. 123· Ορφανίδης, ΕλλΔνη 2002.973, 978· Κεραμεύς/Κονδύλης/Νίκας (-Μαργαρίτης)¹, άρθρ. 544 αριθ. 22· Νίκας, ΠολΔ 3, § 116 αριθ. 48.

6 Βλ. έτσι Πανταζόπουλο, Αναψηλάφηση της απόφασης λόγω ανεύρεσης νέου εγγράφου, 2005, σ. 71.

φα, τα οποία κατά τους ορισμούς αντιστοίχως των άρθρων 438-441 και 445 ΚΠολΔ παράγουν πλήρη απόδειξη. Αντίθετα, κάθε είδους έγγραφα που εκτιμώνται ελεύθερα, για παράδειγμα τα έγγραφα μαρτυρίας που εκτιμώνται ως δικαστικά τεκμήρια⁷ καθώς και τα μη πληρούντα τους όρους του νόμου έγγραφα, δεν καλύπτονται από το άρθρο 544 αριθ. 7 ΚΠολΔ και δεν μπορούν να στηρίζουν αναψηλάφηση.

Εγγύτερη παρατήρηση κλονίζει ωστόσο αυτήν την εκ πρώτης όψεως εικόνα. Αποκαλύπτει ότι η υιοθέτηση από τα ελληνικά δικαστήρια της παραπάνω αυστηρής διατύπωσης είναι στην πραγματικότητα μάλλον φαινομενική. Τα δικαστήρια, αν και στερεοτύπως διατυπώνουν με αυστηρότητα τις προϋποθέσεις του άρθρου 544 αριθ. 7 ΚΠολΔ, δεν διστάζουν να τις παρακάμψουν ή, εν πάση περιπτώσει, δεν επιμένουν σε αυτές με σχολαστικότητα, στις – πάντως σπάνιες – περιπτώσεις, στις οποίες το προσκομιζόμενο από τον αιτούντα την αναψηλάφηση έγγραφο δεν καταλείπει στο δικαστήριο αμφιβολία ότι η προσβαλλόμενη απόφαση είναι πράγματι εσφαλμένη. Διαφωτιστικό είναι το πραγματικό που απασχόλησε την ΑΠ 744/2009.⁸ Το δικαστήριο της ουσίας δέχτηκε την αίτηση αναψηλάφησης επί τη βάση μίας «απόδειξης παροχής υπηρεσιών» και ενός «εγγράφου-απάντησης» του υποκαταστήματος ΕΛΤΑ, με τη σκέψη ότι από τα έγγραφα αυτά «αποδεικνύεται πέραν πάσης αμφιβολίας» ότι η εναγομένη (και καθής η αίτηση αναψηλάφησης) «δεν είχε μισθώσει ούτε διατηρούσε τη θυρίδα [...] στο κεντρικό κατάστημα των ΕΛΤΑ [...] καθώς και ότι αυτή είχε δώσει, με το νόμιμο εκπρόσωπό της, σχετική εντολή προς τα ΕΛΤΑ να προωθούν την αλληλογραφία της, άρα και την επίμαχη συστημένη επιστολή (*scil.* της ενάγουσας), στην άνω ταχυδρομική θυρίδα, την οποία δεν είχε μισθώσει αυτή αλλά άλλη εταιρεία». Το δικαστήριο δεν φαίνεται να απασχολήθηκε ιδιαίτερα με το ερώτημα, αν τα έγγραφα αυτά παράγουν πλήρη απόδειξη, ούτε προβληματίστηκε από το ότι το αποδεικτέο γεγονός, δηλαδή το γεγονός ότι η επιστολή δεν περιήλθε εγκαίρως στην εναγομένη, μόνο εμμέσως αποδεικνύεται από αυτά. Από την αιτιολόγηση της απόφασης προκύπτει πως το δικαστήριο της ουσίας θεώρησε αρκετό ότι τα έγγραφα αυτά το έπειθαν για το εσφαλμένο της προσβαλλόμενης απόφασης. Ο Άρειος Πάγος απέρριψε την ασκηθείσα αίτηση αναίρεσης και επικύρωσε την απόφαση του δικαστηρίου της ουσίας, κρίνοντας ότι οι αιτιολογίες της ήταν σαφείς, πλήρεις και χωρίς αντιφάσεις.

Παραδείγματα, όπως το παραπάνω, αποκαλύπτουν ότι η νομολογία, αν και παγίως οριοθετεί με αυστηρότητα την έννοια του εγγράφου κατά το άρθρο

7 Πέραν, βέβαια, των δημοσίων εγγράφων μαρτυρίας, που υπό τους όρους των άρθρων 438, 440 ΚΠολΔ παράγουν πλήρη απόδειξη (βλ. και κατωτ. υπό ΙΙΙ 3γ).

8 Δημοσιευμένη στην ιστοσελίδα «www.areiospagos.gr».

544 αριθ. 7 ΚΠολΔ, μοιάζει τελικά κατά την πρακτική εφαρμογή της διάταξης να μην ικανοποιείται από την αυστηρή αυτή οριοθέτηση. Δίνει την εντύπωση ότι η ίδια την αντιλαμβάνεται στην πράξη ως υπέρμετρα περιοριστική. Προς την ίδια κατεύθυνση εκφράζεται και στη θεωρία κριτική κατά της κρατούσας άποψης. Υποστηρίζεται ότι ως έγγραφο υπό την έννοια του άρθρου 544 αριθ. 7 ΚΠολΔ θα πρέπει να θεωρείται κάθε αποδεικτικό έγγραφο, ανεξαρτήτως αν παράγει ή όχι πλήρη απόδειξη.⁹ Με αφετηρία τις παρατηρήσεις αυτές, επιχειρούνται στις γραμμές που ακολουθούν κάποιες σύντομες σκέψεις σε σχέση με την έννοια του εγγράφου στο πεδίο του εκ του άρθρου 544 αριθ. 7 ΚΠολΔ λόγου αναψηλάφησης.

II. Οι προσπάθειες δικαιολόγησης του περιορισμού στο έγγραφο

Η αποδοχή της κρατούσας ή της αντίθετης, μειοψηφούσας στην ελληνική βιβλιογραφία, άποψης προϋποθέτει ασφαλώς τον εντοπισμό της τελολογίας του άρθρου 544 αριθ. 7 ΚΠολΔ. Προϋποθέτει ειδικότερα την εξακρίβωση του λόγου, για τον οποίο η δυνατότητα της αναψηλάφησης περιορίζεται μόνο στο έγγραφο. Στη γερμανική βιβλιογραφία διαπιστώνεται χαρακτηριστικά ότι το νόημα του περιορισμού αυτού στην αντίστοιχη § 580 αριθ. 7b ZPO παραμένει σκοτεινό¹⁰ και υποδεικνύεται ως εύστοχη¹¹ η παρατήρηση του Reichsgericht ότι είναι αυθαίρετη η προτίμηση των εγγράφων από τον νομοθέτη.¹²

9 Έτσι ο Πανταζόπουλος, Αναψηλάφηση, ό.π. (σημ. 6), σ. 71 επ. Βλ. προς την ίδια κατεύθυνση υπό το προϋσχόντα δικαιο *Ευκλείδη/Παπαδόπουλο*, Ερμηνεία ΠολΔ II, § 273 σημ. 9 σ. 484· *Glasson/Tissier/Morel/Ράμμο*, Σύστημα IV, § 920β σ. 586. Βλ. περαιτέρω και *Μπέη*, Οι λόγοι αναψηλάφησης και η ερμηνευτική διεύρυνσις αυτών, 1966, σ. 98-99, σ. 219-221, ο οποίος (βλ. ιδίως σ. 221) φαίνεται να αποβλέπει τελικά όχι στην ιδιαίτερη αποδεικτική δύναμη των εγγράφων καθ' εαυτήν, αλλά, βαθύτερα, στην αξιοπιστία τους, επί της οποίας ερείδεται η αποδεικτική αυτή δύναμη και η οποία καθιστά προφανές το εσφαλμένο της βάσης της απόφασης. Με αφετηρία τη θέση αυτή οδηγείται ο *Μπέης*, για παράδειγμα, στο συμπέρασμα ότι και το έγγραφο που περιέχει εξώδικη ομολογία, αν και ως προς το περιεχόμενό του (το περιεχόμενο της ομολογίας) εκτιμάται ελεύθερα, «καθιστά προφανή για τον καθένα τη συνδρομή του ομολογούμενου γεγονότος» (βλ. *Μπέη*, Πολιτική Δικονομία 9, άρθρ. 544, σ. 2032). Η θέση αυτή, ότι αρκούν και έγγραφα ελευθέρως εκτιμώμενα, κρατεί απολύτως στη γερμανική νομολογία (βλ. ενδεικτικά BGH, NJW-RR 1991.380· BGH, NJW 1984.2631· BGH, NJW 1980.1000· βλ. περαιτέρω παραπομπές σε MünchKommZPO⁶/Braun/Heiβ, § 580 αριθ. 49) και είναι διάχυτη και στη γερμανική θεωρία (βλ. MünchKommZPO⁶/Braun/Heiβ, § 580 αριθ. 49, ό.π.π.· περαιτέρω Zöller/Greger, ZPO³³, § 580 αριθ. 16· Prütting/Gehrlein/Meller-Hannich, ZPO¹², § 580 αριθ. 14).

10 Έτσι MünchKommZPO⁶/Braun/Heiβ, § 580 αριθ. 47· βλ. περαιτέρω προς την ίδια κατεύθυνση και Musielak/Voit/Musielak, ZPO¹⁸, § 580 αριθ. 15· πιο επιφυλακτική η Würthwein, ZJP 1999.454 («auf den ersten Blick willkürlich»).

11 MünchKommZPO⁶/Braun/Heiβ, § 580 αριθ. 47.

12 Βλ. έτσι RGZ 14.330 επ.

1. Προπαρασκευαστικές εργασίες του ΚΠολΔ και της ΖΡΟ

Η αναδρομή στις προπαρασκευαστικές εργασίες του ΚΠολΔ δεν διαφωτίζει. Σε σχέση με το ζήτημα, αν θα έπρεπε, κατά το πρότυπο αλλοδαπών νομοθεσιών, αναψηλάφηση να θεμελιώνει η ανεύρεση οποιουδήποτε αποδεικτικού μέσου (και όχι μόνο εγγράφου), η Συντακτική Επιτροπή περιορίστηκε στη διαπίστωση ότι έτσι θα διευρύνονταν επικίνδυνα οι λόγοι αναψηλάφησης.¹³ Προτίμησε με τη σκέψη αυτή να μην απομακρυνθεί ως προς το σημείο αυτό από τη ρύθμιση του άρθρου 785 αριθ. 6 της προϊσχύσασας ΠολΔ.

Ελάχιστα διαφωτιστική είναι και η σχετική αιτιολόγηση στις προπαρασκευαστικές εργασίες της γερμανικής ΖΡΟ. Οι συντάκτες της έκαναν ειδική αναφορά στο αποδεικτικό μέσο των μαρτύρων και το αντιπαρέβαλαν προς το έγγραφο, επιχειρώντας να δικαιολογήσουν τη διαφοροποίησή τους από κωδικοποιήσεις, όπως η Δικονομία του Βασιλείου της Βυρτεμβέργης (άρθρ. 753 αριθ. 6) και η πρωσική AGO (16. Titel, § 26), που επέτρεπαν –έστω κατ’ εξαίρεση– την «αγωγή αποκατάστασης» (Restitutionsklage) σε περίπτωση ανεύρεσης νέου μάρτυρα. Επισήμαναν ότι οι νέοι μάρτυρες δεν εξισώνονται με τα έγγραφα, γιατί τα έγγραφα «τόσο για την απόδειξη όσο και για τη συναγωγή του προς απόδειξη γεγονότος έχουν εξέχουσα σημασία».¹⁴

2. Η σχετική συζήτηση στη βιβλιογραφία

Στη βιβλιογραφία –τόσο την ελληνική όσο και τη γερμανική– μπορούν να διακριθούν δύο βασικές προσεγγίσεις αναφορικά με την τελολογία του περιορισμού του εξεταζόμενου λόγου αναψηλάφησης στο έγγραφο.

α) Η θεωρία της «αποδεικτικής ασφάλειας»

Η πρώτη προσέγγιση εντοπίζει το κρίσιμο, ειδοποιό στοιχείο στην ιδιαίτερη αποδεικτική δύναμη, που ο ίδιος ο νόμος αναγνωρίζει στο έγγραφο ως αποδεικτικό μέσο. Κατά την αντίληψη αυτή ο δικονομικός νομοθέτης απέβλεψε στην εκ του νόμου πλήρη αποδεικτική δύναμη των εγγράφων και εξαιτίας αυτής περιόρισε το πεδίο του σχετικού λόγου αναψηλάφησης σε αυτά.¹⁵ Στη Γερμανία από τη θέση αυτή εκκινεί η θεωρία της «αποδεικτικής ασφάλειας» («Theorie der Beweissicherheit»)¹⁶, την οποία θεμελίωσε στην κλασική διδα-

13 Έτσι ο εισηγητής των διατάξεων περί ενδίκων μέσων του Σχεδίου ΚΠολΔ, Γεώργιος Ράμμος (ΣχΚΠολΔ ΙΙΙ, σ. 94), τη θέση του οποίου αποδέχτηκαν με την ίδια αιτιολόγηση και τα υπόλοιπα μέλη της Συντακτικής Επιτροπής (ΣχΚΠολΔ ΙΙΙ, σ. 267).

14 Hahn, Die gesammten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen, 2. Band, 1. Abtheilung, 1880, σ. 381.

15 Βλ. χαρακτηριστικά Αρβανιτάκη, Ζητήματα αποδεικτικών εγγράφων, ό.π., σ. 123.

16 Βλ. Gaul, Die Grundlagen des Wiederaufnahmerechts und die Ausdehnung der Wiederaufnahmegründe, 1956, σ. 83.

κτορική του διατριβή ο *Hans Friedhelm Gaul* και η οποία –ως προς τις βασικές της παραδοχές¹⁷– έχει βρει στη γερμανική βιβλιογραφία απήχηση.¹⁸

Κατά τη θεμελιώδη θεωρία του *Gaul* το κοινό σημείο όλων των λόγων της αγωγής αποκατάστασης της § 580 ZPO έγκειται στην ιδιαίτερη αποδεικτική δύναμη των στοιχείων που τους θεμελιώνουν.¹⁹ Ακριβώς η εξαιρετική αυτή αποδεικτική δύναμη των θεμελιούντων την αγωγή αποκατάστασης αποδεικτικών μέσων καθιστά εμφανές ότι η προσβαλλόμενη απόφαση είναι εσφαλμένη και ότι το δικαστήριο που την εξέδωσε θα είχε καταλήξει σε άλλη απόφαση, αν είχε λάβει υπόψη του τα αποδεικτικά αυτά μέσα. Αναφέρεται έτσι ο *Gaul* στο «εκαθαρισμένο» (*Liquidität*) των μέσων αναψηλάφησης και στο εξαιτίας αυτών «εμφανές» (*Evidenz*) του κλονισμού της βάσης της απόφασης.²⁰ Το έγγραφο ως αποδεικτικό μέσο που θεμελιώνει τον λόγο του αριθμού 7b της § 580 ZPO φαίνεται να εντάσσεται ομαλά στη θεώρηση αυτή. Ο ίδιος ο νόμος του προσδίδει πλήρη αποδεικτική δύναμη, εξαιτίας της οποίας είναι προφανές ότι, αν είχε τεθεί υπόψη του δικαστηρίου που εξέδωσε την προσβαλλόμενη απόφαση, αυτό θα είχε καταλήξει σε διαφορετική κρίση.

β) Η αντίθετη άποψη

Η αντίθετη άποψη αποκρούει το κριτήριο της ιδιαίτερης αποδεικτικής δύναμης. Ως κρίσιμο στοιχείο φαίνεται να αναδεικνύει το εγγενές στην έννοια του εγγράφου στοιχείο της σταθερής αποτύπωσης.²¹ Κατά συναφή προσπάθεια δικαιολόγησης, με τον περιορισμό του ερευνώμενου λόγου αναψηλάφησης στα έγγραφα ο νομοθέτης δεν απέβλεψε στην ιδιαίτερη αποδεικτική ισχύ του εγγράφου, αλλά θέλησε μόνο να το αντιδιαστείλει από τα προφορικά αποδεικτικά μέσα, και ιδίως τους μάρτυρες.²²

17 Δεν φαίνεται, αντίθετα, να έχει επικρατήσει ειδικώς η άποψη του *Gaul* ότι η αναφορά της § 580 αριθ. 7b ZPO στα έγγραφα οφείλεται στην αναγνωριζόμενη σε αυτά από τον νόμο πλήρη αποδεικτική δύναμη. Κατά την κρατούσα άποψη τον λόγο αυτό της αγωγής αποκατάστασης μπορούν να θεμελιώσουν και ελευθέρως εκτιμώμενα έγγραφα (βλ. ανωτ. σημ. 9).

18 Βλ. ενδεικτικά Musielak/Voit/Musielak, ZPO¹⁸, § 580 αριθ. 2· Prütting/Gehrlein/Meller-Hannich, ZPO¹², § 580 αριθ. 1. Βλ. αντίθετα Braun, Rechtskraft und Restitution 2, 1985, σ. 30επ., 250επ.· MünchKommZPO⁶/Braun/Heiß, § 580 αριθ. 4επ.

19 *Gaul*, Die Grundlagen des Wiederaufnahmerechts, ό.π., ιδίως σ. 76επ., 83.

20 *Gaul*, *ibid.*, σ. 83. Βλ. παρουσίαση της θεωρίας του *Gaul* σε Μπέη, Οι λόγοι αναψηλάφησης, ό.π., σ. 107επ., όπου και κριτική (σ. 109επ.).

21 Βλ. χαρακτηριστικά Πανταζόπουλο, Αναψηλάφηση, ό.π. (σημ. 6), σ. 73 σημ. 201.

22 Βλ. Πανταζόπουλο, *ibid.*· βλ. και ευρύτερα σ. 72-73 (σημαντική η αποδεικτική λειτουργία του εγγράφου και όχι η προσδιδόμενη σε αυτό από τον νόμο αποδεικτική δύναμη). Τη θέση αυτή απηχούν η γερμανική νομολογία και θεωρία (πρβλ. MünchKommZPO⁶/Braun/Heiß, § 580 αριθ. 47επ.).

III. Κριτική προσέγγιση των διατυπωθεισών απόψεων

1. Το ασθενές σημείο της θεωρίας της αποδεικτικής ασφάλειας

Η θεωρία της αποδεικτικής ασφάλειας φαίνεται εκ πρώτης όψεως εύλογη και είναι ευχερέστερη στην εφαρμογή της. Εγγύτερη παρατήρηση αποκαλύπτει όμως ένα ασθενές της σημείο. Βασική επιδίωξη του θεμελιωτή της, *Gaul*, ήταν να εντοπίσει το κοινό στοιχείο που συνδέει σε μία ενότητα όλους τους λόγους της αγωγής αποκατάστασης της § 580 ZPO. Ως τέτοιο αναδεικνύει ο ίδιος την αποδεικτική δύναμη των νέων αποδεικτικών μέσων, επί των οποίων θεμελιώνεται κάθε φορά η αγωγή αποκατάστασης. Ενώ όμως στην περίπτωση των εγγράφων ο *Gaul* αναφέρεται στην *εκ του νόμου* αποδεικτική δύναμή τους, το ίδιο δεν ισχύει σε σχέση με τους λοιπούς λόγους της αγωγής αποκατάστασης. Σε σχέση με τους λόγους των αριθ. 1-5 κρίσιμη θεωρεί την «*εν τοις πράγμασιν*» αποδεικτική δύναμη της απόφασης του ποινικού δικαστηρίου, η οποία καταδικάζει στην αναφερόμενη στον οικείο λόγο αξιόποινη πράξη, λ.χ. την πλαστογραφία ή την ψευδορκία του μάρτυρα.²³ Ομοίως και στον αριθ. 6 εστιάζει στην «*εν τοις πράγμασιν*» αποδεικτική δύναμη της ακυρωθείσας απόφασης, με τη σκέψη ότι είναι για την εφαρμογή του λόγου αυτού αδιάφορο αν το δικαστήριο δεσμευόταν από την απόφαση νομικά, π.χ. λόγω του δεδικασμένου της, ή αν την χρησιμοποίησε απλώς ως αποδεικτικό μέσο, οπότε με την ακύρωσή της ανατράπηκε το αποδεικτικό του θεμέλιο.²⁴ Κατά τον *Gaul* «στην *εν τοις πράγμασιν* αποδεικτική ισχύ των δυνάμει δεδικασμένου αποφάσεων των αριθμών 1-6 αντιστοιχεί η *εκ του νόμου* αποδεικτική δύναμη του εγγράφου του αριθ. 7b».²⁵

Η αντιστοιχισή αυτή όμως προβληματίζει.²⁶ Προς την *εν τοις πράγμασιν* αποδεικτική δύναμη των αποφάσεων των αριθμών 1-6 θα έπρεπε κατά τα ποιοτικά της χαρακτηριστικά να αντιστοιχίζεται, όχι η νομική, αλλά ομοίως η πραγματική αποδεικτική δύναμη των εγγράφων. Η τυπική αποδεικτική δύναμη του εγγράφου συνεπάγεται τον αποκλεισμό της ελεύθερης εκτίμησης εκ μέρους του δικαστηρίου. Αντίθετα, η απόφαση του ποινικού δικαστηρίου, παρά την *εν τοις πράγμασι* αποδεικτική της δύναμη ως «ισχυρό τεκμήριο»²⁷,

23 *Gaul*, Die Grundlagen des Wiederaufnahmerechts, ό.π., σ. 79-81.

24 *Gaul*, Die Grundlagen des Wiederaufnahmerechts, ό.π., σ. 79.

25 *Gaul*, Die Grundlagen des Wiederaufnahmerechts, ό.π., σ. 81, τονισμός στο πρωτότυπο.

26 Πρβλ. και την κριτική του Μπέη, Οι λόγοι αναψηλαφήσεως, ό.π., σ. 110.

27 Έτσι χαρακτηρίζεται στην ΟΛΑΠ 4/2020, ΕλλΔνη 2020.1032, με σύμφωνες παρατ. Πανταζόπουλου και Ι. Δελγκωστόπουλου. Το πολιτικό δικαστήριο οφείλει απλώς να λάβει υπόψη του την απόφαση του ποινικού δικαστηρίου, δυνάμενο να αποστεί από αυτή, εφόσον αιτιολογεί απολύτως την αποκλίνουσα κρίση του (ΟΛΑΠ 4/2020, *ibid.*). Βλ. και *Hahn*, Materialien, ό.π., σ. 381, όπου η ελευθερία κρίσης του πολιτικού δικαστηρίου μετά την

δεν παύει να κινείται στο πεδίο της ελεύθερης εκτίμησης. Μάλιστα στο γερμανικό δίκαιο τούτο γίνεται δεκτό και ειδικώς στο πεδίο της αγωγής αποκατάστασης της § 580 ZPO. Επικρατεί δηλαδή η θέση, ότι το πολιτικό δικαστήριο που δικάζει την αγωγή αποκατάστασης, κρίνοντας στην ουσία του τον εκ της § 580 αριθ. 1-5 ZPO λόγο, δεν δεσμεύεται από την απόφαση του ποινικού δικαστηρίου που καταδικάζει στη σχετική αξιόποινη πράξη, αλλά πρέπει αυτοτελώς να πειστεί ότι αυτή έχει τελεστεί.²⁸ Στην ελληνική θεωρία φαίνεται στο πεδίο του εκ του άρθρου 544 αριθ. 6 ΚΠολΔ λόγου αναψηλάφησης να υιοθετείται διαφορετική προσέγγιση. Χωρίς πάντως να αναιρείται ο γενικός κανόνας, ότι οι αποφάσεις των ποινικών δικαστηρίων δεν δεσμεύουν τα πολιτικά δικαστήρια, υποστηρίζεται πως είναι η ίδια η αμετάκλητη απόφαση του ποινικού δικαστηρίου που θεμελιώνει τον λόγο αναψηλάφησης, με αποτέλεσμα να μην καταλείπεται περιθώριο διαφορετικής εκτίμησης για το πολιτικό δικαστήριο που δικάζει την αίτηση αναψηλάφησης.²⁹ Ακόμη και έτσι όμως, μετά την πρόσφατη τροποποίηση του άρθρου 544 αριθ. 6 ΚΠολΔ με το άρθρο 31 ν. 4745/2020, δύσκολα μπορεί να αμφιβάλει κανείς ότι το κριτήριο της εκ του νόμου πλήρους αποδεικτικής δύναμης δεν είναι κατά τη νομοθετική σύλληψη (τουλάχιστον, πλέον) καθοριστικό. Σύμφωνα με τη διάταξη, όπως ισχύει, στην περίπτωση της ψευδούς κατάθεσης διαδίκου, ο λόγος αυτός αναψηλάφησης ιδρύεται και όταν το ψεύδος αναγνωρίστηκε με «δημόσια, προφορική ή έγγραφη, ομολογία του [scil. διαδίκου] δια του τύπου». Η διάταξη, στο μέτρο ιδίως που περιορίζει για ανεξήγητο λόγο την εξώδικη ομολογία ειδικώς στην διά του τύπου, παρίσταται άκρως προβληματική.³⁰ Καθώς όμως επιτρέπει τη θεμελίωση του λόγου αναψηλάφησης στην εξώδικη ομολογία, δηλαδή σε αποδεικτικό μέσο ελευθέρως εκτιμώμενο, καθιστά εμφανές ότι ο νομοθέτης δεν υιοθετεί το κριτήριο της πλήρους απόδειξης. Τούτο δεν μπορεί να είναι αδιάφορο για την ερμηνεία του λόγου αναψηλάφησης του αριθ. 7 του άρθρου 544 ΚΠολΔ.

απόφαση του ποινικού δικαστηρίου χαρακτηρίζεται ως «μάλλον σε επίπεδο αρχής παρά πραγματική» (mehr prinzipielle als thatsächliche) και επισημαίνεται ότι τυχόν αποκλίνουσα κρίση μπορεί να αναμένεται μόνο υπό εξαιρετικές συνθήκες.

28 Βλ. ενδεικτικά BGH, NJW 1983.230-231· MünchKommZPO⁶/Braun/Heiß, § 581 αριθ. 7· MünchKommZPO⁶/Gottwald, § 322 αριθ. 75· Musielak/Musielak/Voit, ZPO¹⁸, § 581 αριθ. 5· BeckOK ZPO⁴⁰/ Vorwerk/Wolf, § 581 αριθ. 6· Rosenberg/Schwab/Gottwald, ZPR¹⁸, § 161 αριθ. 19.

29 Κεραμείς/Κονδύλης/Νίκας (-Πανταζόπουλος)², άρθρ. 544 αριθ. 28· ο ίδιος, Αναψηλάφηση της απόφασης λόγω ψευδών αποδεικτικών μέσων, 2009, σ. 158-159, 171επ. (προσδιορίζει τη δεσμευτική ενέργεια της απόφασης του ποινικού δικαστηρίου ως «αντιταξιμότητα [opprobriabilité] της απόφασης που η έκδοσή της αποτελεί ένα πραγματικό γεγονός, το οποίο δεν μπορεί να αμφισβητηθεί» [ibid., σ. 173]).

30 Μάλλον θετική πάντως η αποτίμηση του Σκόντζου, ΕλλΔνη 2020.1700επ.

Από τα παραπάνω προκύπτει, λοιπόν, ότι το προφανές του εσφαλμένου της απόφασης, στο οποίο αποβλέπει η θεώρηση του *Gaul*, δεν συνδέεται οπωσδήποτε με την εκ του νόμου δέσμευση του δικαστηρίου της αναψηλάφησης από τις νέες αποδείξεις που τη θεμελιώνουν. Η εξώδικη ομολογία ή, κατά την άποψη που επικρατεί στο γερμανικό δίκαιο, η απόφαση του ποινικού δικαστηρίου δεν δεσμεύουν τον δικαστή της αναψηλάφησης, ο οποίος διατηρεί την ελευθερία να κρίνει διαφορετικά, εφόσον αιτιολογεί την κρίση του. Στην πράξη βέβαια το δικαστήριο της αναψηλάφησης σπάνια θα καταλήγει σε αποκλίνουσα κρίση. Το πραγματικό/στατιστικό αυτό δεδομένο δεν θα πρέπει όμως να παραπλανά. Διότι ακριβώς το ίδιο μπορεί να ισχύει και σε περιπτώσεις εγγράφων, τα οποία δεν αναπτύσσουν τυπική αποδεικτική δύναμη. Δύσκολα, για παράδειγμα, θα κρίνει το δικαστήριο αντίθετα προς το περιεχόμενο εξοφλητικής απόδειξης, αν και αυτή, ως έγγραφο μαρτυρίας, δεν παράγει πλήρη απόδειξη, αλλά εκτιμάται ελεύθερα ως εξώδικη ομολογία.³¹ Η άποψη, ότι με την επιλογή του εγγράφου ο δικονομικός νομοθέτης σκοπεί να αποκλείσει εντελώς την ελεύθερη εκτίμηση του δικαστή,³² δεν είναι εξ επόψεως συστήματος απροσμάχητη.

Είναι ενδιαφέρον ότι ο ίδιος ο *Gaul*, στο μέτρο που αναζητεί την βαθύτερη, την –κατά την έκφραση που χρησιμοποιεί– «εσωτερική δικαιολόγηση» της «ιδιαιτέρας θέσης που ο νόμος παραχωρεί στο έγγραφο», την εντοπίζει στο ότι το έγγραφο «είναι σε σχέση με την ύπαρξη του περιεχομένου του κατ' αρχήν ανεπηρέαστο και αμετάβλητο».³³ Η παρατήρηση αυτή αποκαλύπτει ότι η απόσταση από τη μειοψηφούσα θέση, που θεωρεί ότι το κρίσιμο για τον εξεταζόμενο λόγο αναψηλάφησης γνώρισμα του εγγράφου δεν είναι η πλήρης αποδεικτική δύναμή του, αλλά –βαθύτερα– η ποιότητά του ως αποδεικτικού μέσου, που χαρακτηρίζεται από τη σταθερότητα της αποτύπωσης, δεν είναι μεγάλη.

2. Το πλεονέκτημα της μειοψηφούσας άποψης: προσαρμογή στο σύγχρονο σύστημα απόδειξης

Πράγματι, η μειοψηφούσα θέση εγκαταλείπει το τυπολογικό κριτήριο της εκ του νόμου πλήρους αποδεικτικής δύναμης του εγγράφου και επιχειρεί να αναχθεί βαθύτερα στο χαρακτηριστικό εκείνο του εγγράφου που τη δικαιολογεί.

31 Βλ. αντί πολλών *Νίκα*, ΠολΔ 2², § 85 αρ. 36· *Νικολόπουλο*, Δίκαιο αποδείξεως², σ. 309, ό.π.π.

32 Βλ. *Ορφανίδη*, ΕλλΔνη 2002.978, ο οποίος όμως συμπληρώνει: «ή τουλάχιστον περιορισμό της ελεύθερης εκτίμησης του δικαστή»· τονισμός από τον συγγραφέα.

33 *Gaul*, Die Grundlagen des Wiederaufnahmerechts, ό.π., σ. 82.

Επικαλείται έτσι συγχρόνως και απηχεί την εξέλιξη, η οποία έχει διαχρονικά λάβει χώρα στο δίκαιο της απόδειξης.³⁴ Οι υποστηρικτές της θέσης αυτής επισημαίνουν με ακρίβεια ότι η προσήλωση στην τυπική αποδεικτική δύναμη των εγγράφων θα μπορούσε να δικαιολογηθεί σε ένα σύστημα νομικών αποδείξεων, η πορεία ωστόσο είναι διαχρονικά ακριβώς προς την αντίθετη κατεύθυνση.³⁵

Ο ΚΠολΔ ειδικότερα διαπνέεται από την αρχή της ελεύθερης εκτίμησης των αποδεικτικών μέσων (άρθρ. 340 ΚΠολΔ³⁶) και αποκλίνει από αυτήν σε λίγες μόνο περιπτώσεις, στις οποίες περιβάλλει ένα αποδεικτικό μέσο με τυπική, πλήρη αποδεικτική δύναμη, περιορίζοντας έτσι την εκτιμητική ελευθερία του δικαστή.³⁷ Συγχρόνως έχει εγκαταλείψει την αυστηρή (οικονομική) απόδειξη και έχει σταδιακά κάνει βήματα προς το σύστημα της ελεύθερης απόδειξης.³⁸ Στη σημερινή του μορφή ο ΚΠολΔ καθιερώνει ακόμη και στην τακτική διαδικασία ένα σύστημα «εν μέρει ελεύθερης απόδειξης»³⁹, στο οποίο το δικαστήριο μπορεί να λαμβάνει υπόψη του και να εκτιμά, πέρα από κάθε είδους άτυπα αποδεικτικά μέσα υπό τη σκέπη των δικαστικών τεκμηρίων υπό την έννοια των άρθρων 339 και 395 ΚΠολΔ, και (επώνυμα) αποδεικτικά μέσα που δεν πληρούν τους όρους του νόμου (άρθρ. 340 παρ. 1 εδ. β' ΚΠολΔ).

Η εγκατάλειψη του τυπικού στοιχείου της πλήρους αποδεικτικής δύναμης του εγγράφου και η αναζήτηση βαθύτερα των στοιχείων που τη δικαιολογούν

34 Πανταζόπουλος, Αναψηλάφηση, ό.π. (σημ. 6), σ. 74.

35 Βλ. Πανταζόπουλο, Αναψηλάφηση, ό.π. (σημ. 6), σ. 74.

36 Η θεωρία των νομικών αποδείξεων είχε εγκαταλειφθεί ήδη υπό το καθεστώς της ΠολΔ 1834· βλ. άρθρ. 256 ΠολΔ.

37 Διασπάται, έτσι, η αρχή της ελεύθερης εκτίμησης των αποδείξεων προκειμένου για τη δικαστική ομολογία (άρθρ. 352 παρ. 1 ΚΠολΔ) καθώς και ως προς ορισμένο περιεχόμενο των δημοσίων (άρθρ. 438, 440 και 441 ΚΠολΔ) και των ιδιωτικών (άρθρ. 445 ΚΠολΔ) εγγράφων. Βλ. αντί όλων Νικολόπουλο, Δίκαιο αποδείξεως², σ. 34· Νίκα, ΠολΔ 2³, § 76 αριθ. 8· Κλαμαρή/Κουσσούλη/Πανταζόπουλο, ΠολΔ³, σ. 676. Βλ. για τις αποκλίσεις από την αρχή της ελεύθερης εκτίμησης στο γερμανικό δίκαιο MünchKommZPO⁶/Prütting, § 286 αριθ. 24 επ.· βλ. περαιτέρω και MünchKommZPO⁶/Schreiber, § 415 αριθ. 2, ο οποίος χαρακτηρίζει την τυπική αποδεικτική δύναμη των εγγράφων ως «απομεινάρι της θεωρίας των νομικών αποδείξεων».

38 Ότι η τάση αυτή παρατηρείται διεθνώς, βλ. Ι. Δελγκωστόπουλο, Η αναζήτηση της αλήθειας στην πολιτική δίκη, 2016, σ. 65-66· Μαντζουράνη, Οι θεμελιώδεις οικονομικές αρχές υπό επαναξιολόγηση, 2019, σ. 67. Επικριτικός ως προς την εξέλιξη αυτή ο Καλαβρός, σε: Η πολιτική δίκη σε κρίσιμη καμπή, 2016, σ. 205.

39 Βλ. σχετικά αντί πολλών Νικολόπουλο, Δίκαιο αποδείξεως², σ. 158 επ. Ότι μετά τον ν. 4335/2015 έχει καθιερωθεί σύστημα «πλήρους ελεύθερης αποδείξεως» δέχεται ο Νίκας, ΠολΔ 2³, § 74 αριθ. 23· βλ. και Καλαβρός, ΠολΔ⁴, § 35 αριθ. 107-108 (ο οποίος διαπιστώνει ότι το άρθρο 340 ΚΠολΔ φαίνεται, κατά τρόπο αντιφατικό, να καθιερώνει «ταυτόχρονα σύστημα αυστηρής και ελεύθερης απόδειξης»).

επιτρέπουν την προσαρμογή του εξεταζόμενου λόγου αναψηλάφησης στην εξέλιξη που έχει λάβει χώρα προς ένα πιο ελεύθερο σύστημα απόδειξης. Ένα έγγραφο, το οποίο προσκομίζεται ανεπικύρωτο από τον πληρεξούσιο δικηγόρο,⁴⁰ ή ένα ξενόγλωσσο έγγραφο, το οποίο έχει προσκομιστεί χωρίς επίσημη μετάφρασή του στην ελληνική γλώσσα,⁴¹ μπορούν να ληφθούν υπόψη από τον *iudex a quo* και, εκτιμώμενα ελεύθερα, να είναι για αυτόν μόνα τους αρκετά για να σχηματίσει πλήρη δικανική πεποίθηση περί του αποδεικτέου. Με ακρίβεια παρατηρούν οι υποστηρικτές της μειοψηφούσας άποψης ότι δεν είναι εύλογο τα ίδια αυτά έγγραφα να αποκλείονται, όπως δέχεται η κρατούσα άποψη, εξ υπαρχής από το πραγματικό του εξεταζόμενου λόγου αναψηλάφησης για μόνο τον λόγο ότι δεν παράγουν πλήρη απόδειξη.⁴² Στην έκταση και υπό τις προϋποθέσεις που τα έγγραφα αυτά θα μπορούσαν να εκτιμηθούν από το εκδώσαν την απόφαση δικαστήριο, είναι κατ' αρχήν συνεπές να μπορούν να θεμελιώσουν και την αναψηλάφηση.⁴³

3. Περιορισμός: Τα έγγραφα μαρτυρίας

α) Η ανάγκη περιορισμού ως προς τα έγγραφα μαρτυρίας

Η μειοψηφούσα άποψη εμφανίζεται, λοιπόν, απηχώντας την εξέλιξη στο πεδίο του δικαίου της απόδειξης, πειστικότερη έναντι της κρατούσας, αυστηρής άποψης, που προσκολλάται στο τυπικό στοιχείο της πλήρους αποδεικτικής δύναμης του εγγράφου. Υπό την εκδοχή της όμως που δέχεται ευρύτατα ότι κάθε είδους έγγραφο μπορεί να θεμελιώσει τον εκ του άρθρου 544 αριθ. 7 ΚΠολΔ λόγο αναψηλάφησης, εγείρει προβληματισμό ειδικώς σε σχέση με τα έγγραφα μαρτυρίας.

40 Βλ. ενδεικτικά ΑΠ 89/2011, ΤΝΠ Νόμος· περαιτέρω ΑΠ 585/1999, ΕλλΔνη 2000.54.

41 Βλ. ενδεικτικά ΑΠ 1511/2009, ΕΠολΔ 2010.740, σημ. Γιαννόπουλου· ΑΠ 1344/2007, ΝοΒ 2008.905-906.

42 Βλ. Πανταζόπουλο, Αναψηλάφηση, ό.π. (σημ. 6), σ. 74.

43 Πανταζόπουλος, Αναψηλάφηση, ό.π. (σημ. 6), σ. 93. Αποκλείεται έτσι η αναψηλάφηση επί τη βάσει μη πληρούντος τους όρους του νόμου εγγράφου στην περίπτωση των άρθρων 393 και 394 ΚΠολΔ (άρθρ. 340 παρ. 1 εδ. β' ΚΠολΔ). Κατά τα λοιπά πάντως, από το άρθρο 393 ΚΠολΔ δεν μπορεί να συναχθεί γενικευμένα επιχείρημα υπέρ της ταύτισης των μη πληρούντων τους όρους του νόμου εγγράφων με το εμμέταρτο μέσο σε σχέση με την (ελάχιστο) αποδεικτική αξία τους. Ένα τέτοιο επιχείρημα θα υπερακόντιζε τον πολύ συγκεκριμένο σκοπό της διάταξης, που έγκειται στον πειθαναγκασμό των συναλλασσόμενων να καταρτίζουν για λόγους αποδεικτικής διευκόλυνσης τις δικαιοπραξίες τους με πληρούντα τις νόμιμες προϋποθέσεις έγγραφα (βλ. Ράμμο, Εγχειρίδιον Β', § 273, σ. 828· αναλυτικά για την τελολογία της διάταξης Ποδηματά, Μελέτες ιστορίας, μεθοδολογίας και δογματικής του δικονομικού δικαίου, 2019, σ. 526επ.· περαιτέρω Ιωαννίδη, Η εμμέταρτη απόδειξη στην πολιτική δίκη κατά το ελληνικό, αγγλικό και κυπριακό δίκαιο, 2019, σ. 34).

Αναφέρθηκε ήδη παραπάνω⁴⁴ ότι με τον περιορισμό του εξεταζόμενου λόγου αναψηλάφησης στα έγγραφα πρόθεση του ιστορικού νομοθέτη ήταν βασικά να αποκλείσει το αμφίβολης αξιοπιστίας αποδεικτικό μέσο των μαρτύρων. Ένα έγγραφο μαρτυρίας όμως, στο οποίο αποτυπώνεται η παράσταση ενός τρίτου προσώπου, δεν αποτελεί κατ' ουσίαν τίποτα άλλο παρά την έγγραφη αποτύπωση της μαρτυρίας του προσώπου αυτού.⁴⁵ Δεν μπορεί, επομένως, σε ένα τέτοιο έγγραφο να αναγνωρίζεται αυξημένη αξιοπιστία σε σύγκριση προς την κατάθεση του ίδιου προσώπου, αν δινόταν ενώπιον του δικαστηρίου. Το γεγονός ότι εδώ η μαρτυρία έχει ληφθεί και αποτυπωθεί εγγράφως σε ανύποπτο χρόνο, το οποίο αποτελεί προϋπόθεση για να ληφθεί υπόψη το έγγραφο αυτό από το δικαστήριο,⁴⁶ δεν είναι αρκετό για να του προσδώσει αυξημένη αποδεικτική δύναμη έναντι της ενώπιον του δικαστηρίου μαρτυρικής κατάθεσης ή και της ένορκης βεβαίωσης. Ένα τέτοιο έγγραφο μαρτυρίας πλεονεκτεί ασφαλώς έναντι της μαρτυρικής κατάθεσης και της ένορκης βεβαίωσης λόγω του ανύποπτου χρόνου στον οποίο λήφθηκε η μαρτυρία, μειονεκτεί όμως έναντι αυτών, καθώς απουσιάζει αντιστοίχως η αμεσότητα⁴⁷ και η προηγούμενη γνωστοποίηση και δυνατότητα παράστασης του αντιδίκου κατά τη λήψη της ένορκης βεβαίωσης.

Άλλωστε τόσο η κρατούσα όσο και η μειοψηφούσα άποψη συμφωνούν ότι οι έγγραφες αποτυπώσεις άλλων αποδεικτικών μέσων αποκλείονται από το πεδίο του εξεταζόμενου λόγου αναψηλάφησης.⁴⁸ Κατ' αρχήν,⁴⁹ επομένως, δεν

44 Βλ. ανωτ. υπό II 1.

45 Βλ. αναλυτικά για το ζήτημα *Παϊσίδου*, Τα δικαστικά τεκμήρια στην πολιτική δικονομία, 1991, σ. 196επ., ιδίως σ. 203, που κάνει λόγο για «ατελή συγκερασμό έγγραφης και εμμέλτης απόδειξης».

46 Γίνεται παγίως δεκτό ότι έγγραφα που περιέχουν μαρτυρία τρίτου δεν μπορούν να ληφθούν υπόψη ούτε ως τεκμήρια, όταν έχουν ληφθεί, προκειμένου να χρησιμοποιηθούν στη συγκεκριμένη δίκη (βλ. αντί πολλών *Νίκα*, ΠολΔ 2², § 86 αριθ. 4· ΑΠ 533/2000, ΕλλΔνη 2000.1370).

47 Βλ. *Παϊσίδου*, Τα δικαστικά τεκμήρια, ό.π., σ. 196, 197επ.

48 *Νίκα*, ΠολΔ 3, § 116 αριθ. 47· *Πανταζόπουλος*, Ένδικα μέσα, ό.π., σ. 151· Κεραμεύς/Κονδύλης/Νίκα (-*Πανταζόπουλος*)², άρθρ. 544 αριθ. 35· MünchKommZPO⁶/Braun/Heiß, § 580 αριθ. 49· Musielak/Voit/Musielak, ZPO¹⁸, § 580 αριθ. 18· *Grohé*, Durchbrechung der Rechtskraft und relief from judgment, 2011, σ. 146.

49 Η διαστολή αυτή δεν είναι πάντως απόλυτη και χρήζει συμπλήρωσης ως προς ένα σημείο. Με ακρίβεια παρατηρείται ότι κατά το μέρος που τα έγγραφα αυτά δεν αποτυπώνουν άλλο αποδεικτικό μέσο (την πραγματογνωμοσύνη, την αυτοψία κ.λπ.), αλλά αποδεικνύουν καθ' εαυτά πραγματικά περιστατικά, τα οποία μπορεί στη συγκεκριμένη περίπτωση να αποβαίνουν κρίσιμα, εμπίπτουν στην κατά τα άρθρα 339, 432επ. ΚΠολΔ έννοια του εγγράφου (βλ. έτσι στο πεδίο του εκ του άρθρου 559 αριθ. 20 ΚΠολΔ λόγου αναίρεσης *Καλαβρό*, Η αναίρεση κατά τον ΚΠολΔ⁴, άρθρ. 559 αριθ. 755· Κεραμέα/Κονδύλη/Νίκα (-*Κονδύλη*)², άρθρ. 559 αριθ. 237· ήδη *Ράμμο*, Στοιχεία Ια, § 178 σημ. 2). Για παράδειγμα, η ένορκη βεβαίωση

εμπίπτουν εδώ⁵⁰ η έκθεση ή το πρακτικό της αυτοψίας (359 ΚΠολΔ),⁵¹ η κατ' άρθρο 383 ΚΠολΔ γνωμοδότηση του πραγματογνώμονα,⁵² οι ένορκες βεβαιώσεις⁵³ και τα πρακτικά της συζήτησης, όπου αποτυπώνονται οι καταθέσεις των μαρτύρων και η εξέταση των διαδίκων (256, 410 ΚΠολΔ)⁵⁴. Η ίδια αντιμετώπιση θα πρέπει να επιφυλάσσεται και για τα έγγραφα μαρτυρίας, στο μέτρο που και αυτά στην πραγματικότητα αποτελούν μία ανεπίσημη αποτύπωση του εμμέλτρου αποδεικτικού μέσου σε έγγραφη μορφή.

β) *Η πραγματική ιδιαιτερότητα του εγγράφου:*
το έγγραφο ως «πρωτεύον» αποδεικτικό μέσο

Βέβαια, ο περιορισμός αυτός δύσκολα μπορεί να δικαιολογηθεί με αφετηρία την παραδοχή ότι το κρίσιμο χαρακτηριστικό του εγγράφου εντοπίζεται στη «διαγωνιστική»⁵⁵ λειτουργία του, στο στοιχείο δηλαδή της σταθερής αποτύπωσης του διανοήματος στον υλικό φορέα, που επιτρέπει την ανά πάσα στιγμή ακριβή αναπαραγωγή του, ώστε να χρησιμεύσει προς απόδειξη.⁵⁶ Αν το στοιχείο της μόνιμης αποτύπωσης είναι αυτό που δικαιολογεί την ιδιαίτερη αποδεικτική δύναμη του εγγράφου, τότε δεν υπάρχει λόγος διαφοροποίησης ειδικώς σε σχέση προς τα έγγραφα μαρτυρίας. Διότι βέβαια και αυτά εμφανίζουν το ίδιο αυτό χαρακτηριστικό.

Δεν υπάρχει αμφιβολία ότι το στοιχείο της σταθερής αποτύπωσης αποτελεί βασικό γνώρισμα του εγγράφου, που το διαφοροποιεί από τα λοιπά απο-

παράγει ως δημόσιο έγγραφο πλήρη απόδειξη κατά το άρθρο 438 ΚΠολΔ ότι ο καταθέσας εμφανίστηκε κατά την αναφερόμενη ημέρα και ώρα ενώπιον του συμβολαιογράφου και κατέθεσε όσα αναφέρονται στην ένορκη βεβαίωση.

50 Η σχετική διάκριση και η παραπεμπόμενη νομολογία αντλούνται συνήθως από το πεδίο του εκ του άρθρου 559 αριθ. 20 ΚΠολΔ λόγου αναίρεσης περί παραμόρφωσης εγγράφου, όπου το αποδεικτικό έγγραφο αντιδιαστέλλεται από την έγγραφη αποτύπωση άλλων αποδεικτικών μέσων (π.χ. πραγματογνωμοσύνη, αυτοψία κ.λπ.). Βλ. σχετικά *Καλαβρό*, Η αναίρεση κατά τον ΚΠολΔ⁴, άρθρ. 559 αριθ. 746επ. καθώς και τις αμέσως κατωτέρω παραπεμπόμενες αποφάσεις.

51 ΑΠ 1623/2010, ΤΝΠ Νόμος.

52 ΑΠ 1934/2013, ΤΝΠ Νόμος· ΑΠ 674/1997, Δ 1998.195· ΑΠ 44/2003, ΝοΒ 2003.1621 (και η γνωμοδότηση του έχοντος ειδικές γνώσεις προσώπου).

53 ΑΠ 1180/2011, ΕΠολΔ 2012.177· ΑΠ 391/2001, ΤΝΠ Νόμος· ΑΠ 310/1999, ΕλλΔνη 1999.1306.

54 ΑΠ 44/2003, ΝοΒ 2003.1621· ΑΠ 310/1999, ΕλλΔνη 1999.1306.

55 Έτσι αποκαλεί τη λειτουργία αυτή του εγγράφου ο *Μυλωνόπουλος*, Ποινικό Δίκαιο. Ειδικό Μέρος, 2016³, σ. 722-723 (βλ. ευρύτερα σ. 722επ. για τις τρεις λειτουργίες του εγγράφου [διαγωνιστική, εγγραπτική και αποδεικτική] που στοιχειοθετούν την έννοιά του).

56 *Μυλωνόπουλος*, *ibid.*, σ. 722.

δεικτικά μέσα. Εγγύτερη παρατήρηση αποκαλύπτει όμως ότι καθ' εαυτό δεν αρκεί, για να δικαιολογήσει την ιδιαίτερη αποδεικτική δύναμη του εγγράφου. Η αποτύπωση του ανθρώπινου διανοήματος με σταθερότητα μπορεί να εξασφαλίζει κατά τρόπο αξιόπιστο την αναπαραγωγή του στο μέλλον για αποδεικτικούς σκοπούς. Δεν εξασφαλίζει όμως την αξιοπιστία και την αλήθεια του ίδιου του αποτυπωμένου διανοήματος, η οποία είναι στις περισσότερες περιπτώσεις το αποδεικτέο. Για παράδειγμα, η υπεύθυνη δήλωση ενός προσώπου ότι ήταν παρόν σε ορισμένο περιστατικό και ότι αυτό συνέβη κατά τον τρόπο που περιγράφεται στη δήλωση έχει το στοιχείο της μόνιμης αποτύπωσης. Αυτό όμως δεν μεταβάλλει τη μειωμένη αξιοπιστία της δήλωσης αναφορικά με το τι πραγματικά συνέβη, η οποία δεν μπορεί παρά να είναι αντίστοιχη της αξιοπιστίας του δηλούντος ως μάρτυρα.

Με αφετηρία τη σκέψη αυτή φαίνεται, έτσι, πειστικότερη η άποψη που διατυπώνεται στη γερμανική βιβλιογραφία του ποινικού δικαίου, η οποία εντοπίζει την ιδιαιτερότητα του εγγράφου στο ότι αυτό, σε αντίθεση με τα υπόλοιπα αποδεικτικά μέσα, δεν αποτελεί «δευτερεύον αποδεικτικό μέσο», δεν καλείται δηλαδή να αποδείξει ένα εκτός αυτού ευρισκόμενο γεγονός (όπως συμβαίνει με τα υπόλοιπα αποδεικτικά μέσα), αλλά, αντίθετα, ενσωματώνει το ίδιο το αποδεικτικό κρίσιμο ανθρώπινο διάνοημα, την αποδεικτικά κρίσιμη δήλωση.⁵⁷ Στην περίπτωση, για παράδειγμα, που θα πρέπει να αποδειχτεί η κατάρτιση της σύμβασης και το περιεχόμενό της, ο μάρτυρας μπορεί απλώς να εισφέρει την παράστασή του σχετικά, ενώ το έγγραφο της σύμβασης ενσωματώνει, αποτυπώνει σταθερά το ίδιο το αποδεικτέο γεγονός και επιτρέπει την άμεση αναπαραγωγή του.

γ) Οριοθέτηση του περιορισμού

Η οπτική αυτή δικαιολογεί απολύτως την αποδεικτική υπεροχή του εγγράφου έναντι των λοιπών, δευτερευόντων αποδεικτικών μέσων. Συγχρόνως όμως –και εδώ έγκειται η διαφορά της από την άποψη που αρκείται στην επισήμανση της «διαιωνιστικής» λειτουργίας– καταλήγει να περιορίζει την αποδεικτική υπεροχή του εγγράφου. Τη δικαιολογεί, όταν το έγγραφο ενσωματώνει το αποδεικτέο γεγονός. Φαίνεται να την αρνείται όμως, όταν το έγγραφο λειτουργεί και το ίδιο ως δευτερεύον αποδεικτικό μέσο, όπως στο παραπάνω παράδειγμα, όπου το έγγραφο κατ' ουσίαν αποτυπώνει απλώς τη μαρτυρία ενός τρίτου περί του αποδεικτέου γεγονότος.⁵⁸ Πρακτικά η αντίληψη αυτή καταλή-

57 Βλ. έτσι MünchKommStGB³/Erb, § 267 αριθ. 8, ό.π.π.

58 Ahrens, Der Beweis im Zivilprozess, 2015, Kapitel 25 αριθ. 9: «Die Zeugniskunde gibt schriftlich wieder, was die Urkundsperson auch mündlich als Zeuge aussagen könnte, was dann aber nur Gegenstand freier Beweiswürdigung (§ 286) wäre» (τονισμός στο πρωτότυπο).

γει να περιορίζει την ιδιαίτερη αποδεικτική δύναμη του εγγράφου στα έγγραφα διαθέσεως και να την αρνείται στα έγγραφα μαρτυρίας.⁵⁹ Ο περιορισμός αυτός όμως απηχεί και τη νομοθετική επιλογή. Πλήρη αποδεικτική δύναμη απονέμει ο νόμος κατ' αρχήν⁶⁰ μόνο στα έγγραφα διαθέσεως, ενώ τα έγγραφα μαρτυρίας κινούνται στο πεδίο της ελεύθερης εκτίμησης, αντιμετωπίζονται μάλιστα παραδοσιακά στο ελληνικό δίκαιο (όχι υπό τη σκέπη του επώνυμου αποδεικτικού μέσου των εγγράφων, αλλά) ως δικαστικά τεκμήρια.⁶¹ Εξηγείται επιπλέον και ιστορικά. Παρατηρείται έτσι ότι στο γερμανικό κοινό δίκαιο, πλήρη απόδειξη αποτελούσαν μόνο τα δημόσια έγγραφα και τα ιδιωτικά έγγραφα διαθέσεως, ενώ τα ιδιωτικά έγγραφα (μαρτυρίας), που αποδείκνυαν γεγονότα κείμενα εκτός αυτών, στερούνταν κάθε αποδεικτικής αξίας, με την επιφύλαξη εκείνων που περιείχαν ομολογία.⁶² Η απολυτότητα της διάκρισης περιορίστηκε ασφαλώς με την υιοθέτηση του συστήματος της ελεύθερης εκτίμησης των αποδείξεων. Επηρέασε όμως εμφανώς τους συντάκτες της ΖΡΟ, που αποτέλεσε βασικό πρότυπο για τον ελληνικό ΚΠολΔ.

Το συμπέρασμα, επομένως, ότι τα έγγραφα μαρτυρίας θα πρέπει να αποκλείονται από το πεδίο του εξεταζόμενου λόγου αναψηλάφησης φαίνεται κατ' αρχήν να επιβεβαιώνεται. Ήδη όμως οι παραπάνω σκέψεις αποκαλύπτουν πως σε ορισμένες περιπτώσεις ο λόγος της αποδεικτικής υπεροχής των εγγράφων δεν μπορεί να εντοπιστεί στον χαρακτήρα τους ως «πρωτευόντων» αποδεικτικών μέσων και πρέπει να αναζητηθεί αλλού. Υπάρχουν δηλαδή έγγραφα μαρτυρίας, τα οποία, αν και δεν ενσωματώνουν το αποδεικτέο γεγονός, διαθέτουν τελικά για άλλο λόγο ιδιαίτερη αποδεικτική αξία.

Τούτο συμβαίνει κατ' αρχάς με τα έγγραφα που περιέχουν εξώδικη ομολογία, για παράδειγμα μία εξοφλητική απόδειξη. Η εξώδικη ομολογία διέπεται από το βασικό δίδαγμα της κοινής πείρας, ότι όποιος παραδέχεται επιζήμια για τον ίδιο γεγονότα συνήθως δεν ψεύδεται.⁶³ Το δίδαγμα αυτό της

59 Ακριβώς στο στοιχείο αυτό, δηλαδή στο ότι το αποδεικτέο γεγονός κείται εκτός του εγγράφου, εντοπίζεται το χαρακτηριστικό γνώρισμα των εγγράφων μαρτυρίας. Βλ. *Ράμμο*, *Εγχειρίδιον Β'*, § 276, σ. 884 («μαρτυρίαν ή βεβαίωσιν του εκδότη περί τινός γεγονότος, εκτός αυτών κειμένων», τονισμός από τον συγγραφέα). Από τη γερμανική βιβλιογραφία *Ahrens*, *Der Beweis*, ό.π., Kapitel 25 αριθ. 8-10.

60 Βλ. κατωτ. στο κείμενο για την εξαίρεση των δημοσίων εγγράφων μαρτυρίας των άρθρων 438 και 440 ΚΠολΔ.

61 Βλ. αντί πολλών *Ράμμο*, *Εγχειρίδιον Β'*, § 276, σ. 901, 902· *Γέσιου-Φαλτσή*, *Δίκαιο αποδείξεως*³, σ. 287, 290-291· *Νίκα*, *ΠολΔ* 2², § 85 αριθ. 30, 36, § 86 αριθ. 4· *Νικολόπουλο*, *Δίκαιο αποδείξεως*², σ. 306, 309-310· αναλυτικότερα *Παϊσίδου*, *Τα δικαστικά τεκμήρια*, ό.π., σ. 196επ. Το ίδιο ισχύει και για το έγγραφο μαρτυρίας υπέρ του εκδότη του (βλ. *Παϊσίδου*, *ibid.*, σ. 220).

62 Βλ. έτσι *MünchKommZPO/Schreiber*, § 415 αριθ. 2.

63 Βλ. ενδεικτικά *Ορφανίδη*, *Η ομολογία στην πολιτική δίκη*, 1987, σ. 464, 470, 475· από τη

κοινής πείρας δίνει στην έγγραφη εξώδικη ομολογία του διαδίκου ιδιαίτερο χρωματισμό. Τη διαφοροποιεί ουσιωδώς από ένα έγγραφο, το οποίο περιέχει τη μαρτυρία ενός τρίτου σε σχέση με το αποδεικτέο, και δικαιολογεί την εν τοις πράγμασι ιδιαίτερη αποδεικτική αξία της σε σχέση με αυτό.⁶⁴ Η ιδιαίτερη αυτή αποδεικτική αξία της έγγραφης εξώδικης ομολογίας, η οποία θα οδηγεί συνήθως το δικαστήριο να πείθεται επί τη βάσει αυτής περί της αλήθειας του ομολογημένου γεγονότος,⁶⁵ ωθεί στο να την εντάξει κανείς, σε αντίθεση με τα λοιπά ιδιωτικά έγγραφα μαρτυρίας, στο πεδίο του συζητούμενου λόγου αναψηλάφησης, παρά το γεγονός ότι και αυτή κινείται στο πεδίο της ελεύθερης εκτίμησης των αποδείξεων. Το συμπέρασμα αυτό εξάλλου βρίσκει πλέον, μετά την προαναφερθείσα τροποποίηση του άρθρου 544 αριθ. 6 ΚΠολΔ, σαφές νομοθετικό έρεισμα.

Περαιτέρω, διαφορετική θα πρέπει να είναι και η αντιμετώπιση των δημοσίων εγγράφων μαρτυρίας των άρθρων 438 και 440 ΚΠολΔ.⁶⁶ Εντός των ορίων και υπό τις προϋποθέσεις που οι διατάξεις αυτές θέτουν, το δικονομικό δίκαιο αναγνωρίζει στα περιγραφόμενα εκεί δημόσια έγγραφα μαρτυρίας επαυξημένη αποδεικτική δύναμη, διότι το βεβαιούμενο γεγονός περιβάλλεται με την «αυθεντία της δημόσιας πίστης»⁶⁷. Η εμπιστοσύνη, ότι ο δημόσιος λειτουργός, που βεβαιώνει δική του ενέργεια ή γεγονός που έγινε ενώπιόν του ή την αλήθεια του οποίου όφειλε να διαπιστώσει, δεν ψεύδεται, δικαιολογεί την αυξημένη αποδεικτική δύναμη. Η εμπιστοσύνη αυτή και η αποδεικτική βαρύτητα που τη συνοδεύει θωρακίζονται επιπλέον με την πρόβλεψη του εγκλήματος της ψευδούς βεβαίωσης,⁶⁸ τα όρια του οποίου αντιστοιχούν χαρακτηριστικά, όπως γίνεται δεκτό,⁶⁹ με την πλήρη αποδεικτική δύναμη του δημοσίου εγγράφου. Εκτός των ορίων των άρθρων 438 και 440 ΚΠολΔ πάντως, στην περίπτωση λ.χ. που ο υπάλληλος βεβαιώνει γεγονός που δεν είναι

γερμανική βιβλιογραφία *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, ZPR¹⁸, § 113 αριθ. 18.

64 Ως «ζωηρότερο» μέσο αποδείξεως σε σύγκριση με τα άλλα δικαστικά τεκμήρια χαρακτηρίζει ο *Σακκέτας* την εξώδικη ομολογία (βλ. ΣχΚΠολΔ VI, σ. 202). Βλ. περαιτέρω *Ορφανίδη*, Η ομολογία, ό.π., σ. 464, ό.π.π., ο οποίος με ακρίβεια αναδεικνύει την επαυξημένη αποδεικτική αξία της εξώδικης ομολογίας σε σχέση με τα δικαστικά τεκμήρια.

65 Βλ. *Ορφανίδη*, Η ομολογία, ό.π., σ. 475.

66 Ότι στις περιπτώσεις της § 418 ZPO (αντίστοιχης του άρθρου 438 ΚΠολΔ) πρόκειται για έγγραφα μαρτυρίας βλ. *MünchKommZPO*⁶/*Schreiber*, § 418 αριθ. 4.

67 *Hahn*, *Materialien*, ό.π., σ. 323.

68 Βλ. ενδεικτικά *Ahrens*, *Der Beweis*, ό.π., Kapitel 26 αριθ. 14, ο οποίος, αν και εντοπίζει γενικώς στο στοιχείο της μόνιμης αποτύπωσης την ιδιαιτερότητα του εγγράφου, ειδικώς για τα δημόσια έγγραφα αναφέρεται ως επιπλέον θεμέλιο στο αδίκημα της § 348 StGB (*Falschbeurkundung im Amt*).

69 Βλ. *Μπουρόπουλο*, Ερμηνεία ΠΚ II Β', άρθρ. 242 σ. 343 σημ. 7· *Μπιτζιλέκη*, Υπηρεσιακά εγκλήματα, 2001², σ. 383-384.

αρμόδιος να βεβαιώσει, η αποδεικτική υπεροχή παύει να δικαιολογείται. Η αντιμετώπιση ενός τέτοιου εγγράφου πρέπει να είναι η ίδια με τα ιδιωτικά έγγραφα μαρτυρίας. Τούτο ισχύει, για παράδειγμα, στην περίπτωση του κοινοτάρχη που βεβαιώνει τη νομή ακινήτου⁷⁰ ή του δικαστικού επιμελητή που βεβαιώνει παραβάσεις της απόφασης που ρυθμίζει το δικαίωμα επικοινωνίας γονέα και τέκνου.⁷¹ Τέτοιες βεβαιώσεις, συχνές στην ελληνική δικαστηριακή πραγματικότητα, με τις οποίες επιχειρείται να καλυφθεί υπό τον μανδύα του δημοσίου εγγράφου των παραπάνω διατάξεων απλή, αμφίβολης αποδεικτικής αξίας, μαρτυρία, δεν μπορούν να θεμελιώσουν αναψηλάφηση.

IV. Συμπερασματικές παρατηρήσεις

Η απαγκίστρωση στο πεδίο του άρθρου 544 αριθ. 7 ΚΠολΔ από την προϋπόθεση της τυπικής αποδεικτικής δύναμης του εγγράφου ανταποκρίνεται καλύτερα στο σύγχρονο σύστημα απόδειξης, χωρίς να φαλκιδεύει την τελολογία της διάταξης. Κατά τη γνώμη που υιοθετείται εδώ, τον λόγο αυτό αναψηλάφησης μπορούν να θεμελιώσουν και μη πληρούντα τους όρους του νόμου έγγραφα, στην έκταση που θα ήταν επιτρεπτά και ενώπιον του εκδώσαντος την απόφαση δικαστηρίου. Αντίθετα, έγγραφα μαρτυρίας που αποτελούν κατ' ουσίαν ανεπίσημη αποτύπωση σε έγγραφη μορφή του, ήδη κατά τη σύλληψη του ιστορικού νομοθέτη, επισφαλούς εμμάρτυρου μέσου θα πρέπει να αποκλείονται από το πραγματικό του άρθρου 544 αριθ. 7 ΚΠολΔ.

70 ΑΠ 1368/2000, ΕλλΔνη 2002.460.

71 ΑΠ 1265-6/1995, ΕλλΔνη 1997.808 (πλειοψηφ.).

Το πεδίο υπαγωγής σε προπτωχευτική διαδικασία εξυγίανσης με αίτημα του οφειλέτη

Χρήστος Μαστροκώστας

Καθηγητής Νομικής Σχολής Δ.Π.Θ.

I. Οι περιπτώσεις

1. Ουσιαστική προϋπόθεση υπαγωγής σε εξυγίανση είναι η γενική αδυναμία πληρωμών είτε έχει εξελιχθεί σε παύση πληρωμών, έχει δηλαδή εξωτερικευθεί¹ ως μόνιμη αδυναμία του οφειλέτη να πληρώνει τις ληξιπρόθεσμες χρηματικές υποχρεώσεις του, οφειλόμενη σε διαρκή μη ανατρέψιμα αίτια είτε είναι «παρούσα», χωρίς όμως να έχει εξελιχθεί σε παύση πληρωμών, είτε «επαπειλείται» ή είναι «πιθανή» (απλή πιθανότητα αφερεγγυότητας).

Θεμελιώνουν λοιπόν αποκλειστικό δικαίωμα του οφειλέτη να υποβάλει προς επικύρωση στο δικαστήριο σχέδιο εξυγίανσης της επιχείρησής του οι εξής περιπτώσεις μέλλουσας αφερεγγυότητας [άρθρο 32 ΠτΚ (ν. 4738/2020)]:

2. Η κατάσταση «παρούσας αδυναμίας εκπλήρωσης των ληξιπρόθεσμων χρηματικών υποχρεώσεων του οφειλέτη κατά τρόπο γενικό»², δηλαδή η γενική αδυναμία πληρωμών του οφειλέτη³ πριν καταστεί μόνιμη, ή όταν έχει μεν καταστεί μόνιμη, αλλά δεν έχει ακόμη εξωτερικευθεί⁴. Στην τελευταία περίπτωση, η προοπτική της παύσης πληρωμών είναι σχεδόν βέβαιη⁵. Κατά τη συνήθη πορεία των πραγμάτων λοιπόν, η γενική αδυναμία πληρωμών, εάν δεν

1 ΠΠρΑγρ1/2020 ΝΟΜΟΣ: εφόσον φανερώνει την μη πληρωμή έναντι του κοινού· *Ε.Περάκης*, ΠτωχΔ, 4^η έκδ., 2021, § 16.Β.Π.1, σ. 144, υποσημ. 69, «πρέπει να μπορεί να διαγνωσθεί από τρίτους μέσης επιμέλειας και αντίληψης»· Σπ. *Ψυχομάνης*, ΠτωχΔ, 3^η έκδ., 2021, αρ. 207 επ., και αρ. 211 για τους τρόπους εξωτερίκευσης της αδυναμίας μη πληρωμής.

2 Ο όρος «αδυναμία εκπλήρωσης των ληξιπρόθεσμων χρηματικών υποχρεώσεων» έχει τη σημασία αδυναμίας πληρωμών, *Χ.Χριστοπούλου*, Η συμφωνία εξυγίανσης, ΔΕΕ 2012,1109 επ., Π.3, σ. 1110· *Ψυχομάνης*, ό.π., αρ. 221 -222.

3 *Γ.Μιχαλόπουλος*, Οι προπτωχευτικές διαδικασίες αφερεγγυότητας του Πτωχευτικού Κώδικα, 2013, σ. 56. Βλ. ΠΠρΑΘ 665/2016 ΕΕμπΔ 2017, 420 για την έννοια της γενικότητας της αδυναμίας πληρωμών.

4 Π.χ., επειδή δεν έχει ζητηθεί η πληρωμή των ληξιπρόθεσμων υποχρεώσεων, *Ψυχομάνης*, ό.π., αρ. 352.

5 *Α.Παϊζής*, Η πιθανότητα αφερεγγυότητας ως προϋπόθεση υπαγωγής στη διαδικασία εξυγίανσης - Μία πρώτη ερμηνευτική προσέγγιση, ΔΕΕ 2016, σ. 12, υποσημ. 30.

οφείλεται σε πρόσκαιρη οικονομική στενότητα, σε μικρό χρονικό διάστημα καθίσταται μόνιμη, και σχεδόν αμέσως εξελίσσεται σε παύση πληρωμών⁶, οπότε και πάλι όμως είναι δυνατή η εξυγίανση, εφόσον πιθανολογείται ότι με την εξυγίανση θα αρθεί η υφιστάμενη παύση πληρωμών (άρθρο 34 § 2 και 54 § 4 ΠτΚ).

3. Η «επαπειλούμενη αδυναμία εκπλήρωσης» των ληξιπρόθεσμων χρηματικών υποχρεώσεων του οφειλέτη «κατά τρόπο γενικό» (άρθρο 32 § 1 ΠτΚ), δηλαδή η πρόγνωση περιέλευσης του οφειλέτη σε γενικευμένη αδυναμία πληρωμών, ώστε να ληφθούν μέτρα εξυγίανσης στο στάδιο αυτό, πριν η αδυναμία πληρωμών καταστεί μόνιμη. Φυσικά, και ο κίνδυνος μόνιμης αδυναμίας πληρωμών εντάσσεται στο πραγματικό της «επαπειλούμενης αδυναμίας εκπλήρωσης» και αποτελεί η επαπειλούμενη αυτή κατάσταση λόγο εξυγίανσης. Η «επαπειλούμενη αδυναμία εκπλήρωσης» είναι το στάδιο που προηγείται της «παρούσας αδυναμίας εκπλήρωσης».
4. Ο νομοθέτης δεν προσδιόρισε την έννοια της «επαπειλούμενης» αδυναμίας πληρωμών, ορίζεται όμως αυτή στην αιτιολογική έκθεση του νόμου ως «η πρόβλεψη ότι αυτός δεν θα έχει τα μέσα ρευστότητας να αντιμετωπίσει τις κατ' αυτού απαιτήσεις, όταν καταστούν ληξιπρόθεσμες»⁷. Ο οφειλέτης διατρέχει δηλαδή τον κίνδυνο να βρεθεί, μέσα σε διάστημα χρόνου, που δεν καθορίζεται στον νόμο, αλλά γίνεται δεκτό ότι είναι το διάστημα της εταιρικής χρήσης κατά την οποία υποβλήθηκε η αίτηση υπαγωγής σε εξυγίανση και η επόμενη⁸, σε γενική αδυναμία πληρωμών χρονικής διάρκειας ικανής να θίξει την εμπορική πίστη της επιχείρησής του και διαταράξει την οικονομική της υπόσταση⁹. Φυσικά, δεν αναιρείται η ύπαρξη επαπειλούμενης αδυναμίας

6 Χριστοπούλου, ό.π., II.3, σ. 1110· Ψυχομάνης, αρ. 221 επ., σ. 69 επ.

7 Αιτ. Έκθεση ν. 3588/2007, ΝοΒ 2007, 1533 επ., υπό 3). Έτσι και το άρθρο 2 του ισπανικού ΠτωχΝ (Ley Concursal) που προβλέπει ότι βρίσκεται σε κατάσταση «επικείμενης αφερεγυτότητας» (insolencia inminente) ο οφειλέτης που προβλέπει ότι δεν θα μπορεί να εκπληρώνει κανονικά (regular), με χρονική συνέπεια (puntualmente) τις ληξιπρόθεσμες υποχρεώσεις του. Και στο δίκαιο αυτό, σε αντίθεση με το ελληνικό, προβλέπεται μόνον μία προϋπόθεση εξυγίανσης πριν την εκδήλωση παύσης πληρωμών.

8 Αυτή είναι η θέση της γερμανικής ένωσης ελεγκτών, Α.Ρόκας, Η επαπειλούμενη αδυναμία εκπλήρωσης υποχρεώσεων ως νέος λόγος κήρυξης της πτώχευσης, ΔΕΕ 2008, 670, σ. 676· Λ.Κοτσίρης, ΠτωχΔ, 9^η έκδ., 2016, § 9, αρ. 83, πλαγ. 134, σ. 187. Έτσι και η ΠΠΡΑΘ 206/2009 ΔΕΕ 2009, 592 σημ. Μιχαλόπουλου = ΧρΙΔ 2009, 458 παρ. 1. Αυγητίδη. Κατά το προοίμιο της Οδηγίας (ΕΕ) 2019/1023 (εκτίμηση 28) και του Κανονισμού (ΕΕ) 2015/848 «το χρονικό πλαίσιο σχετικά με τον καθορισμό ύπαρξης μίας τέτοιας απειλής μπορεί να εκτείνεται σε πολλούς μήνες (a period of several months/plusieurs mois) ή ακόμη περισσότερο» (εκτίμηση 17). Η ελληνική μετάφραση αναφέρει «αρκετούς μήνες».

9 «Καθ' όσον αντιμετωπίζει μόνιμη αρνητική ρευστότητα, με αποτέλεσμα να έχει κλονισθεί η εμπορική του πίστη», ΠΠΡΑΘ 747/2009 ΔΕΕ 2009, 1354· Κοτσίρης, ό.π., πλαγ. 134: «πρόγνωση μόνιμης αρνητικής ρευστότητας»· Α.Ρόκας, ό.π., IV.Α, σ. 675.

πληρωμών, αν έχει εκδηλωθεί ήδη αδυναμία πληρωμής, εφόσον αυτή δεν είναι γενική, διότι τότε θα πρόκειται για παρούσα αδυναμία εκπλήρωσης (π.π., αρ. 2).

5. Ενώ δηλαδή η παύση πληρωμών αφορά αδυναμία πληρωμής των ήδη ληξιπρόθεσμων οφειλών, σε συγκεκριμένο χρονικό σημείο, αλλά και των μελλοντικών οφειλών, όπως αυτές θα καθίστανται ληξιπρόθεσμες, η «επαπειλούμενη αδυναμία πληρωμών» αφορά τον υπαρκτό, κατά τον χρόνο υποβολής της συμφωνίας εξυγίανσης προς επικύρωση, κίνδυνο μελλοντικής, εκτεινόμενης σε διάστημα χρόνου, αδυναμίας πληρωμής οφειλών, που δεν έχουν καταστεί ακόμη ληξιπρόθεσμες¹⁰. Άρα, «επαπειλούμενη γενική αδυναμία πληρωμών» δεν συνιστά η απλή πιθανότητα εκδήλωσης κινδύνου αδυναμίας πληρωμών (π.κ. αριθ. 10), αλλά ο υφιστάμενος ήδη κίνδυνος μόνιμης αρνητικής ρευστότητας, με συνέπεια τη γενίκευση της αδυναμίας του οφειλέτη να πληρώνει, ο οποίος γίνεται αντιληπτός με βάση τη συνολική οικονομική κατάσταση της επιχείρησης, όπως προκύπτει από τα οικονομικά της στοιχεία που είναι ήδη γνωστά¹¹. Συνεκτιμώνται η εξέλιξη των υποχρεώσεων της επιχείρησης που είναι ή πρόκειται να καταστούν ληξιπρόθεσμες μέσα στο διάστημα που προβλέπεται να υλοποιηθεί ο κίνδυνος, αλλά και υποχρεώσεις, καθώς και απαιτήσεις, που δεν έχουν ακόμη θεμελιωθεί νομικά, αλλά είναι γνωστές¹², τα προβλεπόμενα κατά τη συνηθισμένη πορεία των πραγμάτων έσοδα, ευχερώς ρευστοποιήσιμα περιουσιακά στοιχεία, αλλά και εξωτερικά γεγονότα που μπορούν να επηρεάσουν την οικονομική κατάσταση της επιχείρησης¹³. Δηλαδή, στην επαπειλούμενη αδυναμία πληρωμών, η ανεπάρκεια της ρευστότητας και των εισροών

10 Μιχαλόπουλος, Η αποδραματοποίηση της πτώχευσης κατά το ισχύον δίκαιο της πτώχευσης, ΕΕμπΔ 2009, 729 επ., 736 «προεγνωσμένη παύση πληρωμών» · Περάκης, ό.π. § 16.Γ.Π, σ. 153 «αναμενόμενη παύση πληρωμών». Βλ. ΠΠρΑθ 206/2009, ό.π.

11 Τα άρθρα 45 στοιχ. β' και 46 § 1 στοιχ. β', γ', ε' ΠτΚ απαριθμούν τα στοιχεία με τα οικονομικά δεδομένα που πρέπει να προσκομίσει υποχρεωτικά ο αιτών.

12 Όπως και αυτές που είναι αναγκαίες για τη διατήρηση της επιχείρησης και είναι σχεδόν βέβαιο ότι θα θεμελιωθούν (καταβολή μισθών, φόρων, τίμημα για υλικά με τακτική χρήση), Α.Ρόκας, ό.π., σ. 676 υπό iv· ΠΠρΑθ 747/2009, ό.π.: έλαβε υπ' όψιν το αρνητικό υπόλοιπο ταμειακών ροών, ύψος υφιστάμενων οφειλών, αναμενόμενες εισπράξεις, και ενδεχόμενες μελλοντικές υποχρεώσεις, καθώς και τις ποσοστιαίες μειώσεις, έναντι της προηγούμενης χρήσης, του καθαρού αποτελέσματος και των βραχυπρόθεσμων υποχρεώσεων· H.-F.Muller, σε, Jaeger, Insolvenzordnung Grosskommentar, 1^η έκδ., 2004, Μέρος Α' (§§ 1 - 55), § 18, Π.2, αρ.7.

13 ΠΠρΑθ 206/2009, ό.π. : χωρίς απαραίτητα η δυσχέρεια να συνάγεται από την κατάσταση ταμειακών ροών· Γ.Μιχαλόπουλος, ό.π., σ. 337· Α.Ρόκας, ό.π., IV.B, σ. 676· P. Leonhardt /S. Smid /M. Zeuner, Insolvenzordnung (Inso), 3^η έκδ., 2010, § 18, III.4, αρ. 11· H.-F.Muller, ό.π., αρ. 8, όπου απαρίθμηση των κονδυλίων που λαμβάνονται υπ' όψιν. Βλ. K.Schmidt, σε, K.Schmidt, InsO, 2013, § 18, 16 : λαμβάνονται υπ' όψιν μόνον υπάρχοντα χρήη.

της επιχείρησης να καλύψουν τις υποχρεώσεις της υπολογίζεται με βάση παρούσες ή μέλλουσες υποχρεώσεις, που είναι όμως γνωστές και προσδιορισμένες ή προσδιορίσιμες ποσοτικά¹⁴, σε συνδυασμό με τη σημασία της επίπτωσης τους στη δυνατότητα επιβίωσης της επιχείρησης (άρθρο 54 § 3 στοιχ. α΄ ΠτΚ). Με αυτό το τελευταίο κριτήριο αντιμετωπίζεται και η υπερχρέωση ως πραγματικό στοιχείο της κατάστασης της επαπειλούμενης αδυναμίας πληρωμών¹⁵.

6. Η έννοια της «πιθανότητας αφερεγγυότητας» που εισήχθη στο δίκαιό μας ως κοινός λόγος πτώχευσης και εξυγίανσης (ν. 4446/2016), στη συνέχεια δε μόνον ως λόγος εξυγίανσης (άρθρο 32 § 2 ΠτΚ), είναι δυσχερώς προσδιορίσιμη, επειδή, αφ' ενός μεν ο όρος «αφερεγγυότητα» είναι αόριστος, με ειδικό περιεχόμενο σε κάποιες έννομες τάξεις¹⁶, αφ' ετέρου δε συνυπάρχει ως προϋπόθεση της προπτωχευτικής διαδικασίας εξυγίανσης με άλλη κατάσταση μελλοντικής αδυναμίας εκπλήρωσης· την επαπειλούμενη αδυναμία εκπλήρωσης¹⁷. Σε κάθε περίπτωση, γραμματικά ερμηνευόμενος ο όρος, δεν έχει άλλο περιεχόμενο από την αδυναμία πληρωμής ανειλημμένων υποχρεώσεων¹⁸. Στο δε κοινοτικό πτωχευτικό δίκαιο έχει την έννοια του κινδύνου που απειλεί τη βιωσιμότητα - συνέχιση της επιχείρησης του

14 Πρβλ. στο ιταλικό δίκαιο, όπου η αδυναμία αναφέρεται σε «προβλεφθείσες υποχρεώσεις» (obbligazione pianificate), άρθρο 2 § 1 στοιχ. α΄ του Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza (Decr. Legisl. 12.1.2019, n° 14, G.U. 14.2.2019).

15 Ανάλογα αν υπάρχουν τα στοιχεία που θεμελιώνουν προσδοκία βάσιμης ανάκαμψης της επιχείρησης ή πιθανολογείται αδυναμία επιβίωσής της, Α.Ρόκας, ΔΕΕ 2008, ό.π., IV.B, σ. 676 υποσημ. 64. Βλ. Α.Γεωργακόπουλο, Η οικονομική ανάλυση του πτωχευτικού δικαίου, 2001, σ. 28 επ., για την υπερχρέωση ως μη πρόσφορο κριτήριο πτώχευσης.

16 Περράκης, ό.π., § 16.Α.Υ, σ. 142, υποσημ. 59. Στον ιταλικό Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, άρθρο 2 § 1 στοιχ. α΄ και στοιχ. β΄, με τον όρο «insolvenza» εννοείται η παύση πληρωμών και με τον όρο «crisi» η χρηματοοικονομική δυσκολία που καθιστά πιθανή την παύση πληρωμών του οφειλέτη. Στον ισπανικό Ley Concursal, ο όρος «insolencia» σημαίνει αδυναμία εκπλήρωσης (άρθρο 2 § 3), βλ. και π.π., υποσημ. 7.

17 Η Οδηγία 2009/1023 (άρθρα 1 περ. α΄, 2 § 2, 4 § 1) προβλέπει μόνον την κατάσταση πιθανής αφερεγγυότητας.

18 Περράκης, ΠτΔ, 3^η έκδ., 2017, § 15.Δ.3, σ. 133-134 και υποσημ. 153. Επίσης, Αυγητίδης, σε, ΕΡΜΑΚ, άρθρο 801, αρ. 5 «ανεπάρκεια της περιουσίας του δέκτη της υπόσχεσης να ικανοποιήσει όλες τις ληξιπρόθεσμες απαιτήσεις των δανειστών του»· Γ.Γεωργιάδης, ΣΕΑΚ, άρθρο 468, αρ. 3, σχετικά με την έννοια της φερεγγυότητας κατά τη διάταξη αυτή «δυνατότητα του οφειλέτη να εκπληρώσει τις υποχρεώσεις που έχει αναλάβει».

οφειλέτη¹⁹, δηλαδή την επαπειλούμενη αδυναμία πληρωμών²⁰.

7. Η έννοια της πιθανής αφερεγγυότητας δεν μπορεί να εξηγηθεί με το ευρύ περιεχόμενο της «κατάστασης ύπαρξης σοβαρών οικονομικών προβλημάτων»²¹ ή να προσεγγισθεί προς την έννοια των «δυσχερειών που δεν μπορούν να αντιμετωπισθούν με τις δυνάμεις του οφειλέτη», όπως προβλέπεται στη διαδικασία «διάσωσης της επιχείρησης» (*procédure de sauvegarde de l'entreprise*) του γαλλικού δικαίου²², οι οποίες παρέχουν στοιχεία εννοιολογικού προσδιορισμού τους, και, όπως υποστηρίζεται από μέρος της γαλλικής θεωρίας, η διαδικασία αυτή αποσκοπεί στην αποτροπή του κινδύνου διακοπής της επιχειρηματικής δραστηριότητας²³. Ο οφειλέτης διασώ-

19 Κατά το προοίμιο του Κανονισμού (ΕΕ) 2015/848, η απειλή πρέπει να είναι τέτοιας βαρύτητας, ώστε να υπάρχει κίνδυνος διακοπής της δραστηριότητας της επιχείρησης (εκτίμηση 17), «*menaçant la continuité de ses activités*» ή «*threatening the status of its business as going concern and in the medium time, its liquidity*». Στο ελληνικό κείμενο αποδόθηκε ως δυσκολίες «που απειλούν τη λειτουργία» της επιχείρησης [του οφειλέτη] και μεσοπρόθεσμα τη ρευστότητά του». Επίσης, στα άρθρα 1 § 1 περ. α', 4 § 1 Οδηγίας 2019/1023 αναφέρεται «με σκοπό να αποτρέψουν την αφερεγγυότητα και να εξασφαλίσουν τη βιωσιμότητα του [οφειλέτη]». Ψυχομάνης, ΠτΔ, 2021, αρ. 235· ο ίδιος, σχετικά με το περιεχόμενο του όρου «αφερεγγυότητα», ΠτΔ, 2019, αρ. 35 - 38 και Πτωχευτικό δίκαιο ή δίκαιο αφερεγγυότητας, Νομικά Χρονικά, 2013, τεύχος 78, (<http://www.nomikaxronika.gr/article.aspx?issue=78>).

20 Χριστοπούλου, ό.π., σ. 1110, η απειλή διακοπής της επιχείρησης σημαίνει «επαπειλούμενη αδυναμία πληρωμών».

21 Έτσι, στην παρ. 1 του άρθρου 99 της πρότασης του ν. 4013/2011, η οποία δεν περιελήφθη όμως στο νομοθετικό κείμενο, Μιχαλόπουλος, Οι προπτωχευτικές..., ό.π., σ. 56 - 57· Αυγητίδης, Εξυγίανση επιχειρήσεων μέσω προπτωχευτικών διαδικασιών, 2011, σ. 231, ότι η διάταξη θα αφορούσε την αδυναμία εξεύρεσης χρηματοδότησης, τη μερική αδυναμία εκπλήρωσης, την μερική υποχώρηση της θέσης στην αγορά· Ψυχομάνης, ΠτΔ, η' εκδ., 2019, σ. 79 υποσημ. 179. Βλ. υπό το ισχύον δίκαιο, Ε.Περάκη, ΠτΔ 4^η εκδ., 2021, § 13.Γ.ΙΙ.4, σ. 75· Στ.Φράστανλη, Προπτωχευτική διαδικασία εξυγίανσης. Βασικές αρχές και έναρξη της διαδικασίας, ΧρΙΔ 2012, 407 επ., 415 υπέρ της υπαγωγής σε εξυγίανση, όταν αντιμετωπίζεται γενικότερη οικονομική αδυναμία.

22 C. com. art. L 620 -1 εδ. α' «*débiteur ... qui, sans être en cessation des paiements, justifie de difficultés qu'il n'est pas en mesure de surmonter*», ενώ στο εδ. β' τίθεται ως σκοπός της διαδικασίας η διευκόλυνση της αναδιάρθρωσης της επιχείρησης με σκοπό να διασφαλισθεί η συνέχιση της δραστηριότητας («*afin de permettre la poursuite de l'activité*»), obs. Pétel, JCP E 2011. 1263, n°1, που επισημαίνει τη διάσταση των δύο εδαφίων.

23 Saintourens, Act.proc.coll. 2010/8, αριθμ. 112 : στόχος η συνέχιση της επιχειρηματικής δραστηριότητας· F.-X.Lucas, Bull. Joly 2010, 211: έχει επιπτώσεις στην εκτέλεση των συμβατικών υποχρεώσεων και, ως εκ τούτου, στη συνέχιση της δραστηριότητας (παρ. και των δύο στην Paris 25 février 2010). Βλ. Παϊζη, Η προβληματική ενσωμάτωση της «πιθανότητας αφερεγγυότητας» στην ελληνική έννομη τάξη-Ταυτόχρονα, μία δικαιοσυγκριτική επισκόπηση, σε Πρακτικά 27^{ου} Πανελληνίου Συνεδρίου Εμπορικού Δικαίου (ΠΣΕΕ), 21-23 Οκτ. 2017, Αθήνα 2018, σ. 419 επ., σ. 424, που εκτιμά ότι η προϋπόθεση «σοβαρών οικονομικών προβλημάτων» έχει συνάφεια με την παρούσα ή επαπειλούμενη αδυναμία εκπλήρωσης· Ψυχομάνη, ΠτΔ, 2021, αρ. 216, σ. 68, για την εκτίμηση της βαρύτητας των προβλημάτων

ζεται ευκολότερα αν υπαχθεί σε εξυγίανση σε πρωϊμότερο στάδιο, όμως, αν δεν συνδεθεί αυτή με την απειλή συγκεκριμένου μελλοντικού κινδύνου ή αν δεν περιγραφεί η κατάσταση που αποτελεί την ουσιαστική προϋπόθεσή της²⁴, μπορεί η διαδικασία εξυγίανσης να διολισθηθεί σε συγκαλυμμένο τρόπο διαχείρισης της επιχείρησης²⁵ υπέρ του οφειλέτη και των μετόχων εις βάρος των πιστωτών, όπως π.χ. η ελάφρυνση από ξένα κεφάλαια υγιούς εταιρίας που δεν αντιμετωπίζει πρόβλημα ρευστότητας²⁶. Προτείνεται, στο πλαίσιο του δικαίου μας, ο ασαφής αυτός όρος να εξειδικεύεται με το κριτήριο «*δυσκολιών που υπερβαίνουν κάποιο μέτρο σημαντικότητας*»²⁷. Όμως η «σημαντικότητα» του μέτρου, με βάση τον νοηματικό προσδιορισμό του όρου «αφεργγυότητα» στην έννομή μας τάξη (π.π., αριθμ. 6), αξιολογείται με βάση την επίδρασή του στην ικανότητα πληρωμών της εταιρίας²⁸, όπως μπορεί να συναχθεί και από τη νομοθετική παραδοχή ότι, αν δεν μεσολαβήσει η εξυγίανση, η υπολειμματική αξία των εταίρων κατά της εταιρίας είναι αυτή της πτωχευτικής εκκαθάρισης (άρθρ. 35 § 2 εδ. α' και § 3 εδ. γ' ΠτΚ)²⁹, η δε μη χειροτέρευση της θέσης των πιστωτών λόγω της εξυγίανσης κρίνεται με κριτήριο «τη θέση στην οποία θα βρισκόταν σε περίπτωση

αυτών σε σχέση με την απειλή αδυναμίας εκπλήρωσης.

- 24 Έτσι, ο Codice della crisi d' impresa e dell' insolvenza (άρθρο 2 § 1 στοιχ. α'), χρησιμοποιών σωρευτικά και τους δύο τρόπους.
- 25 Com. 8 mars 2011 D. 2011. 919 (arrêt *Coeur Defense*), που δέχθηκε υπαγωγή στη διαδικασία της sauvegarde, επειδή λόγω απρόβλεπτων περιστάσεων κατέστη πιο επαχθής η εκπλήρωση συμβατικών υποχρεώσεων (obs. *Lienhard*, note *Le Corre* και D. 2011. 1441, Chron. *Arcelin-Lécuyer*), αναιώντας την Paris, 25 févr. 2010, D. 2010. AJ 579, obs. *Damman et Podeur*, που έκρινε το αντίθετο. Μπορεί λοιπόν να χρησιμοποιηθεί η διαδικασία αυτή ως απλό «*outil de gestion*» (*Al.Lienhard*, *Procédures collectives*, éd. Delmas, 9^e éd., 2020-2021, αρ. 052.163, σ. 151), ως μέσο επαναδιαπραγμάτευσης των όρων των συμβάσεων με τους πιστωτές (*Al.Lienhard*, ό.π., 052.142), π.χ., όταν ο οφειλέτης πληρώνει τους τόκους δανείου, αλλά αδυνατεί να πληρώσει τις δόσεις του κεφαλαίου· *P.-M. Le Corre*, *La restauration jurisprudentielle du climat de confiance à l' égard de la sauvegarde*, Rec. Dalloz 2011, 919, υπό I.B· *D.Legeais*, *Droit commercial et des affaires*, Sirey, 19 éd., 2011, αρ. 1003.
- 26 *Ψαρουδάκης*, Η θέση του εταίρου στην εξυγίανση, 2020, σ. 336, που παραθέτει αυτή τη σκέψη.
- 27 *Περάκης*, ΠτΔ, §13.Γ.Π.4, σ. 75· *Ψυχομάνης*, ΠτΔ, η' έκδ. 2019, αρ. 159, σ. 61.
- 28 *A. Keay*, *Directors' duties and creditors' interests*, 2014, LQR 443, σ. 447: η αόριστη προϋπόθεση αντιμετώπισης «δυσχερειών» της εταιρίας ουσιαστικά έχει αναφορά στον κίνδυνο της πτώχευσης· *Γ. Ψαρουδάκης*, ό.π., σ. 287, 288, και υπό το πρίσμα της Οδηγίας (ΕΕ) 2019/1023, σ. 335. Βλ. π.χ. τον ισοδύναμο όρο «*απειλή της επιχείρησης ως ενεργού οικονομικής μονάδος*» στην εκτίμηση 28 εδ. β' της Οδηγίας 2019/1023.
- 29 Η αιτιολ. Έκθεση υπό το άρθρ. 35 «δεν θα περιέλθουν σε χειρότερη θέση λόγω της συμφωνίας εξυγίανσης από την θέση στην οποία θα περιέλθουν σε περίπτωση πτώχευσης», ενώ ρητά το άρθρο 101 § 3 εδ. γ' του προϊσχύσαντος ΠτΚ «ο οφειλέτης αναμένεται να πτωχεύσει». Έτσι και η εκτίμηση 49 εδ. α' της Οδηγίας (ΕΕ) 2019/1023 (για την αναδιάρθρωση και την αφεργγυότητα), με αναφορά στην αξία εκκαθάρισης.

πτώχευσης του οφειλέτη» (άρθρ. 31 εδ. α' ΠτΚ).

8. Η «πιθανή αφερεγγυότητα» εντάσσεται στο σύστημα διαβάθμισης του κινδύνου του άρθρου ΠτΚ 32 σε εσωτερική συνάφεια με την έννοια της «επαπειλούμενης αδυναμίας εκπλήρωσης», από την οποία προσπαθεί η θεωρία να την διακρίνει. Το μέτρο απειλής της επιχείρησης που εισήγαγε ο νομοθέτης ως κριτήριο για την υπαγωγή στην εξυγίανση, δεν είναι κάποια –περισσότερο ή λιγότερο σημαντική³⁰– αδυναμία πληρωμών, αλλά η γενικευμένη αδυναμία πληρωμών, με διαβάθμιση όμως της απειλής επέλευσής της σε παρούσα, μελλοντική (επαπειλούμενη) και πιθανή³¹. Αν η διαφορά μεταξύ της επαπειλούμενης αδυναμίας πληρωμών και της πιθανής αφερεγγυότητας συνίσταται αποκλειστικά στη διαφορά της έντασης του κινδύνου, υπαρκτός στη μία περίπτωση, πιθανός στην άλλη, ή, αν αποδοθεί στον όρο «πιθανή αφερεγγυότητα» ένα γενικό περιεχόμενο, μη συνδεδεμένο με την προοπτική κινδύνου γενικής αδυναμίας πληρωμών (π.κ., αρ. 9-11), τότε, η «πιθανότητα αφερεγγυότητας» απορροφά εννοιολογικά, αλλά και στην πράξη, την κατάσταση της «επαπειλούμενης αδυναμίας εκπλήρωσης»³². Προφανώς, δεν ήταν αυτή η βούληση του νομοθέτη που την εισήγαγε ως διακριτή προϋπόθεση εξυγίανσης³³.
9. Η επιχείρηση που αντιμετωπίζει «πιθανότητα αφερεγγυότητας» δεν βρίσκεται σε παρούσα ούτε σε αναμενόμενη (επαπειλούμενη) γενική αδυναμία πληρωμών³⁴. Απειλείται όμως από συγκεκριμένη κατάσταση, που είναι

30 Βλ. Παϊζη, 27° ΠΣΕΕ, Αθήνα 2018, ό.π., σ. 421, που προτείνει «σκόπιμο να τεθεί ένα λογιστικό όριο» επαλήθευσης της πιθανής αφερεγγυότητας. Ο νομοθέτης διατήρησε όμως την ασάφεια του όρου. Λογιστικά όρια προβλέφθηκαν στο 77 § 2 ΠτΚ (τεκμήριο παύσης πληρωμών).

31 Παϊζης, ΔΕΕ 2016, ό.π., ΙΙ.Α, σ. 14, 15 και υποσημ. 53, «η αφερεγγυότητα περιλαμβάνει μεταξύ άλλων την παύση πληρωμών, εκδηλωμένη ή επαπειλούμενη, η οποία αποτελεί μόνον την ακροτελεύτια μορφή εκδήλωσης της αφερεγγυότητας».

32 Παϊζης, ό.π., ΙΙ.Β στο τέλος, σ. 13· Ψαρουδάκης, Η θέση του εταίρου..., σ. 89, σ. 287 και υποσημ. 689.

33 Η αιτιολογική έκθεση του ν. 4446/2016 θεωρεί ότι η θέσπιση της προϋπόθεσης αυτής ανταποκρίνεται στην υπ' αριθμ. 16 εκτίμηση του προοιμίου της Σύστασης της Επιτροπής C 2014/135/ΕΕ της 12.3.2014. Η πιθανότητα αφερεγγυότητας αναφέρεται και στο άρθρο 1 § 1 εδ. β' του Κανονισμού (ΕΕ) 2015/848 (Μιχαλόπουλος, Η νέα πτωχευτική νομοθεσία, 4^η έκδ., 2017, Ι.Β.α, σ. 4), αποτελεί δε πεδίο εφαρμογής της Οδηγίας 2019/1023 (άρθρο 1 § 1 περ. α', άρθρο 4 § 1 και άρθρο 2 § 2), ως μοναδικό περιστατικό μέλλουσας «αφερεγγυότητας». Βλ. Ψαρουδάκη, ό.π., σ. 287, που κάνει λόγο για «φύλαρο σύστημα αντικειμενικών όρων».

34 Περάκης, ΠτΔ, § 13.Γ.Π.4, σ. 75, «Μπορεί να συνίσταται σε άλλα δυσμενή για την επιχείρηση γεγονότα που δεν έχουν σχέση με τη χρεωστική της θέση, αλλά με τις επιχειρηματικές της προοπτικές, δομές και εξελίξεις, όπως η καταγγελία κρίσιμης σύμβασης». Βλ. Παϊζη, ό.π., σ. 17, όπου περιπτωσιολογία.

άλλη από την παρούσα ή αναμενόμενη στο άμεσο μέλλον οικονομική της στενότητα, όπως αυτή προκύπτει από τα οικονομικά της δεδομένα (αρνητική εξέλιξη των ταμειακών ροών και της ρευστότητας), η οποία αποτελεί στοιχείο της εκδήλωσης της κατάστασης της επαπειλούμενης αδυναμίας πληρωμών³⁵ (π.π., αριθ. 5).

10. Η πιθανή αφερεγγυότητα θεμελιώνεται λοιπόν σε καταστάσεις που από τη φύση τους, με βάση τα συγκεκριμένα χαρακτηριστικά της οφειλέτιδας επιχείρησης (αντικείμενο, τοπική εμβέλεια αγοράς, τρόπος επιχειρηματικής δράσης, μέγεθος κ.ά.³⁶), έχουν αντικειμενικά την ικανότητα αρνητικού επηρεασμού της ικανότητας πληρωμών της, σε σημαντικό βαθμό, με συνέπεια την κατάληξή της, κατά τη συνήθη πορεία των πραγμάτων, σε κατάσταση επαπειλούμενης αδυναμίας πληρωμών, χωρίς ωστόσο η συγκεκριμένη κατάσταση από την οποία γεννιέται αυτός ο κίνδυνος για τον οφειλέτη³⁷ να έχει επηρεάσει ακόμη σε σημαντικό βαθμό την ικανότητα πληρωμών του (π.χ. χωρίς να έχει προκαλέσει σταθερό έλλειμμα ρευστότητας), έτσι ώστε κατά τον χρόνο συζήτησης της αίτησης επικύρωσης του σχεδίου εξυγίανσης δεν ανιχνεύονται ακόμη στοιχεία παρούσας ή επικείμενης δυσχέρειας πληρωμών, πιθανόν δε η επίδραση της απειλής που γεννήθηκε να μην έχει επηρεάσει ακόμη τις ταμειακές ροές του³⁸. Τέτοιες καταστάσεις είναι κυρίως αυτές που πλήττουν σημαντικά αξίες της επιχείρησης, όπως τη φήμη της, τον κύκλο εργασιών της (απώλεια του κυριότερου πελάτη ή καίριας σημασίας σύμβαση ή απαγόρευση εξαγωγών), τη θέση της στην αγορά

35 Στο Προοίμιο της Οδηγίας (ΕΕ) 2019/1023 (εκτίμηση 28), όπως και του Κανονισμού ΕΕ 2015/848 (εκτίμηση αριθμ. 17) η έννοια της απλής αφερεγγυότητας προσδιορίζεται ως «δυσκολίες μη οικονομικές [«difficultés non financières» κατά το γαλλικό κείμενο] που δημιουργούν πραγματική και σοβαρή απειλή για την υπάρχουσα ή μελλοντική ικανότητα του οφειλέτη να εκπληρώσει τις υποχρεώσεις του, όταν γίνονται απαιτητές». Βλ. όμως τον *Ψυχράνη*, ΠτΔ, 2021, αρ. 236, ό.π., η απλή αφερεγγυότητα είναι η «πρώιμη κατάσταση επαπειλούμενης αδυναμίας πληρωμών επιχείρησης που αντιμετωπίζει οικονομικά προβλήματα, τα οποία κατά τη συνήθη πορεία των πραγμάτων δημιουργούν γενικά και αφηρημένα, τον κίνδυνο να προκύψει αδυναμία πληρωμών της».

36 Για την εκτίμηση του κινδύνου δυσχερειών που απειλεί οφειλέτη, ο οποίος ανήκει σε όμιλο επιχειρήσεων, δεν προστίθενται κατ' αρχήν οι οικονομικές δυνατότητες του ομίλου (Versailles 15 juin 2006, *RJDA* 2006 n°1152).

37 Π.χ. εμφάνιση ανταγωνιστή με σύγχρονες, πολύ αποδοτικές μεθόδους επεξεργασίας των προϊόντων, Versailles 15 juin 2006, ό.π., ελάττωμα του κυριότερου προϊόντος της επιχείρησης: *Ε.Μαστρομανώλης*, Προϋποθέσεις κήρυξης σε πτώχευση - Ταυτόχρονα μία δικαιολογική επισκόπηση, 27° ΠΣΕΕ, σ. 53 επ., σ. 62, για την κατάταξη, στο πλαίσιο της εφαρμογής της *procédure de sauvegarde*, των λόγων των δυσχερειών της επιχείρησης σε χρηματοοικονομικής, οικονομικής, νομικής και κοινωνικής φύσης. Το αυτό είναι δυνατό και για τους λόγους πιθανής αφερεγγυότητας του δικαίου μας.

38 Βλ. *Παϊζή*, 27° ΠΣΕΕ, Αθήνα 2018, ό.π., σ. 421.

(αιφνίδια ανατροπή των όρων ανταγωνισμού, απώλεια τμήματος της αγοράς) κ.ά³⁹.

11. Πρέπει όμως η κατάσταση που βρίσκεται, κατά αντικειμενική πρόγνωση, σε πρόσφορη αιτιότητα με τον αρνητικό επηρεασμό της δυνατότητας πληρωμών του οφειλέτη, να έχει ήδη εκδηλωθεί, να είναι δηλαδή πραγματική και όχι πιθανολογούμενη, να γεννιέται δε από αυτήν κίνδυνος να περιέλθει ο οφειλέτης σε κατάσταση επαπειλούμενης γενικής αδυναμίας πληρωμών⁴⁰. Δηλαδή, μέσα στο χρονικό διάστημα της τρέχουσας εταιρικής χρήσης και της επόμενης ή ίσως και περισσότερο κατά την εκτίμηση του δικαστή, να έχουν δημιουργηθεί οι προϋποθέσεις που στοιχειοθετούν την κατάσταση κινδύνου γενικευμένης αδυναμίας πληρωμών, με διάρκεια που μπορεί να έχει επιπτώσεις στην εμπορική πίστη του οφειλέτη και την οικονομική του υπόσταση⁴¹ (π.π., αρ. 4). Συνεπώς, η κατάσταση της μελλοντικής αφερεγγυότητας υπάρχει σε προγενέστερο χρονικά στάδιο από την επαπειλούμενη αδυναμία εκπλήρωσης, αφού η τελευταία αποτελεί την απειλή που στοιχειοθετεί την έννοια της πρώτης. Άρα, η μελλοντική αφερεγγυότητα του οφειλέτη προϋποθέτει κίνδυνο αδυναμίας εκπλήρωσης, η οποία θα επέλθει σε μελλοντικό, μεταγενέστερο χρόνο σε σχέση με παρούσα κατάσταση επαπειλούμενης αδυναμίας εκπλήρωσης, όλα δε τα στοιχεία της πρόγνωσης της πραγματοποίησης του κινδύνου αυτού έχουν σημείο

39 ΠΠρΑθ 206/2009 ό.π.: διακοπή αποκλειστικής συνεργασίας· ΠΠρΑθ 616/2008 ΝΟΜΟΣ: μετά την απώλεια του μοναδικού καταστήματος, αδυναμία εξεύρεσης άλλου στην περιοχή όπου είχε αποκτήσει εμπορική φήμη· Παϊζης, ΔΔΕ 2016, όπ., σ. 16 στο τέλος, όπου περιπτωσιολογία από τη γαλλική νομολογία σχετικά με την εφαρμογή της *procédure de sauvegarde*.

40 Ψυχομάνης, ΠτΔ, η' έκδ., 2019, αρ. 161· ο ίδιος, ΠτΔ, θ' έκδ., 2021, αρ. 233, σ. 72, αρ. 235, σ. 73 «περίπτωση πρώιμης επαπειλούμενης αδυναμίας πληρωμών», αρ. 236, σ. 74· Γ. Ψαρουδάκης, Η θέση του εταίρου ..., ό.π., σ. 335 για τον σύνδεσμο της πιθανής αφερεγγυότητας με τον κίνδυνο της πτώχευσης· Μιχαλόπουλος, Η νέα πτωχευτική νομοθεσία, ό.π., σ. 3 υποσημ. 9, που αναφέρεται στο ενδεχόμενο σοβαρής απειλής της ικανότητας του οφειλέτη να εκπληρώνει τις υποχρεώσεις του, όταν γίνουν απαιτητές. Πρβλ. τον ίδιο, Οι προπτωχευτικές διαδικασίες..., ό.π., σ. 56. Πρβλ. επίσης, Περάκη, ΠτΔ, § 13.Γ.Π.4, σ. 75 «γενικότερες οικονομικές δυσκολίες, ακόμη και ενδεχόμενες, που καθιστούν επισφαλή την εξόφληση χρεών σε συνεχή ροή», συνδέεται δηλαδή η έννοια με μερική αδυναμία πληρωμών.

41 Η εκτίμηση 24 εδ. τελ. της Οδηγίας (ΕΕ) 2019/1023 επισημαίνει ότι, για να αποφευχθεί κατάχρηση του πλαισίου αναδιάρθρωσης, οι οικονομικές δυσχέρειες θα πρέπει να καθιστούν την αφερεγγυότητα πιθανή. Έτσι και η Σύσταση της Επιτροπής C 2014/135/ΕΕ της 12.3.2014 (εκτίμηση 16) ορίζει «Pour éviter tout risque potentiel d'abus de la procédure, les difficultés financières du débiteur doivent être de nature à entraîner son insolvabilité, et à moyen terme ses liquidités» ή «the financial difficult of the debtor must be likely to lead to its insolvency», όπως και η εκτίμηση 17 του προοιμίου του Κανονισμού (ΕΕ) 2015/848, π.π. υποσημ. 35.

αναφοράς τον μελλοντικό αυτό χρόνο⁴². Με αυτήν την έννοια, κατά τον χρόνο συζήτησης της επικύρωσης της απόφασης εξυγίανσης, ο κίνδυνος εμφανίζεται μικρής έντασης, διότι η επιχείρηση δεν αντιμετωπίζει ακόμη απειλή παύσης πληρωμών, αλλά τον κίνδυνο να γεννηθεί η απειλή αυτή μεταγενέστερα. Παρέχεται έτσι προστασία, στο πρώιμο στάδιο της εμφάνισης συγκεκριμένου ειδικού λόγου που δεν γεννά άμεσα απειλή, αλλά κίνδυνο μελλοντικής απειλής («απλώς πιθανότητα αφερεγγυότητας» κατά το άρθρο 32 § 2 ΠτΚ).

II. Η απόδειξη της συνδρομής των περιπτώσεων εξυγίανσης

1. Ως προς την επαπειλούμενη αδυναμία πληρωμών

12. Για το μέτρο απόδειξης συνδρομής των προϋποθέσεων της «επαπειλούμενης αδυναμίας εκπλήρωσης», απαιτείται πλήρης απόδειξη και όχι το μειωμένο μέτρο απόδειξης που συνεπάγεται η πιθανολόγηση, κατά την έννοια του άρθρου 347 ΚΠολΔ⁴³. Οι περιπτώσεις πιθανολόγησης⁴⁴, στο δίκαιό μας, είναι εξαιρετικές και αφορούν ελάχιστες περιπτώσεις προβλεπόμενες ρητά στον νόμο, όπου απαιτείται ταχύτητα έκδοσης απόφασης λόγω κατεπείγοντος ή/και η απόφαση έχει προσωρινό χαρακτήρα ή αφορά καθαρά δικονομικά ζητήματα που δεν επηρεάζουν την κρίση της διαφοράς⁴⁵. Ως προς την «επαπειλούμενη αδυναμία εκπλήρωσης», ως λόγο εξυγίανσης και πτώχευσης, ο νομοθέτης δεν προβλέπει πιθανολόγηση της συνδρομής των ουσιαστικών προϋποθέσεων της, ενώ ρητά προβλέπει την πιθανολόγηση των θετικών συνεπειών της συμφωνίας εξυγίανσης που αποτελούν τους όρους επικύρωσής της από το δικαστήριο⁴⁶. Εξ' άλλου, παρότι η διαφορά

42 Πρβλ. *Μαστρομανώλη*, ό.π., σ. 74, όσο η επέλευση του κινδύνου απομακρύνεται από τη στιγμή της πρόβλεψης, «τόσο ισχυρότερη πρέπει να είναι η πιθανότητα της επαλήθευσης [του]».

43 Βλ. όμως *Περάκη*, ό.π., 2021, § 16.Γ.ΙΙ, σ. 153 «πρόκειται για πιθανολόγηση, χωρίς αξίωση βεβαιότητας»· *Μαστρομανώλη*, ό.π., σ. 77 που την αποδέχεται κριτικά.

44 Για την πιθανολόγηση ως μέτρο απόδειξης, *Γ. Μητσόπουλος*, Η πιθανολόγησης, 1952, § 3.Υ.1, σ. 54· *Στ. Κουσουλής*, Προβλήματα του μέτρου απόδειξης στην πολιτική δίκη, Τιμ. Τόμ. *Γ.Μητσόπουλου*, 2^{ος} τόμ., 1993, σ. 685 επ., σ. 692 και 701, 702.

45 Ασφ. μέτρα (ΚΠολΔ 690 § 1 επ.), αιτήσεις εξαίρεσης δικαστών (ΚΠολΔ 60 § 1), πραγματογνωμόνων (ΚΠολΔ 378 § 1), εκκαθάριση δικαστικών εξόδων (ΚΠολΔ 190 § 3)· *Μητσόπουλος*, ό.π., σ. 26 - 27 και § 3.Ι.4, σ. 32· *Ι. Βαλμαντώνης*, σε, *Π. Κατσιρούμπας* (επιμ.), Η απόδειξη στην Πολιτική Δίκη, 2019· *Γέσιου - Φαλτσή*, Δίκαιο Αποδείξεως, 1986, § 5.ΙΥ, αρ. 47, σ. 74· *Γ. Νικολόπουλος*, Δίκαιο Αποδείξεως, β' έκδ. 2011, § 9.ΙΙ.3.α, σ. 146.

46 Άρθρο 54 ΠτΚ, § 3 στοιχ. α' «Πιθανολογείται ότι η συμφωνία εξυγίανσης διαμορφώνει εύλογη προοπτική εξασφάλισης της βιωσιμότητας», στοιχ. β' «Πιθανολογείται ότι πληρούται η αρχή της μη χειροτέρευσης της θέσης των πιστωτών», § 4 «Αν πιθανολογείται ότι με την

υπήχθη στην εκούσια δικαιοδοσία, η υπαγωγή επιχείρησης σε εξυγίανση θίγει συμφέροντα των πιστωτών, αλλά και των μετόχων της μειοψηφίας, όταν η αίτηση επικύρωσης υποβάλλεται από οφειλέτη νομικό πρόσωπο, αλλά πιθανώς και της πλειοψηφίας μετόχων/εταίρων, αν τυχόν υπάρχει διάσταση μεταξύ αυτών και του οργάνου εκπροσώπησης που υποβάλλει την αίτηση (άρθρο 35§1 ΠτΚ). Συνεπώς, δεν υπάρχει λόγος «*σχηματισμού δικανικής κρίσεως προβληματικής περί της αλήθειας του αποδεικτέου [εν προκειμένω της ύπαρξης κατάστασης επαπειλούμενης αδυναμίας πληρωμών], στερούμενης δε των της τακτικής αποδείξεως εγγυήσεων*»⁴⁷, και γι' αυτό ο νομοθέτης δεν προέβλεψε για τις περιπτώσεις αυτές πιθανολόγηση.

13. Άρα, για την ουσιαστική κρίση συνδρομής των προϋποθέσεων υπαγωγής του οφειλέτη στη διαδικασία εξυγίανσης, απαιτείται πλήρης δικανική πεποίθηση (άρθρο 759 § 3 ΚΠολΔ «για την εξακρίβωση της αλήθειας των πραγματικών γεγονότων»). Δηλαδή, στην περίπτωση της «επαπειλούμενης αδυναμίας εκπλήρωσης», η επικύρωση της συμφωνίας εξυγίανσης θα αποφασισθεί με πλήρη δικανική πεποίθηση κατά την ΚΠολΔ 340 § 2 ότι, κατά τη συζήτηση της αίτησης επικύρωσης της συμφωνίας υφίσταται ο κίνδυνος - απειλή εκδήλωσης γενικής αδυναμίας πληρωμών στο εγγύς προσεχές διάστημα⁴⁸ και όχι με πιθανολόγηση της ύπαρξης του κινδύνου αυτού⁴⁹. Ο σχηματισμός της δικανικής πεποίθησης, λόγω της ειδικής γνώσης που απαιτείται για την ανάλυση του πραγματικού υλικού σχετικά με την οικονομική κατάσταση επιχείρησης, μπορεί να γίνεται και με γνώσεις ειδικής επιστημονικής πείρας (άρθρο 336 § 4 ΚΠολΔ)⁵⁰.

επικύρωση της συμφωνίας εξυγίανσης δεν αίρεται η παύση πληρωμών που τυχόν υφίσταται, το δικαστήριο δεν επικυρώνει τη συμφωνία εξυγίανσης». Πιθανολόγηση προβλέπεται και στο άρθρο 81 § 1 εδ. β', γ' ΠτΚ.

47 Μητσόπουλος, ό.π., § 3.Ι.4, σ. 31-32, και σ. 89, υποσημ. 28, για τις επικίνδυνες συνέπειες της εφαρμογής της πιθανολόγησης στη διαδικασία κήρυξης της πτώχευσης· Μαστρομανώλης, ό.π., σ. 77 για την πιθανή αφερεγγυότητα.

48 Βλ. Ψυχρομένη, ό.π., αρ. 235, σ. 73 «Η απειλή -άλλως ο κίνδυνος- να επέλθει η αδυναμία πληρωμών πρέπει να διαγιγνώσκεται πάντα με βεβαιότητα», αρ. 526, σ. 159· ΠΠρΑθ 206/2009, ό.π., «το Δικαστήριο άγεται στην κρίση ότι η αιτούσα δεν θα έχει εντός του τρέχοντος έτους τα μέσα ρευστότητας να αντιμετωπίσει τις κατ' αυτής απαιτήσεις...».

49 Βλ. τους Μαστρομανώλη, ό.π., σ. 74· Α.Ρόκα, Επαπειλούμενη ..., ό.π., IV.Β, σ. 675, μ.π.π., ότι η πρόγνωση ύπαρξης κατάστασης επαπειλούμενης αδυναμίας πληρωμών βασίζεται σε άνω του 50% πιθανότητα επέλευσης της αδυναμίας αυτής· Κουσουλής, ό.π., σ. 720, υποσημ. 113, για τη διαβάθμιση των πιθανοτήτων στην απόδειξη, με κατάταξη της πιθανότητας άνω του 50% στην «υψηλή πιθανότητα». Στο δίκαιό μας δεν εισήχθησαν τα πορίσματα των «αντικειμενικών θεωριών» που επιβάλλουν τη διαπίστωση της αντικειμενικής πιθανότητας, με πολολογιστική μέθοδο, η οποία δεσμεύει τον δικαστή, Φαλτσή, ό.π., σ. 72, αρ. 46· Κουσουλής, ό.π., § 3.Π, σ. 707 επ., όπου κριτική.

50 Δ.Μανιώτη, Αρχές του δικαίου αποδείξεως στην πολιτική δίκη, 2013, σ. 56 - 57· Γέσιου-Φαλ-

14. Πιθανολογικές διαβαθμίσεις των εμπειρικών διδαγμάτων για την «επαληθευσιμότητα» ή «διαψευσιμότητα» του κινδύνου γενικής αδυναμίας πληρωμών ή αποδεικτική δυσχέρεια δεν επηρεάζουν το μέτρο απόδειξης⁵¹, διότι δεν υπάρχει τέτοια πρόβλεψη στην ΚΠολΔ 340. Απρόβλεπτοι παράγοντες (π.χ. μεταβολές στα επιτόκια, απόσυρση ανταγωνιστή) μπορεί να οδηγήσουν στη μη επαλήθευση του κινδύνου (επαπειλούμενο ή μελλοντικό) της αδυναμίας εκπλήρωσης⁵². Αυτό όμως δεν σημαίνει ότι εκ του λόγου αυτού δεν μπορεί να υπάρξει πλήρης δικανική πεποίθηση⁵³. Η αιτιολογημένη δικανική πεποίθηση (ΚΠολΔ 340 § 2 εδ. β) για το ζήτημα αυτό⁵⁴, δεν επηρεάζεται από τις πιθανότητες επαλήθευσης της κρίσης για την ύπαρξη του απειλούντος την ικανότητα πληρωμών κινδύνου. Επιχείρημα ότι, για την απόδειξη της συνδρομής του κινδύνου που επιτρέπει την υπαγωγή σε εξυγίανση, δεν εφαρμόζεται το μειωμένο μέτρο απόδειξης του άρθρου 347 ΚΠολΔ, αντλείται και από τη διάταξη του άρθρου 46 § 1 ΠτΚ που, κατ' απόκλιση από τη ρύθμιση της ΚΠολΔ 347, θέτει αυστηρές προϋποθέσεις αποδοχής των απαριθμούμενων εκεί αποδεικτικών στοιχείων, επί ποινή απαραδέκτου της αίτησης επικύρωσης της συμφωνίας εξυγίανσης⁵⁵.
15. Σε κάθε περίπτωση, ως *de lege* εκτίμηση, η πιθανολόγηση των ουσιαστικών προϋποθέσεων της «επαπειλούμενης αδυναμίας» και ιδίως της «πιθανής αφερεγγυότητας» διευρύνει το πεδίο των περιπτώσεων υπαγωγής σε εξυγίανση και διευκολύνει διαδικαστικά τον οφειλέτη, με ενδεχόμενο κίνδυνο η ευκολία αυτή να οδηγήσει σε χρήση του μηχανισμού της εξυγίανσης ως μέσο πίεσης των πιστωτών του⁵⁶, διαμορφώνοντας έτσι άλλη νο-

τή, ό.π., § 3 IV, αρ. 20, σ. 41. Το άρθρο 46 § 1 στοιχ. δ' ΠτΚ επιβάλλει την υποβολή έκθεσης πραγματογνώμονα, για τα ζητήματα που ορίζονται στο άρθρο 48 § 1 ΠτΚ.

51 Μανιώτης, ό.π., σ. 79, 164. Αντίθετα Κουσουλής, σ. 701, 720 «αν η εκτίμηση των αποδείξεων γίνεται με τη βοήθεια των πιθανολογικών τιμών που προκύπτουν από τους κανόνες της κοινής πείρας, τότε, και όλη η διαδικασία των αποδείξεων γίνεται με πιθανολογική κρίση».

52 Α.Ρόκας ό.π., IV.B, σ. 675,

53 Ήτοι «δημιουργούμενη αντικειμενικώς ασφαλής πεποίθησις περί της αληθείας του εσκεμμένου», Μητσόπουλος, ό.π., § 1.Π.β.2.β, σ. 10

54 Πρβλ. Μανιώτη, ό.π., σ. 80, όπου: «Οι αιτιολογίες [της απόφασης] δεν αποκλείεται να αποδέχονται την κατά πιθανότητα πρόβλεψη εξέλιξης ενός συμβάντος. Όμως μία τέτοια αποδοχή καθίσταται περιεχόμενο της δικαστικής αποφάσεως, εφόσον ανταποκρίνεται στο μέτρο αποδείξεως του άρθρου 340 ΚΠολΔ, δηλαδή εφόσον πείθει τον δικαστή».

55 Άρθρο 46 § 1, 2 ΠτΚ, ΠΠρΑθ 109/2018 ΕΕμπΔ 2018, 192.

56 Ν.Ρόκας, Η «κοινωνικοποίηση» των μετοχικών δικαιωμάτων, σε, Αναμν. Τόμο Α. Αντάπαση, Αθήνα, 2013, σ. 889 επ., σ. 903· Ψυχομάνης, ΠτΔ, 2021, ό.π., αρ. 526 σ. 159 και σ. 74, υποσημ. 145.

οτροπία για τον σκοπό της εξυγίανσης⁵⁷. Η κατεύθυνση όμως του σκοπού της εξυγίανσης είναι έργο του νομοθέτη.

2. Ως προς την πιθανή αφερεγγυότητα

16. Η κρίση για τη συνδρομή των προϋποθέσεων της πιθανής αφερεγγυότητας εξελίσσεται σε δύο λογικά στάδια. Επειδή η απειλή πιθανής «αφερεγγυότητας» γεννιέται από κατάσταση που γεννά κίνδυνο για την επιχείρηση, χωρίς όμως να έχει επηρεάσει ακόμη τα οικονομικά της δεδομένα, κρίνεται, με πλήρη απόδειξη, η αντικειμενική ικανότητα, «γενικά και αφηρημένα», της συγκεκριμένης κατάστασης, που επικαλείται ο αιτών, να δημιουργήσει κίνδυνο περιορισμού των εισροών ή/και αύξηση των ζημιών σε μία επιχείρηση του ίδιου κλάδου, με παρόμοια χαρακτηριστικά, υπό τις ίδιες συνθήκες, σε σημείο που να απειλείται η περιέλευσή της σε κατάσταση επαπειλούμενης αδυναμίας πληρωμών⁵⁸. Σε δεύτερο στάδιο κρίνεται, επίσης με πλήρη απόδειξη, αν στη συγκεκριμένη επιχείρηση που ζητά την υπαγωγή της σε εξυγίανση, η απειλή μπορεί να μην έχει αυτή τη συνέπεια, επειδή υπάρχουν ιδιαίτερα χαρακτηριστικά και παράγοντες που την αποτρέπουν ή περιορίζουν την επίδρασή της· εξετάζεται δηλαδή η (υποκειμενική) επίδραση της κατάστασης που γεννά τον κίνδυνο στη συγκεκριμένη επιχείρηση⁵⁹.

Συμπέρασμα

Ο νομοθέτης θέσπισε ως ουσιαστικές προϋποθέσεις εξυγίανσης, πλὴν της παύσης πληρωμών και της παρούσας αδυναμίας πληρωμών και δύο περιπτώσεις μελλοντικής αδυναμίας πληρωμών, «επικείμενης» και «πιθανής» απειλής, με συνέπεια τα ομιχλώδη όρια μεταξύ των δύο τελευταίων. Η δικανική πεποίθηση ύπαρξης της απειλής αυτής σχηματίζεται με πλήρη απόδειξη.

57 Βλ., με βάση το ευρύ πεδίο εφαρμογής της διαδικασίας της sauvegarde, την Com. 8 mars 2011 D. 2011. 919 (arrêt *Coeur Defense*) (π.π., υποσημ. 25), που έκρινε ότι είναι θεμιτό να επιδιώκει κάποιος την μη εκπλήρωση των συμβατικών του υποχρεώσεων, εφόσον δεν μπορεί να αντιμετωπίσει τις δυσκολίες της επιχείρησής του.

58 *Ψυχράνης*, ΠτΔ, 2021, ό.π., αρ. 235 επ. σ. 73, αρ. 236, σ. 74.

59 Π.χ. σώρευση υψηλών αποθεματικών, συμμετοχή σε άλλες επιχειρήσεις, επικείμενη καταβολή επιδότησης, ΕφΒορ Αιγαίου 124/2013 ΔΕΕ 2014, 147.

Justizsyllogismus: Drei Schritte zur Entscheidungsfindung Zur Richtigkeitsprüfung des Untersatzes

Εμμανουήλ Μαυραντωνάκης

Δικηγόρος Δ.Ν.

- A. Justizsyllogismus: Drei Schritte zur Entscheidungsfindung
 - 1. Der Obersatz: Auffinden des anzuwendenden Rechts
 - 2. Der Untersatz: Sachverhaltsermittlung
 - 3. Das Ergebnis des Syllogismus
- B. Zur Richtigkeitsprüfung des Untersatzes
- C. Zusammenfassende Bemerkungen

A. Justizsyllogismus: Drei Schritte zur Entscheidungsfindung

Oberster Zweck der Sachbeurteilung ist nichts anderes als die Entscheidungsfindung, damit das erkennende Gericht über die Begründetheit der erhobenen Klage entscheidet. Als eine juristische Tätigkeit zur Beurteilung der Sache¹ be-

1 Unter dem Begriff *Sache* oder *Streitsache* ist der Streitgegenstand, dessen Umfang als Problematik die Grenzen der vorliegenden Studie überschreitet, zu verstehen. In der jeweiligen Rechtsordnung kann die Bestimmung des Streitgegenstands auf unterschiedlichen Kriterien beruhen, die von der jeweiligen herrschenden Streitgegenstandstheorie abhängen. In der deutschen Rechtsordnung herrscht schon seit den 1950er Jahren die sogenannte zweigliedrige prozessuale Streitgegenstandstheorie vor. Nach dieser ist als Streitgegenstand ein prozessualer Anspruch des Klägers, und zwar der Anspruch auf Rechtsschutz, anzusehen. Insbesondere ist nach § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO prozessualer Anspruch des Klägers durch zwei vollkommen prozessuale Faktoren, nämlich durch den Sachverhalt und den Antrag der Klage, zu konkretisieren. Zu einer detaillierten Betrachtung des Streitgegenstands im deutschen Zivilprozessrecht s. BGH, NJW-RR 2017, 380, 381; BGHZ 183, 77, 80; BGHZ 157, 47, 52; BGH, NJW 2003, 585, 586; BGHZ 117, 1, 5; *Bacher*, in: Beck'scher Online Kommentar zur ZPO, hrsg. v. Vorwerk/Wolf, 40. Aufl. (Stand: 01.03.2021), § 253, Rn. 50–53.1; *Baumgärtel*, Zur Lehre vom Streitgegenstand, JuS 1974, 69 f.; *Beys*, Zum Problem des Streitgegenstandes im Zivilprozeß und den (gegebenenfalls national) zu ziehenden Folgerungen, insbesondere für die Rechtskraft, ZZP 105 (1992), 145, 153, 163; *Gottwald*, in: Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, hrsg. v. Rauscher/Krüger, 6. Aufl., München 2020, Bd. 1, § 322, Rn. 111–120; *Lorff*, Die Widerklage, JuS 1979, 569; *Pickenbrock*, Streitgegenstand - Funktion, Theorie, problematische Fälle, in: Schulze, Europäisches Privatrecht in Vielfalt geeint: Der modernisierte

ruht die Methode des Gerichts zur Entscheidungsfindung auf einem logischen Syllogismus, dem sogenannten Justiz- oder Rechtssyllogismus.² Dieser besteht aus drei Bestandteilen: dem Obersatz, dem Untersatz und dem Ergebnis. Die ersten zwei Bestandteile formen die Prämissen des Syllogismus, deren Zusammenhang zum Ergebnis führt.

1. Der Obersatz: Auffinden des anzuwendenden Rechts

Im ersten Schritt stellt das Gericht fest, welche materiellen Rechtsnormen auf den konkreten, rechtshängigen Rechtsstreit anwendbar sind.³ Diese Feststellung setzt voraus, dass das Gericht unabhängig vom laufenden Prozess das Recht kennt (*jura novit curia*).⁴ Das Auffinden des anzuwendenden materiellen Rechts erfordert insbesondere, dass das Gericht die jeweiligen Rechtsvorschriften richtig interpretiert (Auslegung des Rechts).⁵ Ziel dieses ersten

Zivilprozess in Europa – Droit privé européen: l'unité dans la diversité. Le procès civil modernisé en Europe, München 2014, S. 133, 137 f., 140–147; *Zeiss/Schreiber*, Zivilprozessrecht, 14. Aufl., Tübingen 2014, Rn. 305–311. Die Begriffe *Sache*, *Streitsache*, *Streitgegenstand* und *Streitigkeit* werden im Rahmen der vorliegenden Untersuchung einheitlich benutzt und meinen alle den Streitgegenstand.

- 2 *Engisch*, Logische Studien zur Gesetzesanwendung, 3. Aufl., Heidelberg 1963, S. 18–30; *Gomille*, Informationsproblem und Wahrheitspflicht: Ein Aufklärungsmodell für den Zivilprozess, Tübingen 2016, S. 240 f.; *Nierwetberg*, Die Unterscheidung von Tatfrage und Rechtsfrage, JZ 1983, 237–239.
- 3 BGH, NJW-RR 1993, 189; *Ahrens*, Der Beweis im Zivilprozess, Köln 2015, Kap. 2, Rn. 2; *Beys*, s.o. (Fn. 1), ZZP 105 (1992), 145, 161; *Engisch*, Logische Studien, s.o. (Fn. 2), S. 8–14; *Gomille*, (s.o. Fn. 2), Informationsproblem und Wahrheitspflicht, S. 240; *Musielak*, in: MüKoZPO, s.o. (Fn. 1), Bd. 1, § 313, Rn. 17; *Schuler*, Tatfragen und Rechtsfragen im zivilen Revisionsverfahren, NJW 1961, 4 f.
- 4 BGH, NJW 1984, 2888, 2889; *Baumgärtel*, s.o. (Fn. 1), JuS 1974, 69 f.; *Becker-Eberhard*, in: MüKoZPO, s.o. (Fn. 1), Bd. 1, § 253, Rn. 72; *Broggini*, Die Maxime „iura novit curia“ und das ausländische Recht: Ein Beitrag zur Präzisierung des § 293 ZPO, AcP 155 (1956), 469, 475–478; *Centner*, Iura novit curia in internationalen Schiedsverfahren: Eine historisch-rechtsvergleichende Studie zu den Grundlagen der Rechtsermittlung, Tübingen 2019, S. 7–9, 34–48, 84–90; *Knobloch*, Sachverhaltsermittlung in der internationalen Wirtschaftsschiedsgerichtsbarkeit: Eine rechtsvergleichende Untersuchung des deutschen und englischen Schiedsrechts und der IBA-Rules on the Taking of Evidence in International Commercial Arbitration, Berlin 2003, S. 83; *Schütze*, Die Bestimmung des anwendbaren Rechts im Schiedsverfahren und die Feststellung seines Inhalts, in: Briner/Hrsg., Law of International Business and Dispute Settlement in the 21st Century: Recht der Internationalen Wirtschaft und Streitbeilegung im 21. Jahrhundert: Liber Amicorum Karl-Heinz Böckstiegel anlässlich seines Ausscheidens als Direktor des Instituts für Luft- und Weltraumrecht und des von ihm gegründeten Lehrstuhls für Internationales Wirtschaftsrecht, Köln u.a. 2001, S. 715, 721–724.
- 5 *Ackermann*, in: Prütting/Gehrlein, Zivilprozessordnung – Kommentar, 12. Aufl., Köln 2020, § 546, Rn. 3; *Jauernig/Hess*, Zivilprozessrecht, 30. Aufl., München 2011, § 74, Rn. 41.

Schritts zur Entscheidungsfindung ist die Ausprägung des Obersatzes des Syllogismus, der die aufgefundenen materiellen Rechtsnormen enthält, die auf den konkreten, rechtshängigen Rechtsstreit anzuwenden sind.

Zum Auffinden des anzuwendenden materiellen Rechts braucht das Gericht jedoch einen konkreten Hinweis, wonach diejenigen Vorschriften entdeckt werden können, die auf die rechtshängige Streitigkeit zur Anwendung kommen. Diese Orientierung bieten dem Gericht die Anträge der Parteien, denn das Gericht kann durch die Untersuchung der Parteianträge den Wunsch der Parteien nachvollziehen.⁶ Beantragt bspw. der Kläger die Verurteilung des Beklagten zur Zahlung eines Geldbetrags oder zur Herausgabe einer Sache, richtet sich das Gericht nach diesem Antrag und kann seine Suche nach den möglicherweise anzuwendenden materiellen Vorschriften konkreter bestimmen.⁷ Zeitlich gesehen bietet von allen Anträgen insbesondere das klägerische Begehren einen Pfad, der das Gericht zum Verständnis des klägerischen Wunsches führt. Das ist erforderlich, damit das Gericht anschließend diejenigen materiellen Rechtsnormen auffindet, die eventuell diesen Wunsch befriedigen können.⁸

Die Tatsache, dass die jeweiligen anzuwendenden Rechtsvorschriften in den Obersatz eingefügt worden sind, bedeutet aber nicht, dass ihre entsprechenden Rechtsfolgen unbedingt eintreten werden.⁹ Der Tatbestand jeder im Obersatz zitierten Rechtsnorm besteht aus bestimmten Voraussetzungen, deren Nichterfüllung unvermeidbar zum Ausschluss des Eintritts der entsprechenden Rechtsfolge führt.¹⁰ Der Obersatz enthält daher eine Anzahl von Rechtsvorschriften, die ein *in abstracto* dargestelltes Paar von Grund und Folge (Tatbestand und Rechtsfolge) enthalten, das unter Umständen auf unzählbare Streitfälle angewandt werden kann.¹¹ Der inhaltliche Zusammenhang der

6 Prütting, Wahrheit im Zivilprozess?, in: Adolphsen/Hrsg., Festschrift für Peter Gottwald zum 70. Geburtstag, München 2014, S. 507, 511.

7 Becker-Eberhard, in: MüKoZPO, s.o. (Fn. 1), Bd. 1, § 253, Rn. 69–71; Prütting, in: FS Gottwald, s.o. (Fn. 6), S. 507, 511; Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, 18. Aufl., München 2018, § 64, Rn. 7.

8 BGH, NJW 2001, 445, 447; Foerster, in: Musielak/Voit, Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz – Kommentar, 18. Aufl., München 2021, § 253, Rn. 29; Schilken, Zivilprozessrecht, 7. Aufl., München 2014, Rn. 209.

9 Rosenberg/Schwab/Gottwald, ZPR, s.o. (Fn. 7), § 133, Rn. 31–33; Schilken, ZPR, s.o. (Fn. 8), Rn. 465.

10 BGH, NJW 1969, 1762, 1763; Ahrens, Der Beweis im Zivilprozess, s.o. (Fn. 3), Kap. 2, Rn. 21; Balzer/Walther, Beweisaufnahme und Beweiswürdigung im Zivilprozess: Eine Anleitung für die gerichtliche und anwaltliche Praxis, 4. Aufl., Berlin 2018, Rn. 316; Nierwetberg, s.o. (Fn. 2), JZ 1983, 237.

11 BGH, NJW-RR 1987, 525, 526; Gottwald, in: MüKoZPO, s.o. (Fn. 1), Bd. 1, § 322, Rn. 93.

im Obersatz befindlichen, aufgefundenen Rechtsnormen mit dem konkreten, rechtshängigen Rechtsstreit besteht in der Anwendung dieser Rechtsnormen auf den Einzelfall. Die Rechtsanwendung findet durch das Verfahren der sogenannten Subsumtion¹² statt. Der Sachverhalt, der als wahr angenommen worden ist und dem Rechtsstreit zugrunde liegt, wird dem Tatbestand jeder der innerhalb des Obersatzes liegenden Rechtsnormen unterstellt.¹³

2. Der Untersatz: Sachverhaltsermittlung

In einem zweiten Schritt erfolgt die Ausformulierung des Untersatzes. Dieser beinhaltet diejenigen sachrelevanten Tatsachen, die das erkennende Gericht als wahr angenommen hat.¹⁴ Als Kenner, Ausleger und Anwender des Rechts hat das Gericht gemäß dem Grundsatz *jura novit curia* zwar die Pflicht, das materielle Recht auf die tatsächlichen Behauptungen der Parteien anzuwenden. Das Gericht kann aber nicht im Voraus wissen, wie die tatsächliche Grundlage des Rechtsstreits zwischen den Parteien aussieht.¹⁵ Wie der römische Grundsatz *da mihi factum, dabo tibi jus* präzise und knapp bestimmt, stellt die Darlegung des Sachverhalts des Rechtsstreits eine prozessuale Aufgabe der Parteien dar. Nach diesem Prinzip steht das Gericht unparteiisch¹⁶ den Parteien gegen-

12 Prütting, in: FS Gottwald, s.o. (Fn. 6), S. 507, 511 f.; Rosenberg/Schwab/Gottwald, ZPR, s.o. (Fn. 7), § 133, Rn. 25–28; Schuler, s.o. (Fn. 3), NJW 1961, 4 f.

13 Balzer/Walther, Beweisaufnahme und Beweiswürdigung, s.o. (Fn. 10), Rn. 316; Schilken, ZPR, s.o. (Fn. 8), Rn. 463, 601.

14 BGH, NJW-RR 1995, 700, 701; BAG, NJW 2014, 2382, 2383; Ahrens, Der Beweis im Zivilprozess, s.o. (Fn. 3), Kap. 2, Rn. 2; Döhring, Die Erforschung des Sachverhalts im Prozess: Beweiserhebung und Beweiswürdigung, Berlin 1964, S. 1 f., 12, 14; Nierwetberg, s.o. (Fn. 2), JZ 1983, 237 f.; Rosenberg/Schwab/Gottwald, ZPR, s.o. (Fn. 7), § 112, Rn. 2–9 i.V.m. § 133, Rn. 28.

15 Döhring, Erforschung des Sachverhalts, s.o. (Fn. 14), S. 1.

16 Zur Ermittlung der geschehenen Ereignisse, aus denen der Sachverhalt der Streitigkeit besteht, ist es dem erkennenden Gericht im Zivilprozess grundsätzlich nicht gestattet, eigene Initiativen zu ergreifen. Vgl. hierzu BGH, NJW 1990, 3151; BGH, NJW-RR 1990, 507; Gottwald, Beweislastentscheidung oder Wahrheitsfindung?, in: Brinkmann/Hrsg., Dogmatik im Dienst von Gerechtigkeit, Rechtssicherheit und Rechtsentwicklung: Festschrift für Hanns Prütting zum 70. Geburtstag, Köln 2018, S. 297, 301; Prütting, in: FS Gottwald, s.o. (Fn. 6), S. 507, 512 f.; Stadler, Inquisitionsmaxime und Sachverhaltsaufklärung: erweiterte Urkundenvorlagepflichten von Parteien und Dritten nach der Zivilprozessrechtsreform, in: Nakamura/Hrsg., Festschrift für Kostas E. Beys dem Rechtsdenken in attischer Dialektik: Zum 70. Geburtstag am 25. November 2003, Bd. 2, Athen 2003, S. 1625, 1628–1631. Der prozessualen Aufgabe der Parteien, alle notwendigen Tatsachen und Beweismittel selbst vorzubringen, steht die Aufgabe des erkennenden Gerichts, den Prozess materiell zu leiten (s. bspw. § 139 ZPO), nicht entgegen. Dadurch wird aber die prozessuale Aufgabe der Parteien, die tatsächliche Grundlage des Streits auszuprägen, auf keinen Fall untergraben. Vielmehr verkörpert das Gericht im Rahmen des Grundsatzes

über und erwartet, dass diese nach der Verhandlungsmaxime die tatsächliche Grundlage ihres Streits rekonstruieren.¹⁷ In diesem Sinne tragen die Parteien die Verantwortung dafür, diejenigen tatsächlichen Behauptungen, die ihre gestellten Begehren unterstützen, im Rahmen des Erkenntnisverfahrens auf eigene Faust aufzustellen.¹⁸

Der Inhalt des Untersatzes schöpft sich vor allem aus dem Beweisverfahren¹⁹, in dem das Gericht die Wahrheit der jeweiligen Tatsachen einschätzt, die in das Erkenntnisverfahren eingeführt wurden.²⁰ Berücksichtigt man den

der sogenannten materiellen Prozessleitung die Institution des *aktiven Richters*, da es eine nähere Bestimmung des Inhalts des Parteivorbringens zur konkreteren Orientierung des Erkenntnisverfahrens bezweckt. Dementsprechend ist die materielle Prozessleitung insofern eine Unterstützung der Parteien durch das Gericht, als das Gericht gewisse Unklarheiten und Defizite bei den tatsächlichen Behauptungen der Parteien entdeckt und zu Gunsten sowohl der Parteien selbst als auch der Aufklärung der tatsächlichen Grundlage der Streitigkeit beseitigt. S. dazu BGHZ 156, 269, 270; BGHZ 140, 365, 371; Kern, in: Stein/Jonas, Kommentar zur Zivilprozessordnung, hrsg. v. Bork/Roth, Bd. 2, 23. Aufl., Tübingen 2016, § 139, Rn. 1–3, 39; Musielak, Die Bindung des Gerichts an die Anträge der Parteien im Zivilprozeß, in: Gottwald/Prütting (Hrsg.), Festschrift für Karl Heinz Schwab zum 70. Geburtstag, München 1990, S. 349, 351 f.; Stürner, Parteidisposition über Tatsachen und Beweismittel im Prozess ausgewählter europäischer Staaten, in: Bork/Hrsg., Recht und Risiko: Festschrift für Helmut Kollhosser zum 70. Geburtstag, Bd. II, Zivilrecht, Karlsruhe 2004, S. 727–730.

17 BGHZ 156, 269, 272; BGH, NJW-RR 2002, 504; Ahrens, Der Beweis im Zivilprozess, s.o. (Fn. 3), Kap. 11, Rn. 1 f.; Döhring, Erforschung des Sachverhalts, s.o. (Fn. 14), S. 9; Gottwald, in: FS Prütting, s.o. (Fn. 16), S. 297, 301; Jauernig, Verhandlungsmaxime, Inquisitionsmaxime und Streitgegenstand, Tübingen 1967, S. 7–10, 12; Jolowicz, On Civil Procedure, Cambridge u.a. 2000, S. 186 f., 195–197, 211–213, 222; Kaissis, Die Verwertbarkeit materiell-rechtswidrig erlangter Beweismittel im Zivilprozeß, Frankfurt a.M. 1978, S. 21 f.; Kern, in: Stein/Jonas, ZPO, s.o. (Fn. 16), Bd. 2, vor § 128, Rn. 175; Knoblach, Sachverhaltsermittlung, s.o. (Fn. 4), S. 83; Leipold, Zivilprozessrecht und Ideologie, JZ 1982, 441–444, 448; Prütting, in: FS Gottwald, s.o. (Fn. 6), S. 507, 512; ders., Die Grundlagen des Zivilprozesses im Wandel der Gesetzgebung, NJW 1980, 361; Stadler, in: FS Beys, s.o. (Fn. 16), Bd. 2, S. 1625, 1638–1647; Stürner, R., in: FS Kollhosser, s.o. (Fn. 16), S. 727–730; Zimmermann, Klage, Gutachten und Urteil: Eine Anleitung für die zivilrechtlichen Ausbildungs- und Prüfungsarbeiten mit Beispielen, 20. Aufl., Heidelberg u.a. 2011, Rn. 94.

18 Jemielniak/Pfisterer, Iura Novit Arbitr revisited: towards a harmonized approach?, Unif. L. Rev. 20 (März 2015), 56, 58 f.; Jolowicz, On Civil Procedure, s.o. (Fn. 17), S. 222.

19 Für eine weitgehende Analyse in Bezug auf das Beweisverfahren im Zivilprozess vgl. vor allem Balzer/Walther, Beweisaufnahme und Beweiswürdigung, s.o. (Fn. 10); Bender/Nack, Grundzüge einer Allgemeinen Beweislehre, DRiZ 4 (1980), 121; Bender/Nack/Treuer, Tatsachenfeststellung vor Gericht, 4. Aufl., München 2014, Rn. 535, 537; Kern, Der Unmittelbarkeitsgrundsatz im Zivilprozess, ZZZ 125 (2012), 53; Prütting, Beweislast und Beweismaß – Der Einfluss Leo Rosenbergs und Karl Heinz Schwabs auf die Entwicklung eines modernen Beweisrechts, ZZZ 123 (2010), 135.

20 BGH, NJW 2000, 953, 954; Ahrens, Der Beweis im Zivilprozess, s.o. (Fn. 3), Kap. 2, Rn. 2; Döhring, Erforschung des Sachverhalts, s.o. (Fn. 14), S. 1–3, 14; Völzmann-Stickelbrock,

Grundsatz *jura novit curia* in Gänze, also *facta probantur, jura novit curia*, stellt man fest, dass die Fähigkeit des Gerichts, das Recht zu kennen, einer Bedingung untersteht. Diese Bedingung, die auf der Phrase *facta probantur* beruht, setzt voraus, dass diejenigen Tatsachen, auf welche das materielle Recht anzuwenden ist, die Parteien selbst aufstellen und beweisen müssen.²¹ Darüber hinaus gehören zum Untersatz allerdings noch diejenigen Tatsachen, die nicht beweisbedürftig sind, sowie diejenigen, die das Gericht ohne Beweis als wahr angenommen hat.²²

Der Sachverhalt der Streitigkeit ergibt sich vor Gericht aus einer dialektischen Gegenüberstellung der Parteien während des Prozesses.²³ Gemäß dem Verhandlungsgrundsatz widmen sich die Parteien einer Auseinandersetzung vor dem erkennenden Gericht mit dem Ziel, den Sachverhalt zu ihren Gunsten darzulegen.²⁴ Bildhaft dargestellt gelangen zu diesem Zweck die verschiedenen tatsächlichen Behauptungen der Parteien und die zu ihrem Nachweis vorgelegten Beweismittel in dasselbe Gefäß, aus welchem das Gericht anschließend den Tatsachenstoff und die Beweise für und gegen beide Parteien schöpfen kann.²⁵ Der Sachverhalt besteht folglich aus der Gesamtheit derjenigen tatsächlichen Behauptungen, die auf Initiative der Parteien dargelegt und bewiesen worden und die für die Frage nach der Begründetheit der erhobenen Klage relevant sind.²⁶ Beim Versuch, zur Darlegung des Sachverhalts so beizutragen, dass die tatsächliche Waage des Prozesses anschließend zu ihrer Seite neigt, hat jede Partei während des Verfahrens eine bestimmte „prozessuale Rolle“

Inhalt und Grenzen richterlichen Ermessens im Zivilprozeß, Köln 2002, S. 356.

21 Ahrens, Der Beweis im Zivilprozess, s.o. (Fn. 3), Kap. 11, Rn. 1 f.; Hansen, Die Substantiierungslast, JuS 1991, 588; Hohlweck, Die Beweiswürdigung im Zivilurteil, JuS 2001, 584 f.; Leipold, Wahrheit und Beweis im Zivilprozeß, in: Heldrich/Takeyoshi (Hrsg.), Festschrift für Hideo Nakamura zum 70. Geburtstag am 2. März 1996, Tokyo 1996, S. 301, 304-306; Walter, Freie Beweiswürdigung: Eine Untersuchung zu Bedeutung, Bedingungen und Grenzen der freien richterlichen Überzeugung, Tübingen 1979, S. 2, 149-165.

22 BGH, GRUR 2011, 1043, 1046; BGHZ 156, 250, 253 f.; Assmann, in: Wieczorek/Schütze, Zivilprozessordnung und Nebengesetze Großkommentar, ZPO, Bd. 4: §§ 253-299a, 4. Aufl., Berlin/Boston 2013, § 291, Rn. 5-16.

23 BGH, NJW 1983, 2879, 2880; von Selle, in: BeckOK ZPO, s.o. (Fn. 1), § 138, Rn. 14-20.

24 BGH, NJW 1999, 1404, 1405; Ahrens, Der Beweis im Zivilprozess, s.o. (Fn. 3), Kap. 11, Rn. 1 f.; Cornett, Treubindung gegenüber dem Eigeninteresse abhängiger Gesellschaften, Berlin 2003, S. 449; Prütting, in: FS Gottwald, s.o. (Fn. 6), S. 507, 509, 514.

25 BGH, NJW 2001, 2177, 2178; Kern, in: Stein/Jonas, ZPO, s.o. (Fn. 16), Bd. 2, vor § 128, Rn. 185 f.

26 Musielak, in: Musielak/Voit, ZPO, s.o. (Fn. 8), Einleitung, Rn. 37; Rosenberg/Schwab/Gottwald, ZPR, s.o. (Fn. 7), § 77, Rn. 13; Zeiss/Schreiber, ZPR, s.o. (Fn. 1), Rn. 428.

einzunehmen.²⁷ Die Interessen der Parteien sind unterschiedlich und sogar entgegengesetzt, denn sie erstreben je einen verschiedenen Ausgang des Prozesses. Während der Kläger auf die Stattgabe der Klage zielt, fokussiert sich der Beklagte auf die Abweisung derselben.²⁸ Zu diesem Zweck steht jede Partei für sich in der Verantwortung, die tatsächliche Grundlage jedes ihrer prozessualen Begehren zu untermauern.²⁹

Als die eine der zwei Prämissen des Syllogismus bildet der Untersatz eine Rekonstruktion der tatsächlichen Lage der Streitigkeit zwischen den Parteien vor dem Gericht. Er formt dadurch auch die tatsächliche Grundlage der Entscheidung. Nach der soeben dargestellten Wirkungsweise der Subsumtion werden die im Untersatz beinhalteten Tatsachen dem Tatbestand der jeweiligen materiellen Rechtsnormen zugeordnet, die den Obersatz darstellen.³⁰ Vom Inhalt des Untersatzes hängt es folglich ab, ob die Voraussetzungen des Tatbestands der jeweiligen Rechtsvorschrift des Obersatzes erfüllt sind und damit die entsprechende Rechtsfolge der jeweiligen materiellen Vorschrift eintreten kann.³¹ In diesem Sinne stellt der Untersatz einen veränderlichen³² Bestand-

27 Hall, Alter Hut oder neues Gewand? Darlegungslast, Schlüssigkeit und Substantiierung im KapMuG-Verfahren, in: Blaurock/Hrsg., Festschrift für Achim Krämer zum 70. Geburtstag am 19. September 2009, Berlin 2009, S. 265, 274; Kawano, Wahrheits- und Prozeßförderungspflicht als Verhaltenspflicht der Parteien gegeneinander, in: Gerhardt/Hrsg., Festschrift für Wolfram Henckel zum 70. Geburtstag am 21. April 1995, Berlin u.a. 1995, S. 411, 417 f.; Kern, in: Stein/Jonas, ZPO, s.o. (Fn. 16), Bd. 2, § 138, Rn. 6-12; Prütting, in: FS Gottwald, s.o. (Fn. 6), S. 507, 514.

28 BGH, NJW 2018, 1259; Foerste, in: Musielak/Voit, ZPO, s.o. (Fn. 8), § 282, Rn. 2; Zeiss/Schreiber, ZPR, s.o. (Fn. 1), Rn. 315, 380 f.

29 BGH, NJW 2013, 3180; Hansen, s.o. (Fn. 21), JuS 1991, 588.

30 Ahrens, Der Beweis im Zivilprozess, s.o. (Fn. 3), Kap. 2, Rn. 2; Engisch, Logische Studien, s.o. (Fn. 2), S. 6 f.; Schilken, ZPR, s.o. (Fn. 8), Rn. 601.

31 Ahrens, Der Beweis im Zivilprozess, s.o. (Fn. 3), Kap. 2, Rn. 2, 21 f.; Döhring, Erforschung des Sachverhalts, s.o. (Fn. 14), S. 1 f., 14; Engisch, Logische Studien, s.o. (Fn. 2), S. 14 f.; Schuler, s.o. (Fn. 3), NJW 1961, 4 f.

32 Im Gegensatz zu den jeweils anzuwendenden materiellen Rechtsnormen, die vom Gesetzgeber schon vor dem Beginn des Prozesses erlassen worden und auf eine unbestimmte Anzahl von Rechtsstreitigkeiten anwendbar sind, wird der Sachverhalt der Streitigkeit *ad hoc* ausgeprägt. Dies lässt sich insbesondere darauf zurückführen, dass der Sachverhalt jeder einzelnen Rechtsstreitigkeit, auf die das Gericht das anzuwendende materielle Recht anwendet, verschieden ist. Aufgrund dieser Verschiedenheit weist die Ausprägung des Untersatzes des Syllogismus in dem jeweiligen Erkenntnisverfahren eine gewisse Relativität auf. S. näher dazu Balzer/Walther, Beweisaufnahme und Beweiswürdigung, s.o. (Fn. 10), Rn. 318; Döhring, Erforschung des Sachverhalts, s.o. (Fn. 14), S. 6-10; Kaissis, Materiell-rechtswidrig erlangte Beweismittel, s.o. (Fn. 17), S. 20-23; Kern, in: Stein/Jonas, ZPO, s.o. (Fn. 16), Bd. 2, vor § 128, Rn. 181 i.V.m. § 128, Rn. 30; Leopold, in: FS Nakamura, s.o. (Fn. 21), S. 301, 303, 305, 311 f., 320; Prütting, in: FS Gottwald, s.o. (Fn. 6), S. 507 f., 512 f.

teil der Subsumtion dar, der vom jeweiligen rechtshängigen Rechtsstreit abhängt und der das Ergebnis der Anwendung des materiellen Rechts auf diesen Rechtsstreit bestimmt.

3. Das Ergebnis des Syllogismus

Den dritten Bestandteil des Syllogismus bildet das Ergebnis, das aus einer kausalen Wechselwirkung der zwei oben analysierten Prämissen besteht.³³ Unter dieser kausalen Wechselwirkung ist insbesondere ein unabdingbarer logischer und rechtlicher Zusammenhang zu verstehen, den man die im Syllogismus durchgeführte Subsumtion nennt.³⁴ Der Ausgang der Subsumtion bestimmt demnach das Ergebnis des Syllogismus, das gleichzeitig den Tenor der Entscheidung formt.³⁵ Konkreter gesehen stellt das Ergebnis des Syllogismus den obersten Zweck des Erkenntnisverfahrens dar, denn es enthält den Ausgang der Streitbeilegung.³⁶ Demgemäß bestimmt es das prozessuale Schicksal des klägerischen Begehrens. Auf den Erfolg des Klagebegehrens kann sich der Inhalt der zwei Prämissen in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht sowohl positiv als auch negativ auswirken.³⁷ Grund dafür ist, dass das Gericht zur Anwendung des Rechts den gesamten Prozessstoff berücksichtigen muss.³⁸ Gemäß der Abwägung des Prozessstoffs wird anschließend die Frage beantwortet, ob der Tatbestand der jeweils anzuwendenden Rechtsnorm erfüllt ist.³⁹ Folge davon ist, dass die zwei Prämissen des Syllogismus den Tenor der Entscheidung ausprägen und zu seiner Bestimmung und Identifizierung beitragen.⁴⁰

33 Döhring, Erforschung des Sachverhalts, s.o. (Fn. 14), S. 14; Prütting, in: FS Gottwald, s.o. (Fn. 6), S. 507, 511.

34 BGH, NJW 1993, 3204, 3205; BGH, NJW-RR 2002, 136, 137; Büscher, in: Wieczorek/Schütze, ZPO, s.o. (Fn. 22), Bd. 5/1, Tbd. 1: §§ 300–329, 4. Aufl., Berlin/Boston 2015, § 322, Rn. 122.

35 Hierbei lässt sich die Analyse auf denjenigen Bestandteil des Tenors beschränken, der sich auf die Beurteilung der Hauptsache der Streitigkeit bezieht. Dementsprechend bleiben die anderen Bestandteile der Urteilsformel, d.h. die Entscheidung des Gerichts über die Kosten des Rechtsstreits und über die vorläufige Vollstreckbarkeit des Urteils, außer Betracht. Vgl. dazu Balzer/Walther, Beweisaufnahme und Beweiswürdigung, s.o. (Fn. 10), Rn. 316; Elzer, in: BeckOK ZPO, s.o. (Fn. 1), § 313, Rn. 39.

36 BGH, NJW-RR 2001, 136, 137; Thole, in: Prütting/Gehrlein, ZPO, s.o. (Fn. 5), § 313, Rn. 7 f.

37 Rosenberg/Schwab/Gottwald, ZPR, s.o. (Fn. 7), § 77, Rn. 17–23; Schilken, ZPR, s.o. (Fn. 8), Rn. 354.

38 BGH, NJW 2001, 2177, 2178; Rosenberg/Schwab/Gottwald, ZPR, s.o. (Fn. 7), § 107, Rn. 18–28 i.V.m. § 133, Rn. 37.

39 S. o., unter 2.

40 BGH, NJW-RR 2002, 136, 137; BGH, NJW 1997, 3447, 3448; BGH, NJW 1995, 1757; Gottwald, in: MüKoZPO, s.o. (Fn. 1), Bd. 1, § 322, Rn. 87, 92–99; Jauernig/Hess, ZPR, s.o. (Fn. 5), § 63, Rn. 25 f.; Zeiss/Schreiber, ZPR, s.o. (Fn. 1), Rn. 570.

B. Zur Richtigkeitsprüfung des Untersatzes

Die Überprüfung der sachlichen Richtigkeit einer gerichtlichen Entscheidung bezieht sich auf die durch das erkennende Gericht durchgeführte Sachbeurteilung, und zwar auf das Ergebnis des Syllogismus, das aus der Subsumtion folgt und somit auf den zwei Prämissen des Syllogismus (Ober- und Untersatz) beruht. Die Überprüfung der Richtigkeit der Sachentscheidung erfordert demnach die Überprüfung der Richtigkeit der Prämissen des Syllogismus, die die Rechts- und Sachverhaltsfeststellungen des Erstgerichts beinhalten. Daraus ergibt sich, dass die Sachkontrolle – geeignetes Beispiel hierfür bietet das Rechtsmittel der Berufung –⁴¹ gerichtlicher Entscheidungen zwei Kontrollgegenstände hat: die Rechtsfeststellungen (Auslegung und Anwendung des materiellen Rechts) sowie die Sachverhaltsfeststellungen (Ermittlung der sachrelevanten Tatsachen) des Erstgerichts. Die kontrollierte Sachentscheidung wird in diesem Sinne sowohl in rechtlicher als auch in tatsächlicher Hinsicht überprüft.

Im Hinblick auf die Sachverhaltsfeststellungen nimmt das Kontrollgericht – das ist etwa das Berufungsgericht – mögliche Fehler bei der Ermittlung derjenigen Tatsachen ins Visier, die zur Feststellung des Sachverhalts der kontrollierten erstinstanzlichen Entscheidung geführt haben.⁴² Die Zweckmäßigkeit dieses Kontrollgegenstands ergibt sich schon aus der weiter oben dargelegten Wichtigkeit des Untersatzes für die Entscheidungsfindung. Unterläuft dem Rechtsanwender ein Fehler bei der Bestimmung des Sachverhalts, werden die irrig festgestellten Tatsachen dem Tatbestand der anzuwendenden materiellen Rechtsvorschrift unterstellt und eine solche falsche Unterstellung zieht an-

41 Die Sachkontrolle führt ein Gericht hinsichtlich der Entscheidung eines anderen Gerichts zur Feststellung ihrer Richtigkeit durch. So ist diese Kontrollart grundsätzlich innerhalb des gerichtlichen Instanzenzugs bei der Entscheidung über Rechtsmittel von großer Bedeutung. Vgl. hierzu als Paradebeispiel den Umfang der Berufungskontrolle, deren Hauptzweck die Überprüfung der sachlichen Richtigkeit der erstinstanzlichen Entscheidung ist. S. dazu nur *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, ZPR, s.o. (Fn. 7), § 139, Rn. 33–41.

42 *Bülow/Arnold*, Internationaler Rechtsverkehr in Zivil- und Handelssachen, 3. Erg.-Lfg., München/Berlin 1960, Nr. 929, S. 24 f.; *Eckstein-Puhl*, Prozessbetrug im Schiedsverfahren: Eine Studie zu den vom erschiedenen Schiedsspruch aufgeworfenen Fragen des Aufhebungsverfahrens gemäß § 1059 ZPO, Frankfurt a.M. u.a. 2005, S. 149; *Geimer*, Zur Prüfung der Gerichtsbarkeit und der internationalen Zuständigkeit bei der Anerkennung ausländischer Urteile, Bielefeld 1966, S. 41; *Regen*, Prozeßbetrug als Anerkennungshindernis: Ein Beitrag zur Konkretisierung des ordre public-Vorbehaltes, Jena 2008, Rn. 180; *Völker*, Zur Dogmatik des ordre public: Die Vorbehaltsklauseln bei der Anerkennung fremder gerichtlicher Entscheidungen und ihr Verhältnis zum ordre public des Kollisionsrechts, Berlin 1998, S. 223–229; *Volken*, in: Zürcher Kommentar zum IPRG: Kommentar zum Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG) vom 18. Dezember 1987, hrsg. v. Girsberger/Heini u.a., 2. Aufl., Zürich 2004, Art. 27, Rn. 126.

schließlich kausal eine unvermeidbare Rechtsverletzung nach sich.⁴³

Der Begriff *Tatfrage*, unter dem die Ermittlung der sachrelevanten Tatsachen zu verstehen ist, ist zwar vom Begriff *Rechtsfrage* zu unterscheiden, der bereits oben behandelt wurde.⁴⁴ Aufgrund der Wechselwirkung zwischen Ober- und Untersatz des Syllogismus im Rahmen der Subsumtion ist aber nicht zu verkennen, dass die Aufdeckung der wahren Geschichte des Rechtsstreits keinen Selbstzweck des Verfahrens ausmacht.⁴⁵ Die Aufgabe des erkennenden Gerichts erschöpft sich nicht in der Rekonstruktion und Bestätigung derjenigen Tatsachen, die zwischen den Parteien stattgefunden haben. Vielmehr zielt die Formung des Untersatzes auf den Hauptzweck des Erkenntnisverfahrens, die Anwendung der jeweiligen anzuwendenden materiellen Rechtsnormen auf den konkreten Sachverhalt des rechtshängigen Rechtsstreits.⁴⁶

Grundlegendes Merkmal der Richtigkeitskontrolle einer gerichtlichen Entscheidung ist das Fehlen einer Bindung des Kontrollgerichts an die Sachverhaltsfeststellungen des Erstgerichts.⁴⁷ Insofern darf sich das Berufungsgericht vielmehr in die Lage des erstinstanzlichen Gerichts versetzen und die Untersuchung des Sachverhalts der Streitigkeit wieder aufrollen, um die Möglichkeit der Existenz eventueller Fehler des Erstgerichts auszuschließen oder die begangenen Fehler zu korrigieren.⁴⁸ Für die Bezeichnung der Kontrolle als Sachkontrolle ist der Ausgang der Kontrolle sogar irrelevant. Daher führt das Berufungsgericht eine Sachkontrolle durch, sobald es die Sachverhaltsfeststellungen des erstinstanzlichen Gerichts für nicht bindend hält und eine Überprüfung ihrer Richtigkeit und Vollständigkeit unternimmt. Grundlegend und entscheidend für die Frage nach dem Vorliegen sachlicher Fehler ist die Überzeugungsbildung des Berufungsgerichts hinsichtlich der Richtigkeit der festgestellten Tatsachen.⁴⁹ Hierbei konzentriert sich die Sachkontrolle auf die

43 Heßler, in: Zöller, Zivilprozessordnung, 33. Aufl., Köln 2020, § 546, Rn. 7.

44 Nierwetberg, s.o. (Fn. 2), JZ 1983, 237, 240 f.; Schuler, s.o. (Fn. 3), NJW 1961, 4; Stürner, Die richterliche Aufklärung im Zivilprozeß, Tübingen 1982, Rn. 87.

45 Krüger, in: MüKoZPO, s.o. (Fn. 1), Bd. 2, § 546, Rn. 2 f., 9 f.

46 Rosenberg/Schwab/Gottwald, ZPR, s.o. (Fn. 7), § 133, Rn. 25–28.

47 BGHZ 50, 100, 101; Eckstein-Puhl, Prozessbetrug, s.o. (Fn. 42), S. 154 f.; Marx, Der verfahrensrechtliche *ordre public* bei der Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche in Deutschland, Frankfurt a.M. u.a. 1994, S. 28 f., 31–33.

48 Bülow/Arnold, Int. Rechtsverkehr, s.o. (Fn. 42), Nr. 929, S. 25; Schack, Internationales Zivilverfahrensrecht mit internationalem Insolvenzrecht und Schiedsverfahrensrecht, 7. Aufl., München 2017, Rn. 876, 958.

49 Vgl. hierzu als Beispiel die Überprüfung der Sachverhaltsfeststellungen des erstinstanzlichen Urteils durch das Berufungsgericht nach § 529 Abs. 1 ZPO, die auf die Überzeugungsbildung des Berufungsgerichts hinsichtlich der Richtigkeit der erstinstanzlichen Sachverhaltsermittlung zielt, Arnold, Zur Überprüfung tatrichterlicher Ermessensspiel-

Überprüfung, ob die Einschätzung des Erstgerichts in Bezug auf die Wahrheit oder Unwahrheit der untersuchten Tatsachen richtig, falsch oder unvollständig ist.⁵⁰

Obwohl die Sachkontrolle auf die Überprüfung des vom erstinstanzlichen Gericht ermittelten Sachverhalts zielt,⁵¹ wäre die Annahme, dass sich die Sachprüfung ausschließlich auf die vom Erstgericht schon berücksichtigten Tatsachen und Beweismittel beschränkt, unzutreffend. Vielmehr besteht eine Sachkontrolle unter Umständen auch darin, dass das Berufungsgericht Tatsachen oder Beweismittel würdigt, die dem erstinstanzlichen Gericht bei seiner Feststellung aus irgendeinem Grund nicht zur Verfügung standen. Insbesondere kann das Berufungsgericht die sachliche Richtigkeit der Sachverhaltsfeststellungen des Erstgerichts im Rahmen der Sachkontrolle auf zwei verschiedene Weisen überprüfen. Einerseits kann das Berufungsgericht ausschließlich diejenigen tatsächlichen Behauptungen und Beweismittel erneut beurteilen, die das Erstgericht schon berücksichtigt und bewertet hat. Hierbei handelt es sich um eine erneute Sachverhaltsfeststellung, der nichts Neues, also keine neuen tatsächlichen Behauptungen oder Beweismittel, zugrunde liegt. Andererseits ist vorstellbar, dass eine tatsächliche Behauptung oder ein Beweismittel –zulässigerweise– erstmals vor dem Berufungsgericht vorgebracht wird. In diesem Fall berücksichtigt das Berufungsgericht ein Vorbringen, das dem Erstgericht nicht zur Verfügung stand. Insofern erschöpft sich die erneute Sachverhaltsfeststellung nicht in einem einfachen Bezweifeln der sachlichen Richtigkeit des schon festgestellten Sachverhalts. Vielmehr ergibt sich aus dem neuen Vorbringen die Möglichkeit, dass das Erstgericht den Sachverhalt anders, und zwar richtiger, ermittelt hätte, wenn ihm das neue Vorbringen zur Verfügung gestanden hätte.

Unter dem Begriff *neues Vorbringen* sind zwei verschiedene Konstellationen zu verstehen. Einerseits kann es um Behauptungen oder Beweismittel in Bezug auf Tatsachen gehen, die zwar vor Beginn oder während des erstins-

räume in der Berufung, ZJP 126 (2013), 63, 72–75; Balzer/Walther, Beweisaufnahme und Beweiswürdigung, s.o. (Fn. 10), Rn. 366; Grunsky, Die Beschränkung neuer Angriffs- und Verteidigungsmittel und des Prozessstoffs im Berufungsverfahren nach der ZPO-Reform, LMK 2004, 215 f.

50 BGHZ 118, 312, 320; Netzer, in: Gesamtes Recht der Zwangsvollstreckung: ZPO, ZVG, Nebengesetze, Europäische Regelungen, Kosten; Handkommentar, hrsg. v. Kindl/Meller-Hannich/Wolf, 3. Aufl., Baden-Baden 2015, § 723, Rn. 2; Schütze, Das Internationale Zivilprozessrecht in der ZPO, 2. Aufl., Berlin/New York 2011, § 723, Rn. 25.

51 Habscheid, Anmerkung zum Urteil des BGH vom 12.05.1959 – VII ZR 436/56, BGHZ 27, 249, JZ 14 (1959), 173, 175; Hilbig, Das gemeinschaftsrechtliche Kartellverbot im internationalen Handelsschiedsverfahren, Anwendung und gerichtliche Kontrolle, München 2006, S. 32.

tanzlichen Verfahrens stattfanden, aber von der betroffenen Partei im erstinstanzlichen Verfahren überhaupt nicht oder nur in unzulässiger Weise vorgebracht wurden, und die die betroffene Partei nun vor dem Berufungsgericht vorzubringen versucht. Andererseits kann es um solche Behauptungen oder Beweismittel gehen, die sich auf Tatsachen beziehen, die erst nach dem Abschluss des erstinstanzlichen Verfahrens und dem Erlass der erstinstanzlichen Entscheidung stattfanden (echte Noven). Diese hätte die betroffene Partei folglich im Laufe der ersten Instanz nicht vorbringen können.

Zwischen den zwei soeben dargestellten Konstellationen besteht ein entscheidender Unterschied. Die Behauptungen oder die Beweismittel bezüglich der vor oder während des erstinstanzlichen Verfahrens stattgefundenen Tatsachen hätten in der ersten Instanz zulässig vorgebracht und somit Bestandteil des vom Erstgericht beurteilten Prozessstoffs werden können. Das Unterlassen oder die Verspätung seitens der betroffenen Partei haben aber dazu geführt, dass diese Behauptungen oder Beweismittel in der ersten Instanz niemals zulässig vorgebracht wurden. Im Gegensatz dazu hätten die nachträglich entstandenen Tatsachen unabhängig vom prozessualen Verhalten der Parteien auf keinen Fall Bestandteil des Prozessstoffs des erstinstanzlichen Verfahrens werden können. Sie ändern den Sachverhalt des erstinstanzlich beurteilten Rechtsstreits nachträglich. Ihre Berücksichtigung stellt daher keine Rüge gegen die sachliche Richtigkeit der kontrollierten Entscheidung dar. Das Berufungsgericht würde in einem solchen Fall schlicht den neuen Stand der Dinge berücksichtigen.

Zeitlich gesehen kann sich die Sachbeurteilung eines Rechtsstreits durch ein Rechtsprechungsorgan nur auf diejenigen Tatsachen beziehen, die zum Zeitpunkt des Abschlusses des Erkenntnisverfahrens schon stattgefunden hatten.⁵² Tatsachen, die nach diesem Zeitpunkt stattfinden, prägen den Sachverhalt des Rechtsstreits eventuell anders und erfordern daher möglicherweise eine andere Sachbeurteilung. Sind solche Tatsachen von einer der Parteien zulässig behauptet worden, stehen ihrer Berücksichtigung nicht einmal die zeitlichen Grenzen der materiellen Rechtskraft der erlassenen Entscheidung.⁵³ Vielmehr sind solche Tatsachen materielle Einwendungen im Sinne des § 767

52 *Pfeiffer*, Anmerkung zum Urteil des BGH v. 8.11.2017, III ZR 95/06 (Nachträgliche Einwendungen im Schiedsverfahrensrecht), LMK 2008, 250684, Nr. 2b.

53 *Gottwald*, in: MüKoZPO, s.o. (Fn. 1), Bd. 1, § 322, Rn. 139; *Münch*, in: MüKoZPO, s.o. (Fn. 1), Bd. 3, 5. Aufl., München 2017, § 1055, Rn. 27; *Kröll*, Materiell-rechtliche Einwendungen im Exequaturverfahren bei Schiedssprüchen – Zeit für eine Neujustierung, in: Geimer/Kaissis/Thümmel (Hrsg.), *Ars aequi et boni in mundo: Festschrift für Rolf A. Schütze zum 80. Geburtstag*, München 2015, S. 305, 306; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, ZPR, s.o. (Fn. 7), § 183, Rn. 6 i.V.m. § 156, Rn. 10.

Abs. 2 ZPO, die eventuell die Begründetheit des beurteilten prozessualen Anspruchs betreffen. Die Geltendmachung solcher materiellen Einwendungen ist aber vor allem im Rahmen des Verfahrens zur Vollstreckung der Entscheidung von Bedeutung. Dies ist darauf zurückzuführen, dass die unterliegende Partei sich durch ihre Geltendmachung im Rahmen einer Vollstreckungsabwehrklage nach § 767 Abs. 2 ZPO gegen die Vollstreckung der Entscheidung wehren kann.⁵⁴

Ebenso unzutreffend wäre die Annahme, dass die Kontrolle der Entscheidung des Erstgerichts im Hinblick auf eventuelle Verfahrensfehler auf keinen Fall eine Sachprüfung darstellen kann. Vielmehr ist eine Sachprüfung auch dann zu bejahen, wenn das Berufungsgericht einen eventuellen Einfluss eines schon entdeckten Verfahrensfehlers auf den Ausgang der Sachverhaltsermittlung des Erstgerichts prüft.⁵⁵ Hierbei geht es um einen unselbstständigen Fehler im Rahmen der Sachverhaltsfeststellungen, der als die unvermeidbare Folge eines schon begangenen kausalen Verfahrensfehlers, wie bspw. des Übersehens eines bedeutenden Beweismittels, anzusehen ist.⁵⁶ Die Sachprü-

54 Diese Problematik überschreitet die Grenzen der vorliegenden Arbeit. Zu einer tieferen Betrachtung s. OLG Karlsruhe, 10 Sch 08/08, DIS, sub III; BayObLG, NJW-RR 2000, 1359, 1360; *Musielak*, in: FS Schwab, s.o. (Fn. 16), S. 349, 364; *Nagel/Gottwald*, Internationales Zivilprozessrecht, 7. Aufl., Köln 2013, § 18, Rn. 223; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, ZPR, s.o. (Fn. 7), § 183, Rn. 6 i.V.m. § 169, Rn. 42.

55 *Gottwald*, Die sachliche Kontrolle internationaler Schiedssprüche durch staatliche Gerichte, in: Habscheid/Hrsg., Beiträge zum internationalen Verfahrensrecht und zur Schiedsgerichtsbarkeit: Festschrift für Heinrich Nagel zum 75. Geburtstag, Aschendorff 1987, S. 54, 59; *Münch*, in: MüKoZPO, s.o. (Fn. 1), Bd. 3, § 1059, Rn. 34 f.

56 Bei der Frage nach der Selbstständigkeit eines sachlichen Fehlers bei der Sachverhaltsermittlung handelt es sich um die Ursache seiner Existenz. Geht dem sachlichen Fehler ein verfahrensrechtlicher Irrtum des erkennenden Gerichts voraus, der sich auf die Qualität der Tatsachenfeststellungen kausal auswirkt, kann der sachliche Fehler in diesem Fall über keine Selbstständigkeit verfügen (unselbstständiger sachlicher Fehler). Vgl. hierzu die Feststellung kausaler Verfahrensfehler im angefochtenen Urteil im Rahmen der Revisionskontrolle, die das Ergebnis in der Sache beeinflussen können, BGH, NJW 2016, 3092, 3095; BGH, NJW 1995, 1841, 1842; *Bierschenk*, Die zweite Instanz im deutschen und französischen Zivilverfahren: Konzeptionelle Unterschiede und wechselseitige Schlussfolgerungen, Tübingen 2015, S. 119; *Fellner*, Tatsachenfeststellung in der ersten Instanz - Bedeutung für das Berufungsverfahren und die Korrekturmöglichkeiten, MDR 2003, 721 f.; *Pickenbrock*, Zu Umfang und Bedeutung der richterlichen Hinweispflicht, NJW 1999, 1360, 1364; *Rußmann*, Der ersichliche Schiedsspruch - der Betrüger als Nutznießer des neuen deutschen Schiedsverfahrensrechts?, in: Bachmann/Hrsg., Festschrift für Peter Schlosser zum 70. Geburtstag, Tübingen 2005, S. 785, 800 f.; *Schubert*, Richterliche Unabhängigkeit heute: Reflexionen und Reaktionen, in: Habersack/Hrsg., Festschrift für Eberhard Stolz zum 65. Geburtstag, München 2014, S. 555, 566 f.

Ein unselbstständiger Sachfehler bei der Sachverhaltsermittlung ist als eine unvermeidbare Folge des schon bestehenden kausalen Verfahrensfehlers anzusehen, denn die

fung liegt in diesem Fall darin, dass das Berufungsgericht nach der Korrektur des entdeckten Verfahrensfehlers eine erneute Sachverhaltsermittlung vornehmen muss, um zu prüfen, ob das Ergebnis seiner Feststellungen von den Feststellungen des Erstgerichts abweicht. Hierbei handelt es sich um eine Sachprüfung, die das Kontrollgericht durchführen muss, damit seine Kontrolle effektiv ist.

C. Zusammenfassende Bemerkungen

Zur Feststellung der Richtigkeit der kontrollierten Sachentscheidung macht es sich das Kontrollgericht zur Aufgabe, eventuelle Fehler des Erstgerichts bei der Urteilsfindung aufzudecken. Da die Urteilsfindung aus Rechts- und Sachverhaltsfeststellungen besteht, wird die Entscheidung des Erstgerichts bei einer Sachkontrolle sowohl in Bezug auf die Auslegung und Anwendung des materiellen Rechts als auch in Bezug auf die Feststellung der sachrelevanten Tatsachen überprüft.

auf einem Verfahrensfehler beruhende Untersuchung des Sachverhalts lässt sich von diesem Fehler beeinflussen. Führt bspw. das Gericht den Prozess parteilich durch, indem es entgegen den prozessualen Regeln das Erkenntnisverfahren zu Gunsten einer bestimmten Partei leitet, begeht es zugleich einen gravierenden Verfahrensfehler, von dem die Sachverhaltsfeststellung nicht verschont bleiben kann und deren Richtigkeit deshalb zumindest als umstritten anzusehen ist. Bzgl. des Einflusses eines „wesentlichen“ Verfahrensfehlers auf die Entscheidung des erkennenden Gerichts in der Sache s. BGH, NJW-RR 2003, 131; BGH, NJW 1995, 1841, 1842; *Goldschmidt*, Zivilprozessrecht, Berlin 1929, S. 111; *Kramer*, Die Berufung in Zivilsachen, 8. Aufl., München 2015, Rn. 441; *Rimmelspacher*, Die Berufungsgründe im reformierten Zivilprozess, NJW 2002, 1897, 1901; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, ZPR, s.o. (Fn. 7), § 139, Rn. 54 i.V.m. § 143, Rn. 34 f.; *Wulf*, in: BeckOK ZPO, s.o. (Fn. 1), § 538, Rn. 10.

Die Abwesenheit prozessualer Fehler garantiert aber nicht ohne Weiteres, dass der Untersatz des Syllogismus sachlich richtig ist. Im Rahmen eines verfahrensrechtlich tadellosen Prozesses ist insbesondere der Fall vorstellbar, dass das erkennende Gericht zwar alle erforderlichen prozessualen Schritte zur Ermittlung des Sachverhalts fehlerfrei durchgeführt hat, seine Vorstellung von der tatsächlichen Grundlage aber sachlich falsch ist. Als inhärentes Risiko des Erkenntnisverfahrens ist die sachlich unrichtige Sachverhaltsfeststellung zu beschreiben. Anschaulich dargestellt mündet die im Rahmen des Beweisverfahrens durchzuführende Ermittlung der Tatsachen und die Würdigung der Beweismittel in ein Ergebnis, das aufgrund unzutreffender sachlicher Ermittlung durch das Gericht von den tatsächlich stattgefundenen Ereignissen abweicht. Folge davon ist weiterhin, dass der Sachverhalt der Streitigkeit, der anschließend den Untersatz der Entscheidung ausmacht, unvermeidbar fehlerhaft ist. In diesem Fall beruht die fehlerhafte Sachverhaltsfeststellung des erkennenden Gerichts auf einem rein sachlichen Misserfolg, der von keinem vorausgehenden prozessualen Irrtum abhängig ist (selbstständiger Fehler). S. hierzu BGH, NJW 2016, 3015, 3017; BGHZ 162, 313, 315 f.; *Eckstein-Puhl*, Prozessbetrug, s.o. (Fn. 42), S. 161; *Rimmelspacher*, in: MüKoZPO, s.o. (Fn. 1), Bd. 2, § 513, Rn. 15.

Als Qualitätskontrolle der Sachbeurteilung beruht die Überprüfung der sachlichen Richtigkeit durchaus auf der Befugnis des Kontrollgerichts zur Überwachung des Erstgerichts. Die Beziehung des Kontrollgerichts zum Erstgericht ist dementsprechend als vertikal anzusehen. Das Kontrollgericht ist, ohne an die Rechts- und Sachverhaltsfeststellungen des Erstgerichts gebunden zu sein, befugt, sich mit der Sache der Streitigkeit erneut zu befassen und gegebenenfalls anders zu entscheiden. Ein Merkmal der Sachkontrolle ist daher die Abwesenheit einer Bindung des Zweitgerichts an die Feststellungen des Erstgerichts, die eine möglicherweise abweichende Beurteilung der Streitsache erlaubt.

Demzufolge gehört die Sachkontrolle gerichtlicher Entscheidung als Kontrollart zum Instanzenzug der ordentlichen Gerichtsbarkeit einer Rechtsordnung und bildet den Grundstein der pyramidenförmigen Anordnung der staatlichen Gerichte im Rechtsmittelzug. Sie zerreißt die Hlle der kontrollierten Entscheidung des Erstgerichts und bringt Licht in jede Ecke der Sachbeurteilung, dem Rechtsmittelrecht im staatlichen Instanzenzug. Als geeignetes Beispiel zum Nachvollziehen der Wirkungsweise der Sachkontrolle bietet sich daher das Rechtsmittel der Berufung an. Dieses gestattet –wenn auch teils unter einengenden Voraussetzungen– dem Berufungsgericht, die Richtigkeit der angefochtenen erstinstanzlichen Entscheidung sowohl rechtlich als auch tatsächlich zu untersuchen, um eventuelle Fehler bei der Sachbeurteilung aufzudecken und zu korrigieren.

Ερμηνευτικά ζητήματα της προσωρινής διαταγής κατ'άρθρο 691^Α ΚΠολΔ

Δημήτριος Κ. Μηχιώτης

Δικηγόρος Δ.Ν.

Α. Αναζήτηση μεθοδολογικού εργαλείου

1. Το ενδεχόμενο ματαιώσεως της οριστικής δικαστικής προστασίας, συνεπεία παρελεύσεως ικανού χρονικού διαστήματος από την γένεση μίας διαφοράς έως την τελεσίδικη διάγνωσή της, κατέστησε αναγκαία, και δη κατά συνταγματική επιταγή (άρθ. 20 § 1 Σ)¹, τη θεσμοθέτηση της προσωρινής δικαστικής προστασίας². Και αντιστοίχως, η αποτροπή του κινδύνου ματαιώσεως και αυτής της ίδιας της προσωρινής έννομης προστασίας, διαρκούσης της εκκρεμοδικίας της, αποτέλεσε το δικαιοπολιτικό θεμέλιο επί του οποίου στηρίχθηκε η νομοθετική πρόβλεψη περί χορηγήσεως από το δικαστήριο προσωρινής διαταγής κατ'άρθρο 691^Α ΚΠολΔ³. Δι' αυτής, ειδικότερα, ορίζονται τα άμεσα μέτρα που πρέπει να ληφθούν, έως την έκδοση της αποφάσεως επί της αιτήσεως ασφαλιστικών μέτρων, προκειμένου να μην καταστεί αλυσιτελής η τυχόν αποδοχή της τελευταίας⁴. Όστε, όπως τα

1. Πρβλ., αντί άλλων, τις εργασίες του τιμώμενου Καθηγητή, *D. Maniotis*, *Oversimplified Proceedings as "Alternative" to the Ordinary Proceedings of First Instance*, σε *R. Stürner/ M. Kawano* (ed.), *Comparative Studies on Enforcement and Provisional Measures*, 2011, σελ. 365 επ. (366) · *του ίδιου*, *Provisional measures in family matters. A survey of the Greek Law*, σε *K. Makridou/G. Diamantopoulos* (ed.), *Provisional measures in Italian and Greek Procedural Law*, 2016, σελ. 57 επ. (66 επ.).

2. Για την εγγενή αναγκαιότητα παροχής προσωρινής έννομης προστασίας, ανεξάρτητα δηλ. και από την ενδεχόμενη παθολογία της βραδύτητας της εκδικάσεως της κύριας δίκης, βλ. σε *F. Baur*, *Studien zum einstweiligen Rechtsschutz*, 1967, σελ. 4 επ. · *D. Leipold*, *Strukturfragen des einstweiligen Rechtsschutzes*, *ZZP* 90 (1977), σελ. 258 επ. (260) · *W. Grunsky*, *Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes*, *JuS* 1976, σελ. 277 επ. · *Στ. Κουσουλή*, «Ενδιάμεσο ουσιαστικό δίκαιο» και ασφαλιστικά μέτρα – Περί της φύσεως των ασφαλιστικών μέτρων, *NoB* 2002, σελ. 1221 επ. (1223) · *Αθ. Καΐση*, Τα ασφαλιστικά μέτρα κατά το άρθρο 24 της σύμβασης των Βρυξελλών, σε *Liber Amicorum Κ.Κεραμέως*, 2000, σελ. 279 επ. (286).

3. Βλ. και το διάγραμμα του Εισηγητή *Γ. Οικονομόπουλο*, σε *ΣχΠολΔ*, τ. V, 1957, σελ. 244.

4. Πρβλ. *Κ. Μπέη*, *ΠολΔ*, V, 1983, άρθρ. 691, σελ. 103 επ. · *Γ. Μητσόπουλο*, Προσωρινή διαταγή του δικαστηρίου επί αιτήσεως εγγραφής προσημειώσεως υποθήκης, *ΕλλΔνη* 1983, σελ. 1135 επ. (1137, 1142) · *Π. Τζίφρα*, Ασφαλιστικά μέτρα⁴, 1985, 41 επ. · *Δ. Κράνη*, Προσωρινή διαταγή, ανάκληση και μετενέργεια των ασφαλιστικών μέτρων, 2013, σελ. 3.

ασφαλιστικά μέτρα αποτελούν τελολογικό παρακολούθημα της κύριας δίκης⁵, έτσι και η προσωρινή διαταγή συνιστά όχι απλώς τελολογικό αλλά και διαδικαστικό παρακολούθημα της αιτήσεως και της αποφάσεως των ασφαλιστικών μέτρων⁶. Άνευ αιτήσεως ασφαλιστικών μέτρων, δεν είναι δυνατόν να ζητηθεί και προσωρινή διαταγή⁷. Εκδοθείσης δε αποφάσεως επί της αιτήσεως των ασφαλιστικών μέτρων, αίρεται αυτοδικαίως και η τυχόν χορηγηθείσα προσωρινή διαταγή⁸. Η έλλειψη δηλ. διαδικαστικής αυτοτέλειας της προσωρινής διαταγής εντείνει τον βαθμό εξαρτήσεώς της έναντι της αιτήσεως των ασφαλιστικών μέτρων · τα εν λόγω μεγέθη παριστούν, άρα, στενότερη σχέση κύριου και παρεπομένου εντός της αυτής σφαίρας προσωρινής δικαστικής προστασίας.

2. Εάν οι ως άνω, καθολικώς πλέον αναγνωριζόμενες, παραδοχές είναι αληθείς, τίθεται περαιτέρω το ερώτημα: η αναζήτηση της νομικής φύσεως της προσωρινής διαταγής δύναται να χωρήσει ερήμην της συστηματικής της εντάξεως ως όρου λειτουργίας της προσωρινής έννομης προστασίας;

Υπεστηρίχθη, εν πρώτοις, η άποψη ότι η προσωρινή διαταγή ουδέν άλλο συνιστά παρά εκτελεστό διοικητικό μέτρο⁹. Αποτελεί όμως η θέση αυτή προέκταση παρωχημένων πλέον αντιλήψεων κατά τις οποίες τα, ρυθμι-

5 Έτσι, Γ. Μητσόπουλος, Πολιτική Δικονομία, 1972, σελ. 39 · ο ίδιος, Η πιθανολόγησις εν τω αστικώ δικονομικώ δικαίω, 1952, σελ. 72 · Κ. Μπέης, Τα όρια της προσωρινής δικαστικής προστασίας, 1980, σελ. 9 επ. · Κ. Κεραμεύς/Κ. Πολυζωγόπουλος, Τα ασφαλιστικά μέτρα στο ελληνικό αστικό δικονομικό δίκαιο, σε Η δραστηκότητα της δικαιοσύνης, έκδοση Ι.Δ.ΜΕ. 8, 1987, 243 επ. (246 επ.). Υπεστηρίχθη και η άποψη ότι τα ασφαλιστικά μέτρα δεν συνδέονται τελολογικά με την κύρια δίκη αλλά με το ασφαλιστέο δικαίωμα (βλ. Ν. Βερβεσό, Ουσιώδη δικονομικά προβλήματα της διαδικασίας των ασφαλιστικών μέτρων, Δ 1971, σελ. 530 επ. 533). Τελολογική διασύνδεσή με την κύρια δίκη, κατ'επέκταση δε και με το ασφαλιστέο ουσιαστικό δικαίωμα, δέχονται οι Κ. Kerameus, Der einstweilige Rechtsschutz vom Standpunkt der neuen griechischen ZPO, σε Αναμνηστικό Τόμο Εμμ. Μιχελάκη, 1973, σελ. 411 επ. (417) · Κ. Μπέης, ΠολΔ, τ. V, Εισαγ., σελ. 6.

6 Γ. Νικολόπουλος, Η ανάκληση των αποφάσεων των ασφαλιστικών μέτρων³, 2013, σελ. 285 · Δ. Κράνης, Προσωρινή διαταγή, ανάκληση και μετενέργεια των ασφαλιστικών μέτρων, ό.π, σελ. 13 · Κ. Καλαβρός, Σχέση ασφαλιστικών μέτρων και κύριας δίκης ή ασφαλιστικά μέτρα και ουσιαστικό δίκαιο – Με αφορμή την ΟΛΑΠ 20/2015, ΝοΒ 2016, 761 επ (768). Έτσι και ΟΛΑΠ 17/2009, ΕλλΔνη 2009, 739.

7 Δ. Κράνης, Προσωρινή διαταγή, ανάκληση και μετενέργεια των ασφαλιστικών μέτρων, ό.π, σελ. 6.

8 Κ. Καλαβρός, Σχέση ασφαλιστικών μέτρων και κύριας δίκης ή ασφαλιστικά μέτρα και ουσιαστικό δίκαιο, ό.π, σελ. 767 -768.

9 Έτσι Κ. Μπέης, Η έννοια, λειτουργία και φύσις της δικαστικής αποφάσεως, 1972, σελ. 65 · ο ίδιος, Χρονικά όρια ισχύος προσωρινής διαταγής (γνμδ.), Δ 22 (1991), σελ. 589 επ. (592) · Δ. Κονδύλης, Το δεδικασμένο κατά τον ΚΠολΔ², 2007, σελ. 71 · Χ. Απαλαγάκη, Προσημείωση υποθήκης – Η δικονομική της θεώρηση, 2005, σελ. 167 επ. Πρβλ. και ΑΠ 1599/1992, Δ 1993, 1116.

στικά ιδίως, ασφαλιστικά μέτρα θεωρούντο αστυνομικής φύσεως διαταγές (“Rechtspolizei”)¹⁰. Ορθώς, εξάλλου, αντιπαρατηρήθηκε ότι μία τέτοια θεώρηση καταλήγει να προσδίδει, κατά τρόπο συνταγματικώς ανεπίτρεπτο, στη δικαστική λειτουργία διοικητικές αρμοδιότητες¹¹. Κατά νεότερη όμως, και επικρατήσασα πλέον σε θεωρία και νομολογία, άποψη η προσωρινή διαταγή συνιστά εκτελεστό τίτλο κατ' άρθρο 904 § 2 ζ' ΚΠολΔ¹². Η εν λόγω εκδοχή αποφεύγει μεν να απονείμει σε φορείς της πολιτειακής δικαιοσύνης διοικητικές εξουσίες, συνεχίζει εν τούτοις να αποδίδει στην προσωρινή διαταγή έναν ουδέτερο χαρακτήρα προκειμένου να μην την χαρακτηρίσει ως δικαστική απόφαση. Δι' αυτού, όμως, του τρόπου αδυνατεί να παράσχει ένα επαρκές μεθοδολογικό εργαλείο, ώστε να καλυφθούν δια της ερμηνείας όσες πτυχές της κανονιστικής ρυθμίσεως της προσωρινής διαταγής έμειναν νομοθετικώς αρρύθμιστες. Και έτι περαιτέρω: η ίδια ακριβώς άποψη που δέχεται ότι η προσωρινή διαταγή συνιστά απλώς εκτελεστό τίτλο, καίτοι αρνείται τελείως τον δικαιοδοτικό της χαρακτήρα, εφαρμόζει επ' αυτής αναλογικώς τις περί προσωρινού δεδικασμένου και ανακλήσεως γενικές διατάξεις των ασφαλιστικών μέτρων ή το άρθρο 176 ΑΚ επί απαγορεύσεως νομικής μεταβολής. Η αποδοχή όμως μίας τέτοιας αναλογίας, δεν μπορεί παρά να προϋποθέτει την κατάφαση του δικαιοδοτικού χαρακτήρα της προσωρινής διαταγής¹³.

Είναι αληθές, περαιτέρω, ότι η προσωρινή διαταγή δυσχερώς θα μπορούσε να χαρακτηριστεί ως δικαστική απόφαση, ούτε σε «περιληπτική» μορφή¹⁴, δοθέντος ότι για την έκδοσή της δεν πληρούνται τα, κατά τη

10 Περί της θεωρήσεως ορισμένης κατηγορίας ρυθμιστικών ασφαλιστικών μέτρων ως αστυνομικού χαρακτήρα διαταγών στη γερμανική έννομη τάξη, βλ. ιδίως F. Baur, Studien zum einstweiligen Rechtsschutz, ό.π., σελ. 34, «...Anordnungen in diesem Bereich gewissermaßen einen rechtspolizeilichen Charakter haben». Βλ. όμως τις κριτικές παρατηρήσεις των G. Baumgärtel, Besprechung von F. Baur, Studien zum einstweiligen Rechtsschutz, AcP 168 (1968), σελ. 401 επ. (403) · M. Minnerop, Materielles Recht und einstweiliger Rechtsschutz, 1973, σελ. 64 επ. Πρβλ. και D. Leipold, Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes, 1971, σελ. 26 επ.

11 Πρβλ. Δ. Κράνη, Προσωρινή διαταγή, ανάκληση και μετενέργεια των ασφαλιστικών μέτρων, ό.π., σελ. 15 · Κ. Καλαβρό, Σχέση ασφαλιστικών μέτρων και κύριας δίκης ή ασφαλιστικά μέτρα και ουσιαστικό δίκαιο, ό.π., σελ. 766 επ. · Χρ. Ευθυμίου, Η απαγόρευση διάθεσης στον ΚΠολΔ, 2018, σελ. 79 · Δ. Βλάχο, Η προσωρινή διαταγή κατά τον ΚΠολΔ, 2002, σελ. 8.

12 ΟΛΑΠ 20/2015, ΕΠολΔ 2015, 553 με παρατ. Ι. Δεληκωστόπουλου · ΟΛΑΠ 17/2009, ό.π., · ΟΛΑΠ 4/2004, ΕλλΔνη 2004, 386 («εκτελεστή πράξη της δικαστικής αρχής»).

13 Πρβλ. συναφώς και τις ορθές παρατηρήσεις του Ι. Δεληκωστόπουλου, Η προσωρινή διαταγή κατά τον ΚΠολΔ, 2019, σελ. 11 επ.

14 Έτσι, το πρώτον Π. Τζίφρας, Ασφαλιστικά μέτρα⁴, ό.π., σελ. 41 επ. και έπειτα αναλυτικώς Γ. Μητσόπουλος, Προσωρινή διαταγή του δικαστηρίου επί αιτήσεως εγγραφής προσημείωσης υποθήκης, ό.π., σελ. 1137 επ. · ο ίδιος, Η φύσις του «σημειώματος» περί αναστολής της

συνταγματική έννομη τάξη, αναγκαία εχέγγυα, ούτως ώστε να δικαιολογείται τούτος ο χαρακτηρισμός. Η εξαιρετικά περιορισμένη και ισχνή αποδεικτική διαδικασία, η έλλειψη δημοσιότητας και, κυρίως, η απουσία αιτιολογίας¹⁵, θα καθιστούσαν την ονομασία της προσωρινής διαταγής ως δικαστικής αποφάσεως αντικείμενη στις προβλέψεις των άρθρων 93 §§ 2, 3 Σ και 305, 313 § 1 ΚΠολΔ¹⁶. Για τους ίδιους λόγους, πράγματι δεν θα μπορούσε δια της προσωρινής διαταγής να διαγνωστεί *αυθεντικός* το δικαίωμα του αιτούντος προς παροχή προσωρινής δικαστικής προστασίας¹⁷. Τούτη είναι και η αιτία που η χορήγηση της προσωρινής διαταγής δεν αποτελεί δικονομική βάση για τη δημιουργία ουσιαστικών συνεπειών, όπως είναι λ.χ. η υπερημερία¹⁸. Εκ της παραδοχής, ωστόσο, ότι προσωρινή διαταγή δεν συνιστά, κατά νομική ακριβολογία, δικαστική απόφαση δεν έπεται ότι στερείται δικαιοδοτικού χαρακτήρα, *έστω και ατελούς μορφής*¹⁹. Αφ' ενός μεν

αναγκαστικής εκτελέσεως κατ'άρθρον 938 § 1 ΚΠολΔ, Αρμ 1989, σελ. 429 επ. Σύμφωνοι, Α. Κιτσαράς, Ενοχικές δεσμεύσεις της εξουσίας διάθεσης κατά το άρθρο 177 ΑΚ, 1999, σελ. 307 · Κ. Καλαβρός, Η παράλειψη παροχής προσωρινής δικαστικής προστασίας στο πλαίσιο της πολιτικής δίκης, σε Κ. Μπέη (επιμ.), Δικανικοί Διάλογοι ΙΙ, 1995, σελ. 91 επ. (97) · Στ. Σταματόπουλος, Όροι για την επανάληψη αίτησης προσωρινής διαταγής (γνμδ), ΕΠολΔ 2010, σελ. 812 επ. (814) · Κλ. Ρούσσο, Η κατά το άρθρο 691 § 6 ΚΠολΔ εγγραφή προσωρινής διαταγής σε δημόσια βιβλία, ΧρΙΔ 2012, σελ. 317 επ. (317) · Δ. Βλάχος, Η προσωρινή διαταγή κατά τον ΚΠολΔ, ό.π., σελ. 4 επ. · Π. Γιαννόπουλος, Διαδικαστικά ζητήματα προσωρινής διαταγής, Αρμ 2020, σελ. 361 επ. (362). Έτσι και, στο πλαίσιο του σημειώματος της αναστολής του άρθρου 938 ΚΠολΔ, Π. Γέσιου – Φαλτσή, Δίκαιο Αναγκαστικής Εκτελέσεως – Γενικό μέρος, Γ², 2017, § 43, 92, σελ. 951 · Ν. Νίκας, Δίκαιο Αναγκαστικής Εκτελέσεως – Γενικό μέρος, Γ², 2017, §32, 35, σελ. 742 επ. · Ν. Κατηφόρης, Δικαστική αναστολή της εκτέλεσης, 1994, 108 επ. Σε αυτή την κατεύθυνση και ΟΛΑΠ (ποιν) 1154/1990, ΕΛΛΔνη 1991, 239.

15 Πρβλ. όμως Κ. Μπέη, Ελευθερία και δέσμευση του δικαστή στα ασφαλιστικά μέτρα, σε Δ. Σκούρτη (επιμ.), Η σύγχρονη δυναμική των ασφαλιστικών μέτρων, 1999, σελ. 32 επ. (40 επ.), δεχόμενο ότι η ανατιολόγητη προσωρινή διαταγή θεμελιώνει, αφ'εαυτής, λόγο ανακλήσεώς της.

16 Έτσι, ΟΛΑΠ 20/2015, ΕΠολΔ 2015, 553 με παρατ. Ι. Δεληγκωστόπουλου· ΟΛΑΠ 17/2009, ό.π. Πρβλ. και Κεραμέα/Κονδύλη/Νίκα (- Κράνη), ΚΠολΔ², αρθρ. 691Α, σελ. 4 · Γ. Νικολόπουλο, Η ανάκληση των αποφάσεων των ασφαλιστικών μέτρων³, ό.π, σελ. 290 επ. · Δ. Κράνη, Προσωρινή διαταγή, ανάκληση και μετενέργεια των ασφαλιστικών μέτρων, ό.π, σελ. 13 · τον ίδιο, Λειτουργικά προβλήματα της προσωρινής διαταγής, σε Σκούρτη (επιμ.) Η σύγχρονη δυναμική των ασφαλιστικών μέτρων, 1999, σελ. 130 επ. (136 επ.) · Κ. Καλαβρό, Σχέση ασφαλιστικών μέτρων και κύριας δίκης ή ασφαλιστικά μέτρα και ουσιαστικό δίκαιο, ό.π, σελ. 767 · Γ. Ορφανίδη, Η προσωρινή διαταγή κατ'άρθρο 691 § 2 ΚΠολΔ, ΕΠολΔ 2011, σελ. 155 επ. (162 επ.)

17 Πρβλ. Κ. Μπέη, ΠολΔ, αρθρ. 691, σελ. 105 · Κεραμέα/Κονδύλη/Νίκα (- Κράνη), ΚΠολΔ², αρθρ. 691 Α, 4 · Ν. Τσάκο, Η προσωρινή διαταγή κατά τον ΚΠολΔ, Αρμ 1980, σελ. 83 επ. (87).

18 Κεραμέας/Κονδύλης/Νίκας (-Κράνης), ΚΠολΔ², αρθρ. 691Α, 4.

19 Έτσι ορθώς Δ. Κράνης, Προσωρινή διαταγή, ανάκληση και μετενέργεια των ασφαλιστικών

διότι, ως προελέχθη, η προσωρινή διαταγή αποτελεί τελολογικό και δικαστικό παρεπόμενο *δικαιοδοτικής λειτουργίας*, μη δυνάμενη τ.ε. να θεαθεί αυτοτελώς, αφ' ετέρου δε επειδή κατά τη συζήτηση της και προ της εκδόσεώς της, λαμβάνει χώρα, εκ μέρους δικαστηρίου μονομελούς ή πολυμελούς συνθέσεως, ήτοι εκ μέρους φορέων της δικαστικής λειτουργίας, συννοπτική εξέταση της αιτήσεως των ασφαλιστικών μέτρων, των ισχυρισμών των διαδίκων και του προχείρως προσκομιζόμενου αποδεικτικού υλικού²⁰.

Τούτων δοθέντων, και σε συνδυασμό με το περιεχόμενο της διατάξεως του άρθρου 691^Α ΚΠολΔ, *συνάγεται ένα δεδομένο και καταλείπεται ένα κενό*. Το δεδομένο εντοπίζεται στον ατελή και μη αυτάρκη χαρακτήρα της προσωρινής διαταγής. Έτσι εξηγείται η περιορισμένη χρονική της ισχύς, η εξάρτησή της από την αίτηση και την απόφαση των ασφαλιστικών μέτρων, η μη αυθεντική διάγνωση του δικαιώματος προσωρινής έννομης προστασίας. Το κενό, από την άλλη, ανάγεται στον ειδικότερο προσδιορισμό των προϋποθέσεων και των εννόμων συνεπειών της προσωρινής διαταγής. Ο νόμος σιωπά και η αδυναμία χαρακτηρισμού της προσωρινής διαταγής ως δικαστικής αποφάσεως *δεν επαρκεί*, ώστε να αντληθούν εξ αυτής οι έννομες της συνέπειες ή να συγκροτηθούν οι όροι της χορηγήσεώς της. Και αντίστοιχα: *εκ του ανατιολόγητου διατακτικού της προσωρινής διαταγής δεν συνάγεται και το απροϋπόθετο της χορηγήσεώς της*. Όστε το ως άνω –εκ των πραγμάτων– ακούσιο νομοθετικό κενό, εν σχέσει με τις προϋποθέσεις και τις συνέπειες της προσωρινής διαταγής, δεν δύναται πληρωθεί δια του προσδιορισμού της νομικής της φύσεως, *εάν αυτή θεάται αποκομμένη εκ της συστηματικής της εντάξεως στη σφαίρα της προσωρινής έννομης προστασίας*. Μία τέτοια θεώρηση θα ήταν πράγματι εκτεθειμένη στον κίνδυνο της εννοιοκρατίας²¹.

3. Προκειμένου, συνεπώς, να αναζητηθεί κατά τρόπο μεθοδολογικώς λυσιτελή η νομική φύση της προσωρινής διαταγής, θα πρέπει τούτη να αναγνωστεί *διττώς* · τόσο εξ επόψεως των εξωτερικών της χαρακτηριστικών γνωρισμάτων όσο και υπό την οπτική της λειτουργικής της εντάξεως στο σύστημα της προσωρινής δικαστικής προστασίας. Και αποβλέποντες μεν στα τυπικά της γνωρίσματα, δεν μπορούμε να την χαρακτηρίσουμε δικα-

μέτρων, 13 · ο *ίδιος*, σε Η σύγχρονη δυναμική των ασφαλιστικών μέτρων, σελ. 136 επ. · Κ. Καλαβρός, Σχέση ασφαλιστικών μέτρων και κύριας δίκης ή ασφαλιστικά μέτρα και ουσιαστικό δίκαιο, ό.π., σελ. 767. Δικαιοδοτική λειτουργία αποδίδει στην προσωρινή διαταγή, δέκτεων αναπτύξεων, και ο Ι. Δεληκωστόπουλος, Η προσωρινή διαταγή κατά τον ΚΠολΔ, ό.π., σελ. 14 επ.

20 Βλ. Κεραμέα/Κονδύλη/Νίκα (- Κράνη), ΚΠολΔ², αρθρ. 691Α, 4.

21 Βλ. επ' αυτού Γ. Ορφανίδη, Συγκρούσεις συμφερόντων δανειστών στην αναγκαστική εκτέλεση, 2004, σελ. 424 επ. · τον *ίδιο*, Η προσωρινή διαταγή κατ' άρθρο 691 § 2 ΚΠολΔ, ό.π., σελ. 163.

στική απόφαση αλλά διαπλαστικού χαρακτήρα πράξη του δικαστηρίου, η οποία ενδέχεται να αποτελεί και εκτελεστό τίτλο κατ'άρθρο 904 § 2 ζ' ΚΠολΔ, εφόσον τούτο συμβιβάζεται με το περιεχόμενο του διατακτικού της (βλ. κατωτ. υπό Ζ, αρ. 1, 2). Αναγόμενοι δε στην συστηματική της ένταξη ως *όρου* λειτουργίας της προσωρινής έννομης προστασίας, δεν είναι δυνατόν να αντιπαρέλθουμε την, έστω και ελλιπή, δικαιοδοτική της φύση. Τούτου ένεκα, ενόψει δηλ. του τελολογικώς και διαδικαστικώς εξαρτημένου χαρακτήρα της δικαιοδοτικής φύσεως της προσωρινής διαταγής, παρίσταται αναγκαία η πλήρωση του προρρηθέντος κενού, αναφορικά με τις προϋποθέσεις και τις συνέπειες της χορηγήσεώς της, *δια του πλέγματος των διατάξεων του γενικού μέρους των ασφαλιστικών μέτρων κατ'αναλογία δικαίου εφαρμοζόμενων*²². Σε τούτη βέβαια την αναλογία θα πρέπει να τεθούν δύο περιορισμοί: πρώτον όσοι συνάγονται είτε από το περιεχόμενο του άρθρου 691^A ΚΠολΔ είτε από τον ίδιο τον αποκλεισμό του χαρακτήρα της διαταγής ως δικαστικής αποφάσεως, δοθέντος ότι περί αυτών δεν υφίσταται κενό, και δεύτερον όσοι προκύπτουν από αυτήν την ίδια την ιδιαζόντως επείγουσα φυσιογνωμία της.

B. Αρμοδιότητα προς έκδοση και συζήτηση της προσωρινής διαταγής

1. Η προσωρινή διαταγή μπορεί να χορηγηθεί από το δικαστήριο στο οποίο έχει κατατεθεί η αίτηση ασφαλιστικών μέτρων, διαρκούσης της εκκρεμοδικίας της, ήτοι από τη στιγμή της καταθέσεώς της έως τον χρόνο εκδόσεως αποφάσεως επ'αυτής²³. Εάν η κύρια τακτική δίκη είναι ήδη εκκρεμής ενώπιον πολυμελούς δικαστηρίου (πρωτοβάθμιου ή δευτεροβάθμιου), δύναται

22 Για την αναλογία δικαίου ως μέθοδο πληρώσεως νομοθετικού κενού, βλ. *K. Engisch*, Einführung in das juristische Denken¹¹, 2010 (von T. Würtenberger und D. Otto), σελ. 255 επ. · *K. Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft⁶, 1991, σελ.383 επ. (“Gesamtanalogie”) · *K. Τσάτσο*, Το πρόβλημα της ερμηνείας του δικαίου², 1978, σελ. 207 επ. · *Π. Σούρλα*, Δίκαιο και δικανική κρίση, 2017, σελ. 887 επ. Επισημαίνεται βέβαια (*Engisch*, ό.π.) ότι διάκριση μεταξύ αναλογίας δικαίου και αναλογίας νόμου έχει σχετική μόνο αξία · πρόκειται για *διαφορά βαθμού* ως προς τη θεμελίωση της – αναγκαίας για τη συναγωγή της κύριας σκέψεως – βάσεως επαγωγής. Η σχετικότητα της διακρίσεως επιβεβαιώνεται και στην υπό διαπραγμάτευση θεματική.

23 Τουναντίον, δεν είναι αναγκαίο να έχει χωρήσει και η επίδοση της αιτήσεως των ασφαλιστικών μέτρων, βλ. και *Π. Γιαννόπουλο*, Διαδικαστικά ζητήματα προσωρινής διαταγής, ό.π, σελ. 364. Στην δικαστηριακή πρακτική, βέβαια, ο προσδιορισμός της δικασίμου της αιτήσεως των ασφαλιστικών μέτρων, εφόσον συνοδεύεται από αίτημα προσωρινής διαταγής, πραγματοποιείται από τον δικαστή που δικάζει την τελευταία.

το τελευταίο²⁴ να χορηγήσει προσωρινή διαταγή όχι μόνο κατά τη συζήτηση των ασφαλιστικών μέτρων, η οποία πρέπει να συμπίπτει με αυτή της κύριας υποθέσεως, αλλά και αυτοτελώς, ήτοι σε προγενέστερο χρονικό σημείο²⁵. Προσωρινή διαταγή έχει εξουσία να διατάξει το δικαστήριο στο οποίο εκκρεμεί η αίτηση των ασφαλιστικών μέτρων, ακόμα κι εάν αυτό τυγχάνει, ως προς την εκδίκαση της τελευταίας, αναρμόδιο²⁶. Τούτο δικαιολογείται εκ της ίδιας της τελολογίας της προσωρινής διαταγής, της έκτακτης δηλαδή ανάγκης προς αποτροπή δυσχερώς αναστρέψιμων καταστάσεων²⁷. Ετέθη, περαιτέρω, ο προβληματισμός περί της ισχύος προσωρινής διαταγής μετά την έκδοση παραπεμπτικής αποφάσεως λόγω κατά τόπο αναρμοδιότητας κατ'άρθρο 46 ΚΠολΔ. Δεδομένης της εξουσίας και του αναρμόδιου δικαστηρίου προς λήψη ασφαλιστικών μέτρων, δέον να αναγνωριστεί ως απώτατο χρονικό σημείο διατηρήσεως της ισχύος της προσωρινής διαταγής η έκδοση αποφάσεως επί της αιτήσεως ασφαλιστικών μέτρων, *καταλύουσας την εκκρεμοδικία της*²⁸. Διότι κρίσιμη, εν προκειμένω, δεν αποβαίνει η φύση της παραπεμπτικής αποφάσεως ως οριστικής²⁹ αλλά η παραδοχή ότι δια της τελευταίας δεν καταργείται η εκκρεμοδικία της αιτήσεως ασφαλιστι-

24 Το οποίο θα πρέπει να συγκληθεί προς τούτο εκτάκτως από τον Πρόεδρό του. Βλ. ορθώς Π. Τζίφρας, Ασφαλιστικά μέτρα⁴, ό.π, σελ. 41. Άρα η προσωρινή διαταγή χορηγείται, σε αυτήν την περίπτωση, όχι από τον πρόεδρο αλλά από το δικαστήριο, βλ. και ΕφΘεσ 391/2018, ΕλλΔνη 2018, 777.

25 Π. Τζίφρας, Ασφαλιστικά μέτρα⁴, ό.π, σελ. 41 · Ν. Τσάκος, Η προσωρινή διαταγή κατά τον ΚΠολΔ, ό.π, σελ. 85 · Δ. Κράνης, Προσωρινή διαταγή, ανάκληση και μετενέργεια των ασφαλιστικών μέτρων, ό.π, σελ. 7 · Κ. Μπέης, ΠολΔ, αρθρ. 691, σελ. 105.

26 Κ. Μπέης, ΠολΔ, αρθρ. 691, 105 · Δ. Κράνης, Προσωρινή διαταγή, ανάκληση και μετενέργεια των ασφαλιστικών μέτρων, ό.π, σελ. 6 · Ι. Δεληκωστόπουλος, Η προσωρινή διαταγή κατά τον ΚΠολΔ, ό.π, σελ. 82 · Στ. Σταματόπουλος/Π. Γιαννόπουλος, Διάρκεια ισχύος προσωρινής διαταγής επί παραπομπής της αίτησης ασφαλιστικών μέτρων κατ'άρθ. 46 ΚΠολΔ, ΕΠολΔ 2018, 60 επ. (63 επ.) · Π. Γιαννόπουλος, Διαδικαστικά ζητήματα προσωρινής διαταγής, ό.π, σελ. 368. Πρβλ. και ΠΠρΘεσ 27759/2001, Αρμ 2001, 273. Βλ. όμως αντιθ. Χ. Απαλαγάκη, Διατήρηση ισχύος προσωρινής διαταγής, εκδοθείσας από κατά τόπο αναρμόδιο δικαστήριο, μετά την έκδοση παραπεμπτικής απόφασης (γνμδ.), ΕφΑΔΠολΔ, 2018, σελ. 105 επ. (109 επ.)

27 Βλ. και προηγ. υποσ.

28 Έτσι, ορθώς, Στ. Σταματόπουλος/ Π. Γιαννόπουλος, Διάρκεια ισχύος προσωρινής διαταγής επί παραπομπής της αίτησης ασφαλιστικών μέτρων κατ'άρθ. 46 ΚΠολΔ, ό.π, σελ. 65 επ. · Ι. Δεληκωστόπουλος, Η προσωρινή διαταγή κατά τον ΚΠολΔ, ό.π, σελ. 83 επ. Βλ. και ΜΠρΑθ 372/2018, ΕΠολΔ 2018, 74 επ.

29 Έτσι, όμως, Π. Γέσιου – Φαλτσή, Λήξη ισχύος προσωρινής διαταγής μετά την έκδοση παραπεμπτικής αποφάσεως λόγω κατά τόπον αναρμοδιότητας από το δικαστήριο που τη χορήγησε (γνμδ.), ΕφΑΔΠολΔ 2018, σελ. 809 επ. (812) · Χ. Απαλαγάκη, Διατήρηση ισχύος προσωρινής διαταγής, εκδοθείσας από κατά τόπο αναρμόδιο δικαστήριο, μετά την έκδοση παραπεμπτικής απόφασης, ό.π, σελ. 109.

κών μέτρων, μετατιθέμενη στο δικαστήριο της παραπομπής. Θα ήταν δε ανακόλουθο να αναγνωρίζεται μεν η εξουσία σε αναρμόδιο δικαστήριο όπως χορηγήσει προσωρινή διαταγή αλλά να περιορίζεται η ισχύς της τελευταίας μέχρι την έκδοση της παραπεμπτικής αποφάσεως³⁰. Θα αναβίωνε, τότε, ο κίνδυνος δημιουργίας μη αναστρέψιμων καταστάσεων³¹. Ενόψει, ωστόσο, αποτροπής του ως άνω κινδύνου έγινε δεκτή, κατ'απόκλιση από τις οικείες δικονομικές διατάξεις, εξουσία του αναρμόδιου δικαστηρίου προς χορήγηση προσωρινής διαταγής. Η αναβολή της υποθέσεως, εξ άλλου, δεν συνιστά, εν προκειμένω, κάτι το *minus* αλλά το *aliud* έναντι της παραπεμπτικής αποφάσεως, ώστε δεν μπορεί να αντληθεί επιχείρημα από τη διάταξη του άρθρου 691^A § 2 εδ. γ' ΚΠολΔ, η οποία ορίζει ότι «αν η συζήτηση της αίτησης αναβληθεί, παύει αυτοδικαίως η ισχύς της προσωρινής διαταγής, εκτός αν αυτή παραταθεί από το δικαστήριο που δικάζει την αίτηση»³². Διότι επί αιτήματος αναβολής παρέχεται στον ενδιαφερόμενο διάδικο η δυνατότητα άμεσης προβολής αιτήματος διατηρήσεως της προσωρινής διαταγής, ώστε να μην υφίσταται ενδεχόμενο *αιφνίδιας παύσεως ισχύος* της τελευταίας. Τούτων δεδομένων, ως «απόφαση», κατά την έννοια του άρθρου 691^A § 1 εδ. α' ΚΠολΔ, θα πρέπει να θεωρηθεί η καταλύουσα την εκκρεμοδικία της αιτήσεως των ασφαλιστικών μέτρων.

2. Εφόσον γίνει δεκτή η προσωρινή διαταγή, θα πρέπει η συζήτηση της αιτήσεως των ασφαλιστικών μέτρων να προσδιοριστεί εντός τριάντα (30) ημερών. Δεδομένου, όμως, ότι δια της νέας διατάξεως του άρθρου 691^A § 2 εδ. β' ΚΠολΔ, όπως αυτή διαρθρώθηκε δυνάμει του ν. 4351/2015, απαλείφθηκε η περικοπή «*αλλιώς προσωρινή διαταγή δεν χορηγείται*»³³, θα πρέπει να γίνει περαιτέρω δεκτό ότι η μη τήρηση της εν λόγω χρονικής προβλέψεως δεν συνεπάγεται ούτε την αυτοδίκαιη άρση της ισχύος της προσωρινής διαταγής³⁴ ούτε την ίδρυση λόγου ανακλήσεως κατ'ανάλογη εφαρμογή

30 Βλ. Στ. Σταματόπουλο/Π. Γιαννόπουλο, Διάρκεια ισχύος προσωρινής διαταγής επί παραπομπής της αίτησης ασφαλιστικών μέτρων κατ'άρθ. 46 ΚΠολΔ, ό.π, σελ. 65. Πρβλ. και Ι. Δελγκωστόπουλο, Η προσωρινή διαταγή κατά τον ΚΠολΔ, ό.π, σελ. 86, επικαλούμενο την ανάγκη αποτελεσματικότητας της δικαιοσύνης.

31 Τούτο φαίνεται να παραγνώνει η ανάλυση της Χ. Απαλαγάκη, Διατήρηση ισχύος προσωρινής διαταγής, εκδοθείσας από κατά τόπο αναρμόδιο δικαστήριο, μετά την έκδοση παραπεμπτικής απόφασης, ό.π, σελ. 109 επ.

32 Βλ. όμως αντιθ. Π. Γέσιου - Φαλτσή, Λήξη ισχύος προσωρινής διαταγής μετά την έκδοση παραπεμπτικής αποφάσεως λόγω κατά τόπον αναρμοδιότητας από το δικαστήριο που τη χορήγησε, ό.π, σελ. 813.

33 Η οποία είχε εισαχθεί δια του ν. 4172/2013 (άρθρο 105 § 1). Βλ. συναφώς άρθρο 48 § 1 ν. 3994/2011.

34 Πρβλ. υπό το καθεστώς των τροποποιήσεων του ν. 4172/2013, Δ. Κράνη, Η προβληματική της χορήγησης προσωρινής διαταγής μετά τις ρυθμίσεις του αρθρ. 105 §§ 1 και 2 του ν.

της διατάξεως του άρθρου 696 § 2 ΚΠολΔ³⁵. Διότι η εν λόγω πρόβλεψη, στερούμενη κυρωτικού χαρακτήρα (*lex imperfecta*), όμοια με αυτή της διατάξεως του άρθρου 691 § 3 ΚΠολΔ, συνιστά νομοθετική προτροπή προς τους δικαστές που ορίζουν τη δικάσιμο των ασφαλιστικών μέτρων κατόπιν αποδοχής της προσωρινής διαταγής, προκειμένου να περιοριστεί η χρονική ισχύς της. Τούτη δε η θέση ενισχύεται και από πραγματολογικά δεδομένα, τα οποία δέον να αντληθούν εκ της δικαστηριακής πρακτικής, ήτοι από τον φόρτο των εκθεμάτων των υποθέσεων ασφαλιστικών μέτρων, ο οποίος καθιστά αρκετά συχνά αδύνατο, ιδίως στα μεγάλα πρωτοδικεία της χώρας, τον προσδιορισμό δικασίμου εντός τριάντα ημερών. Όποιος, επομένως, εκλαμβάνει την ως άνω πρόβλεψη ως «αποσβεστική προθεσμία», δεχόμενος συγχρόνως ότι μετά την παρέλευσή της αίρεται αυτοδικαίως η ισχύς της προσωρινής διαταγής³⁶, το μεν εισηγείται μία μη πραγματιστική κανονιστική ρύθμιση το δε, και για τον λόγο αυτό, *εξαρτά την επέλευση δυσμενών συνεπειών για τον υπέρ ου η διαταγή εκ γεγονότων τυχαίων, ήτοι ανεξάρτητων της δίκης του επιμέλειας*³⁷.

Γ. Περί της αυτεπάγγελτης εξουσίας του δικαστηρίου προς χορήγηση προσωρινής διαταγής

1. Η προσωρινή δικαστική προστασία, ενταγμένη στο πεδίο της δικαιοδοσίας των πολιτικών δικαστηρίων, παρέχεται κατόπιν αλλά και ενόψει αιτήσεως των διαδίκων · διέπεται, άρα, *κατ'αρχήν*, από την αρχή της διαθέσεως (αρθρ. 106 ΚΠολΔ). Ωσαύτως, το αντικείμενο της δίκης των ασφαλιστικών μέτρων συγκροτείται από το αίτημα προς παροχή προσωρινής δικαστικής προστασίας, μέσω του κατάλληλου, διαπλαστικής φύσε-

4172/2013, ΕΠολΔ 2014, σελ. 684 επ. (687).

35 Βλ. σε αυτή τη κατεύθυνση, *Ι. Χαμηλοθώρη*, Ασφαλιστικά μέτρα², 2016, σελ. 59.

36 Έτσι, όμως, *Χ. Απαλαγάκη*, Διατήρηση ισχύος προσωρινής διαταγής, εκδοθείσας από κατά τόπο αναρμόδιο δικαστήριο, μετά την έκδοση παραπεμπτικής απόφασης, ό.π, σελ. 110 · *Π. Γέσιου-Φαλτσή*, Λήξη ισχύος προσωρινής διαταγής μετά την έκδοση παραπεμπτικής αποφάσεως λόγω κατά τόπον αναρμοδιότητας από το δικαστήριο που τη χορήγησε, ό.π, σελ. 812 · *Κ. Μακρίδου/ Χ. Απαλαγάκη/Γ. Διαμαντόπουλος*, Πολιτική Δικονομία², 2018, σελ. 107 · *Κ. Makridou*, General principles and preconditions for the granting of provisional remedies in Greek law, σε *Κ. Makridou/ G. Diamantopoulos* (ed.), Provisional measures in Italian and Greek Procedural Law, 2016, 23 επ. (36) · *Ι. Δεληκωστόπουλος*, Η προσωρινή διαταγή κατά τον ΚΠολΔ, ό.π, σελ. 43 · *Π. Ρεντούλης/ Χρ. Τριανταφυλλίδης*, σε Απαλαγάκη (επιμ.), ΚΠολΔ – Ερμηνεία κατ'άρθρο⁵, 2017, αρθρ. 691^Α, 3, σελ. 1994.

37 Πρβλ. και *Π. Γιαννόπουλο*, Διαδικαστικά ζητήματα προσωρινής διαταγής, ό.π, σελ. 363 υποσ. 12.

ως, μέτρου³⁸. Προϋπόθεση δε για τη λήψη ασφαλιστικών μέτρων συνιστά, ως γνωστόν, η πιθανολόγηση, αφ' ενός μεν της υπάρξεως του ουσιαστικού δικαιώματος του αιτούντος ή της ασφαλιστέας έννομης σχέσεως αφ' ετέρου δε της συνδρομής επικείμενου κινδύνου ή επείγουσας περιπτώσεως. Η αίτηση ασφαλιστικών μέτρων θα πρέπει, συνεπώς, επί ποινή απαραδέκτου, να περιλαμβάνει, έστω και συνοπτικώς, έκθεση όλων εκείνων των πραγματικών περιστατικών που θα μπορούσαν να στηρίξουν την πιθανολόγηση της ασφαλιστέας αξιώσεως και του επικείμενου κινδύνου ή της επείγουσας περιπτώσεως καθώς και το αίτημα περί λήψεως ασφαλιστικών μέτρων³⁹. Τούτου δεδομένου, το είδος της αιτούμενης προσωρινής δικαστικής προστασίας *συναρτάται* από την εκ μέρους του αιτούντος επίκληση του ιστορικού εκείνου που δικαιολογεί την παροχή του⁴⁰. Το αίτημα προς λήψη συντηρητικών ή ρυθμιστικών μέτρων προϋποθέτει, εντεύθεν, *πιθανολόγηση διαφορετικού κάθε φορά ιστορικού*, η επίκληση του οποίου βαρύνει αποκλειστικώς τον αιτούντα. Για τούτο τον λόγο, διαθέτει αντίστοιχα και ο καθ' ου η αίτηση πλήρη εξουσία διαθέσεως, ώστε να δύναται να επιχειρήσει τη διαδικαστική πράξη της αποδοχής της αιτήσεως (αρθρ. 298 ΚΠολ-

38 Βλ. συναφώς, Δ. Κράνη, Προσωρινή διαταγή, ανάκληση και μετενέργεια των ασφαλιστικών μέτρων, σελ. 77 επ. · τον ίδιο, Λειτουργικές δομές των ασφαλιστικών μέτρων, ΕΛΛΔνη 2003, σελ. 1225 επ. (1232) · Γ. Νικολόπουλο, Η ανάκληση των αποφάσεων των ασφαλιστικών μέτρων³, ό.π, σελ. 50 επ. · Κ. Μπέη, ΠολΔ, τ. V, αρθρ.688, σελ. 84, αρθρ.695, σελ. 183 · Ν. Βερβεσός, Ουσιώδη δικονομικά προβλήματα της διαδικασίας των ασφαλιστικών μέτρων, ό.π, σελ. 541 · Κ. Καλαβρό, Σχέση ασφαλιστικών μέτρων και κύριας δίκης ή ασφαλιστικά μέτρα και ουσιαστικό δίκαιο, ό.π, σελ. 765. Πρβλ. και τις διακρίσεις Κ. Παναγόπουλου, Δέσμευση και επανάληψη στα ασφαλιστικά μέτρα, 1985, σελ. 72 επ. Η διάπλαση που λαμβάνει χώρα όταν διατάσσονται τα ασφαλιστικά μέτρα, εκδηλώνεται, κατά μία άποψη στο πεδίο του ιδιωτικού δικαίου (βλ. Δ. Κράνη, Προσωρινή διαταγή, ό.π, σελ. 77· Δ. Μακρή, Η συνταγματικότητα των ασφαλιστικών μέτρων – Η φύση και τα αποτελέσματα της αποφάσεως για ασφαλιστικά μέτρα, Δ 10 1979, σελ. 716), ενώ σύμφωνα με άλλη εκδοχή στο πεδίο του δημόσιου δικαίου (βλ. Κ. Μπέη, ό.π, αρθρ. 688, σελ. 84). Η διάπλαση, πάντως, που επιφέρει η απόφαση που διατάσσει τη λήψη ασφαλιστικών μέτρων, δεν επέρχεται με μόνη την έκδοσή της αλλά απαιτείται, συνήθως, και η εκτέλεσή της. Για τούτη την ιδιομορφία βλ. Κ. Παναγόπουλο, ό.π, σελ. 86 επ. · Κ. Μπέη, ό.π, αρθρ. 695, σελ. 183 · Δ. Κονδύλη, Το δεδικασμένο κατά τον ΚΠολΔ², ό.π, σελ. 698 (βλ. και κατωτ. υπό Ζ 1) . Για τον ειδικότερο προβληματισμό αναφορικά με τον διαπλαστικό ή καταψηφιστικό χαρακτήρα του μέτρου της προσωρινής επιδικάσεως των απαιτήσεων, βλ. Κ. Μπέη, Η προσαρμογή του ασφαλιστικού μέτρου στη φύση του ασφαλιστέου δικαιώματος κατά τον ΚΠολΔ, σε Δ.Ράϊκου (επιμ.), Η προσωρινή δικαστική κρίση στην πολιτική, τη διοικητική, και την ποινική διαδικασία, 2003, σελ. 313 επ. (323 επ.)· τον ίδιο, ΠολΔ, πριν το άρθρο 728, σελ. 623 επ.

39 Κ. Μπέης, ΠολΔ, ό.π, αρθρ. 688, σελ. 86 επ. · Κεραμεύς/Κονδύλης/Νίκας(-Κράνης), ΚΠολΔ², αρθρ. 688, 1. Πρβλ. και Ευ. Ασημακοπούλου, Η σύγχρονη φυσιογνωμία της συζητητικής αρχής, 2017, σελ. 336 επ.

40 Έτσι, ορθώς, Ν. Βερβεσός, Ουσιώδη δικονομικά προβλήματα της διαδικασίας των ασφαλιστικών μέτρων, ό.π, σελ. 540.

Δ)⁴¹. Εάν, όμως, το είδος της αιτούμενης προσωρινής έννομης προστασίας υπόκειται στην εξουσία διαθέσεως του αιτούντος, το αρμόζον μέτρο με το οποίο θα διαταχθεί η τελευταία ανάγεται στην εξουσία του δικαστηρίου. Η τελευταία λαμβάνει τη μορφή εξειδικεύσεως της ως άνω αόριστης νομικής έννοιας. Δεν πρόκειται, συνεπώς, περί γνήσιας μορφής διακριτικής ευχέρειας, υπό την έννοια ότι το «αρμόζον» μέτρο μπορεί να επιλεγεί μεταξύ άλλων εξίσου νόμιμων λύσεων · τουναντίον η δικανική κρίση περί του «αρμόζοντος μέτρου» θα πρέπει να είναι η μόνη ορθή, επί τη βάσει αντικειμενικών τεολογικών κριτηρίων, λύση⁴². Τούτων δεδομένων, η κατ'άρθρο 692 § 1 ΚΠολΔ δυνατότητα του δικαστηρίου να διατάζει το κατά τη κρίση του αρμόζον ασφαλιστικό μέτρο, έστω κι αν αυτό είναι διάφορο του αιτηθέντος, το μεν προϋποθέτει αίτημα περί παροχής προσωρινής δικαστικής προστασίας δυνάμει επικλήσεως συγκεκριμένου ιστορικού, το δε –και εξ αυτού του λόγου– περιορίζεται εντός του κύκλου του είδους της αιτούμενης προστασίας. Κατά τούτο η ως άνω απόκλιση εκ της αρχής της διαθέσεως λειτουργεί αντισταθμιστικά έναντι του ταχέος χαρακτήρα της διαδικασίας, δίχως όμως να εξικνείται μέχρι της υιοθέτησεως ανακριτικού συστήματος. Έτσι, εάν ο αιτών αιτείται την προσωρινή ρύθμιση της καταστάσεως, δεν μπορεί το δικαστήριο να διατάζει προσημείωση υποθήκης, συντηρητική κατάσχεση ή έτερο συντηρητικό μέτρο. Και αντίστροφα, εάν ο αιτών αιτείται τη λήψη εξασφαλιστικών μέτρων, το δικαστήριο δεν έχει τη δυνατότητα να διατάζει μέτρο ρυθμιστικό της καταστάσεως κατά τα άρθρα 731, 732 ΚΠολΔ⁴³.

41 Βλ. ΜΠρΛαρ 399/2016, ΕφΑΔΠολΔ 2016, 1081 · ΜΠρΘεσ 13282/2011, ΤΝΠ ΙΣΟΚΡΑΤΗΣ. Πρβλ. όμως αντιθ. Κ. Μπέη, ΠολΔ, 692, σελ. 112 · Π. Τζίφρα, Ασφαλιστικά μέτρα⁴, ό.π., σελ. 57.

42 Βλ. ορθώς Κ. Μπέη, Ελευθερία και δέσμευση του δικαστή στα ασφαλιστικά μέτρα, ό.π., σελ. 33 · τον ίδιο, Η προσαρμογή του ασφαλιστικού μέτρου στη φύση του ασφαλιστέου δικαιώματος κατά τον ΚΠολΔ, ό.π., σελ. 330 · Στ. Σταματόπουλο, Αρχές (= όρια και μέτρο) των ασφαλιστικών μέτρων στην πράξη, Αρμ 2003, σελ. 1229 επ. (1231). Πρβλ. για τον αντίστοιχο προβληματισμό στον χώρο της γερμανικής έννομης τάξεως, ενόψει της § 938 dZPO η οποία ωστόσο κάνει ρητώς λόγο για «freie Ermessen», F. Baur, Studien zum einstweiligen Rechtsschutz, ό.π., σελ. 73 επ. Για την ανάγκη σχηματισμού δικανικής κρίσεως ερειδόμενης επί αντικειμενικών και μόνο κριτηρίων, κατά την ερμηνευτική εξειδίκευση εφαρμοστέας διατάξεως νόμου, βλ. Κ. Τσάτσο, Το πρόβλημα της ερμηνείας του δικαίου², ό.π., σελ. 183 επ. · Γ. Μητσόπουλο, Τοπική – Νέα ρητορική και επιστήμη του δικαίου, 2008, σελ. 30 επ. · Κ. Καλαβρό, Τα όρια του αναιρετικού ελέγχου, 2015, σελ. 112 επ. · Εν. Ποδηματά, Η τεολογική θεμελίωση των νομικών κρίσεων, Μελέτες ιστορίας, μεθοδολογίας και δογματικής του δικαίου, 2019, σελ. 89 επ. (109 επ.).

43 Πρβλ., ορθώς κατ'αποτέλεσμα, Κ. Μπέη, ΠολΔ, αρθρ. 691, σελ. 111 επ. · Κεραμέα/Κονδύλη/Νίκα(-Κράνη), ΚΠολΔ², αρθρ. 692, 1. Πρβλ. όμως αντιθ. Κ. Παναγόπουλο, Επιλογή του κατάλληλου ασφαλιστικού μέτρου, Δ 15 (1984), σελ. 749 επ. · τον ίδιο, Δέσμευση και επανάληψη στα ασφαλιστικά μέτρα, ό.π., σελ. 82 επ.

2. Μεταφερόμενοι τώρα στο πεδίο της κανονιστικής ρυθμίσεως της προσωρινής διαταγής, παρατηρούμε ότι η διάταξη του άρθρου 691^Α § 1 ΚΠολΔ απονέμει ρητώς στο ίδιο δικαστήριο την εξουσία χορηγήσεως της και δια μέσου αυτεπάγγελτης ενέργειάς του⁴⁴. Τούτη η διάσταση ανάμεσα στις προϋποθέσεις προς λήψη ασφαλιστικών μέτρων αφ' ενός και προσωρινής διαταγής αφ' ετέρου *παριστά αξιολογική αντινομία*, δοθέντος ότι δεν δικαιολογείται να αναγνωρίζεται η ανάγκη για το έλασσον και όχι και για το μείζον, εκ του οποίου μάλιστα και εξαρτάται. Προεχόντως, όμως, η αναγνώριση της αυτεπάγγελτης εξουσίας του δικαστηρίου προς χορήγηση προσωρινής διαταγής είναι ασυμβίβαστη προς τον γενικότερο σκοπό της πολιτικής δίκης, ήτοι την προστασία των ιδιωτικών δικαιωμάτων (αρθρ. 361 ΑΚ) και την συνεπεία αυτής, κατ' αρχήν, κυριαρχία της αρχής της διαθέσεως⁴⁵. Τέτοιας εκτάσεως ανακριτικές εξουσίες στερούνται συνταγματικού θεμελίου, δοθέντος ότι για να γίνει δεκτή η προσβολή της αρχής της διαθέσεως, θα πρέπει να τίθεται υπό διακινδύνευση μία υπέρτερη αξία δημοσίου συμφέροντος⁴⁶. Διότι, όπως γίνεται γενικώς πλέον δεκτό, ο πυρήνας της αρχής της διαθέσεως επί ιδιωτικών διαφορών κατοχυρώνεται συνταγματικώς, καθόσον το δικαίωμα δικαστικής προστασίας καθιερώνει την ελεύθερη, προαιρετική και όχι υποχρεωτική προσφυγή στη δικαιοσύνη⁴⁷. Εάν έπρε-

44 Έτσι και η κρατούσα θέση στη θεωρία, βλ. Π. Τζίφρα, Ασφαλιστικά μέτρα⁴, σελ. 37 · Δ. Κράνη, Προσωρινή διαταγή, ανάκληση και μετενέργεια των ασφαλιστικών μέτρων, ό.π, σελ. 6 · Κ. Μπέη, ΠολΔ, αρθρ. 691, σελ. 104. Πρβλ. ΜΠρΑθ 3047/2015, ΤΝΠ ΙΣΟΚΡΑΤΗΣ.

45 Πρβλ., ορθώς, Γ. Ορφανίδη, Η προσωρινή διαταγή κατ' άρθρο 691 § 2 ΚΠολΔ, ό.π, σελ. 162.

46 ΟΛΑΠ 11/2003, ΕλλΔνη, 2003, 408, «Ειδικότερα, από το άρθρο 6 παρ. 1 της ΕΣΔΑ που, εκτός άλλων, εγγυάται το αμερόληπτο με την έννοια του ουδέτερου δικαστή, συνάγεται ότι η εγγύηση αυτή περιλαμβάνει επίσης όλες εκείνες τις θεσμικές προϋποθέσεις, οι οποίες είναι σημαντικές για την κατοχύρωση της αμεροληψίας, μεταξύ των οποίων η ισότητα των όπλων και η διαθετική αρχή. Η ισχύς της διαθετικής αρχής δεν αποκλείει ωστόσο σε μεμονωμένες περιπτώσεις την κατ' εξαίρεση πρόβλεψη της δυνατότητας θέσεως σε κίνηση της διαδικασίας αυτεπάγγελτα από το δικαστή. Προϋπόθεση γι' αυτό είναι, όμως, η ύπαρξη ενός, αντικειμενικού, ουσιαστικού λόγου, όπως στην περίπτωση της αυτεπάγγελτης θέσεως σε κίνηση της διαδικασίας χάριν του γενικότερου, κοινωνικού ή δημόσιου, συμφέροντος, η υπεροχή του οποίου είναι δικαιολογημένη.».

47 Για τη συνταγματική κατοχύρωση της αρχής της διαθέσεως βλ. θεμελιωδώς την ανάλυση του R. Stürner, Verfahrensgrundsätze des Zivilprozesses und Verfassung, Festschrift für F. Baur, 1981, σελ.647 επ. (650 επ.)· του ίδιου, Τα θεμελιώδη δικονομικά αξιώματα και το σύνταγμα (μτφρ.Γ.Μελισσηνού), Δ 17 (1986), σελ.145επ. Πρβλ. επίσης, Κ.Η. Schwab/P. Gottwald, Verfassung und Zivilprozess, 1984, σελ. 67 επ. · Α. Bruns, Maximendenken im Zivilprozessrecht – Irrweg oder Zukunftschance? σε Α. Bruns/J. Münch/A. Stadler, Die Zukunft des Zivilprozesses, 2014, σελ.53 επ. (56 επ.) · Rosenberg/Schwab/Gottwald, ZPR¹⁸, 2018, § 1, 38, σελ.11. Πρβλ. και τις εκτενείς αναπτύξεις του Ι. Μαντζουράνη, Οι θεμελιώδεις δικονομικές αρχές υπό επαναξιολόγηση, 2019, σελ. 149 επ. Βλ. επίσης και την μείζονα πρόταση των ΟΛΑΠ 38/2005, ΕλλΔνη 2005, 1047 · ΟΛΑΠ 22/2005, ΕλλΔνη 2005, 715.

πε, επομένως, να αναζητούσαμε μία δημοσίου συμφέροντος ανάγκη, στον βωμό της οποίας μπορεί να θυσιάζεται η αρχή της διαθέσεως, θα επιστρέψαμε σε μία αστυνομική θεώρηση της προσωρινής έννομης προστασίας, ανάλογης με αυτή που κρατούσε υπό την ισχύ του ν. ΓΨΖ'/1911 «Περί προσωρινών μέτρων εν ταίς περί διακατοχής διαφοραίς», όπου και επιφυλάσσετο η αυτεπάγγελτη εξουσία του Ειρηνοδίκη προς χορήγηση προσωρινής διαταγής⁴⁸. Μία τέτοια όμως θεώρηση, μεταφερόμενη εντός του πεδίου δικαιοδοτικής λειτουργίας έχουσας ως σκοπό την εξασφάλιση μελλουσών αξιώσεων ή την προσωρινή ρύθμιση εννόμων σχέσεων του ιδιωτικού δικαίου, κρίνεται ασυμβίβαστη με τις διατάξεις τόσο του άρθρου 20 § 1 Σ όσο και του άρθρου 5 § 1 Σ κατά τα προδιαληφθέντα. Τούτου δεδομένου, δεν μπορεί να αναγνωριστεί αυτεπάγγελτη εξουσία του δικαστηρίου προς έκδοση προσωρινής διαταγής ούτε όλως εξαιρετικώς για τις περιπτώσεις των ασφαλιστικών μέτρων νομής ή κατοχής⁴⁹. Διότι ακόμα και τα τελευταία, δυσχερώς θα μπορούσαν να θεωρηθούν σήμερα ως μέτρα αφορώντα τη δημόσια τάξη. Κατά πάγια δε θέση της νομολογίας ο κίνδυνος διαπληκτισμών δεν αρκεί για τη διαταγή ασφαλιστών μέτρων νομής⁵⁰, οι δε τελευταίες εκφάνσεις της αστυνομικής θεωρήσεως τούτων των μέτρων, ήτοι το αρθρ. 22 του α.ν. 1539/1938 «περί προστασίας των δημοσίων κτημάτων» (σε συνδ. με αρθρ. 18 ν.δ. 22.4/16.6.1926) καταργήθηκαν από αρθρ. 1 άρθρο ένατο § 7 ν. 4335/2015⁵¹.

Δ. Προϋποθέσεις χορηγήσεως, περιεχόμενο και συνέπειες προσωρινής διαταγής

1. Δεδομένου του παρεπόμενου χαρακτήρα της προσωρινής διαταγής, τόσο οι προϋποθέσεις χορηγήσεώς της όσο και το περιεχόμενο του διατακτικού της θα πρέπει να προσδιορίζονται με γνώμονα την εξασφάλιση του εκάστοτε ζητούμενου ασφαλιστικού μέτρου. Το είδος των ασφαλιστικών

48 Αναλυτική περιγραφή του εν λόγω νομοθετήματος βλ. σε Σπ. Ευκλείδη/Κ. Παπαδόπουλο, Ερμηνεία Πολιτικής Δικονομίας³, τ. Β', 1932, § 284, υποσ. 4, σελ. 528 επ.

49 Έτσι, όμως Γ. Ορφανίδης, Η προσωρινή διαταγή κατ'άρθρο 691 § 2 ΚΠολΔ, ό.π., σελ. 162. Πρβλ. όμως αντιθ. Ν. Κατηφόρη, Εξουσίες του δικαστηρίου και των διαδικών στην πολιτική δίκη, 2020, σελ. 68 επ., κατά τον οποίο η αυτεπάγγελτη εξουσία προς λήψη προσωρινής διαταγής συμβάλλει στην αποτελεσματικότητα της παρεχομένης δικαστικής προστασίας.

50 Βλ. ενδεικτικώς ΜΠρΠειρ 45/2017, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ.

51 Βλ. και Αιτ.Εκθ ν. 4335/2015, ΚωδΝοΒ, 2015, 50 «Κρίνεται ότι έχουν πλέον εκλείψει οι λόγοι, οι οποίοι επέβαλαν την αρμοδιότητα αυτή του Εισαγγελέα και γι'αυτό πρέπει να καταργηθεί, ώστε οι σχετικές διαφορές να εκδικάζονται πλέον από τα σχετικά δικαστήρια». Περί της αντισυνταγματικότητας των καταργηθεισών διατάξεων βλ. και Δ. Μηχιώτη, Παρατηρήσεις σε ΑΠ 1525/2010, ΕφΑΔΠολΔ 2011, σελ. 761 επ., 763 επ. ό.π.

μέτρων, ήτοι η διάκρισή τους σε ρυθμιστικά και συντηρητικά, διαμορφώνει και το πλαίσιο των προϋποθέσεων λήψεως προσωρινής διαταγής. Για την αποδοχή δηλ. της προσωρινής διαταγής θα πρέπει να πιθανολογηθεί τόσο η συνδρομή επείγουσας καταστάσεως ή επικείμενου κινδύνου όσο και η ύπαρξη του ασφαλιστέου δικαιώματος ή της έννομης σχέσεως εκ της οποίας αυτό να πηγάζει. Στο σημείο αυτό όμως θα πρέπει να γίνουν οι ακόλουθες διακρίσεις. Ο εξαιρετικά επείγων χαρακτήρας της προσωρινής διαταγής, όσο και η ταχύτητα της διαδικασίας προς έκδοσή της, οδηγούν στην ανατροπή της ισοσθένειας των προδιαληφθεισών προϋποθέσεων. Όσο ταχύτερη εμφανίζεται μία διαδικασία παροχής προσωρινής προστασίας, τόσο εντονότερα αναδεικνύονται και οι προϋποθέσεις της επείγουσας καταστάσεως ή του επικείμενου κινδύνου. Τούτοι οι όροι δεν προσδιορίζονται πλέον με ορίζοντα το απομακρυσμένο της παροχής της οριστικής αλλά της προσωρινής έννομης προστασίας. Η πιθανολόγηση του ασφαλιστέου δικαιώματος, αντιθέτως, καθίσταται ιδιαίτερος δυσχερής εντός ενός πλαισίου μίας τόσο συνοπτικής διαδικασίας.

Η υποβολή του αιτήματος προσωρινής διαταγής, εφόσον αυτή ασκείται μαζί με την αίτηση των ασφαλιστικών μέτρων, δεσμεύεται από τις συνέπειες της εκκρεμοδικίας της τελευταίας. Στην περίπτωση που δύο ή πλείονες αιτήσεις προσωρινής διαταγής ασκούνται με ξεχωριστό δικόγραφο, ενόψει ήδη κατατεθειμένων αιτήσεων ασφαλιστικών μέτρων, θα εφαρμοστούν αναλογικώς όσα γίνονται περί εκκρεμοδικίας δεκτά κατά τη διαδικασία των ασφαλιστικών μέτρων.

2. Το είδος του αιτούμενου ασφαλιστικού μέτρου δεν διαμορφώνει μόνο τις προϋποθέσεις χορηγήσεως προσωρινής διαταγής αλλά και το δυνατό περιεχόμενο του διατακτικού της⁵². Η ευρεία διατύπωση της § 1 του άρθρου 691^Α ΚΠολΔ περί εξουσίας του δικαστηρίου για λήψη «μέτρων που πρέπει να ληφθούν έως την έκδοση της αποφάσεως» δεν αντιστρατεύεται τούτη την παραδοχή, δοθέντος ότι εξειδικεύεται με κριτήριο τον σκοπό της προσωρινής διαταγής, ήτοι με γνώμονα «την εξασφάλιση ή τη διατήρηση του δικαιώματος ή τη ρύθμιση της κατάστασης». Υπό διαφορετική εκδοχή, θα υπονομευέτο ο παρακολουθηματικός χαρακτήρας της προσωρινής διαταγής, την ίδια στιγμή κατά την οποία θα αναγνωρίζετο εξουσία εκδόσεως νομοθετικώς αρρhythμιστων «διαταγών»⁵³. Θα επιστρέφαμε, με άλλα λόγια, στην θεώρηση της προσωρινής διαταγής ως αστυνομικού μέτρου.

52 Βλ. όμως αντιθ. Π. Παννόπουλο, Διαδικαστικά ζητήματα προσωρινής διαταγής, ό.π., σελ. 372 και υποσ. 72.

53 Βλ. λ.χ. τη θέση του Δ. Κονδύλη, Το δεδικασμένο κατά τον ΚΠολΔ², ό.π., σελ. 71 κατά τον οποίο η προσωρινή διαταγή: «μπορεί να επιβάλλει υποχρεώσεις σε δημόσιες αρχές ή σε υπαλλήλους (π.χ. στην αστυνομία, στον τελώνη, στο λιμενάρχη κ.λ.π.) κι αν ακόμη το δημόσιο δεν είναι διάδικος στη δίκη των ασφαλιστικών μέτρων».

Επί ρυθμιστικών, λοιπόν, ασφαλιστικών μέτρων δύναται να διαταχθεί, κατ' ανάλογη εφαρμογή των άρθρων 731 και 732 ΚΠολΔ, πάσα ενέργεια, παράλειψη ή ανοχή υλικής πράξεως⁵⁴. Σε κάθε περίπτωση, το περιεχόμενο της προσωρινής διαταγής, ένεκα του όλως συνοπτικού και στερούμενου δικονομικών εγγυήσεων τρόπου χορηγήσεώς της, δεν μπορεί να υποκαθιστά την απόφαση επί της αιτήσεως των ασφαλιστικών μέτρων, έναντι της οποίας επιτελεί απλώς εξασφαλιστική λειτουργία⁵⁵.

Η δόλια παράβαση προσωρινής διαταγής που έχει ως περιεχόμενο *αποκλειστικά πλέον* τη ρύθμιση νομής ή κατοχής, την άσκηση γονικής μέριμνας, την επικοινωνία με το τέκνο, τη ρύθμιση της χρήσεως της οικογενειακής στέγης και της κατανομής των κινητών μεταξύ τους, τυποποιείται και ως έγκλημα κατ' άρθρο 169^Α ΠΚ (ν. 4619/2019, 4637/2019). Η πλήρωση της υποκειμενικής και αντικειμενικής υποστάσεως του ως άνω εγκλήματος, που ως σκοπό του έχει τον κολασμό της απείθειας σε προσωρινή διαταγή δικαστηρίου, είναι ανεξάρτητη από την τυχόν μεταγενέστερη άρση ή ανάκληση της τελευταίας⁵⁶.

Η έχουσα ως περιεχόμενο είτε τη διενέργεια αναντικατάστατης υλικής πράξεως είτε την παράλειψη ή ανοχή υλικής πράξεως προσωρινή διαταγή, εμφανίζει περιορισμένη δραστηριότητα, εάν δεν συνοδεύεται από τις ποινές των άρθρων 946 § 1 και 947 ΚΠολΔ⁵⁷ (βλ. και 950 ΚΠολΔ⁵⁸). Στη μεν πρώ-

54 Πρβλ. *Κεραμέα/Κονδύλη/Νίκα* (- *Κράνη*), ΚΠολΔ², αρθρ. 691Α, 5.

55 Με τις ίδιες σκέψεις η κρατούσα άποψη δέχεται εδώ αναλογική εφαρμογή του άρθρου 692 § 4 ΚΠολΔ, βλ. *Κεραμέα/Κονδύλη/Νίκα* (*Κράνη*), ΚΠολΔ², αρθρ. 691Α, 5 · *Κ. Μπέη*, ΠολΔ, ό.π, αρθρ. 691, σελ. 104.

56 ΑΠ 889/1990, ΕλλΔνη 1991, 546 · ΕφΘεσ 182/2003, Αρμ 2004, 1457. Πρβλ. όμως τις συνταγματικές επιφυλάξεις της Χ. *Απαλαγάκη*, Η ποινική προστασία της προσωρινής διαταγής κατά το άρθρο 232^Α του Ποινικού Κώδικα. Συνταγματικά ανεκτή και δικονομική πρόσφορη η ρύθμιση, Τιμητικός Τόμος Ι. Μανωλεδάκη, ΙΙΙ, 2007, σελ. 626 επ..

57 Έτσι, μόνο όμως για τις ποινές του άρθρου 947 ΚΠολΔ (ή και του άρθρου 950 § 2 ΚΠολΔ), Δ. *Κράνης*, Προσωρινή διαταγή, ανάκληση και μετενέργεια των ασφαλιστικών μέτρων, ό.π, σελ. 20 επ. · Ι. *Δεληκωστόπουλος*, Η προσωρινή διαταγή κατά τον ΚΠολΔ, ό.π, σελ. 20 επ. · Ι. *Χαμηλοθώρη*, Ασφαλιστικά μέτρα², ό.π., σελ 62. Την ασυνέπεια της εφαρμογής, και επί προσωρινών διαταγών, μόνο των ποινών του άρθρου 947 και όχι και εκείνων του άρθρου 946 § 1 ΚΠολΔ, επισημαίνει και ο Κ. *Καλαβρός*, Παρέμβαση, σε Ζητήματα Ασφαλιστικών Μέτρων, 2013, σελ. 85, ο οποίος ωστόσο εν τέλει αποκρούει γενικώς την αναλογική εφαρμογή των εν λόγω διατάξεων.

58 Η § 1 του άρθρου 950 ΚΠολΔ περί παραδόσεως ή αποδόσεως τέκνων, ακολουθεί τον τρόπο αναγκαστικής εκτελέσεως που καθιερώνει το άρθρο 946 § 1 ΚΠολΔ, η δε § 2 του άρθρου 950 ΚΠολΔ, περί αξιώσεως επικοινωνίας με το τέκνο, ρητώς παρέπεμπε, έως και τον ν. 4842/2021, στο άρθρο 947 ΚΠολΔ. Βλ. και Π. *Γέσιου* – *Φαλτσή*, Αναγκαστική Εκτέλεση στις σχέσεις Οικογενειακού Δικαίου – Εκτέλεση για την παράδοση ή απόδοση τέκνων – Εκτέλεση για την αξίωση επικοινωνίας με το τέκνο, Σύμμεικτα Γ. Κουμάντου = Η δικονομική έννομη τάξη, τ. IV, 2009, σελ. 389 επ. (398, 400).

τη περίπτωση, η καταδίκη σε χρηματική ποινή και προσωπική κράτηση, επί μη συμμορφώσεως, θα απαγγέλλεται από τον δικαστή ή το δικαστήριο που εξέδωσε την προσωρινή διαταγή, στη δε δεύτερη περίπτωση η βεβαίωση των παραβάσεων και η καταδίκη στις απειληθείσες ποινές θα απαγγέλλεται από το Μονομελές Πρωτοδικείο κατά τη διαδικασία των περιουσιακών διαφορών (βλ. και κατωτ. υπό Ζ, αρ. 1). Είναι βέβαια αληθές ότι οι διατάξεις των άρθρων 946 § 1 και 947 ΚΠολΔ προϋποθέτουν ως εκτελεστό τίτλο, δυνάμενο να στηρίξει την αναγκαστική εκτέλεση σε καταδίκη προς διενέργεια πράξεως, παραλείψεως ή ανοχής, δικαστική απόφαση⁵⁹. Ο δικαιοδοτικός όμως χαρακτήρας της προσωρινής διαταγής δικαιολογεί την αναλογική εφαρμογή των ως άνω διατάξεων, η δε δραστικότητα της αναγκαστικής τους εκτελέσεως την καθιστά αναγκαία. Ειδάλλως, είτε θα πρέπει να αποδεχτούμε ότι η εκτέλεση των με το ως άνω περιεχόμενο προσωρινών διαταγών επαφίεται στην καλή πίστη του καθ' ου⁶⁰ είτε, όπως εν πολλοίς συμβαίνει στην πράξη, να αναζητήσουμε εμμέσως τον εξαναγκαστό τους χαρακτήρα στην «απειλή» του κατ' άρθρο 169^Α ΠΚ εγκλήματος – για τις περιορισμένες περιπτώσεις που αυτό πλέον καλύπτει. Η εξασφάλιση, όμως, της δραστικότητας της αναγκαστικής εκτελέσεως των υπό του νόμου προβλεπόμενων εκτελεστών τίτλων δεν μπορεί να αναζητείται πέραν των ορίων της δικαιοδοσίας των πολιτικών δικαστηρίων.

3. Εντός του πλαισίου των εξασφαλιστικών ασφαλιστικών μέτρων της συντηρητικής κατασχέσεως, της δικαστικής μεσεγγυήσεως και της προσημειώσεως υποθήκης, η προσωρινή διαταγή που δύναται να χορηγηθεί λαμβάνει το περιεχόμενο της απαγορεύσεως μεταβολής της νομικής καταστάσεως των περιουσιακών στοιχείων του καθ' ου. Συνιστά δηλ. περίπτωση απαγορεύσεως διαθέσεως, της διατάξεως του άρθρου 176 ΑΚ εφαρμοζομένης αναλογικώς. Σε τούτη την παραδοχή καταλήγει η κρατούσα ερμηνευτική εκδοχή, η οποία δεν αναγνωρίζει στην προσωρινή διαταγή χαρακτήρα δικαστικής αποφάσεως⁶¹. Σε *ευθεία*, αντίθετα, εφαρμογή της διατάξεως του

59 Πρβλ. Π. Γέσιου – Φαλτσή, Δίκαιο Αναγκαστικής Εκτελέσεως, Ειδικό μέρος, τ.Ια³, 2018, § 49, 27, σελ. 62, § 51, 16 επ., σελ. 127.

60 Βλ. και Π. Γιαννόπουλο, Διαδικαστικά ζητήματα προσωρινής διαταγής, ό.π, σελ. 362 επ. ο οποίος ωστόσο προτείνει – προς ενίσχυση της δραστικότητας της προσωρινής διαταγής – τη θεμελίωση του παρανόμου, ως προϋποθέσεως της αδικοπρακτικής ευθύνης του καθ' ου, ακόμα και στις περιπτώσεις παραβάσεων προσωρινών διαταγών για τις οποίες δεν πληρούται πλέον η αντικειμενική υπόσταση του κατ' άρθρο 169^Α ΠΚ εγκλήματος. Το ζήτημα όμως της καταφάσεως ή μη του παράνομου κατ' άρθρο 914 ΑΚ συγκροτεί ιδιαίτερη προβληματική, ανεξάρτητη από τον παράγοντα της δραστικότητας της χορηγούμενης προσωρινής διαταγής.

61 ΟΛΑΠ 20/2015, ό.π., · ΟΛΑΠ 17/2009, ό.π., · ΑΠ 698/2019, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ · ΑΠ 557-558/2010, ΕλλΔνη 2010, 983 · ΑΠ 697/2008, ΧρΙΔ 2008, 891 επ. · ΑΠ 866/2004, ΕλλΔνη,

άρθρου 176 ΑΚ οδηγείται η θέση που προκρίνει την εκδοχή της «περιληπτικής αποφάσεως»⁶². ουσιώδης, άρα, διαφοροποίηση ανάμεσα στις δύο κύριες ερμηνευτικές εκδοχές περί της νομικής φύσεως της προσωρινής διαταγής δεν απαντά⁶³. Όστε η παρά την απαγόρευση γενόμενη διάθεση εκ μέρους του καθ'ου επάγεται *σχετική ακυρότητα* (βλ. άρθρο 176, το οποίο παραπέμπει στο άρθρο 175 ΑΚ) της εκπονητικής δικαιοπραξίας⁶⁴. Για την επέλευση της ακυρότητας προϋποτίθεται η *προηγούμενη γνωστοποίηση* της προσωρινής διαταγής στον καθ'ου ή τον καθολικό του διάδοχο⁶⁵. Προκειμένου δε να αντισταχθεί στους τρίτους η ακυρότητα της απαγορευμένης νομικής μεταβολής ακινήτου, πλοίου ή αεροσκάφους, θα πρέπει η εμπεριέχουσα τη σχετική απαγόρευση προσωρινή διαταγή να επιδοθεί στην αρμόδια αρχή και να εγγραφεί στα αντίστοιχα δημόσια βιβλία κατ'ανάλογη εφαρμογή των άρθρων 713 και 714 ΚΠολΔ. Η εν λόγω ρύθμιση, εισαχθείσα ως τροποποίηση του παλαιού άρθρου 691 § 5 ήδη δια του ν. 3994/2011, έλυσε νομοθετικά την παρελθούσα θεωρητική διχογνωμία επικυρώνοντας την ήδη παγιωθείσα σχετική νομολογία⁶⁶.

2004, 1621. Βλ. ήδη και Δ. Κράνη, Λειτουργικά προβλήματα της προσωρινής διαταγής, ό.π., σελ. 139 · Κ. Μπέη, Παρέμβαση, σε Δ. Σκούρτη (επιμ.), Η σύγχρονη δυναμική των ασφαλιστικών μέτρων, 1999, σελ. 157.

62 Έτσι κυρίως Γ. Μητσόπουλος, Προσωρινή διαταγή του δικαστηρίου επί αιτήσεως εγγραφής προσημείωσης υποθήκης, ό.π., σελ. 1142 επ.

63 Πρβλ. συναφώς Γ. Ορφανίδη, Η προσωρινή διαταγή κατ'άρθρο 691 § 2 ΚΠολΔ, ό.π., σελ. 165.

64 Για τον προβληματισμό σχετικά με το εάν η σχετική ακυρότητα επεκτείνεται και επί της υποσχετικής δικαιοπραξίας, επ'ευκαιρία των συνεπειών της αναγκαστικής κατασχέσεως κατά τα άρθρα 958 § 1 και 997 § 1, βλ. αφ'ενός καταφατικά Γ. Ορφανίδη, Συγκρούσεις συμφερόντων δανειστών στην αναγκαστική εκτέλεση, ό.π., σελ. 34, αφ'ετέρου αποφατικά Χρ. Ευθυμίου, Η απαγόρευση διάθεσης κατά τον ΚΠολΔ, ό.π., σελ. 233 επ., αμφότερους με παραιτέρω παραπομπές σε θεωρία και νομολογία.

65 Κεραμεύς/Κονδύλης/Νίκας (-Κράνης), ΚΠολΔ², αρθρ.691, 6.

66 Βλ. Ν. Κατηφόρη, Οι «παρενέργειες» της κατ'άρθρο 691 § 5 ΚΠολΔ αποτυπώσεως της προσωρινής διαταγής στα δημόσια βιβλία, ΕΠολΔ 2011, σελ. 567 · Δ. Κράνη, Προσωρινή διαταγή, ανάκληση και μετενέργεια των ασφαλιστικών μέτρων, ό.π., σελ. 25. Πρβλ. ακόμα και προ της νομοθετικής τροποποίησης ΟΛΑΠ 17/2009, ό.π. · ΑΠ 698/2019, ό.π. · ΑΠ 557-558/2010, ΕλλΔνη 2010, 983. Από θεωρία βλ. Κεραμέα/Κονδύλη/Νίκα (- Κράνη), ΚΠολΔ¹, Π αρθρ. 691, 6 (με ορθή και a fortiori άντληση επιχειρήματος εκ της διατάξεως του άρθρου 715 § 3) · Λ. Πίψου, Δικαστική μεσεγγύηση, 2010, σελ. 218 · Χ. Απαλαγάκη, Προσημείωση υποθήκης, ό.π., σελ. 167 επ. Πρβλ. όμως αντιθ. (υπό το προγενέστερο, επίσης, καθεστώς) ΑΠ 866/2004, ΕλλΔνη 2004, 1621 · ΑΠ 697/2008, ό.π. οι οποίες εδέχοντο ότι για την επέλευση της σχετικής ακυρότητας της διαθέσεως έναντι των τρίτων, αρκούσε η γνωστοποίηση της προσωρινής διαταγής στον καθ'ου.

Υπό τον όρο διάθεση νοείται κάθε μεταβίβαση, σύσταση ή αλλοίωση των περιουσιακών στοιχείων του καθ' ου η προσωρινή διαταγή⁶⁷. Αφορά, επομένως, και τις περιπτώσεις εγγραφής υποθήκης ή προσημείωσης υποθήκης. Στο εν λόγω πεδίο των διαθέσεων συμπεριλαμβάνεται, ωσαύτως, και η δικαιοπραξία που καταρτίζεται κατόπιν καταδίκης σε δήλωση βουλήσεως κατ' άρθρο 949, ώστε να τυγχάνει σχετικώς άκυρη υπέρ του υπέρ ου η διαταγή⁶⁸. Εντός του αυτού πλαισίου, ως πράξεις διαθέσεως, νοούνται όχι μόνο οι οικειοθελούς αλλά και οι αναγκαστικού χαρακτήρα⁶⁹. Η εκ της προσωρινής διαταγής, συνεπώς, προστασία καταλαμβάνει όχι μόνο τις εγγραφές υποθηκών δυνάμει ιδιωτικής βουλήσεως αλλά και τη δικαστική υποθήκη ή και την εκ του νόμου τοιαύτη (arg. εκ του άρθρου 997 § 3). Καταλαμβάνει, προσέτι, πέραν των εγγραφών των αποκαλούμενων «συναινετικών» προσημειώσεων και όσες διατάσσονται ως ασφαλιστικό μέτρο, κατόπιν πραγματικής αντιδικίας, ή επί τη βάσει διαταγής πληρωμής ή οριστικής αποφάσεως δυνάμει της διατάξεως του άρθρου 724 § 1 ΚΠολΔ⁷⁰.

Η πράξη διαθέσεως η οποία επιχειρείται εκ μέρους του καθ' ου ή των καθολικών του διαδόχων κατά παράβαση της προσωρινής διαταγής τυγχάνει σχετικώς άκυρη υπό την έννοια ότι δύναται να επικαλεστεί την ακυρότητά της συγκεκριμένος κύκλος προσώπων υπέρ των οποίων έχει αυτή ταχθεί. Τούτα τα πρόσωπα είναι ο υπέρ ου η προσωρινή διαταγή, οι καθολικοί ή ειδικοί του διάδοχοι και οι κατ' άρθρο 72 ΚΠολΔ δανειστές του⁷¹. Η ως άνω σχετική ακυρότητα είναι δεκτική θεραπείας, εφόσον το πρόσωπο που διακαίουται να την επικαλεστεί συναινέσει στην άκυρη δικαιοπραξία, παραι-

67 Η διάθεση: «είναι έννοια ευρύτερη της απαλλοτρίωσης και περιλαμβάνει οποιαδήποτε μεταβίβαση, σύσταση, επιβάρυνση και γενικώς νομική μεταβολή», έτσι ΟΛΑΠ 17/2009, ό.π. · ΑΠ 698/2019, ό.π. · ΑΠ 557/2010, ό.π.

68 Δ. Κράνης, Προσωρινή διαταγή, ανάκληση και μετενέργεια των ασφαλιστικών μέτρων, ό.π, σελ. 30. Βλ. συναφώς, εντός του πλαισίου της ερμηνείας της έννοιας της διαθέσεως κατ' άρθρο 997 § 1, 2 ΚΠολΔ. *Εν. Ποδηματά*, Η καταδίκη σε δήλωση βουλήσεως κατά το άρθρο 949 ΚΠολΔ, 1989, σελ. 277 επ. · Π. Γέσιου – Φαλτσή, Δίκαιο Αναγκαστικής Εκτελέσεως, Ειδικό μέρος, τ.Ια³, ό.π, §50, 51, σελ. 104. Πρβλ. και ΑΠ 1402/1994, ΕλλΔνη 1997, 773.

69 Γ. Ορφανίδης, Η προσωρινή διαταγή κατ' άρθρο 691 § 2 ΚΠολΔ, ό.π, σελ. 172. Έτσι κατ' αποτέλεσμα και ο Δ. Κράνης, Προσωρινή διαταγή, ανάκληση και μετενέργεια των ασφαλιστικών μέτρων, ό.π, ο οποίος μολονότι κατ' αρχήν δεν δέχεται ότι καθίστανται άκυρες και οι αναγκαστικές διαθέσεις (27), στην συνέχεια εν τούτοις (29) συμμερίζεται τη θέση της νομολογίας περί της εντάξεως στην απαγόρευση διαθέσεως και των προσημειώσεων που εκδίδονται κατ' αντιδικία ή επί τη βάσει διαταγής πληρωμής. Από νυλ. βλ. επόμενη υποσ. Πρβλ. όμως αντιθ. Χ. Απαλαγάκη, Προσημείωση υποθήκης, ό.π, σελ. 160.

70 Βλ. ρητώς ΑΠ 557/2010, ό.π.

71 ΟΛΑΠ 20/2015, ό.π. Πρβλ. και Δ. Κράνη, Προσωρινή διαταγή, ανάκληση και μετενέργεια των ασφαλιστικών μέτρων, ό.π, σελ. 30 · Χρ. Ευθυμίου, Η απαγόρευση διάθεσης στον ΚΠολΔ, ό.π, σελ. 85.

τηθεί καθ' οιονδήποτε τρόπο από την επίκλησή της ή απώλεσε το προς τούτο έννομο συμφέρον του⁷². Εκ του χαρακτήρα της ακυρότητας ως σχετικής έπεται, εξ άλλου, η αναγνώριση της πλήρους δυνατότητας επιχειρήσεως, και μετά ταύτα καταχωρίσεως στα οικεία βιβλία, πράξεων διαθέσεως είτε ερειδομένων στη βούληση του καθ' ου είτε αναγκαστικώς · οι εν λόγω πράξεις, ωστόσο, δεν είναι αντιτάξιμες έναντι του δανειστή υπέρ του οποίου ετάχθη η ακυρότητα. Ειδικώς δε στην περίπτωση που χορηγείται προσωρινή διαταγή με περιεχόμενο την απαγόρευση νομικής μεταβολής ακινήτου, εντός του πλαισίου αιτήσεως προσημειώσεως υποθήκης, και εφόσον αυτή εγγραφεί στα οικεία βιβλία κατασχέσεων, η τυχόν, διαρκούσης της ισχύος της διαταγής, εγγραφή έτερης υποθήκης ή προσημειώσεως τυγχάνει ασθενέστερη κατά τάξη από την προσημείωση που πρόκειται να εγγραφεί στο ίδιο ακίνητο, εάν τελικώς *ευδοκιμήσει* η αίτηση ασφαλιστικών μέτρων⁷³. Για τούτο τον λόγο, δεν είναι νόμιμο τυχόν αίτημα προσωρινής διαταγής προς τον υποθηκοφύλακα προκειμένου να απόσχει από την εγγραφή μεταβολής σε δεσμευόμενο ακίνητο ή ενδεχόμενη ανακλητική αίτηση αποφάσεως που παρά την απαγόρευση της προσωρινής διαταγής διέταξε την εκ μέρους τρίτου προσημείωση του αυτού ακινήτου⁷⁴. Στις εν λόγω περιπτώσεις, επομένως, η χορηγηθείσα προσωρινή διαταγή αποκτά χαρακτήρα *εξασφαλιστικού της προνομιακής ικανοποιήσεως* του υπέρ ου από το προϊόν του πλειστηριασμού του υπέγγυου ακινήτου, συνιστά δηλ. έμμεση εκδήλωση της αρχής της χρονικής προτεραιότητας κατά τη διανομή του πλειστηριάσματος⁷⁵.

4. Επί περιουσιακού αντικειμένου επί του οποίου έχει διαταχθεί, δυνάμει προσωρινής διαταγής, η απαγόρευση της νομικής του μεταβολής, και διαρκούσης της ισχύος αυτής, δύναται να επιβληθεί, εκ μέρους έτερου δανειστή, δικαστική μεσεγγύηση, συντηρητική ή και αναγκαστική κατάσχεση επί του αυτού ακινήτου (arg. a fortiori εκ του άρθρου 721 ΚΠολΔ)⁷⁶. Η επι-

72 ΟΛΑΠ 20/2015, ό.π. Πρβλ. επίσης Λ. Κιτσαρά, σε ΑΚ Γεωργιάδη/Σταθόπουλου, τ.Ιβ², αρθρ.175, 3.

73 Βλ. ενδεικτικά, ΑΠ 697/2008, ό.π.

74 Έτσι ορθώς ήδη Δ. Κράνης, Λειτουργικά προβλήματα της προσωρινής διαταγής, ό.π, σελ. 140. Βλ. επίσης και Γ. Ορφανίδη, Συγκρούσεις συμφερόντων δανειστών στην αναγκαστική εκτέλεση, ό.π, σελ. 425 επ. · τον ίδιο, Η προσωρινή διαταγή κατ' άρθρο 691 § 2 ΚΠολΔ, ό.π, σελ. 173. Πρβλ. αντιθ., Κ. Μπέης, ΠολΔ, ό.π, αρθρ. 691, σελ. 104, ο οποίος όμως παραγνωρίζει τη λειτουργία της σχετικής ακυρότητας.

75 Πρβλ. εγγυτ. Δ. Μηχώτη, Σύγκρουση προνομίων και κατάταξη δανειστών κατά τη διανομή του πλειστηριάσματος – Σκέψεις επί των διατάξεων των άρθρων 977 και 977 Α ΚΠολΔ, ΕΠολΔ 2019, σελ. 646 επ.

76 Βλ. Γ. Ορφανίδη, Η προσωρινή διαταγή κατ' άρθρο 691 § 2 ΚΠολΔ, ό.π, σελ. 174 · Δ. Κράνη, Προσωρινή διαταγή, ανάκληση και μετενέργεια των ασφαλιστικών μέτρων, ό.π, σελ. 27 · Χρ. Ευθυμίου, Η απαγόρευση διάθεσης στον ΚΠολΔ, ό.π, σελ. 94. Πρβλ. και την ελάσσονα

βληθείσα δια προσωρινής διαταγής απαγόρευση διαθέσεως δεν εμποδίζει ούτε την αναγκαστική απαλλοτρίωση του ακινήτου, όχι επειδή αυτή δεν επιβάλλεται οικειοθελώς⁷⁷, αλλά διότι υπαγορεύεται εκ λόγων δημόσιου συμφέροντος.

5. Σημειώθηκε και ανωτέρω ότι η προσωρινή διαταγή δεν δύναται θεωρηθεί «περιληπτική» δικαστική απόφαση διότι, συν τοις άλλοις, δεν διαγιγνώσκει αυθεντικά το δικαίωμα περί παροχής προσωρινής δικαστικής προστασίας του αιτούντος. Εφαρμογή, επομένως, της περί «προσωρινού δεδικασμένου» διατάξεως του 695 ΚΠολΔ δεν μπορεί να γίνει δεκτή. Επισημάνθηκε, εξ άλλου, ότι η προσωρινή διαταγή συνιστά τελολογικό όσο και διαδικαστικό παρακολούθημα της αιτήσεως και της αποφάσεως των ασφαλιστικών μέτρων ούσα, υπ' αυτήν την έννοια, πλήρως ενταγμένη, στην σφαίρα της προσωρινής δικαστικής προστασίας. Το απαράδεκτο, συνεπώς, της επανειλημμένης προβολής της αυτής αιτήσεως προσωρινής διαταγής, εντός του πλαισίου της ίδιας αιτήσεως ασφαλιστικών μέτρων και με την επίκληση των αυτών πραγματικών περιστατικών, δεν προκύπτει από τη νομική της φύση αλλά από την τελολογική της λειτουργία⁷⁸. Όστε

πρόταση της ΑΠ 557/2010, ό.π. Διχογνωμία ανέκυψε αναφορικά με την περίπτωση κατά την οποία χορηγείται προσωρινή διαταγή στο πλαίσιο αιτήσεως δικαστικής μεσεγγυήσεως. Το ζήτημα συνέχεται γενικότερα με την εμβέλεια της απαγορεύσεως διαθέσεως που επάγεται η δικαστική μεσεγγύηση. Κατά την κυρίαρχη γνώμη, και σε αυτήν την περίπτωση, δεν εμποδίζεται η επιβολή αναγκαστικής ή συντηρητικής κατασχέσεως, βλ. ΑΠ 1653/2008, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ · ΑΠ 1306/2006, ΧρΙΔ 2007, 230 · Λ. Πίψου, Δικαστική μεσεγγύηση, ό.π., σελ. 240 επ. 253 επ. Πρβλ. όμως αντίθετα, με πειστική επιχειρηματολογία, Γ. Ορφανίδη, ό.π., σελ. 175 · τον ίδιο, Συγκρούσεις συμφερόντων δανειστών στην αναγκαστική εκτέλεση, ό.π., σελ. 406 επ. · Π. Γέσιου – Φαλτσή, Η απαγόρευση της αναγκαστικής κατασχέσεως πραγμάτων που τελούν υπό δικαστική μεσεγγύηση, σε Η δικονομική έννομη τάξη ΙΙΙ, 2009, σελ. 805 επ. (814 επ.) · Εν. Ποδηματά, Συρροή δικαστικής μεσεγγυήσεως (ασφαλίζουσας αξίωση για δήλωση βουλήσεως) και μεταγενέστερης συντηρητικής κατασχέσεως επί του μεσεγγυημένου πράγματος, σε Μελέτες ιστορίας, μεθοδολογίας και δογματικής του δικονομικού δικαίου, 2019, σελ. 939 επ.

77 Έτσι όμως, και σε αντινομία με το γενικότερο πνεύμα της αναλύσεώς του, Δ. Κράνης, Προσωρινή διαταγή, ανάκληση και μετενέργεια των ασφαλιστικών μέτρων, ό.π., σελ. 27.

78 Βλ. συναφώς Στ. Σταματόπουλο, Όροι για την επανάληψη αίτησης προσωρινής διαταγής, ό.π., σελ. 814 επ. · τον ίδιο, Επανάληψη αίτησης προσωρινής διαταγής: ανάμεσα στις ΚΠολΔ 632 § 2 και 938 και η παράμετρος της ΚΠολΔ 249 (γνμδ.), ΕΠολΔ 2011, σελ. 311 επ. (313) · Ι. Δελγκωστόπουλο, Η προσωρινή διαταγή κατά τον ΚΠολΔ, ό.π., σελ. 103. Πρβλ. Κεραμέα/Κονδύλη/Νίκα (- Κράνη), ΚΠολΔ², αρθρ. 691 Α, 4, κατά τον οποίο, επειδή η προσωρινή διαταγή στερείται διαγνωστικού χαρακτήρα, δεν εμποδίζεται η επανυποβολή της, εφόσον όμως δεν μπορεί να αποκρουστεί ως καταχρηστική κατ' άρθρο 116 ΚΠολΔ. Η θέση αυτή, ωστόσο, δυσχερώς συμβιβάζεται με την αναλογική εφαρμογή, και επί προσωρινής διαταγής, των διατάξεων των άρθρων 696, 697 ΚΠολΔ ή και με τον χαρακτηρισμό της ως ατελούς εκφράσεως δικαιοδοτικού έργου. Βλ. επίσης αντιθ. Κ. Κεραμέα, Πρόσθετοι λόγοι ανακοπής και προσωρινή διαταγή (γνμδ.), Νομικές Μελέτες ΙV, 2006, σελ. 501 επ., ο οποίος,

ενώ πράγματι δεν μπορεί να γίνει λόγος περί θετικής λειτουργίας του προσωρινού δεδικασμένου, δεν είναι δυνατόν να μην υιοθετηθεί η ανάλογη εφαρμογή της αρνητικής λειτουργίας του τελευταίου, ήτοι της αρχής *ne bis in idem*⁷⁹. Διότι εάν γινόταν δεκτό ότι επί απορρίψεως αιτήσεως προσωρινής διαταγής παραδεκτώς και ακωλύτως μπορούν να προβάλλονται νέες αιτήσεις προσωρινής διαταγής, δίχως να συνοδεύονται με επίκληση επιγενόμενης μεταβολής πραγμάτων, το μεν δεν θα υπηρετείτο η αρχή της οικονομίας της δίκης το δε θα λειτουργούσε *ετεροβαρώς εις βάρος του καθ' ου η αίτηση*. Θα παρεισάγετο τ.ε. ανεπίτρεπτη απόκλιση εκ της αρχής της ισότητας των διαδίκων – των διαδίκων της δίκης των ασφαλιστικών μέτρων της οποίας διαδικαστικό παρεπόμενο είναι η προσωρινή διαταγή – δοθέντος ότι ο καθ' ου η αίτηση μπορεί να αιτηθεί περιορισμένα την ανάκληση της προσωρινής διαταγής, κατ' ανάλογη εφαρμογή των διατάξεων του άρθρου 696 § 1, 3, ΚΠολΔ επί ερημοδικίας του και ενόψει επιγενόμενης μεταβολής των πραγμάτων (βλ. επ' αυτού και αμέσως κατωτ.).

Ε. Προϋποθέσεις και συνέπειες ανακλήσεως προσωρινής διαταγής

1. Οι διατάξεις των άρθρων 696 – 698 ΚΠολΔ περί ανακλήσεως των αποφάσεων των ασφαλιστικών μέτρων εφαρμόζονται αναλογικώς και επί προσωρινής διαταγής⁸⁰. Υποστηρίχθηκε, ωστόσο, από επιφανείς εκπροσώπους της θεωρίας, ότι η ανάκληση της προσωρινής διαταγής δεν πρέπει να υπόκειται στους περιορισμούς των προρρηθεισών διατάξεων⁸¹. Μπορούν αντιθέτως, κατά την άποψη αυτή, να ανακαλούνται οι προσωρινές διατα-

αναχωρώντας από τη φύση της προσωρινής διαταγής ως διοικητικής πράξεως μονομελούς ή πολυμελούς οργάνου απονομής της δικαιοσύνης, καταλήγει: «η ύπαρξη προγενέστερης αποφάσεως απορριπτικής αιτήσεως εκδόσεως προσωρινής διαταγής δεν αποτελεί δεδικασμένο ούτε παράγει οποιασδήποτε μορφής δέσμευση, που θα είχε ως συνέπεια το απαράδεκτο της υποβολής νέας αιτήσεως». Στην ίδια κατεύθυνση και Κ. Μπέης, ΠολΔ, αρθρ. 691, σελ. 106.

79 Βλ. ορθώς και Δ. Τσικρικά, Παρέμβαση, σε Ζητήματα ασφαλιστικών μέτρων, 2013, σελ. 99 επ. (100).

80 Η αίτηση ανακλήσεως της προσωρινής διαταγής, δικάζεται από τον δικαστή ή το δικαστήριο που την εξέδωσε, ακόμα κι αν αυτό ήταν αναρμόδιο για την εκδίκαση της αιτήσεως των ασφαλιστικών μέτρων. Βλ. Μ. Μαργαρίτη/Α. Μαργαρίτη, ΚΠολΔ², ΙΙ, 2018, άρθρ. 691^Α, 16. Την αναλογική εφαρμογή των περί ανακλήσεως διατάξεων, και επί προσωρινής διαταγής, δέχονται οι Δ. Κράνης, Προσωρινή διαταγή, ανάκληση και μετενέργεια των ασφαλιστικών μέτρων, ό.π., σελ. 17 · Ι. Δεληκωστόπουλος, Η προσωρινή διαταγή κατά τον ΚΠολΔ, ό.π., σελ. 102 επ. · Π. Γιαννόπουλος, Διαδικαστικά ζητήματα προσωρινής διαταγής, ό.π., σελ. 372 επ. Πρβλ. και ΜΠρΘεσς 2045/2016, ΕλλΔνη 2016, 1444 · ΜΠρΡοδ 2912/2010, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ.

81 Κ. Μπέης, ΠολΔ, αρθρ. 691, σελ. 106 · Δ. Κονδύλης, Το δεδικασμένο κατά τον ΚΠολΔ², ό.π., σελ. 71 · Γ. Νικολόπουλος, Η ανάκληση των αποφάσεων των ασφαλιστικών μέτρων³, ό.π., σελ. 298 επ.

γές, ακόμα και αυτεπαγγέλτως, αρκεί να πειστεί ο δικαστής ότι «δεν υπάρχει εξαρχής ή έπαψε μεταγενέστερα να υπάρχει ο άμεσος κίνδυνος για την αντιμετώπιση του οποίου είχε εκδοθεί»⁸². Κι εάν η αφετηρία τούτης της εκδοχής αποτελεί η άρνηση της δικαιοδοτικής της φυσιογνωμίας της προσωρινής διαταγής, η απόρροια της τυχόν υιοθετήσεώς της θα ήταν η *πλήρης αποδυνάμωση της δραστικότητας*, άρα και του σκοπού της, δια της *απεριόριστης επαναξιολογήσεώς της*.

Η ερμηνευτική θέση, η οποία αρνείται την αναλογική εφαρμογής των άρθρων 696 – 698 ΚΠολΔ επί προσωρινών διαταγών, επιστράτευσε τελευταία, προς ενίσχυσή της, και την ακόλουθη επιχειρηματολογία⁸³: α. Ότι οι περί ανακλήσεως διατάξεις των ασφαλιστικών μέτρων προβλέφθηκαν προς ανατροπή –δοθείσης και της διατάξεως του άρθρου 699 ΚΠολΔ– του παραχθέντος προσωρινού δεδικασμένου κατ'άρθρο 695 ΚΠολΔ. Ωστε, εφόσον οι προσωρινές διαταγές δεν αναπτύσσουν προσωρινό δεδικασμένο, δεν μπορούν και να ανακαλούνται επί βάσει και των προϋποθέσεων των άρθρων 696 επ. ΚΠολΔ. β. Ότι ενώ η ανάκληση των αποφάσεων των ασφαλιστικών μέτρων ενεργεί *ex nunc*, η ανάκληση αντιθέτως των προσωρινών διαταγών έχει αναδρομικά αποτελέσματα. Τούτο όμως, συνεχίζει η ίδια κριτική, «βρίσκεται σε ανακολουθία προς τη λειτουργία των περί ανακλήσεως διατάξεων των αποφάσεων της προσωρινής δικαστικής προστασίας» και γ. Ότι η ανάκληση ειδικότερα του άρθρου 696 § 3 ΚΠολΔ προϋποθέτει επίκληση γεγονότων μεταγενέστερων εκείνων που στήριξαν την ανακλητέα πράξη. Η προσωρινή διαταγή, ωστόσο, «στερείται αιτιολογιών που σημαίνει δυσχέρεια, αν όχι αδυναμία εφαρμογής των περί ανακλήσεως διατάξεων του άρθρου 696 § 3 ΚΠολΔ...». Επί των ως άνω κριτικών παρατηρήσεων, θα μπορούσαν να σημειωθούν τα ακόλουθα:

- i. Το εδώ διαφιλονικούμενο ζήτημα δεν αφορά γενικώς τη δυνατότητα ανακλήσεως προσωρινών διαταγών αλλά τις προϋποθέσεις υπό τις οποίες αυτή δύναται να λάβει χώρα. Πράγματι, η αναγνώριση των ακωλύτως επαναλαμβανόμενων αιτήσεων προσωρινής διαταγής, εφόσον αυτές απορρίπτονται, είναι λογικώς συνεπής με την απεριόριστη δυνατότητα ανακλήσεώς τους επί τυχόν αποδοχής τους. Ένα τέτοιο σχήμα ωστόσο εξυπηρετεί πράγματι την εξασφαλιστική λειτουργία της προσωρινής διαταγής; Σε αυτό το ουσιαστικό ερώτημα καλείται να απαντήσει όποιος θέλει να υιοθετήσει ή να αρνηθεί την αναλογική εφαρμογή των άρθρων

82 Κ. Μπέης, ΠολΔ, αρθρ. 691, σελ. 106.

83 Γ. Νικολόπουλος, Η ανάκληση των αποφάσεων των ασφαλιστικών μέτρων³, ό.π, σελ. 299 επ.

696 επ. ΚΠολΔ⁸⁴ · τούτο δε πέραν των σχημάτων που ο ίδιος θέτει ως προϋπόθεση της αναλύσεώς του.

- ii. Η *ex nunc* ή *ex tunc* ενέργεια της ανακλήσεως των αποφάσεων των ασφαλιστικών μέτρων δεν συνιστά ούτε νομοθετική επιταγή ούτε κάποιο «προνομοθετικό δεδομένο» της λειτουργίας τους. Η αποδοχή της μίας ή της άλλης θέσεως παρουσιάζεται ως απόρροια ερμηνευτικής διαδικασίας και δη σταθμίσεως πολλών παραγόντων, μεταξύ άλλων λ.χ. και της εμπιστοσύνης με την οποία πρέπει να περιβάλλουν οι κοινωνοί του δικαίου το σύστημα της προσωρινής έννομης προστασίας⁸⁵. Εφόσον όμως η ενέργεια της ανακλήσεως των ασφαλιστικών μέτρων δεν είναι *a priori* δεδομένη, έπεται πως *δεν μπορεί να επιδρά και επί των προϋποθέσεών της*. Δεν δύναται, άρα, να αντληθεί εκ της ενέργειας των συνεπειών της ανακλήσεως των ασφαλιστικών μέτρων επιχείρημα κατά της αναλογικής εφαρμογής των προϋποθέσεών της.
- iii. Όπως έχει ήδη σημειωθεί, από το *ανααιτιολόγητο διατακτικό της προσωρινής διαταγής δεν συνάγεται και το απροϋπόθετο της χορηγήσεώς της*. Η δε αποδοχή της αιτήσεως της προσωρινής διαταγής θα ερείδεται, κατά το μάλλον ή ήττον, επί των *επικαλούμενων στην αίτηση ασφαλιστικών μέτρων*, της οποίας και αποτελεί διαδικαστικό παράρτημα. Ωστε η κρίση περί του

84 Πρβλ. και *Ι. Δεληκωστόπουλο*, Η προσωρινή διαταγή κατά τον ΚΠολΔ, ό.π., σελ. 103 επ.

85 Για την *ex nunc* λειτουργία της ανακλήσεως ή της άρσεως των αποφάσεων ασφαλιστικών μέτρων βλ. την πάγια νμλ. ΟΛΑΠ 497/1978, ΝοΒ 1978, 668 · ΟΛΑΠ 20/2015, ΕΠολΔ 2015, 554 · ΑΠ 1291-2/2019, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ · ΑΠ 1340/2017, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ · ΑΠ 75/2014, ΧρΙΔ 2014, 448. Από θεωρία βλ. *Ν. Βερβεσό*, Ουσιώδη δικονομικά προβλήματα της διαδικασίας των ασφαλιστικών μέτρων, ό.π., σελ. 555 · *Κ. Μπέη*, ΠολΔ, αρθρ. 698, σελ. 211 · *Δ. Κονδύλη*, Το δεδικασμένο κατά τον ΚΠολΔ², ό.π., σελ. 699 · *Δ. Κράνη*, Προσωρινή διαταγή, ανάκληση και μετενέργεια ασφαλιστικών μέτρων, ό.π., σελ. 85 επ. · *Π. Γέσιου-Φαλσή*, Συμμετοχή και ψήφο σε Γενική Συνέλευση Ανώνυμης Εταιρείας δυνάμει αποφάσεως ασφαλιστικών μέτρων για την προσωρινή ρύθμιση καταστάσεως επί αμφισβήτησεως της μετοχικής ιδιότητας προσώπου. Ζητήματα ανακλήσεως της παραπάνω αποφάσεως (γνμδ.), ΕλλΔνη 2019, σελ. 89 επ (91 επ.) · *Κ. Καλαβρό*, Σχέση ασφαλιστικών μέτρων και κύριας δίκης ή ασφαλιστικά μέτρα και ουσιαστικό δίκαιο, ό.π., σελ. 762 επ. · *Γ. Νικολόπουλο*, Η ανάκληση των αποφάσεων των ασφαλιστικών μέτρων³, ό.π., σελ. 169 επ. Έτσι κατ'αποτέλεσμα, και *Π. Κολοτούρος*, Δικονομικά ζητήματα από την πρόσφατον νομολογίαν του Αρείου Πάγου, ΕλλΔνη 2019, 342 επ. (345 επ.) · *Στ. Κουρούλης*, «Ενδιάμεσο ουσιαστικό δίκαιο» και ασφαλιστικά μέτρα,, ό.π., σελ. 1237. Βλ. όμως άλλως *Στ. Μαθθία*, Επίδραση της τελεσίδικης διαγνώσεως στην προσωρινή ρύθμιση καταστάσεως, Δ 10 (1979), σελ. 559 επ. · *Ι. Πασσιά*, Όπου το «προσωρινόν» γίνεται οριστικόν, ΝοΒ, 26, σελ. 649 επ. Αναδρομική ενέργεια στην ανάκληση των ασφαλιστικών μέτρων δέχεται ο *Κ. Παναγόπουλος*, Δέσμευση και επανάληψη στα ασφαλιστικά μέτρα, ό.π., σελ. 90 επ. και υποσ. 718 μόνο για τις περιπτώσεις όμως των αιτήσεων των άρθρων 696 § 1, 697, 698 § 1 α'. Εξαρτά την αναδρομική ή ισχύ της ανακλήσεως των ασφαλιστικών μέτρων από τις κατ'ιδίαν σταθμίσεις του ουσιαστικού δικαίου ο *Π. Καργάδος*, Ασφαλιστικά μέτρα και ουσιαστικόν δίκαιον, 1986, σελ. 57 επ.

- ποια γεγονότα μπορούν να χαρακτηριστούν ως οψιγενή ή οψιφανή, κατ'άρθρο 696 § 3 ΚΠολΔ⁸⁶, δεν παρουσιάζει σημαντικές δυσχέρειες.
2. Δυνατή θα πρέπει να θεωρηθεί η ανάκληση ή μεταρρύθμιση της προσωρινής διαταγής και από το δικαστήριο της κύριας δίκης κατ'άρθρο 697 ΚΠολΔ αναλογικώς εφαρμοζόμενο. Ως δικαστήριο, όμως, «της κύριας υπόθεσης» θα πρέπει, εν προκειμένω, να εκλαμβάνεται εκείνο ενώπιον του οποίου εκκρεμεί τόσο η κύρια αγωγή όσο και η αίτηση των ασφαλιστικών μέτρων. Η μεν εξουσία του δικαστηρίου της κύριας αγωγής συνάγεται *a fortiori* · αφού ο νόμος επιτρέπει το μείζον, ήτοι την ανάκληση αποφάσεως ασφαλιστικών μέτρων από το δικαστήριο της κύριας δίκης, δεν μπορεί παρά να επιτρέπει και το έλασσον, τ.ε. την ανάκληση και της προσωρινής διαταγής. Η δε αντίστοιχη εξουσία του δικαστηρίου της αιτήσεως των ασφαλιστικών μέτρων προκύπτει από τον παρεπόμενο χαρακτήρα της προσωρινής διαταγής έναντι της τελευταίας.
 3. Μετά την τροποποίηση της διατάξεως του άρθρου 697 από τον ν. 4335/2015 (άρθρο 1 αρ.πεμ.παρ.2), δεκτική ανακλήσεως από το δικαστήριο της κύριας δίκης δεν είναι μόνο η απόφαση που διέταξε ασφαλιστικά μέτρα αλλά και εκείνη που απέρριψε αίτηση προς χορήγησή τους⁸⁷. Τούτη είναι η μόνη περίπτωση όπου δύναται να χωρήσει ανάκληση απορριπτικής αποφάσεως. Η εξαιρετική τούτη πρόβλεψη σχετίζεται *ουσιωδώς με την ευρύτητα των παραδεκτών λόγων* επί των οποίων μπορεί να στηρίζεται η αίτηση του άρθρου 697. Διότι μέχρι τον ν. 4335/2015 παρίστατο το ακόλουθο σχήμα δικονομικών δυνατοτήτων: όταν ο αιτών έχανε τη δίκη των ασφαλιστικών μέτρων

86 Περί του ότι προς θεμελίωση του λόγου ανακλήσεως κατ'άρθρο 696 § 3 ΚΠολΔ δύναται προβληθούν όχι μόνο οψιγενή αλλά και οψιφανή γεγονότα, βλ. αντί άλλων, Π. Αρβανιτάκη, Τα χρονικά όρια του δεδικασμένου, 1995, σελ. 85 επ.

87 Δικαιοπολιτική κριτική της νέας ρυθμίσεως, με κύριο επιχείρημα ότι η δυνατότητα αιτήσεως ανακλήσεως αποφάσεων που απορρίπτουν αίτηση ασφαλιστικών μέτρων θα οδηγήσει σε επιβάρυνση του δικαστηρίου της ουσίας, βλ. σε Δ. Κράνη, Επίκαιρα ζητήματα ασφαλιστικών μέτρων, σε Η πολιτική δίκη σε κρίσιμη καμπή, 2016, σελ. 99 επ. (101). Πρβλ. όμως τον ίδιο, Ανάκληση απόφασης απορριπτικής αίτησης ασφαλιστικών μέτρων από το δικαστήριο της κύριας δίκης κατά το άρθρ. 697 ΚΠολΔ, όπως τροποποιήθηκε με το ν. 4335/2015, ΕΠολΔ 2019, σελ. 383 επ. (388), όπου εν τέλει, παρά τις επιφυλάξεις, η νέα ρύθμιση κρίνεται: «εξυπηρετική της ισότητας των διαδίκων, αφού καλύπτει σχετικό έλλειμμα». Από τη στιγμή, βέβαια, που η ρύθμιση του νέου, μετά τον ν. 4335/2015, ρύθμιση του άρθρου 697 αποκαθιστά συνταγματικό έλλειμμα – και πράγματι το αποκαθιστά – κάθε συζήτηση περί κινδύνου επιβαρύνσεως των δικαστηρίων παρέλκει. Εκτός κι αν δεχθεί κανείς ως λύση του νομοθετικού δέοντος την πλήρη κατάργηση του άρθρου 697. Επιφυλακτικός προς τη νέα ρύθμιση και ο Κ. Γεωργίου, Ασφαλιστικά μέτρα ΙΙ, 2016, αρθρ.697, σελ. 118. Βλ. όμως θετική αποτίμηση σε Κ. Μακρίδου/Χ. Απαλαγάκη/ Γ. Διαμαντόπουλο, Πολιτική Δικονομία², ό.π, σελ. 110 · Γ. Διαμαντόπουλο, Αστικό δικονομικό δίκαιο και νομολογιακό γίγνεσθαι, 2019, σελ. 404.

ηδύνατο να καταθέσει νέα αίτηση μόνο υπό τον όρο της επικλήσεως «μεταβολής πραγμάτων» · όταν, αντιθέτως, ηττάτο ο καθ'ου είχε τη δυνατότητα να αιτηθεί, κατ'άρθρο 697, την ανάκληση της εις βάρος εκδοθείσας του αποφάσεως και δι'απλού παραπόνου περί πραγματικών ή νομικών της πλημμελειών. Η ως άνω κατανομή δικονομικών δυνατοτήτων *απέληγε ετεροβαρώς υπέρ του καθ'ου η αίτηση*. Πράγματι παρεισάγετο εν προκειμένω ανεπίτρεπτη έκπτωση εκ της αρχής της ισότητας των όπλων (αρθρ. 4 § 1 Σ, 110 § 1 ΚΠολΔ)⁸⁸. Η τροποποίηση του άρθρου 697 υπαγορεύτηκε δικαιολογικώς εκ της ανάγκης αποκαταστάσεως της διασαλευθείσας ως άνω συνταγματικής αρχής⁸⁹.

4. Ενόψει των ανωτέρω, συνάγεται ότι δύναται χωρήσει ανάκληση της χορηγηθείσας, ή ακόμα και της απορριφθείσας, προσωρινής διαταγής εκ μέρους του δικαστηρίου της «κύριας δίκης» είτε αυτό επιλαμβάνεται επί της τακτικής αγωγής είτε επί της αιτήσεως ασφαλιστικών μέτρων. Εάν μάλιστα η αίτηση ανακλήσεως της προσωρινής διαταγής εκδικάζεται ταυτοχρόνως ή μετά από τη συζήτηση της αιτήσεως των ασφαλιστικών μέτρων ή της τακτικής αγωγής –εφόσον δηλαδή το δικαστήριο της κύριας δίκης έχει εποπτεία του συνόλου του πραγματικού και νομικού υλικού της υποθέσεως– δεν απαιτείται η επίκληση «μεταβολής πραγμάτων»⁹⁰. Δύναται να χωρήσει η ανάκληση της διαταγής ακόμα και εάν πιθανολογηθεί ότι δεν συνέτρεχαν οι προϋποθέσεις που οδήγησαν στην χορήγησή της⁹¹.

Μερίδα της θεωρίας διατύπωσε επιφυλάξεις εν σχέσει με τη δυνατότητα ανακλήσεως, από το δικαστήριο της κύριας δίκης, απορριπτικής διατάξεως προσωρινής διαταγής, ενόψει των ιδιαιτεροτήτων της τελευταίας⁹². Αφ'ης στιγμής, όμως, παρέχεται πλέον η δυνατότητα στο δικαστήριο της κύριας δίκης ανακλήσεως και απορριπτικής αποφάσεως ασφαλιστικών μέτρων, θα ήταν ανακόλουθο εάν αναγνωρίζετο περιορισμένη δραστηριότητα στην τελευταία. Δυσχερώς, με άλλα λόγια, θα μπορούσε να νοηθεί εξου-

88 Βλ. ήδη τις – προ του ν. 4335/2015 – ορθές παρατηρήσεις του Γ. Νικολόπουλου, Η ανάκληση των αποφάσεων των ασφαλιστικών μέτρων³, ό.π., σελ. 147 επ. και του Δ. Κονδύλη, Το δεδικασμένο κατά τον ΚΠολΔ², ό.π., σελ. 705 επ. Πρβλ. και τη νομοθετική πρόταση – δίχως όμως αυτή να συνοδεύεται από συνταγματικού επιπέδου επιχειρηματολογία – Ι. Χαμηλοθώρη, Ανάκληση αποφάσεων ασφαλιστικών μέτρων, Δ 34 (2003), σελ. 844 επ. (851).

89 Έτσι ρητώς η Αιτιολογική Έκθεση ν. 4335/2015, ΚωδNoB, 2015, VI 9, 779. Πρβλ. και ΕφΛαρ 6/2019, ό.π.

90 Για τις προϋποθέσεις υπό τις οποίες είναι δυνατή η ανάκληση αποφάσεων ασφαλιστικών μέτρων άνευ πιθανολογήσεως «μεταβολής πραγμάτων» κατ'άρθρο 697 ΚΠολΔ, βλ. την ορθή επιχειρηματολογία του Κράνη σε Κεραμέα/Κονδύλη/Νίκα, ΚΠολΔ², αρθρ. 697, 4.

91 Βλ. όμως Ι. Δελγκωστόπουλο, Η προσωρινή διαταγή κατά τον ΚΠολΔ, ό.π., σελ. 111.

92 Π. Γιαννόπουλος, Διαδικαστικά ζητήματα προσωρινής διαταγής, ό.π., σελ. 373.

σία –επί της ουσίας⁹³– εκδόσεως αποφάσεως ασφαλιστικών μέτρων, άνευ δυνατότητας χορηγήσεως προσωρινής διαταγής.

5. Η χορηγηθείσα προσωρινή διαταγή παύει να αναπτύσσει την ισχύ της εάν ανεκλήθη ή, αυτοδικαίως, εάν δεν έλαβε χώρα συζήτηση κατά την ορισθείσα δικάσιμο των ασφαλιστικών μέτρων. Αυτοδίκαιη άρση της ισχύος της προσωρινής διαταγής συντρέχει και στην περίπτωση εκδόσεως οριστικής αποφάσεως ασφαλιστικών μέτρων καταλύουσας την εκκρεμοδικία.

Ειδικότερα, εάν η προσωρινή διαταγή με περιεχόμενο ενέργεια, παράλειψη ή ανοχή έχει εκδοθεί στο πλαίσιο αιτήσεως ρυθμιστικών μέτρων, η τυχόν αποδοχή τους μεταβάλλει απλώς το κανονιστικό υπόβαθρο κατά το περιεχόμενο της αποφάσεως. Επί απορρίψεως δε της αιτήσεως, η άρση της προσωρινής διαταγής επάγεται μεν αυτοδικαίως αναδρομικά αποτελέσματα, στερείται εν τούτοις εμπράγματος χαρακτήρα, ενεργοποιούνται δε οι διατάξεις των άρθρων 702, 703, 940 § 3 ΚΠολΔ, αναλογικώς εφαρμοζόμενες⁹⁴.

Εάν η έχουσα ως περιεχόμενο την απαγόρευση μεταβολής νομικής καταστάσεως προσωρινή διαταγή χορηγήθηκε στο πλαίσιο αιτήσεων συντηρητικής κατασχέσεως ή δικαστικής μεσεγγυήσεως, η *αποδοχή των τελευταίων* μεταβάλλει απλώς το νομικό θεμέλιο της απαγορεύσεως διαθέσεως (βλ. άρθρα 715 § 1, 727 ΚΠολΔ)⁹⁵. Επί της ουσίας πρόκειται για περίπτωση *απορροφήσεως* των συνεπειών της προσωρινής διαταγής από τις συνέπειες της αποφάσεως των ασφαλιστικών μέτρων. Επί αιτήσεως δε προσημειώσεως υποθήκης, η προσωρινή διαταγή περί απαγορεύσεως διαθέσεως παύει να ισχύει, δοθέντος ότι έχει εκπληρώσει την εξασφαλιστική της λειτουργία. Σε όλες τις ως άνω περιπτώσεις, οι συνέπειες εκ της παραβάσεως της προσωρινής διαταγής, κατά το διάστημα που αυτή ανέπτυξε την ενέργειά της, δεν χάνουν αναδρομικώς την ισχύ τους, δύναται δηλ. να τις επικαλεστεί ο νικήσας στην δίκη των ασφαλιστικών μέτρων διάδικος. Στην περίπτωση δε που απορριφθεί τελεσίδικα η κύρια αγωγή, η άρση της, δυνάμει προσωρινής διαταγής, απαγορεύσεως διαθέσεως λειτουργεί κατ'αρχήν *ex nunc*, δεδομένου ότι έχει ήδη απορροφηθεί στις όμοιες συνέπειες

93 Υπό την έννοια ότι η ανάκληση απορριπτικής αποφάσεως ασφαλιστικών μέτρων, επί της ουσίας ισοδυναμεί με διαταγή τους.

94 Δ. Κράνης, Προσωρινή διαταγή, ανάκληση και μετενέργεια των ασφαλιστικών μέτρων, ό.π., σελ. 34 επ. · Γ. Νικολόπουλος, Η ανάκληση των αποφάσεων των ασφαλιστικών μέτρων³, ό.π., σελ. 305 επ. όπου και περαιτέρω ανάλυση.

95 Έτσι, ορθώς, Χρ. Ευθυμίου, Η απαγόρευση διάθεσης στον ΚΠολΔ, ό.π., σελ. 103. Στην ίδια κατεύθυνση και η μειοψηφία της ΟΛΑΠ 20/2015, ό.π. Πρβλ. όμως αντιθ. Κ. Καλαβρό, Σχέση ασφαλιστικών μέτρων και κύριας δίκης ή ασφαλιστικά μέτρα και ουσιαστικό δίκαιο, ό.π., σελ. 781.

της αποφάσεως που διέταξε τα συντηρητικά ασφαλιστικά μέτρα, η άρση των οποίων ομοίως δεν ενεργεί, κατά την κρατούσα άποψη, αναδρομικώς. Ωστόσο, είναι εξαιρετικά αμφίβολο εάν σε μία τέτοια περίπτωση, ο υπέρ ου η προσωρινή διαταγή και απωλέσας τελεσιδίκως την κύρια δίκη, μπορεί πράγματι πλέον να δικαιολογήσει ειδικό έννομο συμφέρον επικλήσεως της υπέρ αυτού ταχθείσας σχετικής ακυρότητας⁹⁶.

ΣΤ. Σχέση προσωρινής διαταγής και κύριας δίκης: ειδικότερα η ΟΛΑΠ 20/2015

1. Εάν χορηγήθηκε προσωρινή διαταγή με περιεχόμενο την απαγόρευση μεταβολής της νομικής καταστάσεως πράγματος και *απερρίφθη* κατόπιν η σχετική *αίτηση* ασφαλιστικών μέτρων, ο υπέρ ου η διαταγή δεν δύναται να επικαλεστεί εντεύθεν την ισχύ της. Στην περίπτωση αυτή, παύει η ισχύς της προσωρινής διαταγής αυτοδικαίως και *αναδρομικώς* και δη ανεξαρτήτως της εκβάσεως της διανοιχθείσας ή διανοιχθησόμενης κύριας δίκης⁹⁷. Μολαταύτα, έγινε δεκτό από τη νομολογία του Ακυρωτικού ότι ο υπέρ ου η προσωρινή διαταγή, με περιεχόμενο την απαγόρευση μεταβολής της νομικής καταστάσεως του πράγματος, δικαιολογεί έννομο συμφέρον επικλήσεως της ακυρότητάς της, κατά παράβαση της εν λόγω διαταγής, διαθέσεως ακόμα κι αν απερρίφθη η αίτηση ασφαλιστικών μέτρων υπό την προϋπόθεση ότι έγινε δεκτή η κύρια αγωγή του⁹⁸. Η παύση δηλ. της ισχύος της προσωρινής διαταγής δεν ενεργεί αναδρομικώς, δέχεται ο Άρειος Πάγος στην υπ.αριθμ. 20/2015 απόφαση της Ολομέλειάς του, ακόμα κι αν απερρίφθη η σχετική αίτηση, εφόσον εν τέλει δικαιωθεί ο αιτών στην κύρια δίκη. Βασικό δε επιχείρημα της ως άνω νομολογιακής εκδοχής αποτελεί η

96 Πρβλ. συναφώς Δ. Κράνη, Προσωρινή διαταγή, ανάκληση και μετενέργεια των ασφαλιστικών μέτρων, ό.π. σελ. 33.

97 Βλ. σε αυτήν την κατεύθυνση, Π. Κολοτούρο, Δικονομικά ζητήματα από την πρόσφατον νομολογίαν του Αρείου Πάγου, ό.π. σελ. 343 · Κ. Καλαβρό, Σχέση ασφαλιστικών μέτρων και κύριας δίκης ή ασφαλιστικά μέτρα και ουσιαστικό δίκαιο, ό.π. σελ. 768 · τον ίδιο, Ασφαλιστικά μέτρα και ουσιαστικό δίκαιο, ΕΠολΔ 2018, σελ. 250 επ. (251 επ.) · Δ. Κράνη, Προσωρινή διαταγή, ανάκληση και μετενέργεια των ασφαλιστικών μέτρων, ό.π. σελ. 32 επ. · Γ. Νικολόπουλο, Η ανάκληση των αποφάσεων των ασφαλιστικών μέτρων³, ό.π. σελ. 302 επ. · Ι. Δελικωστόπουλο, Η προσωρινή διαταγή κατά τον ΚΠολΔ, ό.π. σελ. 55 · Χρ. Ευθυμίου, Η απαγόρευση διάθεσης στον ΚΠολΔ, ό.π. σελ. 103 επ. Πρβλ. και τη μειοψηφία της ΟΛΑΠ 20/2015, ό.π.

98 ΟΛΑΠ 20/2015, ό.π. Σύμφωνα Αθ. Κουτρομάνος, Οι συνέπειες παράβασης της προσωρινής διαταγής, ΕΠολΔ 2018, σελ. 247 επ. Πρβλ. και Αλ. Σπυρίδωνος, Ο προσωρινός (ι) χαρακτήρας της ρύθμισης κατάστασης με ασφαλιστικά - Πρόταση εφέσεως κατά απόφασης προσωρινής ρύθμισης κατάστασης απονέμουσας δικαίωμα ψήφου ΑΕ, ΕΠολΔ 2019, σελ. 160 επ. (185, 193).

απευθείας διασύνδεση των συνεπειών της παραβίασεως της προσωρινής διαταγής με τον σκοπό της κύριας δίκης, ήτοι με την «πραγμάτωση του εξ αντικειμένου δικαίου»⁹⁹. Προς περαιτέρω δε ενίσχυση τούτης της θεμελιώσεως, γίνεται επίκληση της διατάξεως του άρθρου 703 ΚΠολΔ. Επισημαίνει, ειδικότερα, η ΟΛΑΠ 20/2015, ότι «δεν είναι αδιάφορη η δημιουργία (στα πλαίσια της προσωρινής δικαστικής προστασίας) κατάστασης αντίθετης προς το ουσιαστικό δικαίωμα, αφού με τη ρύθμιση και υπό τις προϋποθέσεις του άρθρου 703 ΚΠολΔ, ανάγεται σε παράνομη συμπεριφορά, δημιουργική ιδιόρρυθμης αδιοπρακτικής ευθύνης, η υλοποίηση ασφαλιστικών μέτρων παρά την έλλειψη ουσιαστικού δικαιώματος».

2. Η θέση αυτή δεν είναι ορθή. Ως ήδη σημειώθηκε, η προσωρινή διαταγή αποτελεί όχι μόνο τελολογικό αλλά και διαδικαστικό παρεπόμενο της αιτήσεως των ασφαλιστικών μέτρων, δοθέντος ότι η χορήγησή της αποσκοπεί στην εξασφάλιση της δραστηκότητας των συνεπειών της διατάσσουσας ασφαλιστικά μέτρα αποφάσεως. Έτερο σκοπό η προσωρινή διαταγή δεν υπηρετεί, ως στερούμενη διαδικαστικής αυτοτέλειας. Διαφορετικό συμπέρασμα δεν αντλείται ούτε από την τυχόν επίκληση της, κατά την επικρατήσασα άποψη, ex nunc ισχύος αποφάσεως περί ανακλήσεως των ασφαλιστικών μέτρων¹⁰⁰. Τα ασφαλιστικά μέτρα, καίτοι αποτελούν τελολογικό παρακολούθημα της κύριας διαγνωστικής δίκης, εμφανίζουν εν τούτοις διαδικαστική αυτοτέλεια έναντι αυτής, παριστούν δηλ. ξεχωριστό αντικείμενο δίκης συναρτώμενο από το αίτημα παροχής προσωρινής δικαστικής προστασίας και καθοριζόμενο από τις ανάγκες αυτής¹⁰¹. Όστε, η αναλογική μεταφορά της χρονικής εκτάσεως συνεπειών της ανακλήσεως ή της άρσεως των ασφαλιστικών μέτρων επί άρσεως ή ανακλήσεως προσωρινής διαταγής δεν είναι δυνατή, διότι συνιστά περίπτωση μεταβάσεως σε άλλο

99 Βλ. εγγυτ. Αθ. Κουτρομάνο, Οι συνέπειες παράβασης της προσωρινής διαταγής, ό.π, σελ. 249.

100 Έτσι, όμως, επί της ουσίας ΑΠ 1340/2017, ΝΟΜΟΣ, η οποία φαίνεται να συνδέει τις παραδοχές της ΟΛΑΠ 20/2015 με την ex nunc ισχύ της ανακλήσεως των ασφαλιστικών μέτρων.

101 Πρβλ. ορθώς Κ. Καλαβρό, Σχέση ασφαλιστικών μέτρων και κύριας δίκης ή ασφαλιστικά μέτρα και ουσιαστικό δίκαιο, ό.π, σελ. 771 επ. Υπ'αυτήν την έννοια η ΟΛΑΠ 20/2015, ό.π. πράγματι δεν μπορεί να θεωρηθεί ότι αποκλίνει από τις παραδοχές της ΟΛΑΠ 497/1978, ΝοΒ 1978, 668. Βλ. Π. Γέσιου – Φαλτσή, Συμμετοχή και ψήφο σε Γενική Συνέλευση Ανώνυμης Εταιρείας δυνάμει αποφάσεως ασφαλιστικών μέτρων για την προσωρινή ρύθμιση καταστάσεως επί αμφισβητήσεως της μετοχικής ιδιότητας προσώπου. Ζητήματα ανακλήσεως της παραπάνω αποφάσεως, ό.π, σελ. 92. Πρβλ. όμως Αλ. Σπυρίδωνος, Ο προσωρινός (;) χαρακτήρας της ρύθμισης κατάστασης με ασφαλιστικά - Πρόταση εφέσεως κατά απόφασης προσωρινής ρύθμισης κατάστασης απονέμουσας δικαίωμα ψήφου ΑΕ, ό.π, σελ. 185 και ιδίως Ι. Δεληκωστόπουλο, Η προσωρινή διαταγή κατά τον ΚΠολΔ, ό.π, σελ. 70, ορθώς επισημαίνοντα ότι, εξ επόψεως διαφυλάξεως της ασφάλειας των συναλλαγών, οι δύο αποφάσεις της Ολομέλειας του Ακυρωτικού βρίσκονται σε διάσταση.

γένος¹⁰². Πέραν δε τούτων, ο Άρειος Πάγος εξαρτά την κατάφαση του εννόμου συμφέροντος επικλήσεως της ακυρότητας εκ μέρους του υπέρ ου η προσωρινή διαταγή εκ της τελεσιδίκης εκβάσεως της κύριας τακτικής δίκης, ήτοι εκ γεγονότος *μέλλοντος, αβέβαιου όσο και αναστρέψιμου*. Τούτο μπορεί να έχει ως συνέπεια να *μεταλλάσσεται χρονικώς* η ύπαρξη εννόμου συμφέροντος του υπέρ ου. Ενδέχεται να αναγνωρίζεται, μετά την απόρριψη της αιτήσεως των ασφαλιστικών μέτρων, χρονικό διάστημα όπου *ίσως δεν δύναται* να επικαλεστεί ο υπέρ ου την ακυρότητα της διαθέσεως, κατόπιν χρονικό σημείο, κατά το οποίο μπορεί να λάβει χώρα η σχετική επίκληση, εφόσον γίνει τελεσιδικώς δεκτή η κύρια αγωγή του, έπειτα δε –λ.χ. ύστερα από την ευδοκίμηση έκτακτου ένδικου μέσου ασκηθέντος υπό του αντιδίκου του– να επέρχεται εκ νέου απώλεια εννόμου συμφέροντος επικλήσεως κ.ο.κ. Η δημιουργία, βέβαια, μίας *μετέωρης καταστάσεως*, μεταξύ εγκύρου και ακύρου, αποτελεί αναπόφευκτο όσο και εγγενές μειονέκτημα της κατασκευής της σχετικής ακυρότητας εν γένει¹⁰³. Η ασφάλεια δικαίου, ωστόσο, δεν υπονομεύεται τόσο εάν σε ύστερο χρόνο απωλέσθη το έννομο συμφέρον επικλήσεως της ακυρότητας διαθέσεως, η οποία έλαβε χώρα *κατόπιν αποδοχής* αιτήσεως συντηρητικής κατασχέσεως, δικαστικής μεσεγγυήσεως ή προσημειώσεως υποθήκης. Διότι οι κοινωνοί του δικαίου δρουν και, κατά κανόνα, συμμορφώνονται στις συνέπειες της αποφάσεως των ασφαλιστικών μέτρων, η οποία (όπως και η προσωρινή διαταγή) εγγράφεται και στα δημόσια βιβλία¹⁰⁴. Δεν συμβαίνει, ωστόσο, το ίδιο και στην περίπτωση κατά την οποία εξεδόθη απόφαση απορρίπτουσα την αίτηση ασφαλιστικών μέτρων · οι συναλλασσόμενοι, τότε, *ευλόγως δρουν* επί τη βάσει τούτης της δικαιοδοτικής κρίσεως, ακόμα κι αν χορηγήθηκε προηγουμένως προσωρινή διαταγή. Διαφορετικά, πλήττεται καίρια η ασφάλεια των συναλλαγών¹⁰⁵, προσνέμεται δε μεγαλύτερη ισχύς στην προσωρινή διαταγή έναντι της αποφάσεως των ασφαλιστικών μέτρων¹⁰⁶.

102 Περί της «μεταβάσεως εις άλλο γένος» ως αποκρουστέας μορφής ψευδώνυμου συλλογισμού, βλ. αντί πολλών Θ. Βορέα, Λογική, τ. Ι – Ακαδημικά, Αθήναι, 1932, σελ. 214, 217.

103 Βλ. εγγυτ. Ι. Αραβαντινό, Ακυρότης, μερική ακυρότης, μετατροπή – Συμβολή εις την θεωρίαν του ανισχύρου, 1957, σελ. 18 επ. και ιδίως Μ. Σταθόπουλο, Μορφές ανισχύρου δικαιοπραξιών, ΧρΙΔ 2013, 321 επ. (328) · τον ίδιο, σε ΑΚ Γεωργιάδη/Σταθόπουλου, τ. ΙΧ, Εισ. παρατ. σε άρθρα 1825-1845, 31. Πρβλ. επίσης, Σ. Ιωακείμиду, Η σχετική ακυρότητα της δικαιοπραξίας, 2013, σελ. 160 επ.

104 Βλ. όμως Κ. Καλαβρό, Σχέση ασφαλιστικών μέτρων και κύριας δίκης ή ασφαλιστικά μέτρα και ουσιαστικό δίκαιο, ό.π, σελ. 781.

105 Πρβλ. Ι. Δεληκωστόπουλο, Η προσωρινή διαταγή κατά τον ΚΠολΔ, ό.π, σελ. 56.

106 Έτσι ορθώς και Α. Βαθρακοκόιλης, ΕλλΔνη 2016, σελ.181.

Εάν όμως το κριτήριο της ασφάλειας των συναλλαγών αναδεικνύεται ως ουσιώδες για την υπό διαπραγμάτευση προβληματική, η περαιτέρω επίκληση της διατάξεως του άρθρου 703 ΚΠολΔ αποβαίνει και αυτή ερμηνευτικώς αλυσιτελής. Δεν είναι κρίσιμη η ενδεχόμενη ex post παρατήρηση περί της ασυμφωνίας ανάμεσα στην τελεσιδίκη δικανική κρίση περί της υπάρξεως ή μη του ασφαλιστέου δικαιώματος αφ' ενός και του περιεχομένου της παρασχεθείσας προσωρινής δικαστικής προστασίας αφ' ετέρου. Κρίσιμος είναι ο προσδιορισμός των προϋποθέσεων της, *έστω και έμμεσης*, ανατροπής – ή τουλάχιστον του μετριασμού – των συνεπειών που διέπλασσε η τελευταία. Είναι βέβαια αληθές ότι το άρθρο 703 ΚΠολΔ έχει ως σκοπό του την προστασία του καθ' ου, στην περίπτωση που η εις βάρος του ασκηθείσα αγωγή απορριφθεί τελεσιδικώς για ουσιαστικούς λόγους. Τούτη ωστόσο η τελολογία έχει *δευτερεύοντα* χαρακτήρα, αναπτύσσει δηλαδή όλως εξαιρετικώς τις συνέπειές της. Διότι η ιδιόρρυθμη αδιοπρακτική ευθύνη που καθιερώνει το άρθρο 703 ΚΠολΔ παριστά ουσιωδώς αυστηρότερο πραγματικό έναντι της γενικής αδιοπρακτικής ευθύνης του άρθρου 914 ΑΚ¹⁰⁷ · τούτο δικαιολογείται εκ της ανάγκης όπως εμπεδωθεί η *εμπιστοσύνη στο σύστημα της προσωρινής δικαστικής προστασίας*¹⁰⁸.

Ζ. Αναγκαστική εκτέλεση της προσωρινής διαταγής

1. Οι αποφάσεις των ασφαλιστικών μέτρων έχουν πάντοτε *διαπλαστικό* χαρακτήρα, δοθέντος ότι επιδρούν καθοριστικά επί των ουσιαστικών σχέσεων

107 Άρθρ. 703 ΚΠολΔ: «...μόνο αν γνώριζε ή από βαριά αμέλεια αγνοούσε ότι υπάρχει το δικαίωμα». Πρβλ. και Κ. Μπέη, ΠολΔ, ό.π, άρθρ. 703, σελ. 255

108 Στην πρώτη διατύπωσή της, στο διάγραμμα του Εισηγητή Γ. Οικονομόπουλου, η διάταξη του σημερινού άρθρου 703 ΚΠολΔ δεν αξίωνε κανένα βαθμό υπαιτιότητας εκ μέρους του υπέρ ου τα ασφαλιστικά μέτρα. Έναντι τούτης της ρυθμίσεως αντέδρασε το πρώτον ο Ι. Σακκέτας στη Συντακτική (ΣχΠολΔ, τ. V, σελ. 516 επ.) και έπειτα και οι Γ. Μητσόπουλος και Εμμ. Μιχελάκης στην Αναθεωρητική Επιτροπή του ΚΠολΔ (ΠρΑνΕπ, σελ. 355 επ.). Ο μεν Εισηγητής ομιλούσε επί της ουσίας περί ευθύνης από διακινδύνευση, όσοι όμως αξίωναν και την υπαιτιότητα προειδοποιούσαν πως άνευ της τελευταίας προϋποθέσεως: «θα επηρεασθή ο θεσμός δεδομένου ότι κατά του ζητήσαντος τα μέτρα ταύτα θα απειλήται υποχρέωσις αποζημιώσεως» (έτσι Ι. Σακκέτας σε ΣχΠολΔ, ό.π.). Εν τέλει υιοθετήθηκε η σημερινή ρύθμιση στην Αναθεωρητική Επιτροπή – του Γ. Οικονομόπουλου μειοψηφίσαντος – ώστε αυτή να εναρμονισθεί με την αντίστοιχη διάταξη του – σημερινού – άρθρου 940 § 1 ΚΠολΔ (βλ. ΠρΑνΕπ, ό.π, σελ. 432). Για τη νομική φύση της αντίστοιχης διατάξεως της § 945 dZPO, η οποία – όμοια με το αρχικό σχέδιο του Εισηγητή Γ. Οικονομόπουλου – δεν αξίωνει υπαιτιότητα του υπέρ ου τα ασφαλιστικά μέτρα, πρβλ. *Gaul/Schilken/Becker-Eberhard*, *Zwangsvollstreckungsrecht*¹², 2010, § 80, 1 επ., 4 επ. · *F. Baur*, *Studien zum einstweiligen Rechtsschutz*, ό.π, σελ. 99 επ. · *Brox/Walker*, *Zwangsvollstreckungsrech*¹¹, 2018, § 49, 1562 επ. · *W - D. Walker*, *Der einstweilige Rechtsschutz im Zivilprozess und im arbeitsgerichtlichen Verfahren*, 1993, σελ. 288 επ.

των διαδίκων. Δια της εκδόσεως τους δεν διαγιγνώσκονται αυθεντικά ήδη υπάρχουσες έννομες σχέσεις του ουσιαστικού δικαίου αλλά συστήνονται το πρώτον νέες¹⁰⁹. Τούτο μάλιστα διαφαίνεται ευκρινώς σε πολλές εκ των, ερειδόμενων επί της ευρείας δικαιοπλαστικής εξουσίας του δικαστηρίου, περιπτώσεων της προσωρινής ρυθμίσεως καταστάσεως κατ'άρθρο 732 ΚΠολΔ (λ.χ. χορήγηση δικαιώματος ψήφου σε Γ.Σ. Α.Ε.)¹¹⁰. Οι αποφάσεις αυτές, από τη φύση του πράγματος, δεν είναι δεκτικές εκτελέσεως¹¹¹. Δεν δύναται να εκτελεστεί, εξ άλλου, ούτε το ασφαλιστικό μέτρο της εγγυοδοσίας, διότι, ως ορθώς σημειώνεται, δεν συνιστά εκτελεστή υποχρέωση του καθ'ου αλλά δικονομικό του βάρος, υπό την έννοια ότι εάν δεν την παράσχει εκουσίως, θα είναι ευάλωτος σε έκδοση μεταρρυθμιστικής αποφάσεως η οποία θα αντικαθιστά την εγγυοδοσία με έτερο επαχθέστερο εξασφαλιστικό μέτρο¹¹². Τούτες οι περιπτώσεις αποτελούν την πρώτη κατηγορία αποφάσεων ασφαλιστικών μέτρων. Η διαπλαστική φύση, ωστόσο, των λοιπών δύο κατηγοριών αποφάσεων των ασφαλιστικών μέτρων χαρακτηρίζεται από *ιδιορρυθμία* καθώς για την πραγμάτωσή τους δεν αρκεί η έκδοσή τους αλλά απαιτείται *είτε* η διενέργεια επιπρόσθετων νομικών πράξεων *είτε* και η συμμόρφωση –εκούσια ή αναγκαστική– του καθ'ου¹¹³. Τα εξασφαλιστικά μέτρα της συντηρητικής κατασχέσεως, της δικαστικής μεσεγγυήσεως, της σφραγίσεως –αποσφραγίσεως και της προσημειώσεως υποθήκης ανήκουν σε τούτη την δεύτερη κατηγορία. Ούτε για τις εν λόγω περιπτώσεις μπορεί να γίνει λόγος περί αναγκαστικής εκτελέσεως αλλά περί μίας εν ευρεία εννοία πραγματώσεως των αποφάσεων¹¹⁴. Διότι η τελευταία δεν εξαρτάται

109 Πρβλ. Π. Κολοτούρο, Προσδοκώμενον δικαίωμα ως ασφαλιστέον δικαίωμα, Αρμ 2019, σελ. 695 επ. (702) · Δ. Κονδύλη, Το δεδικασμένο κατά τον ΚΠολΔ², ό.π, σελ. 697 επ. · Γ. Νικολόπουλο, Η ανάκληση των αποφάσεων των ασφαλιστικών μέτρων³, ό.π, σελ. 66 επ.

110 Βλ. και Κ. Μπέη, ΠολΔ, πριν το αρθρ. 731, σελ. 706 · Π. Γέσιου-Φαλτσή, Εκτέλεση ασφαλιστικού μέτρου προσωρινής ρυθμίσεως καταστάσεως (γνμδ), ΕφΑΔΠολΔ 2018, σελ.1137 επ. (1138).

111 Περί της, κατ'αρχήν, «αυτόματης» εκτελέσεως των διαπλαστικών αποφάσεων, βλ. *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, ZPR¹⁸, ό.π, §92, 15.

112 Έτσι Κ. Μπέης, ΠολΔ, ό.π, αρθρ.700, σελ. 219.

113 Για τούτη την ιδιορρυθμη διαπλαστική φύση των αποφάσεων των ασφαλιστικών μέτρων, βλ. και Κ. Παναγόπουλο, Δέσμευση και επανάληψη στα ασφαλιστικά μέτρα, ό.π, σελ. 86 · Δ. Κονδύλη, Το δεδικασμένο κατά τον ΚΠολΔ², ό.π, σελ. 698.

114 Πρβλ. Γ. Μαριδάκη/ Γ. Οικονομόπουλο, Γνμδ, ΝοΒ 1969, σελ. 933 επ. Έτσι, και Κ. Μπέης, ΠολΔ, αρθρ. 700, σελ. 219 επ. · Π. Γέσιου-Φαλτσή, Εκτέλεση ασφαλιστικού μέτρου προσωρινής ρυθμίσεως καταστάσεως ό.π, σελ. 1138 επ. · Δ. Δημητρίου, Ζητήματα από την εκτέλεση των αποφάσεων των ασφαλιστικών μέτρων, σε Ζητήματα Ασφαλιστικών Μέτρων, 2013, σελ. 127 επ. (165 επ.) · Κεραμεύς/Κονδύλης/Νίκας (-Κράνης), ΚΠολΔ², αρθρ. 700, 1 · Χ. Απαλαγάκη, Επαναφορά και αποζημίωση (μετά την αναγκαστική εκτέλεση), 1994, σελ. 202 επ.

από τη συμμόρφωση ή μη του καθ' ου¹¹⁵. Οι αποφάσεις που διατάσσουν συντηρητικά μέτρα δεν συνιστούν, συνεπώς, εκτελεστούς τίτλους. Η διαδικασία που απαιτείται για την πραγμάτωσή των εν λόγω αποφάσεων είναι απλοποιημένη, ταχεία · αρκεί το αντίγραφο ή το απόσπασμα τους – όχι το απόγραφο. Επί προσημειώσεως υποθήκης, αρκεί η εγγραφή της στα βιβλία υποθηκών κατ' άρθρο 1276 ΑΚ¹¹⁶. Τουναντίον, οι αποφάσεις που διατάσσουν διενέργεια πράξεως, παραλείψεως ή ανοχής κατ' άρθρο 731 ΚΠολΔ, επιδικάζουν απαιτήσεις κατ' άρθρο 728, διατάσσουν μέτρα νομής κατ' άρθρο 734 ΚΠολΔ ή περιέχουν διατάξεις επιτάσσουσες συμμόρφωση κατά τα άρθρα 732, 735 ΚΠολΔ, εντάσσονται στην τρίτη κατηγορία. Και οι εν λόγω αποφάσεις έχουν διαπλαστικό –και όχι καταψηφιστικό– χαρακτήρα¹¹⁷. Το διατακτικό τους, όμως, αξιώνει συμμόρφωση, εξαρτάται δηλ. η εκτέλεσή του από τη συμπεριφορά του καθ' ου. Υπ' αυτήν την έννοια, αποτελούν ιδιάζουσα περίπτωση διαπλαστικών αποφάσεων δεκτικών αναγκαστικής εκτέλεσεως¹¹⁸. Συνιστούν δε εκτελεστούς τίτλους κατ' άρθρο 904 § 2 α' ή 904 § 2 ζ' ΚΠολΔ¹¹⁹. Η αναγκαστική εκτέλεση, για τις εν λόγω μόνο περιπτώσεις¹²⁰, άρχεται με επίδοση αντιγράφου ή αποσπάσματος της αποφάσεως στον καθ' ου · για τη διενέργεια δε της επόμενης εκτελεστικής πράξεως απαιτείται παρέλευση εικοσιτεσσάρων ωρών (αρθρ. 700 § 2 β ΚΠολΔ). Οι διατάξεις των άρθρων 946, 947 ΚΠολΔ καλούνται, επίσης, σε εφαρμογή¹²¹.

2. Οι προσωρινές διαταγές ενδέχεται ωσαύτως να συνιστούν εκτελεστούς τίτλους (αρθρ. 904 § 2 ζ' ΚΠολΔ). Επί της αρχής ισχύει ότι οι προσωρινές διαταγές «εκτελούνται» μόλις καταχωριστούν, κάτω από την αίτηση ή στα πρακτικά, με βάση σημείωση του δικαστή που τις εξέδωσε και, αν πρόκειται για πολυμελές δικαστήριο, του προέδρου του (αρθρ. 700 § 3 ΚΠολΔ).

115 Κ. Μπέης, ΠολΔ, αρθρ. 700, σελ. 219.

116 Βλ. και Χ. Απαλαγάκη, Προσημείωση υποθήκης, ό.π., σελ. 185.

117 Υπό την έννοια ότι δεν άγουν σε αυθεντική διάγνωση ουσιαστικού δικαιώματος. Έτσι ορθώς Γ. Νικολόπουλος, Η ανάκληση των αποφάσεων των ασφαλιστικών μέτρων³, ό.π., σελ. 70, υποσ. 64 · Δ. Κράνης, Προσωρινή διαταγή, ανάκληση και μετενέργεια των ασφαλιστικών μέτρων, ό.π., σελ. 108. Βλ. όμως Π. Γέσιου-Φαλτσή, Εκτέλεση ασφαλιστικού μέτρου προσωρινής ρυθμίσεως καταστάσεως ό.π., σελ. 1138 («το χορηγούμενο ασφαλιστικό μέτρο (σς. 731) έχει χαρακτήρα καταψηφιστικό... η απόφαση που διατάσσει τα ασφαλιστικά μέτρα είναι ωστόσο πάντοτε διαπλαστική, ακόμα κι όταν υποχρεώνει σε πράξη, παράλειψη ή ανοχή»).

118 Πρβλ. και Π. Καργάδο, Το πρόβλημα των «διαπλαστικών» αγωγών και αποφάσεων, 1975, σελ. 243 επ.

119 Η συζήτηση περί της υπαγωγής των αποφάσεων των ασφαλιστικών μέτρων στο εδ. α ή ζ του άρθρου 904 § 2 στερείται πρακτικής σημασίας.

120 Βλ. και Π. Γέσιου-Φαλτσή, Εκτέλεση ασφαλιστικού μέτρου προσωρινής ρυθμίσεως καταστάσεως ό.π., σελ. 1139.

121 Πρβλ. ΑΠ 1291/2019, ΝοΒ 2020, 271.

Τούτη η νομοθετική πρόβλεψη αποτελεί εκδήλωση του διαπλαστικού χαρακτήρα των προσωρινών διαταγών. Και εδώ, επομένως, εφαρμόζονται οι προρρηθείσες τρεις διακρίσεις, *αναλόγως του περιεχομένου της προσωρινής διαταγής*. Έτσι λ.χ. η ανάθεση της ασκήσεως της επιμέλειας τέκνου δεν χρήζει εκτελέσεως. Αρκεί η σημείωση του δικαστή. Οι προσωρινές διαταγές, οι οποίες χορηγούνται στο πλαίσιο συντηρητικών ασφαλιστικών μέτρων έχουν συνήθως ως περιεχόμενο την απαγόρευση νομικής μεταβολής. Η παρά την απαγόρευση γενόμενη διάθεση εκ μέρους του καθ' ου επάγεται, ως ήδη σημειώθηκε, σχετική ακυρότητα της εκπαιδευτικής δικαιοπραξίας. Για την επέλευση της ακυρότητας προϋποτίθεται η προηγούμενη γνωστοποίηση της προσωρινής διαταγής στον καθ' ου ή τον καθολικό του διάδοχο (βλ. και ανωτ. υπό Δ, αρ. 3) ¹²². Διαταγές οι οποίες έχουν ως περιεχόμενο τη διενέργεια πράξεως, παραλείψεως ή ανοχής, θα πρέπει να επιδοθούν προηγουμένως στον καθ' ου και να λαμβάνεται πρόνοια κατά την έκδοσή της για την απειλή ή την επιβολή των ποινών των άρθρων 947 § 1 και 946 § 1 ΚΠολΔ (βλ. και ανωτ. υπό Δ, αρ. 2). Τότε μόνο μπορεί, κατ' ακριβολογία, να γίνει λόγος περί αναγκαστικής εκτελέσεως των προσωρινών διαταγών, η δε διάταξη του άρθρου 700 § 2 εδ.β' ΚΠολΔ τυγχάνει αναλογικώς εφαρμοστέα.

Η. Καταληκτικές παρατηρήσεις

Το νομοθετικό κενό που καταλείπεται αναφορικά με τις προϋποθέσεις και τις έννομες συνέπειες της προσωρινής διαταγής είναι ιστορικά ευεξήγητο. Όσο η προσωρινή διαταγή αποτελούσε ένα εξαιρετικό και σε κάθε περίπτωση στενού χρονικού ορίζοντα δικονομικό φαινόμενο, εύλογο ήταν και η κανονιστική της ρύθμιση να παρίστατο ελλιπής ή αποσπασματική. Η παρατηρούμενη τις τελευταίες δεκαετίες ραγδαία αύξηση των αιτήσεων παροχής προσωρινής δικαστικής προστασίας, συνεπέφερε και τον αντίστοιχο πολλαπλασιασμό των χορηγούμενων προσωρινών διαταγών¹²³. Επήλθε έτσι, συν τω χρόνω, μία πλήρης αναστροφή του σχήματος κανόνα / εξαιρέσεως · η νομοθετική πρόβλεψη, ωστόσο, εξακολούθησε, ακόμα και μετά τον ν. 4335/2015, να εμφανίζει ελλειπτικό χαρακτήρα. Ο φόβος υποκαταστάσεως της προσωρινής δικαστικής προστασίας από τις στερούμενες εγγυήσεων –ανάλογων με αυτές που απολαμβάνουν οι δικαστικές αποφάσεις– προσωρινές διαταγές, οδήγησε, θεωρία και νομολογία, σε μία *ουδέτερη θεώρησή* τους ως απλών «εκτελεστών τίτλων».

¹²² Βλ. και προηγ. σημ.

¹²³ Βλ. λ.χ. στατιστικά στοιχεία από το Πρωτοδικείο Αθηνών, για τη δεκαετία του 1990, σε Γ. Βελλή, Ο ρόλος και η πρακτική σπουδαιότητα των ασφαλιστικών μέτρων, σε Δ. Σκούρτη (επιμ.), Η σύγχρονη δυναμική των ασφαλιστικών μέτρων, 1999, σελ. 26 επ.

Δι' αυτού, όμως, του τρόπου αντιμετωπίζονται οι προσωρινές διαταγές *ως ένα εμβόλιμο ξένο σώμα*, αποκομμένο από το πλαίσιο της προσωρινής έννομης προστασίας. Εκλαμβάνονται –κατ'αποτέλεσμα– ως οιονεί αστυνομικού χαρακτήρα μέτρα¹²⁴, υποκείμενα στην αυθαίρετη κρίση του δικαστή ή του δικαστηρίου που κάθε φορά τις χορηγεί, τις απορρίπτει ή τις ανακαλεί. Η εκτεταμένη χρήση και η διευρυμένη χρονική ισχύς των προσωρινών διαταγών συνιστά, βέβαια, παθολογία της προσωρινής έννομης προστασίας, ήτοι, εν πολλοίς, απόρροια της βραδύτητας της απονομής της. Εκ τούτης ωστόσο της παραδοχής ουδόλως ακολουθεί ότι θα πρέπει η δικονομική τους μεταχείριση να επαφίεται στην *ad hoc* κρίση του δικάζοντος δικαστή. Αντιθέτως: όσο περισσότερο εκτεταμένη εμφανίζεται η χρήση των προσωρινών διαταγών, τόσο επιτακτικότερη αναδεικνύεται και η ανάγκη για μία *εκ των προτέρων δεδομένη* αποδοχή κανόνων, οι οποίοι να ορίζουν τις προϋποθέσεις και τις συνέπειες της χορηγήσεώς τους. Τούτοι οι κανόνες δεν μπορούν παρά να αντληθούν από το ίδιο το σύστημα της προσωρινής δικαστικής προστασίας, τη δραστικότητα της οποίας και η προσωρινή διαταγή καλείται να υπηρετήσει.

124 Έτσι λ.χ. ρητώς, Κ. Κεραμέυς, Πρόσθετοι λόγοι ανακοπής και προσωρινή διαταγή, ό.π., σελ. 501.

Η δημόσια διατύπωση επιστημονικής άποψης στην προβληματική της εξαίρεσης των διαιτητών¹

Δημήτρης Γ. Μπαμπινιώτης

Επ. Καθηγητής Νομικής Σχολής Δ.Π.Θ.

1. Το πρόβλημα και η γενικότερη ένταξή του στην προβληματική των *issue conflicts*

Πρόσωπο το οποίο ορίζεται ως διαιτητής ενδέχεται να έχει ήδη δημοσίως εκπεφρασμένη θέση επί συγκεκριμένου νομικού ζητήματος, το οποίο παρίσταται ως κρίσιμο για την επίλυση της διαφοράς. Ανακύπτει τότε το ερώτημα εάν συντρέχει λόγος εξαίρεσής του. Το πρόβλημα τοποθετείται στη βάση της *ελεγκτέας υπόθεσης* ότι η ενδιάθετη προδιάθεση του διαιτητή εν προκειμένω θα είναι να εμείνει κατά την άσκηση του δικαιοδοτικού του έργου στη θέση που και ο ίδιος έχει ήδη δημοσίως υποστηρίξει, επιλύοντας συμφώνως προς αυτήν την διαφορά, προκειμένου να μην αποστεί από τις προσωπικές του απόψεις, χωρίς να ελέγξει εκ νέου την ορθότητα της θέσης αυτής στη βάση των ισχυρισμών των διαδίκων και των πραγματικών δεδομένων της διαφοράς.

Ως θα ανέμενε κανείς, οι πραγματικές συνιστώσες του προβλήματος ανακύπτουν εξαιρετικά συχνά στην πράξη. Βασικό κριτήριο επιλογής διαιτητών είναι η αποδεδειγμένη επιστημονική τους επάρκεια, γνώση και εξειδίκευση στο αντικείμενο της διαφοράς. Διαιτητής λοιπόν που επιλέγεται στη βάση του συγκεκριμένου κριτηρίου, ακαδημαϊκός ή μη, θα έχει, κατά κανόνα τουλάχιστον, ικανό συγγραφικό έργο και γενικότερα επιστημονική παρουσία, στο πλαίσιο της οποίας αναμενόμενο είναι να έχει τοποθετηθεί επί μιας σειράς επιμέρους νομικών ζητημάτων. Όσο πιο περιχαρακωμένο είναι μάλιστα το επιστημονικό πεδίο με το οποίο σχετίζεται η διαφορά, τόσο πιο έντονο θα είναι το πρόβλημα, ιδίως δε εάν τα κεντρικά νομικά ζητήματα που ανακύπτουν είναι συγκεκριμένα και επαναλαμβανόμενα. Χαρακτηριστικό είναι σχετικώς το παράδειγμα της επενδυτικής διαιτησίας².

Υπό αμφισβήτηση τίθεται εν προκειμένω η *αμεροληψία* του διαιτητή. Δεν εξετάζεται ωστόσο αυτή υπό τη στενή της έννοια, η οποία συνδέεται με το πρόσωπο των διαδίκων, αλλά σε συνάρτηση προς τον τρόπο κατά τον οποίο

1 Η παρούσα μελέτη αφιερώνεται στον καθηγητή κ. Δ. Μανιώτη.

2 Βλ. σχετικά Report of the ASIL-ICCA Joint Task Force on Issue Conflicts in Investor-State Arbitration, ICCA Reports Series, Volume 3, 2016, *passim*

ο διαιτητής θα διεξέλθει τα νομικά ζητήματα που θα κρίνουν τη διαφορά. Εντάσσεται έτσι το ζήτημα στην προβληματική που περιγραφικά αποδίδεται ως «*issue conflicts*» και αφορά ακριβώς την ενδιάθετη στάση του διαιτητή απέναντι στο πραγματικό και νομικό υλικό της διαφοράς³.

Θα πρέπει να τονιστεί ότι η ενδιάθετη αυτή στάση του διαιτητή δεν θεωρείται αδιάφορη για την αμεροληψία του. Δεν υποστηρίζεται δηλαδή ότι ο διαιτητής θα πρέπει να θεωρείται άνευ ετέρου τινός αμερόληπτος σε κάθε περίπτωση κατά την οποία δεν συντρέχει λόγος αμφισβήτησης ο οποίος να συνδέεται ειδικώς με το πρόσωπο των διαδίκων ή των νομικών τους παραστατών. Αντίθετα, διεθνώς κρατεί η άποψη ότι και ζητήματα αναγόμενα στη στάση του διαιτητή έναντι, συγκεκριμένα, των πραγματικών και νομικών δεδομένων της διαφοράς *ενδέχεται* να θέτει ζήτημα αμεροληψίας του, ακόμη και αν δεν υφίστανται άλλοι λόγοι που αφορούν στενά τους διαδίκους⁴. Η θέση αυτή, ως αφετηριακή θέση αρχής, κρατεί απολύτως και στην ελληνική νομολογία, η οποία δέχεται ότι η αμεροληψία των διαιτητών, ως εννοιολογικό ήδη προαπαιτούμενο της δικαιοδοτικής τους λειτουργίας, δεν απαιτείται να υφίσταται μόνον έναντι των διαδίκων αλλά και έναντι των στοιχείων της διαφοράς⁵.

3 Για τη διάκριση αυτή μεταξύ λόγων εξαίρεσης που αφορούν στους διαδίκους ή τους νομικούς τους παραστάτες και λόγων εξαίρεσης που συνδέονται με την ίδια τη διαφορά κατά τα πραγματικά ή νομικά της δεδομένα βλ. *Brubaker*, *The Judge Who Knew Too Much: Issue Conflicts in International Adjudication*, *Berkeley Journal of International Law*, 2008, σ. 111 επ.· *Lal/Casey/Defranchi*, *Rethinking Issue Conflicts in International Commercial Arbitration*, *Dispute Resolution International*, 2020, σ. 3 επ., 5· *Zamour*, *Issue Conflicts and the Reasonable Expectation of an Open Mind: The Challenge Decision in Devas v. India and Its Impact Romain*, σε *Giorgetti* (επιμ.) *Challenges and Recusals of Judges and Arbitrators in International Courts and Tribunals*, σ. 227. Γενικά για την προβληματική των *issue conflicts* βλ. *Born*, *International Commercial Arbitration*, 3^η έκδ., 2021, σ. 2021 επ., με πλήθος περαιτέρω παραπομπών σε θεωρία και νομολογία.

4 *Effer-Uhe*, *Schiedsrichterliche Unabhängigkeit bei wissenschaftlichen Äußerungen*, *Schieds-VZ* 2018, σ. 75: «*Unter der Unparteilichkeit als subjektivem Maßstab wird die geistige Neigung des Schiedsrichters hinsichtlich der Parteien oder des verfahrensgegenständlichen Meinungsstreits verstanden*».

5 Βλ. έτσι ΟΛΑΠ 13/1995 ΕλλΔνη 1995.1524 = ΝοΒ 1996.404: «Εξάλλου η ανεξαρτησία του διαιτητή που απορρέει από τη δικαιοδοτική του ιδιότητα ως τρίτου κριτή, ο οποίος παραμένει πάνω από τους διστάμενους διαδίκους και τους αντιτιθέμενους ισχυρισμούς τους, επιβάλλεται να τηρείται όχι μόνο απέναντι στους διαδίκους αλλά και απέναντι στο πραγματικό υλικό, το οποίο τίθεται υπόψη του και πρόκειται να κριθεί απ' αυτόν. Με το εν λόγω υλικό πρέπει να έρχεται σε επαφή για πρώτη φορά υπό τη δικαιοδοτική του ιδιότητα ως διαιτητή με τρόπο που να αποκλείει τον επηρεασμό του από οποιαδήποτε προηγούμενη πρόσβαση σ' αυτό. Θεσπίζεται δηλαδή ως λόγος εξαιρέσεώς του η προηγούμενη ενασχόλησή του με την ίδια υπόθεση υπό την ιδιότητα του μάρτυρα ή την πραγματογνώμονα ή του συμβούλου. Απόρροια της ανεξαρτησίας του αυτής απέναντι στο πραγματικό υλικό της διαφοράς αποτελεί και η απαγόρευση να χρησιμοποιεί τις ιδιωτικές του γνώσεις κατά την κρίση της διαφοράς διότι δεν συμβιβάζεται με τη δικαιοδοτική του ιδιότητα». Βλ. επίσης,

Η σημασία η οποία αποδίδεται στον τρόπο κατά τον οποίον ο διαιτητής θα διεξέλθει τα πραγματικά και νομικά δεδομένα της διαφοράς δεν θα πρέπει να εκπλήσσει. Η περιγραφική διάκριση μεταξύ λόγων εξαίρεσης που αφορούν ευθέως και άμεσα το πρόσωπο των διαδίκων και λόγων εξαίρεσης που αφορούν στην ενδιάθετη στάση του διαιτητή απέναντι στα δεδομένα της διαφοράς ανεξάρτητα από τους διαδίκους, όσο χρήσιμη και αν είναι για τη σχηματοποίηση της ύλης, την ακριβή περιγραφή των κατ' ιδίαν περιπτώσεων και τον εντοπισμό των ιδιαιτεροτήτων τους, δεν μεταβάλλει την ουσία του ζητήματος.

Και στις περιπτώσεις που αντιμετωπίζονται ως εκφάνσεις της γενικότερης προβληματικής των *issue conflicts*, ο διαιτητής δεν μεροληπτεί μεν ευθέως υπέρ ή σε βάρος του προσώπου των διαδίκων, ενδέχεται ωστόσο να μεροληπτεί υπέρ ή σε βάρος των θέσεων των διαδίκων. Η ουσία προφανώς δεν μεταβάλλεται. Με αναγωγή στην έκβαση της διαιτητικής δίκης, ωφελείται, αδιάφορα έμμεσα και εκ του αποτελέσματος, εκείνος ο διάδικος οι θέσεις του οποίου ταυτίζονται με τις θέσεις του διαιτητή ενώ βλάπτεται ο αντίδικός του. Η δεδομένη δε σχέση της προβληματικής της αμεροληψίας προς τις αρχές τις εκατέρωθεν ακρόασης και της ίσης μεταχείρισης επίσης δεν διαφοροποιείται. Ο ένας διάδικος υπερισχύει χωρίς να απαιτηθεί να θεμελιώσει με πραγματικά και νομικά επιχειρήματα τη βασιμότητα των αιτημάτων του ενώ ο έτερος διάδικος ηττάται χωρίς να του έχει δοθεί ποτέ η πραγματική δυνατότητα να πράξει το αντίθετο. Το ότι η κρίσιμη αυτή ανισορροπία δεν προκαλείται από λόγους που ανάγονται στο πρόσωπο των διαδίκων αλλά από λόγους που ανάγονται στην ενδιάθετη στάση του διαιτητή προς τα στοιχεία της διαφοράς, ουδεμία απολύτως σημασία έχει.

Τούτων λεχθέντων μια σημαντική ποιοτική διαφορά μεταξύ των δύο ως άνω κατηγοριών όντως υφίσταται. Οι περιστάσεις που ανάγονται στο πρόσωπο των διαδίκων μερών ή των νομικών τους παραστατών, ιδίως δε εκείνες που αφορούν σε παρελθοντική ή υφιστάμενη σχέση που τους συνδέει με τον διαιτητή, *ενδεικνύουν* θα έλεγε κανείς την έλλειψη αμεροληψίας και, καταρχήν τουλάχιστον, οδηγούν στην κατάφαση της συνδρομής λόγου εξαίρεσης. Αυτός είναι ο κανόνας. Εξάλλου, οι περιστάσεις αυτές είναι συνήθως ευχερώς διαπιστώσιμες έτσι ως έχουν συγκεκριμένο αποτύπωμα στην εμπειρική πραγματικότητα. Αντίθετα, οι περιστάσεις που συνδέονται με την προβληματική των *issue conflicts*, από τη φύση τους ήδη, δεν οδηγούν οιονεί αυτόματα στο συμπέρασμα της μεροληψίας. Τούτο οφείλεται και στο γεγονός ότι η σύνδεση προς τα ίδια τα διάδικα μέρη δεν είναι άμεση και δεδομένη⁶. Γι' αυτό και η

όλως ενδεικτικά, ΑΠ 1807/2014 ΝΟΜΟΣ· ΑΠ 40/2010 ΝΟΜΟΣ· ΑΠ 1429/2005 ΝΟΜΟΣ· ΑΠ 815/1999 ΝΟΜΟΣ.

6 Στην ανάλυση που προηγήθηκε ευθύς ανωτέρω στο κείμενο τονίστηκε ότι ο διαιτητής δεν θα πρέπει να θεωρείται άνευ ετέρου τινός αμερόληπτος εφόσον δεν συντρέχουν πε-

κατάφαση του λόγου εξαίρεσης στις περιπτώσεις αυτές συνιστά την εξαίρεση και όχι τον κανόνα. Περαιτέρω, οι ίδιες περιστάσεις, έτσι ως συνδέονται προς την *ενδιάθετη* στάση του διαιτητή απέναντι στα πραγματικά και νομικά δεδομένα της διαφοράς και την *εσωτερική* διεργασία σχηματισμού της δικανικής του πεποίθησης είναι δυσχερώς διαπιστώσιμες, πολλώ δε μάλλον αποδείξιμες.

Τέλος, θα πρέπει ήδη εισαγωγικά να επισημανθεί ότι για την εξαίρεση του διαιτητή απαιτείται αλλά και αρκεί η συνδρομή κατ' αντικειμενική θεώρηση εύλογων αμφιβολιών ως προς την αμεροληψία του. Απόδειξη πραγματικής μεροληψίας –η οποία είναι και εκ των πραγμάτων αδύνατη– δεν απαιτείται. Η λύση αυτή, τουλάχιστον όσον αφορά στην διεθνή διαιτησία, κρατεί στη συντριπτική πλειοψηφία των επιμέρους δικαίων, συμπεριλαμβανομένου του ελληνικού, αποτυπώνεται δε ρητά στο άρθρο 12 του Πρότυπου Νόμου της UNCITRAL⁷. Με αναφορά στο συγκεκριμένο μέτρο χωρούν οι αναπτύξεις που έπονται.

2. Η νομική προδιάθεση του διαιτητή εν γένει

Όπως ευθύς εξαρχής αναφέρθηκε, στον πυρήνα της προβληματικής βρίσκεται η υπόθεση πως ο διαιτητής θα είναι προδιατεθειμένος να κρίνει επί της διαφοράς κατά τέτοιον τρόπο ώστε να μην αποστεί από τις προσωπικές του θέσεις τις οποίες έχει ήδη διατυπώσει δημόσια. Κρίσιμη λοιπόν καθίσταται η έννοια αυτή της *προδιάθεσης* (*predisposition - predilection*) ή *προαντίληψης* (*preconception*) του διαιτητή υπέρ συγκεκριμένων θέσεων⁸.

Η έννοια αυτή θα πρέπει να εξεταστεί κατά πρώτον γενικά. Εάν όντως η συνδρομή της οιασδήποτε νομικής προδιάθεσης του διαιτητή αρκεί ώστε εκείνος να θεωρείται εξαιρετέος, παρέλκει και οποιαδήποτε περαιτέρω εξέταση στο ζήτημα που μας αφορά. Αυτό γιατί, στην εξεταζόμενη περίπτωση μια τέτοια προδιάθεση θα υφίσταται άνευ ετέρου τινός. Ο διαιτητής θα έχει υποστηρίξει κάποια συγκεκριμένη θέση προφανώς θεωρώντας την ορθή. Επομέ-

ριστάσεις που ανάγονται στο πρόσωπο των διαδίκων ή των νομικών τους παραστατών. Τονίστηκε δηλαδή ότι και περιστάσεις που ανάγονται στην ενδιάθετη στάση του απέναντι στο αντικείμενο της διαφοράς ενδέχεται να εγείρουν *αυτοτελώς* ζήτημα αμεροληψίας. Αυτό ωστόσο δεν σημαίνει ότι η έλλειψη άμεσης σύνδεσης προς το πρόσωπο των διαδίκων είναι απολύτως αδιάφορη και στην περίπτωση αυτή. Τουναντίον, θα έλεγε κανείς ότι η έλλειψη αυτή θέτει υψηλότερα τον πήχη. Απαιτεί τη συνδρομή ιδιαίτερων περιστάσεων που δικαιολογούν το συμπέρασμα ότι ο διαιτητής θα κρίνει μεροληπτικά, καίτοι δεν υφίσταται κανένας προφανής λόγος, συνδεόμενος με το πρόσωπο των διαδίκων, ώστε να το πράξει.

7 Βλ. σχετικώς Καλαβρό, Διεθνής Εμπορική Διαιτησία, Ι, 2019, σ. 207 επ.· Κουσουύλη, Το δίκαιο της διαιτησίας, σ. 79· *Mankowski*, Die Ablehnung von Schiedsrichtern, *SchiedsVZ* 2004, σ. 304 επ., 307 επ.

8 Συναφείς, καίτοι αρνητικά φορτισμένες, τουλάχιστον στην απόδοσή τους στην ελληνική γλώσσα, είναι οι έννοιες της *προκατάληψης* ή *προαπόφασης* (*prejudgment*).

νως αυτή θα είναι και η προαντίληψή του, τουλάχιστον κατά τον χρόνο που θα έρθει σε επαφή με το πραγματικό και νομικό υλικό της διαφοράς. Εάν η προαντίληψη αυτή θεωρηθεί ότι αίρει την αμεροληψία του, η έρευνα θα περατώνεται και η συνδρομή λόγου εξαιρέσεως θα καταφάσκεται χωρίς την ανάγκη περαιτέρω ειδικότερης ανάλυσης.

Αντίστροφα, εάν η νομική προδιάθεση των διαιτητών θεωρηθεί αδιάφορη, θα απομεινώνεται σημαντική η ισχύς των επιχειρημάτων υπέρ της κατάφασης υπόνοιας μεροληψίας στην εδώ εξεταζόμενη περίπτωση. Ακριβέστερα, θα απαιτείται να καταδειχθεί ότι επ' αυτής συντρέχουν και περαιτέρω στοιχεία τα οποία βαίνουν επέκεινα της απλής προδιάθεσης, και καθιστούν τον διαιτητή που έχει εκφέρει ήδη δημόσια άποψη επί συγκεκριμένου νομικού ζητήματος εξαιρετέο.

Τούτων λεχθέντων, σε μια πρώτη προσέγγιση φαίνεται απολύτως εύλογο το να απαιτήσει κανείς η νομική σκέψη των διαιτητών να είναι απαλλαγμένη από κάθε είδους προδιάθεση, διότι τότε μόνον εκείνοι προσεγγίζουν τα νομικά ζητήματα της διαφοράς *απροκατάληπτα και με έλλογη δεκτικότητα* έναντι όλων των εν δυνάμει νομικών λύσεων κατά τρόπον ώστε η επιλογή της εξ αυτών προσήκουσας να θεμελιώνεται εν τέλει αποκλειστικά και μόνον στην αξιολόγηση των αντιμαχόμενων νομικών επιχειρημάτων των διαδίκων σε συνδυασμό προς τα πραγματικά δεδομένα της διαφοράς.

Η ως άνω απαίτηση ωστόσο, όσο εύλογη και αν προβάλλει, παριστά στην πραγματικότητα μια α-δυνατότητα. Αυτό γιατί, στην απόλυτή της μορφή τουλάχιστον, προϋποθέτει την ύπαρξη διαιτητών οι οποίοι στερούνται προσλαμβανουσών νομικών παραστάσεων. Εύστοχα και σκωπτικά επισημαίνει σχετικώς ο Paulsson: «*But litigants will be certain of an opportunity to put their case to perfectly open minds only if they are prepared to be judged by very young children*»⁹. Η Nappert επίσης, εξίσου σκωπτικά, επισημαίνει: «*arbitrators are expected to have open minds, not empty minds*»¹⁰.

Πράγματι δεν υφίσταται διαιτητής στερούμενος νομικών παραστάσεων. Στην πραγματικότητα άλλωστε, δεν πρόκειται περί απλών παραστάσεων, αλλά περί των γνώσεων και εμπειριών που συνθέτουν τη νομική *συγκρότηση*

9 Paulsson, *The idea of arbitration*, 2013, σ. 150:

10 Έτσι Nappert, *Bias in international commercial arbitration versus investment arbitration: Are there different standards?* σε Rovine (επιμ.) *Contemporary issues in international arbitration and mediation*, 2009, σ. 146 επ., 152, με παραπομπή στην High Court of Australia, *Vakauta v. Kelly*, 1989, 167 CLR 568, με την οποία, καίτοι σε σχέση προς έτερο ζήτημα το οποίο αφορούσε σε ισχυρισμό περί «προαντίληψης» (*preconception*) την οποία φέρεται να είχε κρατικός δικαστής περί της αξιοπιστίας των αποδεικτικών μέσων ενός εκ των διαδίκων, έγινε δεκτό ότι «*a fair and unprejudiced mind "is not necessarily a mind which has not given thought" to relevant matters or one which, having thought about them, "has not formed any views or inclination of mind upon or with respect" to them*».

του διαιτητή, έτσι ως αυτή δομείται στη βάση της νομικής εκπαίδευσης που έχει λάβει, και, ιδίως, στη βάση της επαγγελματικής του δραστηριότητας ως δικηγόρου, ή δικαστή ή/και ακαδημαϊκού. Η συγκρότηση δε αυτή δεν είναι ποτέ ουδέτερη ή αφηρημένη. Συνδέεται, σχεδόν πάντοτε, με συγκεκριμένη έννομη τάξη, εντεύθεν και με συγκεκριμένο δίκαιο. Οι δογματικές παραδοχές του δικαίου αυτού δεν μπορεί παρά να αποτελούν τις αφετηρίες κατ' ελάχιστον της νομικής σκέψης του διαιτητή¹¹. Τούτο θα ισχύει ακόμη και όταν εκείνος καλείται να εφαρμόσει κάποιο άλλο δίκαιο ή ανεθνικούς κανόνες δικαίου. Η κατανόησή ακόμη και κανόνων με τους οποίους ο διαιτητής θα έρχεται για πρώτη φορά σε επαφή δεν μπορεί παρά να διέρχεται, συνειδητά ή υποσυνείδητα, μέσα από τις νομικές του παραστάσεις οι οποίες έχουν το σημείο αναφοράς το δίκαιο το οποίο έχει διδαχθεί και ασκεί¹².

Τούτων δεδομένων, ακριβώς επειδή θα υποχρέωνε στα αδύνατα, η απόλυτη έλλειψη νομικής προδιάθεσης επί των ζητημάτων της εκάστοτε διαφοράς δεν είναι δυνατόν να αναχθεί σε κανονιστική επιταγή διέπουσα την ερμηνεία και εφαρμογή των περί εξαιρέσεως διατάξεων.

Περαιτέρω, το εξεταζόμενο ζήτημα τέμνεται και με την προβληματική της επιστημονικής επάρκειας του διαιτητή. Δεν υπάρχει καμία αμφιβολία ότι όσο πιο κατηρτισμένος σε ορισμένο δίκαιο και σε ορισμένα πεδία του δικαίου αυτού είναι ένας διαιτητής, όσο δηλαδή πιο ασφαλής και κατασταλαγμένη είναι η γνώση των κανόνων και των αρχών που τα διέπουν, τόσο πιο έντονη θα είναι η επιρροή που θα ασκούν αυτά στη διαμόρφωση της νομικής του σκέψης. Τούτο όμως δεν μπορεί να θεωρείται μειονέκτημα. Τουναντίον μάλιστα, η δυνατότητα επιλογής ως διαιτητών προσώπων τα οποία έχουν σχεδόν απόλυτη νομική εξειδίκευση στα ζητήματα της διαφοράς θεωρείται ένα από τα βασικά πλεονεκτήματα της διαιτησίας. Κατά κυριολεξία μάλιστα, τα μέρη αποβλέπουν στην *προδιάθεση* του διαιτητή με την ως άνω έννοια, αφού ακριβώς επιθυμούν εκείνος να επιλύσει τη διαφορά *σύμφωνα* με τις προϋφιστάμενες εξειδικευμένες νομικές του γνώσεις. Το βασικό αυτό πλεονέκτημα της διαιτησίας θα ετίθετο εκποδών εάν κανείς θεωρούσε τη νομική προαντίληψη – προδιάθεση ως μειονέκτημα το οποίο δικαιολογεί την εξαίρεση των διαιτητών.

11 Βλ. ASIL-ICCA Joint Task Force on Issue Conflicts in Investor-State Arbitration, ICCA Reports Series, Volume 3, 2016, σ. 8: «Arbitrators do not approach each case with a mental *tabula rasa*; each arbitrator is the product of a body of education and experience that inevitably predisposes her to certain doctrines».

12 Οι επισημάνσεις του κειμένου είναι δεκτικές και περαιτέρω γενίκευσης και αναγωγής στις διάφορες οικογένειες δικαίων. Είναι δηλαδή δεδομένο ότι ένας διαιτητής ο οποίος αντλεί τις νομικές του παραστάσεις από το δίκαιο μιας χώρας του *common law* θα προσεγγίζει τα κρίσιμα νομικά ζητήματα στη βάση δεδομένων δογματικών παραδοχών οι οποίες θα διαφοροποιούνται σημαντικά από εκείνες τις οποίες θα είχε ένας διαιτητής ο οποίος αντλεί τις νομικές του παραστάσεις από το δίκαιο μιας χώρας του *civil law*.

Τέλος, η νομική προδιάθεση του διαιτητή ως προϊόν της επιστημονικής του επάρκειας και συγκρότησης, δεν είναι προφανώς άσχετη προς την ικανότητά του να εκδώσει μια *ορθή* διαιτητική απόφαση, στην οποία αποβλέπουν επίσης τα μέρη. Η ασφαλής γνώση του εφαρμοστέου δικαίου από τον διαιτητή αποτελεί εχέγγυο ορθής εφαρμογής του. Η δε ορθή αυτή εφαρμογή εξασφαλίζεται από την υπό συζήτηση προδιάθεση του διαιτητή να αποφανθεί συμφώνως προς τη γνώση του αυτή.

Η ορθότητα της διαιτητικής απόφασης ως επιδίωξη δεν θα πρέπει να θεωρείται ξένη προς τις σταθμίσεις που σχετίζονται με την ερμηνεία και εφαρμογή των περί εξαιρέσεως διατάξεων. Αυτή οφείλει, μεταξύ άλλων, να διασφαλίσει εκείνες τις συνθήκες που καθιστούν περισσότερο πιθανή την έκδοση μιας ορθής διαιτητικής απόφασης. Για τον λόγο αυτό, η επιστημονική επάρκεια του διαιτητή, ακόμη και αν μοιραία κατά τα ανωτέρω συνοδεύεται από μια έντονη νομική προδιάθεση προς συγκεκριμένες λύσεις, θα πρέπει να τίθεται στο απυρόβλητο του οικείου ελέγχου. Ένας νομικώς ανεπαρκής ή αδαής διαιτητής δεν μπορεί να είναι το ζητούμενο, επειδή τάχα εκείνος δεν θα επηρεάζεται στην κρίση του από παραδεδεγμένες δογματικές παραδοχές συγκεκριμένου δικαίου, απλά και μόνον επειδή τις αγνοεί. Ούτε μπορεί να υποστηριχθεί σοβαρά ότι ενώπιον ενός τέτοιου αδαούς διαιτητή αμφότεροι οι διάδικοι έχουν ίσες πιθανότητες επικράτησης, έτσι ως ισοδύναμα δύνανται να επηρεάσουν την κρίση του. Οι ίσες πιθανότητες μιας –τυχαίας εν πολλοίς– επικράτησης, μη εξαρτώμενης κυριαρχικά από τη βασιμότητα των νομικών ισχυρισμών των διαδίκων, δεν είναι άξιες προστασίας από καμία δικονομική αρχή.

Το συμπέρασμα το οποίο προκύπτει από την προηγηθείσα ανάλυση είναι ότι κάθε διαιτητής με επάρκεια γνώσεων θα είναι προδιατεθειμένος υπέρ συγκεκριμένων νομικών θέσεων στη βάση της εκπαίδευσης και της εμπειρίας του και ότι αυτό είναι απολύτως αναμενόμενο και εν πολλοίς επιθυμητό έτσι ως, μεταξύ άλλων, εξυπηρετεί και την επιδίωξη έκδοσης ορθής διαιτητικής απόφασης. Ως εκ τούτου, η εν λόγω προδιάθεση δεν θέτει κανένα απολύτως ζήτημα υπό το πρίσμα των περί εξαιρέσεως διατάξεων.

Το αυτό ισχύει και όταν την προδιάθεση αυτή ενδεικνύουν προηγούμενες δημοσιεύσεις του διαιτητή. Το μόνο που διαφοροποιείται εν προκειμένω είναι ότι η προδιάθεση του διαιτητή θα πρέπει να θεωρείται δεδομένη έτσι όπως αποτελεί το αποτέλεσμα, όχι μόνον γνώσεων και πρακτικής εμπειρίας, αλλά, πολύ περισσότερο προσωπικής ειδικής επιστημονικής ενασχόλησης με συγκεκριμένο νομικό ζήτημα. Είναι δε αυτονόητο ότι ο διαιτητής εκλαμβάνει τις θέσεις που διατυπώνει ως ορθές.

Η ουσία όμως δεν μεταβάλλεται. Εφόσον δεν ενδιαφέρει η νομική προδιάθεση *per se* η βεβαιότητα για τη συνδρομή της είναι επίσης αδιάφορη. Εντεύθεν η δημόσια και προηγούμενη της διαφοράς διατύπωση επιστημονικής άπο-

ψης από τον διαιτητή δεν μπορεί να θεωρηθεί προβληματική απλά και μόνον επειδή άγει στην έντονη νομική προδιάθεσή του υπέρ των θέσεων που και εκείνος θεωρεί ως ορθές.

Το ερώτημα ωστόσο παραμένει ως προς το εάν η εδώ εξεταζόμενη περίπτωση παρουσιάζει και περαιτέρω στοιχεία, τα οποία βαίνουν επέκεινα της (απλής) νομικής προδιάθεσης, και δικαιολογούν την εξαίρεση του διαιτητή.

3. Η υπόθεση της δέσμευσης (*commitment*) του διαιτητή στις προσωπικές του απόψεις

Ένα στοιχείο που διαφοροποιεί και χαρακτηρίζει την εδώ εξεταζόμενη περίπτωση, το οποίο συντρέχει πέραν της απλής νομικής προδιάθεσης, είναι ο κίνδυνος δέσμευσης (*commitment*) του διαιτητή στις απόψεις του, η οποία προκαλείται από προσωπικά - εγωιστικά κίνητρα¹³, άσχετα προς τη βασιμότητα των ισχυρισμών των διαδίκων και τα πραγματικά δεδομένα της διαφοράς¹⁴. Η ανησυχία εν προκειμένω συνίσταται στο ότι τα κίνητρα αυτά θα αποτελέσουν τον μοναδικό παράγοντα αποφασιστικής διαμόρφωσης της κρίσης του διαιτητή.

Υπάρχει ένας πυρήνας αλήθειας στη συγκεκριμένη υπόθεση. Ακόμη και αν, όπως θα αναφερθεί στη συνέχεια, κατά την ορθότερη θέση η υπόθεση αυτή δεν ευσταθεί, αρκεί για να εντάξει την εξεταζόμενη περίπτωση στην όλη προβληματική της αμεροληψίας.

Η προηγούμενη δημόσια διατύπωση επιστημονικής γνώμης επί συγκεκριμένου νομικού ζητήματος, κρίσιμου για την επίλυση και της κρινόμενης διαφοράς, δημιουργεί όντως μια κατάσταση στο πλαίσιο της οποίας προβάλλει ως δικαιολογημένη η ανησυχία έστω εμπλοκής του προσωπικού κύρους του διαιτητή. Η εμπλοκή δε αυτή είναι δυσδιάστατη καθώς άπτεται τόσο του επιστημονικού του έργου όσο και της εκπλήρωσης της δικαιοδοτικής του αποστολής.

Η διάκριση από την, αδιάφορη κατά τα ανωτέρω, απλή νομική προδιάθεση ή προαντίληψη, είναι εμφανής. Η προδιάθεση συνιστά ενδιάθετη κατάσταση

13 Βλ. Effer-Uhe, *Schiedsrichterliche Unabhängigkeit bei wissenschaftlichen Äußerungen*, *SchiedsVZ* 2018, σ. 76: «Hat man sich erst einmal öffentlich auf einen inhaltlichen Standpunkt festgelegt („commitment“), spürt man in der Regel einen starken Druck, diesem Standpunkt treu zu bleiben: Man ist dann –auch unabsichtlich– geneigt, Argumente für diesen Standpunkt stärker zu berücksichtigen, Gegenargumente dagegen herabzuwürdigen. Die präjudizierende Wirkung einer Festlegung wird noch gesteigert, wenn die Festlegung öffentlich und schriftlich erfolgt ist, wie es ja gerade bei wissenschaftlichen Beiträgen der Fall zu sein pflegt». Ο όρος «commitment» νοείται εν προκειμένω με κριτήρια ψυχολογικά. Βλ. σχετικά τις παραπομπές του Effer-Uhe, όπ.π., στις σημειώσεις 23 - 25.

14 Περί του ότι οι κανόνες που διέπουν την εξαίρεση των διαιτητών κατατείνουν ακριβώς στον αποκλεισμό του κινδύνου η διαφορά να κριθεί στη βάση άσχετων προς την ουσία της κινήτρων βλ. *Mankowski*, *Die Ablehnung von Schiedsrichtern*, *SchiedsVZ* 2004, σ. 304 επ., 305.

η οποία δεν εξωτερικεύεται. Εντεύθεν ο διαιτητής δύναται ευχερώς να αποστεί αυτής, εφόσον πειστεί περί του αντιθέτου, χωρίς κίνδυνος έκθεσης στους τρίτους. Τέτοιος κίνδυνος έκθεσης άλλωστε δεν υφίσταται καν το πρώτον. Η προδιάθεση δεν φέρει έντονα προσωπικά χαρακτηριστικά. Η υπαναχώρηση εξ αυτής λοιπόν ουδέποτε προσλαμβάνει στοιχεία προσωπικά.

Στην εδώ εξεταζόμενη περίπτωση ωστόσο, η κατάσταση είναι διαφορετική. Ο διαιτητής έχει εξωτερικεύσει δημόσια τις νομικές του θέσεις¹⁵ ως προϊόν της δικής του διανοίας. Η υπαναχώρηση εξ αυτών λοιπόν μπορεί να εκληφθεί από τον ίδιο ως αυτοδιάψευση υπό την οπτική των τρίτων άρα και ως απομείωση του επιστημονικού του κύρους. Εν ταυτώ δε, η ίδια πραγματική κατάσταση, ενδέχεται να λειτουργήσει και αντίστροφα. Είναι δηλαδή πιθανό ο διαιτητής να διστάσει να υπαναχωρήσει από τις προσωπικές του θέσεις ενώπιον του κινδύνου να θεωρηθεί από τρίτους ότι η υπαναχώρηση αυτή χωρεί προκειμένου να ωφελήσει συγκεκριμένο διάδικο. Ο προβληματισμός αυτός μάλιστα του διαιτητή ενδέχεται να είναι πιο έντονος, συγκρινόμενος με εκείνον που του γεννά ο κίνδυνος τρώσης του επιστημονικού του κύρους. Τούτο διότι υπερβαίνει το ακαδημαϊκό πεδίο και αφορά στην άσκηση της ίδιας της δικαιοδοτικής του λειτουργίας συνδεδόμενος και με έννομες συνέπειες.

4. Επαναπροσδιορισμός του κρίσιμου ερωτήματος

Ένας διαιτητής ο οποίος για τους προσωπικούς λόγους που εκτέθηκαν παραμένει όντως εμμονικά δεσμευμένος στις δημοσιευμένες απόψεις του, όντας, όχι μόνον προδιατεθειμένος, αλλά αποφασισμένος να επιλύσει τη διαφορά αποκλειστικά και μόνον στη βάση αυτών, αδιάφορα από τη βασιμότητα των

15 Η δημόσια διατύπωση των επιστημονικών θέσεων του διαιτητή αποτελεί *conditio sine qua non* προκειμένου να τεθεί καν το ζήτημα. Δημόσια είναι η διατύπωση θέσεων ιδίως μέσω του συγγραφικού έργου, αδιάφορα εάν πρόκειται για μονογραφία ή μεμονωμένη μελέτη ή συμμετοχή σε συλλογικό έργο και αδιάφορα από την διαδεδομένη ή μη κυκλοφορία του. Κρίσιμη είναι η δημόσια καταγραφή και όχι η έκταση γνώσης των τρίτων περί αυτής. Τούτο διότι η δημόσια καταγραφή, έτσι ως καθιστά δυνατή την εκ των υστέρων απόδειξη της πρότερης αντίθετης επιστημονικής θέσης, αρκεί ώστε ο διαιτητής να περιέλθει στην κατάσταση που περιεγράφηκε στην οποία δεν θα επιθυμεί να διαψεύσει τον εαυτό του ή να διακινδυνεύσει την υποψία ότι απεφάνθη μεροληπτικά. Για τον ίδιον λόγο θα πρέπει να γίνει δεκτό ότι ζήτημα θέτουν και οι δημόσιες ομιλίες ή παρεμβάσεις του διαιτητή σε επιστημονικά συνέδρια, ημερίδες κ.α. εφόσον αυτές αποτυπώνονται κατόπιν εγγράφως (ή με ηλεκτρονικά μέσα) σε έργο που τίθεται στη διάθεση του κοινού. Τονίζεται ότι η προϋπόθεση της δημοσιότητας με την ως άνω έννοια δεν συνεπάγεται από μόνη της και την τελική κατάφαση της συνδρομής λόγου εξαίρεσης. Απαιτείται ωστόσο προκειμένου να τεθεί καν το ζήτημα το πρώτον. Έτσι το ζήτημα δεν τίθεται λ.χ. σε περιπτώσεις που ο διαιτητής έχει εκφράσει συγκεκριμένη θέση στο πλαίσιο πανεπιστημιακών παραδόσεων, συμμετοχής σε φοιτητικά σεμινάρια κ.ο.κ. Ούτως ή άλλως όμως τέτοιες περιπτώσεις δεν εμφανίζονται στην πράξη δεδομένης και της σχεδόν απόλυτης αποδεικτικής δυσχέρειας η οποία κατά κανόνα τις συνοδεύει.

νομικών ισχυρισμών των διαδικών και τα πραγματικά δεδομένα της διαφοράς, είναι χωρίς αμφιβολία ένας εξαιρετέος διαιτητής.

Περί αυτού δεν υφίσταται αμφισβήτηση. Η συγκεκριμένη ωστόσο ενδιάθετη κατάσταση είναι πρακτικώς αδύνατον να αποδειχθεί. Ούτως άλλωστε απαιτείται τέτοια απόδειξη. Όπως ήδη αναφέρθηκε¹⁶ κρίσιμο είναι μόνον εάν στην εξεταζόμενη περίπτωση δικαιολογούνται εύλογες αμφιβολίες ως προς την αμεροληψία του διαιτητή στο πλαίσιο μιας αντικειμενικής θεώρησης.

Ως εκ τούτου, το ερώτημα που πρέπει να μας απασχολήσει είναι εάν το γεγονός και μόνον ότι ο διαιτητής έχει διατυπώσει δημόσια τις επιστημονικές του απόψεις επί συγκεκριμένου, κρίσιμου και για την επίλυση της διαφοράς ζητήματος αρκεί ώστε να θεωρηθεί εκείνος, κατ' αντικειμενική και εύλογη θεώρηση, εξαιρετέος, για τους λόγους που αναφέρθηκαν στην προηγούμενη ενότητα.

Εάν το ερώτημα αυτό απαντηθεί καταφατικά, προφανώς η έρευνα περατώνεται. Και εάν ωστόσο απαντηθεί αρνητικά, θα πρέπει να ερευνηθεί περαιτέρω εάν η εξαίρεση του διαιτητή δικαιολογείται εφόσον συντρέχουν ορισμένες επιπρόσθετες περιστάσεις.

5. Η κρατούσα και ορθή άποψη

5.1. Γενικά

Συντριπτικά κρατεί σε θεωρία¹⁷ και νομολογία¹⁸ η ορθή θέση, ότι στο εξετα-

16 Βλ. ανωτέρω υπό 1.

17 *Armbrüster/Wächter*, Ablehnung von Schiedsrichtern wegen Befangenheit im Verfahren, *SchiedsVZ* 2017, σ. 213 επ., 220· *Born*, International Commercial Arbitration, 3^η έκδ., 2021, σ. 206 – 2027· *Froitzheim*, Die Ablehnung von Schiedsrichtern wegen Befangenheit in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit, 2016, σ. 271 επ.· τον ίδιον, Schiedsrichterliche Befangenheit durch Äußerungen zu Rechtsfragen – Eine Antwort auf Effer-Uhe, *SchiedsVZ* 2019, σ. 10 επ.· τον ίδιον, Die Kanzleimitgliedschaft und die Ablehnung von Schiedsrichtern in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit, *SchiedsVZ*, 2017, σ. 172 επ.· *Hanusch*, Challenge of Arbitrators Under the New Austrian Arbitration Act, *Austrian Yearbook on International Arbitration*, 2007, σ. 59 επ., 72 – 73· *Mankowski*, Die Ablehnung von Schiedsrichtern, *SchiedsVZ* 2004, σ. 304 επ., 305, 308· *MüKoZPO/Münch*, 5^η έκδ., 2017, § 1036, αρ. 38· *Mullerat*, The IBA Guidelines on Conflicts of Interest Revisited Another Contribution to the Revision of an Excellent Instrument, Which Needs a Slight Daltonism Treatment, *Spain Arbitration Review*, 2012, σ. 61 επ., 90· *Prütting* σε *Prütting/Gehrlein*, ZPO, 12^η έκδ., § 1036, αρ. 5· *Schwab/Walter*, Schiedsgerichtsbarkeit, 7^η έκδ., 2005, κεφ. 14, αρ. 8· *Schütze* σε *Wieczorek/Schütze*, ZPO, 5^η έκδ., 2019, § 1036, αρ. 42. Από τη νομολογία βλ. Απόφαση του Ελβετικού Ακυρωτικού της 7^{ης} Νοεμβρίου 2006, *Swiss International Airlines AG v. Swiss Pilots Association*, 4P.247/2006, *ASA Bulletin*, 2007, σ. 166 επ.· KG Berlin, 20 SchH 2/10, 7 July 2010, *SchiedsVZ* 2004, σ. 225 επ., 226· *English Court of Appeals Locabail v. Bayfield Properties* [2000] Q.B. 451, 481, § 25· Απόφαση του Αυστριακού Ακυρωτικού της 3ης Νοεμβρίου 2005, OGH 6 Ob 91/05h.

18 Απόφαση του Ελβετικού Ακυρωτικού της 4ης Ιουνίου 2007, *Hospital X. v. KPT / CPT Krankenkasse*, II, *ASA Bulletin*, 2008, σ. 113 επ. 118· Απόφαση του Ελβετικού Ακυρωτικού της 7^{ης} Νοεμβρίου 2006, *Swiss International Airlines AG v. Swiss Pilots Association*, 4P.247/2006,

ζόμενο ζήτημα δεν ιδρύεται λόγος εξαίρεσης του διαιτητή παρά μόνον εάν η επιστημονική γνώμη την οποία έχει εκείνος δημόσια εκφράσει αφορά ειδικώς στη συγκεκριμένη επίδικη υπόθεση.

Την ίδια λύση υιοθετούν και τα IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration (2014), τα οποία στην § 4.1.1. εντάσσουν στις περιπτώσεις εκείνες στις οποίες αναμφίβολα δεν τίθεται ζήτημα εξαίρεσης του διαιτητή, ήτοι στη λεγόμενη πράσινη λίστα, και την περίπτωση κατά την οποία «ο διαιτητής έχει προηγουμένως εκφράσει νομική γνώμη (όπως σε ένα άρθρο του σε νομικό περιοδικό ή σε μια δημόσια ομιλία) η οποία αφορά ζήτημα που ανακύπτει επίσης στη διαιτησία (αλλά η γνώμη αυτή δεν εστιάζει στην υπόθεση)»¹⁹.

5.2. Η βασική θεμελίωση της κρατούσας άποψης

Η κρατούσα ως άνω λύση διατυπώνεται ως αυτονόητη. Ειδικότερη αιτιολόγηση αυτής δεν προσφέρεται στην πλειοψηφία των σχετικών αναλύσεων. Προκύπτει ωστόσο έμμεσα η αιτιολόγηση αυτή από την περίπτωση στην οποία κατ' εξαίρεση καταφάσκει η συνδρομή λόγου εξαίρεσης, ήτοι την περίπτωση που η διατυπωθείσα νομική θέση του διαιτητή αφορά ειδικώς στην επίδικη υπόθεση. Αντιλαμβάνεται εξ αυτής κανείς ότι η κρατούσα άποψη αντιδιαστέλλει σαφώς την ακαδημαϊκή έκφραση γνώμης επί αφηρημένου νομικού ζητήματος από το δικαιοδοτικό έργο το οποίο καλείται να επιτελέσει ο διαιτητής επί συγκεκριμένης διαφοράς. Η διάκριση μεταξύ των δύο καταδεικνύει ως αβάσιμη την ως άνω κεντρική *υπόθεση* από την οποία εκκινούν όσοι θέτουν ζήτημα αμεροληψίας, ότι δηλαδή η προηγούμενη δημόσια εκφορά επιστημονικής γνώμης παράγει όντως μια δέσμευση (*commitment*) του διαιτητή, η οποία βαίνει επέκεινα της απλής προδιάθεσης, και άγει άνευ ετέρου τινός στη διαμόρφωση της νομικής του κρίσης στη βάση προσωπικών – εγωιστικών κινήτρων μη αυτοδιάψευσης τα οποία είναι απολύτως άσχετα προς τη βασιμότητα των ισχυρισμών των διαδίκων και τα πραγματικά δεδομένα της διαφοράς. Κατά την κρατούσα άποψη, η διαφοροποίηση ρόλων, ιδιοτήτων και νοητικών διεργασιών, αποκλείει την εν λόγω υπόθεση, εφόσον βεβαίως, η επιστημονική γνώμη δεν αφορά ειδικώς στη συγκεκριμένη επίδικη διαφορά, κατά τρόπον ώστε η διαφοροποίηση αυτή να σχετικοποιείται ή και να αίρεται.

ASA Bulletin, 2007, σ. 166 επ.· Απόφαση του Αυστριακού Ακυρωτικού της 3ης Νοεμβρίου 2005, OGH 6 Ob 91/05h· English Court of Appeals *Locabail v. Bayfield Properties* [2000] Q.B. 451, 481, § 25· OLG Frankfurt - 26 Sch 8/07, 4 October 2007, SchiedsVZ 2008, 96 επ., 99· KG Berlin, 20 SchH 2/10, 7 July 2010, SchiedsVZ 2004, σ. 225 επ., 226.

19 § 4.1.1.: «The arbitrator has previously expressed a legal opinion (such as in a law review article or public lecture) concerning an issue that also arises in the arbitration (but this opinion is not focused on the case)».

Ειδικότερα, στις οικείες θεωρητικές αναλύσεις οι οποίες εμπεριέχουν μια συνοπτική έστω αιτιολόγηση της κρατούσας γνώμης, η αφετηρία τίθεται, όπως και στην παρούσα μελέτη²⁰, στην επισημάνση ότι κάθε διαιτητής θα έχει μια συγκεκριμένη νομική προδιάθεση όσον αφορά στον τρόπο που θα προσεγγίσει τα νομικά ζητήματα της διαφοράς, η οποία είναι απότοκος της εκπαίδευσής του και της επαγγελματικής του εμπειρίας. Η προδιάθεση αυτή, έτσι ως πρέπει να εκλαμβάνεται ως δεδομένη, αλλά και ως επιθυμητή στην έκταση που τα μέρη επιδιώκουν την επίλυση της διαφοράς τους από έμπειρους, εγγράμματους και εξειδικευμένους νομικούς, είναι αδιάφορη για το ζήτημα της αμεροληψίας²¹.

Ο προβληματισμός μετατίθεται λοιπόν, ως ανωτέρω επίσης²², στο εάν η προηγούμενη δημόσια εκφορά νομικής γνώμης δημιουργεί στο πρόσωπο του διαιτητή την κρίσιμη κατάσταση *δέσμευσης* κατά την οποία, εν πολλοίς, εκείνος θα αποφανθεί με μοναδικό κριτήριο το μέλημά του να μην διαψεύσει εαυτόν.

Η υπόθεση αυτή απορρίπτεται στη βάση της απλής, αλλά και απολύτως ορθής, επισημάνσης ότι η διατύπωση ακαδημαϊκής γνώμης επί *αφηρημένου* νομικού ζητήματος διαφοροποιείται ουσιωδώς από τη δικαιοδοτική επίλυση *συγκεκριμένης* διαφοράς στη βάση συγκεκριμένων πραγματικών περιστατικών και συγκεκριμένων ισχυρισμών των αντιμαχόμενων διαδίκων²³. Η διαφοροποίηση μεταξύ των δύο νοητικών διεργασιών είναι δεδομένη, τόσο σε επίπεδο διαδικασίας όσο και σε επίπεδο αποτελέσματος. Η επιστημονική προσέγγιση σε ένα αφηρημένο νομικό ζήτημα προφανώς δεν ακολουθεί την ίδια πορεία την οποία ακολουθεί η δόμηση του δικανικού συλλογισμού. Η κύρια δε και αποφασιστική διαφορά είναι ότι η δόμηση του δικανικού συλλογισμού εκκινεί από τα πραγματικά περιστατικά της διαφοράς στη βάση των οποίων χωρεί και αυτή ακόμη η επιλογή του προσήκοντος κανόνα δικαίου. Επίσης, η δικανική κρίση θεμελιώνεται στην υπαγωγή, η οποία ελλείπει κατά κανόνα παντελώς από την αφηρημένη εκφορά επιστημονικής γνώμης. Μοναδικό σημείο τομής φαίνεται να αποτελεί η θέση περί της αληθούς εννοίας συγκεκριμένου κανόνα δικαίου. Και αυτή ωστόσο διαφοροποιείται ουσιωδώς ανάλογα με το αν εκφέρεται στη βάση αφηρημένων νομικών εννοιών που απαντούν στο πραγματικό του ή στη βάση συγκεκριμένων πραγματικών περιστατικών που πρέπει να υπαχθούν σε αυτό. Περιγράφοντας κατ' ουσίαν κανείς το ίδιο το εξεταζόμενο

20 Βλ. ανωτέρω υπό 2.

21 Βλ. ιδίως *Born*, International Commercial Arbitration, 3^η έκδ., 2021, σ. 2026 – 2027. *Froitzheim*, Die Ablehnung von Schiedsrichtern wegen Befangenheit in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit, 2016, σ. 265.

22 Βλ. ανωτέρω υπό 3.

23 Βλ. σχετικά *Froitzheim*, Die Ablehnung von Schiedsrichtern wegen Befangenheit in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit, 2016, σ. 274.

ζήτημα θα έλεγε ότι η εκφορά επιστημονικής γνώμης επί αφηρημένου νομικού ζητήματος διαφοροποιείται από την τέλεση συγκεκριμένου δικανικού συλλογισμού, κατά διαδικασία και περιεχόμενο, στην ίδια έκταση που διαφοροποιείται μια νομική μελέτη από μια δικαστική απόφαση

Η δεδομένη αυτή διαφοροποίηση σημαίνει ότι δεν τίθεται κανένα ζήτημα αυτοδιάψευσης εάν επί συγκεκριμένης διαφοράς ο διαιτητής μεταβάλει νομική θέση. Τούτο είναι απολύτως φυσιολογικό να συμβεί όταν κανείς μεταβαίνει από το αφηρημένο στο συγκεκριμένο, όταν δηλαδή μια γενική θέση περί της αληθούς εννοίας μιας νομικής διάταξης δοκιμάζεται στη βάση συγκεκριμένων πραγματικών γεγονότων. Υπό το πρίσμα αυτό δεν υπεισέρχονται καθόλου στην ανάλυση τα προσωπικά – εγωιστικά κίνητρα τα οποία υποτίθεται ότι δημιουργούν το πρόβλημα εξ απόψεως αμεροληψίας.

Ο διαιτητής θεωρείται απολύτως ικανός να προσεγγίσει εκ νέου το ζήτημα κατά τρόπο απροκατάληπτο αντιμετωπίζοντάς το εντός ενός διαφορετικού πλαισίου.

Άλλωστε, περί *μεταβολής* νομικής θέσης θα μπορούσε να γίνει λόγος μόνον εάν συγκρίναμε όμοια πράγματα. Μόνον δηλαδή εάν επρόκειτο περί μιας νέας – αντίθετης αφηρημένης γνώμης επί του αυτού νομικού ζητήματος σε μια νέα νομική μελέτη. Εν προκειμένω τέτοιο ζήτημα δεν τίθεται. Η *διαφοροποίηση* στη βάση των συγκεκριμένων πραγματικών δεδομένων της διαφοράς δεν ισοδυναμεί με μεταστροφή νομικής θέσης και δεν θέτει, άμεσα ή έμμεσα, υπό αμφισβήτηση το κύρος του διαιτητή. Το αντίθετο ακριβώς ισχύει.

Η αιτιολόγηση αυτή αρκεί για την αρνητική απάντηση στο εδώ εξεταζόμενο ζήτημα. Παρά ταύτα, στη θεωρία απαντά και μια περαιτέρω προσπάθεια θεμελίωσης της ίδιας θέσης, με επίκληση λόγων για τους οποίους ο διαιτητής θα μπορούσε να διαφοροποιηθεί. Γίνεται έτσι αναφορά στο ενδεχόμενο εκείνος να λάβει υπόψη του και νέα νομικά επιχειρήματα τα οποία προβάλλουν οι διάδικοι και τα οποία ο ίδιος δεν είχε σκεφτεί κατά τον χρόνο διατύπωσης της επιστημονικής του θέσης²⁴.

Η συγκεκριμένη αιτιολόγηση ωστόσο είναι, θεωρώ, αντιφατική και εν δυνάμει επικίνδυνη. Είναι αντιφατική διότι, ακριβώς, προϋποθέτει σύγκριση όμοιων πραγμάτων, στοιχείο το οποίο δεν συντρέχει εν προκειμένω. Είναι εν δυνάμει επικίνδυνη διότι είναι δεκτική και αντίστροφης ανάγνωσης. Πράγματι, εάν δεχτεί κανείς εσφαλμένα ότι πρόκειται περί της αυτής νοητικής διεργασίας, θα μπορούσε να υποστηρίξει ότι καταρχήν συντρέχει λόγος εξαίρεσης *εκτός εάν* στη διαιτητική δίκη προβάλλονται νέα νομικά επιχειρήματα, στη βάση των οποίων θα ήταν *δικαιολογημένη* η μεταστροφή της θέσης του διαιτη-

24 Ibid.

τή²⁵. Όπως όμως αναφέρθηκε η μεταστροφή αυτή, ούτε κυριολεκτικά συντρέχει ούτε και χρήζει καμίας αιτιολόγησης. Αποτελεί θεμιτό ενδεχόμενο κατά τη μετάβαση από την αφηρημένη νομική ερμηνεία στη συγκεκριμένη εφαρμογή του κανόνα δικαίου²⁶.

5.3. Περαιτέρω επιχειρήματα υπέρ της κρατούσας άποψης

5.3.1. Η προσωπική ταύτιση του διαιτητή με τις επιστημονικές απόψεις που έχει διατυπώσει δεν επαληθεύεται στον βαθμό που απαιτείται για την αμφισβήτηση της αμεροληψίας του

Η αποκρουόμενη υπόθεση της δέσμευσης του διαιτητή στις προσωπικές του απόψεις θεμελιώνεται σε μια έντονη προσωπική ταύτιση του διαιτητή με τις επιστημονικές απόψεις που έχει διατυπώσει στο παρελθόν. Η ταύτιση αυτή, η οποία είναι απολύτως αναγκαία για να λειτουργήσει το επιχείρημα του κινδύνου μεροληψίας, δεν επαληθεύεται.

Ήδη αυτοτελώς σε ακαδημαϊκό επίπεδο δεν είναι σπάνιες οι περιπτώσεις που ένας συγγραφέας μεταβάλλει άποψη επί νομικού ζητήματος σε επιγενόμενες μελέτες του. Τούτο δεν είναι ο κανόνας αλλά ούτε και η απόλυτη εξαίρεση. Εάν ήθελε κανείς να κάνει ένα μάλλον δεικτικό σχόλιο, θα επεσήμανε ότι ένας εκ των βασικών υποστηρικτών της άποψης ότι εν προκειμένω συντρέχει όντως, έστω υπό προϋποθέσεις λόγος εξαίρεσης του διαιτητή, μετέβαλε άποψη στην αμέσως επόμενη έκδοση του εγχειριδίου του²⁷. Δεν μπορεί λοιπόν να γίνει λόγος περί βεβαιότητας εμμονής του διαιτητή στις προσωπικές του θέσεις, ιδίως όταν μεταβάλλεται κατά τα ανωτέρω ο ρόλος του.

Και ανεξάρτητα από αυτό ωστόσο, η σύλληψη της προσωπικής – εγωιστικής ταύτισης του διαιτητή με τις απόψεις που έχει διατυπώσει δεν δικαιολογεί-

25 Πέραν τούτου, εφόσον γίνει δεκτή μια τέτοια προσέγγιση, η συνδρομή ή όχι λόγου εξαίρεσης θα εξαρτάται από το ειδικότερο περιεχόμενο των ισχυρισμών των διαδίκων και θα ανακύπτει κατά κανόνα σε προκεχωρημένο στάδιο της διαιτητικής δίκης με ότι αυτό συνεπάγεται. Βλ. επί του ζητήματος αυτού και κατωτέρω υπό 5.3.2.

26 Βλ. προς την κατεύθυνση αυτή την ανάλυση του *Effer-Uhe*, *Schiedsrichterliche Unabhängigkeit bei wissenschaftlichen Äußerungen*, *SchiedsVZ* 2018, σ. 79, ο οποίος απορρίπτει την κρισιμότητα των νέων νομικών επιχειρημάτων (θεωρώντας προφανώς ότι και αυτά «μειώνουν» το κύρος του διαιτητή ο οποίος δεν τα είχε σκεφτεί το πρώτον) αλλά αναφέρεται, προς την ίδια κατεύθυνση, στο αμετάβλητο ή μη της πραγματικής και νομικής κατάστασης, ως στοιχείο που αποκλείει ή δικαιολογεί τη μεταστροφή του διαιτητή. Η ανάλυση αυτή είναι εσφαλμένη για τους λόγους που αναφέρονται στο κείμενο. Δεν μπορεί να γίνει λόγος για αμετάβλητο της πραγματικής και νομικής κατάστασης ως εάν ζητείτο από τον διαιτητή να ανακαλέσει προηγούμενη απόφασή του. Η διατύπωση επιστημονικής γνώμης δεν χωρεί στη βάση αυτού που γίνεται *stricto sensu* αντιληπτό ως πραγματική και νομική κατάσταση.

27 Βλ. *Lachmann*, *Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis*, 2^η έκδ., 2002, § 608 και πρβλ. αντίθετα τον *idion*, *Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis*, 3^η έκδ., 2008, § 1012.

ται στη συντριπτική πλειοψηφία των περιπτώσεων στις οποίες είναι δυνατόν να τεθεί το ζήτημα. Αυτό γιατί προϋποθέτει ότι η δημοσίως εκπεφρασμένη νομική θέση του διαιτητή είναι αλλά και γίνεται αντιληπτή και από τους τρίτους ως προϊόν αποκλειστικά της δικής του διάνοιας το οποίο έχει κατ' ελάχιστον σημαίνουσα θέση στο επιστημονικό του έργο.

Η προϋπόθεση αυτή δεν συντρέχει, μεταξύ άλλων, στην περίπτωση εκείνη κατά την οποία ο διαιτητής έχει προσχωρήσει²⁸ στην κρατούσα άποψη ή και γενικά σε άποψη τρίτου, είτε πρόκειται για έτερο θεωρητικό είτε για θέση της νομολογίας. Η προσχώρηση αυτή έχει βεβαίως ένα προσωπικό χαρακτήρα αλλά όχι στην ένταση που απαιτεί η θέση ότι ο διαιτητής αποκλείεται να αποκλίνει εκ των υστέρων εξ αυτής.

Περαιτέρω, η παραδοχή της προσωπικής ταύτισης δεν μπορεί να είναι άσχετη και προς την ένταση και το βάθος της ενασχόλησης του διαιτητή με το εκάστοτε κρίσιμο νομικό ζήτημα. Μπορεί να τεθεί έστω ως θέμα προς συζήτηση μόνον επί μονογραφικής ενασχόλησης επί του ζητήματος αυτού ή έστω και επί του ζητήματος αυτού. Θα ήμουν εξαιρετικά επιφυλακτικός να δεχτώ προσωπική ταύτιση του διαιτητή με μια θέση που έχει λάβει επί ενός επιμέρους ζητήματος στο πλαίσιο ενός γενικού εγχειριδίου ή μιας κατ' άρθρον ερμηνείας στα οποία έχει συνοπτικά αντιμετωπίσει ένα πλήθος επιμέρους θεμάτων. Εξίσου επιφυλακτικός θα ήμουν και στην περίπτωση μιας επιστημονικής μελέτης ή μιας δημόσιας ομιλίας του διαιτητή. Δυσχερώς μπορεί να εκληφθεί ένας θεωρητικός ως όμηρος των θέσεων που έχει διατυπώσει στο πλαίσιο αυτό. Πολλώ δε μάλλον αυτό ισχύει όταν το κρίσιμο νομικό ζήτημα δεν είναι καν το κεντρικό τους θέμα.

Τέλος, ακόμη και ο χρόνος στον οποίον διατυπώθηκε η προηγούμενη επιστημονική γνώμη δεν θα πρέπει να θεωρείται άσχετος. Πράγματι δυσχερώς μπορεί να νοηθεί προσωπική δέσμευση του διαιτητή σε απόψεις που είχε διατυπώσει λ.χ. ως νεαρός νομικός υπό την έννοια ότι αποκλείεται ή είναι έστω σφόδρα απίθανη η υπαναχώρηση εξ αυτών.

Από την προηγηθείσα ανάλυση αντιλαμβάνεται λοιπόν κανείς ότι οι περιγραφείσες περιπτώσεις στις οποίες δεν μπορεί να τεθεί ζήτημα προσωπικής ταύτισης, εντεύθεν και κίνητρο μη αυτοδιάψευσσης, εξαντλούν σχεδόν τις μορφές υπό τις οποίες το ζήτημα είναι δυνατόν να ανακύψει στην πράξη. Απομένουν μόνον οι περιπτώσεις *ad hoc* μονογραφικής ενασχόλησης οι οποίες ωστόσο δεν είναι προβληματικές για τους έτερους λόγους που ήδη αναφέρθηκαν και θα αναφερθούν και στη συνέχεια.

28 Καμία προσωπική δέσμευση δεν παράγει προφανώς η περίπτωση εκείνη κατά την οποία ο διαιτητής σε προηγούμενη δημοσίευσή του έχει απλά περιγράψει την κρατούσα άποψη ή την άποψη τρίτου ή της νομολογίας, χωρίς να την υιοθετεί *expressis verbis* αλλά και χωρίς να την κατακρίνει.

5.3.2. Διαδικαστικές δυσχέρειες που συνεπάγεται η κατάφαση εν προκειμένω λόγου εξαίρεσης.

Στην προβληματική των λόγων εξαίρεσης των διαιτητών συγκρούεται πολλές φορές η ανάγκη διασφάλισης της αποτελεσματικότητας της διαιτητικής δίκης με την επιταγή διασφάλισης των εγγύων μιας δίκαιης δίκης²⁹. Τούτο ισχύει και στο εδώ εξεταζόμενο ζήτημα. Εν προκειμένω ωστόσο, η στάθμιση, στη βάση και όσων έχουν ήδη αναφερθεί, θα πρέπει να αποβεί υπέρ της αποτελεσματικότητας της διαιτητικής δίκης. Αυτό γιατί, τυχόν κατάφαση του εξεταζόμενου λόγου εξαίρεσης θα οδηγεί στην πράξη σε παράλυση της διαιτητικής διαδικασίας.

Πράγματι, στη συντριπτική πλειοψηφία των περιπτώσεων τα νομικά ζητήματα τα οποία θα καθίστανται κρίσιμα για την έκβαση της διαιτητικής δίκης δεν είναι εκ των προτέρων γνωστά. Θα εξαρτώνται από τους ειδικότερους ισχυρισμούς των διαδίκων αλλά και, ιδίως, από τα πραγματικά περιστατικά έτσι ως αυτά θα προκύπτουν εκ της αποδεικτικής διαδικασίας. Είναι δε ασφαλές να υποθέσει κανείς ότι τα νομικά αυτά ζητήματα θα αποκρυσταλλώνονται με σχετική ασφάλεια κατά τη διάσκεψη του διαιτητικού δικαστηρίου.

Τούτου δεδομένου, τυχόν κατάφαση της συνδρομής λόγου εξαίρεσης εν προκειμένω, θα οδηγεί σε ανυπέρβλητες διαδικαστικές περιπλοκές σε προκεχωρημένο διαδικαστικό σημείο της διαιτητικής δίκης, και δη, κυριολεκτικά κοντά στον χρόνο περάτωσης αυτής. Τυχόν εξαίρεση του διαιτητή στο σημείο αυτό δεν μπορεί προφανώς να θεωρείται επιθυμητή. Άλλωστε και αυτή ακόμη η αποκάλυψη της βάσης που μπορεί να αποτελέσει αφορμή για υπόνοιες μεροληψίας σε εκείνο το χρονικό σημείο καθίσταται προβληματική, εν όψει της εμπιστευτικότητας της διάσκεψης.

Τυχόν ερμηνεία δε, ότι για την εξαίρεση του διαιτητή θα αρκεί και το απλό ενδεχόμενο να κληθεί εκείνος να αποφανθεί επί νομικού ζητήματος για το οποίο έχει ήδη εκφέρει επιστημονική γνώμη, προφανώς και δεν ικανοποιεί. Η πιθανολόγηση αυτή είναι, αν όχι αδύνατη, εξαιρετικά δυσχερής, για τους λόγους που ήδη αμέσως ανωτέρω αναφέρθηκαν. Για να οδηγήσει δε σε μια πρόγνωση σχετικώς έστω ασφαλή, προϋποθέτει –προκαταρκτικές έστω– κρίσεις οι οποίες αναμφίβολα ανάγονται στην ουσία της διαφοράς αλλά και πρόωμη τυχόν αποκάλυψη των πραγματικών και νομικών ισχυρισμών των διαδίκων. Κανένα από τα δύο δεν είναι επιθυμητό, ιδίως εάν λάβει κανείς υπόψη του το ήδη σαθρό θεμέλιο του εξεταζόμενου λόγου. Ενδέχεται δε η σχετική διαδικασία να οδηγήσει σε ένα άλλο είδος *δέσμευσης* το οποίο είναι όντως επικίνδυνο για την αμεροληψία του διαιτητικού δικαστηρίου. Πράγματι, εάν εκείνο, στη

29 Βλ. σχετικώς *Mankowski*, Die Ablehnung von Schiedsrichtern, *SchiedsVZ* 2004, σ. 304 επ., 305.

διεθνή τουλάχιστον διαιτησία κατά την οποία επιλαμβάνεται αρχικώς της αίτησης εξαίρεσης, είναι υποχρεωμένο να εκφέρει προκαταρκτική έστω άποψη περί της πιθανής εξέλιξης της διαιτητικής δίκης, η κρίση του αυτή θα το δεσμεύει, υποσυνείδητα έστω, πολύ περισσότερο από ότι θα δέσμευε το μέλος του η προηγούμενη εκφορά επιστημονικής γνώμης. Αντίστοιχη δε περιπλοκή συνεπάγεται η συγκεκριμένη λύση και για τη δίκη της εξαίρεσης ενώπιον των κρατικών δικαστηρίων, στην έκταση που θα απαιτεί από εκείνα, για την διαπίστωση του εάν δύναται καν να τεθεί το σχετικό ζήτημα, μια πρώτη εκτίμηση περί της πιθανής εξέλιξης της ουσίας της διαφοράς ενώπιον των διαιτητών.

5.4. Περιπτώσεις στις οποίες και η κρατούσα άποψη δέχεται τη συνδρομή λόγου εξαίρεσης

Αναφέρθηκε ήδη ότι η κρατούσα άποψη δέχεται ότι η προηγούμενη δημόσια έκφραση επιστημονικής γνώμης ιδρύει λόγο εξαίρεσης του διαιτητή οσάκις αφορά στη συγκεκριμένη υπόθεση. Τούτο διότι, προφανώς, στην περίπτωση αυτή ο διαιτητής δεν εκφέρει αφηρημένη αλλά συγκεκριμένη νομική άποψη στη βάση των πραγματικών και νομικών δεδομένων της διαφοράς επί της οποίας καλείται να αποφανθεί³⁰. Τέτοιες περιπτώσεις δεν ανακύπτουν κατά κανόνα στην πράξη, ακριβώς διότι τα πραγματικά δεδομένα της διαφοράς δεν είναι εκ των προτέρων γνωστά. Στη θεωρία αναφέρεται το παράδειγμα του επιστημονικού σχολιασμού εκκρεμούς διαιτητικής υπόθεσης, η οποία προφανώς έχει λάβει δημοσιότητα, σε χρόνο μετά την έγερση της διαιτητικής προσφυγής και πριν από τον διορισμό του διαιτητή που προέβη στον σχολιασμό³¹. Επίσης, εξαιρετικά συχνά γίνεται επίκληση στη θεωρία της περίπτωση κατά την οποία ο διαιτητής έχει ως ακαδημαϊκός παράσχει σε διάδικο μέρος νομική γνωμοδότηση σε σχέση με την διαφορά και στη βάση των πραγματικών περιστατικών που τη συγκροτούν³². Όντως, εν προκειμένω η συνδρομή λόγου εξαίρεσης θα πρέπει να θεωρείται δεδομένη. Καίτοι πάντως η σύνταξη γνωμοδοτήσεων ανάγεται επίσης στο ακαδημαϊκό έργο, η επ' αμοιβή παροχή της σε διάδικο μέρος θεμελιώνει ούτως ή άλλως λόγο εξαίρεσης και αυτοτελώς.

Πέραν της περιπτώσεως αυτής γίνεται δεκτό από την κρατούσα γνώμη³³ ότι, όλως κατ' εξαίρεση, δικαιολογείται υπόνοια μεροληψίας στο πρόσωπο

30 Για την διάκριση μεταξύ των δύο βλ. και την απόφαση του Ελβετικού Ακυρωτικού της 4ης Ιουνίου 2007, *Hospital X. v. KPT / CPT Krankenkasse*, II, *ASA Bulletin*, 2008, σ. 113 επ. 118.

31 *Froitzheim*, *Die Ablehnung von Schiedsrichtern wegen Befangenheit in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit*, 2016, σ. 274.

32 Βλ. τις παραπομπές ανωτέρω στις σημειώσεις 17 και 18.

33 Βλ. *Froitzheim*, *Die Ablehnung von Schiedsrichtern wegen Befangenheit in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit*, 2016, σ. 274, με περαιτέρω παραπομπές στη σημείωση 1400. Βλ. επίσης *Lachmann*, *Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis*, 3^η έκδ., 2008, §§ 1011, 1013 επ.

του διαιτητή εάν η προηγούμενη αφηρημένη επιστημονική του γνώμη έχει διατυπωθεί κατά τέτοιον τρόπο ώστε κατ' αντικειμενική θεώρηση να αποκλείει το ενδεχόμενο εκείνος να αντιμετωπίσει διαφορετικά το ζήτημα έστω και στη βάση των πραγματικών δεδομένων της συγκεκριμένης διαφοράς επί της οποίας καλείται να αποφανθεί. Τούτο έγινε δεκτό από το Ελβετικό Ακυρωτικό σε μια περίπτωση στην οποία ο διαιτητής είχε σχολιάσει στον νομικό τύπο προγενέστερη διαιτητική απόφαση επί του αυτού νομικού ζητήματος χρησιμοποιώντας ύφος και διατυπώσεις έως και μειωτικές της επιστημονικής θέσης που είχε υιοθετήσει το διαιτητικό δικαστήριο. Ένεκα τούτων δέχτηκε το Δικαστήριο ότι κατ' αντικειμενική θεώρηση επιτρέπεται το συμπέρασμα ότι εκείνος δεν θα ήταν διατεθειμένος να επανεξετάσει το ζήτημα αυτό με ανοικτό πνεύμα στη βάση των πραγματικών δεδομένων της διαφοράς στην οποία είχε κατόπιν οριστεί διαιτητής³⁴.

34 Απόφαση του Ελβετικού Ακυρωτικού της 7^{ης} Νοεμβρίου 2006, *Swiss International Airlines AG v. Swiss Pilots Association*, 4P.247/2006, *ASA Bulletin*, 2007, σ. 166 επ., σ. 172 – 173. Βλ. επίσης σύμφωνο σχόλιο επί της απόφασης από *Tschanz/Gazzini* σε *Revue de l'Arbitrage*, 2007, σ. 877 επ., με τη σημείωση (σ. 878) ότι, καίτοι αυτή αφορούσε σε εσωτερική διαιτησία, τα πορίσματά της είναι εφαρμόσιμα και στη διεθνή διαιτησία δεδομένου ότι το μέτρο της απαιτούμενης αμεροληψίας του διαιτητή δεν παραλλάσσει. Βλ. επίσης *Lachmann*, *Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis*, 3^η έκδ., 2008, §§ 1011, 1013 επ., ο οποίος και θεωρεί τη λύση του Ελβετικού Ακυρωτικού υποδειγματική. Δέχτηκε ειδικότερα το Ελβετικό Ακυρωτικό τα εξής: «*Der designierte Schiedsrichter war im vorliegenden Fall (im Unterschied zu den wiederum von den Parteien bezeichneten bisherigen Schiedsrichtern) nicht formell mit der konkreten Streitsache befasst. Er hat vielmehr von sich aus das erste Schiedsurteil besprochen. Die öffentliche Äusserung erfolgte dabei im Rahmen des Bereichs, mit dem sich der designierte Schiedsrichter auch sonst wissenschaftlich befasst, und zu einem Zeitpunkt, als er um seine Nomination als Schiedsrichter noch nicht wissen konnte. Die Tatsache allein, dass der designierte Schiedsrichter sich mit dem Urteil auseinandersetzte und damit ohne äussere Notwendigkeit ein persönliches (wissenschaftliches) Interesse an der Auseinandersetzung der Parteien bekundete, vermag insoweit bei objektiver Betrachtung nicht den Anschein der Voreingenommenheit zu wecken. Entscheidend erscheint vielmehr, ob er sich durch die Art seiner Besprechung in einer Weise festgelegt hat, die bei objektiver Betrachtungsweise befürchten lässt, dass er seine Meinung abschliessend gebildet hat und die im Streitfall konkret sich stellenden Fragen nicht mehr umfassend und offen beurteilen wird. Wie die kantonalen Instanzen zutreffend erwogen haben, erscheint in dieser Hinsicht als massgebend, wie eindeutig der designierte Schiedsrichter seine persönliche Beurteilung zur Auseinandersetzung unter den Parteien insgesamt und zu Fragen ausgedrückt hat, die im Rahmen des konkreten Verfahrens wiederum erheblich sein werden, an dem er als Richter mitwirken soll. ... Das Appellationsgericht hat in Übereinstimmung mit dem Zivilgericht die Kommentierung des ersten Schiedsurteils durch den designierten Schiedsrichter als eindeutig und verbindlich qualifiziert. Es hat insbesondere erwogen, dass er zwar wissenschaftlich korrekt vorgegangen sei, namentlich die einzelnen Erwägungen des Schiedsgerichts und seine abweichende Meinung dazu detailliert dargestellt habe, dass er aber in einem abschliessenden Fazit die richterliche Leistung unmissverständlich als grob falsch qualifiziert habe, indem er ausführte: „Es ist zu hoffen, dass dieses Schiedsgerichtsurteil aufgrund der Besonderheiten des Falls Swiss International Air Lines ein singuläres*

Σε μια αντίστοιχη περίπτωση το Εφετείο του Μονάχου³⁵ δέχτηκε τη συνδρομή λόγου εξαίρεσης επί παράλληλης δημοσίευσης³⁶ συνεργάτη του διαιτητή, η οποία έλαβε χώρα με την έγκριση του τελευταίου, στην οποία ο συντάκτης εξέθετε ανωνυμοποιημένα τα πραγματικά περιστατικά της διαφοράς και χρησιμοποιούσε ειρωνικές εκφράσεις για το πρόσωπο και τις θέσεις συγκεκριμένου διαδίκου χωρίς να τον ονοματίζει.

Έναντι της συγκεκριμένης προσέγγισης δικαιολογούνται επιφυλάξεις. Το κριτήριο του τρόπου διατύπωσης της επιστημονικής θέσης του διαιτητή είναι προδήλως επισφαλές. Επίσης δεν σχετίζεται με τον βασικό λόγο που αποκλείει τη συνδρομή εν προκειμένω υπόνοιας μεροληψίας, ήτοι με το *αφηρημένο* της διατύπωσης της νομικής γνώμης ανεξάρτητα από τα πραγματικά δεδομένα της υπό κρίση διαφοράς. Η προσφυγή στη λύση αυτή λοιπόν, και αν ακόμη δεν μπορεί παντελώς να αποκλειστεί, θα πρέπει να χωρεί σε εξαιρετικά ακραίες περιπτώσεις. Μια τέτοια περίπτωση είναι ακριβώς τα ειρωνικά σχόλια εις βάρος των θέσεων του διαδίκου. Τούτου λεχθέντος, θα πρέπει να σημειωθεί ότι στην πιο οριακή υπόθεση επί της οποίας έκρινε το Ελβετικό Ακυρωτικό συνέτρεχε και συνάφεια μεταξύ των πραγματικών δεδομένων της διαφοράς επί της οποίας είχε εκδοθεί η πρώτη σχολιασθείσα διαιτητική απόφαση και των πραγματικών δεδομένων της επιγενόμενης διαιτητικής δίκης.

Αμφισβητούμενο είναι το ζήτημα της παράλληλης έκφρασης επιστημονικής γνώμης από τον διαιτητή, η οποία ανακύπτει οσάκις εκείνος, μεσούσης της διαιτησίας, προβαίνει σε επιστημονική δημοσίευση στην οποία λαμβάνει

Ereignis im kollektiven Arbeitsrecht der Schweiz bleibt. Jedenfalls würde die generelle Umdeutung aller Ausdehnungsklauseln in Exklusivklauseln die kollektivrechtliche Landschaft erheblich umgestalten. Und die strikte Handhabung des Gleichbehandlungsgrundsatzes auch im Falle von Unternehmenssanierungen und Strukturveränderungen könnte sich wohl sehr bald zu Lasten der Arbeitnehmer auswirken. Art. 333 OR ist diesbezüglich in bester Erinnerung. 'Denn nicht bei jeder Sanierung strömt der warme Geldregen des Bundes vom Himmel'. Der designierte Schiedsrichter hat mit diesem Fazit zur Auslegung der im konkreten GAV enthaltenen Ausdehnungsklausel und zur Handhabung des Gleichbehandlungsgrundsatzes für den konkreten Fall deutlich zum Ausdruck gebracht, dass diese Fragen nach seiner Meinung gerade abweichend vom besprochenen Schiedsurteil zu entscheiden waren. Die kantonalen Instanzen haben diese öffentliche Stellungnahme zu Recht als so eindeutig qualifiziert, dass bei objektiver Betrachtungsweise zu befürchten ist, er habe sich seine Meinung zu diesen Fragen abschliessend gebildet. Die Rüge der Beschwerdeführerin, die kantonalen Instanzen hätten nicht belegt und sogar nicht einmal erwogen, dass der designierte Schiedsrichter einer Revidierung seiner Rechtsauffassung im Falle besserer Erkenntnisse nicht zugänglich sein solle, ist unbegründet».

35 LG München, 27 June 2002, 2 OH 1728/01, CLOUT 902. Ακριβής περιγραφή της υπόθεσης βλ. στον Froitzheim, Die Ablehnung von Schiedsrichtern wegen Befangenheit in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit, 2016, σ. 275 – 276, με ακριβέστερη περιγραφή των πραγματικών της δεδομένων.

36 Για την προβληματική των παράλληλων δημοσιεύσεων βλ. πάντως και την ανάλυση ευθύς κατωτέρω στο κείμενο.

θέση επί κρίσιμου νομικού ζητήματος. Η ειδοποιός διαφορά της εν λόγω περίπτωσης, η οποία επίσης σπάνια ανακύπτει, έγκειται στο ότι δημιουργείται στα μέρη η εντύπωση ότι ο διαιτητής, τελώντας σε γνώση των πραγματικών δεδομένων της διαφοράς, έχει ήδη μορφώσει άποψη επί του κρίσιμου νομικού ζητήματος προτού εκδώσει την απόφασή του³⁷. Υποστηρίζεται ότι ούτε στην περίπτωση αυτή συντρέχει λόγος εξαίρεσης δεδομένου ότι η επιστημονική δημοσίευση του διαιτητή αποδίδει τη θέση του κατά τον χρόνο που αυτή λαμβάνει χώρα, χωρίς να αποκλείεται αντικειμενικά η μεταστροφή του στο μέλλον³⁸. Έναντι τις συγκεκριμένης, επιεικούς, ερμηνευτικής εκδοχής δικαιολογούνται επιφυλάξεις. Σημειώνοντας κανείς το αυτονόητο θα έλεγε ότι ουδεμία αδήριτη ανάγκη επιβάλλει μια τέτοια δημοσίευση μεσούσης της διαιτητικής δίκης η οποία, μεταξύ άλλων, είναι εξόχως προβληματική και υπό το πρίσμα της εμπιστευτικότητας. Ήδη λοιπόν η δημοσίευση αυτή θα πρέπει να αντιμετωπίζεται σαν μια περιπλοκή την οποία κακώς προκάλεσε ο διαιτητής. Κυρίως όμως, δεδομένου ότι κατά τον χρόνο που λαμβάνει χώρα η δημοσίευση αυτή ο διαιτητής τελεί σε γνώση (αδιάφορο σε ποιον βαθμό) των πραγματικών δεδομένων της διαφοράς, η δημοσίευση αυτή, ακόμη και αν έχει διατυπωθεί κατά τρόπο αφηρημένο, δεν μπορεί να αποσυνδεθεί από το δικαιοδοτικό έργο του διαιτητή. Πολλώ δε μάλλον ισχύει αυτό οσάκις στη δημοσίευση αναφέρονται και τα συγκεκριμένα πραγματικά περιστατικά που συγκροτούν τη διαφορά, έστω ως υπόθεση εργασίας. Αδρανή λοιπόν το βασικό επιχείρημα επί του οποίου εδράζεται η κρατούσα άποψη. Τέλος η χρονική συνταύτιση αποτελεί ένα στοιχείο που, ακόμη και επί μιας απλής μελέτης, δικαιολογεί την υπόθεση της προσωπικής ταύτισης. Πράγματι, ο διαιτητής που πήρε την απόφαση να εκφράσει δημόσια τη νομική του θέση μεσούσης της διαιτητικής δίκης και έχοντας έστω και μια πρώτη εικόνα των πραγματικών της δεδομένων, θα χαρακτηρίζεται από μια έντονη προδιάθεση να αποφανθεί κατά τον ίδιον ακριβώς τρόπο.

Η απόφαση αυτή είναι δεκτική διττής ανάγνωσης. Αφενός μεν δεν στηρίζεται τόσο στο παράλληλο της δημοσίευσης όσο στο ύφος αυτής, και κατά τούτο αποδίδει την προεκτεθείσα θέση της νομολογίας.

5.5. Συνεκτίμηση των επιστημονικών δημοσιεύσεων του διαιτητή για τη θεμελίωση λόγου εξαίρεσης επί διαφορετικής βάσης

Στη βάση των ορθών παραδοχών της κρατούσας άποψης θα πρέπει να γίνει δεκτό ότι οι δημοσιώς εκπεφρασμένες επιστημονικές θέσεις του διαιτητή δεν λαμβάνονται υπόψη ούτε σε συνδυασμό προς έτερους προβαλλόμενους

37 Βλ. σχετικά *Froitzheim*, Die Ablehnung von Schiedsrichtern wegen Befangenheit in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit, 2016, σ. 275.

38 Ibid.

λόγους εξαίρεσης, προκειμένου σωρευτικά να θεμελιώσουν υπόνοιες μεροληψίας. Μια συμπεριφορά η οποία αυτοτελώς δεν έχει το συγκεκριμένο αποτέλεσμα δεν είναι δυνατόν να αποκτά αρνητικό πρόσημο σε συνδυασμό προς άλλους παράγοντες.

6. Οι μειοψηφικές απόψεις που καταφάσκουν τη συνδρομή λόγου εξαίρεσης

Στον αντίποδα των ως άνω θέσεων βρίσκονται ορισμένες μειοψηφικές απόψεις οι οποίες καταφάσκουν, υπό προϋποθέσεις ή και όχι, τη συνδρομή λόγου εξαίρεσης στην εδώ εξεταζόμενη περίπτωση. Ειδικότερα:

6.1. Η μειοψηφική θέση περί άνευ τινός εξαιρέσεως του διαιτητή στην εξεταζόμενη περίπτωση

Μειοψηφική, καίτοι εξαιρετικά έγκυρη γνώμη, στη γερμανική θεωρία καταφάσκει τη συνδρομή υπόνοιας μεροληψίας σε κάθε περίπτωση που ο διαιτητής έχει σε προγενέστερο χρόνο εκφράσει δημοσίως τις απόψεις του επί νομικού ζητήματος το οποίο ασκεί ουσιώδη επιρροή στην έκβαση της διαιτητικής δίκης³⁹. Η θέση αυτή εδράζεται προφανώς στην παραδοχή της συνδρομής δέσμευσης (*commitment*) του διαιτητή υπό την έννοια που έχει ήδη εκτεθεί. Προς αντίκρουσή της ισχύει εντεύθεν ότι έχει ήδη αναφερθεί.

6.2. Η μειοψηφική θέση που θεωρεί κρίσιμη την ύπαρξη κρατούσας άποψης επί του κρίσιμου νομικού ζητήματος

Έτερη μειοψηφική γνώμη υποστηρίζει ότι η δημόσια διατύπωση επιστημονικής γνώμης από τον διαιτητή επί νομικού ζητήματος κρίσιμου για την επίλυση της διαφοράς θεμελιώνει λόγο εξαίρεσης μόνον οσάκις το ζήτημα αυτό είναι σφόδρα αμφισβητούμενο και δεν υφίσταται εισέτι κρατούσα άποψη στη νομολογία⁴⁰. Η ειδικότερη θεμελίωση της θέσης αυτής είναι ασαφής. Μάλλον υπολαμβάνει ότι στις περιπτώσεις εκείνες που ένα νομικό ζήτημα είναι, νομολογιακά τουλάχιστον, λελυμένο (εάν μπορεί ποτέ να ειπωθεί καν αυτό), ζήτημα αμεροληψίας του διαιτητή δεν τίθεται διότι εκείνος, ακόμη και αν έχει υποστηρίξει κάποια αντίθετη θέση, θα ακολουθήσει υποχρεωτικά την κρα-

39 Έτσι *Schlosser* σε *Stein/Jonas/Schlosser*, ZPO, 23^η έκδ., 2014, § 1036 αρ. 45. Επειδή ο *Schlosser* ταυτίζει την περίπτωση αυτή με εκείνη κατά την οποία ο διαιτητής έχει υπό την αυτή ιδιότητα αποφανθεί κατά συγκεκριμένο τρόπο επί νομικού ζητήματος στο πλαίσιο προηγούμενης διαιτητικής δίκης, εξαιρεί την περίπτωση των μόνιμων διαιτητικών δικαστηρίων στα οποία είναι ζητούμενο η δημιουργία πάγιων νομολογιακών προηγούμενων. Η εξαίρεση αυτή ωστόσο δεν αφορά προφανώς την εδώ εξεταζόμενη περίπτωση.

40 Έτσι *Lachmann*, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, 2^η έκδ., 2002, § 608.

τούσα νομολογία⁴¹. Αντίθετα, επί εριζόμενου εισέτι ζητήματος, η ίδια άποψη φαίνεται να υπολαμβάνει ότι υφίσταται όντως πρόβλημα μεροληψίας, υπό την έννοια ότι ο διαιτητής θα ακολουθήσει τις προσωπικές του απόψεις ανεξάρτητα από τα πραγματικά δεδομένα της διαφοράς. Ο υποστηρικτής της θέσης αυτής την έχει ήδη εγκαταλείψει προσχωρώντας εν πολλοίς στην ως άνω επικρατούσα γνώμη⁴².

Πέραν των όσων έχουν ήδη εκτενώς αναφερθεί, η εν λόγω ερμηνευτική προσέγγιση πάσχει και λόγω της ιδιαίτερης σημασίας την οποία αποδίδει στην ύπαρξη κρατούσας νομολογίας. Πράγματι, όπως ορθά επισημαίνεται, η δέσμευση την οποία επικαλείται προς επίλυση του προβλήματος δεν έχει νομική βάση, δεδομένου ότι ο διαιτητής, όπως και ο κρατικός δικαστής, δεν είναι άνευ ετέρου τινός υποχρεωμένος να ακολουθήσει την κρατούσα νομολογιακή εκδοχή, στις ηπειρωτικές τουλάχιστον έννομες τάξεις στις οποίες η νομολογία δεν είναι πηγή δικαίου, αδιάφορα εάν αυτό συμβαίνει κατά κανόνα στην πράξη⁴³.

6.3. Η μειοψηφική θέση η οποία διακρίνει ως προς τον επιδιαιτητή ή τον μοναδικό διαιτητή

6.3.1. Η θέση και η αφετηρία της

Έτερη, μειοψηφική επίσης, ερμηνευτική προσέγγιση υποστηρίζει ότι και στο εδώ εξεταζόμενο ζήτημα θα πρέπει να γίνει διάκριση μεταξύ των διαιτητών που ορίζονται από τα μέρη και του επιδιαιτητή ή του μοναδικού διαιτητή⁴⁴, υπό την έννοια ότι ως προς τους τελευταίους θα πρέπει να ισχύουν διαφορετικά – αυστηρότερα κριτήρια αμεροληψίας. Εκκινεί η προσέγγιση αυτή από μια αφετηρία την οποία ασπάζονται έγκυρες καίτοι μειοψηφικές γνώμες, ότι κρίσιμη εν τέλει δεν είναι η αμεροληψία των κατ' ιδίαν διαιτητών αλλά του διαιτητικού δικαστηρίου ως όλου⁴⁵. Υπό το πρίσμα αυτό, κρίσιμη είναι η αμεροληψία του επιδιαιτητή, η οποία, εφόσον συντρέχει αρκεί για να διασφαλίσει

41 Έτσι αντιλαμβάνεται τη θέση αυτή, ασκώντας της κριτική, ο *Froitzheim*, *Die Ablehnung von Schiedsrichtern wegen Befangenheit in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit*, 2016, σ. 272.

42 Βλ. έτσι *Lachmann*, *Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis*, 3^η έκδ., 2008, § 1012.

43 Έτσι ορθά *Froitzheim*, *Die Ablehnung von Schiedsrichtern wegen Befangenheit in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit*, 2016, σ. 272.

44 *Effer-Uhe*, *Schiedsrichterliche Unabhängigkeit bei wissenschaftlichen Äußerungen*, *Schieds-VZ* 2018, σ. 77 επ.

45 Βλ. έτσι *Born*, *International Commercial Arbitration*, 3^η έκδ., 2021, σ. 1941 επ.· *Schlosser* σε *Stein/Jonas/Schlosser*, *ZPO*, 23^η έκδ., 2014, § 1036 αρ. 27: «nur die Neutralität des Schiedsgerichts insgesamt, nicht aber auch eines jeden einzelnen Schiedsrichters ist unverzichtbar». Βλ. επίσης *Gomez/Acebo*, *Party-Appointed Arbitrators in International Commercial Arbitration*, 2016, σ. 69 επ.

την ουδετερότητα ενός τριμελούς διαιτητικού δικαστηρίου, χωρίς να ενδιαφέρει η τυχόν μεροληπτική στάση των λοιπών διαιτητών υπέρ των μερών που τους όρισαν⁴⁶. Ομοίως κρίσιμη είναι η αμεροληψία του μοναδικού διαιτητή που συγκροτεί το διαιτητικό δικαστήριο.

Η αφετηριακή ως άνω παραδοχή περί της αμεροληψίας του διαιτητικού δικαστηρίου ως όλου έχει αναπτυχθεί στη θεωρία σε σχέση προς έτερα ζητήματα⁴⁷. Η μεταφορά της ωστόσο στο εδώ εξεταζόμενο πρόβλημα⁴⁸ επιδρά όντως επ' αυτού και μάλιστα διττά. Κατά πρώτον, καθιστά περιττή την εξέτασή του όσον αφορά στους οριζόμενους από τα μέρη διαιτητές. Κατά δεύτερον, καταφάσκει τη συνδρομή λόγου εξαίρεσης στο πρόσωπο του επιδιαιτητή ή του μοναδικού διαιτητή, ακριβώς διότι επιδρά στην αμεροληψία του διαιτητικού δικαστηρίου ως όλου.

Για λόγους που θα αναφερθούν ευθύς κατωτέρω, η παραδοχή από την οποία εκκινεί η εδώ σχολιαζόμενη γνώμη είναι σε κάθε περίπτωση εσφαλμένη. Διάκριση ως προς τα κριτήρια και το μέτρο αμεροληψίας μεταξύ αφενός μεν των διαιτητών οι οποίοι ορίζονται από τα μέρη, αφετέρου δε του επιδιαιτητή ή του μοναδικού διαιτητή δεν δικαιολογείται.

Σε κάθε περίπτωση δε η επίκληση της ως άνω διάκρισης δεν επαρκεί καν για την απάντηση στο κρίσιμο εν προκειμένω ερώτημα. Το βασικό ερώτημα το οποίο θα πρέπει να απαντηθεί είναι το εάν όντως η εξεταζόμενη περίπτωση θέτει ζήτημα αμεροληψίας. Εάν το ερώτημα αυτό απαντηθεί αρνητικά, ζήτημα προφανώς δεν τίθεται, αδιάφορα εάν πρόκειται για διαιτητή οριζόμενο από μέρος, επιδιαιτητή ή μοναδικό διαιτητή. Η διάκριση θα στερείται παντελώς σημασίας. Εάν πάλι απαντηθεί καταφατικά, θα πρέπει να εξηγηθεί περαιτέρω ποιο είναι το διαφορετικό – αυστηρότερο μέτρο αμεροληψίας το οποίο ισχύει για τον επιδιαιτητή ή τον μοναδικό διαιτητή και γιατί η εδώ εξεταζόμενη περίπτωση δεν ανταποκρίνεται σε αυτό, καίτοι ανταποκρίνεται στο μέτρο που

46 Ο Born, International Commercial Arbitration, 3^η έκδ., 2021, σ. 1952, καταφάσκει έτσι το έγκυρο συμφωνίας των μερών κατά την οποία οι οριζόμενοι από εκείνα διαιτητές απαλλάσσονται από το καθήκον αμεροληψίας, σημειώνοντας τα εξής: «*Provided that commercial parties are aware of and clearly consent to this sort of arrangement, with each party entitled to appoint a predisposed co-arbitrator and a tribunal chaired by an impartial presiding arbitrator, then there is no satisfactory reason to deny effect to principles of party autonomy. The decisive point, in these circumstances, is that the arbitral tribunal as a collective body is impartial and independent, even if the two co-arbitrators, considered individually, lack the same degree of independence and impartiality that is required from the presiding (or a sole) arbitrator*»

47 Τούτο προκύπτει και από το ότι βασικοί υποστηρικτές της, όπως ο Born, International Commercial Arbitration, 3^η έκδ., 2021, σ. 2026 – 2027, συντάσσονται με την κρατούσα άποψη σύμφωνα με την οποία στο εδώ εξεταζόμενο ζήτημα δεν τίθεται καν ζήτημα ως προς την αμεροληψία των διαιτητών γενικώς.

48 Βλ. έτσι Effer-Uhe, Schiedsrichterliche Unabhängigkeit bei wissenschaftlichen Äußerungen, SchiedsVZ 2018, σ. 79 επ.

ισχύει για τους διαιτητές που ορίζουν τα μέρη.

Το βασικό δε πρόβλημα της σχολιαζόμενης γνώμης⁴⁹ είναι ότι, καίτοι σε συμφωνία με την κρατούσα άποψη δέχεται ότι η προηγούμενη δημόσια εκφορά επιστημονικής γνώμης επί κρίσιμου στη διαιτησία νομικού ζητήματος δεν είναι καταρχήν προβληματική, εν τέλει καταλήγει στην κατάφαση της συνδρομής λόγου εξαίρεσης στο πρόσωπο του επιδιαιτητή ή του μοναδικού διαιτητή, χωρίς να θεμελιώνει το πόρισμα αυτό κατ' ουσίαν σε κανένα άλλο επιχείρημα πέραν της ιδιότητάς τους αυτής και της επίδρασης την οποία έχει στην αμεροληψία του διαιτητικού δικαστηρίου ως όλου.

6.3.2. Κριτική

6.3.2.α. *Ενιαία ισχύς της επιταγής της αμεροληψίας για όλους τους διαιτητές*

Η επιταγή της αμεροληψίας καταλαμβάνει ενιαία και κατά τον ίδιο ακριβώς τρόπο και στο ίδιο ακριβώς μέτρο όλους τους διαιτητές, αδιάφορα εάν πρόκειται για τον επιδιαιτητή ή τον μοναδικό διαιτητή ή για διαιτητές οριζόμενους από τα μέρη.

Στο ελληνικό δίκαιο τούτο προκύπτει ήδη και από το ισχύον κανονιστικό πλαίσιο. Κρίσιμη, επί εσωτερικής διαιτησίας, είναι η διάταξη του άρθρου 883 § 2 ΚΠολΔ, ενώ, επί διεθνούς εμπορικής διαιτησίας με τόπο διαιτησίας στην ελληνική Επικράτεια, κρίσιμη είναι η διάταξη του άρθρου 12 § 2 του ν. 2735/1999. Αμφότερες οι σχετικές διατάξεις επιβάλλουν χωρίς καμία διάκριση καθήκον αμεροληψίας και ανεξαρτησίας για όλα τα μέλη του διαιτητικού δικαστηρίου. Έτι περαιτέρω, ρυθμίζουν ειδικώς την περίπτωση της αίτησης εξαίρεσης διαιτητή από το μέρος που τον διόρισε για υπόνοιες μεροληψίας, απαιτώντας αυτή να θεμελιώνεται σε λόγο που επήλθε ή να έγινε γνωστός μετά τον διορισμό. Δεν καταλείπεται λοιπόν καμία αμφιβολία, υπό το ισχύον παρ' ημίν κανονιστικό πλαίσιο, ότι και οι διαιτητές τους οποίους διορίζουν τα μέρη οφείλουν να είναι, κατά τον χρόνο αποδοχής του διορισμού τους, και να παραμείνουν, έως και την περάτωση της διαιτητικής δίκης, αμερόληπτοι και ανεξάρτητοι. Αυτή είναι και η απολύτως κρατούσα άποψη στην ελληνική θεωρία και νομολογία⁵⁰.

49 Βλ. *Effér-Uhe*, *Schiedsrichterliche Unabhängigkeit bei wissenschaftlichen Äußerungen*, *SchiedsVZ* 2018, σ. 77 επ.

50 Βλ. ειδικώς για το ζήτημα Βασιλακάκη, *Η αμεροληψία του διαιτητή*, ΕΠολΔ 2017.449, 462· Καϊση, *Ακύρωση διαιτητικών αποφάσεων*, 2^η έκδ., 1989, σ. 190 – 191· Καλαβρό, *Ακύρωση και ανυπαρξία διαιτητικών αποφάσεων*, 2017, σ. 284, 297 – 300, 306· Κουσούλη, *Δίκαιο της διαιτησίας*, 2006, σ. 63. Και ανεξάρτητα από τις ειδικές αυτές αναλύσεις, η θεωρία και η νομολογία εκκινούν από την παραδοχή ότι το καθήκον αμεροληψίας καταλαμβάνει χωρίς διακρίσεις κατά τον ίδιο τρόπο όλα τα μέλη του διαιτητικού δικαστηρίου την οποία εκλαμβάνουν ως αυτονόητη. Έτσι Γιαννόπουλος, γγμδ, Αρμ 2016.1464 επ., ιδίως 1468 επ.· Μαργαρίτης, ΕρμΚΠολΔ, άρθρο 883, αρ. 3· Κεραμεύς/Κονδύλης/Νίκας (- Φουστουκός),

Η ίδια θέση κρατεί και στις λοιπές έννομες τάξεις που έχουν ενσωματώσει στο δίκαιό τους τον Πρότυπο Νόμο της UNCITRAL (εφεξής ΠρΝ), εντεύθεν και ρύθμιση αντίστοιχη εκείνης του άρθρου 12 § 2 του ν. 2735/1999, η οποία δεν διακρίνει ούτε και εξαιρεί τους διαιτητές των μερών⁵¹. Όμοια λύση υιοθετούν, κατά σχεδόν απόλυτο κανόνα, και οι εθνικές νομοθεσίες που δεν έχουν ενσωματώσει τον ΠρΝ⁵². Όμοια λύση προκρίνουν και οι κανόνες των σημαντικότερων θεσμικών διαιτησιών⁵³.

Αυτή είναι και η συντριπτικά κρατούσα άποψη στην αλλοδαπή θεωρία εν όψει των ως άνω κανονιστικών πλαισίων, ιδίως δε στο πλαίσιο της διεθνούς

ΚΠολΔ, ΙΙ, 2000, άρθρο 883, αρ. 2· Στ. Παναζόπουλος, σημείωμα στην ΜΠρΑθ 1352/2011 ΕλλΔνη 2015.827, 832· Φιλώτης, Σχέση πολιτειακών δικαστηρίων και διαιτησίας, ΕΠολΔ 2015.506, 516 επ· ΜΠρΑθ 4778/2013 ΕΠολΔ 2013.677 με σύμφωνες παρατηρήσεις Γιαννόπουλου· ΜΠρΑθ 1352/2011 ΕλλΔνη 2015.827.

51 Βλ. σχετικά *Holtzmann/Neuhaus*, A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration: Legislative History and Commentary, 1989, σ. 389· *Rozas*, Clearer Ethics Guidelines and Comparative Standards for Arbitrators, σε *Liber Amicorum Bernardo Cremades*, 2010, σ. 431.

52 Βλ. την εξαντλητική παράθεση των ρυθμίσεων σε *Gomez/Acebo*, Party-Appointed Arbitrators in International Commercial Arbitration, 2016, σ. 71, σημείωση 6. Βλ. επίσης *Menon*, Adjudicator, Advocate, or Something in Between? Coming to Terms with the Role of the Party-appointed Arbitrator, *Journal of International Arbitration* 2017.347, 357. Έτσι, μεταξύ άλλων, και το ελβετικό δίκαιο το οποίο επιβάλλει με το άρθρο 180 §1 PILS το καθήκον αμεροληψίας χωρίς καμία διάκριση σε όλα τα μέλη του διαιτητικού δικαστηρίου. Βλ. σχετικά *Orelli* σε *Manuel Arroyo* (ed), *Arbitration in Switzerland: The Practitioner's Guide*, 2^η έκδ., 2018, σ. 114.

53 Βλ. Άρθρο 11 (1) των ICC Rules (2017): «*Every arbitrator must be and remain impartial and independent of the parties involved in the arbitration*». Η διατύπωση της ρύθμισης είναι ενδεικτική διότι ακριβώς θετικά και προφανώς προς άρση κάθε αμφιβολίας επιβάλλει το καθήκον αμεροληψίας και ανεξαρτησίας σε όλα τα μέλη του διαιτητικού δικαστηρίου (*every arbitrator*). Βλ. σχετικά και *Verbist/Schäfer* et al., *ICC Arbitration in Practice*, 2^η έκδ., 2015, σ. 64. Άρθρο 5(3) των LCIA Arbitration Rules (2014): «*All arbitrators shall be and remain at all times impartial and independent of the parties; and none shall act in the arbitration as advocate for or representative of any party. No arbitrator shall advise any party on the parties' dispute or the outcome of the arbitration*». Και η συγκεκριμένη διατύπωση υπολαμβάνει ακριβώς ότι καταλαμβάνονται θετικά και χωρίς καμία εξαίρεση όλα τα μέλη του διαιτητικού δικαστηρίου (*all arbitrators*). Άρθρο 11(1) των AAA/ICDR Rules (2014): «*Arbitrators acting under these Rules shall be impartial and independent and shall act in accordance with the terms of the Notice of Appointment provided by the Administrator*». Άρθρο 15 των DIS Arbitration Rules (1998): «*Each arbitrator must be impartial and independent. He shall exercise his office to the best of his knowledge and abilities, and in doing so is not bound by any directions*». Η ίδια λύση υιοθετείται και στο πλαίσιο της διεθνούς επενδυτικής διαιτησίας. Σχετικά τα άρθρα 14(1), 40(1) και 52(3) της Σύμβασης ICSID. Βλ. *Daele*, Challenge and Disqualification of Arbitrators in International Arbitration, 2012, σ. 246 – 7, με περαιτέρω παραπομπές καθώς και *Bernardini*, ICSID Versus Non-ICSID Investment Treaty Arbitration, σε *Liber Amicorum Bernardo Cremades*, 2010, σ. 165 – 166.

διαιτησίας⁵⁴.

Η αντίθετη θέση παραδοσιακά επικρατούσε στις Η.Π.Α. ιδίως στις εσωτερικές διαιτησίες, στη βάση των κανόνων σημαντικών θεσμικών διαιτησιών αλλά και πολιτειακών νόμων. Η ίδια θέση είχε επηρεάσει ωστόσο και την αντιμετώπιση από τη θεωρία και τη νομολογία του αυτού ζητήματος στο πλαίσιο διαπολιτειακών ή διεθνών διαιτησιών. Πράγματι, εκεί επικρατούσε στο παρελθόν η θέση ότι διαιτητές των μερών δεν υπέχουν καθήκον αμεροληψίας και ανεξαρτησίας έναντι εκείνων, και ότι το καθήκον αυτό βαρύνει αποκλειστικά και μόνον τον επιδιαιτητή. Ο τελευταίος μάλιστα καλείτο *neutral* προκειμένου, και σε επίπεδο ορολογίας ήδη, να γίνει σαφής η αντιδιαστολή προς τους διαιτητές των μερών όσον αφορά στο ζήτημα αυτό. Ήδη ωστόσο, και στις Η.Π.Α., η κατάσταση έχει σχεδόν πλήρως μεταστραφεί⁵⁵. Σε επίπεδο θεσμικής διεθνούς διαιτησίας η αντίθετη λύση υιοθετείται ήδη στα AAA/ICDR Rules (2014), έτσι ως εισήχθη το πρώτον ήδη από το έτος 1997, ενώ, και επί εσωτερικής θεσμικής διαιτησίας, ήδη από το έτος 2003, κατά τους AAA/Commercial Arbitration Rules η αμεροληψία των διαιτητών που διορίζουν τα μέρη τίθεται ως ο κανόνας από τον οποίον μπορούν εκείνα να αποκλίνουν μόνον με ειδική συμφωνία⁵⁶. Δεν θα πρέπει να επιχειρείται λοιπόν η άντληση επιχειρημάτων για τα παρ' ημίν ισχύοντα από τις αντίθετες θεωρητικές και ιδίως νομολογιακές προσεγγίσεις που αναπτύχθηκαν στις Η.Π.Α.⁵⁷. Οι θέσεις αυτές, αφε-

54 Για μια εποπτική αποτίμηση της επικράτησης της θέσης αυτής βλ. *Blackaby/Partasides*, et al., *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 6^η έκδ., 2015, σ. 254, σ. 328 επ.· *Lew/Mistelis*, et al., *Comparative International Commercial Arbitration*, 2003, σ. 271 επ.· *Waincymer*, *Procedure and Evidence in International Arbitration*, 2012, σ. 279 επ.

55 Βλ. αναλυτικά *Born*, *International Commercial Arbitration*, 3^η έκδ., 2021, σ. 1930 επ.· *lackaby/Partasides*, et al., *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 6^η έκδ., 2015, σ. 254.

56 Βλ. άρθρο R 18 (a), (b) των ισχυόντων AAA/Commercial Arbitration Rules (2013): «(a) Any arbitrator shall be impartial and independent and shall perform his or her duties with diligence and in good faith, and shall be subject to disqualification for: i. partiality or lack of independence ... (b) The parties may agree in writing, however, that arbitrators directly appointed by a party pursuant to Section R-13 shall be non-neutral, in which case such arbitrators need not be impartial or independent and shall not be subject to disqualification for partiality or lack of independence».

57 Βλ. πάντως έτσι Κουσουλή, Το δίκαιο της διαιτησίας, 1^η έκδ., 2006, σ. 63, ο οποίος, καίτοι δέχεται ότι οι διαιτητές των μερών οφείλουν επίσης να είναι αμερόληπτοι, παρατηρεί ότι «η πρακτική θεώρηση του ζητήματος δοκιμάζει όμως να εντοπίσει πώς ακριβώς οριοθετείται αυτή έναντι της, σε κάποιο βαθμό, κατανοητής και αναμενόμενης θετικής προσεγγίσεως του διαιτητή προς τις απόψεις του μέρους που τον διόρισε», παραπέμποντας σε μια γνωστή αποστροφή της αμερικανικής νομολογίας για τον διαιτητή μέρους κατά την οποία «*partisan he may be, but not dishonest*». Η αποστροφή αυτή ωστόσο ανήκει στο Εφετείο της Νέας Υόρκης και διατυπώθηκε το έτος 1962 στην υπόθεση *In re Astoria Medical Group & Health Ins. Plan of Greater New York*, 11 N.Y. 2d 128, 135 (1962), αποδίδει δε ακριβώς την ήδη, και στο δίκαιο των Η.Π.Α., ξεπερασμένη αντίληψη για την έννομη θέση των διαιτητών των με-

νός μεν έχουν ήδη εγκαταλειφθεί ή πάντως σημαντικά υποχωρήσει, αφετέρου δε διατυπώθηκαν το πρώτον εντός ενός νομικού πλαισίου που παραδοσιακά αναγνώριζε στους διαιτητές μεικτή ιδιότητα, αυτή του νομικού παραστάτη του διορίζοντος μέρους και του μέλους του διαιτητικού δικαστηρίου⁵⁸.

Το καθήκον αμεροληψίας επιβάλλεται στους διαιτητές που ορίζουν τα μέρη διότι και εκείνοι, ως μέλη του διαιτητικού δικαστηρίου, ασκούν δικαιοδοτική λειτουργία. Όπως δε ευθύς εξαρχής αναφέρθηκε η αμεροληψία του κρίνοντος αποτελεί εννοιολογικό ήδη προαπαιτούμενο της της εν λόγω λειτουργίας⁵⁹.

Στο ελληνικό εξάλλου δίκαιο η συγκεκριμένη διασύνδεση αντανακλάται ήδη στη ρύθμιση του νόμου για την εσωτερική διαιτησία δεδομένου ότι κατά το άρθρο 883 § 2 ΚΠολΔ ο επιδιαιτητής και οι διαιτητές τυγχάνουν εξαιρετέοι για τους ίδιους λόγους που τυγχάνουν εξαιρετέοι και οι τακτικοί δικαστές και προβλέπονται στο άρθρο 52 § 1 ΚΠολΔ⁶⁰. Δέχεται δε σχετικά η Ολομέλεια του Αρείου Πάγου, χωρίς να κάνει καμία διάκριση ως προς τον τρόπο διορισμού των διαιτητών, ότι «η ανεξαρτησία του διαιτητή που απορρέει από τη δικαιοδοτική του ιδιότητα ως τρίτου κριτή, ο οποίος παραμένει πάνω από τους διασταμένους διαδίκους και τους αντιτιθέμενους ισχυρισμούς τους, επιβάλλεται να τηρείται, όχι μόνο απέναντι στους διαδίκους, αλλά και απέναντι στο πραγματικό υλικό το οποίο τίθεται υπόψη του και πρόκειται να κριθεί απ' αυτόν»⁶¹.

ρών που εκτίθεται ανωτέρω στο κείμενο. Τούτου λεχθέντος, αξίζει επίσης να σημειωθεί ότι η συγκεκριμένη αποστροφή είχε, εντός της αιτιολογίας της απόφασης, σαφώς περιοριστική λειτουργία: Αποσκοπούσε στο να καταστήσει σαφές ότι η απαλλαγή των διαιτητών των μερών από το καθήκον μεροληψίας και ανεξαρτησίας δεν εκτείνεται στο σημείο να παρέχει έρεισμα σε ενδεχόμενη εσφαλμένη – μεροληπτική κρίση τους επί της ουσίας της διαφοράς. Το πλήρες σχετικό εδάφιο έχει ως ακολούθως: «*Our decision that an arbitrator may not be disqualified solely because of a relationship to his nominator or to the subject matter of the controversy does not, however, mean that he may be deaf to the testimony or blind to the evidence presented. Partisan he may be, but not dishonest*».

58 Βλ. σχετικά Born, International Commercial Arbitration, 3^η έκδ., 2021, σ. 1931, με περαιτέρω παραπομπές στη σχετική νομολογία και παράθεση εξ αυτής της χαρακτηριστικής αναφοράς «*the party's named arbitrator is an amalgam of judge and advocate*».

59 Βλ. έτσι ΟΛΑΠ 13/1995 ΕλλΔνη 1995.1524 = ΝοΒ 1996.404· ΑΠ 1807/2014 ΝΟΜΟΣ· ΑΠ 40/2010 ΝΟΜΟΣ· ΑΠ 1429/2005 ΝΟΜΟΣ· ΑΠ 815/1999 ΝΟΜΟΣ· Βασιλακάκη, Η αμεροληψία του διαιτητή, ΕΠολΔ 2017.449, 449· Καΐση, Ακύρωση διαιτητικών αποφάσεων, 2^η έκδ., 1989, σ. 190 – 191· Καλαβρό, Ακύρωση και ανυπαρξία διαιτητικών αποφάσεων, 2017, σ. 298 επ., 306, 308· Κουσουλή, Δίκαιο της διαιτησίας, 2006, σ. 63, 76. Στο ελληνικό εξάλλου δίκαιο η συγκεκριμένη διασύνδεση αντανακλάται ήδη στη ρύθμιση του νόμου για την εσωτερική διαιτησία δεδομένου ότι κατά το άρθρο 883 § 2 ΚΠολΔ ο επιδιαιτητής και οι διαιτητές τυγχάνουν εξαιρετέοι για τους ίδιους λόγους που τυγχάνουν εξαιρετέοι και οι τακτικοί δικαστές και προβλέπονται στο άρθρο 52 § 1 ΚΠολΔ. Βλ. επ' αυτού και κατωτέρω υπό 8.

60 Βλ. και Καλαβρό, όπ.π., σ. 306, 308, 310.

61 ΟΛΑΠ 13/1995 ΕλλΔνη 1995.1524 = ΝοΒ 1996.404 = ΝΟΜΟΣ· Έτσι, με την ίδια ακριβώς διατύπωση, και ΑΠ 1807/2014 ΧρΙΔ 2015.286 = ΝΟΜΟΣ· ΑΠ 40/2010 ΧρΙΔ 2011.47 =

6.3.2.β. Εσφαλμένη η σύλληψη της αμεροληψίας του διαιτητικού δικαστηρίου ως όλου

Η αμεροληψία όλων των κατ' ιδίαν μελών του διαιτητικού δικαστηρίου διασφαλίζει συνεκδοχικά και την αμεροληψία του ιδίου του διαιτητικού δικαστηρίου ως κρίνοντος οργάνου, η οποία δεν μπορεί να νοηθεί αυτοτελώς. Είναι ως εκ τούτου εσφαλμένη η αφετηριακή παραδοχή της εδώ σχολιαζόμενης θέσης ότι κρίσιμη είναι η αμεροληψία του διαιτητικού δικαστηρίου ως όλου.

Η θέση αυτή παραβλέπει πλήρως τη λειτουργία του διαιτητικού δικαστηρίου ως πολυμελούς δικαιοδοτικού οργάνου, εντεύθεν και την υποχρέωση των διαιτητών που το συγκροτούν να δρουν και να αποφασίζουν από κοινού, αλληλοεπιδρώντας ουσιαστικά μεταξύ τους προς τον σκοπό σχηματισμού της δικανικής τους πεποίθησης. Η διαιτητική απόφαση δεν είναι άθροισμα – καταγραφή επιμέρους ατομικών γνώμων που σχηματίζονται κατά μόνας. Οφείλει να είναι το αποτέλεσμα της ανταλλαγής απόψεων μεταξύ όλων των μελών του διαιτητικού δικαστηρίου, ακόμη και όταν, εν τέλει, δεν είναι ομόφωνη. Τούτο εξασφαλίζει η υποχρέωση διάσκεψης στην οποία οφείλουν να προσέρχονται τα μέλη του διαιτητικού δικαστηρίου χωρίς προκατάληψη, διότι διαφορετικά αυτή θα στερείτο νοήματος. Γι' αυτό και η διάσκεψη επιβάλλεται ως υποχρέωση ήδη με κανόνες αναγκαστικού δικαίου. Στο ελληνικό δίκαιο, στη μεν εσωτερική διαιτησία, κρίσιμες είναι οι διατάξεις των άρθρων 886 παρ.1 εδ. α', 891, 892 § 1 εδ. β' και 897 αρ. 5 ΚΠολΔ, στη δε διεθνή εμπορική διαιτησία με έδρα στην ελληνική Επικράτεια κρίσιμη είναι η διάταξη του άρθρου 29 του ν. 2735/1995. Με αναφορά δε στις εν λόγω διατάξεις έχει ορθά κρίνει ο Άρειος Πάγος ότι «η προς διάσκεψη υποχρέωση [ανταποκρίνεται] στη λειτουργία του διαιτητικού δικαστηρίου ως δικαιοδοτικού υποκαταστάτου των κρατικών δικαστηρίων» και ότι «ελάχιστο εννοιολογικό περιεχόμενο της διασκέψεως αποτελεί η ανταλλαγή των απόψεων όλων των μελών του διαιτητικού δικαστηρίου, αναφορικώς με τα τεθέντα υπό την κρίση του ζητήματα»⁶².

Η θεωρητική κατασκευή περί ανεξαρτησίας του διαιτητικού δικαστηρίου ως όλου, έτσι ως παραγνώνει τη σημασία της αμεροληψίας των οριζόμενων από τα μέρη διαιτητών, τελεί σε ευθεία αντίφαση προς την ως άνω ορθή νομολογία.

Ελλάνη 2011.418 = ΝΟΜΟΣ· ΑΠ 1429/2005 Ελλάδα 2006.116 = ΝΟΜΟΣ· ΑΠ 1009/2002 ΤΝΠ ΔΣΑ· ΑΠ 815/1999 ΤΝΠ ΔΣΑ. Βλ. επίσης ΑΠ 1219/2014 ΧρΙΔ 2015.130 = ΝΟΜΟΣ η οποία δέχεται τη σύνδεση της αμεροληψίας του διαιτητή με την αρχή της δίκαιης δίκης κατ' άρθρον 6 §1 της Ε.Σ.Δ.Α..

62 ΑΠ 1713/2008 ΝΟΜΟΣ.

7. Ιδιαίτερα χαρακτηριστικά της δέσμευσης του διαιτητή που ορίζεται από τα μέρη στις απόψεις του - Αντίκρουση

Στο πλαίσιο της θεωρητικής ανάλυσης περί της οποίας η αμέσως προηγούμενη ενότητα, υποστηρίχθηκε ότι, όσον αφορά στους διαιτητές που ορίζονται από τα μέρη, συντρέχει και ένα επιπλέον στοιχείο που επιτείνει την δέσμευσή τους στις απόψεις που έχουν ήδη δημοσίως διατυπώσει και επηρεάζει αρνητικά την αμεροληψία τους. Υποστηρίχθηκε ειδικότερα ότι οι συγκεκριμένοι διαιτητές ενδέχεται να ορίζονται από διάδικο μέρος ακριβώς επειδή έχουν υποστηρίξει μια συγκεκριμένη νομική θέση η οποία το ευνοεί, με αποτέλεσμα, τυχόν μεταστροφή του διαιτητή κατά την άσκηση των δικαιοδοτικών του καθηκόντων να μην συνιστά μόνον αυτοδιάψευση αλλά και διάψευση της εύλογης προσδοκίας του μέρους που τον όρισε. Το στοιχείο αυτό, παρατηρείται, θέτει πρόσθετο βάρος στον συγκεκριμένο διαιτητή και επιδρά αρνητικά στην αμεροληψία του⁶³. Παρά ταύτα, σύμφωνα πάντα με την ίδια άποψη, δεν ενοχλεί στην έκταση ακριβώς που σημασία έχει η αμεροληψία του διαιτητικού δικαστηρίου ως όλου και άρα τυχόν αντικειμενικές υπόνοιες μεροληψίας στο πρόσωπο των διαιτητών που ορίστηκαν από τα μέρη δεν ενοχλούν στην έκταση που ο επιδιαιτητής παραμένει αμερόληπτος⁶⁴.

Η θέση αυτή είναι πεπλανημένη, έτσι ως θεμελιώνεται στην ήδη καταδειχθείσα ως εσφαλμένη αφετηρία ότι για τους διαιτητές που ορίζονται από τα μέρη ισχύουν διαφορετικά – επεικέστερα κριτήρια αμεροληψίας σε σχέση με τον επιδιαιτητή ή τον μοναδικό διαιτητή. Η αφετηρία αυτή επιτρέπει την υποστήριξη της θέσης ότι, όχι μόνον η επιλογή, αλλά και η απόφαση του διαιτητή μέρους σύμφωνα με τις προσωπικές απόψεις που έχει ήδη διατυπώσει και το ευνοούν είναι κάτι το θεμιτό το οποίο μπορεί να αποτελέσει σημείο αναφοράς στην οικεία θεωρητική συζήτηση.

Τούτο προφανώς δεν ισχύει. Η δυνατότητα των μερών να επιλέξουν διαιτητή της αρεσκείας τους αποτελεί όντως ένα από τα σημαντικότερα χαρακτηριστικά – πλεονεκτήματα της διαιτησίας. Η δυνατότητα αυτή προφανώς καταλαμβάνει και την επιλογή στη βάση των νομικών θέσεων τις οποίες έχει υποστηρίξει ο διαιτητής στο παρελθόν και ευνοούν το συγκεκριμένο μέρος. Τούτου λεχθέντος όμως, η δυνατότητα της επιλογής αυτής δεν εξοπλίζεται και με *θεμιτή απαίτηση εξαναγκασμού* του διαιτητή να εμείνει στις συγκεκριμένες θέσεις. Κάτι τέτοιο θα καθιστούσε τον διαιτητή απλό νομικό παραστάτη του μέρους και αυτόματα εξαιρετέο. Ουδεμία τέτοια υποχρέωση υπέχει ο διαιτητής. Ουδεμία επίσης *εύλογη* απαίτηση έχουν προς τούτο τα μέρη. Ως εκ τούτου, δεν

63 Βλ. έτσι *Effer-Uhe*, *Schiedsrichterliche Unabhängigkeit bei wissenschaftlichen Äußerungen*, *SchiedsVZ* 2018, σ. 79.

64 Βλ. αντίκρουση της θέσης αυτής στην αμέσως προηγούμενη ενότητα.

μπορεί η ανύπαρκτη αυτή απαίτηση να σταθμισθεί και να αξιολογηθεί για το εδώ εξεταζόμενο ζήτημα.

8. Η σύνδεση της προβληματικής με τους λόγους εξαίρεσης που ισχύουν για τους κρατικούς δικαστές

Σε ορισμένα δίκαια οι λόγοι εξαίρεσης των διαιτητών ορίζονται σε απόλυτη αντιστοιχία προς εκείνους που προβλέπονται για τους κρατικούς δικαστές. Τούτο ισχύει και στο ελληνικό δίκαιο, όσον αφορά στην εσωτερική διαιτησία, δεδομένου ότι το άρθρο 883 § 2 ΚΠολΔ παραπέμπει ρητά στο άρθρο 52 § 1 ΚΠολΔ. Η ταυτότητα της ρύθμισης αποδίδει τη λειτουργική ταύτιση⁶⁵ αλλά και την ορθή κατανόηση της αμεροληψίας ως εννοιολογικού ήδη προαπαιτούμενου της δικαιοδοτικής λειτουργίας, όπως ήδη ανωτέρω εκτέθηκε. Αντίστοιχη εξίσωση δεν απαντά συνήθως στις οικείες κανονιστικές ρυθμίσεις της διεθνούς διαιτησίας. Τούτο ισχύει και για το άρθρο 12 του ν. 2735/1999, το οποίο αναφέρεται αυτοτελώς στην αμεροληψία και ανεξαρτησία των διαιτητών χωρίς αναγωγή στα ισχύοντα επί κρατικών δικαστών. Αυτό είναι εύλογο. Ο ΠρΝ δεν θα επέλυε ένα τόσο σημαντικό ζήτημα με αναγωγή στο εκάστοτε εσωτερικό δίκαιο της έννομης τάξης ενσωμάτωσης. Τούτου λεχθέντος, σε έννομες τάξεις που έχουν ενσωματώσει τον ΠρΝ διατηρώντας αυτούσια τη ρύθμιση του άρθρου 12, όπως η γερμανική, γίνεται δεκτό ότι η επιλογή αυτή δεν υποδηλώνει κάποια υπαναχώρηση από τις παραδεδεδεγμένες αρχές που διέπουν το αντίστοιχο ζήτημα όσον αφορά στους κρατικούς δικαστές⁶⁶. Η θέση αυτή είναι ορθή. Ανεξάρτητα από νομοτεχνικές επιλογές, η κοινή βασική απαίτηση της αμεροληψίας οδηγεί κατά κανόνα σε ενιαίες λύσεις, χωρίς να αγνοούνται βεβαίως και οι διαφοροποιήσεις μεταξύ των δύο ισοσθενών τάξεων απονομής δικαιοσύνης.

Όσον αφορά στο εδώ εξεταζόμενο ζήτημα, η προπεριγραφείσα εξίσωση αξιοποιείται ερμηνευτικά προκειμένου να αποκλειστεί η συνδρομή λόγου εξαίρεσης στο πρόσωπο των διαιτητών δεδομένου ότι, όντως, αντίστοιχος λόγος εξαίρεσης ομόφωνα αποκλείεται σε σχέση προς τους κρατικούς δικαστές⁶⁷. Σε ορισμένες δε έννομες τάξεις τούτο προβλέπεται ήδη και νομοθετικά, όπως, λ.χ. στο άρθρο 18 § 3 του οργανωτικού νόμου του Γερμανικού Συνταγματικού

⁶⁵ Κουσουλής, Διαιτησία, 2004, σ. 65-66.

⁶⁶ Mankowski, Die Ablehnung von Schiedsrichtern, SchiedsVZ 2004, σ. 308 επ. με πλήθος περαιτέρω παραπομπών στη γερμανική θεωρία σχετικά με τις διάφορες απόψεις.

⁶⁷ Βλ. για το γερμανικό δίκαιο Stein/Jonas/Bork, ZPO, 23^η έκδ. 2013, § 42., αρ. 10· Musielak/Voit/Heinrich, ZPO 18^η έκδ., 2021, § 42, αρ. 17· MüKoZPO/Stackmann, 6^η έκδ., 2020, § 42, αρ. 26· BeckOK ZPO/Vossler, 40^η έκδ., 1.3.2021, § 42, αρ. 14 με πλήθος περαιτέρω παραπομπών σε θεωρία και νομολογία.

Δικαστηρίου⁶⁸, ή συνάγεται ερμηνευτικά από διατάξεις που επιτρέπουν στους δικαστές την παράλληλη ακαδημαϊκή απασχόληση.

Στην ως άνω θέση αντιπαραβάλλεται ότι η άντληση ερμηνευτικού επιχειρήματος από τα ισχύοντα ως προς τους κρατικούς δικαστές είναι εσφαλμένη διότι οι λόγοι εξαίρεσης των κρατικών δικαστών εξυπηρετούν πρωτίστως το δημόσιο και όχι το ιδιωτικό συμφέρον ενώ και η λειτουργική τους εξουσία επί της διαφοράς καθορίζεται με κριτήρια αντικειμενικά ή τυχαία και πάντως ανεξάρτητα από τη βούληση των διαδίκων, σε αντίθεση προς ότι ισχύει στη διαιτησία⁶⁹.

Στις αντιρρήσεις αυτές αντιπροτείνεται, ορθά θεωρώ, ότι και η αμεροληψία των διαιτητών αφορά (και) το δημόσιο συμφέρον, καθώς και ότι είναι αντιφαστικό να υποστηρίζει κανείς πως ότι επιτρέπεται στη σφαίρα αυξημένης αξιολογικής διαβάθμισης των κρατικών δικαστών (κατά την αντικρουόμενη θέση) απαγορεύεται στους διαιτητές⁷⁰. Αντιπαραβάλλεται επίσης ότι το τυχαίο της επιλογής του κρίνοντος κρατικού δικαστή δεν μεταβάλλει την ουσία του προβλήματος εάν δεχτεί κανείς ότι όντως συντρέχει ζήτημα αμεροληψίας⁷¹.

Η σχετική διχογνωμία βρίσκεται, θεωρώ, στην περιφέρεια και όχι στον πυρήνα του προβλήματος. Ως εκ τούτου δεν είναι ιδιαίτερος κρίσιμη. Δεν υπάρχει καμία αμφιβολία ότι ορισμένες ρυθμίσεις που αφορούν στους κρατικούς δικαστές, όπως το επιτρεπτό της παράλληλης ακαδημαϊκής απασχόλησης, θεμελιώνονται σε άσχετους δικαιολογητικούς λόγους και δεν παρέχουν κανένα σοβαρό επιχείρημα για το εδώ εξεταζόμενο ζήτημα. Δεν υπάρχει επίσης καμία αμφιβολία ότι μια νομοθετική ρύθμιση που ρητά προβλέπει τη μη συνδρομή λόγου εξαίρεσης δεν μπορεί να θεωρείται αδιάφορη. Κατ' ελάχιστον καταδεικνύει ότι η αφετηρία αντιμετώπισης του προβλήματος δεν μπορεί να είναι η κατάφαση της βασιμότητας της υπόθεσης μεροληψίας. Είναι άτοπο να δεχτεί κανείς ότι ο νομοθέτης επιτρέπει ρητά την απονομή δικαιοσύνης από κρατι-

68 BVerfGG § 18: «(1) Ein Richter des Bundesverfassungsgerichts ist von der Ausübung seines Richteramtes ausgeschlossen, wenn er 1. an der Sache beteiligt oder mit einem Beteiligten verheiratet ist oder war, eine Lebenspartnerschaft führt oder führte, in gerader Linie verwandt oder verschwägert oder in der Seitenlinie bis zum dritten Grade verwandt oder bis zum zweiten Grade verschwägert ist oder 2. in derselben Sache bereits von Amts oder Berufs wegen tätig gewesen ist. (2) Beteiligt ist nicht, wer auf Grund seines Familienstandes, seines Berufs, seiner Abstammung, seiner Zugehörigkeit zu einer politischen Partei oder aus einem ähnlich allgemeinen Gesichtspunkt am Ausgang des Verfahrens interessiert ist. (3) Als Tätigkeit im Sinne des Absatzes 1 Nr. 2 gilt nicht 1. die Mitwirkung im Gesetzgebungsverfahren, 2. die Äußerung einer wissenschaftlichen Meinung zu einer Rechtsfrage, die für das Verfahren bedeutsam sein kann».

69 Βλ. *Effer-Uhe*, Schiedsrichterliche Unabhängigkeit bei wissenschaftlichen Äußerungen, SchiedsVZ 2018, σ. 77.

70 Βλ. *Froitzheim*, Schiedsrichterliche Befangenheit durch Äußerungen zu Rechtsfragen – Eine Antwort auf Effer-Uhe, SchiedsVZ 2019, σ. 10 επ., 11.

71 Ibid.

κούς δικαστές τους οποίους θεωρεί καταρχήν μεροληπτικούς.

Τούτων λεχθέντων, ο πυρήνας του προβλήματος βρίσκεται αλλού, ήτοι στο αν υφίσταται ή όχι *δέσμευση*, κατά την ήδη εκτεθείσα έννοια, του κρίνοντας από τις δημοσίως εκπεφρασμένες επιστημονικές απόψεις του, και μάλιστα τέτοιου βαθμού και έκτασης που να αποκλείει την απόκλιση από αυτές στη βάση των πραγματικών και νομικών δεδομένων της διαφοράς. Ο πυρήνας αυτός, έτσι ως συνέχεται με την απαίτηση αμεροληψίας, είναι κοινός. Το κεντρικό ερώτημα δεν παραλλάσσει. Δεν σχετίζεται με τη διαφορετική ιδιότητα αλλά με τον κοινό τρόπο που ο κρίνων (διαιτητής ή δικαστής) προσεγγίζει τη διαφορά. Γι' αυτό και δεν πρέπει να προκαλεί καμία έκπληξη το γεγονός ότι ο αποκλεισμός της συνδρομής λόγου εξαίρεσης στην εξεταζόμενη περίπτωση όσον αφορά στους κρατικούς δικαστές στηρίζεται εν πολλοίς στα ίδια ουσιαστικά επιχειρήματα τα οποία επικαλείται η ως άνω όμοια κρατούσα άποψη ως προς τους διαιτητές.

Θα πρέπει ωστόσο να προστεθεί και το εξής, σε συνέχεια των ανωτέρω. Μεμονωμένα η ελληνική νομολογία σε υποθέσεις εσωτερικής διαιτησίας αντιλαμβάνεται στενά τους λόγους εξαίρεσης των διαιτητών αναζητώντας αντίστοιχα «ειδικά πραγματικά», όπως λ.χ. αυτό των *issue conflicts*, στους λόγους που απαριθμούνται στο άρθρο 52 ΚΠολΔ. Στη βάση δε της έλλειψής τους αποκλείει τη συνδρομή λόγου εξαίρεσης⁷². Η θέση αυτή είναι απολύτως εσφαλμένη. Η αμεροληψία, την οποία απαιτεί το άρθρο 52 (στ) ΚΠολΔ λειτουργεί εν προκειμένω ως γενική ρήτρα και ανοικτό πραγματικό. Κρίσιμο λοιπόν είναι μόνον το αν η εδώ εξεταζόμενη περίπτωση, όπως και άλλες περιπτώσεις που εντάσσονται στην προβληματική των *issue conflicts*, θέτουν εν αμφιβόλω την αμεροληψία του διαιτητή. Δεν ενδιαφέρει καθόλου εάν απαριθμούνται ειδικώς στο άρθρο 52 ΚΠολΔ.

9. Συμπέρασμα

Το συμπέρασμα που προκύπτει από την προηγηθείσα ανάλυση είναι ότι η προηγούμενη δημόσια εκφορά αφηρημένης επιστημονικής γνώμης από τον διαιτητή ουδέποτε θεμελιώνει λόγο εξαίρεσής του ακόμη και αν αφορά νομικό ζήτημα κρίσιμο για την έκβαση της διαφοράς επί της οποίας καλείται να αποφανθεί.

72 Βλ. έτσι ΜΠρΑθ 2881/2019 (αδμ.) η οποία, αντιμετωπίζοντας περίπτωση *issue conflict* συνιστάμενη στη συμμετοχή του διαιτητή στη σύνθεση προηγούμενου διαιτητικού δικαστηρίου το οποίο εξέδωσε απόφαση επί συναφούς διαφοράς, δεν την εξέτασε καν κατ' ουσίαν, στη βάση της παραδοχής ότι οι λόγοι εξαίρεσης προβλέπονται περιοριστικά στο άρθρο 52 § 1 και ότι αντίστοιχος λόγος εξαίρεσης δεν προβλέπεται για τους κρατικούς δικαστές «του νόμου περιοριζόμενου μόνο στην εξαίρεση του δικαστή ο οποίος μετείχε στη σύνθεση του δικαστηρίου το οποίο εξέδωσε την προσβαλλόμενη με έφεση ή αναίρεση απόφαση».

**Άσκηση νομής χρησικτησίας από τον νυν κύριο;
– Μερικές σκέψεις για το υποκειμενικό πεδίο
εφαρμογής των άρθρων 1041 επ. ΑΚ**

*Ευαγγελία Νεξερίτη
Δικηγόρος Ν.Δ.*

**I. Η παρακώλυση της εκκαθάρισης μιας ανατραπείσας
συμβατικής σχέσης λόγω κτήσης κυριότητας με χρησικτησία:
Ένα νομικό παράδοξο**

A. Το ανακύπτον πρόβλημα

Η κτήση κυριότητας επί της συνομολογηθείσας από τα μέρη παροχής, όταν αυτή νομοτυπικά συνιστά την κατάληξη της οικείας ενοχικής σύμβασης (π.χ. δωρεάς, πώλησης), συντελείται, ως γνωστόν, στο δίκαιό μας σε δύο φάσεις. Αρχικά –με βάση την λογική νομική αλληλουχία, όχι όμως κατ’ ανάγκην και χρονικά– συνάπτεται η υποσχετική-ενοχική σύμβαση, με την οποία συμφωνείται η μετάθεση της κυριότητας επί ορισμένου πράγματος (κινητού ή ακινήτου), και εν συνεχεία, σε εκπλήρωση της κύριας υποχρέωσης που πηγάζει από την υποκείμενη ενοχική σχέση, καταρτίζεται η εμπράγματη-εκπονητική σύμβαση μεταβίβασης της κυριότητας. Αντίστοιχα σε δύο διακριτά στάδια εκτυλίσσεται και η αντίστροφη πορεία, όταν για κάποιο λόγο εκλείψει μεταγενέστερα, χωρίς όμως να εξομοιώνεται με εξ αρχής άκυρη/ανύπαρκτη, η σύμβαση που οδήγησε στην παράγωγη κτήση της κυριότητας. Κατ’ αρχάς, δηλαδή, καταλύεται η ενοχική δικαιοπραξία, η εξαφάνιση της οποίας ακολούθως επιδρά και στην εμπράγματη δικαιοπραξία. Η τελευταία θα στερείται πλέον νόμιμης αιτίας και θα υπόκειται σε έμμεση διάρρηξη¹ με όχημα την αξίωση

1 Δεν αποκλείεται ασφαλώς εξαιτίας ορισμένης παθογένειας να πλήττονται τόσο η ενοχική όσο και η εμπράγματη σύμβαση (π.χ. λόγω μη τήρησης του επιβαλλόμενου συμβολαιογραφικού τύπου σε σύμβαση πώλησης και μεταβίβασης ακινήτου) ή μόνο η δεύτερη, με κοινή συνέπεια και στις δύο περιπτώσεις η παροχή να παραμένει κατά κυριότητα στον μεταβιβασанта. Παρόμοια είναι η εξέλιξη (υπό την έννοια ότι η κυριότητα επιστρέφει αυτοδικαίως στον δικαιοπάροχο), σε ό,τι αφορά όμως μόνο στα ακίνητα λόγω της στενής εξάρτησης της σύμβασης της ΑΚ 1033 από την υποκείμενη αιτία της, όταν τα αποτελέσματα ανατροπής της ενοχικής δικαιοπραξίας επέρχονται κατά νόμον *ex tunc*, όπως επί ακυρώσεως (βλ. ΑΚ 184). Επί κινητών, αντίθετα, η αναδρομική εξαφάνιση της ακυρωθείσας αιτίας επενεργεί λιγότερο δραστικά λόγω της “ασπίδας” που θέτει ο αφηρημένος χαρακτήρας της σύμβασης

αδικαιολόγητου πλουτισμού υπό την μορφή απαίτησης αναμεταβίβασης της κυριότητας, είτε η γέννηση της εν λόγω απαίτησης προβλέπεται ρητά στον νόμο (βλ. π.χ. ΑΚ 389, 509) είτε συνάγεται με βάση τον επανορθωτικό προορισμό των άρθρων 904 επ. ΑΚ.

Συνήθως η προεκτεθείσα διαδικασία λύσης και εκκαθάρισης μιας πάσχουσας ή απλώς ανεπιθύμητης ενοχικής σχέσης² (που πάντως σε συνδυασμό με τη σύμβαση της ΑΚ 1033 ή της ΑΚ 1034 έχει ήδη επιφέρει ειδική διαδοχή στην κυριότητα) λαμβάνει χώρα απρόσκοπτα, δεδομένου ότι το σύστημα του Αστικού Κώδικα όχι μόνο διαθέτει τα κατάλληλα προς τούτο βοηθήματα, αλλά κυρίως επειδή τα έχει συναρθρώσει αρμονικά, κατά τρόπον ώστε το ένα να συμπληρώνει και να αποτελεί την αναγκαία προέκταση του άλλου.

Ιδίως αποτυπώνεται η παραπάνω διαπίστωση περί συνοχής του συστήματος εκκαθάρισης των συμβατικών σχέσεων που έχουν οδηγήσει σε μεταβολή του φορέα της κυριότητας στα δομικά χαρακτηριστικά της αξίωσης του αδικαιολόγητου πλουτισμού. Η απαίτηση του δότη για αναζήτηση του

του άρθρου 1034 ΑΚ στην ισχύ της συντελεσθείσας μεταβίβασης. Βλ. για τα παραπάνω *Αυγουστιανάκη*, στον ΑΚ Γεωργιάδη/Σταθόπουλου, 2η έκδ. 2016, άρθρ. 184 αρ. 6.

- 2 Αξίζει να τονισθεί ότι δυνατότητα επιγενόμενης αποδέσμευσης των συμβαλλομένων δεν παρέχεται μόνο αναφορικά με ελαττωματικές δικαιοπραξίες (όπως λ.χ. τις ακυρώσιμες) ή δυσλειτουργικές (π.χ. λόγω υπαίτιας αδυναμίας παροχής), αλλά εκτείνεται θεωρητικά σε όλες τις αμφοτεροβαρείς συμβάσεις, ακόμα και σε εκείνες που είναι μεν ανεπίληπτες σύμφωνα με τις σταθμίσεις της εννόμου τάξεως, πλην όμως κάποιο από τα μέρη θέλει να καταργήσει τα έννομα αποτελέσματά τους. Δεν πρέπει, ειδικότερα, να παραβλέπεται ότι η συμβατική υπαναχώρηση διασκευάζεται στα άρθρα 389 επ. ΑΚ ως ανααιτιολόγητη. Το επιτίμιο μεταμέλειας, που εντούτοις μόνο προαιρετικά την συνοδεύει (ΑΚ 398: «*Αν ο ένας από τους συμβαλλομένους επιθύλαξε στον εαυτό του την υπαναχώρηση έναντι καταβολής ποινής...*»· βλ. *Γεωργιάδη*, Ενοχικό Δίκαιο, Γενικό μέρος, § 52 αρ. 32), καθώς και η ενδεικτική αναφορά στον νόμο (ΑΚ 397) της αθέτησης των συμβατικών υποχρεώσεων ως της συνήθους αφορμής για την άσκησή της (πρβλ. *Κουμάνη*, σε Γεωργιάδη ΣΕΑΚ, 389 αρ. 6), δεν αναιρούν το γεγονός ότι η ευδοκίμηση της συμβατικής υπαναχώρησης, όπως προκύπτει από την άχρωμη διατύπωση του άρθρου 389 παρ. 1 ΑΚ, δεν εξαρτάται από την ύπαρξη κάποιου λόγου, ουσιώδους ή μη, σε αντίθεση με την νόμιμη. Ως επί το πλείστον, βεβαίως, η ρήτρα χορήγησης σε ένα από τα μέρη του δικαιώματος αναίτιας, απρόθεσμης και ταυτόχρονα αζήμιας υπαναχώρησης θα κρίνεται άκυρη ως καταδυναστευτική (ΑΚ 179)· ή, αν δεν πάσχει *per se* η συμβατική αναγνώριση του ως άνω δικαιώματος ελεύθερης υπαναχώρησης, η άσκησή του χωρίς αποχρώντα λόγο και σε χρονική στιγμή που απέχει από την κατάρτιση της σύμβασης πιθανόν να θεωρηθεί καταχρηστική (πρβλ. *Σταθόπουλο*, Γενικό Ενοχικό Δίκαιο, 5η έκδ. 2018, § 21 αρ. 101· *Κουμάνη*, σε Γεωργιάδη ΣΕΑΚ, 398 αρ. 1). Τα δύο αυτά ενδεχόμενα ωστόσο, αν και ομολογουμένως συχνά στην πράξη επιβεβαιώνονται, δεν αλλοιώνουν την φύση της υπαναχώρησης των ΑΚ 389 επ. ως κατ' αρχήν ανααιτιολόγητης (πρβλ. *Σταθόπουλο*, *ό.π.*, § 21 αρ. 128-129).

Επιπλέον, σε ορισμένες έντονα προσωποπαγείς ενοχικές σχέσεις (π.χ. την εντολή), ο κλονισμός της εμπιστοσύνης (άρα σε τελική ανάλυση η μεταμέλεια ως προς την επιλογή του αντισυμβαλλομένου) θεωρείται επαρκής συνθήκη για την θεμελίωση δικαιώματος ελευθέρωσης από την σύμβαση, διά ανακλήσεως αυτήν την φορά (ΑΚ 724).

πλουτισμού του λήπτη ιδρύεται αφ' ης στιγμής η κρίσιμη περιουσιακή επίδοση (εν προκειμένω η μετάθεση της κυριότητας) στερηθεί δικαιολογητικού υποβάθρου, όταν δηλαδή ανατραπεί με οποιονδήποτε τρόπο η ενοχική δικαιοπραξία που την δρομολόγησε. Παραγράφεται δε η σχετική απαίτηση με την πάροδο εικοσαετίας από τότε που γεννήθηκε και κατέστη δυνατή η δικαστική επιδίωξή της (ΑΚ 249 σε συνδ. με ΑΚ 251). Ισχύει, επομένως, αναφορικά με την αξίωση αδικαιολόγητου πλουτισμού η γενική προθεσμία παραγραφής, η οποία καταλαμβάνει ομοίως και τις εμπράγματα αποκαταστατικές αξιώσεις του κυρίου λόγω προσβολής της κυριότητάς του. Επιπροσθέτως, προκειμένου να διασφαλίσει –την αναγκαία για έναν μηχανισμό διόρθωσης άδικων περιουσιακών μετακινήσεων– εφαρμοστική ευκαμψία και κατ' επέκταση ευρεία ρυθμιστική εμβέλεια, ο νομοθέτης προνόησε να διατυπώσει το πραγματικό της ΑΚ 904 με τρόπο ιδιαιτέρως αφηρημένο, ενσωματώνοντας σ' αυτόν και τον λευκό όρο της έλλειψης νόμιμης αιτίας. Ακριβώς όμως το εν λόγω στοιχείο, που της επιτρέπει κατά λοιπά επιτυχώς να απορροφά αξιολογήσεις από το καθ' όλου σύστημα της έννομης τάξης, αποδεικνύεται η αχίλλειος πτέρνα της διάταξης, δεδομένου ότι την υποτάσσει στις εν λόγω αξιολογήσεις. Αν, με άλλα λόγια, εντοπισθεί άλλος νομιμοποιητικός λόγος διατήρησης της ληφθείσας παροχής, είτε βάσει ρητής πρόβλεψης του νόμου είτε βάσει της τελλολογίας ορισμένης ρύθμισης (ή ενός πλέγματος ρυθμίσεων), τότε η αξίωση απόδοσης της παροχής ως αδικαιολόγητης τελικά δεν θα τελεσφορήσει, έστω και αν δεν υφίσταται πλέον η αιτία που αρχικά οδήγησε στην κτήση της, δηλαδή η άσκηση της ιδιωτικής αυτονομίας των μερών μέσω της κατάρτισης της ενοχικής σύμβασης.

Ο ως άνω εγγενής μερικός “ετεροπροσδιορισμός” της αξίωσης αδικαιολόγητου πλουτισμού³ καθίσταται εμφανής κυρίως στις περιπτώσεις στις οποίες η εξελισσόμενη αναστροφή της παράγωγης κτήσης της κυριότητας αναχαιτίζεται από την παράλληλη πλήρωση των όρων ενός πρωτότυπου τρόπου κτήσης αυτής στο πρόσωπο του νυν κυρίου αλλά ταυτόχρονα και υποχρέου να αναμεταβιβάσει την παράγωγή κυριότητά του. Πιο συγκεκριμένα, όταν η (κατόπιν συνήθως ασκήσεως διαπλαστικού δικαιώματος) λύση της συμβατικής σχέσης και η μετάπτωσή της σε σχέση εκκαθάρισης συντελείται σε χρονικό σημείο κατά το οποίο *prima facie* έχουν παράλληλα συντρέξει και οι προϋποθέσεις πρωτότυπης κτήσης κυριότητας με χρησικτησία, τακτική ή έκτακτη, επί του αποκτηθέντος δυνάμει της συμβάσεως πράγματος. Την κατάληξη αυτής της σύμπτωσης αντιλαμβάνονται διαφορετικά νομολογία και θεωρία, όπως θα αναπτυχθεί αμέσως παρακάτω.

3 Ιδιαίτερος διαφωτιστικά στο ζήτημα αυτό τα *dicta* της νομολογίας· από την πληθώρα των συναφών αποφάσεων βλ., αντί άλλων, ΑΠ 1254/2017 ΧρΙΔ 2018, 21· ΑΠ 1751/2014 ΧρΙΔ 2015, 270· ΑΠ 791/2012 ΧρΙΔ 2012, 733.

Β. Η θέση της νομολογίας

Στην προπεριγραφείσα σύγκρουση μεταξύ της προσπάθειας ανάκτησης από τον μεταβιβάσαντα της κυριότητας υπό το ένδυμα αδικαιολόγητου πλουτισμού και στην χρησικτησία, η νομολογία αναγνωρίζει καθολικό και ανεξ αίρετο προβάδισμα στην δεύτερη. Γίνεται ειδικότερα δεκτό ότι η χρησικτησία λειτουργεί δικαιοκτητικά κατά τρόπο αμετάκλητο, με συνέπεια να μην υποχωρεί ενώπιον της αξίωσης αδικαιολόγητου πλουτισμού. Ενεργεί, επομένως, ως εκ του νόμου ιδρυόμενη αιτία διατήρησης της κυριότητας, η οποία υπέρ-αναπληρώνει την λήξασα αιτία της ιδιωτικής βούλησης, παγιώνοντας οριστικά την ήδη επελθούσα εμπράγματη μεταβολή⁴. Ο χαρακτήρας της χρησικτησίας, πρωτίστως της έκτακτης, σύμφωνα πάντα με την νομολογία, ως *causae ex lege* απορρέει από τον σκοπό της, που έγκειται στην προαγωγή της ασφάλειας δικαίου, στην εκκαθάριση των σχέσεων του προσώπου με το πράγμα και στην άρση της αβεβαιότητας για την τύχη των πραγμάτων, δηλαδή στην ικανοποίηση ενός υπέρτερου γενικού (δημοσίου) συμφέροντος⁵. Η περιφρούρηση του εν λόγω συμφέροντος της ολότητας δεν μπορεί να επιτευχθεί παρά μόνο με την οριστική απονομή εμπράγματων δικαιωμάτων.

Αν συνεπώς υιοθετηθεί αβασάνιστα η κρατούσα στην νομολογία άποψη, το εκ του νόμου (και υπό συγκεκριμένες κάθε φορά προϋποθέσεις) παρεχόμενο δικαίωμα ελευθέρωσης από μια ενοχική σύμβαση⁶, η οποία αποτελεί την

4 «Η διά χρησικτησίας κτήση πράγματος επέρχεται εκ του νόμου με τη συνδρομή των νομίμων προϋποθέσεων (ΑΚ 1041-1045), οι οποίες αποτελούν τη νόμιμη αιτία της άνω κτήσης. [...] Επομένως, κατά του αποκτήσαντος την κυριότητα πράγματος με χρησικτησία δεν χωρεί αγωγή αδικαιολόγητου πλουτισμού, αφού ελλείπει ως προς αυτόν η προϋπόθεση της χωρίς νόμιμη αιτία κτήσης του πλουτισμού. Κατά συνέπεια τούτων, αν ανακληθεί δωρεά ακινήτου και ο δωρεοδόχος (ή ο από αυτόν αποκτήσας πριν από την ανάκληση για νόμιμη αιτία και με νόμιμο τρόπο το δωρηθέν ακίνητο τρίτος) κατά το χρόνο της ανάκλησης είχε ήδη καταστεί κύριος του δωρηθέντος ακινήτου με χρησικτησία, ήτοι από νόμιμη αιτία, δεν μπορεί να αναζητηθεί το δωρηθέν ακίνητο από τον δωρεοδόχο ή τον ως άνω τρίτο, ούτε αυτοί υποχρεούνται να το αποδώσουν, κατά τις περί αδικαιολόγητου πλουτισμού διατάξεις, αφού οι περί χρησικτησίας διατάξεις δεν προβλέπουν μόνο τυπικά τη μετάθεση της κυριότητας στον χρησιδεσπύζοντα, αλλά και την δικαιολογούν ουσιαστικά (κατά την οικονομική αξία του πράγματος), παρέχοντας στον χρησιδεσπύζοντα αιτία διατήρησης του πλουτισμού.» (βλ. ΑΠ 1361/2007 ΧρΙΔ 2008, 607 με κριτικές παρατηρήσεις Καστρήσιου· ΑΠ 515/2020 ΧρΙΔ 2020, 748, με επίσης κριτικές παρατηρήσεις Γεωργάκη).

5 Βλ. ΑΠ 515/2020, ό.π. (χωρίς μάλιστα διάκριση μεταξύ τακτικής και έκτακτης χρησικτησίας)· πρβλ. και ΑΠ 91/2013 ΧρΙΔ 2014, 367, ΑΠ 83/2006 Νόμος (αναφορικά με την έκτακτη χρησικτησία).

6 Το φαινόμενο μη τελεσφόρησης της αξίωσης αδικαιολόγητου πλουτισμού εξαιτίας συμπλήρωσης του χρόνου τακτικής ή έκτακτης χρησικτησίας ενδέχεται να ανακύψει, πλην των περιπτώσεων άσκησης διαπλαστικού δικαιώματος (π.χ. ανάκλησης, νόμιμης ή συμβατικής υπαναχώρησης, μέψης άστοργης δωρεάς, καταγγελίας), και κατά την εφαρμογή του άρθρου 380 ΑΚ (βλ. Κίτσαρά, Περί της «πολλαπλής κτήσεως» της κυριότητας: Κτήση κυριό-

αιτία παράγωγης κτήσης της κυριότητας, πρακτικά θα αχρηστεύεται αν ασκηθεί μετά την παρέλευση 20ετίας από την παράδοση της νομής στον κτήτορα. Και τούτο διότι η ενοχική σύμβαση θα ανατρέπεται μεν, αφού η έκτακτη χρησικτησία δεν εξουδετερώνει την διαπλαστική ενέργεια της εξωτερικευθείσας εγκύρως και εμπροθέσμως δήλωσης βουλήσεως περί λύσεως της σύμβασης⁷. Πλην όμως η εν λόγω ανατροπή δεν θα ωφελεί ουσιαστικά τον αποδεσμευθέντα δικαιοπάροχο, δεδομένου ότι εκ των πραγμάτων δεν θα συνοδεύεται από την ευχέρεια εκ πλαγίου επαναφοράς των πραγμάτων στο προ της κατάρτισης της ενοχικής δικαιοπραξίας εμπράγματο καθεστώς.

Υπογράμμισης χρήζει περαιτέρω ότι η παραπάνω νομολογιακή προσέγγιση προσπερνάει το νομικά πρότερο κρίσιμο ζήτημα, κατά πόσο νοείται κτήση κυριότητας με χρησικτησία επί πράγματος που ανήκει ήδη κατά κυριότητα στον νομέα⁸. Προεξοφλώντας την ως άνω δυνατότητα οι σχετικές δικαστικές αποφάσεις καταγίνονται απευθείας με το πρόβλημα του ενδεχόμενου παραμερισμού μια τέτοιας πρωτότυπα αποκτηθείσας κυριότητας στο πλαίσιο κατίσχυσης άλλου θεσμού, εν προκειμένω του αδικαιολόγητου πλουτισμού, έκβαση που αποκρούουν κατηγορηματικά, όπως ήδη σημειώθηκε.

Γ. Ο εντοπισμός της αντινομίας από την θεωρία και οι προτάσεις για την άρση της

Το *absurdum* του ουσιαστικού παροπλισμού ενός αναγνωριζόμενου από την έννομη τάξη δικαιώματος αποδέσμευσης από την σύμβαση, ακόμη και πριν αυτό καν στοιχειοθετηθεί ή πάντως σε χρόνο που παραμένει ενεργό, έχει επισημανθεί εύστοχα από την θεωρία, ιδίως με αφορμή την ανάκληση δωρεάς λόγω αχαριστίας, και έχει ταυτόχρονα επικριθεί ως ένα μη ανεκτό αποτέλεσμα της αδιάκριτης επίκλησης της δικαιογόνου –εμπράγματων δικαιωμάτων– λει-

τητας επί ιδίου πράγματος και με χρησικτησία; ΧρΙΔ 2013, 184 επ., 189).

7 Προφανώς το πρόβλημα που μας απασχολεί εδώ διατηρεί την σημασία του όταν η ρήξη του ενοχικού δεσμού χωρεί εμπροθέσμως, είτε επειδή δεν έχει παρέλθει άπρακτη η νόμιμη αποσβεστική προθεσμία που ορίζεται για το αντίστοιχο δικαίωμα είτε επειδή τέτοια προθεσμία δεν τάσσεται καν (π.χ. ΑΚ 1835).

8 Βλ. την εύστοχη επισήμανση της Γεωργάκη, ό.π., ΧρΙΔ 2020, 749-750. Θετικός κατ' αρχήν υπέρ της θεμελίωσης της αυτής κυριότητας τόσο σε σύμβαση όσο και σε χρησικτησία (με αξιοποίηση κυρίως της θεωρίας του Kipp περί πολλαπλών ενεργειών), ο Κιτσαράς, ό.π., ΧρΙΔ 2013, 184-191, που προβαίνει όμως σε πρόσθετες τελολογικές διακρίσεις βάσει αφενός του είδους της χρησικτησίας και αφετέρου της εκάστοτε ατέλειας ή του αντιδικαιώματος που θέτει σε κίνδυνο την παράγωγή κτήσης. Την άκριτη εφαρμογή της ως άνω θεωρίας των πολλαπλών ενεργειών, ειδικά επί ανακλήσεως της δωρεάς, αποδοκιμάζει και ο Κολοτούρος, Ανάκλησις δωρεάς, γενομένη μετά την συμπλήρωσιν του χρόνου χρησικτησίας δωρηθέντος πράγματος, και αξιώσις αδικαιολόγητου πλουτισμού, ΧρΙΔ 2021, 244 επ., ιδίως σ. 247, χωρίς και αυτός να αντιτάσσεται καθολικά στην κατασκευή του Kipp.

τουργίας της χρησικτησίας⁹. Προτείνεται δε ως διέξοδος η πρόταξη της ιδιωτικής αυτονομίας του δικαιούμενου να ανατρέψει την σύμβαση προσώπου (π.χ. του δωρητή ή του πλανηθέντος/εξαπατηθέντος/απειληθέντος) έναντι της διατήρησης της κυριότητας εκ μέρους του αντισυμβαλλομένου του¹⁰. Παραλλάσσουν, ωστόσο, οι βάσεις θεμελίωσης της ως άνω κοινά αποδεκτής λύσης, τόσο μεθοδολογικά όσο και αναφορικά με την αιτιολογία παράκαμψης των συνεπειών της χρησικτησίας.

Στο σημείο αυτό πρέπει να τονισθεί ότι, σε αντίθεση με την νομολογία, ορθώς διαχωρίζεται στην επιστήμη το ζήτημα της συνδρομής των όρων της χρησικτησίας στο πρόσωπο του νομέα-κυρίου από το περαιτέρω ερώτημα αν η κτηθείσα –έστω– και διά χρησικτησίας κυριότητα δύναται μακροπρόθεσμα να εκνικήσει την εγειρόμενη απαίτηση αναμεταβίβασής της, αν με άλλα λόγια η χρησικτησία επιτελεί άνευ ετέρου τον ρόλο της νόμιμης αιτίας παρακράτησης της αποκτηθείσας κυριότητας-πλουτισμού¹¹. Με αφετηρία την παραπάνω κομβική διάκριση, διανοίγονται πράγματι δύο οδοί κάμψης της φαινομενικά απόλυτης κυριαρχίας της χρησικτησίας, όπως τουλάχιστον αυτή αναδύεται από την νομολογία: Μία που αρνείται την πλήρωση των όρων του πραγματικού της ΑΚ 1041 (σε συνδ. με ΑΚ 1043) ή της ΑΚ 1045, και μία άλλη που πλήττει τις παραγόμενες έννομες συνέπειες.

Πιο συγκεκριμένα, οι απόπειρες αμφισβήτησης εξ αρχής της δυνατότητας εφαρμογής των διατάξεων για την χρησικτησία θέτουν στο στόχαστρο πρωτίστως την κοινή και στις δύο μορφές χρησικτησίας προϋπόθεση της άσκησης νομής για ορισμένο χρονικό διάστημα, τασσόμενο αυθεντικά στον νόμο και κυμαινόμενο¹². Υποστηρίζεται συναφώς ότι απαιτείται να αναθεωρηθεί το ση-

9 *Ad hoc Κολοτούρος*, ΧρΙΔ 2021, 241 επ., *Καστρήσιος*, Παρατηρήσεις στην ΑΠ 1361/2007 ΧρΙΔ 2008, 608 επ., *Γεωργάκη*, Παρατηρήσεις στην ΑΠ 515/2020 ΧρΙΔ 2021, 749 επ., όλοι με αφορμή την ανάκληση της δωρεάς· σφαιρικότερα για την τελολογική σχέση μεταξύ χρησικτησίας και παράγωγης κτήσης ο *Κιτσαράς*, ό.π., ΧρΙΔ 2013, 188 επ· βλ. επίσης τις σκέψεις του *ιδίου*, Ελαττωματικός (νόμιμος ή νομιζόμενος) τίτλος στην τακτική χρησικτησία και καλή πίστη του νομέα, ΧρΙΔ 2012, κυρίως σ. 646-647.

10 Με ένταση ο *Κολοτούρος*, ό.π., ΧρΙΔ 2021, 247 επ· επίσης *Κιτσαράς*, ό.π., ΧρΙΔ 2013, 190-191 (σε ό,τι αφορά στην τακτική χρησικτησία)· *Καστρήσιος*, ό.π., ΧρΙΔ 2008, ιδίως σ. 610· *Γεωργάκη*, ό.π., ΧρΙΔ 2020, 751.

11 Βλ. *Κιτσαράς*, ό.π., ΧρΙΔ 2013, 189 επ., ο οποίος πραγματεύεται χωριστά τα ζητήματα αφενός της δυνατότητας αλλά και της σκοπιμότητας μιας πολλαπλώς, παράγωγα και πρωτότυπα, αποκτώμενης κυριότητας, αφετέρου της λειτουργίας της πρωτότυπης κτήσης ως ερείσματος οριστικής διατήρησης της αξίας της κυριότητας στην περιουσία του κυρίου-πλουτίσαντος, διευκρινίζοντας περαιτέρω ότι η αντιμετώπιση του δεύτερου ποικίλλει ανάλογα με το είδος της πρωτότυπης κτήσης και την *ratio* της νομοθετικής καθιέρωσής της. Στην ίδια κατεύθυνση ο *Κολοτούρος*, ό.π., ΧρΙΔ 2021, ενδεικτικά σ. 244 και σ. 250. Πρβλ. και *Γεωργάκη*, ό.π., ΧρΙΔ 2020, 749-750.

12 Βλ. *Κολοτούρος*, ό.π., ΧρΙΔ 2021, 249-250· *Γεωργάκη*, ό.π., ΧρΙΔ 2020, 751. Άλλως ο *Κιτσα-*

μείο έναρξης υπολογισμού του χρόνου υλικού εξουσιασμού του πράγματος με τα προσόντα της χρησικτησίας. Τούτο, επί προηγηθείσας παράγωγης κτήσης της κυριότητας από τον νομέα, η οποία όμως έχει εισέλθει σε διαδικασία αναστροφής, δεν πρέπει να συμπίπτει με την υλική παράδοση του πράγματος που λαμβάνει χώρα με αφορμή την σύναψη της εκποιητικής δικαιοπραξίας της ΑΚ 1033 ή της ΑΚ 1034, όπως δέχεται η νομολογία, αλλά είτε με την εμφάνιση της παθογένειας που απειλεί την ισχύ της υποσχετικής δικαιοπραξίας που αποτελεί την αιτία της εκποίησης (ελάττωμα της βούλησης, ηθικό παράπτωμα¹³, αδυναμία εκπλήρωσης)¹⁴ είτε με την έμπρακτη προβολή της υφιστάμενης ατέλειας από το δικαιούμενο προς τούτο πρόσωπο, συνήθως διά της ασκήσεως διαπλαστικού δικαιώματος¹⁵. Η μετάθεση του εναρκτήριου σημείου υπολογισμού της κρίσιμου χρόνου νομής εμποδίζει το αποφευκτέο ενδεχόμενο συμπλήρωσης της χρησικτησίας είτε προτού εκπνεύσει η προθεσμία απόσβεσης του δικαιώματος ανατροπής της σύμβασης είτε προτού αυτό γεννηθεί¹⁶. Κατά συνέπεια, σύμφωνα με την προπαρατεθείσα άποψη, κατά την στιγμή έγερσης της αξίωσης αδικαιολόγητου πλουτισμού με αίτημα την αναμεταβίβαση της κυριότητας εξαιτίας λήξης της συμβατικής αιτίας που δικαιολογούσε αρχικά την μετακίνησή της στον δικαιοδόχο-λήπτη του πλουτισμού, πρόβλημα σύγκρουσης της απαίτησης εκ των άρθρων 904 επ. ΑΚ με πρωτότυπο τρόπο κτήσης της κυριότητας δεν θα τίθεται, εκτός αν έχει αδρανήσει ανεπίτρεπτα ο δότης να ασκήσει τις δευτερογενείς αξιώσεις που εξασφαλίζουν την επάνοδο στην προτέρα κατάσταση, οπότε όμως θα υποστεί εύλογα τις επιπτώσεις της οκνηρίας του. Ερμηνευτικά η προπεριγραφείσα αναστολή (κατ' ουσίαν) εκκίνησης του ωφέλιμου χρόνου χρησικτησίας επιτυγχάνεται είτε μέσω τελεολογικής συστολής των διατάξεων για την χρησικτησία¹⁷ είτε μέσω μιας *stricto sensu* τελεολογικής-συστηματικής προσέγγισης του οικείου υποσυστήματος¹⁸.

ράς, ο οποίος εστιάζει στον κατάλληλο χειρισμό του όρου της ύπαρξης νόμιμου ή νομιζόμενου τίτλου ως μέσου απόρριψης της πρωτότυπης δικαιοκτησίας συνεπεία τακτικής χρησικτησίας (ό.π., ΧρΙΔ 2013, 189-191), ενώ, αντιθέτως, επί έκτακτης δεν διαβλέπει έδαφος άρνησης της σε κάθε περίπτωση απονομής κυριότητας στον νομέα-ειδικό διάδοχο και κατά πρωτότυπο τρόπο (ό.π., ΧρΙΔ 2013, 191).

13 Την έντονη ηθική διάσταση της δωρεάς ως συμβατικού τύπου και τις επιπτώσεις αυτής της ιδιαιτερότητας στην δυνατότητα μεταμέλειας του δωρητή αναδεικνύει ο Κολοτούρος, ό.π., ΧρΙΔ 2021, 247 επ.

14 Γεωργάκη, ό.π., ΧρΙΔ 2020, 751. Έτσι –κατά το αποτέλεσμα και με όχημα τον τίτλο χρησικτησίας– ήδη ο Κιτσαράς, ό.π., ΧρΙΔ 2013, 190.

15 Κολοτούρος, ό.π., ΧρΙΔ 2021, 249-250.

16 Βλ. Καστρήσιο, ό.π., ΧρΙΔ 2008, 609 και 610. Ομοίως Κολοτούρος, ό.π., ΧρΙΔ 2021, 247.

17 Κολοτούρος, ό.π., ΧρΙΔ 2021, 249.

18 Γεωργάκη, ό.π., ΧρΙΔ 2020, 751.

Σύμφωνα με (εν μέρει) διαφορετική προσέγγιση που θέτει στο επίκεντρο όχι την εμπράγματη αλλά την ενοχική λειτουργία της χρησικτησίας¹⁹, ζητούμενος στις εδώ εξεταζόμενες περιπτώσεις δεν είναι ο εκ προοιμίου (δηλαδή σε επίπεδο προϋποθέσεων του πραγματικού) αποκλεισμός της τακτικής ή/και της έκτακτης χρησικτησίας, αλλά προεχόντως ο περιορισμός της επίδρασης της πρωτότυπα κτηθείσας κυριότητας στον παράλληλα εξελισσόμενο τερματισμό της παράγωγης κτήσης, και συγκεκριμένα ο περιορισμός της λειτουργίας της χρησικτησίας ως απροσμάχητης νόμιμης αιτίας κατά την έννοια της ΑΚ 904.

Όλες οι προαναφερθείσες απόψεις αποτελούν εύλογη αντίδραση στην προδήλως άτοπη προοπτική της εξουδετέρωσης ή συρρίκνωσης ενός νόμιμου δικαιώματος του δικαιοπαρόχου λόγω χρησικτησίας του δικαιοδόχου. Εκκινούν, εντούτοις, από το καθόλου αυτονόητο δεδομένο ότι ο καταστάς κύριος ήδη διά της δικαιοπρακτικής οδού απολαύει αδιακρίτως της προστασίας και των άρθρων 1041 επ. και 1045 επ. ΑΚ, εφόσον πληρούνται οι προϋποθέσεις τους. Στην συνέχεια θα εξετασθεί, κατά πόσο αυτό το προκριματικό συμπέρασμα πράγματι ευσταθεί.

II. Η αποφυγή δημιουργίας αδιεξόδου με την προσήκουσα *ratione personae* οριοθέτηση του θεσμού της χρησικτησίας

A. Οι μεθοδολογικές επιφυλάξεις κατά της απόπειρας ερμηνευτικού περιορισμού του (ευρέως προσδιοριζόμενου) πεδίου εφαρμογής των διατάξεων περί χρησικτησίας

Όπως έχει παραπάνω υπογραμμισθεί, η ανεξάιρετη επίκληση της έκτακτης, ιδίως, χρησικτησίας ως ανυπέρβλητου εμποδίου οποιασδήποτε μεταβολής ενδέχεται να επέλθει μεταγενέστερα σε βάρος της περιουσίας του χρησιδεσπώσαντος (που φέρει και την ιδιότητα του ειδικού διαδόχου δυνάμει συμβάσεως) μπορεί να καταλήξει σε κατάφωρα ανεπιεική αποτελέσματα. Ορθώς από τούτη την σκοπιά επιχειρείται ο μετριασμός της πλήρους πρωτοκαθεδρίας που αναγνωρίζει στην χρησικτησία η νομολογία. Τα μεθοδολογικά εργαλεία που επιλέγονται, ωστόσο, δεν ικανοποιούν.

Η τεολογική συστολή συνιστά όντως το προσφορότερο μέσο άρσης των αξιολογικών αντινομιών που τυχόν εντοπίζονται στο δικαίκο μας σύστημα²⁰.

19 Αναλυτικά Κιτσαράς, Η ατελής κυριότητα, σ. 221 επ. (βλ. τον ίδιο, ό.π., ΧρΙΔ 2013, 191-193), που διαφοροποιεί την μεταχείριση της τακτικής και της έκτακτης χρησικτησίας ως νόμιμης αιτίας πλουτισμού, δεχόμενος πάντως παράλληλα, από εμπράγματη σκοπιά, ότι τίτλος τακτικής χρησικτησίας κατά τις ΑΚ 1041 επ. δεν νοείται προτού εμφανισθεί κάποιο ελάττωμα του δικαιοπρακτικού μηχανισμού (ΧρΙΔ 2013, 190).

20 Δωρής, Σκέψεις για τη διαπίστωση και πλήρωση κενών στο δίκαιο, ΧρΙΔ 2003, 590-593.

Εν προκειμένω, μοιάζει να συγκρούεται κατ' ουσίαν μια εκ του νόμου, αμέσως (ΑΚ 380) ή εμμέσως (με την θέσπιση αντίστοιχου διαπλαστικού δικαιώματος), τεθείσα σε κίνηση διαδικασία εκκαθάρισης με την ανάγκη οριστικής περαίωσης των υφιστάμενων έννομων εκκρεμοτήτων μετά την πάροδο μακρού χρόνου (έκτακτη χρησικτησία) ή την άρση ατελειών μιας ήδη χωρήσασας δικαιοκτησίας (τακτική χρησικτησία), άρα σε τελική ανάλυση με την ασφάλεια δικαίου²¹. Η εναρμόνιση των ως άνω αντίρροπων μηχανισμών (ολοκλήρωση της εκκαθάρισης χάριν της άρσης αδικιών – διατήρηση και νομική επικύρωση του *status quo* χάριν ασφάλειας δικαίου) απαιτεί την υποχώρηση του ενός, που επιτυγχάνεται με την κατασκευή ενός αντι-κανόνα εξαίρεσης. Με τον τελευταίο θα αποσπαστούν από τον κανόνα/θεσμό που αξιολογικά έχει κριθεί ότι πρέπει να παραμερισθεί περιπτώσεις οι οποίες κατ' αρχήν, με βάση δηλαδή το γράμμα του, υπάγονται στο πραγματικό του. Στην περίπτωση που μας απασχολεί, ωστόσο, η προτεινόμενη αφαιρετέα ρυθμιστική ύλη δεν είναι συμβατή με την προτεινόμενη ως συσσελλόμενη διάταξη. Πιο συγκεκριμένα, προς άρση της διαπιστωθείσας αντινομίας υποδεικνύεται ένας διαφορετικός υπολογισμός της επί εικοσαετία άσκησης νομής, με τελολογική συστολή του άρθρου 1045 ΑΚ και τοποθέτηση του σημείου εκκίνησής της στον χρόνο απώλειας της ισχύος της ενοχικής σύμβασης που συνιστά την αιτία της ακολουθούσας διάθεσης²². Η ΑΚ 1045, εντούτοις, ουδέν διαλαμβάνει σχετικά με την αφετηρία υπολογισμού της νομής, έτσι ώστε με την αρμόζουσα ερμηνευτική προσαρμογή της να μπορέσουμε να διαμορφώσουμε ένα πιο στενό πεδίο εφαρμογής της. Για την ακρίβεια, από τους κανόνες περί χρησικτησίας μόνο μία διάταξη είναι αφιερωμένη στην εκκίνηση της προθεσμίας χρησικτησίας: η ΑΚ 1047, η οποία προβλέπει την υπό προϋποθέσεις αναστολή έναρξης (ή

Larenz/Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. 1995, σ. 214 επ.

21 Πρβλ. Κιτσαρά, ό.π., ΧρΙΔ 2012, 647: «Σκοπός των διατάξεων για την τακτική χρησικτησία είναι να θεραπεύσουν υπάρχοντα κατά τον χρόνο κτήσεως της νομής ελαττώματα του τίτλου και όχι να ματαιώσουν τον σκοπό άλλων θεσμών, που από τη φύση τους είναι προορισμένοι να ενεργήσουν σε μεταγενέστερο χρόνο, αναπτύσσοντας την ισχύ τους σε ενοχικό, κατ' αρχήν, επίπεδο και οι οποίοι προϋποθέτουν καθ' όλα έγκυρη και ισχυρή αρχικώς μεταβίβαση, όπως εν προκειμένω. Η τακτική χρησικτησία δεν επιτρέπεται να μετατραπεί σε μηχανισμό οριστικής εκκαθάρισεως της εσωτερικής-ενοχικής σχέσης των μερών, ρόλο που συστηματικώς επιτελούν άλλοι θεσμοί και ιδίως ο αδικαιολόγητος πλουτισμός.» (πρβλ. και τον ίδιο, ό.π., ΧρΙΔ 2013, 191)· επίσης Γεωργιάκη, ΧρΙΔ 2020, 750 (ειδικά για την ανάκληση δωρεάς λόγω αχαριστίας): «... κρίσιμο είναι να αναζητηθεί ο συγκεκριασμός των αξιολογικών σταθμίσεων που ο νομοθέτης έχει κάνει αφενός στο θεσμό της χρησικτησίας και αφετέρου σε αυτόν της ανάκλησης της δωρεάς».

22 Κολοτούρος, ό.π., ΧρΙΔ 2021, 249, ο οποίος με αφορμή την ανάκληση της δωρεάς, υποστηρίζει ότι «Πρέπει λοιπόν κατά τελολογικήν συστολήν του άρθρου 1045 Α.Κ. να γίνη δεκτόν ότι ο χρόνος, ο οποίος μεσολαβεί από της εκτελέσεως της δωρεάς μέχρι της ανακλήσεώς της δεν υπολογίζεται ως χρόνος χρησικτησίας υπέρ του δωρεοδόχου».

συνέχισής) της. Η επιλογή αυτή του νομοθέτη είναι δικαιολογημένη, διότι οι ρυθμίσεις για την χρησικτησία προεξοφλούν την προηγούμενη κτήση της επιλήψιμης νομής από τον χρησιδεσπόζοντα. Πότε συντελείται αυτή η κτήση, από την οποία προφανώς αρχίζει να τρέχει και ο ωφέλιμος χρόνος νομής²³, εκτός αν συντρέχει κάποιος λόγος αναστολής του, καθορίζεται με προσφυγή στα άρθρα 974 επ. ΑΚ. Την επικοινωνία των δύο υποσυστημάτων (νομή – χρησικτησία) αποδεικνύει ευκρινώς το παράδειγμα της αντιποίησης νομής ακινήτου: Κτήση της νομής με αντιποίηση, με συνέπεια να ξεκινά να μετρά και ο χρόνος νομής υπέρ του αντιποιομένου-χρησιδεσπόζοντος, δεν επέρχεται αν δεν συντρέχουν οι όροι της ΑΚ 982 και κυρίως η γνώση του γεγονότος της αντιποίησης εκ μέρους του νυν δικαιωματικού νομέα. Αν επομένως επιδιώκουμε να μεταθέσουμε την έναρξη του χρόνου άσκησης νομής, η οποία συμπίπτει κατ' αρχήν με την κτήση της, η επέμβαση στην ΑΚ 1045 πρέπει να απορριφθεί ως απρόσφορη²⁴.

Λιγότερο προβληματική είναι, ως εκ τούτου, η διατυπούμενη πρόταση περί μιας συστηματικής-τελολογικής ερμηνείας των διατάξεων περί χρησικτησίας²⁵, μιας και δεν θέτει στο επίκεντρό της ένα συγκεκριμένο κανόνα-στόχο, ο οποίος να πρέπει να αποψιλωθεί εφαρμοστικά, αλλά αντλεί και συνδυάζει επιχειρήματα από ολόκληρο το οικείο υποσύστημα. Έτσι, θα μπορούσε να αξιοποιηθεί π.χ. ο προαναφερθείς κανόνας του άρθρου 1047 ΑΚ, ο οποίος σαφώς υποδηλώνει ότι η παράμετρος της συνδρομής περιστάσεων που επιτάσσουν την όψιμη εκκίνηση της χρησικτησίας δεν έχει παραβλεφθεί από τον νομοθέτη. Μόνη ωστόσο η αναγωγή στις ΑΚ 1041 επ. δεν επαρκεί για τον κατάλληλο προσδιορισμό του χρόνου έναρξης της νομής χρησικτησίας. Προς την κατεύθυνση αυτή θα πρέπει να συνεκτιμηθούν επιπροσθέτως οι αξιολογήσεις που αποτυπώνονται τόσο στις ρυθμίσεις περί νομής όσο και σε εκείνες περί παραγραφής, με τελική επιδίωξη την πραγμάτωση στον μέγιστο βαθμό της

23 Κίτσαράς, σε Γεωργιάδη ΣΕΑΚ, 1041-1043 αρ. 9· Λαδογιάννης, στον ΑΚ Γεωργιάδη/Σταθόπουλου, 2η έκδ. 2016, άρθρ. 241 αρ. 15. Ο απαιτούμενος κατά τα άρθρα 1041 και 1045 ΑΚ χρόνος αδιάλειπτης άσκησης νομής αποτελεί προθεσμία, δηλαδή οριοθετημένο ή οριστό χρονικό διάστημα που καθορίζεται με νόμο (Λαδογιάννης, ό.π., Εισαγ. Παρατηρήσεις στα άρθρα 240-246 αρ. 2), επί της οποίας εφαρμόζεται η ΑΚ 241.

24 Η τελολογική συστολή της διάταξης θα μπορούσε δόκιμα να επιχειρηθεί εφόσον η χρησικτησία υπέρ του κυρίου αποκλειόταν εν γένει αναφορικά με τα μεταβιβάσθέντα με βάση “τρωτό” τίτλο κυριότητας πράγματα (βλ. την εύστοχη ορολογία της Γεωργιάκη, ό.π., ΧρΙΔ 2020, 750). Τότε πράγματι θα εμποδιζόταν η επέλευση της προβλεπόμενης στην ΑΚ 1045 (ή την ΑΚ 1041) έννομης συνέπειας σε μια κατηγορία περιπτώσεων που υπάγονται στο πραγματικό της (εφόσον βεβαίως ήθελε γίνει δέκτη η αποκρουσόμενη στο πλαίσιο της παρούσας μελέτης γνώμη ότι αυτό καταλαμβάνει κατ' αρχήν και τους ήδη φορείς της κυριότητας). Η προσφυγή όμως στην συστολή προς την κατεύθυνση της μεταβολής του σημείου έναρξης άσκησης της νομής είναι εσφαλμένη για τους λόγους που εκτέθηκαν στο κείμενο.

25 Γεωργιάκη, ΧρΙΔ 2020, 751.

αποστολής του θεσμού του αδικαιολόγητου πλουτισμού, στον οποίο πρέπει να δοθεί προτεραιότητα²⁶.

Ενώσει των αντιρρήσεων που καταγράφηκαν παραπάνω, η πιο άρτια μεθοδολογικά αντιμετώπιση του συζητούμενου προβλήματος είναι εκείνη που αποφεύγει ως αχρείαστη την ερμηνευτική αναθεώρηση διατάξεων του θετικού δικαίου και αντ' αυτού το επιλύει με γνώμονα το κριτήριο της νόμιμης αιτίας διατήρησης της κυριότητας ως οικονομικής αξίας εκ μέρους του χρησιδεσπώσαντος (και ταυτόχρονα επισφαλούς κτήτορα δυνάμει παράγωγης κτήσης). Η νόμιμη αιτία στο πλαίσιο της ΑΚ 904 αποτελεί έννοια που νοσηματοδοτείται *ad hoc* ανάλογα με την ελεγχόμενη (ως πιθανόν άδικη) περιουσιακή μετακίνηση και με αξιολογική “δεξαμενή” τις αρχές και ιεραρχήσεις της καθ' όλου εννόμου τάξεως, χωρίς να διαθέτει αυστηρά προκαθορισμένο περιεχόμενο που να χρήζει αναμόρφωσης από τον ερμηνευτή, με διαστολή ή συρρίκνωσή του²⁷. Εντούτοις, και η μετατόπιση της προβληματικής στην πτυχή της χρησικτησίας ως *causae ex lege* λαμβάνει ως δεδομένο ότι πάντως κυριότητα κατά πρωτότυπο τρόπο –άσχετα από την απάντηση στο ερώτημα αν τελικά νομιμοποιείται να την εντάξει οριστικά στην περιουσία του– δύναται κατ' αρχήν να αποκτήσει και ο καταστάς προηγούμενως κύριος στο πλαίσιο ευάλωτης σε ανατροπή παράγωγης κτήσης, πόρισμα που όμως δεν βρίσκει ισχυρά ερείσματα στο γράμμα και στην συστηματική οικοδόμηση των οικείων διατάξεων.

Β. Η αδυναμία ευθείας εφαρμογής των διατάξεων περί χρησικτησίας στον νεμόμενο πράγμα με τίτλο την ήδη υφιστάμενη κυριότητά του

Η εμπεριστατωμένη επιχειρηματολογία που προβάλλεται υπέρ της θεωρητικής δυνατότητας και –κατά περίπτωση– της λυσιτελούς για τον κύριο στήριξης του δικαιώματός του τόσο σε παράγωγη όσο και σε πρωτότυπη κτήση, δεν καταλείπει αμφιβολία ότι η πολλαπλώς θεμελιούμενη κυριότητα είναι όχι μόνο λογικά και νομικά νοητή αλλά, ανάλογα με τις συνθήκες, επιπροσθέτως και σκόπιμη²⁸. Η δογματική και τελολογική συμβατότητα της ειδικής διαδο-

26 Ορθά όλοι οι προμνημονευθέντες συγγραφείς (Κολοτούρος, ό.π., ΧρΙΔ 2021, 241 επ.· Καστρήσιος, ό.π., ΧρΙΔ 2008, 608 επ.· Γεωργάκη, ό.π., ΧρΙΔ 2020, 749 επ.) συμφωνούν ότι η τομή των συγκρουόμενων συμφερόντων πρέπει να ευνοήσει τον δικαιούμενο να ανακτήσει την κυριότητα (δωρητή).

27 Για τον λόγο αυτό ο Κιτσαράς, ό.π., ΧρΙΔ 2013, 191-193, ορθώς εξετάζει κατά κύριο λόγο αν συγκροτούν νόμιμη αιτία στο δικαίό μας η τακτική και η έκτακτη χρησικτησία. Αντιμετωπίζει, συνεπώς, την πολλαπλή κυριότητα που θεμελιώνεται ταυτόχρονα σε ευάλωτη παράγωγη κτήση και σε χρησικτησία πρωτίστως ως πρόβλημα αποδοτέου ή μη πλουτισμού του κυρίου. Περιορίζεται δε στον έλεγχο *αυτοδίκαιης* πλήρωσης του ελαστικού λευκού όρου της νόμιμης αιτίας, οι εξωτερικές παρεμβάσεις στο περιεχόμενο του οποίου είναι περιττές ακριβώς λόγω του εσωτερικού κινήτου περιεχομένου του.

28 Βλ. επ' αυτού διεξοδικά Κιτσαράς, ό.π., ΧρΙΔ 2013, ιδίως 184-188· επίσης Κολοτούρο, ό.π.,

χής σε εμπράγματο δικαίωμα με την επάλληλη εκ του νόμου ίδρυση του ίδιου δικαιώματος στο πρόσωπο του ήδη φορέα του, δεν προδικάζει, εντούτοις, ότι ο νομοθέτης κατά την κατάσταση του θετού δικαίου έχει όντως επιλέξει να επεκτείνει πρωτογενώς τους μηχανισμούς πρωτότυπης κτήσης κυριότητας και στους ενεργούς παράγωγους κυρίους. Κατά πόσο συμβαίνει αυτό, θα προκύπτει κάθε φορά από την ερμηνεία των κείμενων επίμαχων διατάξεων, εν προκειμένω εκείνων για την χρησικτησία.

1. Το γράμμα ως πρώτος φραγμός

Είναι αληθές ότι ο προσδιορισμός του προσώπου του χρησιδεσπύζοντος γίνεται με τον πλέον γενικόλογο και ταυτόσημο τρόπο τόσο στο άρθρο 1041 ΑΚ όσο και στο άρθρο 1045 ΑΚ («*Εκείνος που έχει στη νομή του...*»). Παρέχεται έτσι εκ πρώτης όψεως έδαφος για μια ευρύτατη οριοθέτηση του υποκειμενικού πεδίου εφαρμογής των οικείων διατάξεων. Η γραμματική ερμηνεία, παρόλα αυτά, πρέπει να λαμβάνει υπόψη της το σύνολο των χρησιμοποιούμενων από τον νομοθέτη εκφραστικών μέσων και επιπροσθέτως και την παράθεσή τους εντός του κειμένου του νόμου μέσω της σύνταξης. Δεν πρέπει, λοιπόν, στο πλαίσιο αυτό να παροράται και η επερχόμενη υπέρ του νομέα έννομη συνέπεια, η οποία σε αμφοτέρες τις προαναφερθείσες ρυθμίσεις επίσης διατυπώνεται με την χρήση των ίδιων ακριβώς λέξεων ως εξής: «...*γίνεται κύριος*». Ευχερώς συνάγεται εξ αντιδιαστολής ότι προτού πληρωθούν οι όροι που τάσσονται στο εκάστοτε πραγματικό ο νομέας δεν είναι κύριος. Η χρησικτησία δηλαδή σηματοδοτεί το πρώτον την εμπράγματη μεταβολή υπέρ του χρησιδεσπόσαντος. Ως εκ τούτου δεν υπάγονται στις ΑΚ 1041 και 1045 όσοι έχουν ήδη αποκτήσει κυριότητα, έστω εύθραυστη ως υποκείμενη σε αναμεταβίβαση ανεξάρτητα από την θέλησή τους.

2. Τα αρνητικά συστηματικά (νομοτυπικά) επιχειρήματα

Ότι το ρυθμιστικό πρότυπο των διατάξεων περί χρησικτησίας αποτελεί ο μη κύριος νομέας προκύπτει με σαφήνεια από την θεώρηση κυρίως των άρθρων 1041-1043 ΑΚ, επειδή η τακτική χρησικτησία διαθέτει ένα πιο σύνθετο και γι' αυτό πιο διαφωτιστικό ως προς το εφαρμοστικό του βεληνεκές πραγματικό. Υπέρ της πιο στενής ερμηνείας συνηγορεί κατ' αρχάς ο ορισμός της καλής πίστης στο άρθρο 1042 ΑΚ. Με δεδομένο ότι εγγενές εννοιολογικό γνώρισμα της υποκειμενικής καλής πίστης είναι η διάσταση μεταξύ της γνωσιολογικής κατάστασης του καλόπιστου και της ισχύουσας νομικής πραγματικότητας, παρέπεται ότι όποιος υπολαμβάνει εαυτόν χωρίς βαριά αμέλεια ως κύριο προφανώς στερείται το εν λόγω δικαίωμα, χωρίς να το γνωρίζει. Καλή πίστη του

νομέα αναφορικά με το δικό του όντως υφιστάμενο δικαίωμα κυριότητας δεν νοείται.

Ούτε όμως *stricto sensu* νόμιμο ή νομιζόμενο τίτλο συνιστά η παράγουσα κανονικά τα αποτελέσματά της εκποίηση, έστω και αν στηρίζεται σε δυνάμενη να καταλυθεί ενοχική αιτία, αφού επιφέρει αυτοδύναμα και σε πρώτο χρόνο (κατά την στιγμή της τελειώσής της) την σκοπούμενη από τα μέρη παράγωγη δικαιοκτησία²⁹.

Στις ρυθμίσεις που υποδηλώνουν το αληθές πεδίο εφαρμογής της τακτικής και της έκτακτης χρησικτησίας πρέπει να προστεθεί και εκείνη του άρθρου 1049 ΑΚ: Η διακόπτουσα την χρησικτησία διεκδικητική αγωγή έχει ως αποδέκτη τον επιλήψιμο νομέα ή κάτοχο. Έγερση διεκδικητικής αγωγής από τρίτον κατά του κυρίου, ενόσω το δικαίωμα του δευτέρου επιβιώνει, δεν χωρεί. Αν επομένως στους χρησιδεσπίζοντες συμπεριλάβουμε ευθέως και τους κυρίους, το άρθρο 1049 ΑΚ, στην παρούσα μορφή του, θα στερείται ως προς τους τελευταίους οποιασδήποτε σημασίας, τρεπόμενο σε ανορθολογική ρύθμιση.

3. Οι θετικές τελολογικές σταθμίσεις ως ένδειξη διεύρυνσης του πεδίου εφαρμογής μόνο μέσω αναλογίας

Προκύπτει, νομίζω, πειστικά από τις σκέψεις που προεκτέθηκαν ότι οι κανόνες περί κτήσης κυριότητας διά χρησικτησίας διαρθρώθηκαν με προσανατολισμό στους επιλήψιμους νομείς, όσους δηλαδή ασκούν φυσική εξουσία με διάνοια κυρίου (*a fortiori* δε στην περίπτωση της τακτικής χρησικτησίας και με πεποίθηση κυρίου), χωρίς όμως να είναι φορείς του δικαιώματος της κυριότητας³⁰. Για τον λόγο αυτό οι χρησιδεσπίζοντες νομείς παραμένουν μέχρι την συμπλήρωση του απαιτούμενου χρόνου άσκησης νομής εκτεθειμένοι στις υπέρτερες αποκαταστατικές αξιώσεις του κυρίου, ο οποίος, προβαίνοντας στις αρμόζουσες ένδικες ενέργειες, δύναται να θέσει τέλος μονομερώς στην κατάσταση της χρησικτησίας. Η διάγνωση ότι ο προστατευτικός σκοπός ή οι πλείονες σκοποί που επέβαλαν την νομοθετική θέσπιση της τακτικής και της έκτακτης χρησικτησίας ενδεχομένως να συντρέχουν και αναφορικά με άλλες κατηγορίες προσώπων, που ασκούν φυσικό εξουσιασμό με παρόμοια κατ' ουσίαν ποιοτικά χαρακτηριστικά με τους μη δικαιωματικούς νομείς, δεν μεταβάλλει το ως άνω οριοθετηθέν ευθύ πεδίο εφαρμογής των δύο θεσμών, παρά μόνο ανοίγει τον δρόμο της αναλογίας.

29 Ενδεικτικό είναι ότι ο Κιτσαράς (ΧρΙΔ 2013, 190) νιώθει την ανάγκη να κάνει λόγο «για ελαττωματικό τίτλο υπό την λειτουργική έννοια της ΑΚ 1041».

30 Αντί άλλων Κιτσαράς, Η ατελής κυριότητα, *passim*, ιδίως σ. 17 επ.

Γ. Η διά αναλογίας επέκταση της δυνατότητας χρησικτησίας και στους ενεργούς κυρίους – Τα όρια αυτής

1. Τα πλεονεκτήματα της αντίστροφης μεθοδολογικής διαδρομής

Αναδείχθηκαν παραπάνω οι αδυναμίες μιας κατ' αρχήν ευρείας σύλληψης της κανονιστικής εμβέλειας της χρησικτησίας και της απόπειρας εκ των υστέρων περιστολής της με την διάπλαση κανόνων εξαίρεσης. Ο αντίστροφος τρόπος προσέγγισης, δηλαδή ο στενός αρχικά καθορισμός των υπαγόμενων στο πραγματικό των άρθρων 1041 επ. ΑΚ προσώπων και ο δευτερογενής εμπλουτισμός τους διά αναλογίας ενδείκνυται και για έναν επιπλέον λόγο, σχετιζόμενο με την έννοια του εμφανούς κενού. Το τελευταίο συνίσταται, στην εδώ εξεταζόμενη θεματική, στην απουσία από το σύστημα του Αστικού Κώδικα μιας διάταξης που να επιτρέπει στον κύριο, όχι απλώς να ενισχύσει ποιοτικά την κυριότητά του, μέσω της αποκάθαρσής της από τις τυχόν ατέλειες που βαρύνουν την παράγωγη κτήση, αλλά περαιτέρω και να την θωρακίσει οριστικά έναντι διεκδικήσεων του δικαιοπαρόχου του, όταν η μεταξύ τους συμβατική αιτία τελικά για οποιονδήποτε λόγο εκλείψει³¹. Με άλλα λόγια, σκοπούμενη είναι η διάπλαση μιας διφυούς ρύθμισης, η οποία να άπτεται αφενός μεν της χρησικτησίας ως θεμελίου κτήσης κυριότητας και από ήδη κυρίους (άρα θα πρόκειται για ρύθμιση εμπραγμάτου δικαίου, υπαγόμενη στο υποσύστημα των άρθρων 1041 επ. ΑΚ)· αφετέρου δε της λειτουργίας της χρησικτησίας ως *causae ex lege* (άρα παράλληλα θα φέρει και τον χαρακτήρα ρύθμισης ενοχικού δικαίου). Τουναντίον, προφανώς θα στερείται νοήματος η κατασκευή ενός κανόνα που θα εξασφαλίζει μόνο το πρώτο σκέλος, θα προσπορίζει δηλαδή εκ νέου κυριότητα στον ήδη κύριο, η οποία όμως ενδέχεται τελικά να του αφαιρεθεί μέσω άλλων μηχανισμών. Ένας τέτοιος κανόνας που δεν θα θεραπεύει κάποια ανάγκη, ιδίως δεν θα βελτιώνει ουσιαδώς την θέση του παράγωγου κυρίου, δεν απαιτείται να ενσωματωθεί στην έννομη τάξη· υπό την σκοπιά αυτή κενό στο θετικό δίκαιο που να χρήζει πλήρωσης δεν ανιχνεύεται.

Η προπεριγραφείσα εκδοχή της αναλογίας διευκολύνει, επομένως, την ολιστική μεταχείριση της χρησικτησίας τόσο ως βάσης κτήσης του εμπράγματος δικαιώματος της κυριότητας όσο και ως αιτίας διατήρησης του εξ αυτής απορρέοντος πλουτισμού. Η αρμονική διαχείριση αμφότερων των διαστάσεων της με μία *ad hoc* διαπλασσύμενη ενιαία ρύθμιση, που θα εντάσσεται οργανικά –όχι όμως και εξωτερικά– σε δύο διαφορετικά υποσυστήματα, εναπόκειται στην δημιουργική δεξιότητα του ερμηνευτή. Το έργο του τελευταίου, αντι-

31 Βλ. συναφώς Κιτσαρά, ό.π., ΧρΙΔ 2013, 184 επ., που εξαίρει την σκοπιμότητα έμμεσης θεραπείας των τυχόν ατελειών του συμβατικού τίτλου μέσω της τακτικής χρησικτησίας (σ. 188-191) και εγκαθίδρυσης κοινωνικής ειρήνης μέσω της έκτακτης, η συμπλήρωση της οποίας θα συμβαδίζει συνήθως με την συμπλήρωση της αποσβεστικής παραγραφής (σ. 191).

θέτως, δυσχεραίνεται όταν αυτός καλείται να προσαρμόσει ήδη προδιαμορφωμένους από τον νομοθέτη κανόνες δικαίου. Για τον λόγο αυτό, άλλωστε, το δίλημμα της συσταλτικής επέμβασης στις προϋποθέσεις της χρησικτησίας (ΑΚ 1041/1045) ή στην πιθανή ενέργειά της ως νόμιμης αιτίας (ΑΚ 904 επ.), η οποία μάλιστα δεν δηλώνεται ρητά σε ειδικό κανόνα³², παρίσταται απολύτως εύλογο, ιδωμένο υπό την οπτική του νομοθετικά εκπεφρασμένου ισχύοντος δικαίου³³.

2. Οι ρυθμιστές από τα άρθρα 1041 επ. ΑΚ περιπτώσεις κυρίων-νομέων

α) Προκαταρκτικές επισημάνσεις

Προκειμένου να χαραχθούν σωστά τα όρια της επιτρεπτής μεταφοράς της έννομης συνέπειας του άρθρων 1041 και 1045 ΑΚ (κτήση κυριότητας) σε πρόσωπα που έχουν καταστεί ήδη παράγωγοι κύριοι με την παράδοση της νομής, πρέπει να εξετασθεί υπό ποιες βιοτικές και νομικές συνθήκες επαληθεύεται ως προς αυτά ο προστατευτικός σκοπός των θεσμών της τακτικής και της έκτακτης χρησικτησίας. Αντιθέτως, δεν θα πρέπει να αποδοθεί μείζονα σημασία στην εν γένει λειτουργία της πρωτότυπης δικαιοκτησίας ως εργαλείου αναβάθμισης της τρωτής παράγωγης κυριότητας. Δεδομένου ότι πρόκειται για αξιολόγηση που νομιμοποιεί (σε πιο αφηρημένο και προηγούμενο της αναλογίας επίπεδο) την αμφιλεγόμενη δικαιοπολιτικά και λογικά πολλαπλή κτήση κυριότητας, θα συνεκτιμηθεί μεν κατά την στάθμιση των αντιτιθέμενων συμφερόντων του επιδιώκοντος την ανάκτηση της κυριότητας δικαιοπαρόχου, από την μία πλευρά, και του κυρίου-χρησιδεδυμένου, από την άλλη, εφόσον όμως πρωτίστως συντρέχει η *ratio* που οδήγησε στην θέσπιση της επίμαχης, υποψήφιας για αναλογική εφαρμογή, διάταξης νόμου. Ακόμη, επομένως, και όταν υφίσταται προδήλως δικαιολογημένο συμφέρον του νυν κυρίου για εκ νέου υπεισέλευση σε μια απαλλαγμένη από ελαττώματα κυριότητα, η αναλογία δεν θα επιτρέπεται αν δεν έχει διακριβωθεί και αξιολογική ομοιότητα της έννομης θέσης του με τις περιπτώσεις που ευθέως καταλαμβάνονται από τον κανόνα της ΑΚ 1041 ή της ΑΚ 1045³⁴. Διαφορετικά, η αναλογία θα οδη-

32 Βλ., κατ' αντιδιαστολήν, την νομοτεχνικά και συστηματικά εύστοχη ένταξη στο βασικό κεφάλαιο περί παραγραφής της διάταξης του άρθρου 272 παρ. 2 ΑΚ, η οποία ανάγει την παραγεγραμμένη απαίτηση σε επαρκές θεμέλιο παρακράτησης της καταβληθείσας παροχής από τον δανειστή.

33 Χαρακτηριστική των δυσκολιών είναι η διττή θεμελίωση από τον *Κολοτούρο* (ό.π., ΧρΙΔ 2021, 250) της απαίτησης του ανακαλέσαντος την δωρεά δωρητή για απόδοση του δωρηθέντος: Η σχετική αξίωση θα γεννάται κυρίως διότι δεν θα έχει συμπληρωθεί η νόμιμη προθεσμία χρησικτησίας λόγω του διαφορετικού υπολογισμού του ωφέλιμου χρόνου νομής· και πάντως διότι η έστω συντελεσθείσα χρησικτησία δεν θα λειτουργεί ως νόμιμη αιτία διατήρησης του πλουτισμού (κυριότητας) εκ μέρους του δωρεοδόχου.

34 Συλλήβδην κατά της αναλογίας σε περίπτωση μεταγενέστερης ανάκλησης της δωρεάς ο

γούσε σε στρέβλωση της *ratio legis*, η οποία δεν επιτρέπεται να μεταλλαχθεί πλήρως υπό το φως των νέων πραγματικών που εντάσσονται δευτερογενώς στο βεληνεκές της επεκτεινόμενης διάταξης.

Επιπλέον, αναλογία θα χωρεί εφόσον τα προτεινόμενα προς ρύθμιση πραγματικά συμβιβάζονται με όλους τους όρους που προβλέπονται στον αναλογικά εφαρμοζόμενο κανόνα δικαίου. Η απάλειψη στοιχείων από τον δεύτερο, έτσι ώστε αυτός να «χωρέσει» πάση θυσία τις νέες περιπτώσεις, δεν συνάδει με την αναλογία, αλλά μπορεί να λάβει χώρα μόνο στο πλαίσιο *extra legem* διάπλασης του δικαίου. Η εν λόγω παρατήρηση αποκτά ιδιαίτερη βαρύτητα ενόψει της παραμέτρου της καλής πίστης του άρθρου 1042 ΑΚ.

β) Τακτική χρησικτησία

Όπως μαρτυρά και το πλέγμα προϋποθέσεων που τάσσονται στα άρθρα 1041-1043 ΑΚ, η τακτική χρησικτησία συνιστά πρωτότυπο τρόπο κτήσης κυριότητας υπαγορευόμενο από σύνθετες νομοθετικές επιδιώξεις. Κατατείνει πρωτίστως στην περιφρούρηση της δικαιολογημένης πεποιθήσης του νομέα ότι έχει αποκτήσει κυριότητα και στην νομική επικύρωση της εκ μέρους του συνεχούς οικονομικής αξιοποίησης του πράγματος³⁵. Αντανακλαστικά επιτυγχάνεται βεβαίως και τόνωση της ασφάλειας και ευρυθμίας των συναλλαγών, δεδομένου ότι οι μεταγενέστερες εκποιήσεις που πραγματοποιούνται από τον χρυσιδεσπόσαντα έχουν αποβάλει το στίγμα της μεταβίβασης από μη κύριο³⁶. Από τις δύο προαναφερθείσες ρυθμιστικές προθέσεις, η υποκειμενικώς προσανατολισμένη (κατοχύρωση όσων εύλογα πιστεύουν ότι έχουν αποκτήσει κυριότητα) αποτυπώνεται στην προϋπόθεση της καλής πίστης που πρέπει να στηρίζεται σε έναν νόμιμο ή νομιζόμενο τίτλο, ενώ η αντικειμενικά προσανατολισμένη (επικύρωση της αδιάλειπτης οικονομικής εκμετάλλευσης του πράγματος) στην άσκηση νομής επί τρία ή δέκα χρόνια.

Αν επιχειρήσουμε να μεταφέρουμε τις προεκτεθείσες *rationes* στην περίπτωση του κτήτορα που ενδέχεται να απολέσει την παράγωγη κυριότητά του, θα διαπιστώσουμε ότι η υπηρετούσα την ιδέα της οικονομικής ανάπτυξης επιταγή για μη διατάραξη του διαιωνισθέντος επί μακρόν καθεστώτος υλικού εξουσιασμού θα συντρέχει άνευ ετέρου και ως προς αυτόν· πολλώ δε μάλ-

Καστήριος, ό.π., ΧρΙΔ 2008, 610.

35 Γεωργιάδης, ό.π., § 44 αρ. 8· Νεζερίτη, Η καλόπιστη κτήση κυριότητας κινητού – Μια συμβολή στη συγκριτική ερμηνεία των διατάξεων για την απόκτηση κινητού από μη κύριο και την τακτική χρησικτησία, ΧρΙΔ 2014, 155. Βλ. και *την ίδια*, Η προστασία της εμπιστοσύνης των καλόπιστων συναλλασσομένων, σ. 79-80, με παράθεση επιχειρημάτων κατά της ένταξης της τακτικής χρησικτησίας στους προστατευτικούς της εμπιστοσύνης θεσμούς.

36 Πρβλ. Γεωργιάδη, *ibidem*· βλ. επίσης Νεζερίτη, ΧρΙΔ 2014, 155. Αντιθέτως, κατά τον Κιτσαρά (ό.π., ΧρΙΔ 2013, 189), ο βασικός σκοπός της τακτικής χρησικτησίας έγκειται στην ασφάλεια των συναλλαγών.

λον καθόσον τουλάχιστον για ορισμένο διάστημα θα έχει χρησιμοποιήσει και καρπωθεί δικαιωματικά το πράγμα ως ειδικός διάδοχος³⁷. Αντιθέτως, σοβαρές δυσκολίες ενέχει ο καθορισμός των ποιοτικών χαρακτηριστικών που θα καταστήσουν άξιο προστασίας τον επισφαλή κύριο προσωπικά, ανεξάρτητα δηλαδή από το γενικό συμφέρον για αδιατάρακτη εκμετάλλευση των αγαθών, έτσι ώστε η έννομη τάξη να του επιτρέψει να παγιώσει την κυριότητά του διά τακτικής χρησικτησίας σε βάρος του δικαιοπαρόχου του. Δυσχέρειες παρουσιάζει ειδικότερα ο προσδιορισμός τόσο του τίτλου χρησικτησίας ενός προσώπου που είναι ήδη φορέας κυριότητας όσο και του περιεχομένου της “καλής πίστης” του.

Ορόσημο θα πρέπει να αποτελέσει η μονομερής ανατροπή (με ενοχική ισχύ) της σύμβασης που συνιστά την αιτία της παράγωγης κτήσης ή η επίκληση του νόμιμου λόγου ανενέργειάς της (βλ. ΑΚ 380). Έκτοτε η δικαιοπρακτική μεταβίβαση θα εξακολουθεί μεν να στηρίζει τυπικά την κτηθείσα κυριότητα, θα έχει όμως εκφυλιστεί σε τέτοιο βαθμό, ώστε να δικαιολογείται η εξομοίωσή της με ελαττωματικό τίτλο για τις ανάγκες της χρησικτησίας (πάντα στο πλαίσιο αναλογίας)³⁸.

Εναπομένει η οριοθέτηση της έννοιας της καλής πίστης του κυρίου. Προφανώς εμποδίζεται να λειτουργήσει ως κριτήριο η χωρίς βαριά αμέλεια πεποίθηση περί ιδίας κυριότητας του άρθρου 1042 ΑΚ. Ο νεμόμενος κύριος, παρά το γεγονός ότι επιγενόμενα εξαλείφθηκε η ενοχική αιτία της ειδικής διαδοχής, διατηρεί παρόλα αυτά το δικαίωμα κυριότητάς του μέχρι την ολοκλήρωση της δικαιοπραξίας αναμεταβίβασής της στον αντισυμβαλλόμενο του με βάση τις διατάξεις για τον αδικαιολόγητο πλουτισμό. Επομένως, μεταβολή αναφορικά με την κυριότητα, που να δύναται θεωρητικά να σηματοδοτήσει απόκλιση μεταξύ της αντικειμενικής πραγματικότητας και της υποκειμενικής πεποίθησης του νομέα αναφορικά με την εμπράγματη έννομη θέση του, δεν λαμβάνει χώρα πριν από το ως άνω σημείο. Εκ των πραγμάτων, συνεπώς, η έννοια της καλής πίστης στο πλαίσιο της χρησικτησίας από ευάλωτο κύριο διαφοροποιείται από τον ορισμό της ΑΚ 1042 και πρέπει να ανανοηματοδοτηθεί ως η χωρίς βαριά αμέλεια σχηματισθείσα εντύπωση ότι θα παραμείνει άθικτη και στο μέλλον η όντως υφιστάμενη κυριότητα του νομέα³⁹.

Αυτονοήτως η κατ’ αυτόν τον τρόπο οριζόμενη καλή πίστη θα τραπεί σε κακή με την ανατροπή της ενοχικής σύμβασης ή ενδεχομένως και προγενέ-

37 Κατά τούτο η έννομη τάξη δεν θα επιδοκιμάζει ακραιφνώς παράνομες καταστάσεις.

38 Για την διάκριση σε νόμιμο και νομιζόμενο τίτλο, που έχει μάλλον περιορισμένη σημασία ενόψει της κυμαινόμενης προϋπόθεσης της καλής πίστης [Κιτσαράς, ό.π., ΧρΙΔ 2012, 642-644], βλ. την διχογνωμία μεταξύ Γεωργιάδη, ό.π., § 44 αρ. 45 επ. και Κιτσαρά, σε Γεωργιάδη ΣΕΑΚ, 1041-1043 αρ. 18 επ.

39 Πρβλ. Κιτσαρά, ό.π., ΧρΙΔ 2012, 645 με αφορμή την ακυρώσιμη δικαιοπραξία.

στερα, εφόσον ο κύριος-χρησιδεσπότης γνωρίζει το ελάττωμά της ή ευρύτερα την θεμελίωση διαπλαστικού δικαιώματος που απειλεί την κυριότητά του⁴⁰. Δεν πρέπει ωστόσο να παραγνωρίζεται ότι καλή πίστη δεν απαιτείται να υπάρχει καθόλη την διάρκεια της τακτικής χρησικτησίας. Σε αντίθεση με τον άρρηκτο δεσμό μεταξύ νόμιμου/νομιζόμενου τίτλου και φυσικού εξουσιασμού, οι οποίοι πρέπει να συμπορεύονται συνεχώς κατά το διάστημα της τριετίας ή δεκαετίας⁴¹, η καλή πίστη αρκεί να συνέτρεχε κατά την απόκτηση της νομής (*mala fides superveniens non nocet* – ΑΚ 1044), ήτοι (στις περιπτώσεις που μας ενδιαφέρουν) κατά την ολοκλήρωση της εκποιητικής δικαιοπραξίας. Αν, λοιπόν, κατά την παράδοση της νομής από τον μεταβιβάζοντα ο κτήτορας εύλογα (χωρίς βαριά αμέλεια) πιστεύει ότι δεν υφίστανται περιστάσεις ικανές να κλονίσουν το άρτι κτηθέν παράγωγα δικαίωμά του, παρόλο που αυτές στην πραγματικότητα έχουν δημιουργηθεί εν αγνοία του, τότε από την στιγμή της μεταγενέστερης (αλλά μη αναδρομικής) εξάλειψης της ενοχικής δικαιοπραξίας, θα αρχίσει να υπολογίζεται υπέρ αυτού ο κρίσιμος χρόνος της τακτικής χρησικτησίας, αφού θα νέμεται πλέον με έρεισμα μετέωρη εκποιητική δικαιοπραξία (οιονεί ελαττωματικός τίτλος), όντας καλόπιστος –υπό την προαναφερθείσα έννοια– κατά την μετάθεση-κτήση της νομής. Το ίδιο θα ισχύει, δηλαδή θα μπορεί να γίνει λόγος για καλόπιστο νομέα με τα προσόντα της τακτικής χρησικτησίας, εφόσον –και από την στιγμή που– τα κλονιστικά της κυριότητας γεγονότα ανακύψουν κατά τρόπο άδηλο κατά την διάρκεια άσκησης της νομής από τον κύριο⁴². Εκείνο που πρέπει να τονισθεί εν κατακλείδι είναι ότι καλή πίστη, που συνιστά *sine qua non* προαπαιτούμενο της τακτικής χρησικτησίας κατά τον ΑΚ, δεν μπορεί να σχηματισθεί αν δεν λανθάνει κάποιο αίτιο δυνητικής κατάλυσης του ενοχικού υποβάθρου της παράγωγης κυριότητας, το οποίο ωστόσο δεν έχει περιέλθει σε γνώση του κτήτορα.

Εύκολα συνάγεται από την ανάπτυξη που προηγήθηκε ότι τελικά το περιθώριο παγίωσης μέσω τακτικής χρησικτησίας της μεταβιβασθείσας μεν απολύτως άρτια, εν συνεχεία όμως γενομένης αχρεώστητης κυριότητας διαγράφεται στενό για δύο λόγους: Πρώτον, διότι συχνά η ευχέρεια αποδέσμευσης του δικαιοπαρόχου από την σύμβαση συναρτάται με την συμπεριφορά του αντισυμβαλλομένου του-δικαιοδόχου (απάτη, απειλή, αχαριστία), με αποτέ-

40 Κιτσαράς, ό.π., ΧρΙΔ 2012, 645 (με αναφορά στην απάτη και την απειλή).

41 Πρβλ. Κιτσαράς, σε Γεωργιάδη ΣΕΑΚ, 1041-1043 (αρ. 9): «Ο χρόνος αρχίζει από την επομένη [...] της ημέρας κατά την οποία συνέπεσε νομή του χρησιδεσπότης και ολοκλήρωση του (νόμιμου ή νομιζόμενου) τίτλου ...».

42 Εν πάση δε περιπτώσει πρέπει να υπενθυμισθεί ότι η στενή συνάρμοση των προϋποθέσεων του τίτλου χρησικτησίας, της καλής πίστης και της άσκησης νομής στο πραγματικό της ΑΚ 1041 αφορά μόνο στο ευθύ πεδίο εφαρμογής της διάταξης, ενώ επί αναλογικής εφαρμογής της στον ήδη κύριο (ως εκ της φύσεως του πράγματος) θα χαλαρώνει.

λεσμα ο τελευταίος να αδυνατεί να επικαλεστεί καλή πίστη του. Δεύτερον, διότι την ανατροπή της ενοχικής δικαιοπραξίας θα ακολουθεί κατά κανόνα άμεσα η έγερση της αγωγής αδικαιολόγητου πλουτισμού⁴³, η οποία, όπως θα εξηγηθεί, θα διακόπτει την χρησικτησία του κτήτορα πρακτικά αμέσως μετά την έναρξή της. Πρόκειται αναμφίβολα για δυσμενέστατη για τα συμφέροντα του νυν κυρίου εκδοχή, που όμως παράλληλα διασφαλίζει ότι δεν θα αλλοιωθούν εκ πλαγίου οι προθεσμίες άσκησης των διαπλαστικών δικαιωμάτων λύσης της σύμβασης, όπου αυτές ορίζονται στον νόμο⁴⁴. Υπό την εδώ υιοθετούμενη προσέγγιση ο ωφέλιμος χρόνος χρησικτησίας θα αρχίζει να υπολογίζεται, μόνο αφότου ο μεταβιβάσας αρχικός κύριος εξωτερικεύσει την βούλησή του να αναστρέψει την επελθούσα εμπράγματη μεταβολή, όπως δικαιούται σύμφωνα με τον νόμο, δυνάμενος έτσι –θεωρητικά τουλάχιστον– να εξαντλήσει απρόσκοπτα την προθεσμία που θέτει η έννομη τάξη ώστε να πραγματώσει την ιδιωτική του αυτονομία προς την ως άνω κατεύθυνση.

Αντιθέτως, η ταύτιση της αφετηρίας του φυσικού εξουσιασμού με τα προσόντα της τακτικής χρησικτησίας με την στοιχειοθέτηση των κρίσιμων συνθηκών που δικαιολογούν την λύση της ενοχικής σύμβασης δεν ματαιώνει ολοσχερώς το αποφευκτέο αξιολογικά ενδεχόμενο να χωρήσει εν τέλει η πρωτότυπη κτήση της κυριότητας υπέρ του δικαιοδόχου προτού εκπνεύσει η νόμιμη προθεσμία διάρρηξης της παράγωγης κτήσης εκ μέρους του δικαιοπαρόχου⁴⁵ (εφόσον φυσικά δεν είναι ακυρώσιμη και η εμπράγματη σύμβαση

43 Ως επί το πλείστον μάλιστα η διαπλαστική αγωγή και η αγωγή αδικαιολόγητου πλουτισμού θα εμπεριέχονται στο ίδιο δικόγραφο.

44 Εύλογες οι σχετικές ενστάσεις του *Καστρήσιου*, ό.π., ΧρΙΔ 2008, 609 και 610, τις οποίες ενστερνίζεται και ο *Κολοτούρος*, ό.π., ΧρΙΔ 2021, 247.

45 *Παράδειγμα*: Ο Α, που είναι εντελώς άπειρος σε συναλλαγές με έργα τέχνης, πωλεί και μεταβιβάζει έναντι ευτελούς τιμήματος στον επίσης ανίδεο φίλο του Β έναν πίνακα που βρίσκεται κρεμασμένος στο σαλόνι της πατρικής οικίας του, την οποία μόλις κληρονόμησε ως μόνος εν ζωή εξ αδιαθέτου κληρονόμος του πατέρα του. Ο πίνακας παραδίδεται υλικά στον Β κατά την τελείωση της εμπράγματης σύμβασης. Αν πέντε χρόνια αργότερα ο Α ανακαλύψει ότι ο πωληθείς πίνακας ήταν έργο μεγάλης αξίας διάσημου Έλληνα ζωγράφου, δεν θα μπορεί πλέον να τον ανακτήσει εξαιτίας της τακτικής χρησικτησίας του Β, αν και θα δύναται να ακυρώσει την πώληση λόγω της όψιμα διαπιστωθείσας ουσιώδους πλάνης του, αφού δεν θα έχει παρέλθει η καταχρηστική εικοσαετής προθεσμία του άρθρου 157 ΑΚ.

Προβληματικός είναι και ο καθορισμός της γνώσης του νόμιμου λόγου κατάλυσης της υποκειμένης ενοχικής δικαιοπραξίας ως αφετηρίας της τακτικής χρησικτησίας. Πέραν του ότι η γνωσιολογική κατάσταση των διαδίκων τυγχάνει εν γένει εξόχως δυσαπώδεκτη, τίθενται και εν προκειμένω ζητήματα σύντμησης προθεσμιών. *Παράδειγμα*: Ο άτεκνος, όπως ο ίδιος νομίζει, εξηντάρης Α δωρίζει, μεταβιβάζει και παραδίδει ένα ακριβό αυτοκίνητο στον ανιψιό του Β. Ένα έτος αργότερα ο Α πληροφορείται ότι έχει αποκτήσει ένα τέκνο εκτός γάμου, τον 18χρονο Γ, λάτρη των πολυτελών και γρήγορων αυτοκινήτων, τον οποίο αναγνωρίζει αμέσως εκουσίως, κοινοποιώντας αυτή την ενέργειά του και στον Β. Δυσκολεύεται όμως να αποφασίσει αν θα ανακαλέσει την δωρεά, δεδομένου ότι αφενός έχει ιδιαίτερη

αυτοτελώς)⁴⁶. Άλλωστε, σε αυτό το στάδιο ο συνδυασμός ενοχικής και εκποι-
ητικής δικαιοπραξίας θα παράγει ακόμη πλήρως ισχύ και κατά τα δύο σκέλη
του, με συνέπεια να μην μπορεί ευχερώς να γίνει λόγος για χωλαίνοντα τίτλο
κτήσης κυριότητας, όπως προϋποθέτουν τα άρθρα 1041 και 1043 ΑΚ, έστω
υπό την προοπτική της αναλογικής εφαρμογής τους.

γ) Έκτακτη χρησικτησία

Η τοποθέτηση της έναρξης υπολογισμού του ωφέλιμου χρόνου νομής στην
με οποιονδήποτε τρόπο έκλειψη ή αποδυνάμωση της ενοχικής δικαιοπραξίας
(σε εκτέλεση της οποίας έχει μεταβιβασθεί η κυριότητα στον τακτικώς χρη-
σιδεσπόζοντα-κύριο) προϋποθέτει ότι αντίστοιχη λύση πρέπει να δοθεί και στο
πλαίσιο της έκτακτης χρησικτησίας χάριν της διαφύλαξης της εσωτερικής συ-
νοχής του υποσυστήματος των άρθρων 1041 επ. ΑΚ⁴⁷. Η ορθότητα επιλογής
του ως άνω εναρκτήριου σημείου της εικοσαετούς προθεσμίας της ΑΚ 1045
επιβεβαιώνεται περαιτέρω και τελολογικά, όταν εξετάζεται υπό ποιες συνθή-
κες ο μετακλητός κύριος και προσωρινά δικαιωματικός νομέας πρέπει να εξι-
σώνεται με τον μη κύριο, εξ αρχής επιλήψιμο νομέα.

Όπως γίνεται ομόφωνα δεκτό, η έκτακτη χρησικτησία αποτελεί λειτουρ-
γικά την απαραίτητη δικαιοκτητική όψη της παραγραφής της διεκδικητικής
αγωγής (ακριβέστερα: της εμπράγματης αξίωσης διεκδίκησης του πράγμα-
τος), η οποία συμπληρώνεται είκοσι χρόνια μετά την αποβολή του κυρίου από
την νομή. Χωρίς την παράλληλη αναγνώριση του εκτάκτως χρησιδεσπόσα-
ντος ως κυρίου *erga omnes*, ο τελευταίος θα μπορούσε μεν να αποκρούσει
τις παραγραφείσες εμπράγματα αξιώσεις του αρχικού κυρίου, θα εμποδιζό-

αδυναμία στον Β, αφετέρου θέλει να εκτιμήσει την συμπεριφορά του Γ απέναντί του. Πα-
ρόλα αυτά ο Α θα κωλύεται εκ των πραγμάτων να εξαντλήσει την εναπομείνασα τετραετή
προθεσμία που του παρέχει το άρθρο 508 ΑΚ, διότι σε τρία χρόνια από την γνώση του
“ελαττώματος” της δωρεάς από τον Β ο τελευταίος θα αποκτήσει κυριότητα και με τακτική
χρησικτησία επί του δωρηθέντος αυτοκινήτου.

46 Πρβλ. συναφώς Χριστοδούλου, στον ΑΚ Γεωργιάδη/Σταθόπουλου², Εισαγ. Παρατηρήσεις
στα άρθρα 140-157 αρ. 87, σύμφωνα με τον οποίο η ουσιώδης πλάνη περί την υποσχετική
δικαιοπραξία ισοδυναμεί κατ’ αρχήν με πλάνη περί τα παραγωγικά αίτια της ανατιμώντος
εκποιητικής, αποκλείουσα την ακύρωση της δεύτερης· μάλλον διαφωνεί ο *Ανγουστιανάκης*,
στον ΑΚ Γεωργιάδη/Σταθόπουλου², άρθρο 184 αρ. 6.

47 Θα πρέπει να σημειωθεί ότι η πιθανότητα άδικης βράχυνσης προθεσμιών σε βάρος του δι-
καιούχου διαπλαστικού δικαιώματος, αν ήθελε προκριθεί διαφορετική ερμηνευτική εκδοχή,
απομακρύνεται επί έκτακτης χρησικτησίας. Επειδή κατά νόμον απαιτείται ιδιαίτερος μακρύ
διάστημα συνεχιζόμενης άσκησης νομής, προκειμένου να αποκτηθεί εν τέλει η κυριότητα
από τον παράνομο νομέα, ακόμη και αν γίνει δεκτό ότι αυτή αρχίζει από ένα απώτερο χρο-
νικά σημείο, όπως η εμφάνιση του λόγου ανατροπής της ενοχικής δέσμευσης, συνήθως θα
υπολείπεται ικανός χρόνος αντίδρασης του επιδιώκοντος την ανάκτηση της κυριότητας
προσώπου προτού συμπληρωθεί η εικοσαετία.

ταν όμως να κατοχυρωθεί απέναντι τις προσβολές τρίτων, δεδομένου ότι δεν νομιμοποιείται ενεργητικά να εγείρει ούτε την πουβλικιανή αγωγή (βλ. ΑΚ 1112), περιοριζόμενος έτσι στην ασθενέστερη προστασία της νομής. Αν μάλιστα δεν κατόρθωνε να ανακτήσει την νομή από τον τρίτο προσβολέα, το πράγμα θα επέστρεφε εν τέλει στον αρχικό κύριο, μιας και η μεταβολή του προσώπου του επιλήψιμου νομέα αναγεννά υπέρ του κυρίου νέες εμπράγματα αποκαταστατικές αξιώσεις, με διαφορετικό αποδέκτη και φυσικά υποκείμενες σε αυτοτελή –μήπω συμπληρωθείσα– παραγραφή. Την άδικη και άτοπη αυτή έκβαση έρχεται να αποτρέψει ο θεσμός της έκτακτης χρησικτησίας, ο οποίος υπηρετεί (και) την ειρήνευση των εννόμων σχέσεων μεταξύ των κοινών και την ασφάλεια δικαίου⁴⁸.

Η συστηματική και τελολογική συνάφεια μεταξύ παραγραφής και έκτακτης χρησικτησίας⁴⁹, η οποία αποτυπώνεται σε πλήθος διατάξεων⁵⁰, επιδρά και στην εκκίνηση της έκτακτης χρησικτησίας. Αν, δηλαδή, η *ex lege* ίδρυση πρωτότυπης και κατά τούτο ακλόνητης κυριότητας υπέρ τρίτου εκληφθεί εύλογα ως η επισφράγιση της “τιμώρησης” που επιφυλάσσει η έννομη τάξη στον αρχικό κύριο για την αδράνεια που επέδειξε τούτος αναφορικά με την προάσπιση των συμφερόντων του⁵¹, συνάγεται ότι τέτοια αποδοκιμαζόμενη οκνηρία συντρέπει εφόσον πράγματι υφίστατο περιθώριο ενέργειας. Τούτο υποδηλώνει άλλωστε και η συνάρτηση της έναρξης της παραγραφής κατά την ΑΚ 251 με την γέννηση και την δυνατότητα δικαστικής επιδίωξης της οικείας ενοχικής απαίτησης. Στην εδώ ερευνώμενη περίπτωση του πρώην κυρίου-δικαιοπαρόχου του χρησιδεσπόζοντος, ο οποίος με νόμιμο τρόπο αποδεσμεύτηκε από την ενοχική δικαιοπραξία που οδήγησε στην απώλεια της κυριότητάς του, κρίσιμη είναι η αδράνεια ως προς την προβολή της δευτερογενούς αξίωσης αδικαιολόγητου πλουτισμού, ενώ η σε εύθετο χρόνο μονομερής κατάργηση της ενοχής θα διασφαλίζεται μέσω της νομοθετικής πρόβλεψης σύντομης σχετικής αποσβεστικής προθεσμίας· η άκαρπη παρέλευσή της θα σημάνει αυτοδικαίη έκπτωση από το οικείο διαπλαστικό δικαίωμα, με συνέπεια να μην δημιουργείται καν

48 Για την προεκτεθείσα λειτουργία και γενικότερα τους σκοπούς της έκτακτης χρησικτησίας βλ. Γεωργιάδη, Εμπράγματο Δίκαιο, ό.π., § 45 αρ. 1-5.

49 Εκτενώς επ’ αυτής, Κίτσαράς, Η ατελής κυριότητα, σ. 87 επ.

50 Βλ. Κίτσαράς, ό.π., σ. 88-89.

51 Πρβλ. και Κολοτούρο, ό.π., ΧρΙΔ 2021, 243. Η κυριότητα του αρχική κυρίου θα αποσβεστεί μοιραία, αφού διπλή πλήρης κυριότητα επί του ίδιου πράγματος με διαφορετικά υποκείμενα δεν νοείται λόγω της καθολικότητας του δικαιώματος. Προφανώς αποδίδοντας βαρύτητα στην εν λόγω αυτόθροη διαγραφή της παλαιάς κυριότητας λόγω θεμελίωσης νέας εκ του νόμου, έννομη συνέπεια που μάλιστα –ως αυτονόητη– δεν μνημονεύεται πουθενά στον νόμο, ο Κίτσαράς, Η ατελής κυριότητα, σ. 52 και υποσ. 39, αντιλαμβάνεται την απώλεια της κυριότητας ως αναγκαία παράπλευρη συνέπεια της κτητικής παραγραφής και όχι ως αυτοτελώς επιβαλλόμενη κύρωση σε βάρος του αρχικού κυρίου.

κατάσταση εκκαθάρισης. Η λήψη, επομένως, μέτρων έμμεσης επανόδου στο προΐσχύσαν εμπράγματο καθεστώς καθίσταται νομικά εφικτή το πρώτον μετά την κατάρριψη του ενοχικού υποστρώματος της ειδικής διαδοχής εκ μέρους του εκποιήσαντος, καθόσον προγενέστερα θα επιβιώνει η αιτία της εκούσιας αποξένωσής του από την κυριότητα. Μόνο εφόσον ο διαρρήξας τον ενοχικό δεσμό παραμελήσει ακολούθως να επιδιώξει την ανάκτηση του εμπράγματος δικαιώματός του διά της ενοχικής οδού, η έννομη τάξη επιτρέπεται να το προσπορίσει οριστικά στον δικαιοδόχο του μέσω της έκτακτης χρησικτησίας. Υπό το φως, συνεπώς, των αλληλοσυμπληρούμενων αξιολογικά δύο όψεων της παραγραφής (κτητικής και αποσβεστικής), η εικοσαετής άσκηση νομής (και) στην έκτακτη χρησικτησία θα αρχίζει να υπολογίζεται από την ανατροπή της ενοχικής σύμβασης-βάσης της παράγωγης κτήσης, οπότε θα θεμελιώνεται υπέρ του παλαιού κυρίου και θα είναι δικαστικά επιδιώξιμη η *condictio rei* κατά το άρθρο 904 ΑΚ. Πριν από το εν λόγω σημείο αβελτερία του δικαιοπαρόχου δεν διαπιστώνεται, ούτε βεβαίως η εξαιτίας αυτής επιβολή επαχθών έννομων συνεπειών συγχωρείται (*impossibillum nulla obligation est*)⁵².

δ) Η προσαρμογή των διατάξεων για την διαδρομή και την προσαύξηση του χρόνου χρησικτησίας

Ολόκληρο το υποσύστημα των ΑΚ 1041 επ. έχει οικοδομηθεί με ρυθμιστικό άξονα τον τρίτο μη κύριο νομέα· ως εκ τούτου η επέκτασή του διά αναλογίας και στον εκ παράγωγης κτήσης “εύθραυστο” κύριο θα επηρεάζει και τους λοιπούς κανόνες του, πέραν εκείνων που εμπεριέχουν το πραγματικό της τακτικής και έκτακτης χρησικτησίας. Η απόπειρα λεπτομερούς αναμόρφωσης όλων των συναφών διατάξεων⁵³ υπερβαίνει τον ορίζοντα της παρούσας μελέτης, γι’ αυτό θα αρκεστούμε στην ακροθιγή καταγραφή ορισμένων βασικών προσαρμογών, κυρίως αναφορικά με τον υπολογισμό και την ροή του χρόνου της χρησικτησίας (ΑΚ 1047-1052). Πιο συγκεκριμένα:

1) ΑΚ 1047: Η αυτούσια επίκληση της διάταξης, που προϋποθέτει την δυνατότητα έγερσης διεκδικητικής αγωγής του αποβληθέντος παράνομα και ακούσια κυρίου κατά του μη κυρίου χρησιδεσπόζοντος, προφανώς αποκλείεται. Από την στιγμή, εξάλλου, που ο ωφέλιμος χρόνος χρησικτησίας θα αρχίζει ούτως ή άλλως να υπολογίζεται από σημείο μεταγενέστερο της

52 Βλ. και τις επισημάνσεις του Κολοτούρου, ό.π., ΧρΙΔ 2021, 249.

53 Γεννώνται λ.χ. ερωτήματα σχετικά με την έκταση και τους όρους εφαρμογής του άρθρου 1053 ΑΚ για την χρησικτησία ελευθέρωσης. Αντιθέτως, ευχερώς προκύπτει ότι ο κύριος-τακτικώς χρησιδεσπόζων θα απολαύει έναντι τρίτων προσβολών και της προστασίας της πουβλικιανής αγωγής, όπως εξάλλου και οποιοσδήποτε κύριος ακινήτου επιθυμεί να αντιπαρέλθει την *probatio diabolica* της κτήσης κυριότητας με παράγωγο τρόπο (Γεωργιάδης, ό.π., § 64 αρ. 1).

παράδοσης της νομής, η προβλεπόμενη στην ΑΚ 1047 αναστολή χρησικτησίας θα στερείται εν πολλοίς της σημασίας της. Επιπλέον δε, οι αξιολογήσεις που εμφορούν την διάταξη έχουν ήδη κατ' ουσίαν συνεκτιμηθεί κατά την σκιαγράφηση του τύπου του κυρίου-χρησιδεσπόζοντος που επιχειρήθηκε παραπάνω.

- 2) ΑΚ 1048: Η απώλεια της νομής, εφόσον λάβει χώρα μετά την έναρξη της ιδιάζουσας χρησικτησίας του κυρίου, αλλά όχι κατά το πρότερο διάστημα που αυτός θα νέμεται το πράγμα δυνάμει της “τέλειας” παράγωγης κυριότητας, θα σημάνει το τέλος της τακτικής ή της έκτακτης χρησικτησίας του.
- 3) ΑΚ 1049-1050: Αντί της διεκδικητικής αγωγής, την οποία δεν δικαιούται ο μεταβιβάσας και μήπω ανακτήσας την κυριότητα να στρέψει κατά του κυρίου χρησιδεσπόζοντος, διακοπή της χρησικτησίας θα επιφέρει η έγερση της αγωγής του αδικαιολόγητου πλουτισμού ή οποιαδήποτε άλλη ενοχική αγωγή κατατείνει στην έμμεση αναμεταβίβαση της κυριότητας (π.χ. αγωγή λόγω αδικοπραξίας ή διοίκησης αλλοτρίων). Τα εδ. β'-γ' του άρθρου 1049 ΑΚ και το άρθρο 1050 ΑΚ θα εφαρμόζονται κατά τα λοιπά αυτούσια.
- 4) ΑΚ 1051-1052: Ζήτημα κτήσης της πλασματικής νομής –αλλά όχι ταυτόχρονα και του φυσικού εξουσιασμού– βάσει καθολικής διαδοχής εξ ορισμού δεν θα ανακύπτει στα επίμαχα πραγματικά, που αφορούν στην χρησικτησία εκ μέρους του ειδικού διαδόχου-κυρίου. Η δε προσαύξηση χρόνου αντιτάσσεται έναντι τρίτων που διεκδικούν την κυριότητα, όχι όμως κατά του ίδιου του δικαιοπαρόχου του χρησιδεσπόζοντος⁵⁴ (επιχείρημα και από το άρθρο 1052 ΑΚ). Επομένως οι ΑΚ 1051 και 1052 δεν θα τυγχάνουν εφαρμογής.

III. Αντί επιλόγου: Η χρησικτησία ως νόμιμη αίτια διατήρησης του πλουτισμού

Έχει ήδη υπογραμμισθεί παραπάνω ότι η κρίση περί πλήρωσης ή μη του λευκού όρου της «νόμιμης αιτίας» στην ΑΚ 904, όταν ο νόμος σιωπά, όπως επί χρησικτησίας, είναι κρίση τελολογική, απορρέουσα από την επαγωγική θεώρηση των επιμέρους διατάξεων του ιδιωτικού δικαίου και των σταθμίσεων που αυτές εκφράζουν.

Ως προς μεν την έκτακτη χρησικτησία, θεωρία και νομολογία ομονοούν ότι αυτή σηματοδοτεί την αμετάκλητη επαύξηση της περιουσίας του χρησιδεσπόζοντος, η οποία δεν υπόκειται πλέον σε παράκαμψη με οποιοδήποτε μέσο, ενοχικό ή εμπράγματο⁵⁵. Η αναγωγή της έκτακτης χρησικτησίας σε ακατάρριπτη

54 Κιτσαράς, σε Γεωργιάδη ΣΕΑΚ, 1051 αρ. 6· ΑΠ 1033/2003 ΧρΙΔ 2003, 237· ΑΠ 622/2001 ΕλλΔνη 2002, 1431.

55 Βλ. (χωρίς διάκριση μεταξύ τακτικής και έκτακτης χρησικτησίας) ΑΠ 1361/2007 ΧρΙΔ

ασπίδα της εμπράγματης μεταβολής που έλαβε χώρα υπέρ του χρησιδεσπόσαντος υπαγορεύεται προεχόντως από τον διττό σκοπό της. Τόσο η επιδιωκόμενη με την πάροδο είκοσι ετών οριστική άρση των εκκρεμοτήτων σχετικά με τις υφιστάμενες εμπράγματα έννομες σχέσεις όσο και η αποδοτική οικονομική αξιοποίηση του αντικειμένου της χρησικτησίας θα υπονομεύονταν αν η εκ του νόμου αναγνωρισθείσα κυριότητα αναιρείτο ακολούθως εκ πλαγίου επειδή συνεπάγεται την άδικη βελτίωση της περιουσίας του νέου κυρίου. Επειδή δε στην πλειονότητα των περιπτώσεων η κτητική παραγραφή θα συμβαδίζει με την ομαλή συμπλήρωση και της αποσβεστικής παραγραφής των εμπράγματων και ενοχικών αποκαταστατικών αξιώσεων που διαθέτει ο κύριος, θέμα σύγκρουσης θεσμών, ιδίως μεταξύ έκτακτης χρησικτησίας και αδικαιολόγητου πλουτισμού, κατά κανόνα δεν θα δημιουργείται⁵⁶. Όταν κατ' εξαίρεση η αξίωση αδικαιολόγητου πλουτισμού με στόχο την επανένταξη της κυριότητας στην περιουσία του εκποιήσαντος δεν έχει ακόμη υποκύψει σε παραγραφή κατά τον χρόνο ολοκλήρωσης της έκτακτης χρησικτησίας, η αναγκαία εναρμόνιση επιτυγχάνεται με τον κατάλληλο αναπροσδιορισμό του χρόνου έναρξης της δεύτερης, όπως καταδείχθηκε ανωτέρω, στο πλαίσιο αναλογίας.

Αντιθέτως, ζωρή έριδα έχει αναπτυχθεί αναφορικά με την λειτουργία της τακτικής χρησικτησίας ως νόμιμης αιτίας πλουτισμού⁵⁷. Σ' αυτό συντείνει αφενός η έλλειψη οργανικής συνάφειας της τακτικής χρησικτησίας με την γενική παραγραφή, που θα επέτασσε την λειτουργική ευθυγράμμιση των εννόμων αποτελεσμάτων τους· αφετέρου η διαφωνία αναφορικά με την κυρίαρχη υπερκείμενη δικαιική αρχή την οποία υπηρετεί η τακτική χρησικτησία, ώστε να ελεγχθεί εν συνεχεία αν η εν λόγω αρχή δικαιολογεί, πέρα από την ίδρυση του εμπράγματος δικαιώματος της κυριότητας, και την μόνιμη ενσωμάτωση αυτού στην περιουσία του χρησιδεσπόσαντος.

2008, 607 με παρατηρήσεις Καστρήσιου· ΑΠ 515/2020 ΧρΙΔ 2020, 748 με παρατηρήσεις Γεωργιάκη. Επίσης βλ. Μπαλή, Εμπράγματον Δίκαιον, 4η έκδ. 1961, § 72 σ. 183· Γεωργιάδη, Εμπράγματο Δίκαιο, ό.π., § 44 αρ. 100· Σταθόπουλο, Γενικό Ενοχικό Δίκαιο⁵, ό.π., § 16 αρ. 61· Κιτσαράς, ΧρΙΔ 2013, 192· τον ίδιο, σε Γεωργιάδη ΣΕΑΚ, Εισαγ. Παρατηρήσεις στα άρθρα 1041-1055 ΑΚ αρ. 8· Βαλτούδη, σε Γεωργιάδη ΣΕΑΚ, 904 αρ. 41· Κορνηλάκη, Ειδικό Ενοχικό Δίκαιο Ι, 2η έκδ. 2012, σ. 414-415· Φίλιο, Ειδικό Ενοχικό Δίκαιο ΙΙ, 7η έκδ. 2011, § 151 α.

56 Κιτσαράς, ό.π., ΧρΙΔ 2013, 192.

57 Θετικοί (αν και ορισμένοι με γενικόλογη αναφορά στην χρησικτησία, άνευ εξειδικεύσεων) οι Μπαλής, ό.π., § 72 σ. 183· Γεωργιάδης, Εμπράγματο Δίκαιο, ό.π., § 44 αρ. 100· Σταθόπουλος, Γενικό Ενοχικό Δίκαιο⁵, ό.π., § 16 αρ. 61 και υποσ. 71 (μην παραγνωρίζοντας ωστόσο και την πειθώ των επιχειρημάτων της αντίθετης γνώμης)· Βαλτούδης, σε Γεωργιάδη ΣΕΑΚ, 904 αρ. 41· Κορνηλάκης, ό.π., σ. 414-415· Φίλιος, ό.π., § 151 α Α· σθεναρά αρνητικός ο Κιτσαράς, Η ατελής κυριότητα, σ. 238 επ· ο ίδιος, ό.π., ΧρΙΔ 2013, 192-193 (με περαιτέρω παραπομπές στην παλιότερη κυρίως βιβλιογραφία στην υποσ. 51)· με αυτόν συντάσσεται και ο Κολοτούρος, ό.π., ΧρΙΔ 2021, 243-244. Από την νομολογία βλ. τις αποφάσεις που μνημονεύονται παραπάνω (υποσ. 55).

Η άποψη της γράφουσας ότι η τακτική χρησικτησία αποκλείει την αξίωση εκ των άρθρων 904 επ. έχει αναλυθεί σε άλλο σημείο και δεν θα αναπαραχθεί εκ νέου με αφορμή την παρούσα μελέτη⁵⁸. Προς επίρρωσή της θα μπορούσαν να προστεθούν και οι ακόλουθες σκέψεις:

Δοθέντος ότι η αξίωση αδικαιολόγητου διαμορφώνεται κατ' αρχήν στον Αστικό μας Κώδικα ως αξίωση εκπληρωτέα σε είδος (αποδοτέα είναι, δηλαδή, αυτούσια η ωφέλεια του πλουτίσαντος, εφόσον βεβαίως αυτή διαθέτει υλική υπόσταση), όταν ο νομοθέτης κρίνει σκόπιμο να εγκαταλείψει το εν λόγω πρότυπο, προκειμένου να προαγάγει ή να μην θίξει άλλες αρχές, όπως η αρχή της οικονομικής ενότητας του πράγματος (ΑΚ 1063)⁵⁹ ή η ασφάλεια δικαίου (άρθρ. 7 ν. 2664/1998)⁶⁰, τότε είτε διασκευάζει ειδική χρηματική απαίτηση, με μήτρα όμως τον αδικαιολόγητο πλουτισμό (βλ. π.χ. ΑΚ 1400), είτε εμμένει στην κλασική αξίωση των ΑΚ 904 επ., προβλέποντας ωστόσο ότι ο λήπτης υποχρεούται κατ' εξαίρεση να καταβάλει, αντί του πλουτισμού καθεαυτόν, την αξία του⁶¹. Φροντίζει, πάντως, να θεσπίσει ρητά στις περιπτώσεις αυτές την απαίτηση αδικαιολόγητου πλουτισμού, ώστε να διαλυθούν οποιεσδήποτε αμφιβολίες περί της θεμελίωσής της αλλά και του περιεχομένου της⁶². Με βάση τα προλεχθέντα, η απουσία ειδικής αποκλίνουσας ρύθμισης περί αδικαιολόγητου πλουτισμού στα άρθρα 1041 επ. ΑΚ ενδεικνύει πως, αν ήθελε γίνει δεκτό ότι σχετική αξίωση μπορεί να γεννηθεί, τούτη θα υπακούει στον κανόνα της *in natura* ικανοποίησης του δότη με βάση τις γενικές διατάξεις· επομένως, ο χρησιδεσπόσας, συντρεχουσών των προϋποθέσεων της ΑΚ 904 ή της ΑΚ 913, θα οφείλει να αποδώσει το ίδιο το αντικείμενο του εμπράγματος δικαιωμάτος του, όπως αντιστοίχως υποστηρίζεται και επί καλόπιστης κτήσης κυριότητας κινητού από μη κύριο που βασίζεται σε χαριστική αιτία (ΑΚ 913)⁶³.

58 Βλ. Νεζερίτη, ό.π., ΧρΙΔ 2014, 152 επ., με επίκεντρο την αντιπαραβολή της κτήσης κυριότητας παρά μη κυρίου προς την τακτική χρησικτησία και την ανάδειξη των μεταξύ τους διαφορών.

59 Γι' αυτήν, αντί άλλων, βλ. *ad hoc* Χριστακάκου-Φωτιάδη, Το αντικείμενο των εμπράγματος δικαιωμάτων κατά τον Α.Κ., *passim*.

60 Βλ. αντί πολλών, Δωρή, Βασικές επιλογές νομοθετικής πολιτικής στο σχέδιο νόμου για το Εθνικό Κτηματολόγιο, σε: Το Κτηματολόγιο, Πρακτικά 3ου Πανελληνίου συνεδρίου Ένωσης Αστικολόγων, 2001, σ. 36-37· Τσολακίδη, Το αμάχητο τεκμήριο ακρίβειας των πρώτων εγγραφών στο Εθνικό Κτηματολόγιο, ΧρΙΔ 2012, 10-11.

61 Πρβλ. Κιτσαρά, ό.π., ΧρΙΔ 2013, 192.

62 Βλ. *expressis verbis* άρθρο 7 παρ. 2 εδ. γ' του ν. 2664/1998: «Αντικείμενο της αξίωσης αυτής είναι η κατά το χρόνο της δημιουργίας του αμάχητου τεκμηρίου χρηματική αξία του ακινήτου στο οποίο αφορά (ολικά ή μερικά) η ανακριβής εγγραφή». Στην περίπτωση της ΑΚ 1063 η διαμόρφωση της ενοχής αδικαιολόγητου πλουτισμού ως ενοχής αξίας συνάγεται από την απαγόρευση επαναφοράς στην προηγούμενη κατάσταση του εδ. β' (Γεωργιάδης, Εμπράγματο Δίκαιο, ό.π., § 51 αρ. 29· Χριστακάκου-Φωτιάδη, ό.π., αρ. 136).

63 Γεωργιάδης, Εμπράγματο Δίκαιο, ό.π., § 50 αρ. 36 υποσ. 48· Κιτσαράς, σε Γεωργιάδη ΣΕΑΚ,

Αν όμως έτσι έχουν τα πράγματα, αυτομάτως αναιρείται μία από τις βασικές στοχεύσεις της τακτικής χρησικτησίας⁶⁴: η ενθάρρυνση και επιβράβευση της αδιατάρακτης επί μακρόν οικονομικής εκμετάλλευσης του πράγματος από τον νομέα, το οποίο τελικώς θα του αφαιρείται.

Περαιτέρω, δεν πρέπει να λησμονείται ότι χρησικτησία χωρεί τόσο επί κινητών όσο και επί ακινήτων. Παράλληλα όμως η απαίτηση αδικαιολόγητου πλουτισμού ως αντιστάθμισμα για την τυχόν άδικη κτήση εμπράγματος δικαιώματος, εν προκειμένω εξαιτίας της έλλειψης οποιασδήποτε περιουσιακής θυσίας εκ μέρους του καλόπιστου χρησιδεσπόζοντος, προσιδιάζει μόνο στα κινητά εξαιτίας του αφηρημένου χαρακτήρα της εμπράγματος δικαιοπραξίας της ΑΚ 1034, ο οποίος εμποδίζει την αναδρομή στην συμβατική αιτία της μεταβίβασης και στις τυχόν ατέλειες ή την χαριστική φύση αυτής. Στον αντίποδα, στα ακίνητα η απαξίωση της χαριστικής αιτίας, όταν βεβαίως τέτοια ανιχνεύεται πράγματι στις σταθμίσεις του νομοθέτη (συμπέρασμα διόλου αυτονόητο επί της τακτικής χρησικτησίας, που προϋποθέτει την επί μακρόν άσκηση νομής εκ μέρους του έστω άνευ ανταλλάγματος αποκτώντος⁶⁵), επιδρά στην ίδια την αιτιώδη εκπονητική σύμβαση, ματαιώνοντάς την εξ αρχής, όπως μαρτυρά η γενική ρήτρα της καλόπιστης κτήσης κυριότητας ακινήτου του άρθρου 13 παρ. 3 εδ. β' του ν. 2664/1998. Αν τασσόμασταν, λοιπόν, υπέρ της αξίωσης αδικαιολόγητου πλουτισμού του αρχικού κυρίου κατά του χρησιδεσπόσαντος, αυτή θα έπρεπε να περιορισθεί στα κινητά, ενώ στα ακίνητα η παροχή ανταλλάγματος θα έπρεπε να τεθεί ως αναβλητικός όρος για την στοιχειοθέτηση του νόμιμου ή νομιζόμενου τίτλου, ώστε να μην επέλθει καν κτήση κυριότητας επί χαριστικής αιτίας⁶⁶. Τέτοιος όμως, επιβαλλόμενος συστηματικά, δυϊσμός δεν απαντά στο υποσύστημα των ΑΚ 1041 επ., χαρακτηριστικό που συνηγορεί υπέρ του ολοκληρωτικού εξοβελισμού της αξίωσης αδικαιολόγητου πλουτισμού από το οπλοστάσιο κατά του χρησιδεσπόσαντος⁶⁷.

1036-1037 αρ. 18· εκτενώς Νικολάου, Κτήση κυριότητας κινητού από καλόπιστο συναλλασσόμενο, σ. 227 επ.

64 Τούτο αμφισβητεί ο Κιτσαράς, ό.π., ΧρΙΔ 2013, 189.

65 Βλ. Βαλτούδη, σε Γεωργιάδη ΣΕΑΚ, 904 αρ. 41.

66 Πρβλ. την εξάρτηση της ύπαρξης νομιζόμενου (ΑΚ 1043 § 2) και *a fortiori* και νόμιμου τίτλου από την μεταγραφή (Γεωργιάδης, Εμπράγματο Δίκαιο, ό.π., § 44 αρ. 49· Κιτσαράς, σε Γεωργιάδη ΣΕΑΚ, 1041-1043 αρ. 19).

67 Άλλο το ζήτημα αν ο αρχικός δικαιούχος μπορεί να στραφεί (υπό την ιδιότητα του δότη πλουτισμού) κατά τρίτων προσώπων που εμπλέκονται στην ίδια αλυσίδα περιουσιακών μετακινήσεων που κατέληξε στην κτήση κυριότητας από τον τρωτό παράγωγο κύριο-χρησιδεσπόσαντα (βλ. το παράδειγμα του Κιτσαρά, ό.π., ΧρΙΔ 2013, 192 in fine – 193).

Ο νέος ευρωπαϊκός Κανονισμός 2020/1784 για τις διασυνοριακές επιδόσεις

Νικόλαος Θ. Νίκας

Ομ. Καθηγητής Νομικής Σχολής Α.Π.Θ.

Ι. Προλεγόμενα

Χρηστή διεξαγωγή της δίκης δεν νοείται χωρίς ένα ενιαίο, αξιόπιστο, γρήγορο και αποτελεσματικό σύστημα ανταλλαγής των διαμειβόμενων μεταξύ των παραγόντων της δικογράφων.

Αρχικά, το ζήτημα των επιδόσεων στον κοινοτικό χώρο ρυθμιζόταν από την πολυμερή Σύμβαση της Χάγης του 1965, που εξακολουθεί να ισχύει σήμερα ως προς τις επιδόσεις μεταξύ των συμβαλλόμενων στη Σύμβαση αυτή μελών, που δεν ανήκουν στην Ευρωπαϊκή Ένωση. Η Σύμβαση της Χάγης καθιερώνει μία πολύπλοκη, δυσκίνητη και χρονοβόρα διαδικασία, ανίκανη να ανταποκριθεί στις υψηλές απαιτήσεις μιας Ευρώπης, που φιλοδοξεί να μετεξελιχθεί σε ενιαίο σύστημα έννομης προστασίας¹. Οι προσπάθειες για ενιαία συμβατική ρύθμιση των επιδόσεων στον κοινοτικό χώρο είχαν προχωρήσει αρκετά, όταν η Συνθήκη του Άμστερνταμ (1997/1999) μετέφερε τη «δικαστική συνεργασία στις αστικές υποθέσεις» στον πρώτο κοινοτικό πυλώνα (τίτλος IV ΣυνθΕΚ). Στο εξής τα θέματα εκείνα έπαυσαν πλέον να ρυθμίζονται σε διακυβερνητικό επίπεδο συνεργασίας μέσω διεθνών συμβάσεων, αλλά μέσω πράξεων του δευτερογενούς κοινοτικού δικαίου, δηλαδή μέσω Κανονισμών, Οδηγιών κλπ, που προέρχονται απευθείας από τα όργανα της Ευρωπαϊκής Ενώσεως. Καθώς η προεργασία ήταν έτοιμη, η ενοποίηση του δικαίου των επιδόσεων απέκτησε σάρκα και οστά με τον Κανονισμό 1348/2000 «Περί επιδόσεως και κοινοποίησεως στα κράτη μέλη δικαστικών και εξωδίκων πράξεων σε αστικές και εμπορικές υποθέσεις». Πρότυπο του Κανονισμού αυτού υπήρξε η Σύμβαση της Χάγης του 1965², έγιναν ωστόσο και σημαντικά βήματα προς την κατεύθυνση της επιταχύνσεως και της ευελιξίας των επιδόσεων, ενώ έμφαση δόθηκε και σε ρυθμίσεις που προάγουν την ιδέα ενός ενιαίου δικαιοκτικού χώρου. Η ζωή του Κανονισμού 1348/2000 δεν έμελλε να διαρκέσει. Αντικαταστάθηκε γρήγορα από τον ομότιτλο Κανονισμό 1393/2007, ο οποίος επέφερε σημαντικές απλοποιήσεις και βελτιώσεις. Οι επιδόσεις του Κανονισμού

1 Βλ. και Αρβανιτάκη, Αρμ 2001.1729 επ (1730/1731)

2 Βλ. Αρβανιτάκη, Αρμ 2001.1731/1732 · τον ίδιο, ΧρΙΔ 2003.962 Ι

αυτού κρίθηκαν μεν ικανοποιητικές, διαπιστώθηκε ωστόσο, ότι η διαδικασία των επιδόσεων μέσω των υπηρεσιών διαβίβασης υστερούσε, με συνέπεια τη συχνή αδυναμία τηρήσεως των σχετικών προθεσμιών³. Κυρίως όμως κατηγορήθηκε ο Κανονισμός 1393/2007 ότι δεν αξιοποιούσε τις σύγχρονες τεχνολογικές προκλήσεις. Μοιραία αντικαταστάθηκε από τον Κανονισμό 2020/1784 της 25ης Νοεμβρίου 2020 «Περί επιδόσεως και κοινοποιήσεως στα κράτη μέλη δικαστικών και εξώδικων πράξεων σε αστικές ή εμπορικές υποθέσεις» («επίδοση ή κοινοποίηση πράξεων»· ΕΕ 2020, L 405 σ.40), του οποίου η έναρξη εφαρμογής ορίστηκε για την 1η Ιουλίου 2022. Με στόχο τη βελτίωση της αποδοτικότητας και της ταχύτητας των υφιστάμενων μεθόδων διαβίβασης⁴, αλλά και την κατοχύρωση υψηλού επιπέδου ασφάλειας και προστασίας των διαβιβαζόμενων πληροφοριών⁵ προωθούνται κυρίως⁶ με τον νέο Κανονισμό: η υποχρεωτική ηλεκτρονική διασυννοριακή επικοινωνία μεταξύ των υπηρεσιών διαβίβασης και παραλαβής μέσω ασφαλούς και αξιόπιστου αποκεντρωμένου συστήματος τεχνολογίας πληροφοριών (ΤΠ)⁷, που θα περιλαμβάνει τα εθνικά συστήματα ΤΠ και θα είναι διασυνδεδεμένο και τεχνικά διαλειτουργικό, για παράδειγμα –και με την επιφύλαξη περαιτέρω τεχνολογικής προόδου– με βάση το e-CODEX⁸. η διευκόλυνση της ηλεκτρονικής επικοινωνίας και ανταλλαγής πράξεων μεταξύ των χρηστών⁹. η χρήση ενιαίων και τυποποιημένων εντύπων¹⁰, για τις αιτήσεις, επικυρώσεις, βεβαιώσεις, αποδεικτικά παραλαβής κλπ¹¹, ώστε να διασφαλίζεται απόλυτη διαφάνεια και να αποφεύγονται ακυρότητες στην επίδοση· η ενίσχυση των δικονομικών δικαιωμάτων του εναγομένου¹². η διευκόλυνση εντοπισμού της διευθύνσεως του παραλήπτη σε άλλο κράτος μέλος¹³. η διασφάλιση της νομικής (αποδεικτικής) ισχύος των διαβιβαζόμενων πράξεων μέσω του αποκεντρωμένου συστήματος (ΤΠ) ηλεκτρονικών πράξεων¹⁴. Αποσαφηνίζονται εντέλει ακριβέστερα και διευρύνο-

3 Βλ. Νίκα, Πολιτική Δικονομία II ² (2021) § 55 αριθ 47

4 Βλ. άρθρα 8, 16-20 Καν 2020/1784

5 Βλ. άρθρο 31 Καν 2020/1784

6 Βλ. Νίκα, (ανωτ σημ 3)

7 Για την έννοιά του βλ. άρθρο 2 II Καν 2020/1784

8 Βλ. άρθρο 5 Καν 2020/1784

9 Βλ. άρθρο 19 Καν 2020/1784

10 Τα έντυπα αυτά καταχωρίζονται στο παράρτημα I, που συνοδεύει τον Καν 2020/1784

11 Βλ. άρθρο 5 I Καν 2020/1784

12 Βλ. άρθρο 22 Καν 2020/1784

13 Βλ. άρθρο 7 Καν 2020/1784

14 Βλ. άρθρο 6 Καν 2020/1784

νται¹⁵ οι εναλλακτικοί τρόποι διαβίβασεως¹⁶. Ελπίζεται ότι με την απλούστευση και τον εξορθολογισμό των ψηφιοποιημένων διαδικασιών επιδόσεως, που εισάγει ο Καν 2020/1784, θα βελτιωθεί η αποτελεσματικότητα και η ταχύτητα διεκπεραιώσεως των δικαστικών διαδικασιών, θα ενθαρρυνθούν τα άτομα και οι επιχειρήσεις να συμμετέχουν σε διασυνοριακές συναλλαγές, θα ενισχυθεί έτσι το εμπόριο εντός της Ευρωπαϊκής Ενώσεως και η λειτουργία της εσωτερικής αγοράς, θα παραχθεί λοιπόν περισσότερος πλούτος¹⁷. Η διασυνοριακή επίδοση ή κοινοποίηση εκλαμβάνεται ως υπηρεσία μεταξύ κρατών μελών¹⁸ με όλα τα συμπαρομαρτούντα¹⁹.

II. Πεδίο εφαρμογής του νέου Κανονισμού

Όπως όλοι οι προηγούμενοι Κανονισμοί και ο νέος Κανονισμός εφαρμόζεται μόνον, όταν η χώρα διαβίβασεως και η χώρα παραλαβής ανήκουν στην Ευρωπαϊκή οικογένεια²⁰ και μόνον όταν πρόκειται για επιδόσεις δικαστικών και εξώδικων²¹ πράξεων, που αφορούν σε αστικές και εμπορικές υποθέσεις (άρθρο

15 Βλ. άρθρο 19 Καν 2020/1784

16 Διά της προξενικής ή διπλωματικής οδού: άρθρο 16 Καν 2020/1784 · από διπλωματικούς ή προξενικούς πράκτορες: άρθρο 17 Καν 2020/1784 · ταχυδρομική επίδοση με συστημένη επιστολή: άρθρο 18 Καν 2020/1784 απευθείας επίδοση μέσω δικαστικών επιμελητών, αρμόδιων υπαλλήλων του κράτους μέλους παραλαβής: άρθρο 20 Καν 2020/1784

17 Βλ. Προοίμιο Καν 2020/1784, σκέψη 3

18 Βλ. Προοίμιο Καν 2020/1784, σκέψη 5

19 Βλ. άρθρα 56 επ ΣΛΕΕ

20 Δεν συμμετέχει και δεν υπόκειται στην εφαρμογή του η Δανία (βλ. Προοίμιο Καν 2020/1784, σκέψη 48), η οποία πάντως δεσμευόταν από τον προηγούμενο Καν 1393/2007 (βλ. *Νίκα/Σαχπεκίδου*, Ευρωπαϊκή Πολιτική Δικονομία, 2016, άρθρο 28 αριθ 8 σημ 15). Αξίζει άραγε για τον λόγο αυτόν και μόνο να πεταχτεί το δανέζικο αυγό του κούκου από τη φωλιά, όπως αναρωτιούνται ορισμένοι (ευτυχώς μεμονωμένοι) νομικοί κύκλοι στην Ευρώπη; Παρά την γνωστοποίηση της επιθυμίας του Ηνωμένου Βασιλείου να συμμετάσχει στη θέσπιση και την εφαρμογή του Κανονισμού 2020/1784 (βλ. Προοίμιο Καν 2020/1784, σκέψη 47) μετά την έξοδό του από την Ευρωπαϊκή Ένωση (Brexit) δεν παριστά, πλέον, παρά τρίτο κράτος έναντι της τελευταίας και συνεπώς, η επίδοση αποφάσεων Βρετανικών δικαστηρίων στον ευρωπαϊκό χώρο (και αντιστρόφως) θα πρέπει να ακολουθούν τις ρυθμίσεις της Συμβάσεως της Χάγης και των διμερών συμβάσεων.

21 Η έννοια «εξώδικη πράξη» ερμηνεύεται αυτόνομα (ΔΕΚ 25.6.2009, *Roda Golf*, C-14/08, EU: C: 2009.395, σκέψη 50). Στις εξώδικες πράξεις περιλαμβάνονται ιδίως επιδόσεις για πράξεις εκτός ένδικης διαδικασίας (ΔΕΚ 25.6.2009, ανωτ.), όπως επίσης και επιδόσεις πράξεων, που έχουν συνταχθεί ή επικυρωθεί από δημόσια αρχή ή δημόσιο λειτουργό και άλλων πράξεων, των οποίων η επίσημη διαβίβαση προς παραλήπτη, που διαμένει σε άλλο κράτος μέλος, είναι απαραίτητη για την άσκηση, την απόδειξη ή την προστασία δικαιώματος ή αξιώσεως σε αστικές ή εμπορικές υποθέσεις. Συμπεριλαμβάνονται ασφαλώς και τα έγγραφα που αφορούν στις διαιτητικές (πρβλ ΑΠ 289/2005, ΧρίΔ 2005.916) ή άλλες

1 I Kan 2020/1784)²². Ρητά επαναλαμβάνεται (άρθρο 1 I 2 Kan 2020/1784) ότι αυτός δεν εφαρμόζεται σε φορολογικές ή διοικητικές υποθέσεις, όπως επίσης και όταν πρόκειται για την ευθύνη του κράτους μέλους για πράξεις ή παραλείψεις του κατά την άσκηση δημόσιας εξουσίας («*acta jure imperii*»)²³.

Στο πλαίσιο του πεδίου εφαρμογής του και ο νέος φυσικά Κανονισμός επι-στρατεύεται, όταν η επίδοση ή η κοινοποίηση διαβιβάζεται από το ένα κράτος μέλος της ΕΕ σε άλλο κράτος μέλος της ΕΕ²⁴. Αφορά ο ίδιος αποκλειστικά τις διασυννοριακές επιδόσεις. Με γνώμονα περαιτέρω την ερμηνεία του Δικαστηρίου του Λουξεμβούργου²⁵, διευκρινίζεται²⁶ ότι ο Κανονισμός δεν εφαρμόζεται, όταν η επίδοση ή η κοινοποίηση της συγκεκριμένης πράξεως γίνεται στον εξου-

εξωδικαστικές διαδικασίες (βλ. *Νίκα*, ανωτ σημ 3, § 55 αριθ 47 σημ 211). Με τον όρο «εξώ-δικες πράξεις» δεν νοείται ότι περιλαμβάνονται πράξεις, τις οποίες εκδίδουν διοικητικές αρχές για τους σκοπούς διοικητικών διαδικασιών (βλ. Προοίμιο Kan 2020/1784, σκέψη 8)

22 Ο όρος αστικές και εμπορικές υποθέσεις ερμηνεύεται (αυτόνομα), όπως και ο αντίστοιχος όρος στον Kan Br I α · *Αρβανιτάκης/Βασιλακάκης*, Κανονισμός (ΕΚ) 1393/2007, Κανονισμός επιδόσεων (2018), άρθρο 1 αριθ 17 επ · βλ. και ΔΕΕ 25.1.2021, *Obala*, C-307/19, σκέψεις 31, 33 επ, 59 επ, EU: C: 2021: 33 · *Νίκα/Σαχπεκίδου*, ανωτ σημ 20, άρθρο 1 αριθ 4 επ). Περιλαμβάνει, πάντως, όχι μόνον τις διαφορές, που υπάγονται στον Kan Br I α, αλλά και άλλες συναφείς διαφορές, που υπάγονται σε άλλους κανονισμούς π.χ. τις γαμικές κλπ διαφορές, τις κληρονομικές διαφορές κλπ. Ο όρος «αστικές ή εμπορικές υποθέσεις» στο πλαίσιο του Κανονισμού για τις επιδόσεις ερμηνεύεται, σε περίπτωση αμφιβολιών, ευρέως. Μόνον όταν η σχετική αίτηση επιδόσεως δεν εμπίπτει προφανώς στο πεδίο εφαρμογής του Κανονισμού επιστρέφεται στην υπηρεσία διαβιβάσεως (βλ. και άρθρο 10 III Kan 2020/1784). Συναφώς, το ΔΕΕ (11.6.2015, *Fahnenbrock* κλπ, C-226/13 κλπ, EU: C: 2015: 383) δέχθηκε ότι οι αγωγές των δικαιούχων ομολόγων κατά της Ελλάδος για ανόρθωση της ζημίας τους από την αναδιάρθρωση του χρέους δεν επιτρέπεται να θεωρηθούν για τις ανάγκες της επιδόσεως ως μη υπαγόμενες προδήλως στην έννοια των αστικών ή εμπορικών υποθέσεων, χωρίς όμως αυτό να αποτελεί πρόκριμα και για την αρμοδιότητα του δικαστηρίου, που επιλαμβάνεται στη συνέχεια της διαφοράς (σκέψη 46). Και όντως το ίδιο Δικαστήριο αποφάνθηκε μεταγενέστερα ότι οι συγκεκριμένες διαφορές δεν εμπίπτουν στην έννοια των αστικών ή εμπορικών υποθέσεων (ΔΕΕ 15.11.2018, *Ελληνική Δημοκρατία*, C-308/17, EU: C: 2018: 911, ΕλλΔνη 2019.918) · βλ. και *Νίκα*, (ανωτ σημ 3) I² (2020) § II αριθ 5 σημ 13

23 Βλ. και ΑΠ 1060/2011, ΕΠΟΛΔ 2012.90· ΕφΘεσ 1455/2011, ΕΠΟΛΔ 2012.92, σημ. *Αρβανιτάκη*: εφαρμόζονται, τότε, οι διατάξεις των άρθρων 134,136 ΚΠολΔ. Εφαρμόζεται ασφαλώς κανονικά ο Κανονισμός για τις επιδόσεις, όταν πρόκειται για επίδοση σε αλλοδαπό Δημόσιο, που εμφανίζεται ως *fiscus*

24 Εξυπακούεται ότι η επίδοση ή η κοινοποίηση αξιώνεται βάσει του δικαίου του κράτους μέλους του δικάζοντος δικαστηρίου, ανεξαρτήτως αν το έγγραφο επιδόθηκε ή κοινοποιήθηκε στον αντιπρόσωπο (αντίκλητο) του διαδίκου· βλ. Προοίμιο Kan 2020/1784, σκέψη 6

25 ΔΕΕ 19.12.2012, *Adler*, C-325/2011, EU:C:2012: 824

26 Άρθρο 1 III Kan 2020/1784· βλ. και Άνθιμο, Αρμ 2018.627. Εξουσιοδοτημένα πρόσωπα θεωρούνται εκείνα, που έχουν κατά νόμο (της *lex fori*) τη δυνατότητα να παραλαμβάνουν έγγραφα απευθυνόμενα στον αλλοδαπό παραλήπτη· *Αρβανιτάκη/Βασιλακάκη*, (ανωτ.σημ. 22), άρθρο 1 αριθ. 15 · πρβλ. ΔΕΕ 10.10.2013, *Spedition*, C-306/12, EU:C:2013:650, ιδίως σκέψεις 9, 15, 20 επ.

σιοδοτημένο αντιπρόσωπο (αντίκλητο) του προσώπου εντός του κράτους μέλους του δικάζοντος δικαστηρίου, ανεξάρτητα από τον τόπο διαμονής του εν λόγω προσώπου. Αυτό σημαίνει, μεταξύ άλλων, ότι εφόσον έχει διορισθεί στη χώρα μας αντίκλητος²⁷, η επίδοση θα πρέπει να γίνεται υποχρεωτικά σε αυτόν (ΚΠολΔ 143 IV)²⁸. Εξυπακούεται ασφαλώς ότι το εθνικό δίκαιο είναι κρίσιμο στο πλαίσιο του Καν 2020/1784, αφού με βάση αυτό ελέγχεται το κύρος της επιδόσεως στο κράτος του εκάστοτε παραλήπτη²⁹, ενώ δυνατότητα επιδόσεως με βάση το εθνικό μας δίκαιο είναι δυνατή, όταν συναινεί ο αποδέκτης (ΚΠολΔ 124 I) ή όταν ο νόμιμος εκπρόσωπος αλλοδαπού νομικού προσώπου κατοικεί ή διαμένει στην ημεδαπή³⁰. Δεν είναι, πάντως, δυνατή η (εσωτερική) επίδοση σε νόμιμους εκπροσώπους υποκαταστήματος αλλοδαπού νομικού προσώπου, που λειτουργεί στην Ελλάδα, έστω και αν πρόκειται για υποθέσεις του υποκαταστήματος αυτού³¹. Ο Καν 2020/1784 επαναλαμβάνει τη ρύθμιση των προηγούμενων Κανονισμών για τη μη εφαρμογή των διατάξεων του, όταν η διεύθυνση του παραλήπτη των εγγράφων είναι άγνωστη³², με την προσθήκη απλώς της επιφυλάξεως της εφαρμογής του άρθρου 7 (παροχή συνδρομής για εντοπισμό διευθύνσεων του παραλήπτη).

Στο πεδίο εφαρμογής του ο Κανονισμός για τις ενδοκοινοτικές επιδόσεις εκτοπίζει κάθε άλλη ρύθμιση του εθνικού δικαίου και των διεθνών διμερών ή πολυμερών συμφωνιών ή διακανονισμών, που συνάπτονται από τα κράτη μέλη (μεταξύ αυτών ρητά συγκαταλέγεται και η πολυμερής Σύμβαση της Χάγης του 1965)³³.

III. Διαδικασία διαβίβασης και παραλαβής μέσω κρατικών υπηρεσιών

Ο νέος Κανονισμός αναδιατυπώνει (ορθολογικότερα) τις ρυθμίσεις για τις υπηρεσίες διαβίβασης και παραλαβής (άρθρο 3 Καν 2020/1784), όπως και

27 Βλ. ΚΠολΔ 142, 143, 924.3, 972 I στοιχ. α, 983 I στοιχ. δ.

28 Βλ και *Αρβανιτάκη/Βασιλακάκη*, (ανωτ. σημ. 22), άρθρο 1 αριθ. 9, 14 επ· Άνθιμο, *ΕλλΔνη* 2016.356 επ (359 επ, 361 επ).

29 *Αρβανιτάκης/Βασιλακάκης*, (ανωτ. σημ. 22), Εισαγ.παρ. αριθ. 15.

30 Βλ. *Νίκα*, (ανωτ. σημ. 3) § 55 αριθ. 47 σημ. 213

31 *Αρβανιτάκης*, ΕΠολΔ 2012. 442 επ (446) · βλ. όμως ΜονΠΘεσ 3018/2011, ΕΠολΔ 2011.497, αντιθ. ορθές παρ. *Πλεύρη*

32 Η επίδοση, τότε, θα γίνει λοιπόν με βάση το άρθρο 135 ΚΠολΔ· βλ. ΑΠ 101/2017, ΕφΑΔ 2017, ΕφΑΔ 2017.653 (654 II) · *Νίκα/Σαχπεκίδου*, (ανωτ. σημ. 20), άρθρο 45 αριθ. 55

33 Βλ. άρθρο 29 Καν 2020/1784. Αυτό δεν αποκλείει τη διατήρηση ή σύναψη επί μέρους συμφωνιών ή διακανονισμών από τα κράτη μέλη· αρκεί να συνάδουν με τον Κανονισμό (άρθρο 29 II Καν 2020/1784· βλ. και Προοίμιο του Καν 2020/1784, σκέψη 40)

τις βασικές αρμοδιότητες της Κεντρικής Αρχής (άρθρο 4 Καν 2020/1784), που ορίζουν για τη διαβίβαση αυτή τα κράτη μέλη. Ως υπηρεσίες διαβιβάσεως των παρεχόμενων εγγράφων κατά τα άρθρα 3 και 5 του Κανονισμού έχουν ορισθεί από τη Χώρα μας³⁴ οι εισαγγελίες των δικαιοδοτικών βαθμίδων (Πρωτοδικείου, Εφετείου, Αρείου Πάγου), ανάλογα με το διαδικαστικό στάδιο στο οποίο αφορά το προς επίδοση έγγραφο³⁵.

Όπως ήδη αναφέρθηκε³⁶, για να εξασφαλισθεί η γρήγορη και ασφαλής διαβίβαση θα πρέπει να χρησιμοποιείται κάθε κατάλληλη σύγχρονη τεχνολογία επικοινωνιών. Ο νέος Κανονισμός θέσπισε³⁷ ένα αποκεντρωμένο σύστημα τεχνολογίας πληροφοριών (ΤΠ) για όλες τις επικοινωνίες και τις ανταλλαγές πράξεων μεταξύ των υπηρεσιών και των φορέων, που περιλαμβάνει τα εθνικά συστήματα ΤΠ και είναι διασυνδεδεμένο και τεχνικά διαλειτουργικό με βάση το e-CODEX. Προεξοφλείται ότι ο αποκεντρωμένος χαρακτήρας του συστήματος θα καταστήσει δυνατή την ανταλλαγή δεδομένων αποκλειστικά μεταξύ ενός κράτους μέλους με άλλο, χωρίς τη συμμετοχή οποιουδήποτε οργάνου της Ευρωπαϊκής Ενώσεως³⁸. Για τη διευκόλυνση της διαβίβσεως και της επιδόσεως μεταξύ κρατών μελών θα πρέπει να χρησιμοποιούνται τα έντυπα που περιλαμβάνονται στο Παράρτημα Ι, που συνοδεύει τον Καν 2020/1784. Η προς διαβίβαση πράξη θα πρέπει να συνοδεύεται από αίτηση, που συντάσσεται επί του εντύπου Α του Παραρτήματος Ι. Το έντυπο συμπληρώνεται στην επίσημη γλώσσα του κράτους μέλους παραλαβής ή, εφόσον οι επίσημες γλώσσες είναι περισσότερες, στην επίσημη ή σε μία από τις επίσημες γλώσσες του τόπου της επιδόσεως ή σε άλλη γλώσσα την οποία το εν λόγω κράτος έχει δηλώσει επίσημα ότι τη δέχεται³⁹. Η αίτηση επιδόσεως κατατίθε-

34 Άρθρο 2 της Ανακοινώσεως της Ελλάδας (κατ' άρθρο 23 Π Καν 1348/2000, αντίστοιχο άρθρο 33 ΙΙΙ Καν 2020/1784), που δημοσιεύθηκε στην Επίσημη Εφημερίδα των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων (C: 151/05 της 22.5.2001· βλ. επίσης και το υπ' αριθ. Πρωτ. 82598/29.5.2001 έγγραφο του Υπουργείου Δικαιοσύνης)

35 Η αίτηση αναιρέσεως επιδίδεται για περαιτέρω διαβίβαση π.χ. στον Εισαγγελέα του Αρείου Πάγου (ΑΠ 1527/2013, ΧρΙΔ 2014.281). Οι εισαγγελίες πρωτοδικών είναι αρμόδιες για τη διαβίβαση εξώδικων πράξεων: *Αρβανιτάκης/Βασιλακάκης*, (ανωτ σημ 22), άρθρο 2 αριθ 5. Επίδοση, που πραγματοποιείται από αναρμόδια υπηρεσία, συνεπάγεται ακυρότητα: *Αρβανιτάκης/Βασιλακάκης*, ανωτ.

36 Βλ. ανωτ., κοντά στον εκθέτη 7

37 Βλ. εγγ. άρθρο 5 Καν 2020/1784. Τα έξοδα εγκαταστάσεως, λειτουργίας και συντηρήσεως σημείων προσβάσεως, που συνδέουν τα εθνικά συστήματα ΤΠ στο πλαίσιο του αποκεντρωμένου συστήματος ΤΠ αναλαμβάνει το κράτος μέλος στο οποίο αφορά (βλ. άρθρο 28 Καν 2020/1784)

38 Βλ. Προοίμιο Καν 2020/1784, σκέψη 10

39 Η Ελλάδα δέχεται το έντυπο της αιτήσεως επιδόσεως να συμπληρώνεται εκτός από την Ελληνική, στη Γαλλική και στην Αγγλική γλώσσα· βλ. άρθρο 4 της ανωτ (σημ 34) Ανακοινώσεως

ται στη Χώρα μας στον αρμόδιο εισαγγελέα, ο οποίος τη διαβιβάζει απευθείας μέσω του ανωτέρω αποκεντρωμένου συστήματος τεχνολογίας πληροφοριών (ΤΠ) στις αρμόδιες αρχές της αλλοδαπής πολιτείας. Μετά την παραλαβή της πράξεως, η υπηρεσία παραλαβής αποστέλλει στην υπηρεσία διαβιβάσεως το συντομότερο δυνατό μια απόδειξη παραλαβής, μέσω του αποκεντρωμένου συστήματος ΤΠ ή, όταν η απόδειξη παραλαβής αποστέλλεται με άλλα μέσα, το συντομότερο δυνατό και σε κάθε περίπτωση εντός επτά (7) ημερών από την παραλαβή, χρησιμοποιώντας το έντυπο Δ του Παραρτήματος Ι⁴⁰. Η υπηρεσία παραλαβής επιδίδει ή κοινοποιεί την πράξη ή μεριμνά προς τούτο σύμφωνα είτε με το δίκαιο του κράτους μέλους παραλαβής⁴¹ είτε με την ειδική μέθοδο, που ζήτησε η υπηρεσία διαβιβάσεως, εφόσον αυτή δεν αντιβαίνει στο δίκαιο του εν λόγω κράτους μέλους⁴². Η υπηρεσία παραλαβής φροντίζει να πραγματοποιηθεί η επίδοση το συντομότερο δυνατό και, οπωσδήποτε, εντός μηνός από την παραλαβή. Αν δεν καταστεί δυνατή η επίδοση εντός μηνός από την παραλαβή της πράξεως, η υπηρεσία παραλαβής ενημερώνει αμέσως την υπηρεσία διαβιβάσεως μέσω του εντύπου ΙΑ του Παραρτήματος Ι του Κανονισμού και εξακολουθεί να προβαίνει σε όλες τις απαιτούμενες ενέργειες για την επίδοση, όταν αυτό φαίνεται εφικτό⁴³. Η ολοκλήρωση της επιδόσεως πιστοποιείται από την αρχή της παραλαβής με την αποστολή στην αρχή του κράτους διαβιβάσεως έγγραφης βεβαιώσεως⁴⁴, μαζί με το αντίγραφο της οικείας πράξεως σε περίπτωση εφαρμογής του άρθρου 8 IV Καν 2020/1784⁴⁵.

IV. Μετάφραση του επιδοτέου εγγράφου

Σε αντίθεση προς τη Σύμβαση της Χάγης (άρθρο 5 ΙΙΙ Συμβ Χάγης) και το αυτόνομο εθνικό μας δίκαιο, η μετάφραση του επιδοτέου εγγράφου δεν αποτελεί και με τον νέο Κανονισμό των διευρωπαϊκών επιδόσεων προϋπόθεση για την έγκυρη επίδοσή του. Λόγοι όμως διασφαλίσεως των απαραίτητων

40 Βλ. Άρθρο 10 Καν 2020/1784. Αν δεν μπορεί να εκτελεσθεί η επίδοση, η υπηρεσία παραλαβής επικοινωνεί αμέσως με την υπηρεσία διαβιβάσεως, ζητώντας τις ελλείπουσες πληροφορίες ή πράξεις, χρησιμοποιώντας το έντυπο Ε του παραρτήματος Ι (άρθρο 10 ΙΙ Καν 2020/1784). Γενικά η υπηρεσία παραλαβής θα πρέπει να αντιδρά αμέσως σε κάθε εμφανιζόμενη δυσχέρεια εκτελέσεως της επιδόσεως για οποιονδήποτε λόγο · βλ. άρθρο 10 Καν 2020/1784 · πρβλ. και Προοίμιο Καν 2020/1784, σκέψη 20

41 Στη Χώρα μας ως υπηρεσία παραλαβής ορίστηκε το Υπουργείο Δικαιοσύνης · βλ. *Αρβανιτάκη/Βασιλακάκη* (ανωτ σημ 22), άρθρο 2 αριθ 8

42 Βλ. άρθρο 11 Ι Καν 2020/1784

43 Βλ. άρθρο 11 ΙΙ Καν 2020/1784

44 Χρησιμοποιείται το έντυπο ΙΑ του παραρτήματος Ι

45 Βλ. εγγ. άρθρο 14 Καν 2020/1784

δικαιωμάτων άμυνας του παραλήπτη (ΕΣΔΑ 6 Ι) και τον Χάρτη των Θεμελιωδών Δικαιωμάτων της Ευρωπαϊκής Ένώσεως (άρθρο 47 ΧΘΔ της ΕΕ)⁴⁶, ο ευρωπαίος νομοθέτης αναθέτει στην υπηρεσία διαβίβασεως την υποχρέωση να επισημάνει στον αιτούντα ότι ο παραλήπτης μπορεί να αρνηθεί την παραλαβή, αν το επιδοτέο έγγραφο δεν συνοδεύεται απο μετάφραση σε μία από τις γλώσσες που ορίζει το άρθρο 12 Ι Καν 2020/1784 και την εντεύθεν επιβάρυνσή του από τα προκύπτοντα έξοδα της μεταφράσεως⁴⁷. Παράλληλα, χορηγείται στον αποδέκτη το δικαίωμα να αρνηθεί την παραλαβή του εγγράφου, αν αυτό δεν έχει συνταχθεί α) σε γλώσσα την οποία ο παραλήπτης κατανοεί ή β) στην επίσημη γλώσσα του κράτους μέλους παραλαβής ή, εάν αυτό το κράτος έχει περισσότερες επίσημες γλώσσες, στην επίσημη ή σε μία από τις επίσημες γλώσσες του τόπου όπου πρόκειται να γίνει η επίδοση ή κοινοποίηση⁴⁸. Ο παραλήπτης ενημερώνεται για το δικαίωμά του αυτό εγγράφως από την υπηρεσία παραλαβής με το έντυπο ΙΒ του Παραρτήματος Ι⁴⁹. Το δικαίωμα αρνήσεως⁵⁰ επιφυλάσσεται και για τους λοιπούς τρόπους διαβίβασεως ή επιδόσεως του τμήματος 2 του Κανονισμού (άρθρα 16-20)⁵¹. Σε κάθε περίπτωση συνιστάται η ακριβής μάλιστα, μετάφραση, ώστε να αποφεύγονται, παρανοήσεις, ακυρότητες και απαράδεκτα⁵².

V.Εναλλακτικοί τρόποι διαβίβασεως

Το βασικό σύστημα της διευρωπαϊκής επιδόσεως μέσω των υπηρεσιών διαβίβασεως και παραλαβής δεν υπόσχεται γρήγορη και αποτελεσματική αντι-

46 Βλ. ΔΕΕ 2.3.2017, Henderson, C-345/15, ΕΥ: C: 217: 157 σκέψη 51

47 Βλ. άρθρο 9 Καν 2020/1784

48 Βλ. άρθρο 12 Ι Καν 2020/1784. Η άρνηση αυτή του παραλήπτη μπορεί να γίνει με τη σύνταξη γραπτής δηλώσεως αρνήσεως αποδοχής είτε κατά τη χρονική στιγμή της επιδόσεως είτε εντός δύο εβδομάδων από τον χρόνο της επιδόσεως. Για τον σκοπό αυτόν ο παραλήπτης μπορεί να επιστρέψει στην υπηρεσία παραλαβής το έντυπο ΙΒ του Παραρτήματος Ι ή γραπτή δήλωση, στην οποία αναφέρεται ότι ο παραλήπτης αρνείται να παραλάβει την πράξη λόγω της γλώσσας στην οποία έχει συνταχθεί (άρθρο 12 ΙΙΙ Καν 2020/1784).

49 Η έλλειψη του τυποποιημένου αυτού εντύπου δεν συνεπάγεται ακυρότητα της επιδόσεως. Θεραπεύεται αυτή με την εκ νέου κοινοποίηση του τυποποιημένου αυτού εντύπου στον ενδιαφερόμενο · βλ. ΔΕΕ 2.3.2017, (ανωτ σημ 46), σκέψη 67, πόρισμα. Γενικά, ο αποστολέας μπορεί να θεραπεύσει την έλλειψη της μεταφράσεως, αποστέλλοντας την αιτούμενη μετάφραση (άρθρο 12 V Καν 2020/1784 · βλ. ήδη ΔΕΚ 8.11.2005, Leffler, C-443/03, ΕΥ: C: 2005: 665)

50 Βλ. ΔΕΕ 2.3.2017, (ανωτ σημ 46), σκέψη 50

51 Βλ. άρθρο 12 VΙΙ Καν 2020/1784 · πρβλ και Προοίμιο Καν 2020/1784, σκέψη 24 · ήδη ΔΕΕ 2.3.2017, (ανωτ σημ 46), σκέψη 59

52 Βλ. ΠολΠΙΑΘ 4266/2017, ΝοΒ 2018.877 (878 επ) · πρβλ και Προοίμιο Καν 2020/1784, σκέψεις 25,26

μετώπιση των ζητημάτων. Παραείναι γραφειοκρατικό στη δομή του. Παντό, άλλωστε, και προτάθηκε⁵³ η αντικατάστασή του με την καθιέρωση (αδιαμεσολάβητου) συστήματος ευθείας επιδόσεως για ολόκληρο τον ευρωπαϊκό χώρο. Ωστόσο, οι ανωτέρω αδυναμίες και τα μειονεκτήματα, που συνεπάγεται η επίδοση με την παρεμβολή των δυσκίνητων (δημόσιων) υπηρεσιών του τόπου διαβίβασης και παραλαβής αμβλύνονται σημαντικά με την καθιέρωση ισότιμων και ισοσθενών⁵⁴ εναλλακτικών μορφών επιδόσεως, που καθιερώνει ο Κανονισμός όχι τόσο με τη μορφή της διαβίβασης δια της διπλωματικής ή προξενικής οδού (άρθρο 16 Καν 2020/1784) ή της επιδόσεως από διπλωματικούς ή προξενικούς πράκτορες (άρθρο 17 Καν 2020/1784) ή με απευθείας επίδοση στο πλαίσιο συγκεκριμένης δίκης μέσω δικαστικών επιμελητών, υπαλλήλων κλπ (άρθρο 20 Καν 2020/1784)⁵⁵, όσο και ιδίως με την απευθείας ταχυδρομική επίδοση με συστημένη επιστολή (άρθρο 18 Καν 2020/1784), αλλά και με την απευθείας ηλεκτρονική επίδοση (άρθρο 19 Καν 2020/1784), που αποτελεί και βασικό νεωτερισμό του νέου Κανονισμού για τις ενδοευρωπαϊκές επιδόσεις.

1. Ταχυδρομική επίδοση

Η καθιέρωση της απευθείας επιδόσεως μέσω της ταχυδρομικής υπηρεσίας αποτέλεσε σημαντικό βήμα στην πορεία προς τον εκσυγχρονισμό των διασυνοριακών επιδόσεων. Η απλή, φθηνή και ταχυσκίνητη αυτή μέθοδος καθιστά περιττούς τους διαύλους επιδόσεως μέσω των υπηρεσιών παραλαβής, προσφέρεται στην αντιμετώπιση επειγόντων περιστατικών, μπορεί δε να χρησιμοποιηθεί παράλληλα (και πρόσθετα) με οποιαδήποτε άλλη μορφή επιδόσεως⁵⁶. Ο νέος Κανονισμός προέβη σε αναδιατύπωση της σχετικής ρυθμίσεως, χωρίς να αλλάξει το περιεχόμενό της. Σύμφωνα με τη διάταξη του άρθρου 18 Καν 2020/1784 «Η επίδοση ή κοινοποίηση δικαστικών πράξεων μπορεί να γίνει ταχυδρομικώς απευθείας σε πρόσωπα που βρίσκονται σε άλλο κράτος μέλος με συστημένη επιστολή με απόδειξη παραλαβής ή ισοδύναμο έγγραφο». Η διενέργεια της ταχυδρομικής επιδόσεως διεξάγεται μέσω των ταχυδρομικών υπηρεσιών, στη Χώρα μας λοιπόν μέσω των ΕΛΤΑ (άρθρο 7 ν. 4053/2012) είτε μέσω νόμιμα αδειοδοτημένου παρόχου (άρθρο 6 IV στοιχ γ και άρθρο

53 Gottwald, FS Schütze (1999) σ. 232 · Zöller/-Geimer ZPO³¹ (2016), Eu Zust VO, Anh II B Art. 1 αριθ 6

54 ΔΕΚ 9.2.2006, Plumex, C-473/04, EU: C: 2006: 96: καμία ιεράρχηση μεταξύ του τρόπου διαβίβασης μέσω των κεντρικών υπηρεσιών διαβίβασης και της διαβίβασης με συστημένη επιστολή

55 Βλ. εγγ. για τις προϋποθέσεις εφαρμογής της ρυθμίσεως *Αρβανιτάκη/Βασιλακάκη* (-Π.Παννόπουλο), (ανωτ σημ 22), άρθρο 15 αριθ 2 επ

56 Βλ. ΔΕΚ 9.2.2006, (ανωτ σημ 54)

12 ν. 4053/2012)⁵⁷, αλλά και μέσω των υπηρεσιών ταχυμεταφοράς (courier)⁵⁸. Διχογνωμία επικρατεί ως προς το ζήτημα, αν η άμεση επίδοση στον αποδέκτη επιχειρείται μέσω των υπηρεσιών διαβιβάσεως (άρθρο 3 Καν 2020/1784) ή και απευθείας μέσω του αποστολέα ή των εκπροσωπούντων αυτόν οργάνων (π.χ. του δικηγόρου του). Η αδιαμεσολάβητη ταχυδρομική επίδοση θα ήταν ασφαλώς περισσότερο ευπρόσδεκτη, το γράμμα όμως και το πνεύμα της ρυθμίσεως οδηγούν στην υιοθέτηση της πρώτης εκδοχής⁵⁹. Η άποψη αυτή επικρατεί απόλυτα και στη Γερμανία⁶⁰. Για να αποφεύγονται εκπλήξεις, το επιδιδόμενο με τη συστημένη επιστολή έγγραφο θα πρέπει να συνοδεύεται και από μετάφραση, αν ο αποδέκτης δεν κατανοεί τη γλώσσα στην οποία συντάχθηκε αυτό⁶¹, ακόμη μάλιστα και όταν αυτός είναι υπήκοος του κράτους αποστολής⁶². Η περιέλευση του επιδιδόμενου εγγράφου βεβαιώνεται με βάση την απόδειξη παραλαβής⁶³, όπου αναγράφεται η ημερομηνία και ο τόπος της παραδόσεως καθώς και η ιδιότητα και η υπογραφή του προσώπου που το παρέλαβε. Η απόδειξη παραλαβής επιστρέφεται στον αποστολέα. Καθώς η απόδειξη παραλαβής μπορεί να γίνει, κατά το γράμμα του νόμου, και με άλλο ισοδύναμο έγγραφο, το γεγονός ότι δεν επεστράφη η απόδειξη παραλαβής δεν ασκεί επιρροή στο κύρος της διαδικασίας διαβιβάσεως μέσω του ταχυδρομείου. Αρκεί επομένως να αποδεικνύεται η ανωτέρω επίδοση και με άλλο νόμιμο αποδεικτικό μέσο, που διαθέτει ανάλογες εγγυήσεις και ισοδύναμη αποδεικτική δύναμη προς την βεβαίωση επιδόσεως⁶⁴. Εξάλλου, η συστημένη επιστολή δεν είναι αναγκαίο να επιδοθεί οπωσδήποτε προσωπικά στον αποδέκτη· αρκεί ότι

57 Βλ. εγγ. *Αρβανιτάκη/Βασιλακάκη* (-Π.Παννόπουλο), (ανωτ σημ 22) άρθρο 14 αριθ 5.

58 *Αρβανιτάκης/ Βασιλακάκης* (-Π.Παννόπουλος), προηγ σημ.

59 *Νίκας*, (ανωτ σημ 3) Π § 55 αριθ 48, κοντά στους εκθέτες 221, 222 · έτσι ήδη, υπό την ισχύ των αντίστοιχου άρθρου 14 Καν 1393/2007, *Αρβανιτάκης/Βασιλακάκης* (-Παννόπουλος), (ανωτ σημ 22), άρθρο 14 αριθ 11 μ.π.π και στην αντίθετη γνώμη. Αντίθετη όμως η νομολογία των δικαστηρίων της ουσίας · ΠολΠΠατρ 204/2012, ΕΠολΔ 2013.76, παρατ *Π.Παννόπουλου* · ΠολΠΑθ 4266/2017, ΝοΒ 2018.877 (880) · ΜονΠΠειρ 3365/2012, ΕΠολΔ 2012.510 (511 ΙΙ), σημ. *Π.Παννόπουλου*· βλ. και *Αρβανιτάκη*, ΕΠολΔ 2009.717

60 Βλ *Rauscher* (-Heiderhoff), *Europäisches Zivilprozessrecht*² (2016), άρθρο 14 EG – *ZustellVO*, αριθ 4 *Zöller-Geimer*, (ανωτ σημ 53), Art. 14 αριθ 4 · *Thomas/Putzo* (-Hüsstege), *ZPO*⁴⁰ (2019), § 1069 αριθ 5

61 Βλ. άρθρο 12 Καν 2020/1784

62 *Zöller* (-Heiderhoff), (ανωτ σημ 60) αριθ 2

63 Η άρνηση του αποδέκτη να παραλάβει τη συστημένη επιστολή παραμένει αδιάφορη: *Zöller* (-Heiderhoff), (ανωτ σημ 60) αριθ 3

64 ΔΕΕ 2.3 2017, (ανωτ. σημ 46), σκέψεις 81 επ. Στο επιληφθέν δικαστήριο του κράτους μέλους προελεύσεως εναπόκειται, επομένως, κατά την ανωτέρω απόφαση, να βεβαιωθεί ότι ο παραλήπτης παρέλαβε όντως το συγκεκριμένο έγγραφο, υπό προϋποθέσεις, που του εξασφαλίζουν τα δικαιώματα άμυνας· (βλ. άρθρο 22 Καν 2020/1784)

επιδόθηκε στην κατοικία του ή στον τόπο που συνήθως διαμένει ή εργάζεται⁶⁵ (στη Χώρα μας λοιπόν, αρκεί ότι η επίδοση έγινε στους συνοίκους κατά την έννοια του άρθρου 128 ΙΙΙ ΚΠολΔ ή σε άλλα πρόσωπα στον τόπο της εργασίας υπό τους όρους του άρθρου 129 ΚΠολΔ). Αποκλείεται ασφαλώς η επίδοση της συστημένης επιστολής σε γείτονα του παραλήπτη⁶⁶.

2. Ηλεκτρονική επίδοση

Τα επιτεύγματα της σύγχρονης επικοινωνιακής τεχνολογίας επιτρέπουν πλέον την ταχεία και ασφαλή επίδοση ή κοινοποίηση των εγγράφων σε πρόσωπα που βρίσκονται και σε άλλα κράτη μέλη. Οι κατακτήσεις της σύγχρονης τεχνολογίας στον τομέα των επικοινωνιών δεν μπορούσαν να αφήσουν αδιάφορο και τον κοινοτικό νομοθέτη, αυτές κυρίως υπαγόρευαν άλλωστε την έκδοση του νέου Κανονισμού. Καθιέρωσε έτσι, πλάι στους άλλους εναλλακτικούς τρόπους επιδόσεως και την απευθείας ηλεκτρονική επίδοση (άρθρο 19 Καν 2020/1784), η οποία στο εγγύς μέλλον πρόκειται να επισκιάσει τις υπόλοιπες μορφές των επιδόσεων. Όρισε λοιπόν για πρώτη φορά ο νέος Κανονισμός ότι η επίδοση δικαστικών πράξεων μπορεί να γίνεται απευθείας σε πρόσωπο γνωστής διεύθυνσεως σε άλλο κράτος μέλος με οποιαδήποτε ηλεκτρονικά μέσα επιδόσεως, που είναι διαθέσιμα βάσει του δικαιού του κράτους μέλους του δικάζοντος δικαστηρίου για την επίδοση στο εσωτερικό της Χώρας, υπό την προϋπόθεση ότι οι πράξεις αυτές θα αποστέλλονται ή θα παραλαμβάνονται μέσω συγκεκριμένων υπηρεσιών συστημένης παραδόσεως κατά την έννοια του Κανονισμού (ΕΕ) 910/2014 και ο παραλήπτης έχει δώσει εκ των προτέρων τη ρητή συναίνεσή του για τη χρήση ηλεκτρονικών μέσων για τους σκοπούς της επιδόσεως πράξεων κατά τη διάρκεια δικαστικών διαδικασιών. Δυνατή όμως είναι και η επίδοση στον παραλήπτη και χωρίς χρήση εγκεκριμένων ηλεκτρονικών υπηρεσιών συστημένης παραδόσεως κατά την έννοια του ανωτέρω Κανονισμού 910/2014, υπό την προϋπόθεση ότι ο παραλήπτης έχει δώσει εκ των προτέρων τη ρητή συναίνεσή του στο δικαστήριο ή στην αρχή που επιλήφθηκε της διαδικασίας ή στον υπεύθυνο της επιδόσεως στο πλαίσιο της διαδικασίας αυτής, να αποστείλει ηλεκτρονική επιστολή σε συγκεκριμένη διεύθυνση ηλεκτρονικού ταχυδρομείου κατά τη διάρκεια της εν λόγω διαδικασίας και υπό τον πρόσθετο όρο ότι ο παραλήπτης επιβεβαιώνει την παραλαβή της πράξεως με απόδειξη παραλαβής, αναφέροντας την

65 ΔΕΕ 2.3.2017, (ανωτ.σημ 46) σκέψη 95 και πόρισμα. Στον εν λόγω παραλήπτη εναπόκειται να αποδείξει κατά περίπτωση ότι δεν μπόρεσε να λάβει πράγματι γνώση της κινηθείσας εναντίον του δικαστικής διαδικασίας ή ότι δεν ανακλήθηκε το περιεχόμενο του επιδοθέντος στους συγγενείς του εγγράφου κλπ (βλ. σκέψη 99 της ανωτέρω αποφάσεως). Πρβλ και Προοίμιο Καν 2020/1784, σκέψη 30

66 ΔΕΕ 2.3.2017, (ανωτ.σημ 46,) σκέψη 97

ημερομηνία παραλαβής (άρθρο 19 I Καν 2020/1784). Η απόδειξη παραλαβής θα πρέπει να μπορεί να υπογράφεται ηλεκτρονικά. Κάθε κράτος μέλος μπορεί να καθορίσει και να κοινοποιήσει στην Επιτροπή και πρόσθετους όρους, υπό τους οποίους θα αποδεχθεί την ηλεκτρονική επίδοση, όταν το δικαίό του ορίζει αυστηρότερες προϋποθέσεις αναφορικά με την επίδοση μέσω του ηλεκτρονικού ταχυδρομείου (ως προς την ταυτοποίηση του αποστολέα και του παραλήπτη, ως προς την ακεραιότητα των αποστέλλομενων πράξεων κ.λπ.)⁶⁷.

VI. Χρόνος συντελέσεως της επιδόσεως

Ο κρίσιμος χρόνος συντελέσεως της επιδόσεως στα διάφορα κράτη μέλη ποικίλει. Προκειμένου να συγκεράσει τα δικαιώματα άμυνας του αποδέκτη της επιδόσεως για πραγματική επίδοση και του επισπεύδοντος αυτή για αποτελεσματική κατοχύρωση των συμφερόντων του, ο ευρωπαίος νομοθέτης προσδιόρισε, αρχικά με το άρθρο 9 Καν 1393/2007 και κατόπιν με το άρθρο 13 Καν 2020/1784 διπλή ημερομηνία: ως χρόνος επιδόσεως θεωρείται, κατ'αρχήν η ημερομηνία κοινοποιήσεως της πράξεως στον παραλήπτη της επιδόσεως, σύμφωνα με το δίκαιο του κράτους παραλαβής (άρθρο 13 I Καν 2020/1784). Όταν, όμως σύμφωνα με το δίκαιο του κράτους μέλους προελεύσεως, η πράξη πρέπει να επιδοθεί εντός συγκεκριμένης (τακτής) προθεσμίας, κρίσιμη για τον αιτούντα θεωρείται η ημερομηνία επιδόσεως, που καθορίζεται από το δίκαιο του κράτους αυτού (άρθρο 13 II Καν 2020/1784)⁶⁸, στη Χώρα μας, επομένως, η ημερομηνία παραδόσεως του επιδοτέου εγγράφου στον εισαγγελέα (ΚΠολΔ 134 I, 136 I) όχι βέβαια ως όργανο πλασματικής επιδόσεως⁶⁹, αλλά ως τμήμα της αλυσίδας για περαιτέρω διαβίβαση του εγγράφου αυτού. Ενώ λοιπόν οι προθεσμίες, που πρέπει να τηρηθούν από τον αποστολέα (π.χ. ΚΠολΔ 693 I, 715 V, 729 V) διέπονται από το δίκαιο του κράτους αποστολής, οι προθεσμίες, που αφετηριάζονται από την επίδοση στον αποδέκτη (π.χ. ΚΠολΔ 503, 518 I, 545 II, 564 II) διέπονται από το κράτος προορισμού της επιδόσεως⁷⁰. Αν, επομένως, πρόκειται να επιδοθεί σε άλλο κράτος μέλος της Ευρωπαϊκής Ενώσεως π.χ. δικόγραφο ανακοπής κατά διαταγής πληρωμής (ΚΠολΔ 632 I), αρκεί για

67 βλ και Προοίμιο Καν 2020/1784, σκέψη 33· πρβλ. Νίκα, (ανωτ. σημ. 3) II § 85 αριθ. 44

68 Οι κατωτέρω ρυθμίσεις (13 I,II) του Κανονισμού ισχύουν και όταν το επιδοθέν αμετάφραστο έγγραφο επιδίδεται ξανά μεταφρασμένο (άρθρο 12 V Καν 2020/1784)

69 Και ο νέος Κανονισμός δεν απαγορεύει ρητά την πλασματική επίδοση (*remise au parquet*), ο αποκλεισμός της όμως προκύπτει από τη θεμελιώδη αρχή της ακροάσεως (άρθρο 6 I ΕΣΔΑ, άρθρο 47 II ΧΘΔ της ΕΕ), καθώς δε εφαρμόζεται αυτή (η πλασματική επίδοση) συνήθως σε περιπτώσεις αλλοδαπών, υποκρύπτει και (απαγορευμένη) διάκριση (ΣΔΕΕ 18)· βλ. Νίκα, (ανωτ. σημ. 3), II § 55 αριθ. 50· Νίκα/Σαχπεκίδου, (ανωτ. σημ. 20), άρθρο 28 αριθ. 8.

70 Βλ. εγγ. Αρβανιτάκη/Βασιλακάκη, (ανωτ. σημ. 22), άρθρο 9 αριθ. 5 επ.

το εμπρόθεσμο της ασκήσεώς της ότι το δικόγραφο αυτό επιδόθηκε στον εισαγγελέα εντός τριάντα (30) ημερών (ΚΠολΔ 632 II 1) από την επίδοση στον οφειλέτη της διαταγής πληρωμής⁷¹. Ο χρόνος της παραδόσεως του επιδοτέου εγγράφου στον εισαγγελέα αποδεικνύεται ακόμη κρίσιμος και για την έναρξη των ουσιαστικών συνεπειών⁷² ασκήσεως της αγωγής, π.χ. για τη διακοπή της παραγραφής⁷³, όχι όμως και για εκείνες που προϋποθέτουν όχληση (π.χ. τόκοι υπερημερίας)⁷⁴, για τις οποίες απαιτείται πάντοτε πραγματική επίδοση. Όταν πρόκειται πάντως για προπαρασκευαστικές προθεσμίες (π.χ. προθεσμία κλητεύσεως του άρθρου 228 ΚΠολΔ, η τριήμερη προθεσμία για την έναρξη πράξεων της κύριας διαδικασίας αναγκαστικής εκτελέσεως του άρθρου 926 I ΚΠολΔ, αλλά και η ενιαύσια προθεσμία του άρθρου 926 II ΚΠολΔ) κρίσιμος είναι ο χρόνος, κατά τον οποίο πραγματοποιήθηκε η επίδοση σύμφωνα με το δίκαιο του κράτους μέλους παραλαβής (άρθρο 13 I Καν 2020/1784), που θα συμπίπτει συνήθως με την πραγματική επίδοση⁷⁵. Το ίδιο συμβαίνει και όταν η προθεσμία ενέργειας αφορά στον παραλήπτη της πράξεως, υπό την έννοια ότι η συγκεκριμένη προθεσμία αφετηριάζεται από τον χρόνο της επιδόσεως της πράξεως σ' αυτόν, όπως π.χ. συμβαίνει ιδίως με τις προθεσμίες ασκήσεως των ενδίκων μέσων⁷⁶. Οι ανωτέρω ρυθμίσεις του άρθρου 13 I, II Καν 2020/1784, εφαρμόζονται και ως προς τους εναλλακτικούς τρόπους διαβίβασης και επιδόσεως δικαστικών πράξεων, που προβλέπονται στο τμήμα 2 του Κανονισμού (άρθρο 13 III Καν 2020/1784). Αν συντρέξουν περισσότερες επιδόσεις, κρίσιμη θα πρέπει να είναι εκείνη που πραγματοποιήθηκε κανονικά πρώτη, ακόμα και όταν αυτή αρχικά δεν συνοδευόταν από μετάφραση⁷⁷.

71 ΠολΠΘεσ 22513/2003, Αρμ 2003.1802· Αρβανιτάκη Αρμ 2004.723 (1724 I). Η παράδοση στον εισαγγελέα αρκεί, περαιτέρω, και για τη σύννομη άσκηση των ανακοπών κατά του κύρους της εκτελέσεως (933, 934· βλ. Γέσιου-Φαλτσή, ΕΠολΔ 2010.627 I· Αρβανιτάκη/Βασιλακάκη, προηγ. σημ. άρθρο 9 αριθ. 8 επ.) αλλά και για την άσκηση της αγωγής κατά το άρθρο 215 II (ΜονΠΘεσ 14755/2017, ΕΠολΔ 2018.171, παρ. II· Γιαννόπουλου· 1855/2018, ΕΠολΔ 2018.168,169).

72 Ως προς τον χρόνο έναρξεως της (οικονομικής) συνέπειας της εκκρεμοδικίας μεριμνά η ειδική ρύθμιση του άρθρου 32 ΚανΒρ I α· βλ. σχετικά Νίκα/Σαχπεκίδου (ανωτ. σημ. 20) άρθρ 32 αριθ. 1 επ.

73 Βλ. Νίκα, (ανωτ.σημ. 3), II § 55 αριθ. 50 κείμενο και σημ. 226, μ.π.π.

74 Βλ. Νίκα, προηγ. σημ. Αρβανιτάκη/Βασιλακάκη, (ανωτ. σημ. 22) άρθρο 9 αριθ. 12 μ.π.π.

75 Βλ. Νίκα, (ανωτ. σημ. 3), II § 55 αριθ. 50 κείμενο και σημ. 227 μ.π.π.· Τσικρικά, ζητήματα από την επίδοση πράξεων της αναγκαστικής εκτελέσεως (2002) σ. 114 επ., 117 επ.· Αρβανιτάκη/Βασιλακάκη, (ανωτ. σημ. 22) άρθρο 9 αριθ. 5

76 Βλ. Αρβανιτάκη/Βασιλακάκη, προηγ. σημ.· Νίκα, προηγ. σημ.

77 Βλ. άρθρο 12 V Καν 2020/1784

VII. Έλεγχος της διαβιβάσεως επί ερημοδικίας του εναγομένου

Ο νέος Κανονισμός δεν πείραξε τη δομή και τη φιλοσοφία του κομβικού ζητήματος⁷⁸ της διαδικασίας ελέγχου της διαβιβάσεως του εισαγωγικού δικογράφου ή άλλου ισοδύναμου εγγράφου, όταν δεν παρίσταται (απουσιάζει) ο εναγόμενος. Το άρθρο 22 Καν 2020/1784 επαναλαμβάνει με πλέον δόκιμες φραστικά διευθετήσεις το περιεχόμενο της Συμβάσεως της Χάγης του 1965 και του άρθρου 19 του Κανονισμού 1348/2000 και 1393/2007. Όταν λοιπόν δεν παρίσταται ο εναγόμενος⁷⁹, ο δικαστής δεν εκδίδει απόφαση επί της ουσίας⁸⁰, μέχρι να διαπιστωθεί ότι το δικόγραφο αυτό επιδόθηκε εγκαίρως, είτε με τον τρόπο που ορίζει το δίκαιο του κράτους μέλους παραλαβής, είτε στον ίδιο τον εναγόμενο ή στην κατοικία του, με άλλον τρόπο, προβλεπόμενο από τον Κανονισμό (άρθρο 22 I Καν 2020/1784)⁸¹. Παρέχεται, ωστόσο, από τον Κανονισμό τον ίδιο και η ευχέρεια σε κάθε κράτος μέλος να δηλώσει στην Επιτροπή⁸², ότι οι δικαστές του μπορούν να εκδώσουν απόφαση και χωρίς να προσκομίζεται βεβαίωση πραγματικής επιδόσεως του εισαγωγικού δικογράφου (μολοντί καταβλήθηκε εύλογη προσπάθεια από τις αρχές του κράτους παραλαβής)⁸³, αν η πράξη διαβιβάστηκε με μια από τις μεθόδους, που προβλέπει ο Κανονισμός και αν παρήλθε χρονικό διάστημα, που δεν μπορεί να είναι λιγότερο από έξι (6) μήνες (άρθρο 22 II Καν 2020/1784)⁸⁴. Αντίστοιχο προς το προβλεπόμενο από τη Σύμβαση Χάγης 1965 δικαίωμα ιδιότυπης επαναφοράς των πραγμάτων στην προηγούμενη κατάσταση για την υπό προϋποθέσεις ανατροπή της ερήμην αποφάσεως προβλέπεται και στον νέο Κανονισμό (άρθρο 22 IV Καν 2020/1784). Η προθεσμία ασκήσεως του ένδικου αυτού βοή-

78 Βλ. Κεραμέα, Αρμ 2001.1728· Αρβανιτάκης/Βασιλακάκης (-Ανθιμος), (ανωτ. σημ. 22), άρθρο 19 αριθ. 1

79 Για τη σύμπληψη της ρυθμίσεως με τις ιδιαιτερότητες της τακτικής διαδικασίας μετά τον ν. 4355/2015 βλ. Αρβανιτάκη/Βασιλακάκη (-Ανθιμο), προηγ. σημ., αριθ. 40 επ.

80 Μεθοδεύεται επομένως κήρυξη της συζητήσεως ως απαράδεκτης (ΑΠ 1559/2011, ΕφΑΔ 2012.512, 513 ΠολΠΑθ 4266/2017, ΝοΒ 2018.882) είτε, λυσιτερέστερα, αναβολή της υποθέσεως (Αρβανιτάκης, ΧρΙΔ 2003.967· Αρβανιτάκης/Βασιλακάκης [-Ανθιμος], ανωτ, άρθρο 19 αριθ. 28 επ (30-31)· βλ. και Νίκα/Σαχπεκίδου, (ανωτ. σημ. 20), άρθρο 28 αριθ. 8

81 Πρβλ. και άρθρο 28 III ΚανΒρ I α

82 Η Χώρα μας πρόεβη σε σχετική δήλωση· Αρβανιτάκη/Βασιλακάκη [-Ανθιμο], (ανωτ. σημ. 22), άρθρο 19 αριθ. 36, κείμενο και σημ. 171

83 Βλ. εγγ. Σοφιαλίδη, Αρμ. 2001.1751 επ· Αρβανιτάκη, ΧρΙΔ 2003.967· ήδη δε και ΑΠ 1130/2017, ΕΠολΔ 2020.284, επιφυλ. παρατ. Ανθιμου

84 Κρίσιμος χρόνος για τον υπολογισμό του εξαμήνου θα πρέπει να θεωρηθεί η ημερομηνία αποστολής από την υπηρεσία διαβιβάσεως: ΑΠ 1130/2017, ΕΠολΔ 2020. 285 II. Η Χώρα μας δεν έχει εκφράσει επιφύλαξη για την εφαρμογή του άρθρου 19 II Καν 1393/2007 (ήδη άρθρο 22 II Καν 2020/1784)· βλ. ΜονΠΔρ 34/2008, ΕΠολΔ 2008, 550 (551 II)

θήματος, που δεν μπορεί να είναι συντομότερη του ενός έτους, (άρθρο 22 IV Καν 2020/1784), ορίσθηκε για τη Χώρα μας σε τρία έτη⁸⁵.

VIII. Συνδρομή για τον εντοπισμό διευθύνσεων

Ιδιαίτερη μέριμνα λαμβάνει ο Καν 2020/1784 για τον εντοπισμό διευθύνσεως του προσώπου, στο οποίο πρέπει να επιδοθεί ή να κοινοποιηθεί μια δικαστική ή εξώδικη πράξη σε άλλο κράτος μέλος. Όταν δεν είναι γνωστή η (ακριβής) διεύθυνση παραλήπτη σε ένα κράτος μέλος, το ίδιο αυτό κράτος παρέχει τη συνδρομή του για τον προσδιορισμό της διευθύνσεως με έναν τουλάχιστον από τους τρόπους, που προβλέπονται στο άρθρο 7 I Καν 2020/1784⁸⁶. Ενόψει των ανωτέρω, κάθε κράτος μέλος οφείλει να παρέχει στην Επιτροπή, με σκοπό τη διάθεσή της μέσω της διαδικτυακής πύλης της ευρωπαϊκής ηλεκτρονικής δικαιοσύνης, τις ακόλουθες πληροφορίες: α) τα μέσα συνδρομής, που παρέχονται στο έδαφός του· β) τα ονόματα και στοιχεία επικοινωνίας των αρχών που επωμίζονται την ευθύνη συνδρομής για τον προσδιορισμό της διευθύνσεως κατά το άρθρο 7 I στοιχ α, β· και γ) αν οι αρχές του κράτους μέλους παραλαβής υποβάλουν, με δική τους πρωτοβουλία, αιτήσεις παροχής πληροφοριών σχετικά με τις διευθύνσεις στα μητρώα κατοικίας ή σε άλλες βάσεις δεδομένων (άρθρο 7 II Καν 2020/1784)⁸⁷. Ανατέλλει σιγά σιγά ένας ιδιόρρυθμος διευρωπαϊκός μηχανισμός αμοιβαίας αρωγής και δικαστικής συνδρομής για τον εντοπισμό διευθύνσεων.⁸⁸

85 Βλ. *Αρβανιτάκη/Βασιλακάκη* [‘Ανθιμο], (ανωτ. σημ. 22), άρθρο 19 αριθ. 56

86 Βλ. ήδη ΔΕΕ 17.11.2011, *Hypotechni*, C-327/10, Αρμ. 2012, 1004, σκέψεις 55,56, παρατ. ‘Ανθιμου· ΔΕΕ 15.3.2012, G, C-492/10, *Ελλάνη* 2012.899, σκέψεις 55,59· πρβλ. και ΑΠ 1130/2017, ΕΠολΔ 2020.284, παρατ. ‘Ανθιμου

87 Υπενθυμίζεται ότι κατά την παραλαβή της βεβαιώσεως μη επιδόσεως, είναι σημαντικό για την υπηρεσία διαβίβασεως να γνωρίζει, αν οι αρχές του κράτους μέλους παραλαβής έχουν υποβάλει αιτήσεις σε μητρώα κατοικίας ή σε άλλες βάσεις δεδομένων, για την εξεύρεση νέας διευθύνσεως του παραλήπτη. Γι αυτό, τα κράτη μέλη θα πρέπει να ενημερώνουν την Επιτροπή, αν οι αρχές τους υποβάλλουν τέτοιες αιτήσεις με δική τους πρωτοβουλία σε περιπτώσεις, στις οποίες η διεύθυνση που αναφέρεται στην αίτηση επιδόσεως δεν είναι ορθή. Διευκρινίζεται πάντως (βλ. Προοίμιο Καν 2020/1784, σκέψη 19), ότι ο Κανονισμός δεν θα πρέπει να επιβάλει στις αρχές των κρατών μελών την υποχρέωση να υποβάλλουν τέτοιες αιτήσεις.

88 *‘Ανθιμος*, Αρμ 2018.273

ΙΧ. Ενιαίο πάγιο τέλος για την παρέμβαση των οργάνων επιδόσεως στο κράτος μέλος παραλαβής

Για τη διευκόλυνση προσβάσεως στη δικαιοσύνη, τα κράτη μέλη επιβάλλεται να καθορίσουν και ένα ενιαίο πάγιο τέλος για την παρέμβαση δικαστικού λειτουργού ή άλλου αρμόδιου οργάνου στο κράτος μέλος παραλαβής. Το πάγιο αυτό τέλος θα πρέπει να τηρεί τις αρχές της αναλογικότητας και της μη εισαγωγής διακρίσεων. Δεν εμποδίζονται ωστόσο, τα κράτη μέλη να προβλέπουν διαφορετικά τέλη για διαφορετικούς τύπους επιδόσεως, με την επιφύλαξη ασφαλώς των ανωτέρω αρχών⁸⁹.

89 Βλ. Προοίμιο Καν 2020/1784, σκέψη 28.

Διάκριση πραγματικού και νομικού ζητήματος στο δίκαιο της αναίρεσης

Κυριάκος Οικονόμου

Αρεοπαγίτης ε.τ.

Το θέμα αναπτύσσεται στο πλαίσιο της παραδοσιακής Μεθοδολογίας του δικαίου. Παρουσιάζονται ωρισμένες πτυχές τούτου, ενώ σε γενικές γραμμές αναλύεται η διαγνωστική πορεία του εφαρμοστή του δικαίου. Ακολουθείται μία λογική σειρά κατά την αναφορά των επί μέρους ζητημάτων.

Διάγραμμα

- A. Προεισαγωγικά
- B. Ο Δικανικός συλλογισμός
- Γ. Η Υπαγωγή
 - Η Διάκριση πραγματικού και νομικού ζητήματος
- Δ. Κατά την ανεύρεση και ερμηνεία του εφαρμοστέου κανόνος δικαίου
- Ε. Κατά την εφαρμογή του κανόνος δικαίου
- ΣΤ. Επί δικαστικής διακριτικής ευχέρειας
- Ζ. Επί ερμηνείας της δικαιοπραξίας

A. Προεισαγωγικά

1. Η διάκριση νομικού και πραγματικού ζητήματος

- α) Η διάκριση αυτή αποτελεί ακανθώδες ζήτημα της ανααιρετικής διαδικασίας και της Γενικής Θεωρίας του Δικαίου. Εντάσσεται στο γενικότερο πρόβλημα των σχέσεων της επιστήμης του δικαίου με την επιστήμη της λογικής.

Η ανωτέρω διάκριση ερείδεται επί της φιλοσοφικής τοιαύτης μεταξύ τής οντότητος του πράγματος – δηλαδή του **ότι** έστι το πράγμα– και τής **ουσιότητας** του πράγματος, – δηλαδή τού **τι** έστι το πράγμα. Διότι **το μεν πραγματικό ζήτημα** αφορά στην αμφισβήτηση κατά πόσον η επίδικος βιοτική περίπτωση εχώρησε ή δεν εχώρησε, **είναι ή δεν είναι, το δε νομικό ζήτημα** αφορά στην αμφισβήτηση **τί** (κατά δίκαιον) **είναι** η περίπτωσης αυτή.

Η ακριβής οριοθέτησή του βαίνει συχνά στην πράξη εξαιρετικώς δυσχερής.

- β) **Το πραγματικό γεγονός** αποτελεί, συμβάν (φυσικό ή ψυχικό φαινόμενο) ή κατάσταση (πράξη ως σύνθεση αισθητών και νοητών στοιχείων), που προϋπάρχει μεν κάθε νομικής ρυθμίσεως, αποκτά όμως νομική σημασία, αφ' ης καθίσταται στοιχείο του πραγματικού του ουσιαστικού κανόνος δι-

καίου και ανάγεται, εντεύθεν, σε προϋπόθεση για την επέλευση ορισμένης έννομης συνέπειας.

Τα πραγματικά γεγονότα που εισάγονται μέσω των πραγματικών ισχυρισμών των διαδίκων, καθίστανται αντικείμενο αποδείξεως και ακολούθως αντικείμενο της δικανικής πεποιθήσεως του δικαστή, θα αποτελέσουν την ιστορική βάση της εκδοθησομένης αποφάσεως, ενώ αποτελούν την κατ' άρθρ. 561 παρ. 1 ΚΠολΔ περιοχή του ανελέγκτου της αποφάσεως του δικαστηρίου της ουσίας (το αναιρετικώς ανέλεγκτο πραγματικό ζήτημα).

Το γεγονός ότι τα πραγματικά περιστατικά αποκτούν την ιδιότητα του κρίσιμου εν αναφορά προς τους εφαρμοστέους κανόνες δικαίου και οι τελευταίοι εξειδικεύονται εν αναφορά προς τα υπό κρίση πραγματικά περιστατικά, δεν αναιρεί τη δυνατότητα λογικού διαχωρισμού του νομικού από το πραγματικό ζήτημα.

- γ) Συμφώνως προς την διάταξη του άρθρου 561 § 1 ΚΠολΔ « η εκτίμηση από το δικαστήριο της ουσίας πραγματικών γεγονότων και ιδιαίτερα του περιεχομένου εγγράφων δεν υπόκειται στον έλεγχο του Αρείου Πάγου, εκτός αν παραβιάσθηκαν κανόνες δικαίου, στους οποίους συμπεριλαμβάνονται και οι ερμηνευτικοί ή αν υπάρχει λόγος αναίρεσης κατά το άρθρο 559 αριθ. 19 και 20».

Η διάταξη αυτή λειτουργεί **ως γενικό προσδιοριστικό όριο του αναιρετικού ελέγχου**, εισάγει **την διάκριση** μεταξύ πραγματικού και νομικού ζητήματος, έχει δε ιδιαίτερη σημασία στους λόγους αναίρεσεως από τους αριθμούς **1, 19, 20** του άρθρου 559.

Η κρίση του Αρείου Πάγου για το βάσιμο των λόγων αναίρεσεως από τους αριθμούς 1, 19 και 20 του άρθρου 559 είναι κατ' εξοχήν **νομική**, υπό την έννοια ότι:

- με τον λόγο από **τον αριθμό 1** ελέγχονται πλημμέλειες της **μείζονος** προτάσεως του τελικού δικανικού συλλογισμού,
- με τον λόγο από **τον αριθμό 19** ελέγχονται **ελλείψεις του υπαγωγικού συλλογισμού**, ως το συμπέρασμα αυτού αποτυπώνεται στην **ελάσσονα** πρόταση του **τελικού** δικανικού συλλογισμού,
- ενώ με τον λόγο αναίρεσεως από **τον αριθμό 20** ερευνάται το διαγνωστικό σφάλμα του δικαστηρίου της ουσίας, το οποίο οδήγησε, κατ' αποτέλεσμα, στην **παραμόρφωση** του περιεχομένου αποδεικτικού εγγράφου.

Επισημαίνεται εδώ ότι, προκειμένου να ασκηθή ο αναιρετικός έλεγχος τής αποφάσεως του δικαστηρίου της ουσίας, στο πλαίσιο έρευνας του βασίμου των ως άνω λόγων αναίρεσεως, ο Άρειος Πάγος είναι υποχρεωμένος **να αναμείξει και πραγματικά στοιχεία** στην κατ' εξοχήν **νομική** του κρίση.

2. Εννοιολογικές διευκρινήσεις

- α) **Υπαγωγή** είναι η λογική υπόταξη εννοιών, μιάς έννοιας είδους σε έννοια γένους ή ενός υποκειμένου σε ένα κατηγορούμενο, και πραγματοποιείται είτε με την μορφή **κρίσεως** είτε με την μορφή **συλλογισμού**.

Κρίση είναι ή διανοητική ενέργεια, με την οποία προσδιορίζεται ή λογική σχέση δύο εννοιών. Μέρη τής κρίσεως είναι το υποκείμενο, το κατηγορούμενο και το συνδετικό

Νομικός συλλογισμός είναι ό λογικός συλλογισμός, – δηλαδή η λογική ενέργεια, με την οποία από δεδομένες κρίσεις παράγεται κατά λογική ακολουθία άλλη κρίση, διαφορετική από αυτές– ο οποίος **ως μείζονα** πρόταση έχει ένα κανόνα δικαίου ή μία νομική έννοια.

Υπαγωγικός συλλογισμός ένα είδος νομικού συλλογισμού μέσω τού όποιου πραγματοποιείται ή υπαγωγή.

Δικανικός συλλογισμός είναι ό νομικός συλλογισμός, ο οποίος επιχειρείται από τον εφαρμοστή τού δικαίου προς τον σκοπό εφαρμογής τού δικαίου.

- β) **Ο κανόνας δικαίου** είναι δεοντολογική πρόταση **υποθετικής** μορφής, διότι τα εξηρημένα μέρη τελούν σε σχέση λόγου και ακολουθίας κατά τέτοιο τρόπο, ώστε εάν υπάρξει ως ιστορικό γεγονός η περιεχόμενη στο πραγματικό τού κανόνος δικαίου, υποθετικώς και αφηρημένως, προβλεπόμενη εμπειρική πραγματικότητα (**λόγος**), να επέρχεται η προβλεπόμενη από τον κανόνα δικαίου έννομη συνέπεια (**ακολουθία**), η διάγνωση της οποίας αποτελεί και το κύριο αντικείμενο της πολιτικής δίκης.

Η σχέση που συνδέει τα ανωτέρω δύο μέρη του, δηλαδή την αλληλουχία του λόγου και της ακολουθίας, είναι **τελολογική**, δηλαδή, **σχέση** καταλλήλου και αναγκαίου **μέσου** προς επίτευξη επιθυμητού **σκοπού**.

- γ) **Με την αίτηση του διαδίκου** υποβάλλεται στο δικαστήριο προς κρίση ένας βραχυλογικός δικανικός συλλογισμός, ο οποίος είναι **μεικτός υποθετικός** και αποτελείται από ελάσσονα πρόταση και συμπέρασμα (216, 262 ΚΠΟΛΔ). Εξυπακούεται, όμως, και η ύπαρξη συγκεκριμένης μείζονος πρότασεως, και ζητείται από το δικαστήριο η άμεση διενέργεια των απαραίτητων διαδικαστικών πράξεων, προκειμένου να παρασχεθή η αιτούμενη από τον διάδικο δικαστική προστασία **με τη διάγνωση, καταψήφιση ή διάπλωση της αιτουμένης έννομης συνέπειας**.

Όταν γίνεται λόγος περί επαφής ή συνδέσεως κανόνος δικαίου προς πραγματικών γεγονόσ, τούτο σημαίνει ότι το **νόημα** του κανόνος συνδέεται προς το **νόημα** τής πράξεως

Β. Ο Δικανικός συλλογισμός

1. (ολικός ή τελικός) δικανικός συλλογισμός

Η κρίση του δικαστηρίου περί της διαγνώσεως του αντικειμένου της δίκης αναπτύσσεται σε μεικτό υποθετικό συλλογισμό, καλούμενο **(ολικό ή τελικό) δικανικό συλλογισμό**, στον οποίο:

ως **μείζων** πρόταση τίθεται ο **εφαρμοστέος κανόνας** δικαίου, κατά το πραγματικό του και την έννομη συνέπεια (κρίση **υποθετική**),

- Εάν κάποιος ζημιώσει άλλον παρανόμως και υπαιτίως, υποχρεούται σε αποζημίωση (ΑΚ 914)

ως **ελάσσων** πρόταση τίθεται η γνωσθείσα **ατομική περίπτωση** με την πρόσθετη κρίση **περί της υπαγωγής ή μη** της περιπτώσεως στο πραγματικό του κανόνα δικαίου (κρίση **κατηγορική**)

- Ό Α ζημίωσε τον Β παρανόμως και υπαιτίως, και

ως **συμπέρασμα** τίθεται το συμπέρασμα που προκύπτει από την υπαγωγή, με το οποίο καταφάσκει ή αποφάσκει η επέλευση της έννομης συνέπειας στη γνωσθείσα περίπτωση.

- Άρα ό Α υποχρεούται σε αποζημίωση τού Β

2. Η ελάσσων πρόταση του δικανικού συλλογισμού

Η ελάσσων πρόταση του **δικανικού συλλογισμού** δεν αποτελείται μόνον από πραγματικά στοιχεία, όπως είναι η οντολογική κρίση περί της υπάρξεως των πραγματικών γεγονότων, αλλά επιπλέον **και από το πόρισμα** της επιχειρηθείσης **υπαγωγής**, το οποίο συνίσταται στο νομικό χαρακτηρισμό των γεγονότων. Επομένως, η ελάσσων πρόταση του τελικού δικανικού συλλογισμού, **εκτός από το αποδεικτικό πόρισμα**, περιέχει και το **πόρισμα άλλου συλλογισμού**, ο οποίος έχει σκοπό να διαγνωσθή η υπαγωγή ή μη των γνωσθέντων πραγματικών γεγονότων στις κατ' ιδίαν προϋποθέσεις τού πραγματικού του εφαρμοστέου κανόνας δικαίου.

3. (Μερικός) υπαγωγικός συλλογισμός

Ο συλλογισμός αυτός καλείται **(μερικός) υπαγωγικός συλλογισμός**, περιέχει δε:

- α) ως **μείζονα** πρόταση την ανάλυση της **νομικής έννοιας** (ή του συμπλέγματος των νομικών εννοιών), που **συνιστούν τις προϋποθέσεις του πραγματικού** τού εφαρμοστέου κανόνας δικαίου, της οποίας νομικής έννοιας: α) υποκείμενο είναι τα γνωρίσματα αυτής (έννοιας), δηλαδή το ορίζον (λόγος) και β) κατηγορούμενο είναι η έννοια, δηλαδή το οριζόμενο (ακολουθία).

- Α (έννοια) χαρακτηρίζεται από τα γνωρίσματα $N_1 + N_2 + N_3$
- β) ως **ελάχισσωνα πρόταση** τούτου (μερικού υπαγωγικού συλλογισμού) τα γνωσθέντα πραγματικά γεγονότα, τα οποία συγκρίνονται (αντιστοιχίζονται) με τα κατ' ιδίαν στοιχεία της νομικής έννοιας, όπως αυτά περιέχονται στη μείζονα πρόταση του υπαγωγικού συλλογισμού.
 - Π (πραγματική περίπτωση) εμφανίζει τα γνωρίσματα $N_1 + N_2 + N_3$
- γ) ως **συμπέρασμα** δε του υπαγωγικού συλλογισμού το πόρισμα από την ως άνω σύγκριση, δηλαδή **η κρίση περί της υπαγωγής** ή μη των διαπιστωθέντων πραγματικών γεγονότων στη νομική έννοια (**νομικός χαρακτηρισμός**).
 - Άρα Π είναι Α.

Το πόρισμα (συμπέρασμα) τού **μερικού** αυτού συλλογισμού αποτελεί την υπαγωγική κρίση, με την όποια σχηματίζεται η **ελάσσων πρόταση τού ολικού συλλογισμού**.

Στο ανωτέρω παράδειγμα: Ο Α ζημίωσε τον Β παρأنόμως και υπαιτίως

Παραδείγματα σε σχηματική μορφή:

i) τελικός δικανικός συλλογισμός

A: (συμβολίζεται) το πραγματικό του κανόνος δικαίου, **B:** η έννομη συνέπεια, ($\rightarrow$) : δέον να επέλθη, **Π:** γνωσθείσα περίπτωση, $=$: υπάγεται

A $\rightarrow$ B Εάν καταρτισθή σύμβαση μισθώσεως, ο μὲν εκμισθωτής έχει την υποχρέωση να παραχωρήσει την χρήση του πράγματος, ό δε μισθωτής να καταβάλει το μίσθωμα.

Π = A Ο εκμισθωτής Γ και ο μισθωτής Δ κατήρτισαν σύμβαση μισθώσεως.
Π $\rightarrow$ B Άρα ο μὲν Γ έχει την υποχρέωση να παραχωρήσει την χρήση του πράγματος, ό δε Δ να καταβάλει το συμφωνηθέν μίσθωμα.

ii) υπαγωγικός συλλογισμός

Σε καταφατική μορφή.

A = M1 + M2 + M3 Σύμβαση μισθώσεως πράγματος είναι εκείνη κατά την οποίαν συνέπεσαν οι βουλήσεις δύο προσώπων, προκειμένου ό μὲν εκμισθωτής να παραχωρήσει στον έτερο, κατά την διάρκεια του χρόνου τής συμβάσεως, την χρήση του πράγματος, ό δε μισθωτής καταβάλει το συμφωνηθέν μίσθωμα.

Π = M1 + M2 + M3 Οι βουλήσεις των Γ και Δ συνέπεσαν όπως, ο μὲν Γ παραχωρήσει για ένα έτος την χρήση τής οικίας του στον Δ, ο δε Δ όπως καταβάλει συνολικώς ως μίσθωμα

Άρα **Π = A** Άρα οι Γ και Δ κατήρτισαν σύμβαση μισθώσεως

δ) Εντεύθεν, τα διαπιστωθέντα πραγματικά γεγονότα χαρακτηρίζονται **νομικά** διά του υπαγωγικού συλλογισμού και τίθενται, μαζί με το αποδεικτικό πόρισμα, στην ελάσσονα πρόταση του τελικού **δικανικού συλλογισμού**, στον οποίο περιέχονται, όχι μόνο τα διαπιστωθέντα πραγματικά γεγονότα, αλλά **και ο νομικός** χαρακτηρισμός τους.

4. Εκ των ανωτέρω προκύπτει ότι, στην **ελάσσονα** πρόταση του **τελικού δικανικού** συλλογισμού περιλαμβάνεται μία οντολογική και μία δεοντολογική κρίση:

i) **οντολογική κρίση** είναι: **είτε ο ισχυρισμός** του διαδίκου περί πραγματικού γεγονότος, που υποβάλλεται στο δικαστήριο **είτε και το πόρισμα της αποδεικτικής διαδικασίας**, στο οποίο ενσωματώνεται η δικανική πεποίθηση του δικαστή ως προς το ισχυριζόμενο και ήδη αποδειχθέν πραγματικό γεγονός.

Περαιτέρω, στην ελάσσονα πρόταση του **δικανικού** συλλογισμού περιλαμβάνεται:

ii) και μία **δεοντολογική** κρίση, δηλαδή ο νομικός χαρακτηρισμός τού ισχυριζομένου ή αποδειχθέντος πραγματικού γεγονότος, το καταφατικό ή αποφατικό πόρισμα του **μερικού** υπαγωγικού συλλογισμού, συμφώνως προς το οποίο διατυπώνεται κρίση περί της **υπαγωγής** ή μη του πραγματικού γεγονότος στην περιεχόμενη στον εφαρμοστέο κανόνα δικαίου **νομική έννοια**.

Στο ανωτέρω παράδειγμα: (Ο Α ζημίωσε τον Β παρأنόμως και υπαίτιως)

Η ελάσσων πρόταση συντίθεται, εκτός από την οντολογική κρίση, και από δύο υπαγωγικές κρίσεις (ότι ή ζημία τού Β προήλθε από παράνομη και από υπαίτια πράξη του Α), πού αποτελούν τα πορίσματα των αντιστοίχων υπαγωγικών συλλογισμών. **Οι υπαγωγικές αυτές κρίσεις ονομάζονται και νομικοί χαρακτηρισμοί**, γιατί αποτελούν νομικούς χαρακτηρισμούς πραγματικών γεγονότων.

5. Η ανωτέρω διάκριση αποτυπώνει πλήρως και τα όρια του ανααιρετικού ελέγχου, ως καθορίζονται από τη διάταξη του άρθρου 561 § 1. Έτσι, ό,τι ανήκει στη διαπίστωση των πραγματικών γεγονότων, δηλαδή, ό,τι αφορά **στο πόρισμα (συμπέρασμα) του αποδεικτικού συλλογισμού, αποτελεί οντολογική κρίση**, η οποία προηγείται λογικώς και χρονικώς της υπαγωγικής κρίσεως και αποτελεί **πραγματικό ζήτημα**, μη υποκείμενο στον ανααιρετικό έλεγχο, συμφώνως και προς τη διάταξη του άρθρου 561 § 1.

Αντιθέτως ό,τι αφορά **στον νομικό χαρακτηρισμό των πραγματικών γεγονότων**, ανήκει στην υπαγωγική διαδικασία, αποτελεί δεοντολογική κρίση και συνεπώς **νομικό ζήτημα**, το οποίο ελέγχεται αναίρετικώς είτε μέσω του αριθμού 1 είτε μέσω του αριθμού 19 του άρθρου 559 για ευθεία, άλλως εκ πλαγίου παράβαση του κανόνος δικαίου.

Αντιστοίχως, η διάκριση πραγματικού και νομικού ζητήματος είναι κατά κανόνα ευχερής, εφ' όσον αντικείμενο του υπαγωγικού συλλογισμού είναι ορισμένη ή σαφής **νομική έννοια**.

Όταν, αντιθέτως, αντικείμενο του υπαγωγικού συλλογισμού είναι **αόριστη ή ασαφής** νομική έννοια, η διάκριση είναι δυσχερής, ιδίως, μάλιστα, όταν η εξειδίκευση της αόριστης νομικής έννοιας εξικνείται μέχρι τοιούτου επιπέδου, ώστε ο ορισμός της να περιλαμβάνει τα ιδιαίτερα χαρακτηριστικά γνωρίσματα της διαπιστωθείσης ατομικής περιπτώσεως. Σ' αυτή την περίπτωση η διάκριση πραγματικού και νομικού ζητήματος είναι και πάλι λογικώς δυνατή, εφ' όσον το αποδεικτικό πόρισμα προηγείται λογικώς και χρονικώς του νομικού χαρακτηρισμού των πραγματικών γεγονότων.

Επομένως, και εδώ θα ισχύσει ο κανόνας, ότι **πραγματικό ζήτημα** είναι ό,τι ανήκει στη διαπίστωση των πραγματικών γεγονότων μέσω του **αποδεικτικού** συλλογισμού, ενώ **νομικό ζήτημα** είναι ό,τι ανήκει στο νομικό χαρακτηρισμό των πραγματικών γεγονότων μέσω του **υπαγωγικού** συλλογισμού.

6. Για να ελεγχθή **η ορθότης της δικανικής κρίσεως**, πρέπει αυτή να αναλυθή σε συλλογισμό και να ελεγχθή ο συλλογισμός αυτός από απόψεως τυπικής και ουσιαστικής ορθότητος.

Κατά ταύτα, **ο τελικός δικανικός συλλογισμός**, μέσω του οποίου τίθεται εις εφαρμογήν ο εφαρμοστέος κανόνας δικαίου στην ατομική περίπτωση, αποτελεί το πόρισμα αλυσίδας, άλλως **την σύνθεση** επιμέρους, μεικτών, υποθετικών, επίσης, **μερικών συλλογισμών**, στους οποίους προβαίνει ο εφαρμοστής του δικαίου, προκειμένου να καταλήξει στην σύνθεση του τελικού δικανικού συλλογισμού. Σε **κάθε επιμέρους** υπαγωγικό συλλογισμό διενεργείται υπαγωγή στις νομικές έννοιες του πραγματικού (ή και της έννομης συνέπειας) του εφαρμοστέου κανόνος δικαίου. Ο **τελικός** (ολικός) συλλογισμός είναι αναγκαία συνέπεια του μερικού συλλογισμού, ο οποίος φέρει το βάρος τής εφαρμογής του δικαίου.

Πράγματι, **τόσο το πραγματικό, όσο και η έννομη συνέπεια** του εφαρμοστέου κανόνος αποτελούνται από έννοιες, τις **νομικές έννοιες**, οι οποίες έχουν συγκεκριμένο εμπειρικό ή νομικό περιεχόμενο. Προκειμένου δε ο εφαρμοστής του δικαίου να καταλήξει, ότι ο συγκεκριμένος κανόνας δικαίου εφαρμόζεται στην ατομική περίπτωση, προκειμένου, δηλαδή, να

καταστρώσει τον τελικό και ολικό δικανικό συλλογισμό, εκτελεί σειρά **μερικών συλλογισμών**, τους οποίους αποκαλούμε:

υπαγωγικούς συλλογισμούς —μέσω των οποίων καταλήγει ούτος σε συμπεράσματα, ως προς τη συνδρομή στην ατομική περίπτωση **των επιμέρους προϋποθέσεων του πραγματικού του κανόνος δικαίου**, ώστε στη συνέχεια να διαγνώσει την επέλευση της προβλεπόμενης έννομης συνέπειας και ενδεχομένως να τελέσει και στο στάδιο αυτό, δηλαδή, στο στάδιο της διαγνώσεως της επελεύσεως της έννομης συνέπειας—

και συμπληρωματικούς υπαγωγικούς συλλογισμούς, προκειμένου να εξειδικεύσει στην ατομική περίπτωση την γενικώς, κατ' είδος μόνο προβλεπόμενη από τον κανόνα έννομη συνέπεια **σε έννομη συνέπεια ορισμένου περιεχομένου**. Όταν δε καταφάσκεται η υπαγωγή της ατομικής περιπτώσεως στον εφαρμοστέο κανόνα, η δεοντολογική αυτή κρίση ακολουθεί όχι απλώς κατά λογική, αλλά προπάντων τελολογική ακολουθία **ως συμπεράσμα**, ότι η ατομική περίπτωση πρέπει να καταληφθή από την έννομη συνέπεια του εφαρμοστέου κανόνος δικαίου, ώστε να καταστή φορέας του δεοντολογικού του νοήματος και μέσον πραγματώσεως του σκοπού του.

Γ. Η Υπαγωγή

Ως υπαγωγή νοείται η κρίση, ότι κάτι υπάγεται σε δεδομένο κανόνα.

Η κύρια εργασία του εφαρμοστή του δικαίου γίνεται μέσω της **υπαγωγής**, η οποία αποτελεί την κεντρική νοητική λειτουργία, δια της οποίας απονέμεται δίκαιο στην ατομική περίπτωση. Η γνωστική πορεία του εφαρμοστή του δικαίου στη φάση της υπαγωγής ακολουθεί **επαγωγική** διαδρομή, μεταβαίνει, δηλαδή, από το Ειδικό στο Γενικό.

α) Λογική προϋπόθεση της **υπαγωγής** είναι η ερμηνεία της έννοιας, που περιέχεται στον κανόνα δικαίου, ώστε μέσω της ερμηνείας να αναλυθή η συγκεκριμένη νομική έννοια στα επιμέρους χαρακτηριστικά **του πλάτους και βάθους** αυτής και να καταστή, έτσι, δυνατή η υπαγωγή της συγκεκριμένης πραγματικής καταστάσεως στα επί μέρους χαρακτηριστικά της έννοιας.

Ειδικότερα, η λογική διεργασία της υπαγωγής συνίσταται **στην σύγκριση** των κατ' ιδίαν χαρακτηριστικών της νομικής έννοιας, ως αυτά προέκυψαν από την ερμηνεία της, με τα κατ' ιδίαν πραγματικά γεγονότα, ως προς τα οποία σχημάτισε δικανική πεποίθηση ο εφαρμοστής του δικαίου.

Όμως, η υπαγωγή, είτε της ατομικής κοινωνικής περιπτώσεως **στον κανόνα δικαίου** είτε και του ατομικού κοινωνικού συμβάντος **στην οικεία νομική έννοια**, που αποτελεί προϋπόθεση του πραγματικού (ή και της έννομης συνέπειας) του κανόνος, δεν διενεργείται αμέσως οριστικώς. Ο

εφαρμοστής του δικαίου έχει προ αυτού ένα **συγκεκριμένο βιοτικό συμβάν**, το οποίο ιστορείται με το ασκούμενο ένδικο βοήθημα, βάσει του οποίου αιτείται ο διάδικος δικαστική προστασία.

- β) Το πρώτο καθήκον του εφαρμοστή του δικαίου είναι, εν όψει και της αρχής *iura novit curia*, να κρίνει, εάν το υποβαλλόμενο αίτημα είναι **νόμιμο**, αφού προηγουμένως διέλθη το στάδιο **του παραδεκτού**.

Κατά το στάδιο, της αξιολογήσεως της νομικής βασιμότητας του ασκηθέντος ενδίκου βοηθήματος, ο εφαρμοστής του δικαίου υποθέτει αληθές το ιστορούμενο βιοτικό συμβάν και διενεργεί **την υποθετική ή δοκιμαστική ή προκαταρκτική** (άλλως **προκαθεστηκυία < προκαθίστημι = ορίζω εκ των προτέρων>**) **υπαγωγή**, προκειμένου αφ' ενός μεν να αναζητήσει τον εφαρμοστέο κανόνα δικαίου, αφ' ετέρου δε περαιτέρω να εξετάσει, εάν τα ιστορούμενα πραγματικά γεγονότα είναι τόσο πλήρη, ώστε, αληθή υποτιθέμενα, να οδηγούν σε εφαρμογή του ανευρεθέντος εφαρμοστέου κανόνος δικαίου.

Με την **υποθετική (προκαθεστηκυία)** υπαγωγή αναζητείται πρωτίστως **ο εφαρμοστέος** στη συγκεκριμένη περίπτωση κανόνας δικαίου, ο οποίος δεν είναι εξ αρχής δεδομένος.

Πρόκειται για μία παλινδρομική κίνηση του βλέμματος του ερμηνευτή-εφαρμοστή «προς τα εδώ (**προς τον κανόνα**) και προς τα εκεί (**προς τα πράγματα**)».

- γ) Αφού ολοκληρωθή θετικώς η υποθετική **υπαγωγή** και ο εφαρμοστής του δικαίου καταλήξει στο υπαγωγικό πόρισμα, ότι το αιτούμενο είναι **νόμιμο**, βαίνει στην εξέταση **του ουσία βασίμου** του ενδίκου βοηθήματος.

Στη φάση αυτή **ο εφαρμοστέος κανόνας δικαίου** έχει μεν εντοπισθή και είναι πλέον δεδομένος, υπό το πρίσμα του ιστορουμένου βιοτικού συμβάντος και του αιτουμένου με το οικείο ένδικο βοήθημα- όμως, το ιστορούμενο βιοτικό συμβάν, το οποίο κατά τη φάση της εξετάσεως της νομικής βασιμότητας τού ενδίκου βοηθήματος υποτίθεται αληθές, μένει τώρα **να αποδειχθή**.

- δ) Όταν ολοκληρωθούν οι αποδείξεις και ο εφαρμοστής του δικαίου σχηματίσει δικανική πεποίθηση περί του βιοτικού συμβάντος, προχωρεί πλέον στη φάση **της οριστικής υπαγωγής**. Στη φάση αυτή είναι δεδομένη τόσο η μείζων, όσο και η ελάσσων πρόταση του υπαγωγικού συλλογισμού και μένει να διενεργηθή **η πραγματική (τελική)** υπαγωγή. Εφ' όσον, όμως, ανευρέθη το γενικό στοιχείο, ο έλεγχος της ορθότητας αυτού είναι ευχερέστερος με την ανάλυση και των δύο εννοιών, δηλαδή της γενικής και της ειδικής, στα επιμέρους χαρακτηριστικά στοιχεία τους.

Η **οριστική υπαγωγή** δεν εξαντλείται μόνο στην **επαλήθευση** του τελεσθέντος με την προκαθεστηκυία υπαγωγή υπαγωγικού συλλογισμού,

αλλά αποτελεί καθ' όλα έγκυρο λογικό σχήμα, το οποίο έχει την ικανότητα να παράγει έγκυρα από λογική και γνωσιολογική έποψη συμπεράσματα. Στις περιπτώσεις προβολής αυτοτελών ισχυρισμών, οι οποίοι εμποδίζουν κατά το δίκαιο την εφαρμογή του (βασικού) κανόνος δικαίου, που διεκδικεί ο διάδικος, η λειτουργία της οριστικής υπαγωγής **άγει σε αντίθετο συμπέρασμα** από ό,τι η προκαθεστηκυία υπαγωγή.

Ακολουθεί η ανάπτυξη της αλυσίδας των **μερικών υπαγωγικών** συλλογισμών, οι οποίοι είναι απαραίτητο να προηγηθούν, προκειμένου να καταστή δυνατή η λειτουργία του **τελικού** υπαγωγικού ή δικανικού συλλογισμού.

Ο κάθε επιμέρους υπαγωγικός συλλογισμός δεν τελείται αμέσως οριστικώς, υπό την έννοια ότι και εδώ είναι επίσης **απαραίτητη η προκαθεστηκυία υπαγωγή**, εφ' όσον μέσω αυτής προχωρεί ο εφαρμοστής του δικαίου σε τέλεια ανάπτυξη του βάθους και του πλάτους της εκάστοτε νομικής έννοιας, δηλαδή σε ανάπτυξη όλων των χαρακτηριστικών στοιχείων, με τα οποία προσδιορίζεται κατά περιεχόμενο το αντικείμενό της.

Δ. Η Διάκριση πραγματικού και νομικού ζητήματος κατά την ανεύρεση και ερμηνεία τον εφαρμοστέου κανόνος δικαίου

Η διαδικασία **ευρέσεως, ερμηνείας και εφαρμογής** του εφαρμοστέου κανόνος δικαίου, ο οποίος θα αποτελέσει περιεχόμενο της μείζονος προτάσεως του τελικού δικανικού συλλογισμού, αποτελεί καθ' όλες τις φάσεις της διαδικασίας τής **υποθετικής** (προκαθεστηκυίας) υπαγωγής αποκλειστικώς **νομικό** ζήτημα (561 § 1) και συνεπώς ελέγχεται αναιρετικώς στο πλαίσιο των αναιρετικών λόγων από τους αριθμούς 1 και 19 του άρθρου 559.

Ειδικότερον:

α) Η **εύρεση** του εφαρμοστέου κανόνος δικαίου, ακόμη και στις περιπτώσεις που αυτός ελλείπει, αποτελεί **νομικό ζήτημα** υποκείμενο στον αναιρετικό έλεγχο υπό το πρίσμα του αριθμού 1 του άρθρου 559. Αντικείμενο αναιρετικού ελέγχου είναι ο **σχετικός υπαγωγικός συλλογισμός στο σύνολό του**, δηλαδή ακόμη και κατά το σκέλος της ελάσσοнос προτάσεως αυτού, διότι το σύνολο του σχετικού υπαγωγικού συλλογισμού ανευρέσεως του εφαρμοστέου κανόνος δικαίου, κινείται επί αφηρημένου πεδίου και δεν περιέχει καμία οντολογική κρίση σχετική με την υπό κρίση ατομική περίπτωση, η οποία αποτελεί την ρυθμιστέα από τον αναζητούμενο κανόνα δικαίου περίπτωση.

Περαιτέρω, ο **ανευρεθείς** και διερευνώμενος προς εφαρμογήν κανόνας καθίσταται αντικείμενο ερμηνείας, προκειμένου να καταλήξει ο δικαστής

εάν είναι πράγματι εφαρμοστέος στην υπό κρίση περίπτωση.

Επισημαίνεται ενταύθα ότι, εάν το σφάλμα εντοπίζεται στην ανάλυση της πρώτης προτάσεως του υπαγωγικού συλλογισμού, δηλαδή στον προσδιορισμό του βάθους της νομικής έννοιας, τότε δεν έχουμε εσφαλμένη υπαγωγή **αλλά εσφαλμένη ερμηνεία**. Εάν ο δικαστής χαρακτηρίσει τα αποδειγμένα πραγματικά γεγονότα με τη νομική έννοια της πρώτης προτάσεως (λχ ότι η αποδειγμένη συμπεριφορά του εναγομένου συνιστά «υπαιτιότητα»), χωρίς να αναλύσει τα χαρακτηριστικά γνωρίσματα της υπαιτιότητας και να υποστηρίξει ότι τα χαρακτηριστικά αυτά γνωρίσματα είναι κοινά στη νομική έννοια, όσο και στα αποδειγμένα πραγματικά γεγονότα, τότε έχουμε έλλειψη νόμιμης βάσεως.

- β) **Ερμηνεία** του κανόνος δικαίου είναι η **διαδικασία εξειδικεύσεως** αυτού ως μέρους του τελολογικώς δομημένου συστήματος της εννόμου τάξεως. Ο ενδεχομένως εφαρμοστέος κανόνας δικαίου ερμηνεύεται τελολογικώς από τον δικαστή, προκειμένου ο τελευταίος να ολοκληρώσει την κατάσταση του υπαγωγικού συλλογισμού, μέσω του οποίου πραγματοποιείται η **υποθετική** υπαγωγή. Ο εφαρμοστής του δικαίου καταρτίζει αλυσίδα επί μέρους υπαγωγικών συλλογισμών, όσων και οι κατ' ιδίαν προϋποθέσεις του πραγματικού (ή και της έννομης συνέπειας) του κανόνος δικαίου.

Η όλη διαδικασία της ερμηνείας του κανόνος είναι αποκλειστικώς **νομικό** ζήτημα, εντεύθεν υπόκειται, κατ' άρθρο 561 § 1, σε πλήρη αναιρετικό έλεγχο με τον αριθμό 1 του άρθρου 559.

Ε. Η Διάκριση πραγματικού και νομικού ζητήματος κατά την εφαρμογή του κανόνος δικαίου

Κατά τη φάση **εφαρμογής** του εξευρεθέντος και ερμηνευθέντος κανόνος, οπότε σχηματίζονται επιμέρους υπαγωγικοί συλλογισμοί για την ερμηνεία και εφαρμογή των **κατ' ιδίαν νομικών εννοιών**, που περιέχονται στον εφαρμοστέο κανόνα δικαίου, τίθεται ομοίως ζήτημα διακρίσεως πραγματικού και νομικού ζητήματος.

- α) Νομικές έννοιες και εξειδίκευση αυτών

Αφ' ης στιγμής ανευρεθή από τον δικαστή ο εφαρμοστέος κατά περίπτωση κανόνας δικαίου, ταυτοχρόνως αρχίζει η (επόμενη) φάση **της πράξεως εφαρμογής** του δικαίου, κατά την οποία απαιτείται να εξειδικευθούν οι περιεχόμενες στον κανόνα **νομικές έννοιες**. Κατά ποίο τρόπο θα εξειδικευθή η νομική έννοια, είναι πρόβλημα **της ερμηνείας του δικαίου**.

Εφ' όσον εξειδικεύεται ορισμένη νομική έννοια, **ο αναιρετικός έλεγχος** διενεργείται τόσο ως προς την **ψευδή ερμηνεία**, όσον και ως προς

την **εσφαλμένη εφαρμογή** της και η έκταση του αναιρετικού ελέγχου θα εκτείνεται ως προς τη θέση **ορθής μείζονος** προτάσεως στο σχετικό υπαγωγικό συλλογισμό (επί ψευδούς ερμηνείας) ή και ως προς την ορθότητα του περιεχόμενου **στην ελάσσονα** πρόταση υπαγωγικού πορίσματος (επί εσφαλμένης εφαρμογής).

Αφ' ης στιγμής θα καταστρωθή η μείζων πρόταση του τελικού δικανικού συλλογισμού, ο εφαρμοστής του δικαίου καταστρώνει την ελάσσονα πρόταση του δικανικού συλλογισμού, στην οποία περιέχεται αφ' ενός **μεν το αποδεικτικό** πόρισμα, αφ' ετέρου **δε το υπαγωγικό** πόρισμα. Η συνύπαρξη των δύο αυτών πορισμάτων στην ελάσσονα πρόταση κάθε νομικού συλλογισμού δημιουργεί πλείστα όσα προβλήματα στη διάκριση πραγματικού και νομικού ζητήματος, δοθέντος ότι το **μεν αποδεικτικό πόρισμα** ως κρίση **οντολογική** είναι **πραγματικό** ζήτημα, ενώ **το υπαγωγικό πόρισμα** ως κρίση **δεοντολογική** είναι **νομικό** ζήτημα.

Στην πράξη, όμως, τα δύο πορίσματα δεν εκτίθενται διακεκριμένως στην ελάσσονα πρόταση του δικανικού συλλογισμού, αλλά κατά κανόνα εκτίθεται μόνο το αποδεικτικό πόρισμα και εξυπνοείται το υπαγωγικό πόρισμα.

β) Αόριστες νομικές έννοιες

Η γενικότητα και το εφαρμοστέο του κανόνος δικαίου, ιδίως μάλιστα, οσάκις ο κανόνας αυτός περιλαμβάνει είτε στο πραγματικό του είτε και στην έννομη συνέπεια αόριστες νομικές έννοιες, επιβάλλουν στον εφαρμοστή του δικαίου τη δημιουργία **ενδιάμεσου κανόνος δικαίου**, ο οποίος στην τελολογική κλίμακα αξιών παρεμβάλλεται μεταξύ κανόνα και ατομικής περιπτώσεως και **αποτελεί εξειδίκευση** του γενικού κανόνος εν όψει της ατομικής υπό κρίση περιπτώσεως.

Η λειτουργία του ενδιάμεσου αυτού κανόνος συνίσταται **κυρίως στην εξειδίκευση**, μέσω υπαγωγικού συλλογισμού, της περιεχόμενης στον κανόνα δικαίου **αόριστης νομικής έννοιας**, αντλείται δε αυτός από τον εφαρμοστέο κανόνα εν όψει της υπό κρίση ατομικής περιπτώσεως και διατυπώνεται ρητώς ή σιωπηρώς το πρώτον από τον εφαρμοστή του δικαίου.

Στις αόριστες έννοιες ο δικαστής δεν βρίσκει έτοιμη την μείζονα πρόταση, αλλά ως φορέας ό ίδιος της εξειδικεύσεως καλείται αυτός να την διαπλάσει, συμπληρώνοντας το έργο τού νομοθέτη. Η μείζων πρόταση θα διαπλασθή με την μέθοδο της **τεολογικής εξειδικεύσεως**.

Για να χωρήσει ή εξειδίκευση τεολογικώς, δηλαδή για να ανευρεθί ή μείζων πρόταση τού συλλογισμού, θα πρέπει να καθορισθί ή αλυσίδα εκείνη των ενδιαμέσων νοημάτων πού αποτελούν τούς ενδιάμεσους σκοπούς, δια την οποίων συνδέεται το ατομικό δεδομένο με τα γενικότερα κριτήρια αξίας (ή απαξίας), στα οποία ό κανόνας δικαίου αναφέρεται.

Ο υπαγωγικός συλλογισμός, ηδύνατο να διατυπωθή ως ακολούθως:

Μ.Π. (ενδιάμεσος κανόνας): Αν υπάρξει συμφωνία αμοιβής για τη διευκόλυνση επιτεύξεως διαζυγίου (λόγος), η συμφωνία αυτή είναι άκυρη, διότι αντιβαίνει στα χρηστά ήθη (ακολουθία).

Ε.Π.: Οι Α και Β κατάρτισαν συμφωνία για αμοιβή του Β έναντι διευκόλυνσεως επιτεύξεως διαζυγίου του Α.

Σ.: Η μεταξύ Α και Β καταρτισθείσα συμφωνία είναι άκυρη, ως αντιβαίνουσα στα χρηστά ήθη.

ΣΤ. Η Διάκριση πραγματικού και νομικού ζητήματος επί δικαστικής διακριτικής ευχέρειας

- 1) Μία ιδιαίτερη κατηγορία **αορίστων νομικών εννοιών** καταλαμβάνουν όλες εκείνες οι περιπτώσεις, κατά τις οποίες με νομική έννοια, που περιλαμβάνεται **στην έννομη συνέπεια** του οικείου κανόνος δικαίου, παρέχεται **διακριτική ευχέρεια** στον δικαστή κατά τη διάγνωση της προβλεπομένης έννομης συνέπειας.

Στις περιπτώσεις, που ο νόμος προβλέπει την επιδίκαση από το δικαστήριο «εύλογης αποζημιώσεως» ή την επιδίκαση «ανάλογης» ή «προσήκουσας» παροχής ή οσάκις ο δικαστής προσδιορίζει με «εύλογη κρίση» ή με «δίκαιη κρίση» την αόριστη παροχή ή την προσδιορίζει απλώς κατά «κρίση», κ.ο.κ, η **προβλεπόμενη στην έννομη συνέπεια** του οικείου κανόνας αόριστη νομική έννοια είναι **κανονιστική** με ειδικότερο περιεχόμενο την παροχή διακριτικής ευχέρειας στον εφαρμοστή του δικαίου κατά την εξειδίκευση και συνεπώς την διάγνωση της προβλεπόμενης έννομης συνέπειας.

- 2) Στην περίπτωση **της δικαστικής διακριτικής ευχέρειας** ο εφαρμοστής του δικαίου αντλεί από τον κανόνα δικαίου τα αξιολογικά όρια, εντός των οποίων θα κινηθεί κατά την άσκηση της διακριτικής ευχέρειας, και στη συνέχεια ασκεί τη διακριτική ευχέρεια, επιλέγοντας μία από πολλές εξίσου νόμιμες λύσεις.

Ειδικότερα, ο καθορισμός από τον εφαρμοστή του δικαίου των ακροτάτων ορίων της διακριτικής ευχέρειας γίνεται με βάση αντικειμενικά αξιολογικά κριτήρια, αντλούμενα από τον εννοιολογικό πυρήνα της αόριστης νομικής έννοιας, η οποία περιέχεται στην έννομη συνέπεια του κανόνας. Με τη βοήθεια των κριτηρίων αυτών εξειδικεύει ο εφαρμοστής, μέσω της υπαγωγικής διαδικασίας, την ενυπάρχουσα στον κανόνα δικαίου νομοθετική αξιολόγηση, ώστε η υπ' αυτού διαγιγνώσκόμενη και κατ' είδος, πλέον, επακριβώς προσδιορισμένη έννομη συνέπεια να συνδέεται τελολογικώς

με τους επιδιωκόμενους από τον οικείο κανόνα σκοπούς και να συνιστά πραγματοποίηση αυτών στο πεδίο της απονομής ατομικής δικαιοσύνης.

Κατά τον προσδιορισμό των ορίων της διακριτικής ευχέρειας το δικαστήριο θα λάβει επιπλέον υπ' όψη τα δεδομένα της κοινής πείρας και την κοινή περί δικαίου συνείδηση σε ορισμένο τόπο και χρόνο.

- 3) Η εξειδίκευση των αορίστων αυτών εννοιών χωρεί **σε δύο φάσεις**: μία φάση, κατά την οποία προσδιορίζονται τα ακραία όρια της διακριτικής ευχέρειας, και μία δεύτερη, κατά την οποία ασκείται η διακριτική ευχέρεια και προσδιορίζεται η επιδικαστέα έννομη συνέπεια.

Στην πράξη ο δικαστής, θεωρώντας ένα ποσό ως ανάλογο ή εύλογο, υπονοεί ότι τούτο ευρίσκεται εντός του πλαισίου των κατωτάτων και ανωτάτων, δηλαδή ανεκτών, ορίων, ως αυτά καθορίζονται αντικειμενικώς βάσει κριτηρίων αντλούμενων από τον εφαρμοστέο κανόνα δικαίου και την καθόλου έννομη τάξη. **Παραλείπεται έτσι** ο επιμέρους υπαγωγικός συλλογισμός, με τον οποίο καθορίζονται, τα απώτατα όρια της διακριτικής ευχέρειας.

Z. Η Διάκριση πραγματικού και νομικού ζητήματος επί ερμηνείας της δικαιοπραξίας

- 1) Ρητώς προβλέπεται στο άρθρο 559 αριθ. 1, ότι στους κανόνες ουσιαστικού δικαίου, που δύνανται να θεμελιώσουν το λόγο αναιρέσεως, περιλαμβάνονται και οι ερμηνευτικοί κανόνες των δικαιοπραξιών, δηλαδή οι γενικοί των άρθρων 173 και 200 ΑΚ, αλλά και έτεροι ειδικοί.

Εφ' όσον οι ερμηνευτικοί κανόνες έχουν ως σκοπό την ανεύρεση του νομικώς κρίσιμου νοήματος της γενομένης δικαιοπρακτικής δηλώσεως, είναι προφανές, ότι η πορεία του δικαστή προς ανεύρεση του νοήματος αυτού προσδιορίζεται από τους κανόνες αυτούς, οι οποίοι, εντεύθεν, είναι ενδεχόμενο να παραβιάζονται είτε ευθέως είτε εκ πλαγίου.

Εκ της ερμηνείας των ερμηνευτικών κανόνων εξαρτάται ο ειδικότερος **προσδιορισμός** του ενδεδειγμένου τρόπου και της εκτάσεως των ορίων ενεργείας του δικαστή κατά την ερμηνευτική του πορεία, ο οποίος περικλείει πάντοτε την κατά την πορεία αυτή τήρηση των κανόνων της λογικής και των διδαγμάτων της κοινής πείρας, εφ' όσον οι κανόνες αυτοί συνδέονται αναποσπαστως με τη φύση της ερμηνευτικής ενέργειας.

Κατά την **ερμηνεία της δηλώσεως βουλήσεως** αναμειγνύονται πάντοτε πραγματικά και νομικά στοιχεία, διότι η ερμηνεία των δικαιοπραξιών αποτελεί μία σύνθετη γνωσιολογική διαδικασία, κατά την οποία πρέπει, αφ' ενός μεν να διαπιστωθή εμπειρικώς η αληθής βούληση τού δικαιοπρακτούντος (173 ΑΚ), παραλλήλως όμως και να προσδιορισθή η κανονιστική

της διάσταση, η οποία προσδιορίζεται με βάση την καλή πίστη (200 ΑΚ).

- 2) Έτσι, **πραγματικό ζήτημα** είναι η διαπίστωση της υπάρξεως μιας δηλώσεως βουλήσεως, η αποσαφήνιση του γραμματικού-γλωσσικού μέρους αυτής και η διαπίστωση των συνοδευτικών συνθηκών, υπό τις οποίες διευτώθη η δήλωση βουλήσεως, η διαπίστωση ότι ο δηλώσας ανήκει σε κάποιο συγκεκριμένο κύκλο προσώπων, ως επίσης και η ύπαρξη ή όχι μιας συγκεκριμένης συναλλακτικής συνήθειας, η οποία επικρατεί, ενδεχομένως, σε ένα κύκλο προσώπων.

Αντιθέτως, **νομικό ζήτημα** είναι η απόδοση συγκεκριμένου νοήματος στη δήλωση βουλήσεως άνευ προσηλώσεως στις λέξεις, αλλά βάσει ιδίως της καλής πίστεως και των συναλλακτικών ηθών, εφ' όσον στην περίπτωση αυτή συντελείται νομική υπαγωγή. **Νομικό** είναι, επίσης, και το ζήτημα, ότι από συγκεκριμένη συμπεριφορά προκύπτει δικαιοπρακτική βούληση του δηλούντος, ως επίσης **νομικό** είναι το ζήτημα ότι, επί απευθυντέας δηλώσεως βουλήσεως, έπρεπε κατά την καλή πίστη να αντιληφθή το περιεχόμενο της εξωτερικευθείσης δηλώσεως το πρόσωπο, προς το οποίο αυτή απευθύνεται, έστω και αν στη συγκεκριμένη περίπτωση την αντελήφθη άλλως, του τελευταίου όντος **πραγματικού** ζητήματος.

Στο πλαίσιο της κατ' άρθρο 173 ΑΚ υποκειμενικής ερμηνείας της δικαιοπραξίας δεν σκοπείται απλώς η ανεύρεση της κατά κυριολεξίαν αληθούς βουλήσεως του δικαιοπρακτούντος ως συμβάντος της εμπειρικής πραγματικότητας, δηλαδή ως πραγματικού γεγονότος, αλλά, επιπλέον και **κυρίως, σκοπείται ο καθορισμός του προσήκοντος, και νομικώς σημαντικού νοήματος** της ενιαίας και εξωτερικευθείσης πράξεως της δηλώσεως βουλήσεως, που αποτελεί με τη σειρά του **νομικό** ζήτημα.

- 3) **Το σαφές ή μη** της δηλώσεως βουλήσεως δεν αναφέρεται στο οντολογικό ζήτημα, ποίο είναι το περιεχόμενο της δηλώσεως βουλήσεως, αλλά **και στο δεοντολογικό ζήτημα**, ποίο είναι το νομικώς σημαντικό νόημα της δηλώσεως βουλήσεως με το συγκεκριμένο περιεχόμενο, που είναι **νομικό** ζήτημα, εντεύθεν αποτελεί αντικείμενο του αναιρετικού ελέγχου κατ' άρθρο 559 αριθ. 1 σε συνδυασμό με το άρθρο 561 § 1.

Συνεπώς, η κρίση, περί του **σαφούς ή ασαφούς** της δηλώσεως βουλήσεως δεν αποτελεί καθ' εαυτήν προϊόν ερμηνείας, αλλά αποτελεί (**νομική**) κρίση του δικαστηρίου της ουσίας, λογικώς και χρονικώς προηγούμενη της καθ' εαυτήν ερμηνείας, ως προς την οποία, όμως, δικαιολογείται κατά νόμον **ο αναιρετικός έλεγχος**.

Η νομολογία θεωρεί ως ανέλεγκτη περί τα πράγματα την κρίση του δικαστηρίου της ουσίας, ότι η συγκεκριμένη δήλωση βούλησης είναι **σαφής**, οπότε δεν επιδέχεται ερμηνείας, ή δεν είναι σαφής, οπότε είναι δεκτική ερμηνείας.

Χρησιμοποιηθείσα βιβλιογραφία

- Αραβαντινός Ι., *Στοιχεία Μεθοδολογίας του Δικαίου*, 1978
- Καλαβρός Κ., Η αναίρεση κατά τον ΚΠολΔ Γ εκδ., 2017
- Καλαβρός Κ., Τα όρια του αναιρετικού ελέγχου, 2015
- Καλαβρός Κ., Αιτήσεις και ισχυρισμοί στην πολιτική δίκη, 2013, 113 επ.
- Καλαβρός Κ., Η διάκριση πραγματικού και νομικού ζητήματος 932 ΑΚ ΝΟΒ 2009 1037 επ.
- Καλαβρός Κ., ΔΙΑΛΟΓΟΙ ΜΕ ΤΗ ΝΟΜΟΛΟΓΙΑ, ΣΛ. 291 επ.
- Καράσης Μ., Η έννοια και ο χαρακτήρας του υπαγωγικού συλλογισμού ως τρόπου εφαρμογής του δικαίου, Μελέτες Ι, 2002, 318, 323 επ.
- Καράσης Μ., Γεν. Αρχ. ΑΚ ΙΙ, 293 επ.
- Καράσης Μ., ΘΕΜΕΛΙΩΣΗ ΚΑΙ ΛΕΙΤΟΥΡΓΙΑ ΤΟΥ ΥΠΑΓΩΓΙΚΟΥ ΣΥΛΛΟΓΙΣΜΟΥ, Αρμ. 56(2002) σελ. 173 επ.
- Κατηφόρης Ν., Οι αόριστες νομικές έννοιες στη δικαστική απόφαση ΕΠολΔ 2019, 624 επ.
- Μανιώτης Δ., Αρχές του δικαίου αποδείξεως στην πολιτική δίκη, 2013
- Μαργαρίτης Μ., Η «αλήθεια» του δικαστή στην μείζονα πρόταση, Τιμ. Τομ. Απ. Γεωργιάδη, 2006, σελ. 2484 επ.
- Μητσόπουλος Γ., Πολιτική δικονομία, Α', 1972, 10 επ
- Μητσόπουλος Γ., Η διάκρισις πραγματικού και νομικού ζητήματος εν τη αναιρετική διαδικασία, Μελέται Ι, 1983, 102 επ.
- Μητσόπουλος, Περί του νομικού προσδιορισμού του πραγματικού γεγονότος, Μελέται Ι, 1983, 107-113, 118-119 και 115-154
- Μπέης, Δεοντικές (νομικές) και οντολογικές (εμπειρικές) έννοιες στην αναιρετική διαδικασία του Αρείου Πάγου, Δ 2009, 1119 επ.
- Μπέης Κ., Γλώσσα και Δικανική, Τα εκφραστικά μέσα των δικαστικών αποφάσεων, Δίκη 1999, 583 επ.
- Παπανικολάου Π., Μεθοδολογία του Ιδιωτικού Δικαίου, 2000
- Παπανούτσος Ε., Λογική, 1974
- Παπαστάθης Α. Ο αναιρετικός έλεγχος της αρχής της Αναλογικότητας στην πολιτική δίκη
- Ποδηματά, Η τελολογική θεμελίωση των νομικών κρίσεων, ΝοΒ 2007, 2003.
- Ρήγας Β., Εύλογη χρηματική ικανοποίηση λόγω ηθικής βλάβης επί προσβολής της προσωπικότητας και αναιρετικός έλεγχος της εφαρμογής της ΑΚ 932, Δ 2009, 799
- Σταμάτης Κ., Μεθοδολογία του δικαίου, Η Θεμελίωση των νομικών κρίσεων, 2016
- Τσάτσος Κ., Το πρόβλημα της ερμηνείας του δικαίου, 1978
- Τσάτσος Κ., Σημεία επαφής κανόνος δικαίου και πράξεως, Αφιέρωμα Χ. Φραγκίσταν, τομ. ΙΒ/Δ, 1969, σελ. 27 επ.
- Τσίνας Κ., Δίκαιο και Λογική, 2011
- Engisch Karl, Εισαγωγή στη νομική σκέψη, 1981

Σκέψεις για την αρχή της δημοσιότητας στην πολιτική δίκη

Γεώργιος Ορφανίδης

Ομ. Καθηγητής Νομικής Σχολής Ε.Κ.Π.Α.

I. Η αρχή της δημοσιότητας της δίκης*

1. Η Ελλάδα ανήκει στην κατηγορία των χωρών που προβλέπουν τη δημοσιότητα της δίκης στο συνταγματικό τους χάρτη¹. Κατά τη διάταξη του άρθρ. 93 παρ. 2Σ οι συνεδριάσεις κάθε δικαστηρίου είναι δημόσιες, εκτός αν το δικαστήριο κρίνει με απόφασή του ότι η δημοσιότητα πρόκειται να είναι επιβλαβής στα χρηστά ήθη ή ότι συντρέχουν ειδικοί λόγοι προστασίας της ιδιωτικής ή οικογενειακής ζωής των διαδίκων. Επίσης, κατά το άρθρ. 6 παρ. 1 της Ευρωπαϊκής Συμβάσης για την προάσπιση των δικαιωμάτων του ανθρώπου και των θεμελιωδών ελευθεριών (ΕΣΔΑ) κάθε πρόσωπο έχει δικαίωμα να εκδικασθεί η υπόθεσή του δικαίως και δημοσίως. Η είσοδος στην αίθουσα δικαστηρίου μπορεί να απαγορευθεί όταν αυτό επιβάλλεται για λόγους προστασίας της ηθικής, της δημόσιας τάξεως ή της εθνικής ασφάλειας, των συμφερόντων των ανηλίκων ή της ιδιωτικής ζωής των διαδίκων και των συμφερόντων της δικαιοσύνης. Περαιτέρω, ο Κώδικας Πολιτικής Δικονομίας (ΚΠολΔ) περιλαμβάνει στις θεμελιώδεις δικονομικές αρχές την επιταγή για τήρηση της δημοσιότητας των συνεδριάσεων (άρθρ. 113 παρ. 1). Αν ωστόσο η διεξαγωγή της συζήτησης θα μπορούσε να είναι επιβλαβής για τα χρηστά ήθη ή τη δημόσια τάξη, τότε το δικαστήριο μπορεί να διατάξει και αυτεπαγγέλτως τη διεξαγωγή της κεκλεισμένων των θυρών. Απαιτείται προηγούμενη ακρόαση διαδίκων και εισαγγελέα.

Αντίστοιχη σε γενικές γραμμές ήταν η ρύθμιση της Πολιτικής Δικονομίας του 1834. Η συζήτηση στο ακροατήριο «ήταν συνήθως δημοσία για τους διαδίκους και τον λοιπόν λαόν» (άρθρ. 162 ΠολΔ). Προβλεπόταν και εδώ ως εξαίρεση η συζήτηση κεκλεισμένων των θυρών, όταν η δημοσία συζήτηση της δίκης μπορούσε να επιφέρει βλάβη στα ήθη ή στην κοινήν

* Η μελέτη αφιερώνεται στον αγαπητό συνάδελφο Δημήτριο Μανιώτη, Τακτικό Καθηγητή στο Δημοκρίτειο Πανεπιστήμιο Θράκης, για την πολλαπλή συνεισφορά του στην καλλιέργεια του κλάδου του αστικού δικονομικού δικαίου.

1 Βλ. την εποπτεία στους Schwab – Gottwald, *Verfassung und Zivilprozeß*, 1984, σελ. 13-14.

ευταξίαν. Προς τούτο έπρεπε να προηγηθεί ακρόαση των διαδίκων ή του εισαγγελέα, να υπάρξει αιτιολογημένη απόφαση και δημοσίευση της αποφάσεως σε δημόσια συνεδρίαση (άρθρ. 163 ΠολΔ). Προσέτι η απόφαση ήταν αυτοτελώς προσβλητή με έφεση και αναίρεση.

Από το συνδυασμό των ως άνω διατάξεων προκύπτει ότι η δημοσιότητα της δίκης δεν αποτελεί μόνον μια θεμελιώδη δικονομική αρχή (άρθρ. 106 επόμ. ΚΠολΔ) ή ένα δικονομικό αξίωμα αλλά συνιστά μια συνταγματικού δικαίου αρχή² που αποτυπώνεται παράλληλα σε νόμο αυξημένης τυπικής ισχύος (ν.δ. 53/1974, άρθρ. 28 Ι Σ). Η διαπίστωση αυτή έχει πρακτική σημασία υπό την έννοια ότι ο κοινός νομοθέτης δεν μπορεί κατ' αρχήν να καταστήσει κενή περιεχομένου τη συνταγματική διάταξη μέσω της υιοθέτησεως προτύπου διαδικασίας με έγγραφη διεξαγωγή της δίκης³. Η δημοσιότητα προϋποθέτει την προφορικότητα της διαδικασίας και σε σχέση με την αποδεικτική διαδικασία την εφαρμογή της αρχής της αμεσότητας των αποδείξεων⁴ υπό την έννοια της διεξαγωγής των αποδείξεων ενώπιον του κρίνοντος δικαστηρίου. Η αποφυγή της μυστικής δικαστικής διαδικασίας αποτέλεσε ιστορικά ακριβώς έναν από τους λόγους⁵ για την προβολή και αποδοχή της αρχής της δημοσιότητας. Η δημοσιότητα των συνεδριάσεων θεωρείται προσέτι ότι αποτελεί τμήμα της δημοκρατικής διαμόρφωσης του συστήματος παροχής έννομης προστασίας⁶. Αντλείται από την αρχή του κράτους δικαίου⁷ και κατά μια άποψη από τη δημοκρατική αρχή υπό την έννοια ότι όλες οι εξουσίες πηγάζουν από το λαό (άρθρ. 2 παρ. 3Σ)⁸.

2. Στην αρχή της δημοσιότητας προσδίδεται μια ισχυρή δικονομική λειτουργία η οποία έγκειται στον έλεγχο των δικαστών από το λαό, στην προσεκτικότερη εξέταση των υποθέσεων εκ μέρους του δικαστηρίου, στην ενίσχυση της ανεξαρτησίας των δικαστών και στη μη έκθεση των διαδίκων

2 Βλ. για το θέμα BVerfG 15, 303 (307). Εκτενώς Αθ. Πανταζόπουλος, Η αρχή της δημοσιότητας στην πολιτική δίκη, 2009, σελ. 51 επομ.

3 Βλ. Μπέη, Πολιτική Δικονομία, άρθρ. 113 ΙΙΙ 1.

4 Βλ. MünchKommZPO – M. Wolf, GVG, § 169 αριθ. 2. Βλ. για τις δύο πτυχές της αμεσότητας των αποδείξεων Γ. Ορφανίδη, Το επιτρεπτό των αποδεικτικών συμβάσεων, 1988, σελ. 345.

5 Βλ. Κεραμέα, Αστικό Δικονομικό Δίκαιο, 1986, αριθ. 66. Rosenberg – Schwab – Gottwald, Zivilprozeßrecht, 15^η έκδ., § 23 IV 1.

6 Βλ. προσφάτως Bundesarbeitsgericht NJW 2016, 3611 επόμ. (απόφ. [Beschluß] της 22.09.2016 – 6 AZN 376/16). Επίσης, Fasching, Zivilprozeßrecht, 2^η έκδ., 1990, αριθμ. 682.

7 Βλ. MünchKommZPO – M. Wolf, ό.π., αριθ. 3 με παραπομπές στη νομολογία και θεωρία.

8 Μπέης, Πολιτική Δικονομία, άρθρ. 559, σελ. 2174. MünchKommZPO – M. Wolf, ό.π., αριθ. 3. Αντίθετα Kissel, Gerichtsverfassungsgesetz, 1981, σελ. 1155 για το γερμανικό δίκαιο που δεν γνωρίζει πάντως, ευθέως τουλάχιστον, τη συνταγματική κατοχύρωση του θεσμού.

σε αυθαίρετες συμπεριφορές από πλευράς δικαστηρίου⁹. Σημαίνει ότι θα πρέπει να είναι ευχερώς γνωστός ο τόπος και χρόνος των συνεδριάσεων, να είναι ελεύθερη και χωρίς ανάγκη επίκλησης ειδικού λόγου η είσοδος και παρουσία του κοινού στην αίθουσα του δικαστηρίου ενώ η διεξαγωγή της δίκης θα πρέπει να γίνεται με τρόπο και περιεχόμενο, ώστε το αντικείμενο της συζήτησεως να καθίσταται κατανοητό και στον μη ειδικό¹⁰. Υπό την προοπτική αυτή η δημοσιότητα υπαγορεύεται από λόγους δημοσίου συμφέροντος ενώ τυχόν αντίθετη κοινή βούληση των διαδικών στερείται εννόμων συνεπειών.

Η υψηλή δικονομική διαβάθμιση του θεσμού της δημοσιότητας προκύπτει και από το γεγονός ότι η μη οριστική απόφαση που διατάζει τη διεξαγωγή της δίκης χωρίς την τήρησή της προσβάλλεται κατά νόμο και σε συνέχεια της ρυθμίσεως της Πολιτικής Δικονομίας (άρθρ. 162) αυτοτελώς με τα ένδικα μέσα της εφέσεως και της αναιρέσεως (άρθρ. 114 παρ. 4). Δεν συμπροσβάλλεται κατ' ανάγκη με την οριστική απόφαση. Η άσκηση του ενδίκου μέσου δεν έχει ανασταλτικό αποτέλεσμα (παρ. 4 εδ. 2), όμως η αποδοχή του οδηγεί σε επανάληψη της δίκης με τήρηση της δημοσιότητας και ακύρωση όλου του σταδίου αυτής που διενεργήθηκε κεκλεισμένων των θυρών ή και που συνεχεται με την παρανόμως κεκλεισμένων των θυρών διεξαχθείσα συζήτηση.

Για την επέλευση των συνεπειών που επέρχονται σε περίπτωση παραβάσεως είναι αδιάφορο αν αναμένεται ή αν υπήρξε πράγματι ενδιαφέρον προσέλευσης του κοινού σε συνεδρίαση που έλαβε χώρα κατά παράβαση των επιταγών του νόμου για τη δημοσιότητα¹¹. Υπό την έννοια αυτή παραβιάζεται η δημοσιότητα αν συνεχίζεται η δίκη σε προκεχωρημένη ώρα με κλειστή την πύλη του δικαστικού μεγάρου¹². Είναι επίσης αδιάφορο αν η παραβίαση της δημοσιότητας περιήλθε σε γνώση του δικαστηρίου ή αν θα μπορούσε να περιέλθει με την επίδειξη της προσήκουσας επιμέλειας¹³. Η προσέγγιση αυτή μπορεί να οδηγεί σε μη ικανοποιητικά αποτελέσματα και να συνιστά προσκόλληση σε ακραία τυπικότητα, είναι όμως αναγκαία για την προληπτική κατοχύρωση του θεσμού στην πράξη¹⁴. Με τη θεώρη-

9 Γ. Ράμμος, Εγχειρίδιον αστικού δικονομικού δικαίου, 1978, σελ. 339 · Μπέης, Πολιτική Δικονομία, αρθρ. 113 αριθ. ΙΙ. Νίκας, Πολιτική Δικονομία Ι, 2020, § 48 αριθ. 1. Βλ. επίσης Kissel, ό.π., σελ. 1154.

10 Βλ. για την πτυχή αυτή της δημοσιότητας J. Braun, Lehrbuch des Zivilprozeßrechts, 2014, σελ. 145. MünchKommZPO – M. Wolf, ό.π., αριθ. 2.

11 Braun, ό.π., σελ. 149 · Rosenberg – Schwab – Gottwald, ό.π., § 23 IV 4.

12 Βλ. προσφάτως την περίπτωση BGH WM 2021, 198 (200) (Beschluss XI ZR 355/19).

13 Βλ. για το θέμα Kissel, ό. π., § 169 GVG, αριθ. 55 επόμ.

14 Βλ. την προσπάθεια αμβλύνσεως των συνεπειών από την παραβίαση της αρχής της δημοσι-

ση αυτή συνέχεται το γεγονός ότι για την παράβαση δεν εξετάζεται από πλευράς ενδίκων μέσων η ύπαρξη αιτιώδους συνάφειας, αν δηλαδή η μη ορθότητα της προσβαλλόμενης αποφάσεως οφείλεται στην παραβίαση των διατάξεων για τη δημοσιότητα. Τεκμαίρεται υπάρχουσα η συνάφεια¹⁵. Υπό την έννοια αυτή σε συγγενείς έννομες τάξεις θεωρείται ότι η παράβαση συνιστά έναν απόλυτο λόγο αναιρέσεως¹⁶.

II. Η συζήτηση κεκλεισμένων των θυρών

1. Όπως προκύπτει από την παραπάνω (υπό I 1) παράθεση, η αρχή της δημοσιότητας δεν ισχύει अपαρεικλίτως. Όλες οι ως άνω κανονιστικές ρυθμίσεις προβλέπουν ρητά εξαιρέσεις. Κοινό χαρακτηριστικό αυτών είναι ο αποκλεισμός της δημοσιότητας δυνάμει δικαστικής αποφάσεως και με τη συνδρομή συγκεκριμένων λόγων. Οι διατυπώσεις επιτρέπουν το συμπέρασμα ότι η απόφαση για τη διεξαγωγή της συζήτησης κεκλεισμένων των θυρών αφήνεται στην κρίση του δικαστηρίου. Το δικαστήριο δεν «διατάζει» το μέτρο όταν συντρέχουν οι προβλεπόμενοι εξαιρετικοί λόγοι που αποτελούν συνήθως αόριστες νομικές έννοιες αλλά μπορεί να το διατάξει. Η χρήση του ρήματος «δύνатаι» στο άρθρ. 114 παρ. 1 δεν αναφέρεται στη δυνατότητα απτεπαγγέλτου κινήσεως της διαδικασίας για τη λήψη του μέτρου¹⁷ αλλά στην απόφαση για τη λήψη του μέτρου. Αντίστοιχη κατανόηση επιβάλλεται και για τη συνταγματική διάταξη (93 II). Επομένως, το κρίνον δικαστήριο πρέπει να σταθμίσει το συμφέρον της εννόμου τάξεως για τη διατήρηση της δημοσιότητας των συνεδριάσεων και την ανάγκη προστασίας των εννόμων αγαθών, όπως αυτά εκφράζονται με τους λόγους για τους οποίους προβλέπεται η απαγόρευση. Αυτό σημαίνει ότι και όταν το δικαστήριο διαπιστώνει πως η διεξαγωγή της συζήτησης θα μπορούσε να είναι επιβλαβής για τα χρηστά ήθη ή τη δημόσια τάξη, δεν υποχρεούται να διατάξει τη διεξαγωγή της συζήτησης κεκλεισμένων των θυρών. Η διαπίστωση αποτελεί μια πιθανή λύση που θα πρέπει να σταθμισθεί με την επιταγή για τήρηση της δημοσιότητας ως μια επίσης ενδεχόμενη λύση.

Παράλληλα ανευρίσκεται στο ισχύον δίκαιο και η περίπτωση κατά την οποία η διεξαγωγή της συζήτησης κεκλεισμένων των θυρών προβλέπεται εκ του νόμου. Οι σχετικές ειδικές ρυθμίσεις συναντώνται στην ενότητα

ότητας ένεκα τυχαίων συμβάντων και τυπικών παραλείψεων MünchKommZPO – M. Wolf, ό.π., § 169 GVG, αριθ. 68.

15 Βλ. για το γερμανικό δίκαιο Braun, ό.π., σελ. 149.

16 § 547 αριθ. 5 γερμ ΚΠολΔ.

17 Το σημείο αυτό προκύπτει έτι σαφέστερον από τη διατύπωση κατά τις προπαρασκευαστικές εργασίες (ΣχΠολΔII 139).

για τις υποθέσεις εκούσιας δικαιοδοσίας που αφορούν την προσωπική κατάσταση. Κατά τη διάταξη του άρθρ. 802 παρ. 3 ΚΠολΔ στις δίκες για τη δικαστική συμπαράσταση ή την υποβολή προσώπου σε ακούσια νοσηλεία η διεξαγωγή ολόκληρης της συζήτησης, και ιδίως των αποδείξεων, γίνεται κεκλεισμένων των θυρών. Το ίδιο ισχύει για το διορισμό του προσωρινού δικαστικού συμπαραστάτη (άρθρ. 805 παρ. 1).

Υιοθετείται επομένως στον ΚΠολΔ ένα δυαδικό σύστημα, κάτι που ισχύει και σε αλλοδαπές έννομες τάξεις¹⁸ και ίσχυε υπό το καθεστώς της Πολιτικής Δικονομίας¹⁹. Ο εκ το νόμου αποκλεισμός της δημοσιότητας αναφέρεται κατ' ανάγκη σε συγκεκριμένες κατηγορίες υποθέσεων. Επέκταση μέσω ερμηνείας δεν είναι δυνατή. Η αποφυγή υιοθετήσεως ενός γενικού κριτηρίου, όπως «υποθέσεις εκούσιας δικαιοδοσίας», αποτρέπει και τη δημιουργία ερμηνευτικών ζητημάτων προς την κατεύθυνση αν η απαγόρευση ισχύει και για τις μη γνήσιες υποθέσεις εκούσιας δικαιοδοσίας. Η συνταγματική ρύθμιση και η παραπομπή του άρθρ. 741 ΚΠολΔ στις διατάξεις των άρθρ. 1 έως 590 έχουν επίσης ως αποτέλεσμα να μην αναπτύσσει πρακτική σημασία το γεγονός ότι η διάταξη του άρθρ. 6 ΕΣΔΑ αναφέρεται σε διαγνωστική δίκη στην οποία κρίνονται αξιώσεις και δικαιώματα. Επομένως, δεν μπορεί να υποστηριχθεί άποψη ότι στις υποθέσεις εκούσιας δικαιοδοσίας δεν διεκδικεί εφαρμογή η αρχή της δημοσιότητας.

Συναντάται επίσης ως τρίτη εκδοχή η περίπτωση κατά την οποία το δικαστήριο αποφασίζει κατά την κρίση του, χωρίς αναφορά στο νόμο συγκεκριμένων λόγων που θα μπορούσαν να δικαιολογήσουν τη συζήτηση χωρίς δημοσιότητα. Σε σχέση με την τέλεση της υιοθεσίας το δικαστήριο μπορεί να διατάξει τη διεξαγωγή της κύριας διαδικασίας «κεκλεισμένων των θυρών» (άρθρ. 800 παρ. 5).

Τέλος, απαντάται και μια τέταρτη εκδοχή. Κατά τη διάταξη του άρθρ. 799 ΚΠολΔ το δικαστήριο διατάζει για τις εκεί αναφερόμενες περιπτώσεις της παροχής αδείας για μεταθανάτια τεχνητή γονιμοποίηση ή για κυοφορία τέκνου από άλλη γυναίκα τη διεξαγωγή της συζήτησης κεκλεισμένων των θυρών, αν κρίνει ότι η δημοσιότητα πρόκειται να είναι επιβλαβής στα χρηστά ήθη ή συντρέχουν ειδικοί λόγοι προστασίας της ιδιωτικής ή οικογενειακής ζωής των διαδίκων. Εδώ το δικαστήριο υποχρεούται να διατάξει

18 Βλ. πχ. § 170 του γερμανικού νόμου για τον οργανισμό των δικαστηρίων (Gerichtsverfassungsgesetz) για τις οικογενειακές διαφορές και τις υποθέσεις εκούσιας δικαιοδοσίας με την ενδιαφέρουσα αντίθετη πρόβλεψη ότι το δικαστήριο μπορεί να επιτρέψει τη δημόσια διεξαγωγή της δίκης, όχι όμως αντίθετα προς τη βούληση ενός διαδίκου.

19 Ο εκ του νόμου περιορισμός της δημοσιότητας απαντούσε στην Πολιτική Δικονομία ως προς συγκεκριμένες κατηγορίες υποθέσεων, μεταξύ των οποίων και οι δίκες διαζυγίου (άρθρ. 162 παρ. 2).

τον αποκλεισμό. Το θέμα δεν αφήνεται εδώ στην κρίση του δικαστηρίου, έστω και αν την προϋπόθεση εφαρμογής του κανόνος δικαίου συνιστούν αόριστες νομικές έννοιες.

2. Κατά την κρατούσα θεώρηση με τον κατά νόμο αποκλεισμό της δημοσιότητας κατ' άρθρ. 802 παρ. 3 σκοπείται η προστασία της αξιοπρέπειας του συμπαραστατέου ένεκα του γεγονότος ότι αντικείμενο της συζήτησεως θα αποτελέσουν κατ' ανάγκη συμβάντα της αυστηρώς ιδιωτικής σφαίρας του²⁰. Το ίδιο ισχύει και για την περίπτωση της ακούσιας νοσηλείας. Η θέση αυτή αποτυπωνόταν μάλιστα ρητά στο νόμο για την ακούσια νοσηλεία υπό το προγενέστερο νομικό καθεστώς (άρθρ. 96 παρ. 6 ν. 2071/1992). Πρέπει να προστατευθεί η ιδιωτική ζωή του ασθενή. Ομοίως, το Σύνταγμα αναφέρεται στην προστασία της ιδιωτικής ή οικογενειακής ζωής των διαδίκων, ενώ ο ΚΠολΔ ανάγεται στην προστασία των χρηστών ηθών και της δημόσιας ασφαλείας.

Συγχρόνως, όμως, πρέπει να γίνει δεκτό ότι με τη διεξαγωγή της δίκης κεκλεισμένων των θυρών εξυπηρετείται και η ανεύρεση της αλήθειας στη δίκη. Καθίσταται δυνατή η ανοικτή, χωρίς προφυλάξεις και αναστολές, συζήτηση των ενδεχομένως ευαίσθητων θεμάτων αποδείξεως²¹. Με το μέτρο προστατεύονται όχι μόνο οι διάδικοι, όπως ιδιαιτέρως στενά μνημονεύει το Σύνταγμα, αλλά και οι μάρτυρες και οι πραγματογνώμονες. Η διάταξη του άρθρ. 802 παρ. 3 αναφέρεται ρητά στις αποδείξεις. Στην αποδεικτική διαδικασία παραπέμπει επίσης η αναφορά του άρθρ. 114 παρ. 1 εδ. 1 ΚΠολΔ για διεξαγωγή μέρους μόνον της συζήτησεως κεκλεισμένων των θυρών. Διατάσσεται λχ. το μέτρο για την εξέταση συγκεκριμένου μάρτυρα ή των διαδίκων. Προφανώς υπό την έννοια αυτή η ΕΣΔΑ αναφέρεται στο συμφέρον της δικαιοσύνης ως λόγο που μπορεί να δικαιολογήσει τη διεξαγωγή της συζήτησης κεκλεισμένων των θυρών. Στην αλλοδαπή θεωρία ως περιεχόμενο της δημόσιας τάξης η οποία μπορεί να οδηγήσει στη λήψη αποφάσεως για διεξαγωγή των συνεδριάσεων χωρίς δημοσιότητα αναφέρεται και η διευκόλυνση στην ανεύρεση της αλήθειας²². Δημιουργούνται οι προϋποθέσεις για την χωρίς πίεση, φόβο και ξένες επιρροές εξέταση της υποθέσεως. Επιβεβαιωτική για τη σχέση αποδείξεως και δημοσιότητας είναι η εγχώρια δικαστηριακή πρακτική και αλλοδαπές ρυθμίσεις κατά τις οποίες η εξέταση μάρτυρος λαμβάνει χώρα με την αποχώρηση από την

20 Βλ. Κουνουγέρη – Μανωλεδάκη, Οικογενειακό δίκαιο, ΙΙ, 2016, σελ. 577 · Kissel, ό.π., § 171 αριθ. 1.

21 Βλ. για τη διάσταση αυτή Kissel, ό.π., § 171 αριθ. 1 · MünchKommZPO – M. Wolf, GVG, § 170 αριθ. 1.

22 Βλ. Kissel, ό.π., § 172 αιθ. 24 επόμε. Επιφυλακτικός ο M. Wolf, MünchKommZPO, § 172 GVG αριθ. 4 (εμμέσως μόνο).

αίθουσα των προσώπων που πρόκειται να εξετασθούν ως μάρτυρες στη συνέχεια²³. Η θέση αυτή δεν μπορεί να μεταφερθεί στους διαδικούς ενόψει της ρυθμίσεως του άρθρ. 110 παρ. 2²⁴, καίτοι υπό προϋποθέσεις θα μπορούσε να συντρέξει και εν προκειμένω λόγος για περιορισμό μέρους της συνεδριάσεως με αποχώρηση των διαδικών²⁵. Η παρουσία πληρεξουσίου δικηγόρου και η αξιολόγηση των αποδείξεων δεν μπορούν να αναπληρώσουν το δικαίωμα των διαδικών να παρίστανται σε όλα τα στάδια της δίκης.

Είναι σαφές ότι λύσεις που εναποθέτουν το θέμα της διεξαγωγής δίκης κεκλεισμένων των θυρών στην κρίση του δικαστηρίου επιτρέπουν την εξέτασή της κατ' ιδίαν περιπτώσεως και είναι ως εκ τούτου προτιμητέες. Εκεί θα εξετασθεί αν θα πρέπει ή είναι αναγκαίο να θυσιασθεί η δημοσιότητα της δίκης προκειμένου να υπάρξει ελεύθερη αποδεικτική διαδικασία. Η απαγόρευση εκ του νόμου μπορεί να οδηγήσει σε αποκλεισμό, καίτοι στη συγκεκριμένη περίπτωση δεν συνέτρεχε σχετική ανάγκη. Επίσης, το αντικείμενο της δίκης δεν προδικάζει από μόνο του κίνδυνο προσβολής της δημόσιας τάξης ή των χρηστών ηθών. Η σχετική κρίση προϋποθέτει γνώση της υποθέσεως από το δικαστή και ουσιαστική συμβολή των πληρεξουσίων δικηγόρων.

III. Η συνταγματική ρύθμιση, η ρύθμιση του άρθρ. 6 ΕΣΔΑ και ο ΚΠολΔ

1. Οι δικονομικές ρυθμίσεις του ΚΠολΔ για τον περιορισμό της δημοσιότητας αποκλίνουν εν μέρει από τη συνταγματική διατύπωση. Κατά πρώτον ο ΚΠολΔ προβλέπει τον αποκλεισμό και όταν η διεξαγωγή της συζήτησης θα μπορούσε να είναι επιβλαβής για τη δημόσια τάξη (άρθρ. 114 παρ. 1). Σχετικός λόγος δεν αναφέρεται στο άρθρ. 93 Σ. Σημαίνουν τμήμα της δικονομικής θεωρίας υποστήριξε ως εκ τούτου την άποψη για την αντισυνταγματικότητα της ρυθμίσεως στο σημείο αυτό²⁶. Περαιτέρω, συναντάται, όπως αναφέρθηκε, και η εκ του νόμου διεξαγωγή της δίκης κεκλεισμένων των θυρών. Σε αντίθεση με τη γενική διάταξη του άρθρ. 114 παρ. 1 και την ειδική διάταξη

23 Βλ. πχ. § 394 γερμΚΠολΔ. Ως σχετική μπορεί να αναφερθεί και η διάταξη του άρθρ. 397 παρ. 2 ΚΠολΔ 1971 κατά την οποία μετά την έναρξη εξετάσεως των μαρτύρων δεν ήταν επιτρεπτή γνωστοποίηση περαιτέρω μαρτύρων από τους διαδικούς προς εξέταση.

24 Ήδη άρθρ. 162 παρ. 3 Πολιτικής Δικονομίας, «ποτέ». Επίσης, άρθρ. 336 ΠολΔ «Πας μάρτυς εξετάζεται κατ' ιδίαν, πλην πάντοτε επί παρουσία των διαδικών».

25 Βλ. για το θέμα J. Braun, ό.π., σελ. 153 επόμ.

26 Έτσι Γ. Ράμμος, ό.π., σελ. 338 υποσ. 4 · Μητσόπουλος Δ, 1975, 673 (676) Κεραμεύς, Αστικό δικονομικό δίκαιο, 1986, αριθ. 66. Βλ. για το θέμα Αθ. Πανταζόπουλο, ό.π., σελ. 107 επομ., 425 επομ.

του άρθρ. 805 παρ. 5 κατά τις οποίες το ζήτημα αφιέται στην κρίση του δικαστηρίου, για τη δικαστική συμπαράσταση και την ακούσια νοσηλεία το μέτρο επιβάλλεται εκ του νόμου (άρθρ. 802 παρ. 3, 805 παρ. 1). Είχε προηγηθεί αντίστοιχη διάταξη για την ακούσια νοσηλεία με το άρθρ. 96 παρ. 6 ν. 2071/1992, ενώ και οι ρυθμίσεις του άρθρ. 802 παρ. 3 και 805 παρ. 1 ανατρέχουν στο ν. 2447/1996 (άρθρ. 43 και 44). Οι συγκεκριμένες δηλαδή επί μέρους διατάξεις για την εκ του νόμου διεξαγωγή της δίκης «κεκλεισμένων των θυρών» δεν απαντούσαν στις αρχικές εκδοχές του ΚΠολΔ (1968, 1971). Είναι χαρακτηριστικό ότι κατά τις προπαρασκευαστικές εργασίες του ΚΠολΔ δεν είχε γίνει δεκτή ως μη αναγκαία πρόταση για ιδιαίτερη αναφορά στην ισχύουσα γενική ρύθμιση του άρθρ. 114 παρ. 1 των υποθέσεων διαζυγίου και δικαστικής απαγορεύσεως. Κρίθηκε επαρκής η γενική ρήτρα για τα χρηστά λήθη και τη δημόσια τάξη²⁷. Εκεί τέθηκε όμως και το ζήτημα αν είναι σύμφωνη με το Σύνταγμα ρύθμιση που επιβάλλει στο δικαστή την υποχρέωση να διατάξει κατόπιν αιτήσεως διαδίκου δικαιολογούντος έννομο συμφέρον τη συζήτηση κεκλεισμένων των θυρών. Με την παρέμβαση του Γεώργιου Ράμμου η πρόταση δεν έγινε αποδεκτή ως αντίθετη στο Σύνταγμα. Το δικαστήριο πρέπει να κρίνει κατ' οικείαν κρίση²⁸.

Στο βαθμό που είναι ελέγξιμο, στη σύγχρονη νομολογία δεν έχει αμφισβητηθεί η συνταγματικότητα των διατάξεων των άρθρ. 114 παρ. 1, 802 παρ. 3 και 805 παρ. 1. Η συνταγματική ρύθμιση δεν θα πρέπει να ερμηνευθεί με έναν ιδιαίτερα στενό τρόπο. Αυτό θα συνιστούσε σημαντικό περιορισμό της ρυθμιστικής παρεμβάσεως του κοινού νομοθέτη κατά τη διαμόρφωση της διαδικασίας, ενώ θα έθετε εκποδών σε μεγάλο βαθμό και την σχετικώς λεπτομερή ρύθμιση του άρθρ. 6 ΕΣΔΑ. Ο κίνδυνος για τη δημόσια τάξη ως λόγος που δικαιολογεί τον αποκλεισμό της δημοσιότητας αποτελεί πρακτικώς σημαντική περίπτωση εφαρμογής του μέτρου. Προβλέπεται στο άρθρ. 6 ΕΣΔΑ. Η διατύπωση του άρθρ. 93 παρ. 2Σ με την απαλοιφή της αναφοράς στη δημόσια τάξη ή στην κοινή ευταξία²⁹, όπως προϋπήρχε στα παλαιότερα Συντάγματα, οφείλεται προφανώς στην προηγηθείσα κατάλυση του δημοκρατικού πολιτεύματος (1967-1974). Η έννοια των χρηστών ηθών θεωρείται μερικό περιεχόμενο της δημόσιας τάξεως υπό την πτυχή της στενής εννοίας αυτής κατ' άρθρ. 33 ΑΚ³⁰. Επιβάλλεται επομένως η ερ-

27 ΣχΠολΔ II 327.

28 ΣχΠολΔ ό.π.

29 Βλ. σχετικώς Μητσόπουλο Δ 1975, 673 (976).

30 Η διαπίστωση αυτή καθίσταται εμφανής σε σχέση με τις προϋποθέσεις αναγνώρισεως αλλοδαπής δικαστικής αποφάσεως ή ακυρώσεως διαιτητικής αποφάσεως. Η παραδοσιακή προϋπόθεση της μη προσβολής των χρηστών ηθών αντικαθίσταται από την προϋπόθεση της μη αντιθέσεως στις βασικές αρχές του θετικού δικαίου ή στη δημόσια τάξη (βλ. §§

μηνευτική διεύρυνση της συνταγματικής διατάξεως, ώστε να περιλαμβάνει και τη δημόσια τάξη³¹. Περαιτέρω, η απαγγελία της απαγορεύσεως της δημοσιότητας με δικαστική απόφαση προσήκει όταν ο νομοθέτης επιλέγει ένα «ανοικτό» πραγματικό κανόνος δικαίου, όπως συμβαίνει με τον κίνδυνο προσβολής των χρηστών ηθών. Αυτό όμως δεν καθιστά αντισυνταγματική διάταξη η οποία για συγκεκριμένου είδους διαφορές καθιερώνει την κεκλεισμένων των θυρών συζήτηση. Το ζήτημα μπορεί να αντιμετωπισθεί ως τέτοιο νομοτεχνικής φύσεως³². Με τον εκ του νόμου αποκλεισμό της δημοσιότητας τεκμαίρεται ότι όλες οι υποθέσεις που αφορούν θέση προσώπου υπό δικαστική συμπαράσταση ή ακούσια νοσηλεία άπτονται της ιδιωτικής ζωής των διαδίκων κατά την έννοια του άρθρ. 93 παρ. 2Σ.

2. Από την άλλη πλευρά η συνταγματική διάταξη είναι ευρύτερη της ρυθμίσεως του ΚΠολΔ αναφερόμενη και στην προστασία της ιδιωτικής ή οικογενειακής ζωής των διαδίκων. Εφαρμόζεται ευθέως ως λόγος που δικαιολογεί την απαγόρευση της δημοσιότητας. Η ρύθμιση βρήκε νομοθετική αποτύπωση στο άρθρ. 96 παρ. 6 ν. 2071/1992 για την ακούσια νοσηλεία με τη διαφορά ότι η απαγόρευση προβλέπεται στο νόμο και δεν αφήνεται στην κρίση του δικαστηρίου³³. Το ίδιο ισχύει για τη διάταξη του άρθρ. 6 ΕΣΔΑ στο βαθμό που εμπεριέχει περαιτέρω λόγους για τη διεξαγωγή της συζητήσεως των συνεδριάσεων κεκλεισμένων των θυρών.
3. Με την εξάρτηση του αποκλεισμού της δημοσιότητας από την ύπαρξη ειδικών λόγων συνδέεται, σε μεγάλο βαθμό, και η ρητώς προβλεπόμενη στο νόμο δυνατότητα προσβολής της σχετικής αποφάσεως με τα ένδικα μέσα της εφέσεως και αναίρέσεως (άρθρ. 114 παρ. 4). Η Πολιτική Δικονο-

328 και 1059 γερμΠολΔ). Βλ. για το σημείο αυτό, αν και με διαφορετική κατανόηση, Ν. Κατηφόρη, Δικονομικά ζητήματα της δικαστικής συμπαράστασης, στον τόμο : Ζητήματα δικαστικής συμπαράστασης, Νομική Βιβλιοθήκη, 2016, σελ. 117.

31 Βλ. προσφάτως για την ερμηνεία συνταγματικών διατάξεων Ευαγ. Βενιζέλο, Μαθήματα Συνταγματικού Δικαίου, 2021, σελ. 255 επομ., με την παρατήρηση ότι ο πανηγυρικός και ελλειπτικός χαρακτήρας του συνταγματικού δικαίου σχετικοποιούν τη σημασία της γραμματικής προσεγγίσεως (σελ. 262). Επίσης, Γ. Μητσόπουλος, Πολιτική Δικονομία, σελ. 77-78 με περαιτ. παραπομπές.

32 Βλ. πάντως ΑΠ 37/1846, όπως δημοσιεύεται στο Δυοβουνιώτη, Πολιτική Δικονομία, 1910, άρθρ. 162 ΠολΔ. Κατά το Ανώτατο Δικαστήριο το άρθρ. 162 ΠολΔικ μη απαιτούν απόφαση προηγούμενη περί της μη δημοσιότητας της συζητήσεως επί των αφορωσών τα διαζύγια δικών μεταρρυθμίσθηκε από το άρθρ. 90 Συντάγματος 1844 «καθ' ο οι συνεδριάσεις των δικαστηρίων εισί πάντοτε δημόσιαι, εκτός αν η δημοσιότης ήθελεν είναι επιβλαβής εις τα χρηστά ήθη και την κοινήν ευταξίαν, αλλά περί τούτου τα δικαστήρια οφείλουν να εκδίδωσι πρότερον απόφασιν, βεβαιούσα τον λόγον, όστις έδωκεν αφορμήν εις την κεκλεισμένων των θυρών συνεδρίασιν».

33 Βλ. και Κεραμέα/ Κονδύλη / Νίκα (-Αρβανιτάκη), ΚΠολΔ, άρθρ. 802 αριθ. 3 που θεωρούν ότι η διάταξη του άρθρ. 802 ΙΙΙ εξειδικεύει τη συνταγματική επιταγή του άρθρ. 93 ΙΙ Σ.

μία προέβλεπε ρητά ότι η απόφαση «αιτιολογείται προσηκόντως» (άρθρ. 163). Αντίθετα, ο ΚΠολΔ δεν εμπεριέχει σχετική ρύθμιση, κάτι όμως που επιβάλλεται να γίνει δεκτό με βάση τα παραπάνω³⁴.

Επίσης, ενόψει του περιεχομένου των παραπάνω υπερνομοθετικών διατάξεων και της ιδιαίτερης αξιολογικής διαβαθμίσεως που τυγχάνει η δημοσιότητα στο ισχύον δίκαιο προσήκει η αποδοχή θέσεως σύμφωνα με την οποία ο αποκλεισμός της δεν μπορεί να αφεθεί στην απόλυτη κρίση του δικαστηρίου, όπως συμβαίνει στη διάταξη του άρθρ. 800 παρ. 6 για την υιοθεσία. Μια τέτοια νομοθετική επιλογή συνεπάγεται και την μη ύπαρξη ανάγκης αναφοράς αιτιολογίων, ανεξαρτήτως του θέματος της προσβολής ή συμπροσβολής της σχετικής αποφάσεως που διατάζει την κεκλεισμένων των θυρών συζήτηση με ένδικα μέσα. Η ρύθμιση των άρθρ. 114 παρ. 1 και 799 προσφέρει το κατάλληλο νομοθετικό θεμέλιο για την αναλογική εφαρμογή σε σχέση με τους λόγους που επιτρέπουν τη λήψη του μέτρου.

Περαιτέρω, η ισχύουσα ρύθμιση του ΚΠολΔ για την έγγραφη διεξαγωγή της δίκης (άρθρ. 237), καλύπτουσα την τακτική διαδικασία στον πρώτο βαθμό, οριακώς μόνον μπορεί να θεωρηθεί ότι ανταποκρίνεται στις απαιτήσεις που θέτει το Σύνταγμα για την αρχή της δημοσιότητας. Προφανώς, η ανάγκη συμμορφώσεως προς τη συνταγματική επιταγή οδήγησε στη λύση της παρ. 4 άρθρ. 237 για τον ορισμό συζητήσεως, ενώ υφίσταται και η δυνατότητα για αποδεικτική διαδικασία στο ακροατήριο (παρ. 6). Βεβαίως, αντίστοιχες καταστάσεις υπήρξαν και στο παρελθόν υπό την ισχύ του ΚΠολΔ. Με το ν.δ. 490/1974 προβλέφθηκε η δυνατότητα καταρτίσεως συμφωνίας των διαδίκων για μη παράσταση κατά την εκφώνηση της υποθέσεως με υπογραφή σχετικής δηλώσεως και κατάθεση αυτής στη γραμματεία του δικαστηρίου. Ο Γεώργιος Ράμμος έκανε λόγο για πρωτότυπη και περιέργη ρύθμιση που οδηγεί σε κατάργηση της προφορικής συζητήσεως και σε καθιέρωση έγγραφης διαδικασίας. Η ρύθμιση έγινε αντιληπτή ως αποφασιστικό ρήγμα στην αρχή της προφορικότητας³⁵.

Στις περιπτώσεις, τέλος, στις οποίες προβλέπεται ο εκ του νόμου αποκλεισμός της δημοσιότητας μπορεί με τη σύμφωνη γνώμη των παραγόντων της δίκης, διαδίκων και δικαστηρίου, να αποφασισθεί η διεξαγωγή της δίκης με τήρηση της δημοσιότητας. Η δυνατότητα αυτή δεν προβλέπεται στο θετικό δίκαιο όπως αλλαχού³⁶, μπορεί όμως να συναχθεί ερμηνευτικώς.

34 Βλ. και Γ. Ράμμο, Εγχειρίδιον αστικού δικονομικού δικαίου, τ. Ι, σελ. 338.

35 Δ 5, 465 (467, 471-472 «... τη συνταγματικήν πλευράν του ζητήματος, ήτις και δεν είναι τόσον απλή, την αφήνομεν κατά μέρος»).

36 Βλ. § 170 του γερμανικού νόμου για τον οργανισμό των δικαστηρίων.

IV. Η τελολογική προσέγγιση της διατάξεως του άρθρ. 114

Ο αποκλεισμός της δημοσιότητας της δίκης και η έκταση αυτής καθορίζονται από τους σκοπούς η επίτευξη των οποίων επιδιώκεται με το μέτρο. Κατά τη διάταξη του άρθρ. 114 παρ. 1 το δικαστήριο μπορεί να διατάξει τη «διεξαγωγή ολόκληρης της συζήτησης ή ενός μέρους της» κεκλεισμένων των θυρών. Η σχετική συζήτηση γίνεται δημόσια (§ 2) ενώ η απόφαση που τη διατάζει καθώς και η απόφαση για την υπόθεση δημοσιεύονται σε δημόσια συνεδρίαση (παρ. 3). Στην ειδική διάταξη του άρθρ. 802 γίνεται λόγος για διεξαγωγή «ολόκληρης της συζήτησης και ιδίως των αποδείξεων» κεκλεισμένων των θυρών (§ 3). Η ρύθμιση της προϊσχύσασας δικονομίας (άρθρ. 662 ΠολΔ) αναφερόταν στην εξέταση του συμπαραστατέου που γινόταν κεκλεισμένων των θυρών, της σχετικής αποφάσεως για την απαγόρευση δημοσιευόμενης σε δημόσια συνεδρίαση. Το ίδιο προκύπτει για το ισχύον δίκαιο σύμφωνα με τη διάταξη του άρθρ. 804. Γίνεται λόγος για προσωπική επικοινωνία του δικαστηρίου με αυτόν τον οποίο αφορά το μέτρο.

Για την έννοια των αποδείξεων και της προσωπικής επικοινωνίας ως περιεχόμενο της διεξαγωγής της δίκης «κεκλεισμένων των θυρών» δεν τίθενται ιδιαίτερα ερμηνευτικά προβλήματα. Αντίθετα, η έννοια της συζητήσεως είναι πολυσήμαντη. Υπό την ευρεία αυτής κατανόηση περιλαμβάνει και την αποδεικτική διαδικασία (άρθρ. 256 παρ. 1 δ ΚΠολΔ). Κατά μία δεύτερη έννοια ως συζήτηση γίνεται αντιληπτή η εκδίκαση της υποθέσεως μετά την εκφώνηση των ονομάτων των διαδίκων, χωρίς όμως το δικαστήριο να εισέρχεται στην εξέταση της υποθέσεως (άρθρ. 242, 260, 281 ΚΠολΔ), χωρίς δηλαδή κυρίως την διεξαγωγή αποδείξεων. Υπό μια περαιτέρω έννοια ως συζήτηση νοείται η τοποθέτηση των παραγόντων της δίκης ως προς πτυχές της υποθέσεως (π.χ. άρθρ. 236, 245) η οποία εντάσσεται στην έννοια της επί της ουσίας συζήτησης (άρθρ. 280 παρ. 4). Στην τελευταία κατηγορία ανήκε και η μετ'απόδειξη συζήτηση, στην οποία συζητείτο το αποτέλεσμα της προηγηθείσας αποδεικτικής διαδικασίας (άρθρ. 341 παρ. 5 ΚΠολΔ πριν από την κατάργησή του με το ν 2915/2001).

Η «συζήτηση» ως τμήμα της δίκης συνέχεται με την προφορικότητα της διαδικασίας. Με εξαίρεση τις υποθέσεις που εκδικάζονται κατά τις διατάξεις των άρθρ. 237 και 238 στον πρώτο βαθμό, η προφορική συζήτηση είναι υποχρεωτική. Αυτό ισχύει και για τις υποθέσεις εκούσιας δικαιοδοσίας (άρθρ. 115 παρ. 2). Η έννοια της προφορικότητας της διαδικασίας και δη ως θεμελιώδης δικονομική αρχή έχει αμβλυνθεί ουσιωδώς από τη θέσπιση του ΚΠολΔ (1968). Η αρχική ρύθμιση του νόμου ήταν σαφής (άρθρ. 250/ ΚΠολΔ 168). Η συζήτηση άρχιζε με την ανάπτυξη των ισχυρισμών των διαδίκων ως προς το πραγματικό και νομικό μέρος της υποθέσεως. Απλή αναφορά στις προτάσεις αντί προφορικής αναπτύξεως δεν ήταν επιτρεπτή. Ήδη με το ν.δ. 958/1971 η

ρύθμιση τροποποιείται προς την κατεύθυνση ότι οι διάδικοι αναφέρονται στις προτάσεις τους «δικαιουμένων και εις προφορικήν ανάπτυξιν αυτών» (άρθρ. 242 παρ. 1). Κατά την αιτιολογική έκθεση η τροποποίηση υπαγορεύθηκε από την ανάγκη αποφυγής ασκόπου παρατάσεως της διαδικασίας. Η νομική κατάσταση δεν άλλαξε με το ν. 1478/1984 με την οποία αναδιατυπώθηκε η ρύθμιση του άρθρ. 242 παρ. 1 με διαγραφή, προφανώς ως αυτονόητης, της αναφοράς των διαδίκων στις προτάσεις τους³⁷. Η περιλαμβανόμενη στις θεμελιώδεις αρχές του Κώδικα διάταξη του άρθρ. 116 / ΚΠολΔ 1968, κατά την οποία η εν τω ακροατηρίω διαδικασία γίνεται προφορικώς τροποποιείται με περιεχόμενο ότι γίνεται και προφορικώς (άρθρ. 115 παρ. 2 / ΚΠολΔ 1971). Καταργήθηκε επίσης ρύθμιση κατά την οποία ανάγνωση εγγράφων ήταν επιτρεπτή στο βαθμό που ενδιέφερε η κατά λέξιν διατύπωσης του περιεχομένου (άρθρ. 250 / ΚΠολΔ 1968)³⁸.

Το θέμα συνδέεται στη συνέχεια με την αποδεικτική διαδικασία. Στο βαθμό κατά τον οποίο δεν εκδίδεται απόφαση περί αποδείξεων και η διεξαγωγή αποδείξεων λαμβάνει χώρα στη μια και μοναδική συζήτηση, τότε η προφορική συζήτηση είναι υποχρεωτική. Αν δεν συμβαίνει αυτό, αν δηλαδή η προφορική συζήτηση δεν είναι υποχρεωτική, οι διάδικοι μπορούν να μην παραστούν κατά τη συζήτηση με κατάθεση σχετική δηλώσεως³⁹. Αυτό ισχύει σήμερα σε σχέση με την έφεση (άρθρ. 524 παρ. 2)⁴⁰, την αναψηλάφηση (548), την αναίρεση (άρθρ. 573), αν και στο νόμο δεν αναγράφεται ρητά ότι η προφορική συζήτηση δεν είναι υποχρεωτική (άρθρ. 574). Με την εξέλιξη αυτή των πραγμάτων μπορεί να υποστηριχθεί ότι η δικάσιμος στην πραγματικότητα δεν χαρακτηρίζεται από τη συζήτηση της υποθέσεως αλλά κυριαρχείται από την αποδεικτική διαδικασία η οποία ως τμήμα της δίκης είναι διαφορετικό από τη συζήτηση, έστω και αν υφίσταται ο όρος για την εν ευρεία εννοία συζήτηση⁴¹. Στο βαθμό εξ' άλλου κατά τον οποίο δεν λαμβάνει χώρα αποδεικτική διαδικασία στην μία και μοναδική συζήτηση (άρθρ. 470, 591, 759), καίτοι η προφορική συζήτηση είναι υποχρεωτική (115 παρ. 2), η συζήτηση εξαντλείται στην κατάθεση των προτάσεων.

37 Βλ. και άρθρ. 256 παρ. 1δ για τη διατήρηση του θεσμού της αναφοράς των διαδίκων στις κατατεθείσες προτάσεις τους.

38 Βλ. για τα παραπάνω Γ. Ορφανίδη, Η τακτική διαδικασία στην πρωτοβάθμια δίκη, στον τόμο: Η πολιτική δίκη σε κρίσιμη καμπή, Επιστημονικό Συμπόσιο προς τιμήν του Καθηγητή Νικολάου Νίκα, 2016, σελ. 15 (29 επομ.) με περαιτ. παραπομπές.

39 Βλ. τη νομοθετική εξέλιξη στη βάση των διατάξεων των άρθρ. 115 παρ. 2 και 242 παρ. 2. Βλ. σχετικά και Ράμμο Δ 5, 465 (471-472).

40 Βλ. προσφάτως Κεραμέα / Κονδύλη / Νίκα (– Πανταζόπουλο), ΚΠολΔ 2020, άρθρ. 524 αριθ. 6, 10, 11.

41 Βλ. Prütting – Gehrlein – Laumen, ZPO, § 285 αριθ. 2· Braun, ό.π., σελ. 151.

Από τα παραπάνω συνάγεται ότι θέμα αν η συζήτηση έγινε δημοσίως ή κεκλεισμένων των θυρών μπορεί να τεθεί, τελολογικώς, μόνον για την πρώτη, εν ευρεία εννοία, κατανόηση της συζητήσεως η οποία περιλαμβάνει και την απόδειξη ή την τρίτη έννοια αυτής κατά την οποία συζητούνται πτυχές της υποθέσεως. Αντίθετα, δεν τίθεται θέμα δημόσιας συζήτησης ή συζήτησης «κεκλεισμένων των θυρών» με την εδώ εξεταζόμενη προοπτική αν οι διάδικοι παρίστανται με δήλωση ή αν η συζήτηση εξαντλείται, μετά την εκφώνηση της υποθέσεως, στην κατάθεση των προτάσεων, με ρητή ή υπονοούμενη προφορική δήλωση αναφοράς σ' αυτές. Στη διαπίστωση αυτή δεν επιφέρει αλλαγή η διατύπωση του νόμου στις υποθέσεις δικαστικής συμπαράστασης (άρθρ. 802 παρ. 3) για διεξαγωγή «ολόκληρης της συζητήσεως και ιδίως των αποδείξεων» κεκλεισμένων των θυρών. Αν και δεν είναι σαφές, τι εννοείται με τον όρο «ολόκληρη η συζήτηση»⁴², η έμφαση στις αποδείξεις επιβεβαιώνει τον τελολογικό προσανατολισμό της διατάξεως. Εικάζεται ότι ο όρος αναφέρεται στο ενιαίο της συζητήσεως, αν ήθελαν υπάρξει περισσότερες συζητήσεις ή διακοπή των αποδείξεων με καθορισμό νέας ημερομηνίας για τη συνέχιση αυτών. Στη διάταξη του άρθρ. 114 γίνεται λόγος για αποκλεισμό ολόκληρης της συζητήσεως ή ενός μέρους αυτής («εν όλω ή εν μέρει» στην αρχική εκδοχή του ΚΠολΔ), κάτι που επίσης παραπέμπει στις αποδείξεις.

Με τις δυο ρυθμίσεις των άρθρ. 114 και 802 καθίσταται εξ' άλλου, εμμέσως ή αμέσως, σαφές ότι η αρχή της δημοσιότητας ισχύει και για τις αποδείξεις. Ως έχει η διατύπωση του νόμου δεν μπορεί να γίνει διάκριση αν αυτές λαμβάνουν χώρα ενώπιον του κρίνοντος δικαστηρίου του εισηγητή ή του εντεταλμένου δικαστή⁴³. Η εκτός ακροατηρίου εξέταση μάρτυρος ενώπιον εντεταλμένου δικαστή δεν θα πρέπει να θεωρηθεί ότι εντάσσεται στο εύρος των διατάξεων των άρθρ. 112 και 115 παρ. 1.

Είναι αυτονόητο ότι το δικαστήριο μπορεί να προβεί σε μεταγενέστερο στάδιο σε έκδοση αποφάσεως για διεξαγωγή της συζήτησης κεκλεισμένων των θυρών. Αυτό ισχύει κατ'εξοχήν σε σύστημα κατά το οποίο προηγείται η κατάθεση προτάσεων και ακολουθεί η έκδοση αποφάσεως ή πράξεως για διενέργεια αποδείξεων. Πρόκειται τότε για τη διεξαγωγή μέρους μόνον της συζητήσεως κεκλεισμένων των θυρών (114 παρ. 1 εδ. 1). Η έκδοση αποφάσεως για διεξαγωγή της δίκης κεκλεισμένων των θυρών προϋποθέτει ακριβώς γνώση της υποθέσεως από το δικαστήριο και πρωτοβουλίες των διαδίκων⁴⁴.

42 Βλ. επιβεβαιωτικά τις αναπτύξεις στον τόμο, Τα πεπραγμένα της νομοπαρασκευαστικής Επιτροπής για τη μεταρρύθμιση των θεσμών της υιοθεσίας και της επιτροπείας 1996, σελ. 141.

43 Αντίθετα Κεραμεύς / Κονδύλη / Νίκας, ΚΠολΔ, άρθρ. 113 αριθ. 3. Βλ. για το παρελθόν Βάφα, Θ Μ, 647 αλλά και την εκεί αντίθετη παρατήρηση της συντάξεως. Όπως εδώ Μπέης, Πολιτική Δικονομία άρθρ. 113 σελ. 587-588. Αθ. Πανταζόπουλος, ό.π., σελ. 362.

44 Βλ. προσφάτως την περίπτωση ΕφΑιγ 109/2019, ΝΟΜΟΣ.

Το θέμα για την έννοια της συζήτησης αναπτύσσει πρακτική σημασία στην περίπτωση της εκ του νόμου διεξαγωγής της συζήτησης κεκλεισμένων των θυρών όπως και στην περίπτωση κατά την οποία στην πορεία της δίκης το δικαστήριο κρίνει ότι η συζήτηση πρέπει να συνεχισθεί κεκλεισμένων των θυρών. Ο αποκλεισμός της δημοσιότητας δεν θίγεται αν λαμβάνει χώρα απλή εκφώνηση των ονομάτων των διαδίκων, παράσταση διαδίκων με αναφορά, ρητή ή σιωπηρή, στις ήδη κατατεθείσες ή κατατιθέμενες εκείνην την στιγμή προτάσεις. Διαφορετική προσέγγιση διανοίγει την οδό για παρέλκυση της διαδικασίας με επίκληση της μη τηρήσεως του αποκλεισμού της δημοσιότητας, ενώ δεν τέθηκε τέτοιο ζήτημα.

Με την αναφορά στη συζήτηση ως αντικείμενο της δημοσιότητας καθίσταται επίσης σαφές ότι ο αποκλεισμός δεν αφορά στη δημοσίευση της αποφάσεως άρθρ. 114 παρ. 3). Αυτό ισχύει και για τις περιπτώσεις της εκ του νόμου διεξαγωγής της δίκης κεκλεισμένων των θυρών. Η παραπομπή του άρθρ. 802 παρ. 2 στη διάταξη του άρθρ. 114 καταλαμβάνει και το σημείο αυτό⁴⁵. Σχετική είναι η υποχρέωση επιδόσεως, με επιμέλεια του δικαστηρίου, της οριστικής αποφάσεως στα πρόσωπα που έλαβαν μέρος στη διαδικασία και στην αρμόδια κοινωνική υπηρεσία (802 παρ. 4). Πρέπει να γίνει δεκτό ότι δυνατή είναι μόνο η άμεση επίδοση. Διαφορετικά μπορεί να αναιρεθεί ο σκοπός για τη διεξαγωγή της δίκης κεκλεισμένων των θυρών. Το ίδιο ισχύει για τον προσωρινό δικαστικό συμπαραστάτη (άρθρ. 805 παρ. 4).

V. Το θέμα της αποδείξεως

Για την προφορική συζήτηση στο ακροατήριο συντάσσονται από τον γραμματέα πρακτικά που πρέπει να περιέχουν, μεταξύ άλλων, μνεία αν η συζήτηση έγινε δημοσίως ή κεκλεισμένων των θυρών (άρθρ. 256 παρ. 1 γ) και τις δηλώσεις των διαδίκων, εκτός αν είναι υποχρεωτική η υποβολή προτάσεων, οπότε αρκεί η αναφορά σ' αυτές (παρ. 1δ). Τα πρακτικά αποτελούν πλήρη απόδειξη ως προς τη συζήτηση και το περιεχόμενό της (άρθρ. 259 παρ. 1) ενώ η τήρηση των διατυπώσεων της προφορικής συζητήσεως μπορεί να αποδειχθεί μόνον με τα πρακτικά (άρθρ. 259 παρ. 3). Εδώ ανήκει και το ζήτημα αν υπήρξε δημόσια συζήτηση ή συζήτηση κεκλεισμένων των θυρών⁴⁶. Η πλήρης απόδειξη προέρχεται από τα πρακτικά ως δημόσιο έγγραφο και αναφέρεται σε γεγονότα που έγιναν από το δικαστήριο ή ενώπιον του κατά την έννοια του

45 Βλ. για το θέμα ειδικότερα Αχ. Κουτσοράδη, Η διαδικαστική πλαισίωση της δικαστικής συμπαραστάσης, στον τόμο : Η πρόσφατη μεταρρύθμιση του Οικογενειακού Δικαίου (ν. 2447/1996), 1998, σελ. 125 (151-152).

46 Βλ. Thomas – Putzo, ZPO, § 165 αριθ. 1. Βλ. προσφάτως και Bundesarbeitsgericht, απόφαση της 13.11.2007, NJW 2008, 221.

άρθρ. 438 ΚΠολΔ. Αποδυνάμωση της αποδεικτικής ισχύος προϋποθέτει την προσβολή των πρακτικών ως πλαστών. Η πτυχή αυτή αφορά τον αποκλεισμό της δημοσιότητας δυνάμει δικαστικής αποφάσεως. Δεν αφορά βεβαίως τον αποκλεισμό που συντελείται με άλλους τρόπους, αδιαφόρως αν αυτοί περιήλθαν ή όχι σε γνώση του δικαστηρίου, όπως αν υφίσταται αδυναμία εισόδου στο δικαστικό μέγαρο.

Η απλή μνεία στα πρακτικά ότι η συζήτηση έγινε δημόσια, δεν σημαίνει κατ'ανάγκη παράβαση της διατάξεως του άρθρ. 802 παρ. 3 ΚΠολΔ. Θα πρέπει να προσδιορισθεί στη συγκεκριμένη περίπτωση σύμφωνα με τα παραπάνω (IV) η έννοια της συζητήσεως. Αν πρόκειται για υπόθεση στο δεύτερο βαθμό και στα πρακτικά αναφέρεται ότι οι διάδικοι «αναφέρθηκαν στις προτάσεις που κατέθεσαν», τότε δεν υφίσταται παράβαση νόμου επειδή η συζήτηση έγινε δημόσια. Ως προς το σκέλος αυτό της συζητήσεως παραδεκτώς έλαβε χώρα δημόσια συζήτηση, αφού δεν τέθηκαν ζητήματα για τα οποία προβλέπεται η συζήτηση κεκλεισμένων των θυρών. Η απόδειξη γίνεται εδώ μέσω των πρακτικών (άρθρ. 256 παρ. 1 δ σε συνδ. με άρθρ. 259 παρ. 3). Τμήμα των πρακτικών δεν είναι μόνον η αναφορά ότι έλαβε χώρα δημόσια συζήτηση αλλά και η αναφορά ότι οι διάδικοι αναφέρθηκαν στις προτάσεις τους.

Όμως και εδώ επιβάλλεται η τελολογική θεώρηση, όπως γίνεται δεκτή υπό παρόμοιο νομικό καθεστώς σε συγγενείς δικαιотаξίες. Κατά την εκεί νομολογία εκπίπτει η τυπική αποδεικτική δύναμη που προκύπτει από τα πρακτικά αν αυτά είναι ασαφή ή προφανώς ελλιπή. Αυτό ισχύει λ.χ. όταν η αναφορά του όρου «δημόσια συζήτηση» είναι προδιατυπωμένη ή ενεγράφη από συνήθεια, ενώ κατά τα λοιπά δεν υφίσταται κάποια ένδειξη για δημόσια συζήτηση της υποθέσεως. Το σφάλμα πρέπει να προκύπτει πάντως από περαιτέρω αναφορές στην απόφαση ή στα ίδια πρακτικά⁴⁷. Τότε δεν αναπτύσσεται η πλήρης αποδεικτική δύναμη των πρακτικών. Εκτιμώνται ελεύθερα. Προς αυτήν την κατεύθυνση έκρινε ορθώς προσφάτως ο Άρειος Πάγος⁴⁸.

Περαιτέρω, κατά την κρατούσα γνώμη η ρύθμιση του άρθρ. 315 ΚΠολΔ για τη διόρθωση αποφάσεως ισχύει και για τα πρακτικά της συζητήσεως⁴⁹.

VI. Η προστασία με ένδικα μέσα

Η τήρηση της αρχής της δημοσιότητας διασφαλίζεται με την πρόβλεψη στο νόμο σχετικού λόγου αναιρέσεως (άρθρ. 559 αριθ. 7, 560 αριθ. 4). Δικαιολογεί-

47 Βλ. σχετικώς και πειστικώς με παραπομπή στη νομολογία του γερμανικού αναιρετικού δικαστηρίου «Bundesgerichtshof» MünchenerKomm-ZPO, § 169 GVG αριθ. 63.

48 ΑΠ 921/2019, «αντίθεση προεισαγωγικού αποφάσεως και πρακτικών».

49 Βλ. Κεραμέα / Κονδύλη / Νίκα (-Μακρίδου), ΚΠολΔ, άρθρ. 315 αριθ. 12.

ται αν παράνομα αποκλείστηκε η δημοσιότητα της διαδικασίας. Αντίστοιχος λόγος απαντούσε στην Πολιτική Δικονομία του 1834. Απόφαση μπορούσε να προσβληθεί «Δι' έλλειψιν δημοσιότητας της διαδικασίας» (άρθρ. 807 αριθ. 2). Παράλληλα, ο ΚΠολΔ προβλέπει ρητά ότι ο παριστάμενος εισαγγελέας και οι διάδικοι έχουν δικαίωμα να ασκήσουν αμέσως και αυτοτελώς τα ένδικα μέσα της εφέσεως και της αναίρεσεως εναντίον της απόφασης που διέταξε να γίνει η δίκη κεκλεισμένων των θυρών (114 παρ. 4). Πρόκειται για την εξαιρετική περίπτωση της αυτοτελούς προσβολής μη οριστικής αποφάσεως με ένδικα μέσα (513 παρ. 2 , 553 παρ. 2). Η δυνατότητα προσβολής της μη οριστικής αποφάσεως υφίσταται και για τις ειδικές περιπτώσεις των άρθρ. 799 και 800 παρ. 6.

Με ένδικα μέσα προσβάλλεται η οριστική απόφαση που εκδόθηκε υπό συνθήκες υπό τις οποίες δεν ήταν δυνατή ή ήταν δυσχερώς μόνον δυνατή η πρόσβαση στη δικαστική αίθουσα για το κοινό, ανεξαρτήτως αν αυτό έγινε εν γνώσει ή εν αγνοία του κρίνοντος δικαστηρίου⁵⁰. Πρόκειται δηλαδή για τον εν τοις πράγμασι αποκλεισμό της δημοσιότητας που συντελείται χωρίς έκδοση δικαστικής αποφάσεως ή συμμετοχή του δικαστηρίου. Προσβάλλεται η οριστική απόφαση, χωρίς να αποκλείεται η προβολή του λόγου στο πλαίσιο ήδη της εκκρεμούς δίκης. Σε σχέση με την αναίρεση πρέπει να υπάρχει σχετική παραδοχή στην προσβαλλόμενη. Σε κάθε περίπτωση ο ισχυρισμός εμπίπτει στην προνομιακή μεταχείριση του άρθρ. 562 παρ. 2γ⁵¹.

Παράλληλα, με έφεση και αναίρεση προσβάλλεται η οριστική απόφαση που εκδόθηκε παρανόμως σε διαδικασία κεκλεισμένων των θυρών στη βάση σχετικής μη οριστικής αποφάσεως. Η δυνατότητα αυτή συνυπάρχει ως αυτονόητη με την αυτοτελή προσβολή της μη οριστικής αποφάσεως. Δηλαδή, ο ΚΠολΔ, παρέχει δυνατότητα μόνον αυτοτελούς προσβολής της μη οριστικής αποφάσεως και δεν προβλέπει σχετική υποχρέωση. Εκτός τούτου η παράβαση αναπτύσσει εδώ λόγω της φύσεως της διαρκώς τις συνέπειες σε αντίθεση με τις λοιπές περιπτώσεις μη οριστικών αποφάσεων ή μη οριστικών αποφάσεων με οριστικές διατάξεις.

Πρόκειται για δικονομικής φύσεως παράβαση. Δικαίωμα προσβολής υφίσταται αδιαφόρως αν η απόφαση που οδήγησε στον παράνομο αποκλεισμό της δημοσιότητας εκδόθηκε στο πλαίσιο αυτεπαγγέλτου ενεργείας του δικαστηρίου ή συνεπεία υποβολής αιτήσεως διαδίκου. Περαιτέρω και ενόψει της

50 Προσβολή της δημοσιότητας που δικαιολογεί την άσκηση ενδίκων μέσων δεν υφίσταται δηλαδή μόνο στην περίπτωση του άρθρ. 114, όταν επιλαμβάνεται το δικαστήριο (βλ. Κ. Μπέη, Πολιτική Δικονομία, άρθρ. 114 αρ. 3. Σινανιώτη, Η αναίρεση β' έκδοση, σελ. 110. Βλ. πάντως και Κ. Καλαβρό, Η αναίρεση κατά τον ΚΠολΔ, 2017, αριθ. 354).

51 Βλ. Κεραμέα – Κονδύλη – Νίκα, ΚΠολΔ, 2020, άρθρ. 562 αριθ. 9. Αντίθετα Ιω. Δεληκωστόπουλος, Το απαράδεκτο στην αναίρετική δίκη, 2021, σελ. 170.

δυσχέρειας αποδείξεως της αιτιώδους συναφείας μεταξύ της παράβασης και του περιεχομένου της αποφάσεως επιβάλλεται να γίνει δεκτή η θέση ότι η ύπαρξη συνάφειας τεκμαίρεται αμαχήτως (παραπάνω υπό Ι2). Η θέση αυτή ισχύει για την προσβολή της οριστικής και της μη οριστικής αποφάσεως. Σε περίπτωση ευδοκιμήσεως του ενδίκου μέσου επαναλαμβάνεται η όλη διαδικασία με τήρηση της δημοσιότητας. Αν προσβάλλεται οριστική απόφαση η φύση της παραβάσεως και η ανάγκη για μη απώλεια ενός βαθμού δικαιοδοσίας καθιστούν επιβεβλημένη την αναπομπή της υποθέσεως στον κατώτερο βαθμό. Θα πρέπει βεβαίως στην περίπτωση της οριστικής αποφάσεως να υπάρχει έννομο συμφέρον, κάτι που δεν συμβαίνει σε περίπτωση κατά την οποία η παρανόμως εκδοθείσα απόφαση ανατράπηκε στη συνέχεια λόγω της ασκήσεως ενδίκου μέσου για άλλο λόγο.

Ο σχετικός λόγος εφέσεως και αναίρεσεως (αριθ. 7) υφίσταται αν δε τηρήθηκαν οι προϋποθέσεις για το αποκλεισμό της δημοσιότητας, όπως λχ. αν δεν υπήρξε προηγούμενη ακρόαση των διαδίκων, δημόσια συζήτηση, ιδιαίτερη διαδικασία με την οποία κατέστη σαφές ότι συζητείται το ενδεχόμενο διεξαγωγής της δίκης κεκλεισμένων των θυρών. Περαιτέρω, έφεση και αναίρεση δικαιολογείται σε σχέση με πλημμέλειες περί την αιτιολογία. Για τις ρυθμίσεις που εξαρτούν την απόφαση από την κρίση του δικαστηρίου, αναιρετική παράβαση (αριθ. 7) υφίσταται αν υπήρξε υπέρβαση των ακραίων ορίων που τίθενται στην κρίση του δικαστηρίου ή εάν ελλείπουν αιτιολογίες που μαρτυρούν τη γενόμενη στάθμιση και αξιολόγηση των δυνατών λύσεων. Αντίθετα, στην περίπτωση του άρθρ. 799 ΚΠολΔ στην οποία κατά τα ανωτέρω (II 1) δεν τίθεται θέμα διακριτικής ευχέρειας, αναιρετική παράβαση υφίσταται όταν οι σχετικές αόριστες έννοιες ερμηνευθήκαν ή εφαρμόστηκαν εσφαλμένως.

Η άποψη ότι αναίρεση δικαιολογείται μόνον όταν υφίστανται τυπικές παραλείψεις σε σχέση με τη διαδικασία όχι όμως σε σχέση με την αιτιολογία θα καταργούσε στην ουσία τη ρητά προβλεπόμενη στο νόμο δυνατότητα προσβολής της μη οριστικής αποφάσεως με αναίρεση⁵².

Ως έχει η ρύθμιση του νόμου (άρθρ. 559 αριθ. 7 και 560 αριθ. 4), αναίρεση επιτρέπεται αν παρανόμως αποκλείσθηκε η δημοσιότητα της διαδικασίας. Δεν προβλέπεται αν απερρίφθη αίτημα του διαδίκου για διεξαγωγή της συζήτησης κεκλεισμένων των θυρών⁵³ ή αν παρά την εκ του νόμου απαγόρευση έλαβε

52 Βλ. προς αυτήν την κατεύθυνση Ράμμο, Εγχειρίδιον αστικού δικονομικού δικαίου, τ. δεύτερος, σελ. 1044 · Κεραμέα – Κονδύλη – Νίκα, ΚΠολΔ, άρθρ. 559 αριθ. 74. Υπέρ της αναίρεσεως Δεληκωστόπουλος – Σινανιώτη, ΚΠολΔ, άρθρ. 115, 2β, αν και χωρίς συνεκτίμηση της ιδιομορφίας ότι η απόφαση είναι στην κρίση του δικαστηρίου.

53 Βλ. ενδεικτικά Κ. Μπέη, Πολιτική Δικονομία, άρθρ. 114 αριθμ. 3. Ν. Νίκα, Πολιτική Δικονομία ΙΙΙ, αριθ. 77. Στο βαθμό που η αρνητική γνώμη αιτιολογείται με το επιχείρημα ότι η σχετική ρύθμιση εμπίπτει στη διακριτική ευχέρεια του δικαστηρίου (βλ. πχ. Σινανιώτη, Η

χώρα δημόσια συζήτηση⁵⁴. Η νομολογία του Αρείου Πάγου⁵⁵ με την μάλλον σύμφωνη γνώμη της θεωρίας⁵⁶ δέχθηκε ότι συντρέχει η ανααιρετική πλημμέλεια εκ του αριθ. 14 με την αιτιολογία ότι το δικαστήριο παρά το νόμο δεν κήρυξε ακυρότητα ή απαράδεκτο. Υπάρχει παραβίαση κανόνα δημοσίας τάξεως η οποία συνεπάγεται δικονομική ακυρότητα κατά το άρθρ. 159 ΚΠολΔ που στηρίζει τον παραπάνω ανααιρετικό λόγο. Με τη θέση αυτή το Ανώτατο Δικαστήριο υιοθέτησε την άποψη που είχε υποστηρίξει υπό το καθεστώς της Πολιτικής Δικονομίας ο Γιδόπουλος⁵⁷.

Ορθότερη εμφανίζεται η αποφαιτική άποψη. Η ακυρότητα κατ' άρθρ. 159 αριθ. 2 για παράβαση δικονομικής διατάξεως προϋποθέτει ότι πρωτογενώς επιτρέπεται για την παράβαση αναίρεση ή αναψηλάφηση. Περί αυτού δεν πρόκειται εν προκειμένω. Συμβαίνει στην αντίθετη περίπτωση του άρθρ. 114 παρ. 4. Περαιτέρω, ελλείπουν οι προϋποθέσεις για την αναλογική εφαρμογή της διατάξεως του άρθρ. 114 παρ. 4.

Προστασία του διαδίκου είναι ωστόσο δυνατή μέσω του ενδίκου μέσου της εφέσεως. Λόγο εφέσεως αποτελεί οποιαδήποτε πλημμέλεια της προσβαλλόμενης. Απλώς θα πρέπει να συντρέξουν οι γενικές προϋποθέσεις. Έτσι δεν είναι δυνατή η αυτοτελής προσβολή της μη οριστικής αποφάσεως, ενώ θα πρέπει να αποδειχθεί και η αιτιώδης συνάφεια μεταξύ του δικαστικού σφάλματος και του δυσμενούς για τον εκκαλούντα περιεχομένου της αποφάσεως. Θα πρέπει λχ. να καταδειχθεί ότι με τη δημόσια συζήτηση δεν κατέστη δυνατή η ελεύθερη, χωρίς επηρεασμούς, διεξαγωγή της αποδεικτικής διαδικασίας, κάτι που θα οδηγούσε σε ένα διαφορετικό αποδεικτικό αποτέλεσμα. Αναίρεση πάντως δεν επιτρέπεται⁵⁸.

αναίρεση, β' έκδοση, σελ. 119 · Καλαβρό, ό.π., αριθ. 355) θα πρέπει αντίστοιχη θέση να υιοθετηθεί σε σχέση με την απόφαση που δέχεται τη διεξαγωγή της συζήτησης κλεισμένων των θυρών.

54 Βλ. Κεραμέα – Κονδύλη – Νίκα, ΚΠολΔ, άρθρ. 559 αριθ. 7.

55 ΑΠ 518/2007 ΧρΙΔ 2008, 435 με σημ. Ν. Κατηφόρη · 1971/2008 Δ 40, 569 με σύμφωνες παρατηρήσεις Μπαλογιάννη.

56 Βλ. Καλαβρό, Η αναίρεση κατά τον ΚΠολΔ, 2017, αριθ. 355 · Ν. Νίκα, Πολιτική Δικονομία Ι, 2020, § 48 υποσ. 21 · Ιω. Δεληκωστόπουλο, Το απαράδεκτο στην ανααιρετική δίκη, 2021, σελ. 169 – 170. Ήδη, πριν από την έκδοση των αποφάσεων του Αρείου Πάγου Ράμμος, Εγχειρίδιον αστικού δικονομικού δικαίου, τ. δεύτερος, σελ. 1044-1045. Αντίθετα, μάλλον αρνητικός ο Κονδύλης, ό.π. Αρνητική θέση λαμβάνει και ο Μπέης, Πολιτική Δικονομία, άρθρ. 559, σελ. 2175.

57 Βλ. Βασιλείου – Γιδόπουλου, Περί του ενδίκου μέσου της αναίρεσεως, 1931, σελ. 225 αριθ. 9. Αντίθετος ο Σούρλας, Η αναίρεσις εν τη πολιτική δίκη, 1959, σελ. 64.

58 Βλ. όμως Μπέη, Πολιτική Δικονομία, άρθρ. 559, σελ. 2175.

Ο ηλεκτρονικός πλειστηριασμός: Συγκριτική και δογματική προσέγγιση ενός νέου θεσμού

Αθανάσιος Π. Πανταζόπουλος

Πρωτοδίκης - Δ.Ν.

ΔΙΑΓΡΑΜΜΑ ΜΕΛΕΤΗΣ

- I. Η εισαγωγή του ηλεκτρονικού πλειστηριασμού στο ελληνικό δίκαιο
- II. Συγκριτική επισκόπηση του ηλεκτρονικού πλειστηριασμού
- III. Οι ηλεκτρονικές δημοπρασίες και ο ηλεκτρονικός πλειστηριασμός ως μέσο εκτέλεσης
 - α) Οι ηλεκτρονικές δημοπρασίες
 - β) Ο ηλεκτρονικός πλειστηριασμός
- IV. Ο ηλεκτρονικός πλειστηριασμός κατά το ελληνικό δίκαιο
 - α) Προδικασία πλειστηριασμού
 - β) Η διαδικασία πλειοδοσίας
- V. Αποτίμηση της νέας ρύθμισης

I. Η εισαγωγή του ηλεκτρονικού πλειστηριασμού στο ελληνικό δίκαιο

Η εισαγωγή της ηλεκτρονικής δίκης δεν έχει αφήσει ανεπηρέαστη την διαδικασία αναγκαστικής εκτέλεσης. Ειδικότερα, στο πεδίο της αναγκαστικής ρευστοποίησης περιουσιακών στοιχείων μέσω δημόσιου πλειστηριασμού είχε επισημανθεί ήδη από τις αρχές της προηγούμενης δεκαετίας η ανάγκη εισαγωγής του θεσμού του ηλεκτρονικού πλειστηριασμού, λόγω των πλεονεκτημάτων του, ως πιο οικονομικού, ταχύτερου και ικανού να επιτύχει μεγαλύτερο εκπλειστηρίασμα λαμβάνοντας υπόψη και τις εξελίξεις στις πλατφόρμες δημοπρασίας, που είχαν ταχύτατα αναπτυχθεί ήδη από τις αρχές του 2000, αλλά και τις εξελίξεις σε άλλες έννομες τάξεις.¹ Ο Έλληνας νομοθέτης αρχικά με το άρθρο 1 άρθρο «ένατο» §16 του Ν. 4335/2015 προέβλεψε την *δυνατότητα* στο μέλλον διενέργειας του πλειστηριασμού με ηλεκτρονικά μέσα. Ως γνωστόν,

1 Διαμαντόπουλος, Ηλεκτρονική διεξαγωγή αναγκαστικού πλειστηριασμού: «requiem» των συνηθέστερων ακυροτήτων αναγκαστικού πλειστηριασμού, ΔΕΕ 2011, σ. 750, 753 επ. ·Νίκας, ΔικΑνΕκτ II, ά έκδ. (2012), §48, αριθμ. 10, υποσημ. 22.

ο νόμος αυτός τέθηκε σε ισχύ στην κορύφωση της οικονομικής κρίσης, όπου υπήρχαν ήδη έντονες κοινωνικές αντιδράσεις προς τους κοινούς πλειστηριασμούς, που συχνά οδηγούσαν σε ματαίωση τους.² Στην συνέχεια, ο θεσμός εισήχθη και πάλι ως *δυνητικός* τρόπος διενέργειας πλειστηριασμού με το άρθρο 59 του Ν. 4472/2017 και τις υπ' αριθμ. 41756/30.5.2017 και 49904/12.6.2017 Υπουργικές Αποφάσεις κατ' επιλογή του δανειστή που αποτυπωνόταν στην δόση της αρχικής εντολής προς εκτέλεση.³ Με τον Ν. 4475/2017 προβλέφθηκε ως προϋπόθεση παράδοσης των κινητών που εκπλειστηριάστηκαν και σύνταξης περίληψης της κατακυρωτικής έκθεσης των ακινήτων που εκπλειστηριάστηκαν η καταβολή του τέλους χρήσης των ηλεκτρονικών πλειστηριασμών.⁴ Λόγω των κινήσεων πολιτών που εξακολουθούσαν να εμποδίζουν την διενέργεια των κοινών πλειστηριασμών⁵ και προς περιορισμό των ακυροτήτων των τελευταίων,⁶ ο νομοθέτης –προ της εν τοις πράγμασι αδυναμίας διενέργειας αυτών και καθώς η αναγκαστική εκτέλεση συνιστά αναπόσπαστο τμήμα του δικαιώματος δικαστικής προστασίας, η οποία απολαμβάνει και αυτή συνταγματική προστασία⁷– επέλεξε την λύση του ηλεκτρονικού πλειστηριασμού ως *αποκλειστικού τρόπου διενέργειας αυτών* με τον Ν. 4512/2018 τόσο για τα κινητά,

2 Αρβανιτάκης, Περί του καταργητέου άρθρου 998§6 ΚΠολΔ, ΕΠολΔ 2019, σ. 505.

3 Κ.Γιαννόπουλος, Η θέσπιση του ηλεκτρονικού πλειστηριασμού, ΕΠολΔ 2017, σ. 101.

4 Γεσίου Φαλτσή, ΔικΑνΕκτ Συμπλήρωμα Ια, 2018, § 59, αριθμ. 163.

5 Βλ. πάντως Μάζη, Μερικές σκέψεις σχετικά με την καθιέρωση της διενέργειας των ηλεκτρονικών πλειστηριασμών υποχρεωτικά με ηλεκτρονικά μέσα, ΕΛΛΔνη 2018, σ. 931 – 932.

6 Διαμαντόπουλος, Ηλεκτρονική διεξαγωγή αναγκαστικού πλειστηριασμού: «requiem» των συνηθέστερων ακυροτήτων αναγκαστικού πλειστηριασμού, ΔΕΕ 2011, σ. 749 · Νίκας, ΔικΑνΕκτ ΙΙ, β' έκδ. (2018), § 48, αριθμ.2.

7 Αιτ. Έκθ. Ν. 4512/2018 · Μητσόπουλος, Πολιτική Δικονομία, 1972, σ. 37 επ. · Κλαμαρή, Το δικαίωμα δικαστικής προστασίας, 1989, σ. 167 επ. · Μπέη, Το ελληνικό έλλειμμα κράτους δικαίου, τόμος 1, Τα συνταγματικά θεμέλια της δικαστικής προστασίας, Αθήνα, 1998, σ. 203 επ. · Γεσίου - Φαλτσή, Οι θεμελιώδεις δικονομικές αρχές της αναγκαστικής εκτελέσεως. Ειδικότερα : η αρχή διαθέσεως, Τιμητικός Τόμος Γεωργίου Γ. Μητσόπουλου, Ι, 1993, σ. 154 · Σταματόπουλο, Η αναγκαστική εκτέλεση εις βάρος του ελληνικού δημοσίου, 2000, σ. 103 επ. · Ψωμά, Το συνταγματικό δικαίωμα της παροχής έννομης προστασίας και η εφαρμογή του από τη νομολογία και τη θεωρία, Δ 1982, σ. 593 · Κρουσταλάκη, Εκτέλεση κατά του Δημοσίου, Δ 1999, σ. 251 · Παναγόπουλο, Η αξίωση παροχής έννομης προστασίας ως δικονομικό αντικείμενο της δίκης και η αναγκαστική εκτέλεση, Δ. 1982, 655 επ. · Μιχαηλίδου, Η άμυνα κατά της εκτέλεσης, 2017, σ. 65 επ. · Π.Γιαννόπουλο, Η αξίωση επί αναγκαστικής εκτέλεσει, Αρμ 2017, σ. 1683 επ. Βλ. από συγκριτικής Κεράμευς, Constitutional parameters of civil enforcement, Studia Juridica V, 2008, σ. 206 – 210 και ενδεικτικώς από την νομολογία του ΕΔΔΑ Απόφαση Hornsby κατά Ελλάδας της 19^{ης} Μαρτίου 1997 σκέψη 40 (: «Η εκτέλεση μιας απόφασης που εκδόθηκε από κάποιο δικαστήριο πρέπει περαιτέρω να θεωρηθεί ως ένα αναπόσπαστο τμήμα της δίκης για τους σκοπούς του άρθρου 6» σε Αθ.Πανατζόπουλο, Η Νομολογία του Ευρωπαϊκού Δικαστηρίου των Δικαιωμάτων του Ανθρώπου στο Αστικό Δικονομικό Πεδίο, 2004, σ. 159 επ.).

όσο και για τα ακίνητα. Ειδικότερα, με το άρθρο 208§1 Ν.4512/2018 ορίστηκε ότι «από τις 21.2.2018 οι πλειστηριασμοί διεξάγονται αποκλειστικά και μόνο με ηλεκτρονικά μέσα, ανεξάρτητα από τον χρόνο επίδοσης της επιταγής και επιβολής της κατάσχεσης». Μάλιστα, ο τελευταίος νόμος κατάργησε το άρθρο 959 Α΄ ΚΠολΔ, ρυθμίζοντας τον πλειστηριασμό αποκλειστικά ως ηλεκτρονικό στο νέο άρθρο 959 ΚΠολΔ το οποίο περιέχει πλέον τις ρυθμίσεις του παλαιού άρθρου 959^Α ΚΠολΔ,⁸ με εφαρμογή και επί των κατά ΚΕΔΕ πλειστηριασμών.⁹ Επομένως, σε περίπτωση που λάβει χώρα κοινός πλειστηριασμός από τις 21.1.2018 και μετά ή διενεργηθεί πλειστηριασμός από μη πιστοποιημένο συμβολαιογράφο, αυτός είναι *ανυπόστατος*.¹⁰

Έτσι, ο ηλεκτρονικός πλειστηριασμός αντικατέστησε τον φυσικό πλειστηριασμό, παρά δε την αρχική επιφυλακτικότητα, ο ηλεκτρονικός πλειστηριασμός φαίνεται να βρίσκει τον δρόμο του, προφανώς λόγω και της εξοικείωσης μεγάλης μερίδας νομικών της χώρας με την τεχνολογία που η υγειονομική κρίση λόγω της πανδημίας του Covid 19 ανέδειξε ακόμη περισσότερο ως εναλλακτικό τρόπο εξ αποστάσεως διεξαγωγής διαδικαστικών πράξεων, οι οποίες –στην παραδοσιακή τους μορφή– απαιτούν φυσική παρουσία των συμμετεχόντων σε αυτές.

Αντίστοιχη με τον αναγκαστικό πλειστηριασμό ήταν και η πορεία της νομοθετικής ρύθμισης του *εκούσιου ηλεκτρονικού πλειστηριασμού*. Αρχικά, με το νέο άρθρο 1021 ΚΠολΔ, όπως αντικαταστάθηκε αρχικά με το άρθρο 1 άρθρο «όγδοο» § 2 ν. 4335/2015 και στη συνέχεια με το άρθρο 59§11 ν. 4427/2017, προβλέφθηκε ότι (και) ο ρυθμιζόμενος στο άρθρο 1021 ΚΠολΔ εκούσιος πλειστηριασμός διεξάγεται πλέον είτε κατά τα οριζόμενα στο άρθρο 959§§ 2-7, κατά τον παραδοσιακό δηλαδή τρόπο στο κατάστημα του Ειρηνοδικείου με δυνατότητα πρόσβασης σε κάθε ενδιαφερόμενο και κατάθεσης προσφορών σε αυτόν (και στο γραφείο του υπαλλήλου του πλειστηριασμού), από οποιοδήποτε ενδιαφερόμενο, είτε με ηλεκτρονικά μέσα κατά τα οριζόμενα στο άρθρο 959^Α ΚΠολΔ, με υποκατάσταση δηλαδή της δημοσιότητας που εξασφαλίζει ο προσιτός στο κοινό χώρος διεξαγωγής του από τη διεξαγωγή του με κεντρικά ελεγχόμενο ηλεκτρονικό σύστημα, στο οποίο έχει δυνατότητα ο κάθε ενδιαφερόμενος να παρακολουθεί αυτόν και να συμμετάσχει, υποβάλλοντας προσφορές και πληροφορούμενος τις προσφορές των άλλων πλειοδοτών και με την δυνατότητα να υποβάλλει αυξημένες προσφορές μέχρι την κατακύρωση του πράγματος στον υπερθεματιστή. Εν τέλει, με το άρθρ. 207

8 ΑιτΕκθ Ν. 4512/2018, σ. 183.

9 Βλ. άρθρα 206 και 405 Ν. 4512/2018.

10 Κεραμεύς/Κονδύλης/Νίκας (-Κιουπτσίδου - Στρατουδάκη), ΕρμΚΠολΔ - Αναγκαστική εκτέλεση, β΄ έκδ. (2021), άρθρο 959, αριθμ. 1.

του Ν 4512/2018 καθιερώθηκε η υποχρέωση διενέργειας (και) του εκούσιου πλειστηριασμού αποκλειστικά με ηλεκτρονικά μέσα, υπό οποιαδήποτε ειδικότερη μορφή του (εκούσιος/δικαστικός/νόμιμος κατ' άρθρο 1021 ΚΠολΔ).¹¹

Τέλος, όλως πρόσφατα ο Έλληνας νομοθέτης εισήγαγε τον ηλεκτρονικό πλειστηριασμό και στο *πτωχευτικό δίκαιο* με το άρθρο 163 του Ν. 4738/2020 για την ρύθμιση οφειλών και παροχή δεύτερης ευκαιρίας, ως προς την εκποίηση από τον σύνδικο ακινήτων, πλοίων και αεροσκαφών του οφειλέτη, ανεξαρτήτως αξίας, καθώς και στην εκποίηση κινητών ή ομάδων κινητών του οφειλέτη, η αξία καθενός από τα οποία είναι τουλάχιστον ίση με πενήντα χιλιάδες (50.000) ευρώ (βλ. και άρθρο 162 ίδιου νόμου).

II. Συγκριτική επισκόπηση του ηλεκτρονικού πλειστηριασμού

Ο ηλεκτρονικός πλειστηριασμός προβλέπεται στις εθνικές νομοθεσίες αρκετών ευρωπαϊκών κρατών με αρκετές αποκλίσεις ως προς το πεδίο εφαρμογής (κινητά – ακίνητα), την παράλληλη ή μη ισχύ του με τον παραδοσιακό πλειστηριασμό, τον τρόπο διεξαγωγής του και την επιλογή διεξαγωγής του αποκλειστικά μέσω ειδικά κεντρικά ελεγχόμενης ηλεκτρονικής πλατφόρμας ή/και μέσω εμπορικής πλατφόρμας υπό την μορφή της ηλεκτρονικής δημοπρασίας. Στις χώρες της Ευρωπαϊκής Ένωσης συναντάται στην Αυστρία, Γερμανία, Ιταλία, Ισπανία, Πορτογαλία, Ουγγαρία, Κροατία, Εσθονία, Φινλανδία, Λετονία και Ολλανδία.¹² Ας σημειωθεί ότι εκτός του πεδίου του αστικού δικονομικού δικαίου, ήδη από το 2004 είχε προβλεφθεί στο ευρωπαϊκό δίκαιο με το άρθρο 54 της Οδηγίας 2004/18/ΕΚ περί συντονισμού των διαδικασιών σύναψης δημόσιων συμβάσεων έργων, προμηθειών και υπηρεσιών - που η χώρα μας ενσωμάτωσε το 2007 (βλ. άρθρο 28 π.δ. 60/2007) - η δυνατότητα των (αναθετουσών) δημόσιων αρχών των μελών της Ευρωπαϊκής Ένωσης να προσφεύγουν σε ηλεκτρονικούς πλειστηριασμούς.¹³ Αντίστοιχη είναι η πρόβλεψη του ισχύοντος πλέον άρθρου 35 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ και του άρθρου 53 της

11 *Ευθυμίου*, Ο εκούσιος (ηλεκτρονικός) πλειστηριασμός επί δικαστικής διανομής επίκαινου πράγματος μετά το Ν. 4512/2018, ΕφΑΔ 2018, σ. 525.

12 Βλ. συναφή ιστοσελίδα Ευρωπαϊκής Ένωσης "<https://e-justice.europa.eu>" και συγκριτική επισκόπηση του θεσμού επίσης σε *Διαμαντόπουλο*, ο.π., σ. 748-751 · *Απαλαγάκη*, Ηλεκτρονικός πλειστηριασμός, σε Ένωση Ελλήνων Δικονομολόγων, Ζητήματα αναγκαστικής εκτέλεσης, 2019, σ. 164-167 · *Πίψου*, Το δίκαιο των ηλεκτρονικών αναγκαστικών πλειστηριασμών κατά την πρόσφατη νομοθεσία, Τιμητικός Τόμος Νίκα, 2019, σ. 995-1000.

13 Βλ. για τις λεπτομέρειες διεξαγωγής του κατά το τότε θεσμικό πλαίσιο *Πανάγο*, Το θεσμικό πλαίσιο σύναψης των δημοσίων συμβάσεων με ηλεκτρονικά μέσα, 2009, σ. 225-228.

Οδηγίας 2014/25/ΕΕ (άρθρα 34 και 271 του ν. 4412/2016,¹⁴ όπως ισχύουν μετά τον Ν. 4782/2021).

Στην *Γερμανία* από παλαιά προβλεπόταν η χρήση ηλεκτρονικών μέσων για τη διεξαγωγή του ηλεκτρονικού πλειστηριασμού κινητών πραγμάτων, καθώς, κατά την §825 ΖΡΟ είναι δυνατή, με αίτηση του επισπεύδοντος ή του οφειλέτη η εκπλειστηρίαση κινητού πράγματος από τον δικαστικό επιμελητή «*με άλλο τρόπο ή σε άλλο τόπο*», που μπορεί να είναι και ηλεκτρονικός, κατόπιν ενημέρωσης του καθ'ού και, αν ο τελευταίος δεν συναινεί, εφόσον παρέλθουν δύο βδομάδες από την γνωστοποίηση.¹⁵ Πρόκειται για ρύθμιση με όλως εξαιρετικό χαρακτήρα¹⁶ που με την πρωτοβουλία των μερών αποσκοπεί στο να διευκολύνει τον επιμελητή να ρευστοποιήσει το κινητό πράγμα. Στην πρακτική, η εναλλακτική αυτή διεξαγωγή του πλειστηριασμού δεν εφαρμόζεται πολύ συχνά.¹⁷ Ως πλεονέκτημα της εκπλειστηρίασης κινητού πράγματος με ηλεκτρονικά μέσα αναφέρεται η ευελιξία που προσφέρει, συμβάλλοντας στο να μην αποβεί άκαρπος ο πλειστηριασμός και να επιτευχθεί μεγαλύτερο πλειστηρίασμα.¹⁸ Ως μειονέκτημα, επισημαίνεται¹⁹ ότι δεν μπορεί ο υποψήφιος πλειοδότης να εξετάσει το πράγμα για ελαττώματα, καθώς εφαρμόζεται και επί του ηλεκτρονικού πλειστηριασμού η §806 ΖΡΟ που προβλέπει το ανεύθυνο για πραγματικά ελαττώματα του εκπλειστηριαζόμενου πράγματος. Από μέρος της θεωρίας, επισημάνθηκαν οι κίνδυνοι από τη διεξαγωγή του πλειστηριασμού μέσω ιδιωτικής πλατφόρμας (eBay), ιδίως λόγω της ανωνυμίας των υποψηφίων πλειοδοτών και των ιδιαιτεροτήτων του δικαίου του πλειστηριασμού με συγκεκριμένο χρονικό²⁰ και τοπικό πλαίσιο, καλώντας τον νομοθέτη σε

14 Βλ. για την διεξαγωγή του ηλεκτρονικού πλειστηριασμού κατά τις ισχύουσες πλέον διατάξεις *Ιγγλεζάκη*, Δίκαιο Πληροφορικής, 4^η έκδ. (2021), σ. 313-317· *Ράικο*, Δίκαιο Δημόσιων Συμβάσεων, 3^η έκδ. (2019), σ. 293 – 299· *Γέροντα/Λύτρα/Παυλόπουλο/Σιούτη/Φλογαίτη*, ΔιοικΔ, 4^η έκδ. (2018), σ. 343-346.

15 Ο δικαστικός επιμελητής έχει *περιορισμένη διακριτική ευχέρεια* μόνο ως προς την επιλογή του τρόπου ρευστοποίησης του κατασχεθέντος πράγματος, εφόσον αυτός θεωρεί πιθανό άλλο τρόπο καλύτερο από τον υποδεικνυόμενο (Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, Zivilprozessordnung, 77te Auflage (2019), § 825, Rn. 4, 9· *Meller - Hannich*, Der Gerichtsvollzieher bei "Ebay & Co."- Rechtsfragen, Lösungsvorschläge und Gesetzesvorhaben zur Verwertung gepfändeter Sachen im Internet, DGVZ 2009, σ. 23, 25 - 26).

16 *Schnabl*, Zwangsversteigerung beweglicher Sachen bei eBay?, NJW 2005, σ. 942.

17 *Remmert*, Das Gesetz über die Internetversteigerung in der Zwangsvollstreckung, NJW 2009, σ. 2572· *Meller - Hannich*, ο.π., σ. 21· *Würdinger* σε Stein/Jonas, ΖΡΟ, 23te Aufl. (2017), § 814, Rn. 11.

18 *Remmert*, ο.π., σ. 2572, 2574· *Meller - Hannich*, ο.π., σ. 21· *Würdinger*, ο.π., § 814, Rn. 12.

19 *Würdinger*, ο.π., § 814, Rn. 12.

20 Στην θεωρία διατυπώθηκαν επιφυλάξεις και λόγω της μακράς διάρκειας του ηλεκτρονικού πλειστηριασμού έναντι του παραδοσιακού βλ. *Viertelhausen*, Verwertung durch Versteige-

ρύθμιση του θεσμού, ώστε να αξιοποιηθεί αυτός στο πλαίσιο της αναγκαστικής εκτέλεσης.²¹

Τόσο κατά την νομολογία του γερμανικού ακυρωτικού,²² όσο και κατά την θεωρία,²³ ο πλειστηριασμός αυτού του είδους (πλειστηριασμός μέσω εμπορικής ηλεκτρονικής πλατφόρμας) δεν γίνεται δεκτός ως πλειστηριασμός του ουσιαστικού δικαίου (§156 BGB), αφού η σύμβαση δεν καταρτίζεται μέσω της κατακύρωσης (Zuschlag), αλλά μέσω της αποδοχής από τον αγοραστή της σχετικής πρότασης που ήδη υπάρχει στην πλατφόρμα. Πρόκειται, δηλαδή, για κατάρτιση σύμβασης κατά τις γενικές διατάξεις (§§ 145 ff BGB) με κύρια συνέπεια από πλευράς ουσιαστικού δικαίου την εφαρμογή του δικαίου της προστασίας του καταναλωτή για τις πωλήσεις από απόσταση.²⁴ Επίσης, καθώς η πώληση μέσω εμπορικής πλατφόρμας κατά την §825 ZPO εντάσσεται στους τρόπους «ελεύθερης πώλησης» (*freihändige Veräußerung*) του κατασχεμένου πράγματος εκ μέρους του δικαστικού επιμελητή, δεν πρόκειται για «πλειστηριασμό»²⁵ ούτε κατά δικονομική έννοια, όπως δεν είναι ούτε κατά ουσιαστική έννοια, όπως προαναφέρθηκε.

Εντούτοις, αν και πρόκειται για διαδικασία που κινείται με την πρωτοβουλία των ενδιαφερομένων και όχι του δικαστικού επιμελητή, δεν παύει να υλοποιείται στο πλαίσιο των καθηκόντων του τελευταίου ως οργάνου της εκτέλεσης, ώστε η σχετική διάταξη ρευστοποίησης να παραμένει απόφαση του οργάνου της αναγκαστικής εκτέλεσης. Επίσης, δεν θα πρέπει να παραβλέπεται ότι για την ρευστοποίηση μέσω του διαδικτύου λαμβάνει χώρα προηγούμενη στάθμιση του δικαστικού επιμελητή ως προς το εάν η ρευστοποίηση μέσω του διαδικτύ-

rung im Internet?, DGVZ, 2003, σ. 2 ·Schnabl, ο.π., σ. 942.

21 *Viertelhausen*, ο.π., σ. 2, 7 ·Schnabl, ο.π., σ. 942-943 ·Thomas-Putzo (-Hüßtege), ZPO, § 814, Rn. 1.

22 BGH, Urteil vom 7. November 2001 (VIII ZR 13/01), BGHZ 149.129 ·BGH, Urteil vom 3. November 2004 (VIII ZR 375/03), NJW 2005.53 ·BGH Urteil vom 23.6.2004 (1H O 1016/04), NJW 2004.2389 ·BGH Urteil vom 13.11.2003 (I ZR 40-01), NJW 2004.853. Επισημάνθηκε πάντως νωρίς από την θεωρία, επ' αφορμή της προεκτεθείσας νομολογίας, ότι υπάρχουν και πλατφόρμες που είναι τεχνικά διαμορφωμένες, ώστε να επιτρέπονται και προσφορές από πλειοδότες, επί των οποίων αναλογικά θα πρέπει να εφαρμόζεται το προστατευτικό πλαίσιο για τις καταναλωτικές συμβάσεις, όταν η πώληση προϊόντων από μια επιχείρηση γίνεται συστηματικά μέσω τέτοιων ιστοσελίδων (*Wenzel*, Vertragsabschluss bei Internet-Auktion – Ricardo.de, NJW 2002, σ. 1550-1551).

23 *Pallandt* (-Ellenberger), BGB, 71te Aufl. (2012), §156, Rn.3 ·Jauernig, (-Jauernig), BGB, 14te Aufl. (2011), §156, Rn.1 ·MüKoZPO (-Gruber), § 825, Rn. 9b ·Meller - Hannich, ο.π., σ. 24 επ. ·Prütting/Gerlein (-Flury), ZPO Kommentar, 5te Aufl. (2013), § 825, Rn.7 ·Wenzel, ο.π., σ. 1550 ·Meller - Hannich, ο.π., σ. 24.

24 MüKoZPO (-Gruber), ο.π., § 825, Rn. 9b ·Brox/Walker, ο.π., Rn. 404b και τις παραπομπές σε δύο προηγούμενες υποσημειώσεις,

25 *Brox/Walker*, ο.π., Rn. 404b.

ου είναι πιο πρόσφορη και λιγότερο δαπανηρή έναντι του παραδοσιακού²⁶ (ή και του ηλεκτρονικού πλειστηριασμού κατά την νέα §814 ZPO, όπως εκτίθεται αμέσως κατωτέρω). Έτσι, όπως γίνεται ευρύτερα δεκτό²⁷ αναφορικά με την «ελεύθερη πώληση» (*freihändige Veräußerung*) του κατασχεμένου πράγματος εκ μέρους του δικαστικού επιμελητή, εφαρμοστέες εν τέλει είναι και στην συγκεκριμένη διαδικασία ρευστοποίησης οι δικονομικές διατάξεις περί του κύρους των διαδικαστικών πράξεων επί αναγκαστικής εκτέλεσης και δη περί αναγκαστικού πλειστηριασμού ως σύμβασης δημοσίου δικαίου που δημιουργεί ιδιόρρυθμη σχέση πώλησης²⁸ και όχι οι διατάξεις περί πώλησης, παρά τον ως άνω χαρακτήρα της εν γένει πώλησης πραγμάτων μέσω ηλεκτρονικής πλατφόρμας.²⁹ Κατά συνέπεια, δεν εφαρμόζονται οι προστατευτικές διατάξεις από το δίκαιο του καταναλωτή - πωλήσεων από απόσταση και ο υπερθεματιστής δεν έχει δικαίωμα ανάκλησης, με το σκεπτικό ότι το κράτος δεν είναι έμπορος.³⁰ Επίσης, μη νόμιμα προβάλλεται ο ισχυρισμός για πλάνη και γενικώς για ελαττώματα της δήλωσης βούλησης ή καλής πίστης του αποκτώντος από δημοπρασία εν είδη «ελεύθερης πώλησης»,³¹ ενώ επί μη απόδοσης του πράγματος στον πλειοδότη υφίσταται κρατική ευθύνη που ενσαρκώνεται όμως σε αξίωση αποζημίωσης και όχι σε αξίωση απόδοσης του πράγματος.³² Για τους ίδιους λόγους δεν αναπτύσσουν ισχύ οι διατάξεις του δικαίου του ανταγωνισμού.³³ Επίσης, η απόκτηση του πράγματος γίνεται ελεύθερη βαρών και ανεξάρτητα από ελαττώματα της απαίτησης ή κυριότητας του οφειλέτη, εκτός προφανών ακυροτήτων της κατάσχεσης ή της ρευστοποίησης, στις οποίες δεν συμπεριλαμβάνεται η ρευστοποίηση σε τιμή κατώτερη της ελάχιστης ορισθείσας, με άλλα λόγια, τα δικαιώματα των τρίτων επί του κατασχεμένου πράγματος υποχωρούν έναντι αυτής της (δημόσιας υπό την προεκτεθείσα έννοια) δια-

26 MüKoZPO (-Gruber), ο.π., § 814, Rn.2 ·Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ο.π., § 825, Rn. 2

27 Stein/Jonas (-Würdinger), ZPO, 23te Aufl. (2017), § 825, Rn. 5 ·Rosenberg/Gaul/Schilken, Zwangsvollstreckungsrecht, 11te Aufl. (1997), §53 III 3, σ. 823 - 825.

28 Βλ. για τον πλειστηριασμό ως διαδικαστική πράξη στο γερμανικό δίκαιο τις σχετικές παραπομπές σε υποσημείωση με αριθμό 228.

29 Erman (-Armbrüster), BGB, 12te Aufl. (2008), §156, Rn.1,3 ·Meller - Hannich, ο.π., σ. 26-27.

30 Meller - Hannich, ο.π., σ. 21, 28 ·Loth, Die Verwertung gepfändeter Sachen im Internet, (Dissertation) 2018, σ. 110-115 και με επισκόπηση της πρόσφατης συναφούς νομοθεσίας.

31 Αντίθετα δυνάμει πλειστηριασμού του ουσιαστικού δικαίου κατά την §156 BGB : Erman (-Armbrüster), ο.π., §156, Rn. 3. Και στο ελληνικό δίκαιο η προσφορά του πλειοδότη επί πλειστηριασμού του ουσιαστικού δικαίου (ΑΚ 199) υπόκειται στις γενικές διατάξεις περί δηλώσεως βουλήσεως (Καράσης σε Γεωργιάδη/Σταθόπουλο, ΕρμΑΚ, β' έκδ., 2016, άρθρο 199, αριθμ. 6).

32 Meller - Hannich, ο.π., σ. 27.

33 Meller - Hannich, ο.π., σ. 29 ·Loth, ο.π., σ. 115-117.

δικασίας ρευστοποίησης.³⁴ Από την άλλη πλευρά, ως προς την μετάθεση του κινδύνου υποδεικνύεται η αναλογική εφαρμογή των διατάξεων για την μετάθεση του τελευταίου από την παράδοση του πράγματος της πώλησης.³⁵

Επακολούθησε στις 19.6.2009 η ψήφιση του νόμου για τον ηλεκτρονικό πλειστηριασμό (Gesetz über die Internetversteigerung in der Zwangsvollstreckung und zur Änderung anderer Gesetze) που τέθηκε σε ισχύ στις 5.8.2009,³⁶ ο οποίος δεν κατάργησε την προαναφερθείσα § 825 ZPO, που προβλέπει ως εναλλακτικό τρόπο ρευστοποίησης την πώληση κινητού μέσω ιδιωτικής πλατφόρμας στο διαδίκτυο (ηλεκτρονική δημοπρασία),³⁷ κατ' επιλογήν του δικαστικού επιμελητή.³⁸ Κατά πρώτον, με τον τελευταίο νόμο τροποποιήθηκε η § 814 Abs. 2 ZPO, η οποία θεωρεί ως δημόσιο τον ηλεκτρονικό πλειστηριασμό που διεξάγεται με τη χρήση ηλεκτρονικών μέσων. Έτσι, ο γερμανός νομοθέτης ρυθμίζοντας ενιαία τον ηλεκτρονικό και τον παραδοσιακό (μόνο κινητών πραγμάτων)³⁹ αντιλαμβάνεται τον ηλεκτρονικό πλειστηριασμό ως δημοσίου δικαίου τρόπο διενέργειας αναγκαστικού πλειστηριασμού ισότιμο προς τον παραδοσιακό.⁴⁰ Ο ηλεκτρονικός πλειστηριασμός διενεργείται αποκλειστικά μέσω πύλης που προσδιορίζεται με διάταγμα από τα κρατίδια που, κατά

34 Stein/Jonas (-Würdinger), ο.π., § 825, Rn. 5 ·Meller - Hannich, ο.π., σ. 27.

35 Meller - Hannich, ο.π., σ. 27 ·Loth, ο.π., σ. 91-92. Αντίθετα: Viertelhausen, ο.π., σ. 6.

36 Lüke σε Wieczorek/Schütze, ZPO, 4te Aufl. (2015), § 814, Rn. 9 · Remmert, ο.π., σ. 2572.

37 Stein/Jonas (-Würdinger), ο.π., § 814, Rn. 11, § 825, Rn. 3.

38 Αυτό διευκρινίστηκε με προσθήκη στο αρχικό σχέδιο νόμου {βλ. σχέδιο νόμου σε ιστοσελίδα γερμανικού υπουργείου δικαιοσύνης [www.bmjv.de - Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses (6. Ausschuss) zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung – Drucksache 16/12811 – Entwurf eines Gesetzes über die Internetversteigerung in der Zwangsvollstreckung]} · MüKoZPO (-Gruber), ο.π., § 814, Rn.2 ·Musielak (-Becker), ZPO, 12te Aufl. (2015), § 814, Rn. 3.

39 Remmert, ο.π., σ. 2573. Ο πλειστηριασμός (όπως και η αναγκαστική διαχείριση) ακινήτων ρυθμίζεται από τις ειδικότερες διατάξεις του ZVG [Brox/Walker, Zwangsvollstreckungsrecht, 11te Aufl. (2018), Rn. 851 ·Böttcher, ZVG, 6te Aufl. (2016), Einl., Rn. 2 ·Baur/Stürner/Bruns, Zwangsvollstreckungsrecht, 13te Aufl. (2006), Rn. 2.10 ·Thomas/Putzo (-Hüfstege), ZPO, 29te Aufl. (2008), Vorb. §864], ο οποίος στις σχετικές διατάξεις του δεν έχει αντίστοιχη πρόβλεψη για ηλεκτρονικό πλειστηριασμό ως εναλλακτικό του παραδοσιακού (§36III ZVG: “Der Termin kann nach dem Ermessen des Gerichts an der Gerichtsstelle oder an einem anderen Ort im Gerichtsbezirk abgehalten werden.”, §66 I ZVG: “In dem Versteigerungstermin werden nach dem Aufruf der Sache die das Grundstück betreffenden Nachweisungen, die das Verfahren betreibenden Gläubiger, deren Ansprüche, die Zeit der Beschlagnahme, der vom Gericht festgesetzte Wert des Grundstücks und die erfolgten Anmeldungen bekanntgemacht, hierauf das geringste Gebot und die Versteigerungsbedingungen nach Anhörung der anwesenden Beteiligten, nötigenfalls mit Hilfe eines Rechnungsverständigen, unter Bezeichnung der einzelnen Rechte festgestellt und die erfolgten Feststellungen verlesen.” - βλ. Böttcher, ο.π., §36, Rn. 8 & §66, Rn. 5-8].

40 Stein/Jonas (-Würdinger), ο.π., § 814, Rn. 12.

εξουσιοδότηση του ομοσπονδιακού νομοθέτη, ρυθμίζει τις επί μέρους λεπτομέρειες του.⁴¹ Όλα τα κρατίδια επιλέγουν την πύλη “www.justiz-auktion.de”, που έτσι έχει εφαρμογή σε όλη την χώρα,⁴² αποκλείοντας πλειστηριασμούς μέσω άλλης ιστοσελίδας.⁴³ Οι διατάξεις για τον τόπο και τον χρόνο του παραδοσιακού πλειστηριασμού (§ 816.2 επ. ZPO) δεν αναπτύσσουν ισχύ, καθώς γίνεται δεκτό ότι η δημοσιότητα του πλειστηριασμού επιτυγχάνεται μέσω της δυνατότητας πρόσβασης στον καθένα που επιτρέπει η προαναφερθείσα πύλη.⁴⁴ Αντίθετα, η πρόσβαση μέσω του διαδικτύου σε περιορισμένο κύκλο προσώπων δεν ικανοποιεί την επιταγή περί δημοσιότητας και ως εκ τούτου είναι ανεπίτρεπτη.⁴⁵ Στο παράδειγμα της *Βαναρίας*,⁴⁶ δικαίωμα συμμετοχής έχουν φυσικά ή νομικά πρόσωπα με νόμιμο εκπρόσωπο, τα οποία πιστοποιούνται στην πύλη, δηλώνοντας τα στοιχεία τους και ηλεκτρονική διεύθυνση και χρησιμοποιώντας αυτήν με ελεύθερη επιλογή ονόματος χρήστη, ενώ υποψήφιοι πλειοδότες μπορεί να αποκλειστούν από τον συγκεκριμένο πλειστηριασμό, εφόσον παραβιάσουν την διάταξη της § 817 Abs. 3 S.2 ZPO με απόφαση του δικαστικού επιμελητή, που τους κοινοποιείται στην δηλωθείσα ηλεκτρονική τους διεύθυνση. Επίσης, επί επανειλημμένης παραβίασης προβλέπεται γενικός αποκλεισμός. Ο ηλεκτρονικός πλειστηριασμός διεξάγεται στο χρονικό πλαίσιο που έχει ορίσει ο δικαστικός επιμελητής,⁴⁷ ζήτημα που μαζί με τις περιπτώσεις διακοπής του πλειστηριασμού ο ομοσπονδιακός νομοθέτης άφησε προς ρύθμιση στα κρατίδια (§ 814.3,4 ZPO), ενώ διακόπτεται επί αναστολής, ανάγκης που προέκυψε για περιορισμό της εκτέλεσης λόγω ικανοποίησης των δανειστών από άλλη εκτέλεση κλπ, καθώς και επί τεχνικού προβλήματος της πύλης εκ μέρους του διαχειριστή της που δεν αποκαταστάθηκε έως 30 λεπτά πριν την προκαθορισμένη λήξη του πλειστηριασμού, περίπτωση κατά την οποία χάνουν την ισχύ τους οι προσφορές των υποψήφιων πλειοδοτών. Η παραδοσιακή κατακύρωση με την εκφώνηση τρεις φορές της προσφοράς

41 Remmert, ο.π., σ. 2573 · Würdinger, ο.π., § 814, Rn. 14 · Lüke ο.π., § 814, Rn.9 [Βλ. παράθεση σχετικής νομοθεσίας ανά κρατίδιο σε Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ο.π., §814, Rn. 4 · Musielak (-Becker), ο.π., § 814, Rn.5b, Fn. 12].

42 Stein/Jonas (-Würdinger), ο.π., § 814, Rn. 16. Βλ. και Remmert, ο.π., σ. 2574.

43 Schnabl, ο.π., σ. 941 επ. · Lüke ο.π., § 814, Rn.9c · Brox/Walker, ο.π., Rn. 404b.

44 Brox/Walker, ο.π., Rn. 404b · Lüke ο.π., § 814, Rn.9b.

45 Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ο.π., §814, Rn. 6 · Musielak (-Becker), ο.π., § 814, Rn.5b · Stein/Jonas (-Würdinger), ο.π., § 814, Rn. 11.

46 Bayerische Verordnung zur Regelung von Versteigerungen im Internet (Bayerische Internetversteigerungsverordnung – BayIntVerstV) της 25ης Νοεμβρίου 2009.

47 Η ρύθμιση επιδοκιμάζεται από τη θεωρία λόγω της ελαστικότητας της, ανάλογα και με τη φύση του εκπλειστηριαζόμενου πράγματος [Stein/Jonas (-Würdinger), ο.π., § 814, Rn. 18, βλ. κριτικά προς τη νέα ρύθμιση Meller - Hannich, ο.π., σ. 30 – 31].

του πλειοδότη υποκαθίσταται από την πάροδο του χρόνου για προσφορές, αφού οι συμμετέχοντες δεν είναι φυσικά παρόντες για να αντιληφθούν την σχετική δηλωτική επαναλαμβανόμενη εκφώνηση.⁴⁸ Κρίσιμη είναι η περιγραφή του πράγματος, η οποία πρέπει να περιέχει δήλωση περί ελαττωμάτων και αν το πράγμα έχει εξεταστεί για πραγματικά ελαττώματα, ως προς την λειτουργικότητα του, των τρόπων πληρωμής και αποστολής και η ενημέρωση ότι δεν υπάρχει εγγύηση, ούτε δυνατότητα επιστροφής. Τα δεδομένα για τον ηλεκτρονικό πλειστηριασμό εισάγονται μόνο μέσω της πύλης και οι προσφορές γίνονται μόνο από τους πιστοποιημένους χρήστες, που πρέπει να είναι ανώτερες της προηγούμενης μεγαλύτερης, η οποία εμφανίζεται αμέσως στο σύστημα και καθιστά ανενεργές τις υπόλοιπες. Ο υπερθεματιστής ενημερώνεται με ηλεκτρονική αλληλογραφία για την κατακύρωση, ενώ ενημερώνεται εκ νέου για την καταβολή και την αποστολή του πράγματος και οφείλει να καταβάλει το πλειστηρίασμα, πλέον των εξόδων αποστολής, εντός δέκα (10) ημερών, οπότε (μετά την καταβολή πριν ή κατά την παράδοση) παραδίδεται το πράγμα στο πρόσωπο που έχει πιστοποιηθεί. Τα δεδομένα του οφειλέτη δεν δημοσιεύονται, για τον λόγο ότι δεν είναι απαραίτητα για τη διενέργεια του πλειστηριασμού, καθώς γίνεται δεκτό ότι η δημοσιοποίηση τους θα συνεπάγονταν προσβολή της προσωπικότητας του, σε αντίθεση την αρχή της αναλογικότητας.⁴⁹ Επίσης, υπάρχει η δυνατότητα ανωνυμοποίησης και αυτών που πλειοδότησαν. Το ζήτημα της μετάθεσης του κινδύνου ρυθμίζεται από την νομοθεσία των κρατιδίων, προβλέποντας ότι η παράδοση θεωρείται πως έχει πραγματοποιηθεί όταν τα εμπορεύματα παραδοθούν στο πρόσωπο που έχει οριστεί για την εκτέλεση της αποστολής των εκπλειστηριασθέντων πραγμάτων.

Στην *Αυστρία* το 1991 προβλέφθηκε νομοθετικώς με την §54a Exekutionsverfahren η δυνατότητα χρήσης νέων τεχνολογιών στην εκτελεστική διαδικασία,⁵⁰ με την πρόβλεψη για «απλοποιημένη διαδικασία λήψεως απογράφου», ως προς απαιτήσεις έως και 10.000 ευρώ.⁵¹ Από το 2005 προβλέφθηκε αρχικά η ηλεκτρονική ανάρτηση περίληψης της έκθεσης του πραγματογνώμονα εκτιμητή για το εκπλειστηριαζόμενο πράγμα και στην συνέχεια της πλήρους έκθεσης του (§141 Abs. 4 ExO).⁵² Παράλληλα με τον κοινό δημόσιο πλειστηριασμό

48 Musielak (-Becker), ο.π., § 814, Rn.5b ·MüKoZPO (-Gruber), ο.π., § 817, Rn.7b.

49 Würdinger, ο.π., § 814, Rn. 20. Βλ. για την στάθμιση γενικότερα μεταξύ δικαιώματος στην προσωπικότητα και του δικαιώματος αναγκαστικής εκτέλεσης στο γερμανικό δίκαιο Weyland, Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz in der Zwangsvollstreckung, (Dissertation), 1987, σ. 44-51.

50 BGBl 1991.628.

51 Kodek, Η πολιτική δίκη και οι νέες μορφές της τεχνικής της πληροφορικής, Δ 2003, σ. 162.

52 Mini, Exekutionsverfahren, 4te Aufl. (2017), Rn. 570.

που διευθύνεται από δικαστικό λειτουργό,⁵³ το 2008⁵⁴ επιτράπηκε με την §274 Abs.2 ExO, η εκπλειστηρίαση συγκεκριμένων κινητών πραγμάτων (τιμαλφή, έργα τέχνης, συλλογές γραμματοσήμων/νομισμάτων) από τον δικαστικό επιμελητή με ηλεκτρονικό πλειστηριασμό στο διαδίκτυο εναλλακτικά του κοινού πλειστηριασμού, που διεξάγεται στον ειδικά προβλεπόμενο χώρο πλειστηριασμών από το 1995 για τέτοια αντικείμενα (“Versteigerungshaus” - 268 ExO) ή του παραδοσιακού χώρου στον οποίο γίνονται οι πλειστηριασμοί σε δικαστικό μέγαρο (Auktionshalle) ή στον χώρο που ευρίσκονται τα πράγματα.⁵⁵ Συγκεκριμένα, προστέθηκε με την §274 Abs. 2 ExO ο ηλεκτρονικός πλειστηριασμός κινητών πραγμάτων εναλλακτικά των προαναφερθέντων τρόπων εκπλειστηρίασης, ενώ συμπληρώθηκαν αντίστοιχα οι σχετικές διατάξεις για την γνωστοποίηση, την προθεσμία προσφορών και τον τόπο του πλειστηριασμού (§§ 272a Abs. 3 και Abs. 2 Z1 αντίστοιχα).⁵⁶ Καθώς η εκπλειστηρίαση μέσω εξωδικαστικής πλατφόρμας δεν απέδωσε και η προαναφερθείσα απαρίθμηση κινητών πραγμάτων που μπορούσαν να εκπλειστηριαστούν μέσω διαδικτύου αμφισβητήθηκε, το 2016 ο ηλεκτρονικός πλειστηριασμός αναμορφώθηκε με σχετική νομοθετική παρέμβαση, προσθέτοντας στα πράγματα που είναι δυνατό να εκπλειστηριαστούν μέσω του διαδικτύου και τις ηλεκτρονικές συσκευές, τα βιβλία και τα μουσικά όργανα, τροποποιώντας την σχετική διάταξη (§274 Abs. 2 ExO), ορίζοντας ότι η εκπλειστηρίαση θα λαμβάνει χώρα κατ’ αρχήν μέσω της πλατφόρμας “Justiz-auktion.at”.⁵⁷ Η ανωτέρω απαρίθμηση πραγμάτων που επιτρέπεται να εκπλειστηριαστούν είναι ενδεικτική και γίνεται δεκτό ότι ο δικαστικός επιμελητής μπορεί να εκπλειστηριάσει κινητά πράγματα που μπορούν να διατηρηθούν αναλλοίωτα μέχρι να εκπλειστηριαστούν (π.χ. οχήματα).⁵⁸ Με την τελευταία μεταρρύθμιση δίνεται το προβάδισμα στην προαναφερθείσα δικαστική πλατφόρμα για πλειστηριασμούς κινητών πραγμάτων, γίνεται όμως δεκτό ότι η εκπλειστηρίαση αυτών μπορεί να γίνει μέσω άλλης πλατφόρμας όταν, λαμβανομένων υπόψη και των εξόδων εκτέλεσης, θα επιτευχθεί προφανώς μεγαλύτερο εκπλειστηρίασμα.⁵⁹ Επίσης, με την τελευταία μεταρρύθμιση του 2016 καταργήθηκε η υποχρέωση του δικαστικού επιμελητή να προσλάβει δημοπράτη για την διενέργεια του πλειστηριασμού μέσω διαδικτύου (εφόσον τα έξοδα δεν υπερβαίνουν το ήμισυ του αναμενόμενου

53 Mini, ο.π., Rn. 650-655.

54 BGBl 2008.37

55 BGBl 1995.519 - Mini, ο.π., Rn. 823-826.

56 Mini, ο.π., Rn. 827.

57 BGBl 2016.100 - Mini, ο.π., Rn. 827.

58 Mini, ο.π., Rn. 827.

59 Mini, ο.π., Rn. 828.

εκπλειστηριάσματος), δεδομένου ότι προσφέρεται πλέον η προαναφερθείσα κρατική πλατφόρμα που ελέγχεται από το αρμόδιο λειτουργικό κέντρο στο Εφετείο του Innsbruck και πλέον η πρόσληψη δημοπράτη είναι μόνο δυνητική, στην περίπτωση που ο επιμελητής επιλέξει την εκπλειστηρίαση του πράγματος μέσω άλλης πλατφόρμας, κρίνοντας, όπως προαναφέρθηκε ότι μέσω αυτής θα επιτευχθεί προφανώς μεγαλύτερο εκπλειστηρίασμα, λαμβανομένων υπόψη και των εξόδων της εκτέλεσης.⁶⁰ Για την κατάθεση προσφορών ο νόμος προβλέπει το ελάχιστο και το ανώτατο όριο της σχετικής προθεσμίας (από 7 ημέρες έως 4 εβδομάδες), ενώ η ακριβής της χρονική διάρκεια καθώς και η ημερομηνία έναρξης της διεξαγωγής του πρέπει να ορίζεται με την δημοσίευση του προγράμματος πλειστηριασμού (Versteigerungsdikt § 274a Abs.3 S.4 ExO - § 272a Abs.3 ExO αντίστοιχα) που επί ηλεκτρονικού πλειστηριασμού η παραδοσιακή του δημοσίευση κατά την §71 Abs. 1 ExO⁶¹ μπορεί να παραλειφθεί, εφόσον αναμένεται ικανός αριθμός υποψήφιων πλειοδοτών (§ 272a Abs.5 Z. 2 ExO). Η γνωστοποίηση του προγράμματος περιλαμβάνει περιγραφή του πράγματος, μία τουλάχιστον φωτογραφία του εκπλειστηριαζόμενου κινητού πράγματος και της έκθεσης εκτίμησης του (§ 274a Abs.4 ExO). Ο πλειστηριασμός είναι πλειοδοτικού τύπου, χωρίς την δυνατότητα θέσης ελάχιστων ορίων τυχόν αυξημένης νέας προσφοράς, ενώ δεν επιτρέπεται η υποβολή προσφορών μέσω αυτοματοποιημένου προγράμματος επεξεργασίας δεδομένων,⁶² σε περίπτωση δε που χρησιμοποιηθεί τέτοιο πρόγραμμα οι προσφορές είναι άκυρες (§ 277a Abs.5). Το πράγμα κατακυρώνεται σε εκείνον που υπέβαλε την μεγαλύτερη προσφορά εντός της χρονικής περιόδου που ορίστηκε προς τούτο (§ 278a Abs.1).

Η ηλεκτρονική εκπλειστηρίαση των (κινητών) πραγμάτων προϋποθέτει κατά την §277a Abs.1, Z. 2 ExO ότι τα πράγματα φυλάσσονται υπό μεσεγγύηση ή μπορούν να παραδοθούν, ενώ έναντι του υπερθεματιστή δεν αναγνωρίζεται από το νόμο ευθύνη για πραγματικά ελαττώματα του εκπλειστηριαζόμενου πράγματος (§ 278a Abs.1 ExO). Το πράγμα, είτε παραλαμβάνεται από τον υπερθεματιστή, είτε του αποστέλλεται (εφόσον ο δικαστικός επιμελητής δεν έχει αποκλείσει αυτή την δυνατότητα) με έξοδα του υπερθεματιστή, τα οποία

60 *Mini*, ο.π., Rn. 829, 862.

61 Η δημοσίευση γίνεται μέσω σχετικής ανάρτησης/ενημέρωσης του σχετικού ηλεκτρονικού αρχείου (Aufnahme in die Ediktsdatei) στην ιστοσελίδα “<http://www.edikte.justiz.gv.at>” όπου δημοσιεύονται όλοι οι αναγκαστικοί πλειστηριασμοί (και οι πτωχευτικοί) κινητών και ακινήτων πραγμάτων (*Mini*, ο.π., Rn 252). Δυνητικά διατάσσεται η δημοσίευση του προγράμματος και στον τύπο (§71 Abs 2 ExO).

62 Πρόκειται για πρόγραμμα (“*sniper*”), το οποίο παρακολουθεί τις προσφορές και, αμέσως πριν από τη λήξη της προθεσμίας εντός της οποίας είναι αποδεκτές οι προσφορές, υποβάλλει προσφορά η οποία, εντός ενός ανώτατου ορίου, υπερκαλύπτει την τρέχουσα υψηλότερη προσφορά, ώστε να κατακυρώνεται το πράγμα στον πλειοδότη – χρήστη του προγράμματος.

μαζί με το εκπλειστηρίασμα πρέπει να καταβάλει εντός 14 ημερών (§ 281a Abs.3 ExO). Στην τελευταία περίπτωση, μετά την καταβολή, ο δικαστικός επιμελητής, οφείλει να αποστείλει το πράγμα στον υπερθεματιστή με κίνδυνο του τελευταίου,⁶³ ενώ, αν ο υπερθεματιστής δεν εξοφλήσει το εκπλειστηρίασμα (και τα έξοδα μεταφοράς στην τελευταία περίπτωση), λαμβάνει χώρα αναπλειστηριασμός (§ 278b ExO).

Στην *Ισπανία* –που αντιμετώπισε παρόμοια με την Ελλάδα προβλήματα διεξαγωγής των κοινών πλειστηριασμών σε δημόσιο χώρο– με τον νόμο που τροποποίησε τον Κώδικα Πολιτικής Δικονομίας (La Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil – βλ. ιδίως τα άρθρα 551, 645, 646, 648, 649, 652, 656, 661, 667 αυτού) ο πλειστηριασμός διεξάγεται μόνο ηλεκτρονικά μέσω πύλης δημοπρασιών που ελέγχεται από το υπουργείο δικαιοσύνης και στον οποίο αναρτώνται τα στοιχεία των πλειστηριασμών που θα διεξαχθούν και μέσω του οποίου πιστοποιούνται τα όσα έλαβαν χώρα στον πλειστηριασμό. Οι υποψήφιοι πλειοδότες πιστοποιούνται με κατάθεση εγγυοδοσίας 5 % επί της αξίας των εκπλειστηριαζόμενων πραγμάτων που αποδεσμεύεται μετά το τέλος του πλειστηριασμού πλην εκείνης του υπερθεματιστή, εκτός αν οι τελευταίοι επιθυμούν να παραμείνει δεσμευμένη για την περίπτωση μη κατάθεσης του πλειστηριασμού, οπότε το πράγμα κατακυρώνεται στον αμέσως επόμενο πλειοδότη. Οι προσφορές κατατίθενται για χρονικό διάστημα 20 ημερών και μπορεί να παραταθεί για 24 ώρες, ενώ ο υπερθεματιστής οφείλει να καταβάλει το πλειστηρίασμα εντός 10 ημερών.

Στην *Πορτογαλία* το 2013 έγινε πρόβλεψη στα άρθρα 20 – 24 του νόμου 166/2013 (Série I de 2013-08-29) για την διεξαγωγή ηλεκτρονικού πλειστηριασμού μέσω κεντρικά ελεγχόμενης πλατφόρμας, με πιστοποίηση των χρηστών και υποβολή προσφορών εντός συγκεκριμένου χρονικού πλαισίου. Σχετικώς, το άρθρο 837 του πορτογαλικού Κώδικα Πολιτικής Δικονομίας, προβλέπει προαιρετικά τον ηλεκτρονικό πλειστηριασμό στην πρώτη του παράγραφο για κινητά και ακίνητα πράγματα. Ο ηλεκτρονικός πλειστηριασμός διεξάγεται σύμφωνα με τους όρους ειδικού διατάγματος και προβλέποντας (στην τρίτη παράγραφο) την συμπληρωματική εφαρμογή των διατάξεων για την πώληση στα ζητήματα που δεν ρυθμίζονται στο εν λόγω διάταγμα. Σχετικώς εκδόθηκε το Διάταγμα (Despacho n.º 12624/2015) το οποίο όρισε την ιστοσελίδα ηλεκτρονικών δημοπρασιών (www.e-leiloes.pt) και τον διαχειριστή της ιστοσελίδας (Câmara dos Solicitadores), υπό την εποπτεία του Υπουργείου Δικαιοσύνης, ρυθμίζει το χρονικό πλαίσιο διεξαγωγής του ηλεκτρονικού πλειστηριασμού, τον τρόπο πιστοποίησης των χρηστών και της ενημέρωσης τους για την διαδικασία και υποβολής προσφορών, ενώ ρυθμίζει περαιτέρω ζητήματα

63 *Mini*, ο.π., Rn. 884.

δεδομένων προσωπικού χαρακτήρα.

Στην *Ιταλία* προβλέπεται στο άρθρο 490 του ιταλικού Κώδικα Πολιτικής Δικονομίας, όπως αυτό τροποποιήθηκε με το νομοθετικό διάταγμα 35/2005, για ακίνητα ή κινητά αξίας άνω των 25.000 ευρώ, η δυνατότητα ανάρτησης της εντολής του δικαστή εκτέλεσης και της έκθεσης εκτίμησης, εκτός από την επίσημη πύλη επίσης (*“altresi”*) σε ειδικές ιστοσελίδες, τουλάχιστον σαράντα πέντε ημέρες πριν από την προθεσμία υποβολής των προσφορών ή την ημερομηνία της δημοπρασίας (βλ. και τα άρθρα 530, 569 του ιταλικού κώδικα πολιτικής δικονομίας). Οι ειδικότερες λεπτομέρειες ρυθμίζονται, σύμφωνα και με το άρθρο 173 του ίδιου Κώδικα, με το Διάταγμα της 30^{ης} Οκτωβρίου περί αναγνώρισης δικτυακών τόπων για την εισαγωγή των προκηρύξεων πωλήσεων που αναφέρονται στο προαναφερθέν άρθρο 490 *codice di procedura civile*. Με το Διάταγμα κατοχυρώνεται ο κρατικός έλεγχος των ιστοσελίδων και ορίζονται οι ειδικοί όροι λειτουργίας αυτών (εταιρική μορφή, πιστοποίηση από το υπουργείο δικαιοσύνης με ειδικές προδιαγραφές για πωλήσεις ακινήτων, ασυμβίβαστα διαχειριστών ιστοσελίδων - άρθρα 2,3), οι τεχνικές προδιαγραφές εγγυημένης πρόσβασης στους πλειοδότες (άρθρο 4), ο τρόπος πιστοποίησης των εταιριών διαχείρισης των ιστοσελίδων (άρθρο 5). Στο άρθρο 6 ορίζεται ότι τα δεδομένα λαμβάνουν οι ιστοσελίδες από την δικαστική αρχή ηλεκτρονικώς ή με άλλο τρόπο που να διασφαλίζει την πιστότητα τους και στο άρθρο 7 ότι το Υπουργείο Δικαιοσύνης ενεργοποιεί τη Δικτυακή Πύλη Δικαστικών Πωλήσεων για την έρευνα και την παρακολούθηση των δεδομένων που δημοσιεύονται σε όλες τις ιστοσελίδες, ώστε κατ' αποτέλεσμα ο ενδιαφερόμενος να παρακολουθεί ενιαία και ταυτόχρονα αυτούς με επαρκή στοιχεία.⁶⁴ Μέσω αυτής της πύλης, πιστοποιούνται από την τελευταία πύλη όσα λαμβάνουν χώρα σε κάθε πλειστηριασμό και ενημερώνεται η αρμόδια δικαστική αρχή για την εξέλιξη του κάθε πλειστηριασμού την προηγούμενη ημέρα διενέργειας του. Στο άρθρο 8 προβλέπεται ως κύρωση επί συμμόρφωσης με τα ανωτέρω η διακοπή λειτουργίας της ιστοσελίδας.

Αντίθετα, όπως αναφέρθηκε στην αρχή της συγκριτικής επισκόπησης, άλλες χώρες εμμένουν στον κοινό πλειστηριασμό που διεξάγεται σε δημόσιο χώρο. Για παράδειγμα στο *γαλλικό δίκαιο* οι διατυπώσεις δημοσιότητας του κοινού (σε δημόσιο χώρο) πλειστηριασμού προβλέπονται στα άρθρα R322-

⁶⁴ Από την σχετική πύλη (<https://pvp.giustizia.it>) προκύπτει ότι αναρτάται εξωτερική φωτογραφία του πράγματος, τιμή εκκίνησης, ημερομηνία διενέργειας του πλειστηριασμού και συνοπτική περιγραφή και τοποθεσία του ακινήτου, το αρμόδιο δικαστικό γραφείο, τηλέφωνο, διεύθυνση και ηλεκτρονική διεύθυνση, καθώς και σε ξεχωριστά αρχεία η εντολή του δικαστή εκτέλεσης και η έκθεση εκτίμησης, ενίοτε και φωτογραφίες από το εσωτερικό του ακινήτου και αν ακόμη κατοικείται, ενώ παρέχεται η δυνατότητα επίσκεψης στο ακίνητο μετά από συνεννόηση με την δικαστική αρχή.

31 έως R322-38 του Code des procédures civiles d'exécution, όπως ισχύουν μετά το Διάταγμα (Décret) n°2019-966 της 18^{ης} Σεπτεμβρίου 2019. Στις ΗΠΑ, επίσης, προκειμένου για εκτελεστούς τίτλους που αφαιρούν απαιτήσεις ιδιωτών επιλέγεται ο κοινός⁶⁵ πλειστηριασμός ("execution sale") για ακίνητη και κινητή περιουσία διενεργούμενος από δημόσιο λειτουργό (sheriff) μετά τις αναγκαίες δημοσιεύσεις (28 U.S. Code § 3203 g), ενώ ηλεκτρονικοί πλειστηριασμοί για εκποίηση κατασχεθέντων πραγμάτων από δημόσιες υπηρεσίες γίνονται σύμφωνα με το τοπικό δίκαιο κάθε Πολιτείας.⁶⁶ Όμοια, τέλος, στο αγγλικό δίκαιο και μετά την σχετικά πρόσφατη τροποποίηση των σχετικών διατάξεων για την αναγκαστική εκτέλεση επί χρηματικών απαιτήσεων με τον Tribunals, Courts and Enforcement Act 2007 που εισήγαγε το σύστημα της ανάληψης του ελέγχου των πραγμάτων ("taking control of goods") αντικαθιστώντας εκείνο της κατάσχεσης των πραγμάτων ("seizure of goods")⁶⁷ επιλέγεται ο δημόσιος (κοινός) πλειστηριασμός (public auction).⁶⁸

III. Οι ηλεκτρονικές δημοπρασίες και ο ηλεκτρονικός πλειστηριασμός ως μέσο εκτέλεσης

α) Οι ηλεκτρονικές δημοπρασίες

Η δημοπρασία (κινητών ή ακίνητων πραγμάτων) μέσω του διαδικτύου δεν είναι κάτι καινούριο· αντίθετα με την ανάπτυξη του διαδικτύου που συνέπεσε με την παγκοσμιοποίηση αναπτύχθηκαν πολυάριθμες ιστοσελίδες (μερικές από τις πιο γνωστές: e bay, hood, azubo, ricardo) εκμεταλλεζόμενες την δυνατότητα προσέλκυσης πλειοδοτών από οποιοδήποτε σημείο του κόσμου και όχι από μία γεωγραφικά περιορισμένη περιοχή, χωρίς να είναι αναγκαίο να παρίσταται ο πωλητής/δημοπράτης και οι υποψήφιοι πλειοδότες σε συγκεκριμένο τόπο και συνήθως με ευρύτερο χρονικό πλαίσιο υποβολής προσφορών. Προς τούτο, οι ηλεκτρονικές δημοπρασίες χρησιμοποιούν τα σύγχρονα μέσα μετάδοσης εικόνας και ήχου που παρέχουν απομακρυσμένη πρόσβαση στο πωλούμενο πράγμα, καθώς και τις σύγχρονες δυνατότητες εξόφλησης με ηλεκτρονικούς τρόπους, παρέχουν δε στον αγοραστή δυνατότητα επιστροφής

65 Διενεργούμενος κατά εμπορικά εύλογο τρόπο πώλησης (28 U.S. Code § 3203 g A: "*An execution sale under this section shall be conducted in a commercially reasonable manner*").

66 Π.χ. 2012 Indiana Code, Title 5, Article 22, Chapter 5.

67 Andrews on civil processes, Court Proceedings, Arbitration & Mediation, 2nd ed. (2019), para 17.01.

68 Tribunals, Courts and Enforcement Act 2007, Schedule 12 - Taking control of goods, Art. 41.1: "*The sale must be by public auction unless the court orders otherwise.*"

ελαττωματικού προϊόντος.⁶⁹ Τα ανωτέρω μέσα που μετέρχονται οι ιστοσελίδες ηλεκτρονικών εμπορικών δημοπρασιών παρέχουν σε αυτές το *πλεονέκτημα* ότι διευκολύνουν σημαντικά, κατ' αποτέλεσμα, την επίτευξη μεγαλύτερου τιμήματος προς όφελος του πωλητή και αν αυτά μεταφερθούν στον πλειστηριασμό, μια πώληση τέτοιου τύπου λειτουργεί προς όφελος των δανειστών που θα εισπράξουν μεγαλύτερο πλειστηρίασμα, αλλά και του οφειλέτη που θα εισπράξει μεγαλύτερο υπόλοιπο πλειστηρίασματος ή θα μειώσει μεγαλύτερο μέρος της οφειλής του, ώστε να μην αποβαίνουν άκαρποι.⁷⁰ Θα πρέπει δε να ληφθεί υπόψη και το μειωμένο κόστος μιας διαδικτυακής δημοπρασίας - πλειστηριασμού, έναντι της παραδοσιακής (κόστος δημοσιεύσεων/κοινοποιήσεων, χώρου και απασχόληση προσωπικού, έξοδα μετάβασης και δαπάνη χρόνου για συμμετέχοντες).⁷¹ Ενόψει αυτών, η παραδοσιακή δημοπρασία πλέον περιορίζεται στην πώληση έργων τέχνης που, εκ της φύσης της, απευθύνεται σε περιορισμένο κοινό με ανάγκη θεώρησης των πωλούμενων από ειδικούς εκτιμητές.⁷²

Από την άλλη πλευρά, η ηλεκτρονική δημοπρασία έχει μια σειρά από *μειονεκτήματα και κινδύνους* που οι παραδοσιακές εμπορικές ιστοσελίδες δεν μπορούν να αποφύγουν, λόγω της ανωνυμίας και της αδιαφάνειας του διαδικτύου που ευνοεί απατηλές συμπεριφορές, ενώ στα μειονεκτήματα τους συγκαταλέγεται και το ότι αποφέρουν ελάχιστα έσοδα στο κράτος.⁷³ Περαιτέρω, οι ιδιαίτερες ρυθμίσεις των διατάξεων περί αναγκαστικού πλειστηριασμού για την ικανοποίηση χρηματικών απαιτήσεων επιβάλλουν την θεώρηση της όλης διαδικασίας του ηλεκτρονικού πλειστηριασμού υπό την οπτική της δημοσιότητας αυτού, αλλά και της εξασφάλισης ή μη των θεμελιακών δικαιωμάτων των συμμετεχόντων σε αυτόν, σε σύγκριση με τα ισχύοντα επί κοινού πλειστηριασμού. Επομένως, δεν είναι επιτρεπτή η μεταφορά στον αναγκαστικό πλειστηριασμό των όσων ισχύουν γενικώς περί δημοπρασιών,⁷⁴ παρά μόνο στον βαθμό που η όλη διαδικασία τους εγγυάται την τήρηση των θεμελιωδών εγγυήσεων του τελευταίου.

69 *Meller - Hannich*, ο.π., σ. 21.

70 *Lüke* σε *Wieczorek/Schütze*, ο.π., § 814, Rn.9a · *Schnabl*, ο.π., σ. 941 · *Viertelhausen*, ο.π., σ.2 · *Διαμαντόπουλος*, ο.π., σ. 755-756. Βλ. και Σχέδιο του γερμανικού νόμου σε ιστοσελίδα γερμανικού υπουργείου δικαιοσύνης (www.bmfv.de - *Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses (6. Ausschuss) zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung – Drucksache 16/12811 – Entwurf eines Gesetzes über die Internetversteigerung in der Zwangsvollstreckung*).

71 *Viertelhausen*, ο.π., σ.2.

72 *Meller - Hannich*, ο.π., σ. 21.

73 *Schnabl*, ο.π., σ. 943 · *Meller - Hannich*, ο.π., σ. 22. Βλ. και *Διαμαντόπουλο*, ο.π., σ. 755.

74 *Brox/Walker*, ο.π., Rn. 404b. Βλ. πάντως *Διαμαντόπουλο*, ο.π., σ. 748 επ.

Το ζήτημα συνέχεται αναπόδραστα με τη νομική φύση του αναγκαστικού πλειστηριασμού. Κατά την παλαιότερη άποψη που υποστηρίζεται⁷⁵ στη θεωρία και κρατεί στη νομολογία⁷⁶ πρόκειται για πώληση ιδιωτικού δικαίου, με παρεκκλίσεις ως προς το πρόσωπο του πωλητή, αφού η μεταβίβαση γίνεται παρά τη θέληση του κυρίου. Περαιτέρω, η νομολογία δέχεται στην πλειοψηφία της ότι ως πωλητής λογίζεται ο επισπεύδων δανειστής,⁷⁷ ενώ έχει γίνει δεκτό⁷⁸ μεμονωμένα ότι ως πωλητής λογίζεται ο οφειλέτης. Κατά άλλη άποψη που υποστηρίζεται στη γερμανική θεωρία, η εκπλειστηρίαση πράγματος συνιστά κυριαρχική κρατική πράξη αμιγώς δημοσίου δικαίου,⁷⁹ ενώ κατά άλλη άποψη, πιο πειστική, που επίσης υποστηρίζεται στην γερμανική⁸⁰ και την ελληνική θεωρία⁸¹ και γίνεται δεκτή από μέρος της νομολογίας των δικαστηρίων μας,⁸² πρόκειται για σύμβαση δημοσίου δικαίου που δημιουργεί ιδιόρρυθμη σχέση πώλησης. Συνεπώς, η ως άνω νομική φύση του πλειστηριασμού ενισχύει την παραπάνω θέση ότι δεν είναι επιτρεπτή η μεταφορά στον αναγκαστικό πλειστηριασμό των όσων ισχύουν γενικώς περί δημοπρασιών, αφού η μεν πρώτη

75 *Οικονομίδης/Λιβαδάς*, ΕγχΠολΔ, ΙΙΙ, 6^η έκδ., § 237, σ. 263 επ.

76 ΟΛΑΠ 12/2008, ΕΠολΔ 2008.646 με παρατηρήσεις *Αυγουστιανάκη* · ΟΛΑΠ 1177/1984, ΝοΒ 1985.95 · ΑΠ 6/2015, Νομος · ΑΠ 11/2015, Νομος · ΑΠ 1313/2009, ΕΠολΔ 2010.131 · ΑΠ 242/2000, ΕλλΔνη 2000.1039 · ΑΠ 1677/1983, ΝοΒ 1984.535 · ΑΠ 489/2004, Δ 2005.342.

77 ΟΛΑΠ 1177/1984, ΝοΒ 1985.95 · ΑΠ 6/2015, Νομος · ΑΠ 11/2015, Νομος · ΑΠ 1313/2009, ΕΠολΔ 2010.131 · ΑΠ 1036/2009, ΧρΙΔ 2010.560.

78 ΑΠ 1677/1983, ΝοΒ 1984.535

79 *Schlosser*, *Zivilprozeßrecht II*, *Zwangsvollstreckungsrecht- und Insolvenzrecht*, (1984), Rn. 215 · *Zöller/Stöber*, ZPO, 19te Aufl., § 817, Rn.7.

80 *Baumbach/Lauterbach/Hartmann*, ZPO 77te Aufl. (2019), § 817, Rn. 4B · *Loth*, *Die Verwertung gepfändeter Sachen im Internet*, (Dissertation) 2018, σ. 27 · *Thomas-Putzo (-Hüßtege)*, 29te Aufl. (2008) § 817, Rn. 2 · *Rosenberg/Gaul/Schilken*, ο.π., § 53 ΙΙΙ, σ. 817 · *Jauernig*, *Zwangsvollstreckungs- und Konkursrecht*, 19te Aufl., § 18 IV A · *Bruns/Peters*, *Zwangsvollstreckungsrecht*, 3te Aufl. (1987), § 35, VI, σ. 249-250. Βλ. και *Meller - Hannich*, ο.π., σ. 22.

81 *Φραγκίστας*, Ο πλειστηριασμός και αι ιδιορρυθμίες αυτού, ΕΕΝ 1948, σ. 700-701 · *Ράμμος*, Στοιχεία Ελληνικής Πολιτικής Δικονομίας, τΙΙ, 1944, σ. 138 · *Μητσόπουλος*, Παρακράτησις εκπλειστηριάσματος παρ' ενυπόθηκου υπερθεματιστού, ΝΔ 1956, σ. 367 · *Μπέης*, Μονομερής Ματαίωση προγραμματισμένου πλειστηριασμού, Δ 1977, σ. 643 επ. · *Γεσίου-Φαλτσή*, ΔικΑνΕκτ, Ια, β' έκδ., 2017, § 59, αριθμ. 13 · *Καλαβρός*, Θεμελιώδη ζητήματα του δικαίου της αναγκαστικής εκτέλεσης, σ. 56-57. Προς αυτήν την κατεύθυνση και οι *Νικολόπουλος*, Ο αναπλειστηριασμός, (δ.δ.), 1979, σ. 78 επ., 85-86 (διοικητική σύμβαση) · *Μπρίνιας*, ΑνΕκτ, V, § 643, σ. 2102 (σύνθετη διαδικαστική πράξη δημοσίου δικαίου που από την πλευρά του αποτελέσματος «υπενθυμίζει» πώληση).

82 ΑΠ 255/2009, ΕΠολΔ 2009.541 με σημ. *Κατηφόρη* = ΝοΒ 2010.1729 · ΑΠ 1734/2007, ΕφΑΔ 2008.174-175 · ΕφΑθ 7770/1992, Δ 1993.534 · ΜΠρΠειρ 7/1973, ΝοΒ 1973.551. Πάντως, πειστικά επισημαίνεται ότι σε πλείστα θέματα η νομολογία επιλύει τα ζητήματα που αναφέρονται ανεξάρτητα από την νομική φύση του πλειστηριασμού (*Νίκας*, ΔικΑνΕκτ, ΙΙ, § 48, αριθμ. 8).

άποψη επισημαίνει ότι πρόκειται για «ιδιόρρυθμη» πώληση, ενώ η δεύτερη τονίζει τον δημοσίου δικαίου χαρακτήρα της σύμβασης. Όπως όμως πειστικά γίνεται δεκτό στην γερμανική θεωρία, η ρευστοποίηση μέσω εμπορικής πλατφόρμας δεν συνιστά πλειστηριασμό ούτε κατά ουσιαστική ούτε κατά δικονομική έννοια. Από δικονομικής πλευράς διότι - εξαρτώμενη από ιδιωτικό πάροχο ευρισκόμενο οπουδήποτε ανά τον κόσμο χωρίς καμία κρατική εποπτεία - δεν παρέχει εχέγγυα ορθής ανάρτησης του προς εκπλειστηρίαση πράγματος και δη από πιστοποιημένο όργανο της αναγκαστικής εκτέλεσης, εγγυημένη λειτουργία των ηλεκτρονικών μέσων ανταλλαγής δηλώσεων βούλησης των ενδιαφερομένων και πιστοποίηση των τελευταίων που διασφαλίζει η κεντρικά ελεγχόμενη ιστοσελίδα δικαστικών πλειστηριασμών και, επομένως, για τον λόγο ότι δεν διασφαλίζει πρόσβαση μέσω του διαδικτύου σε κάθε ενδιαφερόμενο, εξαρτώμενης της συμμετοχής του τελευταίου από τον (ανεξέλεγκτο) ιδιωτικό πάροχο της εμπορικής πλατφόρμας.

Η αντίθετη θέση⁸³ που πρόσφατα υποστηρίχθηκε στο γερμανικό δίκαιο, όπου, όπως προελέχθη, προβλέπεται εναλλακτικά και υπό προϋποθέσεις η ρευστοποίηση με ελεύθερη πώληση αναγκαστικώς κατασχεθέντων πραγμάτων κατά την §825 ZPO, εκκινεί από εσφαλμένη αφετηρία και ως εκ τούτου είναι μη πειστική. Ειδικότερα, η άποψη αυτή επικαλείται ότι η ελεύθερη πώληση (*freihändiger Verkauf*), που μπορεί να γίνει (και) μέσω εμπορικής πλατφόρμας αντιμετωπίζεται ως δημοσίου δικαίου ιδιόρρυθμη πώληση, όπως ο πλειστηριασμός, με συνέπεια την μη εφαρμογή των ρυθμίσεων της τελευταίας για τις εξ αποστάσεως συμβάσεις και του δικαίου της προστασίας του καταναλωτή (όπως και στον πλειστηριασμό), καταλήγοντας σε εξομίωση του ηλεκτρονικού πλειστηριασμού με την ηλεκτρονική δημοπρασία.⁸⁴ Όμως, η αντιμετώπιση πολλών ζητημάτων στην «ελεύθερη πώληση» (και όχι μόνο στην ηλεκτρονική δημοπρασία) όμοια με τον πλειστηριασμό δεν είναι συνέπεια της νομικής φύσης της ηλεκτρονικής δημοπρασίας μέσω εμπορικής πλατφόρμας και της δήθεν ομοιότητας της με τον ηλεκτρονικό πλειστηριασμό, αλλά συνέπεια της νομοθετικής επιλογής να ρευστοποιούνται κινητά πράγματα υπό συγκεκριμένες προϋποθέσεις εναλλακτικά του ηλεκτρονικού πλειστηριασμού σε άλλο χώρο ή με άλλους τρόπους (π.χ. πώληση σε χώρο δημοπρασιών, με την χρήση τρίτου προσώπου ή και χρηματιστηριακώς) κατά πιο ευέλικτο τρόπο, προκειμένου να μην ματαιωθεί η αναγκαστική εκτέλεση. Οι ευέλικτοι αυτοί εναλλακτικοί τρόποι ρευστοποίησης αντιμετωπίζονται λόγω της νομοθετικής αυτής πρόβλεψης όμοια με τον πλειστηριασμό, επειδή διενεργούνται στο πλαίσιο αναγκαστικής εκτέλεσης από κρατικά όργανα για την ικανοποίηση

83 Διαμαντόπουλος, ο.π., σ. 751-753.

84 *Loth*, ο.π., σ. 69, 72 επ..

χρηματικών απαιτήσεων.⁸⁵ Αντίθετα, οι εν λόγω τρόποι «ελεύθερης πώλησης» που προβλέπει η σχετική διάταξη, όπως εξειδικεύονται στον νόμο,⁸⁶ διαφοροποιούνται ακριβώς ως προς το ότι η τιμή και ο πλειοδότης *δεν προκύπτουν από ανοικτή τυποποιημένη πλειοδοτική διαδικασία, αλλά από ελεύθερη συμφωνία*. Ας σημειωθεί ότι σε αυτές περιλαμβάνεται και η παραχώρηση της κυριότητας του πράγματος στον επισπεύδοντα σε συγκεκριμένο τίμημα, που δεν θα πρέπει να υπολείπεται της ελάχιστης που έχει οριστεί για τον πλειστηριασμό. Και η τελευταία, όμως, αντιμετωπίζεται ως διαδικαστική πράξη της εκτελεστικής διαδικασίας,⁸⁷ χωρίς, βεβαίως, αυτό να την εξομοιώνει με πλειστηριασμό.

Αντίστοιχοι προβληματισμοί είχαν γεννηθεί και στο ελληνικό δίκαιο που προέβλεπε την «ελεύθερη εκποίηση» του κατασχεθέντος πράγματος από τον υπάλληλο του πλειστηριασμού ως εναλλακτική δυνατότητα του τρίτου πλειστηριασμού,⁸⁸ μετά την διενέργεια δύο άκαρπων πλειστηριασμών (άρθρα 966§2 και 1003§4 ΚΠολΔ, όπως ίσχυαν πριν το Ν. 4842/2021), εφόσον υποβληθεί σχετικό αίτημα από όποιον έχει έννομο συμφέρον προς το δικαστήριο της ανακοπής, το οποίο αποφάσιζε επί του αιτήματος δικάζον κατά την διαδικασία των ασφαλιστικών μέτρων, σύμφωνα και με τα όσα εκτίθενται κατωτέρω (υπό IV, β'). Και στο ελληνικό δίκαιο γίνεται δεκτό από την θεω-

85 Βλ. και Viertelhausen, ο.π., σ. 4.

86 Πρόκειται για την § 91 (1) της Geschäftsanweisung für Gerichtsvollzieher (GVGA) und Gerichtsvollzieherordnung (GVO) (GVGA) της 22ας Ιουλίου 2013, όπως τροποποιήθηκε στις 30. November 2018: *“Die Verwertung der Pfandstücke erfolgt in der Regel durch öffentliche Versteigerung in Form der Präsenzversteigerung (§§ 92 bis 96); soweit dies landesrechtlich vorgesehen ist, ist auch die allgemein zugängliche Versteigerung im Internet (§ 814 Absatz 2 Nummer 2 ZPO) möglich. ²Als Formen der anderweitigen Verwertung kommen insbesondere in Betracht: freihändiger Verkauf durch den Gerichtsvollzieher (§§ 97 bis 99), freihändiger Verkauf durch einen Dritten - gegebenenfalls unter Festsetzung eines Mindestpreises -, Übereignung an den Gläubiger zu einem bestimmten Preis, Versteigerung durch den Gerichtsvollzieher an einem anderen Ort als nach § 816 Absatz 2 ZPO vorgesehen.”* Βλ. για τους τρόπους αυτούς ρευστοποίησης Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ο.π., § 825, Rn. 13-25.

87 Stein/Jonas (-Würdinger), ο.π., § 825, Rn. 5,6 ·Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ο.π., § 825, Rn. 13.

88 ΣχΠολΔ VIII, σ. 37 (Προσχέδιο Μιχαλάκη).

ρία⁸⁹ και την νομολογία⁹⁰ ότι η εν λόγω «ελεύθερη εκποίηση» έχει *χαρακτήρα αναγκαστικής εκποίησης* (και όχι πώλησης ή εκούσιου πλειστηριασμού), καθώς η ρευστοποίηση γίνεται επί κατασχεθέντος πράγματος⁹¹ στο πλαίσιο της εκτελεστικής διαδικασίας και σε αναπλήρωση του πλειστηριασμού,⁹² χωρίς όμως τους περιορισμούς του τελευταίου,⁹³ με αποτέλεσμα να εφαρμόζονται οι προστατευτικές διατάξεις για την δόλια απομάκρυνση πλειοδοτών.⁹⁴ Ακόμη, το τίμημα επέχει θέση πλειστηριάσματος του οποίου γίνεται κατάθεση και διανομή του κατά τα άρθρα 965 I, IV και 971, 974 επ. ΚΠολΔ,⁹⁵ το ύψος και οι όροι καταβολής του ορίζονται από το δικαστήριο, το οποίο μπορεί να τάξει πρόσθετες προϋποθέσεις για την εκποίηση και ιδίως μπορεί να θέσει διατυπώσεις δημοσιότητας απαραίτητες για την προστασία των δικαιωμάτων των δανειστών. Στο τελευταίο αυτό ζήτημα η θεωρία παρέπεμπε στις (καταργηθείσες πλέον με τον Ν. 4335/2015) διατάξεις των άρθρων 960 και 999 ΚΠολΔ περί σύνταξης περίληψης κατασχετήριας έκθεσης και κοινοποίησης αυτής⁹⁶ ήτοι την «διακήρυξη» της ελεύθερης εκποίησης. Η ανάγκη αυτή παρέμενε και υπό τον ΚΠολΔ μέχρι την πρόσφατη τροποποίησή του με τον Ν. 4842/2021, καθώς το σχετικό άρθρο (966§2 ΚΠολΔ) δεν περιέχει σχετική πρόβλεψη, ούτε με την πρόσφατη τροποποίηση του με το άρθρο 23 του Ν.4549/2018. Λόγω των

89 Μάζης, «Ελεύθερη» εκποίηση κατεσχημένου πράγματος κατά το άρθρο 966§3 ΚΠολΔ. 2. Εκποίηση πλοίου χωρίς πλειστηριασμό από τον προτιμώμενο ενυπόθηκο δανειστή κατά το άρθρο 5 ν.δ. 3899/1958. Δύο θεσμοί προς διευκόλυνση της ικανοποίησης του πιστωτή, ΝοΒ 1980, σ. 608 – 609 · Μπρίνιας, ΑνΕκτ, τ. II, §365, σ. 935 κείμενο και υποσημ. 24 και ιδίως τ. IV, § 568γ', σ. 1789 – 1790 · Κεραμεύς/Κονδύλης/Νίκας (-Νικολόπουλος), ΕρμΚΠολΔ II, ά έκδ. (2001), άρθρο 966, αριθμ. 8 · Αρβανιτάκης, Ενημερωτικό σημείωμα στην ΜΠρΘεσ 30257/2003, Αρμ 2004, σ. 586 · Ηλιακόπουλος, Παρατηρήσεις στην ΜΠρΑλεξ 1019/2009, ΕφΑΔ 2010, σ. 116 · Π.Παννόπουλος, Διόρθωση της κατασχετήριας έκθεσης και της τιμής πρώτης προσφοράς, 2013, σ. 146 · Γεσίου - Φαλτσή, ΔικΑνΕκτ IIα, β' έκδ. (2018), § 59, αριθμ. 113 · Νίκας, ΔικΑνΕκτ II, § 58, αριθμ. 56, υποσημ. 107 · Κεραμεύς/Κονδύλης/Νίκας (-Κιουπτσίδου - Στρατουδάκη), ΕρμΚΠολΔ – Αναγκαστική Εκτέλεση, β' έκδ. (2021), άρθρο 966, αριθμ. 8. Όμοια η αντιμετώπιση του ζητήματος στο γερμανικό δίκαιο (βλ. προηγουμένως υπό II).

90 ΑΠ 1343/2008, Νομος (και σε περίληψη ΝοΒ 2009.141) · ΕφΑθ 4033/1978, ΕΝαυτΔ 1978.355.

91 Πρβλ. και άρθρο 966§3 ΚΠολΔ.

92 Μάζης, ο.π., σ. 607.

93 Μπέης, ΠολΔ – Αναγκαστική εκτέλεση, τ. 23, 2005, σ. 2282.

94 ΑΠ 1343/2008, Νομος (και σε περίληψη ΝοΒ 2009.141).

95 Μάζης, ο.π., σ. 612 · Μπρίνιας, ΑνΕκτ, τ. IV, § 568γ', σ. 1793 · Π.Παννόπουλος, ο.π., σ. 146, υποσημ. 362 · Κεραμεύς/Κονδύλης/Νίκας (-Κιουπτσίδου - Στρατουδάκη), ο.π., άρθρο 966, αριθμ. 8.

96 Μάζης, ο.π., σ. 610 · Π.Παννόπουλος, ο.π., σ. 147 · Γεσίου - Φαλτσή, ο.π., § 59, αριθμ. 113. Βλ. όμως ΜΠρΘεσ 30257/2003, Αρμ 2004.585 με ενημ. σημ. Αρβανιτάκη.

κινδύνων συμπαικτικών ή καταδολιευτικών συμπεριφορών διατυπώθηκαν επιφυλάξεις⁹⁷ ως προς τον θεσμό, που όμως στην συγκεκριμένη περίπτωση δεν δικαιολογούνται, καθώς στο ελληνικό δίκαιο προϋποτίθεται η ματαίωση του πλειστηριασμού δύο φορές, ενώ η τιμή και οι όροι καταβολής του τιμήματος καθορίζονταν από το δικαστήριο.

Εύλογα, όμως ανέκυπτε το ερώτημα εάν στην ερευνώμενη περίπτωση ήταν επιτρεπτή η ελεύθερη εκποίηση του κατασχεθέντος πράγματος μέσω ηλεκτρονικής δημοπρασίας με εμπορική πλατφόρμα. Καθώς η διάταξη αναφερόταν σε ελεύθερη εκποίηση (και) προς τρίτους η χρήση της εμπορικής πλατφόρμας θα έπρεπε να επιτρέπεται και σε αυτή την περίπτωση, έστω και εάν δεν γίνεται ειδική αναφορά στον νόμο (όπως στα γερμανόφωνα δίκαια), αφού η ηλεκτρονική δημοπρασία εντάσσεται στις μορφές ελεύθερης εκποίησης που προβλέπεται από τον νόμο εναλλακτικώς με τον πλειστηριασμό. Κρίσιμη τελεολογικώς είναι η ανάγκη για στάθμιση μεταξύ, αφενός μεν της αποφυγής της κατακύρωσης σε μηδαμινή τιμή, αφετέρου δε της μη ματαίωσης της εκτέλεσης, στην οποία ο Έλληνας νομοθέτης στον ΚΠολΔ προέβη αναγκαίως προβλέποντας, μέχρι τον Ν. 4842/2021 εναλλακτικώς και σε αναπλήρωση του τρίτου πλειστηριασμού την ελεύθερη εκποίηση επηρεασμένος και από το γερμανικό δίκαιο.⁹⁸ Δεδομένης της ευρύτατης χρήσης του διαδικτύου για εμπορικούς σκοπούς (που κορυφώθηκε μετά και την πανδημία του covid 19) και της ανάγκης για μη ματαίωση της εκτέλεσης (και επομένως του δικαιώματος δικαστικής προστασίας) η ηλεκτρονική δημοπρασία με χρήση εμπορικής πλατφόρμας ως τρόπου «ελεύθερης εκποίησης» προς τρίτους κατά το άρθρο 966§2 ΚΠολΔ όπως ίσχυε μέχρι πρόσφατα, θα έπρεπε να θεωρείται επιτρεπτή, εφόσον την διέτασσε το δικαστήριο κατά την διακριτική του ευχέρεια⁹⁹ κατό-

97 ΣχΠολΔ VIII, (Μιχαλάκης) σ. 179-180 · ΠρΑνΕπ, (Βαμβέτσος), σ. 441.

98 ΠρΑνΕπ, σ. 441 – 443, όπου και επιφυλάξεις *Μητσόπουλου* για την διατήρηση της ελάχιστης τιμής μετά από διαδοχικούς άκαρπους πλειστηριασμούς.

99 *Μάζης*, ο.π., σ. 608 · *Μπέης*, ο.π., σ. 2282. Κατά τον *Μπέη* (ο.π., σ. 2282 – 2283 με αναφορά στην σχετική νομολογία του Ομοσπονδιακού Συνταγματικού Δικαστηρίου: BVerfGE 42.64f · BVerfGE 46.325f = NJW 1979.534. BVerfGE 49.220f = NJW 1979.534. BVerfGE 49.252f, = NJW 1979.538 · BVerfGE 51.150f) ο ορισμός ως τιμής προσφοράς κατώτερης εκείνης που αναφέρεται στην κατασχετήρια έκθεση παραβιάζει το άρθρο 17§1 Σ και 1§1 ΕΣΔΑ. Η θέση αυτή παραβλέπει ότι στην διαδικασία της αναγκαστικής εκτέλεσης δεν θίγονται μόνο τα δικαιώματα του οφειλέτη, αλλά και του επισπεύδοντος δανειστή τα οποία καλείται να εξισορροπήσει ο νομοθέτης (Rosenberg/Gaul/Schilken, ο.π., § 3, III 3-4, σ. 24 – 26 · Baur/Stürner/Bruns, ο.π., Rn. 7.45 · *Γεσίου - Φαλτσή*, ΔικΑνΕκτ, ΓΜ, β' έκδ. 2018, §9, αριθμ. 26) και ότι ο άκαρπος πλειστηριασμός μπορεί εν τέλει να θίγει το δικαίωμα δικαστικής προστασίας του επισπεύδοντος δανειστή στον πυρήνα του [Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Neudruck der 20te Aufl. (1999), Rn. 72, 318, 319]. Κατά συνέπεια, ο νομοθέτης θα πρέπει να επιλέγει το ηπιότερο μέσο (:εκπλειστηρίαση στο μεγαλύτερο δυνατό τίμημα και σε κάθε περίπτωση όχι σημαντικά μικρότερο της αγοραίας αξίας

πιν αίτησης οποιουδήποτε έχει έννομο συμφέρον. Με τον καθορισμό ελάχιστης τιμής από το δικαστήριο αποφεύγεται η κατακύρωση του κατασχεθέντος πράγματος σε μηδαμινή τιμή, ενώ η χρήση γνωστής εμπορικής πλατφόρμας ικανοποιούσε ένα *minimum* δημοσιότητας, που πόρρω απείχε εκείνης του ηλεκτρονικού πλειστηριασμού που διενεργούνταν μέσω κεντρικά ελεγχόμενης ιστοσελίδας με πιστοποίηση πλειοδοτών, αλλά που νομοθετικώς είχε επιλεγεί ως *ultimum refugium* αποτροπής της ματαίωσης της εκτέλεσης¹⁰⁰ με την χρήση πιο ευέλικτων («ελεύθερων») τρόπων ρευστοποίησης στους οποίους ασφαλώς συγκαταλέγεται η ρευστοποίηση μέσω ηλεκτρονικής δημοπρασίας, πάντοτε με τις προϋποθέσεις που έθετε το άρθρο 966§2 ΚΠολΔ και τις τυχόν δικλίδες ασφαλείας που μπορούσε το δικαστήριο να θέσει με την απόφαση του, όπως γίνεται δεκτό και στο γερμανικό δίκαιο.¹⁰¹ Στα μέσα δημοσιότητας που θα έπρεπε να επιβάλλει το δικαστήριο με την απόφαση του, μετά την κατάργηση των άρθρων 960 και 999 ΚΠολΔ, ήταν η χρήση επώνυμης και ευρέως χρησιμοποιούμενης εμπορικής πλατφόρμας για ηλεκτρονικές δημοπρασίες, η ακριβής χρονική διάρκεια καθώς και η ημερομηνία έναρξης της τελευταίας, όπως και η ανάρτηση σχετικής αναγγελίας στον κωδικό του πλειστηριασμού που ήδη διεξήχθη άκαρπος, όροι που σαφώς υπερβαίνουν την απλή διακήρυξη της ελεύθερης εκποίησης. Η δυνατότητα ελεύθερης εκποίησης μετά την διενέργεια δύο άκαρπων πλειστηριασμών καταργήθηκε για τους πλειστηριασμούς που θα προσδιοριστούν μετά από τις 1.1.2022 (άρθρα 67, 116§6 περ. στ' και 120 Ν.4842/2021), καθώς τέτοια δυνατότητα δεν παρέχει το νέο άρθρο 966 ΚΠολΔ, μετά την εκ βάθρων τροποποίηση του με τον Ν. 4842/2021, που προβλέπει, μετά την άκαρπη διεξαγωγή δύο διαδοχικών πλειστηριασμών, μόνο την διενέργεια διαδοχικών πλειστηριασμών με «αυτόματα» μειωμένη τιμή που καθορίζεται εκ του νόμου, χωρίς την παρεμβολή δικαστικής κρίσης. Η εν λόγω όμως πρόσφατη ρύθμιση στερεί από τους ενδιαφερόμενους την δυνατότητα ελεύθερης εκποίησης, που ανέκαθεν προβλεπόταν από τον Κώδικα

του πράγματος) σε πρώτη χρονική φάση, σε επόμενη, όμως, και εφόσον το προηγούμενο μέτρο απέβη άκαρπο, δύναται να επιλέξει την ρευστοποίηση σε μικρότερο τίμημα, ώστε να ικανοποιηθεί εν τέλει το δικαίωμα του δανειστή (βλ. επίσης *Μητσόπουλο* σε *ΠρΑνΕπ*, σ. 442). Εύλογα, συνεπώς μεγάλο μέρος της θεωρίας ακολουθεί την αντίθετη θέση (*Γεσίου - Φαλτσή*, *ΔικΑνΕκτ*, Ια, β' έκδ. 2018, §59, αριθμ. 113 · *Ηλιακόπουλος*, ο.π., σ. 117 · *Π.Παννόπουλος*, ο.π., σ. 145, υποσημ. 360). Αξίζει να σημειωθεί, πάντως, ότι οι αποφάσεις του BVerfGE αφορούσαν περιπτώσεις εκπλειστηρίασης πράγματος σε πολύ χαμηλή έως και εξευτελιστική τιμή και για τον λόγο αυτό γίνεται λόγος για κατάφωρη δυσαναλογία (*“ein krasses Missverhältnis”*) μεταξύ αξίας του πράγματος και τιμής κατακύρωσης (*Böttcher*, ZVG, Einl. Rn. 41, §30a, Rn. 38, 39).

100 ΜΠρΑθ 9678/2014, ΝοΒ 2015.268 · ΕιρΡοδ 245/2014, Νομος · *Νίκας*, *ΔικΑνΕκτ* ΙΙ, β' έκδ., 2018, § 48, αριθμ. 58 · *Αρβανιτάκης*, Περί του καταργητέου άρθρου 998§6 ΚΠολΔ, ΕΠολΔ 2019, σ. 501.

101 Musielak (-*Becker*), ο.π., § 814, Rn. 1b.

Πολιτικής Δικονομίας, όπως προαναφέρθηκε, χωρίς ειδική αιτιολογία. Προφανώς, η ελεύθερη εκποίηση θυσιάστηκε στο βωμό της αποσυμφόρησης των δικαστηρίων που επέρχεται, με την δυνατότητα που πλέον προβλέπεται διενέργειας πλειστηριασμού τρίτου και τέταρτου με «αυτόματα» μειωμένη τιμή, παραβλέποντας όμως την χρησιμότητα του θεσμού της ελεύθερης εκποίησης, εναλλακτικά προς τον πλειστηριασμό με τις προαναφερθείσες εγγυήσεις που μπορούσε το δικαστήριο να θέσει.

Αντίθετα προς την δυνατότητα ελεύθερης εκποίησης που προβλεπόταν μέχρι πρόσφατα, εύλογους προβληματισμούς προκαλεί η διάταξη του άρθρου 998§6 ΚΠολΔ,¹⁰² που τέθηκε σε ισχύ με τον Ν.4335/2015. Σύμφωνα με αυτήν, «μετά από αίτηση του οφειλέτη, το δικαστήριο του άρθρου 933, το οποίο δικάζει κατά τη διαδικασία των άρθρων 686 επ., μπορεί να επιτρέψει να πωληθεί ελεύθερα το ακίνητο με τίμημα το οποίο ορίζεται από το δικαστήριο. Η πώληση αυτή γίνεται από τον υπάλληλο του πλειστηριασμού το αργότερο δέκα (10) ημέρες πριν από τον πλειστηριασμό με ταυτόχρονη εξόφληση του τιμήματος. Αν η πώληση δεν πραγματοποιηθεί κατά το προηγούμενο εδάφιο, ο πλειστηριασμός διεξάγεται κατά την ορισθείσα ημερομηνία.» Σημειώνεται δε ότι η διάταξη του άρθρου 1003§4 ΚΠολΔ κάνει λόγο για αναλογική εφαρμογή «των άρθρων 965 παρ.4 έως 7 και 966 παρ.1 έως 4» στην περίπτωση της εκπλειστηρίασης ακινήτων, με αποτέλεσμα, πριν την τροποποίηση του άρθρου 966 ΚΠολΔ με τον Ν. 4842/2021, επί ακινήτων να προβλέπονται δύο περιπτώσεις ελεύθερης ρευστοποίησης, μία με αίτηση του οφειλέτη, προηγούμενη του πλειστηριασμού κατ' άρθρο 998§6 ΚΠολΔ και μία επιγενόμενη δύο άκαρπων πλειστηριασμών, με αίτηση όποιου έχει έννομο συμφέρον κατά τα άρθρα 966§2 και 1003§4 ΚΠολΔ και υπό το νέο άρθρο 966§4 ΚΠολΔ (μετά τον Ν. 4842/2021) την διενέργεια τεσσάρων διαδοχικών πλειστηριασμών. Ο νομοθέτης με το άρθρο 998§6 ΚΠολΔ επιτρέπει (μόνο) στον οφειλέτη με άδεια του δικαστηρίου να «πωλήσει ελεύθερα» το ακίνητο σε τίμημα που το δικαστήριο ορίζει και που δεν μπορεί να είναι κατώτερο της τιμής πρώτης προσφοράς, καθώς η μείωση της τιμής πρώτης προσφοράς γίνεται μέσω της ανακοπής του άρθρου 954§4 ΚΠολΔ.¹⁰³ Η εν λόγω ρευστοποίηση επίσης χαρακτηρίζεται ως αναγκαστική εκποίηση, το τίμημα επίσης επέχει θέση πλειστηριάσματος του οποίου γίνεται κατάθεση και η διανομή του γίνεται κατά τα άρθρα 965 I, IV και 971, 974 επ. ΚΠολΔ.¹⁰⁴ Περαιτέρω, στην θεωρία γίνεται δεκτό ότι δεν είναι απαραίτητο να καθορίζεται το πρόσωπο του αγοραστή.¹⁰⁵ Με

102 Βλ. επόμενη υποσημείωση με αριθμό 106.

103 Αρβανιτάκης, ο.π., σ. 506 · Κεραμύς/Κονδύλης/Νίκας (-Κιουπτσίδου – Στρατουδάκη), ο.π., άρθρο 998, αριθμ. 3. Βλ. όμως ΜΠρΙωαν 174/2017, σε <http://www.prosyde.gr/archives/2307>

104 ΜΠρΙωαν 174/2017, σε <http://www.prosyde.gr/archives/2307> · Κεραμύς/Κονδύλης/Νίκας (-Κιουπτσίδου – Στρατουδάκη), ο.π., άρθρο 998, αριθμ. 3.

105 Κεραμύς/Κονδύλης/Νίκας (-Κιουπτσίδου – Στρατουδάκη), ο.π., άρθρο 998, αριθμ. 3.

τα δεδομένα αυτά, ούτε σε αυτή την μορφή «ελεύθερης πώλησης» φαίνεται να υπάρχει εμπόδιο για διεξαγωγή ηλεκτρονικής δημοπρασίας μέσω εμπορικής πλατφόρμας, αφού το πρόσωπο του αγοραστή δεν χρειάζεται να καθορίζεται με την απόφαση. Μάλιστα, η ηλεκτρονική δημοπρασία μέσω εμπορικής πλατφόρμας είναι σαφώς βελτιωμένη εκδοχή της «ελεύθερης πώλησης», συχνά με προσυμφωνημένο αγοραστή. Εφόσον λάβει χώρα η πώληση και καταβληθεί το τίμημα, ο προγραμματισμένος πλειστηριασμός δεν θα διεξαχθεί με ενημέρωση των ενδιαφερόμενων κατά το άρθρο 959§9 ΚΠολΔ, ενώ η θέση όρων δημοσιότητας (εσφαλμένως) δεν προβλέπεται ως υποχρέωση του δικαστηρίου για τους όρους της εν λόγω «ελεύθερης πώλησης».

Στην θεωρία ασκήθηκε εύλογη κριτική στην ρύθμιση του άρθρου 998§6 ΚΠολΔ,¹⁰⁶ που δεν τροποποιήθηκε με τον Ν. 4842/2021, καθώς ο νομοθέτης επιτρέπει την παράκαμψη του πλειστηριασμού με την «ελεύθερη πώληση», προστατεύοντας έτσι μονοδιάστατα τα συμφέροντα του οφειλέτη, σε βάρος των συμφερόντων των δανειστών του που προσδοκούν την ικανοποίηση των αξιώσεων τους στο πλαίσιο της αναγκαστικής εκτέλεσης και οι οποίοι δεν είναι δεδομένοι στο χρονικό σημείο που το δικαστήριο καλείται να αποφασίσει, ενόψει των όσων γίνονται δεκτά για την προθεσμία της αναγγελίας.¹⁰⁷ Η «ελεύθερη πώληση», αν και έχει χαρακτήρα αναγκαστικής εκποίησης, σαφώς δεν παρέχει τα εγγύα του πλειστηριασμού, ο οποίος και θα έπρεπε να προηγείται, η δε καταφυγή στην «ελεύθερη πώληση» πρέπει να συνιστά έσχατη επιλογή, όπως ίσχυε στην περίπτωση του άρθρου 966§2 ΚΠολΔ πριν τον Ν. 4842/2021, που όλως αντιφατικά από συστηματικής πλευράς είχε διατηρηθεί ως δυνατότητα μετά τον δεύτερο πλειστηριασμό, ενόψει της παραπομπής του άρθρου 1003§4 ΚΠολΔ στο άρθρο 966§2 ΚΠολΔ. Πειστικά δε είχε επισημάνει η θεωρία¹⁰⁸ ότι πρόκειται για αντινομία της ρύθμισης του άρθρου 998§6 ΚΠολΔ με εκείνη του άρθρου 966§2 ΚΠολΔ, όπως αυτό ίσχυε πριν την τροποποίηση του με τον Ν. 4842/2021, που προέβλεπε την ελεύθερη εκποίηση με αίτηση όποιου έχει έννομο συμφέρον (και όχι μόνο του οφειλέτη), αλλά και με αυτή την (πανθομολογούμενη) αξιολόγηση του πλειστηριασμού ως κορυφαίου, από πλευράς διασφάλισης των συμφερόντων των διαδίκων της αναγκαστικής εκτέλεσης, μέσου ρευστοποίησης της κατασχεμένης κινητής ή

106 *Αρβανιτάκης*, ο.π., σ. 500 ·Κεραμεύς/Κονδύλης/Νίκας (-Κιουπτσίδου – Στρατουδάκη), ο.π., άρθρο 998, αριθμ. 3. Ο νομοθέτης δεν αναφέρθηκε στην διάταξη ούτε στην Αιτιολογική έκθεση του Ν. 4335/2015, ούτε στην αντίστοιχη του Ν. 4512/2018, ενώ η νομολογία δέχθηκε ότι η διάταξη τέθηκε χάριν της ταχύτητας της διαδικασίας, χωρίς να στερούνται των δικαιωμάτων του κανέναν από τους συμμετέχοντες (ΜΠρΙωαν 174/2017, σε <http://www.prosyde.gr/archives/2307>), θέση όμως, που, όπως αναπτύσσεται στο κείμενο, δεν είναι πειστική.

107 Βλ. κατωτέρω υπό IV, β'.

108 *Αρβανιτάκης*, ο.π., σ. 501-503.

ακίνητης περιουσίας, που λαμβάνει υπόψη και τα συμφέροντα όσων ενδέχεται να συμμετάσχουν στην διανομή του πλειστηριάσματος, εξασφαλίζοντας την εκπλειστηρίαση του πράγματος δια δημοσίου πλειοδοτικού διαγωνισμού με σοβαρές εγγυήσεις. Μάλιστα, μετά την πρόσφατη τροποποίηση του άρθρου 966 ΚΠολΔ καταλήγει η «ελεύθερη πώληση» (απευθείας σε κάποιον αγοραστή ή ενδεχομένως και μέσω εμπορικής πλατφόρμας) να προηγείται της εκπλειστηρίασης του ακινήτου με τον ηλεκτρονικό πλειστηριασμό που διεξάγεται μέσω της ειδικής ιστοσελίδας διεξαγωγής πλειστηριασμών και η τελευταία να διενεργείται μόνο εφόσον η πρώτη δεν είναι καρποφόρα. Τούτο δε εξακολουθεί να προβλέπεται στον νόμο παρά την ομαλοποίηση που φαίνεται ότι επήλθε με την αποκλειστική διεξαγωγή των πλειστηριασμών ηλεκτρονικά.

Σε κάθε περίπτωση, το δικαστήριο εφαρμόζοντας την διάταξη θα πρέπει (και σε αυτή την περίπτωση) να ορίζει τα μέσα δημοσιότητας της εν λόγω «ελεύθερης πώλησης». Ενδεικνύται δε για προφανείς λόγους να καλούνται στην σχετική δίκη τουλάχιστον οι εμπραγμάτως εξασφαλισμένοι δανειστές με τα ευέλικτα μέσα που εναλλακτικά της παραδοσιακής επίδοσης προβλέπει το άρθρο 686§4 ΚΠολΔ. Ως μέσα δημοσιότητας στην επιλογή της ηλεκτρονικής δημοπρασίας (και σε αυτή την περίπτωση) ενδεικνύται να ορίζονται με την δικαστική απόφαση η χρήση επώνυμης και ευρέως χρησιμοποιούμενης εμπορικής πλατφόρμας για ηλεκτρονικές δημοπρασίες, η ακριβής χρονική διάρκεια καθώς και η ημερομηνία έναρξης της τελευταίας και, τέλος, η ανάρτηση σχετικής αναγγελίας στον κωδικό του πλειστηριασμού που θα διεξαχθεί, εφόσον η εν λόγω «ελεύθερη πώληση» δεν καρποφορήσει κατά τα οριζόμενα στο άρθρο 998§6 ΚΠολΔ.

Περαιτέρω, επί *εκούσιου ηλεκτρονικού πλειστηριασμού*, υποστηρίζεται στην θεωρία¹⁰⁹ ότι λόγω της νομικής του φύσης (πώληση - 513 ΑΚ) η διεξαγωγή του είναι δυνατή κατά τα όσα ισχύουν στις ηλεκτρονικές δημοπρασίες. Η απάντηση στο ζήτημα και στον εκούσιο πλειστηριασμό συνέχεται με την νομική του φύση. Κατά μία άποψη, πρόκειται περί *πωλήσεως* μόνο επί του *εκούσιου* πλειστηριασμού και όχι επί του *δικαστικού ή νομίμου*¹¹⁰ (που ενιαίως ρυθμίζεται στο άρθρο 1021 ΚΠολΔ). Κατά την αντίθετη και κρατούσα άποψη στην θεωρία και οι τρεις αυτές μορφές εκούσιου πλειστηριασμού έχουν ως κοινά

109 *Ευθυμίου*, Ο εκούσιος (ηλεκτρονικός) πλειστηριασμός επί δικαστικής διανομής επίκεινου πράγματος μετά το Ν. 4512/2018, ΕφΑΔ 2018, σ. 526.

110 *Νικολόπουλος*, Εννοιολογικός προσδιορισμός του εκούσιου πλειστηριασμού και σχετικά ζητήματα, Δ 1977, σ. 185-186. Ο *Οικονομόπουλος* (ο.π., σ. 201-208) επισημαίνει τον δημοσίου δικαίου χαρακτήρα των διατάξεων περί εκούσιου πλειστηριασμού και ότι πρόκειται περί διαδικαστικής πράξης ειδικώς και περιοριστικώς ρυθμιζόμενης στο νόμο, χωρίς εφαρμογή των διατάξεων περί πώλησης. Βλ. και το ενημερωτικό σημείωμα *Παναγόπουλου* στην ΕφΑθ 5510/1982, Δ 1982, σ. 872-873.

χαρακτηριστικά τους αφενός μεν την *έλλειψη αντιδικίας*, αφετέρου δε, την *επιλογή του πλειστηριασμού* - κατά τη συμφωνία των μερών/την δικαστική απόφαση/τον νόμο - ως τρόπου εκποίησης λόγω της *εγγυητικής φύσης του τελευταίου*, που οφείλεται στην αδυναμία των ενδιαφερομένων προς ρευστοποίηση των πραγμάτων,¹¹¹ και, επομένως, γίνεται δεκτό ότι πρόκειται σε κάθε περίπτωση για *πώληση*, η οποία ενεργείται, όμως, με τις εγγυήσεις και την δημοσιότητα της δημόσιας αρχής για την επίτευξη του κατά το δυνατόν μεγαλύτερου τιμήματος.¹¹² Τα ίδια γίνονται δεκτά από την *νομολογία* στο πλαίσιο της δίκης διανομής,¹¹³ όπως και επί δικαστικής εκκαθάρισης κληρονομίας.¹¹⁴ Η νομολογία, όμως, διαφοροποιείται ως προς την εκποίηση με πλειστηριασμό που λαμβάνει χώρα από τον *σύνδικο κατόπιν αδείας του δικαστηρίου* (παλαιό άρθρο 666 ΕμπΝ, ακολούθως άρθρα 135 επ., 146, 147 ΠτωχΚ και νυν άρθρα 162 -165 Ν. 4738/2020), χαρακτηρίζοντας αυτόν ως αναγκαστικό, δίχως όμως αυτό να

111 ΣχΠολΔ VIII, σ. 49 (Μιχελάκης)· Μητσόπουλος, Η υπό του συνδίκου της ενώσεως εκποίησης ακινήτων του πτωχού, Αφιέρωμα εις Αλέξανδρον Τσιριντάνη, 1980, σ. 83-85· Σταυρόπουλος, ΕρμΚΠολΔ, άρθρο 1084, αριθμ.1· Νικολόπουλος, Εννοιολογικός προσδιορισμός του εκουσίου πλειστηριασμού και σχετικά ζητήματα, Δ 1977, σ. 179· Καλλιμόπουλος, Πώλησις δια δημοσίου πλειστηριασμού άνευ αντιδικίας, («Εκούσιος πλειστηριασμός»), Δ 1977, σ.188· Μπέης, ΠολΔ, σ. 1792 - 1793· Μπρίνιας, ο.π., § 670β'· Γεσίου Φαλτσή, ΔικΑνΕκτ Ια, β' έκδ., 2017, §59, αριθμ.4· Νίκας, ΔικΑνΕκτ ΙΙ, β' έκδ., §58, αριθμ.1. Σύμφωνοι επίσης αναφορικά με τον χαρακτήρα του πλειστηριασμού κατ' άρθρο 1021 ΚΠολΔ ως πώλησης του ιδιωτικού δικαίου: Πίψου, Δικαστική Διανομή, 2006, σ. 386· Μακρίδου, Εκούσιος πλειστηριασμός για τη δικαστική διανομή κοινού ακινήτου - Κύρια παρέμβαση ενυπόθηκων και προσημειούχων δανειστών και νόμιμο αίτημα της, (γνμ), ΕλλΔνη 2015, σ.687. Την έντονη λειτουργική ομοιότητα με τον αναγκαστικό πλειστηριασμό στον πλειστηριασμό που λαμβάνει χώρα επί δικαστικής εκκαθάρισης κληρονομίας επισημαίνει ο Τσικρικάς (Συνέπειες της εμφιλοχωρήσεως νομικών και πραγματικών ελαττωμάτων κατά τη διενέργεια εκουσίου πλειστηριασμού επίδικαστικής εκκαθαρίσεως κληρονομίας, ΕΠολΔ 2011, σ. 437). Βλ. επίσης Σταματόπουλο, Η μισθωτική σχέση μετά τη διανομή του μισθίου με πλειστηριασμό, (γνμ) Δ 1999, σ. 826-827.

112 Νικολόπουλος, Εννοιολογικός προσδιορισμός του εκουσίου πλειστηριασμού και σχετικά ζητήματα, Δ 1977, σ. 185· Καλλιμόπουλος, Πώλησις δια δημοσίου πλειστηριασμού άνευ αντιδικίας, Δ 1977, σ. 189· Κεραμεύς/Κονδύλης/Νίκας (-Ορφανίδης), ΕρμΚΠολΔ Ι, άρθρο 483, αριθμ. 3· Πίψου, Δικαστική Διανομή, 2006, σ. 386. Πειστικά γίνεται δεκτό, σε συμφωνία με τα υποστηριζόμενα στην γερμανική θεωρία [Schiedermair, Vereinbarungen im Zivilprozeß, 1935, σ. 27 - 29· Baumgärtel, Wesen und Begriff der Prozeßhandlung einer Partei im Zivilprozeß, 2te Aufl. (1972), σ. 185 - 186, ιδίως υποσημ. 9· Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, 17te Aufl. (2010), §66, Nr.9], ότι επί εκουσίου πλειστηριασμού που λαμβάνει χώρα κατά τη συμφωνία των μερών πρόκειται για *οικονομική συνδικαιοπραξία* (Μητσόπουλος, Προβλήματα του εκουσίου πλειστηριασμού, Δ 1977, σ. 196· Μπρίνιας, ΑνΕκτ, τ.Υ, § 670γ') και όχι για *οικονομική σύμβαση*, όπως υποστηρίχθηκε (Νικολόπουλος, ο.π., σ. 179-180).

113 ΟΛΑΠ 1/2016, ΕλλΔνη 2016.396· ΑΠ 1714/2006, ΝοΒ 2007.441· ΑΠ 193/1994, ΕλλΔνη 1996.97· ΑΠ 99/1990, ΕλλΔνη 1991.85.

114 ΜΕΦΕσ 1456/2017, ΕλλΔνη 2019.1095 με παρατηρήσεις Αθ.Πανταζόπουλου.

εμποδίζει την εφαρμογή της διάταξης του άρθρου 1021 ΚΠολΔ και επί του πλειστηριασμού αυτού,¹¹⁵ με σύμφωνο μέρος της θεωρίας.¹¹⁶

Ενόψει όλων αυτών, η υποκατάσταση του παραδοσιακού εκούσιου πλειστηριασμού με την ρευστοποίηση με ηλεκτρονική δημοπρασία μέσω εμπορικής πλατφόρμας επί δικαστικού ή νομίμου εκούσιου πλειστηριασμού δεν είναι δυνατή, καθώς η ηλεκτρονική δημοπρασία δεν συνιστά πλειστηριασμό έστω του ουσιαστικού δικαίου και δεν παρέχει ικανές εγγυήσεις ρευστοποίησης του πράγματος με το μεγαλύτερο δυνατό εκπλειστηρίασμα υπό την εποπτεία και με την ευθύνη των κρατικών οργάνων. Αντίθετα, επί συμβατικού εκούσιου πλειστηριασμού ο δικονομικός νομοθέτης δεν έχει λόγο να μην επιτρέψει την ρευστοποίηση του πράγματος και με ηλεκτρονική δημοπρασία μέσω εμπορικής πλατφόρμας. Πάντως, η ρευστοποίηση του πράγματος με ηλεκτρονική δημοπρασία μέσω εμπορικής πλατφόρμας δεν έχει νόημα να διέλθει της δικονομικής διατάξεως του 1021 ΚΠολΔ, σε αντίθεση με τον συμβατικό ηλεκτρονικό πλειστηριασμό, κατά τον οποίο ζητείται η χρήση της κρατικής ιστοσελίδας διεξαγωγής πλειστηριασμών με τις εγγυήσεις που η τελευταία προσφέρει.

β) Ο ηλεκτρονικός πλειστηριασμός

Η δεύτερη μορφή ηλεκτρονικού πλειστηριασμού που συναντάται στις εθνικές νομοθεσίες –και επιλέχθηκε ρητώς και από τον Έλληνα νομοθέτη– είναι εκείνη του ηλεκτρονικού πλειστηριασμού, ο οποίος διεξάγεται μέσω μοναδικού και κεντρικά ελεγχόμενου συστήματος,¹¹⁷ το οποίο πιστοποιεί τους χρήστες στην πύλη εισόδου και επιτρέπει σε αυτούς και στο όργανο της εκτέλεσης να διενεργούν ηλεκτρονικά τις διαδικαστικές πράξεις του πλειστηριασμού (δημοσίευση προγράμματος πλειστηριασμού, προσφορές, κατακύρωση). Η βασική διαφορά μεταξύ του κοινού και του ηλεκτρονικού πλειστηριασμού εντοπίζεται στη διενέργεια αυτού όχι σε χώρο φυσικά προσιτό στους ενδιαφερόμενους, όπου οι τελευταίοι συμμετέχουν ή παρακολουθούν αυτόν. Αντίθετα, η πληροφόρηση των ενδιαφερομένων πλειοδοτών για τον επισπευδόμενο πλειστηριασμό μέσω της πρόσβασης των ενδιαφερομένων σε κεντρικά οργανω-

115 ΑΠ 1003/1994, ΕλλΔνη 1996.144 · ΑΠ 316/1975, ΝοΒ 1976.855 · ΠολΠρΧαλκ 4/2017, Νομος. Βλ. και ΕφΕυβ 44/2017, ΔΕΕ 2017.1049.

116 Τσιριντάνης – Ρόκας, (γνμ), ΝοΒ 1954, σ. 649-650 · Κοτσίρης, ΠτχΔ, 10^η έκδ. (2017), σ. 735 · Ψυχομάνης, ΠτωχΔ, (στ' έκδ.), 2015, αριθμ. 1838, 1843, 1848. Αντίθετα: Μητσόπουλος, Η υπό του συνδίκου της ενώσεως εκποίησης ακινήτων του πτωχού, Αφιέρωμα εις Αλέξανδρον Τσιριντάνη, 1980, σ. 81-84 · Μπρίνιας, Δ 1973, σ. 246-247, ο οποίος επισημαίνει ότι η παραδοχή της φύσης του πλειστηριασμού στο πλαίσιο της πτωχευτικής διαδικασίας ως αναγκαστικού δεν συνεπάγεται την μη εφαρμογή του άρθρου 1021 ΚΠολΔ · ο ίδιος, ΑνΕκτ, τ. V, § 670ε'. Βλ. και Ι.Σπυριδάκη, ΠτωχΔ, 2008, σ. 352.

117 Remmert, ο.π., σ. 2574.

μένο πληροφοριακό σύστημα, που παλαιότερα γινόταν μόνο μέσω επιδόσεων (προς τον οφειλέτη και τον Ειρηνοδίκη) και της δημοσιεύσεως στο δελτίο δικαστικών δημοσιεύσεων (έως τον Ν. 3994/2011 αποκλειστικά έντυπο) και στον τοπικό τύπο, δεν είναι χαρακτηριστικό μόνο του ηλεκτρονικού πλειστηριασμού, αλλά και του κοινού πλειστηριασμού, όπως κατέδειξε η παραπάνω έρευνα. Από την ίδια την φύση δε του πλειστηριασμού ως ανοικτού πλειοδοτικού παρατηρείται ότι δεν συμμετέχουν σε αυτόν μόνο τα υποκείμενα της αναγκαστικής εκτέλεσης, δηλαδή ο οφειλέτης (στην περίπτωση του άρθρου 993§1 ΚΠολΔ και ο τρίτος κύριος ή νομέας) και ο δανειστής με όμοιο ρόλο με εκείνο των κατ' αρχήν υποκειμένων της αναγκαστικής εκτέλεσης.¹¹⁸ Συμμετέχουν εκ του νόμου (πέραν του υπαλλήλου της εκτέλεσης που λειτουργεί ως κρατικό όργανο) και άλλα πρόσωπα που δεν έχουν σχέση με τους διαδίκους της αναγκαστικής εκτέλεσης κατά τον χρόνο διεξαγωγής του πλειστηριασμού ως υποψήφιοι πλειοδότες, οι οποίοι είναι υπό ευρεία έννοια υποκείμενα της διαδικασίας του πλειστηριασμού¹¹⁹ και στους οποίους αναγνωρίζονται συγκεκριμένα δικαιώματα που άπτονται της συμμετοχής τους, όπως το δικαίωμα να προβάλλουν (και αυτοί) αντιρρήσεις κατά της συμμετοχής άλλου πλειοδότη, σε βάρος του οποίου επισπεύδεται αναπλειστηριασμός, εφόσον το γεγονός αυτό προκύπτει από δημόσιο έγγραφο ή ομολογείται. Εξ αυτού του λόγου, γίνεται λόγος για *ικανότητα προς πλειοδοσία*, συμπίπτουσα, κατά την πιο πειστική άποψη¹²⁰ με την ικανότητα προς δικαστική παράσταση, με το σκεπτικό ότι πρόκειται για διαδικαστική πράξη συμμετοχής στην (δημοσίου δικαίου) διαδικασία του αναγκαστικού πλειστηριασμού, ενώ κατά άλλη άποψη¹²¹, συμπίπτουσα με την ικανότητα προς δικαιοπραξία. Η εν λόγω διχογνωμία είναι άνευ πρακτικού αντικρύσματος,¹²² αφού οι δύο ικανότητες ταυτίζονται κατά το άρθρο 63 ΚΠολΔ. Περαιτέρω, όπως αμέσως προηγουμένως αναφέρθηκε, ο

118 Baur/Stürner/Bruns, ο.π., §§5.1 – 5.4 ·Γεσιου – Φαλτσή, ΔικΑνΕκτ Ι (ΓΜ), β' έκδ., 2017, §2, αριθμ. 1-5 ·Αρβανιτάκης, Οι διάδικοι στην πολιτική και διοικητική δίκη, 2005, σ. 75 – 78. Οι αναγγελλθέντες δανειστές συμμετέχουν στον πλειστηριασμό δικονομικώς και αυτοί, αλλά σε επιγενόμενη χρονικά διαδικαστική φάση της κατακύρωσης, σε εκείνη δηλαδή της διανομής του πλειστηριάσματος – βλ. Πίψου, Η αναγγελία δανειστή στην αναγκαστική εκτέλεση κατά τον ΚΠολΔ, 2001, σ. 291 ·Γεσιου Φαλτσή, ΔικΑνΕκτ Ια, § 57, αριθμ. 27 και στο γερμανικό δίκαιο κατά την §9 ZVG : Bruns/Peters, Zwangsvollstreckungsrecht, 3te Aufl., σ. 215-220 ·Böttcher, ZVG, 6te Aufl. (2016), §9, Rn. 1.

119 Böttcher, ο.π., §9, Rn. 1 ·Lüke, Die Versteigerung der gepfändeten Sache durch den Gerichtsvollzieher, ZZP (68) 1955, σ. 344.

120 Μπρίνιας, ΑνΕκτ ΙΙ, τ. ΙΙ, §370, σ. 944 ·Νίκας, ΔικΑνΕκτ ΙΙ, β' έκδ. (2018), §48, αριθμ. 40 ·Γεσιου Φαλτσή, ΔικΑνΕκτ Ια, β' έκδ. (2017), § 59, αριθμ. 97 ·Ρεντούλης, Ο ηλεκτρονικός πλειστηριασμός μετά τον Ν. 4512/2018, ΕφΑΔ 2018, σ. 278.

121 Ράμμος, Εγχ ΙΙΙ, § 413, σ. 1512 ·Νικολόπουλος, Ο αναπλειστηριασμός, 1979, (δ.δ.), σ. 91-92.

122 Νικολόπουλος, ο.π., σ. 91-92 ·Γεσιου Φαλτσή, ο.π., § 59, αριθμ. 97.

ίδιος ο νόμος προβλέπει την υποχρέωση του υπάλληλου του πλειστηριασμού, αν προβληθεί εγγράφως πριν την έναρξη της διαδικασίας αντίρρηση από τον επισπεύδοντα ή τον καθ' ου η εκτέλεση ή από οποιονδήποτε πλειοδότη, να αποκλείσει από την πλειοδοσία κάθε πρόσωπο σε βάρος του οποίου επισπεύδεται αναπλειστηριασμός, εφόσον το γεγονός αυτό προκύπτει από δημόσιο έγγραφο ή ομολογείται (άρθρο 965§1 εδ. β' ΚΠολΔ – παλαιά άρθρα 965§1 εδ. γ' - 1003 ΚΠολΔ, ως ίσχυαν μετά τον Ν. 2298/1995). Η ως άνω εν γένει συμμετοχή στον πλειστηριασμό των υποκειμένων της εκτέλεσης δεν συνεπάγεται και δυνατότητα συμμετοχής τους στον πλειοδοτικό διαγωνισμό καθ' αυτόν, πλην του επισπεύδοντος, αφού οι υπόλοιποι (οφειλέτης – υπάλληλος του πλειστηριασμού) αποκλείονται της διαδικασίας της πλειοδοσίας (άρθρο 965§1 εδ. β' ΚΠολΔ).¹²³

Ως προς το πρώτο ζήτημα, εύλογα ανακύπτει το ερώτημα αν ο ηλεκτρονικός πλειστηριασμός παραμένει *δημόσιος*. Όπως έχει επισημανθεί, η αρχή της δημοσιότητας της πολιτικής δίκης αναφέρεται στις συνεδριάσεις των δικαστηρίων και στην δικαστική απόφαση και όχι στην αναγκαστική εκτέλεση καθώς η πρώτη αποσκοπεί στην αυθεντική διάγνωση εννόμων σχέσεων, ενώ η αναγκαστική εκτέλεση στην ικανοποίηση των απαιτήσεων του δανειστή – δια της ασκήσεως κρατικής βίας – στην περιουσία ή στο πρόσωπο του οφειλέτη.¹²⁴ Αναφορικά δε με την *δημοσιότητα της αναγκαστικής εκτέλεσης ως γενικής αρχής*, κατά μία άποψη (μεταξύ άλλων και) οι διατάξεις των άρθρων 112 -114 ΚΠολΔ δεν αναπτύσσουν ισχύ στην αναγκαστική εκτέλεση, διότι προσιδιάζουν στη διαγνωστική δίκη,¹²⁵ ενώ σύμφωνα με άλλη άποψη,¹²⁶ η αρχή της δημοσιότητας αναπτύσσει ισχύ και στην εκτελεστική διαδικασία, πλην όμως με εξαίρεση τον πλειστηριασμό, η αρχή της δημοσιότητας δεν έχει την ίδια μορφή με την αρχή της δημοσιότητας στο ακροατήριο, αλλά πραγματώνεται με τη μορφή της καταχώρισης των πράξεων της εκτέλεσης στα δημόσια βιβλία, τα οποία είναι προσιτά στον κάθε ενδιαφερόμενο. Η δεύτερη άποψη είναι πιο πειστική με την ειδικότερη επισήμανση ότι η εν λόγω αρχή, συναγόμενη από πλήθος διατάξεων, δεν θα πρέπει να παρασύρει τον ερμηνευτή σε απόλυτες διατυπώσεις,

123 *Ράμμος*, ο.π., § 413 σ. 1512 · *Νίκας*, ο.π., §48, αριθμ. 41 · *Γεσίου Φαλτσή*, ο.π., § 59, αριθμ. 101.

124 *Μπέης*, Το ελληνικό έλλειμμα κράτους δικαίου, τόμος Ι, Τα συνταγματικά θεμέλια της δικαστικής προστασίας, 1998, σ. 313 · *Γεσίου - Φαλτσή*, Οι θεμελιώδεις δικονομικές αρχές της αναγκαστικής εκτελέσεως. Ειδικότερα: η αρχή διαθέσεως, τιμ.τόμ. Μητσόπουλου, Ι, 1993, σ. 154 · *Αθ.Πανταζόπουλος*, Η αρχή της δημοσιότητας στην πολιτική δίκη, 2009, σ. 73 επ., 377 επ.

125 *Μπρίνιας*, *ΑνΕκτ*, τ. Ι, σ. 19. Η ίδια θέση υποστηρίζεται στο γερμανικό δίκαιο δίκαιο για τις αρχές της προφορικότητας/δημοσιότητας/αμεσότητας: *Rosenberg/Gaul/Schilcken*, ο.π., § 5, VI, 2, σ. 63. Βλ. όμως *Lüke* σε *Wieczoreck/Schütze*, ZPO, 4te Aufl. (2015), § 814, Rn.9.

126 *Ράμμος*, ο.π., § 363, σ. 1391 · *Γεσίου Φαλτσή*, *ΔίκΑνΕκτ*, ΓΜ, β' έκδ., 2017, §10, αριθμ. 17.

θεωρώντας κάθε πράξη εκτέλεσης εξ αρχής δημόσια, αλλά κάθε περίπτωση πρέπει να εξετάζεται ξεχωριστά.¹²⁷

Ειδικότερα, όπως προκύπτει από την προηγηθείσα συγκριτική επισκόπηση, ο κοινός πλειστηριασμός ως διαδικαστική πράξη απολαμβάνει αυξημένης δημοσιότητας σε όλες τις έννομες τάξεις. Στο ελληνικό δίκαιο οριζόταν στο προΐσχυσαν δίκαιο για τον κοινό πλειστηριασμό, αυτός διενεργείτο σε δημόσιο χώρο [παλαιό άρθρο 959§1 ΚΠολΔ - ακίνητα: 998 §§ 1, 2 και 999 ΚΠολΔ/όμοια υπό την ΠολΔ¹²⁸]. Η δημοσιότητα δε της συγκεκριμένης διαδικαστικής πράξης συνίσταται όχι στην διενέργεια απλώς αυτού στον συγκεκριμένο χώρο καθεαυτό, αλλά στην δυνατότητα κάθε ενδιαφερόμενου τρίτου να παρίσταται στο πλαίσιο των χωρητικών δεδομένων της αίθουσας, όπου διενεργείτο ο κοινός πλειστηριασμός, χωρίς περιορισμούς και να συμμετέχει υπό τους όρους που ο νόμος προβλέπει για την διεξαγωγή του.¹²⁹ Εξ αυτού του λόγου, δεν είναι «δημόσιος» ο πλειστηριασμός που διενεργήθηκε σε τόπο, ο οποίος από απρόβλεπτους λόγους ανωτέρας βίας κατέστη απρόσιτος για τους τρίτους ενδιαφερόμενους υπερθεματιστές και γι' αυτό το λόγο είναι άκυρος,¹³⁰ όπως και στην περίπτωση που ο πλειστηριασμός διεξάγεται κεκλεισμένων των θυρών.¹³¹ Οι δημόσιοι αυτοί χώροι επιλέγονται με κριτήριο το να είναι εύκολα προσβάσιμοι και οικείοι στους ενδιαφερόμενους,¹³² καθώς και να έχουν επαρκή χώρο,

127 *Rothoeft*, Zur Bedeutung und Tragweite des Prinzips der Publizität im Vollstreckungsrecht, 1966, σ. 40 · Αθ.Πανταζόπουλος, ο.π., σ. 380 επ. · ο ίδιος, Der Öffentlichkeitsgrundsatz im Zivilprozess, ZZPInt 2008, σ. 347.

128 Άρθρο 965 ΠολΔ – βλ. Διαμαντόπουλο, Ζητήματα τόπου και χρόνου διεξαγωγής αναγκαστικού πλειστηριασμού ακινήτου, (γνμ), ΝοΒ 2011, σ. 15-16.

129 Stein/Jonas (-*Würdinger*), ο.π., § 814, Rn. 5 · Baumbach/Lauterbach/Hartmann, ο.π., § 814, Rn. 5 · Musielak (-*Becker*), ο.π., § 816, Rn.4 · Brox/Walker, ο.π., Rn. 851 · Böttcher, ο.π., § 36, Rn. 8 § 66, Rn. 5,8 · Prütting/Gerlein (-*Flury*), ο.π., § 814, Rn.7 · Baur/Stürner/Bruns, ο.π., Rn. 29.4 ιδίως Fn. 18 · Μπρίνιας, Αναγκαστική Εκτέλεσις, τόμος Ε', Β' Έκδοσις, σ. 2123.

130 ΑΠ 708/1976, ΝοΒ, 1977.54 – 55 · Lücke σε Wiczoreck/Schütze, ο.π., § 814, Rn.9 · Μπρίνιας, Αν.Εκτ., τ. V, άρθρο 1017, σ. 2133 – 2135. Αναφορικά με την πρόβλεψη του παλαιού άρθρου 998 ΚΠολΔ για διενέργεια του πλειστηριασμού σε «δημοτικό ή κοινοτικό κατάστημα», γινόταν δεκτό ότι ως τέτοιο νοείται οποιοδήποτε κτίριο στεγάζει δημοτικές ή κοινοτικές υπηρεσίες και όχι αποκλειστικά εκείνο που στέγαζε την διοίκηση του Δήμου (ΑΠ 801/2006, ΝοΒ 2006.1081 – βλ. και Διαμαντόπουλο, ο.π., σ. 20-21. Πρβλ. όμως Μάζη, Διενέργεια αναγκαστικού πλειστηριασμού σε τόπο άλλο από εκείνο που ορίζεται στο νόμο και συνέπειες, ΑρχΝ 2005, σ. 780 -7 82).

131 Lücke σε Wiczoreck/Schütze, ο.π., § 814, Rn. 9.

132 ΓνμΕισΑΠ 9/1987, EEN 1988. 155 - 156 · Musielak (-*Becker*), ο.π., § 816, Rn. 3,4 · Prütting/Gerlein (-*Flury*), ο.π., § 814, Rn.7 · Thomas/Putzo (-*Hüßtege*), ο.π., §816, Rn. 2 · Schnabl, ο.π., σ. 941 · Μπρίνιας, ο.π., §311, σ. 810 · Διαμαντόπουλος, ο.π., σ. 19. Ομόφωνα στο γερμανικό δίκαιο γίνεται δεκτό ότι η επιλογή ως τόπου πλειστηριασμού της κατοικίας του οφειλέτη, χωρίς την συναίνεση του τελευταίου, από τον δικαστικό επιμελητή στο πλαίσιο της σχετικής ευχέρειας που του παρέχει η §816 ZPO παραβιάζει το δικαίωμα στο άσυλο της

ώστε να είναι *προσιτή* η αίθουσα σε όλους τους υποψήφιους πλειοδοτών, ενώ ιδιαίτερη προσοχή απαιτείται αναφορικά με την λήψη μέτρων τάξης που θα πρέπει να λαμβάνονται για την εξασφάλιση της συμμετοχής των ενδιαφερομένων, όχι όμως τέτοιων που κατ' αποτέλεσμα καθιστούν τον χώρο απρόσιτο.¹³³ Είναι προφανές ότι ακυρότητας πάσχει και ο κοινός πλειστηριασμός που διενεργείται σε απρόσιτο λόγω εξωτερικών παραγόντων χώρο (π.χ. λόγω διαδήλωσης, κατάληψης της εισόδου). Εντούτοις, η υποχρεωτική παρουσία του ενδιαφερόμενου πλειοδότη σε συγκεκριμένο τόπο και σε συγκεκριμένο χρονικό πλαίσιο δεν είναι πάντοτε ευχερής σε σχέση με τις δυνατότητες που παρέχει ο ηλεκτρονικός πλειστηριασμός.¹³⁴ Παγίως, δε γινόταν δεκτό από την νομολογία και την θεωρία, ότι η μεταβολή του τόπου του πλειστηριασμού προκαλεί ακυρότητα του τελευταίου με την συνδρομή όμως του στοιχείου της (περιουσιακής) βλάβης, συνιστάμενης στην κατ' αποτέλεσμα μη επίτευξη υψηλότερου πλειστηριάσματος λόγω μη προσέλευση υποψηφίων πλειοδοτών¹³⁵ που θα έπρεπε να κατονομάζονται στην σχετική ανακοπή.

Προς την ίδια κατεύθυνση, προβλεπόταν η *έγκαιρη γνωστοποίηση* του πλειστηριασμού προς ενημέρωση - πληροφόρηση υποψηφίων υπερθεματιστών,¹³⁶ που στο ελληνικό δίκαιο γινόταν με την *δημοσίευση στον τύπο* περίληψης της κατασχετήριας έκθεσης *επί ποινή ακυρότητας*.¹³⁷ Εντούτοις, η ως άνω ενημέρωση υποψηφίων πλειοδοτών μέσω του δελτίου δικαστικών δημοσιεύσεων και του παραδοσιακού τύπου δεν ήταν καθόλου διασφαλισμένη, λόγω της περι-

κατοικίας του οφειλέτη (Art 13 GG): OLG Hamm, NJW 1985.75 ·MüKoZPO (-Gruber), ο.π., § 816, Rn.3 ·Musielak (-Becker), ο.π., § 816, Rn.3 ·Baur/Stürner/Bruns, ο.π., Rn. 29.4, Fn. 18.

133 MüKoZPO (-Gruber), ο.π., § 814, Rn.9, § 816, Rn.8 · Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ο.π., § 815, Rn. 5 ·Prütting/Gerlein (-Flury), ο.π., § 814, Rn.7.

134 Meller - Hannich, ο.π., σ. 21.

135 ΑΠ 452/2006, Νόμος ·ΑΠ 1470/2004, Ισοκράτης ·ΑΠ 1469/2000, ΕλλΔνη 2001.698 ·ΑΠ 1784/1998, Ισοκράτης ·Απ.Γεωργιάδης, Ειδική εκκαθάριση ανώνυμης εταιρείας κατά το άρθρο 9 ν. 1386/1983. Τόπος διενέργειας του πλειστηριασμού. Τοπικά αρμόδιο δικαστήριο της εκτελέσεως, Δ 1989, σ. 480 ·Μάζης, ο.π., σ. 282 ·Διαμαντόπουλος, ο.π., σ. 20-22.

136 ΑΠ 1775/1999, Digesta, 1999.127, με παρατηρήσεις Τσικρικά ·Stein/Jonas (-Würdinger), ο.π., § 814, Rn. 4 ·MüKoZPO (-Gruber), ο.π., § 816, Rn.8 ·Μπρίνιας, ο.π., ο.π., σ. 817, σημ. 20 ·Βλαστός, παρατηρήσεις στην ΕφΝαυπλ 62/1990, Δ 1990, σ. 468.

137 ΑΠ 1112/2020, Νόμος ·ΑΠ 1499/2003, ΕλλΔνη 2004.434 ·ΑΠ 1432/2003, ΧρΙΔ 2004.241. Βλ. εκτενώς πριν και μετά τον Ν. 4335/2015 *Γεσίου-Φαλτσή*, ΔικΑνΕκτ Πα', ΕιδΜ, β' έκδ. (2017), §59, αριθμ. 36 – 54 και εκεί παραπομπές. Η ενημέρωση των τρίτων γίνεται και μέσω της εγγραφής της κατάσχεσης στα οικεία βιβλία που τηρούνται από δημόσιες αρχές (π.χ. υποθηκοφυλακεία, λιμεναρχείο), αλλά αυτή αποσκοπεί στην προστασία των καλόπιστων τρίτων και στην ασφάλεια δικαίου ως προς την απαγόρευση διάθεσης που συνεπάγεται η κατάσχεση (*Γεσίου-Φαλτσή*, ο.π., §55, αριθμ. 58 ·Αθ.Πανταζόπουλος, Η αρχή της δημοσιότητας στην πολιτική δίκη, (δ.δ.), 2009, σ. 350, 381).

ορισμένης απήχησης των μέσων αυτών δημοσιότητας προς το κοινό,¹³⁸ ιδίως στις μέρες μας που ο παραδοσιακός τύπος υποκαθίσταται προοδευτικώς με την ενημέρωση του κοινού μέσω των ηλεκτρονικών μέσων και του διαδικτύου. Εξ αυτού του λόγου και οι έννομες τάξεις που διατηρούν τον κοινό πλειστηριασμό επιλέγουν την δημοσίευση του προγράμματος του σε συναφή κρατική ιστοσελίδα που χρησιμοποιείται για δικαστικές δημοσιεύσεις.

Σκοπός της ως άνω δημοσιότητας του κοινού πλειστηριασμού¹³⁹ είναι αφενός η επίτευξη του μεγαλύτερου δυνατού εκπλειστηριάσματος, αφετέρου, η εξασφάλιση του οφειλέτη και των δανειστών του ότι το ποσό στο οποίο πλειοδότησε ο υπερθεματιστής είναι αληθινό και η αποτροπή παρατυπιών ή δολίων ενεργειών κατά τη διενέργεια αυτού. Επίσης, συνιστά το μέσο για να λάβουν άμεσα γνώση οι ενδιαφερόμενοι των παρατυπιών του πλειστηριασμού και να μπορέσουν να τον προσβάλλουν. Αξίζει να επισημανθεί στο ζήτημα της δημοσιότητας του πλειστηριασμού ότι ο Ν. 3714/2008 προκάλεσε στην τελευταία αξιολογή ρωγμή,¹⁴⁰ με την πρόβλεψη για κατάθεση σφραγισμένων προσφορών και ακολούθως, για υποβολή διαδοχικών προφορικών προσφορών, σύστημα που διατηρήθηκε κατά βάση με τον Ν. 4335/2015 και μάλιστα με στάδιο προφορικών προσφορών μόνο εάν οι ενσφράγιστες ήταν ίσης αξίας (άρθρο 995§1 εδ. γ & §4 ίδιου άρθρου ως ίσχυαν από τον τελευταίο νόμο, έως και την τροποποίηση του με τον Ν. 4512/2018).¹⁴¹

Ενόψει της προεκτεθείσας ratio της δημοσιότητας του πλειστηριασμού ο ηλεκτρονικός πλειστηριασμός θα πρέπει να επιτρέπει πραγματικώς την συμμετοχή σε όλους τους ενδιαφερόμενους χρήστες, μέσω ανοικτής προς όλους ηλεκτρονικής πλατφόρμας και σε δεύτερο χρόνο υπό τον όρο πιστοποίησης αυτών υποκαθιστώντας έτσι την προσέλευση στον τόπο που οριζόταν στην περίληψη και την συμμετοχή του ενδιαφερόμενου σε διαδικασία που διευθύνεται από το όργανο της εκτέλεσης με την χρήση του ηλεκτρονικού συστήματος πλειοδοσίας από τον πιστοποιημένο χρήστη. Χρονικά, η κατακύρωση θα πρέ-

138 Meller - Hannich, ο.π., σ. 21

139 ΣχΠολΔ VIII, σ. 40 ·ΑΠ 452/2006, Νόμος ·ΑΠ 1470/2004, Ισοκράτης ·ΑΠ 1469/2000, ΕλλΔνη 2001.698 ·ΑΠ 1784/1998, Ισοκράτης ·ΕφΑθ 6229/1975, ΝοΒ 1976. 441 ·Brox/Walker, ο.π., Rn. 414a ·MüKoZPO (-Gruber), ο.π., § 814, Rn.2 ·Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, Einf §§ 814-825, Rn. 2-3 ·Νίκας, ΔικΑνΕκτ II, β' έκδ. (2018), § 48, αριθμ. 1 ·Μπρίνιας, ο.π., § 539, σ. 1685 ·Απ.Γεωργιάδης, ο.π., σ. 480 ·Μπέης, Αναγκαστική Εκτέλεση, Μαθήματα, β' έκδ. (1984), σ. 179 ·Αθ.Πανταζόπουλος, ο.π., σ. 383-384. Βλ. και το προοίμιο Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil.

140 Κατηφόρης, Πρόσφατες νομοθετικές εξελίξεις στο πεδίο της αναγκαστικής εκτελέσεως, σε Ένωση Ελλήνων Δικονομολόγων, Ζητήματα του δικαίου της αναγκαστικής εκτελέσεως, 2010, σ. 92 ·Γεσίου – Φαλτσή, ο.π., §59, αριθμ. 87.

141 Γεσίου – Φαλτσή, ο.π., §59, αριθμ. 91.

πει να λαμβάνει χώρα με βάση την μεγαλύτερη προσφορά που υποβλήθηκε εντός του χρονικού πλαισίου που το όργανο της εκτέλεσης όρισε και η οποία είναι προσβάσιμη σε όλους τους υποψήφιους πλειοδότες, υπό τον όρο ότι το σύστημα τεχνικώς λειτούργησε χωρίς προβλήματα για ολόκληρο το προβλεπόμενο χρονικό διάστημα διεξαγωγής του πλειστηριασμού, οπότε ο χρόνος που δεν διέδραμε θα πρέπει να επανεκκινεί μετά την διακοπή, μέχρι την ολοκλήρωση του. Τέλος, η ηλεκτρονική *καταβολή* του πλειστηριασμού θα πρέπει να γίνεται στον λογαριασμό του οργάνου εκτέλεσης, με πρόβλεψη (π.χ. *αποστολή*) για την παράδοση του πράγματος στον πλειοδότη.¹⁴² Υπό αυτές τις προϋποθέσεις, ο ηλεκτρονικός πλειστηριασμός δεν διαφέρει από τον κοινό πλειστηριασμό, καθώς παρέχει πρόσβαση και πλήρη πληροφόρηση σε κάθε ενδιαφερόμενο πλειοδότη και στα υποκείμενα της εκτέλεσης, με άλλα λόγια παραμένει *δημόσιος πλειστηριασμός ανοικτού πλειοδοτικού τύπου*.¹⁴³ Τα ίδια επιχειρήματα επικαλείται πειστικά η νομολογία των δικαστηρίων μας κρίνοντας¹⁴⁴ τον (υποχρεωτικό) ηλεκτρονικό πλειστηριασμό, όπως θεσπίστηκε στην χώρα μας με τα νομοθετήματα που αναφέρθηκαν στην αρχή της παρούσας, ως συμβατό με την επιταγή για δημοσιότητα και την δυνατότητα άσκησης των δικαιωμάτων του οφειλέτη/επισπεύδοντος και των λοιπών ενδιαφερόμενων για τον πλειστηριασμό. Επομένως, η άποψη¹⁴⁵ ότι ο ηλεκτρονικός πλειστηριασμός δεν είναι δημόσιος και ότι η έλλειψη δημοσιότητας «αντισταθμίζεται» από την χρήση των παραπάνω πληροφοριακών συστημάτων δεν είναι ορθός, ταυτίζοντας την δημοσιότητα με την δυνατότητα φυσικής παρουσίας σε συγκεκριμένο χώρο, παραβλέποντας ότι η δημοσιότητα δεν επιτυγχάνεται μόνο με την παραδοσιακή της μορφή (φυσική παρουσία σε δημόσιο χρησιμοποιούμενο από τις δικαστικές αρχές χώρο), αλλά και (*ει μη μάλλον*) με τα μέσα της σύγχρονης ηλεκτρονικής δίκης.¹⁴⁶ Συνολικά ιδωμένος ο ηλεκτρονικός πλειστηριασμός, εν τέλει αξιοποιεί τα πλεονεκτήματα που παρέχει η σύγχρονη

142 Stein/Jonas (- Würdinger), ο.π., § 814, Rn. 14-21 με αναφορά στην γερμανική ρύθμιση · Brox/Walker, ο.π., Rn 404b · Viertelhausen, ο.π., σ. 6.

143 Αθ.Πανταζόπουλος, Παρέμβαση στο 43^ο Πανελλήνιο Συνέδριο της ΕΕΔ «Ζητήματα αναγκαστικής εκτέλεσης», 2019, σ. 253-254.

144 ΣτΕ 1846/2020, Νομος · ΕφΔωδ 208/2020, Νομος · ΜΠρΘεσ 760/2019, Νομος · ΜΠρΡοδ 567/2018, Νομος.

145 Πεντούλης, Ο ηλεκτρονικός πλειστηριασμός μετά το ν. 4512/2018, ΕφΑΔ 2018, σ. 275.

146 Gottwald, Der elektronische Rechtverkehr vor den deutschen Zivilgerichten, Dike International, 2002, σ. 1256-1264. Βλ. και Stadler, Η πολιτική δίκη και νέες μορφές της τεχνικής της πληροφορικής, Δ 2003, σ. 31 επ., 55-56 · Kodek, Η πολιτική δίκη και οι νέες μορφές της τεχνικής της πληροφορικής, Δ 2003, σ. 139-145 · Αθ.Πανταζόπουλος, ο.π., σ. 351-352, 456-458, 464-466, 476-477 · Paschke, Digitale Gerichtsöffentlichkeit, Informationstechnische Maßnahmen, rechtliche Grenzen und gesellschaftliche Aspekte der Öffentlichkeitsgewähr in der Justiz, 2018, (Dissertation), σ. 252-291.

τεχνολογία, χωρίς όμως να μεταβάλλει την φυσιογνωμία και τις βασικές ρυθμίσεις του πλειστηριασμού, ενισχύοντας την άποψη ότι η τεχνική εξέλιξη δεν τροποποιεί την δομή της πολιτικής δίκης.¹⁴⁷

Στα *πλεονεκτήματα* του ηλεκτρονικού πλειστηριασμού συγκαταλέγεται και το πρόσωπο της όλης διαδικασίας που συνεπάγεται *μειωμένο ψυχικό κόστος*, ιδίως για τον οφειλέτη, αλλά και την *έλλειψη στρες* λόγω της υποβολής προσφορών σε διευρυμένη χρονική περίοδο και όχι διαδοχικά.¹⁴⁸ Επίσης, μερίδα της θεωρίας επικαλείται ως πλεονέκτημα του την *περιστολή των ακυροτήτων* σε σχέση με τον κοινό πλειστηριασμό.¹⁴⁹ Η άποψη αυτή είναι πειστική, καθώς λόγω της διεξαγωγής του ηλεκτρονικού πλειστηριασμού μέσω κεντρικά ελεγχόμενων ηλεκτρονικών συστημάτων, όπου όλα γίνονται και καταγράφονται σε αυτά, δύσκολα μπορεί να τεθεί ζήτημα δόλιας απομάκρυνσης πλειοδοτών, δεδομένου ότι μέσω των ηλεκτρονικών συστημάτων σαφώς διευρύνονται οι δυνατότητες πραγματικής συμμετοχής των ενδιαφερομένων. Επιπλέον, εξαλείφεται το ενδεχόμενο ακυροτήτων που αφορούν τον τόπο διενέργειας του ηλεκτρονικού πλειστηριασμού.

Από την άλλη πλευρά, ο κοινός πλειστηριασμός διατηρεί σημαντικό πλεονέκτημα στον πλειστηριασμό κινητών πραγμάτων. Πρώτον, διότι ο κοινός πλειστηριασμός επιτρέπει την φυσική εξέταση του πράγματος, ζήτημα που μπορεί να αποβεί κρίσιμο για την προσέλκυση υποψήφιων πλειοδοτών,¹⁵⁰ δεδομένης και της έλλειψης ευθύνης του επισπεύδοντος ή του καθ' ου η εκτέλεση οφειλέτη για *πραγματικά ελαττώματα*, όπως ορίζεται στο άρθρο 1017 §1, εδ. α ΚΠολΔ (βλ. όμοια ΑΚ 539),¹⁵¹ ακόμη και με βάση τις διατάξεις περί αδικαιολόγητου πλουτισμού (ΑΚ 904).¹⁵² Η ανασφάλεια αυτή επιτείνεται από την *μετάθεση του κινδύνου*, ζήτημα που στο ελληνικό δίκαιο ρυθμίζεται, σε αντίθεση με την ουσιαστική ρύθμιση της 522 ΑΚ, στο άρθρο 1017§3 ΚΠολΔ. Σύμφωνα με την τελευταία διάταξη, ο Έλληνας νομοθέτης επιλέγει την μετάθεση του κινδύνου στον υπερθεματιστή από την κατακύρωση. Η ρύθμιση αυτή επί πλει-

147 *Kodek*, ο.π., σ. 174.

148 ΕφΔωδ 208/2020, Νομος *Διαμαντόπουλος*, Ηλεκτρονική διεξαγωγή αναγκαστικού πλειστηριασμού: «*requiem*» των συνηθέστερων ακυροτήτων αναγκαστικού πλειστηριασμού, ΔΕΕ 2011, σ. 753 - 754.

149 *Νίκας*, ΔικΑνΕκτ II, ά έκδ. (2012), § 48, αριθμ.2.

150 Βλ. και *Διαμαντόπουλο*, ο.π., σ. 755.

151 *Würdinger*, ο.π., § 814, Rn. 12.

152 ΑΠ 1313/2009, ΕΠολΔ 2010.131 με σημ. *Κατηφόρη* ·ΑΠ 1036/2009, ΧρΙΔ 2010.560 ·ΕφΑθ 1032/2003, ΕλλΔνη 2004.220 ·ΕφΑθ 1439/2002, ΕλλΔνη 2003.212 ·ΕφΑθ 4181/2001, Αρμ 2001.1249· *Γέσιου-Φαλτσή*, ο.π., § 61, αριθμ. 110-112 ·*Νίκας*, ΔικΑν Εκτ II, β' έκδ., 2018, §49, αριθμ. 61-64.

στηριασμού ακινήτων είχε θεωρηθεί εύλογη,¹⁵³ ενώ επί κινητών πραγμάτων στον παραδοσιακό πλειστηριασμό δεν δημιουργεί ιδιαίτερο ζήτημα, καθώς χρονικά συμπίπτει σχεδόν η κατακύρωση με την παράδοση του πράγματος (άρθρο 965§3 ΚΠολΔ).¹⁵⁴ Αντίθετα, όμως, στον ηλεκτρονικό πλειστηριασμό κινητών πραγμάτων αυτό δεν συμβαίνει, αφού από το χρονικό σημείο της υποβολής της προσφοράς μέχρι την κατακύρωση και εν συνεχεία την παράδοση του πράγματος στον υπερθεματιστή μεσολαβεί ικανό χρονικό διάστημα.

IV. Ο ηλεκτρονικός πλειστηριασμός κατά το ελληνικό δίκαιο

α) Προδικασία πλειστηριασμού

Η προδικασία της αναγκαστικής εκτέλεσης παραμένει εν πολλοίς αμετάβλητη σε σχέση με την προδικασία του κοινού πλειστηριασμού,¹⁵⁵ αποσκοπούσα προεχόντως στην γνώση των ενδιαφερομένων, αλλά και των ενδιαφερόμενων τρίτων προς επίτευξη του μεγαλύτερου δυνατού πλειστηριάσματος,¹⁵⁶ κατά τα προεκτεθέντα περί κοινού πλειστηριασμού. Εντούτοις, χρονικά έπονται της προδικασίας του πλειστηριασμού η αναγγελία του πλειστηριασμού (κατά το άρθρο 5 εδ. α' και γ' της ΥΑ 41756/26.05.2017), η πιστοποίηση των πλειοδοτών και η σύνταξη του σχετικού πίνακα πλειοδοτών. Οι διαδικαστικές αυτές πράξεις, εκ πρώτης όψης, φαίνεται να εντάσσονται σε προγενέστερο στάδιο της καθαυτής διεξαγωγής του πλειστηριασμού και, με αυτό το σκεπτικό γίνεται δεκτό ότι τοποθετούνται στην προδικασία του πλειστηριασμού.¹⁵⁷ Εντούτοις, στην θεωρία υποστηρίχθηκε η άποψη ότι πρόκειται για *νέο επί μέρους στάδιο*, ενδιάμεσο της προδικασίας και του πλειστηριασμού, ώστε όλες οι πλημμέλειες που αφορούν τις εν λόγω διαδικαστικές πράξεις να προβάλλονται σε κάθε περίπτωση στην προθεσμία του άρθρου 934§1 β' ΚΠολΔ,¹⁵⁸ για τον λόγο ότι αυτές αφορούν μόνο την διεξαγωγή του πλειστηριασμού καθεαυτού.

Με την θέση σε ισχύ του Ν. 4335/2015 γίνεται ευρέως δεκτό¹⁵⁹ ότι είναι δυνατό και πρέπει να μεταφερθεί στο νέο δίκαιο η παραδοσιακή διάκριση,

153 ΣχΠολΔ VIII, 48-49.

154 Νίκας, ο.π., § 49, αριθμ. 49, υποσημ. 169.

155 Μακρίδου/Απαλαγάκη/Διαμαντόπουλος, ΠολΔ, β' έκδ., 2018, σ. 150.

156 Κεραμεύς/Κονδύλης/Νίκας (Κιουπτσίδου – Στρατουδάκη), ο.π., άρθρο 955, αριθμ. 4.

157 Γεσίου – Φαλτσή, ΔικΑνΕκτ Συμπλήρωμα Ια, 2018, § 59, αριθμ. 178, 179.

158 Απαλαγάκη, ο.π., σ. 183, 187-189, ιδίως σ. 202-204.

159 Ορφανίδης, Η αναστολή εκτελέσεως για ικανοποίηση χρηματικών απαιτήσεων μετά το Ν. 4335/2015, 2017, σ. 13-14 · Γεσίου – Φαλτσή, ΔικΑνΕκτ ΓΜ, β' έκδ., 2017, § 40, αριθμ. 34-37 · Νίκας, ΔικΑνΕκτ, ΙΙ, β' έκδ., 2018, §48, αριθμ. 19-21 · Κεραμεύς/Κονδύλης/Νίκας (-Μάζης), ΕρμΚΠολΔ, Αναγκαστική Εκτέλεση, β' έκδ. (2021), άρθρο 934, αριθμ. 8, 12. Βλ. επίσης Κιουπτσίδου – Στρατουδάκη, Ζητήματα από το δίκαιο της αναγκαστικής εκτέλεσης μετά τις

αφενός μεν, ακυροτήτων επί διαδικαστικών πράξεων που παραλείφθηκαν εντελώς ή έλαβαν χώρα εκπρόθεσμα, οι οποίες θα πρέπει να προσβληθούν με ανακοπή στην προθεσμία του νέου άρθρου 934§1^α ΚΠολΔ (η οποία ενοποίησε τα δύο πρώτα χρονικά στάδια που προέβλεπε το προϊσχύον δίκαιο – παλαιό άρθρο 934§1^{α'} - ^{β'} ΚΠολΔ), αφετέρου δε, των ακυροτήτων επί διαδικαστικών πράξεων που έλαβαν χώρα, αλλά είναι ελαττωματικές, οι οποίες θα πρέπει να προσβληθούν με ανακοπή στην προθεσμία του νέου άρθρου 934§1^{β'} ΚΠολΔ (παλαιό άρθρο 934§1^{γ'} ΚΠολΔ). Η άποψη αυτή στην περίπτωση της αναγκαστικής εκτέλεσης επί χρηματικών απαιτήσεων με κοινό πλειστηριασμό είναι ορθή, καθώς στην πραγματικότητα ενοποιήθηκαν το πρώτο και το δεύτερο χρονικό στάδιο που προέβλεπε το παλαιό δίκαιο σε ένα, σαφώς διακρινόμενου του επόμενου που παρέμεινε και στο νέο δίκαιο. Πρέπει όμως να επισημανθεί ότι με την θέση σε ισχύ του ηλεκτρονικού πλειστηριασμού τα δεδομένα μεταβλήθηκαν. Ειδικότερα, η «αναγγελία» αποσκοπεί στην πληροφόρηση και συμμετοχή όσο το δυνατό περισσότερων ενδιαφερομένων για συμμετοχή στον ηλεκτρονικό πλειστηριασμό, όπως η προδικασία του πλειστηριασμού¹⁶⁰ και δη η προηγηθείσα σχετική δημοσίευση του πλειστηριασμού κατ' άρθρο 955§2 ΚΠολΔ μέχρι τη δέκατη ημέρα από την κατάσχεση στην ιστοσελίδα δημοσιεύσεων πλειστηριασμών του Δελτίου Δικαστικών Δημοσιεύσεων του Τομέα Ασφάλισης Νομικών του Ενιαίου Ταμείου Ανεξάρτητα Απασχολούμενων. Ταυτόχρονα, όμως, με την «αναγγελία» ο ηλεκτρονικός πλειστηριασμός λαμβάνει κωδικό, τον οποίο θα επιλέξουν στη συνέχεια οι υποψήφιοι πλειοδότες, προκειμένου να συμμετάσχουν σε αυτόν. Ομοίως, η πιστοποίηση ενδιαφερόμενων πλειοδοτών και η σύνταξη καταλόγου αυτών είναι πρόσθετες διαδικαστικές πράξεις απαραίτητες εκ της φύσης του ηλεκτρονικού πλειστηριασμού μέσω κεντρικά ελεγχόμενης ιστοσελίδας για την διενέργεια του, προς διασφάλιση της σύννομης διεξαγωγής του. Επομένως, οι τρεις αυτές διαδικαστικές πράξεις υποκαθιστούν την πρόσβαση των ενδιαφερόμενων στον φυσικό τόπο διεξαγωγής πλειστηριασμού και την αποκρυστάλλωση του αριθμού τους, μετά την τυχόν προβολή ενστάσεων. Πρόκειται δε για διαδικαστικές πράξεις που και χρονικώς τοποθετούνται εγγύς της ημερομηνίας διεξαγωγής του και όχι εγγύς της δημοσίευσης του αποσπάσματος κατασχετήριας έκθεσης, όπως προκύπτει από την προθεσμία της «αναγγελίας». Με βάση τα προεκτεθέντα, οι εν λόγω διαδικαστικές πράξεις εντάσσονται στην κύρια διαδικασία του πλειστηριασμού και όχι στην προδικασία του (ή σε κάποιο άλλο ενδιάμεσο στάδιο, όπως δέχεται η προεκτεθείσα άποψη). Κατά συνέπεια, τόσο η παράλειψη τους ή η μη εμπρόθεσμη διενέργεια τους όσο και οι ακυρότητες που

τροποποιήσεις του ν. 4335/2015, Αρμ. 2016, σ. 3-5.

160 Πίψου, ο.π., σ. 1006-1007.

τυχόν εμφιλοχωρούν σε αυτές προβάλλονται με ανακοπή ασκούμενη σε κάθε περίπτωση στην προθεσμία του νέου άρθρου 934§1^{β'} ΚΠολΔ (παλαιό άρθρο 934§1^{γ'} ΚΠολΔ), όπως, κατ' αποτέλεσμα πειστικά, δέχεται και η άποψη που κάνει λόγο για «ενδιάμεσο νέο στάδιο» μεταξύ προδικασίας και κύριας διαδικασίας πλειστηριασμού, όχι όμως γιατί οι διαδικαστικές αυτές πράξεις συνιστούν κάποιο «ενδιάμεσο στάδιο» μεταξύ προδικασίας - κύριας διαδικασίας πλειστηριασμού, αλλά για τον λόγο ότι οι τρεις αυτές διαδικαστικές πράξεις εντάσσονται λειτουργικώς στην κύρια διαδικασία αυτού, σύμφωνα και με την επιλογή του νομοθέτη του Ν. 4335/2015 στο δεύτερο στάδιο να προβάλλονται ακυρότητες που αφορούν τον πλειστηριασμό.¹⁶¹

Δεύτερη καινοτομία της νέας ρύθμισης συναντάται στο άρθρο 927 ΚΠολΔ. Η διάταξη προβλέπει ότι ο επισπεύδων μπορεί να περιλάβει στην εντολή προς εκτέλεση την δήλωση να οριστεί συμβολαιογράφος διορισμένος στην περιφέρεια του συμβολαιογραφικού συλλόγου του τόπου εκτέλεσης ή, αν και αυτό δεν είναι δυνατό, του συμβολαιογραφικού συλλόγου της πρωτεύουσας του κράτους, εάν, για οποιονδήποτε λόγο, δεν είναι δυνατό να οριστεί συμβολαιογράφος του τόπου εκτέλεσης. Γίνεται δεκτό ότι, αν δεν υπάρχει τέτοια εντολή και παρά ταύτα οριστεί συμβολαιογράφος εκτός του τόπου εκτέλεσης, προκαλείται ακυρότητα της κατασχετήριας έκθεσης υποκείμενη σε ανακοπή στην προθεσμία του άρθρου 934§1 αριθμ. α' ΚΠολΔ, εξαρτώμενη από την επίκληση και απόδειξη δικονομικής βλάβης. Αντίθετα, αν ο δικαστικός επιμελητής διορίσει συμβολαιογράφο εκτός του τόπου εκτέλεσης, χωρίς να έχει (έστω γενική) εντολή ή δεν αναφέρει στο απόσπασμα της κατασχετήριας έκθεσης του την συνδρομή των προϋποθέσεων που ο νόμος προβλέπει, επέρχεται ακυρότητα χωρίς την

161 Αιτ.Εκθ. Ν. 4335/2015, VII, 3.1, 3.2 ·Ορφανίδης, ο.π., σ. 13. Αξίζει να σημειωθεί η επισημάνση του ΕΔΔΑ ως προς το εύρος των προθεσμιών για την άσκηση της ανακοπής κατά του πλειστηριασμού, το οποίο δέχεται πως οι τελευταίες δεν θα πρέπει να θίγουν το δικαίωμα δικαστικής προστασίας στον πυρήνα του, παρέχοντας επαρκή χρόνο στον διάδικο για να ασκήσει τα προβλεπόμενα στο νόμο δικαιώματά του, αφού λάβει γνώση των σχετικών διαδικαστικών πράξεων [Απόφαση ΕΔΔΑ Τσιρώνης κατά Ελλάδος της 6^{ης}.12.2001, σκέψη 27: “La Cour ne conteste pas la justesse du formalisme institué par les articles 933 et 934 du code de procédure civile et qui tend, comme le souligne le Gouvernement, à assurer la sécurité des transactions relatives aux ventes aux enchères et à éviter que les procédures y afférentes traînent en longueur. Toutefois, le respect du délai de recours institué par l'article 934 présuppose que l'individu lésé ait effectivement pris connaissance de l'acte litigieux pour qu'il puisse l'attaquer utilement en justice.” – βλ. επίσης Νίκα, ΔικΑνΕκτ Ι, β' έκδ., 2018, §28, αριθμ. 30]. Για τις απόψεις που έχουν υποστηριχθεί ως προς την προθεσμία στην οποία υπάγεται η ανακοπή κατά της αναγγελίας βλ. κατωτέρω (στο κείμενο υπό IV, β' και υποσημ. 201-204).

επίκληση και απόδειξη βλάβης.¹⁶² Κατά άλλη άποψη,¹⁶³ και επί μη αναφοράς στο απόσπασμα της κατασχετήριας έκθεσης των προϋποθέσεων που ο νόμος απαιτεί επέρχεται ακυρότητα, μόνο εφόσον ο ανακόπτων επικαλείται και αποδεικνύει βλάβη, ενώ η νομολογία δέχθηκε με πρόσφατη απόφαση της ότι επί *αναληθούς δήλωσης* περί μη ύπαρξης πιστοποιημένου συμβολαιογράφου στην περιοχή που εκπλειστηριάζεται το ακίνητο *δεν απαιτείται η επίκληση και απόδειξη βλάβης*. Η κρατούσα άποψη στην θεωρία ακολουθεί την προεκτεθείσα παγιωμένη και ορθή διάκριση των ακυροτήτων στον πλειστηριασμό και είναι πιο πειστική, αφού δεν συντρέχει περίπτωση διαφοροποιημένης αντιμετώπισης των σχετικών ακυροτήτων. Πάντως, γίνεται δεκτό ότι η σχετική δήλωση μπορεί να δοθεί συμπληρωματικά *μετά την αρχική δήλωση*, καθώς κρίσιμος χρόνος ορισμού του συμβολαιογράφου είναι ο χρόνος σύνταξης της κατασχετήριας έκθεσης,¹⁶⁴ ενώ από το άρθρο 927 ΚΠολΔ σε συνδυασμό με το άρθρο 954§2 ΚΠολΔ προκύπτει ότι αρκεί η γενική εντολή προς τον δικαστικό επιμελητή και η χορήγηση εξουσίας ορισμού συμβολαιογράφου, ο οποίος μπορεί κατά την κρίση του να επιλέξει συμβολαιογράφο από τις τρεις επιλογές που παρέχει ο νόμος, βεβαιώνοντας στην έκθεση κατάσχεσης την αδυναμία ορισμού του συμβολαιογράφου του τόπου εκτέλεσης.¹⁶⁵ Επίσης, γίνεται δεκτό ότι αν οι περιστάσεις που επέβαλαν τον ορισμό συμβολαιογράφου εκτός του τόπου εκτέλεσης εκλείψουν δεν είναι επιτρεπτή η μεταβολή του προσώπου του συμβολαιογράφου.¹⁶⁶

Ενόψει των όσων προεκτέθηκαν, υποστηρίχθηκε¹⁶⁷ ότι ως «*τόπος πλειστηριασμού*» θα πρέπει να θεωρείται πλέον η έδρα του συμβολαιογράφου που ορίστηκε. Αυτό όμως δεν είναι ακριβές, αφού, όπως πειστικά παρατηρήθηκε,¹⁶⁸ ο πλειστηριασμός διεξάγεται ηλεκτρονικά μέσω διαδικτύου. Μεμονωμέ-

162 *Απαλαγάκη*, Ηλεκτρονικός πλειστηριασμός, σε Ένωση Ελλήνων Δικονομολόγων, Ζητήματα αναγκαστικής εκτέλεσης, 2019, σ. 180 – 181 · *Μακρίδου/Απαλαγάκη/Διαμαντόπουλος*, ο.π., σ. 138 · *Γεσίου – Φαλση*, ΔικΑνΕκτ Συμπλήρωμα Πα, 2018, §59, αριθμ.62^α. Βλ. όμως ΜΠρΛασ 296/2019, Επιθεώρηση Ακινήτων, 2020.604 με παρατηρήσεις *Χριστοδούλου* (χωρίς βλάβη).

163 *Ρεντούλης*, Ο ηλεκτρονικός πλειστηριασμός μετά τον Ν. 4512/2018, ΕφΑΔ, 2018, σ. 273.

164 *Γεσίου – Φαλση*, ο.π., §59, αριθμ.62^α.

165 *Απαλαγάκη*, ο.π., σ. 178 · *Πίψου*, ο.π., σ. 1003.

166 *Μακρίδου/Απαλαγάκη/Διαμαντόπουλος*, ο.π., σ. 136 · *Ρεντούλης*, ο.π., σ. 273 · *Γεσίου – Φαλση*, ο.π., σ. 19 - 20 · *Απαλαγάκη*, ο.π., σ. 179 · *Πίψου*, ο.π., σ. 1003.

167 *Πλαστήρας*, Ο ηλεκτρονικός πλειστηριασμός στο πεδίο της αναγκαστικής εκτέλεσης, ΕλλΔνη 2017, σ. 1038.

168 *Ρεντούλης*, Παρέμβαση στο Συνέδριο ΕΕΔ 43ο συνέδριο ΕΕΔ, 2018, σ. 249-250 · *Κεραμεύς/Κονδύλης/Νίκας (-Κιουπτσίδου – Στρατουδάκη)*, ο.π., άρθρο 959, αριθμ. 2.

να, η νομολογία¹⁶⁹ δέχθηκε, επικαλούμενη το άρθρο 4§2 της Υ41756Α41756 οικ./26.5.2017 ΥΔΔΑΔ ότι η τοπική αρμοδιότητα καθορίζεται με σύνδεσμο την έδρα του συμβολαιογράφου. Εντούτοις, κρατούσα και πιο πειστική είναι η άποψη ότι *αρμοδίο κατά τόπον δικαστήριο* για την επίλυση των διαφορών που αναφύονται από τη διενέργεια του πλειστηριασμού είναι το δικαστήριο του *τόπου εκτέλεσης*, όπως ρητώς ορίζεται αυτός στα άρθρα 959§7 εδ.γ' ΚΠολΔ για τον πλειστηριασμό κινητών και 998§4 εδ. γ' ΚΠολΔ για τον πλειστηριασμό ακινήτων, αλλά και στην γενικότερη διάταξη του άρθρου 933§3 εδ. β' ΚΠολΔ.¹⁷⁰ Ας σημειωθεί ότι υπό το καθεστώς του ηλεκτρονικού πλειστηριασμού δεν μεταβάλλεται στο ζήτημα του πλειστηριασμού κινητών και ακινήτων η *λειτουργική αρμοδιότητα του συμβολαιογράφου* ως οργάνου της αναγκαστικής εκτέλεσης.¹⁷¹ Όμοια, η ρυθμιστική παρέμβαση του δικαστηρίου στην ήδη εκκρεμή εκτελεστική διαδικασία δεν καθιστά το τελευταίο όργανο της αναγκαστικής εκτέλεσης,¹⁷² σε αντίθεση με άλλα κράτη.¹⁷³

Μετά την κατάργηση του κοινού πλειστηριασμού με το άρθρο 959§1 εδ. γ' ΚΠολΔ ορίζεται ότι «ο πλειστηριασμός των κατασχεμένων διενεργείται μέσω των ηλεκτρονικών συστημάτων πλειστηριασμού από τον πιστοποιημένο, για το σκοπό αυτόν, υπάλληλο του ηλεκτρονικού πλειστηριασμού». Η προδικασία παραμένει όμοια¹⁷⁴ με εκείνη του κοινού πλειστηριασμού ρυθμιζόμενη στα άρθρα 955§2 ΚΠολΔ (κινητά πράγματα) και 995§4 (ακίνητα) ΚΠολΔ, όπως αυτά ισχύουν μετά τις τροποποιήσεις τους με τους νόμους 4335/2015, 4472/2017 και 4512/2018 που προβλέπουν τις σχετικές κοινοποιήσεις αντιγράφου της κατασχετήριας έκθεσης στον οφειλέτη και στον γραμματέα του ειρηνοδικείου του τόπου όπου έγινε η κατάσχεση, την κατάθεση στον υπάλληλο του πλειστηριασμού του εκτελεστού τίτλου, της έκθεσης της επίδοσης της επιταγής προς εκτέλεση,

169 ΜΠρΑθ 84/2019, Νομος.

170 ΜΠρΘεσ 760/2019, Νομος ·ΜΠρΛασ 296/2019, Επιθεώρηση Ακινήτων, 2020.604 με παρατηρήσεις Χριστοδούλου ·Μακρίδου/Απαλαγάκη/Διαμαντόπουλος, ο.π., σ. 158 ·Κεραμεύς/Κονδύλης/Νίκας (-Κιονπτσίδου – Στρατουδάκη), ο.π., άρθρο 955, αριθμ. 10 ·Νίκας, ο.π., §48, αριθμ. 34 ·Πίψου, ο.π., σ. 1018 ·Ρεντούλης, ο.π., σ. 250.

171 Όμοια στον εκούσιο πλειστηριασμό (βλ. *Ευθυμίου*, ο.π., σ. 528).

172 Βλ. για τις υποστηρικθείσες απόψεις Αθ.Πανταζόπουλο, Η λειτουργική αρμοδιότητα – ειδικότερα η λειτουργική αρμοδιότητα του τμήματος ναυτικών διαφορών, του τμήματος πνευματικών διαφορών και του τμήματος κοινοτικών σημάτων, του κτηματολογικού δικαστή, καθώς και του τμήματος οικογενειακών υποθέσεων, ΕΠολΔ 2011, σ. 578-579.

173 Βλ. συγκριτικές αναφορές στο θέμα *Kerameus*, Geldvollstreckungsarten in vergleichender Betrachtung, *Studia Juridica* V, 2008, σ. 238-245 ·Διαμαντόπουλο, ο.π., σ. 748 επ. ·Γεσίου Φαλτσή, σε ΔικΑνΕκτ, ΓΜ, β' έκδ. (2017), § 2, αριθμ. 10. Για το γερμανικό δίκαιο βλ. ενδεικτικά *Rosenberg/Gaul/Schilken*, ο.π., § 21, σ. 397 επ., § 25, σ. 419 επ.

174 Γεσίου-Φαλτσή, ΔικΑνΕκτ Ια, β' έκδ. (2017), § 59, αριθμ. 164· Ρεντούλης, ο.π., σ. 297 ·Πίψου, ο.π., σ. 1004.

της κατασχετήριας έκθεσης και τις εκθέσεις επίδοσής της στον οφειλέτη και τον γραμματέα του ειρηνοδικείου και την δημοσίευση αποσπάσματος της κατασχετήριας έκθεσης με επιμέλεια του δικαστικού επιμελητή μέχρι την δέκατη πέμπτη ημέρα από την κατάσχεση στην ιστοσελίδα δημοσιεύσεων πλειστηριασμών του Δελτίου Δικαστικών Δημοσιεύσεων του Ηλεκτρονικού Εθνικού Φορέα Κοινωνικής Ασφάλισης (e-ΕΦΚΑ). Μετά δε την κατάργηση του προαιρετικού χαρακτήρα του ηλεκτρονικού πλειστηριασμού με τον Ν. 4512/2018, εύλογα καταργήθηκε η απαίτηση για ρητή αναφορά στο απόσπασμα της κατασχετήριας θέσης επί ποινή ακυρότητας¹⁷⁵ της διεξαγωγής του πλειστηριασμού με ηλεκτρονικά μέσα.

β) Η διαδικασία πλειοδοσίας

Όπως προεκτέθηκε, η «αναγγελία» του πλειστηριασμού και η πιστοποίηση των ενδιαφερόμενων πλειοδοτών εντάσσονται στην κύρια διαδικασία (διαδικασία πλειοδοσίας). Μετά από τις κοινοποιήσεις αντιγράφου της κατασχετήριας έκθεσης στον οφειλέτη και στα υπόλοιπα πρόσωπα που αναφέρθηκαν αμέσως προηγουμένως (υπό IV, α') και την δημοσίευση αποσπάσματος της κατασχετήριας έκθεσης με επιμέλεια του δικαστικού επιμελητή μέχρι την δέκατη πέμπτη ημέρα από την κατάσχεση στην ιστοσελίδα δημοσιεύσεων πλειστηριασμών του Δελτίου Δικαστικών Δημοσιεύσεων του Ηλεκτρονικού Εθνικού Φορέα Κοινωνικής Ασφάλισης (e-ΕΦΚΑ), ο ηλεκτρονικός πλειστηριασμός αναγγέλλεται από τον υπάλληλο του ηλεκτρονικού πλειστηριασμού, καταχωρούμενος στην σχετική ιστοσελίδα προσαρτώντων στην αναγγελία προαιρετικά και φωτογραφιών του αντικειμένου προς εκπλειστηρίαση. Εφόσον πρόκειται για ακίνητο στο οποίο ο οφειλέτης διαμένει,¹⁷⁶ τίθεται και σε αυτή την περίπτωση προστασία του *ασύλου της κατοικίας*, καθώς και της οικογενείας του, όπως γίνεται δεκτό στη θεωρία¹⁷⁷ και στην αλλοδαπή νομολο-

175 *Γεσίου-Φαλτσή*, ο.π., § 59, αριθμ. 165 · *Πίψου*, ο.π., σ. 1005 · Τέντες (-*Ρεντούλης*), Αναγκαστική Εκτέλεση, (ά έκδ.), σ. 297.

176 Το Ομοσπονδιακό Συνταγματικό Δικαστήριο της Γερμανίας συμπεριλαμβάνει στην έννοια της «κατοικίας» και τους *επαγγελματικούς χώρους* σε αντίθεση με το ΔΕΚ (βλ. *Rosenberg/Gaul/Schilken*, ο.π., § 26, IV, 3, σ. 458, υποσημ. 143 και 144 αντίστοιχα). Η ίδια θέση κρατεί και στη γερμανική θεωρία (*Thomas/Putzo*, ο.π., § 758a, Rn. 4 και 7), αν και επισημαίνεται ότι είναι μειωμένη η ανάγκη προστασίας των προσβάσιμων στο κοινό καταστημάτων/γραφείων. Και σε αυτή την περίπτωση, όμως, αν ο ιδιοκτήτης δεν συναινεί, θα πρέπει να χορηγείται δικαστική άδεια στον δικαστικό επιμελητή για έρευνα σε αυτούς (*Rosenberg/Gaul/Schilken*, ο.π., § 26, IV, 3, σ. 458).

177 *Weyland*, *Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz in der Zwangsvollstreckung*, (Dissertation), 1987, σ. 42-43, 177 επ., 194 επ., ιδίως σ. 197 · *Rosenberg/Gaul/Schilken*, ο.π., § 26, IV, 3, σ. 453 επ. και § 3, Rn. 5, σ. 26 επ. · *Γεσίου - Φαλτσή*, *ΔικΑνΕκτ*, ΓΜ, β' έκδ., (2017), §9, αριθμ. 12 με περαιτέρω παραπομπές · *Μπέης*, ΠολΔ - Αναγκαστική Εκτέλεση, τ. 23, σ. 1652-1653

γία¹⁷⁸ στο ζήτημα της έρευνας ή της αποβολής από το ακίνητο. Μετά και την συνταγματική κατοχύρωση της αρχής της αναλογικότητας με το άρθρο 25§1 εδ. δ' ΚΠολΔ (και ανεξάρτητα από τη σκοπιμότητα της συνταγματικής κατοχύρωσης),¹⁷⁹ δεν θα πρέπει να αμφισβητείται ότι η ανάρτηση *φωτογραφιών από τους εσωτερικούς χώρους ακινήτου της κατοικίας του οφειλέτη*, χωρίς τη συναίνεση του, δεν θα πρέπει να επιτρέπεται και σε περίπτωση που λάβει χώρα τέτοια ανάρτηση ο πλειστηριασμός θα πρέπει να κηρυχθεί άκυρος μετά από άσκηση ανακοπής του οφειλέτη κατά του πλειστηριασμού ως καταχρηστικού.

Το άρθρο 959§3 ΚΠολΔ προβλέπει ότι «*τα ηλεκτρονικά συστήματα πρέπει να περιέχουν όλα τα πληροφοριακά στοιχεία τα οποία περιλαμβάνονται στο απόσπασμα της κατασχετήριας έκθεσης*», επομένως και του ονοματεπώνυμου και του ΑΦΜ του οφειλέτη, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 955§2 ΚΠολΔ. Από πλευράς του δικαίου προστασίας δεδομένων προσωπικού χαρακτήρα θα πρέπει να επισημανθεί ότι κατά τον ισχύοντα Κανονισμό 2016/676 (GPRD) επιτρέπεται στα κράτη – μέλη να προβούν σε περιορισμό του προστατευτικού πλαισίου για τα δεδομένα προσωπικού χαρακτήρα αναφορικά με το πεδίο εφαρμογής των υποχρεώσεων και των δικαιωμάτων που προβλέπονται στα άρθρα 12 έως 22 και στο άρθρο 34, καθώς και στο άρθρο 5, εφόσον οι διατάξεις του αντιστοιχούν στα δικαιώματα και τις υποχρεώσεις που προβλέπονται στα άρθρα 12 έως 22 αυτού, όταν ένας τέτοιος περιορισμός σέβεται την ουσία των θεμελιωδών δικαιωμάτων και ελευθεριών και συνιστά αναγκαίο και αναλογικό μέτρο σε μια δημοκρατική κοινωνία μεταξύ άλλων και για την *εκτέλεση αστικών αξιώσεων* (άρθρο 23§1 περ.ί Κανονισμού). Η εν λόγω νομική βάση επεξεργασίας θα μπορούσε να ενταχθεί στην νομική βάση επεξεργασίας του ίδιου άρθρου του Κανονισμού της *προστασίας της ανεξαρτησίας της δικαιοσύνης και των δικαστικών διαδικασιών* (άρθρο 23 §1 περ. στ' Κανονισμού), πλην όμως η τελευταία νομική βάση διαφοροποιείται κατά περιεχόμενο από πλευράς αξίωσης πρόσβασης σε πληροφορίες, διότι επιτρέπει την μη εφαρμογή του προστατευτικού πλαισίου του δικαίου των δεδομένων προσωπικού χαρακτήρα ως προς τρίτους που δεν έχουν εμπλακεί στην διαγνωστική διαδικασία της αξίωσης και θέλουν να αντλήσουν πληροφορίες για την ικανοποίηση των αξιώσεων τους από την εκκρεμή εκτελεστική διαδικασία.¹⁸⁰ Επιπλέον, η εν γένει δημοσιότητα

·Νίκας, ΔικΑνΕκτ II, β' έκδ. (2018), § 56, αριθμ. 5 υποσημ. 26.

178 Βλ. για την έρευνα στην κατοικία του οφειλέτη τη νομολογία του Γερμανικού Ομοσπονδιακού Δικαστηρίου που οδήγησε σε νομοθετική μεταρρύθμιση *Γεσίου – Φαλτσή*, ο.π., §9, αριθμ. 161 και *Weyland*, ο.π., σ. 42-43, 177 επ.

179 Βλ. επισκόπηση του θέματος σε *Γεσίου – Φαλτσή*, ο.π., §9, αριθμ. 34-37 με περαιτέρω παραπομπές.

180 Schwartmann/Jaspers/Thüsing/Kugelman (-Pabst), *Datenschutz - Grundverordnung - Bundesdatenschutzgesetz*, 2018, DS-GVO, Art. 23, Rn. 55, 56 ·Paal/Paully (-Paal), *Daten-*

του πλειστηριασμού δεν συνιστά νομική βάση επεξεργασίας των δεδομένων, αφού όπως προεκτέθηκε, διαφοροποιείται ουσιωδώς ως προς το νομικό πλαίσιο και τους σκοπούς της δημοσιότητας της κύριας δίκης.

Επομένως, η επεξεργασία δεδομένων από τους δικαστικούς επιμελητές και τους συμβολαιογράφους ως οργάνων της αναγκαστικής εκτέλεσης, αλλά και από τα υποκείμενα της αναγκαστικής εκτέλεσης είναι σύμφωνη με τον Κανονισμό που παρέχει σχετική νομική βάση επεξεργασίας (αρχή της νομιμότητας).¹⁸¹ Όπως εύστοχα δε επισήμανε η νομολογία, δεν προβλέπεται πρόσβαση των ΗΛ.ΣΥ.ΠΛΕΙΣ. στα στοιχεία της φορολογικής εικόνας των φυσικών και νομικών προσώπων που τηρούνται από τις αρμόδιες φορολογικές αρχές στο ηλεκτρονικό σύστημα TAXISNET της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων, αλλά γίνεται μόνο χρήση των διαπιστευτηρίων των ενδιαφερομένων προσώπων στο σύστημα TAXISNET, προκειμένου να επιβεβαιωθούν, από τα τηρούμενα στο εν λόγω σύστημα στοιχεία, οι πληροφορίες (ονοματεπώνυμο, Α.Φ.Μ., διεύθυνση κατοικίας κ.λπ.) που απαιτούνται για την ταυτοποίηση και εγγραφή του χρήστη στο σύστημα ηλεκτρονικών πλειστηριασμών και, επομένως, δεν θίγεται το δικαίωμα πληροφοριακού αυτοπροσδιορισμού τους.¹⁸² Ως προς τους λοιπούς όμως χρήστες του συστήματος (υποψήφιους πλειοδότες), επίσης επιτρέπεται η επεξεργασία δεδομένων, στο βαθμό, όμως, που αυτό είναι αναγκαίο για την εκτέλεση της αστικής αξίωσης. Επομένως, νομίμως γνωστοποιούνται σε αυτούς τα ονόματα των υποψήφιων πλειοδοτών, αφού στο νόμο προβλέπεται το δικαίωμα τους να αποκλείσουν υποψήφιο πλειοδότη σε βάρος του οποίου επισπεύδεται αναπλειστηριασμός. Αντίθετα, η γνωστοποίηση του ονόματος του οφειλέτη και του ΑΦΜ του τελευταίου δεν θα πρέπει να επιτρέπεται γενικώς προς όλους δυνάμει της συγκεκριμένης νομικής βάσης (άρθρο 23§1 περ.ί Κανονισμού), όπως γίνεται στην λειτουργούσα ιστοσελίδα στην χώρα μας (e-auction), καθώς μόνο οι επιθυμούντες να αναγγελθούν δανειστές – τρίτοι έχουν σχετική νομική βάση να πληροφορηθούν το όνομα του οφειλέτη, του οποίου ρευστοποιείται η περιουσία. Σημειώνεται ότι νομική βάση στο ελληνικό δίκαιο για τους ενδιαφερόμενους τρίτους που αξιώνουν πρόσβαση στην εκτελεστική διαδικασία για πρόσβασης σε αυτήν με λήψη αντιγράφων από το αρχείο του συμβολαιογράφου, παρέχει και το άρθρο 13§1 του Κώδικα περί Συμβολαιογράφων (όπως αυτό ισχύει μετά το

schutz-Grundverordnung/BDSG Kommentar, 2te Aufl. (2018), DS-GVO, Art. 23, Rn. 43.

181 Οι οποίοι έχουν καθήκον επαγγελματικής εχεμύθειας (άρθρα 53§2, 36§2 Κώδικα Δικαστικών Επιμελητών – άρθρα 371/252§1 ΠΚ). Στο *πορτογαλικό δίκαιο* με το άρθρο 14 του Despacho n.º 12624/2015 παρέχεται νόμιμη βάση επεξεργασίας στα πρόσωπα που ασχολούνται ως επαγγελματίες με τον πλειστηριασμό, αλλά καθιερώνεται και υποχρέωσης τήρησης απορρήτου και απαγόρευση χρήσης των δεδομένων για άλλο σκοπό.

182 ΣτΕ 1846/2020, Νομος.

άρθρο 59 Ν.3160/2003), ορίζοντας ότι τα αρχεία των Συμβολαιογράφων είναι προσβάσιμα μόνο σε όποιον επικαλείται έννομο συμφέρον, εν προκειμένω στα σχετικά αρχεία με τον πλειστηριασμό. Από συγκριτικής πλευράς, άξια μνείας είναι η γερμανική ρύθμιση επί ηλεκτρονικού πλειστηριασμού (§ 814 ZPO), κατά την οποία τα δεδομένα του οφειλέτη δεν δημοσιεύονται, διότι δεν είναι απαραίτητα για τη διενέργεια του πλειστηριασμού, καθώς η δημοσιοποίηση τους θα συνεπαγόταν προσβολή της προσωπικότητας του οφειλέτη, αντίθετη προς την αρχή της αναλογικότητας,¹⁸³ ενώ υπάρχει η δυνατότητα ανωνυμοποίησης και αυτών που πλειοδότησαν. Ως έκφανση δε της αρχής της αναλογικότητας ο Κανονισμός καθιερώνει την αρχή της ελαχιστοποίησης των δεδομένων στο άρθρο 5§1 στοιχ. γ' αυτού, ορίζοντας ότι τα προσωπικά δεδομένα πρέπει να είναι κατάλληλα, συναφή και να περιορίζονται στο αναγκαίο μέτρο για τους σκοπούς στους οποίους υποβάλλονται σε επεξεργασία με κατεχοχήν εφαρμογή της την ανωνυμοποίηση δεδομένων του υποκειμένου (εν προκειμένω του οφειλέτη).¹⁸⁴ Κατά συνέπεια, το όνομα και το ΑΦΜ εκάστου οφειλέτη πρέπει να είναι προσβάσιμο (και μέσω της ιστοσελίδας) σε κάθε τρίτον που είναι δανειστής του τελευταίου και ενδεχομένως επιθυμεί να λάβει πληροφορίες για τον πλειστηριασμό, ώστε να μπορέσει να αναγγελλθεί ή αποδεικνύει έννομο συμφέρον για άλλη αιτία, δεν θα πρέπει, όμως, τα δεδομένα αυτά να είναι γενικά προσιτά σε κάθε τρίτο.

Ακολούθως, στο άρθρο 5 εδ. α' και γ' της ΥΑ 41756/26.05.2017 προβλέπεται η ανάρτηση της «αναγγελίας»¹⁸⁵ που περιέχει υποχρεωτικά τα ακόλουθα πεδία: ονοματεπώνυμο και πλήρη στοιχεία επικοινωνίας του συμβολαιογράφου, αντικείμενο, ημερομηνία διενέργειας και τιμή πρώτης προσφοράς του πλειστηριασμού, ποσό εγγύησης, καθώς και τον υπερσύνδεσμο προς την ιστοσελίδα του ΕΤΑΑΤΑΝ όπου έχει αναρτηθεί η περίληψη¹⁸⁶ της κατα-

183 Würdinger, σε Stein/Jonas, ο.π., § 814, Rn. 20.

184 Schwartmann/Jaspers/Thüsing/Kugelman (-Jaspers/Schwartmann/Hermann), ο.π., DS-GVO, Art. 5, Rn. 46-51 ·Ιγγλεζάκης, Ο Γενικός Κανονισμός Προστασίας Προσωπικών Δεδομένων, 3^η έκδ. (2020), σ. 84. Βλ. ήδη υπό τον προϊσχύοντα ομοσπονδιακό νόμο στο γερμανικό δίκαιο §3^ο BDSG και συναφώς Wolff/Brinks (-Schulz), Datenschutzrecht, 2013, BDSG §3a, Rn. 70, 93-94.

185 Ο όρος εύλογα μπορεί να προκαλέσει σύγχυση, καθώς η «αναγγελία» είναι όρος που χρησιμοποιούνταν ανέκαθεν προκειμένου να δηλωθεί η αναγγελία του δανειστή στη διανομή του πλειστηριασμού. Για την αναγγελία υπό την προεκτεθείσα έννοια μετά το σύστημα των πολλαπλών κατασχέσεων που θέσπισε ο Ν. 4335/2015 βλ. Κολοτούρο, Συρροή δανειστών και σύγκρουσις δικαιωμάτων – Εισ το πεδίο της αναγκαστικής εκτέλεσεως, σε Ένωση Ελλήνων Δικονομολόγων, Ζητήματα Αναγκαστικής εκτέλεσεως, 2019, σ. 38-46.

186 Η αναφορά σε «περίληψη της κατασχετήριας έκθεσης» οφείλεται σε παραδρομή, αφού η περίληψη της κατασχετήριας έκθεσης έχει καταργηθεί με το Ν. 4335/2015 που κατάργησε το άρθρο 960 ΚΠολΔ και, επομένως, ως περίληψη νοείται το απόσπασμα κατά τα άρθρα 955§2 και 995§4 ΚΠολΔ [Ρεντούλης, ο.π., σ. 277 ·Γεσίου – Φάλτση, ΔικΑν Εκτ Ια, β' έκδ. (2017), §

σχετήριας έκθεσης «*σύμφωνα με τις οικείες διατάξεις του Κώδικα Πολιτικής Δικονομίας*». Η τελευταία διατύπωση του νόμου (εντός εισαγωγικών) είναι προφανώς εσφαλμένη, αφού πρόκειται για συγκεκριμένες διατυπώσεις προδικασίας του πλειστηριασμού, η μη τήρηση των οποίων προκαλεί ακυρότητα, όπως αναπτύσσεται ακολούθως στο κείμενο. Επομένως, πειστικά γίνεται λόγος για παραδρομή του νομοθέτη.¹⁸⁷ Κατά άλλη άποψη, ο νομοθέτης ήθελε να παραπέμψει στα όσα ορίζει ο ΚΠολΔ για τον κοινό πλειστηριασμό,¹⁸⁸ ο οποίος όμως καταργήθηκε, ενώ κατά τρίτη άποψη,¹⁸⁹ η διάταξη αποσαφηνίζει ότι αναφέρεται στους πλειστηριασμούς που διεξάγονται κατά τον ΚΠολΔ. Εντούτοις, ο ΚΠολΔ συστηματικώς αναφέρεται στον ρυθμιζόμενο από τον ίδιο πλειστηριασμό και όχι σε πλειστηριασμούς που ρυθμίζονται από άλλα νομοθετήματα, καθώς από την φύση του είναι μάλλον νομοθέτημα αναφοράς και όχι αναφερόμενο.

Ως προς την *προθεσμία* της εν λόγω «αναγγελίας» η οποία δεν ορίζεται στο νόμο, γίνεται δεκτό ότι κατά το άρθρο 5 εδ. β' της ΥΑ 41756/26.052017 και το άρθρο 959§5 ΚΠολΔ η προθεσμία αρχίζει από την ολοκλήρωση της δημοσίευσης στο Ταμείο Νομικών και συμπληρώνεται την προηγούμενη εργάσιμη ημέρα των δύο εργασίμων ημερών πριν τον πλειστηριασμό που προβλέπει το τελευταίο άρθρο. Κατά συνέπεια, η προθεσμία συμπληρώνεται τρεις εργάσιμες ημέρες πριν τον πλειστηριασμό (χωρίς να προσμετρώνται η ημέρα της αναγγελίας και η ημέρα του πλειστηριασμού).¹⁹⁰ Προκειμένου, όμως, περί ενδιαφερόμενων αλλοδαπών πλειοδοτών που στερούνται ΑΦΜ, η ταυτοποίηση τους γίνεται με προσκόμιση πιστοποιητικών σε έγκυρη μορφή στον υπάλληλο του πλειστηριασμού εντός τριών ημερών από της ηλεκτρονικής υποβολής της αίτησής τους, οπότε, προσμετρούμενης και της τελευταίας προθεσμίας, θα πρέπει να θεωρηθεί ότι η σχετική προθεσμία συμπληρώνεται *έξι ημέρες πριν τον πλειστηριασμό* (χωρίς να προσμετρώνται η ημέρα της αναγγελίας και η ημέρα του πλειστηριασμού),¹⁹¹ άποψη πιο πειστική επιβαλλόμενη για λόγους ισότητας μεταξύ ημεδαπών και αλλοδαπών υποψηφίων πλειοδοτών και με κριτήριο το εάν η προθεσμία πραγματικά παρέχει τη δυνατότητα πιστοποίησης των υποψηφίων πλειοδοτών.¹⁹² Εσχάτως, υποστηρίχθηκε και η άποψη ότι η

59, αριθμ. 179, υποσημ. 49 ·Νίκας, ο.π., § 48, αριθμ. 39, υποσημ. 67].

187 Ρεντούλης, ο.π., σ. 277 ·Νίκας, ΔικΑνΕκτ II, β' έκδ., 2018, §48, αριθμ. 39, υποσημ. 65.

188 Γεσίου – Φαλτση, ο.π., § 59, αριθμ. 179, υποσημ. 588.

189 Απαλαγάκη, ο.π., σ. 185.

190 Απαλαγάκη, ο.π., σ. 185 - 186 ·Ρεντούλης, ο.π., αριθμ. 22 ·Γεσίου – Φαλτση, ΔικΑνΕκτ Συμπλήρωμα IIα, 2018, § 59, αριθμ. 180.

191 Ρεντούλης, Παρέμβαση στο Συνέδριο ΕΕΔ 43^ο συνέδριο ΕΕΔ, 2018, σ. 250-251.

192 Πρβλ. και ΜΠρΡόδου 567/2018, Νομος ·Κεραμείς/Κονδύλης/Νίκας (-Κιουπτσίδου – Στρατουδάκη), ο.π., άρθρο 955, αριθμ. 10.

προθεσμία συμπληρώνεται 10 εργάσιμες ημέρες κατ' ανάλογη εφαρμογή του άρθρ. 208 παρ. 1 του Ν. 4512/2018, που αντικατέστησε το άρθρο 60§2 του ν. 4472/2017.¹⁹³ Πέραν του ότι η τελευταία διάταξη έχει χαρακτήρα μεταβατικού δικαίου, εν προκειμένω δεν υφίσταται κενό δικαίου ώστε ερμηνευτικώς να προσφύγουμε σε αναλογική εφαρμογή της προειρημένης διάταξης, δεδομένου ότι, αν και δεν ρυθμίζεται ρητώς η συγκεκριμένη περίπτωση από τον νομοθέτη, όπως θα αναμενόταν, η ρύθμιση της προκύπτει εμμέσως από το άρθρο 5 εδ. β' της ΥΑ 41756/26.052017 και το άρθρο 959§5 ΚΠολΔ κατά τα προεκτιθέμενα.¹⁹⁴

Στο προϊσχύσαν δίκαιο, ο νόμος έθετε επί ποινή ακυρότητας την μη δημοσίευση αποσπάσματος στον τύπο,¹⁹⁵ καθώς και την μη εμπρόθεσμη δημοσίευση, η παράλειψη των οποίων καθιστούσε τον πλειστηριασμό ακυρωτέο με την άσκηση της σχετικής ανακοπής στην προθεσμία του άρθρου 934§1 γ ΚΠολΔ, χωρίς την επίκληση και την απόδειξη δικονομικής βλάβης.¹⁹⁶ Επομένως, σε αντιστοιχία με τα όσα γίνονταν δεκτά για τον κοινό πλειστηριασμό, η διενέργεια του ηλεκτρονικού πλειστηριασμού, χωρίς την διενέργεια της προαναφερθείσας «αναγγελίας» εντός της προειρημένης προθεσμίας καθιστά τον ηλεκτρονικό πλειστηριασμό ακυρωτέο, με άσκηση ανακοπής, χωρίς την ανάγκη επίκλησης και απόδειξης βλάβης,¹⁹⁷ ενόψει των σκοπών που εξυπηρετεί η εν λόγω διαδικαστική πράξη, υποκαθιστώντας την δημοσίευση στον τύπο προς ενδιαφερόμενους πλειοδότες. Αντίθετα, η ανάρτηση της αναγγελίας, αλλά με ελλείψεις, αντιμετωπίζεται, όπως η τήρηση των διατυπώσεων της προδικασίας του πλειστηριασμού στον κοινό πλειστηριασμό με ελαττώματα, η οποία, κατά πάγια νομολογία¹⁹⁸ και με την σύμφωνη γνώμη της θεωρίας,¹⁹⁹ συνεπάγεται ακύρω-

193 Κεραμεύς/Κονδύλης/Νίκας (-Κιουπτσίδου – Στρατουδάκη), ο.π., άρθρο 955, αριθμ. 10 παραπέμπουσα σε Ρεντούλη, Εισήγηση στο σεμινάριο της ΕΣΔι, της 11ης-12ης.4.2019 [βλ. σχετική εισήγηση σε σχεδιάγραμμα στην οικεία ιστοσελίδα (www.esdi.gr)]

194 Canaris, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, 2te Aufl., 1982, σ. 17 επ. · Σταμάτης, Η θεμελίωση των νομικών κρίσεων, έκδ., σ. 408 επ. με περαιτέρω παραπομπές.

195 ΑΠ 147/1976, ΝοΒ 1976.689 · ΕφΑθ 4408/1971, Αρμ 1972.327.

196 Γεσίου-Φαλτση, ΔικΑνΕκτ Πα', β' έκδ., 2017, §59, αριθμ. 55.

197 Πίψου, ο.π., σ. 1007 · Γεσίου – Φαλτση, ΔικΑνΕκτ Συμπλήρωμα Πα, 2018, § 59, αριθμ. 180. Αντίθετα, Ρεντούλης, ο.π., σ. 278 (με την επίκληση δικονομικής βλάβης που δύσκολα μπορεί να αποδειχθεί) - πρβλ. και Πίψου, ο.π., σ. 1008.

198 ΟΛΑΠ 3/2007, Δ 2007.587 · ΑΠ 1112/2020, Νομος · ΑΠ 1538/2008, ΕλλΔνη 2011.1015 · ΑΠ 1401/2012, Νομος · ΑΠ 1628/2011, Νομος.

199 Ράμμος, Κύρος πλειστηριασμού ακινήτου γενομένου μετά την εισαγωγή του ν.δ. 958/1971 βάσει προγράμματος εκδοθέντος υπό του επί του πλειστηριασμού υπαλλήλου – συμβολαιογράφου, Δ 1973, σ. 159 · Μητσόπουλος, Κύρος πλειστηριασμού ακινήτου γενομένου μετά την εισαγωγή του ν.δ. 958/1971 βάσει προγράμματος εκδοθέντος υπό του επί του πλειστηριασμού υπαλλήλου – συμβολαιογράφου, Δ 1973, σ. 167 · Μπρίνιας, ΑνΕκτ, §552, σ. 1720 – 1722.

ση του πλειστηριασμού με την επίκληση και απόδειξη βλάβης στο πλαίσιο ανακοπής με σχετικό λόγο που ασκούνταν στην προθεσμία του παλαιού άρθρου 934§1 περ. β' ΚΠολΔ. Επομένως, εφόσον έλαβε χώρα *εμπρόθεσμη μεν, ελαττωματική δε αναγγελία* του πλειστηριασμού θα πρέπει ο τελευταίος να προσβληθεί με σχετικό λόγο ανακοπής, υπό τον όρο της επίκλησης και απόδειξης (οικονομικής ή περιουσιακής) *βλάβης*.²⁰⁰ Περαιτέρω, κατά μία άποψη,²⁰¹ η τελευταία αυτή ανακοπή θα πρέπει να ασκηθεί εντός της *προθεσμίας* του άρθρου 934 § 1 περ. α' ΚΠολΔ. Καθώς όμως η «αναγγελία» έπεται «της δημοσίευσης του αποσπάσματος της κατασχετήριας έκθεσης», που θέτει ως χρονικό όριο το άρθρο 934§1 περ. α' ΚΠολΔ, υποστηρίζεται η, κατ' αποτέλεσμα, ορθή άποψη που δέχεται ότι (και) σε αυτή την περίπτωση η ανακοπή θα πρέπει να ασκηθεί εντός της προθεσμίας του άρθρου 934 §1 περ. β' ΚΠολΔ.²⁰² Στο ίδιο αποτέλεσμα οδηγούμαστε και με την άποψη που δεχθήκαμε προηγουμένως ότι η εν λόγω «αναγγελία» εντάσσεται στην κύρια διαδικασία του πλειστηριασμού,²⁰³ αλλά και με εκείνη την άποψη που θέτει εκτός του σταδίου της προδικασίας την αναγγελία, εν είδη ενδιάμεσου σταδίου της κύριας διαδικασίας του πλειστηριασμού.²⁰⁴

Σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 954§2 στοιχ. ε' και 993§2 εδ. α' ΚΠολΔ, ο πλειστηριασμός κινητών, ακινήτων και αεροσκαφών ορίζεται υποχρεωτικά σε επτά (7) μήνες από την κατάσχεση και όχι πάντως μετά την παρέλευση οκτώ (8) μηνών. Από την 1η.1.2022, δυνάμει των άρθρων 63 και 120 Ν.4842/2021 και την τροποποίηση της παραγράφου 2 του άρθρου 954 ΚΠολΔ με τον τελευταίο νόμο, οι εν λόγω προθεσμίες διαμορφώνονται σε πέντε (5) μήνες από την ημέρα περάτωσης της κατάσχεσης και όχι πάντως μετά την παρέλευση έξι (6) μηνών από την ημερομηνία αυτή. Λόγω της επιτακτικής διατύπωσης των άρθρων 954§2 αριθμ. ε' ΚΠολΔ και 973§4 εδ. β' ΚΠολΔ, η θεωρία δέχεται ότι η παραβίαση των προθεσμιών αυτών επάγεται *ακυρότητα* του πλειστηριασμού, ανεξάρτητα από την επίκληση και απόδειξη βλάβης,²⁰⁵ ενώ κατά άλλη άποψη, επί υπέρβασης της προθεσμίας αυτής του δον μήνα (προθεσμίας ενεργείας) –και από 1.1.2022 του έκτου μήνα– επέρ-

200 Γεσίου-Φαλτσή, ο.π., §59, αριθμ. 180 ·Μακρίδου/Απαλαγάκη/Διαμαντόπουλος, ο.π., σ. 151· Μιχαηλίδου, Η άμυνα κατά της εκτέλεσης, 2017, σ. 307 ·Πίψου, ο.π., σ. 1007 ·Κεραμεύς/Κονδύλης/Νίκας (-Κιουπτσίδου – Στρατουδάκη), ο.π., άρθρο 955, αριθμ. 10.

201 Πίψου, ο.π., σ. 1007 ·Παπαδοπούλου, Ζητήματα επαναληπτικού ηλεκτρονικού πλειστηριασμού (966, 1003 § 4 ΚΠολΔ), ΕΠολΔ 2020, σ. 14.

202 Μακρίδου/Απαλαγάκη/Διαμαντόπουλος, ο.π., σ. 151 ·Γεσίου-Φαλτσή, ο.π., §59, αριθμ. 180· Κεραμεύς/Κονδύλης/Νίκας (-Κιουπτσίδου – Στρατουδάκη), ο.π., άρθρο 955, αριθμ. 10.

203 Βλ. υπό IV, α'.

204 Απαλαγάκη, ο.π., σ. 202-204.

205 Γεσίου-Φαλτσή, ΔικΑν Εκτ, Ια, β' έκδ., 2017, § 59, αριθμ. 80.

χεται έκπτωση από το δικαίωμα, διότι πρόκειται για προθεσμία ενεργείας.²⁰⁶ Η εν λόγω προθεσμία είναι προπαρασκευαστική κατά το πρώτο σκέλος της, αφού ορίζει ότι πρέπει να παρέλθει το επτάμηνο –και από 1.1.2022 το πεντάμηνο– προκειμένου να επιχειρηθεί η συγκεκριμένη διαδικαστική πράξη²⁰⁷ και, επομένως, επιφέρει ακυρότητα της πράξης.²⁰⁸ Κατά το δεύτερο σκέλος της, ήτοι από την έναρξη έως και την λήξη του όγδοου μήνα –και από 1.1.2022 του έκτου μήνα– είναι προθεσμία ενεργείας, η οποία, όμως προϋποθέτει την διαδρομή της πρώτης. Επιπλέον, η συνέπεια του άρθρου 151 ΚΠολΔ (έκπτωση) δεν είναι αυτόθροη επί απώλειας κάθε προθεσμίας ενεργείας, καθώς είναι ενδεχόμενο άλλες δικονομικές δυνατότητες να κατατείνουν στο ίδιο αποτέλεσμα.²⁰⁹ Για όλους αυτούς του λόγους η πρώτη άποψη κρίνεται πιο πειστική και η παράβαση της ανωτέρω προθεσμίας θα πρέπει να θεωρηθεί ότι επάγεται ακυρότητα του πλειστηριασμού, ανεξάρτητα από την επίκληση και απόδειξη δικονομικής βλάβης. Τέλος, σύμφωνα με τα άρθρα 959§8 εδ. α' και 998§1 εδ. γ' ΚΠολΔ, όπως ισχύουν μετά τον Ν. 4842/2021, ο ηλεκτρονικός πλειστηριασμός διενεργείται μόνο εργάσιμη ημέρα Τετάρτη ή Πέμπτη ή Παρασκευή, από τις 10:00 π.μ. έως τις 12:00 ή από τις 14:00 έως τις 16:00 (μέχρι την 31.1.2021: από τις 10:00 π.μ. έως τις 14:00 ή από τις 14:00 έως τις 18:00). Επομένως, ορθώς επισημαίνεται ότι στην παραπάνω «αναγγελία» θα πρέπει να αναγράφεται και η ώρα διεξαγωγής αυτού.²¹⁰

Στην συνέχεια, (προκειμένου περί ακινήτων) εφόσον δεν εκδοθεί απόφαση περί «ελεύθερης πώλησης» με αίτηση του οφειλέτη κατά την διάταξη του άρθρου 998§6 ΚΠολΔ» ή αυτή δεν καρποφορήσει κατά τα προεκτεθέντα (υπό ΙΙ, α'), οι υποψήφιοι πλειοδότες εκδηλώνουν σύμφωνα με το άρθρο 959§5 ΚΠολΔ το ενδιαφέρον τους για τον συγκεκριμένο πλειστηριασμό δηλώνοντας συμμετοχή σε αυτόν, καταβάλλοντας την εγγύηση του άρθρου 965§1 ΚΠολΔ (: ίση με το 30% της τιμής πρώτης προσφοράς), υποβάλλοντας ηλεκτρονικά το πληρεξούσιο του άρθρου 1003§2 ΚΠολΔ και ορίζοντας αντίκλητο μέχρι ώρα 15:00, δύο (2) εργάσιμες ημέρες πριν την ορισθείσα ημέρα του

206 Νάνου – Καρολίδου, Μία προσπάθεια ερμηνευτικής προσέγγισης της νέας προθεσμίας ορισμού ημερομηνίας πρώτου πλειστηριασμού του άρθρου 954 παρ. 4 εδ. ε' ΚΠολΔ, ιδίως επί ακινήτων, ΕφΑΔ 2018, σ. 618 επ.

207 Ορφανίδης, Ζητήματα προθεσμιών στον ΚΠολΔ, ΕλλΔνη, 2001, σ. 331 · Stein/Jonas (-Roth), ZPO, 23te Aufl. (2016), vor §214, Rn. 18 (Zwischenfristen).

208 Νίκας, ΠολΔ ΙΙ, σ. 83 · Κεραμεύς/Κονδύλης/Νίκας(-Ορφανίδης), ΕρμΚΠολΔ Ι, άρθρο 151, αριθμ. 5·Μαργαρίτης, ΕρμΚΠολΔ Ι Εισ. σημ. στα άρθρα 144-151, αρ.2 ·Παντελίδου, Χρόνος και προθεσμίες ΝοΒ 2015, σ. 452.

209 Κεραμεύς/Κονδύλης/Νίκας (-Ορφανίδης), ο.π., άρθρο 151, αριθμ. 5.

210 Ρεντούλης, Ο ηλεκτρονικός πλειστηριασμός μετά το Ν 4512/2018, ΕφΑΔ 2018, σ. 277-278 ·Γεσίου – Φαλτσι, ΔικΑνΕκτ Συμπλήρωμα Ια, 2018, § 59, αριθμ. 180.

πλειστηριασμού. Τέλος, κατά το άρθρο 959§6 ΚΠολΔ, μετά από έλεγχο των ανωτέρω ενδιαφερόμενων συντάσσεται από τον υπάλληλο του πλειστηριασμού ο «κατάλογος πλειοδοτών» που δικαιούνται να λάβουν μέρος, ο οποίος και αναρτάται στα ηλεκτρονικά συστήματα πλειστηριασμού. Σύμφωνα με τα όσα εκτέθηκαν για την «αναγγελία», οι ακυρότητες των αμέσως επόμενων διαδικαστικών πράξεων των πλειοδοτών και της δημοσιοποίησης του καταλόγου αυτών μπορούν να προβληθούν με ανακοπή ασκούμενη στην προθεσμία του άρθρου 934§1β' ΚΠολΔ σε κάθε περίπτωση, γιατί εντάσσονται στην κύρια διαδικασία αυτού²¹¹ ή κατά άλλη άποψη γιατί εντάσσονται στο «ενδιάμεσο» στάδιο προδικασίας – κύριας διαδικασίας²¹² με την συνδρομή του στοιχείου της βλάβης εάν πραγματοποιήθηκαν εμπροθέσμως, χωρίς όμως την ανάγκη επίκλησης και απόδειξης βλάβης στην περίπτωση που παραλείφθηκαν ή έγιναν εκπρόθεσμα.

Ας σημειωθεί, τέλος, ότι στον ηλεκτρονικό πλειστηριασμό κινητών και ακίνητων πραγμάτων (άρθρα 964 και 1001 ΚΠολΔ αντίστοιχα) επί πλειόνων κατασχεθέντων πραγμάτων, ο καθ' ού η εκτέλεση - οφειλέτης έχει το δικαίωμα να καθορίσει *την σειρά κατακύρωσης των κατασχεμένων πραγμάτων*, με έγγραφη²¹³ δήλωσή του προς τον υπάλληλο του πλειστηριασμού το αργότερο δύο (2) ημέρες πριν τη διενέργεια του πλειστηριασμού. Αν δεν το πράξει ο οφειλέτης ο υπάλληλος του πλειστηριασμού ορίζει τη σειρά κατακύρωσης, ενημερώνοντας τα ηλεκτρονικά συστήματα. Έτσι, μετά την επίτευξη του μέγιστου δυνατού πλειστηριάσματος για κάθε επί μέρους κινητό ή ακίνητο πράγμα ο οφειλέτης δύναται να αποφασίζει για ποια πράγματα η κατακύρωση φαίνεται πιο συμφέρουσα ή η στέρηση τους είναι λιγότερο επαχθής, καθώς από τη στιγμή που το πλειστηρίασμα καλύψει το ποσό της απαίτησης εκείνου υπέρ του οποίου έγινε η εκτέλεση και των δανειστών που αναγγέλθηκαν, καθώς και τα έξοδα της εκτέλεσης, δεν γίνεται κατακύρωση για τα λοιπά κατασχεθέντα πράγματα και δεν συντάσσεται ως προς αυτά έκθεση πλειστηριασμού και κατακύρωσης.

Εντούτοις, σε αντίθεση με τον ν. 4335/2015 που όριζε ότι η αναγγελία επιτρεπόταν το αργότερο πέντε ημέρες πριν τον πλειστηριασμό, σύστημα που ίσχυσε στην πρώτη μορφή του ΚΠολΔ από το 1968 έως το 1971,²¹⁴ με το νέο άρθρο 972§1 αριθμ. β', εδ. β' ΚΠολΔ, όπως αυτό ισχύει μετά τον ν. 4512/2018 (και από 1.1.2022 με υποχρεωτική υπογραφή της αναγγελίας από δικηγόρο, όπως η διάταξη αυτή ισχύει μετά τον Ν.4842/2021), η επίδοση της αναγγε-

211 Βλ. υπό IV, α'.

212 Απαλαγάκη, ο.π., σ. 203.

213 Πίψου, ο.π., σ. 1021.

214 Γεσίου Φαλτσή, ΔικΑνΕκτ, ΕιδΜ ΙΙα, β' έκδ. (2017), § 59, αριθμ. 136.

λίας επιτρέπεται και μετά τον πλειστηριασμό και συγκεκριμένα εντός δεκαπενθήμερης προθεσμίας από τον πλειστηριασμό,²¹⁵ επανήλθαμε δηλαδή στα όσα ίσχυαν από το 1971 έως το 2015. Η τροποποίηση έγινε διότι στην πράξη η προηγούμενη ρύθμιση δεν λειτούργησε, αλλά και λόγω του ενδεχόμενου μεταβολής του συμβολαιογράφου και εντεύθεν της ανασφάλειας ως προς τον τόπο επίδοσης του εγγράφου της αναγγελίας.²¹⁶ Από την άλλη πλευρά, η ρύθμιση έχει ως αποτέλεσμα να μην μπορεί με ασφάλεια να υπολογιστεί ποιο είναι το ακριβές σύνολο των απαιτήσεων που απαιτείται να υπολογιστούν, ώστε να μπορέσει να ασκήσει το παραπάνω δικαίωμα του οφειλέτη. Υπό το νομοθετικό καθεστώς του ΚΠολΔ από το 1971 έως το 2015 είχε υποστηριχθεί στη θεωρία ότι προ του κινδύνου στο τέλος να μην ικανοποιηθεί ο επισπεύδων δανειστής μετά την αναγγελία και των υπολοίπων δανειστών που δεν είχαν έως την ημέρα του πλειστηριασμού αναγγελθεί, θα έπρεπε να συνυπολογιστούν και απαιτήσεις που τυπικά δεν είχαν αναγγελθεί, πλην όμως ήταν γνωστές στον υπάλληλο του πλειστηριασμού, όπως οι απαιτήσεις των ενυπόθηκων/προσμιεύχων δανειστών που προκύπτουν από το πιστοποιητικό βαρών του ακινήτου.²¹⁷ Η άποψη αυτή υποστηρίζεται και υπό την ισχύ του νέου άρθρου 972 ΚΠολΔ, όπως ισχύει μετά τον μετά τον ν. 4512/2018.²¹⁸ Η νομολογία είχε δεχθεί ότι για τον υπολογισμό του ποσού του εκπλειστηρίασματος «*κρίσιμες είναι οι εκκαθαρισμένες απαιτήσεις που έχουν ήδη, κατά το χρόνο του πλειστηριασμού, τυχόν αναγγελθεί με τους έως την ημέρα του πλειστηριασμού αντίστοιχους νόμιμους τόκους, καθώς και τα έξοδα εκτελέσεως*»,²¹⁹ με την σύμφωνη γνώμη μέρους της θεωρίας που υποστήριξε ότι το γράμμα του νόμου αναφέρεται σε «*αναγγελθέντες δανειστές*» και ότι με την προηγούμενη άποψη αποστεώνεται η ρύθμιση του άρθρου 1001§2 ΚΠολΔ που έχει τεθεί προς προστασία του οφειλέτη,²²⁰ άποψη που προφανώς ισχύει και μετά την επαναφορά του προηγούμενου συστήματος περί των αναγγελιών στην δεκαπενθήμερη προθεσμία μετά την διενέργεια του πλειστηριασμού, που δεν εθίγη με τον Ν. 4842/2021. Η άποψη περί συνυπολογι-

215 Κολοτούρος, Συρροή δανειστών και σύγκρουσις δικαιωμάτων –Εις το πεδίο της αναγκαστικής εκτελέσεως, σε Ένωση Ελλήνων Δικονομολόγων, Ζητήματα Αναγκαστικής εκτέλεσης, 2019, σ. 43.

216 Αιτ'Εκθ. Ν. 4512/2018 ·Πίψου, ο.π., σ. 1021.

217 Μπέης, Ενιαία πλειστηρίαση περισσότερων ακινήτων που κατασχέθηκαν με την ίδια κατασχέτρια έκθεση, Δ 1995, σ. 753 - 754 · Γεσίου Φαλτσή, ΔικΑνΕκτ, ΙΙ, ά έκδ., 2001, σ. 438.

218 Γεσίου – Φαλτσή, ΔικΑνΕκτ Συμπλήρωμα ΙΙα, 2018, §59, αριθμ. 136.

219 ΑΠ 1694/1998, ΕλλΔνη 1999, σ. 601 ·ΕφΠατρ 540/2004, ΑχΝομ 2005, σ. 277.

220 Νίκας, ΔικΑνΕκτ ΙΙ, β' έκδ., 2018, § 51, αριθμ. 2, σημ. 10 ·Πίψου, Ζητήματα ταυτόχρονης πλειστηρίασης ακινήτων που κατασχέθηκαν με την ίδια κατασχέτρια έκθεση (ΚΠολΔ 1001§2), Αρμ 2007, σ. 1660 επ. Βλ. επίσης Ορφανίδη, Συγκρούσεις συμφερόντων δανειστών στην αναγκαστική εκτέλεση, 2004, σ. 167 - 175.

σμού των απαιτήσεων που αναφέρονται στο πιστοποιητικό βαρών του ακινήτου είναι πιο πειστική, καθώς η επάνοδος στο σύστημα των αναγγελιών μετά τον πλειστηριασμό με την ταυτόχρονη ρύθμιση του δικαιώματος του οφειλέτη κατ' άρθρο 1001§2 ΚΠολΔ με χρονική αναφορά μόνο στις απαιτήσεις που έχουν ήδη, κατά το χρόνο του πλειστηριασμού, τυχόν αναγγελθεί, επαναφέρει μια αντινομία²²¹ που μπορεί να οδηγήσει σε ματαίωση της ικανοποίησης του επισπεύδοντος την εκτέλεση παρά την ύπαρξη ικανής προς τούτο περιουσίας του οφειλέτη, θίγοντας στον πυρήνα του το δικαίωμα δικαστικής προστασίας του επισπεύδοντος δανειστή.²²²

Μετά την εκδήλωση ενδιαφέροντος με τις ανωτέρω προϋποθέσεις και εντός του προεκτεθέντος χρονικού πλαισίου από τους υποψήφιους πλειοδότες, και την σύνταξη του «καταλόγου πλειοδοτών» από τον υπάλληλο του πλειστηριασμού, εκκινεί κατά την ορισθείσα ώρα αυτού ο πλειστηριασμός ανοικτού πλειοδοτικού τύπου, κατά τον οποίον υποβάλλονται *διαδοχικές προσφορές*, μεγαλύτερες από την εκάστοτε μέγιστη, μέχρι τη λήξη του προβλεπόμενου χρόνου, ο οποίος, όπως προαναφέρθηκε, μετά τις 1.1.2022 διεξάγεται Τετάρτη ή Πέμπτη ή Παρασκευή είτε από τις 10:00 έως τις 12:00, είτε από τις 14:00 έως τις 16:00, κατά την επιλογή του συμβολαιογράφου – υπαλλήλου του πλειστηριασμού, καθώς το χρονικό πλαίσιο διεξαγωγής του πλειστηριασμού μειώθηκε κατά το ήμισυ με τον Ν. 4842/2021, θεωρούμενου ως επαρκούς. Εφόσον συνεχίζει η υποβολή προσφορών ο χρόνος διενέργειας του πλειστηριασμού μπορεί να παραταθεί έως 1 ώρα συνολικά με διαδοχικές παρατάσεις, κατά τα οριζόμενα στο άρθρο 959§8 ΚΠολΔ.²²³ Το χρονικό πλαίσιο της παράτασης μειώθηκε και στην προκείμενη περίπτωση (από δύο ώρες σε μία για τους πλειστηριασμούς που θα διεξαχθούν μετά τις 1.1.2022) με τον Ν. 4842/2021 με το ίδιο σκεπτικό. Σύμφωνα με το άρθρο 959§4 εδ. β' ΚΠολΔ, στον ηλεκτρονικό πλειστηριασμό, όπως ίσχυε πριν τον Ν. 4842/2021, δεν

221 Βλ. και § 9.1 ZVG, η οποία περιλαμβάνει στους διαδίκους της αναγκαστικής εκτέλεσης επί ακινήτων όχι μόνο τον επισπεύδοντα και τον οφειλέτη, αλλά εξαρχής τους έχοντες εγγράψει βάρος επί του εκπλειστηριαζόμενου ακινήτου στο κτηματολογικό του φύλλο (§ 9: “*In dem Verfahren gelten als Beteiligte, außer dem Gläubiger und dem Schuldner: 1. diejenigen, für welche zur Zeit der Eintragung des Vollstreckungsvermerks ein Recht im Grundbuch eingetragen oder durch Eintragung gesichert ist;*”). Βλ. επίσης για την συμμετοχή των αναγγελλθέντων δανειστών στην εκτελεστική διαδικασία προηγούμενη υποσημείωση με αριθμό 118.

222 Γεσίου – Φαλτσι, ΔικΑνΕκτ Συμπλήρωμα Ια, 2018, §59, αριθμ. 136 ·Μπέης, ο.π., σ. 753.

223 Πειστικά επισημαίνεται στη θεωρία ότι η ανακοίνωση του υπαλλήλου του πλειστηριασμού στον παραδοσιακό πλειστηριασμό πως ο πλειστηριασμός βαίνει προς ολοκλήρωση (σε άλλες έννομες τάξεις με συγκεκριμένο τελετουργικό – π.χ. στη Γερμανία με κτύπημα 3 διαδοχικές φορές του σφυριού-§817.1 ZPO) αποσκοπεί στο να κινητοποιήσει τους υποψήφιους πλειοδότες να καταθέσουν νέα αυξημένη προσφορά (*Schnabl, Zwangsversteigerung beweglicher Sachen bei eBay?*, NJW 2005, σ. 942) που συνεπάγεται και χρονική επέκταση του πλειστηριασμού.

υπάρχει δυνατότητα σε περισσότερους πλειοδότες να *υπερθεματίσουν* από κοινού προς αποτροπή καταχρηστικών συμπράξεων υποψήφιων πλειοδοτών,²²⁴ σε αντίθεση με τον φυσικό πλειστηριασμό, στον οποίο αυτό γινόταν δεκτό, κατά το παλαιό άρθρο 966§1 ΚΠολΔ, προκειμένου να μην αποβαίνει άκαρπη η εκπλειστηρίαση πραγμάτων μεγάλης αξίας, με την προϋπόθεση ότι η συμπλειοδοσία δεν εμποδίζει τον ελεύθερο συναγωνισμό υπό την συνηθέστερη μορφή συμπύξεως μετώπου από περισσότερους ή και όλους τους πλειοδοτούντες, με σκοπό να επιτύχουν το την κατακύρωση με μικρότερο πλειστηρίασμα.²²⁵ Δεδομένης της αυξημένης δημοσιότητας που επιτυγχάνει ο ηλεκτρονικός πλειστηριασμός μέσω της ηλεκτρονικής πλατφόρμας που είναι προσιτή στον καθένα αποτρέποντας εκ των πραγμάτων αθέμιτες συμπράξεις μεταξύ των υποψήφιων πλειοδοτών, της πιστοποίησης των πλειοδοτών και του ότι οι συμπράξεις ανέκαθεν γίνονταν και κρυφά η ρύθμιση δεν ήταν επιτυχής, καθώς καθιστούσε δυσχερή την πλειοδοσία σε πράγματα μεγάλης αξίας. Ήδη με την πρόσφατη νομοθετική τροποποίηση του άρθρου 959§4 ΚΠολΔ με τον Ν. 4842/2021 (και την αντίστοιχη επαναδιατύπωση του άρθρου 965§1, καθώς και του άρθρου 959§5 ΚΠολΔ), επιτρέπεται πλέον η εκδήλωση ενδιαφέροντος από περισσότερους πλειοδότες (από κοινού πλειοδοσία) μέσω ειδικού πληρεξουσίου, το οποίο θα πρέπει να δηλώνει ποιος πλειοδότης θα εκπροσωπήσει τους λοιπούς για τους πλειστηριασμούς που θα προσδιοριστούν μετά από τις 1.1.2022 (άρθρα 116§6 περ. στ' και 120 Ν.4842/2021). Όπως επισημαίνεται στην αιτιολογική έκθεση του τελευταίου νόμου, για λόγους δικαιοσύνης ασφαλείας, οι περισσότεροι πλειοδότες ενέχονται εις ολόκληρον για την καταβολή του πλειστηριάσματος, ανεξάρτητα από τη μεταξύ τους κατανομή και σχέση.

Περαιτέρω, η υποβολή των *προσφορών* και οι λεπτομέρειες της κάθε προσφοράς καταγράφονται στο ηλεκτρονικό σύστημα και είναι προσιτές σε όλους τους πλειοδότες (άρθρο 959§§9,10 ΚΠολΔ), όπως και η αναστολή, ματαίωση ή διακοπή του πλειστηριασμού και ο λόγος αυτής (άρθρο 959§11 ΚΠολΔ). Η αποτύπωση των προσφορών γίνεται σε δημόσια ηλεκτρονικά έγγραφα και συγκεκριμένα της μορφής εκείνης που εκδίδονται σε πλήρως αυτοματοποιημένο ειδικό πληροφοριακό σύστημα, το οποίο δεν επιτρέπει στον υπάλληλο του πλειστηριασμού να παρέμβει στην αποτύπωση τους. Ειδικότερα, πρόκειται για εκτυπώσεις από πρωτότυπα ηλεκτρονικά δημόσια έγγραφα με ισχύ ακριβούς αντιγράφου του οποίου επιβεβαιώνεται η ακρίβεια και η ισχύς της εκτύπωσης με χρήση τεχνολογίας πληροφορικής και επικοινωνιών (άρθρο 14§4 σε συνδυασμό με άρθρο 13§2 Ν. 4727/2020 που αντικατέστησε το ΠΔ 150/2001

224 Πίψου, Το δίκαιο των ηλεκτρονικών αναγκαστικών πλειστηριασμών κατά την πρόσφατη νομοθεσία, τιμ. τόμ. Νίκα, 2019, σ. 1013.

225 Μπρίνιας, ο.π., §362, σ. 929 ·Κεραμεύς/Κονδύλης/Νίκας (-Νικολόπουλος), ΕρμΚΠολΔ II, ά έκδ. (2000), άρθρο 966, αριθμ. 1.

και άρθρο 449§3 ΚΠολΔ, όπως ισχύει).²²⁶ Η καταγραφή των διαδικαστικών πράξεων των προσφορών σε κεντρικό πληροφοριακό σύστημα προσφέρει αυξημένες εγγυήσεις πιστότητας των όσων καταγράφονται σε αυτό. Ο υποψήφιος πλειοδότης δεν μπορεί να ζητήσει ακύρωση των εν λόγω διαδικαστικών πράξεων (προσφορών στον αναγκαστικό πλειστηριασμό) εάν παρεισφρύσουν λάθη,²²⁷ όπως γενικότερα γίνεται δεκτό για την ακύρωση των διαδικαστικών πράξεων λόγω πλάνης, απάτης ή απειλής.²²⁸ Ας σημειωθεί ότι και στον κοινό πλειστηριασμό δεν επιτρεπόταν ανάκληση της πλειοδοσίας εκ μέρους του πλειοδότη, ο οποίος δεσμευόταν από αυτήν κατ' άρθρο 969§2 ΚΠολΔ, ως ισχυε.²²⁹ Τέλος, μετά τη λήξη του πλειστηριασμού, ο υπάλληλος του πλειστη-

226 Βλ. για την αποδεικτική ισχύ του ηλεκτρονικού εγγράφου με προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή ΜυΚοΒGB (-Eisele), 5te Aufl. (2006), § 126a, Rn. 2 ·Κολοτούρο, Αποδεικτική δύναμη των ηλεκτρονικών εγγράφων στη ναυτιλία, σε Τμ. Ναυτιλίας – Επιχ/κών Υπηρ. Σχολή Επισημών & Διοίκ. Παν. Αιγαίου, Ναυτιλία και νέες τεχνολογίες, 2008, σ. 202 · Κορνηλάκη, Διαδικτυο και Αστικό Δίκαιο, Αρμ 2007, σ. 995 ·Π.Λαδά, ΓενΑρχ, 2009, σ. 175 ·Μανιώτη, Το ηλεκτρονικό έγγραφο – Επίκαιρες πρακτικές εφαρμογές, ΕΠολΔ 2017, σ. 105, καθώς και άρθρο 16§1 Ν. 4727/2020.

227 Gaul, "Prozessuale Betrachtungsweise" und Prozeßhandlungen in der Zwangsvollstreckung, Gedachtnisschrift für Arens, 1993, σ. 123 – 125 ·Rosenberg/Gaul/Schilken, ο.π., §5 III, σ. 56 ·Baur/Stürner/Bruns, ο.π., Rn. 29.6 ·Böttcher, ο.π., §71, Rn. 2-4, 44 ·ΕφΑθ 4101/1988, ΕλλΔνη 1990.152 ·ΕφΑθ 1894/1993, ΕλλΔνη 1994.155 ·Νικολόπουλος, Ο αναπλειστηριασμός, (δ.δ.), 1979, σ. 92 ·Νίκας, ΔικΑνΕκτ, β' έκδ., 2018, §49, αριθμ. 64 ·Κατηφόρης, Παρατηρήσεις στην ΜΠρΑθ 7017/2018, ΕΠολΔ 2019.342.

228 BGH Beschluß v. 13.12.2006 (XII ZB 71/04), NJW 2007.1460 ·Jauernig/Hess, Zivilprozessrecht, 30te Aufl., 2011, §30, Rn. 31 ·Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, 17te Aufl., 2010, §65, Rn. 46 ·Thomas/Putzo (-Reichold), ZPO, 29te Aufl., 2008, Einl. III, Rn. 23 ·Henckel, Prozessrecht und materielles Recht, 1970, σ. 76 ·Baumgärtel, Wesen und Begriff der Prozeßhandlung, 2te Aufl., 1972, σ. 115-119 ·ΑΠ 319/1989, ΕλλΔνη 1990.521 ·ΕφΑθ 8328/1990, ΕλλΔνη 1994.132 ·ΕφΠειρ 830/1993, ΕλλΔνη 1994.1687 ·Στ.Δελγκωστόπουλος, Η αυτονομία της ιδιωτικής βουλήσεως εν τη πολιτική δικονομία, 1965, σ. 173-176 ·Μπέης, Η ανίσχυρος διαδικαστική πράξις, 1968, σ. 285-293 ·Μητσόπουλος, Διαδικαστικά Πράξεις, Μελέται Ι, σ. 358 ·Ράμμος, ΕγχαΔΔ, Ι, 1978, § 148, σ. 360 ·Τσικρικάς, Διαδικαστικές Πράξεις, 2017, σ. 153. Βλ. πάντως Arens, Willensmängel bei Partei-handlungen im Zivilprozeß, 1968, σ. 20 - 29 ·Orfanides, Willensmängel bei Partei-handlungen im Zivilprozeß, 1982, (Dissertation), σ. 13-43. Βλ. για τα «ηλεκτρονικά σφάλματα» στο πεδίο του ουσιαστικού δικαίου Χριστοδούλου, Ηλεκτρονικά έγγραφα και ηλεκτρονική δικαιοπραξία, 2008, σ. 257-260.

229 Μπρίνιας, ΑνΕκτ, τ. ΙΙ, §370, σ. 944-945. Κατά πάγια νομολογία δεν νομιμοποιείται στην άσκηση σχετικής ανακοπής ο υπερθεματιστής κατά της πράξης πλειστηριασμού-κατακύρωσης [ΑΠ 11/2015, ΕλλΔνη 2015.425 με σχόλιο Κατρά· ΑΠ 6/2015, ΕλλΔνη 2015.1699 ·ΕφΑθ 252/2004, ΕλλΔνη 2008.598 ·ΕφΑθ 7115/2002, ΕλλΔνη 2003.1417 ·ΕφΑθ 1894/1993, ΕλλΔνη 1994.155 ·Διαμαντόπουλος, Η ανακοπή κατά αναγκαστικού πλειστηριασμού ακινήτου κατά τον ΚΠολΔ, 2009, σ. 117 ·Γεσίου - Φαλτσή, ΔικΑνΕκτ, Ια, β' έκδ., 2017, §61, αριθμ. 108 ·Νίκας, ο.π., §49, αριθμ. 59 ·Αντίθετα: Μπρίνιας, ΑνΕκτ, τ. V, άρθρο 1017, σ. 2168 ·Νικολόπουλος, ο.π., σ. 119, 140], θέση την οποία η νομολογία διατηρεί και επί ηλεκτρονικού πλειστηριασμού (ΜΠρΑθ 7017/2018, ΕΠολΔ 2019.338 με παρατηρήσεις Κατηφόρη).

ριασμού προβαίνει στην *ανακοίνωση του αποτελέσματος* μέσω των ηλεκτρονικών συστημάτων και ακολούθως, στην κατακύρωση του πράγματος, με ενημέρωση αμελλητί όσων έχουν πλειοδοτήσει (άρθρο 959§12 ΚΠολΔ).

Στην συνέχεια, συντάσσεται η *έκθεση κατακύρωσης* για την οποία ισχύουν όσα γίνονταν δεκτά και επί κοινού πλειστηριασμού.²³⁰ Με βάση την έκθεση κατακύρωσης, η οποία ερείδεται επί των καταγραφών των ηλεκτρονικών συστημάτων, χορηγούνται αντίγραφα, ήτοι εκτυπώσεις, από τις οποίες πιστοποιείται με δύναμη δημοσίου εγγράφου ο ρους της όλης διαδικασίας.²³¹ Η χορήγηση περίληψης κατακυρωτικής έκθεσης προϋποθέτει πέραν της καταβολής του πλειστηριάσματος εκ μέρους του υπερθεματιστή και την καταβολή, επιπλέον, του τέλους διεξαγωγής του ηλεκτρονικού πλειστηριασμού (άρθρο 1005§1 ΚΠολΔ), η οποία (*καταβολή*) θα πρέπει να γίνει στον ειδικό τραπεζικό επαγγελματικό λογαριασμό του υπαλλήλου του πλειστηριασμού σε μετρητά ή με μεταφορά πίστωσης²³² ή επί πλειστηριασμού κινητών πραγμάτων με επιταγή τράπεζας που λειτουργεί νόμιμα στην Ελλάδα, κατά την διάταξη του άρθρου 965§3 ΚΠολΔ.²³³ Όπως και στο προϊσχύσαν δίκαιο η κατάθεση του πλειστηριάσματος είναι *ακατάσχετη* έναντι των δανειστών του οφειλέτη, δεν εμπίπτει στην πτωχευτική περιουσία και δεν υπόκειται στις δεσμεύσεις που επιβάλλει το δημόσιο για τη διασφάλιση των συμφερόντων του.²³⁴ Αν ο υπερθεματιστής δεν καταβάλει το πλειστηρίασμα εμπροθέσμως και το τέλος χρήσης, ο υπάλληλος του πλειστηριασμού οφείλει μέσα σε στις δυο επόμενες εργάσιμες ημέρες να τον οχλήσει σχετικά και ο υπερθεματιστής (μετά την επιμήκυνση της σχετικής προθεσμίας που προβλέπει η διάταξη του άρθρου 959§4 ΚΠολΔ με τον Ν. 4842/2021 επίσης με εφαρμογή στους πλειστηριασμούς που θα προσδιοριστούν μετά από τις 1.1.2022, κατά τα άρθρα 116§6 περ. στ' και 120 Ν.4842/2021) οφείλει εντός δέκα πλέον εργάσιμων ημερών να προβεί στην καταβολή, άλλως ανατρέπεται η κατακύρωση και καταπίπτει η εγγυοδοσία.

Ως προς το δικαίωμα κατακύρωσης του πράγματος στον επισπεύδοντα το δικαίωμα αυτό παραμένει και υπό το νέο δίκαιο καθώς το άρθρο 966§1 ΚΠολΔ ορίζει ότι «αν δεν παρουσιαστούν πλειοδότες ή δεν υποβληθούν προσφορές, το πράγμα που πλειστηριάζεται κατακυρώνεται στην τιμή της πρώτης προσφοράς σε εκείνον υπέρ του οποίου έγινε η εκτέλεση, αν το ζητήσει. Αν δεν υποβληθεί αίτηση, γίνεται νέος πλειστηριασμός μέσα σε

230 Γεσίου – Φαλτση, ο.π., § 59, αριθμ. 184.

231 Απαλαγάκη, ο.π., σ. 193 ·Μακρίδου/Απαλαγάκη/Διαμαντόπουλος, ο.π., σ. 154 ·Κατηφόρης, Παρατηρήσεις στην ΜΠρΑθ 7017/2018, ΕΠολΔ 2019, σ. 341.

232 Απαλαγάκη, ο.π., σ. 194.

233 Πίψου, ο.π., σ. 1016 ·Γεσίου – Φαλτση, ο.π., § 59, αριθμ. 121.

234 Γεσίου – Φαλτση, ο.π., § 59, αριθμ. 126.

σαράντα ημέρες». Επομένως, το σχετικό δικαίωμα του επισπεύδοντος προϋποθέτει αίτημα αυτού, ενώ δεν μπορεί να ασκηθεί, εάν ο ίδιος έχει εγγραφεί στον κατάλογο πλειοδοτών (έστω και μόνο αυτός), διότι το σχετικό δικαίωμα προϋποθέτει έλλειψη πλειοδοτικού ενδιαφέροντος. Κατά συνέπεια, μπορεί να ασκηθεί από το προηγούμενο του πλειστηριασμού απόγευμα, οπότε συντάσσεται και δημοσιεύεται (αναρτώμενος στα πληροφοριακά συστήματα) ο κατάλογος πλειοδοτών έως την συμπλήρωση της ώρας του πλειστηριασμού.²³⁵ Το ζήτημα ρυθμίστηκε με τον Ν. 4842/2021 και πλέον με το νέο άρθρο 966§1 εδ. β' ΚΠολΔ, προβλέπεται ότι ο επισπεύδων δανειστής υποβάλλει ηλεκτρονικά σχετική αίτηση, αφού παρέλθει η προθεσμία της παραγράφου 6 του άρθρου 959 και πριν από την έναρξη του πλειστηριασμού, στον υπάλληλο του πλειστηριασμού, ο οποίος στη συνέχεια την αναρτά στα ηλεκτρονικά συστήματα πλειστηριασμών. Η ίδια προθεσμία ισχύει και για την περίπτωση της μη υποβολής προσφορών κατά τη διεξαγωγή της πλειοδοτικής διαδικασίας παρά την ύπαρξη εγκριθέντων να συμμετάσχουν υποψήφιων πλειοδοτών, αφού η υποβολή προσφορών δεν είναι δεδομένη και το χρονικό περιθώριο για την υποβολή της σχετικής αίτησης εκτείνεται μέχρι την συμπλήρωση της ώρας του πλειστηριασμού. Στην θεωρία υποστηρίχθηκε η άποψη²³⁶ περί πρόσκλησης του επισπεύδοντος από τον συμβολαιογράφο μετά την λήξη της πλειοδοτικής διαδικασίας που μεταβάλλει όμως την προθεσμία ενέργειας νέου πλειστηριασμού (σαράντα ημερών), όταν αυτός απέβη άκαρπος. Αυτό όμως δεν προβλέπεται στο νόμο και ορθά, διότι η κύρια διαδικασία πλειοδοσίας στον ηλεκτρονικό πλειστηριασμό διεξάγεται σε αυστηρά προδιαγεγραμμένο χρονικό πλαίσιο που επεκτείνεται μόνο για συγκεκριμένους λόγους, καθώς μόνο έτσι γνωρίζουν οι συμμετέχοντες σε αυτόν την εξέλιξη του και έχουν την δυνατότητα να καθορίσουν την συμπεριφορά τους παρακολουθώντας την εξέλιξη του, γνωρίζοντας την αφετηρία και το καταληκτικό του χρονικό σημείο, που κινεί με διαδικαστική ασφάλεια την προεκτεθείσα προθεσμία των σαράντα ημερών.

Σε περίπτωση που και ο δεύτερος πλειστηριασμός απέβαινε άκαρπος, ύστερα από αίτηση οποιουδήποτε έχει έννομο συμφέρον, συζητούμενη κατά την διαδικασία ασφαλιστικών μέτρων εντός του διαδικαστικού πλαισίου που ορίστηκε με το νέο άρθρο 966§2 ΚΠολΔ, όπως ίσχυε μετά τον Ν. 4549/2018, και δη με προσκομιδή επί ποινή απαραδέκτου της συζήτησης (και όχι του δικογράφου) της αίτησης²³⁷ έκθεσης εκτίμησης της αξίας του εκπλειστηριαζόμενου πράγματος, μπορούσε να διαταχθεί από το δικαστήριο να γίνει νέος

235 Απαλαγάκη, ο.π., σ. 194 - 195.

236 Α. Παπαδοπούλου, ο.π., σ. 5 - 6.

237 ΜΠρΛαμ 390/2018, Νομος ΜΠρΘεσ 14985/2018, Νομος Παπαδοπούλου, ο.π., σ. 9· Κεραμείς/Κονδύλης/Νίκας (-Κιοπτισίδου - Στρατουδάκη), ΕρμΚΠολΔ - Αναγκαστική Εκτέλεση, β' έκδ. (2021), άρθρο 966, αριθμ. 6.

πλειστηριασμός μέσα σε τριάντα ημέρες, με την ίδια ή κατώτερη τιμή πρώτης προσφοράς ή να επιτρέψει το δικαστήριο μέσα στην ίδια προθεσμία να πωληθεί ελεύθερα το πράγμα από τον υπάλληλο του πλειστηριασμού σε εκείνον υπέρ του οποίου έγινε η εκτέλεση ή σε τρίτον, με τίμημα που ορίζονταν από το δικαστήριο, το οποίο μπορεί να ορίσει και να πληρωθεί με δόσεις μέρος του τιμήματος ή και την πίστωση μέρους ή ολόκληρου.²³⁸ Εκτός από τον ορισμό του τιμήματος και των όρων καταβολής του από το δικαστήριο, το τελευταίο μπορούσε να τάξει πρόσθετες προϋποθέσεις για την εκποίηση και ιδίως διατυπώσεις δημοσιότητας, οι οποίες κρίνονται απαραίτητες για την προστασία των δικαιωμάτων των δανειστών.²³⁹ Όπως προεκτέθηκε, ως «ελεύθερη εκποίηση» μπορούσε να διαταχθεί (όπως και στην προαναφερθείσα περίπτωση του άρθρου 998§6 ΚΠολΔ πριν τον πρώτο πλειστηριασμό) και υπό την μορφή της ρευστοποίησης μέσω ηλεκτρονικής δημοπρασίας με τους όρους δημοσιότητας που προαναφέρθηκαν (υπό ΙΙΙ, α'). Η δυνατότητα αυτή όμως δεν παρέχονταν μετά από επιγενόμενο πλειστηριασμό, εφόσον δεν ζητήθηκε στο στάδιο αυτό η ελεύθερη εκποίηση ή ζητήθηκε, αλλά το δικαστήριο προέκρινε την διεξαγωγή τρίτου πλειστηριασμού με ίδια ή κατώτερη τιμή πρώτης προσφοράς, σύμφωνα με την νομολογία²⁴⁰ και την μάλλον κρατούσα άποψη στην θεωρία.²⁴¹ Κατά την αντίθετη άποψη,²⁴² λόγω της ταυτότητας του νομοθετικού σκοπού που υπηρετούν οι ρυθμίσεις του άρθρου 966§2 και του άρθρου 966§3 ΚΠολΔ θα πρέπει να επιτρέπεται και στον πλειστηριασμό που διατάσσεται κατά το άρθρο 996§3 ΚΠολΔ. Εντούτοις, ανεξάρτητα από την κριτική που μπορεί να ασκηθεί στην νομοθετική επιλογή, ο νομοθέτης όριζε σαφώς τις δυνατότητες του δικαστηρίου ανά διαδοχικά επόμενο πλειστηριασμό και δεν μπορούσε να γίνει λόγος για νομοθετικό κενό που να δικαιολογεί αναλογική εφαρμογή της διάταξης του άρθρου 966§2 στον (τέταρτο) πλειστηριασμό που διατάσσεται κατ' άρθρο 966§3 ΚΠολΔ.²⁴³ Με αυτά τα δεδομένα, ούτε πώληση με ηλεκτρονική δημοπρασία μπορούσε να διαταχθεί από το δικαστήριο εναλλακτικά του (τέταρτου) πλειστηριασμού σε αυτή την φάση της αναγκαστικής εκτέλεσης.

238 ΜΠρΑθ 6937/2016, ΕΠολΔ 2016.623 ·Γεσίου - Φαλτσή, ο.π., § 59, αριθμ. 113 ·Νίκας, ΠολΔ ΙΙ, β' έκδ., 2018, § 48, αριθμ. 56.

239 Μάζης, ο.π., σ. 610 ·Μπρίνιας, ΑνΕκτ τ. IV, § 568γ', σ. 1793 ·Π.Παννόπουλος, ο.π., σ. 147 ·Γεσίου - Φαλτσή, ο.π., § 59, αριθμ. 113. Βλ. για τις διατυπώσεις δημοσιότητας προηγούμενως στο κείμενο (υπό ΙΙΙ,α').

240 ΜΠρΑθ 9678/2014, ΝοΒ 2015.268 ·ΜΠρΑθ 2083/2014, Νομος ·ΜΠρΘεσ 35514/2010, Αρμ 2012.1910, με παρατηρήσεις Ασημακοπούλου ·ΜΠρΘεσ 31276/2008, ΕΠολΔ 2009.100.

241 Μπρίνιας, ΑνΕκτ τ. IV, §568γ', σ. 1791 ·Νίκας, ο.π., § 48, αριθμ. 57, υποσημ. 112.

242 Π.Παννόπουλος, Διόρθωση της κατασχετήριας έκθεσης και της τιμής πρώτης προσφοράς στον πλειστηριασμό, 2013, σ. 150.

243 Βλ. προηγούμενη υποσημείωση υπ' αριθμ. 194.

Το ζήτημα τέθηκε σε νέα βάση, πλέον, με την πρόσφατη τροποποίηση του άρθρου 966 ΚΠολΔ με τον Ν. 4842/2021, για τους πλειστηριασμούς που θα προσδιοριστούν μετά από τις 1.1.2022 (άρθρα 67, 116§6 περ. στ' και 120 Ν.4842/2021). Σύμφωνα με τα εκτιθέμενα στην αιτιολογική έκθεση του τελευταίου νόμου, η έλλειψη πλειοδοτών υποδηλώνει ότι η τιμή πρώτης προσφοράς δεν είναι αντίστοιχη με τις υφιστάμενες συνθήκες αγοράς και ζήτησης και επιλέχθηκε, προς αποσυμφόρηση των δικαστηρίων, η τιμή πρώτης προσφοράς να μειώνεται «αυτόματα» κατά είκοσι τοις εκατό (20%), χωρίς την παρεμβολή δικαστικής απόφασης, προτιμήθηκε δηλαδή να θέσει ο ίδιος ο νόμος ένα αντικειμενικό κριτήριο, αντί του προσδιορισμού της πρώτης τιμής από το δικαστήριο, χωρίς πάντως (κατά τον νομοθέτη) να αποκλείεται η επίτευξη μεγαλύτερου πλειστηριάσματος, εφόσον εμφανιστούν πλειοδότες στο πλαίσιο του διεξαγόμενου πλειστηριασμού, έστω και με μικρότερη τιμή πρώτης προσφοράς. Ομοίως, εάν και πάλι δεν υπάρξει πλειοδοτικό ενδιαφέρον, τότε η τιμή πρώτης προσφοράς μειώνεται κατά ένα επιπλέον δεκαπέντε τοις εκατό (15%) και πάλι «αυτόματα» με το ίδιο σκεπτικό. Η νομοθετική αντίληψη, ότι η μη εμφάνιση πλειοδοτών σε δύο διαδοχικούς πλειστηριασμούς καταδεικνύει αντικειμενικώς την αναντιστοιχία της αγοραίας αξίας του εκπλειστηριαζόμενου πράγματος και τιμής πρώτης προσφοράς που ορίστηκε, είναι ορθή. Βέβαια, η μείωση της τιμής πρώτης προσφοράς ακολουθεί πλέον την τελευταία με συγκεκριμένο ανελαστικό ποσοστό, που σε περίπτωση σοβαρής απόκλισης της τιμής πρώτης προσφοράς από την αγοραία αξία του πράγματος δεν είναι δυνατό να μειωθεί περαιτέρω, με την εγγύηση της κρίσης του δικαστηρίου. Όμως, ο επισπεύδων ή ο οφειλέτης ή οποιοσδήποτε έχει έννομο συμφέρον, δύναται προς τούτο να ασκήσει ανακοπή διόρθωσης της κατασχετήριας έκθεσης 954§4 ΚΠολΔ, αποτρέποντας τέτοιο ενδεχόμενο. Μετά την διεξαγωγή τρίτου και τέταρτου πλειστηριασμού με την ως άνω διαδοχικώς μειούμενη «αυτόματα» τιμή πρώτης προσφοράς, μπορεί να διαταχθεί από το δικαστήριο ή άρση της κατασχέσεως ή να γίνει νέος πλειστηριασμός μέσα σε τριάντα ημέρες, με την ίδια τιμή πρώτης προσφοράς με τον προηγούμενο, δηλαδή στο 65% της αξίας της τιμής πρώτης προσφοράς ή κατώτερης. Από αυτή την πλευρά, επομένως, η τροποποίηση κινείται προς την ορθή κατεύθυνση, καθώς δεν απαιτείται η έκδοση δικαστικής απόφασης για την διεξαγωγή τρίτου και τέταρτου πλειστηριασμού, το δε ποσοστό μείωσης απηχεί το συνήθως συμβαίνον έως τώρα στις αποφάσεις που εκδίδονταν.

Από την άλλη πλευρά, το αδύνατο σημείο της νέας ρύθμισης έγκειται στο ότι δεν προβλέπεται πλέον στη νέα διάταξη δυνατότητα «ελεύθερης εκποίησης» αντί του τρίτου ή τέταρτου πλειστηριασμού (άρθρο 966§3 ΚΠολΔ, όπως ισχύει μετά τον Ν. 4842/2021). Όπως προαναφέρθηκε, προκρίθηκε η ελάττωση της ύλης των δικαστηρίων επιτρέποντας πλέον την διενέργεια πλειστηριασμών με «αυτομάτως» μειούμενη τιμή πρώτης προσφοράς, χωρίς να απαιτείται πλέον

η έκδοση δικαστικής απόφασης. Όμως, ο νομοθέτης θα μπορούσε να διατηρήσει την δυνατότητα να διατάσσεται η ελεύθερη εκποίηση με δικαστική απόφαση υπό τις προϋποθέσεις και με τις εγγυήσεις που προβλεπόταν στο άρθρο 966 ΚΠολΔ (από της θεσπίσεως του ΚΠολΔ), ενώ για τη διενέργεια τρίτου ή τέταρτου πλειστηριασμού να προβλέπεται η διεξαγωγή αυτού με την «αυτόματη» διαδοχική μείωση της τιμής πρώτης προσφοράς, ώστε, αφενός μεν, να μην απαιτείται η έκδοση δικαστικής απόφασης για την διεξαγωγή πλειστηριασμού με μειωμένη τιμή πρώτης προσφοράς (που είναι και το συνήθως συμβαίνον), αφετέρου δε, να μην καταργηθεί η δυνατότητα της ελεύθερης εκποίησης κατόπιν δικαστικής απόφασης, που να επιτρέπει την τελευταία αντί της διενέργειας τρίτου ή τέταρτου πλειστηριασμού, εφόσον πιθανολογείται από το δικαστήριο η ρεαλιστική δυνατότητα ρευστοποίησης του πράγματος μέσω της ελεύθερης εκποίησης αντί του τρίτου ή τέταρτου πλειστηριασμού.

Αναφορικά με το δικαίωμα εξόφλησης και αυτό διατηρείται για τον οφειλέτη στον ηλεκτρονικό πλειστηριασμό, εφόσον ο τελευταίος εξοφλήσει τον επισπεύδοντα και όλους τους αναγγεληθέντες έως τότε δανειστές, τα έξοδα της εκτέλεσης και καταβάλει το τέλος χρήσης των ΗΛ.ΣΥ.ΠΛΕΙΣ κατά το άρθρο 969§2 ΚΠολΔ²⁴⁴ με χρονικό όριο την κατακύρωση του πράγματος,²⁴⁵ καθώς, όπως προαναφέρθηκε, ο οφειλέτης έχει πρόσβαση στον διενεργούμενο πλειστηριασμό και συμμετέχει σε αυτόν σε όλες του τις φάσεις ως «παρατηρητής (οφειλέτης)».

Ο νόμος προβλέπει στο άρθρο 966§4 ΚΠολΔ την περίπτωση τεχνικής αδυναμίας λειτουργίας των ηλεκτρονικών συστημάτων, που μπορεί να οφείλεται και σε κακόβουλες επιθέσεις στα τελευταία (hacking)²⁴⁶ ορίζοντας ότι «αν καταστεί ανέφικτη ή διακοπεί η διενέργεια του πλειστηριασμού, για λόγους τεχνικής αδυναμίας λειτουργίας των ηλεκτρονικών συστημάτων διενέργειας αυτού, η διαδικασία θεωρείται ότι παραμένει σε εκκρεμότητα και συνεχίζεται με εντολή του επισπεύδοντος, κατόπιν ανάρτησης αναγγελίας από τον υπάλληλο του πλειστηριασμού στο ηλεκτρονικό σύστη-

244 Βλ. Ορφανίδη, Συγκρούσεις συμφερόντων δανειστών στην αναγκαστική εκτέλεση, 2004, σ. 164-167. Στις εξοφλητέες απαιτήσεις περιλαμβάνονται και οι τόκοι αυτών: ΑΠ 442/1993, ΕλλΔνη 1995.88 ·ΑΠ 1065/2001, ΕλλΔνη 2004.127 ·Κεραμεύς/Κονδύλης/Νίκας (-Κιουπτσίδου - Στρατουδάκη), ΕρμΚΠολΔ - Αναγκαστική Εκτέλεση, 2021, άρθρο 969, αριθμ. 3 ·Κεραμεύς/Νίκας, Απαιτήσεις υπερθεματιστή επί ακυρωθέντος πλειστηριασμού. Προϋποθέσεις ματαιώσεως του πλειστηριασμού που διενεργεί ο υπερθεματιστής του ακυρωθέντος πλειστηριασμού, Αρμ 2005, σ. 1340 ·Γεσίου - Φαλτσή, Διαδικασία πλειστηριασμού και υποχρέωση καταβολής τόκων υπερημερίας, σε Η δικονομική έννομη τάξη IV, 2009 σ. 716-717 ·Ράμμος, ΕγχαλλΔ III, 1982, § 423, σ. 1520.

245 Απαλαγάκη, ο.π., σ. 195 ·Μακρίδου/Απαλαγάκη/Διαμαντόπουλος, ο.π., σ. 156 ·Γεσίου - Φαλτση, ο.π., § 61, αριθμ. 11 ·Νίκας, ΔικΑνΕκτ, β' έκδ. (2018), §47, αριθμ. 2. Βλ. όμοια από την νομολογία επί του κοινού πλειστηριασμού: ΑΠ 95/2006, ΕλλΔνη 2006.474 ·ΕφΑθ 7396/2004, ΝοΒ 2015.1614 ·ΜΠρΑθ 301/2013, Νομος.

246 Απαλαγάκη, ο.π., σ. 195.

μα δέκα (10) εργάσιμες ημέρες πριν την ημερομηνία συνέχισης. Τυχόν προσφορές πλειοδοτών που είχαν υποβληθεί πριν τη διακοπή της διαδικασίας παραμένουν ισχυρές.» Επομένως, η όλη διαδικασία επανεκκινεί από το σημείο που διακόπηκε, χωρίς να θίγεται το κύρος οποιασδήποτε διαδικαστικής πράξης που έχει λάβει χώρα²⁴⁷ με απλή εντολή του επισπεύδοντος για την ανάρτηση αναγγελίας συνέχισης στο ηλεκτρονικό σύστημα 10 (εργάσιμες) ημέρες πριν την ημερομηνία συνέχισης, για την οποία ενημερώνονται όλοι οι συμμετέχοντες και οι πλειοδότες, αφού η τεχνική αδυναμία συνεπάγεται ματαίωση ή διακοπή του πλειστηριασμού (άρθρο 959§11). Υποστηρίζεται ευρέως στη θεωρία²⁴⁸ ότι αν η τεχνική αδυναμία επισυνέβη μετά το πέρας της του σταδίου των πλειοδοσιών δεν εφαρμόζεται η εν λόγω διάταξη και ο υπάλληλος του πλειστηριασμού προχωρά στην ολοκλήρωση της διαδικασίας, χωρίς νέα εντολή, μόλις αυτό καταστεί τεχνικά εφικτό.

Περαιτέρω, το άρθρο 1004§2 ΚΠολΔ επιτρέπει, όπως και στο προϊσχύσαν δίκαιο, στον υπάλληλο του πλειστηριασμού ενυπόθηκων ακινήτων, στον ενυπόθηκο δανειστή, καθώς και στον προσημειούχο κατ' άρθρο 41 ΕισΝΚΠολΔ να του επιτρέψει ο υπάλληλος του πλειστηριασμού με εγγύηση ή χωρίς εγγύηση (πάντοτε με προσωπική ευθύνη του τελευταίου) να μην καταβάλει το πλειστηρίασμα ή μέρος αυτού που αναλογεί στην ενυπόθηκη απαίτησή του, μέχρι να καταταγεί οριστικά.²⁴⁹ Ακόμη, διατηρείται η παλαιά ρύθμιση (άρθρο 1008 ΚΠολΔ)²⁵⁰ περί αναδοχής της ενυπόθηκης απαίτησης με τη συναίνεση του ενυπόθηκου δανειστή, οπότε η υποθήκη διατηρείται επάνω στο ακίνητο, ο υπερθεματιστής σε αυτή την περίπτωση μπορεί να μην καταβάλει ανάλογο μέρος από το πλειστηρίασμα και αναπτύσσει ισχύ το άρθρο 1004§2 ΚΠολΔ, όπως ορίζει το άρθρο 1008 ΚΠολΔ.

Επί μη εμπρόθεσμης καταβολής του πλειστηριάσματος διατηρείται το ενδιάμεσο στάδιο της υποκατάστασης στη θέση υπερθεματιστή που προέβλεπε το άρθρο 965§5 ΚΠολΔ από την θέση σε ισχύ του νόμου 2298/1995, διατηρήθηκε με τον Ν. 4335/2015 και με τον ν. 4512/2018, στάδιο που παρεμβάλλεται μεταξύ πλειστηριασμού και αναπλειστηριασμού.²⁵¹ Αξιόλογη διαφορά του παλαιού καθεστώτος με το νέο είναι ότι ενώ η όχληση αφορά κατά το πρώτο εδάφιο του άρθρου 965§5 ΚΠολΔ την καταβολή αθροιστικώς του πλειστηριάσματος και του τέλους χρήσης, για την ανατροπή της κατακύρωσης προβλέπεται η μη κα-

247 Απαλαγάκη, ο.π., σ. 195 · Πίψου, ο.π., σ. 1015.

248 Μακρίδου/Απαλαγάκη/Διαμαντόπουλος, ο.π., σ. 156 · Γεσίου – Φαλτση, ο.π., σ. 55 · Απαλαγάκη, ο.π., σ. 196 – 197 · Πίψου, ο.π., σ. 1015 · Παπαδοπούλου, ο.π., σ. 14.

249 Νίκας, ο.π., §50, αριθμ. 4.

250 Γεσίου – Φαλτση, ο.π., §59, αριθμ. 127 · Νίκας, ο.π., §50, αριθμ. 5.

251 Γεσίου – Φαλτση, ο.π., §59, αριθμ. 129.

ταβολή του πλειστηριασμού, ώστε η τελευταία να μην επέρχεται στην περίπτωση μη καταβολής μόνο του τέλους χρήσης.²⁵²

Στην περίπτωση που η πρόσκληση είναι αδύνατη ή δεν προσέλθουν οι λοιποί πλειοδότες λαμβάνει χώρα ο *αναπλειστηριασμός*, ο οποίος ρυθμίζεται κατά ίδιο τρόπο με το προηγούμενο δίκαιο με τις αναγκαίες προσαρμογές στη μορφή του ηλεκτρονικού πλειστηριασμού. Έτσι, κατά το άρθρο 965§5 ΚΠολΔ ο αναπλειστηριασμός επισπεύδεται είτε με επιμέλεια του υπαλλήλου του πλειστηριασμού είτε από τον υπέρ ου ή από τον καθ' ου η εκτέλεση ή από κάθε δανειστή που έχει αναγγελθεί με τίτλο εκτελεστό και ειδικότερα με *πράξη* του υπαλλήλου του πλειστηριασμού ή με *δήλωση* προς τον υπάλληλο του πλειστηριασμού του υπέρ ου ή του καθ' ου ή του δανειστή, για την οποία συντάσσεται *πράξη*. *Περίληψη της πράξης*, η οποία περιέχει και όσα πρέπει να περιλαμβάνονται στο *απόσπασμα της κατασχετήριας έκθεσης*, δημοσιεύεται με επιμέλεια του υπαλλήλου του πλειστηριασμού στην Ιστοσελίδα Δημοσιεύσεων Πλειστηριασμών του Δελτίου Δικαστικών Δημοσιεύσεων του Τομέα Ασφάλισης Νομικών του Ενιαίου Ταμείου Ανεξάρτητα Απασχολουμένων και ο αναπλειστηριασμός διενεργείται όπως και ο πλειστηριασμός με εφαρμογή του άρθρου 959§8 ΚΠολΔ, όπως ρητώς ορίζει το άρθρο 965§5 ΚΠολΔ. Διατηρείται η ρύθμιση περί *απαγόρευσης συμμετοχής* στον αναπλειστηριασμό του *παλαιού υπερθεματιστή*, αλλά και η ρύθμιση που επιτρέπει σε αυτόν μέχρι να αρχίσει η πλειοδοσία, να *καταβάλει το οφειλόμενο πλειστηρίασμα*, με τον τόκο υπερημερίας,²⁵³ καθώς και τα έξοδα του αναπλειστηριασμού και να ζητήσει να του κατακυρωθεί το πράγμα (άρθρο 965§5 ΚΠολΔ). Διατηρείται επίσης η ευθύνη του παλαιού υπερθεματιστή για τυχόν *διαφορά μεταξύ αρχικού πλειστηριασμού και του πλειστηριασμού που επιτεύχθηκε* στον αναπλειστηριασμό εντόκως καταλογιζόμενης της διαφοράς κατ' αρχήν στην εγγύηση αυτού που έχει ήδη καταπέσει και αν, παρά ταύτα, απομένει επιπλέον διαφορά, η έκθεση του αναπλειστηριασμού αποτελεί εναντίον του τίτλο εκτελεστό για τη συμπλήρωση του ποσού της διαφοράς (άρθρο 965§6 ΚΠολΔ).

252 Πίπου, ο.π., σ. 1017-1018 ·Γεσίου – Φαλτσι, ο.π., §59, αριθμ. 131 ·Νίκας, ο.π., §50, αριθμ. 8.

253 ΑΠ 1488/1987, ΕΕΝ 1988.807 ·ΕφΑθ 8268/1986, Αρμ 1987.312 ·Μητσόπουλος, Ανατροπή κατασχέσεως και επίδρασις της επί του πλειστηριασμού, (γνμ) Μελέται γενικής θεωρίας δικαίου και αστικού δικονομικού δικαίου, ΙΙ, σ. 428-429· Μπρίνιας, ΑνΕκτ, τ. V, άρθρο 1019, § 662, σ. 2189 ·Απ.Γεωργιάδης, Αναγκαστική εκτέλεση με βάση το ν.δ. 17.7/13.8.1923 «περί ειδικών διατάξεων επί ανωνύμων εταιρειών» ·Ανατροπή κατασχέσεως κατά ΚΠολΔ 1019 ·συνέπειες ανατροπής, (γνμ), Δ 1987, σ. 765 ·Κεραμής, Ανατροπή της κατασχέσεως μετά τη διεξαγωγή του πλειστηριασμού και εμπράγματη τύχη του πλειστηριασθέντος, (γνμ), Αρμ 1987, σ. 291-292 ·Νικολόπουλος, Η συνέπεια της ανατροπής της κατασχέσεως επί του πλειστηριασμού, ΝοΒ 1986, σ. 521, υποσημ. 7 ·Γεσίου – Φαλτσι, Διαδικασία πλειστηριασμού και υποχρέωση καταβολής τόκων υπερημερίας, σε Η δικονομική έννομη τάξη IV, 2009 σ. 714-716. Βλ. όμως Σταματόπουλο, Παρατηρήσεις στην ΕρΧαλανδρ 268/1984, Δ 1985, σ. 365-366.

De lege ferenda, θα ήταν ορθότερο η πράξη διενέργειας τυχόν αναπλειστηριασμού (άρθρο 965§5) ή διεξαγωγής νέου πλειστηριασμού (966§2 ΚΠολΔ) να κοινοποιείται ηλεκτρονικά από τον υπάλληλο του πλειστηριασμού στην ηλεκτρονική διεύθυνση όλων όσων συμμετείχαν στον πλειστηριασμό με οποιαδήποτε ιδιότητα (υποψήφιοι πλειοδότες, οφειλέτης – παρατηρητής, επισπεύδων, δικαστικός επιμελητής), εφόσον προβλεφθεί από το νόμο η υποχρεωτική δήλωση ηλεκτρονικής διεύθυνσης εκ μέρους οποιουδήποτε συμμετέχει σε αυτόν κατά την πιστοποίηση του (άρθρο 959§§ 4,5), όπως γίνεται επιτυχώς στην νέα τακτική διαδικασία επί ορισμού δικασίμου (άρθρο 237§4 στ' ΚΠολΔ), καθώς η παρακολούθηση εκ μέρους των πλειοδοτών, αλλά και εκ μέρους του δικαστικού επιμελητή και του οφειλέτη/επισπεύδοντος δεν είναι πάντοτε ευχερής, ιδίως επί πλειόνων πλειστηριασμών που διενεργούνται αποκλειστικά με ηλεκτρονικό τρόπο.

IV. Αποτίμηση της νέας ρύθμισης

Με τον ηλεκτρονικό πλειστηριασμό που αντικατέστησε τον κοινό, όπως πειστικά επισημαίνει η αιτιολογική έκθεση του νόμου και η θεωρία,²⁵⁴ διασφαλίζεται έναντι του οφειλέτη και των υποψηφίων πλειοδοτών η τήρηση της προβλεπόμενης για τον πλειστηριασμό προδικασίας που είναι προσιτή σε κάθε ενδιαφερόμενο, ήτοι είναι αρκούντως διαφανής. Επιπλέον, κρίσιμες πληροφορίες για την ύπαρξη ή μη πλειοδοτικού ενδιαφέροντος είναι προσιτές στον επισπεύδοντα και τον οφειλέτη, ώστε να ασκήσουν αυτοί τα προβλεπόμενα εκ του νόμου δικαιώματά τους, ο μὲν επισπεύδων περί κατακύρωσης στον ίδιον του πράγματος κατ' άρθρο 966§1 ΚΠολΔ στην τιμή της πρώτης προσφοράς, στον δε οφειλέτη εξόφλησης της απαίτησης μετά των εξόδων και του τέλους ηλεκτρονικής χρήσης κατ' άρθρο 969§2 ΚΠολΔ, ενώ είναι εγγυημένη η συμμετοχή υπεύθυνων υποψηφίων πλειοδοτών με προηγούμενη γνώση εκ μέρους τους του περιβάλλοντος στο οποίο θα διαγωνιστούν για την κατακύρωση σε αυτούς του πράγματος. Ο οφειλέτης έχει πρόσβαση στον διενεργούμενο πλειστηριασμό και συμμετέχει σε αυτόν σε όλες του τις φάσεις ως «παρατηρητής (οφειλέτης)» κατά την ορολογία του νομοθέτη πιστοποιούμενος για την πρόσβαση στα ηλεκτρονικά συστήματα όπως και οι υποψήφιοι πλειοδότες (άρθρα 6 αρ. δ' και 7§2 τελευταίο εδάφιο της ΥΑ 41756/26.05.2017). Επίσης, οι τρίτοι μπορούν ως «επισκέπτες» να ενημερώνονται με την επίσκεψη τους στην σχετική ιστοσελίδα για τους ηλεκτρονικούς πλειστηριασμούς που ευρίσκονται σε εξέλιξη, όπως βέβαια και ο υπάλληλος του πλειστηριασμού – συμβολαιογράφος που είναι πιστοποιημένος στο σχετικό σύστημα (άρθρο

254 Απαλαγάκη, ο.π., σ. 186 - 187.

6 αρ. β'ίδιας ΥΑ). Επιπλέον, κατά το άρθρο 959§3 ΚΠολΔ «τα ηλεκτρονικά συστήματα πλειστηριασμού περιέχουν όλα τα πληροφοριακά στοιχεία τα οποία περιλαμβάνονται στο απόσπασμα της κατασχετήριας έκθεσης», παρέχοντας τη δυνατότητα σε υποψήφιους πλειοδότες να λάβουν μέρος σε αυτόν (ηλεκτρονικό πλειστηριασμό), εφόσον προηγουμένως πιστοποιηθούν στα ηλεκτρονικά συστήματα πλειστηριασμών, αποκτώντας «ελεγχόμενη πρόσβαση» στον πλειστηριασμό, του ελέγχου νοούμενου ως παροχής πληροφοριών ταυτοποίησης του προσώπου τους (ιδίως με την παροχή ΑΦΜ) προς αποφυγή εικονικών πλειοδοτών (άρθρα 6γ, 7§2 της ΥΑ 41756/26.05.2017). Επομένως, σύμφωνα με τα όσα εκτέθηκαν προηγουμένως,²⁵⁵ πρόκειται για δημόσιο πλειστηριασμό που παρέχει εγγυήσεις αντίστοιχες του κοινού πλειστηριασμού, καθώς επιτρέπει την συμμετοχή σε όλους τους ενδιαφερόμενους χρήστες σε ηλεκτρονικό σύστημα πλειοδοσίας που διευθύνεται από το όργανο της εκτέλεσης, μέσω ανοικτής προς όλους ηλεκτρονικής πλατφόρμας και υπό τον όρο πιστοποίησης των χρηστών, στον οποίο η κατακύρωση λαμβάνει χώρα με βάση την μεγαλύτερη προσφορά που υποβλήθηκε εντός του χρονικού πλαισίου που το όργανο της εκτέλεσης όρισε με εγγυήσεις άρτιας τεχνικά λειτουργίας του και ρύθμιση της ηλεκτρονικής καταβολής του πλειστηριάσματος.

Ανεξάρτητα από το νομοθετικό κίνητρο και τις συνθήκες που «επέβαλαν» τη θέσπιση του υποχρεωτικού ηλεκτρονικού πλειστηριασμού, χωρίς παράλληλη δυνατότητα διενέργειας κοινού πλειστηριασμού κατ' εκλογήν του επισπεύδοντος, επιλογή που *de lege ferenda* κρίνεται ορθότερη, με τον νέο θεσμό του ηλεκτρονικού πλειστηριασμού η εγγυητική λειτουργία της δημοσιότητας του πλειστηριασμού εξακολουθεί να υφίσταται και ενισχυμένη, καθώς αυτή πραγματώνεται επιτυχώς μέσω των ηλεκτρονικών συστημάτων πλειστηριασμού, ο οποίος, μάλιστα, διατηρεί την παραδοσιακή του δομή (προδικασία – κύρια διαδικασία πλειοδοσίας), με την προσθήκη των νέων διαδικαστικών πράξεων της αναγγελίας – ταυτοποίησης υποψήφιων πλειοδοτών – σύνταξης καταλόγου αυτών, που εντάσσονται στην κύρια διαδικασία του. Αντίστοιχα, διατηρείται η δυνατότητα προβολής των ακυροτήτων από πλευράς χρόνου, καθώς και η εξάρτησή τους ή μη από το στοιχείο της βλάβης, όπως στον κοινό πλειστηριασμό.

Από την άλλη πλευρά, η επιλογή διεξαγωγής ηλεκτρονικού πλειστηριασμού μέσω κεντρικά ελεγχόμενης ιστοσελίδας αντί της ηλεκτρονικής δημοπρασίας μέσω εμπορικής πλατφόρμας ως εναλλακτική δυνατότητα του κοινού πλειστηριασμού είναι ορθή, καθώς μόνο η πρώτη μπορεί να λειτουργήσει εναλλακτικά του κοινού πλειστηριασμού. Εξάλλου, την ίδια οδό ακολούθησαν όλες οι έννομες τάξεις που έχουν αντικαταστήσει πλήρως τον παραδοσιακό με τον ηλεκτρονικό πλειστηριασμό. Αντίθετα, η εκπλειστηρίαση μέσω

255 Υπό ΙΙΙ, β'.

εμπορικής πλατφόρμας μπορεί να αξιοποιηθεί, μόνο ως τρόπος «ελεύθερης εκποίησης» προς τρίτους κατά τα άρθρα 966§2 - 1003§4 ΚΠολΔ, με τις προϋποθέσεις που έθετε μέχρι πρόσφατα η διάταξη (άρθρο 966§2 ΚΠολΔ), πριν την προαναφερθείσα τροποποίηση της με τον Ν. 4842/2021 και την κατάργηση της δυνατότητας να επιτραπεί από το δικαστήριο η ελεύθερη εκποίηση από τις 1.1.2022 (άρθρα 67 και 120 Ν.4842/2021), καθώς η ηλεκτρονική δημοπρασία μέσω επώνυμης εμπορικής πλατφόρμας είναι σαφώς προτιμητέα της ελεύθερης πώλησης. Εντούτοις, ο νομοθέτης με την ρύθμιση του άρθρου 998§6 ΚΠολΔ εμφανίζεται αντιφατικός με την όλη συστηματική ρύθμιση του (ηλεκτρονικού) πλειστηριασμού, διότι επιτρέπει την παράκαμψη του τελευταίου ως πρώτης και βασικής επιλογής ρευστοποίησης με αυξημένες εγγυήσεις επίτευξης αυξημένου τιμήματος, χωρίς παρατυπίες και καταδολιευτικές συμπεριφορές. Η έχουσα κατά την τελευταία διάταξη προβάδισμα «ελεύθερη πώληση», ακόμη κι αν προτιμηθεί η ηλεκτρονική δημοπρασία μέσω εμπορικής πλατφόρμας δεν παρέχει τις προεκτεθείσες εγγυήσεις του ηλεκτρονικού πλειστηριασμού. Κατά συνέπεια, ο εφαρμοστής του νόμου θα πρέπει να είναι ιδιαίτερα προσεκτικός και φειδωλός στην εφαρμογή της εν λόγω διάταξης, λαμβάνοντας υπόψη και τα συμφέροντα των λοιπών δανειστών του οφειλέτη που εμφανίζονται ήδη από τις εγγραφές στο υποθηκοφυλακείο/κτηματολόγιο, με κλήση τους με ευέλικτα μέσα (άρθρο 686§4 ΚΠολΔ) στην σχετική δίκη. Όταν δε το πράττει, θα πρέπει να διασφαλίζει ένα *minimum* δημοσιοποίησης της πώλησης, με σαφώς προτιμητέα λύση την ηλεκτρονική δημοπρασία μέσω επώνυμης εμπορικής πλατφόρμας που μπορεί να οδηγήσει –έστω και χωρίς τις εγγυήσεις του ηλεκτρονικού πλειστηριασμού– σε αυξημένο τίμημα, αντί της χωρίς όρους «ελεύθερης πώλησης».

Διαταγή πληρωμής, ευρωπαϊκή διαταγή πληρωμής, υποθήκη και προσημείωση υποθήκης

Στέφανος Πανταζόπουλος

Αρεοπαγίτης, Καθηγητής Νομικής Σχολής Ε.Κ.Π.Α.

Σύμφωνα με το άρθρο 29 παρ. 1 ΕισΝΚΠολΔ, αν κατά διαταγής πληρωμής χρηματικής απαίτησης δεν ασκήθηκε εμπρόθεσμα ανακοπή ή η ανακοπή που ασκήθηκε απορριφθεί τελεσίδικα, η διαταγή πληρωμής αποτελεί τίτλο για εγγραφή υποθήκης. Στην παρ. 2 δε του ίδιου ως άνω άρθρου ορίζεται ότι, αν είχε εγγραφεί υπέρ της ίδιας απαίτησης προσημείωση υποθήκης, αυτή μπορεί να μετατραπεί σε υποθήκη, εφόσον η ανακοπή απορρίφθηκε τελεσίδικα ή δεν ασκήθηκε εμπρόθεσμα ανακοπή με τις προϋποθέσεις των άρθρων 632 και 633 ΚΠολΔ¹. Γίνεται, επίσης, δεκτό ότι αν ο ανακόπτων έχει παραιτηθεί από την ανακοπή του ή έχει λάβει χώρα δεύτερη επίδοση της διαταγής πληρωμής κατά το άρθρο 633 παρ. 2 ΚΠολΔ και δεν έχει ασκηθεί ανακοπή, η διαταγή πληρωμής αποκτά ισχύ δεδικασμένου και μπορεί ο δανειστής είτε να ζητήσει την τροπή της προσημείωσης σε υποθήκη, εάν αυτή είχε εγγραφεί, με αναδρομική ενέργεια, είτε να ζητήσει εγγραφή υποθήκης².

Το άρθρο 29 παρ. 1 ΕισΝΚΠολΔ προσδίδει, επομένως, στη διαταγή πληρωμή που έχει εφοδιαστεί με την ισχύ δεδικασμένου την έννομη συνέπεια της εγγραφής υποθήκης, είτε λόγω παρόδου της προθεσμίας του άρθρου 633 παρ. 2 ΚΠολΔ³, είτε συνεπεία της τελεσίδικης απόφασης της εναντίον της ανακοπής. Δηλ. εδώ αναφέρεται μία παρεπόμενη συνέπεια της πρώτης. Η διάταξη αυτή εναρμονίζεται απόλυτα με εκείνη του άρθρου 1263 ΑΚ βάσει της οποίας οι τελεσίδικες αποφάσεις που επιδικάζουν χρηματική παροχή αποτελούν τίτλο προς εγγραφή υποθήκης. Κατά κυριολεξία όμως δεν είναι αυτή και μόνη η διαταγή πληρωμής που επιφέρει την παρεπόμενη συνέπεια⁴ της εγγραφής

1 Τζίφρας, Ασφαλιστικά μέτρα κατά τον ΚΠολΔ, 4^η έκδ. 1985 σ. 143, Ράμμος, Εγχειρίδιον Αστικού Δικονομικού Δικαίου, Γ 1982, σ. 1845.

2 ΑΠ 111/2012 ΕλλΔνη 2012.983, Πανταζόπουλος, Η ανακοπή κατά διαταγής πληρωμής 4^η έκδ. 2019, σ. 417επ. και σημ. 1410. Βλ. και ΑΠ 1059/2010 ΕλλΔνη 2011.739. Αντίθ. ΑΠ 1494/2003 ΕλλΔνη 2004.418, 2214/2014 ΕλλΔνη 2015, 729 με αντίθ. παρατ. Πανταζόπουλου.

3 Βλ. ΟΛΑΠ 6/1996 ΕλλΔνη 1996.1047, ΑΠ 1059/2010 ΕλλΔνη 2011.739, Πανταζόπουλος, Η ανακοπή κατά διαταγής πληρωμής 4^η έκδ. 2019, σ. 251 και σημ. 827, Γέσιου-Φαλτσή, Κατάταξη προσημειούχων δανειστών επί πτωχεύσεως γνwm. Αρμ 1997.159, Νίκας, Τροπή σε υποθήκη της προσημείωσης βάσει διαταγής πληρωμής, γνwm. Αρμ. 1996.125επ.

4 Βλ. και Τσικρικάς, Προϋποθέσεις ισχύος των παρεπόμενων συνεπειών αλλοδαπών δικαστικών αποφάσεων στην ημεδαπή έννομο τάξη, ΕλλΔνη 2002.982.

υποθήκης, αλλά η διαταγή πληρωμής που έχει ισχύ δεδικασμένου. Δηλ. εδώ οι παρεπόμενες συνέπειες είναι στενά συνδεδεμένες με το δεδικασμένο ως κύρια συνέπεια της διαταγής πληρωμής, και όχι μ' αυτήν καθ' αυτήν τη διαταγή πληρωμής ορώμενη ως *factum*. Από την άλλη μεριά, η αρχή της ίσης μεταχείρισης των αλλοδαπών εκτελεστών τίτλων σε σχέση με τους ημεδαπούς τίτλους και το ότι η αλλοδαπή ε.δ.π. θα πρέπει να αντιμετωπίζεται σαν να έχει εκδοθεί στο κράτος μέλος εκτέλεσης, θα οδηγούσαν στην άποψη ότι είναι δυνατή η εγγραφή υποθήκης με βάση την ε.δ.π. Ανάλογα ισχύουν ως προς την παρ. 2 του άρθρου 29 ΕισНКΠολΔ για τη δυνατότητα της τροπής της προσημείωσης υποθήκης σε υποθήκη, όταν έχει εκδοθεί τελεσίδικη απόφαση απόρριψης της ανακοπής ή έχει ισχύ δεδικασμένου η διαταγή πληρωμής για την απαίτηση. Η απάντηση στο ερώτημα, εάν μπορεί να εγγραφεί υποθήκη με βάση την ε.δ.π. είναι καθαρά ζήτημα ερμηνείας του άρθρου 29 ΕισНКΠολΔ εν όψει του περιεχομένου του και όχι απλώς ζήτημα ένταξης της ε.δ.π. στο κανόνα αυτό, έτσι ώστε να επέρχεται η παρεπόμενη συνέπεια της εγγραφής υποθήκης. Με άλλα λόγια, το δεδικασμένο (άρθρο 19 Καν)⁵ της ε.δ.π. έχει τα ίδια εχέγγυα με το δεδικασμένο της τελεσίδικης διαταγής πληρωμής ; Αν γίνει δεκτό το πρώτο ζήτημα, τότε η απάντηση θα είναι καταφατική⁶, διαφορετικά αποφατική.

Κατ' αρχήν, θα μπορούσε να λεχθεί ότι δεν είναι αυτονόητο ότι το άρθρο 29 ΕισНКΠολΔ μπορεί να ισχύει για την ε.δ.π., εν όψει του ότι αυτή αναφέρεται μόνο στην άσκηση ανακοπής κατά το άρθρο 632 ΚΠολΔ και, κατά τη νομολογία, και στο άρθρο 633 παρ. 2 ΚΠολΔ. Η σχηματική όμως αυτή άποψη που βασίζεται στη γραμματική ερμηνεία της διάταξης θα ήταν ελάχιστα πειστική. Επομένως, θα πρέπει να ιδωθεί η γενικότερη νομοθετική ρύθμιση των δύο αυτών μέσων προστασίας.

Οι προϋποθέσεις έκδοσης διαταγής πληρωμής και ο τρόπος προστασίας του οφειλέτη διαφέρουν πλήρως απ' αυτές της ε.δ.π.⁷ Η έννομη συνέπεια της εγγραφής υποθήκης με βάση τους όρους του άρθρου 29 ΕισНКΠολΔ βασίζεται σε πλήρως διαφορετικές προϋποθέσεις που αφορούν τη διαταγή πληρωμής τόσο ως προς τις προϋποθέσεις έκδοσής της, όσον και ως προς την άμυνα του οφειλέτη, αλλά και τις προϋποθέσεις δημιουργίας του δεδικασμένου. Η

5 Βλ. Πανταζόπουλος, Η ευρωπαϊκή διαταγή πληρωμής, 2012, σ. 256επ.

6 Έτσι Ποδηματά, Ευρωπαϊκή διαταγή πληρωμής κατά τον Κανονισμό (ΕΚ) 1896/2006, 2011, σ. 209-210 σημ. 632, Νίκας-Σαχπεκίδου, Ευρωπαϊκή Πολιτική Δικονομία. Ερμηνεία κατ' άρθρον του Κανονισμού Βρυξέλλες Ια (1215/2012) για τη διεθνή δικαιοδοσία, την αναγνώριση και την εκτέλεση αποφάσεων σε αστικές και εμπορικές υποθέσεις, 2016, σ. 542. Βλ. και Δεληκωστόπουλος, Ασύμμετρη προστασία δανειστών-η περίπτωση της προσημείωσης υποθήκης, ΕΠολΔ 2011, 749.

7 Για τις ειδικότερες διαφορές τους βλ. αναλ. Πανταζόπουλος, ό.π., 2012, σ.36επ., ιδίου, Δικονομικά Ζητήματα της ευρωπαϊκής διαταγής πληρωμής(Καν 1896/2006), ΕΠολΔ 2019.273επ.

έγγραφο απόδειξη της απαίτησης αποτελεί στοιχείο εκ των ουκ άνευ για την ημεδαπή διαταγή πληρωμής⁸, σε αντίθεση με την ε.δ.π. όπου εκεί δεν απαιτείται η πλήρης απόδειξη της απαίτησης, αλλά απλώς η φαινομένη βασιμότητά της, εφόσον δεν περιορίζεται στην έγγραφη απόδειξη, αλλά και σε άλλα αποδεικτικά μέσα, τα οποία δεν προσκομίζονται, αλλ' απλώς γίνεται η επίκλησή τους. Πράγματι, στην εξέταση της σχετικής αίτησης για την έκδοση ε.δ.π. δεν μπορεί να γίνει λόγος ούτε καν για πιθανολόγηση της απαίτησης. Το άρθρο 8 Καν ορίζει ότι «εκδίδεται η διαταγή πληρωμής, εάν η απαίτηση φαίνεται βάσιμη και ότι η εξέταση αυτή μπορεί να λάβει τη μορφή της αυτοματοποιημένης διαδικασίας». Η ρύθμιση αυτή καταδεικνύει ότι ο ενωσιακός νομοθέτης ενδιαφέρεται για την καθιέρωση μιας γρήγορης διαδικασίας για την έκδοση ε.δ.π., όπου είναι κατ' αρχήν μία *prima facie* εξέταση της νομικής βασιμότητας της απαίτησης, όπως τούτο απορρέει από την σύντομη περιγραφή της αιτίας στη σχετική αίτηση, έστω και εάν η εξέτασή της δεν γίνεται αναγκαία από δικαστικό λειτουργό, προκειμένου να αποφεύγεται (αποτρέπεται) η υποβολή προφανώς μη νόμιμων αιτήσεων, δίχως να υπάρχουν όμως επαρκείς πληροφορίες για την έκταση του ελέγχου αυτού. Ως προς δε την ουσιαστική βασιμότητα της απαίτησης, πρόκειται για έναν προγνωστικό έλεγχο της αληθοφάνειάς της και όχι μια σε βάθος αξιολόγηση της αιτίας αυτής ή, διαφορετικά, για την εκτίμηση της αξίωσης *prima facie* ως προς την αφηρημένη ικανότητα του αναφερόμενου από το δανειστή αποδεικτικού μέσου για την απόδειξη των παραγωγικών γεγονότων και, εν πάση περιπτώσει, αν μπορεί να γίνει λόγος για έλεγχο, αυτός θα είναι αρνητικός, με την έννοια ότι από τα στοιχεία που επικαλείται ο αιτών προκύπτει ότι η αίτηση δεν είναι βάσιμη⁹. Τούτο είναι συνεπής απόρροια του ότι ο αιτών δεν προσκομίζει υποχρεωτικά τα επικαλούμενα απ' αυτόν αποδεικτικά μέσα, αλλά απλώς τα επικαλείται, αλλά και εξηγείται ότι με μόνη την υποβολή αναιτιολόγητων αντιρρήσεων η ε.δ.π. χάνει την ισχύ της και η διαδικασία μετατρέπεται σε κατ' αντιδικία δίκη, όμοια όπως θα ήταν, εάν ο δανειστής είχε ασκήσει αγωγή. Κάτω από τις προϋποθέσεις αυτές δεν μπορεί να υποστηριχθεί ότι εδώ συντρέχουν οι προϋποθέσεις του άρθρου 29 παρ.1 ΕισΝΚΠολΔ. Επομένως, η αντίστοιχη «κρίση» επί της ε.δ.π. δεν μπορεί να εξισωθεί ή αντιπαραβληθεί προς την ημεδαπή δικαιοδοτική κρίση επί της ανακοπής κατά της διαταγής πληρωμής που αποτελεί προϋπόθεση για την

8 Βλ. και Νικολόπουλος, Υποθήκη Υποθήκη και προσημείωση υποθήκης στην αναγκαστική εκτέλεση, τμ. τόμος Κ. Μπέη IV, 2003, σ. 3456 που δέχεται ορθώς ότι ο λόγος για τον οποίον η διαταγή πληρωμής κατά νομοθετική επιλογή παρέχει δικαίωμα προσημείωσης είναι ότι διαθέτει εξ ίσου τουλάχιστον σοβαρά εχέγγυα για την εμπράγματη επιβάρυνση του ακινήτου του οφειλέτη, με εκείνα που προσφέρει και η κατά το σύστημα της προσωρινής δικαστικής προστασίας εκδιδόμενη απόφαση.

9 Για τα πιο πάνω βλ. Πανταζόπουλος, ό.π., σ. 152-153.

επέλευση της παρεπόμενης συνέπειας της υποθήκης.

Έπειτα, η άμυνα του οφειλέτη πριν από την δημιουργία του δεδικασμένου εξαντλείται στην υποβολή ανατιολόγητων αντιρρήσεων, οι οποίες έχουν ως συνέπεια ότι η αρχική *ex parte* διαδικασία μετατρέπεται σε κατ' αντιδικία διαδικασία, αν δεν έχει υποβληθεί άλλη αντίθετη δήλωση από τον δανειστή, ενώπιον του δικαστηρίου, το οποίο θα κρίνει επί της απαίτησης με την έκδοση απόφασης, όμοια όπως όταν έχει ασκηθεί αγωγή εξ αρχής.

Στο ελληνικό δίκαιο μετά την άπρακτη παρέλευση της προθεσμίας για την άσκηση της ανακοπής κατά διαταγής πληρωμής, ή ακόμη και η απόρριψη της πρώτης ανακοπής του άρθρου 632 ΚΠολΔ ως αόριστης δεν δημιουργεί δεδικασμένο¹⁰ για την απαίτηση και ο ανακόπτων έχει το δικαίωμα να ασκήσει νέα ανακοπή κατά το άρθρο 633 ΚΠολΔ μετά τη δεύτερη επίδοσή της, η οποία (επίδοση) δεν λαμβάνει χώρα στην ε.δ.π, αν δε δεν μεσολαβήσει και αυτή η δεύτερη επίδοση της διαταγής πληρωμής δεν μπορεί να αρχίσει η 90 νήμερος προθεσμία για την τροπή της προσημείωσης σε υποθήκη. Πράγματι, η μόνη μορφή αντιδικίας σε επίπεδο αυτής καθ' αυτής της ε.δ.π. είναι αυτή της αίτησης επανεξέτασης για τους εκεί αναφερόμενους λόγους. Η διαφορά είναι αξιοσημείωτη και τεράστια ανάμεσα στις προϋποθέσεις με τις οποίες μπορεί να επέλθει η παρεπόμενη έννομη συνέπεια της υποθήκης ή της προσημείωσης υποθήκης.

Η διάγνωση της απαίτησης για την οποίαν εκδόθηκε η διαταγή πληρωμής, ενώ στην ελληνική έννομη τάξη γίνεται με την άσκηση της ανακοπής και στο πλαίσιο κατ' αντιδικία δίκης όχι μόνον σε πρώτο βαθμό αλλά και σε δεύτερο βαθμό, στην ε.δ.π. τέτοια διάγνωση μπορεί να γίνει μόνον όταν η δίκη μετατρέπεται σε κατ' αντιδικία μετά την υποβολή αντιρρήσεων κατά το άρθρο 16 Καν 1896/2006. Η απόφαση που θα εκδιδόταν επί της ως άνω διαφοράς θα αφορούσε αποκλειστικά την απαίτηση και ως οριστική απόφαση αλλοδαπού δικαστηρίου θα μπορούσε να αποτελέσει τίτλο προς εγγραφή υποθήκης στην ημεδαπή κατά το άρθρο 1263 ΑΚ, ενώ αν είναι απόφαση ημεδαπού δικαστηρίου μπορεί να αποτελέσει τίτλο μόνον εάν είναι τελεσίδικη. Και απ' εδώ διαφαίνεται η μη ισοσθένεια του δεδικασμένου βασιζόμενο στη διάγνωση της απαίτησης. Εξ άλλου, ακόμη και στην αίτηση επανεξέτασης δεν εξετάζεται η ουσιαστική βασιμότητα της απαίτησης¹¹, ενώ με την ανακοπή κατά της διαταγής πληρωμής και μάλιστα μέχρι την τελεσιδικία της με την έκδοση σχετικής απόφασης εξετάζεται πάντα η απαίτηση ως προδικαστικό ζήτημα, ενώ τέτοια δεν λαμβάνει χώρα με την αίτηση επανεξέτασης, η οποία ασκείται για λόγους που δεν σχετίζονται με την τελευταία (απαίτηση). Το ελληνικό ουσιαστικό

10 ΟΛΑΠ 8/2017 ΕλλΔνη 2017,1064 παρ. Πανταζόπουλου.

11 Πανταζόπουλος, ό.π., σ. 284.

δίκαιο απαιτεί τη διάγνωση της ασφαλιζόμενης απαίτησης για την εγγραφή υποθήκης με μεγάλη βεβαιότητα (τελεσιδικία), ή την έκδοση διαταγής πληρωμής με βάση έγγραφη απόδειξη στο πλαίσιο του ασφαλιστικού μέτρου της προσημείωσης υποθήκης και μετά την τροπή της σε υποθήκη με πλήρη απόδειξη της ουσιαστικής απαίτησης του δανειστή με την άσκηση της ανακοπής. Στη δίκη επί αυτής μάλιστα θα μπορούν να προταθούν και να εξεταστούν όλοι οι ισχυρισμοί που θα μπορούσαν να καταλύσουν ή αδρανοποιήσουν αυτήν. Μ' άλλα λόγια, η βεβαιότητα του δεδικασμένου στο άρθρο 29 παρ. 1 ΕισΝ-ΚολΔ παρουσιάζεται σαν αναγκαία συνθήκη για την υποθήκη και την τροπή της προσημείωσης σ' αυτήν. Η τελεσιδικία αποτελεί γενικά αφενός ιδιότητα της δικαστικής απόφασης που υποδηλώνει την εξάντληση των επιτρεπόμενων βαθμών δικαιοδοσίας, αφετέρου έννομη συνέπεια της απόφασης εμφανιζόμενη σαν αρνητική διαδικαστική προϋπόθεση των τακτικών ενδίκων μέσων. Η τελεσιδικία εδώ συγκροτεί το αμετάβλητο της απόφασης που προκύπτει μετά την εξάντληση των προβλεπόμενων βαθμών δικαιοδοσίας¹². Επομένως, η υποθήκη του άρθρου 29 ΕιΝΚΠολΔ βασίζεται κυρίως στη διάγνωση της απαίτησης, είτε στην ανατροπή της σε πολύ εξαιρετικά περιορισμένους λόγους αναψηλάφησης. Δεν μπορεί να συμβεί το ίδιο και με την ε.δ.π., η οποία μπορεί να εξαφανιστεί. Η επιβολή υποθήκης θα ήταν δυσανάλογη με την προηγηθείσα διαδικασία στη μία ή στην άλλη περίπτωση της ημεδαπής διαταγής πληρωμής. Προσήκει περισσότερο η προσημείωση υποθήκης, η οποία εξασφαλίζει περισσότερο στον δανειστή, διότι είναι ευθέως ανάλογη προς τις προϋποθέσεις που απαιτούνται για την έκδοση της ε.δ.π. αλλά και για τις προϋποθέσεις ανατροπής του δεδικασμένου. Αν δεν υποβληθούν αντιρρήσεις, το δεδικασμένο προσδίδεται κατά το άρθρο 19 Καν, απλώς διότι δεν αμφισβητήθηκε η ύπαρξη της απαίτησης. Ακόμη και αυτή η δημιουργία δεδικασμένου κατά το άρθρο 633 ΚΠολΔ προϋποθέτει διπλή επίδοση της διαταγής πληρωμής και όχι μία όπως ισχύει στην ε.δ.π. Δεδικασμένο κατά την ίδια έννοια που ορίζεται στο ελληνικό δίκαιο δεν μπορεί να υπάρξει για την ε.δ.π. με τις προϋποθέσεις που εκεί ορίζονται. Τούτο καταδεικνύεται από τη δυνατότητα ανατροπής του και των προϋποθέσεων που αυτό συμβαίνει. Η διαταγή πληρωμής με δύναμη δεδικασμένου είτε λόγω έκδοσης τελεσιδικίας απόφασης επί της ανακοπής είτε λόγω παρόδου της προθεσμίας, μπορεί να ανατραπεί μόνο για τους περιοριστικούς λόγους της αναίρεσης στην πρώτη υπόθεση, είτε με αναψηλάφηση στη δεύτερη περίπτωση και μάλιστα για λόγους που αφορούν επί της ουσίας της υπόθεσης. Αντίθετα, η ε.δ.π. και το εξ αυτής απορρέον δεδικασμένο μπορεί να εξαφανιστεί για πλείονες του ενός λόγους που δικαιο-

12 Κουσουλής, Διαταγή πληρωμής, προσημείωση, υποθήκη, Αφιέρωμα εις Κ. Βαβούσκον, ΙΙ, 1990, σ. 250-251. Ο Μπέης, Πολιτική Δικονομία, Ασφαλιστικά μέτρα ΙΙ τ. 15, 1990 σ. 332 κάνει λόγο για παγιοποίηση της διαταγής πληρωμής.

λογούν την άσκηση αίτησης επανεξέτασης (άρθρο 20 Καν.) Οι βασικοί λόγοι αφορούν είτε στη διαδικασία επίδοσης της ε.δ.π. και την προσβολή του δικαιώματος δικαστικής ακρόασης και προστασίας, είτε στην ύπαρξη ανώτερης βίας ως προς την υποβολή αντιρρήσεων, είτε σ' αυτήν ακόμη την έλλειψη των διαδικαστικών προϋποθέσεων που απαιτούνται για την έκδοση ε.δ.π. (όταν αυτή είναι προδήλως εσφαλμένη, λαμβανομένων υπόψη των απαιτήσεων που ορίζονται στον Κανονισμό, άρθρο 20 παρ. 2 Καν) αλλά και άλλες εξαιρετικές περιστάσεις¹³, και μάλιστα δίχως να υπάρχει συγκεκριμένη προθεσμία για την υποβολή αυτής της αίτησης επανεξέτασης, απλώς απαιτείται ταχεία (εντός ευλόγου χρόνου) άσκηση. Ιδιαίτερα δε στην υπόθεση της έλλειψης των προϋποθέσεων δεν υπάρχει προθεσμία, ούτε εύλογη, κάτι που δικαιολογείται από τη μη εξέταση της ουσιαστικής βασιμότητας της απαίτησης του δανειστή¹⁴. Επομένως, το δεδικασμένο της ημεδαπής διαταγής πληρωμής και της ε.δ.π. δεν είναι, αλλά και δεν πρέπει να θεωρηθεί ισοσθενές τουλάχιστον με βάση τις προϋποθέσεις δημιουργίας και αλλά και ανατροπής του. Ο τρόπος που δημιουργείται δεδικασμένο στην υπόθεση του Καν 1896/2006 και αυτός στο άρθρο 29 ΕισΝΚΠολΔ δεν είναι καν ίδιος, εν όψει και της διπλής επίδοσης της διαταγής πληρωμής. Το δικαίωμα δικαστικής ακρόασης και προστασίας της ανακοπής του άρθρου 632 ΚΠολΔ προσήκει περισσότερο στην αίτηση επανεξέτασης της ε.δ.π. (αυτό είναι εξ άλλου το ένδικο βοήθημα που μπορεί να ασκηθεί¹⁵) μετά τη δημιουργία δεδικασμένου και εκτελεστότητας με επίκληση λόγων που ανάγεται σ' αυτήν τη διαδικασία έκδοσής της, αλλά και στις προϋποθέσεις που απαιτούνται για την έκδοσή της (άρθρο 20 παρ. 2 Καν) ή άλλων εξαιρετικών περιστάσεων¹⁶, όπως και όταν δεν μπόρεσε να ασκήσει την υποβολή αντιρρήσεων από λόγους ανώτερης βίας.

Έπειτα πρέπει ιδιαίτερα να ληφθεί υπόψη ότι η ε.δ.π. που παράγει δεκασμένο και εκτελεστότητα θα πρέπει να υποβληθεί και στον έλεγχο της άρνησης εκτέλεσής της για τους λόγους του άρθρου 3 Καν 1896/2006¹⁷, ιδίως στην υπόθεση που για την ίδια απαίτηση έχει εκδοθεί απόφαση απορριπτική στην ημεδαπή, ενώ έχει εκδοθεί στην αλλοδαπή ε.δ.π., κάτι που δεν μπορεί να ανακύψει για την ημεδαπή διαταγή πληρωμής. Οι σκέψεις αυτές δεν αναιρούνται με το ότι έτσι τίθεται σε δυσμενέστερη θέση η ε.δ.π. σε σχέση με την ημεδαπή διαταγή πληρωμής, αφού είναι τελείως διαφορετικό το νομοθετικό καθεστώς. Είναι δε χαρακτηριστικό ότι η αναστολή «εκτέλεσης» της ε.δ.π. ορίζεται κατά

13 Για τις υποθέσεις αυτές, βλ. Πανταζόπουλος, ό.π. σ. 280-281.

14 Πανταζόπουλος, ό.π. σ. 281επ., 283.

15 Πανταζόπουλος, ό.π. σ. 269.

16 Βλ. σχετ. Πανταζόπουλος, ό.π. σ. 270 επ, 275, 278.

17 Βλ. Πανταζόπουλος, ό.π. σ. 293.

το άρθρο 23 Καν. μόνον αφού έχει γίνει αυτή εκτελεστή και παράγει δεδικασμένο κατά το άρθρο 19 Καν., ενώ η διαταγή πληρωμής αναστέλλεται εκ του νόμου αλλά και μόνον όταν έχει ασκηθεί ανακοπή του άρθρου 632 ΚΠολΔ και υποβληθεί σχετικό αίτημα, ενώ τέτοια αναστολή δεν παρέχεται, όταν έχει εκδοθεί δεύτερη φορά η διαταγή πληρωμής. Αλλά και η τεολογική ερμηνεία της διάταξης οδηγεί στην άποψη περί μη εφαρμογής της στην ε.δ.π. Διότι δεν μπορεί να εξηγηθεί ότι ο Έλληνας ουσιαστικός νομοθέτης αναγνωρίζει ως τίτλο για την εγγραφή υποθήκης την απλή και μόνο εκτελεστή οριστική δικαστική απόφαση κατά το άρθρο 1263 ΑΚ¹⁸ και εδώ να απαιτείται η έχουσα δεδικασμένο ε.δ.π. και μάλιστα πριν από την άσκηση της αίτησης επανεξέτασης.

Κατά συνέπεια, με βάση την ελληνική ρύθμιση η έγγραφη προαπόδειξη της απαίτησης για την έκδοση διαταγής πληρωμής αποτελεί βασικό δικαιολογικό θεμέλιο του θεσμού. Επί πλέον, ο νομοθέτης αντιμετωπίζει την αξίωση ως αμφισβητούμενη, όχι ως μη αμφισβητούμενη, όπως ισχύει αντίθετα για την ε.δ.π., στη θεώρηση δε αυτή οφείλεται η διασκευή της άμυνας του οφειλέτη με την περιέχουσα λόγους ανακοπή, πλήρως υποκείμενης στις αυστηρές απαιτήσεις του συγκεκριμένου προσδιορισμού τους κατά το άρθρο 216 ΚΠολΔ (αντί της απλής μονολεκτικής αντίρρησης κατά της διαταγής πληρωμής που σε συστήματα μη έγγραφης απόδειξης αρκεί για τη ματαίωση της ισχύος της διαταγής), ενώ, εξ άλλου, η έγγραφη απόδειξη είναι το εύλογο έρεισμα της άμεσης εκτελεστότητας της διαταγής πληρωμής πριν από την εξάντληση της προθεσμίας της ανακοπής του καθ' ου εναντίον της¹⁹. Αν είναι όμως έτσι, δεν μπορεί να υποστηριχθεί βάσιμα ότι η ε.δ.π. παρέχει εχέγγυα για τη δυνατότητα εγγραφής υποθήκης.

Λαμβανομένων όλων αυτών υπόψη το νομοθετικό πλαίσιο της ε.δ.π. μπορεί να συγκριθεί, ως εάν σημείο, συνειρμικά με την απόφαση των ασφαλιστικών μέτρων για την προσωρινή επιδίκαση απαίτησης, η οποία υπόκειται σε ανάκληση από τον μη εμφανισθέντα καθ' ου η αίτηση, είτε κατ' εφαρμογή του άρθρου 696 παρ. 1 (μη συνδρομή των προϋποθέσεων για την εξακολούθηση της ισχύος των ασφαλιστικών μέτρων), είτε κατ' εφαρμογή του άρθρου 696 παρ. 3 ΚΠολΔ (ανώτερη βία, εξαιρετικές περιστάσεις). Και δικαιολογείται απόλυτα η φράση «ως ένα σημείο», διότι στα ασφαλιστικά μέτρα ο βαθμός δικανικής πεποίθησης είναι η πιθανολόγηση και το μέτρο απόδειξης άνω του 50% με βάση τα προσκομιζόμενα εν συνόλω αποδεικτικά μέσα. Ενώ στη διαδικασία για την ε.δ.π. τέτοια πιθανολόγηση, κατά τα προαναφερθέντα, δεν υφίσταται καν, αλλά μία πρόγνωση της αληθοφάνειας της ουσιαστικής απαίτησης.

18 ΑΠ 109/2001 Δ. 33.724 παρ. Μπέη.

19 Ποδημάτα, Παρατηρήσεις επί των νέων άρθρων 623 έως 646 (Διαταγές) του Σχεδίου ΚΠολΔ 2014, ΕΠολΔ 2014,232.

Η δυνατότητα εγγραφής υποθήκης θα ήταν δυσανάλογη με την προηγηθείσα διαδικασία στη μία ή στην άλλη περίπτωση της ημεδαπής διαταγής πληρωμής. Ούτε μπορεί να συναχθεί αντίθετο επιχείρημα εκ του άρθρου 26 Καν που παραπέμπει στο εθνικό δίκαιο για τα δικονομικά θέματα. Η προσημείωση υποθήκης είναι κατ' εξοχήν εμπράγματο δικαίωμα που μπορεί να χορηγηθεί μόνο με τις προϋποθέσεις του ουσιαστικού δικαίου. Προσθήκει, επομένως, περισσότερο η προσημείωση υποθήκης, η οποία εξασφαλίζει περισσότερο στον δανειστή, διότι είναι ευθέως ανάλογη προς τις προϋποθέσεις που απαιτούνται για την έκδοση της ε.δ.π. αλλά και για τις προϋποθέσεις ανατροπής του δεδικασμένου. Το άρθρο 40 καν 1215/20115 ορίζει, εξ άλλου, ότι κάθε εκτελεστή απόφαση, άρα και διαταγή πληρωμής μπορεί να εγγράψει την προσημείωση υποθήκης, εφόσον είναι ασφαλιστικό μέτρο του συμβαλλόμενου κράτους αναγνώρισης. Και εδώ πρόκειται για μία παρεπόμενη συνέπεια της απόφασης με την έννοια του Καν 1215/2012. Με την ως άνω άποψη για τη μη εγγραφή υποθήκης με την ε.δ.π. δεν αποδυναμώνεται η ε.δ.π., αλλά της προσδίδεται η σωστή εμβέλειά της. Όπως η ημεδαπή διαταγή πληρωμής έχει το πλεονέκτημα υπέρ αυτής δηλ. το να είναι εκτελεστή από την έκδοσή της (άρθρο 631 ΚΠολΔ), ενώ η ε.δ.π. πρέπει να επιδοθεί προς πραγμάτωση του δικαιώματος δικαστικής ακρόασης και να παρέλθει η προθεσμία υποβολής των αντιρρήσεων, έτσι και η ε.δ.π. δεν μπορεί να αποτελέσει τίτλο προς εγγραφή υποθήκης, όπως ισχύει όμως για τη διαταγή πληρωμής με τους όρους του άρθρου 29 ΕισΝΚΠολΔ. Δηλ. δεν μπορούν να εξομοιωθούν οι δύο διαταγές εν όψει της διαφορετικής νομοθετικής ρύθμισής τους, έτσι ώστε, όπως ορίζεται για την ημεδαπή διαταγή πληρωμής να μπορεί να ισχύει και για την ε.δ.π.

Αλλά και υπό την αντίθετη αφηρημένη εκδοχή ότι είναι δυνατή η εγγραφή υποθήκης με την ε.δ.π., η προσημείωση υποθήκης δεν περιθωριοποιείται προς πλείονες κατευθύνσεις. Κατ' αρχήν, δεν αποκλείεται η εγγραφή προσημείωσης υποθήκης²⁰ με βάση την συμφέρουσα επιλογή του δανειστή (π.χ. τη μη καταβολή των εξόδων της υποθήκης). Δεύτερο, όπως γίνεται δεκτό στη θεωρία²¹ μπορούν να ληφθούν ασφαλιστικά μέτρα από τον δανειστή κατά τη διάρκεια της προθεσμίας υποβολής των αντιρρήσεων κατά της ε.δ.π. (άρθρο 16 Καν 1896/2006). Δηλ. σε χρόνο όπου δεν έχει κηρυχθεί εκτελεστή αυτή

20 Ματθίας, Συντηρητική κατάσχεση βάσει διαταγής πληρωμής Δ. 10,349επ., Σπυριδάκης, Η προσημείωση υποθήκης, 2003σ. 13 σημ. 1, σ. 33 σημ. 2, Ευαγγελίδου-Τσιρκικά, Εγγραφή προσημείωσης υποθήκης ηρτημένης της αιρέσεως. Ζητήματα από την εφαρμογή του άρθρου 206 ΑΚ, 2005 σ. 117 που δέχεται ότι το ίδιο μπορεί να ισχύσει και όταν ο δανειστής έχει αποκτήσει τελεσίδικη δικαστική απόφαση ως προς την απαίτηση, εφόσον κάτι τέτοιο δεν αποκλείεται από το άρθρο 1263 ΑΚ (σ. 116 και σημ. 226-227). Πρβλ. Κρητικός, στο Γεωργιάδης-Σταθόπουλος, Αστικός Κώδιξ VI αρ. 5 σ. 454.

21 Πανταζόπουλος, ό.π. σ. 238 σημ. 823.

κατά το άρθρο 18 του ως άνω Καν. Τρίτο, μπορεί η ε.δ.π. να έχει εκδοθεί κατά ενός οφειλέτη που δεν έχει ακίνητα στην κυριότητά του και ο τρίτος να μην συναινεί στην παροχή υποθήκης αλλά μόνον στην προσημείωση υποθήκης. Τότε βέβαια θα εναχθεί με αίτηση ασφαλιστικών μέτρων και με επίκληση της απαίτησης βάσει της ε.δ.π. για να εκδοθεί απόφαση με τη συναίνεσή του, αφού δεν μπορεί να εγγραφεί η προσημείωση υποθήκης με βάση την ε.δ.π. στα ακίνητα τρίτου. Τέλος, είναι δυνατή η διαταγή της αναστολής ισχύος της ε.δ.π. εν όψει της άσκησης αίτησης επανεξέτασης της ε.δ.π. κατά το άρθρο 20 Καν 1896/2006 για λόγους που αναφέρονται είτε στην εξόφληση της απαίτησης μετά την έκδοση της ε.δ.π. ή λόγους που αναφέρονται στην μη ορθή επίδοση της στον οφειλέτη, όταν έχει ασκηθεί η αίτηση αναστολής της εκτέλεσης κατά το άρθρο 23 στοιχ. α ή γ Καν 1896/2006, της εκτέλεσης νοουμένης εν ευρεία εννοία, εφόσον και τις δύο ως άνω υποθέσεις χρησιμοποιείται ο όρος «διαδικασία εκτέλεσης».

Πράγματι, στο ελληνικό δικονομικό δίκαιο, ο Άρειος Πάγος δέχεται την αναστολή ισχύος της τελεσίδικης αναγνωριστικής απόφασης, επειδή στην έννοια της εκτελεστότητας δεν περιλαμβάνεται μόνον η αναγκαστική εκτέλεση, αλλά και κάθε άλλη πραγμάτωση του εννόμου αποτελέσματος της εκτέλεσης, εφόσον η αναιρεσιβαλλόμενη απόφαση παρέχει αμέσως τη δυνατότητα απόλαυσης του αντικειμένου της διαφοράς κατά το χρονικό διάστημα από την άσκηση της αναίρεσης και μέχρι την έκδοση απόφασης επί αυτής²². Με το σκεπτικό δε αυτό ανέστειλε την ισχύ της τελεσίδικης αναγνωριστικής απόφασης για να μην πετύχει την έκδοση διαταγής πληρωμής ο δανειστής²³. Το ίδιο (δηλ. η αναστολή της απόφασης) θα μπορούσε να ισχύει και για την διαπλαστική απόφαση που ακυρώνει τελεσίδικα τον πλειστηριασμό που έχει γίνει και έχει ως συνέπεια την αναδρομική ισχύ της αποσβεσθείσας προσημείωσης υποθήκης. Θα μπορούσε δηλ. να ανασταλεί η ισχύς της μέχρι να εκδοθεί αμετάκλητη απόφαση από πλευράς θιγόμενου υπερθεματιστή, ο οποίος επιθυμεί να παραμείνει το πράγμα στην κυριότητά του και να έχει αποσβεστεί η προσημείωση. Υποστηρίζεται ορθώς ότι η αληθής έννοια της ως άνω διατύπωσης είναι «εάν η ισχύς της αναγνωριστικής αποφάσεως ήθελε νοηθεί ότι τελεί σε συνάρτηση προς άλλον κανόνα δικαίου του οποίου το πραγματικό περικλείει ως στοιχείον αυτού την τελεσίδικην αναγνωριστικήν απόφασιν», ώστε συντρεχόντων και των άλλων στοιχείων αυτού, να επέρχεται και η υπό του ιδίου κανόνος προβλεπόμενη έννομη συνέπεια. Επομένως, η διάταξη του άρθρου 565 παρ. 2 α ΚΠολΔ με την οποίαν «σκοπεύεται η αποτροπή των εκ της

22 Καλαβρός, Η αναίρεση κατά τον ΚΠολΔ, Γ. έκδ. 2017 σ. 660, Μαργαρίτης-Μαργαρίτη, Ερμηνεία ΚΠολΔ Ι, 2^η έκδ. 2018, άρθρο 565 αρ. 3 σ. 1060.

23 ΣυμβΑΠ 310/2002, 380/2004 Δ. 36,865, όπως αναφέρονται από τον Νικολαΐδη, Δ. 36,858επ.

εκτελέσεως αποφάσεως τινος δυναμένων να προκύψουν για τον ηττηθέντα διάδικον επιβλαβών εννόμων συνεπειών, περιλαμβάνει την υπερκειμένη έννοια της εκτελεστότητας και την στενωτέραν τοιαύτην, την συνισταμένην εις την αναστολήν ισχύος της τελεσιδίκου αποφάσεως, εφόσον αυτή αποτελεί στοιχείον του πραγματικού ετέρου κανόνος δικαίου κατά τρόπον ώστε η επέλευσις των υπ' αυτού καθοριζομένων εννόμων συνεπειών να πιθανολογεί κίνδυνον βλάβης μη δυναμένης να αποκατασταθή ευχερώς, εάν δεν διαταχθή η απαιτούμενη αναστολή»²⁴. Μ' άλλα λόγια τα ως άνω ισχύουν, όταν η απόφαση τίθεται ως στοιχείο του πραγματικού του κανόνος δικαίου και η σχετική απόφαση αναπτύσσει παρεπόμενες ή αντανakλαστικές συνέπειες²⁵ που δεν αποτυπώνονται στο διατακτικό της απόφασης, αλλά αποτελούν προϋπόθεση για να επέλθει μια άλλη ουσιαστικού δικαίου συνέπεια. Τέτοια αναμφίβολη παρεπόμενη συνέπεια αναπτύσσει και η τελεσιδική απόφαση, η οποία κατά το άρθρο 1623 ΑΚ μπορεί να αποτελέσει τίτλο προς εγγραφή υποθήκης και της οποίας με την άσκηση αναίρεσης ή αναψηλάφησης κατά της ως άνω απόφασης μπορεί να ζητηθεί η αναστολή της ισχύος της κατά την προαναφερθείσα έννοια. Το ίδιο θα γινόταν δεκτό, εάν κατά της διαταγής πληρωμής, η οποία αποτελεί τίτλο προς εγγραφή υποθήκης με τις προϋποθέσεις του άρθρου 29 παρ. 1 ΕισΝΚΠολΔ ασκείτο αναψηλάφηση και ζητείτο κατά το άρθρο 546 παρ. 2 ΚΠολΔ αναστολή ισχύος της έχουσας δεδικασμένο διαταγής πληρωμής, λόγω άπρακτης παρόδου της προθεσμίας άσκησης της ανακοπής, προκειμένου να μην μπορεί να εγγραφεί υποθήκη σε ακίνητό του. Είναι χαρακτηριστικό ότι ο Άρειος Πάγος σε συμβούλιο επικύρωσε την ως άνω άποψη, όταν δέχθηκε, ακριβώς σε υπόθεση της προσημείωσης υποθήκης, η οποία δήθεν δεν ετράπη σε υποθήκη εντός 90 ημερών από την τελεσιδική επιδίκαση της ασφαλιζόμενης απαίτησης (και εδώ η απόφαση δημιουργεί παρεπόμενη συνέπεια, εφόσον αποτελεί στοιχείο του πραγματικού του κανόνος δικαίου του άρθρου 1323 παρ. 2 ΑΚ), σχετική αίτηση και ανέστειλε την ισχύ της απόφασης του δευτεροβαθμίου δικαστηρίου που είχε δεχθεί εσφαλμένως ότι στην έννοια της τελεσιδικής απόφασης εντάσσεται και η απόφαση που απέρριψε την ανακοπή κατά της επισπευδόμενης εκτέλεσης, καθώς και το συμβολαιογραφικό έγγραφο με το οποίο ο οφειλέτης αναγνώρισε την ασφαλιζόμενη με την προσημείωση απαίτησή του²⁶.

24 Μητσόπουλος, Σκέψεις ως προς την αναστολήν εκτελέσεως αναγνωριστικής ή διαπλαστικής αποφάσεως προσβληθείσης δι' αναίρέσεως, Δ 31.886-887.

25 Για την έννοια αυτών βλ. αντί άλλων, Κονδύλης, Το δεδικασμένο κατά τον Κώδικα Πολιτικής Δικονομίας, 2^η έκδ. 2007, σ. 274επ., Τσικρικάς, ό.π. ΕλλΔνη 2002,981 Απαλαγάκη, Προσημείωση υποθήκης. Η δικονομική της θεώρηση, έκδ. 2005, σ. 245 και σημ. 69 με τις εκεί π.π.

26 ΣυμβΑΠ 257/2005, Δ 38,53 και η εκδοθείσα υπ' αριθμ. ΑΠ 539/2006 αναιρετική απόφαση

Είναι αξιοσημείωτο ότι ο έλληνας νομοθέτης για την εξάλειψη της υποθήκης ή προσημείωσης υποθήκης απαιτεί αμετάκλητη απόφαση, εφόσον αναστέλλεται εκ του νόμου η τελεσίδικη απόφαση που διέταξε αυτές (άρθρα 546 παρ. 1 565 παρ. 1 ΚΠολΔ), προκειμένου να επιτυγχάνεται η ασφάλεια και βεβαιότητα των εγγραφών των δημοσίων βιβλίων. Δεν απαιτεί όμως το ίδιο και για την εγγραφή υποθήκης με βάση τη δικαστική απόφαση ή τη διαταγή πληρωμής, αλλά αρκείται στην τελεσιδικία τους, παρά το ότι και εδώ διακυβεύεται το ίδιο έννομο αγαθό, δηλ. η πίστη στα δημόσια βιβλία. Μάλιστα η διαφοροποίηση εντείνεται, όταν στην πρώτη περίπτωση δίνεται η δυνατότητα της υποβολής αίτησης αναστολής «εκτελεστότητας» κατά τα προαναφερθέντα, που υπόκειται στη δικαστική εκτίμηση, ενώ στη δεύτερη περίπτωση της εξάλειψης της υποθήκης ή της προσημείωσης υποθήκης η αναστολή αυτή επέρχεται εκ του νόμου. Εδώ εντοπίζεται μια αδικαιολόγητη εύνοια του νομοθέτη προς τον δανειστή, που πέτυχε την τελεσίδικη απόφαση ή την έχουσα δεδικασμένο διαταγή πληρωμής ως προς το δικαίωμα εγγραφής υποθήκης με τις απ' εδώ απορρέουσες συνέπειες ιδίως προς τα δικαιώματα του ενυπόθηκου δανειστή στη διαδικασία της αναγκαστικής εκτέλεσης σε σχέση με τον οφειλέτη, ο οποίος θα πρέπει να αναμένει το αμετάκλητο της απόφασης που διατάζει την εξάλειψη της υποθήκης ή της προσημείωσης υποθήκης. Ενώ θα έπρεπε να γίνει δεκτό ότι και όταν ασκείται αναίρεση ή γενικά έκτακτο ένδικο μέσο κατά της απόφασης που επιδικάζει την απαίτηση θα έπρεπε να αναστέλλεται και η ισχύς της απόφασης ως προς τη δυνατότητα της εγγραφής υποθήκης. Αν αυτό γινόταν δεκτό, τότε δεν θα μπορούσε να υπάρξει αντίλογος στο ότι όταν διατάζεται η αναστολή της ισχύος της ε.δ.π. κατά το άρθρο 23 Καν, δεν θα μπορεί αναλογικώς να εγγραφεί υποθήκη, θα μπορεί, όμως, να διαταχθεί προσημείωση υποθήκης βάσει αυτής με πρωτοβουλία του δανειστή. Τούτο συνάδει και με τη στάθμιση των συμφερόντων των μερών.

Παρόμοιο είναι το νομοθετικό καθεστώς της αναστολής της «εκτέλεσης» μετά την απόκτηση δεδικασμένου της ε.δ.π. Η αίτηση αναστολής εκτελεστότητας της ε.δ.π. κατά το άρθρο 23 Καν 1896/2006 έχει ως αντικείμενο τον περιορισμό ή την αναστολή της εκτελεστότητας και όχι της διαδικασίας της αναγκαστικής εκτέλεσης. Ο δικαιολογικός λόγος της δυνατότητας του άρθρου 23 Καν είναι η αβεβαιότητα για την ισχύ της ε.δ.π. μέχρι να εκδοθεί απόφαση επί της αίτησης επανεξέτασης. Κατά το χρονικό αυτό διάστημα δεν αναστέλλεται αυτοδικαίως εκ του νόμου η ισχύς της ε.δ.π., κάτι που θα ήταν αντίθετο και αντιφατικό με το άρθρο 19 Καν που καθιερώνει την εκτελεστότητα και το δεδικασμένο. Η ρύθμιση αυτή αποτελεί κανόνα ελάχιστης εγγύησης υπέρ του οφειλέτη, έτσι ώστε το κράτος μέλος, η εσωτερική νομοθεσία του οποίου

δεν γνωρίζει τέτοιες δυνατότητες να υποχρεούνται να τις υιοθετήσει εντάσσοντας πρόσθετους λόγους αναστολής εκτέλεσης στους εσωτερικούς του μηχανισμούς²⁷. Η επιλογή των μέτρων κλιμακώνονται ανάλογα με τη βαρύτητά τους, ενώ ο περιορισμός της εκτέλεσης σε συντηρητικά μέτρα αποτελεί ένδικο βοήθημα του ευρωπαϊκού δικαίου²⁸. Η τύχη της αίτησης αναστολής θα εξαρτηθεί από την πιθανολόγηση της βασιμότητας των λόγων της αίτησης επανεξέτασης. Είναι χαρακτηριστικό ότι υπό τον Καν 44/2001 οριζόταν στο άρθρο 47 παρ. 3 ότι κατά τη διάρκεια της προθεσμίας προσφυγής και όσο εκκρεμούσε η προσφυγή κατά της αναγνώρισης της αλλοδαπής απόφασης μπορούσαν να ληφθούν ασφαλιστικά μέτρα κατά του προσώπου του οποίου ζητείτο η αναγνώριση. Η διάταξη αυτή παραπέμπει συνειρμικά στη διάταξη του άρθρου 23 Καν 1896/2006 ως προς τη δυνατότητα λήψης ασφαλιστικών μέτρων από πλευράς του δικαστηρίου, εν όψει του ότι έχει πλέον αποκτήσει εκτελεστικότητα η ε.δ.π., με αίτηση του οφειλέτη και ενόσω εκκρεμεί η αίτηση επανεξέτασης, ή με πρωτοβουλία του δανειστή, εάν το δικαστήριο διατάξει την αναστολή της εκτέλεσης κατά το στοιχείο γ του ως άνω άρθρου. Και στη μεν πρώτη περίπτωση θα μπορεί να εμφανιστεί η υπόθεση να διατάζεται η εγγραφή προσημείωσης υποθήκης, όπως αναφέρεται σ' αυτήν, επομένως, δεν θα μπορεί ο δανειστής να προβεί σε προσημείωση υποθήκης με βάση την ε.δ.π., διότι το μέτρο αυτό είχε επιτευχθεί ήδη μέσω της αίτησης αναστολής της του άρθρου 23 Καν. Είτε το δικαστήριο θα εκδώσει γενική αναστολή της εκτελεστότητας κατά την περ. γ του ίδιου ως άνω άρθρου, οπότε εδώ δεν θα μπορεί ο δανειστής να εγγράψει υποθήκη, επειδή θα αναστέλλεται η παρεπόμενη συνέπεια της εγγραφής υποθήκης, αλλά θα μπορεί να εγγράψει προσημείωση υποθήκης²⁹ (είτε κατ'εφαρμογή του άρθρου 724 ΚΠολΔ, είτε κατ'εφαρμογή του άρθρου 40 Καν 1215/2015), επειδή πρέπει να υπάρχει ένας βαθμός εξασφάλισης του δανειστή, έτσι ώστε αυτή να είναι ανάλογη με το την πιθανότητα της εξαφάνισης της ε.δ.π. με την αίτηση επανεξέτασης. Η εγγραφή της υποθήκης, στην περίπτωση που γίνει δεκτή η δυνατότητα αυτή με την έχουσα δεδικασμένο ε.δ.π., θα γίνεται εδώ με την έκδοση της απορριπτικής απόφασης

27 Πανταζόπουλος, ό.π. σ. 321 και σημ. 115, σ. 324. Βλ. και Ποδημάτα, Ευρωπαϊκή σ. 294 που υποστηρίζει ότι πρέπει να εισαχθεί με νομοθετική ρύθμιση εδώ ένα ειδικό ένδικο βοήθημα.

28 Γέσιου-Φαλτσή, Ο ευρωπαϊκός εκτελεστός τίτλος και οι επιδράσεις του στο δίκαιο της αναγκαστικής εκτέλεσης στην Ευρώπη, ΕλλΔνη 2004.966, 971.

29 Πανταζόπουλος, ό.π. σ. 260. Βλ. και Γιαννόπουλος, Κανονισμός 1896/2006 για την ευρωπαϊκή διαταγή πληρωμής: διάγραμμα της διαδικασίας και βασικά χαρακτηριστικά του θεσμού, ΕΠολΔ 2008.142 γενικότερα με επίκληση του άρθρου 26 Καν 1896/2006 «όλα τα δικονομικά ζητήματα που δεν ρυθμίζονται ρητά με τον παρόντα κανονισμό διέπονται από το εθνικό δίκαιο».

επί της αίτησης επανεξέτασης³⁰, διότι βέβαια προηγουμένως έχει διαταχθεί η αναστολή της εκτελεστότητας με την έννοια ότι αναστέλλεται η ισχύς της παρεπόμενης συνέπειας. Ουσιαστικά αυτό το μέτρο εξασφαλίζει τον δανειστή, διότι η τροπή της προσημείωσης θα τον κατοχυρώνει, αφού η υποθήκη θα έχει την ημερομηνία της προσημείωσης, ενώ η εγγραφή της υποθήκης μετά την απόρριψη της αίτησης επανεξέτασης θα έχει την εγγραφή στο χρόνο της. Επομένως, η διάταξη του άρθρου 23 Καν ως προς την επιβολή των συντηρητικών μέτρων έχει πρακτική αξία³¹, εφόσον γίνει δεκτό ότι δεν μπορεί να αποτελέσει η ε.δ.π. τίτλο προς εγγραφή υποθήκης, για τους λόγους που προαναφέρθηκαν, και αν έχει ασκηθεί η αίτηση επανεξέτασης ο οφειλέτης ζητεί τον περιορισμό της εκτέλεσης σε συντηρητικά μέτρα, ενώ ο δανειστής δεν επιθυμεί να εγγράψει προσημείωση υποθήκης, όπως έχει δικαίωμα εκ του νόμου (άρθρα 724 και 40 Καν 1215/2015).

Η τροπή της προσημείωσης υποθήκης σε υποθήκη, και στις δύο ως άνω περιπτώσεις (δηλ. είτε όταν έχει γίνει δεκτή η άποψη μη δυνατότητας εγγραφής υποθήκης με βάση την ε.δ.π., είτε διότι έχουν διαταχθεί τα αναφερόμενα στο άρθρο 23 Καν 1896/2006), θα γίνεται μετά την έκδοση της απορριπτικής απόφασης επί της αίτησης επανεξέτασης³². Κάτι τέτοιο ορίζεται στο άρθρο 29 παρ. 2 ΕισΝΚΠολΔ. Η απόφαση επί της αίτησης επανεξέτασης δεν ορίζεται ότι προσβάλλεται με ένδικα μέσα, οπότε το ζήτημα αυτό ενδεχομένως θα κριθεί από το εθνικό δίκαιο. Και στη διαταγή πληρωμής εμφανίζεται μετά την εξάντληση των προβλεπόμενων δικαιοδοτικών βαθμών κρίσης του κύρους το φαινόμενο της οιονεί τελεσιδικίας της διαταγής πληρωμής³³. Η διάταξη του άρθρου 1330 ΑΚ για τη δυνατότητα μετατροπής της προσημείωσης σε υποθήκη θα ισχύει και εδώ και η 90νθήμερος προθεσμία θα υπολογίζεται από την επόμενη της δημοσίευσης της απόφασης για την αίτηση επανεξέτασης.

30 Πρβλ. Τσικρικάς, ό.π. ΕλλΔνη 2002.992 ως προς την αναστολή της εκτελεστότητας της προσφυγής κατά της απόφασης που αναγνώρισε την εκτελεστότητα υπό το καθεστώς του Καν 44/2011.

31 Αντίθ. Ποδημάτας, ό.π. σ. 302-303, Δεληκωστόπουλος, Ζητήματα από την εφαρμογή του Κανονισμού 1215/2012 για τη Διεθνή Δικαιοδοσία και την Εκτέλεση Αποφάσεων, 2^η έκδ. 2019, σ. 339.

32 Πρβλ. και Τσικρικάς, ό.π. ΕλλΔνη 2002.991, 994 ως προς την τροπή προσημείωσης υποθήκης εντός των 90 ημερών από την άπρακτη παρέλευση της προθεσμίας προσφυγής κατά της αναγνώρισης της εκτελεστότητας ή από την έκδοση της απορριπτικής αυτής απόφασης.

33 Κουσουλής, Διαταγή ό.π. σ. 251.

Η γονική μέριμνα και το δικαίωμα επικοινωνίας με το τέκνο εκτός γάμου: Δύο θεσμοί σε εξέλιξη

Καλλιρρόη Δ. Παντελίδου

Καθηγήτρια Νομικής Σχολής Δ.Π.Θ.

A. Εισαγωγή

B. Η άσκηση γονικής μέριμνας από τον εξ

αναγνωρίσεως πατέρα στο ισχύον δίκαιο

α. Ο κανόνας της ασκήσεως της γονικής μέριμνας από τη μητέρα

β. Η εξαίρεση της ασκήσεως από τον πατέρα

γ. Η αντιμετώπιση του προβλήματος από την έως τώρα νομολογία

δ. Το συμφέρον του τέκνου ειδικότερα.

Γ. Το δικαίωμα επικοινωνίας

Δ. Οι προτεινόμενες αλλαγές

E. Συμπεράσματα

A. Εισαγωγή

Η γονική μέριμνα των εκτός γάμου τέκνων, παρόλη την εξομοίωσή τους μετά την αναγνώριση με τα εντός γάμου γεννηθέντα τέκνα (ΑΚ 1484), έχει στο δίκαιό μας μια ξεχωριστή ρύθμιση που διακρίνει μεταξύ της αναγνώρισης στην οποία ο πατέρας δεν αντιδίκησε (εκούσια και αγωγή αναγνωρίσεως από τον πατέρα) και της δικαστικής αναγνωρίσεως στην οποία ο πατέρας ήταν εναγόμενος (ΑΚ 1515). Εννοείται ότι η ρύθμιση εκκινεί από την γονική μέριμνα της μητέρας, διότι δεν αποκλείεται η αναγνώριση να μην επακολουθήσει ποτέ. Εκ των πραγμάτων επομένως η θέση της μητέρας είναι ενισχυμένη.

Ερωτάται καταρχάς πώς θα συνδυαστεί η “δεδομένη” γονική μέριμνα της μητέρας με την γονική μέριμνα του πατέρα μετά από την αναγνώριση, έτσι ώστε να προστατευθεί το ανήλικο παιδί, αλλά και να μην αδικείται ο πατέρας. Κατά δεύτερο λόγο ερωτάται πώς θα ρυθμιστεί η επικοινωνία του παιδιού με το γονέα με τον οποίο δεν διαμένει και με την οικογένεια του.

Περαιτέρω, επειδή έχει κατατεθεί πρόσφατα Σχέδιο Νόμου για τη ρύθμιση της γονικής μέριμνας μετά τη διάσταση ή το διαζύγιο, το οποίο συμπεριλαμβάνει και τροποποίηση της ΑΚ 1515, επιβάλλεται να εξετασθεί κριτικώς η προτεινόμενη ρύθμιση, να συγκριθεί με την παλαιά και να επιλεγεί η επιβαλλόμενη από το συμφέρον του τέκνου ρύθμιση.

Β. Η άσκηση γονικής μέριμνας από τον εξ αναγνωρίσεως πατέρα στο ισχύον δίκαιο

α. Ο κανόνας της ασκήσεως της γονικής μέριμνας από τη μητέρα

Σύμφωνα με το άρθρο 1515 ΑΚ σχετικώς με τη γονική μέριμνα τέκνου χωρίς γάμο των γονέων του, όπως αντικαταστάθηκε με το άρθρο 15 ν. 3719/2008, «*Η γονική μέριμνα του ανήλικου τέκνου που γεννήθηκε και παραμένει χωρίς γάμο των γονέων του, ανήκει στη μητέρα του. Σε περίπτωση αναγνώρισής του, αποκτά γονική μέριμνα και ο πατέρας, που όμως την ασκεί αν υπάρχει συμφωνία των γονέων κατά το άρθρο 1513 ή αν έπαυσε η γονική μέριμνα της μητέρας ή αν αυτή αδυνατεί να την ασκήσει για νομικούς ή πραγματικούς λόγους.*

Με αίτηση του πατέρα, το δικαστήριο μπορεί και σε κάθε άλλη περίπτωση να αναθέσει και σε αυτόν την άσκηση της γονικής μέριμνας ή μέρους της, εφόσον αυτό επιβάλλεται από το συμφέρον του τέκνου.

Σε περίπτωση δικαστικής αναγνώρισης, στην οποία αντιδίκησε ο πατέρας, αυτός δεν ασκεί γονική μέριμνα ούτε αναπληρώνει τη μητέρα στην άσκηση της, εκτός αν υπάρχει συμφωνία των γονέων κατά το άρθρο 1513. Το δικαστήριο μπορεί, αν το επιβάλλει το συμφέρον του τέκνου, να αποφασίσει διαφορετικά με αίτηση του πατέρα, εφόσον έπαυσε η γονική μέριμνα της μητέρας ή αυτή αδυνατεί να την ασκήσει για νομικούς ή πραγματικούς λόγους ή υπάρχει συμφωνία των γονέων».

Με άλλα λόγια κατά το ελληνικό δίκαιο η γονική μέριμνα ανήκει καταρχάς στη μητέρα, δηλ. **η μητέρα είναι ο μόνος φορέας και συγχρόνως το πρόσωπο που ασκεί τη γονική μέριμνα**. Σε περίπτωση αναγνώρισης, φορέας γίνεται και ο πατέρας, αλλά δεν την ασκεί. Συνεπώς υφίσταται αυστηρή διάκριση μεταξύ κτήσης και άσκησης της γονικής μέριμνας. Αυτό επιβεβαιώνει και σχετικώς πρόσφατη απόφαση του ΣτΕ¹, που ερμηνεύοντας την § 1 του άρθρου 79 ν. 3386/2005 που ορίζει ότι «*Απαγορεύεται η απέλαση, εφόσον ο αλλοδαπός: α. ...β. Είναι γονέας ημεδαπού ανηλίκου και έχει την επιμέλεια ή έχει υποχρέωση διατροφής, την οποία εκπληρώνει*», δέχθηκε: Κατ' εξαίρεση του κανόνα αυτού απαγορεύεται η απέλαση του αλλοδαπού ο οποίος είναι γονέας ημεδαπού ανηλίκου και έχει την επιμέλεια ή υποχρέωση διατροφής του ανηλίκου αυτού, την οποία εκπληρώνει. Αν οι προϋποθέσεις που θέτουν οι διατάξεις αυτές για την απαγόρευση της απέλασης του αλλοδαπού γονέα ημεδαπού ανηλίκου **δεν πληρούνται**, όπως συμβαίνει επί αναγνωρίσεως τέκνου που γεννήθηκε και παραμένει χωρίς γάμο των γονέων του, οπότε, σύμφωνα με το άρθρο 1515 του Α.Κ., **ο πατέρας αποκτά γονική μέριμνα, την οποία όμως κατά κανόνα δεν ασκεί**, η Διοίκηση δεν έχει διακριτική ευχέρεια να μην απελάσει τον αλλοδαπό αυτόν.

¹ ΣτΕ 2107/2012, ΔΔίκη 2013, 951.

Κατά παρόμοιο τρόπο η με αριθμό 203/2011 Γνμδ ΝΣΚ δέχθηκε ότι «Η υπ' αριθμ. Φ.7/517/127893/Γ1/13-10-2010 εγκύκλιος του Υπουργείου Παιδείας για την ενημέρωση του σχολείου προς τους γονείς, εφαρμόζεται στην περίπτωση του πατέρα γονέα που έχει αναγνωρίσει το τέκνο, χωρίς να είναι παντρεμένος με τη μητέρα, αν έχει και αποδεικνύει νόμιμα τη γονική μέριμνα του τέκνου, **σύμφωνα με μία από τις εξαιρέσεις της ΑΚ 1515**», δηλ. απαιτείται και πάλι **άσκηση** της γονικής μέριμνας.

Για το λόγο αυτό, όπως τονίζει η ΜΠρΡόδ 137/2009², η μητέρα εκτός γάμου τέκνου, το οποίο έχει εκουσίως αναγνωρίσει ο εναγόμενος, αποκτά αυτοδικαίως και ασκεί αποκλειστικά τη γονική μέριμνα στην οποία περιλαμβάνεται και η επιμέλεια, επομένως στερείται εννόμου συμφέροντος να προσφύγει προκειμένου να της ανατεθεί αποκλειστικά η επιμέλεια. Το ίδιο δέχεται η ΜονΠρΛευκ 587/2002³.

β. Η εξαίρεση της ασκήσεως από τον πατέρα

Ο εξ αναγνωρίσεως πατέρας ασκεί τη γονική μέριμνα στις εξής περιπτώσεις: Αν υπάρχει κοινή συμφωνία των γονέων (κοινή άσκηση κατά κανόνα), αν έπαυσε η γονική μέριμνα της μητέρας (μόνος) ή αν αυτή αδυνατεί να την ασκεί για νομικούς ή πραγματικούς λόγους (μόνος, όσο διαρκούν αυτοί οι λόγοι). Η τελευταία περίπτωση είναι η δικαστική ανάθεση της ασκήσεως και στον πατέρα μετά από αίτηση του πατέρα, εφόσον αυτό επιβάλλεται από το συμφέρον του τέκνου. Δηλαδή χωρίς σύμφωνη γνώμη της μητέρας, εφόσον αυτό επιβάλλεται από το συμφέρον του τέκνου μπορεί το δικαστήριο να αναθέσει και στον πατέρα την κοινή άσκηση της γονικής μέριμνας που ασκείται καταρχάς μόνον από τη μητέρα.

Από τη διατύπωση του νόμου φαίνεται ότι στο ελληνικό δίκαιο **ο κανόνας** είναι ότι η γονική μέριμνα ανήκει και ασκείται **αποκλειστικά από τη μητέρα**. Κατ' εξαίρεση στον εξ αναγνωρίσεως πατέρα επιφυλάσσεται ένας ρόλος «**αναπληρωματικός**», σύμφωνα με την έκφραση που χρησιμοποιεί η ελληνική νομολογία⁴, δηλ. μόνον (εκτός από την περίπτωση της κοινής συμφωνίας), αν έπαυσε η γονική μέριμνα της μητέρας επειδή αυτή απεβίωσε ή όταν αυτή αδυνατεί να την ασκήσει, επειδή για παράδειγμα πάσχει από σοβαρή ασθένεια. Με άλλα λόγια καταρχάς μόνον αν είναι αδύνατον να ασκεί τη γονική μέριμνα η μητέρα, έρχεται η σειρά του εξ αναγνωρίσεως πατέρα που δεν αντιδίκησε στην αναγνώριση.

2 Τράπεζα Νομικών Πληροφοριών Νόμος (στο εξής; ΤΝΠ Νόμος).

3 Αρμ 2003, 959.

4 ΜΠρΑθ 11917/2014 ΤΝΠ Νόμος.

Εκτός από την περίπτωση αυτή, κατά την ΑΚ 1515 § 2, ο πατέρας μπορεί να ζητήσει να ανατεθεί και σε αυτόν η άσκηση της γονικής μέριμνας, εφόσον αυτό επιβάλλεται από το συμφέρον του τέκνου. Από τη διατύπωση της ΑΚ 1515 § 2, που εκκινεί από την σύμπτωση του φορέα και της άσκησης αποκλειστικά στη μητέρα, φαίνεται ότι η περίπτωση αυτή πρέπει να είναι **και δικαιολογημένη και να επιβάλλεται από το συμφέρον του τέκνου**. Το συμφέρον του τέκνου αναγορεύεται βεβαίως από το παιδοκεντρικό οικογενειακό μας δίκαιο ως το κριτήριο με το οποίο θα αποφασίζει το δικαστήριο σε κάθε απόφαση που είναι σχετική με τη γονική μέριμνα, από την απλή διαφωνία των γονέων που επιβάλλει να ληφθεί απόφαση έως την κατανομή και την ανάθεση της γονικής μέριμνας σε περίπτωση διαζυγίου. Σε καμία όμως άλλη περίπτωση ο νόμος δεν χρησιμοποιεί τέτοια διατύπωση, δηλ. άσκηση και από τον πατέρα *εφόσον επιβάλλεται από το συμφέρον του τέκνου*. Αυτό σημαίνει ότι **ο πατέρας πρέπει να επικαλεστεί και να αποδείξει σοβαρούς, όχι κατ'ανάγκην εξαιρετικούς, λόγους** που να δικαιολογούν την ανάμιξή του στην άσκηση της γονικής μέριμνας, η οποία είναι κατά το γράμμα του νόμου, που χρησιμοποιεί το “και”, **συνάσκηση**.

Κατά την κρατούσα όμως γνώμη, μπορεί να επιβάλλεται ακόμη και να ανατεθεί στον πατέρα το **σύνολο**⁵ της άσκησης της γονικής μέριμνας. Αυτό μπορεί να επιβάλλεται από το συμφέρον του τέκνου, όταν για παράδειγμα η μητέρα αδιαφορεί για το τέκνο ή ασκεί τη γονική μέριμνα καταχρηστικώς, συντρέχει δηλ. κακή άσκηση της γονικής μέριμνας από τη μητέρα (ΑΚ 1532). Πάντως είναι ορθότερο το δικαστήριο να προτιμήσει την κοινή άσκηση όταν και οι δύο γονείς είναι κατάλληλοι και να επιλέξει την αποκλειστική άσκηση από τον ένα γονέα επί ακαταλληλότητας του άλλου.

Στο σημείο αυτό πρέπει να παρατηρηθεί ότι κατά το γερμανικό δίκαιο μετά από την τελευταία τροποποίηση της § 1626a ΓερμΑΚ⁶ (Γονική μέριμνα γονέων

5 ΑΠ 664/2018 ΤΝΠ Νόμος. Βλ. όμως και Κουμουτζή, Η γονική μέριμνα του γεννημένου χωρίς γάμου παιδιού και το δικαίωμα οικογενειακής ζωής του πατέρα, διδ.δ. (2010) αρ. 292, που σημειώνει ότι η ρύθμιση των ΑΚ 1515 § 2 και § 3 εδ. β θίγει ανεπίτρεπτα το δικαίωμα οικογενειακής ζωής του πατέρα. ... ο πατέρας ο οποίος έχει τα προσόντα να προστατευθεί απόλυτα (με ανάθεση της άσκησης σε αυτόν και με αφαίρεσή της από τη μητέρα) μπορεί να προστατευθεί μόνον σχετικά (με ανάθεση της άσκησης σε αυτόν χωρίς αφαίρεσή της από τη μητέρα), ... δεν πρόκειται για λύση δίκαιη - σύμφωνη με την αρχή της αναλογικότητας διένεξης των γονέων.

6 § 1626a *Elterliche Sorge nicht miteinander verheirateter Eltern; Sorgeerklärungen*

(1) Sind die Eltern bei der Geburt des Kindes nicht miteinander verheiratet, so steht ihnen die elterliche Sorge gemeinsam zu,
 1. wenn sie erklären, dass sie die Sorge gemeinsam übernehmen wollen (Sorgeerklärungen),
 2. wenn sie einander heiraten oder
 3. soweit ihnen das Familiengericht die elterliche Sorge gemeinsam überträgt.

που δεν είναι έγγαμοι μεταξύ τους)· δηλώσεις γονικής μέριμνας) ισχύουν τα εξής:

S. 1: *Εάν οι γονείς δεν είναι μεταξύ τους έγγαμοι κατά τη γέννηση του τέκνου, η γονική μέριμνα ανήκει και στους δύο από κοινού* 1. *Αν δηλώνουν ότι θέλουν να αναλάβουν από κοινού τη γονική μέριμνα* 2. *Αν συνάψουν γάμο ή* 3. *Το οικογενειακό δικαστήριο αναθέτει και στους δύο γονείς από από κοινού τη γονική μέριμνα.* S. 2 Abs. 1: *Το οικογενειακό δικαστήριο αναθέτει στον ένα γονέα μετά από αίτηση του γονέα τη γονική μέριμνα, όταν η ανάθεση δεν αντιτίθεται στο συμφέρον του τέκνου.* S. 2 Abs. 2: *Εάν ο άλλος γονέας δεν παρουσιάζει λόγους που αντιτίθενται στην κοινή ανάθεση και δεν φαίνεται να υπάρχουν τέτοιοι λόγοι, τεκμαίρεται ότι η κοινή γονική μέριμνα δεν είναι αντίθετη στο συμφέρον του τέκνου.* S. 3: *Κατά τα λοιπά η γονική μέριμνα ανήκει στη μητέρα.*

Η γερμανική διατύπωση είναι εντελώς διαφορετική ως προς τη δυνατότητα αναθέσεως στον πατέρα και συγκεκριμένα την επιτρέπει «αν δεν αντιτίθεται στο συμφέρον του τέκνου». Πρόκειται για τη λεγόμενη αρνητική διαπίστωση του συμφέροντος⁷, δηλ. ο έτερος γονέας που είναι η μητέρα, πρέπει να επικαλεστεί λόγους που να αποδεικνύουν ότι δεν είναι συμφέρον να συμμετέχει και ο πατέρας στην άσκηση της γονικής μέριμνας. Αν δεν επικαλεσθεί και αποδείξει αυτούς τους λόγους, υπάρχει τεκμήριο ότι η κοινή γονική μέριμνα είναι προς το συμφέρον του τέκνου.

Η γερμανική ρύθμιση με την αρνητική διαπίστωση του συμφέροντος και το τεκμήριο της μη αντίθεσης της κοινής γονικής μέριμνας στο συμφέρον του τέκνου είναι αδικαιολόγητα περίπλοκη, καθώς προσπαθεί να συνδυάσει την κοινή γονική μέριμνα με το ότι κατά τα λοιπά η γονική μέριμνα ανήκει στη μητέρα. Αντιθέτως κατά **το ελληνικό δίκαιο**, ο πατέρας πρέπει να επικαλεσθεί και να αποδείξει τους ιδιαίτερους λόγους που επιβάλλουν τον παραμερισμό της μητέρας.

Εάν ο πατέρας είχε αντιδικήσει στην αναγνώριση της πατρότητας, η κατάσταση γι' αυτόν γίνεται πολύ δυσκολότερη. Μόνον αν συμφωνήσει η μητέρα ασκεί γονική μέριμνα ή αν αποφασίσει το δικαστήριο. Στην τελευταία όμως περίπτωση, προϋποτίθεται επιπλέον ότι έχει παύσει η γονική μέριμνα της μητέρας, λ.χ. έχει αποβιώσει ή αδυνατεί αυτή να την ασκήσει για πραγματικούς ή νομικούς λόγους. Δηλαδή από κοινού άσκηση μόνον με συμφωνία είναι δυνα-

(2) Das Familiengericht überträgt gemäß Absatz 1 Nummer 3 auf Antrag eines Elternteils die elterliche Sorge oder einen Teil der elterlichen Sorge beiden Eltern gemeinsam, wenn die Übertragung dem Kindeswohl nicht widerspricht. Trägt der andere Elternteil keine Gründe vor, die der Übertragung der gemeinsamen elterlichen Sorge entgegenstehen können, und sind solche Gründe auch sonst nicht ersichtlich, wird vermutet, dass die gemeinsame elterliche Sorge dem Kindeswohl nicht widerspricht.

(3) Im Übrigen hat die Mutter die elterliche Sorge.

7 Dethloff, Familienrecht 32. Aufl. (2018) § 13 Rn 30.

τή. Η διάταξη ερμηνεύει την αντιδικία του πατέρα ως έλλειψη στοργής προς το τέκνο, αλλά και ως αδυναμία συμφωνίας με τη μητέρα του. Πρακτικά αυτό σημαίνει ότι εφόσον η μητέρα ζει και μπορεί να ασκεί γονική μέριμνα, ο πατέρας δεν μπορεί ούτε δικαστικώς να την ασκήσει.

Συνεπώς το δίκαιό μας διακηρύττει ότι η γονική μέριμνα ανήκει και ασκείται από τη μητέρα. Σε περίπτωση αναγνώρισης του εκτός γάμου τέκνου, μπορεί και ο πατέρας να ασκήσει με απόφαση του δικαστηρίου γονική μέριμνα, αν είναι δικαιολογημένο και επιβάλλεται από το συμφέρον του τέκνου. Το ίδιο ισχύει και όταν έχει προηγηθεί αντιδικία του πατέρα ως προς την αναγνώριση, μόνον όμως εάν έχει παύσει η γονική μέριμνα της μητέρας ή αυτή αδυνατεί να την ασκήσει. Η συμφωνία των γονέων σε κάθε περίπτωση μπορεί να έχει ως αποτέλεσμα την κοινή άσκηση της γονικής μέριμνας ή την άσκηση από τον πατέρα, δηλαδή εξαλείφει ακόμη και την προηγούμενη αντιδικία.

γ. Η αντιμετώπιση του προβλήματος από την έως τώρα νομολογία

Οι παραπάνω παρατηρήσεις επιβεβαιώνονται από την ελληνική νομολογία η οποία δέχεται κατά κανόνα ότι περίπτωση να επιβάλλεται από το συμφέρον του τέκνου η ανάθεση στον πατέρα είναι **μόνον η ακαταλληλότητα της μητέρας** που οφείλεται σε σοβαρούς λόγους και συγχρόνως το να έχει εμπράκτως αποδείξει ο πατέρας και την καταλληλότητά του και το ουσιαστικό ενδιαφέρον του για το τέκνο.

Έτσι η ΜονΠρΔραμ 170/2013⁸, ανέθεσε στον πατέρα την άσκηση της γονικής μέριμνας δύο τέκνων 14 και 8 ετών, επειδή η εναγόμενη μητέρα υπέστη εγκεφαλικό επεισόδιο, νοσηλευόμενη επί αρκετούς μήνες στο νοσοκομείο. Αποτέλεσμα της ασθένειάς της αυτής ήταν να αντιμετωπίζει χρόνια προβλήματα υγείας, λόγω της παράλυσης της δεξιάς πλευράς του σώματός της. Οι διάδικοι συμβίωναν μέχρι το 2009, αλλά όμως *την ανατροφή και επίβλεψη των δύο ανηλίκων τέκνων τους την είχε αναλάβει ο ενάγων*, βοηθούμενος προς τούτο από τη μητέρα του. Μετά ταύτα, η εναγομένη, αδιαφορώντας για τα ανήλικα τέκνα της, *εγκατέλειψε* τη συζυγική οικία και ανεχώρησε για τη Γερμανία, και επέστρεψε αργότερα στην πατρική οικία στη Δράμα, όπου διαμένει μέχρι σήμερα, χωρίς όμως να φροντίσει να έχει έστω επικοινωνία με τα παιδιά της, αφήνοντας το εν λόγω καθήκον στον ενάγοντα. Πράγματι αυτός ο τελευταίος επέδειξε συνέπεια και ισχυρό αίσθημα καθήκοντος στην ανατροφή των δύο ανηλίκων τέκνων. Συνεπώς το δικαστήριο διεπίστωσε κακή κατάσταση υγείας της μητέρας, εγκατάλειψη και αδιαφορία προς τα τέκνα και συγχρόνως υψηλό αίσθημα καθήκοντος από τον πατέρα με τον οποίον είχαν ήδη συμβιώσει επί μακρόν τα τέκνα.

8 ΤΝΠ Νόμος.

Η ΜονΠρΘεσ 10643/2011⁹, ανέθεσε στον πατέρα την επιμέλεια άρρενος τέκνου ενός έτους που συμβίωνε με τον πατέρα του αφού διεπίστωσε ότι η μητέρα «επί σειρά ετών επεδείκνυε μία πρωτοφανή ψυχοπαθολογική συμπεριφορά με σαφείς ενδείξεις διαταραγμένης προσωπικότητας μετερχόμενη συνεχώς απατηλές μεθόδους», ενώ ο πατέρας είχε επιδείξει υψηλό αίσθημα ευθύνης και ενδιαφέροντος.

Η ΜονΠρΑμαλ 583/2009¹⁰, ανέθεσε στον πατέρα την γονική μέριμνα τέκνου ηλικίας 8 ετών, λόγω της ηλικίας του, του συναισθηματικού δεσμού του με αυτόν, της ολοκληρωτικής, από τη γέννησή του και μετέπειτα, αφοσίωσής του σε αυτό, σε συνδυασμό με το γεγονός ότι η μητέρα του δεν ενδιαφέρεται ιδιαίτερα για την υγεία του και την εν γένει ζωή του.

Η ΕφΑθ 7459/1992¹¹, ανέθεσε την άσκηση της γονικής μέριμνας στον πατέρα, αφού η μητέρα έρρεπε στον αλκοολισμό και είχε ήδη αποκτήσει άλλα δύο τέκνα από διαφορετικούς άνδρες.

Η ΑΠ 235/2005¹², επεκύρωσε την απόφαση που ανέθεσε τη γονική μέριμνα στον εξ αναγνωρίσεως πατέρα. Στην περίπτωση αυτή η μητέρα είχε επιδιώξει μόνη της να δώσει το παιδί προς υιοθεσία, αδιαφόρησε πλήρως για το τέκνο στη συνέχεια, συνήψε γάμο και απέκτησε δύο παιδιά. Άρχισε ένας πολυετής αγώνας του βιολογικού πατέρα με τους υποψηφίους θετούς γονείς, από τους οποίους ο σύζυγος ανεγνώρισε (!) εκουσίως το τέκνο με την συναίνεση της φυσικής μητέρας. Η πατρότητα όμως του «εξ αναγνωρίσεως» απερρίφθη με τις γενετικές εξετάσεις πανηγυρικά. Δηλ. απεδείχθη δόλια συμπεριφορά της πραγματικής μητέρας και συμπαιγνία με τους υποψηφίους θετούς γονείς σε συνδυασμό με πλήρη αδιαφορία προς το τέκνο.

Η ΣτΕ 1232/2020 ΤΝΠ Νόμος έκρινε υπόθεση αλλαγής του επωνύμου τέκνου που γεννήθηκε χωρίς γάμο των γονέων του. Στο τέκνο που είχε αναγνωρισθεί εκουσίως από τον πατέρα, είχε προσδοθεί με συμφωνία των γονέων το επώνυμο του πατέρα κατά την ΑΚ 1506 § 3 εδ. 2. Το δικαστήριο ερμηνεύοντας την ΑΚ 1515 § 1, έκρινε ότι εφόσον δεν επακολούθησε γάμος των γονέων της ανήλικης ούτε ειδική συμφωνία ή δικαστική απόφαση για την από κοινού άσκηση της γονικής μέριμνας, **δεν απαιτείτο η σύμπραξη του πατέρα** στην υποβολή του αιτήματος αλλαγής του επωνύμου. Η διοικητική διαδικασία για την αλλαγή επωνύμου έχει εφαρμογή και όταν το επώνυμο του οποίου ζητείται η αλλαγή, είχε κτηθεί σύμφωνα με τις οικείες διατάξεις του ΑΚ. Το δικαστήριο έκρινε ότι μη νόμιμα απορρίφθηκε το αίτημα αλλαγής του επωνύμου

9 ΧρΙΔ 2011,502 = Αρμ 2011,1166 = ΝοΒ 2011,1535.

10 ΤΝΠ Νόμος.

11 Αρμ 1993, 833.

12 ΤΝΠ Νόμος.

του τέκνου της αιτούσας μητέρας και διέταξε συμπλήρωση του φακέλου με τις αναγκαίες δημοσιεύσεις που προηγούνται της αλλαγής.

Η ΜονΠρΛαμ 359/2018 ΤΝΠ Νόμος δέχθηκε κατά τη διαδικασία των ασφαλιστικών μέτρων την αίτηση του πατέρα για την ανάληψη της επιμέλειας ανηλίκου τέκνου. Είχε προηγηθεί προσβολή της πατρότητας από τον σύντροφο της έγγαμης μητέρας και ανατροπή του τεκμηρίου καταγωγής του τέκνου από γάμο, η οποία συνεπιφέρει την αναγνώριση από τον ενάγοντα. Το δικαστήριο έκρινε ότι η καθ'ής η αίτηση - μητέρα του ανηλίκου δεν συνεργάζεται με τον αιτούντα, αλλά αντίθετα εξαφανίζεται με το τέκνο, το οποίο χρήζει ιδιαίτερης φροντίδας, καθιστώντας δυσμενή την οργάνωση της ανατροφής και τη φροντίδα της υγείας του σε σταθερό και ασφαλές περιβάλλον. Αντιθέτως ο αιτών κρίνεται κατάλληλος για την ανάληψη της επιμέλειας του τέκνου, καθώς, μεταξύ άλλων, διαθέτει σταθερή εργασία, υψηλά εισοδήματα και υποστηρικτικό οικογενειακό περιβάλλον.

Η παραπάνω απόφαση στην οποία η μητέρα (καταγωγή Λευκορωσία) εφέρετο ως αγνώστου διαμονής και δεν παρέστη, ενώ είχε γνωστή κατοικία στην Ελλάδα, ανεκλήθη από την ΜονΠρΛαμ 396/2018 ΤΝΠ Νόμος, η οποία επανέλαβε ότι η γονική μέριμνα του τέκνου που γεννήθηκε και παραμένει χωρίς γάμο των γονέων του ασκείται αποκλειστικά από τη μητέρα και μόνον υπό προϋποθέσεις μπορεί να ανατεθεί στον πατέρα. Η απόφαση τονίζει ότι κριτήριο για τη ρύθμιση της γονικής μέριμνας και της επιμέλειας αποτελεί το συμφέρον του ανηλίκου, για την εξειδίκευση του οποίου δεν είναι ουσιώδες στοιχείο η οικονομική ή η επαγγελματική κατάσταση του γονέα. Η αιτούσα κατά την ανακλητική απόφαση είναι ικανή να ασκήσει τη γονική μέριμνα του τέκνου της και δεν πιθανολογήθηκε ότι η άσκηση αυτής από τον βιολογικό πατέρα είναι προς το συμφέρον του τέκνου.

Η ΜΠρΘεσ 7422/2019 ΤΝΠ Νόμος, εκδικάζοντας αγωγή του πατέρα για ανάθεση και σε αυτόν της γονικής μέριμνας του ανηλίκου τέκνου του που ασκείται από τη μητέρα του σύμφωνα με το άρθρο 1515 § 1 ΑΚ, έκρινε ότι λόγω της έντονης αντιδικίας, εχθρότητας και έλλειψης οποιασδήποτε συνεννόησης μεταξύ των διαδίκων, το αληθινό συμφέρον του ανηλίκου επιβάλλει την άσκηση της γονικής μέριμνας αποκλειστικά από τη μητέρα του.

Η ΑΠ 664/2018 ΤΝΠ Νόμος αφού επαναλαμβάνει ότι επί τέκνου γεννημένου και παραμένοντος εκτός γάμου την γονική μέριμνα και επιμέλεια ασκεί κατ' αποκλειστικότητα η μητέρα, δέχεται ότι ο πατέρας που ανεγνώρισε εκουσίως το τέκνο, μπορεί να ζητήσει να του ανατεθεί **κατ' αποκλειστικότητα ή εν μέρει η γονική μέριμνα** του ανηλίκου τέκνου του. Η ίδια απόφαση δέχεται ότι η εκδοθείσα επί της εν λόγω αιτήσεως απόφαση είναι **ανέκκλητη** κατά το άρθρο 47 εδαφ. α του ν. 2447/1996 χωρίς η ρύθμιση αυτή να αντίκειται στο Σύνταγμα και το κοινοτικό δίκαιο.

Το ανεπίτρεπτο έφεσης κατά αποφάσεων που αφορούν τη γονική μέριμνα ανηλίκων τέκνων, που γεννήθηκαν και παραμένουν χωρίς γάμο των γονέων τους δέχεται και η ΑΠ 1286/2018 ΤΝΠ Νόμος. Η απόφαση τονίζει ότι για την ανάθεση της γονικής μέριμνας προέχει το αληθινό συμφέρον του τέκνου και πως είναι κρίσιμη η καταλληλότητα των γονέων για τη διαπαιδαγώγηση και περίθαλψή του, καθώς και οι δεσμοί του με αυτούς, ανεξάρτητα από την συνδρομή υπαιτιότητας ως προς τη διακοπή της συμβίωσης. Ορθά κατά συνέπεια έκρινε το Πρωτοδικείο συμφέρουσα για το τέκνο την εξακολούθηση της άσκησης της γονικής του μέριμνας μόνον από τη μητέρα, λόγω των κακών σχέσεών της με τον πατέρα, που αποκλείει κάθε πιθανότητα συναπόφασης. Ως προς το δικαίωμα επικοινωνίας για το οποίο ενεργητικά νομιμοποιείται ο γονέας που δεν διαμένει με το τέκνο, αλλά και οι δύο γονείς ως προς την άσκηση έφεσης, το Ακυρωτικό συμφώνησε με το Εφετείο που έκρινε ότι, παρά την αδιαφορία του πατέρα για επικοινωνία με το τέκνο του, το αληθινό συμφέρον του τελευταίου επιβάλλει να μην αποξενωθεί ψυχικά από αυτόν, προκειμένου να καλλιεργηθούν και να αναπτυχθούν αμοιβαία αισθήματα στοργής και αγάπης.

Η ΜονΠρΠατρ 225/2018 ΤΝΠ Νόμος συνεκδίκασε αιτήσεις ασφαλιστικών μέτρων αμφότερον των γονέων για την άσκηση της γονικής μέριμνας και απέρριψε την αίτηση της μητέρας, ελλείψει εννόμου συμφέροντος. Το δικαστήριο διακηρύττει ότι η γονική μέριμνα τέκνου που γεννήθηκε και παραμένει εκτός γάμου, και έχει αναγνωρισθεί εκουσίως από τον φυσικό πατέρα, ασκείται αποκλειστικά από την μητέρα, συγχρόνως όμως αναλύει τις προϋποθέσεις που μπορούν να παραμερίσουν το ανωτέρω προνόμιο της μητέρας, σύμφωνα με το απόλυτο κριτήριο του αληθινού συμφέροντος του ανηλίκου. Το Δικαστήριο έκλινε την πλάστιγγα υπέρ του πατέρα και ανέθεσε σε αυτόν προσωρινά την αποκλειστική άσκηση της επιμέλειας της ανήλικης και το λοιπό περιεχόμενο της γονικής μέριμνας και στους δύο γονείς από κοινού. Στην κρίση του βάρυνε το ισχυρό αίσθημα καθήκοντος που επέδειξε ο πατέρας στην ανατροφή αυτής, συνεπικουρούμενος από την οικογένειά του, για περισσότερα από 4 έτη, εξασφαλίζοντας στην ανώτερη ανήλικη ένα αξιοπρεπές επίπεδο διαβίωσης, παρέχοντας σ' αυτή κάθε είδους υλική και ψυχική υποστήριξη. Ειδικότερα πιθανολογήθηκε ότι ο αιτών, στον οποίο η καθ' ης αίτηση εν τοις πράγμασι είχε αναθέσει την επιμέλεια της ανήλικης, φρόντιζε για τη σωστή ανατροφή και εκπαίδευση της ανήλικης, επιμελούνταν ώστε αυτή να παρακολουθεί συνεδρίες λογοθεραπείας και εργοθεραπείας και είχε δημιουργήσει το κατάλληλο περιβάλλον για την ανάπτυξή της ενώ η μητέρα, μετέβαλε συνεχώς γνώμη ως προς τη διαβίωση της ανήλικης, προκαλώντας στην τελευταία ανασφάλεια και αβεβαιότητα. Επομένως, αυτός ο οποίος μπορεί να προσφέρει ένα σταθερό και ασφαλές οικογενειακό περιβάλλον, προκειμένου η ανήλικη να βοηθηθεί στην ομαλή ανάπτυξη και διαμόρφωση της προσωπικότητάς της, είναι ο αιτών - καθ' ου. Από την

άλλη πλευρά, η καθ' ης, μητέρα της ανήλικης, ... δεν είναι διατεθειμένη να αναλάβει τις ευθύνες και τις υποχρεώσεις που συνεπάγεται η γονική μέριμνα του τέκνου της και συνεπώς, δεν μπορεί να παρέχει όλα εκείνα τα εχέγγυα που απαιτούνται ώστε να κριθεί από το Δικαστήριο, ότι είναι καταλληλότερη γονέας για την επιμέλεια του ανωτέρω ανηλίκου τέκνου της αφού συχνά την εγκατέλειπε. Δηλαδή το δικαστήριο έδωσε μεγάλη σημασία στη διατήρηση της σταθερότητας και συνέχειας στις συνθήκες ανάπτυξης της ανήλικης που επέδειξε ο πατέρας σε αντίθεση με τη μητέρα.

Σε δύο πρόσφατες αποφάσεις το Πρωτοδικείο Πατρών αφήρεσε την άσκηση της γονικής μέριμνας και από τους δύο γονείς και την ανέθεσε σε τρίτο. Στην πρώτη, το ΜΠρΠατρ 102/2020 ΤΝΠ Νόμος, αφήρεσε την άσκηση της γονικής μέριμνας ανηλίκου που ζει σε ανάδοχη οικογένεια, πρώτα από τη μητέρα που εξαφανίστηκε και έπειτα από τον πατέρα που εξέτιε ποινή, και την ανέθεσε σε ίδρυμα. Στη δεύτερη, το ΜΠρΠατρ 122/2020 ΤΝΠ Νόμος διεπίστωσε ότι ο φερόμενος ως πατέρας είναι χρόνιος χρήστης ναρκωτικών ουσιών και πάσχει από κατάθλιψη και άλλες ψυχικές διαταραχές, η δε μητέρα ότι αδυνατεί να εκπληρώσει τα εκ του νόμου καθήκοντα της υπέρ του τέκνου λόγω αλκοολισμού και ψυχολογικών διαταραχών, με αποτέλεσμα το μοναδικό πρόσφορο μέσο για την προάσπιση των συμφερόντων του ανηλίκου να είναι η ολική αφαίρεση της επιμέλειας του από την μητέρα και η ανάθεση αυτής στην γιαγιά του ανηλίκου.

Συνεπώς η νομολογία εμμένει σταθερά στο ότι η άσκηση της γονικής μέριμνας ανατίθεται στον πατέρα μόνον όταν αποδεικνύεται σοβαρή **ακαταλληλότητα της μητέρας** οφειλόμενη συνήθως σε ασθένεια ή αδιαφορία και γενικότερα κακή συμπεριφορά προς το τέκνο **σε συνδυασμό με ειλικρινές ενδιαφέρον και κατάλληλες συνθήκες στον εξ αναγνωρίσεως πατέρα**. Τονίζεται, όπως έχει ήδη αναφερθεί, ότι δεν είναι νόμιμη η αγωγή της μητέρας με αίτημα να της ανατεθεί η γονική μέριμνα του τέκνου της, εφόσον ασκείται εκ του νόμου από αυτήν¹³. Επί **αδυναμίας συνεννόησης** των γονέων, η νομολογία προκρίνει συνήθως ότι είναι συμφερότερο για το τέκνο το να εξακολουθήσει αποκλειστικώς η μητέρα να ασκεί τη γονική μέριμνα.

Κοινή άσκηση επίσης δεν είναι συνήθης και αφορά την κοινή άσκηση του εκτός της επιμέλειας περιεχομένου της γονικής μέριμνας, δηλαδή το σπουδαιότερο τμήμα που είναι η επιμέλεια παραμένει στη μητέρα. Δεν διαπιστώθηκε περίπτωση ανάθεσης σε πατέρα που είχε αντιδικήσει. Συχνά και οι δύο γονείς είναι ακατάλληλοι, οπότε το δικαστήριο προκρίνει την αφαίρεση της γονικής μέριμνας και την ανάθεση σε τρίτο, συγγενή ή ίδρυμα.

13 Ενδ. ΜΠρΑθ 110/2018 ΕλλΔνη 2018, 816, ΜΠρΠατρ 225/2018 ΤΝΠ Νόμος (απόρριψη ελλείψει εννόμου συμφέροντος).

δ. Το συμφέρον του τέκνου ειδικότερα.

Ως προς το συμφέρον του τέκνου γενικώς, στην έκταση που δεν υποκρύπτεται αδικαιολόγητη μεταχείριση, το δικαστήριο δεν εμποδίζεται να συνεκτιμήσει τις συνέπειες που μπορεί να έχει το φύλο¹⁴. Η κρατούσα γνώμη δείχνει δικαιολογημένα προτίμηση προς τη μητέρα για τα παιδιά βρεφικής, νηπιακής ή γενικώς μικρής ηλικίας¹⁵.

Αξίζει να τονισθεί ότι στην περίπτωση της λύσης του γάμου με διαζύγιο, τυχόν υπαιτιότητα για το διαζύγιο δεν λαμβάνεται υπόψη, εκτός αν η συμπεριφορά του υπαιτίου γονέα επιδρά στον τρόπο ασκήσεως της γονικής μέριμνας¹⁶. Όπως τονίζει η νομολογία, *Τα κριτήρια προσδιορισμού του συμφέροντος του τέκνου ισχύουν ανεξάρτητα από την υπαιτιότητα των γονέων ως προς το διαζύγιο ή τη διακοπή της έγγαμης συμβίωσης, εκτός εάν η συμπεριφορά του υπαιτίου έχει επιδράσει και στην άσκηση της γονικής μέριμνας - επιμέλειας, ώστε να ανακύπτει αντίθεση στο συμφέρον του τέκνου, λόγω της έκτασης και της βαρύτητας της συμπεριφοράς του αυτής, δηλωτικής της δομής του χαρακτήρα του και της εν γένει προσωπικότητας του, έτσι ώστε και έναντι του τέκνου να αναμένεται από αυτόν η τήρηση της ίδιας συμπεριφοράς. Τηρουμένων των αναλογιών στην περίπτωση της συμβίωσης εκτός γάμου και της μνηστείας, αδικαιολόγητη λύση της μνηστείας και εγκατάλειψη της μνηστής σε κατάσταση εγκυμοσύνης, συνιστά επιλήψιμη συμπεριφορά τέτοια που δείχνει ότι και έναντι του τέκνου αναμένεται η ίδια αδικαιολόγητη στάση και αδιαφορία.*

Με άλλα λόγια, **η υπαιτιότητα για τη λύση της μνηστείας** θα ληφθεί υπόψη αν υποδηλώνει ανάλογη συμπεριφορά απέναντι στο τέκνο και αν η συμπεριφορά έχει επίδραση στον τρόπο ασκήσεως της γονικής μέριμνας.

Στο γερμανικό δίκαιο, όπου όπως αναφέρθηκε ήδη ενισχύεται η δυνατότητα κοινής ασκήσεως της γονικής μέριμνας, υποστηρίζεται¹⁷ ότι η κοινή άσκηση της γονικής μέριμνας απαιτεί μια ανεκτή κοινωνική σχέση των γονέων και την ικανότητα και την ετοιμότητα σε συνεργασία αναφορικά με τα ζητήματα του τέκνου. Αν οι γονείς μένουν από μακριού μαζί, αυτό συνηγορεί κατά κανόνα **υπέρ της κοινής άσκησης** της γονικής μέριμνας.

Αντιθέτως, αν λείπει **η ικανότητα συνεργασίας** αυτό είναι αντίθετο με το συμφέρον του τέκνου. Αποκλείεται η κοινή άσκηση της γονικής μέριμνας, όταν η επικοινωνία έχει διαταραχθεί, έτσι ώστε δεν είναι ευχερές να συναποφασίζουν οι γονείς και επαπειλείται επιβάρυνση του τέκνου με τέτοια μορφή κοινής άσκησης. Ακόμη δεν τίθεται θέμα κοινής άσκησης όταν **ο αιτών δεν**

14 Λαδογιάννης, σε ΣΕΑΚ Γεωργιάδη ΙΙ, άρθρ. 1511, αρ. 6.

15 ΑΠ 121/2011 ΝοΒ 2011,728, ΑΠ 952/2007 ΝοΒ 2007,2431.

16 Αντί πολλών, ΑΠ 1316/2009 ΤΝΠ Νόμος, ΑΠ 104/2012 ΕφΑΔ 2012, 588.

17 Erman/Döll, BGB, Kommentar, 14. Aufl, 2014, § 1626a BGB, Rn. 9.

είχε επαφή με το τέκνο και δεν παρείχε και διατροφή προς το τέκνο έως τη στιγμή που ζητεί την κοινή άσκηση. Επεισοδιακή, λόγω της συμπεριφοράς του ενάγοντος - πατέρα, συμβίωση των διαδίκων δεν συνηγορεί υπέρ της άσκησης γονικής μέριμνας από τον πατέρα. Εάν η σχέση της μητέρας με τον αναγνωρισθέντα πατέρα έχει διαταραχθεί σε τέτοιο βαθμό λόγω της σκαιάς συμπεριφοράς του και της εγκαταλείψεως της μητέρας κατά τις παραμονές του γάμου, είναι ολοφάνερο ότι **η κοινή άσκηση της γονικής μέριμνας** είναι και αδύνατη και **μόνον θα επεβάρυνε το νήπιο**.

Συνεπώς **η έλλειψη ενδιαφέροντος του πατέρα**, η μη χορήγηση διατροφής η μη δυνατότητα συνεργασίας και συναποφάσεως είναι **στοιχεία που αποκλείουν την κοινή άσκηση διότι αυτή αντίκειται στο συμφέρον του τέκνου**. Αντιστρόφως, η αδιαφορία της μητέρας σε συνδυασμό και με την έλλειψη σταθερής κατοικίας, συνηγορούν υπέρ της ανάθεσης της άσκησης **στον πατέρα**.

Γ. Το δικαίωμα επικοινωνίας

Όπως δέχεται η νομολογία, το δικαίωμα προσωπικής επικοινωνίας του γονέα με το τέκνο συνδέεται με την ύπαρξη γονικής μέριμνας. Έτσι, **δεν μπορεί να γίνει λόγος για προσωπική επικοινωνία πατέρα και τέκνου πριν από την αναγνώριση** του εκτός γάμου τέκνου. Μετά την αναγνώριση όμως και την απόκτηση γονικής μέριμνας από τον πατέρα στα πλαίσια της ΑΚ 1515, δημιουργείται τέτοιο δικαίωμα (ΑΚ 1520), που αποβλέπει στο συμφέρον όχι μόνο του γονέα αλλά και του τέκνου και μπορεί να καταστεί αντικείμενο συμβατικής ή δικαστικής ρυθμίσεως (ΑΚ 1513 παρ. 1). Το Δικαστήριο, προκειμένου να διατάξει τη ρύθμιση της επικοινωνίας, πρέπει να λαμβάνει υπόψη πρωτίστως το συμφέρον του τέκνου. Εάν δε υπό συγκεκριμένες περιστάσεις η επικοινωνία αυτή μπορεί να θέσει σε κίνδυνο το συμφέρον του τέκνου, στην εξουσία του δικαστηρίου εναπόκειται να επιτρέψει την επικοινωνία με τέτοιες προφυλάξεις, ώστε να εξουδετερωθεί ο κίνδυνος¹⁸.

Το δικαίωμα επικοινωνίας, όπως διατυπώνεται από την ΑΚ 1520, διαπνέεται από την έντονα παιδοκεντρική αντίληψη του σύγχρονου δικαίου της γονικής μέριμνας που εκφράζεται ρητώς στην ΑΚ 1511. Επομένως πρωταρχικό κριτήριο του δικαστηρίου κατά τη ρύθμιση της επικοινωνίας, πρέπει να είναι το συμφέρον του τέκνου.

Ο κύριος σκοπός του δικαιώματος επικοινωνίας είναι η ικανοποίηση του αισθήματος αγάπης μεταξύ του γονέα και του παιδιού και η αποφυγή της αποξένωσής τους. Κατά δεύτερο λόγο επιτυγχάνεται κάποιος έλεγχος του γονέα

18 ΕφΑθ 9050/1996 Αρμ 1998, 44.

με τον οποίο μένει ο ανήλικος από μέρους του άλλου γονέα¹⁹.

Το δικαστήριο είναι ελεύθερο να αποφασίσει για την συχνότητα, αλλά οπωσδήποτε θα λάβει υπόψη συγκεκριμένα στοιχεία, όπως η ηλικία του τέκνου και οι επαγγελματικές συνθήκες του γονέα που ασκεί το δικαίωμα επικοινωνίας. Το δικαίωμα είναι προσωποπαγές και δεν μπορεί να μεταβιβασθεί σε τρίτο πρόσωπο, π.χ. παππούδες.

Το δικαίωμα επιμέλειας **προηγείται** απέναντι στην επικοινωνία όταν αυτά συγκρούονται: Ενώ η επιμέλεια μπορεί να περιορίσει στο ελάχιστο την επικοινωνία, το δικαίωμα επικοινωνίας δεν μπορεί να περιορίσει τόσο την επιμέλεια ώστε να είναι αδύνατη ή να δυσχεραίνεται υπερβολικά η άσκηση της επιμέλειας²⁰. Ειδικώς στα παιδιά μικρότερης ηλικίας, ο φόβος αυτός είναι μεγαλύτερος, αφού διασπάται η συνέχεια της ανατροφής (Erziehungskontinuität) και μπορεί να δημιουργηθεί αίσθημα ανασφάλειας. Σε καμία περίπτωση δεν πρέπει να δίνεται τόση διάρκεια στην επικοινωνία, ώστε να λειτουργεί ως ισομερής κατανομή του χρόνου διαβίωσης. Εξάλλου πώς θα επιτευχθεί ένας από τους σκοπούς, δηλ. η παρακολούθηση της ασκήσεως της γονικής μέριμνας από τη μητέρα, όταν το παιδί διαβιώνει ισομερώς ή κυρίως με τον πατέρα του;

Αρνητικά πρέπει να αντιμετωπίζεται και το ζήτημα της διανυκτερεύσεως του μικρού παιδιού ιδίως του βρέφους που θηλάζει ή του νηπίου μακριά από το γονέα που ασκεί την επιμέλεια, επειδή εμποδίζει την υπεύθυνη άσκηση της επιμέλειας. Οπωσδήποτε η διανυκτέρευση δεν πρέπει να επιτρέπεται πριν από τη σχολική ηλικία. Έτσι, επικοινωνία για βρέφος που θηλάζει δεν πρέπει να ασκείται περισσότερο από μία φορά το δεκαπενθήμερο, και χωρίς διανυκτέρευση. Η παρουσία τρίτου εάν ο πατέρας είναι επιθετικός, δεν πρέπει να αποκλείεται.

Προβληματική παρουσιάζεται και η διαμονή με το γονέα με τον οποίο το τέκνο δεν συγκατοικεί για μακρότερο διάστημα και μάλιστα στις καλοκαιρινές διακοπές ή κατά τις εορτές Χριστουγέννων ή Πάσχα, ιδίως για παιδί πολύ μικρής ηλικίας. Στις εορτάσιμες ημέρες το παιδί πρέπει να είναι με το γονέα που ασκεί την επιμέλεια. Πρέπει εξάλλου να αποφεύγεται ο συνδυασμός, συχνής τακτικής ασκήσεως του δικαιώματος επικοινωνίας με την άσκηση της επικοινωνίας για μακρότερο χρόνο κατά τις εορτές ή τις διακοπές.

Γενικώς ο καθορισμός του χρόνου, συχνότητας και διάρκειας της επικοινωνίας πρέπει να μην επιβαρύνει την ισορροπία και τη σταθερότητα του περιβάλλοντος στο οποίο αναπτύσσεται το τέκνο, αλλά και να διασφαλίζει την ουσιαστική επικοινωνία. Θα ληφθούν υπόψη η ηλικία και η ωριμότητα του τέκνου, οι υποχρεώσεις του γονέα, η γεωγραφική απόσταση, οι σχέσεις των

19 Κουνουγέρη - Μανωλεδάκη, ΟικΔ ΙΙ, 7, έκδ, 2018, σ. 328 επ.

20 Παντελίδου, Παρατηρήσεις, ΕλλΔνη 1991 (32), 1115 επ.

γονέων, η ηθική και η υγεία του δικαιούχου. Ενώ βασικό κριτήριο είναι το συμφέρον του τέκνου, το αληθές νόημα της ΑΚ 1520 δεν είναι ότι το δικαίωμα επικοινωνίας είναι πάντοτε ανεξαιρέτως προς το συμφέρον του τέκνου, ούτε ότι το συμφέρον του τέκνου υποχωρεί μπροστά στο δικαίωμα επικοινωνίας²¹.

Δ. Οι προτεινόμενες αλλαγές

Κατά το Σχέδιο Νόμου που κατετέθη τον Δεκέμβριο του 2020²², η νέα ΑΚ 1515 προτείνεται να έχει το εξής περιεχόμενο:

Τέκνα χωρίς γάμο των γονέων τους

Η γονική μέριμνα του ανήλικου τέκνου που γεννήθηκε και παραμένει χωρίς γάμο των γονέων του ανήκει στη μητέρα του. Όταν το τέκνο αναγνωρίστηκε εκούσια ή δικαστικά με αγωγή που άσκησε ο πατέρας, αποκτά γονική μέριμνα και ο πατέρας, την οποία ασκεί από κοινού με τη μητέρα. Αν οι γονείς δεν ζουν μαζί, εφαρμόζονται αναλόγως τα άρθρα 1513 και 1514.

Σε περίπτωση δικαστικής αναγνώρισης, στην οποία αντιδίκησε ο πατέρας, αυτός δεν ασκεί γονική μέριμνα ούτε αναπληρώνει τη μητέρα στην άσκησή της, εκτός αν υπάρχει συμφωνία των γονέων. Το δικαστήριο μπορεί, αν το επιβάλλει το συμφέρον του τέκνου, να αποφασίσει διαφορετικά ύστερα από αίτηση του πατέρα.»

Σύμφωνα με τις προτεινόμενες ρυθμίσεις η γονική μέριμνα του μη αναγνωρισθέντος τέκνου ανήκει, όπως και με το ισχύον δίκαιο, στη μητέρα του. Αυτό είναι απολύτως δικαιολογημένο, διότι νομικός δεσμός συγγένειας με πατέρα δεν υπάρχει. Αν όμως το τέκνο αναγνωρισθεί εκουσίως ή μετά από αγωγή του πατέρα, το τέκνο εξομοιώνεται και ως προς τη γονική μέριμνα με τέκνο που γεννήθηκε σε γάμο. Αυτό σημαίνει ότι ο πατέρας και αποκτά και ασκεί γονική μέριμνα από κοινού με τη μητέρα, όπως εάν υπήρχε γάμος ή σύμφωνο συμβίωσης. Επειδή όμως ο νομοθέτης κατανοεί ότι η συνεπιμέλεια δεν θα είναι δυνατή σε γονείς που δεν ζουν μαζί, στην περίπτωση αυτή εφαρμόζονται αναλόγως οι διατάξεις των ΑΚ 1513 και 1514, δηλαδή η ρύθμιση της άσκησης από το δικαστήριο. Συνεπώς επί εκούσιας αναγνώρισης ο κανόνας είναι η **συνεπιμέλεια** και η εξαίρεση είναι η ρύθμιση από το δικαστήριο.

Σε περίπτωση δικαστικής αναγνώρισης με αντιδικία του πατέρα, ο πατέρας δεν ασκεί γονική μέριμνα εκτός αν υπάρχει συμφωνία των γονέων, δηλαδή ισχύει το ίδιο με το νυν δίκαιο. Η σημαντική αλλαγή προτείνεται στο δεύτερο

21 Λαδογιάννης, σε ΣΕΑΚ Γεωργιάδη ΙΙ, άρθρ. 1520, αρ. 8, 14.

22 Σχέδιο Νόμου «Τροποποίηση των διατάξεων του Αστικού Κώδικα για τη γονική μέριμνα και την προσωπική επικοινωνία με το τέκνο» της Νομοπαρασκευαστικής Επιτροπής Οικογενειακού δικαίου που συνεστήθη με την Απόφαση Υπουργού Δικαιοσύνης 11547901-κ/Φ.342 (ΦΕΚ 252/8.4.2020).

εδάφιο της προτεινόμενης νέας ΑΚ 1515 § 2, σύμφωνα με το οποίο μπορεί το δικαστήριο να αποφασίσει διαφορετικά, δηλαδή να αναθέσει και στον πατέρα ή μόνον στον πατέρα την άσκηση της γονικής μέριμνας, αν αυτό επιβάλλεται από το συμφέρον του τέκνου, δηλαδή χωρίς άλλη προϋπόθεση, **ακόμη και με αντίθετη γνώμη** της μητέρας και χωρίς να συντρέχουν οι σημερινοί λόγοι, δηλαδή να *έπαυσε η γονική μέριμνα της μητέρας ή αυτή να αδυνατεί να την ασκήσει για νομικούς ή πραγματικούς λόγους ή να υπάρχει συμφωνία των γονέων*. Συνεπώς, επί αντιδικίας ως προς την πατρότητα του τέκνου, κανόνας είναι η *άσκηση* από τη μητέρα και η *εξαίρεση η ανάθεση* από το δικαστήριο.

Η νέα ρύθμιση φαίνεται απλή και έχει υπέρ αυτής ότι βελτιώνει τη θέση και των δύο γονέων απέναντι στο παιδί, δηλαδή στην ουσία του πατέρα. Επίσης δεν “τιμωρεί” τον πατέρα για την αντιδικία, αφού μπορεί να ζητήσει από το δικαστήριο και αυτός άσκηση της γονικής μέριμνας, ανεξαρτήτως των εχθρικών αισθημάτων της μητέρας απέναντι του. Κατεξοχήν πάντως αρμόζει σε ζεύγη που συζούν χωρίς να έχουν σκοπό να συνάψουν γάμο ή σύμφωνο συμβίωσης. Από την παρουσίαση της νομολογίας αυτό φαίνεται πάντοτε ότι δεν αποτελεί τον κανόνα και η σχέση των γονέων του εκτός γάμου τέκνου συνήθως δεν είναι καλή. Η συμβίωση και των δύο συντρόφων έχει διακοπεί χωρίς προοπτικές επανένωσης. Επίσης πληθαίνουν και οι περιπτώσεις στις οποίες και οι δύο γονείς είναι ακατάλληλοι και το δικαστήριο πρέπει να αφαιρέσει την άσκηση και να την αναθέσει σε τρίτο.

Ρεαλιστικότερη αντιμετώπιση θα ξεκινούσε από το ότι η μητέρα ασκεί τη γονική μέριμνα του εκτός γάμου τέκνου ή τουλάχιστον την επιμέλεια, όπως και πριν από την αναγνώριση. Αν υπάρχει συμφωνία των γονέων ή δικαστική απόφαση, μπορεί να υπάρξει συνεπιμέλεια ή ανάθεση της επιμέλειας στον έναν από τους δύο ή και στους δύο, με καθορισμό των πεδίων και αρμοδιοτήτων του καθενός. Η δικαστική απόφαση **δεν θα εκκινεί** από την άποψη που είναι κρατούσα μέχρι σήμερα, δηλαδή ότι **κατ’εξαίρεση**, ο πατέρας μπορεί να ζητήσει την κοινή άσκηση, εάν συντρέχουν **εξαιρετικοί** λόγοι που συνδέονται απαραίτητως με την **ακαταλληλότητα της μητέρας** και την **καταλληλότητα του πατέρα**. Το κέντρο βάρους μετατίθεται στην **καταλληλότητα και των δύο** και στην πραγματική δυνατότητα ασκήσεως της επιμέλειας. Έτσι ο πατέρας που ζητεί να συμμετέχει στην επιμέλεια θα αποδείξει την δική του καταλληλότητα, με άλλα λόγια **και** ότι μπορεί **και** ότι θέλει να συμμετέχει. Εάν βεβαίως ζητεί την αποκλειστική άσκηση, θα αποδείξει **και την ακαταλληλότητα της μητέρας**.

Θα μπορούσε να υποστηριχθεί ότι αυτή η πρόταση έχει το μειονέκτημα ότι εξομοιώνει την αντιδικία με τη μη αντιδικία. Αυτό όμως είναι στοιχείο που θα λάβει σοβαρά υπόψη το δικαστήριο κατά την ανάθεση της επιμέλειας. Η ανηλεής αντιδικία, η οποία με τα σημερινά μέσα της διαπίστωσης της πατρότητας δεν μπορεί να οφείλεται σε αμφιβολίες για την πατρότητα, δεν μπορεί

να συνηγορεί για τη συνεπιμέλεια ή την ανάθεση στον πατέρα.

Ως προς τις υπόλοιπες προτεινόμενες αλλαγές στα άρθρα 1519 (νέα ρύθμιση- ειδικές πράξεις επιμέλειας), 1520 (δικαίωμα επικοινωνίας) και 1532 (κακή άσκηση γονικής μέριμνας) θα είχα να παρατηρήσω τα εξής:

Η νέα ΑΚ 1519 (Μεταβολή του τόπου διαμονής), η οποία προσετέθη με το άρθρο. 139 ν. 4714/2020, ορίζει ότι *«Μεταβολή του τόπου διαμονής του τέκνου, που επιδρά ουσιωδώς στο δικαίωμα επικοινωνίας του γονέα με τον οποίο δεν διαμένει το τέκνο, απαιτεί προηγούμενη συμφωνία των γονέων ή προηγούμενη οριστική δικαστική απόφαση μετά από αίτημα οποιουδήποτε από τους γονείς. Το δικαστήριο μπορεί να διατάξει κάθε πρόσφορο μέσο»*. Κατά την προτεινόμενη από το Σχέδιο Νόμου νέα ΑΚ 1519 (Ειδικές πράξεις επιμέλειας), *«Όταν η επιμέλεια ασκείται από τον έναν γονέα ή έχει γίνει κατανομή της μεταξύ των γονέων, οι αποφάσεις για την ονοματοδοσία και το θρήσκευμα του τέκνου, για ζητήματα της υγείας του εκτός από τα επείγοντα και εντελώς τρέχοντα, καθώς και για ζητήματα εκπαίδευσης που επιδρούν αποφασιστικά στο μέλλον του λαμβάνονται και από τους δύο γονείς από κοινού. Οι διατάξεις των άρθρων 1510 τρίτη παράγραφος και 1512 εφαρμόζονται και σε αυτήν την περίπτωση. § 2: Για τη μεταβολή του τόπου διαμονής του τέκνου που επιδρά ουσιωδώς στο δικαίωμα επικοινωνίας του γονέα με τον οποίο δεν διαμένει το τέκνο απαιτείται προηγούμενη έγγραφη συμφωνία των γονέων ή προηγούμενη δικαστική απόφαση που εκδίδεται μετά από αίτηση ενός από τους γονείς. Το δικαστήριο μπορεί να διατάξει κάθε πρόσφορο μέτρο.»*

Η διάταξη επιθυμεί να εξασφαλίσει τη συμμετοχή του γονέα ο οποίος δεν ασκεί την γονική μέριμνα σε σημαντικές αποφάσεις για τον ανήλικο, όπως η ονοματοδοσία, τα σοβαρά ζητήματα υγείας και η αλλαγή του τόπου διαμονής. Η εφαρμογή στα τέκνα εκτός γάμου δεν είναι τόσο απλή και ιδίως είναι ανεφάρμοστη εάν προηγήθηκε **αντιδικία** ως προς την αναγνώριση της πατρότητας. Και στις υπόλοιπες περιπτώσεις ενδέχεται να παρουσιασθούν προβλήματα, ιδίως όταν επιδεικνύεται αδιαφορία για την τύχη του τέκνου εκ μέρους του αναγνωρίσαντος πατέρα και παρ'αυτά η μητέρα πρέπει να αναζητεί την συναπόφαση. Για το λόγο αυτό θα πρότεινα να περιορίζεται στις περιπτώσεις που η συμφωνία ή το δικαστήριο **ανέθεσε** άσκηση γονικής μέριμνας και στον πατέρα. Δηλαδή στην ουσία **δεν εφαρμόζεται η ΑΚ 1519** στα εκτός γάμου τέκνα, διότι αν ανατεθεί άσκηση γονικής μέριμνας και στον πατέρα, ούτως ή άλλως θα πρέπει να λαμβάνεται υπόψη η γνώμη του.

Ως προς το **δικαίωμα επικοινωνίας**, η προτεινόμενη ΑΚ 1520 διευρύνει το δικαίωμα ως προς τον γονέα με τον οποίο δεν διαμένει το τέκνο, τους απώτερους ανιόντες και τους τρίτους. Η διάταξη εφαρμόζεται και στα εκτός γάμου τέκνα, το δικαστήριο όμως θα λάβει υπόψη όλες τις παραμέτρους, όπως την ύπαρξη οικογένειας στον εκτός γάμου πατέρα, για να διευκολύνεται η ανάπτυξη δεσμών και με τα αδέρφια του ανηλίκου και με τους παππούδες του από την πατρική γραμμή.

Ως προς την κακή άσκηση της γονικής μέριμνας, η προτεινόμενη αλλαγή στη διατύπωση της ΑΚ 1532 διατηρεί τις παλαιές περιπτώσεις, αλλά προσθέτει και νέες οι οποίες αναφέρονται κυρίως στη μη διευκόλυνση της επικοινωνίας και στην αρνητική εικόνα με αποδέκτη τον ανήλικο που δημιουργεί ο ένας γονέας σε βάρος του άλλου. Και οι νέες περιπτώσεις εφαρμόζονται στα εκτός γάμου τέκνα και είναι άλλο το ζήτημα αν υπάρχει ανάγκη νομοθετικής αλλαγής.

Ε. Συμπεράσματα

Το ισχύον δίκαιό μας διακηρύττει ότι η γονική μέριμνα των τέκνων εκτός γάμου ανήκει και ασκείται από τη μητέρα. Σε περίπτωση αναγνώρισης, μπορεί και ο πατέρας να ασκήσει με απόφαση του δικαστηρίου γονική μέριμνα, αν είναι δικαιολογημένο και επιβάλλεται από το συμφέρον του τέκνου. Το ίδιο ισχύει και όταν έχει προηγηθεί αντιδικία του πατέρα ως προς την αναγνώριση, μόνον όμως εάν έχει παύσει η γονική μέριμνα της μητέρας ή αυτή αδυνατεί να την ασκήσει. Η συμφωνία των γονέων σε κάθε περίπτωση μπορεί να έχει ως αποτέλεσμα την κοινή άσκηση της γονικής μέριμνας ή την άσκηση από τον πατέρα, δηλαδή «καταργεί» ακόμη και την προηγούμενη αντιδικία.

Η ελληνική νομολογία εμμένει σταθερά στο ότι η άσκηση της γονικής μέριμνας ανατίθεται στον πατέρα μόνον όταν αποδεικνύεται σοβαρή **ακαταληλότητα της μητέρας**, οφειλόμενη συνήθως σε ασθένεια ή αδιαφορία και γενικότερα κακή συμπεριφορά προς το τέκνο **σε συνδυασμό με ειλικρινές ενδιαφέρον και κατάλληλες συνθήκες στον εξ αναγνώρισεως πατέρα**.

Κριτήριο για την κοινή άσκηση της γονικής μέριμνας ή την ανάθεση της άσκησης μόνον στον πατέρα, το οποίο μπορεί να γεφυρώσει την απόσταση μεταξύ των γονέων είναι το συμφέρον του τέκνου. Αν οι γονείς μένουν από μακριού μαζί, αυτό συνηγορεί κατά κανόνα **υπέρ της κοινής άσκησης** της γονικής μέριμνας. Αντίθετως, αν λείπει **η ικανότητα συνεργασίας** αυτό είναι αντίθετο με το συμφέρον του τέκνου. Η **έλλειψη ενδιαφέροντος του πατέρα**, η μη χορήγηση διατροφής και η μη δυνατότητα συνεργασίας και συναποφάσεως είναι **στοιχεία που αποκλείουν την κοινή άσκηση, διότι αυτή αντίκειται στο συμφέρον του τέκνου**. Αντιστρόφως, η αδιαφορία της μητέρας σε συνδυασμό και με την έλλειψη σταθερής κατοικίας, συνηγορούν υπέρ της ανάθεσης της άσκησης στον πατέρα.

Ως προς την επικοινωνία του τέκνου με τον γονέα με τον οποίο δεν διαμένει, ο καθορισμός του χρόνου, συχνότητας και διάρκειας της επικοινωνίας πρέπει να μην επιβαρύνει την ισορροπία και τη σταθερότητα του περιβάλλοντος στο οποίο αναπτύσσεται το τέκνο, αλλά και να διασφαλίζει την ουσιαστική επικοινωνία. Θα ληφθούν υπόψη η ηλικία και η ωριμότητα του τέκνου,

οι υποχρεώσεις του γονέα, η νέα του ή η υπάρχουσα οικογένεια, η γεωγραφική απόσταση, οι σχέσεις των γονέων, η ηθική και η υγεία του δικαιούχου. Ενώ βασικό κριτήριο είναι το συμφέρον του τέκνου, το αληθές νόημα της ΑΚ 1520 δεν είναι ότι το δικαίωμα επικοινωνίας αποβλέπει πάντοτε ανεξαιρέτως προς το συμφέρον του τέκνου, ούτε ότι το συμφέρον του τέκνου υποχωρεί μπροστά στο δικαίωμα επικοινωνίας.

Σε αντίθεση με το πρόσφατο Σχέδιο Νόμου που εκκινεί σε περίπτωση αναγνώρισεως από την κοινή άσκηση της γονικής μέριμνας, στην εργασία προτείνεται να **διατηρεί η μητέρα** την άσκηση της επιμέλειας. Αν υπάρχει συμφωνία των γονέων ή δικαστική απόφαση, μπορεί να υπάρξει συνεπιμέλεια ή ανάθεση της επιμέλειας στον έναν από τους δύο ή και στους δύο, με καθορισμό των πεδίων και αρμοδιοτήτων του καθενός. Το κέντρο βάρους όμως μετατίθεται στην **καταλληλότητα και των δύο γονέων** και στην πραγματική δυνατότητα ασκήσεως της επιμέλειας. Το προτεινόμενο νέο άρθρο 1519 για την αναγκαστική συναπόφαση σε σοβαρά θέματα, κρίθηκε ότι δεν εξυπηρετεί τις συνθήκες αναπτύξεώς του εκτός γάμου τέκνου.

Η κοινωνική εξέλιξη δείχνει μετατόπιση προς την κοινή άσκηση της γονικής μέριμνας και στα εκτός γάμου τέκνα. Φαίνεται όμως συμφερότερο για το τέκνο, αυτή η κοινή άσκηση να γίνεται μετά από συμφωνία ή δικαστική απόφαση.

Ζητήματα από τον νόμο 4800/2021 Ιδίως οι αποφάσεις των γονέων¹

Δήμητρα Παπαδοπούλου - Κλαμαρή

Καθηγήτρια Νομικής Σχολής Ε.Κ.Π.Α.

I. Γενικά –Με τον νόμο 4800/2021 άρθρ. 7 κατά το νέο άρθρο 1513 ΑΚ, καθιερώνεται η συνέχιση της κοινής εκ μέρους των γονέων άσκησης της γονικής μέριμνας μετά το διαζύγιο κλπ., **εκ του νόμου** –νόμιμο σύστημα– δεν ρυθμίζει πλέον το θέμα αυτό δικαστική απόφαση, αλλά ο νόμος. Τι σημαίνει νόμιμο σύστημα; σημαίνει ότι η ρύθμιση ισχύει, αν οι γονείς δεν ορίσουν άλλως. Είναι ένα *opt – out* σύστημα, αν δηλαδή, δεν υπάρχει συμφωνία των γονέων, ισχύει η συνεπιμέλεια, η συνδιαχείριση της περιουσίας και συνεκπροσώπηση του ανηλίκου.

Πρόκειται επομένως για μία διάταξη ενδοτικού δικαίου. Επιτρέπεται αντίθετη συμφωνία των γονέων, για την οποία μάλιστα υπάρχει πρόβλεψη (άρθρο 1514 § 1 – άρθρο 8 ν. 4800). Η προβλεπόμενη στην ΑΚ 1514 § 1 ΑΚ συμφωνία είναι αυτοτελής. Δεν αποκλείεται επίσης το θέμα της επιμέλειας να προβλέπεται στη συμφωνία που συνοδεύει υποχρεωτικά το συναινετικό διαζύγιο (της οποίας πλέον το ελάχιστο περιεχόμενο είναι ο ορισμός του τόπου διαμονής, ο γονέας με τον οποίο θα διαμένουν τα ανήλικα τέκνα, η επικοινωνία και η διατροφή). Αν τυχόν δεν περιλαμβάνεται σ' αυτήν τη συμφωνία η ρύθμιση της γονικής μέριμνας, θα ισχύσει η κατά νόμο από κοινού άσκηση. Άρα, κατά την γνώμη μου, η κατ' άρθρο 4 του ν. 4800 ΑΚ 1441 § 2 κατά τούτο δεν ακριβολογεί διότι, λόγω της νέας ρύθμισης της ΑΚ 1513, αν δεν υπάρχει ρύθμιση με συμφωνία, ισχύει το νόμιμο σύστημα.

II. Από κοινού και εξίσου –Στο νομοσχέδιο που εισήγαγε ο Υπουργός προς ψήφιση στην Βουλή, το νέο άρθρο 1513 ΑΚ είχε τη διατύπωση: στις περιπτώσεις διαζυγίου «... και οι δύο γονείς εξακολουθούν να ασκούν από κοινού και **εξίσου** την γονική μέριμνα». Πολλά λέχθηκαν για το «εξίσου», ότι αυτό δήθεν στήριζε την **ισόχρονη** κατανομή της γονικής μέριμνας, ώστε να μένει το παιδί

1 Επειδή πρόκειται για πολύ πρόσφατο νόμο, δεν υπάρχει ακόμη ειδική βιβλιογραφία ή νομολογία. Ο νόμος θεσπίζει ενιαίες έννομες συνέπειες σε κάθε περίπτωση που στο πραγματικό του εντάσσει οποιαδήποτε μορφή διάσπασης της συμβίωσης των γονέων (ΑΚ 1513, συνεπεία διαζυγίου, διαστάσεως, ακύρωσης γάμου, λύσεως συμφώνου συμβίωσης). Για τον λόγο αυτόν στο κείμενο της μελέτης, προς αποφυγή επαναλήψεων, χρησιμοποιούνται εναλλάξ και αδιακρίτως οι αντίστοιχοι τεχνικοί όροι.

ίσο χρόνο με τον έναν και τον άλλον γονέα. Ο υπουργός ούτε διέψευσε, ούτε επιβεβαίωσε τα όσα είχαν συζητηθεί για την έννοια του «εξίσου». Μένει στα δικαστήρια να την προσδιορίσουν.

Κατά την γνώμη μου, η έννοια του «εξίσου» είναι ποσοτική, αλλά δεν αναφέρεται στον χρόνο. Σημαίνει ότι αποδίδεται ίση αξία στον καθένα από τους ασκούντες την γονική μέριμνα, ο ίδιος σεβασμός και αναγνώριση της συμβολής του στην άσκηση της γονικής μέριμνας. Είναι εξίσου γονείς και οι δύο, ανεξάρτητα με ποιόν μένει το παιδί, κανένας δεν είναι πιο πολύ γονέας από τον άλλον. Έχουν εξίσου σημαντικό ρόλο και ίσης κοινωνικής σημασίας αναγνώρισης της συμβολής τους και οι δύο γονείς. Το κριτήριο είναι ποσοτικό, αλλά όχι με την χρονική έννοια, με την έννοια της σπουδαιότητας του ρόλου.

Στην αιτίαση μάλιστα, ότι η πιο πάνω διατύπωση δεν ήταν ακριβής, εφόσον οι γονείς εξακολουθούσαν κάτι το οποίο δεν υπήρχε πριν (: το σχέδιο νόμου όριζε: «εξακολουθούν να ασκούν από κοινού και εξίσου την γονική μέριμνα, ενώ στην ΑΚ 1510 –άσκηση γονικής μέριμνας κατά τον γάμο κλπ...– ορίζεται ότι οι γονείς ασκούν από κοινού (και όχι εξίσου) την γονική μέριμνα), η απάντηση ήρθε με την προσθήκη της λέξης «εξίσου» και στην ΑΚ 1510. Έτσι και το άρθρο 1510 ΑΚ ορίζει πλέον, μετά την τροποποίησή του, ότι: «Η μέριμνα για το ανήλικο τέκνο είναι καθήκον και δικαίωμα των γονέων (γονική μέριμνα) οι οποίοι την ασκούν από κοινού και εξίσου». Ίσως αυτή είναι η μόνη αλλαγή που επέφερε ο νόμος στις σχέσεις γονέων – τέκνων συνεστώσεως της συμβίωσης.

Δεν γνωρίζω, μετά την ψήφιση του νόμου, αν οι ασκούντες από κοινού την γονική μέριμνα γονείς συνεστώτος του γάμου κ.λ.π., αισθάνθηκαν κάποια διαφορά στις σχέσεις τους με το παιδί εξαιτίας της, πλέον, όχι μόνον από κοινού αλλά και «εξίσου» άσκησης της γονικής μέριμνας.

III. Πρώτη κατηγορία αποφάσεων των γονέων –Κατά την ΑΚ 1518 στην επιμέλεια περιλαμβάνονται ιδίως η ανατροφή, η επίβλεψη, η μόρφωση, η εκπαίδευση καθώς και ο προσδιορισμός του τόπου διαμονής του ανηλίκου. Άρα ένα ατέρμον σύνολο υλικών πράξεων, νομικών πράξεων και καταστάσεων (π.χ. ανάλογα με την ηλικία του τέκνου, η διατροφή, η βοήθεια στην λήψη της τροφής, η καθαριότητα, το παιχνίδι, η βοήθεια στην μελέτη, η ψυχαγωγία, η σύναψη των συμβάσεων προμήθειας των αναγκαίων για την ζωή και την ανάπτυξη του τέκνου ειδών, η σύναψη συμβάσεων εκπαίδευσης, ιατρικής αρωγής, μεταφοράς, η παροχή στέγης, θέρμανσης (καταλλήλου) οικιακού περιβάλλοντος, η ψυχική συνδρομή, η φροντίδα, η περίθαλψη, η απάντηση των ερωτήσεων, η επίβλεψη κατά την ψυχαγωγία, η επαφή με άλλα πρόσωπα του οικογενειακού ή φιλικού περιβάλλοντος κλπ) αναρίθμητες υλικές ή νομικές πράξεις που συνιστούν την ανατροφή, επίβλεψη, μόρφωση κλπ και εν τέλει

την επιμέλεια του προσώπου του τέκνου. Σε τι συνίσταται η από κοινού άσκηση της επιμέλειας; Το θέμα αυτό ανακύπτει και συνεστώς του γάμου των γονέων. Η από κοινού άσκηση σημαίνει, ότι οι γονείς ενεργούν όλες αυτές τις πράξεις μαζί; Όχι βέβαια. Η από κοινού άσκηση της γονικής μέριμνας και της επιμέλειας σημαίνει: α) συναπόφαση για όλα τα πιο πάνω, εν τέλει για τον τρόπο με τον οποίο μεγαλώνει το παιδί, β) εκτέλεση των κατ' ιδίαν πράξεων αδιακρίτως από τον έναν ή τον άλλο γονέα, αναλόγως με τις ανάγκες του τέκνου, αναλόγως προς την εγγύτητα τοπική και χρονική του τέκνου προς τον έναν ή τον άλλον γονέα.

Άρα η ΑΚ 1513 περιλαμβάνει κυρίως τη συναπόφαση των γονέων για την επιμέλεια (συνεπιμέλεια), την διοίκηση της περιουσίας του τέκνου (συνδιοίκηση) και την εκπροσώπηση (συνεκπροσώπηση) του τέκνου.

Επομένως η συνεπιμέλεια συνίσταται στο ότι οι γονείς, αποφασίζουν για όλα από κοινού και ότι, αδιακρίτως, μπορούν να ενεργούν υλικές ή νομικές πράξεις προς υλοποίηση των αποφάσεων αυτών. Από τον κανόνα αυτόν υπάρχουν δύο εξαιρέσεις:

Ο γονέας με τον οποίο μένει το τέκνο (και μάλιστα εκάστοτε), έχει δικαίωμα να αποφασίζει και να ενεργεί μόνος του τις πράξεις που είναι «συνήθεις» και που είναι επείγουσες. Αυτό συμβαίνει και συνεστώς του γάμου. Ενώ έχουμε κοινή άσκηση της γονικής μέριμνας, ο καθένας από τους γονείς επιχειρεί και μόνος του πράξεις που αναφέρονται στην καθημερινή ζωή του ανηλίκου καθώς και τις επείγουσες.

Οι αναφερόμενες στην καθημερινή ζωή πράξεις, οι «συνήθεις» πράξεις είναι όλες εκείνες που επαναλαμβάνονται, οι πράξεις ρουτίνας της ζωής του παιδιού.

Πρόκειται για έννοια του Αστικού Κώδικα, όπως αυτός ισχύει από το 1983, όπου ορίζεται (άρθρο 1516 § 1) ότι ο καθένας από τους γονείς επιχειρεί «μόνος του πράξεις αναφερόμενες στην άσκηση της γονικής μέριμνας 1. Όταν πρόκειται για συνήθεις πράξεις επιμέλειας του προσώπου του τέκνου ή για την τρέχουσα διαχείριση της περιουσίας του, ή για πράξεις που έχουν επείγοντα χαρακτήρα»².

Για τις πράξεις αυτές **ο γονέας με τον οποίο διαμένει το παιδί αποφασίζει μόνος του**.

Περιγραφικά και ενδεικτικά: Είναι οι αποφάσεις που αφορούν τι θα φάει το παιδί, πως θα ντυθεί, ποια ώρα θα παίξει και πότε θα διαβάσει, τι θα κάνει τον ελεύθερο δραστηριοτήτων χρόνο του, τι ρούχα θα αγοράσει, ποια παιχνίδια, η άδεια για απουσία από το σχολείο και η σχετική ειδοποίηση του σχολείου όταν πρόκειται για απλή ασθένεια του ανηλίκου, η επίσκεψη στον γιατρό για

2 Γεωργιάδης, ΟικΔ², σ. 572 § 30.21· Κοτζάμπαση, ΟικΔ, σ. 248· Κουμάντος, ΟικΔ, τ. Β' σ. 195· Κουνουγέρη-Μανωλεδάκη, ΟικΔ², τ. β' σ. 297· Λαδογιάννης, στην Γεωργιάδη ΣΕΑΚ 1516.2· Παπαχρίστου, ΟικΔ, σ. 346.

εμβολιασμό ή για μία ίωση, η επίβλεψη εκτέλεσης των σχολικών καθηκόντων του παιδιού, η παρακολούθηση των εξωσχολικών δραστηριοτήτων, η είσπραξη μισθώματος από ακίνητο που ανήκει στο παιδί και, γενικά, η απόφαση και εκτέλεση των επαναλαμβανόμενων δραστηριοτήτων που περιλαμβάνονται στο πρόγραμμα ζωής του παιδιού.

Το σύνολο των πράξεων αυτών συνιστά την καθημερινότητα του παιδιού. Και η ρύθμιση αυτή ενισχύει, κατά τη γνώμη μου, την συνεπιμέλεια, με το βλέμμα στραμμένο στην πραγματικότητα. Αφού οι γονείς δεν ζουν μαζί, δεν μπορούν και να επιχειρούν μαζί αυτές τις πράξεις, εξάλλου αυτό συμβαίνει και συνεστώσης της συμβίωσης των γονέων.

Οι δύο γονείς **συναποφασίζουν** μεν ότι το παιδί θα παρακολουθήσει μαθήματα αγγλικών κάθε Τρίτη και Πέμπτη 4-6 στο συγκεκριμένο φροντιστήριο.

Αλλά κάθε Τρίτη και Πέμπτη, ο γονέας με τον οποίο το παιδί διαμένει, συνοδεύει το παιδί στο φροντιστήριο ή το περιμένει να γυρίσει ή προετοιμάζει τα μαθήματά του. Αν το παιδί διαμένει με την μητέρα και ο πατέρας έχει δικαίωμα επικοινωνίας, αυτά ισχύουν για τον χρόνο που το παιδί βρίσκεται με τον έναν ή τον άλλον γονέα, για τον αντίστοιχο λόγο.

Η σκέψη της νομοπαρασκευαστικής επιτροπής που πρότεινε τη ρύθμιση αυτήν, ήταν να μην διαταραχθεί η ζωή του παιδιού μετά το διαζύγιο, διάσταση κλπ., για τα μικρά, καθημερινά επαναλαμβανόμενα θέματα και τα επείγοντα. Αλλά, δεν μπορεί κανείς να αγνοήσει ότι οι γονείς δεν ζουν πιά μαζί και ότι το παιδί ζει (εκάστοτε) με έναν εξ αυτών! Ό,τι έκανε ο κάθε γονέας μόνος του κατά την διάρκεια του γάμου σύμφωνα με το 1516 ΑΚ, εξακολουθεί, και μετά το διαζύγιο, κλπ. να το κάνει μόνος του.

Στην καθημερινή ζωή οι καθημερινές πράξεις διαδέχονται η μία την άλλη με μία σειρά που δεν έχει τίποτα το συνταρακτικό. Το σχέδιο της Επιτροπής προέβλεπε για την διευκόλυνση του γονέα που έχει μαζί του το παιδί (και κατά την άσκηση του δικαιώματος επικοινωνίας και κατά την ενδεχόμενη εναλλασσόμενη διαμονή) ότι μπορεί να αποφασίζει και ενεργεί μόνος του τις πράξεις αυτές.

Δεν ευνοεί κάποιον από τους δύο γονείς αυτή η ρύθμιση, επιβάλλεται από την φύση των πραγμάτων και είναι συμφυής προς την καθιέρωση της συνεπιμέλειας, ενώ οι γονείς ζουν χωριστά. Διότι το παιδί βρίσκεται κάθε φορά μόνον με τον έναν εκ των γονέων, λόγω της διάστασης, διαζυγίου κλπ.

Όμως, ο νέος νόμος έχει περιλάβει μία, κατά την γνώμη μου, λανθασμένη ρύθμιση. Ενώ μετά την λύση του γάμου κ.λ.π., ισχύουν τα ανωτέρω για τις καθημερινές/συνήθειες και τις επείγουσες πράξεις, ο νόμος (1513 ΑΚ εδ. β') ορίζει ότι ο γονέας με τον οποίο διαμένει το παιδί ενεργεί μόνος του αυτές τις πράξεις «κατόπιν προηγούμενης ενημέρωσης του άλλου γονέα». Αυτό σημαίνει μια εξαντλητική, ανώφελη, στρεσογόνα και πρόσφορη για έναρξη διαπληκτισμών διαδικασία, που συνίσταται στην υποχρέωση του γονέα με τον

οποίο διαμένει το παιδί, να ενημερώνει τον άλλο γονέα για κάθε βήμα της καθημερινής ζωής του παιδιού ή για το ημερήσιο πρόγραμμα του παιδιού, με αποτέλεσμα ο γονέας να μην έχει ως προτεραιότητα τη μέριμνα για το παιδί αλλά την ενημέρωση του άλλου γονέα!!!

Αν οι γονείς θέλουν να τηρήσουν την υποχρέωση αυτή του νόμου, εν τέλει θα δίνουν ο ένας στον άλλον –και κυρίως αυτός που βρίσκεται περισσότερες ώρες με το παιδί, ο γονέας με τον οποίο το παιδί διαμένει– πλήρη στοιχεία και της καθημερινής δικής του ζωής με έναν προσβλητικό για την προσωπικότητά του τρόπο. Μέσω δηλαδή του προγράμματος του παιδιού θα γίνεται, ειδικά όταν τα παιδιά είναι μικρά, έμμεση ενημέρωση και για το καθημερινό πρόγραμμα ζωής του άλλου γονέα. Η καθιέρωση της υποχρέωσης αυτής δείχνει καχυποψία και δυσπιστία για τον γονέα με τον οποίο διαμένει το παιδί, του οποίου αμφισβητείται εκ των προτέρων η επάρκεια και η ικανότητα κρίσεως, και μάλιστα σε θέματα ήσσονος σημασίας, συνιστά δε άνιση αντιμετώπιση του υπόχρεου σε ενημέρωση γονέα, ίσως δε είναι και ελεγκτή συνταγματικά (4 Σ)³.

Κατά την γνώμη μου η ρύθμιση αυτή είναι ανεφάρμοστη και υποσκάπτει/υπονομεύει τον θεσμό της συνεπιμέλειας. Επί πλέον πάσχει, διότι αφίσταται της γενικής διάταξης 1516 ΑΚ που ισχύει κατά την διάρκεια της έγγαμης συμβίωσης, όπως αυτή ερμηνεύεται, σύμφωνα με την οποία ο κάθε γονέας ασκεί μόνος του τις συνήθεις πράξεις επιμέλειας του προσώπου του ανήλικου, την τρέχουσα διαχείριση της περιουσίας του και τα επείγοντα. Ομόφωνα η θεωρία δέχεται ότι, κατ' εξαίρεση από την διάταξη 1510 ΑΚ για την κοινή άσκηση της γονικής μέριμνας, ο κάθε γονέας μπορεί να αποφασίζει και να ενεργεί μόνος τις καθημερινές πράξεις που αφορούν τον ανήλικο. Και κανένας δεν υποστηρίζει **την εκ των προτέρων** ενημέρωση του άλλου γονέα (βλ. πιο πάνω). Ο γονέας με τον οποίο διαμένει το τέκνο μετά τη διάσταση κλπ. βρίσκεται σε δυσμενέστερη θέση γι' αυτές τις πράξεις από τον γονέα που ζει σε συμβίωση, εφόσον θα πρέπει, σύμφωνα με τον νόμο, να ενημερώνει προηγουμένως τον άλλον γονέα, ως εάν η μετά τη διάσταση, διαζύγιο κλπ. συνεπιμέλεια να είναι... «πιο συνεπιμέλεια» από αυτήν που ισχύει κατά την διάρκεια του γάμου!

Ίσως δε, πρέπει πλέον να γίνει η σκέψη, ότι αυτή η ρύθμιση (προηγούμενη ενημέρωση του άλλου γονέα) επηρεάζει και την ερμηνεία της ίδιας της διάταξης στην οποία γίνεται παραπομπή, την 1516 ΑΚ, δηλ. μήπως πλέον και κατά την διάρκεια του γάμου ο γονέας, προτιθέμενος να ενεργήσει μόνος του τις συνήθεις πράξεις, πρέπει να ενημερώνει προηγουμένως τον σύζυγό του!

Το ίδιο ισχύει για τις επείγουσες πράξεις, αλλά για διαφορετικό λόγο. Πράγματι, οι επείγουσες πράξεις μπορούν να γίνονται και από τον έναν γονέα, όχι όμως διότι είναι συνήθεις, αλλά διότι δεν είναι προς το συμφέρον του

3 Βλ. και την πολύ αναλυτική έκθεση της Επιστημονικής Υπηρεσίας της Βουλής, σ. 14-15.

παιδιού να αναμένεται η σύμπραξη σε συναπόφαση του άλλου γονέα, όταν υπάρχει επείγουσα περίπτωση (π.χ. ατύχημα, αιμορραγία, αιφνίδιος κίνδυνος κατάρρευσης του ακινήτου, πλημμύρα σε ακίνητο του ανηλίκου). Νομίζω, επομένως, ότι και συνεστώτος του γάμου αλλά και κυρίως μετά τη διάσταση, διαζύγιο κλπ., ο γονέας που βρίσκεται με το τέκνο αποφασίζει και ενεργεί μόνος προς αποτροπή του κινδύνου, αλλά οφείλει να ενημερώσει τον άλλον γονέα αμέσως μόλις αυτό είναι δυνατόν⁴.

Πως, στα αλήθεια θα γίνεται η ενημέρωση; Με το τηλέφωνο, με μήνυμα, ηλεκτρονικά; Και πότε; Κάθε πρωί, ως είδος ημερήσιου προγράμματος ή πριν από κάθε μία πράξη; Και αν αλλάξει το ανακοινωθέν πρόγραμμα, τι θα γίνει; Αν π.χ. το παιδί το μεσημέρι είναι κουρασμένο και δεν πάει στο πάρκο, όπως έχει αναγγελθεί, θα το οδηγήσει στο πάρκο ο γονέας ή έχει εκ νέου υποχρέωση να ενημερώσει τον άλλο γονέα;

Με το σύστημα αυτό, ο γονέας με τον οποίο διαμένει το παιδί, δεν θα ασχολείται με αυτό, αλλά θα ασχολείται με την ενημέρωση του άλλου γονέα!!

Όταν έχει μεσολαβήσει διάσταση ή διαζύγιο, ο κίνδυνος διαφωνιών και διπληκτισμών μεταξύ των γονέων είναι αυξημένος και πρέπει όχι να υποθάλπεται η έριδα με την νομοθετική ρύθμιση, αλλά να βρίσκεται τρόπος αποφυγής της. Η τελευταία περίοδος του άρθρου 1513 ΑΚ του νέου νόμου μπορεί να υπονομεύσει στην πράξη την κοινή άσκηση της επιμέλειας μετά το διαζύγιο. Πάρα πολύ σύντομα, οι γονείς θα καταλήγουν, ιδίως αυτός με τον οποίο διαμένει το παιδί, στο δικαστήριο, ζητώντας την ρύθμιση της άσκησης της γονικής μέριμνας κατά ΑΚ 1514 § 2.

Προσωπικά, δεν φοβάμαι τον τρόπο εφαρμογής της διάταξης, διότι η διάταξη δεν μπορεί να εφαρμοστεί. Τρέμω όμως στην ιδέα, ότι θα βρεθούν γονείς και δικηγόροι που θα επικαλεστούν την παράλειψη εφαρμογής της από τον γονέα με τον οποίο διαμένει το παιδί.

Έγραφε ο σοφός Βασίλειος Οικονομίδης⁵ για τα κριτήρια του καλού νόμου «*Αρεταί του νόμου εισίν το είναι τον νόμον ακόλουθον τη φύσει, δυνατόν τοις πράγμασι και συμφέροντα τη κοινωνία...*».

Η σχετική διάταξη, κατά το σημείο τούτο φοβάμαι, δεν διαθέτει αυτές τις αρετές.

IV. –Δεύτερη κατηγορία αποφάσεων είναι όλες οι υπόλοιπες αναγκαίες αποφάσεις για το παιδί. Δηλαδή όλες οι άλλες αποφάσεις πλην των υπό III

4 Γεωργιάδης, ΟικΔ² § 30.21· Κουμάντος, ΟικΔ τ. II, 3.3.6.32 επ. σ. 195, 196· Κουνουγέρη – Μανωλεδάκη, ΟικΔ⁷ σ. 291· Παπαχρίστου, ΟικΔ σ. 349 επ., Κοτζαμπάση, ΟικΔ σ. 248· Λαδογιάννης σε Γεωργιάδη ΣΕΑΚ 1516.6.

5 Στοιχεία ΓΑ, σ. 10 επ.

αναφερόμενων. Αυτές λαμβάνονται από κοινού από τους γονείς. Ποιές είναι αυτές; οι μη καθημερινές, οι μη συνήθειες π.χ. σε ποιο σχολείο θα φοιτήσει το παιδί, σε ποιες εξω-σχολικές δραστηριότητες θα λάβει μέρος, ποιος γιατρός θα το παρακολουθεί, ποιες συναναστροφές θα έχει, πώς θα γιορτάσει τα γενέθλιά του, το οικονομικό επίπεδο γενικά στο οποίο θα κινούνται τα δώρα που θα προσφέρει, γενικά η διατροφή κλπ., ποιά ξένη γλώσσα θα διδαχθεί, αν θα πάει κατασκήνωση, ταξίδι στο εξωτερικό, αν θα κάνει ορθοδοντική θεραπεία, φυσιοθεραπεία, λογοθεραπεία, ενισχυτική διδασκαλία και με ποιόν ειδικό· θα αποφασιστεί επίσης από κοινού η εκμίσθωση ενός ακινήτου του παιδιού, μια εκτενής επισκευή αυτού.

Βεβαίως, όταν όλα αυτά συναποφασιστούν από τους γονείς, εντάσσονται στο καθημερινό πρόγραμμα του ανηλίκου, γίνονται «συνήθειες» πράξεις (ανωτέρω υπό ΙΙΙ) και η επίβλεψη και εκτέλεση αυτών ανήκει αποκλειστικά στον γονέα με τον οποίο διαμένει το παιδί.

Ποιές πράξεις ανήκουν στην πρώτη κατηγορία και ποιές στην δεύτερη, μπορεί να αποτελεί εριζόμενο ζήτημα μεταξύ των γονέων. Η διαφωνία θα λυθεί με βάση την ισχύουσα ΑΚ 1512, δηλ. με απόφαση του δικαστηρίου και ίσως διαμεσολάβηση που έχει εν τω μεταξύ καθιερωθεί. Μετά από ένα κύμα διαφωνιών συνολικά στην δικαστηριακή πράξη και ειδικά σε κάθε περίπτωση γονέων, πολύ γρήγορα κατά τη γνώμη μου, οι γονείς θα αντιληφθούν ότι είναι προς το συμφέρον του παιδιού και των ιδίων να επιδιώκουν συναινετικές λύσεις. Η συμβολή των δικηγόρων σ' αυτό το σημείο, θα είναι καθοριστική. Προτείνεται συχνά η υπογραφή parental plan – συμβάσεων ανατροφής – για τις αποφάσεις που αφορούν το παιδί. Δεν μπορούν να αποκλειστούν. Δυσπιστώ ωστόσο προς τις συμβάσεις ανατροφής για πολλούς λόγους. Πιστεύω ότι μπορούν να υπονομεύσουν τον θεσμό της συνεπιμέλειας, αν οι δύο γονείς δεν είναι ισότιμοι οικονομικά και κοινωνικά.

Οι αποφάσεις της πρώτης κατηγορίας (υπό ΙΙΙ) λαμβάνονται πάντα από τον γονέα με τον οποίο διαμένει το παιδί, είτε υπάρχει συνεπιμέλεια, είτε αποκλειστική επιμέλεια, είτε υπάρχει εναλλασσόμενη κατοικία ή ασκείται δικαίωμα επικοινωνίας κλπ.

Αν οι γονείς αποφασίσουν ή αν το δικαστήριο αποφασίσει ότι ο ένας εκ των γονέων έχει την αποκλειστική άσκηση της γονικής μέριμνας ή την αποκλειστική επιμέλεια, οι πράξεις της δεύτερης κατηγορίας (υπό ΙV) αποφασίζονται από τον γονέα που έχει την αποκλειστική επιμέλεια ή την αποκλειστική άσκηση της γονικής μέριμνας, όπως ισχύει σήμερα.

Προσωπικά πιστεύω ότι το σημείο αυτό της συναπόφασης για μια ευρεία κατηγορία πράξεων (όλες οι μη καθημερινές) είναι και το χαρακτηριστικό της συνεπιμέλειας, ισχύει δε και στην περίπτωση που η κατοικία του παιδιού ορίζεται μόνον με τον έναν γονέα, ενώ ο άλλος έχει απλώς δικαίωμα επικοινωνί-

ας, όσο και στην περίπτωση κατά την οποία είτε λόγω συμφωνίας των γονέων, είτε λόγω δικαστικής απόφασης, ισχύει η ισόχρονη κατανομή της επιμέλειας και η εναλλασσόμενη διαμονή.

Παρατηρούμε επομένως ότι με την καθιέρωση της συνεπιμέλειας για μια μεγάλη κατηγορία πράξεων, για τις οποίες υπό το καθεστώς που ισχύει στην πράξη, σήμερα, της αποκλειστικής επιμέλειας, αρμόδιος είναι ο γονέας που έχει την επιμέλεια, απαιτείται πλέον συναπόφαση των δύο γονέων. Σε αυτή την κατηγορία περιλαμβάνονται όλες οι αποφάσεις για πράξεις που δεν είναι καθημερινές.

V. – Τέλος, υπάρχει μία τρίτη κατηγορία αποφάσεων, τις οποίες, σε κάθε περίπτωση οι γονείς λαμβάνουν πάντα από κοινού· ούτως ή άλλως στην συνεπιμέλεια, αλλά ακόμη και αν έχει αποφασιστεί από τους γονείς ή το δικαστήριο η αποκλειστική άσκηση της επιμέλειας από τον έναν γονέα. Είναι οι γνωστές λεγόμενες **αποφάσεις «του πυρήνα» της γονικής μέριμνας**, ανεξάρτητες από την επιμέλεια, όπως έχει δεχθεί η νομολογία με ευκαιρία το όνομα και το θρήσκευμα και δέχεται ομόφωνα η θεωρία⁶. Μόνον εάν ο γονέας έχει εκπέσει της γονικής μέριμνας δεν συναποφασίζει γι' αυτές.

Είναι πολύ σοβαρές αποφάσεις που συνήθως λαμβάνονται άπαξ: ο καθορισμός θρησκευματος ή μή και ποιού (όχι όμως και η άσκηση λατρείας την οποία συνεπάγεται το επιλεγέν θρήσκευμα, αυτή επιφυλάσσεται για τον ασκούντα την αποκλειστική επιμέλεια γονέα), η ονοματοδοσία. Αλλά και άλλες αποφάσεις, για τις οποίες δεν υπάρχει νομολογία π.χ. η απόφαση που επηρεάζει αποφασιστικά το μέλλον του παιδιού, αν π.χ. θα ετοιμαστεί για τις πανελληνίες εξετάσεις ή θα προετοιμαστεί για σπουδές στο εξωτερικό. Αν θα ακολουθήσει τεχνικό ή μουσικό λύκειο, αν θα εξαιρεθεί από τους εμβολιασμούς, αν θα πρέπει να κάνει μια σοβαρή θεραπεία (π.χ. ορμονική για αύξηση ύψους, χημειοθεραπεία, αν θα ακολουθήσει συγκεκριμένη διατροφή). Κατά τη γνώμη μου εκ των προτέρων (π.χ. με συμφωνία συναινετικού διαζυγίου, με συμφωνία ανατροφής), παραίτηση από την συναπόφαση γι' αυτές τις πράξεις, δεν χωρεί. Μόνον ενόψει συγκεκριμένης απόφασεως για το συγκεκριμένο θέμα, χωρεί ένα είδος εξουσιοδότησης στον άλλον γονέα να ενεργήσει μόνος. Υπό την έννοια αυτήν, η σχετική διάταξη είναι αναγκαστική δικαίου.

Υπήρξε ένα ερώτημα, αν οι πράξεις αυτές θα έπρεπε να καταγραφούν αποκλειστικά, ενδεικτικά ή να περιγραφούν με μια αόριστη έννοια, π.χ. οι πολύ σοβαρές πράξεις, οι μη επαναλαμβανόμενες πράξεις. Η επιτροπή (και ο νό-

6 Υπό το ισχύον καθεστώς. Γεωργιάδης, ΟικΔ² § 31.4 και σημ. 3, Κουμάντος, ΟικΔ τ. II, 3.4.1.32 επ., σ. 202 επ. ιδίως σ. 207· Κουνουγέρη – Μανωλεδάκη, ΟικΔ⁷, σ. 320 επ.· Παπαχρίστου, ΟικΔ σ. 339 επ.· Κοτζαμπάση, ΟικΔ § 24 σημ. 139. Βλ. επίσης την Έκθεση της Επιστημονικής Υπηρεσίας της Βουλής, σ. 16. Λαδογιάννης στην Γεωργιάδη, ΣΕΑΚ 1518.12.

μος) επέλεξε να καταγράψει τις πράξεις, κατά την γνώμη μου ενδεικτικά. Έτσι, ίσως και η απόφαση, αν το ανήλικο παιδί θα «εργαστεί» ως φωτομοντέλο ή ως επαγγελματίας ποδοσφαιριστής, νομίζω ότι πρέπει να ανήκει στους δύο γονείς.

VI.- Χωρίς να ανήκει στον πυρήνα της γονικής μέριμνας και οι δύο γονείς αποφασίζουν επίσης ειδικά την **αλλαγή κατοικίας του γονέα και του παιδιού**, όταν αυτή η αλλαγή επηρεάζει σημαντικά το δικαίωμα επικοινωνίας του άλλου γονέα. Η ρύθμιση είχε περιληφθεί στο προσχέδιο που συζητήσε η νομοπαρασκευαστική επιτροπή και η ρύθμιση έχει εισαχθεί ήδη από τον Αύγουστο του 2020 στον ΑΚ, 1519 § 2⁷.

Ειδικά προβλέπεται η αλλαγή διαμονής του παιδιού. Είναι αυτονόητο ότι, στο πλαίσιο της συναπόφασης, και η αλλαγή διαμονής πρέπει να συναποφασιστεί. Αλλά, αν ο γονέας έχει την αποκλειστική επιμέλεια, ο προσδιορισμός του τόπου διαμονής του παιδιού ανήκει σ' αυτόν που ασκεί την αποκλειστική επιμέλεια (1518 ΑΚ § 1 εν τέλει). Ανακύπτει επομένως το ζήτημα μόνον επί αποκλειστικής επιμέλειας. Σ' αυτήν την περίπτωση, το δικαίωμα του γονέα να προσδιορίσει τη διαμονή του παιδιού περιορίζεται από το δικαίωμα επικοινωνίας του άλλου γονέα (1519 ΑΚ § 2). Έτσι, ο γονέας που έχει επιμέλεια και το παιδί μπορούν να μεταβάλουν ελεύθερα την διαμονή τους, αν δεν βλάπτεται ουσιωδώς το δικαίωμα επικοινωνίας του άλλου γονέα. Δεν πρόκειται μόνον για θέμα χιλιομετρικής αποστάσεως, αλλά για την επίδραση της αλλαγής διαμονής στην άσκηση του δικαιώματος επικοινωνίας, π.χ. δυσκολία πρόσβασης από το ένα κοντινό νησί σε άλλο, καμία δυσκολία πρόσβασης σε μεγαλύτερη απόσταση εντός Αττικής.

Επισημαίνεται ότι δεν εμποδίζεται εν τέλει η μετακίνηση του επιμελητή γονέα, εξαρτάται όμως από την συμφωνία του γονέα που έχει την επιμέλεια με τον γονέα που έχει επικοινωνία ή από δικαστική απόφαση. Άρα, πρακτικά, ο προτιθέμενος να αλλάξει διαμονή με το παιδί γονέας, ενημερώνει τον γονέα που έχει το δικαίωμα επικοινωνίας για την επικείμενη αλλαγή διαμονής και επιδιώκει την συμφωνία του. Συνήθως, τότε θα αλλάζει και η άσκηση του δικαιώματος επικοινωνίας, κατά χρόνο (π.χ. αραιότερα και μακρότερα διαστήματα, πιθανόν κατανομή ανάμεσα στους δύο γονείς, του κόστους το οποίο θα προκύψει από τον νέο τρόπο άσκησης του δικαιώματος επικοινωνίας).

Αν η συμφωνία είναι ανέφικτη, ο προτιθέμενος να αλλάξει διαμονή γονέας θα προσφύγει στο δικαστήριο, προβάλλοντας τους λόγους αλλαγής της

7 Βλ. αναλυτικά για το θέμα Παπαδοπούλου – Κλαμαρή στον τ. τ. Κουνουγέρη – Μανωλεδάκη 2016, σ. 313 - 354· **Την ίδια**, Η νέα σύσταση του Συμβουλίου της Ευρώπης... σχετικά με την μετακίνηση του παιδιού σε: Το πρόσωπο και η οικογένεια στο δίκαιο και την κοινωνία (επιμ. Σ. Βρέλλης), 2017, σ. 45 επ.

διαμονής (π.χ. ανεύρεση εργασίας σε άλλη πόλη ή και χώρα, μετάθεση, νέος γάμος, επανασύνδεση με την γενέτειρα κ.ο.κ.).

Το δικαστήριο οφείλει, νομίζω, να είναι πολύ ευαίσθητο με το θέμα αυτό. Αφενός διότι τίθεται επί τάπητος και η προσωπική ελευθερία του επιμελητή – γονέα να μετακινηθεί, αλλά και διότι, όπως σε όλες τις δίκες που αφορούν το παιδί, πρέπει να προστατευθεί πρώτα το συμφέρον του παιδιού. Αν θα μπορούσε να γίνει μια ιεράρχηση θα ήταν κατά τη γνώμη μου συμφέρον του παιδιού – ελευθερία μετακίνησης του γονέα που έχει την επιμέλεια – δικαίωμα επικοινωνίας του άλλου γονέα. Πολλοί παράγοντες πρέπει να σταθμιστούν. Π.χ. η ευκολία πρόσβασης του έχοντος δικαίωμα επικοινωνίας γονέα, έστω και με οικονομικό κόστος, το οποίο πρέπει να κατανεμηθεί με κάποιο τρόπο (π.χ. μετακίνηση από την Αθήνα στο Ηράκλειο, πρόσθετα έξοδα ταξιδιού, ξενοδοχείου, τόσο για την διαμονή του γονέα, όσο και ως χώρου επαφής με το παιδί), η αλλαγή περιβάλλοντος για το παιδί, η αποκοπή από συγγενείς, η αλλαγή σχολείου και λοιπών δραστηριοτήτων, η μετακίνηση του παιδιού σε χώρα της αλλοδαπής με αμφίβολης αποτελεσματικότητας αναγνώριση και εκτέλεση αλλοδαπών αποφάσεων, ο λόγος της αλλαγής διαμονής (π.χ. υπηρεσιακή μετάθεση, την οποία δεν μπορεί να αρνηθεί ο επιμελητής γονέας) κ.ο.κ. Κατά τη γνώμη μου, ενώ η σχετική δίκη ξεκινάει με δεδομένη (υπάρχει η απόφαση αποκλειστικής επιμέλειας) την καταλληλότητα του επιθυμούντος να μετακινηθεί γονέα μπορεί, ανάλογα και με τη στάση του έχοντος την επικοινωνία γονέα, να καταλήξει ακόμα και σε αλλαγή του προσώπου του γονέα που έχει την επιμέλεια.

Τέτοιου τύπου δίκες, είναι δύσκολες, ιδίως για μετακινήσεις στην αλλοδαπή και ιδίως για χώρες εκτός Ευρωπαϊκής Ένωσης, διότι λανθασμένη εκτίμηση μπορεί είτε να αποξενώσει εντελώς το παιδί από τον έναν γονέα, είτε να περιορίσει την ελευθερία κινήσεως του άλλου γονέα.

Παρόμοιες υποθέσεις έχουν ήδη απασχολήσει τα δικαστήρια και προσωπικά πιστεύω ότι θα δημιουργηθεί μία σταθερή νομολογία, η οποία θα τίθεται ως βάση για την εκδίκαση κάθε επιμέρους υποθέσεως, ώστε να γίνονται οι αντίστοιχες προσαρμογές.

VII.- Βάσει άλλων διατάξεων (πλην αυτών της άσκησης της γονικής μέριμνας) οι γονείς δρουν υποχρεωτικά από κοινού π.χ. συναινούν και οι δύο στην υιοθεσία του παιδιού από τρίτον (1550 ΑΚ), αποφασίζουν για πράξεις που απαιτούν απόφαση του δικαστηρίου (1526, 1624, 1625 ΑΚ) συναινούν στην κρυσυντήρηση γενετικού υλικού του ανηλίκου (ν. 3305, άρθρο 7.6, εδ. β').

Οι ειδικές αυτές διατάξεις, δεν έχουν τροποποιηθεί.

Ιούλιος, 2021

Η σημασία του άρθρου 340 Ι 2 ΚΠολΔ για τη διαγνωστική δίκη – Θεμελιώδη ερμηνευτικά ζητήματα

Δημήτριος Α. Παπανικολάου

Δικηγόρος, Δ.Ν.

Ι. Μη πληρούντα τους όρους του νόμου αποδεικτικά μέσα

Η απόδειξη είναι η διαδικασία μέσω της οποίας ο δικαστής αίρει αμφιβολίες πρωτίστως, ως προς την έκβαση του κρίσιμου για τον σχηματισμό δικανικής πεποίθησης βιοτικού γεγονότος (ΚΠολΔ 335), ενίοτε δε και ως προς την υπόσταση αλλοδαπού δικαιοκού κανόνα ή ημεδαπού εθίμου (ΚΠολΔ 337).¹ Τα μέσα της απόδειξης συνιστούν τον τρόπο, με τον οποίο ο δικαστής αίρει τις αμφιβολίες του. Στην έννοια των μέσων απόδειξης υπάγονται τόσο οι φορείς των κρίσιμων για τη διάγνωση πληροφοριών, όσο και η μέθοδος με την οποία καθίσταται δυνατή η πρόσληψη του περιεχομένου τους από τον δικαστή. Έτσι, το αποδεικτικό μέσο των μαρτύρων συνίσταται στο πρόσωπο του μάρτυρα (φορέας πληροφοριών) και στην εξέτασή του (τρόπος αντίληψης των γνωστών στον μάρτυρα πληροφοριών) από τον δικαστή. Αντίστοιχα, η πραγματογνωμοσύνη απαρτίζεται από το αντικείμενό της, την εξέτασή του από τον πραγματογνώμονα όπως και από την αξιολόγηση της γνωμοδότησης του τελευταίου ή ενδεχομένως και από την εξέταση του αντικειμένου της πραγματογνωμοσύνης ή την ακρόαση του πραγματογνώμονα από τον ίδιο τον δικαστή.²

1 Νικολόπουλος Γεώργιος, *Δίκαιο αποδείξεως*, Β' Έκδοση, Αθήνα – Θεσσαλονίκη 2012, σελ. 4 επ.· Jauernig Othmar/ Burkhard Hess, *Zivilprozessrecht*, 30. Auflage, München 2011, § 49 αρ. 2· Prütting, σε: Lüke Gerhard/ Prütting Hanns (επιμέλεια), *Lexikon des Rechts – Zivilverfahrensrecht*, 2. Auflage, Berlin 1995, σελ. 44. Για τις λοιπές χρήσεις του όρου απόδειξη βλ. Παπανικολάου Δημήτριο, *Η αξιοποίηση παρανόμως κτηθέντων αποδεικτικών μέσων και αποδείξεων στην πολιτική δίκη*, Αθήνα 2020, σελ. 7 με τις εκεί παραπομπές.

2 Με τον όρο αποδεικτικό μέσο αποδίδεται επομένως, τόσο η αξιοποιούμενη πηγή πληροφοριών, όσο και ο τρόπος με τον οποίο αυτή μπορεί να αξιοποιηθεί (απευθείας από τον δικαστή με τη χρήση κάποιων ή όλων των αισθήσεών του ή με τη συνδρομή άλλου –εξειδικευμένου– προσώπου). Η έννοια του αποδεικτικού μέσου δεν περιλαμβάνει και την ειδικότερη ρύθμιση της έγερσης της απόδειξης. Εντούτοις, ο ορισμός της έννοιας αποδεικτικό μέσο περιορίζεται συνήθως στον φορέα της πληροφορίας (πρβλ. Δέδε, NoB 1988, 109 επ.· Rosenberg Leo/ Schwab Karl Heinz/ Gottwald Peter, *Zivilprozessrecht*, 18. Auflage, München 2018, § 111 αρ. 19· Prütting, υποσημ. 1, σελ. 46). Υπό αυτήν τη σκοπιά δεν είναι δόκιμος ο χαρακτηρισμός της πραγματογνωμοσύνης ή αντίστοιχα, της αυτοψίας ως αποδεικτικών

Ο ΚΠολΔ εισάγει την έννοια των *μη πληρούντων τους όρους του νόμου αποδεικτικών μέσων* στα άρθρα 340 Ι 2 και 469 ΙΙ 1, ενσωματώνοντας την προϋφιστάμενη θεωρητική και νομολογιακή τους κατασκευή.³ Με τον επιθετικό προσδιορισμό *μη πληρούντα* (επίσης *ελαττωματικά* και σπανιότερα *ατελή*)⁴ αποδίδονται τα επώνυμα (υποστατά)⁵ αποδεικτικά μέσα, για τα οποία δεν έχουν τηρηθεί οι νόμιμες διατυπώσεις παραγωγής τους,⁶ οι νόμιμες δηλαδή προϋποθέσεις του επιτρεπτού τους ή οι διαδικαστικοί όροι της αποδεικτικής τους ισχύος.⁷ Η μη τήρηση των προϋποθέσεων του επιτρεπτού συνίσταται στην παραβίαση κανόνων, που θέτουν προσκόμματα στην έγερση της απόδειξης ή/και στην αξιοποίηση του πορίσματός της (π.χ. ΚΠολΔ 399⁸, 400⁹ και – προ του Ν. 2915/2001 – ΚΠολΔ 393, 394¹⁰). Ανάγεται επομένως στην παραβίαση αποδεικτικών απαγορεύσεων.¹¹ Η αθέτηση των προϋποθέσεων της αποδεικτικής

μέσων. Μέσα απόδειξης θα συνιστούν, κατ' ακριβολογία, το αντικείμενο της πραγματογνωμοσύνης, ενίοτε και ο ίδιος ο πραγματογνώμονας ή αντίστοιχα, το αντικείμενο της αυτοψίας.

3 Βλ. σχετ. Νικολόπουλο, υποσημ. 1, σελ. 285 επ.

4 Ο όρος *ατελή αποδεικτικά μέσα* υποδηλώνει και τα δικαστικά τεκμήρια. Βλ. Νίκας Νικόλαο, Εγχειρίδιο πολιτικής δικονομίας, Αθήνα – Θεσσαλονίκη 2018, § 86 αρ. 2. Ως ισοδύναμο της έννοιας *μη πληρούντα τους όρους του νόμου αποδεικτικά μέσα* χρησιμοποιείται ενίοτε και ο όρος *άκυρα αποδεικτικά μέσα*. Βλ. ΑΠ 455/2014 ΤΝΠ Ισοκράτης· Νίκας, ο. π., § 86 αρ. 2.

5 Νίκας, υποσημ. 4, § 88 αρ. 1, 2. Τα αποδεικτικά δηλαδή μέσα, τα οποία κατονομάζονται ρητά ως τέτοια στον ΚΠολΔ ή σε άλλο νομοθέτημα και τα οποία ρυθμίζονται τυπολογικά, τυγχάνουν δηλαδή ρύθμισης ως προς τη δι' αυτών διεξαγωγή της αποδεικτικής διαδικασίας.

6 ΑΠ 15/2001 ΕλλΔνη 2003, 937· ΑΠ Ολ 15/2003 ΝοΒ 2004, 1169 με παρατ. Δωρή· Ράμμος Γεώργιος, Εγχειρίδιον αστικού δικονομικού δικαίου, Τόμος Β', Αθήνα 1980, σ. 807 επ· Νίκας, υποσημ. 4, § 88 αρ. 1, 7· Παϊσίδου, ΕλλΔνη 2002, 647, 651 επ· Νικολόπουλος, υποσημ. 1, σελ. 369 επ.

7 Παϊσίδου, ΕλλΔνη 2002, 647, 650, 651· Κολοτούρος, ΧρΙΔ 2003, 193, 207 επ· Καλαβρός, ΧρΙΔ 2005, 5, 10 επ· Νίκας, υποσημ. 4, § 88 αρ. 1· πρβλ. επίσης Τσαντίνη, ΧρΙΔ 2005, 697, 699 επ.

8 Νίκας Νικόλαος, Πολιτική δικονομία, Τόμος Β', Αθήνα – Θεσσαλονίκη 2005, σελ. 571.

9 ΑΠ 731/2011 ΤΝΠ Νόμος· Νίκας, υποσημ. 8, σελ. 571· αναφορικά με την καταργηθείσα διάταξη του ΚΠολΔ 400 3 βλ. ΑΠ 887/1990 ΕλλΔνη 1991, 985, 985· 981/1994 ΕλλΔνη 1996, 603, 603· 1442/2008 ΤΝΠ Ισοκράτης· 455/2014 ΤΝΠ Ισοκράτης. Αντίθετα ΑΠ 80/2007 ΤΝΠ Ισοκράτης (αφορά σε ΚΠολΔ 400 αρ. 1)· 1744/2009 ΤΝΠ Ισοκράτης (αφορά σε ΚΠολΔ 400 αρ. 2).

10 ΑΠ 1354/1998 ΕλλΔνη 1999, 296, 297· 173/2005 ΕλλΔνη 2006, 496. Από τον Ν. 2915/2001 και εφεξής, η αξιοποίηση των μη πληρούντων τους όρους του νόμου αποδεικτικών μέσων τίθεται υπό την επιφύλαξη των ΚΠολΔ 393, 394.

11 Για την έννοια της *αποδεικτικής απαγόρευσης* βλ. κατωτέρω υπό ΙΙΙ. Δεν ενδιαφέρει το δογματικό θεμέλιο του ανεπίτρεπτου (της αποδεικτικής απαγόρευσης). Διατυπώνεται (ενδεικτικά Παϊσίδου, ΕΠολΔ 2008, 461, 463 με παραπομπές· Νίκας, υποσημ. 4, § 88 αρ. 8) ότι δεν αξιοποιούνται ως μη πληρούντα τους όρους του νόμου αποδεικτικά μέσα τα μη επιτρεπό-

ισχύος στοιχειοθετείται, όταν παραβιάζονται διατάξεις, που συνδέονται ρητά με την επάρκεια του αποδεικτικού μέσου να συντελέσει στον σχηματισμό δικανικής πεποίθησης (π.χ. ΚΠολΔ 443¹², 447¹³, 449¹⁴) ή όταν παραβιάζονται άλλες διατάξεις, που αφορούν, όχι στη δυνατότητα της έγερσης της απόδειξης ή της αξιοποίησης της, αλλά στην κατ' ιδίαν διεξαγωγή της και συνδέονται σιωπηρά με την ικανότητα του μέσου να στηρίξει την κρίση του δικαστή (π.χ. ΚΠολΔ 408¹⁵).¹⁶

Με βάση τα ανωτέρω, ο όρος *μη πληρούντα* τους όρους του νόμου αποδεικτικά μέσα περιλαμβάνει ελαττώματα που αφορούν στον ίδιο τον φορέα των πληροφοριών (π.χ. ανυπόγραφο ή ανεπικύρωτο έγγραφο), περιλαμβάνει όμως ακόμη ελαττώματα της κατ' ιδίαν διαδικασίας της απόδειξης, της έγερσης –διεκπεραίωσης και της αξιοποίησής της (π.χ. εξέταση εξαιρετέου μάρτυρα, μη όρκιση του μάρτυρα). Στις δύο τελευταίες περιπτώσεις, το ελάττωμα δεν αφορά, για την ακρίβεια, στον φορέα πληροφοριών τον οποίον προσλαμβάνει ο δικαστής, αλλά στην αποδεικτική διαδικασία– στο αποδεικτικό πόρισμα, ώστε πρόκειται κατ' ακριβολογία για *μη πληρούσα τους όρους του νόμου* ή *ελαττωματική απόδειξη*.

μενα από τον νόμο μέσα ή τα αθεμίτως κτηθέντα. Η θέση αυτή περιορίζει αντίστοιχα την έννοια των ελαττωματικών μέσων απόδειξης κατά τα άρθρα 340 Ι 2 και 469 ΙΙ 1 ΚΠολΔ. Αφενός όμως, τα μη πληρούντα τους όρους του νόμου αποδεικτικά μέσα συνιστούν (και) αποδεικτικά μέσα για τα οποία δεν έχουν τηρηθεί οι όροι του επιτρεπτού τους και συνεπώς, δεν είναι επιτρεπτά εκ του νόμου (ΚΠολΔ 399, 400). Αφετέρου, η αθέμιτη (κατά παράβαση δηλαδή των κανόνων του ουσιαστικού δικαίου) κτήση αποδεικτικών μέσων καθαυτή δεν συνεπάγεται τη μη αξιοποίησή τους. Προϋπόθεση αποτελεί η ύπαρξη κανόνα που προβλέπει ή από τον οποίον μπορεί να συναχθεί η σχετική έννομη συνέπεια και κατά τούτο, θεσπίζει όρο του επιτρεπτού του αποδεικτικού μέσου (λεπτομερώς Δ. Παπανικολάου, υποσημ. 1, σελ. 45 επ., 137 επ.). Δεν διαφαίνεται λογικά ή δογματικά σκόπιμη ή αναγκαία η διάκριση σε όρους του επιτρεπτού, που εντάσσονται εννοιολογικά στο άρθρο 340 Ι 2 ΚΠολΔ και σε όρους, που δεν άπτονται των ελαττωματικών κατά ΚΠολΔ 340 Ι 2 μέσων απόδειξης, ρυθμίζουν όμως επίσης, το επιτρεπτό των μέσων απόδειξης. Αν κάθε σχετικός με το επιτρεπτό του αποδεικτικού μέσου όρος κάμπτεται από το άρθρο 340 Ι 2 ΚΠολΔ ή αν υπάρχουν αποκλίσεις, είναι ζήτημα ερμηνείας. Η αποκοπή από την έννοια των ελαττωματικών αποδεικτικών μέσων κάποιων μεμονωμένων ελαττωμάτων μόνον νοηματικά – εννοιολογικά προβλήματα μπορεί να προκαλέσει.

12 ΑΠ Ολ 15/2003 ΝοΒ 2004, 1169 με παρατ. Δωρή· ΑΠ 15/2001 ΕλλΔνη 2003, 937· 2034/2009 ΤΝΠ Ισοκράτης.

13 ΑΠ Ολ 15/2003 ΝοΒ 2004, 1169 με παρατ. Δωρή· ΑΠ 2034/2009 ΤΝΠ Ισοκράτης.

14 ΑΠ 585/1999 ΕλλΔνη 2000, 54.

15 Νίκας, υποσημ. 8, σελ. 571.

16 Για την έννοια αποδεικτική ισχύς βλ. ακόμη ΑΠ Ολ 15/2003 ΝοΒ 2004, 1169· Musielak Hans – Joachim/ Stadler Max, Grundfragen des Beweisrechts, München 1984, αρ. 42. Οι διατάξεις οι σχετικές με την αποδεικτική δύναμη δεν πρέπει να συγχέονται με την έννοια των αποδεικτικών απαγορεύσεων. Βλ. κατωτέρω υπό IV.

Αν στην έννοια των ελαττωματικών μέσων απόδειξης υπάγονται και εκείνα, η χρήση των οποίων έχει αποκλειστεί συμβατικά (αποδεικτική σύμβαση), αποτελεί ειδικότερο ζήτημα, η απάντηση του οποίου πρέπει να λάβει υπόψη την ιδιαιτερότητα της δικονομικής συμφωνίας.¹⁷ Ο αποκλεισμός του αποδεικτικού μέσου απορρέει όχι από κανόνα δικαίου αλλά από συμφωνία, την οποία οφείλει να σεβαστεί ο δικαστής, στο πλαίσιο της ιδιωτικής αυτονομίας των διαδίκων μερών.¹⁸ Είναι, ήδη βάσει ορολογίας, άτοπο να γίνεται λόγος για μη πληρούν τους όρους του νόμου μέσο απόδειξης, όταν ο όρος του επιτρεπτού προκύπτει συμβατικά. Η δικονομική συμφωνία, η οποία αποκλείει κάποιο αποδεικτικό μέσο από τη διαγνωστική διαδικασία, αν και το καθιστά ανεπίτρεπτο κατά ΚΠολΔ 559 αρ. 11,¹⁹ θέτει συμβατικές, δεν θέτει νόμιμες προϋποθέσεις του επιτρεπτού, με τις οποίες είναι συνυφασμένα τα ελαττωματικά μέσα απόδειξης κατά το άρθρο 340 I 2 ΚΠολΔ. Ακόμη, ο διάδικος, που επικαλείται και προσκομίζει συμβατικά αποκλεισμένο αποδεικτικό μέσο, είναι δυνατόν να τεθεί αντιμέτωπος με την ένσταση κακόπιστης δικονομικής συμπεριφοράς (ΚΠολΔ 116 I, *venire contra factum proprium*), ένσταση στην οποία δεν μπορεί να αντιταχθεί το άρθρο 340 I 2 ΚΠολΔ.²⁰

17 Καταφατική απάντηση σε ΑΠ 383/2007 ΝοΒ 2008, 118, 119- 424/2011 ΤΝΠ Ισοκράτης.

18 Ενδεικτικά *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, υποσημ. 2, § 66 αρ. 4 επ.· *Schilken Eberhard*, *Zivilprozessrecht*, 7. Auflage, München 2014, αρ. 167 επ.

19 Βλ. κατωτέρω υπό V 4.

20 Για την έννοια της δικονομικής καλής πίστης βλ. συγκεντρωτικά Δ. Παπανικολάου, υποσημ. 1, σελ. 111 επ. Οι δικονομικές συμβάσεις έχουν καταρχήν εκπονητικό χαρακτήρα, επιφέρουν απευθείας την επιθυμητή δικονομική μεταβολή (πρβλ. *Schilken*, υποσημ. 18, αρ. 168 επ.· *Braun Johann*, *Lehrbuch des Zivilprozessrechts*, Tübingen 2014, σελ. 86 επ.· *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, υποσημ. 2, § 66 αρ. 2 επ.). Σε αυτό το πλαίσιο δεν υπάρχει περιθώριο για την επίκληση αντιφατικής συμπεριφοράς, αφού η δικονομική μεταβολή έχει ήδη επέλθει με την κατάρτιση της συμφωνίας. Η ένσταση αντιφατικής συμπεριφοράς προσιδιάζει στις σπάνιες περιπτώσεις που η δικονομική σύμβαση έχει υποσχετικό χαρακτήρα, οπότε η επέλευση της δικονομικού δικαίου έννομης συνέπειας προϋποθέτει πράξη ή παράλειψη του διαδίκου.

Οι αποδεικτικές συμβάσεις με αντικείμενο τον περιορισμό των δυνάμενων να χρησιμοποιηθούν μέσων απόδειξης έχουν εκπονητικό χαρακτήρα, οπότε δεν διαφαίνεται η δυνατότητα επίκλησης αντιφατικής συμπεριφοράς. Αν όμως γίνει δεκτό, ότι το άρθρο 340 I 2 ΚΠολΔ επιτρέπει τη χρήση του συμβατικά αποκλεισθέντος αποδεικτικού μέσου, τότε η ένσταση του *venire contra factum proprium* αποκτά νόημα και μπορεί να αντιταχθεί στη μη τήρηση των συμφωνηθέντων (πρβλ. *Zeiss Walter*, *Die arglistige Prozesspartei*, Berlin 1967, σελ. 100 επ.· *Zeiss Walter/ Klaus Schreiber*, *Zivilprozessrecht*, 12. Auflage 2014, αρ. 211 σελ. 94). Στην περίπτωση αυτή απαράδεκτη καθίσταται η ίδια η επίκληση - προσκομιδή του αποδεικτικού μέσου, οπότε το άρθρο 340 I 2 ΚΠολΔ δεν εφαρμόζεται (βλ. σχετικά κατωτέρω υπό III 3).

II. Δικαστικά τεκμήρια

Όμοια με τα ελαττωματικά μέσα απόδειξης, τα δικαστικά τεκμήρια συνιστούν νομολογιακή κατασκευή, την οποία στη συνέχεια υιοθέτησε ο νομοθέτης.²¹ Πρόκειται για *ανώνυμα* (άτυπα) αποδεικτικά μέσα, για πηγές πληροφοριών οι οποίες δεν μπορούν να ενταχθούν σε κάποιο από τα ονομαστικά προσδιορισμένα και τυπολογικά ρυθμισμένα στον ΚΠολΔ (ή αλλού) αποδεικτικά μέσα.²² Είναι συχνή η εσφαλμένη σύγχυση των δικαστικών τεκμηρίων ως αυτοτελών²³ μέσων απόδειξης (ΚΠολΔ 339) με την έμμεση ή διά τεκμηρίων απόδειξη ως μορφή διεκπεραίωσης του δικανικού συλλογισμού (αποδεικτικός λόγος, ΚΠολΔ 336 ΙΙΙ).²⁴ Ως ανώνυμα μέσα απόδειξης γίνονται δεκτά, μεταξύ άλλων, η κατάθεση μάρτυρα σε άλλη ποινική ή πολιτική δίκη ή κατά την ποινική προδικασία ή σε δίκη ασφαλιστικών μέτρων,²⁵ η πραγματογνωμοσύνη στο πλαίσιο άλλης δίκης,²⁶ δικαστικές αποφάσεις²⁷ καθώς και οι ένορκες βεβαιώσεις²⁸ ή οι υπεύθυνες δηλώσεις και βεβαιώσεις,²⁹ οι οποίες δεν δόθηκαν για να χρησιμοποιηθούν στην παρούσα δίκη.

Αν και η έννοια των δικαστικών τεκμηρίων παρουσιάζει σημαντικά προβλήματα,³⁰ είναι έννοια την οποία υιοθετεί ο νομοθέτης, τη συνδέει με ένομες συνέπειες (ΚΠολΔ 395) και τη χρησιμοποιεί δίπλα σε εκείνη των μη πληρούντων τους όρους του νόμου μέσων απόδειξης. Είναι ως εκ τούτου συ-

21 Για τη διαχρονική πορεία των δικαστικών τεκμηρίων βλ. εκτενώς *Παϊσίδου Νικολέττα*, Τα δικαστικά τεκμήρια στην πολιτική δικονομία, Θεσσαλονίκη 1991, ιδίως σ. 35-47, 67-123.

22 *Νικολόπουλος*, υποσημ. 1, σελ. 355 επ.· *Νίκας*, υποσημ. 4, § 86 αρ. 1. Δεδομένου ότι τα δικαστικά τεκμήρια έχουν ρητή αναφορά στον νόμο ως αποδεικτικά μέσα, το αποφασιστικό προσδιοριστικό τους στοιχείο είναι η απουσία τυπολογικής μορφής, ήτοι η έλλειψη πρόβλεψης της δι' αυτών διεξαγωγής της απόδειξης, με μοναδική εξαίρεση την απαγόρευση του ΚΠολΔ 395.

23 Η αυτοτέλεια αυτή, την οποία υποδηλώνει και η απαρίθμηση του ΚΠολΔ 339, δεν γίνεται πάντοτε αντιληπτή. Βλ. ενδεικτικά ΑΠ 842/2006 ΤΝΠ Ισοκράτης.

24 Για τη διάκριση των δικαστικών τεκμηρίων από τη διά τεκμηρίων ή έμμεση απόδειξη βλ. *Χριστοφορίδη*, ΝοΒ 1969, 471, 472· του ιδίου, ΝοΒ 1970, 892, 892 επ.· *Παπαδογιάννη*, ΝοΒ 1970, 629, 629 επ.· *Γέσιου-Φαλτσή* Πελαγία, Δίκαιο απόδειξης, 3^η Έκδοση, Αθήνα – Θεσσαλονίκη 1989, σελ. 227 επ.· *Μπέη*, Δ 1990, 406, 407.

25 ΑΠ 58/1993 ΕλλΔνη 1995, 1108· 25/2008 ΤΝΠ Ισοκράτης· ΕφΑθ 1471/2013 Αρμ 2014, 752, 754 επ.· ΠΠΡοδ 506/2000 Αρμ 2001, 770, 774 επ.

26 ΑΠ 211/2006 ΝοΒ 2006, 849, 853· 2019/2006 ΤΝΠ Ισοκράτης.

27 ΑΠ 156/2000 ΤΝΠ Ισοκράτης.

28 ΑΠ 430/2001 ΕλλΔνη 2001, 1559, 1560· 1531/2011 ΤΝΠ Ισοκράτης· 1906/2014 ΤΝΠ Νόμος.

29 ΑΠ 355/2001 ΕλλΔνη 2002, 112, 112· 667/2009 ΕλλΔνη 2011, 407, 407 επ.

30 Εκτενώς Δ. *Παπανικολάου*, υποσημ. 1, σελ. 26-34.

νεπές, τα *ανώνυμα αποδεικτικά* μέσα να διακρίνονται από τα *ελαττωματικά*.³¹ Τα δικαστικά τεκμήρια δεν συνιστούν εν γένει, ούτε μπορούν να συνιστούν, ήδη εξ ορισμού, παθογενή μέσα απόδειξης, καθότι δεν έχουν τυπολογική μορφή.³² Μεταπίπτουν στην έννοια των μη πληρούντων τους όρους του νόμου αποδεικτικών μέσων μόνο στην περίπτωση του ΚΠολΔ 395. Τα δικαστικά τεκμήρια δεν λογίζονται κατά τα λοιπά ως παθολογικές μορφές (άλλων) μέσων απόδειξης, ώστε να ταυτίζονται με την έννοια των ελαττωματικών αποδεικτικών μέσων. Δεν είναι εν τούτοις απαλλαγμένα από την προβληματική των ελαττωματικών μέσων απόδειξης,³³ όταν ανακύπτει, επί παραδείγματι, η αξιοποίηση ως δικαστικού τεκμηρίου της μαρτυρίας που δόθηκε σε άλλη δίκη, πρέπει να εξεταστεί, αν αυτή ήταν αξιοποιήσιμη στην αρχική δίκη παρά τη μη τήρηση λ.χ. του άρθρου 399 ΚΠολΔ. Το δικαστικό τεκμήριο δεν συνιστά μεν καθαυτό ελαττωματικό αποδεικτικό μέσο, μπορεί όμως ο φορέας πληροφοριών, που εν προκειμένω εμφανίζεται ως δικαστικό τεκμήριο, να έχει προκύψει σε άλλη δίκη (στην οποία χρησιμοποιήθηκε ως αποδεικτικό μέσο άλλης μορφής) συνεπεία παραβίασης δικονομικού κανόνα και ως εκ τούτου, να παρουσίαζε ελαττώματα, τα οποία έχουν αντίκτυπο σε αυτήν τη διαδικασία. Παρεμφερές είναι το πρόβλημα, όταν το αποδεικτικό μέσο που προορίζεται να χρησιμοποιηθεί στην παρούσα δίκη ως δικαστικό τεκμήριο, έχει προκύψει κατά τη διεξαγωγή άλλης δίκης, στην οποία όμως δεν είχαν εφαρμογή οι κανόνες περί του επιτρεπτού ή του υποστατού των μέσων απόδειξης (επειδή ίσχυε ελεύθερη απόδειξη).

31 *Νίκας*, υποσημ. 4, § 86 αρ. 2· *Γέσιου-Φαλτσή Πελαγία/ Απαλαγάκη Χαρίκλεια/ Αρβανιτάκης Πάρις*, Η νέα διαδικασία του ΚΠολΔ στον πρώτο και στον δεύτερο βαθμό μετά τους νόμους 2915/2001 και 3043/2002, Αθήνα – Θεσσαλονίκη 2004, σελ. 132· βλ. ακόμη *Δ. Παπανικολάου*, υποσημ. 1, σελ. 36 επ. Σχέση γένους-είδους καταφάσκουν οι *Κολοτούρος*, ΧρΙΔ 2003, 193, 211 υποσημ. 190· *Καλαβρός*, ΧρΙΔ 2005, 5, 9 επ.· *Τσαντίνης*, ΧρΙΔ 2005, 697, 699 επ. Σχέση εσωτερικά όμοιων εννοιών (εντασσόμενων δηλαδή στο ίδιο γένος) διατυπώνεται σε *Μαργαρίτης Μιχαήλ/ Μαργαρίτη Άντα*, Ερμηνεία Κώδικα Πολιτικής Δικονομίας, Έκδοση 2^η, Αθήνα 2018, 336 αρ. 7 επ. Για το άτοπο της κατάφασης της όποιας λογικής σχέσης ανάμεσα στα μη πληρούντα τους όρους του νόμου αποδεικτικά μέσα και στα δικαστικά τεκμήρια βλ. *Δ. Παπανικολάου*, υποσημ. 1, σελ. 36.

Σύγχυση προκαλεί η ενίοτε διατυπωμένη θέση αναφορικά με την αξιοποίηση μη πληρούντων τους όρους του νόμου αποδεικτικών μέσων προς συναγωγή δικαστικών τεκμηρίων ή ως δικαστικά τεκμήρια (βλ. ΑΠ 1602/2003 ΝοΒ 2004, 981, 982· 1744/2009 ΤΝΠ Ισοκράτης).

32 Δεν προβλέπεται συγκεκριμένη διαδικασία για την έγερση της διά δικαστικών τεκμηρίων απόδειξης, παρά μόνον η απαγόρευση του ΚΠολΔ 395.

33 Πρβλ. επίσης *Μανιώτη*, Αρμ 1989, 1189, 1191, 1194.

III. Αποδεικτικές απαγορεύσεις

1. Οι αποδεικτικές απαγορεύσεις αποτελούν δικαιικούς κανόνες με ρυθμιστικό αντικείμενο την ισχύ της έγερσης της απόδειξης ως δικαστικής διαδικαστικής πράξης (κατά συνέπεια και αντανakλαστικά την ισχύ του αιτήματος απόδειξης ως διαδικαστικής πράξης των διαδικών) ή/και τις προϋποθέσεις, υπό τις οποίες το πόρισμα της απόδειξης μπορεί να αποτελέσει θεμέλιο της δικανικής πεποίθησης. Σχηματικά έχουν τη διάρθρωση «εάν α+β, τότε δεν επιτρέπεται η έγερση της απόδειξης (κατ' επέκταση είναι απαράδεκτο το αίτημα της απόδειξης)» ή/και «εάν α+β, τότε δεν είναι επιτρεπτή η αξιοποίηση της απόδειξης». Βάσει των ανωτέρω, οι αποδεικτικές απαγορεύσεις διακρίνονται σε απαγορεύσεις έγερσης και απαγορεύσεις αξιοποίησης της απόδειξης.³⁴

Η έγερση της απόδειξης ως έννοια περιλαμβάνει τόσο την έναρξη (το «άνοιγμα») της αποδεικτικής διαδικασίας, εφόσον προς τούτο απαιτείται ειδική διαδικαστική ενέργεια (π.χ. απόφαση που διατάσσει πραγματογνωμοσύνη και διορίζει πραγματογνώμονα), όσο και τη διεκπεραίωσή της.³⁵

Οι αποδεικτικές απαγορεύσεις συνιστούν δικονομικούς κανόνες δικαίου, καθώς αφορούν στην έννομη σχέση της δίκης³⁶ και δη, τότε συγκεκριμένες διαδικαστικές πράξεις ασκούν επιρροή στη διαδικασία της απόδειξης ή τότε το αποτέλεσμα της απόδειξης μπορεί να αποτελέσει θεμέλιο της απόφασης. Κανόνες του ουσιαστικού δικαίου δεν δύνανται να θεμελιώσουν αυτοτελώς τέτοιου είδους απαγορεύσεις. Είναι όμως επίκαιροι κατά τη συστατική ερμηνεία ή την τελολογική συστολή δικονομικών διατάξεων που ρυθμίζουν την αποδεικτική διαδικασία.³⁷ Οι αποδεικτικές απαγορεύσεις μπορεί να είναι ρητές, να προκύπτουν δηλαδή άμεσα, μπορεί όμως να είναι έμμεσες, να προκύπτουν δηλαδή εξ αντιδιαστολής. Η τελευταία περίπτωση συντρέχει όταν ορισμένος κανόνας, χωρίς να απαγγέλλει ρητά

34 Ο ορισμός της αποδεικτικής απαγόρευσης δεν δίδεται όμως ομόφωνα. Βλ. *Prütting*, υποσημ. 1, σελ. 47· *Gössel*, NJW 1981, 2217, 2217· *Störmer*, JuS 1994, 334, 334 επ· *Schroth*, JuS 1998, 969, 969· *Kiethe*, MDR 2005, 965, 965· *Muthorst Olaf*, Das Beweisverbot, Tübingen 2009, σελ. 4 επ· *Müller Charlotte Helene*, Beweisverbot und Sachvortragsverbot, Tübingen 2019, σελ. 28 επ· *Segger-Piening*, ZZZ 132 (2019), 359, 361 επ· *Sydow Fritz*, Kritik der Lehre von den Beweisverboten, Würzburg 1976, σελ. 3 – 43.

35 Βλ. *Prütting*, υποσημ. 1, σελ. 48 επ.

36 Αναφορικά με τη διάκριση σε δικονομικούς και ουσιαστικούς κανόνες δικαίου, βλ. *Ράμμο Γεώργιο*, Εγχειρίδιον αστικού δικονομικού δικαίου, Τόμος Α', Αθήνα 1978, σελ. 3· *Henckel Wolfram*, Prozessrecht und materielles Recht, Göttingen 1970, σελ. 19 επ· *Blomeyer Arwed*, Zivilprozessrecht, 2. Auflage, Berlin 1985, § 1 II 1· *Braun*, υποσημ. 20, σελ. 1· *Schilken*, υποσημ. 18, αρ. 3, 5.

37 Δ. Παπανικολάου, υποσημ. 1, σελ. 45-52, 137-139.

την απαγόρευση, ρυθμίζει τις προϋποθέσεις έγερσης/εκτίμησης της απόδειξης.³⁸

Αν η αξιοποίηση της απόδειξης είναι απαγορευμένη, απαγορευμένη θα είναι, κατά λογική αναγκαιότητα, και η έγερσή της. Αντίθετα, η απαγόρευση έγερσης της απόδειξης δεν συνεπάγεται άνευ ετέρου το ανεπίτρεπτο της αξιοποίησης της παρόλα αυτά εγερθείσης απόδειξης.³⁹ Είναι μάλλον προφανές ότι το σημαντικό ερώτημα είναι το αξιοποιήσιμο ή μη του αποδεικτικού πορίσματος. Αν απαγορευμένη είναι μόνον η έγερση της απόδειξης, η αξιοποίηση του αποτελέσματος της τυχόν διεξαχθείσης απόδειξης δεν συνεπάγεται δικονομικό σφάλμα. Η απαγόρευση αξιοποίησης του αποδεικτικού πορίσματος δεν μπορεί εκ των πραγμάτων (εξ ορισμού) να συνιστά έννομη συνέπεια της απαγόρευσης έγερσης της απόδειξης. Τι θα συμβεί με το πόρισμα της αποδεικτικής διαδικασίας, είναι ζήτημα το οποίο εκφεύγει του κανόνα, που εισάγει την απαγόρευση έγερσης της απόδειξης. Τούτο δεν καθιστά την τελευταία *lex imperfecta*. Αντίθετα, η απαγόρευση έγερσης της απόδειξης διατηρεί τη σημασία της ως εμπόδιο για την επέλευση δικονομικών και λοιπών κυρώσεων που συνδέονται με τη μη σύμπραξη του διαδίκου ή τρίτου κατά την έγερση της (απαγορευμένης) απόδειξης. Αν λοιπόν υφίσταται σπουδαίος λόγος, για τον οποίον ο διάδικος αρνείται να συμπράξει κατά τη διεξαγωγή της αυτοψίας, η δυσμενής εκτίμηση της άρνησής του ως δικονομική κύρωση (άρθρα 363 εδ. α', 366 ΚΠολΔ) δεν νομιμοποιείται και η απόφαση καθίσταται εσφαλμένη. Αν τελικά το δικαστήριο μετέλθει τρόπους άμεσου ή έμμεσου εξαναγκασμού και ευοδωθεί η έγερση της απόδειξης, η στερούμενη νομιμοποίησης (κατά το δικονομικό δίκαιο) διεξαγωγή της αυτοψίας προσβάλλει έννομα συμφέροντα προστατευμένα από το ουσιαστικό δίκαιο και θεμελιώνει δυνητικά αξίωση αποζημίωσης. Τι θα συμβεί όμως με το κτηθέν αποδεικτικό πόρισμα αποτελεί ζήτημα, το οποίο αδυνατεί να απαντηθεί από τον κανόνα τον θεσπίζοντα την απαγόρευση της έγερσης της απόδειξης.

2. Η εισαγωγή αποδεικτικών απαγορεύσεων ανταγωνίζεται αφενός, την ορθή απονομή δικαιοσύνης (κατ' επέκταση την αξίωση παροχής έννομης προστασίας και την απονομή δικαιοσύνης ως θεσμό) και αφετέρου, το δικαίωμα ακρόασης υπό την ειδικότερη έκφασή του ως δικαιώματος απόδειξης.⁴⁰ Σμικραίνοντας το αποδεικτικό υλικό, στερεί από τον δικαστή πηγές γνώσης και από τα διάδικα μέρη μέσα προάσπισης των έννομων

38 Δ. Παπανικολάου, υποσημ. 1, σελ. 138.

39 Βλ. BGH NJW 2006, 1657, 1659· Schroth, JuS 1998, 969, 969, 973· Schneider Egon, Beweis und Beweiswürdigung, 5. Auflage, München 1994, αρ. 200.

40 Δ. Παπανικολάου, υποσημ. 1, σελ. 101 επ., 107, 141.

συμφερόντων τους. Η αναζήτηση της αλήθειας και το δικαίωμα απόδειξης δεν αποτελούν, ωστόσο, αδιαπραγμάτευτες πτυχές της αποτελεσματικής και δίκαιης δίκης.⁴¹ Ως γενικός κανόνας ισχύει ότι η αποδεικτική απαγόρευση δεν είναι ασυμβίβαστη με μία λειτουργική και δίκαιη δίκη, όταν συνεπεία αυτής η διαγνωστική διαδικασία δεν καθίσταται γενικά και, εκ των προτέρων (εξ ολοκλήρου ή έστω για κατηγορία υποθέσεων) απρόσφορη να οδηγήσει σε αληθή διάγνωση. Αν η αδυναμία ορθής διάγνωσης είναι μεμονωμένη, ήτοι αφορά σε συγκεκριμένη δίκη, το φαινόμενο αυτό καλύπτεται από τη ratio της κατανομής του αντικειμενικού βάρους απόδειξης (και αντίστοιχα, των υποκειμενικών βαρών απόδειξης και επίκλησης).⁴²

3. Δεν συνιστούν αποδεικτικές απαγορεύσεις οι διατάξεις, που αντανakλούν την αρχή της οικονομίας της δίκης και επιτάσσουν την έγκαιρη συγκέντρωση των μέσων επίθεσης και άμυνας (βλ. 237 Ι, ΙΙ ΚΠολΔ). Αν και το αποτέλεσμα είναι κατ' ουσία ίδιο με αυτό των αποδεικτικών απαγορεύσεων: η μη λήψη υπόψη από τον δικαστή των μέσων απόδειξης (που προσκομίστηκαν καθυστερημένα), η κύρωση που συνοδεύει τη μη οικονομική διεξαγωγή της δίκης αφορά καταρχάς σε διαδικαστική πράξη του διαδίκου (αίτημα της απόδειξης), ενώ οι αποδεικτικές απαγορεύσεις αφορούν πρωτίστως σε διαδικαστική πράξη του δικαστή (έγερση της απόδειξης) ή στη νοητική διεργασία της εκτίμησης της απόδειξης. Τα αποδεικτικά μέσα, των οποίων η επίκληση – προσκομιδή πραγματοποιείται καθυστερημένα, δεν καθίστανται ύλη της δίκης και για τον λόγο αυτόν δεν λαμβάνονται υπόψη, όχι εξαιτίας αποδεικτικής απαγόρευσης. Αντίστοιχα ισχύουν για τις διατάξεις, οι οποίες προβλέπουν τον νόμιμο τρόπο επίκλησης – προσκομιδής των μέσων απόδειξης.

IV. Κανόνες αποδεικτικής ισχύος

Ως *αποδεικτική ισχύς* νοείται η συμβολή του μέσου απόδειξης στον σχηματισμό της δικανικής κρίσης.⁴³ Οι κανόνες αποδεικτικής ισχύος συνιστούν επίσης δικονομικούς κανόνες (και δη γνήσιους δικανικούς)⁴⁴ με αντικείμενο, πώς πρέπει να εκτιμήσει ο δικαστής το αποδεικτικό μέσο, ήτοι ποια είναι ακριβώς η συμβολή του αποδεικτικού μέσου κατά τον σχηματισμό δικανικής πεποίθησης.

41 Δ. Παπανικολάου, υποσημ. 1, σελ. 101 επ., 107, 141.

42 Δ. Παπανικολάου, υποσημ. 1, σελ. 141.

43 Βλ. ΑΠ ΟΛ 15/2003 ΝοΒ 2004, 1169· Musielak/Stadler, υποσημ. 16, αρ. 42.

44 Για την έννοια των δικανικών κανόνων, βλ. Δ. Παπανικολάου, υποσημ. 1, σελ. 16 επ. με τις εκεί παραπομπές.

Οι κανόνες αυτοί καλούνται και *νομικές αποδείξεις*.⁴⁵ Οι κανόνες αποδεικτικής ισχύος όμως, δεν περιορίζονται μόνον στις νομικές αποδείξεις. Δεν εξαντλούνται μόνον στον δεσμευτικό προσδιορισμό της αξίας του αποδεικτικού μέσου, αλλά ορίζουν ενίοτε, πότε το αξιοποιούμενο αποδεικτικό μέσο μπορεί, γενικότερα, να έχει την όποια συμβολή στον σχηματισμό της δικανικής κρίσης.⁴⁶ Υπό αυτήν την έκφασή τους, οι κανόνες αποδεικτικής ισχύος συνιστούν, όπως και οι αποδεικτικές απαγορεύσεις, αποδεικτικούς περιορισμούς. Διαφέρουν όμως από τις δεύτερες. Δεν ορίζουν τι δύναται να αξιοποιηθεί από τον δικαστή, αλλά ποιοι όροι πρέπει να συντρέξουν, ώστε αξιοποιούμενο το αποδεικτικό μέσο να επηρεάσει τη δικαστική κρίση.

V. Κανονιστικό πλαίσιο των ελαττωματικών μέσων απόδειξης

1. Το άρθρο 340 I 2 ΚΠολΔ

α. Το άρθρο 340 I 2 ΚΠολΔ καθιστά τα ελαττωματικά αποδεικτικά μέσα εκτιμητέα, όχι απλώς εκτιμητή ύλη. Σε αντίθεση με την προγενέστερη διάταξη του άρθρου 270 II 2 ΚΠολΔ, σύμφωνα με την οποία ο δικαστής *μπορούσε* συμπληρωματικά να λαμβάνει υπόψη και να εκτιμά ελεύθερα και αποδεικτικά μέσα που δεν πληρούν τους όρους του νόμου, η εισαχθείσα με τον Ν. 4335/2015 διάταξη του άρθρου 340 I 2 ΚΠολΔ επισημαίνει εμφατικότερα, ότι ο δικαστής *λαμβάνει επίσης υπόψη* και εκτιμά ελεύθερα και τα αποδεικτικά μέσα που δεν πληρούν τους όρους του νόμου. Συνεπώς, η παραβίαση όρου του επιτρεπτού, ήτοι αποδεικτικής απαγόρευσης με αντικείμενο την *έγερση* της απόδειξης ή την *αξιοποίησή της* (εντός των διαγραφόμενων από τα άρθρα 393, 394 ΚΠολΔ ορίων) ή η τυχόν παραβίαση όρου της αποδεικτικής ισχύος δεν επηρεάζουν την αξιοποίηση του μέσου απόδειξης, το οποίο εκτιμάται ελεύθερα. Το άρθρο 340 I 2 ΚΠολΔ καθιερώνει κατά συνέπεια τον γενικό κανόνα του ανεπηρέαστου της αποδεικτικής διαδικασίας από τα ενδεχόμενα ελαττώματα των προς αξιοποίηση αποδεικτικών μέσων. Μένει να αναζητηθεί αν κατ' εξαίρεση κάποιο ελάττωμα οδηγεί στη μη αξιοποίηση του αποδεικτικού μέσου.

β. Ως κριτήρια για την υποχώρηση του ΚΠολΔ 340 I 2 διατυπώνονται η αρχή της ισότητας, η αρχή της (τυπικής)⁴⁷ αμεσότητας της αποδεικτικής διαδι-

⁴⁵ Π.χ. ΚΠολΔ 438

⁴⁶ Π.χ. ΚΠολΔ 447

⁴⁷ Η αμεσότητα διακρίνεται σε *τυπική* και *ουσιαστική*. Η πρώτη εκφράζει τη σχέση εγγύτητας του δικαστή προς την πηγή πληροφοριών, ενώ η δεύτερη εκφράζει την εγγύτητα της πηγής αυτής (του αποδεικτικού μέσου) προς το θέμα της απόδειξης (το αμφισβητούμενο βιοτικό γεγονός). Βλ. συναφώς *Μαντζουράνη Ιωάννη*, Οι θεμελιώδεις αρχές υπό επαναξιολόγηση, Αθήνα – Θεσσαλονίκη 2019, σελ. 172 επ.· *Schilken*, υποσημ. 18, αρ. 378. Από τις δύο μορφές

κασίας, η αρχή της εκατέρωθεν ακρόασης, η απαγόρευση της εξωθεσμικής δημιουργίας αποδείξεων (τήρηση της τυπικότητας της απόδειξης), η βαρύτητα του ελαττώματος και η ορθή διάγνωση του βιοτικού γεγονότος.⁴⁸

Είναι μάλλον προφανές ότι το κριτήριο της βαρύτητας του ελαττώματος δεν διαφωτίζει, αλλά πρέπει να εξειδικευτεί, προκειμένου να καταστεί χρήσιμο. Το κριτήριο της ορθότητας της δικαστικής διάγνωσης έχει μεν αυτοτελή αξία, αντανakλάται όμως εν πολλοίς και στα υπόλοιπα κριτήρια. Η αρχή της ισότητας (άρθρο 4 Ι Σ), κατά τη δικονομική έκφασή της (άρθρο 110 Ι ΚΠολΔ), νοείται ως *ισότητα των όπλων* και προϋποθέτει, ότι τα υποκείμενα της δίκης έχουν (τυπικά και ουσιαστικά) ίδιες δυνατότητες συμμετοχής στη δικαιοδοτική διαδικασία και ίδιες δυνατότητες επηρεασμού της έκβασής της.⁴⁹ Σε περίπτωση παραβίασής της, το διαδικαστικό ελάττωμα, που δημιουργείται, εμφανίζει αυτοτέλεια σε σχέση με την ελαττωματικότητα του αποδεικτικού μέσου. Η δικαστική απόφαση καθίσταται ελαττωματική ήδη εξαιτίας της άνισης μεταχείρισης των διαδίκων και ανεξάρτητα από την επιρροή του ελαττώματος στην αποδεικτική διαδικασία, ανεξάρτητα δηλαδή από το επιτρεπτό της εκτίμησης του αποδεικτικού μέσου. Αντίστοιχα ισχύουν, όταν παραβιάζονται οι αρχές της (τυπικής) αμεσότητας ή της εκατέρωθεν ακρόασης. Η αποτροπή της εξωθεσμικής δημιουργίας αποδείξεων ως κριτήριο δεν προσφέρει πολλά. Ναι μεν η τήρηση της προβλεπόμενης διαδικασίας συνιστά πτυχή της ασφάλειας δικαίου και

αμεσότητας, κατοχύρωσης (όχι απόλυτης) τυγχάνει η τυπική (π.χ. ΚΠολΔ 243). Δεν είναι αντίθετα υποχρεωμένος ο δικαστής να δώσει το προβάδισμα στον φορέα πληροφοριών, ο οποίος επιτρέπει την αμεσότερη επαφή με το θέμα της απόδειξης.

48 *Ράμμος*, υποσημ. 6, σελ. 807 επ.· *Νίκας*, υποσημ. 4, § 88 αρ. 2.

49 Η τυπική δικονομική ισότητα πραγματώνεται, όταν και οι δύο διάδικες πλευρές έχουν τη δυνατότητα προάσπισης των συμφερόντων υπό τους ίδιους νομικά όρους, όταν δηλαδή οι διάδικοι έχουν τα ίδια δικονομικά δικαιώματα, τις ίδιες δικονομικές δυνατότητες και βαρύνονται με τις ίδιες δικονομικές υποχρεώσεις. Τα διάδικα μέρη τυγχάνουν ουσιαστικά ίσης μεταχείρισης, όταν κάθε μέρος έχει *in concreto* τη δυνατότητα να αξιοποιήσει τις δικονομικές του δυνατότητες. Ρύθμιση υπέρ της ουσιαστικής δικονομικής ισότητας συνιστά π.χ. το ευεργέτημα της πενίας (ΚΠολΔ 194 επ.). Σχετικά με την *ισότητα των όπλων* βλ. BVerfG NJW 1979, 1925, 1927· Baur, σε: FS für 500 Jahre Tübinger Juristenfakultät, 1977, σελ. 159, 169· Bender, JZ 1982, 709, 711· Vollkommer, σε: FS für Schwab, 1990, σελ. 503, 518 επ.· Schilken, σε: Lücke Gerhard/ Prütting Hanns (επιμέλεια), Lexikon des Rechts – Zivilverfahrensrecht, 2. Auflage, Berlin 1995, σελ. 411· του ιδίου, Gerichtsverfassungsrecht, 4. Auflage, München 2007, αρ. 121· Schlosser, NJW 1995, 1404, 1405· Braun, υποσημ. 20, σελ. 250 επ.· Rosenberg/Schwab/ Gottwald, υποσημ. 2, § 1 αρ. 38· κατ' απόκλιση όμως Jauernig/Hess, υποσημ. 1 § 18 αρ. 29.

της δίκαιης δίκης,⁵⁰ δεν αποτελεί όμως αυτοσκοπό.⁵¹ Η τυπικότητα της δικαιοδοτικής διαδικασίας τάσσεται, μεταξύ άλλων, υπέρ της διασφάλισης της ορθής δικανικής κρίσης. Αν ο εξυπηρετούμενος (από την τυπικότητα) σκοπός δεν ματαιώνεται εξαιτίας της παραβίασης του προβλεπόμενου δικονομικού τύπου, η διαδικασία δεν θα πάσχει ελαττώματος.⁵²

- γ. Κατά την ερμηνεία του άρθρου 340 I 2 ΚΠολΔ προσανατολιστικές είναι οι ακόλουθες διαπιστώσεις. Η ρητή καθιέρωση του επιτρεπτού των ελαττωματικών μέσων απόδειξης σηματοδοτεί την βούληση του νομοθέτη να διευρύνει το αξιοποιήσιμο αποδεικτικό υλικό προς διευκόλυνση της αληθούς διάγνωσης. Ξεκάθαρα όρια στη χρήση των μη πληρούντων τους όρους του νόμου αποδεικτικών μέσων διέγραψε μόνον σε συνάρτηση με τα άρθρα 393 και 394 ΚΠολΔ, αποδεχόμενος εμμέσως, ότι τα ελαττωματικά μέσα απόδειξης δεν συνιστούν, όπως και οι μάρτυρες, τις πιο αξιόπιστες των πηγών γνώσης.⁵³ Με την τροποποίηση του ΚΠολΔ 340 I 2 ο νομοθέτης διατηρεί και διατυπώνει emphaticότερα τον κανόνα της αξιοποίησης των μη πληρούντων τους όρους του νόμου αποδεικτικών μέσων (εφόσον δεν εφαρμόζονται τα άρθρα 393 και 394 ΚΠολΔ), ώστε το ενδεχόμενο ελάττωμα του αποδεικτικού μέσου να αποβαίνει κατ' εξαίρεση μόνον κατά της αξιοποίησής του. Το άρθρο 340 I 2 ΚΠολΔ, τιθέμενο στο γενικό μέρος του δικαίου της απόδειξης, δεν συνιστά απλώς γενική ρύθμιση περί του επιτρεπτού των ελαττωματικών μέσων απόδειξης, αλλά καθιερώνει κανόνα διαχρονικής ισχύος (υπό την έννοια της γενικής αρχής του δικαίου της απόδειξης). Η απόκλιση από τη ρύθμιση αυτή πρέπει να αποτελεί την εξαίρεση και να αιτιολογείται ειδικά. Δεν μπορεί κάθε ειδικότερη ρύθμιση, προγενέστερη ή μεταγενέστερη, να υπερισχύει του ΚΠολΔ 340 I 2. Στην αντίθετη περίπτωση, η θέσπιση του επίμαχου κανόνα στερείται βαρύτητας. Δευτερευόντως, είναι ορατή και η πρόσθετη επίκληση (υπέρ του άρθρου 340 I 2 ΚΠολΔ) του επιχειρήματος *lex posterior*, αναφορικά με προγενέστερες του (νέου) άρθρου 340 I 2 ΚΠολΔ διατάξεις, οι οποίες προβλέπουν όρους του επιτρεπτού ή της αποδεικτικής ισχύος των μέσων απόδειξης.

50 Βλ. Μητσόπουλο, Δ 1970, 7, 19· Κεραμέα, σε: ΤιμΤ Τσάτσου, 1980, σελ. 675, 684 επ· Prütting, σε: FS für Gottwald, 2014, σελ. 507, 511· πρβλ. ακόμη Δ. Παπανικολάου, υποσημ. 1, σελ. 108 υποσημ. 418.

51 Prütting, σε: FS für Vollkommer, 2006, σελ. 283, 284 επ· Κεραμέυς, σε: ΤιμΤ Τσάτσου, 1980, σελ. 675, 702.

52 Prütting, σε: FS für Vollkommer, 2006, σελ. 283, 284 επ· διστακτικότερα Κεραμέυς, σε: ΤιμΤ Τσάτσου, 1980, σελ. 675, 701, 703.

53 Αξιολόγηση, η οποία στη γενικότητά της δεν είναι αναντίρρητη.

Επισημαίνεται, ότι ο ιστορικός-υποκειμενικός σκοπός, που αναπόδραστα διέπει τους κανόνες δικαίου,⁵⁴ συνιστά και την αφετηρία για την τελολογική (υποκειμενική ή αντικειμενική) ανάλυση του ερμηνευόμενου κανόνα. Εφόσον ο σκοπός προϋποθέτει τη σύλληψή του από ορισμένο υποκείμενο, η τελολογική ερμηνεία οφείλει να εκκινεί από το πρόσωπο ή τα πρόσωπα που συνέλαβαν τον σκοπό του δικαίου κανόνα. Κατά την καλούμενη υποκειμενική-(ιστορική)-τελολογική ερμηνεία, αναζητείται το νόημα που ο νομοθέτης (τα πρόσωπα που μετείχαν της διαδικασίας διάρθρωσης και ψήφισης του νόμου) προσέδωσε στον κανόνα και προτάσσεται η πραγμάτωση της νομοθετικής αυτής βούλησης.⁵⁵ Απόκλιση από την ιστορική-υποκειμενική αυτή βούληση δικαιολογείται, όταν ο σκοπός αυτός είναι αντιφατικός, όταν είναι πια παρωχημένος λόγω μεταβολής των συνθηκών ή όταν έρχεται σε σύγκρουση με άλλους αναγνωρισμένους από την έννομη τάξη σκοπούς.⁵⁶

Τα ανωτέρω δεν αποκλείουν τη διορθωτική ερμηνεία του άρθρου 340 I 2 ΚΠολΔ. Ανταποκρίνεται ήδη στη νομοθετική βούληση, πίσω από το άρθρο 340 I 2 ΚΠολΔ, η υποχώρησή του, όταν το ελάττωμα της απόδειξης πλήττει ουσιωδώς την αξιοπιστία του πορίσματός της. Αντίθετα, η επίκληση του κριτηρίου *lex posterior* υπέρ μεταγενέστερων του άρθρου 340 I 2 ΚΠολΔ (όπως αυτό ισχύει μετά τον ν. 4335/2015) διατάξεων, με τις οποίες θεσπίζονται αποδεικτικοί περιορισμοί,⁵⁷ δεν είναι αποφασιστική, δεδομένης της επιθυμίας του νομοθέτη να θεμελιωθεί με το άρθρο 340 I 2 ΚΠολΔ, ένας γενικός (διαχρονικός) κανόνας υπέρ της αξιοποίησης ελαττωματικών αποδεικτικών μέσων. Αντίστοιχα ισχύουν και για την επιχειρηματολογία βάσει της σχέσης λογικής ειδικότητας (*lex specialis*), όχι όμως για τη (λογική) σύγκρουση του άρθρου 340 I 2 ΚΠολΔ με κανόνες υπέρτερης τυπικής ισχύος.⁵⁸

Σε ό,τι αφορά τα επιχειρήματα από τις αρχές της (οικονομικής) ισότητας, της εκατέρωθεν ακρόασης και της τυπικής αμεσότητας, πρέπει να ληφθεί υπόψη, ότι ως δικαιικές αρχές δεν ισχύουν απόλυτα, αλλά επιτρέπουν,

54 Τα ανθρώπινα δημιουργήματα και δη τα προϊόντα πνευματικής εργασίας είναι προσανατολισμένα στην επίτευξη ορισμένου σκοπού, κάτι που ισχύει φυσικά και για τη θέσπιση κανόνων δικαίου. Βλ. σχετικά *Radbruch Gustav*, *Rechtsphilosophie – Studienausgabe*, 2. Auflage, Heidelberg 2003, σελ. 11 *Bydlinski Franz/ Bydlinski Peter*, *Grundzüge der juristischen Methodenlehre*, 3. Auflage, Wien 2018, σελ. 36 επ., 113.

55 *Bydlinski*, υποσημ. 54, σελ. 36 επ.· *Bleckmann*, JuS 2002, 942, 943, 945 επ.

56 *Bydlinski*, υποσημ. 54, σελ. 43 επ.

57 Όροι δηλαδή του επιτρεπτού των μέσων απόδειξης και της αποδεικτικής τους ισχύος.

58 Όπως αυτή του άρθρου 19 III Σ.

έως έναν βαθμό, αποκλίσεις. Αν η ορθότητα της δικαστικής διάγνωσης τίθεται σε κίνδυνο εξαιτίας της παραβίασης διατάξεων που μετουσιώνουν τις εν λόγω αρχές, η περιστολή του ΚΠολΔ 340 I 2 αντανakλά την ίδια τη δικαιολογητική του βάση. Αν αυτό δεν συμβαίνει, η επιρροή της παραβίασης θα πρέπει να σταθμιστεί αυτοτελώς. Μπορεί δηλαδή να τεθεί ως βάση της επιχειρηματολογίας, ότι με το άρθρο 340 I 2 ΚΠολΔ δεν επιδιώκεται η κάμψη των διατάξεων που αφορούν στην έγερση της απόδειξης και οι οποίες μετουσιώνουν τις επίμαχες δικαιοκές αρχές. Όμως, ειδικά η παραβίαση της δικονομικής ισότητας και του δικαιώματος ακροάσεως, εφόσον δεν δύναται (κατ' εξαίρεση) να δικαιολογηθεί χάριν εύρεσης της αλήθειας, οδηγεί σε προσβολή συνταγματικά μάλιστα κατοχυρωμένων δικονομικών δικαιωμάτων και κατ' επέκταση σε δικονομικό σφάλμα ανεξάρτητο από το επιτρεπτό ή την αποδεικτική ισχύ του μέσου απόδειξης, σφάλμα το οποίο συνεπάγεται σε κάθε περίπτωση την ελαττωματικότητα της διαδικασίας.

Τέλος, το άρθρο 340 I 2 ΚΠολΔ θεραπεύει ελαττώματα που άπτονται του επιτρεπτού των αποδεικτικών μέσων ή της δυνατότητάς τους να συμβάλλουν κατά τον σχηματισμό της δικανικής πεποίθησης. Δεν θεραπεύει αντίθετα ελλείψεις που αναιρούν την υπόσταση των μέσων απόδειξης.

- δ. Το άρθρο 340 I 2 ΚΠολΔ απαντά μόνον στο ερώτημα, εάν αξιοποιείται, για τον σχηματισμό δικανικής πεποίθησης, το αποδεικτικό μέσο παρά τα τυχόν ελαττώματα που αφορούν στο επιτρεπτό του ή στην αποδεικτική του ισχύ. Στην πλειονότητα των περιπτώσεων η απάντηση θα πρέπει να είναι καταφατική, για τους λόγους που ήδη εκτέθηκαν. Συνεπεία τούτου οι κανόνες, οι οποίοι άπτονται της αξιοποίησης της εγερθείσης απόδειξης, παραμερίζονται και δεν τυγχάνουν εφαρμογής. Το άρθρο 340 I 2 ΚΠολΔ δεν εξουσιοδοτεί ωστόσο τον δικαστή να παραβιάζει δικονομικές διατάξεις που συνιστούν αποδεικτικές απαγορεύσεις με αντικείμενο την έγερση της απόδειξης, αλλά ούτε και τον υποχρεώνει προς τούτο.⁵⁹ Αφενός, η απαγόρευση της έγερσης της απόδειξης δεν καθίσταται *lex imperfecta* εκ του λόγου, ότι η παρόλα αυτά εγερθείσα απόδειξη είναι αξιοποιήσιμη. Αντίθετα μπορεί αυτοτελώς να καταστήσει τη δικαστική απόφαση ελαττωματική ή να γεννήσει αξιώσεις αποζημίωσης.⁶⁰ Αφετέρου, σε ό,τι αφορά στις απαγορεύσεις έγερσης της απόδειξης, η πηγή γνώσης μεταπίπτει στην κατηγορία των ελαττωματικών αποδεικτικών μέσων, αφού παραβιαστεί η αντίστοιχη αποδεικτική απαγόρευση. Εάν λοιπόν γίνεται επίκληση εξαιρετέου μάρτυρα (ΚΠολΔ 400), ο δικαστής δεν είναι υποχρεωμένος να τον

59 Επισημαίνεται, ότι η απαγόρευση αξιοποίησης του αποδεικτικού αποτελέσματος θέτει σιωπηρά, κατά λογική αναγκαιότητα, απαγόρευση της έγερσης της απόδειξης.

60 Βλ. ανωτέρω υπό III 1.

εξετάσει, καθώς ο εξαιρετέος μάρτυρας συνιστά ελαττωματικό μέσο απόδειξης, μόνον όταν εξεταστεί και όχι πιο πριν.⁶¹

Αντίστοιχα με τις απαγορεύσεις έγερσης της απόδειξης, ισχύουν και για τους κανόνες, οι οποίοι εξαρτούν την αποδεικτική ισχύ του μέσου της απόδειξης, από ορισμένη συμπεριφορά του δικαστή, όπως π.χ. το άρθρο 408 ΚΠολΔ. Αν όμως ο σχετικός κανόνας έχει ως αποδέκτη τον διάδικο (ΚΠολΔ 454), η αθέτηση της προβλεπόμενης συμπεριφοράς από αυτόν, καθιστά τον δικαστή δέσμιο του άρθρου 340 Ι 2 ΚΠολΔ.

2. Το άρθρο 469 ΙΙ ΚΠολΔ

Σύμφωνα με το άρθρο 469 ΙΙ ΚΠολΔ, όπως ίσχυε πριν την τροποποίησή του με το άρθρο 25 Ν. 4842/2021, *ο ειρηνοδίκης δικάζοντας τις διαφορές που αναφέρονται στο άρθρο 466 μπορεί να αποκλίνει από τις δικονομικές διατάξεις, να λαμβάνει υπόψη και αποδεικτικά μέσα που δεν πληρούν τους όρους του νόμου και να ακολουθεί κάθε φορά κατά την ελεύθερη κρίση του τη μέθοδο εκείνη που ασφαλέστερα, γρηγορότερα και με λιγότερες δαπάνες μπορεί να οδηγήσει στην ανεύρεση της αλήθειας*. Σε ό,τι αφορά την προβληματική των ελαττωματικών αποδεικτικών μέσων, η πρόβλεψη της ανωτέρω διάταξης για τις μικροδιαφορές δεν εισήγαγε δογματικά δυσεπίλυτες αποκλίσεις από το άρθρο 340 Ι 2 ΚΠολΔ. Πέρα από την απαγκίστρωση των ελαττωματικών αποδεικτικών μέσων από το επιτρεπτό της διά μαρτύρων απόδειξης (ΚΠολΔ 393, 394), ισχύει ότι και για το άρθρο 340 Ι 2 ΚΠολΔ. Αν και η διατύπωση του άρθρου 469 ΙΙ ΚΠολΔ (*[..] μπορεί να [..] λαμβάνει υπόψη και αποδεικτικά μέσα που δεν πληρούν τους όρους του νόμου*) ήταν λιγότερο emphatic από τη διατύπωση του άρθρου 340 Ι 2 ΚΠολΔ (*[..] λαμβάνει επίσης υπόψη [..] και αποδεικτικά μέσα που δεν πληρούν τους όρους του νόμου*) αμφότερες οι διατάξεις δεν απέπνεαν την αρχή, ότι τα ελαττωματικά αποδεικτικά μέσα οφείλουν να ληφθούν υπόψη. Στον βαθμό λοιπόν, που οι δύο διατάξεις δεν μεταχειρίζονταν διαφορετικά την έννοια των ελαττωματικών μέσων απόδειξης, ό,τι ισχύει για το άρθρο 340 Ι 2 ΚΠολΔ θα ίσχυαν αντίστοιχα για το άρθρο 469 ΙΙ ΚΠολΔ.

61 Αντίθετα *Παϊσίδου*, ΕΠολΔ 2008, 461, 464. Η διαπίστωση αυτή δεν έχει πρακτικό αντίκρυσμα, στον βαθμό που ο δικαστής καλείται να λάβει υπόψη ένορκη βεβαίωση εξαιρετέου μάρτυρα και ενδεχομένως να τον εξετάσει ως μάρτυρα στο πλαίσιο του άρθρου 237 VIII 1 ΚΠολΔ. Καθώς ο ειρηνοδίκης, ο συμβολαιογράφος ή ο δικηγόρος δεν μπορούν να αρνηθούν τη λήψη της ένορκης βεβαίωσης από τον εξαιρετέο μάρτυρα, ο δικαστής πρέπει να λάβει υπόψη τη βεβαίωση (που πλέον συνιστά ελαττωματικό μέσο απόδειξης). Δοθείσης δε της ένορκης βεβαίωσης, δεν μπορεί να απέχει από την εξέταση του μάρτυρα στο ακροατήριο, αν αυτό κρίνεται σκόπιμο, εκ του λόγου ότι συντρέχει το άρθρο 400 ΚΠολΔ. Εφόσον είναι αξιοποιήσιμη η ένορκη βεβαίωση του μάρτυρα, δεν είναι συνεπές να κριθεί ανεπίτρεπτη η μαρτυρική του κατάσταση.

Δεν πρέπει να παρερμηνευθεί ωστόσο, ότι το άρθρο 469 Π ΚΠολΔ, στην προ του Ν. 4842/2021 μορφή του, εκτεινόταν και πέρα από τη θεματική των μέσων απόδειξης που δεν πληρούν τους όρους του νόμου, αφού παρείχε στον δικαστή ευρύτερη δυνατότητα παρέκκλισης από τον προβλεπόμενο δικονομικό τύπο με την καθιέρωση της ελεύθερης απόδειξης.⁶² Ο δικαστής δεν αποδεσμευόταν μόνον από την τήρηση των διατάξεων που ρύθμιζαν την (εξωτερική)⁶³ μορφή έγερσης της απόδειξης, στον βαθμό που δεν πλήττονταν τα δικονομικά δικαιώματα ή οι δικονομικές δυνατότητες των διαδίκων ή τρίτων,⁶⁴ αλλά και από τους κανόνες του υποστατού των αποδεικτικών μέσων.⁶⁵

Μετά το άρθρο 25 Ν. 4842/2021, η ρύθμιση του νέου άρθρου 469 Π ΚΠολΔ για τα ελαττωματικά απόδειξης συγκλίνει περισσότερο προς αυτήν του ΚΠολΔ 340 Ι 2, καθώς εγκαταλείπεται το σύστημα της ελεύθερης απόδειξης, διατηρείται ωστόσο η απαλλαγή από τους περιορισμούς των άρθρων 393, 394 ΚΠολΔ.

3. Οι περί δικονομικών ακυροτήτων διατάξεις (ΚΠολΔ 159 επ., 559 αρ. 14)

Κατά τη μάλλον κρατούσα άποψη, τα ελαττώματα των μέσων της απόδειξης πρέπει να αξιολογηθούν υπό το πρίσμα των δικονομικών ακυροτήτων (ΚΠολΔ 159 επ.) ενίοτε και υπό το πρίσμα των ακυροτήτων του ουσιαστικού δικαίου.⁶⁶ Ορθότερη φαίνεται η προσέγγιση, η οποία αποκλίνει από την προβληματική των δικονομικών ακυροτήτων και λογίζει τη μη αξιοποίηση του αποδεικτικού μέσου ως ιδιαίτερη μορφή δικονομικής κύρωσης.⁶⁷ Η θεώρηση αυτή θα μπορούσε να βρει έρεισμα στο δίκαιο της αναίρεσης, όπου διακρίνεται σαφώς ανάμεσα στο επιτρεπτό του αποδεικτικού μέσου (ΚΠολΔ 559 αρ. 11), στην αποδεικτική ισχύ των μέσων απόδειξης (ΚΠολΔ 559 αρ. 12) και στην απαγγελία ακυρότητας ή απαραδέκτου (ΚΠολΔ 559 αρ. 14) ως λόγους αναίρεσης. Ωστόσο, ο υπ' αριθμόν 11 λόγος αναίρεσης του άρθρου 559, όπως και ο

62 Μαργαρίτης, υποσημ. 31, 469 αρ. 2.

63 Peters Egbert, Der sogenannte Freibeweis im Zivilprozess, Köln 1962, σελ. 185.

64 Peters, υποσημ. 24, σελ. 185 επ.

65 Peters, υποσημ. 24, σελ. 185 επ.· Schilken, υποσημ. 18, αρ. 481· Γέσιου-Φαλτσή, υποσημ. 24, σελ. 76.

66 Βλ. Παϊσίδου, ΕλλΔνη 2002, 647, 652· Κολοτούρο, ΧρΙΔ 2003, 193, 208, 211· Καλαβρό, ΧρΙΔ 2005, 5, 12, 16· του ιδίου, ΠολΔ, σελ. 393 επ., 398 επ., 406· Τσαντίνη, ΧρΙΔ 2005, 697, 698 επ.· Χριστοδούλου Παναγή, Τα μη πληρούντα τους όρους του νόμου αποδεικτικά μέσα, Αθήνα – Θεσσαλονίκη 2017, σελ. 114 επ., 166.

67 Πρβλ. Κεραμεύς/Κονδύλης/Νίκας/Ορφανίδης, Ερμηνεία ΚΠολΔ, Τόμος Ι, 2000, 159 αρ. 4· Τσικρικά Δημήτριο, Διαδικαστικές πράξεις, Αθήνα – Θεσσαλονίκη 2017, σελ. 92 επ., 123.

υπ' αριθμόν 14, γίνεται αντιληπτός ως έκφανση των άρθρων 159 επ. ΚΠολΔ.⁶⁸ Τα ελαττώματα δε των μέσων απόδειξης, τα αναγόμενα στους όρους αποδεικτικής ισχύος, δεν αξιολογούνται κατά κρατούσα άποψη με βάση το άρθρο 559 αρ. 12 ΚΠολΔ.⁶⁹ Ότι το επιτρεπτό των αποδεικτικών μέσων και η αποδεικτική τους δύναμη δεν τελούν σε συνάφεια με το σύστημα των δικονομικών ακυροτήτων (ή των ακυροτήτων του ουσιαστικού δικαίου), προκύπτει από τις ακόλουθες σκέψεις:

Συνεπεία της παραβίασης του διαδικαστικού τους τύπου, οι διαδικαστικές πράξεις του δικαστή και οι επενεργητικές διαδικαστικές πράξεις των διαδίκων, μπορούν να κηρυχθούν άκυρες υπό τους όρους των άρθρων 159 επ. ΚΠολΔ.⁷⁰ Η απαγγελία της ακυρότητας συμπαρασύρει και κάθε άλλη διαδικαστική πράξη που έχει στηριχθεί στην ακυρωθείσα.⁷¹ Αποφασιστικό είναι το ερώτημα αν η ακυρότητα κατά την έγερση της απόδειξης συμπαρασύρει την απόφαση, που εκδίδεται επί τη βάσει του αντίστοιχου αποδεικτικού μέσου. Η δικαστική απόφαση δεν στηρίζεται ωστόσο, για την ακρίβεια, στην έγερση της απόδειξης αλλά στην εκτίμηση του αποτελέσματός της. Αν η εκτίμηση της απόδειξης δεν κρίνεται ανεπίτρεπτη, η δικαστική απόφαση δεν είναι ελαττωματική. Ερευνητέο είναι συνεπώς, αν η ακυρότητα που εντοπίζεται στη διεξαγωγή της απόδειξης, μεταφράζεται επίσης σε ακυρότητα της αξιοποίησης του αποδεικτικού πορίσματος. Η εκτίμηση όμως της απόδειξης δεν συνιστά διαδικαστική πράξη του δικαστή αλλά εσωτερική, νοητική διεργασία.⁷² Κατά τούτο δεν υπόκειται στα άρθρα 159 επ. ΚΠολΔ, δεν μπορεί να είναι άκυρη. Στο σημείο αυτό διακόπτεται ο σύνδεσμος μεταξύ της έγερσης της απόδειξης και της έκδοσης της δικαστικής απόφασης, σε ό,τι αφορά τουλάχιστον στην εφαρμογή των ΚΠολΔ 159 επ. Η δικονομική ακυρότητα πλήττει ενδεχομένως τις διαδικαστικές πράξεις που συγκροτούν την έγερση της απόδειξης, δεν ρυθμίζει όμως, αφού η εκτίμηση της απόδειξης δεν συνιστά διαδικαστική πράξη, τότε αξιοποιείται το αποδεικτικό αποτέλεσμα (επιτρεπτό της εκτίμησης) ή πώς αυτό αξιοποιείται (αποδεικτική δύναμη).

Οι σχετικές με τις δικονομικές ακυρότητες διατάξεις θα μπορούσαν να οδηγήσουν στο ανεπίτρεπτο της έγερσης της απόδειξης, δεν είναι σε θέση όμως να επηρεάσουν το επιτρεπτό της εκτίμησής της. Σε κάθε δε περίπτωση, το επιτρεπτό της εκτίμησης του αποδεικτικού πορίσματος προκύπτει από κανό-

68 Βλ. ΑΠ 1909/2006 ΧρΙΔ 2007, 530, 530 επ.· 466/2000, ΝοΒ 2001, 843, 844 επ.

69 Βλ. και κατωτέρω υπό V 5.

70 Πρβλ. Μπέη, ΝοΒ 1965, 297, 298 επ.· του ιδίου, Δ 1981, 504, 511 επ., 521, 526· Τσικριά, σε: ΤιμΤ Μπέη, 2003, σελ. 4153, 4168 επ.· του ιδίου, υποσημ. 68, σελ. 86 επ.· Ρήγα, ΕΠολΔ 2010, 9, 13, 16· Νίκας, υποσημ. 4, § 52 αρ. 11 επ., § 58 αρ. 1 επ.· Μητσόπουλο, Δ 1970, 7, 21.

71 Νίκας, υποσημ. 4, § 58 αρ. 14.

72 Sax, JZ 1965, 1, 6.

να δικονομικού, όχι ουσιαστικού δικαίου. Η δικονομική έννομη συνέπεια περί της μη αξιοποίησης ορισμένου μέσου απόδειξης – αποδεικτικού αποτελέσματος δεν είναι δυνατόν να θεμελιώνεται στο ουσιαστικό δίκαιο.⁷³ Στον βαθμό συνεπώς που άλλος κανόνας, δικονομικής φύσης (αποδεικτική απαγόρευση), δεν ορίζει διαφορετικά, η δικονομική ακυρότητα της έγερσης της απόδειξης δεν συμπαρασύρει την εκτίμηση του πορίσματος της και κατ' επέκταση ούτε τη δικαστική απόφαση. Εφόσον η εκτίμηση της απόδειξης δεν υφίσταται περιορισμό δυνάμει αντίστοιχου δικονομικού κανόνα, η λήψη υπόψη από τον δικαστή του μέσου απόδειξης – των πληροφοριών που αντλήθηκαν από την (πάσχουσα) έγερση της απόδειξης δεν καθιστά την απόφαση ελαττωματική.

Καθώς λοιπόν το επιτρεπτό της αξιοποίησης της απόδειξης όπως και οι όροι της αποδεικτικής ισχύος δεν μπορούν να ανήκουν στην ύλη των άρθρων 159 επ. ΚΠολΔ, το αυτό πρέπει να γίνει δεκτό, χάριν συστηματικής ενότητας, για το επιτρεπτό της έγερσης της απόδειξης.

Από τα ανωτέρω προκύπτουν και τα αδύναμα σημεία της θέσης, ότι η αξιοποίηση του ανεπίτρεπτου αποδεικτικού μέσου ιδρύει (και) τον υπ' αριθμ. 14 λόγο του άρθρου 559 ΚΠολΔ.⁷⁴ Οι διατάξεις που αναφέρονται στην έγερση της απόδειξης («παραγωγή των αποδεικτικών μέσων») ανάγονται στο επιτρεπτό και στην αποδεικτική δύναμη του αποδεικτικού μέσου. Όταν το αποδεικτικό μέσο δεν είναι επιτρεπτό, τότε φυσικά και το αίτημα απόδειξης θα είναι απαράδεκτο. Το απαράδεκτο του αιτήματος απόδειξης αποτελεί παρεπόμενη (αντανακλαστική) συνέπεια του ανεπίτρεπτου της έγερσής της. Αν όμως, παρά το ελάττωμα, το αποδεικτικό μέσο είναι εν τέλει αξιοποιήσιμο από τον δικαστή, ανεφάρμοστο δεν θα είναι μόνο το άρθρο 559 αρ. 11 ΚΠολΔ αλλά συνήθως και ο αριθμός 14 του ίδιου άρθρου. Δεν είναι νοητή η κήρυξη της ακυρότητας, όταν το αποδεικτικό μέσο είναι εν τέλει αξιοποιήσιμο, εκτός αν η ακυρότητα ανάγεται (και) σε αυτοτελές ελάττωμα, το οποίο εκτείνεται πέρα από το ερώτημα του επιτρεπτού ή της αποδεικτικής ισχύος του μέσου απόδειξης (π.χ. παραβίαση διαδικαστικής πρόβλεψης που αφορά στην κατοχύρωση του δικαιώματος ακρόασης).

Ακόμη όμως και αν ήθελε κριθεί, ότι τα ελαττώματα των αποδεικτικών μέσων αξιολογούνται εν τέλει επί τη βάση των δικονομικών ακυροτήτων, το άρθρο 340 Ι 2 ΚΠολΔ εισάγει, όπως εκτέθηκε ανωτέρω, γενικό κανόνα, ο οποίος περιορίζει καταρχήν την εφαρμογή των άρθρων 159 επ. ΚΠολΔ. Το ελάττωμα δηλαδή του αποδεικτικού μέσου δεν οδηγεί κατά κανόνα στην ακυρότητα της

73 Βλ. αναλυτικά Δ. Παπανικολάου, υποσημ. 1, σελ. 45 επ.

74 Βλ. ΑΠ 466/00 ΝοΒ 2001, 843, 843 επ.· 1442/2008 ΤΝΠ Ισοκράτης· 1103/2011 ΤΝΠ Ισοκράτης· Μαργαρίτης, υποσημ. 31, 559 αρ. 309, 349, 358· Νίκα/Διαμαντόπουλο, ΕλλΔνη 2004, 694, 701.

εγερθείσης απόδειξης. Αν όμως ο δικονομικός τύπος αφορά στην πράξη, που σηματοδοτεί την αρχή της έγερσης της απόδειξης (δικαστική απόφαση εφόσον αυτή απαιτείται), εφαρμογής δεν τυγχάνει το άρθρο 340 Ι 2 ΚΠολΔ αλλά τα άρθρα 159 επ. ΚΠολΔ.⁷⁵ Βέβαια, το άρθρο 340 Ι 2 ΚΠολΔ δεν αποκλείει το ενδεχόμενο επιμέρους πράξεις της αποδεικτικής διαδικασίας να πάσχουν ακυρότητας (π.χ. η σύνταξη εκθέσεων). Η ακυρότητα όμως αυτή δεν θα επεκτείνεται στην έγερση (διεξαγωγή) της απόδειξης συλλήβδην και δεν θα καθιστά ανεπίτρεπτο το μέσο απόδειξης (την έγερση της απόδειξης ή την αξιοποίησή της). Περιθώριο εφαρμογής των περί ακυρότητας διατάξεων απομένει επίσης, όταν η παραβίαση του δικονομικού τύπου προκαλεί ελάττωμα, το οποίο διατηρεί την αυτοτέλειά του σε σχέση με το επιτρεπτό της αξιοποίησης του μέσου απόδειξης – του αποδεικτικού αποτελέσματος, όπως ιδίως επί προσβολής της ισότητας των διαδίκων ή της αρχής της εκατέρωθεν ακρόασης.

4. Το άρθρο 559 αρ. 11 περ. α' ΚΠολΔ

Σύμφωνα με το άρθρο 559 αρ. 11 περ. α' ΚΠολΔ, λόγο αναίρεσης στοιχειοθετεί η λήψη υπόψη από το δικαστήριο ανεπίτρεπτων κατά τον νόμο αποδεικτικών μέσων, τέτοιων νοούμενων εκείνων που είτε δεν προβλέπονται από το άρθρο 339 ΚΠολΔ ή άλλη διάταξη ως μέσα απόδειξης είτε συγκαταλέγονται στις μη δυνάμενες να αξιοποιηθούν πηγές γνώσης.⁷⁶ Ανεπίτρεπτα υπό την έννοια του ΚΠολΔ 559 αρ. 11 είναι ουσιαστικά τα ανυπόστατα αποδεικτικά μέσα, τα αποδεικτικά μέσα για τα οποία υφίσταται απαγόρευση έγερσης της απόδειξης ή και της αξιοποίησης του αποδεικτικού πορίσματος, όπως επίσης τα αποδεικτικά μέσα, η χρήση των οποίων έχει αποκλειστεί συμβατικά.⁷⁷ Παρουσία του άρθρου 559 αρ. 11 στον ΚΠολΔ, εισάγεται, κατ' αποτέλεσμα, η απαγόρευση της αξιοποίησης του αποδεικτικού αποτελέσματος ήδη, όταν το ανεπίτρεπτο αφορά έστω στην έγερση της απόδειξης. Το δικονομικό σφάλμα το οποίο καθιστά την απόφαση ανααιρετέα στοιχειοθετείται, ακόμη και αν υφίσταται αποδεικτική απαγόρευση με αντικείμενο την έγερση μόνον της απόδειξης. Αν όμως ο ανααιρετικός λόγος του άρθρου 559 αρ. 11 ΚΠολΔ δεν εφαρμόζεται (ΚΠολΔ 560), μόνη η απαγόρευση έγερσης της απόδειξης δεν καθιστά αναπόδραστα ελαττωματική την απόφαση, στην οποία αξιοποιήθηκε το αντίστοιχο αποδεικτικό πόρισμα.

75 Πρβλ. Καλαβρός, ΧρΙΔ 2005, 5, 11 επ.· Νίκα, υποσημ. 4, § 88 αρ. 3.

76 ΑΠ 524/2002 ΤΝΠ Ισοκράτης· 80/2007 ΤΝΠ Ισοκράτης· 731/2011 ΤΝΠ Νόμος· 275/2013 ΤΝΠ Ισοκράτης· 346/2013 ΝοΒ 2015, 2252, 2252 επ.· 68/2014 ΤΝΠ Ισοκράτης· Καλαβρός Κωνσταντίνος, Η αναίρεση κατά τον ΚΠολΔ, 3^η Έκδοση, Αθήνα – Θεσσαλονίκη 2017, αρ. 468 επ.

77 Μαργαρίτης, υποσημ. 31, 559 αρ. 239.

Πέραν του ΚΠολΔ 559 αρ. 11, τη γενικότερη απαξίωση της αξιοποίησης αποδεικτικών μέσων παρανόμως κτηθέντων εκφράζει κατά μία άποψη και το άρθρο 544 αρ. 6 ΚΠολΔ, ασχέτως από το αν πρόκειται για ψευδή κατά περιεχόμενο αποδεικτικά μέσα.⁷⁸ Η επέκταση του υπ' αριθμόν 6 λόγου αναψηλάφησης και σε περιπτώσεις που δεν καλύπτονται από το γράμμα του, αφενός, δεν είναι αυτονόητη,⁷⁹ αφετέρου, δεν εισάγει καθαυτή αποδεικτική απαγόρευση, αλλά την προϋποθέτει. Ο διευρυμένος λόγος αναψηλάφησης του άρθρου 544 αρ. 6 ΚΠολΔ θα συντρέχει, όταν το μέσο της απόδειξης, που κτήθηκε παράνομα, δεν μπορούσε να αξιοποιηθεί στη δίκη, στην οποία προσήχθη, επειδή η απόφαση θα έπασχε ελαττώματος και θα ήταν κατά συνέπεια προσβλητή με έφεση ή αναίρεση.⁸⁰ Αν συνεπώς, παρά την παράνομη κτήση του αποδεικτικού μέσου, δεν στοιχειοθετείται λόγος έφεσης ή αναίρεσης, δεν θα συντρέχει ούτε ο υπ' αριθμόν 6 λόγος αναψηλάφησης.

Η ύπαρξη όμως του άρθρου 340 I 2 ΚΠολΔ δικαιολογεί, μεταξύ άλλων, την αξιοποίηση των αποδεικτικών μέσων που προσκρούουν σε αποδεικτικές απαγορεύσεις. Ενώ το άρθρο 340 I 2 ΚΠολΔ δεν συγκρούεται νομοτελειακά με τα άρθρα 159 επ. ΚΠολΔ,⁸¹ η σύγκρουσή του με το άρθρο 559 αρ. 11 ΚΠολΔ είναι αναπόφευκτη. Στην πραγματικότητα, καθώς το άρθρο 559 αρ. 11 ΚΠολΔ προϋποθέτει τουλάχιστον την ύπαρξη απαγόρευσης έγερσης της απόδειξης, η λογική αντινομία εκδηλώνεται καταρχάς ανάμεσα στο άρθρο 340 I 2 ΚΠολΔ και στη διάταξη, που θεσπίζει αποδεικτική απαγόρευση και αποτελεί αφορμή της εφαρμογής του ΚΠολΔ 559 αρ. 11, ενώ εκδηλώνεται μόνο δευτερογενώς ανάμεσα στο άρθρο 340 I 2 ΚΠολΔ και στο άρθρο 559 αρ. 11 ΚΠολΔ.⁸² Για την άρση της σύγκρουσης αυτής θα πρέπει να ληφθούν υπόψη, όσα αναφέρθηκαν ανωτέρω. Το άρθρο 340 I 2 ΚΠολΔ θα υπερισχύει καταρχήν των προϋφιστάμενων ή μεταγενέστερων αυτού ρυθμίσεων του επιτρεπτού ή της αποδεικτικής ισχύος των μέσων απόδειξης και θα περιστέλλει αντίστοιχα την εφαρμογή του ΚΠολΔ 559 αρ. 11 περ. α'.

78 Πανταζόπουλος Στέφανος, Αναψηλάφηση της απόφασης λόγω ψευδών αποδεικτικών μέσων, Αθήνα – Θεσσαλονίκη 2009, σελ. 39 επ.

79 Ήδη Πανταζόπουλος, υποσημ. 78, σελ. 45 επ.

80 Βλ. Πανταζόπουλο, υποσημ. 78, σελ. 39 επ.

81 Ανάλογα με τη θεώρηση του πεδίου εφαρμογής των ΚΠολΔ 159 επ. Βλ. ανωτέρω υπό V 3.

82 Λογική (κανονιστική) αντινομία υφίσταται, όταν ένας κανόνας επιτρέπει αυτό που άλλος κανόνας απαγορεύει, βλ. Bydlinski, υποσημ. 54, σελ. 55 επ.· Engisch Karl, Einführung in das juristische Denken, 12. Auflage, Stuttgart 2018, σελ. 225 επ.· Γεωργιάδη Απόστολο, Εισαγωγή στη νομική επιστήμη, Αθήνα 2020, § 13 αρ. 38 επ.

5. Το άρθρο 559 αρ. 12 ΚΠολΔ

Αντίστοιχα με όσα αναφέρθηκαν για τη σχέση του άρθρου 340 Ι 2 ΚΠολΔ με το άρθρο 559 αρ. 11 ΚΠολΔ, ισχύουν και για τον συσχετισμό της πρώτης διάταξης με το άρθρο 559 αρ. 12 ΚΠολΔ, το οποίο θεμελιώνει λόγο αναίρεσης, όταν δεν έχουν τηρηθεί οι κανόνες της αποδεικτικής ισχύος των μέσων της απόδειξης. Κατά πάγια νομολογία, ο αναιρετικός λόγος από το άρθρο 559 αρ. 12 ΚΠολΔ προϋποθέτει αποδεικτικό μέσο, το οποίο έχει ή στο οποίο αποδίδεται αυξημένη αποδεικτική δύναμη (πλήρης απόδειξη).⁸³ Το σφάλμα συνίσταται στη λήψη υπόψη του αποδεικτικού μέσου δίχως να του προσδώσει ο δικαστής την αυξημένη βαρύτητα που του αναγνωρίζεται (εκ του νόμου) ή στην απόδοση σε αυτό αυξημένης αποδεικτικής ισχύος, όταν αυτό δεν προβλέπεται στον νόμο.⁸⁴ Στο άρθρο 559 αρ. 12 ΚΠολΔ μπορεί να ενταχθεί συστηματικά και η περίπτωση που αναγνωρίζεται αποδεικτική ισχύς σε ανίσχυρο (αποδεικτικά) μέσο απόδειξης. Αν το αποδεικτικό μέσο δεν μπορεί να αναπτύξει την οποιαδήποτε αποδεικτική ισχύ, η θεμελίωση της δικαστικής κρίσης (και) σε αυτό συνιστά επίσης εσφαλμένη εφαρμογή του νόμου σχετικά με τη δύναμη των αποδεικτικών μέσων.⁸⁵ Στον βαθμό όμως που τα ελαττωματικά αποδεικτικά μέσα (συνεπώς και εκείνα για τα οποία δεν έχουν τηρηθεί οι όροι, προκειμένου αυτά να έχουν την όποια αποδεικτική ισχύ) λαμβάνονται υπόψη δυνάμει του ΚΠολΔ 340 Ι 2, δεν ιδρύεται ο υπ' αριθμόν 12 λόγος αναίρεσης.⁸⁶

6. Οι αποδεικτικές απαγορεύσεις των άρθρων 340 Ι 2 και 395 ΚΠολΔ

Το άρθρο 340 Ι 2 ΚΠολΔ δεν καθιερώνει μόνον τη γενική χρήση των ελαττωματικών μέσων απόδειξης, θέτει επίσης ρητά όρια στη χρήση τους. Η κατα-

83 ΑΠ 278/2010 ΤΝΠ Ισοκράτης· 1103/2011 ΤΝΠ Ισοκράτης· 270/2012 ΤΝΠ Ισοκράτης.

84 ΑΠ 78/2004 ΤΝΠ Ισοκράτης· 1590/2005 ΧρΙΔ 2006, 245, 246· 25/2008 ΤΝΠ Ισοκράτης· 278/2010 ΤΝΠ Ισοκράτης· 270/2012 ΤΝΠ Ισοκράτης· *Δελγκωστόπουλος Ιωάννης*, Η ελεύθερη εκτίμηση των αποδείξεων από τον δικαστή στην πολιτική δίκη, Αθήνα – Κομοτηνή 2004, σελ. 58 επ., *Παϊσίδου*, Αρμ 2005, 1193, 1195 επ..

85 Αν η προσέγγιση αυτή απορριφθεί, το ανίσχυρο αποδεικτικό μέσο απόδειξης θα υπάγεται στα ανεπίτρεπτα κατ' άρθρο 559 αρ. 11 ΚΠολΔ αποδεικτικά μέσα. Βλ. ενδεικτικά ΑΠ 1254/2020 ΤΝΠ Ισοκράτης.

86 Πρβλ. ΑΠ 1103/2011 ΤΝΠ Ισοκράτης· 270/2012 ΤΝΠ Ισοκράτης. Στις μνημονευθείσες αποφάσεις ελλοχεύει κίνδυνος σύγχυσης ανάμεσα στους όρους της εν γένει αποδεικτικής ισχύος των μέσων απόδειξης και στους όρους προκειμένου αυτά να έχουν αυξημένη αποδεικτική ισχύ ως εννοιολογικά στοιχεία των ελαττωματικών μέσων απόδειξης. Στην έννοια των μη πληρούντων τους όρους του νόμου αποδεικτικών μέσων εντάσσονται μόνον οι όροι προκειμένου τα μέσα απόδειξης να μπορούν καταρχάς να έχουν την όποια επιρροή στον σχηματισμό της δικανικής κρίσης. Πρβλ. επίσης Παϊσίδου, Αρμ 2005, 1193, 1196.

νόηση της αποδεικτικής αυτής απαγόρευσης είναι θεμελιώδης για τη διαπίστωση του συστήματος απόδειξης που καθιερώνει ο ΚΠολΔ, τελεί επίσης σε διαλεκτική σχέση με την αποδεικτική απαγόρευση του ΚΠολΔ 395.

α. Όταν η απόδειξη με μάρτυρες αποκλείεται, δεν επιτρέπεται ούτε και η απόδειξη με δικαστικά τεκμήρια. Η διατύπωση αυτή του άρθρου 395 ΚΠολΔ αποτελεί επίκεντρο διχογνωμίας, καθώς κατά μία άποψη στην έννοια των δικαστικών τεκμηρίων πρέπει να υπαχθεί και η διά τεκμηρίων ή έμμεση απόδειξη,⁸⁷ ενώ κατά άλλη, ορθότερη άποψη, το άρθρο 395 ΚΠολΔ αφορά μόνο στα ανώνυμα μέσα απόδειξης και δεν επιδρά στην έμμεση απόδειξη.⁸⁸ Ως δικαιολογητική βάση της διάταξης γίνεται δεκτός ο αποκλεισμός λοιπών επισφαλών πηγών γνώσης, όταν αποκλείεται το επισφαλές αποδεικτικό μέσο των μαρτύρων.⁸⁹ Ενώ τα δικαστικά τεκμήρια, υπό την έννοιά τους ως ανωνύμων μέσων απόδειξης, μπορεί κατά περίπτωση να εμφανίζουν μειωμένη αξιοπιστία,⁹⁰ τούτο δεν ισχύει και για τη συλλογιστική πορεία της διά τεκμηρίων απόδειξης, διεργασία η οποία συχνά βασίζεται σε επώνυμα μέσα απόδειξης πέραν των μαρτύρων.⁹¹ Η έμμεση απόδειξη ακολουθεί μεν διαφορετική συλλογιστική πορεία, βασίζεται όμως σε γενικά αποδεκτές εμπειρικές αρχές, ώστε δεν εμφανίζει αυξημένες δυσκολίες διεκπεραίωσης σε σχέση με τη νοητική διεργασία της άμεσης απόδειξης και συνεπώς δεν ενέχει, συγκριτικά, αυξημένη πιθανότητα σφάλματος.⁹² Άλλωστε, για τη διεξαγωγή της έμμεσης απόδειξης ισχύει το αυτό μέτρο απόδειξης που ισχύει και για την άμεση απόδειξη.⁹³ Η κατ' άρθρο 395 ΚΠολΔ απαγόρευ-

87 ΑΠ 1286/2003 406, 407· 1967/2006 ΤΝΠ Ισοκράτης· 2044/2009 ΤΝΠ Ισοκράτης· Παϊσίδου, υποσημ. 21, σελ. 138 επ· της ίδιας, 27^ο Συνέδριο ΕΕΔ, σελ. 153, 180 επ· Κεραμεύς/Κονδύλης/Νίκας/Τέντες Ερμηνεία ΚΠολΔ, Τόμος Ι, 2000, 395 αρ. 2.

88 Γέσιου-Φαλτσή, υποσημ. 24, σελ. 227 επ· Παϊσίδου, ΕλλΔνη 2002, 647, 655· Μαργαρίτης, υποσημ. 31, 395 αρ. 1· βλ. ακόμη Ποδηματά, Αρμ 2006, 357, 375 υποσημ. 123.

89 Παϊσίδου, υποσημ. 21, σελ. 132.

90 Αν και κάτι τέτοιο δεν είναι νομοτελειακό.

91 Πρβλ. Χριστοφορίδη, ΝοΒ 1969, 471, 472· Παπαδογιάννη, ΝοΒ 1970, 629, 632· αντίθετα Παϊσίδου, υποσημ. 21, σελ. 139.

92 Αντίθετα Ρήγας, 27^ο Συνέδριο ΕΕΔ, σελ. 211, 214.

93 Frohn, JuS 1996, 243, 249· Oberheim, JuS 1996, 918, 920. Το ίδιο ισχύει και για την εντονότερη μορφή έμμεσης απόδειξης, την καλούμενη *πρώτης όψεως απόδειξη* (απόδειξη *prima facie*). Βλ. σχετικά Brehm Wolfgang, Die Bindung des Richters an den Parteivortrag und Grenzen freier Verhandlungswürdigung, Tübingen 1982, σελ. 186 επ· Prütting Hanns, Gegenwartsprobleme der Beweislast, München 1983, σελ. 100 επ· του ιδίου, υποσημ. 1, σελ. 51· Schneider, υποσημ. 39, αρ. 326 επ· Oberheim, JuS 1996, 918, 918, 920· Baumgärtel Gottfried/Laumen Hans – Willi/ Prütting Hanns, Handbuch der Beweislast – Grundlagen, 4. Auflage, München 2019, Kap. 17 αρ. 8· Blomeyer, υποσημ. 36, § 72 III 2· Rosenberg/Schwab/Gottwald, υποσημ. 2, § 113 αρ. 16, 36. Αντίθετα όμως Schönke, ZakDR 1939, 193, 193· Walter Gerhard,

ση της χρήσης ανώνυμων αποδεικτικών μέσων εκτείνεται όμως τόσο στην άμεση, όσο και στην έμμεση απόδειξη, που διεξάγεται με τη βοήθεια ανώνυμων πηγών γνώσης.

- β. Σύμφωνα με το άρθρο 340 I 2 ΚΠολΔ, ο δικαστής λαμβάνει υπόψη τα ελαττωματικά αποδεικτικά μέσα *υπό την επιφύλαξη των άρθρων 393 και 394 ΚΠολΔ*. Αληθές νόημα της επιφύλαξης αυτής είναι ότι προϋπόθεση για τη λήψη υπόψη των μη πληρούντων τους όρους του νόμου μέσων απόδειξης αποτελεί το επιτρεπτό της εμμάρτυρης απόδειξης κατά ΚΠολΔ 393, 394.⁹⁴

Εναλλακτικά, η επιφύλαξη του άρθρου 340 I 2 ΚΠολΔ θα μπορούσε να γίνει αντιληπτή, παρά τη βούληση του νομοθέτη, ως μη κάμψη μόνο των κατ' ιδίαν απαγορεύσεων των άρθρων 393 και 394 ΚΠολΔ η σύνδεση του ΚΠολΔ 340 I 2 με τα άρθρα 393 και 394 ΚΠολΔ είναι ορθότερο να νοηθεί ευρύτερα. Αν ο νομοθέτης δεν επιθυμεί την υποχώρηση των άρθρων 393 και 394 ΚΠολΔ, μέσω του ΚΠολΔ 340 I 2, είναι συνεπές δι' αυτής της οδού να μην παρακάμπτονται οι αποδεικτικές απαγορεύσεις, που συνδέονται άμεσα με τη δικαιολογητική βάση των άρθρων 393 και 394 ΚΠολΔ, επειδή (όπως και οι διατάξεις αυτές) αποσκοπούν στον αποκλεισμό επισφαλών πηγών γνώσης υπέρ άλλων πιο αξιόπιστων.

- γ. Συνεπεία των ανωτέρω, δεν θα πρέπει επ' ουδενί να γίνει δεκτή η κάμψη της αποδεικτικής απαγόρευσης του άρθρου 395 ΚΠολΔ, μέσω του άρθρου 340 I 2 ΚΠολΔ.⁹⁵ Κατά την ερμηνεία που αντανακλά πιστότερα τη νομοθετική βούληση, η αξιοποίηση ελαττωματικών μέσων απόδειξης είναι δυνατή μόνον όταν επιτρέπεται η απόδειξη με μάρτυρες κατά τα άρθρα 393 και 394 ΚΠολΔ. Η αξιοποίηση των δικαστικών τεκμηρίων αλλά και των μη πληρούντων τους όρους του νόμου μέσων απόδειξης, τίθεται κατά τούτο σε κοινό παρονομαστή. Ακόμη όμως και αν επιλεγεί η εναλλακτική ερμηνευτική του προσέγγιση, το άρθρο 340 I 2 ΚΠολΔ εισάγει τον γενικό κανόνα της αξιοποίησης ελαττωματικών μέσων απόδειξης, εφόσον το ελάττωμα δεν συνίσταται σε παραβίαση των άρθρων 393 και 394 ΚΠολΔ.

Freie Beweiswürdigung, Tübingen 1979, σελ. 206· Musielak Hans – Joachim, Die Grundlagen der Beweislast im Zivilprozess, Berlin 1975, σελ. 83 επ., 130 επ.· του ιδίου, σε: FS für 50 Jahre BGH, 2000, σελ. 193, 206, 208· Musielak/Stadler, υποσημ. 16, αρ. 182· Bender, σε: FS für Baur, 1981, σελ. 247, 259· Huber, MDR 1981, 95, 98· Leipold, σε: FS für Nakamura, 1996, σελ. 301, 315 επ.· Einmahl, NJW 2001, 469, 474· Braun, υποσημ. 20, σελ. 741 επ.

94 Βλ. επίσης ΑΠ 2034/2009 ΤΝΠ Ισοκράτης. Τούτο δεν διατυπώνεται κατηγορηματικά στην αιτιολογική έκθεση Ν. 4335/2015 (άρθρο 1, υπό Γ ΙΙΙ 1), καθίσταται όμως ευκρινές στην εισηγητική έκθεση του Ν. 2915/2001 (ΙΙ Β υπ' αριθμόν 8). Μεταξύ των δύο νομοθετημάτων υφίσταται ιστορική συνέχεια, οπότε είναι ασφαλές να αντληθούν για το άρθρο 340 I 2 ΚΠολΔ ερμηνευτικά επιχειρήματα από την εισηγητική έκθεση του προγενέστερου νόμου.

95 Αντίθετα Μαργαρίτης, υποσημ. 31, 395 αρ. 1.

Από τη μία μεριά, με τα άρθρα 393 και 394 ΚΠολΔ εκφράζεται η δυσπιστία του νομοθέτη απέναντι στο αποδεικτικό μέσο των μαρτύρων σε σχέση με συγκεκριμένο θέμα απόδειξης αφενός (ΚΠολΔ 393 Ι) και αναφορικά με το αποδεικτικό μέσο των εγγράφων αφετέρου (ΚΠολΔ 393 ΙΙ, 394 ΙΙ), ενώ το άρθρο 340 Ι 2 ΚΠολΔ φανερώνει τη βούληση της απαρέγκλιτης πραγμάτωσης της ratio των άρθρων 393, 394 ΚΠολΔ. Το άρθρο 395 ΚΠολΔ από την άλλη μεριά, κατατείνει στον αποκλεισμό επισφαλών πηγών γνώσης (των δικαστικών τεκμηρίων)⁹⁶, όταν δεν επιτρέπεται λόγω της αναξιοπιστίας του το αποδεικτικό μέσο των μαρτύρων. Από τη συνολική θεώρηση των άρθρων 393, 394 και 395 ΚΠολΔ προκύπτει η βούληση του νομοθέτη για την κοινή αντιμετώπιση των μαρτύρων και των δικαστικών τεκμηρίων σε ό,τι αφορά στην απόδειξη συγκεκριμένων γεγονότων (ΚΠολΔ 393 Ι) και στη σχέση τους με την έγγραφη απόδειξη (ΚΠολΔ 393 ΙΙ, 394 ΙΙ). Η αξιοποίηση δικαστικών τεκμηρίων παρά το άρθρο 395 ΚΠολΔ, ως μη πληρούντων τους όρους του νόμου μέσων απόδειξης (ΚΠολΔ 340 Ι 2), διατάσσει την ενιαία αντιμετώπισή τους με την εμμέτρη απόδειξη και δημιουργεί αξιολογική αντινομία.

- δ. Τα άρθρα 395 και 340 Ι 2 ΚΠολΔ επιτείνουν την αξιολογική αντίφαση, που καθιερώνουν τα άρθρα 393, 394 ΚΠολΔ ανάμεσα στην εμμέτρη απόδειξη και στην εξέταση των διαδίκων. Σκοπός των άρθρων 393 και 394 ΚΠολΔ είναι να αποκλεισθεί, λόγω της επισφάλειάς του, το αποδεικτικό μέσο των μαρτύρων υπέρ πιο αξιόπιστων πηγών γνώσης (κατά προτίμηση υπέρ των εγγράφων).⁹⁷ Οι επίμαχες αποδεικτικές απαγορεύσεις δεν περιλαμβάνουν εν τούτοις και το επισφαλέστερο των αποδεικτικών μέσων, την εξέταση των διαδίκων, η οποία συνιστά ουσιαστικά μαρτυρία για ίδια υπόθεση. Το άρθρο 395 ΚΠολΔ με τη σειρά του προβλέπει, λόγω της φερόμενης μειωμένης αξιοπιστίας τους, τον αποκλεισμό των δικαστικών τεκμηρίων, όταν αποκλείεται το επίσης αναξιόπιστο μέσο απόδειξης των μαρτύρων, χωρίς όμως παράλληλα να αποκλείεται, η ακόμη επισφαλέστερη εξέταση των διαδίκων. Αντίστοιχα το άρθρο 340 Ι 2 ΚΠολΔ, αντανakλώντας την ίδια αξιολόγηση, δεν αφήνει περιθώριο για την κάμψη των άρθρων 393, 394 και 395 ΚΠολΔ μέσω της έννοιας των ελαττωματικών μέσων απόδειξης, ενώ παράλληλα, η εξέταση των διαδίκων είναι καθόλα επιτρεπτή.

96 Στην πραγματικότητα τα δικαστικά τεκμήρια δεν αποτελούν *per se* αναξιόπιστα αποδεικτικά μέσα. Κάτι τέτοιο δεν ισχύει π.χ. για την πραγματογνωμοσύνη που διεξήχθη στο πλαίσιο άλλης δίκης.

97 Επισημαίνεται, ότι, καίτοι ο νομοθέτης είχε κατά νου την εξασφάλιση εγγράφων, δεν προέβη εν τούτοις στον γενικό αποκλεισμό των λοιπών αποδεικτικών μέσων.

VI. Σύνοψη

1. Η έννοια των άκυρων, ελαττωματικών ή μη πληρούντων τους όρους του νόμου αποδεικτικών μέσων απαντά στο 2^ο Βιβλίο του ΚΠολΔ, στις γενικές περί απόδειξης διατάξεις (ΚΠολΔ 340 Ι 2) καθώς και στο άρθρο 469 ΙΙ ΚΠολΔ για την ειδική διαδικασία των μικροδιαφορών. Σε αμφότερες τις διατάξεις η επίμαχη έννοια χρησιμοποιείται με τον ίδιο τρόπο. Λαμβανομένων υπόψη των διαφορών των δύο διατάξεων, τα εξαγόμενα για το άρθρο 340 Ι 2 ΚΠολΔ συμπεράσματα ισχύουν αντίστοιχα για τη διάταξη του ΚΠολΔ 469 ΙΙ.

Μη πληρούντα τους όρους του νόμου καλούνται τα αποδεικτικά μέσα, τα οποία εμφανίζουν παθολογία, κάποια απόκλιση δηλαδή από την προβλεπόμενη χρήση τους. Πρόκειται για μέσα απόδειξης, τα οποία αναγνωρίζονται ως τέτοια από τον νόμο και ρυθμίζονται τυπολογικά, είναι συνεπώς υποστατά, πάσχουν όμως ως προς τους όρους του **επιτρεπού** τους ή τις προϋποθέσεις της αποδεικτικής τους ισχύος.

Οι όροι του επιτρεπού αναφέρονται στη δυνατότητα του αποδεικτικού μέσου να τύχει αξιοποίησης από τον δικαστή. Ανεπίτρεπτο καθίσταται το αποδεικτικό μέσο, όταν προσκρούει σε κανόνα εισάγοντα αποδεικτική απαγόρευση. Η απαγόρευση αυτή μπορεί να άπτεται μόνον της έγερσης της απόδειξης, είναι όμως δυνατόν να εκτείνεται και στην αξιοποίηση του αποδεικτικού πορίσματος, των πληροφοριών δηλαδή, που αντλήθηκαν από την αξιοποίηση του μέσου απόδειξης. Είναι δε δυνατό η αποδεικτική απαγόρευση να προβλέπεται ρητά και άμεσα ή να συνάγεται σιωπηρά και εξ αντιδιαστολής. Οι όροι τέλος της αποδεικτικής δύναμης γίνονται αντιληπτοί καταρχάς ως νομικές αποδείξεις, ως δεσμευτικοί κανόνες περί του βαθμού πεποίθησης, στον οποίον οφείλει να οδηγηθεί ο δικαστής. Νοούνται όμως και ως προϋποθέσεις προκειμένου το αποδεικτικό μέσο να είναι γενικά σε θέση να επηρεάσει την κρίση του δικαστή. Στην έννοια των ελαττωματικών αποδεικτικών μέσων αφορά καταρχάς η δεύτερη εννοιολογική κατηγορία των όρων της αποδεικτικής ισχύος. Οι νομικές αποδείξεις καθίστανται αντικείμενο του ΚΠολΔ 340 Ι 2 μόνον αν επί μη πλήρωσης των τασσόμενων όρων, το αποδεικτικό μέσο στερείται, πέραν της αυξημένης αποδεικτικής ισχύος, κάθε δυνατότητας να συνδράμει κατά τον σχηματισμό της δικανικής πεποίθησης.

2. Η ρητή πρόβλεψη στον ΚΠολΔ, ότι τα ελαττωματικά αποδεικτικά μέσα λαμβάνονται υπόψη από τον δικαστή, θεμελιώνει γενικό κανόνα υπέρ της αξιοποίησης αποδεικτικών μέσων – αποδείξεων παρά την παραβίαση κανόνων που αφορούν στο επιτρεπτό της έγερσης της απόδειξης ή στην αξιοποίησή της ή στις προϋποθέσεις, υπό τις οποίες το αξιοποιούμενο απο-

δεικτικό μέσο είναι σε θέση να αναπτύξει την όποια αποδεικτική ισχύ. Η αξιοποίηση του υποστατού πλην μη πληρούντος τους όρους του νόμου μέσου απόδειξης δεν είναι απεριορίστη. Πέραν της ρητής σύνδεσης, για την περίπτωση του ΚΠολΔ 340 I 2, με το επιτρεπτό της εμάρτυρης απόδειξης κατά τα άρθρα 393 και 394 ΚΠολΔ, ο κανόνας υπέρ της λήψης υπόψη των ελαττωματικών μέσων απόδειξης δεν είναι άκαμπτos.

Κατηγορηματικά υπέρ της περιστολής του ΚΠολΔ 340 I 2 συνηγορεί η διακινδύνευση της ποιότητας του αποδεικτικού αποτελέσματος και το ερμηνευτικό κριτήριο *lex superior*. Αντίθετα, όταν ο παραβιασθείς όρος του επιτρεπτού ή της αποδεικτικής ισχύος είναι της ίδιας τυπικής ισχύος με το άρθρο 340 I 2 ΚΠολΔ, η κάμψη του κανόνα στη βάση των επιχειρημάτων *lex posterior* και *lex specialis*, προϋποθέτουν ειδική αιτιολογία. Θα πρέπει να συνάγεται από την τελολογία πίσω από το άρθρο 340 I 2 ΚΠολΔ ή την εκάστοτε διάταξη, που παραβιάζεται, η υπεροχή της παραβιασθείσας διάταξης έναντι του ΚΠολΔ 340 I 2.

Αν το ελάττωμα της αποδεικτικής διαδικασίας, άπτεται του δικαιώματος ακρόασης (και συναφώς του δικαιώματος απόδειξης-ανταπόδειξης), της δικονομικής ισότητας των διαδίκων ή της αρχής της (τυπικής) αμεσότητας της απόδειξης, το δικονομικό σφάλμα, που προκύπτει, εκτείνεται πέραν της προβληματικής περί της αξιοποίησης μη πληρούντων τους όρους του νόμου μέσων απόδειξης και καθιστά την απόφαση αυτοτελώς προσβλητή. Του πεδίου εφαρμογής του άρθρου 340 I 2 ΚΠολΔ εκφεύγουν επίσης οι διατάξεις, που αφορούν στη νόμιμη επίκληση, προσκομιδή ή προσαγωγή των αποδεικτικών μέσων καθώς επίσης και οι διατάξεις, που προβλέπουν την τήρηση συγκεκριμένου δικονομικού τύπου, προκειμένου να ξεκινήσει η έγερση της απόδειξης.

3. Μπορεί να αναρωτηθεί κανείς, αν η θέσπιση του άρθρου 340 I 2 ΚΠολΔ (και αντίστοιχα του άρθρου 469 II ΚΠολΔ) είναι νομοτεχνικά επιβεβλημένη. Θα μπορούσε το ζήτημα της αξιοποίησης των «άκυρων» μέσων απόδειξης να λύνεται βάσει ερμηνείας της εκάστοτε διάταξης, που παραβιάζεται. Ωστόσο, ο ΚΠολΔ περιέχει σύμπλεγμα κανόνων (ΚΠολΔ 159 επ., 559 αρ. 11, 14), οι οποίες φαίνεται να καθιερώνουν τον κανόνα της μη λήψης υπόψη των ελαττωματικών αποδεικτικών μέσων και δεν αφήνουν πολλά περιθώρια για την αξιοποίησή τους. Μέσω του άρθρου 340 I 2 ΚΠολΔ ο κανόνας αυτός ανατρέπεται υπέρ των ελαττωματικών μέσων απόδειξης, με την αντίστοιχη υποχώρηση ιδίως του άρθρου 559 αρ. 11 ΚΠολΔ αλλά και των άρθρων 159 επ. και 559 αρ. 11 ΚΠολΔ, αν και οι τελευταίες διατάξεις δεν αφορούν, κατά μάλλον ορθότερη άποψη, στην εκτίμηση των μέσων απόδειξης και ως εκ τούτου δεν ανταγωνίζονται το άρθρο 340 I 2 ΚΠολΔ.

Τέλος, το άρθρο 340 Ι 2 ΚΠολΔ περιέχει μόνο την πρόβλεψη περί της δυνατότητας λήψης υπόψη των αποδεικτικών μέσων, που πάσχουν ελαττώματος συνιστάμενου στο επιτρεπτό τους ή στην αποδεικτική τους ισχύ. Δεν υποχρεώνει, αντίθετα, τον δικαστή να παραβιάσει τις σχετικές δικονομικές διατάξεις, ούτε και τον εξουσιοδοτεί προς τούτο.

Κάμψη τής προαπόδειξης στὴν διοικητικὴ δίκη καὶ ἀρχὴ τής ισότητας τῶν διαδίκων

Κυριάκος Π. Παπανικολάου

Λέκτωρ Νομικῆς Σχολῆς Δ.Π.Θ.

I.

Σὲ μιὰ δικονομικὴ τάξη ποὺ διέπεται ἀπὸ θεμελιώδη δικονομικὰ δικαιώματα ἢ παροχή, π.χ. διὰ τῆς προβλέψεως γενικῶν ρητρῶν, ἀνέλεγκτης διακριτικῆς εὐχέρειας στὸν δικαστὴ γιὰ τὴν ἐντὸς ἐκάστης δίκης διαμόρφωση δικονομικῶν δυνατοτήτων ἢ δικονομικῶν βαρῶν τῶν διαδίκων μπορεῖ νὰ θέτει ἐν ἀμφιβόλῳ τὴν τήρηση τῆς ἀρχῆς τῆς ισότητας τῶν διαδίκων κατὰ τὴν διεξαγωγή τῆς ἐκάστοτε δίκης¹. Τοῦτο ἐπιτείνεται στὶς περιπτώσεις στὶς ὁποῖες ἡ σχετικὴ δικαστικὴ ἀπόφαση εἶναι κατὰ τοῦτο ἀνέλεγκτη ἢ, ἔτι μᾶλλον, καὶ ἀναιτιολόγητη.

Στὴν δίκη ἐνώπιον τῶν τακτικῶν διοικητικῶν δικαστηρίων προβλέπεται κατ' ἀρχὴν ἡ προαπόδειξη τῶν ἰσχυρισμῶν τῶν διαδίκων, ἀλλὰ αὐτὴ κάμπτεται κατ' ἐφαρμογὴν διαφόρων κανόνων, οἱ ὁποῖοι μάλιστα παρέχουν εὐρέα περιθώρια εὐχέρειας τοῦ δικαστηρίου νὰ ἐπιτρέπει μιὰ τέτοια κάμψη ἐντὸς τῆς ἐκάστοτε δίκης. Τὸ σύστημα τῶν κανόνων ποὺ διέπουν τὴν προαπόδειξη καὶ τὴν κάμψη τῆς προσφέρεται, λοιπόν, πρὸς ἐξέταση ὑπὸ τὸ πρίσμα τῆς ἀρχῆς τῆς ισότητας τῶν διαδίκων.

II.

Τὸ ἄρθρο 150 §1 ἐδ. α' ΚΔΔ προβλέπει ὅτι τὰ ἔγγραφα καὶ οἱ μαρτυρικὲς καταθέσεις πρέπει ἀπαραιτήτως νὰ προσάγονται στὸ δικαστήριο ἕως τὴν προηγούμενὴ ἡμέρα ἐκείνης κατὰ τὴν ὁποία γίνεται ἡ πρώτη συζήτηση τῆς υπόθεσης. Ἐξ ἄλλου, σύμφωνα μὲ τὸ ἄρθρο 129 §2 ἐδ. α' ΚΔΔ, τοῦλάχιστον τριάντα ἡμέρες πρὶν ἀπὸ τὴν δικάσιμο² ἡ Διοίκηση ἔχει ὑποχρέωση νὰ ἀποστέλλει στὸ

1 Βλ. Δ. Μανιώτη, *Ἡ ἀρχὴ τῆς τηρήσεως τῆς προδικασίας κατὰ τον Κώδικα Πολιτικῆς Δικονομίας*, 1994, Αθήνα/Κομοτηνὴ: Εκδ. Αντ. Ν. Σάκκουλα, σελ. 129-130.

2 Σὲ περίπτωσι συντμήσεως, κατὰ τὸ ἄρθρο 128 §4 ΚΔΔ, τῆς ἐξηκονθήμερης πρὸ τῆς δικασίμου προθεσμίας (κατὰ τὴν §1 τοῦ ἰδίου ἁρθρου) γιὰ τὴν ἐπίδοσι ἀντιγράφου τοῦ δικογρά-

δικαστήριο τὸν διοικητικὸ φάκελο, ὁ ὁποῖος ἀποτελεῖται³ ἀπὸ τὰ σχετικὰ μὲ τὴν ἔνδικη ὑπόθεση στοιχεῖα. Ὁ διοικητικὸς φάκελος περιέχει τὸ σύνολο τῶν σχετικῶν μὲ τὴν ὑπόθεση στοιχείων, καὶ ὄχι μόνον ἐκεῖνα τὰ στοιχεῖα ποὺ ἡ Διοίκηση θεωρεῖ κρίσιμα πρὸς ἀπόδειξη τῶν ἰσχυρισμῶν της καὶ ἀντίκρουση τῶν ἰσχυρισμῶν τοῦ διοικουμένου διαδίκου. Ἀκόμη καὶ στοιχεῖα ποὺ ἐπικαλεῖται ὁ διοικούμενος πρὸς ἀπόδειξη τῶν ἰσχυρισμῶν του, π.χ. αἰτήσεις, διοικητικὲς προσφυγές του καὶ μετὰ τούτων ὑποβληθέντα στοιχεῖα, ἀποτελοῦν τμήμα τοῦ διοικητικοῦ φακέλου, ὁ ὁποῖος πρέπει στὴν πληρότητά του νὰ διαβιβάζεται ἀπὸ τὴν Διοίκηση.

Αὐτὴ ἡ ἀμφιμερῶς ἀναφερόμενη πληρότητα τῶν στοιχείων τοῦ διοικητικοῦ φακέλου, ἀνεξαρτήτως τῆς κατανομῆς τοῦ βάρους ἐπικλήσεως καὶ ἀποδείξεως⁴ μεταξὺ τῶν διαδίκων, ἐπιτάσσεται ἀπὸ τὴν λειτουργία τῆς διαδικαστικῆς πράξεως τῆς ἀποστολῆς τοῦ διοικητικοῦ φακέλου ἀπὸ τὴν Διοίκηση πρὸς τὸ δικαστήριο ὡς ἐκπλήρωσης *ὕπηρεσιακοῦ καθήκοντος* τῆς Διοικήσεως⁵, καὶ ὄχι ἀποκλειστικῶς ὡς ἀνταπόκρισής της σὲ δικονομικὸ βᾶρος της. Στοιχεῖα περιεχόμενα στὸν διοικητικὸ φάκελο μποροῦν, βεβαίως, νὰ ἀποδεικνύουν ἐνστάσεις καὶ λοιποὺς ἰσχυρισμοὺς τῆς Διοικήσεως, ἡ ὁποία διὰ τῆς ὑποβολῆς τους ἐντὸς τοῦ διοικητικοῦ φακέλου ἐκπληροῖ σχετικὰ βάρη ἀποδείξεως τῶν ἰσχυρισμῶν της. Ὡστόσο, στὸν διοικητικὸ φάκελο μπορεῖ νὰ περιέχονται καὶ στοιχεῖα ποὺ ἀποδεικνύουν τοὺς ἰσχυρισμοὺς τοῦ διοικουμένου, τὰ ὁποῖα ἡ Διοίκηση ἔχει ὑπηρεσιακὸ καθῆκον –καὶ ὄχι δικονομικὸ βᾶρος– νὰ προσκομίσει. Τοῦτο σημαίνει ὅτι ἡ μὴ προσκόμιση στοιχείων λειτουργούντων ὑπὲρ τοῦ διοικουμένου ἐντὸς τῆς κατανομῆς τοῦ βάρους ἀποδείξεως μπορεῖ νὰ ἐπάγεται ἔννομες συνέπειες ἐκ τῆς παραβάσεως ὑπηρεσιακοῦ καθήκοντός της, ἔστω καὶ ἂν δὲν συνοδεύεται κατ’ ἀνάγκην ἀπὸ δυσμενεῖς δικονομικὲς συνέπειες⁶.

Ἐξ ἄλλου, τὰ στοιχεῖα τοῦ διοικητικοῦ φακέλου δὲν ἐξαντλοῦν ὡπωσδήπο-

φου πρὸς τὴν Διοίκηση, ἡ προθεσμία ἀποστολῆς τοῦ διοικητικοῦ φακέλου συντέμνεται σὲ ὅκτῳ ἡμέρες πρὶν ἀπὸ τὴν δικάσιμο, σύμφωνα μὲ τὸ ἄρθρο 128 §2 ἐδ. β’ ΚΔΔ.

3 Βλ. ἄρθρο 149 §1 ΚΔΔ.

4 Σχετικὰ μὲ τὴν διάκριση μεταξὺ τοῦ βάρους ἐπικλήσεως καὶ τοῦ βάρους ἀποδείξεως, βλ. *Π. Γέσιου-Φαλτσή*, Δίκαιο Ἀποδείξεως³ (θεμελιωμένο ἀπὸ Χ. Φραγκίστα), 1986, Αθήνα/Θεσσαλονίκη: Εκδ. Σάκκουλα, §79 (σελ. 104-105). Σχετικὰ μὲ τὴν διάκριση τοῦ βάρους ἐπικλήσεως ἀπὸ τὸ βᾶρος προβολῆς ἰσχυρισμῶν βλ. *Στ. Κουσουλή*, *Οἱ πραγματικοὶ ἰσχυρισμοὶ στὴν πολιτικὴ δίκη*, 2003, Αθήνα/Θεσσαλονίκη: Εκδ. Σάκκουλα, σελ. 55 ἐπ., ἰδίως σελ. 65 ἐπ., ὅπου καὶ ἰδιαίτερη ἀναφορά στὴν ἐκδήλωση τῆς ἐν λόγω διάκρισης ἐπὶ τοῦ πεδίου τῶν ἐπικουρικῶς προβαλλομένων ἰσχυρισμῶν.

5 Βλ. *Π. Λαζαράτου*, *Διοικητικὸ Δικονομικὸ Δίκαιο*³, 2018, Αθήνα: Νομικὴ Βιβλιοθήκη, αρ. 144 (σελ. 109), ὅπου ἡ ἀποστολὴ τοῦ διοικητικοῦ φακέλου χαρακτηρίζεται «ὕποχρέωση» τῆς Διοικήσεως –καὶ ὄχι (ἀπλῶς) δικονομικὸ βᾶρος της.

6 Βλ. κατωτ., ὑποσημ. 28, ὅπου νομολογιακὸ παράδειγμα ἀνάδειξης αὐτῆς τῆς διττῆς λειτουργίας τῆς ἀποστολῆς στοιχείων ἀπὸ τὴν Διοίκηση πρὸς τὸ δικαστήριο.

τε τὰ ὑποβαλλόμενα παρὰ τῆς Διοικήσεως ἐνώπιον τοῦ δικαστηρίου ἀποδεικτικά στοιχεῖα. Στὸν διοικητικὸ φάκελο περιέχονται ὅπωςδὴποτε τὰ στοιχεῖα στὰ ὁποῖα βασίσθηκε ἡ κρίσιμη διοικητικὴ πράξη⁷ ἢ τὰ ὁποῖα ἐν πάσῃ περιπτώσει ἀφοροῦν τὴν διοικητικὴν πράξη⁸ ἢ τὰ κρίσιμα γεγονότα μὲ τὰ ὁποῖα συνδέεται ἡ ἐπίδικη ἀγωγικὴ ἀξίωση⁹. Οἱ ἐνστάσεις, ὅμως, καὶ οἱ λοιποὶ ἰσχυρισμοὶ τῆς Διοικήσεως πρὸς ἀπόκρουση τοῦ ἐνδίκου βοηθήματος ἢ μέσου ἐνδέχεται νὰ ἔχουν καὶ ἱστορικὴ βάση μὴ συναπτόμενη μὲ νομικὰ ἢ πραγματικὰ γεγονότα ἀποδεικνύόμενα διὰ τῶν περιεχομένων στὸν διοικητικὸ φάκελο στοιχείων. Ἐπὶ παραδείγματι, ἡ προσκόμιση μιᾶς δικαστικῆς ἀποφάσεως ἐκ τῆς ὁποίας ἀπορρέει δεδικοσμένο κρίσιμο γιὰ τὴν ἐπίδικη διαφορά μπορεῖ νὰ τελεσθεῖ ἀπὸ τὴν Διοίκηση ἀνεξαρτήτως τῆς ὑποβολῆς τοῦ διοικητικοῦ φακέλου, ἐφ' ὅσον τὸ ἐν λόγω δεδικοσμένο δὲν εἶχε λάβει ἡ Διοίκηση ὑπ' ὄψιν ἤδη κατὰ τὴν ἄσκηση τῶν ἀρμοδιοτήτων της ποὺ συνδέονται μὲ τὴν ἐπίδικη διαφορά καθισταμένης τῆς οἰκείας δικαστικῆς ἀποφάσεως τμήματος τοῦ διοικητικοῦ φακέλου. Ἡ ὑπερχειλὴς διάσταση τῶν προσκομιζομένων ἀπὸ τὴν Διοίκηση ἀποδεικτικῶν στοιχείων κατ' ἐκπλήρωση οἰκείου δικονομικοῦ βάρους της, κειμένου πέραν τοῦ ὑπηρεσιακοῦ καθήκοντος ὑποβολῆς διοικητικοῦ φακέλου, ἐκδηλώνεται εὐλόγως ἰδίως στὸ πεδίο δικονομικῶν ἐνστάσεων, χωρὶς βεβαίως νὰ περιορίζεται σὲ αὐτές.

Ἡ λειτουργία τῆς ἀποστολῆς τοῦ διοικητικοῦ φακέλου ὡς ἐκπλήρωσης ὑπηρεσιακοῦ καθήκοντος ἐμφαίνεται καὶ στὸν νομοθετικὸ χαρακτηρισμὸ της παράλειψης ἢ τῆς ἐκπρόθεσμης ἐνέργειάς της ὡς ἰδιαίτερου πειθαρχικοῦ ἀδικήματος, ποὺ ἐπισύρει τὴν ἄσκηση πειθαρχικῆς δίωξης, ἡ ὁποία μάλιστα μπορεῖ νὰ κινηθεῖ καὶ κατ' αἴτηση τοῦ προέδρου τοῦ δικαστηρίου ἢ τοῦ οἰκείου τμήματος πρὸς τὸ ὁποῖο ἔπρεπε νὰ ἔχει ἀποσταλεῖ (ἐμπροθέσμως) ὁ διοικητικὸς φάκελος⁹. Ἡ διάκριση τοῦ ὑπηρεσιακοῦ καθήκοντος ἀπὸ τὸ οἰκεῖο δικονομικὸ βάρος τῆς Διοίκησης ἀναδεικνύεται ἰδίως στὶς περιπτώσεις στὶς ὁποῖες γίνεται δεκτὸ ὅτι ἡ παράλειψη τῆς Διοίκησης νὰ ἐκπληρώσει τὸ ἐν λόγω καθήκον/βάρος της ὅχι μόνον ἐπάγεται πειθαρχικὲς ἔννομες συνέπειες (παραβίαση ὑπηρεσιακοῦ καθήκοντος) ἀλλὰ καὶ συνιστᾷ τεκμαιρόμενη ὁμολογία τῶν πραγματικῶν ἰσχυρισμῶν τοῦ διοικουμένου διαδίκου (μὴ ἐκπλήρωση δικονομικοῦ βάρους)¹⁰.

7 Βλ. Π. Δαγτόγλου, Διοικητικὸ Δικονομικὸ Δίκαιο⁶, Ἀθήνα/Θεσσαλονίκη: Ἐκδ. Σάκκουλα, ἀρ. περιθ. 382 (σελ. 319).

8 Βλ. κατωτ., ὑποσημ. 27.

9 Βλ. ἀρθρο 129 §5 ΚΔΔ.

10 Βλ. Π. Δαγτόγλου, Διοικητικὸ Δικονομικὸ Δίκαιο (ὅπ. π., σημ. 7), ἀρ. περιθ. 382^α (σελ. 320). Ἀπὸ τὴν νομολογία βλ. ΜΔΠρΑθ 4291/2019, κατὰ τὴν ὁποία τὸ τεκμήριο ὁμολογίας σὲ περίπτωσι μὴ ἀποστολῆς διοικητικοῦ φακέλου –παρὰ τὴν ἔκδοσι σχετικῆς προδικαστικῆς ἀποφάσεως– βασίζεται σὲ ἐρμηνεία τῶν ἀρθρῶν 129 καὶ 149 ΚΔΔ σύμφωνα μὲ τὸ ἀρθρο 20

Πάντως, ή μη έκπληρωση από την Διοίκηση του καθήκοντος/βάρους της για την αποστολή του διοικητικού φακέλου δεν επάγεται όπωσδήποτε άμέσως τις δυσμενείς έννομες συνέπειές της. Η εκπρόθεσμη ύποβολή του διοικητικού φακέλου είναι δικονομικώς ιάσιμη. Μόνον στην περίπτωση που προβληθεί τὸ εκπρόθεσμο από τὸν προσφεύγοντα/ένάγοντα ή από τὸν παρεμβαίνοντα, τὸ δικαστήριο αναβάλλει τὴν συζήτηση τῆς υπόθεσης¹¹, ὥστε νὰ μεσολαβεί τὸ κατὰ νόμον προβλεπόμενο χρονικὸ διάστημα μεταξύ τῆς εκπρόθεσμης –ἐν σχέσει πρὸς τὴν ἀρχική δικάσιμο– ύποβολῆς του διοικητικού φακέλου καὶ τῆς ἐν τέλει –διὰ τῆς ἀναβολῆς καθισταμένης– πρώτης συζήτησης τῆς υπόθεσης. Ἀναβολή τῆς συζήτησης, ἀνεξαρτήτως τῆς δικονομικῆς συμπεριφορᾶς καὶ τῶν αἰτημάτων τῶν λοιπῶν διαδίκων, χωρεῖ καὶ στὴν περίπτωση ποὺ ἡ Διοίκηση παραλείπει νὰ ἀποστείλει –ἔστω καὶ εκπροθέσμως– διοικητικὸ φάκελο¹². Γιὰ τὴν ταύτοτητα τοῦ λόγου τοῦτο ἰσχύει καὶ στὴν περίπτωση ποὺ ἡ Διοίκηση ἔχει μὲν ἀποστείλει διοικητικὸ φάκελο, ἀλλὰ αὐτὸς εἶναι ἑλλιπής. Ἄν ἡ Διοίκηση δὲν ἀποστείλει/συμπληρώσει τὸν διοικητικὸ φάκελο οὔτε ἐντὸς τῆς προθεσμίας πρὸ τῆς μετ’ ἀναβολῆς δικάσιμου, ἡ ὁποία ἔχει πλέον προσδιορισθεῖ γιὰ τὴν πρώτη συζήτηση, τὸ δικαστήριο προβαίνει ὑποχρεωτικῶς σὲ συζήτηση τῆς υπόθεσης. Ὡστόσο, ἡ παρὰ τὴν ἑλλειψη/ἀνεπάρκεια στοιχείων διοικητικού φακέλου συζήτηση τῆς υπόθεσης δὲν σημαίνει καὶ ὅτι θὰ ἐκδοθεῖ ὁπωσδήποτε ὀριστική δικαστική ἀπόφαση, ἀφοῦ τὸ ἄρθρο 129 §4 ΚΔΔ δὲν προβλέπει ρητῶς τὴν κατὰ πλάσμα ἢ τὴν κατ’ ἐφαρμογὴν τεκμηρίων ἀπόδειξη κρίσιμων γεγονότων ἐλλείψει διοικητικού φακέλου¹³, ἀλλὰ ἐμμένει στὴν

§1 Συντ. Πρβλ., ἐπίσης, κατωτ., ύποσημ. 38.

11 Βλ. ἄρθρο 129 §2 ἐδ. γ’-δ’ ΚΔΔ.

12 Τοῦτο συνάγεται ἀσφαλῶς ἀπὸ τὴν διάταξη τῆς §4 τοῦ ἄρθρου 129 ΚΔΔ, ποὺ δὲν προβλέπει μὲν ρητῶς τὴν ἐξ αὐτοῦ τοῦ λόγου ἀναβολή, ἀλλὰ ρυθμίζει τις δικαστικές πράξεις ἀναφορικῶς πρὸς τὴν συζήτηση τῆς υπόθεσης σὲ περίπτωση ποὺ ἡ Διοίκηση παραλείπει νὰ διαβιβάσει τὰ στοιχεῖα τοῦ διοικητικού φακέλου μετὰ τὴν χορηγηθεῖσα πρὸς τοῦτο ἀναβολή.

13 Ἄν γινόταν δεκτὸ ὅτι, σὲ περίπτωση μὴ ἀποστολῆς τοῦ διοικητικού φακέλου, ἀποδεικνύεται ἡ ἀλήθεια τῶν ἰσχυρισμῶν τοῦ ἀσκήσαντος τὸ ἔνδικο βοήθημα διαδίκου, θὰ ἐπρόκειτο δικονομικὸ τεκμήριο ὁμολογίας τῆς Διοίκησης –καὶ ὄχι πλάσμα ὁμολογίας. Πρβλ. Γ. Μητσόπουλου, Τὸ πρόβλημα τῆς ἐννοίας τοῦ δικαϊκοῦ πλάσματος, 1998, Ἀθήνα/Κομοτηνὴ: Ἐκδ. Ἀντ. Ν. Σάκκουλα, ἰδιῶς σελ. 171-172, σχετικὰ μὲ τὸ τεκμήριο –καὶ ὄχι πλάσμα– ὁμολογίας ἐπὶ ἐρημοδικίας τοῦ ἐναγομένου. Πρβλ., ἐπίσης, Π. Κολοτούρου, Συστήματα ἀνακοπῆς καὶ εκπώσεις ἐρημοδικίας. Συμβολή στὴν ἐρμηνεία τοῦ ἀρθρου 501 ΚΠολΔ, 1992, Ἀθήνα/Κομοτηνὴ: Ἐκδ. Ἀντ. Ν. Σάκκουλα, σελ. 15 (ύποσημ. 3), ὅπου ἐπισημαίνεται ὅτι ἡ *ficta confessio* ἐξ ἐρημοδικίας τοῦ ἐναγομένου εἶναι συνηθέστερο νὰ ἀφορᾷ πραγματικὰ γεγονότα. Ἐν προκειμένῳ ἔνα τεκμήριο ὁμολογίας τῆς παραλείπουσας νὰ ἀποστείλει τὸν διοικητικὸ φάκελο Διοίκησης, κατὰ τῆς ὁποίας στρέφεται τὸ ἔνδικο βοήθημα, θὰ ἀφοροῦσε τοὺς πραγματικοὺς ἰσχυρισμοὺς τοῦ διοικουμένου διαδίκου, καὶ ὄχι βεβαίως ἀποδοχὴ τῆς αἰτούμενης πρὸς διάγνωση/διάπλαση μὲ τὸ ἔνδικο βοήθημα ἐννομης συνέπειας.

ἄμεση ἀπόδειξη¹⁴ προβλέποντας ὅτι προϋπόθεση γιὰ τὴν ἔκδοση ὁριστικῆς ἀποφάσεως εἶναι ὁ ἐκ τῶν ὑφισταμένων στὴν δικογραφία στοιχείων σχηματισμὸς δικανικῆς πεποιθήσεως ὡς πρὸς τὴν ἀλήθεια τῶν ἰσχυρισμῶν τῶν ἀδίκων.

Ἐπομένως, ἂν ἐλλείψει διοικητικοῦ φακέλου δὲν μπορεῖ νὰ διαμορφωθεῖ δικανικὴ πεποίθηση περὶ τῶν κρίσιμων ἀληθῶν γεγονότων, προφανῶς τὸ δικαστήριον δὲν θὰ ἀπόσχει ἐπ' ἀόριστον ἀπὸ τὴν ἔκδοση ὁριστικῆς δικαστικῆς ἀποφάσεως, ἀλλὰ θὰ προβεῖ σὲ κάθε ἀναγκαία ἐνέργεια πρὸς τὴν κατεύθυνση τῆς ὁριστικῆς ἐπίλυσης τῆς διαφορᾶς, ὅπως ἐπιβάλλεται καὶ ἀπὸ τὴν θεμελιώδη δικονομικὴ ἀρχὴ τοῦ ἄρθρου 33 ΚΔΔ περὶ τῆς μερίμνης τοῦ δικαστηρίου προόδου τῆς δίκης. Καθὼς ἡ πρόοδος τῆς δίκης κωλύεται ἀπὸ τὴν ἔλλειψη κρίσιμων ἀποδεικτικῶν στοιχείων, τὸ δικαστήριον θὰ προβεῖ στὴν ἔκδοση μὴ ὁριστικῆς ἀποφάσεως μὲ τὴν ὁποία θὰ διατάσσει τὴν συμπλήρωση τῶν ἀποδείξεων¹⁵. Ἡ σχετικὴ δικονομικὴ ἐξουσία τοῦ δικαστηρίου προβλέπεται στὰ ἄρθρα 151 καὶ 152 ΚΔΔ, χωρὶς νὰ γίνεται στὶς ἐν λόγω διατάξεις κάποια ἀναφορὰ στὴν ἀνάγκη συμπλήρωσης τῶν ἀποδείξεων εἰδικῶς ἐλλείψει διοικητικοῦ φακέλου.

Ἡ προβλεπόμενη στὶς ἐν λόγω διατάξεις ἐξουσία τοῦ δικαστηρίου νὰ διατάσσει τὴν συμπλήρωση ἀποδείξεων εἶναι γενικὴ, χωρὶς νὰ προσδιορίζονται κάποιοι περιοριστικοὶ αὐτῆς τῆς ἐξουσίας λόγοι ἢ συνθήκες συναφεῖς πρὸς τὴν ἀνάγκη συμπλήρωσης τῶν ἀποδείξεων. Ἡ ἐξουσία τοῦ δικαστηρίου ἀσκεῖται εἴτε αὐτεπαγγέλτως εἴτε κατόπιν αἰτήματος διαδίκου καὶ ἡ συμπλήρωση τῶν ἀποδείξεων διατάσσεται, ἐφ' ὅσον αὐτὴ εἶναι ἀναγκαία κατὰ τὴν κρίση τοῦ δικαστηρίου. Δὲν προβλέπεται ῥητῶς ὡς ἀναγκαῖο περιεχόμενο τῆς μὴ ὁριστικῆς ἀπόφασης ἡ αἰτιολόγηση τῆς ἀνάγκης γιὰ συγκεκριμένη συμπλήρωση τῶν ἀποδείξεων. Ὡς περιεχόμενο τῆς ἀπόφασης ὀρίζεται μόνον τὸ θέμα τῆς ἀπόδειξης, τὸ ὑποκειμενικὸ βάρος ἀπόδειξης, τὰ ἀποδεικτικὰ μέσα, ὁ τόπος καὶ ὁ χρόνος διεξαγωγῆς τῆς ἀπόδειξης καὶ ὁ χρόνος περάτωσής της¹⁶.

Ἐστὼ, ὅμως, ὅτι τὸ δικαστήριον ὑποχρεοῦται νὰ αἰτιολογεῖ τὴν ἀνάγκη συμπλήρωσης τῶν ἀποδείξεων, παρ' ὅτι μιὰ τέτοια αἰτιολογία δὲν συμπεριλαμβάνεται στὰ ῥητῶς προβλεπόμενα στοιχεῖα τοῦ περιεχομένου τῶν οἰκείων μὴ ὁριστικῶν ἀποφάσεων. Μιὰ τέτοια αἰτιολόγηση τῶν ἐν λόγω δικαστικῶν ἀποφάσεων θὰ μπορούσε νὰ βασισθεῖ στὴν σύμφωνη μὲ τὸ ἄρθρο 93 §3 ἐδ. α'-Συντ. ἐρμηνεία τοῦ ἄρθρου 151 ΚΔΔ. Μπορεῖ νὰ ὑποστηριχθεῖ ὅτι ἡ ῥήτρα «ἂν τὸ κρίνει ἀναγκαῖο» στὴν τελευταία διάταξη δὲν σημαίνει ἀπλῶς ὅτι μιὰ τέ-

14 Σχετικὰ μὲ τὴν διάκριση μεταξὺ ἄμεσης καὶ ἔμμεσης ἀπόδειξης βλ. *Π. Γέσιου-Φαλτσή*, Δί-
καιο Αποδείξεως (ὅπ. π., σημ. 4), §§40 ἐπ. (σελ. 67 ἐπ.).

15 Βλ. κατωτ., ὑποσημ. 29.

16 Βλ. ἄρθρο 152 §2 ΚΔΔ.

τοια κρίση λανθάνει σὲ κάθε ἀπόφαση μὲ τὴν ὁποία διατάσσεται συμπλήρωση τῶν ἀποδείξεων, ἀλλὰ δι' αὐτῆς τίθεται μιὰ ὑποχρέωση εἰδικῆς αἰτιολογίας τῶν οἰκείων δικαστικῶν ἀποφάσεων σχετικὰ μὲ τὸ ἀναγκαῖο τῆς ἀσκήσεως αὐτῆς τῆς δικονομικῆς ἐξουσίας τοῦ δικαστηρίου. Ἡ συμπερίληψη αὐτῆς τῆς εἰδικῆς αἰτιολογίας, καθ' ἑρμηνείαν τοῦ ἄρθρου 151 ΚΔΔ, ἀπαιτεῖται κατὰ τὸ ἄρθρο 93 §3 ἐδ. α' Συντ., διότι ἄλλως οἱ σχετικὲς δικαστικὲς ἀποφάσεις θὰ ἦσαν ἀνατιολόγητες, καθὼς τὸ προβλεπόμενο στὸ ἄρθρο 152 §2 ΚΔΔ περιεχόμενό τους ἀφορᾷ μόνον τὸ διατακτικὸ τους ἀναφορικὰ μὲ τὴν διατασσόμενὴν συμπλήρωση ἀποδείξεων.

Ὡστόσο, ἀκόμη καὶ ὑπ' αὐτὴν τὴν δικαιοκρατικὴ ἑρμηνεία τῶν ἀνωτέρω δικονομικῶν διατάξεων, ὁ προσδιορισμὸς τοῦ ἀναγκαίου τῆς συμπλήρωσης τῶν ἀποδείξεων θὰ μπορούσε νὰ θεωρηθεῖ *ἀντικειμενικός*, δηλαδὴ ἀναφερόμενος στὴν ἀδυναμία τοῦ δικαστηρίου νὰ σχηματίσει δικανικὴ πεποίθηση πρὸς ἔκδοση ὁριστικῆς ἀποφάσεως ἐλλείψει κρίσιμων ἀποδείξεων, ἀδιαφόρως τοῦ ὑποκειμενικοῦ βάρους ἀποδείξεως ὡς πρὸς τὰ ἐλλείποντα στοιχεῖα. Ἡ θέση δηλαδὴ ὡς μόνης προϋπόθεσης στὸ ἄρθρο 151 ΚΔΔ τῆς ἀνάγκης συμπλήρωσης τῶν ἀποδείξεων, χωρὶς καμμία ἀναγωγὴ αὐτῆς τῆς ἀνάγκης στὴν δικονομικὴ συμπεριφορὰ τῶν διαδίκων καὶ χωρὶς συσχετισμὸ μὲ τὴν κατανομὴ τοῦ βάρους ἀπόδειξης ὡς πρὸς ἐλλείποντα στοιχεῖα, ὁδηγεῖ ἐν τέλει σὲ μιὰ ἀνατιολόγητὴ –καί, ἐπομένως, ἀνέλεγκτη– δικαστικὴ κάμψη τῆς, κατὰ τὸ ἄρθρο 150 §1 ἐδ. α' ΚΔΔ, ὑποχρέωσης προαπόδειξης *ὡς χρονικοῦ κανόνα τῆς ἐκπλήρωσης τοῦ δικονομικοῦ βάρους ἀπόδειξης* ποὺ φέρουν οἱ διάδικοι ὡς πρὸς τὰ ἐλλείποντα στοιχεῖα.

Μιὰ τέτοια θεώρηση τῆς ρήτηρας τοῦ ἀναγκαίου στὸ ἄρθρο 151 ΚΔΔ ὡς ἀναφερόμενης σὲ ἕξ αντικειμένου προϋπόθεση, χωρὶς συσχετισμὸ τῆς ἐλλείπουσας ἀποδεικτικῆς βάσης γιὰ τὴν δικαιοδοτικὴ κρίση πρὸς τὰ οἰκεία δικονομικὰ βάρη τῶν διαδίκων, θὰ μπορούσε νὰ ὑποστηριχθεῖ ὅτι ἐπιβεβαιώνεται ἀπὸ τὴν ἐπίσης εἰσάγουσα ἐξαίρεση ἀπὸ τὴν προαπόδειξη διάταξη τοῦ ἄρθρου 150 §1 ἐδ. β' ΚΔΔ, ἡ ὁποία ὅμως συνδέει ρητῶς τὴν κάμψη τῆς προαπόδειξης μὲ τὴν δικονομικὴ συμπεριφορὰ τῶν διαδίκων. Στὴν ἐν λόγῳ διάταξη, ἡ ὁποία συστηματικὰ –καί, πάντως, νομοτεχνικά– ἀποτελεῖ καὶ τὴν ἐγγύτερη πρὸς τὸν κανόνα τῆς προαπόδειξης ἐξαίρεση, τιθεμένη ἀμέσως μετὰ τὴν καθιέρωση τοῦ ἐν λόγῳ κανόνα στὸ πρῶτο ἐδάφιο τῆς ἰδίας παραγράφου, προβλέπεται ὅτι ἡ προσαγωγὴ ἀπὸ τοὺς διαδίκους τῶν ἀποδεικτικῶν μέσων σὲ μεταγενεστέρα τῆς πρώτης συζήτησης ἐπιτρέπεται μόνον ἐφ' ὅσον ἦταν ἀδύνατη ἡ ἔγκαιρη προσαγωγὴ τους (ἕως τὴν προτεραιὰ τῆς πρώτης συζητήσεως), ὁπότε ἀπαιτεῖται καὶ εἰδικῶς αἰτιολογημένη κρίση τοῦ δικαστηρίου περὶ τοιαύτης ἀδυναμίας. Ἡ κάμψη, δηλαδὴ, τῆς προαπόδειξης ὑπὸ τὸ ἄρθρο 150 §1 ἐδ. β' ΚΔΔ χαρακτηρίζεται ἀπὸ τρία στοιχεῖα, τὰ ὁποία ὁριοθετοῦν αὐστηρὰ τὸν ἐξαιρετικὸ χαρακτήρα τῆς ἐν λόγῳ κάμψης καί, κατὰ τοῦτο, ἐγγυῶνται πρακτικῶς

τὸ *status* τῆς προαπόδειξης ὡς κανόνα, ὁ ὁποῖος μάλιστα συνδέεται ἀξιακὰ μὲ τοὺς κανόνες περὶ κατανομῆς τοῦ βάρους ἀποδείξεως, οἱ ὁποῖοι μὲ τὴν σειρά τους προβάλλονται –ὅπως, ἄλλως τε, καὶ ὁ κανόνας τῆς προαπόδειξης– στὸ θεμελιώδες δικονομικὸ δικαίωμα¹⁷, καὶ δὴ στὴν εἰδικὴ αὐτοῦ ἔκφραση τοῦ δικαιώματος ἀποδείξεως. Τὰ τρία αὐτὰ στοιχεῖα εἶναι τὰ ἑξῆς:

α) Ἡ κάμψη τῆς προαπόδειξης συγχωρεῖται ὄχι λόγῳ ἀδυναμίας ὀριστικῆς κατ' οὐσίαν ἀσκήσεως τῆς δικαιοδοτικῆς λειτουργίας ἀναγομένης σὲ κάποια ἀντικειμενικὴ ἔλλειψη τῆς συγκροτηθείσης ἀποδεικτικῆς βάσεως γιὰ τὴν ἔκδοση ὀριστικῆς ἀποφάσεως ἐπὶ τῆς οὐσίας τῆς διαφορᾶς, ἀλλὰ λόγῳ ἀδυναμίας προσαγωγῆς ἀπὸ τοὺς διαδίκους κάποιων ἀποδεικτικῶν μέσων. Ἐπομένως, ἡ κάμψη τῆς προαπόδειξης ὑπηρετεῖ τὸ δικαίωμα δικαστικῆς προστασίας τῶν διαδίκων, δηλαδὴ μιὰ ἄσκηση τῆς δικαιοδοτικῆς λειτουργίας προσανατολισμένη στὴν πληρέστερη δυνατὴ ἐγγύηση αὐτοῦ τοῦ θεμελιώδους δικαιώματος¹⁸. Ἀκόμη καὶ ἂν τὸ δικαστήριον ἐδύνατο νὰ σχηματίσει πλήρη δικανικὴ πεποιθήση ἐκ τοῦ συλλεγέντος ἀποδεικτικοῦ ὕλικου, ὥστε νὰ ἐκδώσει ὀριστικὴ ἀπόφαση ἐπὶ τῆς οὐσίας τῆς διαφορᾶς, πάντως ἐπιτρέπεται ἡ κάμψη τοῦ κανόνα τῆς προαπόδειξης, προκειμένου νὰ ἀποκατασταθεῖ δικονομικῶς ἡ ἀδυναμία τοῦ διαδίκου νὰ προσαγάγει κρίσιμα ἀποδεικτικὰ μέσα κατ' ἐνάσκησιν τοῦ δικαιώματος δικαστικῆς προστασίας. Ἐπὶ παραδείγματι, ἀκόμη καὶ ἂν ἔχει συγκεντρωθεῖ πλήρως τὸ ἀποδεικτικὸ ὕλικὸ πού ἀφορᾷ βασικοὺς ἰσχυρισμοὺς τῶν διαδίκων καὶ ἀρνήσεις αὐτῶν τῶν ἰσχυρισμῶν, ἡ δυνατότητα τοῦ δικαστηρίου νὰ σχηματίσει κατ' ἀμφιμερῆ ἀποδεικτικὴ ἀκρόαση δικανικὴ πεποιθήση σχετικὰ μὲ τὰ πραγματικὰ γεγονότα πού μποροῦν νὰ ὑπαχθοῦν στοὺς βασικοὺς κανόνες τοῦ οὐσιαστικοῦ δικαίου δὲν ἀποκλείει τὴν κάμψη τῆς προαπόδειξης, προκειμένου νὰ ἔχουν οἱ διάδικοι τὴν εὐκαιρίαν νὰ προσαγάγουν καὶ ἀποδείξεις πού ἀφοροῦν ἀντίθετους ἰσχυρισμοὺς τους, καὶ δὴ ἰσχυρισμοὺς τους ἀναφορικὰ μὲ ἐνστάσεις καὶ ἀντενστάσεις τους¹⁹.

β) Ἡ μὴ συγκέντρωση ὀρισμένων ἀποδεικτικῶν μέσων δὲν ἐξετάζεται οὐδέτερα, δηλαδὴ κατ' ἀποτέλεσμα, τοὔτέστιν ὡς δικονομικὴ κατάσταση πού ἐπηρεάζει τὴν ἐξέλιξιν τῆς δικονομικῆς διαδικασίας, ἀλλὰ συνδέεται μὲ τὴν

17 Πρβλ. ΣτΕ 4947/2012: σκ. 3, ὅπου ἡ ὑποχρέωση δικαιολόγησιν τῆς καθυστερημένης προσαγωγῆς ἀποδεικτικῶν μέσων βασίζεται σὲ ἐρμηνεῖαν τῶν ἀρθρῶν 96 καὶ 151 ΚΔΔ σύμφωνη μὲ τὰ ἀρθρα 20 §1 Συντ. καὶ 6 §1 ΕΣΔΑ.

18 Πὰ τὴν ἐγγυητικὴ διάσταση τοῦ δικαιώματος δικαστικῆς προστασίας βλ. Κ. Παπανικολάου, *Η συνταγματικὴ θεμελίωση τῆς κοινοτικῆς ἐπιρροῆς στο δικονομικὸ δίκαιο*, 2009, Αθήνα/Κομοτηνὴ: Ἐκδ. Αντ. Ν. Σάκκουλα, σελ. 380 ἐπ.

19 Σχετικὰ μὲ τὴν διάκρισιν τῶν πραγματικῶν ἰσχυρισμῶν σὲ βασικοὺς καὶ ἀντίθετους βλ. Στ. Κουσουλῆ, *Οἱ πραγματικοὶ ἰσχυρισμοὶ* (δπ. π., σημ. 4), σελ. 93 ἐπ., ἰδίως σελ. 102-105, ὅπου ἐπιχειρήματα ὑπὲρ τῆς σημασίας τῆς διάκρισης παρὰ τὴν ἀσκούμενην κριτικὴν κατὰ αὐτῆς.

οικονομική συμπεριφορά των διαδίκων και τὰ δικονομικά βάρη τους, ὅπως ὀριοθετοῦνται ἀπὸ τὰ θεμελιώδη δικονομικά δικαιώματά τους ἐντὸς τῆς ἔννομης σχέσης τῆς δίκης καὶ τοῦ δι' αὐτῆς –συναφῶς μὲ τὰ θεμελιώδη δικονομικά δικαιώματα– πραγματούμενου σκοποῦ τῆς δίκης²⁰. Κρίσιμο δὲν εἶναι ὅτι ὀρισμένα ἀποδεικτικά μέσα δὲν κατέστη ἐφικτὸ νὰ συγκεντρωθοῦν τιθέμενα ὑπὸ τὴν κρίση τοῦ δικαστηρίου, ἀλλὰ ὅτι δὲν προσήχθησαν ἀπὸ τὸν διάδικο πού εἶχε τὸ δικονομικὸ βάρος προσαγωγῆς τους.

- γ) Ἡ πλήρωση τῶν οὐσιαστικῶν προϋποθέσεων γιὰ τὴν κάμψη τοῦ κανόνα τῆς προαπόδειξης, δηλαδή τὸ γεγονὸς τῆς ἀδυναμίας ἔγκαιρης προσαγωγῆς ὀρισμένων ἀποδεικτικῶν μέσων ἀπὸ ὀρισμένο διάδικο, δὲν ἐπιτρέπεται ἀπλῶς νὰ συνάγεται ἀπὸ τὸ διατακτικὸ σχετικῆς μὴ ὀριστικῆς ἀποφάσεως τοῦ δικαστηρίου, ἀλλὰ ἀπαιτεῖται νὰ διαγιγνώσκεται ρητῶς βάσει εἰδικῆς περὶ τούτου τοῦ γεγονότος αἰτιολογίας τῆς δικαστικῆς ἀποφάσεως²¹.

Ἀπὸ τὴν ἀνωτέρω σύγκριση τῆς ρύθμισης τοῦ ἄρθρου 150 §1 ἐδ. β' ΚΔΔ μὲ τὴν ρύθμιση τοῦ ἄρθρου 151 (συνδ. 152) ΚΔΔ προκύπτει ὅτι, τοῦλάχιστον κατὰ τὴν γραμματικὴ ἑρμηνεία τῶν ἐν λόγῳ διατάξεων, ἐντοπίζονται οἱ ἐξῆς μεταξὺ τους κρίσιμες διαφορές:

Τὸ ἄρθρο 150 §1 ἐδ. β' ΚΔΔ ρυθμίζει τὴν κάμψη τῆς προαπόδειξης κατόπιν αἰτήματος διαδίκου ὡς πρὸς ἀποδεικτικά μέσα ὑπαγόμενα στὸ οἰκεῖο δικονομικὸ βάρος τοῦ ἰδίου αὐτοῦ διαδίκου. Τὸ ἄρθρο 151 ΚΔΔ ἐπιτρέπει στὸ δικαστήριον νὰ διατάσσει τὴν συμπλήρωση τῶν ἀποδείξεων εἴτε αὐτεπαγγέλτως εἴτε κατ' αἴτηση διαδίκου. Ἐν ὅψει τοῦ, κατὰ τὰ ἀνωτέρω, διαφόρου πραγματικοῦ τῶν δύο κανόνων δικαίου πού ὁμοίως ἐπιτρέπουν κάμψη τῆς προαπόδειξης, διάφορη κατὰ δικονομικὴ λειτουργία ἢ/καὶ κατ' ἀντικείμενο πρέπει νὰ θεωρηθεῖ ἡ διαδικαστικὴ πράξη τῆς αἰτήσεως διαδίκου ἐντὸς τῶν δύο αὐτῶν διατάξεων. Ἐν ὅψει τῆς εἰσαγωγῆς αὐστηρῶν προϋποθέσεων στὸ ἄρθρο 150 §1 ἐδ. β' ΚΔΔ, πρέπει νὰ θεωρηθεῖ ὅτι αὐτὴ ἡ διάταξη ἀφορᾷ τὴν *ὑποχρεωτικὴ* κάμψη τῆς προαπόδειξης κατ' αἴτηση τοῦ διαδίκου, δηλαδή τὴν ὑποχρέωση τοῦ δικαστηρίου νὰ ἀποδεχθεῖ αἶτημα τοῦ διαδίκου ὁ ὁποῖος δὲν ἠδυνήθη νὰ ἐκπληρώσει τὸ οἰκεῖο δικονομικὸ βάρος προαποδείξεως, ἐφ' ὅσον συντρέχουν οἱ συναπτόμενες μὲ τὴν δικονομικὴ συμπεριφορὰ τοῦ διαδίκου προϋποθέσεις. Ἀντιθέτως, ἡ αἴτηση διαδίκου στὸ ἄρθρο 151 ΚΔΔ, καθὼς προβλέπεται ἐναλ-

20 Πὰ τὴν θεωρία τῆς δίκης ὡς ἔννομης κατάστασης, μὲ ἰδιαίτερη ἀναφορά στὸν *Goldschmidt*, βλ. Π. Κολοτούρου, Ἡ ἀπαλλοτριώσις τοῦ ἐπιδίκου ἀντικειμένου. (Ἡμτ. Β') Αἱ δικονομικαὶ συνέπειαι τῆς ἀπαλλοτριώσεως, 2009, Ἀθήνα/Κομοτηνὴ: Ἐκδ. Ἀντ. Ν. Σάκκουλα, ἰδίως σελ. 90-91. Πὰ τὸν συσχετισμὸ αὐτῆς τῆς θεωρίας μὲ τὴν διάκριση μεταξὺ ἀποτελέσματος καὶ σκοποῦ τῆς δίκης πρβλ. Κ. Παπανικολάου, Ἡ συνταγματικὴ θεμελίωση (ὅπ. π., σημ. 18), σελ. 378-379.

21 Πρβλ. ΣτΕ 4947/2012: σκ. 4.

λακτικῶς τῆς αὐτεπάγγελτης ἐνέργειας τοῦ δικαστηρίου, πρέπει νὰ θεωρηθεῖ ὡς *ὕπομνηστική* τῆς εὐχέρειας τοῦ δικαστηρίου νὰ διατάσσει καὶ αὐτεπαγγέλτως συμπλήρωση ἀποδείξεων²². Καθὼς δὲ ἡ αὐτεπάγγελτη ἐνέργεια τοῦ δικαστηρίου μπορεῖ νὰ ἀφορᾷ ἀποδεικτικά μέσα μὲ τὴν προσαγωγή τῶν ὁποίων βαρύνεται ὁποιοσδήποτε τῶν διαδίκων, ἀντιστοίχως ἡ ὑπομνηστικὴ αἴτηση ἐνὸς διαδίκου μπορεῖ νὰ ἀφορᾷ συμπλήρωση ἀποδείξεων ἀνεξαρτήτως τοῦ διαδίκου ποὺ φέρει τὸ οἰκεῖο βάρος γιὰ τὴν προσαγωγή τους, καθὼς π.χ. ὁ διοικούμενος διάδικος μπορεῖ νὰ θεωρεῖ ὅτι ὁρισμένα ἀποδεικτικά μέσα ποὺ δύναται νὰ προσκομίσει συμπληρωματικῶς ἡ Διοίκηση ἀποδεικνύουν δικούς του ἰσχυρισμούς.

Αὐτὲς οἱ διαφορὲς ὡς πρὸς τὴν λειτουργία καὶ τὸ ἀντικείμενο τῆς αἰτήσεως διαδίκου στὶς δύο διατάξεις ἀπορρέουν ἀπὸ τὴν βαθύτερη διαφορὰ μεταξὺ τῶν δύο ῥυθμίσεων, ποὺ εἶναι ἡ ἐξής: Τὸ ἄρθρο 150 §1 ἐδ. β' ΚΔΔ ἀφορᾷ ὑποχρέωση τοῦ δικαστηρίου νὰ ἐπιτρέψει τὴν προσαγωγή σὲ μεταγενεστέρα τῆς πρώτης συζήτηση ὁρισμένων ἀποδεικτικῶν μέσων ἀπὸ τὸν βαρυνόμενο διάδικο. Ἄν ἡ κάμψη τῆς προαπόδειξης σὲ αὐτὴν τὴν περίπτωση δὲν ἦταν ὑποχρεωτικὴ γιὰ τὸ δικαστήριον, δὲν θὰ ὑπῆρχε λόγος πρόβλεψης αὐτῆς τῆς διάταξης, ἀφοῦ τὴν εὐχέρεια –καὶ ὄχι ὑποχρέωση– κάμψης τῆς προαπόδειξης, καὶ κατ' αἴτηση διαδίκου, ἔχει τὸ δικαστήριον βάσει τοῦ ἀρθροῦ 151 ΚΔΔ. Ἡ τελευταία αὐτὴ διάταξη καθιερώνει γενικὴ εὐχέρεια τοῦ δικαστηρίου, τὴν ὁποία δύναται νὰ ὑπομνήσκει ὁ διάδικος, πρὸς συμπλήρωση τῶν ἀποδείξεων χωρὶς νὰ προβλέπονται συγκεκριμένες προϋποθέσεις ἢ, ἔστω, κάποια ὅρια στὴν ἐξουσία τοῦ δικαστηρίου. Αὐτὴ ἡ εὐχέρεια ἀσκεῖται ἀναιτιολογήτως καὶ ἡ κρίση τοῦ δικαστηρίου τῆς οὐσίας περὶ ἀνάγκης ἢ μὴ συμπληρώσεως τῶν ἀποδείξεων δὲν ἐλέγχεται ἀναιρετικῶς²³. Ἄλλως τε, τὸ ἀναιτιολόγητο μιᾶς δικαστικῆς κρίσης ἀποτελεῖ τὴν ἀσφαλέστατη ὁδὸ τῆς ἀνέλεγκτης ἰσχύος της. Ἐπομένως, ἡ δυνατότητα τοῦ διαδίκου νὰ προκαλέσει –κατὰ τρόπο ὑποχρεωτικὸ γιὰ τὸ δικαστήριον– τὴν μετάθεση τοῦ ἰδίου βάρους ἀποδείξεως σὲ μεταγενεστέρα συζήτηση ὑπάγεται σὲ αὐστηρὲς προϋποθέσεις συνάδουσες μὲ τὸν ἐξαιρετικὸ χαρακτήρα μιᾶς διάταξης κάμψης ἐνὸς δικονομικοῦ κανόνα μὲ συνταγματικὲς προβολές. Ἀντιθέτως, τὸ δικαστήριον δύναται ἀναιτιολογήτως νὰ διατάσσει

22 Σχετικὰ μὲ τὴν ὑπομνηστικὴ λειτουργία αἰτήσεων τῶν διαδίκων ἐπὶ αὐτεπαγγέλτως ἐξεταστέων ζητημάτων βλ. *N. Νίκα*, *Οἱ νέοι πραγματικοὶ ἰσχυρισμοὶ στὴν κατ' ἐφεση δίκη*, 1987, Θεσσαλονίκη: Εκδ. Σάκουλα, σελ. 101-102.

23 Βλ. κατωτ., ὑποσημ. 30.

συμπλήρωση των αποδείξεων²⁴. Ἡ ἀσυμμετρία εἶναι προφανής²⁵ καί, συνεπώς, χωρίς βεβαίως ἐπ’ οὐδενὶ νὰ ἐξομοιοῦται ἡ θέση τοῦ δικαστηρίου μὲ αὐτὴν τοῦ διαδίκου, ἐγείρεται τὸ ἐρώτημα ἂν ὁ ἐξαιρετικὸς χαρακτήρας τῆς κάμψης τοῦ δικονομικοῦ κανόνα τῆς προαπόδειξης συνάδει μὲ μιὰ τέτοια ἀνέλεγκτη εὐχέρεια τοῦ δικαστηρίου.

III.

Ἀπὸ τὴν ἀνωτέρω γραμματικὴ καὶ συστηματικὴ ἐρμηνεία τῶν διατάξεων τῶν ἄρθρων 129, 149, 150, 151-152 ΚΔΔ προκύπτουν τὰ ἐξῆς (προσωρινά) πορίσματα, ποὺ ἐγείρουν σοβαρὲς ἐνστάσεις κατὰ τῆς συμβατότητας ἢ, ἔστω, τῆς ἐναρμόνισης τῶν ἐν λόγῳ διατάξεων πρὸς τὴν συνταγματικὴ ἀρχὴ τῆς ἰσότητος τῶν διαδίκων ὡς οὐσιαστικὴ παράμετρο –καί– τοῦ θεμελιώδους δικαιώματος (ἐκατέρωθεν) ἀκροάσεως κατὰ τὴν εἰδικὴ ἔκφανση τοῦ δικαιώματος ἀποδείξεως:

- α) Κατὰ κανόνα ἡ Διοίκηση ἐκπληρώνει τὸ ἴδιον βάρος ἀποδείξεως τῶν κρίσιμων ἰσχυρισμῶν τῆς διὰ τῆς προσκομίσεως τῶν οἰκείων ἀποδεικτικῶν στοιχείων ὡς περιεχομένου τοῦ διοικητικοῦ φακέλου, στὸν ὁποῖο ἄλλως τε στηρίζεται ἡ ἀπόδειξη σύμφωνα μὲ τὸ ἄρθρο 146 ΚΔΔ²⁶. Καθὼς ἡ ἀποστολὴ τοῦ διοικητικοῦ φακέλου ἀποτελεῖ ὑπηρεσιακὸ καθήκον ποὺ κατ’ ἀντικείμενο ὑπερκαλύπτει τὰ ἀποδεικτικὰ στοιχεῖα ποὺ ὑπάρχουν εἰς τὸ ἴδιον τῆς Διοικήσεως βάρος ἀποδείξεως, ἡ Διοίκηση ἐκπληροῖ –τουλάχιστον κατὰ τὸ μείζον αὐτοῦ μέρος– τὸ δικονομικὸ βάρος τῆς ἤδη πρὸ τῆς γενικῆς προθεσμίας ἀπόδειξης τοῦ ἄρθρου 150 §1 ἐδ. α’ ΚΔΔ (προτεραιίας τῆς πρώτης συζήτησης), ἀφοῦ ὁ διοικητικὸς φάκελος πρέπει νὰ ἀποσταλεῖ τουλάχιστον τριάντα ἡμέρες πρὶν ἀπὸ τὴν δικάσιμο, σύμφωνα μὲ τὸ ἄρθρο 129 §2 ΚΔΔ.
- β) Ἀκόμη καὶ ἂν ἡ Διοίκηση ἀποστέλλει τὸν διοικητικὸ φάκελο ἐκπροθέσμως πρὸ τῆς ὀρισθείσης δικασίμου, ἡ ὑπόθεση συζητεῖται, ἐκτὸς ἐὰν ἀντιλέγει κάποιος τῶν διαδίκων, ἐχόντων τὸ βάρος προσαγωγῆς ἀποδεικτικῶν μέσων ἕως τὴν προτεραιὰ τῆς δικασίμου (ἄρθρο 150 §1 ἐδ. α’ ΚΔΔ), ὅποτε

24 Αὐτὴ ἡ εὐχέρεια τοῦ δικαστηρίου μπορεῖ νὰ ἀσκεῖται ἐπ’ ὠφελείᾳ οἰοῦνδήποτε τῶν διαδίκων, καὶ ὄχι μόνον ὑπὲρ τῆς μὴ ἀποστείλασης διοικητικὸ φάκελο διοικητικῆς ἀρχῆς. Ὡς ἕνα παράδειγμα ἀσκήσεως τοιαύτης δικαστικῆς εὐχέρειας πρὸς συμπλήρωση ἀποδείξεων ἀπὸ τὸν φέροντα τὸ οἰκεῖο βάρος προσφεύγοντα, χωρίς αἰτιολογία περὶ ἀδυναμίας ἔγκαιρης προσαγωγῆς ἀπὸ αὐτὸν τοῦ οἰκείου ἀποδεικτικοῦ μέσου, βλ. ΜΔΠρΑΘ 7032/2020: σκ. 12.

25 Βλ. Ν. Χατζητζανή, Κώδιξ Διοικητικῆς Δικονομίας. Ἑρμηνεῖα κατ’ ἄρθρον², 2004, Αθήνα/Κομοτηνὴ: εκδ. Αντ. Ν. Σάκουλα, ἄρθρο 151 ἀρ. 2 (σελ. 947).

26 Βλ. *ibid.*, ἄρθρο 146 ἀρ. 1 (σελ. 931), ὅπου καὶ διάκριση τοῦ ἀποδεικτικοῦ περιεχομένου τοῦ διοικητικοῦ φακέλου ἀναλόγως τοῦ ἐνδίκου βοηθήματος.

ή υπόθεση υποχρεωτικώς αναβάλλεται, σύμφωνα με τὸ ἄρθρο 129 §2 ἐδ. γ' ΚΔΔ. Κατὰ τὴν μετ' ἀναβολὴν δικάσιμο, κατὰ τὴν ὁποία θὰ χωρήσει ἡ πρώτη συζήτηση τῆς ὑπόθεσης, τὸ δικαστήριον θὰ λάβει νομίμως ὑπ' ὄψιν τὰ ἀποδεικτικὰ στοιχεῖα τοῦ διοικητικοῦ φακέλου, ἐφ' ὅσον θὰ ἔχει μεσολαβήσει μεταξὺ τῆς ἐκπρόθεσμης –πρὸ τῆς πρώτης δικάσιμου– ἀποστολῆς τοῦ διοικητικοῦ φακέλου ἀπὸ τὴν Διοίκηση καὶ τῆς μετ' ἀναβολὴν δικάσιμου χρονικὸ διάστημα τοῦλάχιστον τριάντα ἡμερῶν, διότι πλέον θὰ ἔχει τηρηθεῖ ὁ κανόνας τῆς προαπὸδείξεως τοῦ ἁρθρου 150 §1 ἐδ. α' ΚΠολΔ, ἡ ὁποία ὀριοθετεῖται ἀπὸ τὸν χρόνο τῆς πρώτης συζήτησης τῆς ὑπόθεσης.

- γ) Ἄν ἡ Διοίκηση δὲν ἀποστείλει στὸ δικαστήριον –οὔτε ἐκπροθέσμως– πρὸ τῆς ἀρχικῶς ὀρισθείσης δικάσιμου τὸν διοικητικὸν φάκελον, ἡ συζήτηση ἀναβάλλεται γιὰ ἐπόμενη δικάσιμο, ὥστε ἡ Διοίκηση νὰ ἀποστείλει ἐμπροθέσμως τὸν διοικητικὸν φάκελον πρὸ τῆς νέας αὐτῆς δικάσιμου.
- δ) Ἀκόμη καὶ ἂν ἡ Διοίκηση δὲν ἀποστείλει τὸν διοικητικὸν φάκελον πρὸ τῆς –λόγῳ τῆς ἥδη χωρησάσης παραλείψεώς της– μετ' ἀναβολὴν δικάσιμου, ἡ ὑπόθεση συζητητέται υποχρεωτικῶς κατὰ τὴν νέα αὐτὴ δικάσιμο, μὲ συνέπεια οἱ λοιποὶ διάδικοι νὰ πρέπει ἀνυπερθέτως, σύμφωνα με τὸ ἄρθρο 150 §1 ἐδ. α' ΚΔΔ, νὰ προσαγάγουν τὰ ἀποδεικτικὰ μέσα τοὺς πρὸ αὐτῆς τῆς μετ' ἀναβολὴν δικάσιμου, ἡ ὁποία θὰ εἶναι ὅπωςδήποτε ἡ δικάσιμος τῆς πρώτης συζητήσεως τῆς ὑποθέσεως, σύμφωνα με τὸ ἄρθρο 129 §4 ΚΔΔ. Μπορεῖ νὰ ὑποστηριχθεῖ –πάντοτε βάσει τῆς γραμματικῆς/συστηματικῆς ἐρμηνείας τῶν διατάξεων καὶ μόνον– ὅτι ἡ συζήτηση λαμβάνει υποχρεωτικῶς χώρα καὶ στὴν περίπτωσιν ποὺ ἡ Διοίκηση ἀποστείλει ἐκπροθέσμως πρὸ τῆς μετ' ἀναβολὴν δικάσιμου τὸν διοικητικὸν φάκελον, χωρὶς νὰ ἐπιτρέπεται, οὔτε κατ' αἴτησιν τῶν λοιπῶν διαδίκων, νὰ ἀναβληθεῖ ἐκ νέου ἡ συζήτηση τῆς ὑπόθεσης, διότι ἡ ἐφαρμοστέα ὡς πρὸς τὴν μετ' ἀναβολὴν δικάσιμο §4 τοῦ ἁρθρου 129 ΚΔΔ δὲν περιέχει ἐπιφύλαξιν ὑπὲρ τῆς ἐφαρμογῆς τῶν ἐδ. γ'-δ' τῆς §2 τοῦ ἴδιου ἁρθρου. Γενομένης δεκτικῆς τοιαύτης ἀνεπιφύλακτης ἐφαρμογῆς τοῦ ἁρθρου 129 §4 ΚΔΔ, τὸ δικαστήριον θὰ λάβει ὑπ' ὄψιν τὰ στοιχεῖα τοῦ ἐκπροθέσμως ἀποσταλέντος διοικητικοῦ φακέλου πρὸς τὸν σχηματισμὸ τῆς δικανικῆς πεποιθήσεώς του σχετικὰ μὲ τὰ ἀληθῆ γεγονότα²⁷.

27 Βλ. ΤρΔΠρΑθ 13100/2019: σκ. 9, ὅπου γίνεται δεκτὸ ὅτι, ἀκόμη καὶ σὲ περίπτωσιν ἐκδόσεως προδικαστικῆς ἀπόφασης πρὸς συμπλήρωσιν τῶν ἀποδείξεων ἐντὸς ὀριζόμενης προθεσμίας, ἡ ἐκπρόθεσμη ἀποστολὴ τῶν στοιχείων ἀπὸ τὴν Διοίκηση πρὸ τῆς νέας δικάσιμου δὲν ἀποκλείει τὴν λήψιν ὑπ' ὄψιν τῶν ἐκπροθέσμως ἀποσταλέντων στοιχείων, ἐν ὅψει τοῦ ἐνδεικτικοῦ χαρακτῆρα τῶν δικαστικῶς ὀριζόμενων προθεσμιῶν πρὸς συμπλήρωσιν τῶν ἀποδείξεων καὶ τῆς, κατὰ τὸ ἄρθρο 152 §5 ΚΔΔ, δυνατότητος δικαστικῆς παράτασης τοῦ χρόνου περάτωσης τῆς συμπληρωματικῆς ἀπόδειξης, πρὸς ἀνεύρεσιν τῆς ἀντικειμενικῆς ἀλήθειας. Σημειωτέον ὅτι σὲ αὐτὴν τὴν ὑπόθεσιν τὸ ἐκπρόθεσμο τῆς ἀποστολῆς τῶν στοι-

ε) Ἄν τὸ δικαστήριον, ἐλλείψει (μὴ ἀποσταλέντος) διοικητικοῦ φακέλου, δὲν μπορέσει νὰ σχηματίσει δικανικὴ πεποίθηση σχετικὰ μὲ τὰ κρίσιμα γεγονότα βάσει τῶν ἰσχυρισμῶν τῶν διαδίκων, δὲν ἀποφαίνεται κατ' οὐσίαν, π.χ. δεχόμενο (ἐλλείψει διοικητικοῦ φακέλου) ὡς διαδικαστικῶς τεκμαιρόμενη τὴν ἀλήθεια ἀπάντων τῶν ἰσχυρισμῶν τοῦ ἀσκήσαντος τὸ ἔνδικο βοήθημα διαδίκου²⁸, ἀλλὰ ἐκδίδει μὴ ὀριστικὴ ἀπόφαση διατάσσοντας τὴν Διοίκηση νὰ ἀποστείλει διοικητικὸ φάκελο²⁹.

στ) Ἀκόμη καὶ ἂν ἔχει ἀποσταλεῖ διοικητικὸς φάκελος, τὸ δικαστήριον δύναται νὰ διατάξει τὴν συμπλήρωση τῶν ἀποδείξεων μετὰ τὴν πρώτη συζήτηση, ἐκδίδοντας σχετικὴ μὴ ὀριστικὴ ἀπόφαση. Ἡ κρίση τοῦ δικαστηρίου, εἴτε θετικὴ εἴτε ἀρνητικὴ, σχετικὰ μὲ τὴν συμπλήρωση τῶν ἀποδείξεων εἶναι ἀναιτιολόγητη ὡς πρὸς τὴν μὴ ἀνταπόκριση τοῦ διαδίκου στὸ οἰκεῖο βάρος ἀποδείξεως, ἀναιρετικῶς ἀνέλεγκτη καὶ μπορεῖ νὰ ἀφορᾷ ὅποιαδήποτε ἀποδεικτικὰ στοιχεῖα, συμπεριλαμβανομένων στοιχείων ποὺ θὰ ἔπρεπε νὰ περιέχονται στὸν διοικητικὸ φάκελο³⁰, ἀνεξαρτήτως τοῦ διαδίκου ποὺ ἔφερε τὸ βάρος γιὰ τὴν ἐμπρόθεσμη (προαποδεικτικὴ) προσαγωγή τῶν πρὸς συμπλήρωση στοιχείων.

Οἱ ἀνωτέρω ρυθμίσεις, ὑπὸ τὴν γραμματικὴ/συστηματικὴ ἐρμηνεία τῶν οἰκείων διατάξεων, ἀφοροῦν τὴν ἀρχὴ τῆς ἰσότητος μετὰ τῶν διαδίκων τοῦλάχιστον ὡς πρὸς τὰ ἐξῆς σημεῖα τους:

α') Τὸ ὅτι ἡ Διοίκηση, κατὰ κανόνα, ἐκπληροῖ τὸ ἴδιον βάρος ἀποδείξεως διὰ τῆς ἀποστολῆς τῶν στοιχείων τοῦ διοικητικοῦ φακέλου τοῦλάχιστον τριάντα ἡμέρες πρὶν ἀπὸ τὴν δικάσιμο, ἐνῶ ἡ προθεσμία προαποδείξεως γιὰ τοὺς λοιποὺς διαδίκους συμπληροῦται μόλις τὴν προτεραιὰ τῆς δικάσιμου, δὲν ἀντίκειται στὴν ἀρχὴ τῆς ἰσότητος τῶν διαδίκων. Παρ' ὅτι ἡ Διοίκηση δὲν ἔχει τὴν πρωτοβουλία ἐνάρξεως τῆς δίκης, καθὼς τὰ οἰκεία ἔνδικο βοηθήματα ἀσκούνται ἀπὸ τοὺς διοικουμένους, διατηρεῖ ἐξ ὀρισμοῦ πλεονεκτικὴ θέση ἔναντι τοῦ διοικουμένου, μὲ συνέπεια ἡ ἀνωτέρω διαφοροποίηση

χείων ἀπὸ τὴν Διοίκηση δὲν εἶχε μὲν δυσμενεῖς δικονομικὰς συνέπειες μὴ λήψεως ὑπ' ὄψιν τῶν ἀποσταλέντων στοιχείων, ἀλλὰ τοῦτο δὲν ἐμπόδισε τὴν ἐπιβολὴ χρηματικῆς ποινῆς εἰς βάρος τῆς Διοικήσεως κατ' ἐφαρμογὴν τοῦ ἄρθρου 129 §3 ΚΔΔ (βλ. σκ. 14 τῆς ἀπόφασης). Αὐτὸς ὁ διαφορισμὸς ἀναδεικνύει τὴν διακεκριμένη λειτουργία τῆς ἀποστολῆς στοιχείων ἐκ μέρους τῆς Διοικήσεως ἀφ' ἑνὸς ὡς δικονομικοῦ βάρους ἀφ' ἑτέρου ὡς ὑπηρεσιακοῦ καθήκοντος.

28 Πρβλ. ἀνωτ., ὑποσημ. 10, καὶ κατωτ., ὑποσημ. 38.

29 Βλ. ΤρΔΕφαΘ 11/2014, ΤρΔΕφαΘ 105/2014, ΤρΔΕφαΘ 532/2014, ΤρΔΕφαΘ 603/2014, ΤρΔΕφαΘ 743/2014, ΤρΔΕφαΘ 956/2014, ΤρΔΕφαΘ 2724/2013.

30 Βλ. ΣτΕ 1077/2020: σκ. 9, ΣτΕ 1226/2019: σκ. 10, ΜΔΕφαΘ 122/2019: σκ. 2, ΣτΕ 1091/2017: σκ. 14, ΤρΔΕφαΘ 100/2014: σκ. 4, ΣτΕ 4388/2012: σκ. 8.

ώς πρὸς τὴν προθεσμία προαπόδειξης μεταξύ τῶν διαδίκων νὰ μὴ θίγει τὴν μεταξύ τους ἰσότητα, ἢ ὅποια ἐννοεῖται ὡς ἀναλογικὴ ἰσότητα καὶ ὄχι αὐστηρῶς τυπικά³¹. Ἡ πλεονεκτικὴ θέση τῆς Διοίκησης πηγάζει ἀφ' ἑνὸς ἐκ τοῦ ὅτι, ἰδίως στὶς διαφορὰς ποὺ ἔχουν ἀνακύψει ἀπὸ νομικὲς –καὶ δὴ ἐκτελεστές– πράξεις τῆς Διοίκησης, τὸ ἔνδικο βοήθημα κατατείνει στὴν ἀνατροπὴ ἢ/καὶ στὴν ἀποκατάσταση μιᾶς δυσμενοῦς γιὰ τὸν διοικούμενο ἐννομης κατάστασης, ἢ ὅποια ἔχει διαμορφωθεῖ διὰ τῆς μονομεροῦς ἀσκήσεως δημόσιας ἐξουσίας ἀπὸ τὴν Διοίκηση, ἢ ὅποια δεσμεύει ἅμεσα τὸν διοικούμενο³². ἀφ' ἑτέρου, ὁ διοικητικὸς φάκελος, καθὼς ἀφορᾷ ἤδη τελεσθεῖσες πράξεις ἢ/καὶ παραλείψεις τῆς Διοίκησης, πρέπει νὰ περιέχει στοιχεῖα ἤδη εὐρισκόμενα στὴν ἄμεση διάθεση τῆς Διοίκησης, τὰ ὅποια μάλιστα ἔχουν συγκροτηθεῖ ὡς περιεχόμενο φακέλου ἤδη πρὸ τῆς ἐκκρεμοδικίας καὶ ἀνεξαρτήτως αὐτῆς, καθὼς μάλιστα ἐξ αὐτῶν τῶν στοιχείων τοῦ φακέλου προκύπτει κατὰ κανόνα ἡ αἰτιολογία τῶν κρίσιμων πράξεων ἢ/καὶ παραλείψεων τῆς Διοίκησης³³. Ἐπομένως, ἡ περίπου τριακονθήμερη διαφοροποίηση τῆς διάρκειας τῆς προαποδεικτικῆς προθεσμίας δὲν θίγει τὴν ἀναλογικὴ ἰσότητα τῶν διαδίκων. Ἐξ ἄλλου, ἀνεξαρτήτως τοῦ συσχετισμοῦ της μὲ τὴν ἀρχὴ τῆς ἰσότητος τῶν διαδίκων, ἡ τήρηση τῆς τριακονθήμερης προπαρασκευαστικῆς προθεσμίας γιὰ τὴν Διοίκηση εἶναι ἀναγκαῖα ὄχι μόνον γιὰ νὰ λάβει ἐγκαίρως γνώση τῶν στοιχείων τοῦ διοικητικοῦ φακέλου ὁ τελὼν σὲ μειονεκτικὴ θέση διοικούμενος διάδικος, ἀλλὰ καὶ πρὸς εὐλόγως ἔγκαιρη προαποδεικτικὴ συγκέντρωση τῶν κρίσιμων στοιχείων ἀπὸ τὸ δικαστήριον στὸ πλαίσιο τοῦ σχετικοῦ ὑπηρεσιακοῦ καθήκοντος τῆς Διοίκησης.

β') Τὴν ἀρχὴ τῆς ἰσότητος τῶν διαδίκων δὲν παραβιάζει οὔτε ἡ συζήτηση τῆς ὑπόθεσης παρὰ τὴν ἐκπρόθεσμη ἀποστολὴ διοικητικοῦ φακέλου, τοῦ ὁποῖου τὰ στοιχεῖα –παρὰ τὸ ἐκπρόθεσμο τῆς ἀποστολῆς– λαμβάνει ὑπ' ὄψιν τὸ δικαστήριον. Ὁ διοικούμενος διάδικος δύναται νὰ προκαλέσει μὲ αἴτημά του τὴν ἀναβολὴ τῆς ὑπόθεσης λόγω ἀκριβῶς τῆς ἐκπρόθεσμης ἀποστολῆς τοῦ διοικητικοῦ φακέλου, ἀποκλείοντας οὕτως ὅπωςδὴποτε τὴν συζήτηση τῆς ὑπόθεσης χωρὶς εὐχέρεια τοῦ δικαστηρίου νὰ μὴ ἀπο-

31 Σχετικὰ μὲ τὴν προσέγγιση τῆς ἰσότητος τῶν διαδίκων ὡς ἀναλογικῆς βλ. *Ι. Μαντζουράνη*, *Οἱ θεμελιώδεις δικονομικὲς ἀρχές ὑπὸ ἐπαναξιολόγησης*, 2019, Ἀθῆνα/Θεσσαλονίκη: Εκδ. Σάκκουλα, σελ. 76 ἐπ., ἰδίως σελ. 86-87.

32 Πρβλ. *Π. Καργάδου*, *Τὸ βάρος ἀποδείξεως μεταξύ τοῦ δικονομικοῦ καὶ τοῦ οὐσιαστικοῦ δικαίου*, 1983, Ἀθῆναι/Κομοτηνὴ: Νομικαὶ Ἐκδ. Ἀντ. Ν. Σάκκουλα, σελ. 157 ἐπ., σχετικὰ μὲ τὴν διάκριση μεταξὺ ἀμυντικῶν καὶ ἐπιθετικῶν ἐνδίκων βοηθημάτων τοῦ διοικουμένου στὴν διοικητικὴ δίκη.

33 Βλ. *Π. Δαγτόγλου*, *Διοικητικὸ Δικονομικὸ Δίκαιο* (ὅπ. π., σημ. 7), αρ. περιθ. 382 (σελ. 319). *Ν. Χατζητζανή*, *Κώδιξ Διοικητικῆς Δικονομίας* (ὅπ. π., σημ. 25), ἀρθρο 146 ἀρ. 1 (σελ. 931).

δεχθεί τὸ αἶτημα τοῦ ἀντιλέγοντος στὴν συζήτηση διαδίκου. Ἐπομένως, ὁ διοικούμενος διάδικος, ἐν γνώσει τοῦ ἐν λόγῳ δικονομικοῦ δικαιώματός του, τοῦ ὁποίου ἡ ἄσκηση ὀδηγεῖ ἀναπότρεπτα σὲ ἀναβολὴ τῆς πρώτης συζήτησης τῆς ὑπόθεσης, δύναται νὰ μὴ προσαγάγει μέχρι τὴν προτεραία τῆς δικασίμου τὰ ὑπαγόμενα εἰς ἴδιον αὐτοῦ δικονομικὸ βάρος ἀποδεικτικὰ στοιχεῖα, διότι κατόπιν αἰτήματός του θὰ μετατεθεῖ ἡ πρώτη συζήτηση, ὥστε νὰ μεσολαβήσει χρονικὸ διάστημα τοῦλάχιστον τριάντα ἡμερῶν μετὰ τῆς ἐκπροθέσμου –πρὸ τῆς ἀρχικῆς δικασίμου– ἀποστολῆς τοῦ διοικητικοῦ φακέλου ἀπὸ τὴν Διοίκηση καὶ τῆς μετ’ ἀναβολὴν δικασίμου, μέχρι τὴν προτεραία τῆς ὁποίας δύναται πλέον ὁ διοικούμενος διάδικος νὰ προσαγάγει ἀποδεικτικὰ μέσα ἐκπληρῶν ἐμπροθέσμως τὸ οἰκεῖο βάρος του. Συνεπῶς, τὸ δικαίωμα τοῦ διαδίκου γιὰ ἴση δικονομικὴ μεταχείριση μπορεῖ νὰ ἀσκηθεῖ τοιουτοτρόπως, ὥστε νὰ διατηρηθεῖ ἀλώβητη ἡ ὡς ἄνω προβλεπόμενη διαφοροποίηση τῆς διάρκειας τῆς προαποδεικτικῆς προθεσμίας τῆς Διοίκησης ἔναντι τῆς ἀντίστοιχης προθεσμίας τῶν διοικουμένων διαδίκων, ἡ ὁποία ἀντανακλᾷ τὴν ἀναλογικὴ ἰσότητα μετὰ τῶν διαδίκων, κατὰ τὰ ἀνωτέρω ἐκτεθέντα.

γ’) Πρὸ τῆς μετ’ ἀναβολὴν δικασίμου, ὅμως, ὁ διοικούμενος διάδικος ἔχει πλέον ἀμετάθετο δικονομικὸ βάρος προσαγωγῆς τῶν ἰδίων αὐτοῦ ἀποδεικτικῶν μέσων, ἀκόμη καὶ ἂν ἡ Διοίκηση καὶ πάλι δὲν ἀποστείλει (ἐμπροθέσμως) τὸν διοικητικὸ φάκελο, διότι κατὰ τὴν δικάσιμο αὐτὴ λαμβάνει ὑποχρεωτικῶς χώρα ἡ πρώτη συζήτηση τῆς ὑπόθεσης, ὁπότε ὁ διοικούμενος διάδικος πρέπει νὰ προσαγάγει τὰ ἀποδεικτικὰ μέσα του ἕως τὴν προτεραία αὐτῆς τῆς μετ’ ἀναβολὴν δικασίμου. Τοῦτο, ὅμως, δὲν συνεπάγεται ὅτι ἡ Διοίκηση θὰ ὑποστεί τὸ ἀντικειμενικὸ βάρος ἀποδείξεως ὡς πρὸς τὰ ἐγκείμενα στὴν δική της προαποδεικτικὴ σφαῖρα μὴ ἀποδειχθέντα κατὰ τὴν πρώτη συζήτηση γεγονότα. Ἄν τὸ δικαστήριον δὲν σχηματίζει δικανικὴ πεποιθήση γιὰ κρίσιμους ἰσχυρισμοὺς τῆς Διοίκησης, δύναται νὰ ἐκδώσει μὴ ὀριστικὴ ἀπόφαση μὲ τὴν ὁποία θὰ διατάσσει συμπλήρωση τῶν ἀποδείξεων μὲ στοιχεῖα πού ὤφειλε (ὕπηρεσιακὸ καθήκον) καὶ βαρυνόταν (δικονομικὸ βάρος) ἡ Διοίκηση νὰ ἔχει ἀποστείλει προαποδεικτικῶς ὡς περιεχόμενο τοῦ διοικητικοῦ φακέλου. Μὲ αὐτὸν τὸν τρόπο, ὅμως, παρακάμπτεται τὸ ἀντικειμενικὸ βάρος προαπόδειξης πού φέρει ἡ Διοίκηση³⁴

34 Σχετικὰ μὲ τὴν διάκριση μετὰ τὸν ὑποκειμενικὸ καὶ ἀντικειμενικὸ βάρους ἀποδείξεως βλ. Π. Γέσιου-Φαλτσῆ, Δίκαιο Αποδείξεως (ὅπ. π., σημ. 4), §§ 77-78 (σελ. 103-104)· Κ. Μπέη, Μαθήματα Πολιτικῆς Δικονομίας. Αποδείξη, 1983, Αθήνα: Εκδ. Οἶκος Αφοί Π. Σάκκουλα, σελ. 48. Βλ., ἐπίσης, Π. Καργάδου, Τὸ βάρος ἀποδείξεως (ὅπ. π., σημ. 32), σελ. 28-29, ὅπου ἐπισημαίνεται ἡ σημασία τῆς διάκρισης ἰδίως στὶς περιπτώσεις πού ἰσχύει τὸ ἀνακριτικὸ σύστημα, ὅπως ἐν προκειμένῳ στὴν διοικητικὴ δίκη. Πρβλ. Κ. Μπέη (ὅπ. π.), σελ. 49, κατὰ τὸν ὁποῖο στὸ πλαίσιο τῆς ἀνακριτικῆς ἀρχῆς δὲν ὑφίσταται ὑποκειμενικὸ –ἀλλὰ μόνον

καί μετατίθεται ή προσαγωγή κρίσιμων για τούς ισχυρισμούς της αποδεικτικῶν μέσων, ἐνῶ ὁ διοικούμενος διάδικος ἔχει ἐμπροθέσμως ἀνταποκριθεῖ στοῦ δικού του δικονομικό βάρος προαπόδειξης, χωρίς νά δύναται νά προκαλέσει ἀντιστοίχως μετάθεση τῆς δικονομικῆς προθεσμίας προσαγωγῆς ιδίων ἀποδεικτικῶν μέσων, ἐκτός ἐάν τὸ δικαστήριο κρίνει ὅτι ἦταν ἀδύνατη ἡ ἔγκαιρη προσαγωγή τους. Αὐτὴ ἡ, κατὰ περίπτωσιν, δυσανάλογη ἀλλοίωση τῆς ἰσορροπίας τοῦ καθεστώτος προαπόδειξης ἀντίκειται στὴν ἀρχή τῆς ἰσότητος τῶν διαδίκων. Παρομοίως, εἶναι ἀντισυνταγματική καὶ κάθε ἀναιτιολόγητη δικαστική ἀπόφαση περὶ συμπλήρωσης ἀποδείξεων πέραν τοῦ διοικητικοῦ φακέλου, διὰ τῆς ὁποίας παρακάμπτεται τὸ ἀντικειμενικό βάρος προαπόδειξης οἰουδήποτε τῶν διαδίκων³⁵.

Πρέπει νά τονισθεῖ ὅτι τὸ ἐδῶ ἐξεταζόμενο σύστημα κάμψης τῆς προαπόδειξης στὴν διοικητική δίκη, κατὰ τὸ μέτρο πού θίγει τὸ συνταγματικό δικαίωμα ἰσότητος τῶν διαδίκων καὶ τὴν οἰκεία συνταγματική ἀρχή, δὲν μπορεῖ νά δικαιολογηθεῖ μὲ τὴν σκέψη ὅτι στὴν διοικητική δίκη ἰσχύει κατ' ἀρχὴν ἀνακριτικό σύστημα κατ' ἀντιδιαστολὴν πρὸς τὴν πολιτική δίκη. Ἀκόμη καὶ ἂν δὲν προβλεπόταν βάρος προαπόδειξης τῶν διαδίκων, ἀλλὰ τὸ δικαστήριο ἐξέδιδε σὲ κάθε δίκη μὴ ὀριστική ἀπόφαση περὶ κατανομῆς τοῦ βάρους ἀποδείξεως μεταξὺ τῶν διαδίκων, ἡ ἀκόμη καὶ ὡς πρὸς ἀναγκαῖα ἀποδεικτικά μέσα πού πρέπει νά προσαγάγει ὁ κάθε διάδικος, καὶ πάλι τοιαύτες, ἐναντι τῶν ἰσχυουσῶν ἔτι ἐγγύτερες πρὸς τὸ ἀνακριτικό σύστημα, διατάξεις θά ἔπρεπε νά μὴ ἀφήνουν περιθώρια παραβίασης τῆς ἰσότητος μεταξὺ τῶν διαδίκων καί, ἐν πάσῃ περιπτώσει, τὸ δικαστήριο κατὰ τὴν ἐφαρμογή τους θά ἔπρεπε νά τηρεῖ ἀπαρεγκλίτως τὴν ἐν λόγῳ συνταγματική ἀρχή. Ἄλλως τε, καὶ στὴν πολιτική δίκη ἐπιτρέπεται στοῦ δικαστηρίου νά διατάσσει καὶ αὐτεπαγγέλτως τὴν διεξαγωγή ἀπόδειξης μὲ ἀποδεικτικά μέσα πού δὲν ἔχουν ἐπικαλεσθεῖ οἱ διάδικοι (ἄρθρο 107 ΚΠολΔ). Ὡστόσο, ἀκόμη καὶ ὅταν ἀξιοποιεῖται ἀπὸ τὸ δικαστήριο αὐτὴ ἡ ἀπόκλιση ἀπὸ τὸ

ἀντικειμενικό- βάρος ἀπόδειξης.

35 Πρβλ. ΤρΔΕφΑθ 3105/2019: σκ. 10, μὲ τὴν ὁποία διατάσσεται, καὶ μάλιστα κατὰ ῥητὴ ἀναφορά στὰ ἄρθρα 151 ἐπ. ΚΔΔ, ὡς συμπλήρωση ἀποδείξεων ἡ ἀποστολὴ αἰτιολογημένης ἔκθεσης ἀπόψεων ἀπὸ τὴν Διοίκηση ὡς πρὸς ζητήματα γιὰ τὰ ὁποία εἶχε προβληθεῖ μὲ τὴν προσφυγὴ πλημμελὲς αἰτιολογία τῆς προσβαλλομένης. Τὸ δικαστήριο διέταξε αὐτὴν τὴν «συμπλήρωση ἀποδείξεων», βασιζόμενο στὴν σκέψη ὅτι δύναται «να προβεῖ σε αὐτοτελὴ διαπίστωση των πραγματικῶν περιστάτικῶν [...], υποχρεούμενο να μην ακυρώνει και ἀναπέμπει στὴ Διοίκηση τὴν ἀναιτιολόγητη διοικητική πράξη, ἀλλὰ νά ἐξαντλεῖ τὴν οὐσιαστική του κρίση, ἀναπληρώνοντας τις τυχόν ἐλλείψεις τῆς αἰτιολογίας με τις κατὰ τὴν ἐκτίμησή του διαπιστώσεις». Ἀνεξαρτήτως τοῦ ὅτι αὐτὴ ἡ δικαστικὴ κρίση ἀφορᾷ συμπλήρωση *ἰσχυρισμῶν*, καὶ μάλιστα κατὰ συμπλήρωση τῆς αἰτιολογίας προσβαλλόμενης διοικητικῆς πράξης, ἡ ἀνωτέρω γενικὴ σκέψη, προβαλλόμενη στὴν ἀποδεικτικὴ διαδικασία, στίς διατάξεις τῆς ὁποίας ἄλλως τε ἀναφέρεται ἡ ἀπόφαση, ἀποτυπώνει μιὰ εὐρύτατη θεώρηση τῆς σχετικῆς ἐξουσίας τοῦ δικαστηρίου ὑπὸ τὰ ἄρθρα 151 ἐπ. ΚΔΔ.

συζητητικό σύστημα κατά τὸ σκέλος τῶν ἀποδείξεων, πρέπει νὰ τηρεῖται ἀπαρεγκλίτως ἡ ἀρχὴ τῆς ισοτήτας τῶν διαδίκων (ἄρθρο 110 §1 ΚΠολΔ). Σὲ κάθε δίκη, ἀνεξαρτήτως δικαιοδοσίας, οἱ διέποντες αὐτὴν δικονομικοὶ κανόνες πρέπει νὰ μὴ καταλείπουν περιθώρια ἄδηλων καὶ ἀνέλεγκτων παραβιάσεων τῆς ἀρχῆς τῆς ισοτήτας τῶν διαδίκων. Στὸ πεδίο τῆς ἀπόδειξης, ἡ ἀναζήτησις τῆς (θεωρητικῆς) ἀλήθειας δὲν νομιμοποιεῖ καμμία παραβίαση τῶν θεμελιωδῶν δικονομικῶν δικαιωμάτων τῶν διαδίκων ποὺ συνδέονται μὲ τοὺς κανόνες ἀπόδειξης, οἱ ὅποιοι χαράσσουν τὸ δικαιοκρατικὸ πλαίσιο εὐρέσεως τῆς δικονομικῆς ἀληθείας³⁶.

Τελικῶς, τίθεται τὸ ἐρώτημα ἂν οἱ ἀνωτέρω κρίσιμες δικονομικὲς διατάξεις περὶ κάμψεως τῆς προαπόδειξης στὴν διοικητικὴ δίκη ἐπιδέχονται τελεολογικῶς ἐρμηνεῖα σύμφωνη μὲ τὴν συνταγματικὴ ἀρχὴ τῆς ισοτήτας τῶν διαδίκων, ὥστε ἡ κάμψη τῆς προαπόδειξης νὰ μὴ συνοδεύεται ἀπὸ κάμψη τοῦ θεμελιώδους δικονομικοῦ δικαιώματος τῆς ἴσης ἀποδεικτικῆς ἀκροάσεως τῶν διαδίκων. Οἱ βασικὲς γραμμὲς μιᾶς τέτοιας ἐρμηνείας θὰμποροῦσαν νὰ εἶναι οἱ ἑξῆς:

- i) Ἄν ἡ Διοίκηση δὲν ἀποστείλει τὸν διοικητικὸ φάκελο καὶ δὲν προσαγάγει προαποδεικτικῶς κρίσιμα γιὰ τοὺς ἰσχυρισμοὺς τῆς στοιχεῖα οὔτε πρὸ τῆς μετ' ἀναβολὴν δικασίμου κατὰ τὴν ὁποία διεξάγεται ὑποχρεωτικῶς συζήτηση ἀκόμη καὶ ἐλλείψει διοικητικοῦ φακέλου, τὸ δικαστήριον μπορεῖ νὰ ἐκδώσει μὴ ὀριστικὴ ἀπόφασις πρὸς ἀποστολὴ ἀπὸ τὴ Διοίκηση μόνον στοιχείων τοῦ διοικητικοῦ φακέλου ποὺ εἶναι κρίσιμα γιὰ τὴ βασιμότητα τῶν ἰσχυρισμῶν τοῦ διοικουμένου διαδίκου καὶ τὰ ὁποία πρέπει ἀπαραιτήτως νὰ προσκομισθοῦν ἀπὸ τὴν Διοίκηση εἴτε λόγῳ τῆς φύσεως τῶν ἀποδεικτικῶν μέσων ἢ/καὶ συναφῶν ἀποδεικτικῶν περιορισμῶν³⁷ εἴτε διότι ὁ διοικουμένος δικαιολογημένα ἔχει ἀπόλυτη ἀδυναμία νὰ τὰ συλλέξει, ὥστε

36 Βλ. Ἑμμ. Μιχαλάκη, Περὶ τοῦ ἀντικειμένου τῆς δικονομικῆς ἀποδείξεως, 1940, Ἀθῆναι, σελ. 16 ἐπ., σὲ συνδυασμὸ μὲ τοῦ ἰδίου, Περὶ τῆς ἀδίκου διαδικαστικῆς πράξεως, 1944, Ἀθῆναι: Ἐκδ. Βιβλιοπωλεῖον «Τὸ Νομικόν» Νικ. Α. Σάκκουλα, ιδίως σελ. 57 (ἀμφότερα ἀνατυπωθέντα σὲ ἐνιαῖο τόμο ὑπὸ Ἐκδ. Αντ. Ν. Σάκκουλα, 1987). Πρβλ., ἐπίσης, Ν. Νίκα, Οἱ νέοι πραγματικοὶ ἰσχυρισμοί (ὅπ. π., σημ. 22), σελ. 94-96, σχετικὰ μὲ τὴν «νομιμοποίηση» τοῦ δικονομικοῦ δικαίου νὰ καθιστᾷ ἀπαράδεκτους τοὺς καθυστερημένους ἰσχυρισμοὺς, ἀκόμη καὶ ἂν αὐτοὶ εἶναι βάσιμοι κατὰ τὸ οὐσιαστικὸ δίκαιο, καθὼς καὶ σελ. 197-199, σχετικὰ μὲ τὴν συνταγματικὴ διάστασις τοῦ ἀποκλεισμοῦ τῶν καθυστερημένων πραγματικῶν ἰσχυρισμῶν.

37 Πρβλ. ΣτΕ 2849/2011: σκ. 6, μὲ τὴν ὁποία, σὲ ἀναιρετικὴ δίκη ἐπὶ ἀγωγῆς ἀποζημίωσης λόγῳ μὴ ἀνάθεσις σὲ ὑποψήφια ἀνάδοχο σύμβασης προμήθειας στὸ πλαίσιο διαγωνιστικῆς διαδικασίας, κρίθηκε ὅτι τὸ ἀρμόδιο δικαστήριον τῆς οὐσίας δὲν ἐπιτρεπόταν ὑπὸ τὸ ἄρθρο 171 §5 ΚΔΔ νὰ λάβει ὑπ' ὄψιν ἀποδεικτικῶς τὸ προσκομισθέν ἀπὸ τὴν ἐνάγουσα ἀντίγραφο τῆς δικῆς τῆς οἰκονομικῆς προσφορᾶς, παρ' ὅτι ἡ Διοίκηση δὲν εἶχε ἀνταποκριθεῖ στὴν ὑποχρέωσίν της νὰ ἀποστείλει στὸ δικαστήριον τὸ ἐν λόγῳ ἀποδεικτικὸν στοιχεῖο, ἀλλὰ ἔπρεπε νὰ ἐκδοθεῖ προδικαστικὴ ἀπόφασις μὲ τὴν ὁποία νὰ διατάσσεται ἡ Διοίκηση νὰ ἀποστείλει τὸ ἐν λόγῳ ἀποδεικτικὸν στοιχεῖο.

νά τὰ προσαγάγει ὁ ἴδιος στὸ δικαστήριον. Ἀντιθέτως, στοιχεῖα τοῦ διοικητικοῦ φακέλου ἀφορῶντα ἐνστάσεις καὶ λοιποὺς ἀμυντικοὺς ἰσχυρισμοὺς τῆς Διοίκησης μὴ λαμβανόμενους αὐτεπαγγέλτως ὑπ' ὄψιν, ἀκόμη καὶ ἂν ἀποσταλοῦν ἀπὸ τὴν Διοίκηση μαζί με τὰ στοιχεῖα γιὰ τὰ ὁποῖα ἐκδόθηκε ἡ μὴ ὀριστικὴ ἀπόφασις τοῦ δικαστηρίου, δὲν μποροῦν ληφθῶν ὑπ' ὄψιν. Ἡ ἀδυναμία, δηλαδή, σχηματισμοῦ δικανικῆς πεποιθήσεως τοῦ δικαστηρίου ἐλλείπει διοικητικοῦ φακέλου ὡς λόγος ἐκδόσεως μὴ ὀριστικῆς ἀπόφασις τοῦ δικαστηρίου, κατὰ τὰ ἄρθρα 129 §4 συνδ. 151 ΚΔΔ, πρέπει νὰ ἐρμηνεύεται ὡς ἀφορῶσα μόνον τὴν δικανικὴ πεποιθήσιον σχετικὰ μετὰ τὴν βασιμότητα τῶν βασικῶν ἰσχυρισμῶν τοῦ διοικουμένου διαδίκου ἐπὶ τῶν ὁποίων ἐρεῖδονται τὰ ἐπίδικα αἰτήματά του. Ἐξ ἄλλου, σὲ περίπτωσιν ποὺ καὶ πάλι, παρὰ τὴν ἐκδοσὴ μὴ ὀριστικῆς ἀποφάσεως πρὸς ἀποστολὴν τοῦ διοικητικοῦ φακέλου, ἡ Διοίκηση δὲν ἀποστείλει τὰ οἰκεία ἀποδεικτικὰ στοιχεῖα, δὲν θὰ μπορούσε νὰ συναχθεῖ τεκμαιρόμενη ὁμολογία τῆς περὶ τῶν πραγματικῶν ἰσχυρισμῶν τοῦ ἀντιδίκου τῆς³⁸. Ὡστόσο, μιὰ τέτοια συνεχιζόμενη παράλειψις τῆς Διοικήσεως νὰ ἀνταποκριθεῖ στὸ ὑπηρεσιακὸ βάρος τῆς γιὰ τὴν ἀποστολὴν τοῦ ὡς ἄνω περιεχομένου τοῦ διοικητικοῦ φακέλου θὰ μπορούσε νὰ θεωρηθεῖ καταχρηστικὴ δικονομικὴ ἐκμετάλλευσιν τῶν δυσμενῶν γιὰ τὸν ἀντίδικόν τῆς συνεπειῶν τοῦ *non liquet* ἐντὸς τῆς κατανομῆς τοῦ βάρους ἀποδείξεως. Τὸ δικαστήριον μπορεῖ νὰ παρακάμψει τὶς δυσμενεῖς γιὰ τὸν διοικούμενον διάδικον δικονομικὰς συνέπειας τοῦ *non liquet* ποὺ δὲν ὀφείλονται εἰς τὴν δικήν του δικονομικὴν συμπεριφορὰν, ὀρίζοντας μετὰ τὴν ἀπόφασίν του περὶ συμπληρώσεως ἀποδείξεων ὅτι γιὰ τὰ συγκεκριμένα πρὸς ἀπόδειξιν ζητήματα, καὶ εἰδικώτερα ὡς πρὸς τὴν ἄρνησιν τῶν κρίσιμων πραγματικῶν ἰσχυρισμῶν τοῦ ἀσκήσαντος τὸ ἔνδικο βοήθημα, τὸ βάρος ἀπόδειξης τὸ φέρει ἡ Διοίκηση, ἡ ὁποία ὀρίζεται εἰς τὴν δικαστικὴν ἀπόφασιν νὰ προσκομίσει συγκεκριμένα ἀποδεικτικὰ μέσα³⁹. Τὸ δικαστήριον μπορεῖ νὰ προβεῖ σὲ μιὰ τέτοια, σύμφωνη μετὰ τὸ θεμελιώδες δικονομικὸν δικαίωμα τοῦ διοικουμένου διαδίκου, μετὰθεσιν τοῦ βάρους ἀπόδειξης διὰ τῆς ἀντι-

38 Πρβλ. ΤρΔΕφαΘ 4260/2019: σκ. 5, ὅπου ἐκ τῆς παραλείψεως τῆς Διοικήσεως νὰ ἀποστείλει στοιχεῖα πρὸς τὸ δικαστήριον κατὰ τὰ ὀριζόμενα σὲ προδικαστικὴν ἀπόφασιν πρὸς τοῦτο συνάγεται τεκμήριον βασιμότητος πραγματικῶν ἰσχυρισμῶν τοῦ προσφεύγοντος, καθ' ἑρμηνείαν τῶν οἰκείων δικονομικῶν διατάξεων σύμφωνη μετὰ τὸ ἄρθρον 20 §1 Συντ. Βλ. καὶ ἀνωτ., ὑποσημ. 10.

39 Πρβλ. ΤρΔΕφαΘ 1632/2012: σκ. 10, μετὰ τὴν ὁποία, ἐπὶ ἀγωγῆς ὑπαλλήλων γιὰ διαφορὰς ἀποδοχῶν, κρίθηκε ὅτι, καθὼς ἡ Διοίκηση δὲν εἶχε προσκομίσει βεβαίωσιν τῆς ἀρμόδιας ὑπηρεσίας περὶ τῆς διαφορᾶς μεταξὺ καταβληθειῶν ἀποδοχῶν καὶ τῶν προβλεπόμενων καθ' ὑπαγωγὴν σὲ ὀρισμένο μισθολογικὸ καθεστῶς, γιὰ τὴν ὁποία εἶχε ἐκδοθεῖ σχετικὴ προδικαστικὴ ἀπόφασιν διατάσσουσα τὴν προσκόμισιν τῆς ἐν λόγῳ βεβαίωσις ἀπὸ τὴν Διοίκηση, δὲν παραβιάσθηκε τὸ ἄρθρον 145 §1 ΚΔΔ περὶ τῆς κατανομῆς τοῦ βάρους ἀποδείξεως μεταξὺ τῶν διαδίκων.

στροφής του αντικειμένου της (κατάφαση → ἄρνηση), αξιοποιώντας την πρόβλεψη του άρθρου 152 §2 περ. β' ΚΔΔ, κατά την οποία στην απόφαση περί συμπλήρωσης των αποδείξεων ὀρίζεται και ὁ διάδικος πού φέρει τὸ βάρος ἀπόδειξης. Αὐτὸς ὁ δικαστικὸς ὀρισμὸς τοῦ φέροντος τὸ βάρος ἀπόδειξης θὰ ἦταν περιττός, ἂν τὸ δικαστήριον δὲν ἐπιτρεπόταν σὲ αὐτὴν τὴν περίπτωση νὰ μεταβάλλει τὸ κατ' ἀρχὴν προβλεπόμενο στὸ ἄρθρο 145 §1 ΚΔΔ βάρος ἀπόδειξης. Συνεπῶς, σὲ αὐτὴν τὴν ὀριακὴν περίπτωση, καὶ ἀφοῦ προηγουμένως ἔχουν ἐξαντληθεῖ ὅλες οἱ ἀνωτέρω δικονομικὲς δυνατότητες, τὸ δικαστήριον ὑποχρεοῦται νὰ παράσχει ἀποτελεσματικὴ δικαστικὴ προστασία στὸν διοικούμενο διάδικο ὅχι διὰ τῆς δικαστικῆς θέσεως ἑνὸς μὴ προβλεπόμενου ῥητῶς δικαστικοῦ τεκμηρίου⁴⁰, ἀλλὰ διὰ τῆς δικαιοκρατικῆς αξιοποίησης τῶν δικαστικῶν ἐξουσιῶν πού προβλέπονται ἀπὸ τὶς ἰσχύουσες διατάξεις περὶ συμπληρώσεως τῶν ἀποδείξεων.

- ii) Ἄν διεξαχθεῖ συζήτηση τῆς ὑπόθεσης χωρὶς νὰ ἔχει ἀποσταλεῖ –οὔτε μετὰ τὴν πρὸς τοῦτο ἀναβολὴ τῆς πρώτης συζήτησης– ὁ διοικητικὸς φάκελος, τὸ δικαστήριον μπορεῖ νὰ ἐκδώσει μὴ ὀριστικὴ ἀπόφαση μὲ τὴν ὁποία θὰ ἐπιτρέψει τὴν ἀποστολὴ ἀπὸ τὴν Διοίκηση τῶν στοιχείων τοῦ διοικητικοῦ φακέλου πρὸ τῆς ἐπομένης συζητήσεως, μόνον ἂν μὲ αἰτιολογημένη ἀπόφαση τοῦ δικαστηρίου κρίνεται ὅτι ἦταν ἀδύνατη γιὰ τὴν Διοίκηση ἡ ἔγκαιρη ἀποστολὴ τοῦ διοικητικοῦ φακέλου πρὸ τῆς πρώτης συζητήσεως τῆς ὑπόθεσης. Σὲ αὐτὴν τὴν περίπτωση λαμβάνεται ὑπ' ὄψιν τὸ σύνολο τῶν στοιχείων τοῦ μεταγενεστέρως ἀποστελλόμενου διοικητικοῦ φακέλου.
- iii) Ἀκόμη καὶ σὲ περιπτώσεις πού ἔχει ἀποσταλεῖ διοικητικὸς φάκελος, τὸ δικαστήριον μπορεῖ νὰ διατάσσει τὴν συμπλήρωση ἀποδείξεων, σύμφωνα μὲ τὰ ἄρθρα 151-152 ΚΔΔ. Ὡστόσο, αὐτὴ ἡ ἐξουσία τοῦ δικαστηρίου δὲν ἐπιτρέπεται νὰ λειτουργεῖ θεραπευτικὰ τοῦ ἀντικειμενικοῦ βάρους ἀποδείξεως τῶν διαδίκων, δηλαδὴ νὰ παρέχει «δεύτερη εὐκαιρία» στὸν διάδικο πού δὲν προσήγαγε προαποδεικτικῶς στοιχεῖα ἀναγκαῖα γιὰ τὴν ἀπόδειξη τῶν ἰσχυρισμῶν του, διότι μιὰ τέτοια ἄσκηση ἀπὸ τὸ δικαστήριον τῆς σχετικῆς εὐχέρειάς του θὰ παραβίαζε, κατ' ἀποτέλεσμα, τὸ δικαίωμα τῆς ἰσότητος τῶν διαδίκων⁴¹. Στὴν ἴδια αἰτίαση περὶ ἀντισυνταγματικότητας

40 Πρβλ. ἀνωτ., ὑπόσημ. 10, καὶ κατωτ., ὑπόσημ. 38, ὅπου παραπομπές σὲ δικαστικὲς ἀποφάσεις, κατὰ τὶς ὁποῖες συνάγεται ἓνα τέτοιο τεκμήριο ἐξ ἑρμηνείας τῶν οἰκείων δικονομικῶν διατάξεων ἐρμηνευομένων ὑπὸ τὸ φῶς τοῦ θεμελιώδους δικονομικοῦ δικαιώματος.

41 Πρβλ. ΣτΕ 1091/2017: σκ. 14, μὲ τὴν ὁποία κρίθηκε ὅτι ἡ ἀνααιρετικῶς ἀνέλεγκτη κρίση τοῦ δικαστηρίου τῆς οὐσίας νὰ μὴ διατάξει συμπλήρωση τῶν ἀποδείξεων δὲν ἐμπόδιζε τὸν σχηματισμὸ, *στὸ πλαίσιο τῆς κατανομῆς τοῦ βάρους ἀποδείξεως μεταξὺ τῶν διαδίκων*, πλήρους καὶ βεβαίας δικανικῆς πεποιθήσεως σχετικὰ μὲ τὸ ζήτημα γιὰ τὸ ὁποῖο θὰ μπορούσε νὰ ἔχει διαταχθεῖ συμπλήρωση ἀποδείξεων. Ἐπομένως, δὲν μπορεῖ νὰ ἀποκλεισθεῖ ὅτι μιὰ συμπλήρωση τῶν ἀποδείξεων, καὶ μάλιστα ἀναιτιολόγητη ὡς πρὸς τὴν κάμψη τοῦ κανόνα

θα ήταν έκθετη μιὰ δικαστική παροχή «δεύτερης εὐκαιρίας» πρὸς σχηματισμὸ τῆς, ἐντὸς τοῦ ἀνακριτικοῦ συστήματος, πληρέστερης δυνατῆς δικανικῆς πεποίθησης περὶ τῶν ἀληθῶν γεγονότων, ἀκόμη καὶ ἂν τὸ δικαστήριον παρέσχε σὲ ὅλους τοὺς διαδίκους τὴν δυνατότητα νὰ προσαγάγουν στοιχεῖα πρὸς συμπλήρωση τῆς ἀποδεικτικῆς βάσης τῶν ἰσχυρισμῶν τους καὶ, συνάκολουθα, πρὸς θεραπεία τοῦ ἀντικειμενικοῦ βάρους ἀποδείξεως ἐκάστου τῶν διαδίκων⁴². Ἀκόμη καὶ μία τοιοῦτοτρόπως «ἴση» παροχή δικονομικῶν εὐεργετημάτων πρὸς τοὺς διαδίκους δὲν ἀπαλλάσσεται τῆς ἀντισυνταγματικότητος, διότι δύναται νὰ ἀνακατευθύνει τὴν ἔκβαση τῆς δίκης ἀλλοιώνοντας τὶς κρίσιμες περὶ τῶν πραγμάτων παραδοχῆς ἐντὸς τῆς δικανικῆς πεποίθησεως ποὺ θὰ διαμορφωνόταν βάσει τῶν προαποδεικτικῶς προσαχθέντων στοιχείων, δηλαδὴ βάσει καὶ τῶν ἑλλειμμάτων τῆς προαποδεικτικῆς βάσης τῶν ἰσχυρισμῶν τῶν διαδίκων. Εὐλόγως θὰ μπορούσε νὰ τεθεῖ τὸ ἐρώτημα ἂν, ὑπ’ αὐτὴν τὴν σύμφωνη μὲ τὴν ἀρχὴ τῆς ισότη-
τας τῶν διαδίκων ἐρμηνεῖα τῶν οἰκείων διατάξεων, παραμένει ὁποιοδήποτε περιθώριον εὐχέρειας τοῦ δικαστηρίου νὰ διατάσσει συμπλήρωση τῶν ἀποδείξεων σὲ περιπτώσεις ποὺ καὶ ἔχει ἀποσταλεῖ διοικητικὸς φάκελος καὶ δὲν συντρέχει ἀδυναμία ἔγκαιρης προσαγωγῆς κάποιου ἀποδεικτικοῦ μέσου ἀπὸ διάδικο. Μήπως, δηλαδή, μὲ αὐτὴν τὴν ἐρμηνεῖα οὐσιαστικὰ ἀπενεργοποιεῖται αὕτη ἡ γενικὴ δικονομικὴ εὐχέρεια τοῦ δικαστηρίου; Ἡ ἀπάντηση εἶναι ἀρνητικὴ· τὸ δικαστήριον διατηρεῖ τὴν εὐχέρειά του, ἀλλὰ ὑπὸ συγκεκριμένους ὅρους ἐπιβαλλόμενους ἀπὸ τὴν ἀρχὴ τῆς ισότητος τῶν διαδίκων: Τὸ δικαστήριον μπορεῖ νὰ διατάσσει –καὶ αὐτεπαγγέλτως– τὴν συμπλήρωση ἀποδείξεων, ἐφ’ ὅσον τὰ ζητήματα τὰ ὁποῖα ἀφοροῦν οἱ πρὸς συμπλήρωση ἀποδείξεις εἶναι αὐτεπαγγέλτως ἐξεταστέα ἀνεξαρτήτως τῶν ἰσχυρισμῶν τῶν διαδίκων ἢ ἀφοροῦν ζητήματα γιὰ τὰ ὁποῖα ἔχουν ἤδη προσαχθεῖ ἀποδείξεις τῶν διαδίκων φερόντων τὸ οἰκεῖο ὑποκειμενικὸ βάρος ἀπόδειξης, οἱ ὁποῖες χρήζουν κάποιας διευκρινίσεως ἢ ἐπουσιώδους συμπληρώσεως με πρόσθετα ἀποδεικτικὰ στοιχεῖα.

Ὑπὸ τίς ἐδῶ προτεινόμενες ἐρμηνευτικὲς γραμμές, οἱ ἀνωτέρω διατάξεις παραμένουν ρυθμιστικὰ ἐνεργές, παρέχοντας –στὸ πλαίσιο τοῦ ἀνακριτικοῦ συστήματος– περιθώρια κάμψεως τοῦ κανόνα τῆς προαπόδειξης στὴν διοικητικὴ δίκη, χωρὶς ὅμως νὰ παραβιάζεται ἡ ἀρχὴ τῆς ισότητος τῶν διαδίκων ὑπὸ τὰ φερόμενα ἀπὸ αὐτοὺς δικονομικὰ βάρη ἀποδείξεως.

τῆς προαπόδειξης, θὰ μπορούσε νὰ ἔχει μεταβάλει τὴν βάσει τῆς κατανομῆς τοῦ βάρους ἀποδείξεως σχηματισθεῖσα δικανικὴ πεποίθηση –καὶ δὲν θὰ τὴν εἶχε καταστήσει γιὰ πρώτη φορὰ ἐφικτή.

42 Ὡς ἓνα τέτοιο νομολογιακὸ παράδειγμα βλ. ΤρΔΕφΑΘ 4227/2019: σκ. 6.

Ματαίωση της συζήτησης και παραγραφή

Βιργινία Α. Περάκη

Επ. Καθηγήτρια Νομικής Σχολής Δ.Π.Θ.

I. Υπό το προϊσχύσαν άρθρο 261 ΑΚ

Ο τιμώμενος Καθηγητής Δ. Μανιώτης έχει αναδείξει κατ' επανάληψη μέσα από τα γραπτά του την πορεία ανάπτυξης της δογματικής του αστικού δικονομικού δικαίου στη χώρα μας και τον τρόπο διαμόρφωσης αυτοτελούς ταυτότητάς του.¹ Φυσικά, τόσο συγγραφικά όσο και διδακτικά, δεν παύει να υπογραμμίζει την αλληλεξάρτηση ουσιαστικού και δικονομικού δικαίου, η οποία καταδεικνύεται ήδη στο -κλασικό- παράδειγμα των ουσιαστικών αποτελεσμάτων της ασκήσεως της αγωγής, στα οποία συγκατελέγεται και η διακοπή της παραγραφής του επίδικου δικαιώματος.² Με και από την άσκηση της αγωγής ο ουσιαστικός με τον δικονομικό χώρο (οι οποίοι, άλλωστε, δεν διακρίνονταν πάντοτε μεταξύ τους) διασταυρώνονται εκ των πραγμάτων.³ Η διασύνδεση αυτή, η οποία στο παράδειγμα της διακοπής της παραγραφής με την άσκηση της αγωγής εντοπίζεται στην ουσιαστικού δικαίου συνέπεια μιας διαδικαστικής πράξης, εκδηλώνεται και με διαφορετικό τρόπο, λ.χ. σε δικονομικού δικαίου κανόνες, οι οποίοι για την επέλευση των οριζόμενων από αυτούς δικονομικών συνεπειών περικλείουν προϋποθέσεις ουσιαστικού δικαίου.⁴

Η ρύθμιση του Αστικού μας Κώδικα (άρθρο 261 ΑΚ) για τη διακοπή της παραγραφής με την άσκηση της αγωγής και την εν συνεχεία πορεία της κατά τη διάρκεια της δίκης, η οποία τροποποιήθηκε με τον ν. 4139/2013, αποτε-

1 *Μανιώτης*, Σχετικά με τη συμβολή της Πολιτικής Δικονομίας (1834) και της ελληνικής επιστήμης στη δημιουργία της ταυτότητας του αστικού δικονομικού δικαίου. Το παράδειγμα της αγωγής, σε: Αφιέρωμα στην Π. Γέσιου-Φαλτσή, α' τόμος, 2007, 802. Βλ. και τον χαρακτηριστικό τίτλο της πρώτης παραγράφου (1.1) του διδακτικού του εγχειριδίου «Αστικό Δικονομικό Δίκαιο – Πανεπιστημιακές Παραδόσεις», β' έκδοση, 2019 (: «Η ανάπτυξη αυτοτελούς δογματικής του αστικού δικονομικού δικαίου στην Ελλάδα»).

2 Βλ. *Μανιώτη*, Αστικό Δικονομικό Δίκαιο – Πανεπιστημιακές Παραδόσεις, β' έκδοση, αριθ. 105.

3 *Ν. Χριστοδούλου*, Η αντίστροφος όψις της εν επιδικία παραγραφής, σ. 2 («Το δικονομικόν δικαίωμα υπάρχει χάριν της επιδικου αξιώσεως, όπως και το δικονομικόν δίκαιον υπάρχει χάριν της εφαρμογής του ουσιαστικού δικαίου»).

4 Βλ. *Κολοτούρο*, Διάθεσις ουσιαστικών δικαιωμάτων διά μονομερών δικαιοπραξιών ή συμβάσεων του δικονομικού δικαίου, ΧρΙΔ 2019, 250.

λεί μία χαρακτηριστική περίπτωση διασταύρωσης του ουσιαστικού και του δικονομικού δικαίου, που πιστοποιεί πολλαπλώς την ενότητα και την αλληλεξάρτησή τους, παρά την επιτευχθείσα αυτονόμησή τους. Με την παρουσίαση δύο ειδικότερων ζητημάτων από το πεδίο αυτό, της λεγόμενης «παραγραφής εν επιδικία», αναφερόμενων στην πορεία της παραγραφής μετά τη ματαίωση της συζήτησης της αγωγής, αναδεικνύεται και στην παρούσα μελέτη, η οποία προσφέρεται στον Καθηγητή Δ. Μανιώτη με σεβασμό και αγάπη, η –αδιάσπαστη– ενότητα συγκεκριμένων διατάξεων του ΑΚ και του ΚΠολΔ.

Υπό το προϊσχύσαν άρθρο 261 ΑΚ, δηλαδή πριν από την τροποποίησή του με τον ν. 4139/2013, προέκυπτε το ερώτημα αν η ματαίωση της συζήτησης αποτελούσε διαδικαστική πράξη⁵, η οποία, ως τέτοια, επέφερε διακοπή και άμεση επανέναρξη της παραγραφής σύμφωνα με την ΑΚ 261 εδ. β' που όριζε ότι η παραγραφή που διακόπηκε με τον τρόπο αυτό (δηλαδή με την έγερση αγωγής) αρχίζει και πάλι από την τελευταία διαδικαστική πράξη των διαδίκων ή του δικαστηρίου. Η διάταξη αυτή προέβλεπε το πέρας της επερχόμενης –κατά το προηγούμενο εδάφιο– διακοπής της παραγραφής με την έγερση της αγωγής και ως εκ τούτου το χρονικό σημείο επανέναρξης της παραγραφής, είχε δε καθιερωθεί να αναφέρεται στη νομολογία και τη βιβλιογραφία ως η ρύθμιση για την παραγραφή «εν επιδικία».

Το κρίσιμότερο ερώτημα για την εφαρμογή της εντοπιζόταν στην έννοια της **τελευταίας** διαδικαστικής πράξης, από την οποία άρχιζε και πάλι η παραγραφή. Τελευταία διαδικαστική πράξη γινόταν απαρέγκλιτα δεκτό από τη νομολογία ότι ήταν «εκάστη», η κάθε φορά πιο πρόσφατη στη διαδρομή του χρόνου και πάντως όχι εκείνη που σήμαινε τον τερματισμό της δίκης.⁶ Έτσι, η

5 Για την έννοια της διαδικαστικής πράξης βλ. τη θεμελιώδη μελέτη Μητσόπουλου, Διαδικαστικά πράξεις, σε: Τιμητικό Τόμο Ράμμου, τ. II, 1979, σ. 625.

6 Μαριδάκης, Αιτιολογική Έκθεση Εισηγητού Γενικών Αρχών, σ. 258: «Ηδη από εκάστης διαδικαστικής πράξεως άρχεται νέα παραγραφή». Γιαννόπουλος, Γενικά Αρχαία Αστικού Κώδικος, 1948, σ. 422: «Η έννοια της διατάξεως είνε, όχι ότι από της εγέρσεως της αγωγής άρχεται κατάστασις διακοπής περατούμένη από της επομένης διαδικαστικής πράξεως, αλλ' ότι ευθύς από της εγέρσεως της αγωγής άρχεται και περατούται η διακοπή, συνεπώς αμέσως από ταύτης άρχεται η παραγραφή της εν τη αγωγή αξιώσεως, η νέα δ' αυτή παραγραφή διακόπτεται δια μεταγενεστέρας διαδικαστικής πράξεως, αφ' ης άρχεται νέα παραγραφή της επίδικου αξιώσεως, αλλά και η νέα αυτή παραγραφή διακόπτεται δι' επομένης πράξεως κ.ο.κ.». Καλογερά, σε: ΑΚ Γεωργιάδη/Σταθόπουλου, 1η έκδοση, άρθρο 261 αριθ. 7, 9: «Μετά την έγερσιν της αγωγής αρχίζει τρέχων εκ νέου ο χρόνος της παραγραφής, ο οποίος όμως διακόπτεται εκάστοτε εκ νέου δι' εκάστης διαδικαστικής πράξεως των διαδίκων ή του δικαστηρίου.». ΕφΑθ 1991/1977 Αρμ 1979, 730: «...ως τοιαύτης νοουμένης ουχί της εν σχέσει προς την δίκην τελευταίας διαδικαστικής πράξεως, της σημειούσης την δια τελεσιδικίας περάτωσιν αυτής, αλλά της εν τη διαδοχή των κατ' ιδίαν διαδικαστικών πράξεων των διαδίκων ή του δικαστηρίου πλέον προσφάτου τοιαύτης, εις τρόπον ώστε, εάν μεταξύ δύο διαδικαστικών πράξεων παρέλθη ολόκληρος ο χρόνος της παραγραφής της αξιώσεως, αυτή άνευ ετέρου παραγράφεται...». Ως εκφράζουσα αντίθετη άποψη παρατίθεται συνήθως στη

άσκηση της αγωγής διέκοπτε την παραγραφή, ο χρόνος που είχε διανυθεί μέχρι τότε δεν υπολογιζόταν, από την επομένη (λόγω της ΑΚ 241) της επίδοσης της αγωγής άρχιζε «ευθύς»⁷ νέα ισόχρονη⁸ παραγραφή, η οποία διακοπτόταν με κάθε επόμενη διαδικαστική πράξη, από την επομένη της οποίας άρχιζε και πάλι νέα ισόχρονη παραγραφή κ.ο.κ.

Αυτή η προσέγγιση της ΑΚ 261 εδ. β', η οποία ακολουθήθηκε σταθερά μέχρι την παρέμβαση του νομοθέτη το 2013, ανεξάρτητα από το αν έβρισκε έρεισμα στο γράμμα της ΑΚ 261⁹, στην οποία αναφερόταν ότι την παραγραφή διακόπτει η *έγερση της αγωγής* (όχι κάθε διαδικαστική πράξη) και ότι η διακοπή με την αγωγή παραγραφή ξαναρχίζει με την *τελευταία* διαδικαστική πράξη, προσέδιδε τόσο στην αγωγή όσο και σε κάθε διαδικαστική πράξη ενέργεια

βιβλιογραφία η ΑΠ 1160/1975 ΝοΒ 1976, 426· ωστόσο, ούτε η απόφαση αυτή αποκλίνει από την κρατούσα γνώμη, αφού κάνει λόγο για επανέναρξη της παραγραφής «από πάσης πράξεως δικαστικού ή δικαστηρίου σκοπούσης τον καθ' οιονδήποτε νόμιμον τρόπον τερματισμόν της εις δίκην αχθείσης αξιώσεως». Αναφερόμενη γενικά στις πράξεις που αποσκοπούν στον τερματισμό της δίκης, δεν σημαίνει, ωστόσο, ότι αποκλείει εκείνες που σηματοδοτούν απλώς την έναρξη ή την προώθησή της, αφού και η συνέχιση της δίκης στον τερματισμό της τείνει. Απλώς η εν λόγω απόφαση ορίζει πιο συνοπτικά σε σχέση με άλλες την έννοια της τελευταίας (δηλαδή κάθε) διαδικαστικής πράξης, εστιάζοντας στην τελολογική αναφορά κάθε διαδικαστικής πράξης στον τερματισμό της δίκης με την έκδοση απόφασης. Άλλωστε, και από το περιεχόμενο της απόφασης αυτής του ΑΠ φαίνεται ότι η οριστική απόφαση, που τερματίζει τη δίκη, εξαιρείται από τις επιφέρουσες αποτέλεσμα επανέναρξης της παραγραφής διαδικαστικές πράξεις, κατά υιοθέτηση της άποψης που είχε διαμορφωθεί πριν από την ΟΛΑΠ 1143/1983 ΝοΒ 1984, 673, ότι η πρωτόδικη απόφαση καταργεί την επιδικία και ως εκ τούτου και την εν επιδικία παραγραφή, οπότε η παραγραφή αρχίζει ξανά από την άσκηση ενδίκου μέσου. Ακριβώς αυτή η τελευταία παραδοχή δείχνει ότι και η εν λόγω αρεοπαγίτική την απολύτως κρατούσα άποψη ακολουθεί, αφού, αν αντίθετα δεχόταν διακοπή διαρκείας μέχρι τον τερματισμό της δίκης, δεν θα έπρεπε να αναγνωρίζει ενέργεια διακοπής και επανέναρξης της παραγραφής σε άλλες διαδικαστικές πράξεις, αλλά μόνο σε εκείνες που τερματίζουν τη δίκη. Για την ΟΛΑΠ 1143/1983, ό.π., βλ. και Β. Περάκη. Η παραγραφή μετά την άσκηση της αγωγής, σ. 86 επ., για δε την έννοια της «τελευταίας διαδικαστικής πράξης» υπό το προϊσχύσαν άρθρο 261 ΑΚ αναλυτικά Β. Περάκη, ό.π., σ. 75 επ.

7 Βλ. ενδεικτικά ΟΛΑΠ 1/2011 ΝοΒ 2011, 949, με σημείωση Μαργαρίτη = ΕΠολΔ 2011, 461, με παρατηρήσεις Γιαννακάκι· ΑΠ 1285/2012 ΕΠολΔ 2013, 345.

8 «Η παραγραφή που διακόπηκε με τον τρόπο αυτό αρχίζει και πάλι», όριζε ρητά το άρθρο 261 εδ. β', επομένως η επανεκκινούσα παραγραφή ήταν ίσης διάρκειας με τη διακοπείσα. Μόνο στην περίπτωση της ΑΚ 268 η νέα παραγραφή επανεκκινεί με διαφορετική διάρκεια (εικοσαετή), στην περίπτωση που αρχικά η αξίωση υπέκειτο σε συντομότερη παραγραφή. Η ισόχρονη διάρκεια της παραγραφής που επανεκκινεί κατά την επιδικία είχε καθιερωθεί με το άρθρο 2 του ν. ΓΧΞ'/1910 και θεωρούνταν καινοτομία του, έναντι της ειδικής τεσσαρακονταετούς παραγραφής εκκρεμοδικίας του Ιουστινιανού, στην οποία υποβάλλονταν ενιαία όλες οι επίδικες αξιώσεις. Βλ. σχετικά Β. Περάκη, ό.π., σ. 55 επ.

9 Βλ. επιφυλάξεις Φρέρη, Παραγραφή εν επιδικία, 33 επ. και Β. Περάκη, ό.π., σ. 61 επ., για την υιοθέτηση αντίστοιχης ερμηνείας του άρθρου 2 του ν. ΓΧΞ'/1910, το οποίο είχε πανομοιότυπο περιεχόμενο με το μετέπειτα άρθρο 261 ΑΚ, όπως ίσχυε μέχρι το 2013.

διακοπής και συγχρόνως επανεκκίνησης της παραγραφής.¹⁰ Η διακοπή της παραγραφής δεν έχει, όμως, αναγκαία και εξ ορισμού στιγμιαία διάρκεια. Η διατύπωση του άρθρου 270 ΑΚ («αν η παραγραφή διακόπηκε, ο χρόνος που πέρασε έως τότε δεν υπολογίζεται και αφότου περατώθηκε η διακοπή αρχίζει νέα παραγραφή»), σε συνδυασμό με το γράμμα της ΑΚ 261 εδ. β', επέτρεπαν, επομένως, και μια διαφορετική ερμηνεία. Η επικράτηση της επαναλαμβανόμενης ταυτόχρονης διακοπής και επανέναρξης της παραγραφής μετά την άσκηση της αγωγής οφείλεται, ωστόσο, σε ιστορικούς λόγους, αφού έτσι ερμηνευόταν ήδη η αντίστοιχη διάταξη του άρθρου 2 του ν. ΓΧΞ'/1910 και πριν από αυτό έτσι είχε προσληφθεί από τα ελληνικά δικαστήρια η βυζαντινορωμαϊκή παραγραφή εκκρεμοδικίας.¹¹

Ως διαδικαστικές πράξεις που διέκοπταν και ταυτόχρονα έθεταν εκ νέου σε κίνηση την παραγραφή γίνονταν δεκτές σύμφωνα με το –σαφές για το ζήτημα αυτό– γράμμα του άρθρου 261 ΑΚ¹² οι πράξεις *οποιουδήποτε των διαδίκων και του δικαστηρίου*. Δεν απαιτούνταν, δηλαδή, η διαδικαστική πράξη να επιχειρείται απαραίτητως από τον δικαιούχο¹³ ή, ακόμη, να περιέρχεται εις γνώση του υποχρέου¹⁴, ώστε να επιφέρει διακοπή της παραγραφής.

10 Για «κατά νόμο λειτουργική εξομοίωση μεταξύ εγέρσεως της αγωγής και ενεργείας άλλης διαδικαστικής πράξεως των διαδίκων ή του δικαστηρίου» κάνει λόγο ο Σινανιώτης, Διακοπή της παραγραφής εν επιδικία, σε: Τιμητικό Τόμο Μπέη, σ. 3887 (3892).

11 Β. Περάκη, ό.π.

12 Έτσι, άλλωστε, προέβλεπε και το άρθρο 2 του ν. ΓΧΞ'/1910.

13 ΑΠ 1368/1996 ΕλλΔνη 1997, 1128 («Εξάλλου κατά τη διάταξη του άρθρου 261 του ίδιου κώδικα την παραγραφή διακόπτει η έγερση της αγωγής. Η παραγραφή που διακόπηκε με τον τρόπο αυτό αρχίζει και πάλι από την τελευταία διαδικαστική πράξη των διαδίκων ή του δικαστηρίου. Κατά την αληθινή έννοια του α' εδ. της τελευταίας αυτής διάταξης για να επέλθει διακοπή της παραγραφής απαιτείται επιθετική διαδικαστική ενέργεια του δικαιούχου της απαίτησης, έγερση δηλαδή αγωγής αφού μόνον έτσι σταματά αναμφισβήτητα η εξασθένηση που υφίσταται η απαίτηση με αφορμή τη μακροχρόνια μη άσκησή της. Όπως δε συνάγεται και από τη γραμματική και από τη λογική ερμηνεία του εδ. β' του ίδιου άρθρου 261 ΑΚ, μετά την με τον τρόπο αυτό επέλευση της διακοπής, σε περίπτωση αδράνειας των διαδίκων και για να μην επέλθει διαιώνιση της απαίτησης είναι δυνατόν αυτή να παραγραφεί κατά τη διάρκεια της δίκης. Κάθε όμως νέα διαδικαστική πράξη οποιουδήποτε διαδίκου (δικαιούχου ή υπόχρεου), αλλά ακόμη και του τρίτου, ως προς την απαίτηση, ή δικαστηρίου επιφέρει και πάλι διακοπή της παραγραφής οπότε η νέα μετά την έναρξη της δίκης παραγραφή αρχίζει από την τελευταία διαδικαστική πράξη του δικαστηρίου ή κάποιου από τους διαδίκους χωρίς να εξετάζεται με επιμέλεια ποιον απ' αυτούς ασκήθηκε, και συμπληρώνεται με την πάροδο του χρόνου που κάθε φορά ορίζει ο νόμος για την παραγραφή της απαίτησης.»). ΑΠ 2365/2009 ΕλλΔνη 2011, 146· ΕφΘεσ 206/2000 Αρμ 2001, 807 και Αρμ 2002, 715, με σημείωση Ι.Μ.Π. και Φ.Ο. αντίστοιχα· Κεραμείς, Ζητήματα διακοπής της παραγραφής, σε: Τιμητικό Τόμο ΝΣΚ, σ. 441 (442 επ.) και τις εκεί παραπομπές στην υποσημ. 6. Βλ. όμως τις διαφοροποιημένες παραδοχές της ΕφΑθ 5288/2004 ΕΔΠολ 2005, 160.

14 ΑΠ 1683/1984 ΕλλΔνη 1985, 650· ΑΠ 358/2008 ΝΟΜΟΣ («Τέτοια πράξη θεωρείται κάθε

Ενδεικτικά, κρινόταν ότι την παραγραφή διακόπτουν: η αναβολή της συζήτησης¹⁵, η κατάθεση κλήσης¹⁶, η κατάθεση προτάσεων, η συζήτηση της υπόθεσης, η δημοσίευση και η κοινοποίηση της δικαστικής απόφασης, η άσκηση έφεσης, η απόπειρα εξώδικης επίλυσης της διαφοράς κατά το άρθρο 214Α ΚΠολΔ¹⁷. Αντίθετα, γινόταν δεκτό ότι δεν επιφέρουν διακοπή της παραγραφής: η μετά την αναβολή της συζήτησης μεταφορά της υπόθεσης από τον γραμματέα στο πινάκιο (κατά τη σχετική νεότερη απόφαση του Αρείου Πάγου¹⁸), η επίδοση στον αντίδικο πιστοποιητικού περί αναβολής της συζήτησης σε μεταγενέστερη δικάσιμο, η αίτηση διόρθωσης δικαστικής απόφασης κατά το άρθρο 315 ΚΠολΔ¹⁹.

Η ματαίωση (εκφώνηση της υπόθεσης και διαγραφή της από το πινάκιο λόγω απουσίας των διαδίκων), με την αιτιολογία ότι συνιστά «προϋπόθεση για την εκ νέου εγγραφή της υπόθεσης στο πινάκιο», θεωρούνταν μέχρι τον ν. 2145/1993 ότι επέφερε διακοπή της παραγραφής.²⁰ Με τον νόμο αυτό, ωστόσο, προστέθηκε δεύτερη παράγραφος στο άρθρο 260 ΚΠολΔ, κατά την οποία

διαδικαστική ενέργεια που κατά το νόμο είναι αναγκαία για τη συνέχιση της δίκης, αποβλέπει δε και κατευθύνεται στην επιτυχία του σκοπού της. Έτσι, διαδικαστική πράξη είναι και η έκδοση αναβλητικής ή οριστικής απόφασης. Κάθε μία από τις εν λόγω διαδικαστικές πράξεις επιφέρει αυτοτελώς τη διακοπή της παραγραφής, χωρίς να απαιτείται περαιτέρω και η κοινοποίησή της». ΕφΑθ 3409/1991 ΕλλΔνη 1993, 1653 (διακοπή της παραγραφής επέρχεται και με μόνη την κατάθεση κλήσης). ΕφΑθ 7193/2007 ΕλλΔνη 2008, 920.

15 ΑΠ 1667/2014 ΝΟΜΟΣ. ΕφΑθ 2745/2006 ΔΕΕ 2006, 1160. ΕιρΘεσ 7151/2010 ΝΟΜΟΣ.

16 Βλ. ενδεικτικά ΑΠ 2365/2009 ΕλλΔνη 2011, 146.

17 ΑΠ 612/2009, ΧρΙΔ 2010, 201. Αρβανιτάκης, Η αίτηση διορθώσεως της απόφασης ως διαδικαστική πράξη που διακόπτει την εν επιδικία παραγραφή κατ' άρθρο 261.2 ΑΚ (Γνμδ.), ΕΠολΔ 2010, 345 (346). αντίθ. ΕφΑθ 4153/2006 ΔΕΕ 2007, 209.

18 ΑΠ 1285/2012, ό.π., με μειοψηφία ενός μέλους του Δικαστηρίου: «Τέτοια διαδικαστική πράξη που συνεπάγεται τη διακοπή της παραγραφής δεν είναι η μετά την αναβολή της συζήτησεως της υποθέσεως μεταφορά της στο πινάκιο σύμφωνα με τη διάταξη του άρθρου 226 παρ.4 εδ.β ΚΠολΔ, (ήδη δε εδ.γ, μετά την προσθήκη δευτέρου εδαφίου με το άρθρο 22 παρ.2 ν. 3994/2011), που έχει ως εξής: "Αν η συζήτηση αναβληθεί, ο γραμματέας οφείλει αμέσως μετά το τέλος της συνεδρίασης να μεταφέρει την υπόθεση στη σειρά των υποθέσεων που πρέπει να συζητηθούν κατά τη δικάσιμο που ορίστηκε". Τούτο δε: (α) διότι η "μεταφορά" της υποθέσεως από τον γραμματέα δεν συνιστά πράξη των διαδίκων, των νομίμων εκπροσώπων ή των πληρεξουσίων τους ή του δικαστηρίου και (β) διότι η ενέργεια αυτή του γραμματέα δεν αποτελεί ορισμό δικασίμου, ώστε να θεωρηθεί διαδικαστική πράξη, αφού ο προσδιορισμός γίνεται προηγουμένως από το δικαστήριο που αποφασίζει την αναβολή και απλώς υλοποιείται από τον γραμματέα.»- αντίθ. ΑΠ 464/2009 ΕΕμπΔ 2010, 100.

19 ΑΠ 3/2010 ΕΠολΔ 2010, 355, με παρατηρήσεις Γιαννακάκι = ΕφΑΔ 2010, 334, με παρατηρήσεις Β. Σταματόπουλου· Χριστοπούλου, ΕφΑΔ 2012, 323 επ., υπό 4.· αντίθ. Αρβανιτάκης, ό.π., 345 επ.

20 ΑΠ 689/1993 ΕλλΔνη 1994, 1352· ΕφΠατρ 32/2001 ΑχΝομ 2002, 21· ΕφΔωδ 166/2009 ΝΟΜΟΣ.

«η για οποιονδήποτε λόγο ματαίωση της υπόθεσης δεν αποτελεί διαδικαστική πράξη των διαδίκων ή του δικαστηρίου».

Έτσι, μετά τον ν. 2145/1993 η ματαίωση, έχοντας απολέσει κατά ρητή νομοθετική πρόβλεψη, τον χαρακτήρα διαδικαστικής πράξης, δεν μπορούσε να διακόψει την παραγραφή²¹ και, επομένως, ο δικαιούχος, ο οποίος και υφίσταται τις συνέπειες της συμπλήρωσης της παραγραφής, εφόσον εξακολουθούσε να ενδιαφέρεται για την ικανοποίηση του δικαιώματός του, έπρεπε, ειδικά επί σύντομης προθεσμίας παραγραφής, να σπεύσει να επιχειρήσει κάποια διαδικαστική πράξη, ώστε να διακόψει την πορεία της.²² Αυτή, μετά τη ματαίωση, ήταν εκ των πραγμάτων η κατάθεση κλήσης για τον προσδιορισμό νέας συζήτησης.

II. Υπό το ισχύον άρθρο 261 ΑΚ

1. Η νέα ρύθμιση της παραγραφής μετά την άσκηση της αγωγής

Με την τροποποίηση του άρθρου 261 ΑΚ από το άρθρο 101 § 1 του ν. 4139/2013 πραγματοποιήθηκε μετάβαση σε ένα νέο σύστημα διακοπής της παραγραφής με την άσκηση της αγωγής, η οποία (διακοπή) διαρκεί κατ' αρχήν μέχρι την τελεσιδικία ή την κατ' άλλον τρόπο περάτωση της δίκης (ΑΚ 261 § 1 εδ. β'). Υπό την ισχύ της νέας ρύθμισης του άρθρου 261 ΑΚ δεν επέρχεται πλέον διακοπή και άμεση επανέναρξη της παραγραφής με κάθε διαδικαστική πράξη, όπως γινόταν δεκτό υπό την προηγούμενη μορφή του, αλλά η διακοπή με την άσκηση της αγωγής έχει πραγματική διάρκεια μέχρι τον τερματισμό της δίκης. Εξάιρεση στον κανόνα αυτό εισάγει η δεύτερη παράγραφος του άρθρου, ώστε είναι δυνατή η επανέναρξη της παραγραφής και πριν από την τελεσιδικία ή την άλλως πως επερχόμενη περάτωση της δίκης και δη έξι μήνες μετά την τελευταία διαδικαστική πράξη των διαδίκων ή του δικαστηρίου, υπό δύο προϋποθέσεις: α) οι διάδικοι να μην επισπεύδουν την πρόοδο της δίκης και β) να μην προβλέπεται δικονομική προθεσμία ενέργειας για την επιχείρηση διαδικαστικών πράξεων από αυτούς.²³

21 ΠΠρΑθ 35/2011 ΝΟΜΟΣ.

22 Την ίδια δυνατότητα είχε, βέβαια, και ο αντίδικός του (βλ. ΚΠολΔ 230 § 2 για το δικαίωμα κάθε διαδίκου να επισπεύσει τη συζήτηση), όμως, το σχετικό βάρος ανήκε στον δικαιούχο της επίδικης αξίωσης, ενόψει του κινδύνου να υποπέσει αυτή σε εν επιδικία παραγραφή.

23 Ανάλυση του ισχύοντος άρθρου 261 ΑΚ από Παπαδοπούλου-Κλαμαρή, Η νέα ρύθμιση για τη διακοπή της παραγραφής με την έγερση αγωγής. Μία πρώτη προσέγγιση των προβλημάτων, ΕΠολΔ 2013, 441· την ίδια, σε: ΑΚ Γεωργιάδη/Σταθόπουλου, 2η έκδοση, άρθρο 261 αριθ. 64 επ.· Μακρίδου, Η νέα διάταξη του άρθρου 261 ΑΚ (Άρθρο 101 § 1 ν. 4139/2013) για την παραγραφή «εν επιδικία», ΝοΒ 2014, 249· Β. Περράκη, Η παραγραφή μετά την άσκηση της αγωγής, ιδίως §§ 4 και 5, σ. 117 επ.

Με βάση αυτό το πλέγμα κανόνων, λοιπόν, ο δικαιούχος της αξίωσης, ο οποίος είναι αυτός που απειλείται από την παραγραφή, δεν χρειάζεται να ανησυχεί γι' αυτήν μέχρι την τελεσιδικία, εφόσον φροντίζει να προωθή τη δίκη από στάδιο σε στάδιο και δεν την αφήνει να περιέρχεται σε στασιμότητα. Όσο η δίκη βρίσκεται σε κίνηση, η παραγραφή δεν τρέχει, αλλά παραμένει σε διακοπή διαρκείας. Είναι σαφές ότι μέλημα του νομοθέτη ήταν να μην απασχολούνται οι δικαιούχοι με τον κίνδυνο της παραγραφής όσο η διαδικασία της δίκης εξελίσσεται ομαλά. Σε αυτή την επιδίωξη οφείλεται προφανώς και η προϋπόθεση της ΑΚ 261 § 2 εδ. α' για τη μη πρόβλεψη προθεσμίας ενέργειας. Όσο η δίκη εμφανίζει δικονομική κανονικότητα, δεν συντρέχει λόγος να ενεργοποιείται η απειλή της παραγραφής.

Κατά την ερμηνεία του άρθρου 261 ΑΚ, όπως ισχύει μετά τον ν. 4139/2013, δεν θα πρέπει να παραβλέπεται ποιο φαινόμενο προκάλεσε τη νομοθετική παρέμβαση. Αυτή πραγματοποιήθηκε, αφού είχε καταστεί σαφές πόσο ξένη προς τους σκοπούς της παραγραφής είναι η συμπλήρωσή της, όταν η παρέλευση του χρόνου της δεν οφείλεται σε αδράνεια του δικαιούχου, ο οποίος έχει επιχειρήσει ό,τι είναι δυνατόν για την έναρξη, προώθηση και περάτωση της δίκης, αλλά σε δυσλειτουργίες του συστήματος απονομής της δικαιοσύνης (όπως οι ιδιαίτερα μακρινές δικάσιμοι, λόγω φόρτου των πινακίων). Υπό το προϋσχύσαν άρθρο 261 ΑΚ και την αταλάντευτη ερμηνεία του δεύτερου εδαφίου του ως ορίζοντος τη διακοπή και επανέναρξη της παραγραφής με κάθε διαδικαστική πράξη γινόταν συχνά δεκτή η συμπλήρωσή της μεταξύ της άσκησης της αγωγής και της συζήτησής της ή μεταξύ της αρχικής και της μετ' αναβολήν δικάσιμου.

Το ισχύον άρθρο 261 ΑΚ καθιέρωσε ένα νέο σύστημα, διακοπής με διάρκεια μέχρι την τελεσιδικία, η οποία, όμως, παύει νωρίτερα όταν οι διάδικοι δεν επιχειρούν την απαιτούμενη διαδικαστική πράξη για την προώθηση της δίκης («δεν επισπεύδουν την πρόοδό της»). Μόνο τότε η παραγραφή επανεκκινεί εν επιδικία. Με τη ρύθμιση αυτή η διαδρομή και η συμπλήρωση της παραγραφής μετά την άσκηση της αγωγής εναρμονίζεται με τη λειτουργία της ως θεσμού. Δεν νοείται πορεία και συμπλήρωση της παραγραφής, όταν ο δικαιούχος δεν έχει την ευχέρεια να ενεργήσει κάτι και δη πράξη με διακοπτική ενέργεια (όπως λ.χ. στο διάστημα μεταξύ της επίδοσης κλήσης και της συζήτησης στην προσδιορισθείσα δυνάμει της κλήσης δικάσιμο). Η παραγραφή προϋποθέτει την άπρακτη παρέλευση του χρόνου, δηλαδή την απραξία του δικαιούχου. Και απραξία υπάρχει όταν παραλείπεται πράξη που μπορεί να επιχειρηθεί.

Από τη δεύτερη παράγραφο του άρθρου 261 ΑΚ συνάγεται ότι οι λόγοι επανέναρξης της παραγραφής που αναγράφονται στο εδ. β' της πρώτης (ήτοι η τελεσιδικία ή η περάτωση της δίκης κατ' άλλον τρόπο) αποτελούν το απώτατο χρονικό σημείο επανέναρξης της παραγραφής. Σύμφωνα με την ΑΚ 261

§ 2 εδ. α' η διακοπείσα με την άσκηση της αγωγής παραγραφή μπορεί να αρχίσει και πάλι πριν από την τελεσιδικία ή την περάτωση της δίκης, υπό τις δύο προϋποθέσεις, οι οποίες προβλέπονται σε αυτή και πρέπει να συντρέχουν σωρευτικά. Η πρώτη προϋπόθεση, ήτοι η «μη επίσπευση της προόδου της δίκης από τους διαδίκους», είναι ακριβώς αυτή, μέσω της οποίας επιδιώχθηκε η αποτροπή των ατόπων του προϊσχύσαντος δικαίου. Η εξάμηνη περίοδος μετά την τελευταία διαδικαστική πράξη δεν αποτελεί το βασικό στοιχείο της μεταρρύθμισης. Γι' αυτό και δεν μπορεί να υποστηριχθεί ερμηνεία του νέου άρθρου 261 ΑΚ με έμφαση στο εξάμηνο, προς την κατεύθυνση, δηλαδή, ότι η επίδοση της αγωγής και κάθε επόμενη διαδικαστική πράξη αποτελεί την τελευταία διαδικαστική πράξη, έξι μήνες μετά την οποία αρχίζει και πάλι η παραγραφή, αν δεν σημειωθεί δράση εντός του εξαμήνου. Δεν προσθέτει απλώς ένα εξάμηνο στον χρόνο παραγραφής το νέο άρθρο 261 ΑΚ, αλλά ορίζει σαφώς ότι επανέναρξη της παραγραφής κατά την επιδικία νοείται μόνο επί *στασιμότητας της δίκης*. Αυτή δε (η επανέναρξη της πορείας της παραγραφής) επέρχεται έξι μήνες μετά την τελευταία διαδικαστική πράξη. Τελευταία διαδικαστική πράξη είναι εκείνη, μετά την οποία η δίκη *δεν προχωρεί* και όχι η πιο πρόσφατη στη διαδρομή του χρόνου, όπως δεχόταν η νομολογία υπό το παλαιό άρθρο 261 ΑΚ. Επομένως, η επίδοση της αγωγής, η αναβολή, η κατάθεση ή επίδοση κλήσης ή ο προσδιορισμός της έφεσης, ακόμη κι αν η συζήτηση πρόκειται να λάβει χώρα σε χρόνο πιο μακρινό από εκείνον της διάρκειας της παραγραφής, δεν αποτελούν «τελευταίες διαδικαστικές πράξεις» με την έννοια της ΑΚ 261 § 2 εδ. α' ΑΚ, διότι στις περιπτώσεις αυτές *η δίκη προωθείται*, δηλαδή η πρόοδος της επισπεύδεται (είναι ήδη γνωστό τότε θα λάβει χώρα η επόμενη διαδικαστική πράξη ή τρέχει προθεσμία γι' αυτήν, π.χ. στη νέα τακτική διαδικασία η προθεσμία για την κατάθεση προτάσεων κατά την ΚΠολΔ 237).²⁴

Όσο η δίκη εξελίσσεται ομαλά, δηλαδή υπάρχει δράση και όχι αδράνεια, η διακοπή διαρκεί, δηλαδή η παραγραφή δεν επανεκκινεί. Αντί των συνεχών διακοπών και επανενάρξεων του προγενέστερου νομοθετικού καθεστώτος (που

24 Γεωργιάδης, Γενικές Αρχές, 5η έκδοση, 2019, § 25 αριθ. 68· Παντελίδου, Γενικές Αρχές, § 5, αριθ. 110· Β. Πέρακη, ό.π., σ. 217 επ. για την προϋπόθεση της μη επίσπευσης της προόδου της δίκης και σ. 238 επ. για την έννοια της «τελευταίας διαδικαστικής πράξης» στην ΑΚ 261 § 2 εδ. α'. Βλ. όμως Μακρίδου, ΝοΒ 2014, 249 (254): «...Υπό τη νέα ρύθμιση, η αναστολή, η οποία ξεκινά από τη χρονική στιγμή διακοπής της παραγραφής με την άσκηση της αγωγής, διαρκεί για έξι μήνες, οπότε η παραγραφή αρχίζει εκ νέου, συνεχίζει δε για όσο χρόνο δεν επιχειρούνται διαδικαστικές πράξεις από τους διαδίκους. Κατ' αποτέλεσμα η παραγραφή συμπληρώνεται όταν παρέλθει χρόνος ίσος με την παραγραφή προσαυξανόμενος κατά έξι μήνες. Αν στο μεταξύ διενεργηθεί από τον διάδικο κάποια αναγκαία διαδικαστική πράξη, τότε νέος χρόνος παραγραφής προσαυξανόμενος κατά έξι μήνες αρχίζει και πάλι από την επομένη της τελεσθείσας διαδικαστικής πράξης...» την ίδια, σε: Τακτική διαδικασία στα πρωτοβάθμια δικαστήρια, άρθρο 221 αριθ. 17· Νίκα, Εγχειρίδιο ΠολΔ, 3η έκδοση, 2018, σ. 343.

δεν έχουν νόημα όσο υπάρχει δράση και η δίκη δεν μοιάζει να έχει εγκαταλειφθεί), το διακοπτικό αποτέλεσμα διατηρείται πλέον και η παραγραφή αρχίζει και πάλι μόνο όταν δημιουργηθεί φαινόμενο αδράνειας, δηλαδή οι διάδικοι απρακτῆσουν και η δίκη καθηλωθεί ακριβώς λόγω της απραξίας τους και όχι από λόγους που δεν μπορούν να αποδοθούν σε αυτούς. Τότε η αβεβαιότητα για το αν ο δικαιούχος (εξακολουθεί να) ενδιαφέρεται για την πραγμάτωση της αξίωσής του επανέρχεται και μαζί η ανάγκη προστασίας του οφειλέτη (μέσω του θεσμού της παραγραφής).

2. Δύο ειδικά ζητήματα

α. Η σχέση της ΚΠολΔ 260 § 3 προς την ΑΚ 261 § 2 εδ. α'

Στο παραπάνω πλαίσιο, της τροποποίησης του άρθρου 261 ΑΚ, εντάσσεται και η νομοθετική μεταβολή που επήλθε, επίσης με τον ν. 4139/2013, σχετικά με τη νομική φύση της ματαίωσης της συζήτησης. Ο κανόνας που είχε εισαχθεί με τον ν. 2145/1993 στην ΚΠολΔ 260 § 2, ότι, δηλαδή, η ματαίωση της υπόθεσης δεν αποτελεί διαδικαστική πράξη, ανατράπηκε με τον ίδιο νόμο που τροποποίησε το άρθρο 261 ΑΚ. Με το άρθρο 102 § 4 του ν. 4139/2013 τροποποιήθηκε και το άρθρο 260 § 2 (και ήδη –μετά τον ν. 4335/2015– § 3) ΚΠολΔ, οριζομένου πλέον ότι η ματαίωση αποτελεί διαδικαστική πράξη του δικαστηρίου. Είκοσι χρόνια μετά τον ν. 2145/1993 η ματαίωση αναγορεύτηκε εκ νέου σε διαδικαστική πράξη. Στην αιτιολογική έκθεση της σχετικής τροπολογίας στο σχέδιο νόμου που αποτέλεσε τον μετέπειτα ν. 4139/2013 αναφέρεται επί λέξει²⁵ σχετικά με την τροποποίηση του άρθρου 260 § 2 (και πλέον § 3) ΚΠολΔ, ότι «η προτεινόμενη ρύθμιση καθίσταται αναγκαία προκειμένου ο ΚΠολΔ να εναρμονισθεί με την υπό τροποποίηση διάταξη του άρθρου 261 ΑΚ».

Πράγματι, ένα βασικό παράδειγμα «τελευταίας διαδικαστικής πράξης», έξι μήνες μετά την οποία, επί μη επισπεύσεως της προόδου της δίκης από τους διαδίκους, επανεκκινεί η παραγραφή κατά την ΑΚ 261 § 2 εδ. α', είναι η ματαίωση.²⁶ Και τούτο διότι αν οι διάδικοι δεν καταθέσουν κλήση για τον προσδιορισμό νέας συζήτησης, η δίκη βρίσκεται σε στασιμότητα, έχει καθηλωθεί σε ένα στάδιο και δεν προχωρεί, ώστε συντρέχουν οι λόγοι που επιβάλλουν τη διαδρομή της παραγραφής. Όπως αναφέρθηκε, άλλωστε, τελευταία διαδικαστική πράξη κατά την έννοια της ΑΚ 261 § 2 εδ. α' δεν μπορεί να είναι ποτέ η επίδοση αγωγής ή έφεσης ή κλήσης, με κλήτευση του αντιδίκου για

25 www.hellenicparliament.gr

26 Ειδικά, όμως, για τη ματαίωση στην τακτική διαδικασία στον α' βαθμό βλ. ΚΠολΔ 260 § 2: αν δεν προσδιοριστεί νέα συζήτηση μέσα σε εξήντα ημέρες η αγωγή θεωρείται μη ασκηθείσα, επομένως, η συνέπεια είναι πιο βαριά. Για το ζήτημα αυτό βλ. εδώ αμέσως παρακάτω υπό β. Σημειωτέον ότι μετά την ολοκλήρωση της παρούσας μελέτης το άρθρο § 2 ΚΠολΔ τροποποιήθηκε με το άρθρο 16 του ν. 4842/2021.

την ορισθείσα δικάσιμο, διότι σε όλες αυτές τις περιπτώσεις η πρόοδος της δίκης επισπεύδεται: είναι ήδη γνωστό το επόμενο «ραντεβού» διαδίκων και δικαστηρίου και η διαδικασία βρίσκεται σε δυναμική πορεία. Επομένως, όσο απομακρυσμένος και αν είναι ο χρόνος της ορισθείσας δικάσιμου, στο διάστημα μέχρι τη συζήτηση δεν μπορεί να επανεκκινήσει παραγραφή έξι μήνες μετά την τελευταία διαδικαστική πράξη (λ.χ. την επίδοση κλήσης), διότι δεν συντρέχει η βασική προϋπόθεση εφαρμογής της ΑΚ 261 § 2 εδ. α', που είναι η *μη επίσπευση της προόδου της δίκης από τους διαδίκους*.²⁷ Το ίδιο ισχύει σε στάδια της δίκης, στα οποία η επόμενη διαδικαστική πράξη αναμένεται από το δικαστήριο (λ.χ. με την έκδοση της απόφασής του μετά τη γενόμενη συζήτηση). Το νόημα της ΑΚ 261 § 2 εδ. α' δεν είναι, δηλαδή, απλώς η προσθήκη έξι μηνών στο εκάστοτε διάστημα της παραγραφής. Η ρύθμιση αυτή επιδίωξε, σε συνδυασμό με τον κανόνα της διακοπής διαρκείας της πρώτης παραγράφου, να επαναφέρει την παραγραφή εν επιδικία στο σωστό μέτρο, ώστε να τρέχει παραγραφή εν δίκη μόνο όπου παρατηρείται αδράνεια και όχι μηχανιστικά με κάθε διαδικαστική πράξη, ακόμη και όταν η διαδικασία προωθείται κανονικά. Επομένως, ως τελευταία διαδικαστική πράξη, έξι μήνες μετά την οποία επανεκκινεί η παραγραφή, είναι εκείνη ύστερα από την οποία η δίκη έχει καθηλωθεί. Βασικότερο παράδειγμα είναι η ματαίωση που δεν ακολουθείται από κλήση για προσδιορισμό νέας συζήτησης ή η κατάθεση έφεσης δίχως την επίσπευση της συζήτησής της. Η έννοια της «τελευταίας διαδικαστικής πράξης» είναι, συνεπώς, διαφορετική, από την «τελευταία διαδικαστική πράξη» όπως ερμηνευόταν υπό το προϊσχύσαν άρθρο 261 ΑΚ, δηλαδή δεν ταυτίζεται πλέον με *κάθε* διαδικαστική πράξη.

Εντός αυτού του πλαισίου η τροποποίηση και του άρθρου 260 § 2 –και ήδη § 3– ΚΠολΔ ήταν απαραίτητη, ακριβώς διότι φαινόμενο αδράνειας και στασιμότητας δημιουργείται συνήθως μετά από ματαίωση. Προκειμένου να μπορέσει να λειτουργήσει, επομένως, το εισαχθέν με το νέο άρθρο 261 ΑΚ σύστημα, έπρεπε η ματαίωση να αναγορευθεί εκ νέου σε διαδικαστική πράξη (όπως γινόταν δεκτό από τη νομολογία πριν από τον ν. 2145/1993), ώστε έξι μήνες μετά από αυτή (: την τελευταία διαδικαστική πράξη), εφόσον η δίκη δεν επισπεύδεται, η παραγραφή να επανεκκινεί.

Οι ανωτέρω νομοθετικές μεταβολές έχουν δημιουργήσει ένα ζήτημα διαχρονικού δικαίου, το οποίο αναδείχθηκε από την ΕφΑθ 3226/2020²⁸. Στην ΑΚ 261 § 3 περιλαμβάνεται μεταβατική διάταξη, η οποία αστόχως, βέβαια,

27 Βλ. και Παπαδοπούλου-Κλαμαρή, ό.π., 443· την ίδια, σε: ΑΚ Γεωργιάδη/Σταθόπουλου, 2η έκδοση, άρθρο 261 αριθ. 84 (“Στην § 2 ρυθμίζεται το θέμα της στασιμότητας της δίκης”).

28 ΝοΒ 2021, 58, με σχόλια Μ. Ράμμου και Β. Πέρακη.

εισήχθη στο κείμενο του ΑΚ²⁹ και σύμφωνα με την οποία η νέα διάταξη του άρθρου 261 ΑΚ εφαρμόζεται και σε εκκρεμείς υποθέσεις, εφόσον δεν έχει εκδοθεί (προφανώς κατά τον χρόνο έναρξης της ισχύος του ν. 4139/2013, που επέφερε την τροποποίηση του άρθρου 261 ΑΚ, ήτοι την 20.03.2013) τελεσίδικη δικαστική απόφαση. Το άρθρο 261 § 3 ΑΚ δεν θέτει (ρητά τουλάχιστον) ως πρόσθετη προϋπόθεση η αξίωση να μην είχε παραγραφεί κατά τον χρόνο έναρξης της ισχύος του ν. 4139/2013, αρκούμενο απλώς στη μη ύπαρξη τελεσίδικης απόφασης. Πρόκειται, ωστόσο, για αυτονόητη προϋπόθεση, αφού διαφορετικά η εφαρμογή του νέου άρθρου 261 ΑΚ θα μπορούσε να οδηγήσει στην αναβίωση παραγεγραμμένων αξιώσεων. Σχετικώς έχει σημειωθεί πάντως διακύμανση της νομολογίας, με κάποιες αποφάσεις να υιοθετούν τη θέση αυτή, προβαίνοντας σε τελολογική συστολή της ΑΚ 261 § 3 και εξαιρώντας του πεδίου εφαρμογής της υποθέσεις στις οποίες η παραγραφή είχε ήδη συμπληρωθεί την 20.03.2013³⁰, και άλλες να στέκονται στο δίχως διάκριση γράμμα της διάταξης και να εφαρμόζουν το νέο άρθρο 261 ΑΚ ακόμη και σε ήδη παραγεγραμμένες αξιώσεις³¹. Το ζήτημα έχει ήδη παραπεμφθεί στην Ολομέλεια του Αρείου Πάγου (αρχικά από τις ΑΠ 1241/2018³² και ΑΠ 796/2018³³ και στη συνέχεια και από την ΑΠ 963/2020³⁴).³⁵

Για τη 260 § 2 –και ήδη § 3– ΚΠολΔ δεν προβλέφθηκε, ωστόσο, ειδική μεταβατική διάταξη στον ν. 4139/2013. Έτσι, γεννιέται το εξής ερώτημα: εφόσον είναι εφαρμοστέο το νέο άρθρο 261 ΑΚ, αλλά η ματαίωση της συζήτησης έχει λάβει χώρα πριν από τον χρόνο έναρξης ισχύος του ν. 4139/2013 (: 20.03.2013), θα λογιστεί αυτή ως «τελευταία διαδικαστική πράξη» κατά την έννοια της ΑΚ 261 § 2 εδ. α', ώστε η παραγραφή να επανεκκινήσει έξι μήνες

29 Βλ. αναλυτικά *Τσολακίδη*, Παρατηρήσεις στην ΕφΑθ 523/2015, ΧρΙΔ 2015, 184· *Β. Περάκη*, Η μη επίσπηση της προόδου της δίκης από τους διαδίκους ως λόγος επανέναρξης της παραγραφής έξι μήνες μετά την τελευταία διαδικαστική πράξη των διαδίκων ή του δικαστηρίου (ΑΚ 261 § 2 εδ. α') – Σχόλιο στην ΕιρΑθ 3668/2015, ΝοΒ 2016, 40.

30 ΕφΑθ 523/2015 ΧρΙΔ 2015, 182 με σύμφωνο σχόλιο *Τσολακίδη* = ΕλλΔνη 2015, 1075 με σύμφωνο σχόλιο *Κατρά*· για την ανάγκη συστολής της ΑΚ 261 § 3 ΑΚ βλ. ήδη *Μακρίδου*, ΝοΒ 2014, 249 (256 επ.)· εν συνεχεία ΑΠ 361/2019 ΙΣΟΚΡΑΤΗΣ· ΜΕφΠατρ 17/2020 ΝΟΜΟΣ.

31 Με πρώτη την ΑΠ 148/2017 ΝοΒ 2017, 1296, με σχόλιο *Β. Περάκη*· βλ. επίσης την κριτική στην απόφαση αυτή από τους: *Μάζη*, ΕλλΔνη 2017, 1648· *Κατρά*, ΕλλΔνη 2017, 1121· επιδοκιμαστικός αντίθ. ο *Γιαννακάκης*, ΕΠολΔ 2017, 166, ο οποίος τη θεωρεί ορθή και σημαντική. Βλ. επίσης ΑΠ 277/2017 ΝοΒ 2017, 1879· ΑΠ 1567/2018 ΙΣΟΚΡΑΤΗΣ.

32 ΝοΒ 2019, 1623, με παρατηρήσεις *Β. Περάκη*.

33 ΙΣΟΚΡΑΤΗΣ.

34 ΝΟΜΟΣ (διότι πρόκειται για ζήτημα γενικότερου ενδιαφέροντος, ως προς το οποίο η νομολογία του Αρείου Πάγου δεν είναι ενιαία).

35 Αναλυτικά για τη διαχρονικού δικαίου διάταξη της ΑΚ 261 § 3 και τα ανακλύπτοντα ζητήματα βλ. *Β. Περάκη*, Η παραγραφή μετά την άσκηση της αγωγής, σ. 319 επ.

μετά τη ματαίωση, όπως προβλέπεται στη διάταξη αυτή, ή αποτελεί εμπόδιο σε μια τέτοια θεώρηση το προϊσχύσαν άρθρο 260 § 2 ΚΠολΔ, σύμφωνα με το οποίο η ματαίωση δεν συνιστούσε διαδικαστική πράξη και το οποίο τροποποιήθηκε με τον ν. 4139/2013, δίχως, ωστόσο, να προβλεφθεί αναδρομική εφαρμογή της νέας ρύθμισης;

Στο ερώτημα αυτό κλήθηκε να απαντήσει η ΕφΑθ 3326/2020³⁶. Προχωρώντας στην εφαρμογή του άρθρου 261 ΑΚ, όπως ισχύει πλέον, αφού η επίμαχη αξίωση δεν είχε παραγραφεί την 20.03.2013, το δικαστήριο βρέθηκε αντιμέτωπο με το ως άνω δυσχερές ζήτημα διαχρονικού δικαίου, καλούμενο να αποφανθεί αν αποτελεί «τελευταία διαδικαστική πράξη» (κατά την έννοια της ΑΚ 261 § 2 εδ. α') η ματαίωση της συζήτησης που πραγματοποιήθηκε πριν από την 20.03.2013 (ημερομηνία έναρξης της ισχύος του ν. 4139/2013 και, επομένως, και του τροποποιηθέντος με αυτόν άρθρου 260 § 2 -και ήδη § 3- ΚΠολΔ). Και η απάντησή του ήταν αρνητική, με την αιτιολογία ότι το άρθρο 260 § 2 (και ήδη § 3) ΚΠολΔ δεν έχει αναδρομική εφαρμογή, αφού δεν προβλέφθηκε κάτι σχετικό σε ειδική διαχρονικού δικαίου διάταξη, η οποία λείπει εντελώς.³⁷

36 Ό.π.

37 Βλ. επί λέξει τις παραδοχές της απόφασης, ό.π.: «...Η ματαίωση της συζήτησης της κρίσιμης υπόθεσης ενώπιον του Δικαστηρίου τούτου στις 25.10.2012, που μεσολάβησε μεταξύ της από 10.11.2011 διακοπής και της συμπλήρωσης, στις 11.11.2016, εν επιδικία, της 5ετίας της υπό κρίση παραγραφής, δεν αποτελεί διαδικαστική πράξη, διακόπτονσα την παραγραφή. Τούτο διότι κατά τον χρόνο εκείνο (25.10.2012) δεν είχε θεσπισθεί η, αρχικά, § 2 και ήδη § 3 του άρθρου 260 ΚΠολΔ, που αρχικά όριζε ότι: "Η για οποιονδήποτε τρόπο ματαίωση της συζήτησης της υπόθεσης αποτελεί διαδικαστική πράξη του δικαστηρίου" και πλέον ορίζει ότι: "Η με οποιονδήποτε τρόπο ματαίωση της συζήτησης της υπόθεσης αποτελεί διαδικαστική πράξη του δικαστηρίου", η οποία αντικαταστάθηκε, αρχικά με το άρθρο 102 § 4 του ν. 4139/2013 (ΦΕΚ Α 74/20.3.2013) και εκ νέου με την § 2 του άρθρου δεύτερου, του Άρθρου 1 του ν. 4335/23.7. 2015. Ο ν. 4139/ 2013, που για πρώτη φορά με το άρθρο 102 § 4 αυτού συμπεριέλαβε την "ματαίωση της συζήτησης της υπόθεσης" στις "διαδικαστικές πράξεις του δικαστηρίου" δεν προσέδωσε στην εν λόγω διάταξη αναδρομική ισχύ, ούτως ώστε να καταλαμβάνει και παλαιότερες ματαιώσεις συζητήσεων. Υπό τις εφαρμοστέες κατά την § 3 του άρθρου 261 ΑΚ νέες διατάξεις των §§ 1 και 2 του άρθρου 261 ΑΚ, έχουν υποπέσει οι επίδικες αξιώσεις στην προβλεπόμενη δετή παραγραφή εν επιδικία, καθότι το δέμνο, από την τελευταία ισχυρή (κατά τον ισχύοντα τότε δικονομικό νόμο) διαδικαστική πράξη, που έλαβε χώρα στις 10.11.2011 (επίδοση της κλήσης επαναφοράς συζήτησης της υπόθεσης) συμπληρώθηκε στις 11.05.2012, οπότε (στις 11.05. 2012) ξεκίνησε και πάλι να τρέχει η προβλεπόμενη 5ετής παραγραφή, η οποία συμπληρώθηκε στις 11.5.2017, χωρίς να έχει διακοπεί μέχρι τότε από έτερη διαδικαστική πράξη διαδίκου ή του δικαστηρίου. Πρέπει να τονιστεί και πάλι ότι η υπό της § 1 του άρθρου 261 ΑΚ προβλεπόμενη με την έκδοση τελεσίδικης απόφασης ή της κατ' άλλο τρόπο περάτωσης της δίκης, ως απώτατο χρονικό σημείο της παραγραφής που αρχίζει με την άσκηση της αγωγής, καταλαμβάνει όλες τις πράξεις του δικαστηρίου ή των διαδίκων, υπό την προϋπόθεση ότι οι τελευταίοι δεν αδρανοούν πέραν του δέμνου μετά την τελευταία διαδικαστική πράξη του δικαστηρίου ή τη δική τους, οπότε στην τελευταία περίπτωση, κατ'εφαρμογή της § 2 του άρθρου 261 ΑΚ, να αρχίζει νέα ισόχρονη παραγραφή της αξίωσης του

Έτσι, δέχθηκε την επανέναρξη της παραγραφής έξι μήνες μετά την επίδοση της κλήσης για τη ματαιωθείσα δικάσιμο και τη συμπλήρωσή της εν επιδικία μεταξύ αυτής και της επίδοσης της νέας κλήσης (μετά τη ματαίωση, την οποία δεν θεώρησε διαδικαστική πράξη), η οποία πραγματοποιήθηκε σε χρόνο πέ-
ραν της πενταετίας της παραγραφής προσαυξημένης κατά έξι μήνες.

Αυτή η προσέγγιση δεν μπορεί, ωστόσο, να θεωρηθεί συμβατή με το ισχύον άρθρο 261 ΑΚ. Και τούτο διότι η επίδοση κλήσης επ' ουδενί μπορεί να θεωρηθεί «τελευταία διαδικαστική πράξη» με την έννοια της ΑΚ 261 § 2 εδ. α', αφού προκειμένου να γίνει λόγος για τέτοια πράξη θα πρέπει να μην επισπεύδεται η πρόοδος της δίκης από τους διαδίκους. Η επίδοση κλήσης, ωστόσο, ως εκδήλωση της πρωτοβουλίας του διαδίκου που την επιμελείται για τη μετάβαση της δίκης στο επόμενο στάδιο (της συζήτησης), συνιστά ακριβώς *επίσπευση της προόδου της δίκης*.

Πράγματι, όπως επισημαίνει η ΕφΑθ 3326/2020, για τη 260 § 2 (και ήδη § 3) ΚΠολΔ δεν προβλέφθηκε ειδική μεταβατική διάταξη στον ν. 4139/2013 και δεν ορίστηκε η αναδρομική της εφαρμογή, όμως, η διάταξη αυτή (: επαναφορά της ματαίωσης ως διαδικαστικής πράξης), ως αναγκαίο συμπλήρωμα του νέου άρθρου 261 ΑΚ, δεν μπορεί παρά να εφαρμόζεται σε όλες τις περιπτώσεις στις οποίες καλείται σε εφαρμογή το άρθρο 261 ΑΚ, όπως ισχύει σήμερα. Διαφορετικά, το νέο άρθρο 261 ΑΚ δεν μπορεί να εφαρμοστεί ορθώς. Με άλλες λέξεις, το άρθρο 261 ΑΚ, όπως ισχύει μετά τον ν. 4139/2013, και η ΚΠολΔ 260 § 2 και ήδη § 3, όπως ισχύει επίσης μετά τον ν. 4139/2013, που την τροποποίησε στο πλαίσιο της μεταρρύθμισης του άρθρου 261 ΑΚ, τελούν σε σχέση *αδιάσπαστης ενότητας*, όπως προκύπτει και από τη ρητή αναφορά στην αιτιολογική έκθεση του ν. 4139/2013 σχετικά με τη σκοπιμότητα της τροποποίησης του άρθρου 260 § 2 ΚΠολΔ. Συνεπώς, σε όσες περιπτώσεις γίνεται κατά την ΑΚ 261 § 3 δεκτό ότι εφαρμόζονται οι δύο πρώτες παράγραφοι του άρθρου αυτού, ως έχουν μετά τον ν. 4139/2013, εφαρμόζεται αναγκαία και η ΚΠολΔ 260 § 3, δηλαδή η ματαίωση συνιστά διαδικαστική πράξη. Διαφορετικά, προκύπτουν παράδοξα αποτελέσματα, αντίθετα προς τον σκοπό της νέας ρύθμισης της παραγραφής εν επιδικία. Εφόσον στην εκάστοτε εξεταζόμενη υπό το ισχύον άρθρο 261 ΑΚ υπόθεση έχει υπάρξει ματαίωση της συζήτησης, μετά την οποία η δίκη δεν επισπεύσθηκε επί εξάμηνο, η παραγραφή πρέπει να επανεκκινεί έξι μήνες μετά τη ματαίωση, η οποία αποτελεί την τελευταία διαδικαστική πράξη

ενάγοντος, μη καταλαμβανόμενη από τη ρύθμιση της § 1, αφού ο νομοθέτης δεν επιβραβεύει την αδράνεια του διαδίκου. Έτσι, στην προκειμένη περίπτωση που η ματαίωση της συζήτησης πριν την ισχύ του ν. 4139/2013 δεν ήταν διαδικαστική πράξη επιφέρουσα τη διακοπή της παραγραφής, η αξίωση του ενάγοντος παρεγράφη πριν την επίσπευση της συζήτησης της έφεσής του ενώπιον του Δικαστηρίου τούτου με την από 19.4.2018 κλήση του, τούτου λαμβανομένου υπόψη κατά παραδοχή της σχετικής ενστάσεως της εναγομένης/ εφεσιβλήτου...».

(του δικαστηρίου).

Αν αρνηθούμε, όπως η ΕφΑθ 3326/2020, την εφαρμογή της ΚΠολΔ 260 § 3 ως αναγκαίου συμπληρώματος – προέκτασης του ισχύοντος άρθρου 261 ΑΚ, δηλαδή αν απορρίψουμε την κατάληψη και της ΚΠολΔ 260 § 3 από τη μεταβατική διάταξη της ΑΚ 261 § 3, εν τέλει παραβιάζουμε την ΑΚ 261 § 2 εδ. α', δεχόμενοι διαδρομή παραγραφής κατά την επιδικία δίχως τη συνδρομή των προϋποθέσεων της, δηλαδή και σε στάδιο (μεταξύ της επίδοσης της κλήσης και της ορισθείσας δικασίμου) στο οποίο δεν σημειώνεται «μη επίσπευση της προόδου της δίκης από τους διαδίκους», αλλά η δίκη επισπεύδεται κανονικά, ευρισκόμενη σε δυναμική πορεία και κινούμενη προς την ορισθείσα δικάσιμο.³⁸ Η μη ύπαρξη ειδικής διάταξης διαχρονικού δικαίου για την ΚΠολΔ 260 § 2 και ήδη § 3 δεν αποτελεί εμπόδιο, αφού η διάταξη αυτή βρίσκεται σε άρρηκτη σχέση με το άρθρο 261 ΑΚ και δη το πρώτο εδάφιο της δεύτερης παραγράφου του, αποτελώντας προέκτασή του. Η ενότητα αυτή δεν μπορεί να καταλυθεί δίχως να προκύψει στρεβλή εφαρμογή του άρθρου 261 ΑΚ, η τροποποίηση του οποίου έγινε ακριβώς προς αποφυγήν του φαινομένου της διαδρομής (και, ως εκ τούτου, συχνά της συμπλήρωσης) της παραγραφής σε διαστήματα, στα οποία η δίκη προωθείται κανονικά και οι διάδικοι ουδέν παραλείπουν. Τέτοιο διάστημα είναι, βέβαια, και εκείνο μεταξύ της επίδοσης κλήσης και της συζήτησης.

β. Μη έγκαιρος προσδιορισμός συζήτησης μετά από ματαίωση στη νέα τακτική διαδικασία (ΚΠολΔ 260 § 2) και παραγραφή

Ένα δεύτερο ζήτημα μεγάλου πρακτικού ενδιαφέροντος προκύπτει από τη 260 § 2 ΚΠολΔ, η οποία εισήχθη με τον ν. 4335/2015, οδηγώντας στη μεταφορά της έως τότε διάταξης της δεύτερης παραγράφου του άρθρου 260 ΚΠολΔ, για την οποία έγινε λόγος αμέσως παραπάνω, στην προστεθείσα τρίτη παράγραφό του. Στην ΚΠολΔ 260 § 2 (εδ. β') προβλέπεται ότι στον α' βαθμό της νέας τακτικής διαδικασίας (ΚΠολΔ 237 και 238), αν παρέλθουν εξήντα ημέρες από τη ματαίωση (που επέρχεται αν οι διάδικοι δεν λάβουν κανονικά μέρος στη δίκη), χωρίς να ζητηθεί ο προσδιορισμός νέας συζήτησης, η υπόθεση διαγράφεται από το πινάκιο και η αγωγή θεωρείται *ως μη ασκηθείσα*.³⁹ Μη κανονική

38 Βλ. και Β. Πέρακη, Η ΚΠολΔ 260 § 3 ως αναγκαίο συμπλήρωμα της ΑΚ 261 § 2 εδ. α' – Σχόλιο στην ΕφΑθ 3326/2020, ΝοΒ 2021, 64.

39 Η διάταξη πρέπει να γίνει δεκτό ότι εφαρμόζεται μόνο σε ματαίωση για τον λόγο της μη κανονικής συμμετοχής των διαδίκων στη δίκη και όχι και στη ματαίωση που αναφέρεται στο άρθρο 214Γ § 1 εδ. δ' ΚΠολΔ και είναι συνέπεια της συμφωνίας των διαδίκων για προσφυγή σε διαμεσολάβηση. Εξάλλου, στην περίπτωση αυτή σύμφωνα με το άρθρο 9 § 1 του ν. 4640/2019 οι δικονομικές προθεσμίες των άρθρων 237 και 238 ΚΠολΔ αναστέλλονται. Το ίδιο θα πρέπει να γίνει δεκτό αναλογικά και για την προθεσμία της 260 § 2 εδ. β' ΚΠολΔ.

συμμετοχή στη δίκη συντρέχει όταν αμφότεροι οι διάδικοι δεν καταθέσουν προτάσεις εντός της προθεσμίας του άρθρου 237 § 1 ΚΠολΔ, αφού στη νέα τακτική διαδικασία η παράσταση στη συζήτηση είναι προαιρετική.⁴⁰

Αυτό σημαίνει ότι επί ματαιώσεως και μη προσδιορισμού νέας δικασίμου εντός εξήντα ημερών, δεν θα αρχίσει και πάλι (κατά την ΑΚ 261 § 2 εδ. α', λόγω μη επισπεύσεως της προόδου της δίκης από τους διαδίκους) η παραγραφή έξι μήνες μετά την τελευταία διαδικαστική πράξη, που είναι η ματαίωση, αλλά, θεωρούμενης της αγωγής ως μη ασκηθείσας, εκ των πραγμάτων θα ανατραπεί και το –ουσιαστικού δικαίου– αποτέλεσμα της δι' αυτής διακοπής της παραγραφής⁴¹, κατά αναλογική εφαρμογή της ΑΚ 263 § 1⁴², η οποία ορίζει ότι κάθε παραγραφή που διακόπηκε με την έγερση της αγωγής θεωρείται σαν να μη διακόπηκε, αν ο ενάγων παραιτηθεί από την αγωγή ή αγωγή απορριφθεί τελεσίδικα για λόγους μη ουσιαστικούς.

Παρότι η ΑΚ 263 § 1 αναφέρεται μόνο στις περιπτώσεις παραίτησης και τελεσίδικης απόρριψης της αγωγής για λόγους μη ουσιαστικούς, θα πρέπει να γίνει δεκτό ότι πλέον καταλαμβάνει αναλογικά και την όμοια ως προς το αποτέλεσμα (: της διαγραφής της αγωγής από το πινάκιο και της θεώρησής της ως μη ασκηθείσας κατά τη νέα ρύθμιση του άρθρου 260 § 2 εδ. β' ΚΠολΔ) περι-

40 ΑιτΕκθ ν. 4335/2015, υπό Β.Π.4· *Μακρίδου*, Τακτική διαδικασία στα πρωτοβάθμια δικαστήρια, άρθρο 260 αριθ. 1· *Ορφανίδης*, Η επίδραση του εξώδικου συμβιβασμού στην εκκρεμή δίκη, σε: Τιμητικό Τόμο Νίκα, σ. 929 (932 επ.), ο οποίος μάλιστα αναφέρει ότι στην περίπτωση αυτή μπορεί να υποτεθεί πως η μη κατάθεση προτάσεων οφείλεται σε εξώδικη συμφωνία των διαδίκων, ώστε με την εν λόγω διάταξη επαναφέρεται κατά κάποιον τρόπο ο θεσμός της ανατροπής των δικών της ΠολΔ του Maurer.

41 Στην αιτιολογική έκθεση του ν. 4335/2015, υπό Γ.Π.14, αναφέρεται μεν ως προς το άρθρο 260 § 2 εδ. β' ΚΠολΔ ότι, θεωρούμενης της αγωγής ως μη ασκηθείσας, αυτή «δεν παράγει (οικονομικού δικαίου) συνέπειες», αναφορά που δεν μπορεί, όμως, να γίνει δεκτό ότι –εξ αντιδιαστολής– οδηγεί στη διατήρηση όλων των ουσιαστικού δικαίου συνεπειών της αγωγής, όπως είναι η διακοπή της παραγραφής, ιδίως όταν υπάρχει αντίθετη διάταξη (η ΑΚ 263), που, όπως αναλύεται, πρέπει να εφαρμοσθεί (αναλογικά) λόγω της ομοιότητας των περιπτώσεων. Όμως, άλλες ουσιαστικού δικαίου συνέπειες της άσκησης της αγωγής, όπως η υποχρέωση για την καταβολή τόκων υπερημερίας λόγω της θεώρησης της αγωγής ως όχλησης δεν θα αίρονται – όπως γίνεται δεκτό για την περίπτωση παραίτησης από την αγωγή (κατά την τελολογικά ορθότερη μάλιστα γνώμη, και από την αναγνωριστική αγωγή), βλ. αντί πολλών *Κουμάνη*, σε: Γεωργιάδη ΣΕΑΚ, άρθρο 346 αριθ. 5. Εξάλλου, αντίστοιχη μη ορθή αναφορά –με ρητή διευκρίνιση μάλιστα ότι οι ουσιαστικές συνέπειες διατηρούνται– περιέχει η αιτιολογική έκθεση του ν. 4335/2015 και σχετικά με τη μη επίδοση της αγωγής κατά το άρθρο 215 ΚΠολΔ, βλ. σχετικά *Β. Περάκη*, Η παραγραφή μετά την άσκηση της αγωγής, σ. 126 επ.

42 *Δημητρίου*, Ζητήματα από τη διακοπή (ή μη) της παραγραφής της επίδικης αξίωσης μετά τις τροποποιήσεις στον Κώδικα Πολιτικής Δικονομίας με τον ν. 4335/2015, ΕΠολΔ 2016, 321 (327)· *Β. Περάκη*, ΝοΒ 2016, 40 (43 επ.)· *την ίδια*, Η παραγραφή μετά την άσκηση της αγωγής, σ. 316 επ.· *Τσουλούφας*, σε: Λεοντή, Ερμηνεία Αστικού Κώδικα (ΔΕΑΚ), άρθρο 263 αριθ. 10.

πτωση του μη προσδιορισμού, στον α' βαθμό της νέας τακτικής διαδικασίας, δικασίμου μέσα σε εξήντα ημέρες από τη ματαίωση, για την οποία υφίσταται κενό δικαίον. Άλλωστε, η παραίτηση, στην οποία αναφέρεται η ΑΚ 263, ακριβώς το ίδιο αποτέλεσμα επιφέρει (βλ. ΚΠολΔ 295 § 1: «η παραίτηση από το δικόγραφο της αγωγής έχει ως αποτέλεσμα ότι η αγωγή *θεωρείται πως δεν ασκήθηκε*»). Η μη επίσπευση της προόδου της δίκης με τον προσδιορισμό νέας δικασίμου εντός εξήντα ημερών από τη ματαίωση της συζήτησης στην πραγματικότητα ισοδυναμεί με μία εν τοις πράγμασι (σιωπηρή) παραίτηση από την αγωγή, η οποία θεωρείται μη ασκηθείσα. Άρα, και η παραγραφή πρέπει να θεωρείται μη διακοπείσα (ΑΚ 263 § 1), ενώ, αν η αγωγή ασκηθεί και πάλι μέσα σε έξι μήνες, η παραγραφή να θεωρείται ότι έχει διακοπεί με την προηγούμενη αγωγή (ΑΚ 263 § 2), υπό την αυτονόητη προϋπόθεση ότι η πρώτη αγωγή είχε επιδοθεί, ώστε είχε επέλθει με αυτή διακοπτικό αποτέλεσμα. Ουδείς λόγος διαφαίνεται για τη διαφορετική αντιμετώπιση της ρυθμιζόμενης στο άρθρο 263 ΑΚ περίπτωσης, της παραίτησης από το δικόγραφο της αγωγής, και της αρύθμιστης, όσον αφορά στις συνέπειες για την παραγραφή, περίπτωσης του άρθρου 260 § 2 εδ. β' ΚΠολΔ.^{43, 44}

43 Β. Περάκη, ΝοΒ 2016, 40 (44): *η ίδια*, Η παραγραφή μετά την άσκηση της αγωγής, σ. 318.

44 Μετά την ολοκλήρωση της παρούσας μελέτης το άρθρο 260 ΚΠολΔ τροποποιήθηκε, με το άρθρο 16 του ν. 4842/2021. Η νέα ρύθμιση, με έναρξη ισχύος την 01.01.2022: α) επεκτείνει το πεδίο εφαρμογής της ΚΠολΔ 260 § 2 και στις ειδικές διαδικασίες, β) παρατείνει την προθεσμία για τον προσδιορισμό νέας συζήτησης (σε 90 ημέρες από τη ματαίωση), γ) προβλέπει ως συνέπεια της μη τήρησης της 90ήμερης προθεσμίας την «κατάργηση της δίκης» (αντί της «θεώρησης της αγωγής ως μη ασκηθείσας»).

Το κύρος και η αποδεικτική δύναμη του ηλεκτρονικού ιδιωτικού εγγράφου βάσει του ν. 4727/2020 για την ψηφιακή διακυβέρνηση

Δήμητρα Μ. Πηλαβάκη

Δικηγόρος Δ.Ν.

1. Εισαγωγή

Το ηλεκτρονικό έγγραφο αποτελεί πλέον το καθημερινό μέσο επικοινωνίας και ανταλλαγής δηλώσεων βουλήσεων μεταξύ των συμβαλλόμενων μερών προς κατάρτιση των δικαιοπραξιών τους. Ο ν. 4727/2020¹ για την Ψηφιακή Διακυβέρνηση, ο οποίος εισάγει το ρυθμιστικό πλαίσιο εφαρμογής του Κανονισμού 910/2014² για τις ηλεκτρονικές υπογραφές, ενισχύει την κυκλοφορία του, εγκαταλείποντας ένα καινούργιο πλαίσιο επικοινωνίας μεταξύ των ιδιωτών και του Ελληνικού Δημοσίου³.

2. Έννοια ηλεκτρονικού εγγράφου

Αρχικά, ως ηλεκτρονικό έγγραφο, σύμφωνα με το άρθρο 444 παρ. 2 ΚπολΔ⁴ ορίζεται «κάθε μέσο το οποίο χρησιμοποιείται από υπολογιστή ή περιφερειακή μνήμη υπολογιστή, με ηλεκτρονικό, μαγνητικό ή άλλο τρόπο, για εγγραφή, αποθήκευση, παραγωγή ή αναπαραγωγή στοιχείων, που δεν μπορούν να διαβαστούν άμεσα, όπως επίσης και κάθε μαγνητικό, ηλεκτρονικό ή άλλο υλικό στο οποίο εγγράφεται οποιαδήποτε πληροφορία, εικόνα, σύμβολο ή ήχος,

1 Ν. 4727/2020- ΦΕΚ Α' 184/23-09-2020, «Ψηφιακή Διακυβέρνηση (Ενσωμάτωση στην Ελληνική Νομοθεσία της Οδηγίας (ΕΕ) 2016/2102 και της Οδηγίας (ΕΕ) 2019/1024) Ηλεκτρονικές Επικοινωνίες (Ενσωμάτωση στο Ελληνικό Δίκαιο της Οδηγίας (ΕΕ) 2018/1972) και άλλες διατάξεις».

2 Κανονισμός (ΕΕ) αριθ. 910/2014 του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 23ης Ιουλίου 2014, σχετικά με την ηλεκτρονική ταυτοποίηση και τις υπηρεσίες εμπιστοσύνης για τις ηλεκτρονικές συναλλαγές στην εσωτερική αγορά και την κατάρτιση της οδηγίας 1999/93/ΕΚ.

3 Η παράγραφος 2 του άρθρου 444 προστέθηκε με την παράγραφο 1 του άρθρου 40 του Νόμου 3994/2011 και είχε ως σκοπό να επισημάνει ότι στην έννοια των μηχανικών απεικονίσεων περιλαμβάνονται και τα μέσα ηλεκτρονικής επικοινωνίας, τα οποία χρησιμοποιούνται ευρέως στις σύγχρονες συναλλαγές όπως το ηλεκτρονικό έγγραφο.

4 Βλ. αναλυτικά κεφ. Δ', αρθρ. 12 Ν.4727/2020.

αυτοτελώς ή σε συνδυασμό, εφόσον τα μέσα και τα υλικά αυτά προορίζονται ή είναι πρόσφορα να αποδείξουν γεγονότα που έχουν έννομη σημασία». Ο παραπάνω ορισμός αφορά το πρωτότυπο ηλεκτρονικό έγγραφο⁵. Ειδικότερος ορισμός του ηλεκτρονικού εγγράφου εμπεριέχεται και στο άρθρο 2 παρ. 38 του Ν. 4727/2020 όπου θεωρείται «οποιοδήποτε περιεχόμενο έχει αποθηκευτεί σε ηλεκτρονική μορφή και ειδικότερα ως κείμενο ή με ηχητική, οπτική ή οπτικοακουστική εγγραφή».

Αξίζει να σημειωθεί ότι είναι δυνατή η παραγωγή αντίγραφων ηλεκτρονικών εγγράφων, τα οποία παράγονται ψηφιακά βάσει του πρωτοτύπου ηλεκτρονικού εγγράφου όπως αυτό ορίζεται στο άρθρο 444 παρ. 2 ΚπολΔ⁶. Από το συνδυασμό των άρθρων 449 παρ. 2 ΚΠολΔ και 453 παρ. 1 περ. β' ΚπολΔ προκύπτει ότι το αντίγραφο έχει την ίδια αποδεικτική δύναμη με το πρωτότυπο, εφόσον η ακρίβεια του βεβαιώνεται από πρόσωπο που είναι κατά το νόμο αρμόδιο να εκδίδει αντίγραφα⁷. Το άρθρο 15 παρ. 2 Ν. 4727/2020, συντάσσεται με την παραπάνω θέση αναφέροντας ότι, η εκτύπωση των ηλεκτρονικών εγγράφων που φέρουν την εγκεκριμένη υπογραφή του εκδότη τους, γίνεται υποχρεωτικά αποδεκτή από τους φορείς του δημόσιου τομέα, από τα δικαστήρια όλων των βαθμών και τις εισαγγελίες όλης της χώρας και από φυσικά ή νομικά πρόσωπα ή νομικές οντότητες, εφόσον φέρει επικύρωση από οποιαδήποτε διοικητική αρχή ή ΚΕΠ ή δικηγόρο, η οποία γίνεται μέσω της

5 Σύμφωνα με τους Π. Κολοτούρο, Η αποδεικτική δύναμη των αποδεικτικών εγγράφων στη ναυτιλία, ΝοΒ 2007, σ. 2020, και Χ. Χρυσάνθη, Η ηλεκτρονική εξυπηρέτηση των σύγχρονων τραπεζικών συναλλαγών (1997), σ. 382 επ., το ηλεκτρονικό έγγραφο είναι έγγραφο μόνο κατ' εφημισμό καθώς δεν περιέχει κανένα από τα εννοιολογικά στοιχεία του κλασικού εγγράφου. Επίσης, κάθε ερμηνευτική προσπάθεια εξομοίωσης του με το κλασικό έγγραφο, αν και καλόπιστη, προσδίδει την αδυναμία κατανόησης των ιδιαιτεροτήτων της ηλεκτρονικής επικοινωνίας. Σε ευρωπαϊκό επίπεδο, το ηλεκτρονικό έγγραφο ορίζεται ως «οποιοδήποτε περιεχόμενο έχει αποθηκευτεί σε ηλεκτρονική μορφή και ειδικότερα ως κείμενο ή με ηχητική, οπτική ή οπτικοακουστική εγγραφή» (Άρθρο 3 παρ. 35 Κανονισμού 910/2014). Ο ως άνω ευρύς ορισμός δεν απαιτεί την εκτύπωση του περιεχομένου του ηλεκτρονικού εγγράφου ή την προβολή του στην οθόνη του Η/Υ, Βλ. αναλυτικά Κ. Κόμνιο, Η πορεία προς την ψηφιακή αγορά: το νέο ευρωπαϊκό νομοθετικό πλαίσιο για την ηλεκτρονική ταυτοποίηση και τις υπηρεσίες εμπιστοσύνης – συναφή ζητήματα δικαίου απόδειξης, ΕΝΟΒΕ (2017), σ. 326-327.

6 Στη νομολογία διαπιστώνεται ότι δεν έχει γίνει αντιληπτή η διάκριση μεταξύ πρωτοτύπου και αντίγραφου ιδιωτικού εγγράφου, Βλ. σχετικά ΑΠ 84/2014, ΑΠ 570/2010, ΤΝΠ Νόμος. ΑΠ 441/2007, Δ 2007, σ. 760. ΑΠ 902/2006, ΕΕμπΔ 2007, σ. 60. ΕφΠατρ 40/2021 ΤΝΠ Νόμος. ΕιρΘεσ 16/2020, με σχόλια Δ. Πηλαβάκη, διαθέσιμη στην ηλεκτρονική διεύθυνση <http://www.legalnews24.gr/2020/09/162020.html>. ΑΠ 1022/2003, ΧρΙΔ 2004, σ. 432.

7 Αντίθετη άποψη εκφράζεται μέσω της ΕιρΑθ 3165/2012, η οποία θεωρεί ότι η τυχόν εκτύπωση ή αντίγραφο του ανυπόγραφου ηλεκτρονικού εγγράφου ακόμα και αν φέρει τη βεβαίωση ακρίβειας του, δε μπορεί να αποδείξει την απαίτηση και να στηρίξει την έκδοση διαταγής πληρωμής.

διαπίστωσης της ταύτισης του περιεχομένου του εκτυπωμένου εγγράφου με το ηλεκτρονικό ιδιωτικό έγγραφο.

3. Προϋποθέσεις για το κύρος και την αποδεικτική δύναμη ενός ιδιωτικού ηλεκτρονικού εγγράφου

Για το κύρος και την αποδεικτική δύναμη ενός ιδιωτικού εγγράφου είναι απαραίτητη η θέση της ιδιόχειρης υπογραφής του εκδότη του⁸. Η νομική κατοχύρωση της έννοιας του ηλεκτρονικού εγγράφου, σε συνδυασμό με τη νομοθετική κατοχύρωση του ισόκυρου ενός είδους ηλεκτρονικής υπογραφής⁹ και ειδικότερα της εγκεκριμένης¹⁰ προς την ιδιόχειρη¹¹, διευρύνει το πεδίο εφαρμογής του άρθρ 444 ΚπολΔ και στα έγγραφα διαθέσεως. Κατά συνέπεια, για το κύρος και την αποδεικτική δύναμη ενός ιδιωτικού ηλεκτρονικού εγγράφου διαθέσεως, είναι απαραίτητη η εγκεκριμένη ηλεκτρονική υπογραφή η οποία και από τον συνδυασμό των άρθρων 16 παρ. 1 περ. β' και 50 παρ. 2 ν. 4727/2020 προκύπτει ότι επέχει θέση ιδιόχειρης υπογραφής. Περαιτέρω, τα ηλεκτρονικά ιδιωτικά έγγραφα που εκδίδονται από φυσικά ή νομικά πρόσωπα ή νομικές οντότητες με τη χρήση εγκεκριμένης ηλεκτρονικής υπογραφής, γίνονται υποχρεωτικά αποδεκτά από τους φορείς του δημόσιου τομέα, από τα δικαστήρια όλων των βαθμών και τις εισαγγελίες όλης της χώρας και από φυσικά ή νομικά πρόσωπα ή νομικές οντότητες κατά την ηλεκτρονική διακίνησή τους (άρθρ. 15 παρ. 1 Ν. 4727/2020).

4. Νομική ισχύ απλής και προηγμένης ηλεκτρονικής υπογραφής

Αντίθετα, η νομική ισχύ της ηλεκτρονικής υπογραφής που δεν πληροί τις αυστηρές προϋποθέσεις που απαιτούνται για την εξομοίωση της με την ιδιόχειρη, θα κριθεί με βάση το ισχύον ουσιαστικό και δικονομικό δίκαιο. Στο πλαίσιο του αστικού δικαίου, δύναται να υποκαταστήσει την ιδιόχειρη όπου δεν είναι αναγκαία η τήρηση εγγράφου τύπου. Στο πεδίο του δικονομικού δικαίου,

8 Άρθρ. 160 ΑΚ και άρθρ. 443 ΚΠολΔ.

9 Ως ηλεκτρονική υπογραφή νοούνται «δεδομένα σε ηλεκτρονική μορφή τα οποία είναι συνημμένα σε άλλα ηλεκτρονικά δεδομένα ή συσχετίζονται λογικά με αυτά και χρησιμοποιούνται ως μέθοδο απόδειξης της γνησιότητας», άρθρ. 2 παρ. 1 ΠΔ 150/2001 και άρθρ. 3 παρ. 10 Κανονισμού 910/2014.

10 Ως εγκεκριμένη ηλεκτρονική υπογραφή νοείται «η προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή που δημιουργείται από εγκεκριμένη διάταξη δημιουργίας ηλεκτρονικής υπογραφής και η οποία βασίζεται σε εγκεκριμένο πιστοποιητικό ηλεκτρονικής υπογραφής», άρθρ. 3 παρ. 12 Κανονισμού 910/2014 και αρ. 2 παρ. 20 Ν.4727/2020.

11 Βλ. άρθρ. 25 παρ. 2 Κανονισμού 910/2014.

κάθε ηλεκτρονικό έγγραφο που φέρει απλή ηλεκτρονική υπογραφή¹² είναι δυνατόν να χρησιμοποιηθεί ως έγγραφο απόδειξης και μπορεί να εξομοιωθεί με ιδιωτικό έγγραφο μαρτυρίας. Τα προαναφερόμενα επιβεβαιώνονται και από το άρθρο 16 του ν. 4727/2020 όπου τονίζεται ότι το ηλεκτρονικό ιδιωτικό έγγραφο που φέρει απλή ή προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή¹³ αποτελεί μηχανική απεικόνιση, και εκτιμάται ελεύθερα ως νόμιμο αποδεικτικό μέσο κατά τις ισχύουσες δικονομικές διατάξεις.¹⁴

5. Η προβληματική της προηγμένης ηλεκτρονικής υπογραφής

Παρατηρείται ότι, ο έλληνας νομοθέτης, στο άρθρο 16 ν. 4727/2020, επιφυλάσσει την ίδια δικονομική μεταχείριση με την απλή ηλεκτρονική υπογραφή και για το έγγραφο που φέρει προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή. Η γραμματική διατύπωση της συγκεκριμένης διάταξης θεωρείται αντιφατική και παράδοξη καθώς ο ν. 4727/2020 ενσωματώνει στο εσωτερικό δίκαιο τον Ευρωπαϊκό Κανονισμό 910/2014, ο οποίος πάλι με τη σειρά του παραπέμπει στην κοινοτική οδηγία 1999/93 που ενσωμάτωσε ως γνωστόν στην ελληνική έννομη τάξη το ΠΔ 150/2001, το οποίο και εξομοιώνει με ιδιόχειρη υπογραφή και την προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή¹⁵, αλλά με ρητή διάταξη και συγκεκριμένα

12 Μορφές απλών ηλεκτρονικών υπογραφών αποτελούν ιδίως: α) η ηλεκτρονική υπογραφή με απλή ηλεκτρονική αναφορά του επωνύμου του εκδότη ή της επωνυμίας ενός νομικού προσώπου, στο τέλος ενός ηλεκτρονικού εγγράφου, *Κ. Καραδημητρίου*, Η ηλεκτρονική υπογραφή ως μέσο ασφάλειας των συναλλαγών στο ηλεκτρονικό εμπόριο, (2008), σ. 29, β) ηλεκτρονική διεύθυνση (email), ΠΠρΑθ 3579/2011, ΤΝΠ Νόμος. ΜΠρΠατρ. 868/2001, ΔΕΕ (2001), σ. 711. ΜΠρΣύρου 637/1999, ΕΕμπΔ, (2000), σ. 144 με παρατηρήσεις Μαρίνου, γ) η υπογραφή που βασίζεται στην εκ των προτέρων γνώση του κωδικού PIN η οποία και βασίζεται στην συμμετρική κρυπτογραφία ή κρυπτογραφία ιδιωτικού κλειδιού (private key), *Ι. Ιγγλεζάκης*, «Δίκαιο της Πληροφορικής», (2021), σ. 252, αριθμ. 430. *Γ. Γεωργιάδης*, «Η σύναψη της συμβάσεως μέσω του Διαδικτύου», (2003), σ. 174-175.

13 Ως προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή ορίζεται η ηλεκτρονική υπογραφή που πληροί τις ακόλουθες απαιτήσεις: α) συνδέεται κατά τρόπο μοναδικό με τον υπογράφοντα· β) είναι ικανή να ταυτοποιεί τον υπογράφοντα· γ) δημιουργείται με δεδομένα δημιουργίας ηλεκτρονικής υπογραφής τα οποία ο υπογράφων μπορεί, με υψηλό βαθμό εμπιστοσύνης, να χρησιμοποιεί υπό τον αποκλειστικό του έλεγχο, και δ) συνδέεται με τα δεδομένα που έχουν υπογραφεί σε σχέση με αυτήν κατά τρόπο ώστε να μπορεί να ανιχνευθεί οποιαδήποτε επακόλουθη τροποποίηση των εν λόγω δεδομένων, βλ. αρθρ. 10 παρ. 2 και 26 Κανονισμού 910/2014.

14 *Π. Κολοτούρος*, ΝοΒ 2007, σ. 2021, 2024 επ.

15 Βλ. αρθρ. 3 παρ. 1 ΠΔ 150/2001 και σχετικά *Π. Κολοτούρο*, ΝοΒ 2007, σ. 2023 επ. Αντίθετα ο *Γ. Γιαννόπουλος*, «Εισαγωγή στη Νομική Πληροφορική - Μια πρώτη προσέγγιση της σχέσης δικαίου και νέων τεχνολογιών», (2018), σ. 58 όπου υποστηρίζει ότι η «προηγμένη» υπογραφή του Κανονισμού 910/2014 αποτελεί «κάτι λιγότερο» από την εξομοιούμενη με ιδιόχειρη «εγκεκριμένη» υπογραφή, της οποίας αποτελεί συστατικό, Επίσης αντίθετα και ο

με το άρθρο 108 παρ. 15 του ν. 4727/2020, καταργείται. Ο νομοθέτης του ν. 4727/2020, με την κατάργηση του ως άνω Προεδρικού Διατάγματος ήθελε να αποσαφηνίσει ότι αυτό δεν έχει γενικά λόγο ισχύος. Ωστόσο κάτι τέτοιο δεν αληθεύει καθώς το εν λόγω Προεδρικό Διάταγμα, παραμένει ουσιαστικά σε ισχύ, σε ότι αφορά τις διατάξεις που καθιστούν εφικτή και προσδιορίζουν ειδικότερα, την «τεχνική» παραγωγή της προηγμένης ηλεκτρονικής υπογραφής η οποία υποστηρίζεται από αναγνωρισμένο πιστοποιητικό¹⁶ και δημιουργείται από ασφαλή διάταξη δημιουργίας υπογραφής, εξομοιώνεται πλήρως με την ιδιόχειρη υπογραφή, γίνεται μνεία της στο άρθρο 26 του Κανονισμού 910/2014 αλλά και στο ίδιο τον ορισμό της εγκεκριμένης ηλεκτρονικής υπογραφής.

Υπό το πρίσμα αυτό, καθίσταται επιτακτική ερμηνευτικά η τελολογική συστολή του καταργητικού άρθρου 108 παρ. 15 Ν. 4727/2020. Ο έλληνας νομοθέτης, εκφράστηκε εδώ γλωσσικά ευρύτερα απ' ότι λογικά δικαιολογεί και επιτρέπει ο καταργητικός στόχος του. Η τελολογική συστολή είναι η μόνη ορθή μέθοδος, για να αρθεί η παραπάνω κανονιστική αντίφαση και να θεωρηθεί η προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή ως ισότιμη με την ιδιόχειρη υπογραφή. Επομένως, το ηλεκτρονικό έγγραφο που θα φέρει την προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή του εκδότη του θα μπορεί να εξομοιωθεί με το ιδιόχειρως υπογεγραμμένο έγγραφο και να γίνεται υποχρεωτικά αποδεκτό από τους φορείς του δημόσιου τομέα, από τα δικαστήρια όλων των βαθμών και τις εισαγγελίες όλης της χώρας και από φυσικά ή νομικά πρόσωπα ή νομικές οντότητες κατά την ηλεκτρονική διακίνησή του.

Συμπερασματικά, για το κύρος και την αποδεικτική δύναμη ενός ηλεκτρονικού εγγράφου που θα χρησιμοποιηθεί ως μέσο για την ηλεκτρονική συ-

Κ. Κόμνιος, «Το νέο ευρωπαϊκό νομοθετικό πλαίσιο για την ηλεκτρονική ταυτοποίηση και τις υπηρεσίες εμπιστοσύνης - Συναφή ζητήματα δικαίου απόδειξης», ΕφΑΔΠολΔ, (2017), σ. 509, ο οποίος διευκρινίζει ότι την αποδεικτική δύναμη του άρθρου 445 ΚπολΔ δεν απολαμβάνει το ηλεκτρονικό έγγραφο που φέρει την ηλεκτρονική υπογραφή του άρθρου 3 παρ. 1 ΠΔ 150/2001, αλλά εκείνο με την ηλεκτρονική υπογραφή του άρθρου 25 παρ. 2 του Κανονισμού 910/2014.

16 Σύμφωνα με την ΕΕΤΤΕ (Εθνική Επιτροπή Τηλεπικοινωνιών και Ταχυδρομείων), οι πάροχοι υπηρεσιών πιστοποίησης που εκδίδουν αναγνωρισμένα πιστοποιητικά δυνάμει της οδηγίας 1999/93/ΕΚ και συνακόλουθα του ΠΔ 150/2001, ήταν υποχρεωμένοι να υποβάλλουν έκθεση αξιολόγησης της συμμόρφωσης στον εποπτικό φορέα, το αργότερο την 1^η Ιουλίου 2017. Μέχρι την υποβολή της έκθεσης αξιολόγησης της συμμόρφωσης και την ολοκλήρωση της αξιολόγησης από τον εποπτικό φορέα, οι πάροχοι υπηρεσιών πιστοποίησης θεωρούνταν εγκεκριμένοι πάροχοι υπηρεσιών εμπιστοσύνης δυνάμει του Κανονισμού 910/2014. Εάν πάροχος υπηρεσιών πιστοποίησης που εκδίδει αναγνωρισμένα πιστοποιητικά δυνάμει της οδηγίας 1999/93/ΕΚ δεν υπέβαλε έκθεση αξιολόγησης της συμμόρφωσης στον εποπτικό φορέα εντός της προθεσμίας, ο εν λόγω πάροχος δεν θεωρείται εγκεκριμένος πάροχος υπηρεσιών εμπιστοσύνης δυνάμει του κανονισμού 910/2014, από την 2 Ιουλίου 2017, δηλαδή ως πάροχος που προσφέρει υπηρεσίες εγκεκριμένης ηλεκτρονικής υπογραφής, βλ. αναλυτικά https://www.eett.gr/opencms/opencms/EETT/Electronic_Communications/DigitalSignatures/.

ναλλαγή ενός ιδιώτη με το Ελληνικό Δημόσιο και θα γίνεται αποδεκτό είναι αναγκαία η θέση της εγκεκριμένης αλλά και της προηγμένης ηλεκτρονικής υπογραφής του εκδότη του.

Η φύση της διαδικασίας έκδοσης της βεβαίωσης του άρθρου 53 Κανονισμού 1215/2015 κατά τη διασυνοριακή εκτέλεση αποφάσεων υπό το φως της πρόσφατης νομολογίας του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης

Λήδα-Μαρία Πίψου

Καθηγήτρια Νομικής Σχολής Α.Π.Θ.

I. Εισαγωγή

Η κατάργηση της διαδικασίας κήρυξης *exequatur* (άρθρ. 39) και η πλήρης εξομείωση των αλλοδαπών με τους ημεδαπούς εκτελεστούς τίτλους από τον Καν 1215/2012¹ (άρθρ. 41 § 1) οδήγησε σε σημαντική απλοποίηση των τυπικών προϋποθέσεων για την εκτέλεση των αποφάσεων εντός της Ευρωπαϊκής Ένωσης. Ο δανειστής, που προτίθεται να εκτελέσει αλλοδαπή δικαστική απόφαση σε άλλο κράτος μέλος, απευθύνεται ευθέως στις αρμόδιες αρχές του κράτους μέλους εκτέλεσης υποβάλλοντας απλώς: α) αντίγραφο της απόφασης το οποίο συγκεντρώνει τις προϋποθέσεις γνησιότητας (άρθρ. 42 § 1 στοιχ. α) και β) βεβαίωση που εκδίδεται κατά το άρθρ. 53 και πιστοποιεί ότι η απόφαση είναι εκτελεστή (άρθρ. 42 § 1 στοιχ. β). Βάσει του μοντέλου της «αντίστροφης διαδικασίας»², που καθιέρωσε ο Καν 1215/2012, προληπτικός έλεγχος από τα δικαστήρια του κράτους μέλους εκτέλεσης δεν διενεργείται. Η προβολή των λόγων άρνησης της εκτέλεσης γίνεται πλέον μετά την έναρξη της εκτελεστικής διαδικασίας με πρωτοβουλία του ίδιου του καθ' ου (άρθρ. 46). Για το λόγο αυτό, η βεβαίωση του άρθρ. 53, μαζί με το αντίγραφο της εκτελούμενης απόφασης, εφόσον αυτό δεν έχει ήδη επιδοθεί, πρέπει να κοινοποιούνται στον καθ' ου σε εύλογο χρόνο πριν τη διενέργεια του πρώτου μέτρου εκτέλεσης (άρθρ. 43 § 1), ώστε να έχει τον χρόνο αποτροπής της³.

1 Προοίμιο, αιτιολ. σκέψη 26.

2 Νίκας/Σαχπεκίδου (-Νίκας), Ευρωπαϊκή Πολιτική Δικονομία, 2016, Αναγνώριση και Εκτέλεση-Εισαγωγικές Παρατηρήσεις, αριθ. 5, 6· Rauscher (-Mankowski), *EuZPR-EuIPR, Europäisches Zivilprozess-und Kollisionsrecht I*⁵ (2021), άρθρ. 42 Brüssel Ia-VO αριθ. 13. Βλ. επίσης *Pohl, DieNeufassung der EuGVVO – im Spannungsfeld zwischen Vertrauen und Kontrolle*, *IPrax* 2013, 109 (113).

3 Προοίμιο, αιτιολ. σκέψη 32. Το άρθρ. 41 §§ 1, 2 δεν εφαρμόζεται, πάντως, στην αναγκαστική εκτέλεση των ασφαλιστικών μέτρων, τα οποία είτε περιέχονται στην εκδιδόμενη απόφαση επί της ουσίας είτε λαμβάνονται από τον επισπεύδοντα αυτοδικαίως (άρθρ. 40 § 3). Στην πρώτη περίπτωση διότι το δικαίωμα ακρόασης του καθ' ου διασφαλίζεται μέσω

Στο νέο κανονιστικό πλαίσιο, η βεβαίωση του άρθρ. 53 αποτελεί το βασικό μοχλό για την υλοποίηση της αυτόματης εκτέλεσης των αποφάσεων που εκδίδονται σε άλλα κράτη μέλη⁴. Η βεβαίωση δεν συνιστά, βέβαια, το θεμέλιο της εκτελεστικής διαδικασίας ούτε ανυψώνεται σε εκτελεστό τίτλο, όπως συμβαίνει λ.χ. στον Καν 805/2004 (άρθρ. 20 § 2 στοιχ. β)⁵. Εκτελεστός τίτλος παραμένει η δικαστική απόφαση, κάτω από την οποία συντάσσεται, άλλωστε, και η επιταγή προς εκτέλεση⁶. Αποτελεί, ωστόσο, αναγκαίο τυπικό προαπαιτούμενο, καθώς χωρίς τη βεβαίωση αυτή, η απόφαση δεν μπορεί να κυκλοφορήσει ελεύθερα στον ενιαίο ευρωπαϊκό δικαστικό χώρο⁷. Για την έκδοση της βεβαίωσης το δικαστήριο χρησιμοποιεί υποχρεωτικά το τυποποιημένο έντυπο του παραρτήματος I του Καν 2015/281 της Επιτροπής, το οποίο παρέχεται σε όλες τις γλώσσες των κρατών μελών, ώστε να ελαχιστοποιείται η ανάγκη μετάφρασης και εξόδων⁸. Η τυποποίηση αυτή συνδυάζεται με την αναβάθμιση του περιεχομένου του εντύπου, σε σχέση με εκείνο του Καν 44/2001 (άρθρ. 54). Στο νέο Καν η βεβαίωση έχει σχεδιασθεί ως επανάληψη, με τη μορφή αποφασμάτων, της απόφασης, ώστε λειτουργώντας ως οιονεί υποκατάστατό της,

της διαδικασίας έκδοσης και εκτέλεσης της απόφασης επί της ουσίας (άρθρ. 2, αιτιολ. σκέψη 38), στην δεύτερη περίπτωση διότι τα κατ' άρθρ. 40 ασφαλιστικά μέτρα εκτελούνται μόνο εντός του κράτους αναγνώρισης και εκτέλεσης, οπότε επίδοση της βεβαίωσης δεν είναι αναγκαία· Νίκας/Σαχπεκίδου (-Νίκας), άρθρ. 43 αριθ. 6, 7· Αρβανιτάκης/Βασιλακάκης (-Ρήγας), Κανονισμός 1215/2012, 2020, άρθρ. 43, αριθ. 13· Δεληκωστόπουλος, Ζητήματα από την εφαρμογή του Κανονισμού 1215/2012 για τη διεθνή δικαιοδοσία και την εκτέλεση αποφάσεων, 2019, § 10 αριθ. 17.

4 Βλ. Νίκα/Σαχπεκίδου (-Νίκα), άρθρ. 42 αριθ. 2· Αρβανιτάκη/Βασιλακάκη (-Ρεβολίδη), Κανονισμός 1215/2012, 2020, άρθρ. 53 αριθ. 1· Rauscher (-Staudinger), EuZPR-EuIPR, Europäische Zivilprozess- und Kollisionsrecht I⁵, 2021, άρθρ. 53 Brüssel Ia-VO, αριθ. 1· Musielak/Voit (-Stadler), ZPO¹⁷, 2020, άρθρ. 53 Brüssel Ia-VO, αριθ. 1· Thone, Der Abschied vom Exequatur, GPR 2015, 149 (150).

5 Νίκας/Σαχπεκίδου (-Νίκας), άρθρ. 42 αριθ. 2· Αρβανιτάκης/Βασιλακάκης (-Ρήγας), άρθρ. 42 αριθ. 3· Rauscher (-Mankowski), άρθρ. 42 αριθ. 10. Αναλυτ. Γέσιου-Φαλτσή, Δίκαιο αναγκαστικής εκτέλεσεως ΙΙΙ - Η διεθνής αναγκαστική εκτέλεση, 2006, § 100 αριθ. 100· Τσικρικά, Ο ευρωπαϊκός εκτελεστός τίτλος, 2008, σ. 149-150, 152. Βλ. επίσης άρθρ. 21 § 2 στοιχ. β Καν 1896/2006 για την Ευρωπαϊκή Διαταγή Πληρωμής και άρθρ. 21 § 2 στοιχ. β Καν 861/2007 για την Ευρωπαϊκή Διαδικασία Μικροδιαφορών, όπου η βεβαίωση πρέπει, σε κάθε περίπτωση, να πληροί τους αναγκαίους όρους για την τεκμηρίωση της αποδεικτικής της αξίας, δηλαδή να αντιμετωπίζεται ισότιμα με την απόφαση (ή τη διαταγή πληρωμής)· Mankowski, ό.π.

6 Νίκας/Σαχπεκίδου (-Νίκας), άρθρ. 43 αριθ. 3.

7 ΔΕΕ 28.2.2019, C-579/17, BUAK Bauernarbeit-Urlaubs-i.Abfertigungskasse/Grandbeništvo Korana d.o.o., EU:C:2019:162, σκέψη 37· ΔΕΕ 17.6.2016 C-511/14, Pebros Servizi Srl/Aston Martin Lagonda Ltd, ECLI:EU:C:2016:448, σκέψη 27.

8 Rauscher (-Staudinger), άρθρ. 53 αριθ. 3· Schlosser/Hess, EU-Zivilprozessrecht⁴ (2015), άρθρ. 37 Brüssel Ia-VO αριθ. 5.

να γίνεται ευχερέστερα κατανοητή η εκτελούμενη απόφαση από τα όργανα εκτέλεσης και να διευκολύνεται η ελεύθερη κυκλοφορία της και η αυτόματη εφαρμογή της⁹.

Η αποτελεσματικότητα του συστήματος της αυτόματης εκτέλεσης στηρίζεται στην ποιότητα των εξακριβώσεων, στις οποίες πρέπει να προβεί το δικαστήριο έκδοσης της απόφασης, που θα χρησιμεύσουν, ακολούθως, ως βάση για τη σύνταξη της βεβαίωσης. Έτσι, ενώ η σύνταξη του εντύπου φαίνεται, εκ πρώτης όψεως, μια απλή τυπική διαδικασία με τη συμπλήρωση απλώς των οικείων πεδίων, στην πραγματικότητα απαιτεί συχνά μια εξειδικευμένη εργασία και γνώσεις και αποδίδει στο όργανο του κράτους μέλους έκδοσης ένα σημαντικό ρόλο για την προετοιμασία της εκτέλεσης σε άλλο κράτος μέλος, ο οποίος δεν πρέπει να υποτιμάται¹⁰.

Αντικείμενο της μελέτης, που αφιερώνεται με τιμή και αγάπη στον Καθηγητή της Νομικής Σχολής του Δημοκρίτειου Πανεπιστημίου Θράκης κ. Δημήτριο Μανιώτη, αποτελεί η αποτύπωση των πρόσφατων θέσεων του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης σχετικά με τη φύση της διαδικασίας έκδοσης της βεβαίωσης από το αρμόδιο δικαστήριο του κράτους μέλους προέλευσης. Η αναγνώριση του δικαιοδοτικού ή μη χαρακτήρα της συγκεκριμένης διαδικασίας αναδεικνύεται ως σημαντική, καθώς οριοθετεί τις ειδικότερες εξουσίες του δικαστηρίου και το δεσμευτικό ή μη χαρακτήρα της βεβαίωσης κατά το στάδιο της διασυνοριακής εκτέλεσης της απόφασης.

II. Διαδικαστικό περίγραμμα

Η βεβαίωση του άρθρ. 53 Καν 1215/2012 εκδίδεται μετά από την υποβολή (απρόθεσμης)¹¹ αίτησης κάθε ενδιαφερόμενου. Ελλείψει τυποποιημένου εντύπου, το περιεχόμενο και η διαδικασία υποβολής της αίτησης προσδιορίζονται από τη νομοθεσία του κράτους μέλους προέλευσης¹². Ως «ενδιαφερόμενος» νοείται πρωτίστως ο ενάγων της κύριας δίκης, ο οποίος προτίθεται να χωρήσει στην αναγνώριση (άρθρ. 36 § 2) ή εκτέλεση της απόφασης (άρθρ. 42). Γίνεται, ωστόσο, δεκτό ότι αντίστοιχη αίτηση μπορεί να υποβάλει και ο

9 Rauscher (-Mankowski), άρθρ. 42 αριθ. 13· Musielak/Voit (- Stadler), άρθρ. 53 αριθ. 1. Βλ. και Hess, Urteilsfreizügigkeit nach der VO Brüssel-Ia: beschleunigt oder ausgebremst?, FS f. P. Gottwald zum 70. Geburtstag, 2014, σ. 273 (278), που προσομοιάζει το περιεχόμενο της βεβαίωσης με το περιεχόμενο του πιστοποιητικού ΕυρΕΤ, θεωρώντας αυτή ως «οιονεί ευρωπαϊκό διαβατήριο» για την ελεύθερη κυκλοφορία της απόφασης εντός της ΕΕ.

10 Βλ. Rauscher (-Mankowski), άρθρ. 42 αριθ. 14.

11 BeckOK ZPO (-Ulrizi)⁴⁰, 2021, άρθρ. 53 Brüssel Ia-VO αριθ. 7· Wiczorek/Schütze (- Haubold), ZPO, Bd 13/2⁴, 2019, άρθρ. 53 EuGVVO αριθ. 9.

12 Ulrizi [προηγ. σημ], άρθρ. 53, αριθ. 8· Haubold [προηγ. σημ.], άρθρ. 53 αριθ. 9.

εναγόμενος, που επιθυμεί να ζητήσει την αναγνώριση (στο πλαίσιο της αναλογικής εφαρμογής του άρθρ. 36 § 2) ότι συντρέχει κάποιος λόγος άρνησης της αναγνώρισης του άρθρ. 45¹³. Ακρόαση του οφειλέτη δεν είναι καταρχήν απαραίτητη, μπορεί να αξιωθεί, όμως, σε εξαιρετικές περιπτώσεις (λ.χ. άρθρ. 915, 919 επ. ΚΠολΔ)¹⁴.

Το έντυπο περιλαμβάνει σειρά πεδίων που πρέπει να συμπληρωθούν, όπως: το κράτος μέλος, το δικαστήριο προέλευσης της απόφασης, τα ατομικά στοιχεία και τη χώρα των διαδίκων· τον αριθμό και την ημερομηνία έκδοσης της απόφασης και επί ερήμην εκδοθείσας απόφασης την ημερομηνία επίδοσης ή κοινοποίησης του εισαγωγικού εγγράφου της δίκης στον εναγόμενο· την εκτελεστότητα της απόφασης στο κράτος έκδοσής της¹⁵, την ημερομηνία που κατέστη εκτελεστή¹⁶ και την αντικειμενική/υποκειμενική έκταση της

13 Βλ. Νίκα/Σαχπεκίδου (-*Nika*), άρθρ. 53, αριθ. 2· Βασιλακάκη/Αρβανιτάκη (-*Πεβολίδη*), άρθρ. 53 αριθ. 1· Rauscher (-*Staudinger*), άρθρ. 53 αριθ. 2· Münchener Kommentar zur ZPO (-*Gottwald*), IV⁵, 2017, άρθρ. 53 Brüssel Ia-VO, αριθ. 5· σε Kindl/Meller-Hannig (-*Mäsch*), *Gesamtes Recht der Zwangsvollstreckung*⁴ (2021), άρθρ. 53 Brüssel Ia-VO, αριθ. 2. Πρβλ. Thomas/Putzo (-*Hüßtege*), ZPO⁴¹ (2020), άρθρ. 53 αριθ. 1: ως «ενδιαφερόμενος» κατ' άρθρ. 53 νοείται μόνον ο κατέχων τον εκτελεστό τίτλο δανειστής.

14 Νίκας [προηγ. σημ.]. Στη Γερμανία, η διαδικασία έκδοσης της βεβαίωσης διαμορφώνεται κατ' αντιστοιχία προς τη διαδικασία περιαφής του εκτελεστήριου τύπου (§ 1111 ZPO). Εκδίδεται από υπάλληλο του δικαστηρίου, χωρίς ακρόαση του οφειλέτη, ο οποίος ωστόσο έχει τη δυνατότητα άσκησης αντιρρήσεων· MüKoZPO (-*Gottwald*), άρθρο 53 αριθ. 6, 7, 8· Musielak/Voit (-*Stadler*), άρθρ. 53 αριθ. 1· Saenger (-*Dörner*), *Zivilprozessordnung*⁸ (2019), άρθρ. 53 Brüssel Ia-VO αριθ. 2. Πρβλ. όμως και *Ulrizi Anerkennung und Vollstreckung nach Brüssel Ia*, JZ 2016. 127 (132 επ.), που αμφισβητεί την εξίσωση της βεβαίωσης με την περιαφή, με το επιχείρημα ότι η περιαφή δεν μπορεί να αποτελέσει αντικείμενο αμφισβήτησης.

15 Αναφορά της δικονομικής ωριμότητας της απόφασης (λ.χ. ύπαρξη δεδικασμένου) δεν απαιτείται, αρκεί αυτή να είναι εκτελεστή (έστω και προσωρινά) κατά το δίκαιο του κράτους μέλους έκδοσης· Rauscher (-*Staudinger*), άρθρ. 53 αριθ. 3· Nagel/Gottwald (-*Gottwald*), *Internationales Zivilprozessrecht*⁸, 2020, § 12 αριθ. 8. Βλ. και Νίκα/Σαχπεκίδου (-*Nika*), άρθρ. 2 αριθ. 9.

16 Αμφισβητείται αν το δικαστήριο θα πρέπει να εκδώσει τη βεβαίωση, όταν η εκτέλεση τελεί υπό αναβλητική αίρεση, προθεσμία ή όρο (λ.χ. εγγυοδοσία) ή αν αντίθετα, αρκεί τα έγγραφα που αποδεικνύουν την πλήρωση της αίρεσης ή της προθεσμίας ή την καταβολή της εγγύησης να επιδίδονται το πρώτο στο όργανο εκτέλεσης. Ότι η πλήρωση της αίρεσης/προθεσμίας και η καταβολή εγγύησης αποτελεί πρωτίστως λόγο άρνησης χορήγησης της βεβαίωσης, MüKoZPO (-*Gottwald*), άρθρ. 53 αριθ. 9, 10, άρθρ. 39 αριθ. 22· ο *ιδιος*, IZPR, § 14 αριθ. 15· Rauscher (-*Staudinger*), άρθρ. 53 αριθ. 3, μ.π.π.· Wiczorek/Schütze (-*Haubold*), άρθρ. 53 αριθ. 15. Αναλυτ. *Ulrizi*, *Inländische Anerkennung- und Vollstreckungsbescheinigung nach der Brüssel Ia-VO*, GPR 2016.295 (300)· ο *ιδιος*, *Anerkennung und Vollstreckung nach Brüssel Ia*, JZ 2016.127 (133 επ.)· *Meller-Hannich*, *Schnittstellen und Wechselwirkungen zwischen dem europäischen Zivilprozessrecht und dem nationalen Vollstreckungsrecht*· Inhalt, ZVGIRWiss 2020. 254 (264 επ.). Το ζήτημα είχε αποτελέσει αντικείμενο προδικαστικού ερωτήματος του γερμανικού Ακυρωτικού (BGH Urteil v. 25.01.2018 - IX ZB 89/16, RIW 2018. 236), τελικά όμως η υπόθεση διαγράφηκε από το ΔΕΕ, λόγω κατάργησης της δί-

εκτελεστότητας· το περιεχόμενο της απόφασης και επί χρηματικής απαίτησης το καταβλητέο κύριο ποσό, τα ευθυνόμενα στην καταβολή του πρόσωπα (λ.χ. επί οφειλής εις ολόκληρον), το νόμισμα, τους τρόπους καταβολής, τους τυχόν οφειλόμενους (νόμιμους ή δικαστικούς τόκους) και τον τρόπο υπολογισμού τους, τα οφειλόμενα δικαστικά έξοδα, συμπεριλαμβανομένης της αμοιβής του δικηγόρου κ.α. Ειδικά επί απόφασης ασφαλιστικών μέτρων, εκτός των ανωτέρω, απαιτείται αναφορά του διατασσόμενου μέτρου και της ύπαρξης διεθνούς δικαιοδοσίας του δικαστηρίου που το εξέδωσε, καθώς σε διαφορετική περίπτωση το ασφαλιστικό μέτρο δεν εκτελείται διασυνοριακά (άρθρ. 35), άρθρ. 42 § 2. Αποκλίσεις ή τροποποιήσεις της δομής, της διάρθρωσης και των κατ' ιδίαν προβλέψεων της βεβαίωσης είναι ανεπίτρεπτες, ώστε να μην παραβλάπτεται η ομοιόμορφη εφαρμογή του Κανονισμού¹⁷. Επικύρωση ή ανάλογη διατύπωση (Apostille) της βεβαίωσης δεν απαιτείται (άρθρ. 61).

Ο Καν 1215/2012 δεν διευκρινίζει ειδικότερα το αρμόδιο για την έκδοση της βεβαίωσης δικαστήριο. Στην Ελλάδα αρμοδιότητα για την έκδοσή της θα έχει ο δικαστής που είναι αρμόδιος για την περιαφή του εκτελεστηρίου τύπου κατά τις διακρίσεις του άρθρ. 918 § 2 ΚΠολΔ¹⁸. Η ανάθεση του έργου σε δικαστή φαίνεται θεμιτή, καθώς η βεβαίωση πιστοποιεί την ύπαρξη και εκτελεστότητα της απόφασης. Δυνατότητα προσβολής της βεβαίωσης με ένδικα μέσα ή αιτήσεις διόρθωσης, ανάκλησης ή αναθεώρησης (όπως λ.χ. συμβαίνει κατά την έκδοση του Πιστοποιητικού ΕυρΕΤ, άρθρ. 10, 19 Καν 805/2006) δεν προβλέπονται στον Καν¹⁹, δεν αποκλείεται, όμως, στα εθνικά δίκαια να εισάγεται διαφορετική ρύθμιση²⁰. Στο ελληνικό δίκαιο, επί άρνησης έκδοσης της βεβαίωσης, γίνεται δεκτή η ανάλογη εφαρμογή του άρθρ. 918 § 5 ΚΠολΔ²¹. Έκδοση περισσότερων βεβαιώσεων, όταν ο δανειστής έχει έννομο συμφέρον

κης στη Γερμανία· βλ. ΔΕΕ 26.10.2018, C-135/18, Logistik XXL GmbH/Rudolph Spedition und Logistik GmbH, σκέψεις 1, 2, 3.

17 Νίκας/Σαχπεκίδου (-Νίκας), άρθρ. 53 αριθ. 1· Αρβανιτάκης/Βασιλακάκης (-Ρήγας), άρθρ. 37 αριθ. 4. Δεν θα πρέπει, πάντως, να αποκλείεται η χρήση της βεβαίωσης, όταν εμφανίζει απλώς επουσιώδεις ελλείψεις, καθώς συνεπιδίδεται και το αντίγραφο της απόφασης Rauscher (-Staudinger), άρθρ. 53 αριθ. 3.

18 Νίκας/Σαχπεκίδου (-Νίκας), άρθρ. 53 αριθ. 3· Αρβανιτάκης/Βασιλακάκης (-Ρήγας), άρθρ. 42 αριθ. 9· Αρβανιτάκης/Βασιλακάκης (-Ρεβολίδης), άρθρ. 53 αριθ. 3· Παμπούκης, Διεθνής δικαιοδοσία, αναγνώριση και εκτέλεση αποφάσεων σε αστικές και εμπορικές διαφορές. Ο νέος αναθεωρημένος Κανονισμός 1215/2012 Βρυξέλλες Ibis (2014), σ. 63.

19 Βλ. αναλυτ. αντί άλλων, Γέσιου-Φαλτσή, ΔικΑναγκΕκτ III, § 85 IV 1 αριθ. 88 επ.

20 Στο γερμανικό δίκαιο παρέχεται σε ορισμένες περιπτώσεις άσκηση ενδίκων βοηθημάτων, αντίστοιχων προς εκείνα που προβλέπονται κατά της περιαφής του εκτελεστηρίου τύπου και της έκδοσης απογράφου (§§ 1110, 1111 ZPO)· βλ. αντί άλλων MüKoZPO (-Gottwald), άρθρ. 53 αριθ. 2 επ.

21 Νίκας/Σαχπεκίδου (-Νίκας), άρθρ. 53 αριθ. 4.

να επιδιώξει την εκτέλεση της απόφασης σε περισσότερα κράτη μέλη (πρβλ. άρθρ. 918 § 3), θα πρέπει να θεωρείται επιτρεπτή²².

Τόσο η εκτελεστέα απόφαση όσο και η βεβαίωση συντάσσονται και προσκομίζονται στη γλώσσα του δικαστηρίου προέλευσης, όπως δε ήδη λέχθηκε, επιδίδονται στον καθ' ου προ πάσης εκτέλεσης²³. Προσκόμιση μετάφρασης δεν είναι καταρχήν απαραίτητη, ώστε να υπάρξει εξοικονόμηση πρόσθετων μεταφραστικών δαπανών²⁴. Εξαιρετικά, η αρμόδια αρχή εκτέλεσης μπορεί, εάν το κρίνει αναγκαίο, να ζητήσει να προσκομισθεί μετάφραση ή μεταγραμματισμός κατά την έννοια του άρθρ. 57 του περιεχομένου της βεβαίωσης (άρθρ. 47 § 3). Η αρμόδια αρχή μπορεί επίσης να ζητήσει και μετάφραση της εκτελούμενης απόφασης, αλλά μόνον αν δεν μπορεί να συνεχίσει τη διαδικασία χωρίς μετάφραση (άρθρ. 42 § 4). Η μετάφραση γίνεται στην επίσημη γλώσσα ή σε μία από τις επίσημες γλώσσες του κράτους μέλους εκτέλεσης ή και σε οποιαδήποτε άλλη επίσημη γλώσσα ή γλώσσες της ΕΕ, υπό την προϋπόθεση ότι το οικείο κράτος μέλος έχει δηλώσει ότι την αποδέχεται (άρθρ. 57 § 2). Η μετάφραση πρέπει να πραγματοποιείται από επίσημο μεταφραστή οποιουδήποτε κράτους μέλους (όχι μόνο του κράτους μέλους εκτέλεσης) και στην Ελλάδα αποκλειστικά στην ελληνική γλώσσα και μπορεί να πραγματοποιηθεί από τα πρόσωπα που έχουν τη σχετική εξουσία σε κάποιο κράτος μέλος²⁵, εφόσον έχουν επαρκή γνώση της γλώσσας. Επικύρωση της μετάφρασης δεν είναι απαραίτητη (άρθρ. 61), ενώ τα μεταφραστικά έξοδα υπολογίζονται σύμφωνα με το δίκαιο του κράτους μέλους εκτέλεσης.

III. Φύση της διαδικασίας έκδοσης της βεβαίωσης και εξουσίες του εκδίδοντος αυτή δικαστηρίου

Ο Καν 1215/2012 δεν περιέχει κάποια διάταξη σε σχέση με τη διαδικασία που πρέπει να ακολουθείται για την έκδοση της βεβαίωσης του άρθρ. 53 ούτε προσδιορίζει ειδικότερα τις εξουσίες του εκδίδοντος αυτή δικαστηρίου. Τα διοικητικά και πρακτικά στοιχεία της διαδικασίας (λ.χ. η εσωτερική αρμοδιότητα του δικαστηρίου προέλευσης, τα έγγραφα που πρέπει να προσκομι-

22 Nagel/Gottwald (-Gottwald), άρθρ. 53 αριθ. 5· Musielak/Voit (- Stadler), άρθρ. 53 αριθ. 1 Ulrici, JZ 2016. 127 (132).

23 Στην Ελλάδα η παράλειψη της επίδοσης αντιμετωπίζεται βάσει των άρθρ. 933 § 1, 159 αριθ. 1 ΚΠολΔ· βλ. αντί άλλων Νίκα/Σαχπεκίδου (-Νίκα) άρθρ. 43 αριθ. 2.

24 Πράγματι, η δομή και το περιεχόμενο της βεβαίωσης είναι όμοια σε όλες τις επίσημες γλώσσες των κρατών μελών, ώστε η αναγωγή στα εκάστοτε στοιχεία της αλλοδαπής βεβαίωσης στα αντίστοιχα στοιχεία της ελληνικής να είναι ευχερής με μία απλή σύγκριση των αντίστοιχων εγγράφων.

25 Μεταξύ αυτών περιλαμβάνονται και οι δικηγόροι (άρθρ. 36 § 2 ΚωδΔικ, ν. 4194/2013).

σθούν, η ύπαρξη και το ύψος των τελών κλπ.) διέπονται από τη νομοθεσία των κρατών μελών. Ωστόσο, αυτό συμβαίνει μόνον εφόσον διασφαλίζεται η τήρηση των διατάξεων του Καν 1215/2012 και δεν παρεμποδίζεται η επίτευξη των στόχων του. Δεν είναι, λοιπόν, παράδοξο ότι το ζήτημα της φυσιογνωμίας της διαδικασίας έκδοσης της βεβαίωσης και του εύρος του ασκούμενου δικαστικού ελέγχου απασχόλησε πρόσφατα το Δικαστήριο. Δύο ήταν τα βασικά ζητήματα: πρώτον, αν το δικαστήριο κατά την έκδοση της βεβαίωσης ασκεί δικαιοδοτικό έργο, που του επιτρέπει τον επανέλεγχο κρίσιμων στοιχείων της απόφασης επί της ουσίας ή αν, αντίθετα, η βεβαίωση εκδίδεται αυτόματα με απλή αίτηση του ενδιαφερόμενου διαδίκου, χωρίς καμία έρευνα και δεύτερον, εφόσον αναγνωριστεί δικαστική δραστηριότητα στο δικαστήριο, ποια είναι τα όρια της εξουσίας του.

Ειδικότερα, στην υπόθεση *Korana*²⁶, αντικείμενο του προδικαστικού ερωτήματος, το οποίο υποβλήθηκε κατά το στάδιο έκδοσης της βεβαίωσης από το αρμόδιο δικαστήριο του κράτους μέλους προέλευσης, αφορούσε την ερμηνεία του όρου «αστικές και εμπορικές υποθέσεις» κατά το άρθρ. 1 § 1 στοιχ. α Καν 1215/2012. Το αιτούν δικαστήριο προβληματίσθηκε σχετικά με δυνατότητα έκδοσης της βεβαίωσης, καθώς, κατά την κρίση του, από την εκδοθείσα ερήμην του εναγομένου τελεσίδικη απόφαση δεν προέκυπτε, πέραν κάθε αμφιβολίας, αν το δικαστήριο της ουσίας είχε επιβεβαιώσει, κατ' εφαρμογή του οικείου εθνικού νομοθετικού πλαισίου, ότι η συγκεκριμένη υπόθεση ενέπιπτε στην έννοια των «αστικών και εμπορικών υποθέσεων» και συνεπώς στο πεδίο εφαρμογής του Καν. Αντίστοιχα, στην υπόθεση *Salvoni*²⁷, το ΔΕΕ

26 ΔΕΕ 28.2.2019, C-579/17, BUAK Bauerarbeit-Urlaubs-i.Abfertigungskasse/Grandbeništvo Korana d.o.o. ECLI:EU:C:2019:162. Στην προκείμενη υπόθεση έγινε τελεσίδικα δεκτή αγωγή του συλλογικού οργανισμού δημοσίου δικαίου BUAK («Ταμείο για τα επιδόματα αδείας και τις αποζημιώσεις λόγω αποχωρήσεως που καταβάλλονται σε οικοδόμους», Βιέννη, Αυστρία) κατά της ερήμην δικασθείσας εταιρίας Korana, επιχείρησης σλοβενικού δικαίου, για καταβολή οφειλόμενων προσαυξήσεων των ημερών εργασίας των αποσπασθέντων από την επιχείρηση αυστριακών οικοδόμων. Ενόψει τούτου, ο οργανισμός υπέβαλε ενώπιον του ίδιου δικαστηρίου αίτηση έκδοσης της βεβαίωσης του άρθρ. 53, το οποίο, ωστόσο, αμφέβαλε αν μπορούσε να ικανοποιήσει το αίτημα.

27 ΔΕΕ 4.9.2019, C-347/18, Allesandro Salvoni/Anna Maria Fiermonte, ECLI:EU:C:2019:661. Στην συγκεκριμένη υπόθεση εκδόθηκε διαταγή πληρωμής υπέρ του ενάγοντος, δικηγόρου Μιλάνου, κατά της καθ' ης, κατοίκου Αμβούργου, για καταβολή οφειλόμενης δικηγορικής αμοιβής. Δεδομένου ότι η εναγόμενη δεν προσέβαλε τη διαταγή πληρωμής, ο ενάγων υπέβαλε στο Tribunale di Milano αίτηση για έκδοση βεβαιώσεως του άρθρ. 53 Καν 1215/2012. Το εθνικό δικαστήριο προχώρησε σε αυτεπάγγελτη αναζήτηση μέσω του διαδικτύου, από την οποία προέκυψε ότι ο ενάγων ασκούσε δραστηριότητα κατευθυνόμενη προς τη Γερμανία, και κάλεσε τον αιτούντα να αποδείξει σε ποιο γραφείο ασκούσε τη δραστηριότητά του κατά το χρονικό διάστημα κατά το οποίο παρείχε τις υπηρεσίες του ως δικηγόρος της εναγομένης. Από τα προσκομισθέντα έγγραφα επιβεβαιώθηκε ότι η δραστηριότητα του αιτούντος κατευθυνόταν στη Γερμανία και ότι κατά το χρόνο παροχής των υπηρεσιών του

κλήθηκε να αποφανθεί αν, ενόψει του άρθρ. 47 του Χάρτη Θεμελιωδών Δικαιωμάτων της ΕΕ, η δικαστική αρχή, που επιλαμβάνεται της έκδοσης της βεβαίωσης του άρθρ. 53 Καν 1215/2012 για τη διασυνοριακή εκτέλεση τελεσίδικης απόφασης, μπορεί να ασκήσει αυτεπαγγέλτως εξουσίες με σκοπό τη διαπίστωση ενδεχόμενης παράβασης των κανόνων διεθνούς δικαιοδοσίας για τις καταναλωτικές συμβάσεις (Κεφάλαιο II, Τμήμα 4 Κανονισμού 1215/2012), ώστε να ενημερώσει, στη συνέχεια, τον καταναλωτή για τη σχετική παραβίασή τους και να του παράσχει τη δυνατότητα να εκτιμήσει το ενδεχόμενο άσκησης του ενδίκου βοηθήματος του άρθρ. 45 κατά της επισπευδόμενης σε βάρος του αναγκαστικής εκτέλεσης. Η επί της ουσίας απάντηση των ζητημάτων αυτών προϋπέθετε την εκ μέρους του Δικαστηρίου έρευνα, εάν το, εθνικό δικαστήριο, ασκεί δικαιοδοτική δραστηριότητα, η οποία είναι απαραίτητη για την υποβολή προδικαστικού ερωτήματος κατ' άρθρ. 267 ΣΛΕΕ.

Κατά πάγια ερμηνεία του Δικαστηρίου²⁸, παρά το γεγονός ότι το άρθρ. 267 ΣΛΕΕ δεν εξαρτά την υποβολή της αίτησης για έκδοση προδικαστικής απόφασης από τον κατ' αντιμωλία χαρακτήρα της διαδικασίας, στο πλαίσιο της οποίας το εθνικό δικαστήριο διατυπώνει προδικαστικό ερώτημα, εντούτοις τα εθνικά δικαστήρια μπορούν να υποβάλουν τέτοια αίτηση μόνον εφόσον εκκρεμεί ενώπιόν τους ένδικη διαφορά και εφόσον καλούνται να αποφανθούν στο πλαίσιο διαδικασίας, η οποία πρόκειται να καταλήξει στην έκδοση απόφασης δικαιοδοτικού χαρακτήρα. Αντίθετα, όταν το αιτούν δικαστήριο ενεργεί ως διοικητική αρχή, χωρίς συγχρόνως να καλείται να επιλύσει μια διαφορά, δεν μπορεί να θεωρηθεί ότι επιτελεί δικαιοδοτική λειτουργία. Η φράση «για την έκδοση της δικής του απόφασης» (άρθρ. 267 § 2), αν και αφορά το σύνολο της διαδικασίας, η οποία καταλήγει στην έκδοση απόφασης από το αιτούν δικαστήριο, εντούτοις πρέπει να ερμηνεύεται διασταλτικά, ώστε να αποτρέπεται το ενδεχόμενο, αφενός, να κρίνονται απαράδεκτα πλήθος διαδικαστικών ζητημάτων και, επομένως, να μην μπορούν να εξετασθούν από το Δικαστήριο, και, αφετέρου, να στερείται το Δικαστήριο της δυνατότητας να αποφανθεί επί της ερμηνείας του συνόλου των διατάξεων του δικαίου της Ένωσης, τις οποίες

η εναγομένη διέμενε στη Γερμανία. Το δικαστήριο, εκτιμώντας ότι η σχέση μεταξύ των δύο προσώπων μπορούσε να εξομοιωθεί με καταναλωτική σύμβαση, συνήγαγε το συμπέρασμα ότι η διαταγή πληρωμής είχε εκδοθεί κατά παράβαση των διατάξεων διεθνούς δικαιοδοσίας στις καταναλωτικές συμβάσεις. Διατηρώντας, όμως, αμφιβολίες ως προς τις εξουσίες του, προχώρησε την υποβολή προδικαστικού ερωτήματος στο Δικαστήριο.

28 Βλ. ΔΕΚ 17.5.1994, C-18/93, Corsica Ferries, Συλλογή 1994, σ. I-1783, σκέψη 12· ΔΕΚ 19.10.1995, C-111/94, Job Centre, Συλλογή 1995, σ. I3361, σκέψη 9· ΔΕΚ 12.11.1009, C-134/97, Victoria Film, Συλλογή 1998 I-07023, σκέψη 14· ΔΕΚ 14.6.2001, C-178/99, Salzmann, Συλλογή 2001, σ. I-4421, σκέψη 14· ΔΕΚ 15.1.2002, C- 182/00, Lutz GmbH κλπ., 2002 I-00547, σκέψη 13· ΔΕΚ 27.4.2006, C-96/04, Standesamt Stadt Niebüll, Συλλογή 2006 I-03561, σκέψη 34.

υποχρεούνται να εφαρμόσει το αιτούν δικαστήριο²⁹.

Το ΔΕΕ είχε ήδη υιοθετήσει τις ανωτέρω αρχές για τη διαπίστωση της φύσης της πιστοποίησης δικαστικής απόφασης ως ευρωπαϊκού εκτελεστού τίτλου στο πλαίσιο του Καν 805/2004. Πράγματι, στην απόφαση *Pebros Servizi*³⁰, αποφάνθηκε ότι η πιστοποίηση δικαστικής απόφασης ως ΕυρΕΤ αποτελεί πράξη δικαιοδοτικής φύσης³¹, επιβεβαιώνοντας την ανάλυση που είχε γίνει δεκτή στην προηγούμενη απόφαση *Imtech Marine Belgium*³², η οποία είχε διακρίνει σαφώς τη διαδικασία της πιστοποίησης από την τυπική πράξη χορήγησης του πιστοποιητικού ΕυρΕΤ: η πρώτη προηγείται χρονικά και διενεργείται αποκλειστικά από δικαστήριο του κράτους προέλευσης (άρθρ. 6 § 1) ενώ η δεύτερη λαμβάνει χώρα μετά την έκδοση της απόφασης που πιστοποιείται ως τίτλος εκτελεστός (άρθρ. 9) και δεν αποτελεί κατ' ανάγκη πράξη, την οποία πρέπει να επιληφθεί ο δικαστής, οπότε είναι δυνατό να ανατεθεί στη γραμματεία του δικαστηρίου³³.

Οι θέσεις αυτές εναρμονίζονται μεν πλήρως με το σύστημα του Καν 805/2004, είναι, ωστόσο, αμφίβολο αν μπορούν να μεταφερθούν αυτούσιες στον Καν 1215/2012. Κατά το πρώτο στάδιο της πιστοποίησης της απόφασης ως ΕυρΕΤ το δικαστήριο είναι υποχρεωμένο, από τον ίδιο τον Καν 805/2004,

29 ΔΕΚ 25.6.2009, C-14/08, Roda Golf & Beach Resort, Συλλογή 2009 I-05439, EU:C:2009:395, σκέψεις 33 και 34· ΔΕΚ 17.2.11, C-283/09, Weryński, ECLI:EU:C:2011:85, σκέψεις 41, 42· ΔΕΕ 11.6.2015, C-226/13, C-245/13, C-248/13, C-578/13, Fahnenbrok κλπ., σκέψη 30, EU:C:2015:383, σκέψεις 30, 31.

30 ΔΕΕ 16.6.2016, C-511/14, Pebros Servizi Srl/Aston Martin Lagonda Ltd, ECLI:EU:C:2016:448. Το προδικαστικό ερώτημα αφορούσε αν, σε περίπτωση αμετάκλητης καταψηφιστικής απόφασης που εκδόθηκε ερήμην κατά προσώπου, το οποίο, πάντως, δεν αναγνώρισε ρητά το επίδικο δικαίωμα, απόκειται στο εθνικό δίκαιο να καθορίσει αν η δικονομική αυτή συμπεριφορά ισοδυναμεί με «μη αμφισβήτηση» κατά την έννοια του Καν 805/2004, με ενδεχόμενο αποτέλεσμα να απορριφθεί, κατά το εθνικό δίκαιο, η μη αμφισβητούμενη φύση της αξίωσης ή αν, αντίθετα, η έκδοση ερήμην απόφασης συνεπάγεται, από τη φύση της, βάσει του δικαίου της Ένωσης, μη αμφισβήτηση με αποτέλεσμα να πρέπει να εφαρμοσθεί ο Καν 805/2004, ανεξαρτήτως της εκτίμησης του εθνικού δικαστηρίου.

31 ΔΕΕ 17.6.2016 [προηγ. σημ.], σκέψεις 46 επ.

32 ΔΕΕ 17.12.2015, C-300/14, Imptech Marine Belgium/Radio Hellenic SA, ECLI:EU:C:2015:825. Τα 5 προδικαστικά ερωτήματα που υπέβαλε το δικαστήριο αφορούσαν κατά κύριο λόγο την ερμηνεία του άρθρ. 19 § 1 Καν 805/2004. Μεταξύ αυτών περιλαμβανόταν και το ερώτημα αν η πιστοποίηση της απόφασης ως ΕυρΕΤ συνιστά δικαστική απόφαση, η οποία πρέπει να ζητηθεί με το εισαγωγικό έγγραφο της δίκης και επί καταφατικής απάντησης, ποιο όργανο είναι αρμόδιο για την πιστοποίηση και ποιο για την έκδοση του αποδεικτικού πιστοποίησης καθώς και, επί αρνητικής απάντησης, αν ο ενάγων θα μπορούσε να ζητήσει, το πρώτο μετά την έκδοση αμετάκλητης απόφασης, από τον γραμματέα την πιστοποίηση της απόφασης ως ΕυρΕΤ.

33 ΔΕΕ 17.12.2015 [προηγ. σημ.] σκέψεις 43 επ. Βλ. και Γέσιου-Φαλτσή, ΔικΑναγκΕκτ III, § 85 IV 2 δ αριθ. 81, σ. 667.

να επαληθεύσει τα απαριθμούμενα στο άρθρ. 6 § 1 στοιχεία, να προβεί δηλαδή σε εξονυχιστική έρευνα πριν επιτραπεί η αυτόματη εκτέλεση³⁴. Στην πραγματικότητα, δηλαδή, πρέπει να ελέγξει την ορθότητα της προηγούμενης κρίσης του³⁵. Στο πλαίσιο αυτό, ο έλεγχος της νομότυπης διεξαγωγής της δίκης, μετά την οποία εκδόθηκε η απόφαση που αποτελεί αντικείμενο πιστοποίησης, δεν έχει διαφορετική φύση από τις δικαιοδοτικούς χαρακτήρα επαληθεύεις, στις οποίες πρέπει να προβαίνει το δικαστήριο πριν την έκδοση δικαστικών αποφάσεων σε άλλες υποθέσεις. Επομένως, η συγκεκριμένη διαδικασία δεν διαχωρίζεται από την προηγηθείσα ένδικη διαδικασία, αλλά αποτελεί το καταληκτικό στάδιό της, το οποίο είναι αναγκαίο προκειμένου να διασφαλισθεί ότι θα αναπτύξει πλήρως τα αποτελέσματά της, παρέχοντας στο δανειστή τη δυνατότητα να επιτύχει την ικανοποίηση της αξίωσής του σε άλλο κράτος μέλος³⁶. Επιπρόσθετα, εφόσον οι ελάχιστες προϋποθέσεις για την πιστοποίηση ελέγχθηκαν με θετικό αποτέλεσμα στο κράτος προέλευσης του τίτλου, η πανευρωπαϊκή εμβέλεια της εκτελεστότητάς του δεν υπόκειται σε περαιτέρω περιορισμούς και προϋποθέσεις. Ο οφειλέτης δεν μπορεί να αμφισβητήσει ούτε την εκτελεστότητα του τίτλου ούτε την ισχύ του στις έννομες τάξεις των κρατών μελών³⁷. Ενόψει των ανωτέρω δεδομένων, καθίσταται φανερό ότι, πέρα από τις ενδεχόμενες ομοιότητες του Καν 804/2004 και του Καν 1215/2012, η διαδικασία πιστοποίησης απόφασης ως ΕυρεΤ διαφέρει από τη διαδικασία έκδοσης και τη λειτουργία της βεβαίωσης του άρθρ. 53 Καν 1215/2012. Παρά το

34 Πρόκειται για τον έλεγχο της εκτελεστότητας της απόφασης στο κράτος μέλος προέλευσης, την τήρηση των εξαιρετικών κανόνων διεθνούς δικαιοδοσίας του Καν 44/2001 (συμβάσεις ασφάλισης, συμβάσεις καταναλωτών, ατομικές συμβάσεις εργασίας, αποκλειστικές βάσεις διεθνούς δικαιοδοσίας), τη φύση της αξίωσης ως μη αμφισβητούμενης και, ιδίως επί καταψηφιστικών αποφάσεων, την τήρηση των ελάχιστων προϋποθέσεων του Καν για την επίδοση του εισαγωγικού δικογράφου στον εναγόμενο (άρθρ. 12 επ.) και τις συνέπειες της δικονομικής συμπεριφοράς του κατά τη *lex fori*.

35 Βλ. σχετ. αντί άλλων, *Τσικρικά*, ΕυρεΤ, σ. 19. Πρβλ. *Γέσιου-Φαλτσή*, ΔικΑναγκΕκτ ΙΙΙ, § 85 IV 2 αριθ. 82: «... είναι σκόπιμο ο έλεγχος των προϋποθέσεων ... για λόγους ασφάλειας δικαίου, να επιχειρείται από άλλους δικαστές ...». Στην Ελλάδα εφαρμόζονται οι ρυθμίσεις για την περιαφή του εκτελεστήριου τύπου.

36 Βλ. ΔΕΕ 16.6.2016, C-511/14, *Pebros Servizi Srl/Aston Martin Lagonda Ltd*, ECLI:EU:C:2016:448, σκέψεις 30 επ.

37 *Γέσιου-Φαλτσή*, ΔικΑναγκΕκτ ΙΙΙ, § 85 IV 3 β, αριθ. 108, σ. 688 επ.· *Τσικρικά*, ΕυρεΤ, σ. 126. Αντίστοιχη λύση γίνεται δεκτή και στο πλαίσιο των άρθρ. 41 και 42 Καν 2201/2003, σύμφωνα με τα οποία οι εκτελεστές αποφάσεις κρατους μέλους για το δικαίωμα επικοινωνίας και την επιστροφή του τέκνου, για τις οποίες έχει εκδοθεί το οικείο πιστοποιητικό (άρθρ. 41 § 2, άρθρ. 42 § 2), αναγνωρίζονται και εκτελούνται σε άλλο κράτος μέλος, χωρίς να απαιτείται κήρυξη της εκτελεστότητας και χωρίς η αναγνώριση να μπορεί να προσβληθεί στο άλλο κράτος μέλος· βλ. ΔΕΚ 22.12.2010, C-491/10 PPU, *Aguirre Zarraga*, Συλλογή 2010. I-14247, σκέψεις 48 επ., 54 επ. Βλ. σχετ. αντί άλλων, Αρβανιτάκη/Βασιλακάκη (-*Σταματιάδη*), Κανονισμός (ΕΚ) 2201/2003, 2016, άρθρ. 41 αριθ. 4 επ., άρθρ. 42 αριθ. 3.

γεγονός ότι αμφότερα νομοθετήματα διατυπώνουν την αρχή της κατάργησης της κήρυξης της εκτελεστότητας, ο Καν 1215/2012 ταυτόχρονα τη γενικεύει χωρίς προϋποθέσεις. Η μείζων αυτή καινοτομία, που εισήχθη για την αναμόρφωση και απλοποίηση του Καν 44/2001, απορρέει από την αρχή της άμεσης εκτελεστότητας (άρθρ. 39) και της πλήρους εξομοίωσης της αλλοδαπής με τις ημεδαπές αποφάσεις³⁸. Επιπρόσθετα, ο Καν 1215/2012 δεν αποκλείει την άρνηση της εκτέλεσης, όταν συντρέχει κάποιο από τα προβλεπόμενα στο άρθρ. 45 § 1 κωλύματα.

Από το άλλο μέρος, στο σύστημα του Καν 44/2001, το Δικαστήριο, στην απόφαση *Trade Agency*³⁹, η οποία εκδόθηκε στο πλαίσιο άσκησης ενδίκου βοηθήματος κατά της κήρυξης της εκτελεστότητας απόφασης που είχε εκδοθεί ερήμην στο κράτος μέλος προέλευσης και στην οποία επισυναπτόταν η βεβαίωση του άρθρ. 54, δέχθηκε ότι η έκδοση της βεβαίωσης είναι οιονεί αυτόματη, με απλή συμπλήρωση των πεδίων του εντύπου. Έλεγχος των κατ' ιδίαν στοιχείων της επίδοσης δεν διενεργείται στο κράτος μέλος προέλευσης⁴⁰. Εφόσον το δικαστήριο ή αρχή που είναι αρμόδια για την έκδοση της βεβαίωσης του άρθρ. 45 δεν είναι πάντοτε τα ίδια μ' εκείνα που εξέδωσαν την απόφαση της οποίας ζητείται η εκτέλεση, τα πληροφοριακά στοιχεία που περιλαμβάνονται στη βεβαίωση δεν μπορούν παρά να έχουν αμιγώς ενδεικτικό χαρακτήρα και ενημερωτική αποστολή. Αυτό απορρέει, άλλωστε, και από τον απλώς ενδεχόμενο χαρακτήρα της βεβαίωσης, ελλείψει της οποίας ο δικαστής του κράτους μέλους βεβαίωσης, κατά το στάδιο κήρυξης της εκτελεστότητας, μπορεί να δεχθεί ισοδύναμο έγγραφο ή, αν κρίνει ότι έχει διαφωτισθεί επαρκώς, να μην απαιτήσει την προσκόμιση της βεβαίωσης (άρθρ. 55 § 2), ενώ επιτρέπεται ο επανέλεγχος της κήρυξης της εκτελεστότητας βάσει των οριζόμενων στα άρθρ. 34, 35 Καν 44/2001.

Η ρύθμιση του Καν 1215/2012 δεν διαφοροποιείται ουσιαστικά ούτε, όμως, ταυτίζεται πλήρως με τον Καν 44/2001. Τα στοιχεία που μπορούν να χρησιμεύσουν για την οριοθέτηση της εξουσίας του δικαστηρίου έκδοσης της βεβαίωσης του άρθρ. 53 πρέπει να αντληθούν αφενός από το γράμμα των εφαρ-

38 Βλ. Προτάσεις του Γ.Ε. *Yves Bot* της 25.10.2018, C-579/17 BUAK Bauerarbeit-Urlaubs-i. Abfertigungskasse/Grandbeništvo Korana d.o.o., ECLI:EU:C:2018:863, σκέψεις 41, 42.

39 ΔΕΕ 16.9.2012, C-619/10, *Trade Agency Ltd/Seramico Investments Ltd*, EU:C:2012:531. Το κρίσιμο για το εξεταζόμενο θέμα προδικαστικό ερώτημα αφορούσε, αν το δικαστήριο που εκδικάζει την προσφυγή του καθ' ου η εκτέλεση κατά της κήρυξης εκτελεστότητας, μπορούσε να επανελέγξει τη νομότυπη επίδοση του εισαγωγικού δικογράφου της δίκης στον εναγόμενο (άρθρ. 34 σημ. 2), παρά το γεγονός ότι στην προσκομιζόμενη κατά το στάδιο κήρυξης της εκτελεστότητας βεβαίωση του άρθρ. 54 αναγραφόταν η ημερομηνία επίδοσης της αγωγής.

40 Έτσι και *Rauscher (-Mankowski)*, άρθρ. 38 αριθ. 19· *Nagel/Gottwald (-Gottwald)*, *Internationales Zivilprozessrecht*⁶ (2007), § 12 αριθ. 108.

μοστέων διατάξεων και αφετέρου από το σύστημα και τους επιδιωκόμενους από τον Καν σκοπούς. Με το άρθρ. 53 Καν 1215/2012 ο νομοθέτης της ΕΕ επικύρωσε τις θέσεις του Δικαστηρίου στην απόφαση *Trade Agency*, ότι η έκδοση της βεβαίωσης είναι, καταρχήν, «οιονεί αυτόματη». Αυτό καταδεικνύεται από την επιτακτική διατύπωση της διάταξης, που διαλαμβάνει ότι «κατόπιν αιτήσεως οποιουδήποτε ενδιαφερομένου, το δικαστήριο προέλευσης εκδίδει τη βεβαίωση»⁴¹. Υπό την έννοια αυτή, το δικαστήριο που επιλαμβάνεται της βεβαίωσης του άρθρ. 53 Καν 1215/2012, επαναλαμβάνει κυρίως στοιχεία που περιλαμβάνονται στην εκτελούμενη απόφαση και δεν υποχρεούται να εξακριβώσει ούτε αν τηρήθηκαν συγκεκριμένες διαδικαστικές εγγυήσεις κατά την έκδοση της απόφασης⁴² ούτε αν η διαδικασία της κύριας δίκης διεξήχθη σύμφωνα με τους ειδικούς κανόνες που ορίζουν συγκεκριμένα νομοθετήματα⁴³. Από το άλλο μέρος, διαφορετικά από τον Καν 44/2001 (άρθρ. 54), όπου η βεβαίωση μπορούσε να εκδοθεί και από άλλη αρχή (λ.χ. τη γραμματεία του δικαστηρίου), στον Καν 1215/2012 εκδίδεται μόνο από το «δικαστήριο προέλευσης» (άρθρ. 53), η δε προσκόμισή της είναι, ενόψει της κατάργησης της κήρυξης *exequatur* και κάθε προληπτικού ελέγχου στο κράτος μέλος εκτέλεσης, υποχρεωτική και δεν μπορεί να αντικατασταθεί από άλλα στοιχεία ή έγγραφα, κοινοποιείται δε υποχρεωτικά στον καθ' ου προ πάσης εκτέλεσης⁴⁴.

Η λειτουργία της βεβαίωσης ως βάσης για την εφαρμογή της άμεσης εκτέλεσης εντός της ΕΕ δικαιολογεί, ωστόσο, σύμφωνα με το ΔΕΕ, τη δυνατότητα άσκησης περιορισμένου ελέγχου εκ μέρους του δικαστηρίου έκδοσής της. Λαμβανομένου υπόψη ότι η υπαγωγή ή μη μιας υπόθεσης στο πεδίο εφαρμογής του Καν 1215/2012 αποτελεί αναγκαίο προαπαιτούμενο για την ενεργοποίηση του συνόλου των διατάξεών του, όταν το δικαστήριο της κύριας δίκης δεν αποφάνθηκε σχετικά με τη δυνατότητα εφαρμογής του Καν 1215/2012 ούτε είναι πρόδηλο από τα στοιχεία της δίκης ότι πληρούνται η προϋπόθεση αυτή, το δικαστήριο, κατά το στάδιο έκδοσης της βεβαίωσης επιβάλλεται να ελέγξει αν ο Καν 1215/2012 έχει εφαρμογή *rationae temporis* ή *rationae materiae* στην υπό κρίση υπόθεση⁴⁵. Στην περίπτωση αυτή, ελέγχοντας το

41 Βλ. Προτάσεις του Γ.Ε. *Michal Bobek*, της 7.5.2019, C-347/18, Alessandro Salvoni/Anna Maria Fiermonte, ECLI:EU:C:2019:370, σκέψη 56.

42 Λ.χ. Καν 805/2004 αναφορικά με τις μη αμφισβητούμενες αξιώσεις· βλ. ΔΕΕ 16.6.2016 ό.π., σκέψεις 35, 36 και την εκεί παρατιθέμενη νομολογία.

43 Λ.χ. Καν 1896/2006 για τη θέσπιση ευρωπαϊκής διαδικασίας διαταγής πληρωμής, Καν 861/2007 για τη θέσπιση ευρωπαϊκής διαδικασίας μικροδιαφορών.

44 Έτσι οι Προτάσεις Γ.Ε. *Yves Bott*, της 25.10.2018, C-579/17, BUAK Bauerarbeit-Urlaubs-u. Abfertigungskasse/Grandbeništvo Korana d.o.o., ECLI:EU:C:2018:863, σκέψη 40. Βλ. και Rauscher (-*Mankowski*), άρθρ. 42 αριθ. 11 α.

45 ΔΕΕ 28.2.2019, C-579/17, BUAK Bauerarbeit-Urlaubs-i.Abfertigungskasse/Grandbeništvo

εθνικό δικαστήριο αν είναι αρμόδιο να εκδώσει τη βεβαίωση, μετέχει στη συνέχιση της προγενέστερης δικαστικής διαδικασίας διασφαλίζοντας την πλήρη αποτελεσματικότητά της, στο μέτρο που, χωρίς τη βεβαίωση αυτή, η απόφαση δεν μπορεί να εκτελεστεί σε άλλα κράτη μέλη⁴⁶.

Το συμπέρασμα αυτό ανταποκρίνεται στην ανάγκη εξασφάλισης της ταχείας εκτέλεσης των δικαστικών αποφάσεων, κατοχυρώνοντας παράλληλα την ασφάλεια δικαίου στην οποία στηρίζεται η αμοιβαία εμπιστοσύνη κατά την απονομή της δικαιοσύνης εντός της Ένωσης. Περαιτέρω, κατά το πνεύμα του Καν 1215/2012, η έκδοση της βεβαίωσης ανατίθεται στο δικαστήριο που γνωρίζει καλύτερα τη διαφορά και το οποίο, επί της ουσίας, είναι το πλέον κατάλληλο να βεβαιώσει ότι η απόφαση είναι εκτελεστή κατά τις διατάξεις του. Επομένως, εκδίδοντας τέτοια βεβαίωση, το δικαστήριο προέλευσης επιβεβαιώνει σιωπηρά ότι η απόφαση που πρέπει να εκτελεστεί σε άλλο κράτος μέλος εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Καν, δεδομένου ότι η έκδοση της βεβαίωσης του άρθρ. 53 είναι δυνατή μόνον υπό την προϋπόθεση αυτή. Συμπερασματικά, υπό περιστάσεις όπως στην προκείμενη, η διαδικασία που καταλήγει στην έκδοση βεβαίωσης του άρθρ. 53 Καν 1215/2012 αποτελεί δικαστική διαδικασία και επομένως το εθνικό δικαστήριο που έχει επιληφθεί της υπόθεσης στο πλαίσιο τέτοιας διαδικασίας μπορεί να υποβάλει στο Δικαστήριο προδικαστικό ερώτημα κατ' άρθρ. 267 ΣΛΕΕ⁴⁷. Αντίθετα, όπως επεσήμανε ο Γ.Ε., εάν η εκτελούμενη απόφαση περιλαμβάνει όλα τα πληροφοριακά στοιχεία που απαιτούνται για την έκδοση της βεβαίωσης, η περαιτέρω πράξη έκδοσής της δεν έχει δικαστικό χαρακτήρα. Ακόμα και αν η βεβαίωση αυτή αποτελεί ουσιώδες στοιχείο της διαδικασίας εκτέλεσης μιας απόφασης, προβλεπόμενο από τον Καν 1215/2012, η φύση της δεν διαφέρει εδώ από τη θέση του Δικαστηρίου στο σύστημα του Καν 44/2001 (άρθρ. 54) και συνεπώς το εθνικό δικαστήριο δεν ασκεί δικαιοδοτική λειτουργία, ώστε να πληροί τους όρους του άρθρ. 267⁴⁸.

Από το άλλο μέρος, παρά το γεγονός ότι το εθνικό δικαστήριο κατά την έκδοση της βεβαίωσης ασκεί σε ορισμένες περιπτώσεις δικαιοδοτικό έργο, αυτό δεν σημαίνει ότι μπορεί να ερευνήσει αυτεπαγγέλτως στοιχεία πέραν των προβλεπόμενων από τον Καν ορίων. Το δικαστήριο προέλευσης οφείλει να

Korana d.o.o. ECLI:EU:C:2019:162, σκέψη 38· βλ. και Rauscher (-*Staundinger*) άρθρ. 53 αριθ. 2.

46 ΔΕΕ 28.2.2019, ό.π., σκέψη 39. Βλ. και Προτάσεις Γ.Ε. *Yves Bot* της 25.10.2018, C-579/17 BUAK Bauernarbeit-Urlaubs-i.Abfertigungskasse/Grandbenišťvo Korana d.o.o., ECLI:EU:C:2018:863 σκέψη 52.

47 ΔΕΕ 28.2.2019, ό.π., σκέψη 40.

48 Προτάσεις Γ.Ε. *Michel Bobek*, της 7.5.2019, C-347/18, Alessandro Salvoni/Anna Maria Fiermonte, ECLI:EU:C:2019:370, σκέψεις 49, 50.

εξακριβώσει τη συνδρομή των προϋποθέσεων του άρθρ. 53, δηλαδή αν ο Καν 1214/2012 έχει εφαρμογή *ratione temporis* και *ratione materiae* στην υπό κρίση υπόθεση, την έκδοση της απόφασης από το ίδιο και την εκτελεστότητά της, καθώς και να διακριβώσει αν αιτών είναι «ενδιαφερόμενος» κατά την έννοια της ρύθμισης. Αντίθετα, το άρθρ. 53 δεν προβλέπει ότι το εκδίδον τη βεβαίωση δικαστήριο μπορεί να εξετάσει την ουσία της υπόθεσης, επεκτείνοντας τον έλεγχό του σε πτυχές της διαφοράς που δεν εμπίπτουν στα όρια της ρύθμισης. Ειδικότερα, δεν μπορεί να εξετάσει ουσιαστικά ή δικαιοδοτικά ζητήματα που έχουν κριθεί με την απόφαση της οποίας ζητείται η εκτέλεση. Η διαπίστωση αυτή συνάγεται από την αντιπαραβολή του άρθρ. 42 § 1 στοιχ. β με το άρθρ. 42 § 2 στοιχ. β Καν 1215/2012. Πράγματι, αντίθετα από την εκτέλεση απόφασης που διατάσσει τη λήψη ασφαλιστικών μέτρων, όπου στη βεβαίωση πρέπει να πιστοποιείται, εκτός των άλλων, ότι το δικαστήριο είχε διεθνή δικαιοδοσία για την έκδοσή του (άρθρ. 41 § 2 στοιχ. α καθώς και πεδίο 4.6.2.2 του εντύπου του Παραρτήματος Ι), στις αποφάσεις της διαγνωστικής διαδικασίας αρκεί η πιστοποίηση της εκτελεστότητας της απόφασης (άρθρ. 42 § 1 στοιχ. β, πεδίο 4.4. του εντύπου του παραρτήματος Ι). Η διάκριση αυτή είναι συνεπής στο γεγονός ότι, στις λοιπές περιπτώσεις, το δικαστήριο που επιλαμβάνεται της αίτησης για την έκδοση της βεβαίωσης είναι το εκδόσαν την απόφαση δικαστήριο προέλευσης, το οποίο διαπίστωσε και τυπικά τη διεθνή δικαιοδοσία του, σιωπηρά ή ρητά, εκδίδοντας την οικεία απόφαση κατά το άρθρ. 2 Καν 1215/2012, ώστε να μη χωρεί επανέλεγχος⁴⁹.

Το γεγονός ότι ο ευρωπαίος νομοθέτης εναπέθεσε στους εθνικούς νομοθέτες τη ρύθμιση της διαδικασίας έκδοσης της βεβαίωσης, δεν σημαίνει ότι θα πρέπει να παραβλάπτεται ο στόχος του για ταχεία διεκπεραίωση του αιτήματος έκδοσης της βεβαίωσης. Οποιοδήποτε επιπλέον διάστημα που τυχόν θα απαιτούνταν από το δικαστήριο προέλευσης, προκειμένου να ερευνήσει ζητήματα που εκφεύγουν της απλής διαπίστωσης των όρων του άρθρ. 53, θα προκαλούσε καθυστερήσεις της διαδικασίας και θα έθετε σε κίνδυνο το στόχο του Καν 1215/2012 για απλοποίηση και επιτάχυνση της διασυνοριακής εκτέλεσης. Με εξαίρεση την περίπτωση, όπου το δικαστήριο της ουσίας δεν ερεύνησε αν η συγκεκριμένη υπόθεση υπάγεται στο (χρονικό/υλικό) πεδίο εφαρμογής του Καν 1215/2012, η έκδοση της βεβαίωσης είναι, όπως και υπό τον Καν 44/2001⁵⁰, οιονείαυτόματη, εκδιδόμενη μετά από σχετική αίτηση του επισπεύδοντος. Εφόσον διαπιστωθεί ότι πληρούνται οι προϋποθέσεις εφαρμογής του

49 ΔΕΕ 6.12.2019, C-619/10, Trade Agency Ltd/Seramico Investments Ltd, EU:C:2012:531, σκέψεις 33-37.

50 ΔΕΕ 6.12.2012, C-619/10, Trade Agency, προηγ. σημ., σκέψη 41.

άρθρ. 53, το δικαστήριο προέλευσης δεν μπορεί να αρνηθεί την έκδοσή της⁵¹. Το συμπέρασμα αυτό δεν ανατρέπεται από την προαναφερθείσες αποφάσεις *Imptech* και *Servizi* σχετικά με την πιστοποίηση απόφασης ως ΕυρΕΤ, καθώς στον Καν 805/2004 το καθήκον του δικαστηρίου να εξακριβώσει ότι πληρούνται όλες προβλεπόμενες απαιτήσεις απορρέει ρητά από την ίδια τη ρύθμιση του άρθρ. 6, αντιστοιχία της οποίας δεν ανευρίσκεται στον Καν 1215/2012⁵².

Μάλιστα, τυχόν αντίθετη ερμηνεία του άρθρ. 53 θα αποτελούσε οπισθοδρόμηση σε σχέση με τα κύρια χαρακτηριστικά του συστήματος που θέσπισε ο Καν 1215/2012, καθώς οι έλεγχοι που διενεργούνταν υπό τον Καν 44/2001 στο κράτος μέλος εκτέλεσης κατά την κήρυξη *exequatur* δεν θα εξαλείφονταν, αλλά απλώς θα μεταφέρονταν στο στάδιο πιστοποίησης που διενεργείται στο κράτος μέλος προέλευσης. Πολύ περισσότερο, μάλιστα, αν η έρευνα της διεθνούς δικαιοδοσίας του εκδόσαντος την απόφαση δικαστηρίου γινόταν αυτεπάγγελα από το δικαστήριο έκδοσης της βεβαίωσης. Τέτοιες διευρυμένες εξουσίες δεν προβλέπονται στον Καν 1215/2012, ενώ όπου ο ευρωπαίος νομοθέτης επιθυμούσε την αυτεπάγγελτη ενέργεια δικαστηρίου το όρισε ρητά (άρθρα 27, 28, 29 § 1)⁵³. Κατ' αποτέλεσμα, η δυνατότητα αυτεπάγγελτης επανεξέτασης ουσιαστικών και διαδικαστικών ζητημάτων της υπόθεσης, όπως λ.χ. η διεθνής δικαιοδοσία ή η εξέταση της νομιμότητας έκδοσης της απόφασης, πέραν των ορίων του άρθρ. 53, θα «βραχυκύκλωνε» τη λειτουργία του συστήματος που θέσπισε ο Κανονισμός, επιβάλλοντας ένα πρόσθετο επίπεδο δικαστικού ελέγχου, ακόμα και όταν το εθνικό δίκαιο δεν προβλέπει (ή δεν προβλέπει πλέον) τη δυνατότητα προσβολής της. Εάν, μάλιστα, η απόφαση είναι τελεσίδικη, μια τέτοια προσέγγιση θα προσέκρουσε στην αρχή του δεδικασμένου, η σημασία του οποίου για την ενωσιακή και τις εθνικές έννομες τάξεις έχει κατ' επανάληψη τονισθεί από το ΔΕΕ⁵⁴.

Συμπερασματικά, το δικαστήριο που επιλαμβάνεται της έκδοσης της βεβαίωσης, όσον αφορά απόφαση έχουσα ισχύ δεδικασμένου, δεν μπορεί να ελέγξει αυτεπαγγέλτως αν υπήρχε παράβαση των διατάξεων διεθνούς δικαιοδοσίας για τις καταναλωτικές συμβάσεις (κεφάλαιο II, τμήμα 4 Καν 1215/2012), προκειμένου να ενημερώσει τον καταναλωτή για την ενδεχομένως διαπιστωθείσα παράβαση και να του παράσχει τη δυνατότητα να εκτιμήσει μετά λόγου γνώσεως αν θα ασκήσει το ένδικο βοήθημα του άρθρ. 45 Καν. Η αναγνώριση *ex post* προστασίας εναρμονίζεται, άλλωστε, με τις αρχές του άρθρ. 47 ΧΘΔ

51 Βλ. ΔΕΕ 4.9.2019, ό.π., σκέψη 39.

52 Βλ. Προτάσεις Γ.Ε. *Michal Bobek* της 7.5.2019, C-347/18, Alessandro Salvoni/Anna Maria Fiermonte, ECLI:EU:C:2019:370, σκέψη 72.

53 Βλ. Προτάσεις Γ.Ε., προηγ. σημ., σκέψεις 58-60.

54 Βλ. ενδεικτ. ΔΕΚ 16.3.2006, *Karferer*, C-234/04, EU:C:2006:178, σκέψη 20 και σχετ. *Rauscher* (-*Staudinger*), άρθρ. 53 αριθ. 2.

της ΕΕ. Πράγματι, παρά το γεγονός ότι δικαστικός έλεγχος της διεθνούς δικαιοδοσίας εκ μέρους του δικαστηρίου εκτέλεσης δεν είναι δυνατός (άρθρ. 45 § 3), αυτός επιτρέπεται, κατ' εξαίρεση, στις ασφαλιστικές και καταναλωτικές συμβάσεις καθώς και στις συμβάσεις εξαρτημένης εργασίας (άρθρ. 45 § 1 στοιχ. ε, υποστοιχ. ι), όταν πρόκειται για δυσμενή προς το αδύναμο μέρος παραβίασή τους στο κράτος μέλος έκδοσης⁵⁵. Η κατοχύρωση του δικαιώματος άμυνας του καθ' ου στο κράτος εκτέλεσης παρέχει κατά το πνεύμα του Καν επαρκή προστασία, έτσι ώστε ο έλεγχος κατά το στάδιο έκδοσης της βεβαίωσης να μην είναι ούτε δυνατός ούτε και αναγκαίος⁵⁶.

IV. Δεσμευτικός ή μη χαρακτήρας του περιεχομένου της βεβαίωσης

Τίθεται το ζήτημα, αν τα αναγραφόμενα στη βεβαίωση στοιχεία δεσμεύουν τα όργανα του κράτους μέλους εκτέλεσης, ώστε να μην μπορούν να επανεξεταστούν στο πλαίσιο της αίτησης άρνησης της εκτέλεσης που ασκείται από τον καθ' ου (άρθρ. 45). Ειδικότερα ερωτάται, αν το δικαστήριο εκτέλεσης δικαιούται, βάσει του άρθρ. 45 § 1 στοιχ. α Καν 1215/2012, να εξακριβώσει κατά πόσο οι περιλαμβανόμενες στη βεβαίωση πληροφορίες συμφωνούν με τα αποδεικτικά στοιχεία, παρά το γεγονός στην προσκομισθείσα βεβαίωση αναφέρεται ο χρόνος επίδοσης του εισαγωγικού δικογράφου της δίκης στον εναγόμενο.

Η απάντηση του Δικαστηρίου ήταν, ήδη υπό την ισχύ του άρθρ. 34 § 1 στοιχ. β Καν 44/2001, αναμφίβολα καταφατική⁵⁷. Υιοθετώντας την πάγια νομολογία του σχετικά με την επιτακτική ανάγκη προάσπισης του δικαιώματος ακρόασης του ερημοδικασθέντος εναγομένου στο πλαίσιο του καθιερωθέντος συστήματος διπλού ελέγχου⁵⁸, το ΔΕΕ δέχθηκε ότι η επισύναψη της βεβαίω-

55 Στις περιπτώσεις αυτές, επανέλεγχος της διεθνούς δικαιοδοσίας επιτρέπεται στο βαθμό που πρόκειται για δυσμενή παραβίαση των κανόνων διεθνούς δικαιοδοσίας, μετά από πρωτοβουλία του καθ' ου, εναγομένου στην κύρια δίκη. Ωστόσο, οι πραγματικές διαπιστώσεις του δικαστηρίου προέλευσης της απόφασης δεσμεύουν το δικαστήριο του κράτους υποδοχής (άρθρ. 45 § 2). Συνεπώς, στο δεύτερο δικαστήριο απομένει ο έλεγχος της μείζονος πρότασης του δικανικού συλλογισμού και της υπαγωγής στον κρίσιμο κανόνα δικαίου. Νέοι ισχυρισμοί αποκλείονται, εφόσον μπορούσαν να προβληθούν στην πρώτη δίκη· βλ. Νίκα/Σαχπεκίδου (-Νίκα), άρθρ. 45 αριθ. 76 επ.· Αρβανιτάκη/Βασιλακάκη (-Ανθίμο), Κανονισμός 1215/2012, 2020, άρθρ. 45 αριθ. 68 επ.· Δεληκωστόπουλο, Ζητήματα, § 10 αριθ. 5.

56 Βλ. και Schnichels/Stein, Die Entwicklung des europäischen Zivilprozessrechts im Bereich der EuGVVO im Jahr 2019, EuZW 2020. 869 (879).

57 ΔΕΕ 16.9.2012, C-619/10, Trade Agency Ltd/Seramico Investments Ltd, EU:C:2012:531. Βλ. σχετ. και Δεληκωστόπουλο, Ζητήματα, § 10, αριθ. 38, 39.

58 Βλ. ενδεικτ. ΔΕΚ 16.6.1981, 166/80, Klomps/Mickel, Συλλ 1981. I-1593, σκέψεις 15, 18· ΔΕΚ 11.6.1985, 39/84, Debaecker & Plouvier, Συλλ 1985. 1779, σκέψεις 11-13· ΔΕΚ

σης στην αλλοδαπή απόφαση δεν συνεπάγεται τον περιορισμό του εύρους της εκτίμησης που πρέπει να πραγματοποιηθεί από το δικαστή του κράτους μέλους εκτέλεσης. Καθώς στη βεβαίωση αναγράφεται μόνον η ημερομηνία επίδοσης του εισαγωγικού δικογράφου της δίκης, ο δικαστής του κράτους μέλους εκτέλεσης είναι υποχρεωμένος να ελέγξει, περαιτέρω, και αν το εισαγωγικό έγγραφο της δίκης επιδόθηκε στον εναγόμενο εγκαίρως και κατά τρόπο ώστε να μπορεί να αμυνθεί. Για τον έλεγχο του εμπρόθεσμου της επίδοσης σε σχέση με τη δυνατότητα άμυνας, η αναγραφόμενη στη βεβαίωση ημερομηνία αποτελεί ένα πρώτο στοιχείο. Όσον αφορά όμως τον τρόπο κατά τον οποίο έγινε η επίδοση (λ.χ. λεπτομέρειες επίδοσης, διεύθυνση του εναγομένου), η βεβαίωση δεν περιέχει κανένα στοιχείο και συνεπώς αποκλείεται εξ αρχής να είναι δεσμευτική. Ο τρόπος κατά τον οποίο έγινε η επίδοση μπορεί και πρέπει να ελέγχεται σε κάθε περίπτωση. Εξάλλου, όπως επεσήμανε το ΔΕΕ⁵⁹, δεν υπάρχει διάταξη στο ευρωπαϊκό κανονιστικό πλαίσιο που να απαγορεύει ρητά στο δικαστή του κράτους μέλους εκτέλεσης να επαληθεύει την ακρίβεια των ουσιαστικών πληροφοριακών στοιχείων που περιλαμβάνονται στη βεβαίωση. Αυτό που απαγορεύεται είναι μόνον η επί της ουσίας αναθεώρηση της αλλοδαπής απόφασης. Ο δικαστής του κράτους μέλους εκτέλεσης είναι, συνεπώς, αρμόδιος να προβεί σε αυτοτελή εκτίμηση του συνόλου των αποδεικτικών στοιχείων και να εξακριβώσει με τον τρόπο αυτό αν, ενδεχομένως, τα εν λόγω στοιχεία συμφωνούν με τις περιλαμβανόμενες στη βεβαίωση πληροφορίες προκειμένου να εκτιμήσει, αφενός, αν η επιδόθηκε ή κοινοποιήθηκε στον εναγόμενο το εισαγωγικό δικόγραφο της δίκης έγγραφο και, αφετέρου, αν η τυχόν επίδοση πραγματοποιήθηκε εγκαίρως ώστε να μπορεί να αμυνθεί⁶⁰.

Οι ανωτέρω εκτιμήσεις δεν αναιρούνται υπό το σύστημα του Καν 1215/2012, ο οποίος δεν καταργεί τον διπλό έλεγχο του δικαιώματος ακρόασης του εναγομένου (άρθρ. 45 § 1 στοιχ. β), αλλά απλώς τον μετατοπίζει χρονικά μετά την έναρξη της εκτέλεσης, εναποθέτοντάς τον αποκλειστικά στην πρωτοβουλία του οφειλέτη⁶¹. Και εδώ, όπως και υπό τον Καν 44/2001, το δικαστήριο εκτέλεσης δεν θα δεσμεύεται από το περιεχόμενο της βεβαίωσης,

14.12.2006, C-283/05, ASML, Συλλ 2006. I-12041, σκέψη 29· ΔΕΚ 28.4.2009, C-420/07, Meletis Apostolides/ David Charles Orams & Linda Elizabeth Orams, Συλλ 2009. I-3571 σκέψη 73. Βλ. επίσης, υπό τη Συμβρυξ ΔΕΚ 15.7.1982, 228/81, Pendency Plastic Products BV/ Pluspunkt Handelsgesellschaft, Συλλογή 1982. 2723 σκέψη 13.

59 ΔΕΕ 16.9.2012, C-619/10, Trade Agency Ltd/Seramico Investments Ltd, EU:C:2012:531, σκέψεις 34, 35.

60 Νίκας/Σαχπεκίδου (-Νίκας), άρθρ. 45 αριθ. 58.

61 Το βάρος συνδρομής των λόγων άρνησης φέρει ο οφειλέτης. Αντίθετα, τα διαλαμβανόμενα στα άρθρ. 37 και 53 έγγραφα και η βεβαίωση προσκομίζονται και αποδεικνύονται από τον επισπεύδοντα· Νίκας/Σαχπεκίδου (-Νίκας), άρθρ. 45 αριθ. 4 με σημ. 12.

όταν πρόκειται για την υπεράσπιση του δικαιώματος ακρόασης του ερημοδικασθέντος εναγομένου. Κάθε διαφορετική εκδοχή θα αποτελούσε υπονόμηση της εξουσίας ελέγχου που έχει παραχωρηθεί ρητά από τον ευρωπαϊό νομοθέτη στα δικαστήρια του κράτους μέλους εκτέλεσης⁶².

Διαφορετική είναι, όμως, η θέση του Δικαστηρίου αναφορικά με στο αμφισβητούμενο ζήτημα⁶³, αν το δικαστήριο εκτέλεσης μπορεί να ελέγξει εκ νέου την υπαγωγή της απόφασης στο πεδίο εφαρμογής του Καν. Το ΔΕΕ, στην απόφαση *Gulácsi*⁶⁴ υιοθετώντας πλήρως τις αναλύσεις της απόφασης *Corana*, αποφάνθηκε ότι ο έλεγχος του πεδίου εφαρμογής του Καν διενεργείται αποκλειστικά στο κράτος μέλος έκδοσης της απόφασης είτε από το δικαστήριο της ουσίας είτε, εφόσον αυτό παραλείφθηκε, από το εκδίδον τη βεβαίωση δικαστήριο. Τόσο κατ' εφαρμογή του Καν 44/2001⁶⁵ όσο και κατ' εφαρμογή του Καν 1215/2015 αποκλείεται κάθε μεταγενέστερος έλεγχος από το δικαστήριο

62 Βλ. Rauscher (-Mankowski), άρθρ. 46 αριθ. 43-46· Roth, Zur Beweiskraft der Bescheinigung nach Art. 54 EuGVVO 2001 und nach EuGVVO 2015, IPRax 2015. 21 (22).

63 Κατά μία γνώμη, η καταφατική κρίση του δικαστή έκδοσης της απόφασης, ότι δηλαδή πρόκειται για αστική ή εμπορική υπόθεση, δεσμεύει το δικαστήριο του κράτους εκτέλεσης, το οποίο κατά τα άρθρ. 34 και 35 Καν 44/2001 (βλ. άρθρ. 45 Καν 1215/2012) μπορεί να ασκήσει περιορισμένο μόνο έλεγχο. Αντίθετα, δεν δεσμεύεται από την αρνητική κρίση του δικαστηρίου έκδοσης της απόφασης, αλλά οφείλει να εκφέρει δική του ανεξάρτητη κρίση· βλ. *Γέσιου-Φαλτσή*, ΔικΑναγκΕκτ III, § 77 III 1 α αριθ. 34 σ. 296/297, μ.π.π. Αντίστοιχη δέσμευση προτείνεται και για τον Καν 1896/2006· βλ. *Πανταζόπουλο*, Ευρωπαϊκή Διαταγή Πληρωμής, 2012, σ. 297. Κατ' άλλη γνώμη, η προβολή του συγκεκριμένου λόγου ενώπιον του δικαστηρίου του κράτους εκτέλεσης θα πρέπει να επιτρέπεται, διότι εδώ δεν πρόκειται για απαγορευμένη έρευνα της διεθνούς δικαιοδοσίας του δικαστηρίου του κράτους μέλους προέλευσης, αλλά για ζήτημα που προηγείται της διαπίστωσης της διεθνούς δικαιοδοσίας· *Δελγκωστόπουλος*, Ζητήματα, § 2 αριθ. 10, 11, § 10, αριθ. 2. Στην ίδια κατεύθυνση και *Νίκας/Σαχπεκίδου* (-*Νίκας*), άρθρ. 45 αριθ. 3· βλ. και Nagel/Gottwald (-*Gottwald*), § 12 αριθ. 38. Βλ. επίσης ενδεικτ. ΕφΑθ 6187/2012, Αρμ 2012. 825, σχολ. Α.Α.: το δικαστήριο του κράτους μέλους εκτέλεσης ελέγχει, εκτός από τα κωλύματα κήρυξης της εκτελεστότητας και «την απουσία των τυπικών όρων και των θετικών προϋποθέσεων για την κήρυξη της εκτελεστότητας (π.χ. τη μη υπαγωγή της απόφασης στο πεδίο εφαρμογής του Κανονισμού, την έλλειψη των απαιτούμενων κατά τα άρθρα 53-54 εγγράφων, την έλλειψη εκτελεστότητας του τίτλου ή το εκπρόθεσμο της προσφυγής)»· ΜονΠΘεσ 7606/2012, Αρμ 2015. 1172, παρ. 1. *Άνθιμου*, το οποίο για την αναγνώριση και εκτέλεση αλλοδαπής απόφασης εφάρμοσε τον ΚΠολΔ, διότι έκρινε ότι η συγκεκριμένη υπόθεση δεν υπαγόταν στο πεδίο εφαρμογής του Καν.

64 ΔΕΕ 6.6.2019, C-361/18, Ágnes Weil/Géza Gulácsi, ECLI:EU:C:2019:473, σκέψη 32.

65 Στην προκείμενη υπόθεση το Δικαστήριο έκρινε ως εφαρμοστέο τον Καν 44/2001, που εξακολουθεί να διέπει τις αποφάσεις που εκδόθηκαν επί αγωγών, οι οποίες ασκήθηκαν πριν την 1.1.2015. Για τον καθορισμό της εφαρμογής κανονισμού *ratione temporis* πρέπει να ληφθεί υπόψη ως αφετηρία η ημερομηνία άσκησης της αγωγής επί της οποίας εκδόθηκε η φερόμενη προς εκτέλεση απόφαση και όχι μεταγενέστερη ημερομηνία, όπως η ημερομηνία της αίτησης για την έκδοση της βεβαίωσης περί της εκτελεστότητάς της· ΔΕΕ 6.6.2019, προηγ. σημ., σκέψεις 24, 25.

του κράτους μέλους εκτέλεσης του ζητήματος, αν η αγωγή, επί της οποίας εκδόθηκε η φερόμενη προς εκτέλεση απόφαση εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής τους, δεδομένου ότι οι λόγοι που επιτρέπουν είτε (στο παρελθόν) την άρνηση της κήρυξης της εκτελεστότητας είτε (σήμερα) ευθέως την άρνηση της εκτέλεσης, προβλέπονται εξαντλητικά σε αμφότερα νομοθετήματα και ως εξαιρετικό δίκαιο πρέπει να ερμηνεύονται στενά, ώστε να μην παρακωλύεται η διασυνοριακή εκτέλεση των αποφάσεων εντός της ΕΕ⁶⁶.

Αμφιβολίες, εξακολουθεί να δημιουργεί, πάντως το ζήτημα, όταν η διασυνοριακή εκτέλεση αποφάσεων αφορά ασφαλιστικά μέτρα. Ερωτάται, τότε αν, ενόψει της απόφασης *Salvoni*, το δικαστήριο του κράτους μέλους εκτέλεσης μπορεί να ελέγξει τη διεθνή δικαιοδοσία του εκδόσαντος το ασφαλιστικό μέτρο δικαστηρίου, παρά το γεγονός ότι αυτό πιστοποιείται στη βεβαίωση ή αν, αντίθετα, δεσμεύεται από τις πραγματικές διαπιστώσεις του δικαστηρίου του κράτους μέλους προέλευσης. Υποστηρίζεται⁶⁷ ότι ο έλεγχος εδώ θα πρέπει να επιτραπεί, διότι –ελλείψει διεθνούς δικαιοδοσίας– δεν πρόκειται για (απαγορευμένο) επανέλεγχο της διεθνούς δικαιοδοσίας του δικαστηρίου του κράτους έκδοσης, αλλά για αυτή καθαυτή την ύπαρξη απόφασης κατ' άρθρ. 2 στοιχ. α Καν 1215/2012, η οποία δεν πληρούται όταν επιχειρείται η διασυνοριακή εκτέλεση ασφαλιστικού μέτρου, εκδοθέντος από δικαστήριο που δεν ασκεί διεθνή δικαιοδοσία για την κύρια υπόθεση.

V. Επίλογος

Η αναβάθμιση του περιεχομένου της βεβαίωσης του άρθρ. 53 Καν 1215/2012 και η καθιέρωσή της ως βασικού μοχλού της αυτόματης εκτέλεσης των αποφάσεων εντός της ΕΕ αποτυπώνεται με ενάργεια στη νομολογία του ΔΕΕ, το οποίο, έστω και σε περιορισμένη έκταση, αναγνωρίζει στο δικαστήριο προέλευσης δικαιοδοτική εξουσία, που επενεργεί ουσιωδώς και στην οριοθέτηση των εξουσιών του. Μάλιστα, η συνεχώς επιβεβαιούμενη τάση του Δικαστηρίου να διευρύνει τις προϋποθέσεις συμμετοχής του –όσο το δυνατό πληρέστερα και σε πρώιμο στάδιο– σε ζητήματα διεθνούς δικονομικού δικαίου, μέσω της εφαρμογής του άρθρ. 267 ΣΛΕΕ, αναμένεται να συμβάλλει αποφασιστικά στην ενιαία ερμηνεία του συνόλου των διατάξεων της ΕΕ⁶⁸.

66 Βλ. ΔΕΚ 16.2.2006, C-3/05, Verdoliva, Συλλ 2006. I-1570, σκέψεις 30 επ.=Αρμ 2006.828, παρ. 2. *Ανθιμου*.

67 *Δελγκωστόπουλος*, Ζητήματα, § 10 αριθ. 10. Βλ. ενδεικτ. και ΕφΑθ 6187/2012, Αρμ 2012. 825, σχόλιο Α.Α.

68 Βλ. *Tremmig*, Der internationalverfahrensrechtliche Schlussstein: Die Forderung von Sozialkassen beitragen zugunsten einer Urlaubskasse der Bauwirtschaft als Zivil- und Handels-sache i.S.v. Art 1 EuGVVO, IPRax 2021. 52 (ιδίως 61 επ.).

Από το άλλο μέρος, ο Καν 1215/2012 δεν περιλαμβάνει επαρκή στοιχεία αναφορικά με τον τρόπο ένταξης της βεβαίωσης στα εθνικά δίκαια απόδειξης των κρατών μελών ούτε, τουλάχιστον στην Ελλάδα, ανευρίσκεται σχετική νομοθετική ρύθμιση. Ωστόσο, όπως ήδη αναφέρθηκε, το Δικαστήριο έχει επανειλημμένα ταχθεί υπέρ του μη δεσμευτικού χαρακτήρα του περιεχομένου της βεβαίωσης κατά το δικαστικό έλεγχο των λόγων άρνησης της εκτέλεσης. Αυτό σημαίνει ότι, παρά το γεγονός ότι η βεβαίωση εκδίδεται από δημόσιο όργανο, η αποδεικτική της βαρύτητα αποδεσμεύεται από τους οικείους εθνικούς δικονομικούς κανόνες, η εφαρμογή των οποίων θα μπορούσε να οδηγήσει σε διαφορετικές εκτιμήσεις. Στο πλαίσιο του ενιαίου ευρωπαϊκού δικονομικού δικαίου, η βεβαίωση συνιστά ένα μέσο παροχής πληροφοριών για την ευχερέστερη κατανόηση και επιβολή της απόφασης, το περιεχόμενο της οποίας δεν δεσμεύει το δικάζον την αίτηση άρνησης της εκτέλεσης δικαστήριο⁶⁹.

69 Βλ. *Roth*, Zur Beweiskraft der Bescheinigung nach Art. 54 EuGVVO 2001 und nach EuGVVO 2015, IPRax 2015. 21 (23). Έτσι και Νίκας/Σαχπεκίδου (-*Νίκας*), άρθρ. 37, αριθ. 5: «Το κατ' άρθρ. 53 έντυπο δεν εφοδιάζεται με αποδεικτική δύναμη»· βλ. επίσης, *Rauscher* (-*Mankowski*), άρθρ. 53 αριθ. 45· *MüKo ZPO* (-*Gottwald*), άρθρ. 53 αριθ. 4· *Nagel/Gottwald* (-*Gottwald*), § 12 αριθ. 38· *BeckOK ZPO* (-*Ulrizi*), άρθρ. 53 αριθ. 3· ο ίδιος, *Inlandische Anerkennung- und Vollstreckungsbescheinigung nach der Brüssel Ia VO, GPR 2016 (296/297)*, που διακρίνουν τη βεβαίωση από την «περιαφή του εκτελεστήριου τύπου», κατά το πρότυπο της οποίας ρυθμίσθηκε (§ 1111, 1112 ZPO), θεωρώντας αυτή ως απλό «*Nachweismittel*».

Κατάχρηση δικαιώματος στην αναγκαστική εκτέλεση – Σύγχρονες νομολογιακές εφαρμογές¹

Άννα Εμ. Πλεύρη

*Επ. Καθηγήτρια Νομικής Σχολής
Πανεπιστημίου Λευκωσίας*

Περιεχόμενα:

- I. Η δογματική και νομοθετική θεμελίωση της απαγόρευσης καταχρηστικής επίσπευσης αναγκαστικής εκτέλεσης
- II. Η δημοσίου δικαίου αξίωση προς αναγκαστική εκτέλεση
- III. Περιπτωσιολογία καταχρηστικής (ή μη) αναγκαστικής εκτέλεσης, σύμφωνα με τη νομολογία
- IV. Η προφανής αντίθεση της επισπευδόμενης διαδικασίας της αναγκαστικής εκτέλεσης στα αντικειμενικά όρια που θέτει η ΑΚ 281, ως λόγος ανακοπής του άρθρου 933 ΚΠολΔ
- V. Προθεσμία προβολής λόγου ανακοπής, ο οποίος βασίζεται σε καταχρηστική αναγκαστική εκτέλεση
- VI. Επιλογικά

I. Η δογματική και νομοθετική θεμελίωση της απαγόρευσης καταχρηστικής επίσπευσης αναγκαστικής εκτέλεσης

Η ιδέα του «εξανθρωπισμού του δικαίου», η οποία εκφράζεται στον ΑΚ στο άρθρο 281 θεσμοθέτησε, ως γνώμονα της συναλλακτικής συμπεριφοράς, την τήρηση της αρχής της καλής πίστης και των συναλλακτικών ηθών. Πρόκειται για παράνομη συμπεριφορά ενός προσώπου, όταν αυτό ενεργεί χωρίς δικαίωμα ή κατ' ενάσκηση δικαιώματος, το οποίο όμως από άποψη έννομης τάξης είναι μικρότερης σπουδαιότητας σε σχέση με άλλο είτε ασκείται υπό περιστά-

1 Συμβολή στον Τιμητικό Τόμο για τον Καθηγητή Δ. Μανιώτη για τη σημαντική προσφορά του στο αστικό δικονομικό δίκαιο. Η μελέτη βασίζεται σε εισήγηση της γράφουσας σε επιμορφωτικό σεμινάριο δικαστικών λειτουργών διοργάνωσης της ΕΣΔΙ, το οποίο έλαβε χώρα στη Λάρισα στις 18.09.2020 με θέμα: «Αόριστες νομικές έννοιες στο ιδιωτικό δίκαιο (καλή πίστη, χρηστά ήθη, σπουδαίος λόγος καταγγελίας διαρκών συμβάσεων)-αρχή αναλογικότητας».

σεις που καθιστούν την άσκηση αυτού καταχρηστική, σύμφωνα με το άρθρο 25 § 3 του Συντάγματος ή την ΑΚ 281². Η ΑΚ 281 ορίζει ότι η άσκηση του δικαιώματος απαγορεύεται, αν υπερβαίνει προφανώς τα όρια που επιβάλλουν η καλή πίστη ή τα χρηστά ήθη ή ο κοινωνικός ή οικονομικός σκοπός του δικαιώματος. Κατά την έννοια της εν λόγω διάταξης, προκειμένου η άσκηση του δικαιώματος να θεωρηθεί ως καταχρηστική, θα πρέπει η προφανής υπέρβαση των ορίων που επιβάλλουν η καλή πίστη ή τα χρηστά ήθη ή ο οικονομικός ή κοινωνικός σκοπός του δικαιώματος να προκύπτει από τη συμπεριφορά του δικαιούχου που προηγήθηκε ή τις περιστάσεις που μεσολάβησαν ή από άλλα περιστατικά, τα οποία χωρίς να εμποδίζουν τη γέννηση ή να επάγονται την απόσβεση του δικαιώματος, καθιστούν μη ανεκτή την άσκηση του, κατά τις περί δικαίου και ηθικής αντιλήψεις του μέσου κοινωνικού έμφορος ανθρώπου³. Καλή πίστη είναι η ευθύτητα, εμπιστοσύνη και εντιμότητα, η οποία απαιτείται να κρατεί στις συναλλαγές. Η συναλλακτική καλή πίστη επιβάλλει στα μέρη μιας έννομης σχέσης την αμοιβαία υποχρέωση να λαμβάνουν υπόψη κατά την άσκηση των δικαιωμάτων τους και κατά την εκπλήρωση των υποχρεώσεων τους τα δικαιολογημένα συμφέροντα και τις δικαιολογημένες προσδοκίες του άλλου μέρους⁴. Αντικειμενικά καλή πίστη δε είναι η ευθύτητα και η εντιμότητα, η οποία υπαγορεύεται σε κάθε άνθρωπο από τις ανάγκες της κοινωνικής συμβίωσης⁵.

Αναφορικά με τα χρηστά ήθη, ως τέτοια νοούνται τα κριτήρια κοινωνικής ηθικής, τα οποία κρατούν κατά τη γενική αντίληψη των εντίμων, χρηστών, λογικών και συνετών ανθρώπων. Προκειμένου, λοιπόν, να κριθεί αν σε συγκεκριμένη συμπεριφορά υπάρχει αντικειμενική αντίθεση προς τα χρηστά ήθη την οποία δεν αποκλείει η ύπαρξη σχετικού δικαιώματος, συνεκτιμώνται παράγοντες όπως τα κίνητρα και ο σκοπός του υποκειμένου της συμπεριφοράς, το είδος των μέσων που χρησιμοποιήθηκαν, καθώς και όλες οι λοιπές περιστάσεις πραγμάτωσης της εν λόγω συμπεριφοράς⁶. Ο κοινωνικοοικονομικός σκοπός του δικαιώματος συνιστά το όριο, το οποίο υπάρχει στο δικαίωμα για την ανάγκη διαφύλαξης του γενικότερου συμφέροντος του κοινωνικού συνόλου. Τα ως άνω κριτήρια είναι αντικειμενικά. Στο πλαίσιο αυτό, δεν απαιτείται πταίσμα εκείνου που ασκεί το δικαίωμα, είναι δε αδιάφορο ποια υπήρξαν τα ελατήριά του ή εάν η κατάχρηση του δικαιώματος οφείλεται σε υπαιτιότητα

2 ΑΠ 1291/2019 και 1292/2019, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ.

3 ΟΛΑΠ 62/1990, ΕλλΔνη 1991.501=ΕΕΝ 1991.320=ΝοΒ 1991.389·ΟΛΑΠ 17/1995, ΕλλΔνη 1995.1531· ΑΠ 893/2008 Αρμ 2009.66·ΑΠ 1183/2009, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ·ΑΠ 1627/2012, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ· ΑΠ 2045/2014, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ· ΜΠρΓρεβ 5/2019, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ.

4 ΜΠρΛασιθ 50/2020, αδημ.

5 ΕφΑθ 2747/1997, ΕλλΔνη 39.898.

6 ΑΠ 119/2016, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ·ΜΠρΓρεβ 5/2019, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ·ΜΠρΛασιθ 50/2020, αδημ.

του δικαιούχου ή μη⁷. Για τη διαπίστωση της ύπαρξης κατάχρησης δεν αρκεί, εξάλλου, η απλή υπέρβαση των ορίων της ΑΚ 281, αλλά απαιτείται προφανής υπέρβαση υπό την έννοια της κατάφωρης πρόσκρουσης στο «κοινό περί δικαίου αίσθημα»⁸, ώστε να αξίζει να θυσιαστεί η ασφάλεια των συναλλαγών και του δικαίου χάριν της επιείκειας. Αναφορικά με το ζήτημα, αν οι συνέπειες τις οποίες επάγεται η άσκηση του δικαιώματος είναι επαχθείς για τον υπόχρεο, αυτό πρέπει να αντιμετωπίζεται και σε συνάρτηση με τις αντίστοιχες συνέπειες, που μπορεί να επέλθουν σε βάρος του δικαιούχου από την παρακώλυση της ικανοποίησης του δικαιώματος του. Εν κατακλείδι, για τη σχετική απόφαση του δικαστηρίου, λαμβάνει χώρα (προηγούμενως) στάθμιση των αντιτιθέμενων συμφερόντων των μερών και προκρίνονται εκείνα τα συμφέροντα, τα οποία παρουσιάζουν τη μεγαλύτερη σπουδαιότητα για την κοινωνική τάξη και ευρυθμία⁹.

Συμπεριφορά αντίθετη στις αρχές της καλής πίστης και των χρηστών ηθών, μπορεί βεβαίως να υπάρξει και κατά την επιχείρηση των διαδικαστικών πράξεων, χωρίς, όμως, ο δικονομικός νομοθέτης να έχει διατυπώσει γνήσιες κυρώσεις σχετικά με αυτή¹⁰. Μία από τις ειδικότερες εκφάνσεις της αρχής της αναλογικότητας δε, η οποία διέπει το σύνολο της έννομης τάξης¹¹ αποτελεί και η αρχή της ελάχιστης δυνατής προσβολής ή του ηπιότερου μέσου. Η εν λόγω αρχή, προβλέπει την επιβολή εκείνου του μέτρου από τα περισσότερα διαθέσιμα, το οποίο αποδεικνύεται ως λιγότερο επαχθές για το άτομο. Άλλη έκφανση της αρχής της αναλογικότητας συνιστά και η αρχή της αποφυγής ασύμμετρων ή δυσανάλογων συνεπειών από την επιβολή του μέτρου, στο πλαίσιο της οποίας γίνεται στάθμιση κόστους – οφέλους από τις συνέπειες

7 ΜΠρΛασιθ 50/2020, αδημ.

8 Για το «κοινό περί δικαίου αίσθημα», ως κριτήριο βλ. ιδίως Σταμάτη, Το «κοινό περί δικαίου αίσθημα», ως απατηλό κριτήριο ορθότητας, ΝοΒ 2005, σ. 817-835. «Κοινό περί δικαίου αίσθημα»; Ανασκευή και εποικοδομητική αντιπρόταση, Pro Justitia τ.2, 2019, διαθέσιμο ηλεκτρονικά στην ιστοσελίδα: <https://ejournals.lib.auth.gr/projustitia>, ημερομηνία τελευταίας πρόσβασης 28.05.2021.

9 ΟΛΑΠ 17/1997, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ·ΑΠ 791/2015·ΕφΘεσ 395/2017, ΕπισκΕμπΔ 2017.514·ΜΠρΛασιθ 50/2020, αδημ.

10 Κεραμεύς/Κονδύλης/Νίκας (-Νίκας), Ερμηνεία ΚΠολΔ, τ.Ι, 2000, άρθρο 116, αριθ.1.253. Για την καλόπιστη διεξαγωγή της αναγκαστικής εκτέλεσης, βλ. αντί άλλων Νίκα, Δίκαιο Αναγκαστικής Εκτελέσεως Ι, Γενικό Μέρος, 2017, § 6, σ. 145-176 (152).

11 Για την αρχή της αναλογικότητας στο ελληνικό δίκαιο και τα όρια εφαρμογής της στην αναγκαστική εκτέλεση, βλ. Γέσιου-Φαλτσή, Δίκαιο Αναγκαστικής Εκτελέσεως, Γενικό Μέρος, 2017, § 9 σ.173-189. Για την αρχή της αναλογικότητας εν γένει βλ. Ορφανουδάκη, Η αρχή της αναλογικότητας στην ελληνική έννομη τάξη, 2003 και για τον αναιρετικό έλεγχο της αρχής της αναλογικότητας, βλ. Παπαστάθη, Ο αναιρετικός έλεγχος της αρχής της αναλογικότητας στην πολιτική δίκη, 2018.

του εν λόγω μέτρου¹².

Επιπρόσθετα, η κατάχρηση δικαιώματος εμφανίζεται και υπό τη μορφή της έλλειψης δικαιολογημένου συμφέροντος, η οποία πρέπει να διαπιστώνεται *in concreto*. Τέτοια περίπτωση αποτελεί και η επιλογή επαχθέστερου μέσου για την ικανοποίηση ενός δικαιώματος¹³, όταν υπάρχει η δυνατότητα άμεσης και πλήρους ικανοποίησης με άλλον ηπιότερο τρόπο. Η σύμφωνη με την καλή πίστη επίσπευση και διεξαγωγή της αναγκαστικής εκτέλεσης αποτελεί δε μια ακόμη έκφανση της αρχής της αναλογικότητας, η οποία επιτάσσει και κατά την εκτελεστική διαδικασία να εφαρμόζεται σε κάθε συγκεκριμένη περίπτωση το ανάλογο προς τον επιδιωκόμενο σκοπό, που είναι η ικανοποίηση του συγκεκριμένου κάθε φορά δανειστή, μέσο εκτέλεσης. Πρέπει, επομένως, η αναγκαστική εκτέλεση να διενεργείται στην απαιτούμενη έκταση και «ένταση», μέτρο το οποίο συγκεκριμενοποιείται *ad hoc*.

Περαιτέρω, η αρχή της αναλογικότητας, θέτει μέσω των επιμέρους εκφάνσεων της όρια, τα οποία απαγορεύουν τη χρήση μέσων εκτέλεσης άρα και την επιχείρηση των σχετικών πράξεων εκτέλεσης, όταν τα μέσα αυτά δεν είναι κατάλληλα για να επιτύχουν τον σκοπό της εκτελεστικής διαδικασίας (*αρχή της καταλληλότητας*), όταν δεν είναι αναγκαία επειδή υπάρχει άλλο ηπιότερο μέσο (*αρχή της αναγκαιότητας ή του ηπιότερου μέσου*) καθώς και όταν προκαλούν ζημία, η οποία είναι δυσανάλογα μεγάλη και επιβαρυντική για τον θιγόμενο, διότι τα ωφελήματα που επιδιώκει ο επισπεύδων με τις πράξεις εκτέλεσης δεν βρίσκονται σε αρμόζουσα λογική ακολουθία με τις αρνητικές επιπτώσεις αυτής για τον καθ' ου η εκτέλεση (*αρχή αναλογικότητας υπό στενή έννοια*)¹⁴.

Οι μορφές καταχρηστικής συμπεριφοράς στην αναγκαστική εκτέλεση μπορούν να συνοψισθούν σε τέσσερις περιπτώσεις, οι οποίες συνήθως αλληλοκαλύπτονται. Πρόκειται ειδικότερα για: (α) συμπεριφορά ενάντια στην καλή πίστη και στα χρηστά ήθη, (β) αντιφατική συμπεριφορά¹⁵, (γ) αποδυνάμωση

12 ΟΛΑΠ 10/2003, ΕλλΔνη 2003.405= ΧρΙΔ 2003.451= ΑρχΝ 2003.651= ΕΕμπΔ 2003.904-ΟΛΑΠ 43/2005, ΕλλΔνη 2005.1649=ΔΦορΝ 2006.1331·*Τάχος*, Ελληνικό Διοικητικό Δίκαιο, 2008, σ. 202-203. Για την αρχή της αναλογικότητας εν γένει βλ. ιδίως *Ορφανουδάκη*, Η αρχή της αναλογικότητας στην ελληνική έννομη τάξη, 2003.

13 *Φίλιος*, Γενικές Αρχές Αστικού Δικαίου, 2011, σ. 176.

14 ΟΛΑΠ 2101/1984, ΝοΒ 1985.648-ΟΛΑΠ 10/2003, ΧρΙΔ 2003.651-ΟΛΑΠ 26/2003, ΕλλΔνη 2003.1263-ΟΛΑΠ 43/2005, ΕλλΔνη 2005.1649=ΔΦορΝ 2006.1331-ΟΛΑΠ 6/2009, ΝοΒ 2009.568, παρατ. *Μαργαρίτη* =ΕΠολΔ 2009.313, παρατ. *Κ.Καλαβρού*-ΟΛΑΠ 7/2012, ΕφΑΔ 2012.618-ΑΠ 769/2007, Δ 2007.929-ΑΠ 1178/2009, Δ 2009.811· ΜΠρΧαλκιδ 174/2019, Αρμ 2019.57· για το εννοιολογικό περιεχόμενο και τη λειτουργική αποστολή τη αρχής της αναλογικότητας στο πλαίσιο της αναγκαστικής εκτέλεσης βλ. αναλυτικά *Νίκα*, ό.π., σ. 160-176, ό.π.π. στη νομολογία και στη θεωρία.

15 Βλ. ιδίως *Διαμαντόπουλο*, Η αντιφατική συμπεριφορά των διαδίκων στην πολιτική δίκη, 1996.

του δικαιώματος, (δ) κατάχρηση δικονομικών δυνατοτήτων¹⁶. Περαιτέρω, η απαγόρευση της καταχρηστικής άσκησης δικαιώματος κατά την άσκηση των διαδικαστικών πράξεων έχει επισημανθεί νομολογιακά σε πληθώρα περιπτώσεων, οι οποίες «ομαδοποιούνται» συνοπτικά για τις ανάγκες της παρούσας ανάπτυξης σε τρεις κατηγορίες. Η πρώτη αφορά στις περιπτώσεις κακόπιστης συμπεριφοράς του διαδίκου, επί παραδείγματι, όταν η συγκεκριμένη συμπεριφορά του διαδίκου έρχεται σε κατάφωρη αντίθεση με προηγούμενη ενδοδικαστική ή εξώδικη συμπεριφορά του, η οποία δημιούργησε στον αντίδικο του εύλογη εμπιστοσύνη, ότι δεν θα ασκήσει το δικαίωμα του¹⁷. Προκειμένου δε να χαρακτηριστεί ως καταχρηστική η άσκηση του δικαιώματος, απαιτείται να έχει δημιουργηθεί στον υπόχρεο δυνάμει της συμπεριφοράς του δικαιούχου σε συνάρτηση και με εκείνη του υπόχρεου και μάλιστα ευλόγως, η πεποίθηση ότι ο δικαιούχος δεν πρόκειται να ασκήσει το δικαίωμα του¹⁸. Η προηγηθείσα συμπεριφορά του δικαιούχου μπορεί να συνίσταται σε θετική πράξη ή παράλειψη του. Επιπλέον, περί κατάχρησης δικαιώματος πρόκειται, όταν η κατάσταση που έχει ήδη δημιουργηθεί ανατρέπεται με την άσκηση του δικαιώματος ή προκαλούνται εξ αυτού του λόγου δυσμενείς επιπτώσεις στα συμφέροντα του υποχρέου ή/και επαχθείς συνέπειες (όχι κατ' ανάγκη αφόρητες), οπότε με γνώμονα την καλή πίστη και τα χρηστά ήθη η νέα κατάσταση δεν είναι ανεκτή, ώστε μετά και από αντιστάθμιση των ως άνω συνεπειών προς το συμφέρον, το οποίο εξυπηρετεί για το δικαιούχο η άσκηση του δικαιώματος να κρίνεται επιβεβλημένη η θυσία του αξιούμενου δικαιώματος προς αποτροπή των επαχθών για τον υπόχρεο συνεπειών¹⁹.

Η εκτίμηση δε του αν οι συνέπειες τις οποίες συνεπάγεται η άσκηση του δικαιώματος είναι επαχθείς για τον υπόχρεο, πρέπει να λαμβάνει χώρα λαμβάνοντας υπόψη και τις αντίστοιχες συνέπειες που μπορεί να επέλθουν σε βάρος του δικαιούχου από την παρακώλυση της ικανοποίησης του δικαιώματος του²⁰. Επιπρόσθετα, οι πράξεις του υπόχρεου και η διαμορφωθείσα υπέρ αυτού κατάσταση πραγμάτων, είναι αναγκαίο να τελούν σε αιτιώδη σχέση προς την προηγούμενη συμπεριφορά του δικαιούχου, καθώς σύμφωνα με τους κανόνες

16 Βλ. σχετ. Νίκα, ό.π., σ.153-159.

17 ΜΠρΚορινθ 485/2010, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ·ΜΠρΑθ 301/2018, αδημ. Αρμ 2021.447, παρ. Α. Πλεύρη, σ.449-451.

18 ΑΠ 395/2009, ΕλλΔνη 2009.420· ΜΠρΑθ 301/2018, Αρμ 2021.447, παρ. Α. Πλεύρη, σ.449-451.

19 ΟΛΑΠ 8/2001, ΕλλΔνη 2001.382=ΕπισκΕμπΔ 2001.392-ΟΛΑΠ 2/2019, ΕφΑΔΠολΔ 2019.534=ΧρΙΔ 2019.504· ΑΠ 395/2009, ΕλλΔνη 2009.420· ΜΠρΑθ 301/2018, Αρμ 2021.447, παρ. Α. Πλεύρη, σ.449-451· ΜΠρΛασιθ 50/2020, αδημ.

20 ΑΠ 65/2005, ΕλλΔνη 2005.764· ΑΠ 1878/2007, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ·ΑΠ 263/2007, ΝοΒ 2008.866·ΑΠ 395/2009, ΕλλΔνη 2009.420.

της καλής πίστης, ο υπόχρεος δεν μπορεί να επικαλεσθεί προς απόκρουση του δικαιώματος συνέπειες, οι οποίες απορρέουν από πράξεις άσχετες προς τη συμπεριφορά του δικαιούχου²¹.

Η δεύτερη κατηγορία καταχρηστικής άσκησης δικαιώματος κατά την άσκηση των διαδικαστικών πράξεων αφορά σε περιπτώσεις συμπεριφοράς εναντίον των χρηστών ηθών, όπως όταν ο ενεργών τη διαδικαστική πράξη επιχειρεί να αντλήσει όφελος από το δικό του δόλο ή από τη δική του κακοπιστία και η τρίτη εκδηλώνεται σε περιπτώσεις κατάχρησης δικονομικών δυνατοτήτων, όπως όταν υφίσταται δυσαναλογία μεταξύ του χρησιμοποιούμενου μέσου και σκοπού ή όταν ενεργούνται διαδικαστικές πράξεις, οι οποίες τείνουν σε παρέκκλιση της δίκης²².

II. Η δημοσίου δικαίου αξίωση προς αναγκαστική εκτέλεση

Η νομολογία πάγια θεμελιώνει την απαγόρευση της καταχρηστικής άσκησης του δικαιώματος στην αναγκαστική εκτέλεση στο συνδυασμό των διατάξεων των άρθρων 20 § 1 και 25 § 3 του Συντάγματος, 281 ΑΚ, 116 και 933 ΚΠολΔ²³ εκ των οποίων συνάγεται (κατά τη νομολογία) ότι άσκηση ουσιαστικού δι-

21 ΟΛΑΠ 62/1990, ΕλλΔνη 1991.501= EEN 1991.320=NoB 1991.389· ΑΠ 563/2003, NoB 2004.24· ΑΠ 65/2005, ΕλλΔνη 2005.764· ΑΠ 395/2009, ΕλλΔνη 2009.420· ΑΠ 535/2015, ΧρΙΔ 2015.601.

22 ΟΛΑΠ 62/1990, ΕλλΔνη 1991.501=EEN 1991.320=NoB 1991.389·ΟΛΑΠ 17/1995 ΕλλΔνη 1995.1531· ΜΠρΛαμ 42/2019, ΝΟΜΟΣ·ΜΠρΓρεβ 5/2019, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ.

23 Βλ. από τη νομολογία, ΟΛΑΠ 49/2005, NoB 2006.378·ΟΛΑΠ 12/2009, ΕφΑΔ 2009.1388·ΑΠ 431/1981, NoB 1982.413, αντιθ. παρατ. Ν. Κλαμαρή·ΑΠ 558/1995, ΕλλΔνη 1996.591, παρατ. Γ. Διαμαντόπουλου·ΑΠ 61/2001, ΕλλΔνη 2001.914·ΑΠ 370/2001, ΕλλΔνη 2002.121·ΑΠ 563/2003, NoB 2004.24·ΑΠ 889/2003, NoB 2004.381·ΑΠ 551/2005, ΕλλΔνη 2007.460·ΑΠ 95/2006, EEN 2007.111·ΑΠ 340/2006, ΕλλΔνη 2008.158·ΑΠ 1893/2008, ΕΠολΔ 2009.247·ΕφΑθ 4378/2003, ΕλλΔνη 2004.414·ΕφΑθ 7269/2004, ΕλλΔνη 2006.237·ΕφΑθ 4488/2006, NoB 2007.1598·ΕφΛαρ 138/2004, Δ 2004.794·ΕφΘεσ 2908/2005, Αρμ 2006.93. Σύμφωνα με τον Καθηγητή Νίκα, *ό.π.*, σ.147 επ. (149) ευθεία εφαρμογή του άρθρου 281 ΑΚ για την προστασία δικονομικών δικαιωμάτων, όπως είναι η αξίωση αναγκαστικής εκτέλεσης θα πρέπει να αποκλεισθεί και μόνον συμπληρωματικά θα μπορούσε να επιστρατευθεί μια διάταξη του ουσιαστικού δικαίου για την ερμηνεία δικαιωμάτων του δικονομικού δικαίου (στο ίδιο πλαίσιο από τη θεωρία και οι Μητσόπουλος, ΕλλΔνη 1984.881· Ράμμος, Εγχειρίδιο Αστικού Δικονομικού Δικαίου, τ. Ι, 1980, σ. 624-625· Κεραμεύς/Κονδύλης/Νίκας (-Νίκας), Ερμηνεία ΚΠολΔ Ι, 2000, άρθρο 116, αριθ.3, σ. 255 και οι εκεί παραπομπές στη νομολογία· Μπέης, Πολιτική Δικονομία, Ερμηνεία κατ'άρθρο, άρθρο 116, σ. 595). Επιπλέον, ότι η επιστράτευση του άρθρου 281 ΑΚ δεν είναι αναγκαία, επειδή το ίδιο το αστικό δικονομικό δίκαιο διαθέτει δική του διάταξη και με ανάλογα κριτήρια για την καταπολέμηση της καταχρηστικής συμπεριφοράς κατά την άσκηση των δικονομικών δικαιωμάτων. Για τις δυο κατευθύνσεις στη θεωρητική συζήτηση σε σχέση με τη θεμελίωση της απαγόρευσης κατάχρησης δικαιώματος στην αναγκαστική εκτέλεση, βλ. αναλυτ. Γέσιου-Φαλτσή, *ό.π.*, § 9 σ.189-192 και σε σχέση με τις νομολογιακές διακυμάνσεις στις σ.192 επ.

καιώματος που ανήκει στο δημόσιο δίκαιο αποτελεί και η μέσω αναγκαστικής εκτέλεσης ικανοποίηση (πραγμάτωση) της απαίτησης του δανειστή. Η εφαρμογή της ΑΚ 281 επιστρατεύεται επειδή η νομολογία θεωρεί, ότι η πραγμάτωση της αξίωσης του επισπεύδοντος αποτελεί άσκηση ουσιαστικού δικαιώματος που ανήκει στο δημόσιο δίκαιο παρότι μέσω των περί αναγκαστικής εκτέλεσης διατάξεων του ΚΠολΔ (άρθρα 904-1054) πραγματώνονται ουσιαστικά δικαιώματα του ιδιωτικού δικαίου²⁴.

Λόγο της ανακοπής του άρθρου 933 ΚΠολΔ μπορεί να αποτελέσει επομένως και η (προφανής)²⁵ αντίθεση της διαδικασίας της αναγκαστικής εκτέλεσης στα ακραία αξιολογικά - αντικειμενικά όρια της καλής πίστης ή των χρηστών ηθών ή του κοινωνικού ή οικονομικού σκοπού του δικαιώματος, που θέτει η έχουσα έντονο χαρακτήρα δημόσιας τάξης ΑΚ 281 και η εντεύθεν ακυρότητα της εκτέλεσης²⁶, ακόμη και αν η εκτέλεση επισπεύδεται σύμφωνα με τις διατάξεις του ν.δ/τος της 17ης.7/13ης.8.1923, του ΚΕΔΕ κ.ά.²⁷. Όταν, λοιπόν, η παραβίαση των καθιερουμένων από την ΑΚ 281 αρχών είναι προφανής, επιβάλλεται να ισχύσει ο επιτασσόμενος περιορισμός της άσκησης του δικαιώματος προς αποφυγή αφόρητων συνεπειών²⁸. Επομένως, αναγκαστική εκτέλεση, η οποία αντίκειται σε απαγορευτικό ή επιτακτικό κανόνα δικαίου, όπως είναι και ο περιεχόμενος στην ΑΚ 281, καθώς με αυτόν απαγορεύεται η άσκηση του δικαιώματος όταν γίνεται κατά προφανή υπέρβαση των ορίων που επιβάλλουν η καλή πίστη, τα χρηστά ήθη ή ο κοινωνικός ή οικονομικός σκοπός του δικαιώματος, αποτελεί παράνομη συμπεριφορά, η οποία δημιουργεί υποχρέωση για αποζημίωση σύμφωνα με την ΑΚ 914²⁹. Θεωρία και νομολογία, παρά τις διακυμάνσεις της τελευταίας³⁰ δέχονται, άλλωστε, ότι η εκ μέρους του επισπεύδοντος άσκηση της αξίωσης του για ικανοποίηση της απαίτησης του, μέσω αναγκαστικής εκτέλεσης, κατά τρόπο αντίθετο προς την

24 Νίκα, *ό.π.*, σ.147.

25 ΑΠ 893/2008, Αρμ 2009.66· ΑΠ 939/2019, διαθέσιμη στην ιστοσελίδα www.areiospagos.gr· ΜΠρΤρικ 24/2020, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ· ΜΠρΠατρ 937/2019, ΤΝΠ ΙΣΟΚΡΑΤΗΣ· ΜΠρΙωαν 290/2019, *αδμ.*

26 ΟΛΑΠ 49/2005, ΕλλΔνη 2006.80=NoB 2006.378· ΟΛΑΠ 12/2009 ΑρχΝ 2009.708, *σημ. Χ. Νικολαΐδη*, ΑρχΝ 2009.712=NoB 57.1417· ΑΠ 95/2006, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ· ΑΠ 385/2010 ΕλλΔνη 51.994· ΜΠρΘεσ 2041/2016, ΕλλΔνη 2016.878· ΜΠρΑθ 301/2018, Αρμ 2021.447, *παρατ. Α. Πλεύρη*, σ.449-451· ΜΠρΛαμ 42/2019, ΝΟΜΟΣ· ΜΠρΠατρ 937/2019, ΤΝΠ ΙΣΟΚΡΑΤΗΣ· ΜΠρΛασιθ 50/2020, *αδμ.*· *Γέσιου-Φαλτσή, ό.π.*, § 9, αριθ.46 σ.191, αριθ.55, σ.198-199.

27 ΑΠ 152/1989 ΕλλΔνη 1990.1424· ΜΠρΛασιθ 50/2020, *αδμ.*

28 ΟΛΑΠ 7/1991, ΑρχΝ 1991.647=EEN 1992.202=NoB 1991.1084=ΑρχΝομ 1991.647=EEN 1992.202· ΑΠ 1077/2015, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ· ΑΠ 1291/2019 και 1292/2019, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ.

29 ΑΠ 13/2004, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ.

30 Βλ. *Γέσιου-Φαλτσή, ό.π.*, § 39, σ. 652, υποσημ.αριθ.66.

καλή πίστη και τα χρηστά ήθη επιδρά στο κύρος του εκτελεστού τίτλου με συνέπεια την προσβολή του για ουσιαστικό ελάττωμα του³¹.

III. Περιπτώσιολογία καταχρηστικής (ή μη) αναγκαστικής εκτέλεσης, σύμφωνα με τη νομολογία

1. Δημιουργία εύλογης πεποίθησης στον οφειλέτη, ότι ο δανειστής δεν θα ασκούσε το δικαίωμά του (στον χρόνο που το άσκησε) - Καταγγελία σύμβασης παροχής τραπεζικής πίστωσης και εκτέλεση εκ μέρους της τράπεζας για είσπραξη απαίτησης.

Στο πεδίο των τραπεζικών συμβατικών σχέσεων η άσκηση ενός δικαιώματος, όπως αυτό της καταγγελίας μίας σύμβασης παροχής τραπεζικής πίστωσης, απαγορεύεται σύμφωνα με την ΑΚ 281, αν υπερβαίνει προφανώς τα όρια που επιβάλλουν η καλή πίστη ή τα χρηστά ήθη ή ο κοινωνικός ή οικονομικός σκοπός του δικαιώματος. Μόνο, βεβαίως, το γεγονός ότι η άσκηση του δικαιώματος στη συγκεκριμένη περίπτωση επιφέρει βλάβη έστω και μεγάλη στον οφειλέτη δεν αρκεί για να χαρακτηρίσει ως καταχρηστική την άσκησή του, αλλά πρέπει να συνδυάζεται και με άλλες περιστάσεις, όπως συμβαίνει όταν ο δανειστής δεν έχει στην πραγματικότητα συμφέρον από την άσκηση του δικαιώματός του³². Περαιτέρω, δανειστής ο οποίος ασκώντας συμβατικό δικαίωμά του επιδιώκει την είσπραξη της απαίτησής του, ενεργεί ασφαλώς προς ικανοποίηση θεμιτού συμφέροντός του συνυφασμένου με τη διαχείριση της περιουσίας του τον τρόπο της οποίας ελεύθερα κατ' αρχήν αποφασίζει αυτός, εκτός και πάλι, αν στη συγκεκριμένη περίπτωση υπάρχει προφανής υπέρβαση των αρχών της καλής πίστης, των χρηστών ηθών και του κοινωνικοοικονομικού σκοπού του δικαιώματος³³. Περί προφανούς υπέρβασης πρόκειται και όταν η συμπεριφορά του δανειστή, η οποία προηγήθηκε της άσκησης του δικαιώματός του σε συνδυασμό με την πραγματική κατάσταση που διαμορφώθηκε στο μεσοδιάστημα δημιούργησαν στον οφειλέτη την εύλογη πεποίθηση ότι ο δανειστής δεν θα ασκούσε το δικαίωμά του στο χρόνο που το άσκησε, με αποτέλεσμα η πρόωρη άσκησή του να προκαλεί επαχθείς συνέπειες στον οφειλέτη και να εμφανίζεται έτσι, ως αδικαιολόγητη και καταχρηστική³⁴. Το

31 ΑΠ 95/2006, Δ 2006.475· ΕφΔωδ 17/2005, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ· Γέσιου-Φαλτσή, ό.π. § 39, σ.662-664, αριθ.28-30, σ. 650-654, αριθ.13-15.

32 ΑΠ 535/2015, ΧρΙΔ 2015.601· ΜΠρΛασιθ 50/2020, αδημ.

33 ΟΛΑΠ 5/2011, ΝοΒ 2011.1867=ΕλλΔνη 2011.684=ΠειρΝομ 2011.310=, ΧρΙΔ 2012.103· ΑΠ 823/2010, ΕλλΔνη 2011.752,787· ΑΠ 91/2011, ΝοΒ 2011.1524· ΜΠρΠειρ (Ναυτ) 1962/2020, αδημ.

34 ΟΛΑΠ 8/2018 ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ· ΑΠ 1472/2004, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ· ΑΠ 331/2009, ΤΝΠ ΝΟΜΟ-

ζήτημα, αν οι συνέπειες τις οποίες συνεπάγεται η άσκηση του δικαιώματος είναι επαχθείς για τον υπόχρεο πρέπει βεβαίως να αντιμετωπίζεται και σε συνάρτηση με τις αντίστοιχες συνέπειες που μπορεί να επέλθουν σε βάρος του δικαιούχου από την παρακώλυση της ικανοποίησης του δικαιώματος του³⁵.

Έτι περαιτέρω, οι τράπεζες, ως χρηματοδοτικοί οργανισμοί, οι οποίοι ασκούν αποφασιστική επίδραση στην ανάπτυξη και στη λειτουργία των χρηματοδοτούμενων από αυτές επιχειρήσεων, έχουν αυξημένη ευθύνη κατά την άσκηση του χρηματοδοτικού τους έργου και οφείλουν να μεριμνούν για τα συμφέροντα των επιχειρήσεων τις οποίες χρηματοδοτούν, καθώς από την φύση της η πιστωτική σχέση, ως διαρκής έννομη σχέση ιδιαίτερης εμπιστοσύνης μεταξύ των συμβαλλομένων, επιβάλλει την υποχρέωση πίστης και προστασίας, από την πλευρά των τραπεζών των συμφερόντων των πελατών τους, ώστε να αποφεύγονται υπέρμετρα επαχθείς συνέπειες για τους τελευταίους³⁶. Συνεπώς, η άσκηση των δικαιωμάτων τους θα πρέπει να κυριαρχείται από τις αρχές της καλόπιστης και σύμφωνης με τα χρηστά συναλλακτικά ήθη εκπλήρωσης των οφειλόμενων παροχών, στο πλαίσιο δηλαδή των ΑΚ 178, 200 και 288 και να αποφεύγεται αντίστοιχα κάθε κατάχρηση στη συμπεριφορά τους³⁷. Υπό το φως των ανωτέρω, σε περίπτωση δυσχέρειας του πιστούχου της τράπεζας να ανταποκριθεί στις υποχρεώσεις του από την πιστωτική σύμβαση, λόγω πρόσκαιρης οικονομικής αδυναμίας του, η οποία όμως υπερβαίνει τα όρια της αντοχής του, η καλόπιστη από την πλευρά της τράπεζας συμπεριφορά επιβάλλει σε αυτήν την υποχρέωση να ανεχθεί μια εύλογη καθυστέρηση στην εκπλήρωση της παροχής του οφειλέτη, ιδίως όταν η επιδίωξη της άμεσης εκπλήρωσης της παροχής του πρόκειται να οδηγήσει σε πλήρη οικονομική καταστροφή του οφειλέτη, χωρίς ουσιαστικό κέρδος για την ίδια την τράπεζα³⁸. Κατά την έννοια αυτή, η τράπεζα θα πρέπει, σε περίπτωση πρόσκαιρης οικονομικής εξασθένησης του πελάτη της, να αποφύγει την εσπευσμένη καταγγελία της μεταξύ τους πιστωτικής σύμβασης, ιδίως, όταν οι απαιτήσεις της είναι ασφαλισμένες με εμπράγματα ή προσωπικές ασφάλειες, ο δε πελάτης της βρίσκεται σε άμεση οικονομική εξάρτηση από αυτήν και δεν οφείλει σε

Σ-ΑΠ 385/2010, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ-ΑΠ 1352/2011 ΕΕμπΔ 2012.417· ΑΠ 106/2013 ΧρΙΔ 2013.584· ΑΠ 1504/2014, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ-ΑΠ 1873/2014, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ· ΕφΠειρ. 523/2015, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ-ΜΠρΠατρ 937/2019, ΤΝΠ ΙΣΟΚΡΑΤΗΣ-ΜΠρΛασιθ 50/2020, αδημ.

35 ΟΛΑΠ 6/2016, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ· ΑΠ 381/2009, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ-ΑΠ 385/2010 ΕφΑΔ 2010, 1136-ΑΠ 736/2012, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ.

36 ΕφΑθ 2722/2016, ΔΕΕ 2017.544-ΠΠρΠατρ 104/2014, ΕΠολΔ 2014.511-ΜΠρΛασιθ 50/2020, αδημ.

37 ΑΠ 565/2017 ΤΝΠ ΔΣΑ Ισοκράτης· ΑΠ 1185/2019 ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ· ΜΠρΛασιθ 50/2020, αδημ.

38 ΠΠρΗρακλ 33/2019, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ· ΜΠρΛασιθ 50/2020, αδημ.

τρίτους, διότι τότε οι παραπάνω ενέργειές της προσλαμβάνουν καταχρηστικό χαρακτήρα³⁹. Η ως άνω υποχρέωση των τραπεζών να μην εκθέτουν χωρίς σοβαρό λόγο σε κίνδυνο τα συμφέροντα των πελατών τους βρίσκει εφαρμογή (και) στην περίπτωση της άκαιρης και καταχρηστικής (κατά την ΑΚ 281) καταγγελίας της πιστωτικής σχέσης, η οποία υφίσταται, όταν ο πιστούχος βρίσκεται σε άμεση εξάρτηση από την τράπεζα και η τελευταία ανέχθηκε συγκεκριμένη συμπεριφορά αυτού για ικανό χρονικό διάστημα ή όταν το κλείσιμο του λογαριασμού γίνεται χωρίς συμφέρον της τράπεζας και με σημαντική ζημία για τον δανειοδοτούμενο πελάτη της⁴⁰.

2. Αναγκαστική κατάσχεση πράγματος ανήκοντος στον οφειλέτη με αξία δυσανάλογα μεγαλύτερη από το ύψος της ουσιαστικής αξίωσης του επισπεύδοντος.

Ο περιορισμός της καταχρηστικής άσκησης της αξίωσης για αναγκαστική εκτέλεση εκδηλώνεται ως απειλή ακυρότητας της αναγκαστικής κατάσχεσης πράγματος ανήκοντος στον οφειλέτη με αξία δυσανάλογα μεγαλύτερη από το ύψος της ουσιαστικής αξίωσης του επισπεύδοντος ή της κατάσχεσης ορισμένου πράγματος, όταν υπάρχουν άλλα αντικείμενα δεκτικά κατάσχεσης, τα οποία υπερκαλύπτουν το ποσόν της εκτελούμενης αξίωσης ή όταν υπάρχει άλλο πράγμα κυριότητας του καθ' ου μικρότερης αξίας, που υπερκαλύπτει την απαίτηση του επισπεύδοντος⁴¹. Στις εν λόγω περιπτώσεις, ο καθ' ου η εκτέλεση δικαιούται να προβάλλει μέσω ανακοπής αντιρρήσεις κατά της αναγκαστικής εκτέλεσης και να ζητήσει τον περιορισμό της κατάσχεσης, το δε δικαστήριο της εκτέλεσης περιορίζει χωρίς να ακυρώσει την κατάσχεση⁴².

Επί παραδείγματι, έχει κριθεί⁴³, ότι η επιβληθείσα αναγκαστική κατάσχεση περιουσίας συνολικού ύψους 206.600 ευρώ για απαίτηση ποσού ευρώ 63.502,18, μολονότι ο καθ' ου η εκτέλεση ήταν κύριος ακινήτων μικρότερης αξίας που θα μπορούσαν να κατασχεθούν, ήταν μέτρο εξαιρετικής σκληρότητας για τον καθ' ου η εκτέλεση οφειλέτη και υπερβαίνουσα τα ανεκτά όρια

39 ΑΠ 1352/2011 ΧρΙΔ 2012.663= ΕΕμπΔ 2012.417· ΑΠ 1185/2019 ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ·ΕφΛαρ 17/2017, ΔΕΕ 2019.421·ΜΠρΛασιθ 50/2020, αδημ.

40 ΕφΠειρ 753/2009, ΔΕΕ 2010.70· ΠΠρΗρακλ 44/2016, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ·ΠΠρΤρικ 70/2017, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ·ΜΠρΛασιθ 50/2020, αδημ.

41 ΟΛΑΠ 49/2005 ΕΛΛΔνη 2006.80·ΟΛΑΠ 1/2009, ΑρχΝ 2009.708·ΑΠ 385/2010 ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ· ΜΠρΛαμ 42/2019, ΝΟΜΟΣ· ΜΠρΧαλκιδ 174/2019, Αρμ 2019.57. Βλ. και Γέσιου – Φαλτσή, ό.π., §39, σ. 656 επ.· Βαθρακοκοίλη, Ερμηνεία ΚΠολΔ, άρθρο 951, §§ 13-14, σ. 664-665.

42 ΕφΑθ 715/2000 ΑρχΝ 2001.235· ΜΠρΛαμ 42/2019, ΝΟΜΟΣ.

43 ΜΠρΛαμ 42/2019, ΝΟΜΟΣ.

θυσίας του. Έγινε δεκτό, λοιπόν, ότι προσέκρουε στην ΑΚ 281 και η κατάσχεση ήταν εξ αυτού του λόγου υπέρμετρα επαχθής και κατ' επέκταση καταχρηστική για τον ανακόπτοντα, ως αντιβαίνουσα ευθέως στην αρχή της αναλογικότητας, η οποία αποτυπώνεται ειδικότερα στη διάταξη του άρθρου 951 § 2 ΚΠολΔ, ως ιδιαίτερη έκφανση της αρχής της απαγόρευσης καταχρηστικής άσκησης του δικαιώματος. Κρίθηκε δε ότι η αξία της κατασχεθείσας περιουσίας ήταν δυσαναλόγως μεγαλύτερη και, μάλιστα, υπερτριπλάσια σε σχέση με το ύψος της εκτελούμενης απαίτησης καθώς και ότι η ικανοποίηση της απαίτησης της επισπεύδουσας θα ήταν εφικτή με μόνη την επιβολή αναγκαστικής κατάσχεσης σε ένα εκ των τριών κατασχεθέντων ακινήτων του οποίου η εμπορική αξία (και η τιμή πρώτης προσφοράς), υπερκάλυπτε την εκτελούμενη αξίωση. Κατόπιν τούτων, η κατάσχεση ακυρώθηκε κατά ένα μέρος και κατ' ακρίβεια περιορίστηκε η προσβαλλόμενη έκθεση κατάσχεσης επί ενός ακινήτου.

Επιπρόσθετα, οι πράξεις κατάσχεσης και πλειστηριασμού περιουσιακών στοιχείων του οφειλέτη παραβιάζουν την αρχή της αναλογικότητας υπό στενή έννοια, όταν εμφανίζονται ως μέτρα εξαιρετικής σκληρότητας για τον συγκεκριμένο οφειλέτη, τα οποία υπερβαίνουν τα ανεκτά όρια της θυσίας του, ενώ ταυτόχρονα η απαίτηση που εκτελείται είναι μικρής αξίας και, συνεπώς, έκδηλη η μεγάλη δυσαναλογία μεταξύ του μέσου εκτέλεσης και του σκοπού για τον οποίον αυτό επιβάλλεται. Η ακυρότητα των εν λόγω πράξεων εκτέλεσης επέρχεται, μάλιστα, έστω και αν δεν υπάρχουν άλλα περιουσιακά στοιχεία του οφειλέτη τα οποία θα μπορούσαν να κατασχεθούν⁴⁴. Περαιτέρω, στο πλαίσιο συνεκτίμησης του ύψους της απαίτησης για την οποία επισπεύδεται αναγκαστική εκτέλεση και της αξίας του κατασχεθέντος ακινήτου, η ΜΠρ-Πατρ 267/2014⁴⁵ έκανε δεκτό ότι πρόκειται για καταχρηστική άσκηση της αναγκαστικής εκτέλεσης, όταν αυτή επισπεύδεται για μέρος της συνολικής αξίωσης του δανειστή, το οποίο είναι σημαντικά μικρότερο της αξίας του κατασχεθέντος ακινήτου. Η εν λόγω κατάσχεση κρίθηκε άκυρη, ως καταχρηστική, διότι αφενός η εν λόγω κάθετη ιδιοκτησία συνιστούσε την κύρια κατοικία των ανακοπτόντων και των τριών ανήλικων τέκνων τους και αφετέρου διότι η αναγκαστική εκτέλεση επισπεύδονταν εις βάρος τους, ως προς μέρος μόνον της συνολικής αξιώσεως της επισπεύδουσας εναντίον αυτών, ύψους 50.000 ευρώ από 250.000 ευρώ, και δη σημαντικά μικρότερο της αξίας του επίμαχου ακινήτου τους, η οποία ανήρχετο στο ποσό των 450.000 ευρώ.

44 ΑΠ 431/1981, ΝοΒ 1982.413-ΑΠ 69/2001, ΕλλΔνη 2001.916-ΑΠ 2069/2007, ΕφΑΔΠολΔ 2008.232-ΜΠρΧαλκιδ 174/2019, Αρμ 2019.57.

45 ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ.

Ενδιάφερουσα στην προκείμενη θεματική είναι και η περίπτωση, η οποία κρίθηκε με τη ΜΕΦΑΘ 334/2019⁴⁶. Εν προκειμένω, το γεγονός ότι η απαίτηση των επισπευδόντων την εκτέλεση ήταν δυνατό να ικανοποιηθεί με κατάσχεση εις χείρας του ΕΟΠΥΥ, έστω και με καθυστέρηση ορισμένων μηνών, εξαιτίας της γραφειοκρατίας που δυσχεραίνει την κατάσχεση εις χείρας του εν λόγω ΝΠΔΔ, όπως είχαν πράξει και άλλοι απλήρωτοι εργαζόμενοι της ανακόπτουσας, σε συνδυασμό με το γεγονός ότι τα χρήματα εκ του ΕΟΠΥΥ που κατατίθενται αποκλειστικά στον επίδικο τραπεζικό λογαριασμό χρησιμοποιούνται για τρέχουσες ανάγκες των κλινικών, με άμεσο αντίκτυπο στην ποιότητα των παρασχεθεισών προς τους νοσηλευόμενους υπηρεσιών, αλλά και το γεγονός ότι η άμεση ικανοποίηση των καθ' ων εκ των χρημάτων του επίδικου λογαριασμού είναι πιθανό να αποτελέσει παράδειγμα για άλλους εργαζόμενους, οι οποίοι θα προτιμήσουν την άμεση εξόφληση των απαιτήσεών τους από την τετράμηνη αναμονή κατόπιν μιας κατάσχεσης εις χείρας του ΕΟΠΥΥ, οδήγησε το Δικαστήριο στην κρίση, ότι η ενέργεια των καθ' ων να επιλέξουν αυτόν τον τρόπο ικανοποίησης των απαιτήσεών τους παραβιάζει τη συνταγματικά κατοχυρωμένη αρχή της αναλογικότητας, κατά το άρθρο 25 § 1 Συντάγματος, και υπερβαίνει σαφώς τα όρια που επιβάλλουν τα χρηστά ήθη κατά την ΑΚ 281. Κατόπιν τούτων, το Δικαστήριο δέχθηκε την ανακοπή και ακύρωσε την κατάσχεση και κάθε συναφή πράξη εκτέλεσης.

3. Καταχρηστική επίσπευση αναγκαστικής εκτέλεσης εκ μέρους τράπεζας, διότι η ένδικη απαίτηση κατέστη αμφισβητούμενη με την άσκηση σχετικής αγωγής με επίκληση αποφάσεων του ΔΕΕ.

Από πρωτοβάθμιο δικαστήριο⁴⁷ έχει γίνει δεκτό, ότι σε περίπτωση κατά την οποία η απαίτηση της τράπεζας και δη το δάνειο με αξία σε ελβετικό φράγκο κατέστησαν αμφισβητούμενα με την άσκηση σχετικής αγωγής ενώπιον του αρμόδιου δικαστηρίου με επίκληση των σχετικών αποφάσεων του ΔΕΕ, τότε η επίσπευση της ένδικης αναγκαστικής εκτέλεσης από την τράπεζα (παρά τη γνώση της περί της εκκρεμούς αγωγής) καθιστά το δικαίωμά της προς αναγκαστική εκτέλεση μη ανεκτό κατά τις περί δικαίου και ηθικής αντιλήψεις του μέσου κοινωνικού ανθρώπου και συνιστά καταχρηστική συμπεριφορά από μέρους της και δη ενέργεια από την οποία προκύπτει προφανής υπέρβαση των αρχών της καλής πίστης, των χρηστών ηθών και του οικονομικού και κοινωνικού σκοπού του δικαιώματός της. Κατόπιν τούτων, το δικαστήριο ακύρωσε την επισπευδόμενη αναγκαστική εκτέλεση.

⁴⁶ Αδημ.

⁴⁷ ΜΠρΙωαν 290/2019, αδημ.

4. Περιπτώσεις όπου κρίθηκε ότι η επίσπευση αναγκαστικής εκτέλεσης δεν ήταν καταχρηστική.

- A.** Το Ακυρωτικό έχει κάνει δεκτό ότι δεν πρόκειται για κατάχρηση δικαιώματος στην αναγκαστική εκτέλεση, λόγω του μακρού χρόνου που παρήλθε από τη διενέργεια του πλειστηριασμού και διανομής του πλειστηριάσματος χωρίς η επισπεύδουσα να οχλήσει τον οφειλέτη, διότι ο προκείμενος λόγος ανακοπής από μόνος του δεν είναι ικανός να καταστήσει την άσκησή του δικαιώματος καταχρηστική, λόγω μη επίκλησης πρόσθετων στοιχείων συμπεριφοράς της επισπεύδουσας, από τα οποία να προκύπτει ότι αυτή δημιούργησε στον οφειλέτη την πεποίθηση ότι δεν θα ασκήσει το δικαίωμά της και λόγω μη επίκλησης ανέντιμης συμπεριφοράς της επισπεύδουσας, ώστε η συμπεριφορά της να θεωρείται ότι είναι αντίθετη στη καλή συναλλακτική πίστη και στα χρηστά ήθη. Στο ίδιο πλαίσιο, απερρίφθη λόγος ανακοπής που αφορούσε κατάχρηση, διότι, συνεπεία της μη επιδίωξης της ικανοποίησης της αξίωσής της επισπεύδουσας από κάποιον από τους συνοφειλέτες, η αξίωσή της αυξήθηκε υπέρμετρα λόγω των τόκων, οι οποίοι επιβάρυναν την οφειλή, με την αιτιολογία ότι επίκληση της υπέρμετρης διόγκωσης του χρέους, λόγω τοκογονίας, δεν είναι καν συμπεριφορά της επισπεύδουσας, αλλά ότι η τοκογονία της απαίτησης είναι συνέπεια της συμπεριφοράς του οφειλέτη και όχι της δανείστριας. Επιπλέον, ορθά έγινε δεκτό ότι ο τυχόν παράνομος υπολογισμός των τόκων έχει ως συνέπεια την ακύρωση της επιταγής κατά το αντίστοιχο ποσό, εφόσον υποβληθεί σχετικό αίτημα, αλλά δεν καθιστά και καταχρηστική την άσκηση του δικαιώματος προς εκτέλεση της. Τέλος, κρίθηκε ότι η επισπεύδουσα δεν είχε ούτε νομική ούτε ηθική υποχρέωση να οχλήσει τον ανακόπτοντα ούτε να εισπράξει την αξίωσή της από τους προς αυτήν υποδεικνυόμενους από τον ανακόπτοντα συνοφειλέτες⁴⁸.
- B.** Στην περίπτωση της *ΜΠρΠειρ (Ναυτ) 1962/2020*⁴⁹, το Δικαστήριο απέρριψε ανακοπή με την οποία ο οφειλέτης ισχυρίστηκε, μεταξύ άλλων, ότι η επίσπευση αναγκαστικής εκτέλεσης σε βάρος της περιουσίας του ήταν καταχρηστική, διότι η επισπεύδουσα α) μπορούσε να ικανοποιηθεί προβαίνοντας στην κατάσχεση των τραπεζικών λογαριασμών του στους οποίους υπήρχε ποσό ικανό να υπερκαλύψει το κεφάλαιο της απαίτησης και μέρος των τόκων και των εξόδων και β) δεν επεδίωξε να ικανοποιηθεί από την περιουσία των συνοφειλετών και εις ολόκληρον ευθυνόμενων εκπροσώπων της πλοιοκτήτριας και διαχειρίστριας εταιρείας του πλοίου, παρά το γεγονός ότι οι τελευταίοι διαθέτουν περιουσία μεγαλύτερης αξίας από

48 ΑΠ 535/2015, ΧρΙΔ 2015.601.

49 Αδην.

τον ανακόπτοντα για την ικανοποίηση της απαίτησης της. Ο λόγος αυτός απερρίφθη διότι το Δικαστήριο έκρινε ότι δεν προκλήθηκε έντονη η εντύπωση της αδικίας προς αυτόν και επομένως ότι δεν συνέτρεχε περίπτωση προφανούς υπέρβασης των ορίων της καλής πίστης, των χρηστών ηθών και του κοινωνικού και οικονομικού σκοπού του δικαιώματος, ώστε η άσκησή του από την επισπεύδουσα να παρίσταται καταχρηστική κατά την ΑΚ 281. Ορθά σημειώνεται δε στην εν λόγω απόφαση, ότι επί παθητικής εις ολόκληρον ενοχής (άρθρα 481, 482 483, 487, 488 και 926 ΑΚ), καθιερώνεται δικαίωμα του δανειστή, κατά τη νομικώς ανέλεγκτη και απολύτως ελεύθερη (κατ' αρέσκειαν) κρίση του να στραφεί εναντίον οποιουδήποτε από τους εις ολόκληρον οφειλέτες για μέρος ή το σύνολο της οφειλής, συγχρόνως ή διαδοχικώς, χωρίς να μπορεί να αποκρουσθεί με την ένσταση της καταχρηστικής άσκησης του δικαιώματος λόγω διαφοροποιήσεων στην περιουσιακή κατάσταση των συνοφειλετών ή διαφορετικού βαθμού ευθύνης τούτων ως προς την άσκηση του δικαιώματος αναγωγής, καθώς ο νόμος απέβλεψε στην ταχεία ικανοποίηση της απαίτησης του δανειστή, εκτός βεβαίως, αν συντρέχουν εντελώς εξαιρετικές περιπτώσεις υπέρβασης των ορίων της καλής πίστης ή των χρηστών ηθών ή του κοινωνικού ή οικονομικού σκοπού του δικαιώματος της δανείστριας⁵⁰.

- Γ. Ως μη καταχρηστική έχει κριθεί⁵¹ η κατάσχεση ακινήτου, λόγω δήθεν προφανούς δυσαναλογίας μεταξύ της αξίας του κατασχεθέντος και της απαίτησης του δανειστή, καθώς όπως ορθώς έγινε δεκτό δεν αρκεί μόνο η μεταξύ αυτών σύγκριση, αλλά απαιτείται και συνεκτίμηση του τελικού καθαρού πλειστηριάσματος και όλων των απαιτήσεων αναγγελθέντων δανειστών, δεδομένου ότι τελικά το πλειστηρίασμα κατανέμεται μεταξύ όλων των δανειστών. Επομένως, δεν πρόκειται για κατάχρηση δικαιώματος, όταν ο επισπεύδων επιλέγει να προβεί σε κατάσχεση ενός ακινήτου εκ πλειόνων κινητών περιουσιακών στοιχείων συνοφειλετών εάν, ενόψει του συνόλου των αναγγελθεισών απαιτήσεων και του πλειστηριάσματος, το οποίο θα επιτυγχάνονταν από τα κινητά, δεν θα ήταν εφικτή η ικανοποίηση της απαίτησής του.
- Δ. Όπως είναι γνωστό το άρθρο 951 § 2 ΚΠολΔ αποτελεί έκφανση της σύμφωνης με το άρθρο 116 ΚΠολΔ γενικής αρχής περί της απαγόρευσης καταχρηστικής διαδικαστικής συμπεριφοράς, απηχεί την αρχή της αναλογικότητας (αρχή της αναγκαιότητας) και αποσκοπεί στην αποτροπή της υπερβολικής καταπίεσης του οφειλέτη από την κατάσχεση περιουσιακών στοιχείων, τα οποία ευρίσκονται σε δυσαναλογία σε σχέση προς

50 Βλ. και ΑΠ 871/2010, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ.

51 ΕφΛαρ 29/2008, αδημ.

την απαίτηση⁵². Μέσω του άρθρου 951 § 2 ΚΠολΔ, λοιπόν, επιβάλλεται περιορισμός προς προστασία του οφειλέτη - καθ' ου η κατάσχεση από τον κίνδυνο της κατάσχεσης και του πλειστηριασμού πραγμάτων περισσοτέρων από όσα απαιτούνται για την ικανοποίηση των δανειστών και των εξόδων της εκτέλεσης⁵³. Ο περιορισμός της καταχρηστικής άσκησης της αξίωσης για αναγκαστική εκτέλεση εκδηλώνεται δε ως απειλή ακυρότητας των πράξεων της αναγκαστικής κατάσχεσης πράγματος του οφειλέτη αξίας δυσαναλόγως μεγαλύτερης από το ύψος της ουσιαστικής αξίωσης του επισπεύδοντος ή της κατάσχεσης ορισμένου πράγματος, όταν υπάρχουν άλλα αντικείμενα δεκτικά κατάσχεσης που υπερκαλύπτουν το ποσό της εκτελουμένης αξίωσης ή όταν υπάρχει άλλο πράγμα της κυριότητας του καθ' ου, μικρότερης αξίας, το οποίο υπερκαλύπτει την απαίτηση του επισπεύδοντος. Επιπλέον, απαιτείται οι πράξεις του υπόχρεου και η υπ' αυτού δημιουργηθείσα κατάσταση, η οποία συνεπάγεται ιδιαίτερα επαχθείς για τον ίδιο επιπτώσεις να τελούν σε αιτιώδη σχέση με την προηγούμενη συμπεριφορά του δικαιούχου. Το ζήτημα δε, εάν οι συνέπειες, που συνεπάγεται η άσκηση του δικαιώματος είναι επαχθείς για τον υπόχρεο πρέπει να αντιμετωπίζεται και σε συνάρτηση με τις αντίστοιχες συνέπειες, οι οποίες είναι δυνατόν να επέλθουν σε βάρος του δικαιούχου από την παρακώλυση της ικανοποίησης του δικαιώματος του⁵⁴. Σχετική είναι εν προκειμένω, η ΜΠρΓρεβ 5/2019⁵⁵, η οποία αφορούσε σε κατάσχεση ακινήτου που αποτελούσε την πρώτη και μόνιμη κατοικία των υπέργηρων γονέων του του οφειλέτη, ενώ η κατάσχεση μπορούσε κατά τους ισχυρισμούς του οφειλέτη να ικανοποιηθεί με μόνη την κατάσχεση καταστήματος ιδιοκτησίας συνοφειλέτη ή με τη δέσμευση ή κατάσχεση περιουσιακών στοιχείων της πρωτοφειλέτιδας εταιρείας ή των εταίρων και μελών της. Το Δικαστήριο απέρριψε τον ως άνω λόγο ανακοπής καθώς δέχθηκε ότι αληθή υποτιθέμενα τα ιστορούμενα περιστατικά, δεν επαρκούν ώστε να θεωρηθεί ότι καθιστούν μη ανεκτή, κατά τις περί δικαίου και ηθικής αντιλήψεις του μέσου κοινωνικού ανθρώπου, την άσκηση του δικαιώματος της επισπεύδουσας να επιδιώξει την αναγκαστική εκτέλεση του εκτελεστού τίτλου της προς ικανοποίηση της επιδικασθείσας απαίτησης. Και αυτό διότι τα προβλήματα της στέγασης που ενδέχεται να αντιμετωπίσουν οι υπερήλικοι γονείς του οφειλέτη δεν αρκούσαν για να καταστήσουν καταχρηστική την επίσπευση

52 ΜΠρΓρεβ 5/2019, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ.

53 ΜΕφΑθ 334/2019, αδημ. · ΜΠρΓρεβ 5/2019, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ· ΜΠρΛαμ 42/2019, ΝΟΜΟΣ· Μπρίνιας, Αναγκαστική Εκτέλεσις τ. Β, β' έκδοση, άρθρο 951, § 257, σ. 695.

54 ΟΛΑΠ 6/2016, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ· ΑΠ 1603/2014, ΕΠολΔ 2015.259, σημ. Ν. Κατηφόρη, σ.264.

55 ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ.

αναγκαστικής εκτέλεσης σε βάρος του τελευταίου, η οποία διενεργείται από την επισπεύδουσα προς προστασία των νομίμων συμφερόντων της και ικανοποίηση των ληξιπρόθεσμων απαιτήσεών της, ο δε ανακόπτων δεν περιγράφει ορισμένη συμπεριφορά της καθ' ης, όπως μακροχρόνια αδράνεια της ή ορισμένη ενέργεια, η οποία, συνδυαζόμενη με την πραγματική κατάσταση που διαμορφώθηκε από τις περιστάσεις που μεσολάβησαν, να δημιουργήσει στον ανακόπτοντα την εύλογη πεποίθηση, ότι αυτή δεν θα ζητούσε να ικανοποιήσει την αξίωσή της, έτσι ώστε η επίσπευση της εκτέλεσης, λόγω της μεταβολής της στάσης της να του προκαλέσει μη αναμενόμενες και μη ανεκτές δυσμενείς συνέπειες και να επιφέρει έτσι ακυρότητα της αναγκαστικής εκτέλεσης. Επιπλέον πως ούτε η περιγραφόμενη συμπεριφορά της καθ' ης μπορούσε να αξιολογηθεί ως καταχρηστική, υπό την έννοια ότι η τελευταία ενήργησε με στόχο την πρόκληση ζημίας του καθ' ου η εκτέλεση, δυσανάλογη του υπό του νόμου επιδιωκόμενου σκοπού, ενώ σε κάθε περίπτωση η επισπεύδουσα δεν μπορούσε και δεν ήταν υποχρεωμένη να γνωρίζει ποιος χρησιμοποιούσε το κατασχεθέν ακίνητο, ως κατοικία. Βάσει των ως άνω αιτιολογιών, το δικαστήριο έκρινε, ότι δεν συνιστούσε καταχρηστική άσκηση δικαιώματος και δεν υπερέβαινε την αρχή της αναλογικότητας, μόνη η επιλογή της επισπεύδουσας να επιβάλει αναγκαστική κατάσχεση σε βάρος της περιουσίας ενός από τους περισσότερους σε ολόκληρο υπόχρεους οφειλέτες της.

IV. Η προφανής αντίθεση της επισπευδόμενης διαδικασίας της αναγκαστικής εκτέλεσης στα αντικειμενικά όρια που θέτει η ΑΚ 281, ως λόγος ανακοπής του άρθρου 933 ΚΠολΔ

Παγίως γίνεται δεκτό στη νομολογία, ότι από τον συνδυασμό των διατάξεων των άρθρων 281 ΑΚ, 116, 933 ΚΠολΔ και 25 § 3 του Συντάγματος προκύπτει, πως λόγο ανακοπής του άρθρου 933 ΚΠολΔ μπορεί να αποτελέσει και η προφανής αντίθεση της επισπευδόμενης διαδικασίας της αναγκαστικής εκτέλεσης στα αντικειμενικά όρια που θέτει η ΑΚ 281⁵⁶. Στις διατάξεις, οι οποίες

56 ΟΛΑΠ 1/1997, ΕλλΔνη 1997.534=EEN 1997.389=NoB 1998.17·ΟΛΑΠ 49/2005, NoB 2006.378·ΟΛΑΠ 12/2009, ΕφΑΔ 2009.1388·ΑΠ 431/1981, NoB 1982.413, αντιθ. παρ. Ν. Κλαμαρή·ΑΠ 558/1995, ΕλλΔνη 1996.591, παρ. Γ. Διαμαντόπουλου· ΑΠ 347/1996 ΕλλΔνη 1997.84 ·ΑΠ 502/1997, ΕλλΔνη 1998.103· ΑΠ 61/2001, ΕλλΔνη 2001.914·ΑΠ 370/2001, ΕλλΔνη 2002.121·ΑΠ 563/2003, NoB 2004.24·ΑΠ 889/2003, NoB 2004.381·ΑΠ 551/2005, ΕλλΔνη 2007.460·ΑΠ 95/2006, EEN 2007.111·ΑΠ 340/2006, ΕλλΔνη 2008.158·ΑΠ 1893/2008, ΕΠολΔ 2009.247· ΑΠ 535/2015, ΧρΙΔ 2015.601·ΕφΑθ 4378/2003, ΕλλΔνη 2004.414·ΕφΑθ 7269/2004, ΕλλΔνη 2006.237·ΕφΑθ 4488/2006, NoB 2007.1598·ΕφΛαρ 138/2004, Δ 2004.794·ΕφΘεσ 2908/2005, Αρμ 2006.93· ΜΕφΑθ 5595/2019, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ· ΜΠρΧαλκιδ 174/2019, Αρμ 2019.57. Για την κατάχρηση δικαιώματος ως λόγος ανακοπής

εκφράζουν την «αποδοκιμασία» του νομοθέτη στην καταχρηστική αναγκαστική εκτέλεση εντάσσεται και αυτή του άρθρου 951 § 2 ΚΠολΔ, σύμφωνα με την οποία η κατάσχεση δεν επιτρέπεται να επεκταθεί σε περισσότερα από όσα χρειάζονται για να ικανοποιηθεί η απαίτηση και για να καλυφθούν τα έξοδα της εκτέλεσης. Από την εν λόγω διάταξη συνάγεται ότι ο περιορισμός της καταχρηστικής άσκησης της αξίωσης για αναγκαστική εκτέλεση εκδηλώνεται, ως απειλή ακυρότητας των πράξεων της άμεσης ή έμμεσης αναγκαστικής εκτέλεσης, όπως λ.χ. της κατάσχεσης πράγματος που ανήκει στον οφειλέτη με αξία δυσανάλογα μεγαλύτερη από το ύψος της ουσιαστικής αξίωσης του επισπεύδοντος⁵⁷.

Σκοπός της ανωτέρω διάταξης είναι να αποτρέψει την εκ μέρους του δανειστή καταπίεση του οφειλέτη με τη δέσμευση δυσανάλογης προς την απαίτηση περιουσίας του τελευταίου. Εάν, λοιπόν, το ποσό της απαίτησης είναι ελάχιστο (πολύ μικρό) και η αξία του πράγματος δυσανάλογα μεγάλη τότε η κατάσχεση μπορεί να ακυρωθεί, εφόσον κατ' εφαρμογή της ΑΚ 281 η ενέργεια αυτή θεμελιώνει προδήλως κατάχρηση του δικαιώματος της επιβολής κατάσχεσης σε συνδυασμό όμως και με τη συμπεριφορά του οφειλέτη και πριν από την επιβολή της κατάσχεσης, καθώς όσο μικρή και αν είναι η απαίτηση, πρέπει να καταβληθεί από τον οφειλέτη στον δανειστή⁵⁸. Το άρθρο 951 § 2 ΚΠολΔ πρέπει, πάντως, να ερμηνεύεται με ευρύτητα δεδομένου ότι κατά την επιβολή της κατάσχεσης δεν είναι βέβαιο πόσοι δανειστές θα αναγγεθούν, πάντοτε, δε, σε συνδυασμό με τους κανόνες των χρηστών ηθών και της καλής πίστης και εν γένει στο πλαίσιο του άρθρου 116 ΚΠολΔ⁵⁹. Σε κάθε περίπτωση, η καταχρηστική επίσπευση της αναγκαστικής εκτέλεσης συνιστά ελάττωμα που αφορά σε συγκεκριμένη πράξη εκτέλεσης, το οποίο επιφέρει την ακυρότητα αυτής. Η εκ μέρους του επισπεύδοντος ενέργεια συγκεκριμένης πράξης αναγκαστικής εκτέλεσης, λ.χ. της επιταγής, της κατάσχεσης ή του πλειστηριασμού κατά τρόπο αντίθετο προς τον σκοπό της ή προς την καλή πίστη ή τα χρηστά ήθη οδηγεί σε ακυρότητα της συγκεκριμένης πράξης, προβαλλόμενη

βλ. αναλυτ. Γέσιου-Φαλτσή, ό.π., § 39, σ.647 επ. Η νομολογία του Αρείου Πάγου διαμόρφωσε το έτος 1984 τη θέση, ότι η καταχρηστική άσκηση δικαιώματος μπορεί να αποτελέσει λόγο ανακοπής και στην περίπτωση της ανακοπής του τρίτου (άρθρο 936 ΚΠολΔ), βλ. σχετ. Ορφανίδη, Κατάχρηση δικαιώματος ως λόγος ανακοπής του τρίτου κατ' άρθρ. 936 ΚΠολΔ, 2018.

57 ΜΠρΧαλκιδί 174/2019, Αρμ 2019.57-Κεραμεύς/Κονδύλης/ Νίκας(-Νικολόπουλος), Ερμηνεία ΚΠολΔ ΙΙ, 2000, άρθρο 951, αριθμ. 3-4.

58 ΜΠρΑθ 301/2018, Αρμ 2021.447, παρατ. Α. Πλεύρη, σ.449-451-Βαθρακοκοίλης, Ερμηνεία ΚΠολΔ, άρθρο 951, αριθμ. 14.

59 ΑΠ 73/1999, ΤΝΠ ΔΣΑ-ΜΠρΑθ 301/2018, Αρμ 2021.447, παρατ. Α.Πλεύρη, σ.449-451.

στις εκάστοτε οριζόμενες για την προβολή της προθεσμίας⁶⁰. Γίνεται λοιπόν δεκτό, ότι η αντίθεση της επίσπευσης διαδικασίας αναγκαστικής εκτέλεσης στην καλή πίστη ή στα χρηστά ήθη και στον κοινωνικό και οικονομικό σκοπό του δικαιώματος μπορεί να προβληθεί, ως λόγος σε ανακοπή κατά της εκτέλεσης⁶¹, ο οποίος, κατά περίπτωση, μπορεί να αφορά άλλοτε στην απαίτηση⁶² και άλλοτε στην καταχρηστική πράξη εκτέλεσης καθεαυτή⁶³. Καταχρηστική μπορεί να είναι λχ. η επιταγή προς πληρωμή, επομένως η ανακοπή του άρθρου 933 ΚΠολΔ κατά της επιδοθείσας επιταγής προς πληρωμή μπορεί λοιπόν να περιέχει ως λόγο την κατάχρηση δικαιώματος. Προκειμένου δε να κριθεί, αν η επίδοση της επιταγής προς πληρωμή αποτελεί κατάχρηση δικαιώματος, πρέπει να λαμβάνεται υπόψη, εφόσον προβάλλεται με την ανακοπή και η προηγούμενη της κοινοποίησης της επιταγής συμπεριφορά του επιτάσσοντος, ως μέρος των περιστάσεων άσκησης της ανακοπτόμενης πράξης της εκτελεστικής διαδικασίας, οι οποίες (περιστάσεις) αποτελούν στοιχεία της βάσης της προτεινόμενης ένστασης καταχρηστικής άσκησης δικαιώματος μέσω του λόγου της ανακοπής⁶⁴.

V. Προθεσμία προβολής λόγου ανακοπής, ο οποίος βασίζεται σε καταχρηστική αναγκαστική εκτέλεση

Σύμφωνα με τη διάταξη του άρθρου 934 § 1 ΚΠολΔ, η οποία επιβάλλει την κατά στάδια προσβολή των πράξεων της αναγκαστικής εκτέλεσης, η ανακοπή

60 Κεραμεύς/Κονδύλης/Νίκας (-Νικολόπουλος), Ερμηνεία ΚΠολΔ II, 2000, άρθρο 934, αριθ. 10, ό.π.π. · Γέσιου-Φαλτσή, ό.π., § 39, σ.652.

61 ΟΛΑΠ 488/1984, ΑρχΝ 1984.360·ΟΛΑΠ 49/2005, ΝοΒ 2006.378·ΟΛΑΠ 12/2009, ΕφΑΔ 2009.1388·ΑΠ 1170/1997, Δ 1998.602· ΑΠ 502/1997 Δ 1997.103· ΕφΑθ 3861/2008, ΕφΑΔ 2009.110, παρατ. Α. Πανταζόπουλου· ΜΠρΘεσ 2041/2016, ΕλλΔνη 2016.878· Κεραμεύς/Κονδύλης/Νίκας (-Νίκας), Ερμηνεία ΚΠολΔ I, 2000, άρθρο 116, αριθ.2, σ. 254· Γέσιου-Φαλτσή, ό.π., § 39, σ.647 επ. · Νίκας, Δίκαιο Αναγκαστικής Εκτελέσεως I Γενικό Μέρος, 2017, παρ.6, σ. 145 · Κλαμαρής, Η καταχρηστική άσκησης δικαιώματος εν τω αστικώ οικονομικώ δικαίω, 1978, σ. 287 επ.· Μπρίνιας, Αναγκαστική Εκτέλεση, τόμος V, αρ.1017, σ. 2114·Μπότσαρης, Το καθήκον αληθείας κατά το άρθρο 116 ΚΠολΔ, 1988, σ.75επ.·Μιχαηλίδου, ΕΠολΔ 2009.457 επ.

62 Ότι η αντίθεση της από μέρους του δανειστή επισπευδόμενης αναγκαστικής εκτέλεσης στην καλή πίστη και τα χρηστά ήθη αποτελεί ουσιαστικό ελάττωμα του εκτελεστού τίτλου, το οποίο είναι δυνατόν να οδηγήσει σε ακύρωση αυτού δέχεται η ΕφΑθ 4032/1985, ΕλλΔνη 1985.946.

63 Γέσιου-Φαλτσή, ό.π., § 39, σ.652, μ.π.π. στις υποσημ. με αριθ.66-68 για τις διάφορες τάσεις στη νομολογία σε σχέση με την καταχρηστική επίσπευση αναγκαστικής εκτέλεσης, ως λόγο ανακοπής του άρθρου 933 ΚΠολΔ.

64 ΑΠ 1096/1988, ΕλλΔνη 1990.70·ΕφΚερκ 24/2002, ΕΤρΑξΧρΔ 2003.966·ΜΠρΠειρ 3396/2003, Αρμ 2003.697· ΜΠρΛασιθ 50/2020, αδημ.

του άρθρου 933 ΚΠολΔ είναι παραδεκτή αν ασκηθεί εντός προθεσμιών τις οποίες η διάταξη αυτή καθορίζει ανάλογα με τον προβαλλόμενο λόγο και την προσβαλλόμενη πράξη εκτέλεσης⁶⁵. Οι εν λόγω προθεσμίες είναι δικονομικές, εξετάζονται αυτεπαγγέλτως από το δικαστήριο και η πάροδος τους συνεπάγεται έκπτωση από το δικαίωμα προσβολής της σχετικής πράξης της εκτελεστικής διαδικασίας⁶⁶. Περαιτέρω, κατά τους ορισμούς της διάταξης του άρθρου 934 § 1α ΚΠολΔ, όπως ισχύει μετά τον ν. 4335/2015 σταδιακή προσβολή των πράξεων εκτέλεσης σημαίνει, ότι ανάλογα με το αντικείμενο της η εκάστοτε ανακοπή κατά της εκτέλεσης θα πρέπει να ασκείται σε καθορισμένες από το νόμο προθεσμίες.

Στο πρώτο στάδιο προσβολής των πράξεων εκτέλεσης έχουν μετατοπιστεί από τον νομοθέτη και οι λόγοι ανακοπής που αμφισβητούν την εγκυρότητα των πράξεων της κύριας διαδικασίας της αναγκαστικής εκτέλεσης (934 Ι α' ΚΠολΔ). Πρόκειται για ατασθαλίες, οι οποίες επιδρούν ακυρωτικά σε κάποια πράξη της διαδικασίας της εκτέλεσης που επιχειρήθηκε από την πρώτη μετά την επιταγή πράξη εκτέλεσης μέχρι και τη δημοσίευση του αποσπάσματος της κατασχετήριας έκθεσης κατά τα άρθρα 955 ΙΙ 2 και 995 ΙV 2 ΚΠολΔ.

Οι λόγοι, οι οποίοι αφορούν στην εγκυρότητα του τίτλου είναι τα διάφορα τυπικά ή ουσιαστικά ελαττώματα του. Τυπικά ελαττώματα του τίτλου είναι οι ελλείψεις σε σχέση με τον τίτλο, ως έγγραφο λ.χ. όταν δεν έχει περιγραφεί τον εκτελεστήριο τύπο ή το συμβολαιογραφικό έγγραφο έχει ελλείψεις, οι οποίες οδηγούν σε ακυρότητα κ.ά. Ουσιαστικά ελαττώματα του τίτλου είναι όλα τα υπόλοιπα ελαττώματα αυτού, όπως επί παραδείγματι, όταν δεν προκύπτει η ποσότητα της παροχής (916 ΚΠολΔ) ή δεν συγκοινοποιήθηκαν τα έγγραφα, τα οποία αποδεικνύουν την πλήρωση της αίρεσης ή επισπεύδεται εκτέλεση με βάση οριστική απόφαση που δεν κηρύχθηκε προσωρινά εκτελεστή κ.ο.κ. Ουσιαστικό ελάττωμα υφίσταται και όταν ο επισπεύδων δεν φέρεται ως δικαιούχος της ενσωματωμένης στον τίτλο αξίωσης ή ο καθ' ου η εκτέλεση δεν ανήκει στα πρόσωπα, τα οποία νομιμοποιούνται παθητικά να ανεχθούν την εκτέλεση με βάση τον προκείμενο τίτλο.

Η προθεσμία της ανακοπής που επιδιώκει την ακύρωση της αναγκαστικής εκτέλεσης λόγω των ανωτέρω ελαττωμάτων, ορίζεται ενιαία σε σαράντα πέντε (45) ημέρες από την ημέρα της κατάσχεσης (απώτατο χρονικό όριο άσκησης ανακοπής), όταν η εκτέλεση επισπεύδεται για την ικανοποίηση χρηματικών απαιτήσεων⁶⁷. Κατά το γράμμα του νόμου, αφετηρία της προθεσμίας των 45

65 ΜΕΦΑΘ 334/2019, αδημ.

66 ΑΠ 758/2014, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ· ΜΠρΠατρ 937/2019, ΤΝΠ ΙΣΟΚΡΑΤΗΣ.

67 Βλ. αναλυτ. για τα επιμέρους στάδια του άρθρου 934 στην έμμεση εκτέλεση πριν και μετά το ν.4335/2015 σε *Γέσιου-Φαλτσή*, ό.π., § 40, σ.695 (701-703). Για τη σταδιακή προσβολή των πράξεων εκτέλεσης και τις προθεσμίες του άρθρου 934 ΚΠολΔ βλ. *Νίκα*, ό.π., § 28, σ.

ημερών αποτελεί η ημέρα της κατάσχεσης. Η διατύπωση αυτή πάντως, μάλλον αποτελεί σχήμα κατά συνεκδοχή. Η γνώση του καθ' ου είναι απαραίτητη για την εκκίνηση της ανωτέρω προθεσμίας και η γνώση αυτή εξασφαλίζεται με την επίδοση στον ίδιο του αντιγράφου της κατασχετήριας έκθεσης. Επομένως, η προθεσμία των 45 ημερών ξεκινά κανονικά από την επίδοση του αντιγράφου της κατασχετήριας έκθεσης στον καθ' ου η εκτέλεση οφειλέτη. Αν αυτός παρίσταται κατά την κατάσχεση, αλλά αρνείται να παραλάβει το ανωτέρω αντίγραφο, δεν προβλέπεται από το νόμο επίδοση του στον ίδιο, οπότε η αφετηρία της προθεσμίας θα είναι, για την ως άνω περίπτωση, αναπόφευκτα, η ημέρα περάτωσης της κατάσχεσης.

Η δεύτερη κατηγορία ελαττωμάτων, τα οποία εντάσσονται στο πρώτο στάδιο αφορά στις ακυρότητες των πράξεων της προδικασίας της αναγκαστικής εκτέλεσης. Η προδικασία εξαντλείται κυρίως στην επίδοση προς τον καθ' ου η εκτέλεση οφειλέτη αντιγράφου του απογράφου με επιταγή προς εκτέλεση. Οι λόγοι που στρέφονται κατά του κύρους της επιταγής υπόκεινται στην ανωτέρω προθεσμία των 45 ημερών του άρθρου 934 Ι α' ΚΠολΔ, είτε αφορούν στο περιεχόμενο, είτε στην επίδοση της στον καθ' ου η εκτέλεση είτε διότι η επιταγή δεν συνοδεύθηκε και από τα έγγραφα που νομιμοποιούν τον επισπεύδοντα καθολικό ή ειδικό διάδοχο (925 ΚΠολΔ). Στην ίδια προθεσμία μάλιστα, υπάγονται και οι λόγοι της ανακοπής, οι οποίοι αφορούν σε προγενέστερες (ή και μεταγενέστερες) της επιταγής πράξης εκτέλεσης, λ.χ. στη χορήγηση της εντολής (927 ΚΠολΔ) στον δικαστικό επιμελητή ή και σε μεταγενέστερες, εφόσον αυτές προηγούνται χρονικά από την κατάσχεση ή άλλη αντίστοιχη μ' αυτή διαδικαστική πράξη.

Σε περίπτωση, λοιπόν, κατά την οποία, προβάλλεται ως λόγος της ανακοπής του άρθρου 933 ΚΠολΔ η αντίθεση της διαδικασίας της αναγκαστικής εκτέλεσης στα αντικειμενικά όρια της ΑΚ 281 και η εξ αυτού του λόγου ακυρότητα της εκτέλεσης, αν η κατάχρηση αφορά στην εγκυρότητα του εκτελεστού τίτλου με την έννοια του ότι η εκτέλεση διενεργείται δυνάμει τυπικώς έγκυρου τίτλου, ο οποίος όμως αποκτήθηκε αντίθετα προς την ΑΚ 281 ή όταν η προηγούμενη συμπεριφορά του επισπεύδοντος δημιούργησε στον οφειλέτη την εύλογη πεποίθηση περί μη εκτέλεσης του τίτλου σε βάρος του, ο σχετικός λόγος ανακοπής θα πρέπει να προβληθεί εντός της προθεσμίας, η οποία προβλέπεται στο άρθρο 934 §1α' ΚΠολΔ⁶⁸.

605 επ., 615 επ., 622 επ.

68 ΟΛΑΠ 12/2009 ΑρχΝ 2009.708, σημ. Χ. Νικολαΐδη, σ.712=NoB 57.1417· ΑΠ 1077/2015·ΑΠ 261/2017·ΕφΑθ 2755/1998, Δ 1998.1126·ΕφΑθ 1433/2007, ΕφΑΔ 2008.235, παρατ. Χ. Απαλαγάκη·ΕφΑθ 2337/2007, ΕφΑΔ 2008.471, παρατ. Σπ. Ανδρίτσου· ΕφΑθ 3861/2008, ΕφΑΔ 2009.110, παρατ. Α. Πανταζόπουλου· ΜΕφΑθ 5595/2019, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ· ΜΕφΑθ 4023/2019, ΕφΑΔΠολΔ 2020.667-670·ΜΠρΗρακλ 1928/2010, Αρμ 2010.1203-1204, ό.π.

Εάν δε η αντίθεση στα κριτήρια της ΑΚ 281 αφορά στην απαίτηση ή στη διαδικασία της εκτέλεσης, ο λόγος της ανακοπής του άρθρου 933 ΚΠολΔ πρέπει να προβάλλεται μέσα στην προθεσμία του άρθρου 934 §1β ΚΠολΔ, δηλαδή έως την έναρξη της τελευταίας πράξης εκτέλεσης, η οποία προκειμένου για ικανοποίηση χρηματικών απαιτήσεων είναι, κατά το άρθρο 934 § 2 ΚΠολΔ, η σύνταξη της έκθεσης πλειστηριασμού και κατακύρωσης⁶⁹.

στην πάγια νομολογία. Από τη θεωρία (πριν το ν.4335/2015) βλ. σχετ. *Κεραμέα/Κονδύλη/Νίκα* (-Νικολόπουλο), Ερμηνεία ΚΠολΔ κατ'άρθρο, ΙΙ, 2000, άρθρο 934, αριθ.10, σ.1788-Ποδηματά, Ζητήματα εφαρμογής των άρθρων 933 και 936 ΚΠολΔ, 1991, σ.75-76· *Αρβανιτάκη*, Προθεσμία προσβολής της καταχρηστικής κατάσχεσης, ΕπιστΕπετΑρμ 1990.73 επ.(75)· *Μπρίνια*, Κατ'άρθρο Ερμηνεία ΚΠολΔ, άρθρο 934, § 168, σ. 465-466· *Μακρή*, Ανακοπή κατά της εκτέλεσης και αίτηση αναστολής κατά τον ΚΠολΔ, 2007, σ.184 επ. (188-189). *Μιχαηλίδου*, ΕΠολΔ 2009.457 επ.·*Βαθρακοκόλη*, Ερμηνεία ΚΠολΔ, άρθρο 934, αριθ.25.

- 69 ΟΛΑΠ 12/2009, ΑρχΝ 2009.708, σημ. Χ. Νικολαΐδη, σ.712=ΝοΒ 57.1417 υπό το προ του ν. 4335/2015 καθεστώς ·ΜΕΦΑθ 5595/2019, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ ·ΜΕΦΑθ 334/2019, αδημ. Πρβλ. ΜΠρΠατρ 937/2019, ΤΝΠ ΙΣΟΚΡΑΤΗΣ, σύμφωνα με την οποία λόγος ανακοπής που αφορά αντίθεση της επισπευδόμενης εκτέλεσης στην καλή πίστη και τα χρηστά ήθη δεν αποτελεί ουσιαστικό ελάττωμα του τίτλου, ώστε να καθίσταται εφαρμοστέα η βραχύτερη προθεσμία του άρθρου 934 § 1α ΚΠολΔ, αλλά αποτελεί λόγο που αφορά στην εκτελούμενη απαίτηση, με παραπομπή σε *Γέσιου-Φαλτσή*, § 39- 40. Το δικαστήριο δέχθηκε εν προκειμένω την άποψη πως όταν ο λόγος ανακοπής του άρθρου 933 ΚΠολΔ για την καταχρηστική άσκηση δικαιώματος αμφισβητεί το επιτρεπτό ή μη της ικανοποίησης της απαίτησης, η οποία επιδιώκεται με την αναγκαστική εκτέλεση και κατά τελλολογική ακολουθία και της πράξης εκτέλεσης με την οποία η αξίωση αυτή πραγματώνεται αναγκαστικά, η καταχρηστική άσκηση δικαιώματος εντοπίζεται στις ουσιαστικές σχέσεις των μερών και πρέπει να αντιμετωπίζεται με τα κριτήρια του ουσιαστικού δικαίου (με παραπομπή σε *Γέσιου-Φαλτσή*, § 39-40). Περαιτέρω δέχθηκε, ότι η κατάσχεση εις χείρας των τραπεζών και στους λογαριασμούς που τηρούν οι ανακόπτοντες, προκαλεί έντονη την εντύπωση της αδικίας και της παραβίασης της αρχής της αναλογικότητας, εφόσον οι ανακόπτοντες είναι κύριοι ακινήτων και η επισπεύδουσα δεν έχει εγγράψει προσημείωση υποθήκης έστω και για ένα ελάχιστο ποσό προς εξασφάλιση της απαίτησης της σε βάρος των ως άνω ακινήτων, περαιτέρω δε ότι καθίσταται προφανές πως με το μέτρο που αυτή χρησιμοποιεί για να ικανοποιήσει την απαίτηση της επιδεικνύει, κατά τον παρόντα ιδίως χρόνο της γενικευμένης οικονομικής ύφεσης στη χώρα, μεγάλη σκληρότητα έναντι των ανακοπτόντων, ενώ συγχρόνως η ίδια δεν θα έχει καμία οικονομική ωφέλεια από την πράξη της αυτή. Υπήρξε, λοιπόν, σύμφωνα με το δικαστήριο προφανής δυσαναλογία του χρησιμοποιούμενου μέτρου σε βάρος των ανακοπτόντων προς τον επιδιωκόμενο από την επισπεύδουσα σκοπό και οι προσβαλλόμενες πράξεις εκτέλεσης συνιστούν καταχρηστική εκ μέρους της άσκηση δικαιώματος, που πλήττει το κύρος των πράξεων αυτών, καθιστώντας αυτές ακυρωτέες.

Τέλος, στην περίπτωση του πλειστηριασμού, αν η καταχρηστικότητα συνδέεται με ορισμένη συμπεριφορά του επισπεύδοντος, η οποία, συνδυαζόμενη με την πραγματική κατάσταση που διαμορφώθηκε με τις περιστάσεις που μεσολάβησαν, δημιούργησε στον οφειλέτη την εύλογη πεποίθηση ότι δεν θα ενεργηθεί ο πλειστηριασμός, έτσι ώστε η μεταγενέστερη διενέργειά του, λόγω της μεταβολής της στάσης του επισπεύδοντος να προκαλέσει μη αναμενόμενες και μη ανεκτές δυσμενείς συνέπειες για τον οφειλέτη, προκειμένου να επέλθει ακυρότητα του πλειστηριασμού, απαιτείται σύμφωνα με νομολογιακή θέση⁷⁰ και γνώση εκ μέρους του υπερθεματιστή της συμπεριφοράς του επισπεύδοντος και των όσων συνέβησαν πριν από τον πλειστηριασμό, τα οποία καθιστούν την διενέργεια αυτού καταχρηστική υπό την έννοια της ΑΚ 281, διότι ο υπερθεματιστής ζημιώνεται κυρίως από την ακύρωση του πλειστηριασμού. Η γνώση αυτή είναι δε δεδομένη, όταν το εκπλειστηριασθέν ακίνητο κατακυρωθεί στον επισπεύδοντα, ο οποίος έτσι αποκτά και την ιδιότητα του υπερθεματιστή⁷¹

VI. Επιλογικά

Η θεμελιώδης για την έννομη τάξη αρχή της αναλογικότητας δεν θα μπορούσε να αφήνει ανέγγιχτο πεδίο της αναγκαστικής εκτέλεσης. Έκφραση της αρχής της αναλογικότητας είναι και η αρχή της ελάχιστης δυνατής προσβολής ή του ηπιότερου μέσου από τα περισσότερα διαθέσιμα, το οποίο αποδεικνύεται ως λιγότερο επαχθές για τον καθ' ου η εκτέλεση οφειλέτη. Σύμφωνα δε με την αρχή της αποφυγής ασύμμετρων ή δυσανάλογων συνεπειών από την επιβολή του μέτρου πρέπει σε κάθε περίπτωση επίσπευσης αναγκαστικής εκτέλεσης στην οποία τίθεται ζήτημα κατάχρησης να γίνεται στάθμιση κόστους – οφέλους από τις συνέπειες του μέτρου, στο πλαίσιο πάντοτε της καλής πίστης. Κριτήριο που πρέπει να εξετασθεί και συγκεκριμενοποιείται *ad hoc* συνιστά το αν η αναγκαστική εκτέλεση διενεργείται «στην απαιτούμενη έκταση και ένταση», ώστε να υπάρξει πράγματι σχέση αναλογικότητας μεταξύ του στόχου της ικανοποίησης της αξίωσης του δανειστή και της μη εξόντωσης του οφειλέτη. Το έργο αυτό ανήκει στο δικαστήριο που δικάζει την (αμυντική) ανακοπή του άρθρου 933 ΚΠολΔ, η οποία περιέχει τον σχετικό λόγο ανακοπής ο οποίος εμφανίζεται πλέον με μεγάλη συχνότητα στην πράξη.

⁷⁰ ΜΕΦΑΘ 5595/2019, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ.

⁷¹ ΑΠ 340/2006, Δ 2006.1310· ΕφΛαρ 96/2013, Δικογραφία 2013.299· ΜονΕφΠειρ 523/2015, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ· ΕφΑΘ 2152/2008, ΕλλΔνη 2009.562· ΜονΕφΑΘ 5595/2019, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ.

**Τυποκρατική ερμηνεία δικονομικών κανόνων και
παραβίαση του άρθρ. 6 ΕΣΔΑ*
Ένα παράδειγμα από την εφαρμογή των άρθρ.
ΚΠολΔ 524§2 και 242§2 στην τακτική διαδικασία**

Ευαγγελία Ν. Ποδηματά
Καθηγήτρια Νομικής Σχολής Α.Π.Θ.

Διάγραμμα

- I. Το πρόβλημα
- II. Κριτήρια συμβατότητας με το άρθρ. 6 ΕΣΔΑ της ερμηνείας δικονομικών κανόνων περιοριστικών του δικαιώματος πρόσβασης στο δικαστήριο του ενδίκου μέσου ή/και ακροάσεως ενώπιον αυτού
 - A. Σαφήνεια περιεχομένου του περιοριστικού δικονομικού κανόνα και «προβλεψιμότητα» της εφαρμογής του
 - B. Μη υπέρμετρα τυποκρατική ερμηνεία (“excessive formality”)
 - Γ. Συνεκτίμηση του συνόλου των διεξαχθεισών εθνικών διαδικασιών στην επίμαχη υπόθεση
- III. Εφαρμογή των κριτηρίων συμβατότητας με το άρθρ. 6 ΕΣΔΑ στο παράδειγμα της ερμηνείας των άρθρ. ΚΠολΔ 524§2 και 242§2
 - A. Η αξιολογική ασυμβατότητα προς το άρθρ. 6 ΕΣΔΑ της συνδυαστικής ερμηνείας των άρθρ. ΚΠολΔ 524§2 και 242§2
 - B. Η θεραπεία της ασυμβατότητας προς το άρθρ. 6 ΕΣΔΑ με το ένδικο μέσο της αιτιολογημένης ανακοπής ερημοδικίας

I. Το πρόβλημα

1. Αφορμή της μελέτης αποτέλεσε το διαδικαστικό ιστορικό της υπ’ αριθμ. 124/2020 απόφασης του Μονομελούς Εφετείου Θεσσαλονίκης, εκδοθείσας κατά την τακτική διαδικασία¹: Η ερήμην δικασθείσα πρωτοδίκως

^{*} Η μελέτη αφιερώνεται στον εκλεκτό συνάδελφο καθηγητή *Δημήτριο Μανιώτη* ως ελάχιστο αντίδωρο τιμής για την σημαντική συμβολή του στην καλλιέργεια του Αστικού Δικονομικού Δικαίου. Το κείμενο εκπονήθηκε υπό το καθεστώς πριν από το ν. 4842/2021.

1 Τα ζητήματα που τίθενται με την απόφαση αυτή (καθώς και με την προηγηθείσα στην ίδια υπόθεση απόφαση υπ’ αριθμ. 11539/2018 του Μονομελούς Πρωτοδικείου Θεσσαλονίκης) αποτέλεσαν αντικείμενο Γνωμοδότησής μου (Καθήκον καθοδήγησης κατ’ άρθρ. 227

(λόγω μη καταβολής του τέλους δικαστικού ενσήμου²) ενάγουσα άσκησε έφεση (ΚΠολΔ 528), καταβάλλοντας πλέον το οφειλόμενο τέλος δικαστικού ενσήμου και επιδιώκοντας την εξαφάνιση της ερήμην αποφάσεως και την επί της ουσίας διάγνωση των αγωγικών της αξιώσεων το πρώτον από το δευτεροβάθμιο δικαστήριο. Κατά την ενώπιον του εφετείου συζήτηση της έφεσής της η εκκαλούσα εκπροσωπήθηκε δια του πληρεξουσίου της δικηγόρου, ο οποίος κατέθεσε αρμοδίως δήλωση κατ' άρθρ. ΚΠολΔ

ΚΠολΔ στην τακτική διαδικασία: Τυποκρατική ερμηνεία δικονομικών κανόνων και παραβίαση του άρθρ. 6 ΕΣΔΑ), ΕΠολΔ 2021 (υπό δημοσίευση).

- 2 Το πρωτοβάθμιο δικαστήριο (ΜονΠΘεσ 11539/2018, προηγ. σημ.) είχε παραλείψει ενσυνειδήτως την άσκηση του καθήκοντος (ΚΠολΔ 227) για την ειδοποίηση της ενάγουσας προς συμπλήρωση της τυπικής έλλειψης και προσκομιδή του γραμματίου καταβολής του τέλους, με την ειδικότερη αιτιολογία ότι: «... η ενάγουσα δεν προσκόμισε το αναλογούν τέλος δικαστικού ενσήμου ενόψει της καταψηφιστικής φύσης της αγωγής, το οποίο, σύμφωνα με τη διάταξη του άρθρου 237 παρ. 1 ΚΠολΔ, όπως τροποποιήθηκε με το ν. 4335/2015, που εφαρμόζεται εν προκειμένω, λόγω του ότι η αγωγή ασκήθηκε μετά την 01.01.2016, κατατίθεται το αργότερο μέχρι τη συζήτηση της υπόθεσης, χωρίς η νέα αυτή ειδικότερη διάταξη να αφήνει περιθώριο συμπλήρωσης της τυπικής αυτής παράλειψης με το άρθρο 227 του ΚΠολΔ. ...». Η θέση αυτή δεν είναι πειστική. Το κατ' άρθρ. 227 ΚΠολΔ καθήκον του δικαστή, κατανοούμενο εν όψει του αληθούς σκοπού του, παραμένει πλήρως ενεργό και υπό το καθεστώς της νέας τακτικής διαδικασίας (ΚΠολΔ 237, όπως ισχύει μετά τον ν. 4335/15), όντας ολοτελώς συμβατό με την δομή και τους σκοπούς της. Διότι η τροπή της διαδικασίας ως κατά βάση γραπτής δεν μετέβαλε όμως την φύση και τον αξιακό προσανατολισμό του συζητητικού συστήματος κατά τον ΚΠολΔ ως *ηπίου*, ούτε τον ενεργό ρόλο του δικαστή στην διαχείριση της διαδικασίας και την κατεύθυνσή της προς την αποτελεσματικότερη και πλέον σύντομη επίτευξη του σκοπού της. Η ερμηνεία αυτή γίνεται ήδη ορθά δεκτή στο πλαίσιο του νέου άρθρ. ΚΠολΔ 237 τόσο από την νομολογία όσο και από την θεωρία. Για την εφαρμογή του άρθρ. ΚΠολΔ 227 ειδικά για τις ελλείψεις ως προς την προσκομιδή του γραμματίου του δικαστικού ενσήμου στην νέα τακτική διαδικασία βλ. ενδεικτ. ΜονΕφΑθ 441/2020, ΤΝΠ Νόμος· ΠολΠΚορ 76/2020, ΤΝΠ Νόμος· ΜονΠΚαστ 120/2018, ΤΝΠ Νόμος· ΜονΠΠατρ 103/2020, ΤΝΠ Νόμος· ΜονΠΑγρ 53/2020, ΤΝΠ Νόμος· για άλλες τυπικές ελλείψεις Μον ΕφΠατρ 279/2019, ΤΝΠ Νόμος (: ελλείψεις ως προς την αναφορά της αξίας του αντικειμένου της δίκης)· βλ. επίσης τις επαινετές -γενικότερης σημασίας- σκέψεις του ΠολΠΘεσ 3074/2017, ΕΕμπΔ 2018.309 υπέρ της εφαρμογής του άρθρ. 227 σε συνδ. με το άρθρ. 105 ως προς ελλείψεις σχετικά με την πληρεξουσιότητα (ΚΠολΔ 237§1 εδ. 2). Από την θεωρία βλ. ιδίως Νίκα, Πολιτική Δικονομία Γ² (2020), §36 αρ. 3 in f. σ. 511· Καλαβρό, Πολιτική Δικονομία⁴ (2016) αρ. 219 σ. 438· Μακρίδου, Τακτική διαδικασία στα πρωτοβάθμια δικαστήρια, 2019, άρθρ. 227 αρ. 6· ειδικότερα Κώνστα, Η δικαστική πληρεξουσιότητα και η προσκομιδή του δικαστικού ενσήμου υπό το πρίσμα του ν. 4335/2015 στην τακτική διαδικασία, ΕλλΔνη 2018.350, 355· γενικότερα υπέρ της εφαρμογής του άρθρ. ΚΠολΔ 227 στην νέα τακτική διαδικασία Μανιώτης, Η συμβολή των δικαστών στην αποτελεσματική απονομή της δικαιοσύνης στον πρώτο βαθμό με την εφαρμογή της διαδικασίας του Ν 4335/2015, ΕφΑΔ 2016.645, 646 Ι επάνω· ο ίδιος, Αστικό Δικονομικό Δίκαιο² (2019) αρ. 134 σ. 73. Κατά συνέπεια, το ΜονΠΘεσ 11539/2018, παραλείποντας την άσκηση του καθοδηγητικού καθήκοντος ως προς την προσκομιδή του ελλείποντος δικαστικού ενσήμου, παραβίασε την διάταξη του άρθρ. ΚΠολΔ 227. Ειδικότερα για το ζήτημα βλ. την Γνωμοδότησή μου, υπό ΙΙΙ Α αρ. 6-11, ΕΠολΔ 2021, ανωτ. σημ. 1.

242§2, ενώ οι εφεσίβλητοι εκπροσωπήθηκαν δια των παρασταθέντων στο ακροατήριο πληρεξουσίων τους. Με την προαναφερόμενη απόφασή του το Μονομελές Εφετείο Θεσσαλονίκης απέρριψε την έφεση της ενάγουσας-εκκαλούσας ως ανυποστήρικτη λόγω μη προσήκουσας παραστάσεως της ενώπιόν του (ΚΠολΔ 524§3 και 242§2), καθόσον, σύμφωνα με την ειδικότερη αιτιολογία της αποφάσεως³, λόγω της προφορικότητας της συζήτησεως απαιτούνταν αυτοπρόσωπη παράσταση του πληρεξουσίου στο ακροατήριο, μη επιτρεπομένης της παραστάσεώς του με δήλωση.

2. Η κρίση για τον χαρακτήρα της παραστάσεως της εκκαλούσας ως μη προσήκουσας και η εντεύθεν άνευ ετέρου απόρριψη της εφέσεως ως ανυποστήρικτης (δηλαδή επί της ουσίας), θεωρούμενης κατά πλάσμα του νόμου ως αβάσιμης, χωρίς εντούτοις οποιαδήποτε ουσιαστική εξέτασή της, στηρίχθηκε στην συνδυαστική ερμηνεία των διατάξεων των άρθρ. ΚΠολΔ 524 §2 εδ. 1 και 242 §2. Κατά την πρώτη από αυτές: «*Η προφορική συζήτηση είναι υποχρεωτική μόνο στην περίπτωση του άρθρου 528*», δηλαδή όταν η έφεση ασκείται από τον ερήμην δικασθέντα πρωτοδίκως διάδικο. Σύμφωνα δε με την δεύτερη (ΚΠολΔ 242 §2 εδ. 1-2): «*Στις περιπτώσεις που η προφορική συζή-*

3 Τα κρίσιμα χωρία της αιτιολογίας έχουν ως εξής: «...Από τον συνδυασμό των διατάξεων των άρθρων 524 παρ. 1 και 2 ΚΠολΔ ... και 528 ΚΠολΔ ... προκύπτει ότι ενώπιον των Δευτεροβάθμιων Δικαστηρίων η προφορική συζήτηση είναι υποχρεωτική μόνο στη περίπτωση κατά την οποία η έφεση κατά της πρωτόδικης απόφασης ασκήθηκε από το διάδικο που δικάστηκε στον πρώτο βαθμό ερήμην, οπότε, με την τυπική παραδοχή της έφεσης ... εξαφανίζεται η πρωτόδικη απόφαση ... και αναδικάζεται η υπόθεση από το Εφετείο, ενώπιον του οποίου η συζήτηση γίνεται πλέον προφορικά. Κατά συνέπεια, στην περίπτωση αυτή, που είναι υποχρεωτική η προφορική συζήτηση ενώπιον του Εφετείου, δεν έχει εφαρμογή η διάταξη του άρθρου 242 παρ. 2 ΚΠολΔ και έτσι δεν είναι επιτρεπτή η παράσταση κατά τη συζήτηση με κοινή δήλωση των διαδίκων που υπογράφεται από τους πληρεξουσίου δικηγόρους τους, ή με δήλωση του ενός ή ορισμένων μόνο πληρεξουσίων ότι δεν θα παρασταθούν κατά την εκφώνηση της υπόθεσης. Η ως άνω δε απαγόρευση της παράστασης με δήλωση του πληρεξουσίου δικηγόρου στην περίπτωση του άρθρου 528 ΚΠολΔ, ισχύει όχι μόνο για τον διάδικο ο οποίος δικάστηκε στον πρώτο βαθμό ερήμην, αλλά και για τον αντίδικο του, ο οποίος είχε παρασταθεί κανονικά στον πρώτο βαθμό. Τούτο σαφώς προκύπτει από τις προαναφερόμενες διατάξεις, γιατί διαφορετικά, χωρίς δηλαδή την πραγματική παράσταση όλων των διαδίκων, προφορική συζήτηση δεν νοείται, ώστε να παρέχεται η δυνατότητα εκατέρωθεν ακρόασης και κατ' αντιδικία συζήτησης της υπόθεσης για να εξασφαλίζεται η αρχή της δίκαιης δίκης, σύμφωνα με τη διάταξη του άρθρου 6 της ΕΣΔΑ ...» και, περαιτέρω: «...η εκκαλούσα παραστάθηκε με δήλωση του πληρεξουσίου δικηγόρου της κατά το άρθρ. 242 §2 ΚΠολΔ, ενώ οι εφεσίβλητοι παραστάθηκαν δια των πληρεξουσίων τους δικηγόρων. Σύμφωνα όμως με τα εκτιθέμενα στην ως άνω νομική σκέψη, στην περίπτωση κατά την οποία η έφεση κατά της πρωτόδικης απόφασης ασκήθηκε από το διάδικο που δικάστηκε στον πρώτο βαθμό ερήμην, όπως συμβαίνει στην προκειμένη περίπτωση, είναι υποχρεωτική ενώπιον του Δευτεροβαθμίου Δικαστηρίου η προφορική συζήτηση της υπόθεσης και δεν έχει εφαρμογή η διάταξη του άρθρου 242 παρ. 2 ΚΠολΔ. Επομένως, εφόσον η εκκαλούσα δεν μετέχει κανονικά στην συζήτηση της έφεσης, πρέπει να δικασθεί ερήμην και να απορριφθεί κατ' ουσίαν η έφεσή της. ...»

τηση δεν είναι υποχρεωτική, οι διάδικοι μπορούν να συμφωνήσουν με κοινή δήλωση, που υπογράφεται από τους πληρεξούσιους δικηγόρους ότι δεν θα παραστούν κατά την εκφώνηση. Τέτοια δήλωση μπορεί να γίνει και από έναν ή ορισμένους μόνο πληρεξουσίου».

3. Οι εν λόγω διατάξεις είναι καθαρά δικονομικές, καθώς διέπουν τις δικονομικές προϋποθέσεις, υπό τις οποίες η παράσταση με δήλωση ενώπιον του Εφετείου είναι επιτρεπτή (δικονομικώς προσήκουσα) ή, αντιθέτως, ανεπίτρεπτη (δικονομικώς μη προσήκουσα)· από αυτές δε (από την ερμηνεία τους) εξαρτάται τελικώς η πραγματική δυνατότητα άσκησης ενώπιον του εφετείου του δικαιώματος ακρόασης του (ερήμην δικασθέντος πρωτοδίκως) εκκαλούντος, αφού, όταν η παράσταση του τελευταίου με δήλωση θεωρείται ως μη προσήκουσα, προβλεπόμενη κύρωση (ΚΠολΔ 524§3 εδ. 1) είναι η κατά πλάσμα του νόμου αποτίμηση της έφεσής του ως ανυποστήρικτης (ουσία αβάσιμης).
4. Υπό τα δεδομένα αυτά, ενδιαφέρον παρουσιάζει μία απόπειρα αποτίμησης της συμβατότητας της ανωτέρω ερμηνείας των εν λόγω ρυθμίσεων υπό το φως του άρθρ. 6 ΕΣΔΑ βάσει των ειδικότερων κριτηρίων, όπως προκύπτουν από την νομολογία του ΕΔΔΑ.

II. Κριτήρια συμβατότητας με το άρθρ. 6 ΕΣΔΑ της ερμηνείας δικονομικών κανόνων περιοριστικών του δικαιώματος πρόσβασης στο δικαστήριο του ενδίκου μέσου ή/και ακρόασης ενώπιον αυτού

5. Σύμφωνα με την σταθερή νομολογία του Ευρωπαϊκού Δικαστηρίου Δικαιωμάτων του Ανθρώπου (ΕΔΔΑ), η ερμηνεία δικονομικών κανόνων, προσδιοριστικών των προϋποθέσεων άσκησης του δικαιώματος πρόσβασης στο δικαστήριο του ενδίκου μέσου ή/και (όπως ειδικότερα εδώ) του δικαιώματος ακρόασης ενώπιον αυτού⁴, ανήκει στο εκάστοτε εθνικό δικαστήριο, αφού το ΕΔΔΑ δεν έχει ως αποστολή του να υποκαθίσταται στην θέση των

4 Δεν υπάρχει δε αμφιβολία ότι, καίτοι η καθιέρωση δεύτερου δικαιοδοτικού βαθμού ή ακυρωτικού δικαστηρίου δεν αποτελεί δικαιοκρατική επιταγή του άρθρ. 6 ΕΣΔΑ, όμως όταν ορισμένη εθνική έννομη τάξη καθιερώνει ένδικα μέσα, τότε τόσο η πρόσβαση ενώπιον του δικαστηρίου του ενδίκου μέσου όσο και η όλη διαδικασία ενώπιόν του οφείλει να εκπληρώνει στο ακέραιο τις εγγυήσεις της δίκαιης δίκης (αποτελεσματικής πρόσβασης και χρηστής διαδικασίας)· από την πάγια νηλγ. βλ. ενδεικτ. ΕΔΔΑ 16.11.2000, *Sotiris and Nikos Koutras ATTEE v. Greece*, no. 39442/98, §18· ΕΔΔΑ 24.5.2006, *Liakopoulou c. Grèce*, no 20627/04, §18 με περαιτέρω αναφορές στην νηλγ. του Δικαστηρίου· ΕΔΔΑ 18.2.2009, *Andrejeva v. Latvia* [GC], no. 55707/00, § 97· ΕΔΔΑ 5.11.2015, *Henrioud c. France*, no. 21444/11, §57· ΕΔΔΑ 5.4.2018, *Zubac v. Croatia* [GC], no 40160/12, §80 με πολλές περαιτέρω αναφορές.

εθνικών δικαστηρίων· το αποτέλεσμα όμως της ερμηνείας των ανωτέρω δικονομικών κανόνων από τα εθνικά δικαστήρια ελέγχεται από το ΕΔΔΑ ως προς την συμβατότητά του με τις δικαιοκρατικές εγγυήσεις του άρθρ. 6 ΕΣΔΑ⁵.

A. Σαφήνεια περιεχομένου του περιοριστικού δικονομικού κανόνα και «προβλεψιμότητα» της εφαρμογής του

6. Στο πλαίσιο αυτού του ελέγχου συμβατότητας με το άρθρ. 6 ΕΣΔΑ, σημαντικό δικαιοκρατικό προαπαιτούμενο είναι, κατά την σταθερή νομολογία του Δικαστηρίου, ότι ο δικονομικός κανόνας (τεθειμένος στον νόμο ή νομολογιακά διαμορφωμένος), βάσει του οποίου συνάγονται οι δικονομικές διατυπώσεις (ή προϋποθέσεις) για την πρόσβαση στο δικαστήριο ή (όπως εν προκειμένω) για την άσκηση του δικαιώματος ακροάσεως επί της ουσίας του ενδίκου μέσου, παρίσταται ως «σαφής, αναμφίβολος και προβλεπτός» (*prévisible, foreseeable*)⁶, υπό την έννοια ότι οι ενδιαφερόμενοι κοινωνοί

5 Βλ. ΕΔΔΑ 25.01.2000, *Miragall Escolano et autres c. Espagne*, no 38366/97, 38688/97 κ.ά., ιδίως § 33: «*La Cour rappelle d'emblée qu'elle n'a pas pour tâche de se substituer aux juridictions internes. C'est au premier chef aux autorités nationales, et notamment aux cours et tribunaux, qu'il incombe d'interpréter la législation interne. ... Le rôle de la Cour se limite à vérifier la compatibilité avec la Convention des effets de pareille interprétation. Cela est particulièrement vrai s'agissant de l'interprétation par les tribunaux des règles de nature procédurale ...*» (: Το Δικαστήριο υπενθυμίζει ... ότι δεν έχει ως έργο του να υποκαθίσταται στη θέση των εθνικών δικαστηρίων. Είναι πρωτίστως ευθύνη των εθνικών αρχών, και ιδίως των δικαστηρίων, να ερμηνεύουν την εθνική νομοθεσία. Ο ρόλος του Δικαστηρίου περιορίζεται στον έλεγχο της συμβατότητας με τη Σύμβαση των αποτελεσμάτων μιας τέτοιας ερμηνείας. Τούτο ισχύει ιδιαίτέρως σε αναφορά με την ερμηνεία από τα δικαστήρια των δικονομικής φύσεως κανόνων ...).· επίσης ΕΔΔΑ 5.11.2015, *Henrioud*, ανωτ. σημ. 4, §55· ΕΔΔΑ 5.4.2018, *Zubac*, ανωτ. σημ. 4, §81, με πολλές περαιτέρω αναφορές.

6 ΕΔΔΑ 24.5.2006, *Liakopoulou*, όπ. σημ. 4, §20: «*Il incombe donc à la Cour de vérifier si la règle appliquée à cet égard par la haute juridiction est claire, accessible et prévisible, au sens de la jurisprudence de la Cour, ...*» (: «Επομένως, εναπόκειται στο Δικαστήριο να εξακριβώσει αν ο κανόνας που εφαρμόστηκε σχετικώς από το ανώτατο δικαστήριο είναι σαφής, προσβάσιμος και προβλέψιμος, κατά την έννοια της νομολογίας του Δικαστηρίου, ...»).· ΕΔΔΑ 11.7.2002, *Osu v. Italy*, no. 36534/97, § 35: «*The court will firstly examine whether the calculation of the running period of the time-limit made by the Court of Cassation could be regarded as foreseeable from the point of view of a person convicted in absentia and whether, therefore, the penalty for failing to respect that delay did not infringe the proportionality principle*» («Το Δικαστήριο θα εξετάσει πρώτα αν ο υπολογισμός της διαδρομής της προθεσμίας που έγινε από το ανώτατο δικαστήριο θα μπορούσε να θεωρηθεί ως προβλεπτός [προβλέψιμος] από μέρους του προσώπου που καταδικάστηκε ερήμην και αν, επομένως η κύρωση για την μη τήρηση της προθεσμίας αυτής δεν παραβίασε την αρχή της αναλογικότητας· συγκεκριμένα ως προς την προγενέστερη νομολογία του Δικαστηρίου η σημαντική απόφαση ΕΔΔΑ 5.4.2018, *Zubac*, ανωτ. σημ. 4, §§85, 87-89 (: “foreseeable”, “foreseeability”), με πολλές αναφορές· πρβλ. επίσης στο ίδιο πνεύμα ΕΔΔΑ 7.7.2020, *Gros v. Slovenia*, no. 45315/18, §30 in f. = NoB 2020.1550 (1554 I), σχόλ. *Χειρδάρη*.

«οφείλουν να προβλέπουν και να αναμένουν» την εφαρμογή του⁷. Το «προβλεπτό» του περιοριστικού δικονομικού κανόνα συνδέεται με την εκτίμηση, αν η εφαρμογή του κανόνα μπορεί να ανταποκρίνεται στην «εύλογη προσδοκία» του ενδιαφερόμενου κοινωνού (: του πληρεξουσίου του, ως γνώστη του δικονομικού καθεστώτος). Μόνο δε όταν διαπιστώνεται, ότι ο κανόνας ανταποκρίνεται πράγματι στα προαπαιτούμενα αυτά, της «σαφήνειας» και του «προβλεπτού» της εφαρμογής του, τότε και μόνο η μη τήρησή του μπορεί να αποδίδεται σε «έλλειψη επιμέλειας» του διαδίκου (του πληρεξουσίου του), ώστε η εντεύθεν παρακώλυσή του ως προς την πρόσβαση στην δικαιοσύνη ή την άσκηση του δικαιώματός του ακροάσεως, επιρριπτόμενη σε «αμέλεια» του ιδίου, μπορεί να μη εκτιμάται ως παραβίαση του άρθρ. 6 ΕΣΔΑ. Αντιθέτως, αν ο κανόνας είναι ασαφής ή/και δεν μπορούσε να είναι κατ' αντικειμενικώς εύλογη κρίση προβλεπτός (αναμενόμενος), τότε το δικονομικό σφάλμα (*"procedural error"*) από την μη τήρησή του δεν μπορεί να εκτιμηθεί ως οφειλόμενο σε «αμέλεια» του διαδίκου (πληρεξουσίου του). οπότε η προκύπτουσα παρακώλυση του διαδίκου στα παραπάνω θεμελιώδη δικαιώματά του καταλήγει να αποθέτει υπέρμετρο βάρος (*"excessive burden"*) στους ώμους του σε σχέση με την εν λόγω δικονομική παράβαση (αστοχία), καθιστώντας εν τέλει την εφαρμογή του περιοριστικού δικονομικού κανόνα *δυσαναλόγως επιβαρυντική* για τον διάδικο και άρα ασύμβατη με το άρθρ. 6 ΕΣΔΑ⁸.

7 ΕΔΔΑ 25.01.2000, *Miragall Escolano*, όπ. σημ. 5, §33 in f.: *"Les intéressés doivent pouvoir s'attendre à ce que ces règles soient appliquées"* (: «Οι ενδιαφερόμενοι θα πρέπει να μπορούν να αναμένουν την εφαρμογή των κανόνων αυτών»)- επίσης ακριβώς όμοια ΕΔΔΑ 24.5.2006, *Liakopoulou*, όπ. σημ. 4, §19- ΕΔΔΑ 11.7.2002, *Osù v. Italy*, προηγ. σημ., §32 (: *"Those concerned must expect those rules to be applied"* («Οι ενδιαφερόμενοι πρέπει να αναμένουν την εφαρμογή των κανόνων αυτών»), §§35, 37-39 (επρόκειτο για δικονομικούς κανόνες υπολογισμού προθεσμιών άσκησης ενδίκων μέσων, που κρίθηκαν ότι δεν ανταποκρίνονταν στην απαίτηση της «εύλογης προβλεψιμότητας»)- ακόμη ΕΔΔΑ 24.4.2008, *Kemp et autres c. Luxembourg*, no. 17140/05, §49- ΕΔΔΑ 5.11.2015, *Henrioud*, ανωτ. σημ. 4, §60.

8 ΕΔΔΑ 11.7.2002, *Osù v. Italy*, ανωτ. σημ. 6, §39- και ιδίως ΕΔΔΑ 5.4.2018, *Zubac*, ανωτ. σημ. 4, §§85, 90-95- πρβλ. επίσης ΕΔΔΑ 16.11.2000, *Sotiris and Nikos Koutras ATTEE*, όπ. σημ. 4, ιδίως §21- και πρόσφατα ΕΔΔΑ 7.7.2020, *Gros*, ανωτ. σημ. 6, §30 in f.

Β. Μη υπέρμετρα τυποκρατική ερμηνεία (“*excessive formality*”)

7. Επιπλέον των κριτηρίων αυτών (αρ. 6), η νομολογία του ΕΔΔΑ αξιοποιεί συχνά και το (εν πολλοίς αλληλένδετο με τα προεκτεθέντα) όριο της μη υπέρμετρα τυποκρατικής ερμηνείας ενός δικονομικού κανόνα (“*excessive formality*”), ως κριτηρίου συμβατότητάς του με το άρθρ. 6 ΕΣΔΑ⁹. Καίτοι η δικονομική τυπικότητα είναι πολύτιμη για τον περιορισμό εντός ευλόγων πλαισίων της εξουσίας εξαιτομικευτικής κρίσεως, για την αποτροπή της διαδικαστικής αυθαιρεσίας, για την ισότητα των όπλων και τελικώς για την κατοχύρωση της εύτακτης λειτουργίας του δικαιοδοτικού μηχανισμού και της ασφάλειας του δικαίου, εντούτοις ορισμένος αυστηρός δικονομικός τύπος ή διαδικαστικός περιοριστικός κανόνας ενδέχεται κάποτε να εκτίθεται στην μομφή της «*υπερβάλλουσας τυπικότητας*»· τούτο ιδίως, όταν η άκαμπτη (ερμηνεία και) εφαρμογή του από το εθνικό δικαστήριο έχει ως αποτέλεσμα να ματαιώνεται η διάγνωση της υποθέσεως επί της ουσίας, καίτοι ο δικονομικός περιορισμός (ή τύπος) δεν αποτελεί, στην συγκεκριμένη περίπτωση, αναγκαίο περιοριστικό όριο υπαγορευόμενο από τον σκοπό της *ορθής επί της ουσίας κρίσης της διαφοράς* ή από το (αντίρροπο) ιδεώδες της *ασφάλειας του δικαίου*· αλλά εμφανίζεται ως δικονομική τυπικότητα τελολογικά μετέωρη, εκπίπτουσα έτσι σε αναίτιο κώλυμα (φραγμό) για την εξέταση της ουσίας¹⁰ της διαφοράς από το αρμόδιο δικαστήριο. Ο φραγμός αυτός αποτιμάται τότε ως *δυσαναλόγως περιοριστικός* του θεμελιώδους δικαιώματος του άρθρ. 6 ΕΣΔΑ, πλήττοντας τον πυρήνα του¹¹. Το στίγμα, πάντως, της «*υπέμετρης τυπικότητας*» κρίνεται εν όψει του συνόλου των διαδικαστικών δυνατοτήτων του κοινωνού στην επίμαχη υπόθεση, και με συνεκτίμηση των ιδιαίτερων συνθηκών που παρομαρτούν σε αυτή¹².

9 Για μία εποπτική απεικόνιση των θέσεων της νμλγ. του Δικαστηρίου βλ. ΕΔΔΑ 5.4.2018, *Zubac*, ανωτ. σημ. 4, §§85, 96-99 με πλούσιες περαιτέρω αναφορές· επίσης ΕΔΔΑ 16.11.2000, *Sotiris and Nikos Koutras ATTEE*, όπ. σημ. 4, §§19-22· ΕΔΔΑ 24.4.2008, *Kemp et autres*, ανωτ. σημ. 7, §50· ΕΔΔΑ 5.11.2015, *Henrioud*, ανωτ. σημ. 4, §58, 61-62, 67.

10 Για την σημασία του δικαιώματος προς εξέταση της ουσίας της διαφοράς, αφορώσας στην προστασία προσβεβλημένων ιδιωτικών δικαιωμάτων, ως οργανικής πτυχής του δικαιώματος αποτελεσματικής πρόσβασης στην δικαιοσύνη βλ., μεταξύ άλλων, χαρακτηριστικά ΕΔΔΑ 29.11.2016, *Lupeni Greek Catholic Parish and others v. Romania* [GC], no. 76943/11, §§ 84 επ., ιδίως 86-89. Ειδικότερα βλ. και κατωτ. σημ. 52.

11 Βλ. την αναφορά στην προηγ. σημ.· επίσης ΕΔΔΑ 25.01.2000, *Miragall Escolano*, όπ. σημ. 5, §§33-38· ΕΔΔΑ 16.11.2000, *Sotiris and Nikos Koutras ATTEE*, όπ. σημ. 4, §§ 19-22.

12 Βλ. ομοίως, αντί πολλών, ΕΔΔΑ 5.4.2018, *Zubac*, ανωτ. σημ. 4, §§ 98· επίσης ΕΔΔΑ 24.5.2006, *Liakopoulou*, όπ. σημ. 4, §18.

Γ. Συνεκτίμηση του συνόλου των διεξαχθεισών εθνικών διαδικασιών στην επίμαχη υπόθεση

8. Εν κατακλείδι, και γενικότερα, για την εκτίμηση της εν γένει συμβατότητας περιοριστικών δικονομικών ρυθμίσεων σε δίκη επί ενδίκου μέσου προς το άρθρ. 6 ΕΣΔΑ συνεκτιμάται το σύνολο των διαδικασιών που διεξήχθησαν στο πλαίσιο της οικείας εθνικής έννομης τάξης για την επίμαχη υπόθεση¹³.

III. Εφαρμογή των κριτηρίων συμβατότητας με το άρθρ. 6 ΕΣΔΑ στο παράδειγμα της ερμηνείας των άρθρ. ΚΠολΔ 524§2 και 242§2

A. Η αξιολογική ασυμβατότητα προς το άρθρ. 6 ΕΣΔΑ της συνδυαστικής ερμηνείας των άρθρ. ΚΠολΔ 524§2 και 242§2

9. Η ερμηνεία των δικονομικών κανόνων των άρθρ. ΚΠολΔ 524§2 και 242 §2, την οποία υιοθέτησε το ΜονΕφΘεσ 124/2020, είχε ως συνέπεια να θεωρηθεί η εκκαλούσα ως δικονομικώς απούσα και έτσι πρακτικά να αποστερηθεί από το δικαίωμά της ακροάσεως ενώπιον και του δευτεροβάθμιου δικαστηρίου (σε συνέχεια μάλιστα της πλασματικής της ερημοδικίας και στον πρώτο δικαιοδοτικό βαθμό, όπου δεν είχε ευτυχήσει να ευεργετηθεί από την άσκηση του καθοδηγητικού καθήκοντος του δικαστηρίου, οπότε και θα δικαζόταν ήδη στον πρώτο βαθμό η ουσία της διαφοράς). Τελικό δε αποτέλεσμα υπήρξε να ματαιωθεί εκ νέου η επί της ουσίας εξέταση των προβαλλόμενων με την αγωγή αδικοπρακτικών της αξιώσεων κατά των εναγομένων από την επικαλούμενη βλάβη της υγείας της και να απειλείται πλέον η εκκαλούσα με την δημιουργία δεδικασμένου επί της ουσίας, καίτοι η διαφορά παρέμεινε ολοτελώς αδιάγνωστη. Η συμβατότητα του αποτελέσματος της εν λόγω ερμηνείας επιβάλλεται τώρα να εξετασθεί υπό το φως των ανωτέρω αξιολογικών κριτηρίων, όπως αυτά έχουν θεμελιωθεί από το ΕΔΔΑ.
10. Κατ' αρχήν θα έπρεπε να εκτιμηθεί, αν η υιοθετηθείσα συνδυαστική ερμηνεία των κανόνων των άρθρ. ΚΠολΔ 524 §2 εδ. 1 και ΚΠολΔ 242§2 εδ. 1-2, σε αναφορά ειδικότερα με την νέα τακτική διαδικασία, στην οποία υπάγεται η προκειμένη διαφορά, μπορεί να θεωρηθεί ως δικονομικός κανόνας «σαφής» και «προβλεπτός» για τον πληρεξούσιο της εκκαλούσας, ο οποίος, κατ' αντικειμενικώς εύλογη κρίση, θα έπρεπε να υπολογίζει (αναμένει) την εφαρμογή του κατά την παράστασή του ενώπιον του εφετείου.

¹³ ΕΔΔΑ 5.4.2018, *Zubac*, ανωτ. σημ. 4, § 82· επίσης ΕΔΔΑ 11.7.2002, *Osui*, όπ. σημ. 6, §33· ΕΔΔΑ 5.11.2015, *Henrioud*, ανωτ. σημ. 4, §57· πρβλ. και την προηγ. σημ.

11. Είναι δεδομένο ότι, σε ότι αφορά στον πρώτο βαθμό, η νέα τακτική διαδικασία (ΚΠολΔ 237-238, όπως ισχύουν μετά τον ν. 4335/2015) διαπλάσθηκε ως προεχόντως γραπτή¹⁴, με κατ' ουσία απεμπόληση της προφορικότητας (βλ. χαρακτηριστικά ΚΠολΔ 115§2) και, κατ' επέκταση, εν πολλοίς και της αμεσότητας της αποδεικτικής διαδικασίας, αφού: α) καθιερώθηκε μία τυπική (κατ' επίφαση) συζήτηση κατά την ορισμένη δικάσιμο (ΚΠολΔ 237§4 εδ. 6), στην οποία *«δεν εξετάζονται μάρτυρες και η υπόθεση συζητείται και χωρίς την παρουσία των διαδίκων ή των πληρεξουσίων δικηγόρων τους»*. β) αναβαθμίσθηκε κατακόρυφα η σημασία του αποδεικτικού μέσου των ένορκων βεβαιώσεων με θεαματική μάλιστα αύξηση του επιτρεπτού αριθμού τους (ΚΠολΔ 422§3). γ) το δικαστήριο καλείται κατ' αρχήν να μελετήσει τα προαποδεικτικώς προσκομιζόμενα έγγραφα στοιχεία του φακέλου, περιλαμβανομένων των ένορκων βεβαιώσεων και μόνον αν από την μελέτη αυτή κρίνεται *«απολύτως αναγκαία»* η εξέταση μαρτύρων στο ακροατήριο *«ενός από κάθε πλευρά από εκείνους που έδωσαν ένορκη βεβαίωση, ή σε περίπτωση ανυπαρξίας αυτών από τους προτεινόμενους από κάθε πλευρά, με απλή διάταξη ... διατάσσεται η επανάληψη της συζήτησης στο ακροατήριο ...»* (ΚΠολΔ 237§6 εδ. 1). Δηλαδή, όπως συνάγεται από τις διατάξεις αυτές, πλέον στην τακτική διαδικασία του πρώτου βαθμού δεν προβλέπεται ούτε προφορική συζήτηση των διαδίκων στο ακροατήριο ούτε απευθείας εξέταση μαρτύρων· μόνον δε αν το δικαστήριο, μετά από την μελέτη των εγγράφων στοιχείων της δικογραφίας, εκτιμήσει την εξέταση μαρτύρων ως *«απολύτως αναγκαία»*, τότε και μόνον διατάσσεται η επανάληψη της συζήτησης για την διεξαγωγή της εμάρτυρης απόδειξης.
12. Από το άλλο μέρος, ανέκαθεν γίνεται δεκτό ότι η διαδικασία ενώπιον του δευτεροβάθμιου δικαστηρίου ακολουθεί τα ίχνη της πρωτοβάθμιας δίκης¹⁵. Οι δε κανόνες που διέπουν την πρωτοβάθμια εκδίκηση της διαφοράς, είναι, κατ' αρχήν, σε γενικές γραμμές, εφαρμοστέοι και για την διεξαγωγή της κατ' έφεση δίκης (ΚΠολΔ 524§1)¹⁶.
13. Αν, πάντως, η πρωτοβάθμια δίκη διεξήχθη κατ' αντιμωλία, η κατ' έφεση διαδικασία είναι κατ' αρχήν γραπτή, χωρίς προφορική ανάπτυξη και διεξαγωγή αποδείξεων στο ακροατήριο, ακόμη και στην περίπτωση της προβολής νέων ισχυρισμών (ΚΠολΔ 527) ή της προσκομιδής νέων αποδεικτικών μέσων (ΚΠολΔ 529)¹⁷. αν, κατά την κρίση του εφετείου, προκύψει

14 Βλ. αντιπροσωπευτικά Νίκα, Εγχειρίδιο Πολιτικής Δικονομίας³ (2018), §70 I-III σ. 398-400.

15 Κατά την έκφραση Νίκα, Εγχειρίδιο, προηγ. σημ., §114 αρ. 1 σ. 708.

16 Νίκας, προηγ. σημ., με εξειδικεύσεις: Κεραμεύς/ Κονδύλης/ Νίκας (-Πανταζόπουλος), Ερμηνεία ΚΠολΔ² (2020), άρθρ. 524 αρ. 1.

17 Νίκας, Εγχειρίδιο, αυτ., §114 αρ. 9-10 σ. 709.

ανάγκη διεξαγωγής νέων ή συμπληρωματικών αποδείξεων ή ενδεχομένως -πράγμα μη σύνθητες- αποδείξεων με (νέους) μάρτυρες, τούτο γίνεται με την διάταξη επανάληψης της συζήτησεως (ΚΠολΔ 254)¹⁸. Μάλιστα η κατ' αρχήν γραπτή μορφή της διαδικασίας χαρακτηρίζει την κατ' έφεση δίκη, αδιαφόρως αν η πρωτοβάθμια δίκη διεξήχθη κατά την τακτική διαδικασία (η οποία ούτως ή άλλως και στον πρώτο βαθμό είναι γραπτή) ή κατ' εφαρμογή ειδικής διαδικασίας (ΚΠολΔ 524 σε συνδ. με 591§7 εδ. 1), διακρινόμενης στον πρώτο βαθμό εντόνως από το στοιχείο της αμεσότητας και της προφορικότητας. Συνεπώς, υπό τα ανωτέρω δεδομένα, στην περίπτωση που η εκκαλουμένη είχε εκδοθεί κατ' αντιμωλία, η κατ' έφεση δίκη είναι πάντοτε γραπτή, η δε παράσταση των πληρεξουσίων με δήλωση κατ' αυτή είναι αναμφισβήτητα επιτρεπτή (ΚΠολΔ 242§2).

14. Αντιθέτως, όταν η εκκαλουμένη είχε εκδοθεί ερήμην και εκκαλών είναι ο ερήμην δικασθείς πρωτοδίκως διάδικος (ΚΠολΔ 528), το άρθρ. ΚΠολΔ 524 §2 εδ. 1 (όπως ισχύει μετά τον ν. 4335/15), ορίζει ότι η προφορική συζήτηση ενώπιον του εφετείου είναι υποχρεωτική. Στην περίπτωση αυτή, αν η εκκαλουμένη είχε εκδοθεί με εφαρμογή ειδικής διαδικασίας (ΚΠολΔ 591 επ.), κυριαρχούμενης από την προφορικότητα και την αμεσότητα, ο κανόνας του άρθρ. ΚΠολΔ 524 §2 εδ. 1 είναι απόλυτα σαφής και εύλογος, υπό την έννοια ότι στον δεύτερο δικαιοδοτικό βαθμό αναπληρώνεται το έλλειμμα της κατ' αντιμωλία προφορικότητας και αμεσότητας, κατά το οποίο υστέρησε η δίκη του πρώτου βαθμού, που διεξήχθη με απουσία του ήδη εκκαλούντος. Ωστε ευλόγως η παράσταση με δήλωση των διαδίκων (ακόμη και του παραστάντος πρωτοδίκως) δεν είναι επιτρεπτή (ΚΠολΔ 242§2), προκειμένου να πραγματοποιηθεί κατ' έφεση το ιδεώδες της προφορικής κατ' αντιδικία διαδικασίας¹⁹.
15. Η ίδια ακριβώς δικαιολογική εκτίμηση ίσχυε, κατ' αντιστοιχία, και για τις ερήμην πρωτοβάθμιες αποφάσεις της προϊσχύσασας τακτικής διαδικασίας (προϊσχύσαν ΚΠολΔ 270), η οποία ομοίως διεκρίνετο για την κυριαρχία της προφορικότητας της συζήτησεως στο ακροατήριο και της αμεσότητας των αποδείξεων, με κατά κανόνα μάλιστα διεξαγωγή και εμμάρτυρων αποδείξεων κατά την δικάσιμο. Έτσι επί ερήμην αποφάσεως της εν λόγω προϊσχύσασας τακτικής διαδικασίας, ευλόγως το άρθρ. 524§2 εδ. 1 (ως είχε πριν από την τροποποίησή του με τον ν. 4335/2015) όριζε: «*Η προφορική*

18 Νίκας, αυτ., §114 αρ. 10 και 85, σ. 709, 730.

19 ΑΠ 635/2020, ΤΝΠ Νόμος· ΑΠ 476/2017, ΤΝΠ Νόμος· πρβλ. επίσης ΤριμΕφΘεσ 36/2019, ΤΝΠ Νόμος (πρωτοβάθμια ερήμην απόφαση εκδοθείσα κατά την διαδικασία των ασφαλιστικών μέτρων) καθώς και ΜονΠΙΑθ 3692/2019, ΤΝΠ Νόμος (πρωτοβάθμια ερήμην απόφαση εκδοθείσα κατά την διαδικασία εκούσιας δικαιοδοσίας), ως προς τις οποίες ισχύουν *mutatis mutandis* οι αναφερόμενες στο κείμενο δικαιολογικές σκέψεις.

συζήτηση κατά τις διατάξεις του άρθρου 270 είναι υποχρεωτική μόνο στην περίπτωση του άρθρου 528, στην οποία εφαρμόζονται όλες οι διατάξεις του άρθρου 270». Η διάταξη κατά τρόπο σαφή και ανεπίδεκτο αμφιβολίας όριζε ότι η πρωτοβάθμια ακροαματική διαδικασία, η οποία δεν μπόρεσε να διεξαχθεί με τις εγγυήσεις της κατ' αντιμωλία συζήτησεως στο ακροατήριο, αναπληρώνεται έστω στον δεύτερο βαθμό, με την προφορική μορφή της κατ' έφεση δίκης, στην οποία εφαρμόζονται οι σχετικοί ορισμοί του άρθρ. 270. Έτσι και εδώ δεν μπορούσε να καταλείπεται αμφιβολία, ότι στην προφορική αυτή κατ' έφεση διαδικασία παράσταση με δήλωση δεν ήταν επιτρεπτή, για να μη ματαιωθεί ο ανωτέρω πρόδηλος και εύλογος νομοθετικός σκοπός²⁰.

16. Ήδη όμως μετά την τροπή της πρωτοβάθμιας τακτικής διαδικασίας σε ακραιφνώς γραπτή (ανωτ. αρ. 11), η αναμορφωθείσα διάταξη του άρθρ. ΚΠολΔ 524 §2 εδ. 1 δικαιολογεί ερωτηματικά ως προς το αληθές νόημά της και το δικαιολογικό της έρεισμα· διότι αν η πρωτοβάθμια δίκη είναι αμιγώς γραπτή, αν δεν επιζητείται καν η παρουσία των διαδίκων και των πληρεξουσίων τους για την «τυπική» συζήτηση, η οποία γίνεται μόνο χάριν διάσωσης του προσχήματος της δημοσιότητας και, τέλος, αν, αποθεώνοντας τις ένορκες βεβαιώσεις, ο νομοθέτης αποστρέφεται την εμμέτρηση απόδειξη, στην οποία επιτρέπει μόνον εντελώς εξαιρετικά (αν είναι «*απολύτως αναγκαία*») την καταφυγή του δικαστηρίου, με την διάταξη επανάληψης της συζήτησεως, τότε με ποιο νόημα και ποιο νομοθετικό σκοπό το άρθρ. ΚΠολΔ 524§2 εδ. 1 ομιλεί για υποχρεωτική προφορική συζήτηση στο εφετείο; Μπορεί άραγε να αναμένει κανείς ότι θεσμοθετείται απευθείας και μόνο για τον δεύτερο βαθμό η προφορικότητα στην δικάσιμο της έφεσης, όταν έχει ήδη πανηγυρικά εξοβελισθεί (με επίκληση ειδικών νομοθετικών αιτιολογιών επιτάχυνσης της διαδικασίας κλπ.) από την πρωτοβάθμια δίκη; Η ρύθμιση ενέχει μία *έκδηλη δικαιολογική αντινομία* προς τις διατάξεις του άρθρ. ΚΠολΔ 237 και ιδίως προς εκείνες της «τυπικής» μόνον συζήτησεως και της εξέτασης μαρτύρων μόνο αν από την μελέτη του φακέλου τούτο κριθεί «*απολύτως αναγκαίο*». Ακριβώς για αυτούς τους λόγους χαρακτηρίστηκε ήδη από έγκυρη πλευρά ως «*παράδοξη*»²¹. Αν όμως είναι «πα-

20 Βλ. ΑΠ 1478/2019, ΤΝΠ ΔΣΑ· 11/2016, ΤΝΠ Νόμος·1624/2014, ΤΝΠ ΔΣΑ· 1858/2014, ΤΝΠ ΔΣΑ (με αξιοπρόσεκτη μάλιστα μειοψηφία ενός μέλους του τμήματος, το οποίο δήχθηκε ότι ακόμη και υπό εκείνο το καθεστώς η παράσταση με δήλωση στο εφετείο δεν θα έπρεπε να οδηγεί σε πλασματική ερημοδικία)· επίσης ΕφΑθ 3330/2009, Δ 2009.1114· Μον ΕφΘεσ 299/2020, Αρμ 2020. 2062.

21 Νίκας, Εγχειρίδιο, όπ. σημ. 14, §114 αρ. 11 σ. 709/710: «Στο πλαίσιο της τακτικής διαδικασίας η προφορική αυτή συζήτηση ακολουθεί όμως άλλους κανόνες, διαφορετικούς από εκείνους που προβλέπονται (237) για την πρωτοβάθμια δίκη, κι' αυτό ενδέχεται να ευνοήσει στρατηγικές και μεθοδεύσεις. Και λογικά η διαφοροποίηση αυτή είναι παράδοξη».

ράδοξη», τότε δεν αποκλείεται να θάλπει και εύλογες παραπλανήσεις, λόγω των συνειρμών που δημιουργεί η εικόνα της νέας πρωτοβάθμιας τακτικής διαδικασίας ως αυστηρά γραπτής.

17. Η ασάφεια ή «παραδοξότητα» της ρύθμισης (524§2 εδ. 1) και ο αντινομικός χαρακτήρας της προς ό,τι γίνεται σήμερα δεκτό ως προς τις σταθερές της νέας τακτικής διαδικασίας, αν συσχετισθεί με το άρθρ. ΚΠολΔ 242 §2 εδ. 1-2, ενδέχεται, πράγματι, αντικειμενικώς όχι αδικαιολόγητα, να θάλπει την εντύπωση ότι δεν μπορεί να πρόκειται εδώ πράγματι για περίπτωση υποχρεωτικά προφορικής διαδικασίας, με την κυριολεξία του όρου. Η δε εύλογη ασάφεια και δικαιολογική αβεβαιότητα δεν αποκλείεται να οδηγήσει περαιτέρω στην –αντικειμενικώς όχι αδικαιολόγητη– εκτίμηση ότι η παράσταση με δήλωση (ΚΠολΔ 242§2) δεν αποκλείεται, αφού οι βασικοί χαρακτήρες της νέας τακτικής δεν συμβιβάζονται ούτε με προφορική συζήτηση ούτε με αποδεικτική διαδικασία στο ακροατήριο – τουλάχιστον όχι πριν το δικαστήριο σχηματίσει την εκτίμηση ότι η εξέταση μαρτύρων είναι *απολύτως αναγκαία, ώστε να επιλέξει τους μάρτυρες μεταξύ των ενόρκως βεβαιωσάντων*. Η πλήρης απεμπόληση των δικαιοπολιτικών αυτών επιλογών στο εφετείο δεν μπορεί να θεωρηθεί ότι, κατ' αντικειμενική εκτίμηση, αποτελεί κανόνα, την εφαρμογή του οποίου ο ενδιαφερόμενος κοινωνός του δικαίου *«οφείλει να προβλέπει και να αναμένει»*²².
18. Έτσι, η δικονομική επιλογή του πληρεξουσίου της εκκαλούσας στην προκειμένη περίπτωση να παραστεί με δήλωση δεν μπορεί πράγματι να αποδοθεί σε «έλλειψη επιμέλειας», αλλά ακριβώς στην εντύπωση – την ιδιαιτέρως ευνοούμενη από την «παραδοξη» νομοθετική ρύθμιση, ότι κατ' ουσία δεν μπορεί να πρόκειται παρά για μία γραπτή διαδικασία, που μόνο με την διάταξη επανάληψης της συζήτησεως (ΚΠολΔ 254) ενδέχεται να εξελιχθεί σε προφορική, εάν απαιτηθεί η συμπλήρωση των αποδείξεων ή κριθεί από το εφετείο η εξέταση μαρτύρων ως *«απολύτως αναγκαία»*.
19. Υπό τα δεδομένα αυτά, η επίρριψη αποκλειστικά σε βάρος της εκκαλούσας της βαρύτατης κύρωσης της απόρριψης της έφεσής της ως ανυποστήρικτης (δηλαδή επί της ουσίας) λόγω πλασματικής ερημοδικίας της, εξ αιτίας της παράστασης του πληρεξουσίου της με δήλωση, προβάλλει ως δυσανάλογη (υπέρμετρη), αφού η παραβίαση του άρθρ. ΚΠολΔ 242§2, υπό τα ανωτέρω δεδομένα, οπωσδήποτε δεν μπορεί να αποδοθεί σε αθέτηση κα-

22 Βλ. τις αναφορές ανωτ. υπό II Α αρ. 6. Πρβλ. επίσης εδώ την μειοψηφία μέλους του Α2 Πολιτικού Τμήματος του ΑΠ 1858/2014, ανωτ. σημ. 20, ήδη υπό το καθεστώς του προϊσχύσαντος ΚΠολΔ 270, η οποία φανερώνει, ότι ήδη τότε το ζήτημα της εμβέλειας της ισχύος του άρθρ. ΚΠολΔ 242§2 δεν ήταν ανεπίδεκτο ερμηνείας διάφορης από εκείνη που είχε κρατήσει στην νομολογία.

νόνα επιμέλειας, επιβαλλόμενης από το δικηγορικό λειτούργημα²³, αλλά σε παραπλανητική εντύπωση προκαλούμενη, κατά τα παραπάνω, από το εν πολλοίς ασαφές και μάλιστα αντινομικό (και άρα μη ευλόγως προβλεπτό) δικονομικό καθεστώς. Ας σημειωθεί εδώ ότι δεν υπάρχει ακόμη αρεοπαγίτική νομολογία, που να αφορά την ενώπιον του εφετείου παράσταση με δήλωση επί ερήμην πρωτοβάθμιας απόφασεως της νέας τακτικής διαδικασίας²⁴. απαντούν δε μόνον ορισμένες εντελώς πρόσφατες αποφάσεις δικαστηρίων της ουσίας²⁵, που όμως δεν αρκούν για την αντιστάθμιση του «παραδόξου» της ρυθμίσεως και την αποκατάσταση της ασφάλειας προσανατολισμού της έννομης συμπεριφοράς των κοινωνιών και την αποφυγή αδόκητης παγίδευσής τους.

20. Και, από το άλλο μέρος, η επαχθέστατη κύρωση της ματαίωσης της δυνατότητας ακρόασεως της εκκαλούσας επί της ουσίας των αγωγικών αδικοπρακτικών της αξιώσεων ουδένα υπερκείμενο νόμιμο σκοπό υπηρετεί ως αναγκαίο μέσο αυτού στην προκειμένη περίπτωση, ώστε να εύρισκε έτσι ένα εύλογο αντιστάθμισμα· ιδίως δεν υπηρετεί την εκατέρωθεν ακρόαση των μερών, έστω και αν στο όνομα αυτού ακριβώς του ιδεώδους απαγγέλθηκε η κύρωση. Διότι, η εκατέρωθεν ακρόαση μπορούσε, πράγματι, να εκπληρωθεί στο ακέραιο, αφ' ενός μέσω των κατατεθειμένων προτάσεων και των προαποδεικτικών αποδεικτικών στοιχείων, τα οποία είχαν εκατέρωθεν προσκομισθεί, ενώ αφ' ετέρου, εάν κατά την κρίση του δευτεροβάθμιου δικαστηρίου συνέτρεχε περίπτωση εξέτασης μαρτύρων ή συμπλήρωσης των αποδείξεων, η οδός της επανάληψης της συζητήσεως (ΚΠολΔ 254) θα ήταν ασφαλώς ανοικτή και πρόσφορη. Αντιθέτως, η ερμηνεία που υιοθετήθηκε από το ΜονΕφΘεσ 124/2020, παρίσταται ως εξόχως τυποκρατική (ενέχουσα *“excessive formality”* στην γλώσσα του ΕΔΔΑ²⁶) και άρα τελολογικά μετέωρη, καθώς οδηγεί στην οριστική ματαίωση της επί της ουσίας κρίσης των αγωγικών αξιώσεων της εκκαλούσας, χωρίς εντούτοις να είναι ορατός οποιοσδήποτε υπερκείμενος σκοπός, μη δυνάμενος να εκπληρωθεί χωρίς αυτή την υπέρμετρη θυσία σε βάρος της. Υπό τα δεδομένα αυτά, η ολοκληρωτική επίρριψη στους ώμους της εκκαλούσας των συνεπειών της «παραβίασης» των άρθρ. ΚΠολΔ 524§2 σε συνδ. με 242§2 ενέχει

23 Πολύ περισσότερο, όταν ήδη υπό το προΐσχύσαν καθεστώς της προφορικής πρωτοβάθμιας διαδικασίας (κατά το προΐσχύσαν ΚΠολΔ 270) είχε διατυπωθεί στην νομολογία και αποκλίνοια ερμηνευτική θέση· βλ. προηγ. σημ.

24 Η υφιστάμενη νμλγ. αφορά περιπτώσεις της προφορικής πρωτοβάθμιας διαδικασίας του παλαιού ΚΠολΔ 270 ή ειδικών διαδικασιών. βλ. ανωτ. σημ. 19-20.

25 ΤριμΕφΔυτΜακ 17/2020, ΤΝΠ Νόμος· ΤριμΕφΔωδ 28/2020, ΤΝΠ Νόμος· ΜονΕφΘεσ 953/2020, αυτ.

26 Ανωτ. υπό ΙΙ Β αρ. 7 με τις εκεί αναφορές.

δυσανάλογο περιορισμό του δικαιώματός της ακροάσεως, προσβάλλοντας τον πυρήνα αυτού ενώπιον του δεύτερου δικαιοδοτικού βαθμού (6 ΕΣΔΑ και 20 Συντ.).

Β. Η θεραπεία της ασυμβατότητας προς το άρθρ. 6 ΕΣΔΑ με το ένδικο μέσο της αιτιολογημένης ανακοπής ερημοδικίας

21. Επειδή η εν τέλει ασυμβατότητα με το άρθρ. 6 ΕΣΔΑ αποτιμάται εν όψει του συνόλου των έννομων δυνατοτήτων, τις οποίες μπορούσε να απολαύσει ο πληττόμενος διάδικος στο πλαίσιο ορισμένης υποθέσεως²⁷, συνάγεται ότι, και στην προκειμένη περίπτωση, η ανόρθωση της προσβολής του δικαιώματος ακροάσεως της εκκαλούσας και η αποκατάσταση της αρμονίας με το άρθρ. 6 ΕΣΔΑ θα μπορούσε να διασφαλισθεί μόνο αν η έννομη τάξη της παρείχε την δυνατότητα άρσης των συνεπειών της πλασματικής της ερημοδικίας στον ίδιο (τον δεύτερο) δικαιοδοτικό βαθμό. Προς τούτο στην έννομη τάξη μας προσφέρεται, πράγματι, το (ιδιόρρυθμο) ένδικο μέσο της αιτιολογημένης ανακοπής ερημοδικίας (ΚΠολΔ 501). Λόγος δε αυτού μπορεί να είναι η μη οφειλόμενη σε υπαιτιότητα του πληρεξουσίου της εκκαλούσας-ανακόπτουσας «αποτυχία» αυτής να ανταποκριθεί στους ορισμούς του γράμματος των άρθρ. ΚΠολΔ 524§2 και 242§2, παρά την καταβολή της προσήκουσας επιμέλειας, ακριβώς λόγω της αδόκτης αντινομίας («παραδοξότητας»), την οποία, κατά τα ανωτέρω, ενέχει η πρώτη από τις διατάξεις, ειδικά σε αναφορά με τις ερήμην πρωτοβάθμιες αποφάσεις της νέας τακτικής διαδικασίας^{28, 29}. Η συνθήκη αυτή πληροί την έννοια

27 Ανωτ. υπό II Β αρ. 7 in f. και II Γ 8 με τις εκεί αναφορές.

28 Πρβλ. ΑΠ 289/2020, ΤΝΠ Νόμος: «... στο χώρο του δικονομικού δικαίου συνιστά ανώτερη βία η κατάσταση αδυναμίας του διαδίκου ή του πληρεξουσίου του δικηγόρου να ανταποκριθούν σε κάποιο δικονομικό βάρος τους, παρά την εκ μέρους τους καταβολή της οφειλόμενης (εξειδικασμένης) προσοχής και επιμέλειας, με αποτέλεσμα η σχετική διαδικαστική πράξη τους να πάσχει από ακυρότητα ή να είναι απαράδεκτη. ...»· ομοίως ΜονΕφΔωδ 304/2019, ΤΝΠ Νόμος.

29 Διαφοροποιείται, συνεπώς, ουσιωδώς, κατά τούτο, η προκειμένη περίπτωση από την κριθείσα από τον ΑΠ 1624/2014, ΤΝΠ ΔΣΑ, όπου η εκκληθείσα ερήμην απόφαση είχε εκδοθεί κατά την τακτική διαδικασία του προϊσχύσαντος άρθρ. ΚΠολΔ 270 και συνεπώς η ανάγκη προφορικής διαδικασίας στην κατ' έφεση δίκη βάσει του (τότε) άρθρ. ΚΠολΔ 524§2 ήταν αντικειμενικής πρόδηλη και δικαιολογημένη (βλ. ανωτ. αρ. 15), ώστε εκεί μπορούσε ενδεχομένως να γίνεται, από την άποψη αυτή, λόγος για μη επιμελή εκπλήρωση καθηκόντων του πληρεξουσίου, αποκλείουσα την ανώτερη βία, επί παραστάσεώς του με δήλωση.

της δικονομικής ανώτερης βίας (ΚΠολΔ 501)³⁰, ερμηνευόμενης τελολογικά³¹, ώστε η ανακοπή ερημοδικίας να δύναται πράγματι να λειτουργήσει ως πρόσφορο μέσο άρσης της συντελεσθείσας εν τοις πράγμασι προσβολής του δικαιώματος ακροάσεως, σύμφωνα με τον κατά νόμο σκοπό της. Η ερμηνεία αυτή θα επιτρέψει την άσκηση του δικαιώματος ακροάσεως (και άρα του δικαιώματος πραγματικής πρόσβασης στην δικαιοσύνη) της εκκαλούσας, καθιστώντας εφικτή την διάγνωση της ουσίας της διαφοράς τουλάχιστον στον δεύτερο δικαιοδοτικό βαθμό, ώστε να αποτραπεί η δημιουργία δεδικασμένου επί της ουσίας, εξ ορισμού εδώ αφισταμένου από το αίτημα ορθής επί της ουσίας κρίσεως της διαφοράς, και να πληρωθούν έτσι οι δικαιοκρατικές αξιώσεις του άρθρ. 6 ΕΣΔΑ³².

30 Ως τέτοια νοείται οποιοδήποτε ανυπαίτιο και απρόβλεπτο γεγονός εξαιρετικής φύσεως, το οποίο στη συγκεκριμένη περίπτωση δεν αναμενόταν ούτε ήταν δυνατό να προληφθεί ή να αποτραπεί, ακόμη και με μέτρα άκρας επιμέλειας και σύνεσης· ΑΠ 289/2020, ΤΝΠ Νόμος (: αλλαγή της αίθουσας του δικαστηρίου την τελευταία στιγμή ως περίπτωση καταστάσεως αδυναμίας του δικηγόρου να ανταποκριθεί σε δικονομικό του βάρος, παρά την καταβολή της οφειλόμενης προσοχής και επιμέλειας)· πρβλ. ακόμη ΑΠ 518/2010, ΤΝΠ Νόμος (: το άρθρ. 6 ΕΣΔΑ δεν επιτρέπει την έκπτωση του διαδικού από την άσκηση δικονομικής ευχέρειας, αν δεν βαρύνεται με υπαιτιότητα· αναγκαία η εξειδίκευση των συνθηκών που αποκλείουν την υπαιτιότητα)· αφ' ετέρου βλ. και ΑΠ 1624/2014, ΤΝΠ ΔΣΑ (: το σφάλμα του πληρεξουσίου δικηγόρου κατά την επιτέλεση του λειτουργήματός του, κρίνόμενο αντικειμενικά, δεν μπορεί να θεωρείται γεγονός ανώτερης βίας)· σχετ. βλ. και την προηγ. σημ. Γενικά για την ανωτέρω έννοια της ανώτερης βίας κατά το άρθρ. ΚΠολΔ 501 βλ. ενδεικτ. ΑΠ 15/2018, ΤΝΠ Νόμος· 6/2012, ΤΝΠ Νόμος· 633/2011, ΤΝΠ Νόμος· 546/2011, αυτ.· 1892/2006, ΤΝΠ Νόμος· ακόμη ΤριμΕφΔυστέρ 4/2020, αυτ.· ΜονΕφΔωδ 304/2019, αυτ.· επίσης τις αναπτύξεις *Νίκα*, Πολιτική Δικονομία ΙΙΙ (2007), §110 αρ. 18-19 με εκτενή περιπτωσιολογία· *Κεραμέα/ Κονδύλη/ Νίκα* (-Πανταζόπουλο), Ερμηνεία ΚΠολΔ² (2020) άρθρ. 501 αρ. 4 σ. 36 επ.· περιπτωσιολογία συνθηκών ανώτερης βίας στο πρόσωπο του πληρεξουσίου βλ. στον *Διαμαντόπουλο*, Αρμ 1997.439, 453 ΙΙ (: η αμέλεια αποκλείει την ανώτερη βία). Για την θέσπιση της ανώτερης βίας ως λόγου ανακοπής με τον ν. 2145/1993 (άρθρ. 9 §1) βλ. *Ποδηματά*, Η ερημοδικία στην τακτική διαδικασία, Μελέτες Ιστορίας, Μεθοδολογίας και Δογματικής του Δικονομικού Δικαίου, 2019, §19 σ. 426-427 με τις αναφορές στην σημ. 91.

31 Βλ. και *Νίκα*, προηγ. σημ. §110 αρ. 18 σ. 97/98, ο οποίος επισημαίνει, ότι τα κριτήρια της ανώτερης βίας στο άρθρ. ΚΠολΔ 501 πρέπει να αντιμετωπίζονται με μεγαλύτερη ελαστικότητα (μειωμένη αυστηρότητα) σε σχέση με την αντίστοιχη έννοια ως προϋπόθεση επαναφοράς στην προηγούμενη κατάσταση (ΚΠολΔ 152), διότι «η απώλεια της τακτής ημέρας της δικασίμου δεν μπορεί να αντιμετωπίζεται με την ίδια αυστηρότητα και να εξισώνεται πλήρως με την παραμέληση του εκτεταμένου συνήθως χρονικού διαστήματος της προθεσμίας ενέργειας».

32 Η αξίωση έκδοσης αποφάσεως επί της ουσίας –και μάλιστα για αδικοπρακτικές αξιώσεις– αποτελεί εγγενές στοιχείο της αξιώσεως πρόσβασης στην δικαιοσύνη, που δεν επιτρέπεται να ματαιώνεται, εκτός αν τούτο οφείλεται σε δικονομικό φραγμό, υπηρετούντα την ασφάλεια του δικαίου ή αναγόμενο σε εχέγγυο ορθοκρισίας της υποθέσεως και τελούντα σε σχέση εύλογης αναλογίας προς τον εν λόγω επιδιωκόμενο νόμιμο σκοπό· άλλως πλήττεται

ο πυρήνας του άρθρ. 6 ΕΣΔΑ· βλ. αντιπροσωπευτικά ΕΔΔΑ 10.10.2002, *D.P. & J.C. v. The United Kingdom*, §126 (: "... Where there is a serious and genuine dispute as to the lawfulness of such an interference, going either to the very essence or the scope of the asserted civil right, Article 6§1 entitles the individual to have this question of domestic law determined by a tribunal") [: όπου υφίσταται μία γνήσια και σοβαρή αμφισβήτηση σχετικά με την νομιμότητα μιας τέτοιας προσβολής ιδιωτικού δικαιώματος, αφορώσας είτε αυτή την ίδια την ύπαρξη είτε την εμβέλεια του επικαλούμενου ιδιωτικού δικαιώματος, το άρθρ. 6§1 δίδει το δικαίωμα στο πρόσωπο να αξιώσει την ενώπιον δικαστηρίου διάγνωση αυτής της διαφοράς βάσει του εσωτερικού δικαίου], επίσης §127 (: δυνατότητα νόμιμων περιορισμών του δικαιώματος και αναλογικότητα αυτών)· ΕΔΔΑ 29.11.2016 [GC], *Lupeni Greek Catholic Parish and Others v. Romania*, no. 76943/11, §86 ("For the right of access to be effective, an individual must have a clear, practical opportunity to challenge an act that is in interference with his or her rights Equally, the right of access to a court includes not only the right to institute proceedings but also the right to obtain a determination of the dispute by a court. ...") [: «Για να είναι αποτελεσματικό το δικαίωμα πρόσβασης στην δικαιοσύνη, το πρόσωπο πρέπει να έχει μία σαφή και πραγματική δυνατότητα να καταγάγει ενώπιον δικαστηρίου την πράξη που προσβάλλει τα δικαιώματά του/της. ... Ομοίως, το δικαίωμα πρόσβασης στην δικαιοσύνη περιλαμβάνει όχι μόνο το δικαίωμα κατάρξης της δικαστικής διαδικασίας αλλά επίσης και το δικαίωμα να εκδοθεί απόφαση επί της διαφοράς από το δικαστήριο»], επίσης §§87, 89 (: νόμιμος δικαιολογικός λόγος και αναλογικότητα του τυχόν περιορισμού του εν λόγω δικαιώματος).

Rückwirkende Parteivereinbarung und Verbot des Vertrags zulasten Dritter – Kollisionsrecht und materielles Recht

Dr. Lukas Rademacher¹

Köln

Professor *Dimitris Maniotis* ist nicht nur ein führender Experte des griechischen Zivil- und Prozessrechts. Er ist ein ebenso versierter Kenner des deutschen Prozessrechts. Regelmäßig publiziert er in renommierten Festschriften und Archivzeitschriften.² Seine Veröffentlichungen werden in Deutschland breit rezipiert und beeinflussen die Rechtsentwicklung. Die im Wintersemester 1982/1983 vorgelegte Freiburger Dissertation³ findet bis heute in den großen wissenschaftlichen Kommentaren Beachtung,⁴ was für eine bald 40-jährige Doktorarbeit ungewöhnlich ist und ihre hohe Qualität belegt. Die Dissertation beschäftigt sich mit der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gemäß § 233 ZPO, also mit einer Vorschrift, deren Zweck darin liegt, zur Förderung der Einzelfallgerechtigkeit die Folgen einer prozessualen Fristversäumung nachträglich zu beseitigen. Ausnahmsweise tritt die durch Fristen angestrebte Rechtssicherheit zurück und die zunächst versäumte, später nachgeholte Prozesshandlung wird als rechtzeitig vorgenommen fingiert.⁵ Das Recht erlaubt es somit, die Vergangenheit umzugestalten. Aus diesem Grund hege ich die Hoffnung, dass die folgende Skizze das Interesse von Professor *Maniotis* findet. Darin soll es ebenfalls um die rückwirkende Rechtsgestaltung gehen, allerdings nicht wie in § 233 ZPO durch eine gerichtliche Entscheidung im

1 Der Autor ist Habilitand am Institut für internationales und ausländisches Privatrecht, Universität zu Köln, l.rademacher@uni-koeln.de.

2 *Maniotis*, Subjektive Grenzen der Rechtskraft, Chancengleichheitssatz und rechtliches Gehör, ZZP 133 (2020), 151; *ders.*, Substantial and Procedural Aspects of Mediation, ZZPInt 17 (2012), 165; *ders.*, Über die Rechtswirkung elektronischer Signaturen gemäß Art. 5 der Signaturrechtlinie (1999/93/EG), in: Festschrift Geimer (2002), 615; *ders.*, Über die Zulässigkeit der Einreichung von bestimmenden Schriftsätzen per Telefax, ZZP 112 (1999), 315; *ders.*, Einige Gedanken zur Beteiligung des Richters an der Bemessung der Fristen für Klageerwidderung und Replik, in: Gedächtnisschrift Arens (1993), 289; *ders.*, Die Sicherung der richterlichen Unabhängigkeit bei der Kontrolle der Rechtsprechungstätigkeit im Rahmen des Beförderungsverfahrens, ZZP 105 (1992), 63; *ders.*, Über die Rechtsfindungsmethode des angelsächsischen und kontinentaleuropäischen Richters, ZVglRWiss 87 (1988), 317.

3 *Maniotis*, Das prozessuale Verschulden und die objektive Präklusion (1983).

4 *Gerken*, in: Wieczorek/Schütze, ZPO, 4. Auflage (2013), vor Rn. 1; *H. Roth*, in: Stein/Jonas, ZPO, 23. Auflage (2016), § 233 ZPO, vor Rn. 1.

5 *Maniotis* (Fn. 3), 1, 102–109.

Zivilprozess, sondern durch privatautonome Vereinbarung der Parteien im materiellen Recht sowie im Kollisionsrecht. Ein besonderes Augenmerk wird dabei auf den durch rückwirkende Parteivereinbarungen betroffenen Interessen Dritter liegen. Der Begriff des Verbots des Vertrags zugunsten Dritter soll im Zuge dessen stärker konturiert werden.

I. Problemaufriss

Nicht immer ist man im Leben glücklich darüber, wie sich in der Vergangenheit liegende Sachverhalte abgespielt haben. Nur ändern können wir abgeschlossene Vorgänge nicht. Den Lauf der Zeit kann man nicht aufhalten oder gar zurückdrehen. Änderung ist nur in der Gegenwart und für die Zukunft möglich. Im Recht kann dies anders sein. Das Privatrecht kennt die Möglichkeit rückwirkender Parteigestaltung als Änderung abgeschlossener Vorgänge, als Änderung der Vergangenheit.

Im materiellen Privatrecht sind mit dem Begriff der Rückwirkung zuallererst die gesetzlich angeordneten Rechtsfolgen bestimmter einseitiger Gestaltungsrechte verbunden: Anfechtung (§ 142 Abs. 1 BGB), Genehmigung (§ 184 Abs. 1 BGB), Aufrechnung (§ 389 BGB) und Ausschlagung der Erbschaft (§ 1953 Abs. 1 BGB) wirken jeweils *ex tunc* auf einen in der Vergangenheit liegenden Zeitpunkt zurück.

Um die Wirkungen einseitiger Gestaltungsrechte soll es im Folgenden jedoch nicht gehen, sondern vielmehr um die Möglichkeiten und Grenzen rückwirkender Parteivereinbarungen. Innerhalb schuldrechtlicher Beziehungen erscheint eine rückwirkende Parteivereinbarung mit Blick auf die Privatautonomie zunächst unproblematisch. In § 311 Abs. 1 BGB erlaubt der Gesetzgeber ausdrücklich die „Änderung des Inhalts eines Schuldverhältnisses durch Vertrag“. Der Vorschrift ist kein Verbot der Änderung auch für die Vergangenheit zu entnehmen. Wenn also die Parteien aus welchen Motiven auch immer am 1. September vereinbaren, dass die Pflicht zur Darlehensgewährung oder zur Lieferung der Kaufsache oder ein Versicherungsschutz schon am 15. August bestand, dann begegnet dies zunächst keinen Bedenken.⁶ Umgekehrt ist es von der Privatautonomie ebenso gedeckt, wenn die Parteien am 1. September vereinbaren, dass ihr am 15. August geschlossener Vertrag nie bestand, sie ihn also rückwirkend aufheben.

Probleme entstehen jedoch dann, wenn von der Rückwirkung Dritte betroffen sind, die nicht Teil der Rückwirkungsabrede waren. Können beispielsweise

⁶ Zu den leistungsstörungsrechtlichen Folgen rückwirkender Vertragsänderungen *Latzel*, Rückbewirkte Leistungsstörungen, AcP 216 (2016), 674, 681–714.

Parteien, die einen Vertrag zugunsten eines Dritten (§ 328 Abs. 1 BGB) geschlossen haben, diesen Vertrag später rückwirkend aufheben und dem Dritten damit auch für die Vergangenheit den zugewandten Anspruch entziehen? Können Ehegatten ihren Güterstand durch Ehevertrag (§ 1408 Abs. 1 BGB) mit Wirkung für die Vergangenheit wechseln, auch wenn der Güterstand für die schuld- und sachenrechtliche Stellung eines Dritten von Bedeutung ist, der mit den (oder einem der) Ehegatten Geschäfte abgeschlossen hat?

II. Verbot des Vertrags zulasten Dritter

Bei erster Betrachtung mag es naheliegend erscheinen, solche Fragen unter Verweis auf das Verbot des Vertrags zulasten Dritter⁷ zu beantworten. Doch wann und wie weit greift dieses Verbot genau? Unzweifelhaft kann durch Vereinbarung von zwei Parteien keine Verpflichtung eines Dritten begründet werden. Jede rechtsgeschäftliche Bindung setzt gemäß § 311 Abs. 1 BGB die Beteiligung desjenigen voraus, der dadurch gebunden werden soll.

Gleichzeitig ist aber bei weitem nicht jede rechtsgeschäftliche Abrede verboten, die anderen Nachteile zufügt. Das System der Marktwirtschaft ist geradezu darauf ausgelegt, Konkurrenten durch Rechtsgeschäft Marktanteile wegzunehmen. Das Verbot des Vertrags zulasten Dritten greift sogar dann nicht *per se*, wenn die Abrede unmittelbar zum Rechtsverlust eines Dritten führt. Ein Beispiel ist der Doppelverkauf eines Einzelstücks. Die Übereignung der Sache an den einen Käufer – also ein Rechtsgeschäft – führt zur Unmöglichkeit (§ 275 Abs. 1 BGB) und damit zum Ausschluss des Anspruchs des anderen Käufers auf Übereignung nach § 433 Abs. 1 BGB. Darüber hinausgehend bedeuten Tatbestände des gutgläubigen Erwerbs stets Verträge zulasten Dritter. Das Rechtsgeschäft zwischen nichtberechtigtem Veräußerer und gutgläubigem Erwerber nach §§ 932–934 BGB bzw. § 892 BGB führt zum Eigentumsverlust des bisherigen Eigentümers.

Für die Frage der Zulässigkeit einer rückwirkenden Parteiabrede bietet die unklare Formel vom Verbot des Vertrags zulasten Dritten also keinen eindeutigen Erkenntnisgewinn. Für die scharfen Sanktionen der §§ 138 und 826 BGB ist ohnehin erst Raum, wenn die Grenze zum vorsätzlichen, kollusiven Vorgehen zum Nachteil des Dritten überschritten ist.⁸

7 Dazu und zu der Abgrenzung gegenüber Verträgen „mit Lastwirkungen gegenüber Dritten“ *Martens*, AcP 177 (1977), 113, 139–188; siehe auch *A. Roth*, Zur Problematik des Vertrags zu Lasten Dritter, in: Festschrift Hadding (2004), 253.

8 *Looschelders*, in: NomosKommentar, BGB, 4. Auflage (2021), § 138 BGB, Rn. 111–117; *Schmidt-Räntsch*, in: Erman, BGB, 16. Auflage (2020), § 138 BGB, Rn. 76–78; *G. Wagner*, in: Münchener Kommentar, BGB, 8. Auflage (2020), § 826 BGB, Rn. 75 f., 78 f.; *Oechsler*, in:

Diese vorläufigen materiell-rechtlichen Überlegungen sollen im Folgenden mit einer international-privatrechtlichen Perspektive ergänzt werden. Dabei wird sich zeigen, dass das IPR deutlichere Vorgaben zu den Möglichkeiten rückwirkender Parteigestaltung gibt. Vor diesem Hintergrund erhebt sich die Frage, inwieweit daraus Rückschlüsse oder Argumente für das materielle Recht zu gewinnen sind. Der Fokus wird dabei auf den Vorkehrungen zum Schutz Dritter liegen. Ein besonders anschauliches Beispiel aus dem internationalen Familienrecht bietet das eheliche Güterrecht (III.). Sodann ist auf Konstellationen innerhalb vertraglicher Schuldverhältnisse zu sprechen kommen (IV.). Den kollisionsrechtlichen Regelungen wird jeweils die materielle Rechtslage im deutschen Recht gegenübergestellt und schlussendlich (V.) vorschlagen, den Rechtsgedanken des IPR auf das materielle Recht zu übertragen.

III. Ehelicher Güterstand: Rechtswahl und Ehevertrag

1. Art. 22 EuGüVO

Das internationale Privatrecht zieht die Grenzen zwischen um Anwendung konkurrierende Privatrechtsordnungen. Es wird deshalb auch als Kollisionsrecht bezeichnet. Eine Kollisionsnorm bestimmt, welches Recht auf die mit einer bestimmten Sachverhaltskonstellation verbundenen Rechtsfragen anzuwenden ist. Neben objektiven Anknüpfungsmomenten wie beispielsweise der Staatsangehörigkeit und dem Handlungsort kennt das IPR auch die subjektive Bestimmung des anwendbaren Rechts in Form der Rechtswahl. Rechtswahlfreiheit besteht dabei nicht nur im internationalen Schuldrecht, sondern vermehrt auch im internationalen Familien- und Erbrecht, insbesondere dort, wo das IPR durch europäische Verordnungen vereinheitlicht ist. Die Rechtswahlfreiheit lässt sich als zentrales Strukturelement des europäischen Kollisionsrechts bezeichnen.⁹

Das internationale Ehegüterrecht ist in der Europäischen Güterrechtsverordnung (im Folgenden: EuGüVO¹⁰) geregelt. Seit Ende Januar 2019 ersetzen

Staudinger, BGB (2018), § 826 BGB, Rn. 227 f.

9 *Mansel*, Parteiautonomie, Rechtsgeschäftslehre der Rechtswahl und Allgemeiner Teil des europäischen Kollisionsrechts, in: Leible/Unberath (Hrsg.), Brauchen wir eine Rom 0-Verordnung? (2013), 241; *Basedow*, Theorie der Rechtswahl oder Parteiautonomie als Grundlage des Internationalen Privatrechts, *RabelsZ* 75 (2011), 32; *Rühl*, Rechtswahlfreiheit im europäischen Kollisionsrecht, in: *Festschrift Kropholler* (2008), 187.

10 Verordnung (EU) 2016/1103 des Rates vom 24. Juni 2016 zur Durchführung einer Verstärkten Zusammenarbeit im Bereich der Zuständigkeit, des anzuwendenden Rechts und der Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Fragen des ehelichen Güterstands (ABl. L 183 S. 1, ber. 2017 L 113 S. 62 und 2018 L 167 S. 36). Parallel dazu trat die zu weiten

deren Regelungen in Deutschland die zuvor geltenden Art. 14 f. EGBGB.¹¹ Die Verordnung sieht eine Reihe von objektiven Anknüpfungen vor (Art. 26 Eu-GüVO), erlaubt aber auch die vorrangige Rechtswahl (Art. 22 EuGüVO).

Der Regelungsgegenstand der EuGüVO – das Güterrecht – betrifft in erster Linie Fragen der Vermögenszuordnung zwischen den Ehegatten, er ist aber auch relevant im Verhältnis zu Dritten. Die meisten Rechtsordnungen¹² haben allgemeine Ehewirkungen sowie verschiedene Güterstände gesetzlich fixiert, einen davon als gesetzlichen Güterstand, der gilt, wenn nichts anderes vereinbart ist.¹³ In romanisch geprägten Rechtsordnungen ist dies in der Regel die Gütergemeinschaft. Im deutschen und skandinavischen Rechtskreis ist dies dagegen die Gütertrennung; die in Deutschland geltende Zugewinnngemeinschaft (§§ 1363 ff. BGB) ist eine besondere Form der Gütertrennung.

Der Wechsel des anwendbaren Rechts führt demnach unter Umständen zu einem Wechsel des gesetzlichen Güterstands.¹⁴ Findet also beispielsweise zunächst deutsches, später spanisches Recht auf eine Ehe Anwendung, dann würde entsprechend auch der gesetzliche Güterstand wechseln, in dem die

Teilen übereinstimmende Verordnung (EU) 2016/1104 des Rates vom 24. Juni 2016 zur Durchführung der Verstärkten Zusammenarbeit im Bereich der Zuständigkeit, des anzuwendenden Rechts und der Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Fragen güterrechtlicher Wirkungen eingetragener Partnerschaften (ABl. L 183 S. 30, ber. 2017 L 113 S. 62) in Kraft.

- 11 Überblick zum Regelungsgehalt bei Dutta, Das neue internationale Güterrecht der Europäischen Union – ein Abriss der europäischen Güterrechtsverordnungen, FamRZ 2016, 1973; Martiny, Die Anknüpfung güterrechtlicher Angelegenheiten nach den Europäischen Güterrechtsverordnungen, ZfPW 2017, 1; Heiderhoff, Die EU-Güterrechtsverordnungen, IPRax 2018, 1.
- 12 Eine Ausnahme bildet das Recht von England und Wales (sec. 1 f. English Law Reform [Married Women and Tortfeasors] Act 1935) sowie das Recht Schottlands (sec. 24 Scots Family Law Act 1985). Dort gilt auch für Eheleute das allgemeine Vermögensrecht, womit diese Rechtsordnungen im Ergebnis in die Nähe derjenigen Rechtsordnungen rücken, in denen Gütertrennung als gesetzlicher Güterstand angeordnet ist.
- 13 Überblick bei Pintens, Matrimonial Property Law in Europe, in: Boele-Woelki/Miles/Scherpe, The Future of Family Property in Europe (2011), 19; Boele-Woelki/Ferrand/González-Beilfuss/Jänterä-Jareborg/Lowe/Martiny/Pintens, Principles of European Family Law Regarding Property Relations Between Spouses (2013), 11, 140, 144, 219, 221, 224; detaillierte Länderberichte in Boele-Woelki/Braat/Curry-Sumner, European Family Law in Action, Volume IV: Property Relations between Spouses (2009); Süß/Ring, Ehe recht in Europa, 4. Auflage (2021); siehe auch Bonomi/Steiner, Les Régimes matrimoniaux en droit comparé et en droit international privé (2006).
- 14 Allgemein zur Rückwirkung im Kollisionsrecht durch Statutenwechsel und insbesondere zur Bedeutung des *ordre public* in diesem Zusammenhang von Bary/Ziereis, Rückwirkung in grenzüberschreitenden Sachverhalten: Zwischen Statutenwechsel und *ordre public*, RabelsZ 85 (2021), 146.

Eheleute leben: von der Zugewinnngemeinschaft zur Gütergemeinschaft. Und selbst wenn nominell derselbe Güterstand in zwei Staaten als gesetzlicher Güterstand vorgesehen ist, stehen hinter den übereinstimmenden Bezeichnungen nicht notwendigerweise vollständig identische Regeln. Bekanntlich erweisen sich technische Details nicht selten als entscheidend für den Ausgang von Rechtsstreitigkeiten.

Die Änderung des Güterstands wirkt sich dabei nicht nur auf die Vermögenszuordnung zwischen den Ehegatten aus, sondern potentiell auch auf Dritte. Der Dritte kann infolge des Wechsels des anwendbaren Rechts besser oder – was interessanter ist für den vorliegenden Kontext – schlechter stehen. Dies gilt insbesondere für Fragen des Eigentumserwerbs, für Eigentumsvermutungen, für Verfügungsbeschränkungen der Ehegatten sowie bei der Eingehung von schuldrechtlichen Verbindlichkeiten.

Dies ist der Hintergrund, vor dem die in der EuGüVO vorgesehene Rechtswahlmöglichkeit das Interesse auf sich zieht. Art. 22 Abs. 1 EuGüVO legt zunächst eine Beschränkung der Rechtswahlmöglichkeiten auf bestimmte Rechtsordnungen fest, die eine gewisse Verbindung zu Ehegatten aufweisen. Die zeitliche Dimension der Rechtswahl ist in Art. 22 Abs. 2 EuGüVO angesprochen. Danach hat die Rechtswahl normalerweise nur Wirkung für die Zukunft. Der Verordnungsgeber hat sich ein Paar vorgestellt, das im Laufe seines Ehelebens in einen anderen Staat zieht und seinen Güterstand an den neuen Aufenthaltsort anpasst. Diese Anpassung ist regelmäßig erforderlich, da die objektiven Anknüpfungen in Art. 26 EuGüVO statisch an Zeitpunkt und Umstände der Eheschließung anknüpfen.

Dabei entsteht potentiell das folgende Problem: Die Rechtswahl führt zur Anwendbarkeit eines neuen Güterstands und sie beendet den alten Güterstand. Nach dem jeweiligen materiellen Recht kann daraus folgen, dass der bisherige Güterstand abzuwickeln ist, z.B. also ein Zugewinnausgleich durchzuführen ist – obwohl die Ehe fortbesteht! Eben dies ist die Rechtsfolge, die das deutsche Recht in § 1372 BGB für den Fall der Beendigung der Zugewinnngemeinschaft vorsieht.

Um diese Situation zu verhindern, ermöglicht Art. 22 Abs. 2 EuGüVO in seiner indirekten Formulierung eine rückwirkende Rechtswahl. Das Ehegüterrecht unterliegt bei einer entsprechenden Vereinbarung der Ehegatten von Anfang an der nunmehr gewählten Rechtsordnung, so dass der vormalige gesetzliche Güterstand rückwirkend beseitigt und keine Abwicklung nötig wird.

Die Möglichkeit der rückwirkenden Rechtswahl führt indes zu der Frage, wie Dritte in diesem Fall geschützt sind, wenn sie auf Grundlage des vormaligen Güterstands und im Vertrauen darauf in Rechtsbeziehungen mit einem oder beiden Ehegatten getreten sind. Ihr Schutz lässt sich teilweise innerhalb des

jeweils anwendbaren materiellen Rechts erreichen, etwa über die Tatbestände des gutgläubigen Erwerbs. Hier interessiert jedoch vornehmlich der in der Verordnung selbst angeordnete Schutz. Nach Art. 22 Abs. 3 EuGüVO darf eine rückwirkende Rechtswahl nicht „die Ansprüche Dritter [...] beeinträchtigen“. Allerdings bestehen Zweifel, ob die deutsche Sprachfassung den Willen des Verordnungsgebers zutreffend wiedergibt. Unter den Begriff des Anspruchs würden nämlich vornehmlich schuldrechtliche, relative Rechte zählen. Dritte wären also nicht geschützt als Inhaber dinglicher, absoluter Rechte. Ein Blick in andere Sprachfassungen der Verordnung zeigt, dass dort jeweils eine Terminologie gewählt wurde, die auch dingliche Rechte erfasst.¹⁵ Es ist deshalb von einem Übersetzungsfehler in der deutschen Verordnungsversion auszugehen.¹⁶ Art. 22 Abs. 3 EuGüVO ist deshalb korrigierend dahingehend auszulegen, dass Dritte auch vor dem Verlust dinglicher Rechte geschützt sind.¹⁷

Bei der weiteren Auslegung von Art. 22 Abs. 3 EuGüVO kommen zwei Möglichkeiten in Betracht, wie die Rechtsfolge der Bestimmung verstanden werden kann. Nach einer vornehmlich kollisionsrechtlichen Auslegung ist das vor der rückwirkenden Änderung geltende Recht hinsichtlich der Rechte des Dritten weiter anzuwenden. Das Ergebnis wäre eine Spaltung des anwendbaren Rechts: Grundsätzlich regelte das nachträglich gewählte Recht die vergangenen, gegenwärtigen und zukünftigen vermögensrechtlichen Folgen *inter partes*, d.h. zwischen den Ehegatten. In Bezug auf die Rechte des Dritten würde jedoch weiterhin das frühere Recht gelten. Eine weitere Unterscheidung des anwendbaren Rechts müsste zwischen nachteiligen und vorteilhaften Wirkungen der Rechtswahl für Dritte getroffen werden, da Art. 22 Abs. 3 EuGüVO nur darauf abzielt, zu verhindern, dass Dritte nachteilig betroffen sind. Wenn der Dritte infolge der rückwirkenden Rechtswahl dagegen ein Recht erlangt oder dieses erweitert wird, würde insoweit das nachträglich gewählte Recht gelten.

15 Englische Fassung: „rights“; französische Fassung: „droits“; griechische Fassung: „δικαιώματα“; italienische Fassung: „diritti“; spanische Fassung: „derechos“.

16 Weitere Beispiele für weniger geglückte sprachliche Abstimmungen innerhalb verschiedener Sprachfassungen derselben Rechtsakte bei *Rauscher*, Von prosaischen Synonymen und anderen Schäden – Zum Umgang mit der Rechtssprache im EuZPR/EuIPR, IPRax 2012, 40; *Mankowski*, Drittstaatliche Embargonormen, Außenpolitik im IPR, Berücksichtigung von Fakten statt Normen: Art. 9 Abs. 3 Rom I-VO im praktischen Fall, IPRax 2016, 485, 487 f. Allgemeiner zu dem methodischen Problem der Sprachenvielfalt des europäischen Rechts *Martens*, Methodenlehre des Unionsrechts (2013), 337–351.

17 *Looschelders*, in: Münchener Kommentar, BGB, 8. Auflage (2020), Art. 22 EuGüVO, Rn. 20; *Rademacher*, Changing the Past: Retroactive Choice of Law and the Protection of Third Parties in the European Regulations on Patrimonial Consequences of Marriages and Registered Partnerships, in: Cuadernos de Derecho Transnacional – CDT 10 (Heft 1, März 2018), 7, 18.

Der Wortlaut von Art. 22 Abs. 3 EuGüVO impliziert jedoch eher ein materiell-rechtliches Verständnis, wonach Rechte Dritter trotz der rückwirkenden Rechtsänderung innerhalb der später gewählten Rechtsordnung aufrechterhalten werden.¹⁸ Die Koexistenz von mehr als einem anwendbaren Recht kann somit vermieden werden. Dingliche Rechte, die das nachträglich gewählte Recht nicht kennt, werden gemäß Art. 29 EuGüVO an das nächstliegende gleichwertige Recht angepasst.

Die Anwendung von Art. 22 Abs. 3 EuGüVO wirft ferner die Frage auf, wie weit fortgeschritten das Recht eines Dritten zur Entstehung gelangt sein muss, um von dem durch die Vorschrift gewährten Schutz erfasst zu sein. Reicht es aus, dass der Grundstein für die Entstehung des Rechts gelegt wurde, oder muss das Recht dem Dritten vollständig zugewiesen und alle Voraussetzungen für seine Entstehung restlos erfüllt sein? Erwägungsgrund 46 der Verordnung betont die Bedeutung umfassenden Drittschutzes bei der rückwirkenden Rechtswahl, was für eine großzügige Auslegung spricht. Dennoch könnte die Rechtssicherheit es erfordern, dass die Rechte vollständig entwickelt sein müssen, um schutzfähig zu sein.

2. § 1408 BGB

Zieht man zum Vergleich die Möglichkeiten eines materiell-rechtlichen Wechsels des Güterstands heran, zeigt sich, dass eine Änderung des Güterstands während der Ehe jedenfalls für die Zukunft möglich ist (§ 1408 BGB). Der Umfang der Gestaltungsfreiheit im Einzelnen ist jedoch nicht bestimmt.¹⁹ Zum Schutz Dritter ordnet § 1412 BGB allerdings an, dass der Güterstandswechsel zum Zeitpunkt des Rechtsgeschäfts mit dem Dritten in das Güterrechtsregister eingetragen oder der Dritte davon Kenntnis haben muss, damit der veränderte Güterstand im Verhältnis diesem wirkt. Bereits damit scheidet eine Wirkung des Güterstandswechsels zulasten Dritter für die Vergangenheit aus.

Für die untersuchte Fragestellung ist indes vorab klärungsbedürftig, ob ein rückwirkender Ehevertrag überhaupt möglich ist. Der BGH hat dazu entschieden, dass die rückwirkende Vereinbarung einer Zugewinnngemeinschaft keine echte Rückwirkung herbeiführt.²⁰ Sie sei vielmehr als eine Vereinbarung zur Bestimmung des Anfangsvermögens zu verstehen und wirke nicht statusverändernd in die Vergangenheit; §§ 1365, 1369 BGB etwa kommen dement-

¹⁸ Weber, Sachenrecht und Verkehrsschutz aus der Perspektive der Europäischen Güterrechtsverordnungen, RNotZ 2017, 365, 369.

¹⁹ Vgl. Münch, in: Münchener Kommentar, BGB, 8. Auflage (2019), § 1408 BGB, Rn. 13.

²⁰ BGH v. 1.4.1998 – XII ZR 278/96, NJW 1998, 1857; zustimmend Thiele, in: Staudinger, BGB (2019), § 1408 BGB, Rn. 6; Reetz, in: beck-online.Großkommentar (1.2.2021), § 1408 BGB, Rn. 13.2, 130.1.

sprechend nicht rückwirkend auf in der Vergangenheit abgeschlossene Verfügungsgeschäfte zur Anwendung.

Mit einer kollisionsrechtlichen Rechtswahl lässt sich demnach ein folgenreicheres Ergebnis erzielen als mit einem materiell-rechtlichen Ehevertrag. Das IPR kann zu Gestaltungen führen, die das materielle Recht nicht erlaubt. Allerdings flankiert das IPR diese Gestaltungsmöglichkeit mit besonderen Schutzvorkehrungen zugunsten Dritter.

IV. Vertragliche Schuldverhältnisse: Rechtswahl und materiell-rechtliche Parteivereinbarung

1. Art. 3 Rom I-VO

Dem Befund im Familienrecht soll nun eine Betrachtung der vertraglichen Schuldverhältnisse gegenübergestellt werden. Das IPR der vertraglichen Schuldverhältnisse hat die Rom I-VO²¹ europaweit vereinheitlicht. Die Rechtswahlfreiheit der Parteien statuiert Art. 3 Rom I-VO. Eine Rechtswahl ist nach Abs. 2 S. 1 der Vorschrift „jederzeit“ möglich, also auch nachträglich. Von dieser Möglichkeit wird in der Praxis vor allem Gebrauch gemacht, um dem zuständigen Gericht die Entscheidung des Falls nach seinem Heimatrecht, der *lex fori*, zu ermöglichen. Die Parteien können selbst bestimmen, ob die Rechtswahl rückwirkend (*ex tunc*) oder ab dem Zeitpunkt der Änderung mit *ex nunc*-Wirkung gilt. Haben die Parteien nichts zum Wirkungszeitpunkt vereinbart, spricht eine Vermutung für eine *ex tunc*-Wirkung, denn sonst würde man den Parteien unterstellen, sie hätten eine zeitliche Aufspaltung des anwendbaren Vertragsrechts gewollt. Davon kann ohne entgegenstehende Anhaltspunkte aber nicht ausgegangen werden.²²

Dritte sind von einer rückwirkenden Rechtswahl potentiell betroffen, wenn der Vertrag unmittelbare Auswirkungen auf ihre Rechtsposition hat, beispielsweise bei einem Vertrag zu ihren Gunsten, bei der Bürgschaft, die in ihrem Umfang von der vertraglich vereinbarten Hauptschuld abhängig ist, und bei der Zession, deren Verfügungsgegenstand einem Schuldverhältnis zwischen anderen Parteien entstammt. Die materiellen Rechtslagen in den einzelnen Rechtsordnungen sind hinsichtlich der Stellung des Dritten nicht identisch. Ein Wechsel des anwendbaren Rechts kann deshalb die Rechtsstellung des

21 Verordnung (EG) Nr. 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Juni 2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (ABl. L 177 S. 6, ber. L 309 S. 87).

22 *Spickhoff*, in: BeckOK, BGB (1.11.2020), Art. 3 Rom I-VO, Rn. 32; *von Hein*, in: Rauscher, Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht, 4. Auflage (2016), Art. 3 Rom I-VO, Rn. 95, jeweils m.w.N. auch zur Gegenansicht.

Dritten beeinträchtigen.

Den Schutz des Dritten bei der Rechtswahl adressiert Art. 3 Abs. 2 S. 2 Rom I-VO. Danach gilt ein Verschlechterungsverbot. Das von den Parteien im Rahmen der nachträglichen Rechtswahl berufene neue Vertragsstatut gilt dann lediglich *inter partes*, sodass die kollisionsrechtliche Wirkung der nachträglichen Rechtswahl auf die beteiligten Vertragsparteien beschränkt bleibt.²³ Die Rechte des Dritten beurteilen sich in diesem Fall also weiterhin nach dem vor der nachträglichen Rechtswahl anwendbaren Recht. Man spricht deshalb auch von der Relativität des Verweisungsvertrags.²⁴

Die Frage, ob sich die Rechtsstellung des Dritten durch die nachträgliche Rechtswahl verschlechtert hat, ist auf der Grundlage eines Vergleichs der Rechtsstellung des Dritten nach dem ursprünglich geltenden mit jener nach dem nunmehr nachträglich vereinbarten Vertragsstatut zu beurteilen. Ebenso wie Art. 22 Abs. 3 EuGüVO bestimmt Art. 3 Abs. 2 S. 2 Rom I-VO nicht näher, welche „Rechte Dritter“ konkret vor Verschlechterung geschützt werden. Etwaige Vorteile der infolge der nachträglichen Rechtswahl eingetretenen Änderung des anwendbaren materiellen Rechts werden dem Dritten umgekehrt aber nicht vorenthalten.²⁵

2. Materielles Vertragsrecht

Zieht man zum Vergleich die Gestaltungsmöglichkeiten im materiellen Recht der vertraglichen Schuldverhältnisse heran, fällt der Blick zunächst auf den Vertrag zugunsten Dritter. § 328 Abs. 2 BGB thematisiert die Möglichkeit der Parteien, das Recht des Dritten zu ändern oder aufzuheben. Ob diese Möglichkeit eröffnet ist, richtet sich nach Abrede zwischen Versprechendem und Versprechensempfänger. Der Inhalt der Vereinbarung ist durch Auslegung zu ermitteln. Der Formulierung des § 328 Abs. 2 BGB ist zu entnehmen, dass regelmäßig nicht von einem Änderungs- oder Aufhebungsvorbehalt auszugehen ist.²⁶ Die Vorschrift verhält sich jedoch nicht zu der Frage, ob eine Änderung oder Aufhebung des Rechts des Dritten, sofern diese Option denn besteht, nur für die Zukunft oder auch mit Rückwirkung, also für die Vergangenheit möglich ist. Die Frage hat vor allem Bedeutung für den Umfang der Nutzungsherausgabepflicht des Dritten aus §§ 812, 818 Abs. 1 BGB. Nimmt man an, dem Dritten kann das Recht und damit der Rechtsgrund für die Zuwendung rück-

²³ *Martiny*, in: Münchener Kommentar, BGB, 8. Auflage (2021), Art. 3 Rom I-VO, Rn. 82; *Rauscher/von Hein* (Fn. 22), Art. 3 Rom I-VO, Rn. 97.

²⁴ *BeckOK/Spickhoff* (Fn. 22), Art. 3 Rom I-VO, Rn. 34.

²⁵ *Rauscher/von Hein* (Fn. 22), Art. 3 Rom I-VO, Rn. 98.

²⁶ *Gottwald*, in: Münchener Kommentar, BGB, 8. Auflage (2019), § 328 BGB, Rn. 35.

wirkend entzogen werden, schuldet er Herausgabe des Bereicherungsgegenstands sowie Nutzungsersatz nach §§ 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1, 818 Abs. 1 BGB von Anfang an (*condictio indebiti*). Dagegen wären Herausgabe und Nutzungsersatz im Falle einer *ex nunc*-Wirkung erst ab dem Zeitpunkt der Entziehung geschuldet (dann § 812 Abs. 1 S. 2 Alt. 1 BGB – *condictio ob causam finitam*).

Ein klareres Bild bieten demgegenüber das Bürgschafts- und das Abtretungsrecht. Bei der Bürgschaft gemäß § 765 Abs. 1 BGB verpflichtet sich der Bürge gegenüber dem Gläubiger des Hauptschuldners, für die Erfüllung dessen Verbindlichkeit (Hauptforderung) einzustehen. Die Verbindlichkeit des Bürgen ist durch § 767 Abs. 1 S. 1 BGB akzessorisch ausgestaltet, also in Entstehung, Umfang, Zuordnung, Durchsetzung und Erlöschen von der Hauptforderung abhängig. Deshalb wäre es konstruktiv grundsätzlich denkbar, dass Gläubiger und Hauptschuldner den Umfang der Verbindlichkeit nachträglich – und auch mit Wirkung für die Vergangenheit – ändern. Gerade dies schließt jedoch § 767 Abs. 1 S. 3 BGB aus. Danach ist jeder nachträglichen Erweiterung der Bürgschaft durch Rechtsgeschäft des Hauptschuldners die Wirkung versagt. Nur bei Zustimmung des Bürgen ist eine Erweiterung der Bürgschaft zulässig.

Ähnlich liegen die Dinge bei der Abtretung, bei der „Dritter“ im hier relevanten Sinne der Zessionar ist. Sein Forderungsrecht leitet sich aus dem Schuldverhältnis zwischen Zedent und Schuldner ab. Sobald der Verfügungsvertrag zwischen Zedent und Zessionar zustande gekommen ist, liegt die Forderungszuständigkeit bei dem Zessionar. Anders als bei der Vertragsübernahme wird er aber nicht Partei des Schuldverhältnisses. Vorbehaltlich einer entgegenstehenden Abrede behält der Zedent die Gestaltungsrechte, die das Schuldverhältnis zwischen Zedent und Schuldner insgesamt betreffen (beispielsweise Anfechtung, Rücktritt und Kündigung).²⁷ Umgekehrt kann der Schuldner dem Zessionar gemäß § 404 BGB seine im Verhältnis zum Zedent begründeten Einwendungen entgegenhalten. Wiederum könnte es deshalb grundsätzlich möglich erscheinen, dass Zedent und Schuldner ihr Schuldverhältnis nach der Abtretung verändern, gegebenenfalls auch mit Rückwirkung, und auf diese Weise das durch den Zessionar erworbene Forderungsrecht schmälern. Indes zeigt § 407 Abs. 1 Alt. 2 BGB, dass dem nicht so ist. Die Vorschrift bezweckt in erster Linie den Schutz des Schuldners, der darauf vertraut, dass der Zessionar weiterhin Gläubiger der Forderung ist. Diese Form des Schuldnerschutzes ist notwendig, weil es auf die Kenntnis des Schuldners für den Forderungsübergang nicht ankommt; auch eine „stille Zession“ überträgt die Forderung. § 407

²⁷ BGH v. 21.6.1985 – V ZR 134/84, NJW 1985, 2640, 2641 f.; G.H. Roth/Kieninger, in: Münchener Kommentar, BGB, 8. Auflage (2019), § 398 BGB, Rn. 97 m.N. auch zur Gegenauffassung.

Abs. 1 BGB schützt deshalb den Schuldner, wenn er in Unkenntnis der Zession an den Zedenten leistet oder mit diesem ein Rechtsgeschäft die Forderung betreffend vornimmt. Der Zessionar muss diese Rechtshandlungen gegen sich gelten lassen. Im Umkehrschluss folgt daraus, dass eine Forderungsmodifikation durch Zedent und Schuldner nicht mehr gegenüber dem Zessionar wirkt, sobald der Schuldner Kenntnis von der Zession erlangt hat.

Die hier vorgestellten Einzelregelungen des materiellen Schuldrechts schließen Vertragsänderungen zulasten Dritter sogar für die Zukunft weitgehend aus. Damit ist auf diesen Regelungsgebieten erst recht keine rückwirkende Gestaltung zulasten Dritter möglich.

V. Resümee

Welche Schlüsse lassen sich nun aus dieser Gegenüberstellung von IPR und materiellem Recht ziehen? Der Wunsch der Parteien nach rückwirkender Gestaltung der Rechtslage erscheint zumindest in manchen Konstellationen durchaus nachvollziehbar und legitim. Zugleich ist es aber nicht ungefährlich, die Vergangenheit zu ändern – ein Motiv, das auch in Kino und Literatur vielfach bearbeitet ist.²⁸ Eine rückwirkende Parteigestaltung erschüttert die Rechtssicherheit und kann zur Frustration von berechtigten Erwartungen führen, wenn abgeschlossene Vorgänge auf einmal anderen Maßgaben unterliegen. Das alles erscheint vor allem problematisch, wenn von der rückwirkenden Gestaltung Personen betroffen sind, die dem nicht zugestimmt haben.

Das IPR gibt uns für diese Interessenlage die Auskunft, dass eine rückwirkende Rechtswahl regelmäßig zulässig ist, die unter dem alten Recht erworbenen Rechte Dritter aber bestehen bleiben. Die Rechtsposition des Dritten soll sich nicht ohne seine Mitwirkung verschlechtern. Das materielle Recht legt zumeist kein eindeutiges Bekenntnis für oder gegen die Möglichkeit einer rückwirkenden Parteigestaltung ab. Aus einem Verbot des Vertrags zulasten Dritter ein allgemeines Verbot rückwirkender Parteigestaltung abzuleiten, greift indes zu kurz.

Vielmehr wird es – wie im IPR – grundsätzlich möglich sein, die Rechtslage für die Vergangenheit zu ändern. Doch müssen – wie im IPR – die Rechte Dritter davon unberührt bleiben. Es gilt das Verschlechterungsverbot. Diese Wertung ist im materiellen Recht teilweise angelegt, das IPR spricht sie ausdrücklich aus. Der Beitrag schließt deshalb mit dem Vorschlag, den Gedankengang des IPR für diesen Fragenkreis heranzuziehen, um die vorhandenen Einzelregeln des materiellen Rechts zu erklären und die verbleibenden Rege-

²⁸ Insbesondere in der Trilogie „Zurück in die Zukunft“ (1985, 1989 und 1990).

lungslücken, etwa für das Ehegüterrecht und den Vertrag zugunsten Dritter, zu schließen.

Zwar geht es im IPR zumeist um andere Interessen als im materiellen Recht.²⁹ Das IPR hat bekanntlich vornehmlich die Aufgabe zu bestimmen, zu welcher Rechtsordnung das Rechtsverhältnis zwischen den beteiligten Parteien die engste Verbindung aufweist.³⁰ Bei der Auflösung des Konflikts zwischen rückwirkender Rechtswahl und den davon abhängenden Rechten Dritter stehen indes dieselben Interessen in Rede wie bei einer materiellen rückwirkenden Parteivereinbarung und davon möglicherweise beeinträchtigten Rechten Dritter. Es geht hier wie im materiellen Recht um materiell-rechtliche Interessen. Die Übertragbarkeit ist deshalb gegeben.

Auch der mögliche Einwand, dass Wertungen des europäischen Verordnungsrechts sich nicht ohne weiteres in das nationale materielle Recht übertragen lassen, verfährt nicht. Zunächst zeigt die Verbreitung des Rechtsgedankens in den Verordnungen, dass es sich um eine gemeineuropäische Überzeugung handelt. Auch die Vertreter Deutschlands haben sich an den europäischen Gesetzgebungsverfahren beteiligt und den IPR-Normen zugestimmt. Noch wichtiger in diesem Zusammenhang ist jedoch der Befund, dass der vorgestellte Rechtsgedanke nicht nur im europäischen, sondern auch im deutschen IPR fest verwurzelt ist. Eine entsprechende Regelung findet sich etwa in Art. 42 S. 2 EGBGB, der die Rechte Dritte bei einer Rechtswahl im außervertraglichen Schuldrecht schützt. Man kann insoweit also auch von einem Rechtsgedanken der deutschen Rechtsordnung sprechen. Die vorgeschlagene Übertragung aus dem IPR auf das materielle Recht lässt sich somit als systemkonform bezeichnen.

29 Kegel/Schurig, Internationales Privatrecht, 9. Auflage (2004), 128–161.

30 Klassisch von Savigny, System des heutigen römischen Rechts, Band 8 (1849), 26–39 (§§ 348 f.), 108 (§ 360).

Η έφεση ως κύριος βαθμός ουσίας

Απόστολος Σοφιαλίδης

Επ. Καθηγητής Νομικής Σχολής Α.Π.Θ.

Πίνακας Περιεχομένων

I. ΠΡΟΛΟΓΟΣ

II. ΕΞΗΓΗΣΕΙΣ ΓΙΑ ΤΟ ΤΕΥΧΟΣ, ΓΙΑ ΤΟ ΘΕΜΑ, ΓΙΑ ΤΟ ΠΕΡΙΕΧΟΜΕΝΟ ΚΑΙ ΤΗ ΔΟΜΗ ΤΗΣ ΕΙΣΗΓΗΣΕΩΣ ΚΑΙ ΓΙΑ ΤΑ «ΠΑΡΑΡΤΗΜΑΤΑ»

- A. Εξηγήσεις για το περιεχόμενο του τεύχους
- B. Εξηγήσεις για τον τίτλο της εισηγήσεως και τον υπότιτλο του τεύχους
- Γ. Περιεχόμενο και σκοπός της εργασίας και της εισηγήσεως
- Δ. Το παρελθόν ως παρόν και ως μέλλον και το 14^ο πανελλήνιο συνέδριο της ΕΕΔ το 1986 στην Πάτρα ειδικότερα
- E. Συνοπτικές εξηγήσεις και πληροφορίες για τα περιεχόμενα των «Παραρτημάτων»

III. ΑΝΤΙΚΕΙΜΕΝΑ ΜΕΛΕΤΗΣ ΚΑΙ ΠΡΟΒΛΗΜΑΤΙΣΜΟΥ ΚΑΙ ΑΦΕΤΗΡΙΕΣ ΠΡΩΤΩΝ ΣΚΕΨΕΩΝ

- A. Ταυτότητα, φυσιογνωμία και λειτουργία εφέσεως στην πορεία του χρόνου κατά τον ΚΠολΔ
- B. Τα βασικά ή «υπαρξιακά» ερωτήματα για την έφεση – Χρησιμότητα και αξία της εφέσεως και όρια δυνατοτήτων ερμηνείας του νόμου
- Γ. Παράγοντες προσδιορισμού της αξίας και της ανάγκης της εφέσεως – Ο πρώτος βαθμός δικαιοδοσίας και η ήττα – Δεδικασμένο και εκτελεστότητα
- Δ. Η έφεση ως «συνέχεια» ή ως «άλλη αρχή» - Σημασία και αξία του δεύτερου βαθμού δικαιοδοσίας σε σχέση προς τον πρώτο βαθμό και την αξία του
- E. Ζητήματα αρμοδιότητας και «ιεραρχίας» [ο «ελάχιστος κοινός παρονομαστής»];
- ΣΤ. Περαιτέρω συσχετισμός της εφέσεως με την ανακοπή κατά της εκτελέσεως και την αίτηση αναιρέσεως
- Z. Το ζήτημα της «υποχρεωτικότητας» ή μη της εφέσεως για τον

νομοθέτη και για τον διάδικο και ο «άλλος δρόμος» [«μία δίκη» ή «περισσότερες δίκες» για «την ίδια υπόθεση»];]

- Η. Δικαιοπολιτικής φύσεως επιλογές – Μεταξύ νομοθεσίας και ερμηνείας και πάλι
- Θ. Ουσιαστικό και δικονομικό δίκαιο και η μεταξύ τους σχέση – Το ζήτημα της ορθότητας [ο «μέγιστος κοινός παρονομαστής»]

IV. ΚΑΤΑΛΗΞΕΙΣ ΠΡΟΒΛΗΜΑΤΙΣΜΟΥ ΚΑΙ ΒΑΣΙΚΕΣ ΘΕΣΕΙΣ

- Α. Αυτά που άλλαξαν και όσα έμειναν ίδια
- Β. Τα βασικά χαρακτηριστικά της εφέσεως και οι συνέπειες της ασκήσεώς της
- Γ. Μια συνολική ματιά στις σχέσεις των δύο βαθμών δικαιοδοσίας σήμερα – Τα ζητήματα των παράλληλων ή αλληπάλληλων δικών και της υποχρεωτικότητας ή μη της εφέσεως
- Δ. Μεταξύ ορθότητας και ταχύτητας – Οι αξίες της βραδύτητας και της πειστικότητας – Μεταξύ νομοθεσίας και κοινωνίας ή πραγματικής ζωής
- Ε. Για μια νέα οπτική και προοπτική – Οι αξίες της ελευθερίας επιλογής και της ευθύνης γι' αυτήν

V. ΣΚΕΨΕΙΣ ΚΑΙ ΠΡΟΤΑΣΕΙΣ ΠΡΟΣ ΣΚΕΨΗ ΓΙΑ ΤΟ ΜΕΛΛΟΝ – «ΡΥΘΜΙΣΤΙΚΑ ΜΕΤΡΑ ΤΗΣ ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑΣ»

VI. ΕΠΙΛΟΓΟΣ

I. Πρόλογος

Το κείμενο που ακολουθεί αποτέλεσε το «τεύχος τεκμηρίωσης και υποστήριξης» της εισηγήσεώς μου στο 44^ο Πανελλήνιο Συνέδριο της Ένωσης Ελλήνων Δικονομολόγων, που έγινε στα Ιωάννινα τον Σεπτέμβριο του 2019, με γενικό θέμα «η έφεση κατά τον ΚΠολΔ». Η προφορική παρουσίαση ήταν, βέβαια, κάπως διαφορετική. Όσα είπα, όμως, κινούνται στις γραμμές και στο πνεύμα του κειμένου που ακολουθεί. Από το κείμενο του τεύχους εκείνου παραλείπω τον «πρόλογο» και τον αντικαθιστώ με τον παρόντα, διατηρώ όμως στα υπόλοιπα μέρη τις αναφορές σε «τεύχος», αντί σε «εργασία» ή «μελέτη». Παραλείπω επίσης τα «Παραρτήματα», που είχαν προστεθεί στο τεύχος εκείνο. Πληροφορίες για το περιεχόμενό τους παρέχονται αρκετές στην παράγραφο με στοιχ. Ε' του υπ' αριθ. II μέρους, η οποία διατηρείται και στο κείμενο που ακολουθεί. Στο τεύχος εκείνο, κάτω από τον τίτλο της εισηγήσεως («η έφεση ως κύριος βαθμός ουσίας»), είχα προσθέσει τον υπότιτλο «η πέμπτη λειτουργία της εφέσεως». Εξηγήσεις για τον υπότιτλο αυτόν παρέχονται στο επόμενο μέρος της εργασίας (υπ' αριθ. II) στην παράγραφο με στοιχ. Β'.

Στον πρόλογο του τεύχους του συνεδρίου του 2019 έγραφα ότι αισθανόμουν την ανάγκη να συζητήσω ορισμένα θέματα, για τα οποία είχαν τοποθετηθεί δάσκαλοί μου στο 14^ο Πανελλήνιο Συνέδριο της Ένωσης Ελλήνων Δικονομολόγων, που είχε γίνει το 1986 στην Πάτρα, με γενικό τίτλο «Βασικά Θέματα από την Έφεση», και σε εγχειρίδιά τους αργότερα. Να συζητήσω μαζί τους, όπως συζητούσαμε στις αίθουσες διδασκαλίας ή στο σπουδαστήριο της Πολιτικής Δικονομίας, από τη δεκαετία του 1970, στα χρόνια της φοιτητικής ζωής μου. Πρέπει να ομολογήσω, ότι στο συνέδριο του 2019 μου έκανε μεγάλη εντύπωση και ήταν η πρώτη φορά που «μιλούσα» δημόσια για πολιτική δικονομία και στο ακροατήριο δεν υπήρχε κανένας δάσκαλός μου από τα φοιτητικά μου χρόνια. «Μεγάλωσα πολύ», σκέφτηκα αμέσως, αλλά χαμογέλασα και προχώρησα. Πολύ πιο δύσκολα ξεπέρασα ένα πλήγμα ορφάνιας που αισθάνθηκα. Είναι οδυνηρό να λείπουν οι δάσκαλοί σου. Ιδίως όταν σε όλη τη ζωή σου μαθητεύεις.

Ήρθε τώρα η ώρα να ξεπεράσω και αυτό το πλήγμα εντελώς, αφού κατάλαβα ότι το ίδιο μπορούσα να πω και για τους συμφοιτητές μου. Με τον Δημήτρη Μανιώτη είμασταν συμφοιτητές στη Νομική Θεσσαλονίκης από το 1972 μέχρι το 1976, οπότε αποφοιτήσαμε. Είχαμε τότε έναν νεογέννητο Κώδικα Πολιτικής Δικονομίας και είχαμε και τους ίδιους δασκάλους, που είχαν μεγαλώσει με τις μακρόχρονες προεργασίες του τοκετού. Συνεχίζω, λοιπόν, τη συζήτηση μαζί του, με τη συμμετοχή μου στον τόμο αυτό και με το κείμενο που ακολουθεί, τώρα που ο νέος (τότε) ΚΠολΔ έκλεισε μισό αιώνα ζωής. Μια συζήτηση που άρχισε το 1972. Με την ευχή να μπορέσουμε να πούμε πολλά ακόμα στο μέλλον.

II. Εξηγήσεις για το τεύχος, για το θέμα, για το περιεχόμενο και τη δομή της εισηγήσεως και για τα «παραρτήματα»

A. Εξηγήσεις για το περιεχόμενο του τεύχους

1. Στο παρόν τεύχος τεκμηρίωσης, υποστήριξης και παρακολούθησης της «εισηγήσεως» και εργασίας μου καταγράφονται κυρίως αυτά που δεν θα ακουσθούν κατά την προφορική ανάπτυξη του θέματός μου, για να μη χρειάζεται να πω πράγματα που ευκολότερα διαβάζονται. Καταγράφονται, επίσης, ορισμένα από όσα με έκαναν να μιλήσω και αυτά με βάση τα οποία έκανα τις σκέψεις που θα ακουσθούν, καθώς και κάποια ακόμα για τα οποία θα ήθελα να μιλήσω, αλλά δεν θα μου φτάσει ο χρόνος της προφορικής παρουσίασης και ανάπτυξης του θέματός μου.
2. Κάποια από όλα αυτά θεώρησα σωστό να περιλάβω στο τεύχος αυτό, σε διάγραμμα, με τη μορφή διατύπωσης ερωτημάτων και με συνοπτική απόδοση ορισμένων σκέψεων ή δοκιμών μου προς διατύπωση απόψεων.
3. Εκτός, όμως, από τους λόγους οικονομίας, το περιεχόμενο του τεύχους και τη διαφοροποίησή του από την «εισήγηση» τα επέβαλε και η πεποίθησή μου ότι ο προφορικός λόγος είναι για να ακούγεται και ο γραπτός για να διαβάζεται.

B. Εξηγήσεις για τον τίτλο της εισηγήσεως και τον υπότιτλο του τεύχους

1. Τον τίτλο της εισηγήσεώς μου, όπως αναγράφεται και στο πρόγραμμα (: «*Η έφεση ως κύριος βαθμός ουσίας*»), τον επέλεξε το ΔΣ της Ενώσεως Ελλήνων Δικονομολόγων. Δείπει το ερωτηματικό. Θα το θέσω ο ίδιος, αφού μάλλον εννοείται. Και πάλι όμως, τι θα πει «κύριος»; «Πρωταρχικός»; «Βασικός»; Ή μήπως ακόμη και «αποκλειστικός»; Και αν μείνουμε στο «κύριος», πρέπει άραγε να ανακαλύψουμε μια σχέση με κάποιο άλλο «παρεπόμενο» ή «δευτερεύον», λ.χ. κάποια σχέση με άλλες ενδεχόμενες οδούς δικαστικής προστασίας ή και δικαστικής δράσης; Ή μήπως να σκεφτούμε και την έννοια του «αυτοτελούς», η οποία μάλιστα χρησιμοποιείται και από το νόμο (βλ. λ.χ. στα άρθρα 12 § 2 και 283 § 2); Ότι η έφεση δεν είναι «βαθμός» αλλά ένδικο μέσο, είναι δεδομένο και συνεπώς πρόκειται μάλλον για «σύνταξη κατά το νοούμενο» και γι' αυτό, ο καθένας καταλαβαίνει αυτό που εννοείται. Νομίζω ότι το επίθετο «κύριος» επιλέχθηκε στον θετικό βαθμό του, αντί του συγκριτικού βαθμού «κυριότερος». Πάντως, και με τη συγκεκριμένη διατύπωση, παραπέμπει ευθέως στη σύγκριση και στο συσχετισμό προς τον πρώτο βαθμό δικαιοδοσίας.
2. Ο υπότιτλος στο τεύχος τέθηκε με δική μου πρωτοβουλία. Την ιδέα τη δανείστηκα, χωρίς άδεια, από ένα μυθιστόρημα που διάβασα πρόσφατα, όταν

κανονικά έπρεπε να ετοιμάζω την εισήγηση, με τίτλο «*Η έβδομη λειτουργία της γλώσσας*»¹. Ο τίτλος αυτός μού φάνηκε πρόσφορος για «δανεισμό», αφού περιέχει τον όρο «λειτουργία», την οποία αναζητούσα και ο ίδιος, για την έφεση βέβαια, και για την αναφορά του στη «γλώσσα», αφού μ' αυτή εκφράστηκε το ΔΣ της Ένωσης στους τίτλους των θεμάτων του Συνεδρίου συνολικά και των επιμέρους εισηγήσεων και αφού μ' αυτή θα έπρεπε να εκφραστώ κι εγώ. Αντί για το αριθμητικό επίθετο «έβδομη», χρησιμοποίησα το αριθμητικό «πέμπτη», αν και καθιστά μάλλον ορατή δια γυμνού οφθαλμού τη λογοκλοπή, γιατί συνήθως διδασκόμασταν και διδάσκαμε για τα διάφορα (περισσότερα πάντως των δύο) «συστήματα» ή «μοντέλα» εφέσεως στους διάφορους χρόνους και τόπους ή στις διάφορες «οικογένειες δικαίων».

3. Ότι η έφεση «είναι» «*βαθμός ουσίας*», με την έννοια ότι η άσκησή της «ανοίγει» παρόμοιο βαθμό δικαιοδοσίας, δεν νομίζω ότι μπορούσε (ούτε μπορεί και τώρα) να αμφισβητηθεί, όποιο σύστημα εφέσεως και αν γινόταν ή γίνει δεκτό ότι υιοθετούσε ή υιοθετεί ο ΚΠολΔ. Συνεπώς, το βάρος του τίτλου «*η έφεση ως κύριος βαθμός ουσίας*» τοποθετείται προφανώς στο επίθετο «*κύριος*», το οποίο και μόνο θα μπορούσε να συζητηθεί και να αμφισβητηθεί ή να επιβεβαιωθεί. Από τη σκοπιά αυτή, θα μπορούσε κανείς να υποστηρίξει και ότι η έφεση δεν μπορεί ποτέ να είναι «*κύριος βαθμός ουσίας*», επικαλούμενος τη διάταξη του άρθρου 12 § 2, κατά την οποία, σύμφωνα με το κατά το έτος 1971 γράμμα του νόμου², το οποίο δεν μεταβλήθηκε μέχρι σήμερα, πέραν του ότι μετά τη μεταγλώττιση του 1985 έχει το εξής περιεχόμενο: «*Αυτοτελής αίτηση δεν επιτρέπεται³ να υποβληθεί απευθείας σε δευτεροβάθμιο δικαστήριο, εκτός αν ο νόμος ορίζει διαφορετικά*».⁴

1 *Laurent Binet* (Λοράν Μπινέ), *Η έβδομη λειτουργία της γλώσσας* (La septieme fonction du langage), 2015, μετάφραση Γιώργος Ξενάριος, εκδόσεις opera, 2018.

2 «*Αυτοτελής αίτησις δεν δύναται να εισαχθεί απευθείας εις δικαστήριον κρίνον κατ' έφεσιν, πλην αν άλλως ο νόμος ορίζει*».

3 Η μεταγλώττιση επιβεβαιώνει ότι το παλαιό «δύνатаι» αντιστοιχεί στο σημερινό «επιτρέπεται».

4 Βλ. και άρθρο 283 § 2 (μετά τη μεταγλώττιση του 1985): «*Οι παρεμπίπτουσες αγωγές μπορούν να ασκηθούν σε κάθε στάση της δίκης και κατ' έφεση, εκτός αν περιέχουν αυτοτελή αίτηση*», κατά δε τη διατύπωση του 1971: «*Αι παρεμπίπτουσαι αγωγαί δύνανται να ασκηθούν κατά πάσαν στάσιν της δίκης και κατ' έφεσιν, πλην αν περιέχουν αυτοτελή αίτησιν*». Εδώ δεν προβλέπεται εξαίρεση. Είναι όμως νομίζω προφανής η δυνατότητα, αφού, όπως γίνεται δεκτό, ο κοινός νόμος διαθέτει την εξουσία θέσπισης εξαιρέσεων, ακόμη και αν (για τις παρεμπίπτουσες αγωγές που περιέχουν αυτοτελή αίτηση) δεν υπάρχει γενική και ρητή πρόβλεψη αντίστοιχη προς αυτή του άρθρου 12 § 2. Για τις περιπέτειες του άρθρου 283 § 2 βλ. στο παράρτημα IV. Πρβλ. την τροποποίηση του άρθρου 79 για την κύρια παρέμβαση. Βλ. επίσης και άρθρο 587, το οποίο είναι χρήσιμο και για το «δόγμα της ιεραρχίας».

4. Έτσι, ο νόμος είναι ο κυρίαρχος του παιχνιδιού. Διότι ο νόμος απαγορεύει μόνο την «*απειθείας*» υποβολή ή εισαγωγή στο δευτεροβάθμιο δικαστήριο, γεγονός το οποίο μπορεί να υποστηριχθεί ότι δεν συμβαίνει, όταν η υπόθεση έχει διέλθει από τον πρώτο βαθμό δικαιοδοσίας⁵, και μόνο «*αυτοτελών αιτήσεων*» και όχι και «*άλλων πραγμάτων*». Σε κάθε περίπτωση, ακόμη και αν υπήρχε περίπτωση εφαρμογής του κανόνα των δύο βαθμών δικαιοδοσίας με την ανωτέρω απαγορευτική μορφή του, με βάση την υπέρ του νόμου επιφύλαξη του άρθρου 12 § 2, η εξαίρεση είναι πάντοτε προ των πυλών, τουλάχιστον για τις περιπτώσεις που προβλέπει ο νόμος, είτε το ορίζει (και το παραδέχεται) ρητά είτε όχι. Μάλιστα, αυτή η ρητή επιφύλαξη εξαιρέσεως θα μπορούσε να θεωρηθεί και περιττή ή πλεοναστική, ως αυτονόητη.

Γ. Περιεχόμενο και σκοπός της εργασίας και της εισηγήσεως

1. Κατ' αρχήν, ακόμη και αν το ήθελα, δεν μπορούσα να αγνοήσω το 14^ο Πανελλήνιο Συνέδριο της ΕΕΔ στην Πάτρα, που έγινε το 1986. Προσπαθώντας να κατανοήσω το θέμα που μου δόθηκε, έβαλα στη σειρά τα θέματα των δύο (2) εισηγήσεων εκείνου του συνεδρίου, 33 χρόνια πριν [: **α**) «*οι νέοι πραγματικοί ισχυρισμοί στην κατ' έφεση δίκη*» και **β**) «*νέα αιτήματα και νέα αποδεικτικά μέσα στην κατ' έφεση δίκη*»], με τα θέματα των (ισαριθμικών) δύο (2) -επομένων της δικής μου- εισηγήσεων του φετινού συνεδρίου [: **α**) «*πλειονότητα αντικειμένων δίκης στην κατ' έφεση δίκη*» και **β**) «*η απαγόρευση χειροτέρευσης της θέσης του εκκαλούντος*»]. Κατάλαβα τότε ότι κλείνει ισορροπημένα σε δύο μέρη ένας ευρύτερος θεματικός κύκλος και ότι η ΕΕΔ μπορεί να πει ότι εκπληρώνει το «*χρέος*» της απέναντι στην έφεση. Οπότε, αναρωτήθηκα, για τη θέση της δικής μου εισηγήσεως, η οποία παρεμβάλλεται κατά κάποιο τρόπο ανάμεσα στα δύο ζευγάρια ειδικών αυτοτελών εισηγήσεων που προαναφέρθηκαν. Η πρώτη εμφανής διαφορά είναι ότι παρεμβάλλονται τριάντα τρία (33) ολόκληρα χρόνια και η δεύτερη, εμφανής επίσης αλλά με κάπως αφανή ακόμη πλήρως αποτελέσματα, ότι μεσολάβησαν πολλές αλλαγές, τόσο στη νομοθεσία όσο και στην επιστημονική παραγωγή. Μεταξύ αυτών, και κάποιες που αφορούν άμεσα ζητήματα που είχαν συζητηθεί στο συνέδριο εκείνο. Επιπλέον, κάποιες σημαντικές μεταβολές στη νομοθεσία έλαβαν χώρα πολύ πρόσφατα, ιδίως με το ν. 4335/2015.
2. Εξ άλλου, δύο από τα σημαντικότερα (αλληλοσυνδεόμενα και αλληλοσυμπληρούμενα) αντικείμενα του γενικού θέματος του συνεδρίου μας τα καλύπτουν οι αυτοτελείς εισηγήσεις των νέων συναδέλφων που θα ακολουθήσουν: Τα αντικείμενα της δευτεροβάθμιας (ή κατ' έφεση) δίκης και η μη

⁵ Και όπως έχει διέλθει, έστω και αν αυτό το «όπως» διπλασιασθεί και γίνει «όπως – όπως».

χειροτέρευση της θέσης του εκκαλούντος. Θα προσπαθήσω, λοιπόν, όσο είναι δυνατό, να μην παραβιάσω τα εδάφη των δύο επόμενων εισηγήσεων.

3. Με βάση τις παρατηρήσεις αυτές, κατέληξα στο συμπέρασμα ότι ο ρόλος της δικής μου συμβολής είναι το χτίσιμο μιας γέφυρας ανάμεσα στο τότε και στο τώρα, με ταυτόχρονη ανασύνθεση των προβληματισμών και θέσεων για τα θέματα που είχαν τεθεί το 1986, υπό τα σημερινά όμως δεδομένα, ώστε να μπορεί να πει κανείς ότι ολοκληρώνεται πράγματι εδώ και τώρα το θέμα «έφεση». Αλλά και η ολοκλήρωση αυτή θα αφορούσε μόνο το σήμερα. Συνεπώς, δεν θα μπορούσε να λείπει η πρόταση για ένα μέλλον πιο αποτελεσματικό, πιο ορθό και πιο πρόσφορο, αφού δεν θα μπορούσε να λείπει ούτε η ελπίδα γι' αυτό.
4. Δυσβάστακτο (δικονομικό) καθήκον και βάρος πράγματι, αν μάλιστα αναλογισθεί κανείς ότι το 1986 υπήρξε δυσχέρεια ή και πλήρης αδυναμία αποτύπωσης συγκεκριμένης εικόνας για το τότε, όπως εκδηλώθηκε με την αδυναμία ανακοίνωσης πορισμάτων του συνεδρίου εκείνου.⁶ Και ότι το συνέδριο του 1986 «έκλεισε» με έκκληση προς το νομοθέτη να λύσει καίρια ζητήματα που είχαν τεθεί και είχαν διχάσει τότε την επιστήμη.⁷ Αλλά ο νο-

6 Βλ. από το κλείσιμο του Προέδρου του συνεδρίου εκείνου **Κ. Σταμάτη** [Πρακτικά, σ. 420 επ.] (οι τονισμοί δικοί μου): «Στο πρόγραμμα που σας έχει διανεμηθεί αναγράφεται ότι θα ανακοινωθεί το πόρισμα του συνεδρίου. Σκεφθήκαμε με το Προεδρείο της Ενώσεως Ελλήνων Δικονομολόγων, ότι, **εφόσον δεν υπήρξε ομοφωνία στη διατύπωση των επιστημονικών απόψεων**, καθίσταται δυσχερής η διατύπωση του παραπάνω πορίσματος. Άλλωστε από τη μελέτη των σχετικών πρακτικών, **ο καθένας μπορεί με ευχέρεια να βγάλει τα συμπεράσματά του για τις επιστημονικές απόψεις που αναπτύχθηκαν στο συνέδριο αυτό**. Έτσι δεν θα διατυπωθεί πόρισμα, γιατί αυτό βγαίνει από τη μελέτη των σχετικών πρακτικών του συνεδρίου.»

7 Βλ. από το κλείσιμο του Προέδρου του συνεδρίου εκείνου **Κ. Σταμάτη** [ό.π.] (οι τονισμοί δικοί μου): «Νομίζω, και αυτό αποτελεί προσωπική μου γνώμη, ότι **το πιο δύσκολο πρόβλημα**, το οποίο έθεσαν οι κ.κ. **Κονδύλης** και **Πρωτονοτάριος** και ορισμένοι άλλοι σύνεδροι, είναι **πότε εξαφανίζεται η πρωτόδικη απόφαση**. Δηλαδή, η δικαιοδοσία του εφετείου επί της ουσίας αρχίζει με την εξαφάνιση της πρωτόδικης απόφασης ή με τον έλεγχο των λόγων του παραδεκτού και της βασιμότητας, και αν μπορεί μέσα στα πλαίσια αυτά να καθορίσει τη δικαιοδοσία του. **Είναι νομίζω ένα σημαντικό πρόβλημα, που κάποτε πρέπει να λυθεί και νομοθετικά**. Ήδη από την εισήγηση του κ. **Ρίκου** προκύπτει ποιά είναι η έννοια του λόγου της εφέσεως, όπως επίσης ποιά είναι η έννοια του νομικού σφάλματος. Η έννοια όμως αυτών δεν είναι διατυπωμένη νομοθετικά, και υπάρχει μια φαινομενική σύγκρουση μεταξύ των άρθρων 522, 533 και 535 ΚΠολΔ. Έτσι δημιουργείται η όλη προβληματική που έχει εκφραστεί και στην ΟΛΑΠ 1285/1982, ΝοΒ 31, 1182, και για την οποία ο καθηγητής κ. **Γ. Μητσόπουλος** διατύπωσε ορισμένες αντίθετες απόψεις. Συνεπώς **το ζήτημα αυτό είναι νομίζω ένα από τα βασικά προβλήματα του σημερινού συνεδρίου μας**. Δηλαδή, ποιά είναι η δικαιοδοσία του εφετείου, κατά ποιο χρονικό σημείο πρέπει να εξαφανίσει την πρωτόδικη απόφαση, και αν μπορεί στο διαπλαστικό στάδιο χωρίς να εξαφανίσει την πρωτόδικη απόφαση να μπει στην εξέταση των λόγων βασιμότητας που συμπίπτουν όμως με τη βασιμότητα και τα σφάλματα της αποφάσεως. Αυτό είναι νομίζω το κεντρικό πρόβλημα, από

μοθέτης δεν το έκανε. Αντίθετα, έκανε «άλλα», έστω αφού «ήρθανε χρόνοι δίσεχτοι και μήνες οργισμένοι».

5. Θα προσπαθήσω λοιπόν να θέσω το πλαίσιο και τις βάσεις ενός ευρύτερου προβληματισμού και διαλόγου για ορισμένα από τα βασικά θέματα της εφέσεως (της ταυτότητας και φυσιογνωμίας, των βασικών χαρακτηριστικών και της λειτουργίας της, *de lege lata* αλλά και *de lege ferenda*), τα οποία θεωρώ πιο κρίσιμα και τα οποία θα μπορούσαν να χωρέσουν στα αντικειμενικά και χρονικά όρια μιας εισήγησης στο συνέδριο αυτό. Και θα προσπαθήσω να το κάνω τόσο γενικά και αφηρημένα, όσο και με αφορμή ορισμένα «ειδικότερα» ζητήματα, χωρίς τη διερεύνηση των οποίων δεν είναι δυνατή η τοποθέτηση της εφέσεως εντός του συνόλου του ισχύοντος συστήματος παροχής έννομης προστασίας στις διαφορές ιδιωτικού δικαίου.
6. Στόχος της εργασίας μου είναι να κατανοήσω και να αναδείξω, όσο μπορώ καλύτερα, την κατάσταση σήμερα, όχι μόνο μετά τις τελευταίες τροποποιήσεις του ΚΠολΔ, αλλά μετά από όλες τις τροποποιήσεις κρίσιμων για το αντικείμενο διατάξεων του μέχρι σήμερα. Και να μιλήσω και για την προοπτική για το μέλλον, κατά τις ανάγκες και τις επιδιώξεις μας.

Δ. Το παρελθόν ως παρόν και ως μέλλον και το 14^ο πανελλήνιο συνέδριο της ΕΕΔ το 1986 στην Πάτρα ειδικότερα

1. Η παρουσίαση και κατανόηση της σημερινής εικόνας της εφέσεως (η ταυτότητα, τα βασικά χαρακτηριστικά και η λειτουργία της εφέσεως σήμερα) προϋποθέτει και συνεπάγεται αναγκαστικά μια αναδρομή στο παρελθόν, αφού αυτό που υπάρχει σήμερα είναι πρώτα - πρώτα αποτέλεσμα μιας μακράς διαδικασίας δημιουργίας από τη δεκαετία του 1930 (θα μπορούσε να πει κανείς και από τη δεκαετία του 1910) μέχρι και το 1971, όπως και μιας επίσης μακράς διαδικασίας «βελτιώσεων» ή «μετατροπών», η οποία άρχισε δειλά από τις δεκαετίες του 1970 και ιδίως του 1980 και προσέλαβε μορφές καταιγίδας στις τρεις τελευταίες δεκαετίες μέχρι σήμερα. Είναι προφανές, ότι η σημερινή εικόνα της εφέσεως στο σύγχρονο ελληνικό αστικό δικονομικό δίκαιο δεν είναι αποτέλεσμα του ν. 4335/2015. Είναι αποτέλεσμα μιας μακράς ιστορικής διαδρομής που άρχισε το 1834 και φτάνει μέχρι τις μέρες μας.
2. Το βάθος του παρελθόντος στο οποίο θα ανατρέξουμε μπορεί να περιοριστεί και να προσδιορισθεί καταρχήν «συμβατικά», με βάση τις ανάγκες του προβληματισμού μας σήμερα. Μπορούμε λοιπόν να συμφωνήσουμε ότι θ'

το οποίο προκύπτουν οι μερικότερες λύσεις και το οποίο κάποτε θα πρέπει να λυθεί και νομοθετικά.»

αφήσουμε σήμερα κατά μέρος την ελληνική ή τη ρωμαϊκή αρχαιότητα και τις εξελίξεις της μέχρι τον ευρωπαϊκό μεσαίωνα. Δεν είναι ακόμη ανάγκη να αναφερθούμε στο δίκαιο των απαρχών του νέου ελληνικού κράτους και στην ΠολΔ του 1834, στοιχεία της οποίας άλλωστε ενσωματώθηκαν στο δίκαιο του νέου ΚΠολΔ. Θέτω λοιπόν καταρχήν ως αφετηρία ή βάθος της έρευνας το έτος 1971 και το παρελθόν που σταματάει σ' αυτό και αρχίζει από αυτό με τη μορφή που έλαβαν ο ΚΠολΔ και οι ρυθμίσεις του για την έφεση με το ν.δ. 958/1971, αφήνοντας κατά μέρος και τον α.ν. 44/1967.

3. Η ανάδειξη και κατανόηση της «σημερινής» εφέσεως, όμως, αποκτά νόημα και αξία μόνο στο πλαίσιο μιας προβολής στο μέλλον, κατά τα οράματα, τις επιθυμίες, τις πεποιθήσεις και τις ανάγκες μας. Ενός ή περισσοτέρων. Όσων συμφωνήσουμε. Το «σήμερα» θα γίνει σύντομα το «χθες» του «αύριο» και το –άγνωστο ακόμη σήμερα– «αύριο» θα γίνει σύντομα «σήμερα». Η σημερινή εικόνα της εφέσεως δεν θα παραμείνει η ίδια. Αυτό αποδεικνύει το παρελθόν.
4. Βέβαια, δεν αγνοώ ότι αύριο θα συμβεί αυτό που θα αποφασίσουν ή θα επιθυμούν όσοι διαθέτουν τη δύναμη και την εξουσία της έξωθεν και άνωθεν επιβολής, με τη μορφή ιδίως της θέσπισης κανόνων δικαίου. Αυτό, όμως, δεν μου απαγορεύει να εκθέσω σ' έναν χώρο όπως αυτός τα δικά μου «πιστεύω». Προσπάθησα λοιπόν να καταλάβω τι είναι και πως λειτουργεί η έφεση στην πολιτική δίκη σήμερα. Προσπάθησα, επίσης, να προβλέψω τις ανάγκες που θα προκύψουν ή τις πιέσεις που θα ασκηθούν στο εγγύς μέλλον.
5. Για να κατανοήσει και να αναδείξει κανείς τη φυσιογνωμία, τα βασικά χαρακτηριστικά και τη λειτουργία της εφέσεως σήμερα, είναι ανάγκη φυσικά να αναδειχθούν οι κρίσιμοι σταθμοί στην ιστορία των σχετικών με το θέμα κανόνων δικαίου. Για να καταλήξει όμως μια έρευνα και σε συγκεκριμένες προτάσεις τόσο προς τους ερμηνευτές και εφαρμοστές του δικαίου της έφεσης όσο και προς τους μελλοντικούς νομοθέτες δεν αρκεί μόνο αυτό. Αντίθετα, είναι ανάγκη να αναδειχθούν τόσο οι κρίσιμοι σταθμοί στην ιστορία των απόψεων της επιστήμης, όσο και οι πραγματικές ανάγκες της κοινωνίας. Οι ανάγκες και οι αξίες μας σήμερα καθορίζονται από το παρελθόν μας, το οποίο οδήγησε σ' αυτό το σήμερα. Από το παρελθόν μέσα στο οποίο διαμορφωθήκαμε και οι ίδιοι.
6. Με βάση αυτές τις σκέψεις, έθεσα τελικά ως σημείο αναφοράς της εργασίας μου το 14^ο πανελλήνιο συνέδριο της ΕΕΔ του 1986 στην Πάτρα, με γενικό θέμα «ΒΑΣΙΚΑ ΘΕΜΑΤΑ ΑΠΟ ΤΗΝ ΕΦΕΣΗ» (και εντός παρενθέσεως «Νέα αιτήματα – Νέοι ισχυρισμοί – Νέα αποδεικτικά μέσα»). Υπάρχουν όμως και άλλοι πολλοί ειδικότεροι λόγοι γι' αυτή την επιλογή μου. Τους σημαντικότερους θα τους εκθέσω στην πορεία των αναπτύξεών μου.

7. Αρκετούς πάντως από τους λόγους αυτούς μπορεί να βρει κανείς στη διαδικασία και στο περιεχόμενο των εργασιών του συνεδρίου του 1986. Την αναφορά σ' αυτά τα αντικειμενικά δεδομένα την επιβάλλει άλλωστε η ανάγκη συγκρίσεων, σε νομοθετικό και επιστημονικό επίπεδο, της σημερινής συγκυρίας με την εποχή εκείνη. Είχαν περάσει (μόλις ή ήδη) 15 χρόνια από την εισαγωγή του νέου ΚΠολΔ (ν.δ. 958/1971) και είχαν ήδη επέλθει ορισμένες τροποποιήσεις του ΚΠολΔ, κάποιες από τις οποίες προκάλεσαν εντύπωση και συζητήσεις. Ζούσαμε όμως ακόμη «στα χρόνια της αθώτητας». Η καταγίγδα των μεγάλων ή ριζικών τροποποιήσεων του ΚΠολΔ των επόμενων τριών δεκαετιών (1990, 2000, 2010), που ονομάστηκαν σε ορισμένες περιπτώσεις, κάπως αυτάρεσκα, και «μεταρρυθμίσεις» ή και «αναμορφώσεις», βρίσκονταν ακόμα στο αόρατο μέλλον. Αυτό το τότε «μέλλον» είναι το σημερινό «παρόν», όπως διαμορφώθηκε «χθες», δηλαδή στις τρεις τελευταίες δεκαετίες, η τρίτη από τις οποίες βαίνει γοργά προς το τέλος της. Τοποθετώ λοιπόν (ίσως κάπως αυθαίρετα, αλλά «εισηγητική αδειά»), την αφετηρία των σκέψεών μου στο έτος 1986 και στην κατάσταση που επικρατούσε τότε, τόσο στο χώρο της νομοθεσίας όσο και στο χώρο της επιστήμης και της πράξης, όπως αποτυπώθηκε από πολλούς ομιλητές στο συνέδριο εκείνο.
8. Δεν περιορίζομαι όμως μόνο σε κάποιες αναφορές στο συνέδριο εκείνο. Σε μεγάλο βαθμό δομώ τον προβληματισμό μου με βάση (και) τα πιο κρίσιμα θέματα που συζητήθηκαν τότε και απασχόλησαν κυρίως και κατά προτεραιότητα το ενδιαφέρον των εισηγήσεων και των παρεμβάσεων και συγκέντρωσαν το ενδιαφέρον των συνέδρων. Διότι, κατά την εκτίμησή μου, διατηρούν τη σημασία τους και σήμερα. Βασικά σημεία των θεμάτων και των ομιλητών καθώς και άλλα πληροφοριακά στοιχεία για το συνέδριο εκείνο μπορείτε να βρείτε στο ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ II του παρόντος τεύχους.
9. Υπήρξε όμως και μια ακόμη πρόκληση για να πλέξω την πορεία της εισηγησής μου με βάση τις απόψεις που διατυπώθηκαν σ' εκείνο το συνέδριο. Πρόκειται φυσικά για τα πρόσωπα των ομιλητών, τα οποία αναφέρονται στο Παράρτημα II του τεύχους αυτού με τη σειρά που περιέχονται στην έκδοση των πρακτικών του συνεδρίου εκείνου και με τις ιδιότητες ή τους τίτλους που κατείχαν τότε.
10. Άρχισα την παρουσίασή μου με την τελευταία φράση του *Γεωργίου Ράμμου* στο συνέδριο του 1986 για τους σκοπούς της ορθότητας και της ταχύτητας. Τονίζω τώρα (εντός κειμένου) και το γεγονός ότι το συνέδριο του 1986 έκλεισε χωρίς διατύπωση ή ανακοίνωση πορισμάτων (λόγω «διαφωνιών» ή «ασυμφωνίας χαρακτήρων»), όπως προκύπτει και από τη σχετική ομολογία του προέδρου του συνεδρίου εκείνου *Κων. Σταμάτη*, η οποία, κατά πιστή αντιγραφή από τα πρακτικά του συνεδρίου. Πρόκειται, κατά τη

γνώμη μου, για μια από τις «έντονες» «στιγμές» του συνεδρίου του 1986 και για ένα χαρακτηριστικό δείγμα «της εποχής της αθωότητας» που διανύαμε ακόμη τότε.

11. Προσπαθώντας, μετά από 33 ολόκληρα χρόνια, να μελετήσω τα πρακτικά του συνεδρίου εκείνου του 1986, για να κατανοήσω τις επιστημονικές απόψεις που αναπτύχθηκαν τότε, να βγάλω τα συμπεράσματά μου και να αποκωδικοποιήσω τα πορίσματα που δεν ανακοινώθηκαν, βρήκα ορισμένες φορές σε απόγνωση. Σε κάποια στιγμή ανάπαυλας για διαφυγή, έτυχε να διαβάσω (από παραπομπή άλλου) την εξής φράση του *George Steiner*: «Κάθε γνήσια μεταφραστική πράξη είναι φανερός παραλογισμός, μια προσπάθεια να ανέβει κανείς ανάποδα την κυλιόμενη κλίμακα του χρόνου και να ξανατελέσει θεληματικά κάτι που υπήρξε η αβέβαιη κίνηση του πνεύματος».⁸ Σκέφτηκα τότε ότι και η δική μου προσπάθεια μοιάζει κάπως «παράλογη» για τον ίδιο λόγο: ανάποδο και ασθμαίνον τρεχαλητό στην κυλιόμενη σκάλα του χρόνου, προς τα πίσω, για να προλάβω να πιάσω ένα χαρτάκι (μπορεί να είναι και το μαγικό «εισιτήριο»), που το πήρε ο αέρας από τα χέρια του κατόχου του· ή που μπορεί να το πέταξε και ο ίδιος, σκέφτηκα αμέσως μετά. Χαμογέλασα και συνέχισα το δρόμο μου.

Ε. Εξηγήσεις για τα «Παραρτήματα» και συνοπτικές πληροφορίες για τα περιεχόμενά τους

α. Για το παράρτημα Ι [Συνήθεις ορισμοί της εφέσεως μέχρι σήμερα (έννοια, σκοποί, λειτουργίες και βασικά χαρακτηριστικά της εφέσεως)]

1. Στο παράρτημα Ι εκτίθενται ορισμοί της εφέσεως από εγχειρίδια, γενικά έργα και κατ' άρθρο ερμηνείες, καταρχήν υπό την ισχύ του ΚΠολΔ από το 1971 μέχρι σήμερα και μάλιστα και μετά το ν. 4335/2015.
2. Η παράθεση γίνεται με χρονολογική σειρά εκδόσεως των έργων από τα οποία προέρχονται οι ορισμοί.
3. Παρέχονται όμως και ορισμένοι παλαιότεροι ορισμοί, που είχαν διατυπωθεί υπό το προϊσχύσαν του ΚΠολΔ δίκαιο της ΠολΔ του 1834. Τους ορισμούς αυτούς τους παραδίδει ο *Κ. Μπέης* [Πολιτική Δικονομία, Γενικές αρχές και ερμηνεία των άρθρων, ΙΙΙ, ένδικα μέσα και ανακοπές (άρθρα 495 έως 590), 1976, σ. 1895 επ.] και τους σχολιάζει αναλυτικά πριν καταλήξει, «συγκεφαλαιώνοντας», στο δικό του ορισμό, ο οποίος κατά χρονολογική

⁸ Τη βρήκα στο βιβλίο του *Ν. Βαρμάζη*, «*Δημήτρης Ν. Μαρωνίτης (1929 – 2016), ο εμπαθής δάσκαλος, ο πολύτροπος φιλόλογος, ο ανένδοτος διανοούμενος, ο ισοβίτης της γλώσσας*», εκδόσεις ΓΡΑΦΗΜΑ, 2019, σ. 81. Η φράση του *Steiner* παρατίθεται από τον συγγραφέα ως «μύθο» στο κεφάλαιο με αριθ. 3 που έχει τίτλο «Ο *Μαρωνίτης* μεταφραστής των ομηρικών επών».

τάξη αναφέρεται πρώτος στο ίδιο παράρτημα.

4. Σχολιάζοντας ο Μπέης (ό.π. σ. 1897), παρατηρεί επίσης ότι και μετά την εισαγωγή του ΚΠολΔ οι συγγραφείς επανέλαβαν τον ορισμό του Γ. Ράμμου, παραπέμπει δε σε *Τ. Οικονομόπουλον*, *Εγχειρίδιον ΠολΔ*, II α' σελ. 32 και *Στ. Σταυρόπουλον*, 529 § 2 α', σελ. 713.
5. Η παρατήρηση αυτή είναι ακριβής και για τους μεταγενέστερους συγγραφείς, όπως προκύπτει από τους ορισμούς που αναφέρονται στο παράρτημα I, με μια επιφύλαξη για τον ορισμό που δίνει στην έφεση ο ίδιος ο Μπέης (ό.π., σ. 1899).

β. Για το παράρτημα II [Περαιτέρω στοιχεία για το 14ο Πανελλήνιο Συνέδριο της ΕΕΔ του 1986 στην Πάτρα]

1. Στο παράρτημα II, με τίτλο «Περαιτέρω στοιχεία για το 14^ο Πανελλήνιο Συνέδριο της ΕΕΔ του 1986 στην Πάτρα», περιέχονται ορισμένα συνοπτικά πληροφοριακά και «στατιστικά» στοιχεία και αναφορές για το συνέδριο εκείνο, για τους εισηγητές, τους λοιπούς ομιλητές και για τα θέματα που αποτέλεσαν τότε αντικείμενα συζήτησης, καθώς και στα λοιπά «πεπραγμένα» των εργασιών του, που αποτέλεσαν χρονική αφετηρία και βάση της εργασίας μου.⁹ Παρέχονται, ακόμη, ορισμένα «στατιστικά» στοιχεία και επιχειρείται μια πολύ συνοπτική παρουσίαση των θεμάτων και των απόψεων που συζητήθηκαν. Δεν ήταν φυσικά δυνατό να αποφύγω παραλείψεις, χωρίς να έχω, όμως, καμία κακή πρόθεση.
2. Καταγράφω εδώ ορισμένες κατά τη γνώμη μου «έντονες» ή, έστω, «ιδιαίτερες» στιγμές του συνεδρίου εκείνου, πέρα από την επιστημονική παραγωγή καθ' εαυτή, ορισμένες μάλιστα από τις οποίες επιβεβαιώνουν και το συσχετισμό που έκανα προηγουμένως με τα «χρόνια της αθωότητας»:
 - α) Η προαναφερθείσα ήδη αδυναμία διατύπωσης – ανακοίνωσης «πορισμάτων» «λόγω διαφωνιών ή αμφιβολιών» από τον πρόεδρο του συνεδρίου *Κων. Σταμάτη*. Ίσως βέβαια τότε η μαγνητοφώνηση των πεπραγμένων και η δυνατότητα απομαγνητοφώνησης των πρακτικών να αποτελούσε ελπιδοφόρα καινοτομία και να έδινε παρόμοιο δικαίωμα, ενώ σήμερα αποτελεί ρουτίνα.
 - β) Το κλείσιμο και ο «αποχαιρετισμός» του Γ. Ράμμου, με τον οποίο άρχισα.
 - γ) Το «παράπονο» του Γ. Ράμμου για τον «παραμερισμό» του ιστορικού νομοθέτη (βρίσκονταν ακόμη τότε στη ζωή και ήταν παρόντες στο συνέ-

⁹ Αναφέρονται: το κεντρικό θέμα, τα θέματα των δύο αυτοτελών εισηγήσεων, θέματα παρεμβάσεων και οι ομιλητές.

δριο εκείνο τόσο ο ίδιος όσο και ο Γ. Μητσόπουλος).¹⁰

- δ) Η «έκκληση προς τον νομοθέτη» από τον πρόεδρο του συνεδρίου *Κων. Σταμάτη*, μετά και τις δευτερολογίες των εισηγητών και πριν το κλείσιμο του Γ. Ράμμου, «να επιλύσει νομοθετικά» το ζήτημα ως προς το πότε εξαφανίζεται η προσβαλλόμενη απόφαση (και η κάπως «μεταφυσική» σύλληψη της «εξαφάνισης»).
- ε) Η «μοναξιά» του Παν. Καργάδου, του οποίου η παρέμβαση, που ακούστηκε δεύτερη επί 23 συνολικά (πρώτη ήταν του Παναγιώτη Θεοδωρόπουλου, αντιπροέδρου τότε του Αρείου Πάγου), έθιξε ορισμένα γενικά και πολύ κρίσιμα θέματα, μεταξύ αυτών δε και το ζήτημα «μεταξύ ερμηνείας και νομοθεσίας». Κανείς όμως δεν αναφέρθηκε στη συνέχεια σ' αυτόν (στον Καργάδο, εννοώ), ούτε σε όσα είπε, παρά το γεγονός ότι ήταν, κατά τη γνώμη μου, εξαιρετικά ουσιώδη.
- στ) Η «έκρηξη» ή το «ξέσπασμα» του Παν. Κωστάκου για την άποψη περί μη εφαρμογής του άρθρου 527 στις δίκες περί την εκτέλεση για την προβολή νέων λόγων ανακοπής στην κατ' έφεση δίκη, με δύο ομάδες αποδεκτών: τους δικονομολόγους και τους δικηγόρους.
- ζ) Η έντονη συμμετοχή στις εργασίες του συνεδρίου, δύο αστικολόγων, του Απόστολου Γεωργιάδη και του Αστέριου Γεωργιάδη, οι οποίοι, με παρεμβάσεις τους, επιχείρησαν να «βάλουν τα πράγματα στη θέση τους», με αφορμή τη θέση του Ν. Νίκα για τη «δικαιολογημένη αιτία» κατά το τότε άρθρο 269 και για τη διάκρισή της από την αμέλεια του ουσιαστικού ιδιωτικού δικαίου. Μάλιστα, «δευτερολόγησαν» κιόλας. Η τάξη του τότε συνεδρίου υποχωρούσε μπροστά στην ανάγκη ουσιαστικής συζήτησεως. Και αυτό αποτελεί μια ακόμη «έντονη στιγμή» του συνεδρίου εκείνου.

γ. Για το παράρτημα ΙΙΙ [Συγγραφική και λοιπή επιστημονική παραγωγή και κίνηση από το 1971 μέχρι σήμερα (μια σταχυολόγηση κατά χρονολογικές περιόδους)]

1. Στο παράρτημα ΙΙΙ παρουσιάζεται σε αδρές γραμμές η συγγραφική και βιβλιογραφική παραγωγή και λοιπή επιστημονική κίνηση από το 1971 μέχρι σήμερα. Χωρίζω το χρονικό αυτό διάστημα σε τέσσερις (4) περιόδους: α) Περίοδος από το 1972 μέχρι και το 1986 (15 χρόνια), β) περίοδος από το 1987 μέχρι και το 1999 (13 χρόνια), γ) περίοδος από το 2000 μέχρι το 2015 (έτος δημοσίευσης του ν. 4335/2015, 16 χρόνια) και δ) περίοδος από το

¹⁰ Ο Γ. Ράμμος, όπως προκύπτει και από την παρέμβασή του, ήταν εισηγητής του βιβλίου για τα ένδικα μέσα και δικαίως μάλλον «παραπονήθηκε».

2016 μέχρι σήμερα (4 χρόνια περίπου). Οι δύο πρώτες περίοδοι «κλείνουν» τον 20^ο αιώνα και δύο τελευταίες άνοιξαν τον 21^ο.

2. Για τους στόχους της εργασίας, η παρουσίαση γίνεται με χρονολογική σειρά δημόσιας ανακοίνωσης ή δημοσίευσης και εγκαταλείπεται η αλφαβητική σειρά και τάξη των επωνύμων των συγγραφέων, η οποία χρησιμοποιείται μόνο για τις εντός του ίδιου έτους εργασίες και συμβολές.
3. Σταχυολογούνται μονογραφίες, μελέτες, άρθρα, εισηγήσεις σε επιστημονικές εκδηλώσεις και αυτοτελείς συμβολές σε συλλογικά έργα. Δεν περιλαμβάνονται εγχειρίδια, γενικά έργα, κατ' άρθρο ερμηνείες του ΚΠολΔ, συλλογικά έργα και συλλογές νομολογίας κ.λπ., παρά μόνο σε όσες περιπτώσεις το έκρινα αναγκαίο για ορισμένες συμβολές. Δεν περιλαμβάνονται, επίσης, παρατηρήσεις και σχόλια σε δικαστικές αποφάσεις, παρά το γεγονός ότι σε ορισμένες περιπτώσεις εκείνες ή αυτά περιέχουν πολύ σημαντικές σκέψεις. Παραλείπεται, επίσης, για λόγους οικονομίας χώρου, αναλυτική αναφορά σε παρατηρήσεις και σχόλια που δημοσιεύθηκαν στο νομικό τύπο με αφορμή το σχέδιο νόμου που είχε εκπονηθεί το 1983 για την τροποποίηση διατάξεων του ΚΠολΔ. Βλ. γι' αυτές ενδεικτικά ΕΛΛΔ-νη 24 (1983), «Παρατηρήσεις στο σχέδιο νόμου για την τροποποίηση διατάξεων του ΚΠολΔ και του εισαγωγικού του νόμου», σ. 1449 επ.¹¹ Παραλείπεται επίσης αναλυτική αναφορά στις εισηγήσεις και λοιπές ομιλίες που δημοσιεύθηκαν στην ΕΠολΔ του 2014 (σ. 153 επ.) [Αφιέρωμα: Ο νέος Κώδικας Πολιτικής Δικονομίας, Ημερίδα της 09.05.2014, αίθουσα τελετών του Εφετείου Αθηνών]¹². Για την «Πρόταση Σχεδίου Νόμου» του 2008, μπορεί κανείς να συμβουλευθεί τα πρακτικά του 33^{ου} πανελλήνιου συνεδρίου της ΕΕΔ του 2008 στον Βόλο.¹³
4. Στην πρώτη χρονολογική περίοδο (1971 έως 1986) έκρινα σκόπιμο να μνημονευθούν και οι εξής συμβολές του *Κ. Κεραμέως*: α) «Το προς έφεσιν δικαίωμα του νικήσαντος διαδικού - Ουσιαστικού δικαίου επεμβάσεις εις την δικονομικήν τάξιν», η οποία δημοσιεύθηκε μεν το 1968, αλλά μετά τον α.ν. 44/1967, διατήρησε δε την επικαιρότητα και τη σημασία της και μετά το ν.δ. 958/1971. β) «Δικονομική αυστηρότητα και επιείκεια», η οποία δημοσιεύθηκε το 1980 και δεν εντάσσεται μεν στον σκληρό πυρήνα του σχε-

11 Ακολούθησε ο νόμος 1478/1984, υπό την ισχύ του οποίου πραγματοποιήθηκε το συνέδριο της ΕΕΔ του 1986.

12 Ακολούθησε ο νόμος 4335/2015, υπό την ισχύ του οποίου πραγματοποιείται το φετινό πανελλήνιο συνέδριο της ΕΕΔ (του 2019).

13 «Προτάσεις της νομοπαρασκευαστικής επιτροπής για την αναμόρφωση του ΚΠολΔ», Πρακτικά του 33ου Πανελλήνιου συνεδρίου της Ένωσης Ελλήνων Δικονομολόγων στην Αγριά Βόλου (Σεπτέμβριος 2008), 2009.

τικού με την έφεση προβληματισμού, θίγει ωστόσο καίρια και γενικότερης σημασίας ζητήματα, τα οποία παραμένουν συνεχώς επίκαιρα. Εξ άλλου, οι δύο τελευταίες εργασίες της τέταρτης χρονολογικής περιόδου δεν αφορούν μεν τον σκληρό πυρήνα του προβληματισμού που αφορά την έφεση, εντάχθηκαν όμως στον κατάλογο, κατά κάποιο τρόπο «ενδεικτικά», επειδή αφορούν την πρόταση της εισηγήσεως για τα ρυθμιστικά μέτρα της διαδικασίας, ενώ επιπλέον δημοσιεύθηκαν μετά τις πολύ πρόσφατες τροποποιήσεις του ΚΠολΔ.

5. Από τα συνολικώς πενήντα οκτώ (58) έργα που παρατίθενται στο παράρτημα αυτό, τα δώδεκα (12) ανήκουν στην πρώτη περίοδο παραγωγής (1971 έως 1986) και κανένα από αυτά δεν αφορά ευθέως τροποποιήσεις του ΚΠολΔ. Από τα σαράντα έξι (46) των λοιπών τριών περιόδων, είκοσι έξι (26) προέκυψαν από συνέδρια, ημερίδες και λοιπές επιστημονικές εκδηλώσεις [και μόνο τα επτά (7) από αυτά δεν αφορούσαν άμεσα «νέους» νόμους], ενώ είκοσι δύο (22) αφορούν κατά καιρούς τροποποιήσεις ή μεταρρυθμίσεις του ΚΠολΔ (και σε μεγάλο βαθμό ταυτίζονται με τα προηγούμενα).
6. Η παρουσίαση της επιστημονικής κίνησης και παραγωγής από το 1971 μέχρι σήμερα έχει ως σκοπό να αναδείξει την εξέλιξη του επιστημονικού προβληματισμού και των θεμάτων του, σε σύγκριση και με το αντίστοιχο παρόν, και να προχωρήσει, αν είναι δυνατό, σε μία αποτίμηση των πιθανών επιδράσεων ή συμβολών της επιστήμης και της ερμηνείας στις αποφάσεις του εκάστοτε νομοθέτη, ως προς τη λειτουργία της εφέσεως. Ως προς τα θέματα αυτά, ιδιαίτερη σημασία έχει και πάλι η μελέτη των πεπραγμένων του συνεδρίου της ΕΕΔ του 1986, τα οποία αναφέρονται σε όλα σχεδόν τα κρίσιμα προβλήματα της εφέσεως και της θέσπισης ή μη περιορισμών στην πλήρη λειτουργία της ως «βαθμού ουσίας». Φυσικά, το βλέμμα μας είναι πάντα στραμμένο στο παρόν και, κυρίως, στο μέλλον.
7. Από την παράθεση των έργων και συμβολών στο παράρτημα αυτό είναι δυνατό να αντληθούν και στοιχεία για συνέδρια, ημερίδες και άλλες επιστημονικές εκδηλώσεις που πραγματοποιήθηκαν κυρίως μετά το 14^ο Πανελλήνιο Συνέδριο της ΕΕΔ του 1986, με αντικείμενα είτε σχεδιαζόμενες κατά καιρούς τροποποιήσεις του ΚΠολΔ, είτε, συνηθέστερα, τις «πρόσφατες» ήδη κάθε φορά «νέες» διατάξεις του ΚΠολΔ και ιδίως τις διατάξεις περί ενδίκων μέσων. Σ' αυτές θα πρέπει να προστεθούν και οι πρόσφατες πολλές εκδηλώσεις με αφορμή (ή για) το ν. 4335/2015. Ο παράγων «χρόνος» δεν μου επέτρεψε να ολοκληρώσω και να τελειοποιήσω την εργασία αυτή, με την προσθήκη όλων των κρίσιμων έργων και σταθμών της επιστημονικής (ερευνητικής, συγγραφικής και άλλης) παραγωγής καθώς και μιας πλήρους στατιστικής αλλά και ουσιαστικής αποτίμησης αυτής.

8. Να μου συγχωρεθούν, παρακαλώ, οι ελλείψεις στις αναφορές και στις παραπομπές στο παράρτημα της επιστημονικής παραγωγής. Η πίεση του χρόνου και οι λοιπές προσωπικές επιλογές και ασχολίες μου δεν πρέπει να υποβαθμίσουν ή να αδικήσουν κανέναν. Εγώ πάντως δεν θέλησα ούτε κατ'ελάχιστο κάτι παρόμοιο για οποιονδήποτε.

δ. Για το παράρτημα IV [Κρίσιμες διατάξεις του ΚΠολΔ και οι διακυμάνσεις τους στην πορεία του χρόνου μέχρι σήμερα]

1. Στο παράρτημα IV παρουσιάζεται η νομοθετική κίνηση (ή κινητικότητα) και παραγωγή, όχι μόνο στο Κεφάλαιο της εφέσεως του Βιβλίου των ενδίκων μέσων, αλλά και σε άλλα Βιβλία και Κεφάλαια του ΚΠολΔ, ως προς διατάξεις που έχουν στενή σχέση με το θέμα.
2. Ειδικότερα, στο πρώτο μέρος του παραρτήματος IV περιέχονται κρίσιμες για το θέμα της εισηγήσεως γενικές ή άλλες διατάξεις του ΚΠολΔ, εκτός του Βιβλίου των ενδίκων μέσων και του Κεφαλαίου της εφέσεως, με πρώτες εκείνες οι οποίες έμειναν αναλλοίωτες στο χρόνο από το 1971 (ν.δ. 958/1971) μέχρι σήμερα και στη συνέχεια όσες τροποποιήθηκαν. Περιλαμβάνονται διατάξεις όχι μόνο της τακτικής διαδικασίας, αλλά και των ειδικών διαδικασιών και των δικών περί την εκτέλεση. Στο δεύτερο μέρος περιέχονται οι πιο κρίσιμες για το θέμα διατάξεις του Κεφαλαίου της εφέσεως του Βιβλίου των ενδίκων μέσων του ΚΠολΔ, κατά την εξέλιξή τους από το 1971 (ν.δ. 958/1971) μέχρι σήμερα, ξεκινώντας από όσες δεν τροποποιήθηκαν στην πορεία του χρόνου και συνεχίζοντας με εκείνες που τροποποιήθηκαν, όπως διαμορφώθηκαν μετά τις τροποποιήσεις τους μέχρι και το ν. 4335/2015. Στο τρίτο μέρος περιέχονται διατάξεις της διαδικασίας της εκούσιας δικαιοδοσίας και στο τέταρτο μεταβατικές διατάξεις. Έκρινα χρησιμη την αναφορά και αυτών των τελευταίων διατάξεων, γιατί θεώρησα ότι από τις μεταβατικές διατάξεις για τα ένδικα μέσα συνολικά ή μόνο για την έφεση, σε σύγκριση και προς τις μεταβατικές διατάξεις για την αγωγή, θα ήταν δυνατό να αντληθούν συμπεράσματα για το αν ο εκάστοτε ιστορικός νομοθέτης αντιλαμβάνεται την κατ' έφεση δίκη ως «συνέχεια» της δίκης στον πρώτο βαθμό ή ως «νέα δίκη». «Επί του πιεστηρίου» στην κυριολεξία προστέθηκε στο τέλος του παραρτήματος αυτού και το άρθρο 261 ΑΚ, οι νέες διατάξεις του οποίου αποδεικνύουν ότι υπάρχουν περιπτώσεις στις οποίες ο νομοθέτης επιχείρησε να αντιμετωπίσει προβλήματα της πραγματικής ζωής, που εμφανίζονταν ως «προβλήματα» του «ουσιαστικού δικαίου», με επεμβάσεις σε διατάξεις του «δικονομικού» και αντιστρόφως¹⁴.

14 Πρβλ. σε υποσημείωση και τις «περιπέτειες» του άρθρου 260 ΚΠολΔ.

3. Οι διατάξεις του ΚΠολΔ παρατίθενται στο κείμενο με τη σημερινή διατύπωσή τους, ενώ στις περιπτώσεις των διατάξεων που τροποποιήθηκαν παρατίθενται σε υποσημειώσεις και οι διατυπώσεις του 1971, με στόχο να αναδειχθούν τόσο η αφετηρία όσο και η σημερινή κατάληξη της αντίστοιχης νομοθετικής παραγωγής. Στις τροποποιηθείσες διατάξεις περιλαμβάνονται και όσες καταργήθηκαν εντελώς, ενώ στις μη τροποποιηθείσες περιλαμβάνονται και κάποιες (όπως λ.χ. η γενική διάταξη του άρθρου 500), οι οποίες έχουν σημασία για το θέμα, καθώς και κάποιες που τροποποιήθηκαν ενδιάμεσως, αλλά στη συνέχεια, σε επόμενη τροποποίηση, ανέκτησαν το αρχικό περιεχόμενό τους. Για τα άρθρα 12 και 13, προστίθεται σε υποσημείωση και το άρθρο 13 της ΠολΔ του 1834. Για λόγους οικονομίας χώρου δεν περιλήφθηκαν εδώ διατάξεις του δικαίου της αναίρεσης, ιδίως μετά την αναίρεση της προσβληθείσας αποφάσεως, όπως και κάποιες ακόμη διατάξεις που κινούνται στο περιθώριο του ενδιαφέροντος ή θεωρούνται αυτονόητα γνωστές και δεδομένες¹⁵.
4. Η καταγραφή εξυπηρετεί τις ανάγκες ανάδειξης και αποτίμησης των κρίσιμων διατάξεων σήμερα και της παρακολούθησης του περιεχομένου τους στο χρόνο, από το 1971 μέχρι σήμερα, με στόχο να αναδειχθεί η εξέλιξη του θετικού δικαίου μας ως προς τη λειτουργία της εφέσεως (από την «πλήρη», προς την «περιορισμένη» ή προς την «περιορισμένως πλήρη» ή και μέχρι μια «άλλη» ή «εναλλακτική» έφεση), όσο και η ενδεχόμενη απροθυμία ή διστακτικότητα του νομοθέτη να προχωρήσει σε άλλες μεταβολές, είτε απλώς «διαφορετικές» είτε και πιο «ριζικές».
5. Συνήθως, η προσοχή μας στρέφεται στις διατάξεις που τροποποιήθηκαν και στις «νέες» κάθε φορά διατάξεις. Αφήνουμε κατά μέρος τις διατάξεις που μένουν και έμειναν επί σειρά πολλών ετών αναλλοίωτες. Τις διατάξεις που κατέληξαν «δικονομικά ταμπού». Το παράρτημα IV περιλαμβάνει τόσο εκείνα που άλλαξαν, όσο και εκείνα που έμειναν ίδια, αφού γίνεται λόγος για τις κρίσιμες διατάξεις του νόμου και τη διακύμανσή τους στο χρόνο (στην εξέλιξή τους μέχρι σήμερα). Περιλαμβάνει, δηλαδή, τόσο τις «νέες» κάθε φορά διατάξεις (και επιλογές ή «απόψεις» του νομοθέτη), οι οποίες προκάλεσαν συζητήσεις στην επιστήμη, όσο και τις διατάξεις που έμειναν αναλλοίωτες στην πορεία του χρόνου, γεγονός το οποίο σε ορισμένες περιπτώσεις υποβαθμίζεται ή σε άλλες προκαλεί συζητήσεις ως προς την απροθυμία ή την έλλειψη τόλμης του νομοθέτη. Με τη συγκεκριμένη παρουσίαση της νομοθετικής κίνησης και παραγωγής από το 1971

15 Δεν περιλαμβάνονται οι διατάξεις των άρθρων 516, 517 και 518, οι οποίες αφορούν τη νομιμοποίηση και την προθεσμία για την άσκηση εφέσεως και δεν έχουν άμεση σχέση με τους προβληματισμούς της παρούσας εργασίας, ενώ για λόγους οικονομίας χώρου δεν παρατίθενται ούτε οι διατάξεις των άρθρων 46, 515 (καταργηθείσα άλλωστε), 519, 523 και 537.

μέχρι τη σημερινή εικόνα του νόμου, ελπίζω, μεταξύ άλλων, να αναδειχθεί η αμοιβαία επίδραση των διατάξεων που έμειναν αμετάβλητες στο χρόνο και εκείνων που τροποποιήθηκαν, ορισμένες μάλιστα περισσότερες από μια φορές, και να κατανοηθεί η συνολική εικόνα του δικαίου που αφορά την έφεση. Επιχειρείται επίσης να εξηγηθεί η επιλογή του νομοθέτη να διατηρήσει όσες διατάξεις άφησε άθικτες και να τροποποιήσει τις υπόλοιπες.

III. ΑΝΤΙΚΕΙΜΕΝΑ ΜΕΛΕΤΗΣ ΚΑΙ ΠΡΟΒΛΗΜΑΤΙΣΜΟΥ ΚΑΙ ΑΦΕΤΗΡΙΕΣ ΠΡΩΤΩΝ ΣΚΕΨΕΩΝ

A. Ταυτότητα, φυσιογνωμία και λειτουργία εφέσεως στην πορεία του χρόνου κατά τον ΚΠολΔ

1. Το πρώτο, γενικό, ερώτημα που τίθεται αφορά την ταυτότητα, τη φυσιογνωμία και τη λειτουργία της εφέσεως κατά τον ΚΠολΔ. Επειδή από το 1971 πέρασαν πολλά χρόνια, στο ερώτημα μπορεί να προστεθεί και το επίρρημα «σήμερα». Δηλαδή, τίθεται το γενικότερο ερώτημα, αν η έφεση, ως προς τα βασικά χαρακτηριστικά της τουλάχιστον, μεταβλήθηκε μέσα από τις αλληπάλληλες τροποποιήσεις του ΚΠολΔ μέχρι σήμερα.
2. Την «ταυτότητα» ή «φυσιογνωμία», τα «βασικά χαρακτηριστικά» και τη «λειτουργία» της έφεσης μπορούμε να τα κατανοήσουμε: α) αυτοτελώς, β) σε σύγκριση προς τα άλλα ένδικα μέσα και, ιδίως, γ) σε σύγκριση προς τα ένδικα βοηθήματα (αγωγή και ανακοπή). Με τη λογική αυτή, στη συνέχεια της εργασίας δίνεται **έμφαση στη σύγκριση της εφέσεως προς τα ένδικα βοηθήματα (κυρίως δε την ανακοπή του άρθρου 933) και στη σχέση του δεύτερου προς τον πρώτο βαθμό δικαιοδοσίας**, γιατί, κατά τη γνώμη μου, στα πεδία αυτά συγκεντρώνονται και τα πιο κρίσιμα ζητήματα.
3. Συχνά, όταν μιλούμε για την έφεση, αναφερόμαστε μόνο στον «σκληρό πυρήνα» της τακτικής διαδικασίας και των άρθρων 511 έως 537. **Ωστόσο, τα βασικά χαρακτηριστικά και οι λειτουργίες της εφέσεως δεν καθορίζονται μόνο από αυτές τις διατάξεις**, αλλά και από γενικές διατάξεις του πρώτου Βιβλίου του ΚΠολΔ, όπως είναι λ.χ. οι διατάξεις περί αρμοδιότητας, αλλά και από διατάξεις του δεύτερου Βιβλίου για τη διαδικασία στα πρωτοβάθμια δικαστήρια, οι οποίες δεν περιορίζονται σ' εκείνες στις οποίες παραπέμπει ρητά το άρθρο 524 § 1 αλλά περιλαμβάνουν και άλλες (όπως λ.χ. τις περί δεδικασμένου διατάξεις των άρθρων 321 επ.).
4. Επίσης, **«έφεση κατά τον ΚΠολΔ» είναι και η έφεση στις ειδικές διαδικασίες, στην εκούσια δικαιοδοσία και στις δίκες περί την εκτέλεση**. Για τη σχέση της τακτικής προς τις ειδικές διαδικασίες, αξίζει να σημειωθεί, σε επίπεδο εννοιολογικών διακρίσεων, ότι ο όρος «μέσα επιθέσεως και

άμυνας» καταργήθηκε (για την τακτική διαδικασία) μαζί με το άρθρο 269, αλλά επιβιώνει στο άρθρο 591 § 1 περ. δ' (για τις ειδικές διαδικασίες), ενώ το άρθρο 527, το οποίο ανήκει στην τακτική διαδικασία αλλά εφαρμόζεται και στις ειδικές, υπό τους όρους του άρθρου 591 § 1 εδ. α', όπως παλιά, κάνει λόγο μόνο για «πραγματικούς ισχυρισμούς».¹⁶

5. Ακόμη, ζητήματα εφέσεως (ή ενδίκων μέσων γενικότερα) ρυθμίζονται και από διατάξεις διαχρονικού δικαίου, είτε του ΕισΝΚΠολΔ, είτε του ν. 4335/2015, είτε άλλων ενδιάμεσων νόμων. Θα πρέπει λοιπόν κανείς να δει την έφεση και «μέσα» από τις μεταβατικές διατάξεις και να ελέγξει την ενδεχόμενη διαφοροποίησή της από τα ένδικα βοηθήματα (αγωγή και ανακοπές) ή από τα άλλα ένδικα μέσα. Ειδικότερα, η οπτική αυτή είναι χρήσιμη για να ελεγχθεί **αν ο νομοθέτης αντιλαμβάνεται την κατ' έφεση δίκη ως συνέχεια της δίκης στον πρώτο βαθμό ή ως νέα και διαφορετική δίκη**. Αυτό αποτελεί ένα θεμελιώδες ζήτημα για τη λειτουργία της εφέσεως.
6. Εξ άλλου, **«έφεση κατά τον ΚΠολΔ» είναι τόσο αυτή που επιτρέπεται όσο και εκείνη που, άμεσα ή έμμεσα, περιορίζεται ή δεν επιτρέπεται καθόλου**. Βλ. λ.χ. τις διατάξεις των άρθρων 12 § 2, 47, 512 (για τις «μικροδιαφορές») και 699 (για τα ασφαλιστικά μέτρα), αλλά και τις διατάξεις των άρθρων 60 § 2 και 61 ΕισΝΚΠολΔ. Για «έμμεσο» περιορισμό ή αποκλεισμό της εφέσεως μπορεί να γίνει λόγος σε όσες περιπτώσεις ο νόμος προβλέπει, με οποιοδήποτε τρόπο και για οποιοδήποτε αντικείμενο, δυνατότητα απευθείας μετάβασης ή πρόσβασης στο δεύτερο βαθμό δικαιοδοσίας.
7. Οι μείζονες νομοθετικές επεμβάσεις στο σώμα του ΚΠολΔ με το ν. 4335/2015 (νέο άρθρο 237, κατάργηση του άρθρου 269, νέο άρθρο 527 κ.λπ.) επιδρούν βέβαια ουσιαστικά στην ταυτότητα και τη λειτουργία της εφέσεως σήμερα και είναι προφανές ότι διεκδικούν μερίδα του λέοντος στους προβληματισμούς όλων μας.
8. Ωστόσο, στο αρχικό ερώτημα δεν μπορεί να δοθεί πλήρης και ασφαλής απάντηση, **αν δεν επισημαίνει κανείς, παράλληλα προς τις διατάξεις που τροποποιήθηκαν, και εκείνες που έμειναν αμετάβλητες στην πορεία του χρόνου** και άντεξαν στις ισχυρές πιέσεις «μεταρρύθμισης» ακόμα και «αναμόρφωσης» που ασκήθηκαν και εξακολουθούν να ασκούνται μέχρι σήμερα. Ειδικότερα, ο νομοθέτης άφησε άθικτες άλλες κρίσιμες διατάξεις του ΚΠολΔ. Αυτό δεν ισχύει μόνο για το ν. 4335/2015 αλλά και για όλους τους νόμους μετά την εισαγωγή του ΚΠολΔ το 1971. Για παράδειγμα, έμειναν άθικτες οι διατάξεις του άρθρου 12 ΚΠολΔ, το οποίο επιμένει (από κα-

16 Αξίζει, μάλιστα, να σημειωθεί ότι ο σύγχρονος νομοθέτης πρωτοτύπησε και για πρώτη φορά μέσω του άρθρου 524 § 1 εδ. α' παρέπεμψε και σε διατάξεις που ακολουθούν (και συγκεκριμένα στις διατάξεις του άρθρου 591 § 1 περ. α' έως γ' και § 4).

ταβολής όχι μόνο του ΚΠολΔ αλλά και του σύγχρονου ελληνικού κράτους και πάντως της ΠολΔ του 1834) ότι μόνο δύο βαθμοί πολιτικής δικαιοδοσίας υφίστανται, αλλά πάντως υφίστανται, πράγμα που εξακολουθούμε κι εμείς να διδάσκουμε στους φοιτητές μας, όπως διδάσκουμε και ότι ο Άρειος Πάγος δεν αποτελεί δικαστήριο τρίτου βαθμού δικαιοδοσίας. Επίσης, άθικτη έμεινε τελικά, παρά τη σύντομη περιπέτειά της μεταξύ 1993 και 1994, στη φθοροποιό διαδρομή του χρόνου και η διάταξη του άρθρου 283 § 2, η οποία επιτρέπει την άσκηση παρεμπόμπουσας αγωγής και κατ'έφεση, «εκτός αν περιέχει αυτοτελή αίτηση», οπότε τίθεται και πάλι ένα ζήτημα μεταξύ «κανόνα» και «εξαιρέσεως». Άθικτη έμεινε ακόμη και η διάταξη του άρθρου 587, κατά την οποία η τριτανακοπή μπορεί να εισαχθεί και παρεμπιπτόντως στο δικαστήριο στο οποίο εκκρεμεί η κύρια δίκη, αν αυτό είναι ισόβαθμο ή ανώτερο από εκείνο που εξέδωσε την προσβαλλόμενη απόφαση, δηλαδή και σε δευτεροβάθμιο δικαστήριο¹⁷. Τέλος, αμετάβλητες έμειναν από το 1971 μέχρι σήμερα και οι διατάξεις του άρθρου 330, οι οποίες αφορούν το μείζονος επίσης σημασίας ζήτημα του δεδικασμένου των αποφάσεων των πολιτικών δικαστηρίων¹⁸. Τον κανόνα των δύο βαθμών δικαιοδοσίας φαίνεται να ενισχύει η τροποποίηση με τον ν. 4335/2015 του άρθρου 79, σύμφωνα με το οποίο δεν επιτρέπεται πλέον η άσκηση κύριας παρέμβασης για πρώτη φορά στο δευτεροβάθμιο δικαστήριο.

9. Έτσι, τίθενται τα εξής ειδικότερα ερωτήματα: Πώς επιδρούν οι κανόνες και οι διατάξεις που δεν τροποποιήθηκαν σε όσα «νέα» ορίζουν οι διατάξεις που τροποποιήθηκαν, μετά την τροποποίησή τους; Ή, αντιστρόφως, έμειναν πράγματι χωρίς μεταβολή οι κανόνες και οι αρχές που πηγάζουν από τις διατάξεις που δεν τροποποιήθηκαν, μετά από τις τροποποιήσεις των άλλων διατάξεων;¹⁹
10. Από μια πρώτη πρόχειρη επισκόπηση, προκύπτει μάλλον ότι οι βασικοί πυλώνες από τους οποίους περνούν αντίθετα ισχυρά ρεύματα, που καμιά φορά προκαλούν ανεμοστρόβιλους ή αναταράξεις, παρέμειναν ίδιοι. Από τη μια μεριά, η ναυαρχίδα του άρθρου 522, με πλοία συνοδείας τα άρθρα 527, 528 και 529, και από την άλλη τα αυστηρά και ανεπίδεκτα «δεύτερης συζήτησης» άρθρα 532, 533 και 535 που φαίνεται να χωρίζουν την κατ'

17 Υπενθυμίζοντας με τον τρόπο αυτό, μαζί με άλλες διατάξεις, και το «δόγμα της ιεραρχίας».

18 Το ίδιο ισχύει και για τις διατάξεις του άρθρου 334 για τη μεταρρυθμιστική αγωγή, οι οποίες έχουν κάποια σχέση με τα ζητήματα που εδώ εξετάζονται (βλ. ιδίως την § 3).

19 Ένα συναφές ερώτημα αφορά τις διατάξεις που δεν εφαρμόστηκαν, αλλά και το λόγο της απροθυμίας εφαρμογής τους, παρά τις προσπάθειες (ή και την ανυπαρξία αποτελεσματικών προσπαθειών) του νομοθέτη να τις τροποποιήσει επί το βέλτιστο ή το επιτακτικότερο. Αυτό όμως είναι «ένα άλλο ζήτημα», το οποίο θίγεται παρακάτω, στις *de lege ferenda* προτάσεις στις οποίες καταλήγει η παρούσα εργασία.

έφεση δίκη σε διακριτά στάδια. Ωστόσο, και στις δύο παρατάξεις είχαμε τροποποιήσεις (των άρθρων 527 και 528, από τη μια παράταξη, και του άρθρου 535 από την άλλη), κυρίως μετά το 1986, ενώ με το ν. 4335/2015 στο πεδίο των σημαντικών τροποποιήσεων που επηρεάζουν ουσιωδώς τα ζητήματα της λειτουργίας της εφέσεως πρέπει να προστεθεί και η κατάργηση του άρθρου 269.

11. Με βάση την κατάσταση που υπήρχε το 1986, το τότε συνέδριο της ΕΕΔ έκλεισε χωρίς να ανακοινωθούν πορίσματα, αλλά και με αιωρούμενο, με κάπως δραματικό τρόπο, το ερώτημα ως προς το «πότε εξαφανίζεται η προσβαλλόμενη απόφαση» και με αντίστοιχη έκκληση για νομοθετική επίλυση του προβλήματος. Ο νομοθέτης όμως έμεινε μάλλον ασυγκίνητος.

Β. Τα βασικά ή «υπαρξιακά» ερωτήματα για την έφεση - Χρησιμότητα και αξία της εφέσεως και όρια δυνατοτήτων ερμηνείας του νόμου

1. Σε μία παράλληλη κατά κάποιον τρόπο διάσταση ή σε ένα παράλληλο σύμπαν κινείται μια άλλη κρίσιμη συστοιχία ερωτημάτων, τα οποία πρέπει μάλλον να τεθούν στη βάση και στην αρχή όλων των ζητημάτων που αφορούν την έφεση, ως «υπαρξιακά» γι' αυτήν ερωτήματα: **Είναι αναγκαία ή έστω χρήσιμη, για την πολιτική δίκη, η έφεση και γιατί;** Και τί είδους έφεση χρειαζόμαστε; Και τι έφεση έχουμε στη διάθεσή μας σήμερα, σε σύγκριση προς αυτήν που χρειαζόμαστε; Ή, η έφεση που διαθέτουμε σήμερα είναι αυτή που χρειαζόμαστε και που αξίζει να έχουμε πράγματι;
2. Όσα λέγονται για τα «ανθρώπινα σφάλματα» και για την ανάγκη διόρθωσής τους (είτε αναφέρονται σε σφάλματα δικαστών, είτε διαδίκων, είτε δικηγόρων), αποτελούν ένα μόνο μέρος του προβλήματος²⁰. **Το άλλο μέρος ανάγεται, νομίζω, σε ζητήματα εκκρεμοδικίας και δεδικασμένου.** Στη βάση των θεσμών αυτών (τους οποίους συμπληρώνει ή ολοκληρώνει η έφεση) **βρίσκεται η ιδέα και η αρχή (δηλαδή η δικαιοπολιτική επιλογή) της μιας και μόνης δίκης για την ίδια υπόθεση.** Αν η δίκη είναι μία και μόνο, δικαιολογημένη (αν όχι και αναγκαία) εμφανίζεται η παροχή μιας «δεύτερης ευκαιρίας», στο πλαίσιο της ίδιας δίκης, όχι μόνο ή όχι τόσο για τη διόρθωση σφαλμάτων ή παραλείψεων που εμφιλοχώρησαν κατά την αξιοποίηση της πρώτης ευκαιρίας, αλλά και (ή κυρίως) προς αποκλεισμό της σκέψης για τη δυνατότητα μιας δεύτερης προσφυγής σε «νέα» δίκη από την αρχή, με πλήρες και καλύτερο οπλοστάσιο.
3. Αν είναι έτσι, τίθεται αμέσως το επόμενο ερώτημα: **Μέσα σε ποια όρια (λοιπόν ή όμως) υπάρχει και δικαιολογείται αυτή η «ιδέα» και «αρχή»**

²⁰ Αν δεν οφείλονται και τα ίδια σε σφάλματα, και μάλιστα κατά την προσπάθεια «διόρθωσης».

της μιας και μόνης δίκης; Σε περιπτώσεις δε αμφιβολιών για τα παραπάνω θέματα, τίθεται το ερώτημα **αν μπορούμε και αν δικαιούμαστε (ή νομιμοποιούμαστε) με την ερμηνεία να φέρουμε «στα μέτρα μας» την έφεση που διαθέτουμε.** Οπότε βέβαια θα πρέπει να προσδιορισθεί ποια είναι αυτά τα «μέτρα».²¹

4. Αν μπορέσουμε να απαντήσουμε στα προηγούμενα ερωτήματα, θα μπορέσουμε ίσως να ανακοινώσουμε, καθυστερημένα έστω, μαζί με τα πορίσματα του φετινού συνεδρίου, και τα πορίσματα του συνεδρίου του 1986, τα οποία ποτέ δεν ανακοινώθηκαν.

Γ. Παράγοντες προσδιορισμού της αξίας και της ανάγκης της εφέσεως - Ο πρώτος βαθμός δικαιοδοσίας και η ήττα - Δεδικασμένο και εκτελεστότητα

1. Η ανάγκη μας για την έφεση και η αξία της έφεσης μπορούν να προσδιορισθούν (με σχετική αξιοπιστία) μόνο σε σχέση με **κάτι που είχαμε και χάσαμε και με κάτι που μπορεί να χρειαζόμαστε την «παρούσα στιγμή»**, μπροστά σε συνθήκες που διαμορφώθηκαν τώρα για πρώτη φορά και προοιωνίζονται δυσχέρειες ή βλάβες.
2. Αυτό που είχαμε και χάσαμε **είναι η δίκη στον πρώτο βαθμό δικαιοδοσίας** και αυτό από το οποίο μπορεί να προκύψει **κίνδυνος και βλάβη είναι η απόφαση που έχει εκδοθεί ήδη.**
3. Η απώλεια και η βλάβη μπορεί να αφορούν, κατά κανόνα τουλάχιστον, μόνο τον ηττημένο διάδικο. Και μπορεί να συνίστανται μόνο στις συνέπειες της οριστικής δικαστικής αποφάσεως: **το δεδικασμένο και την εκτελεστότητα.** Συνεπώς, τα δύο αυτά μεγέθη είναι καθοριστικά για τον προβληματισμό μας.

Δ. Η έφεση ως «συνέχεια» ή ως «άλλη αρχή» - Σημασία και αξία του δεύτερου βαθμού δικαιοδοσίας σε σχέση προς τον πρώτο βαθμό και την αξία του

1. Από την άλλη μεριά, αν είναι αλήθεια (και είναι) ότι **ο δεύτερος βαθμός δικαιοδοσίας είναι «δεύτερος» γιατί υπάρχει ο πρώτος**, ανακύπτει και ένας ακόμη κύκλος προβληματισμού, που αναπτύσσεται προς δύο τουλάχιστον

²¹ Όπως αναφέρθηκε ήδη, το συνέδριο της ΕΕΔ του 1986 έκλεισε με έκκληση **επέμβασης του νομοθέτη** για να λυθεί το «πρόβλημα» του χρόνου ή διαδικαστικού σταδίου εξαφάνισης της προσβαλλομένης αποφάσεως. Η έκκληση δεν εισακούστηκε, όμως. Αντίθετα, ο νομοθέτης έκανε άλλα «πράγματα» με τις τροποποιήσεις που ακολούθησαν.

κατευθύνσεις. Η **πρώτη κατεύθυνση** περιλαμβάνει τα εξής ερωτήματα: Η δίκη που ανοίγει στο δευτεροβάθμιο δικαστήριο με την έφεση **αποτελεί «συνέχεια» της δίκης στο πρωτοβάθμιο δικαστήριο ή είναι μια «νέα» και «διαφορετική» δίκη** και τι ακριβώς μπορεί να σημαίνει το καθένα από αυτά; Η **δεύτερη κατεύθυνση** καταλήγει στα εξής ερωτήματα: Πόσο εξαρτάται η αξία και η ανάγκη της έφεσης **από την αξία και την ποιότητα της δίκης στον πρώτο βαθμό δικαιοδοσίας;**

2. Όπως λέγεται, η έφεση υλοποιεί (από μια σκοπιά) τον κανόνα των δύο βαθμών δικαιοδοσίας. Ο κανόνας αυτός απαγορεύει μεν κατ' αρχήν την προσφυγή κατ' ευθείαν στον δεύτερο βαθμό. Αποδείχθηκε όμως ότι δεν επιβάλλει υποχρεωτικά και την πλήρη διέλευση από τον πρώτο βαθμό και τη διεξαγωγή πλήρους διερεύνησης της υποθέσεως από πρωτοβάθμιο δικαστήριο. Χαρακτηριστικό παράδειγμα αποτελούν η ερήμην δίκη στον πρώτο βαθμό, η κατάργηση της αρχής της διαδοχικής ασκήσεως των τακτικών ενδίκων μέσων²² και η (συνακόλουθη) δυνατότητα προβολής και διερεύνησης της όλης υποθέσεως για πρώτη φορά στο δευτεροβάθμιο δικαστήριο²³.
3. Ενόψει των ανωτέρω και του σκοπού της ορθής απονομής δικαιοσύνης, διδασκόταν παλαιότερα ότι ευκολότερα αποκαλύπτονται ενδεχόμενα σφάλματα, όταν έχει προηγηθεί μια άλλη κρίση για την ίδια υπόθεση και ακολουθεί ένας δεύτερος έλεγχος από ανώτερο δικαστήριο και μάλιστα πολυμελούς συνθέσεως, το οποίο μπορεί να ελέγξει το κατώτερο (ως κατά κάποιο τρόπο «εγκαλούμενο» από τον εκκαλούντα) και δεν έχει λόγους να εμείνει στις θέσεις εκείνου, και το οποίο είναι περισσότερο αποστασιοποιημένο από την υπόθεση και τους διαδίκους.²⁴
4. Η δεύτερη παρατήρηση αφορούσε το ερώτημα αν η «δεύτερη» κρίση μπορούσε να πραγματοποιηθεί και από ισόβαθμο προς το πρώτο δικαστήριο ή όχι. Στα δικά μας χρόνια, μόνο σποραδικά και μεμονωμένα έχει τεθεί παρόμοιο ζήτημα, αν εξαιρέσουμε την καθιέρωση προσβολής των αποφάσεων των ειρηνοδικείων ενώπιον αρχικά του πολυμελούς πρωτοδικείου και τη μεταγενέστερη «υποχώρηση» προς τη μονομελή σύνθεση του πρωτοδικεί-

22 Βλ. το άρθρο 513 και τις τροποποιήσεις του. Πρβλ. όμως τις σκέψεις επαναφοράς του ως άνω κανόνα με το σχέδιο νόμου του 2008.

23 Βλ. το άρθρο 528 και τις περιπέτειες των τροποποιήσεών του. Άλλα παραδείγματα, δευτερεύουσας ίσως σημασίας, αποτελούν οι ειδικές διατάξεις νόμου, οι οποίες υλοποιούν ευθέως την υπέρ του νόμου επιφύλαξη του άρθρου 12 § 2 (λ.χ. 61 ΕισΝΚΠολΔ κ.ά.).

24 Βλ. ενδεικτικά *Ευκλείδη*, Ερμηνεία της Πολιτικής δικονομίας, έκδ. τρίτη, § 245, σ. 362 επ., σημ. 1.

ου, όταν δικάζει εφέσεις κατ' αποφάσεων ειρηνοδικείων (βλ. άρθρο 17Α).²⁵

5. Η πρώτη παρατήρηση, σχετικά με το σκοπό και την «ελεγκτική» λειτουργία της εφέσεως που εκδηλώνεται με πληρότητα όταν έχει προηγηθεί ήδη μια πρώτη κρίση για την «ίδια υπόθεση», επιβεβαιώνεται αναμφίβολα όταν είναι αλήθεια ότι πρόκειται πράγματι για την «ίδια υπόθεση». Όταν όμως τα στοιχεία της υποθέσεως μπορεί να είναι διαφορετικά σε κάθε βαθμό, τότε τα πράγματα περιπλέκονται. Σε παρόμοιες περιπτώσεις, τίθεται σε αμφισβήτηση η προαναφερθείσα λειτουργία της εφέσεως. Στο σημείο αυτό, τα πράγματα έχουν προσλάβει σήμερα εντονότερη διάσταση, αφού, μετά την κατάργηση του άρθρου 269 και τη διεύρυνση των εξαιρέσεων του άρθρου 527, διευρύνθηκε και η απόσταση που μπορεί να χωρίζει τα αντικείμενα δίκης σε κάθε βαθμό.
6. Το φαινόμενο αυτό θέτει επί τάπητος, από μια άλλη σκοπιά αυτή τη φορά, το «παλαιό» ζήτημα αν η κατ' έφεση δίκη είναι μια «νέα» και «ιδιαιτέρη» δίκη ή αποτελεί «συνέχεια» της δίκης (και της «συζητήσεως») που είχε οδηγήσει στην έκδοση της προσβαλλομένης αποφάσεως. Η σημερινή εικόνα ενισχύει προφανώς την πρώτη εκδοχή και όχι μόνο για τα αντικείμενα που αφορούν τις προϋποθέσεις παραδεκτού της εφέσεως και των λόγων της, αν και στο δεύτερο σημείο υπάρχει προφανώς διεύρυνση, αφού το δευτεροβάθμιο δικαστήριο πρέπει να ελέγξει το παραδεκτό των νέων ισχυρισμών ως λόγων εφέσεως.
7. Τα ζητήματα που προαναφέρθηκαν αφορούν καταρχήν τόσο τις ερήμην όσο και τις κατ' αντιμωλία εκδοθείσες από το πρωτοβάθμιο δικαστήριο καταψηφιστικές αποφάσεις. Αλλά από το σημείο αυτό και μετά υπάρχει διαφορά. Την οποία φαίνεται να επιβάλλει η περί «εξαφανίσεως» (ή «άμεσης εξαφανίσεως», όπως λέγεται συχνά), σε περίπτωση άσκησης εφέσεως, της προσβαλλομένης αποφάσεως διάταξη του άρθρου 528 εδ. α', η οποία αναφέρεται μόνο στις ερήμην αποφάσεις. Παρόμοια διάταξη δεν υπάρχει για τις κατ' αντιμωλία εκδοθείσες αποφάσεις, για τις οποίες ισχύουν, αντίθετα, όσα ορίζονται στα άρθρα 532, 533 και 535 ΚΠολΔ. Το ζήτημα που θα μπορούσε να τεθεί, όμως, είναι αν στις περιπτώσεις της παραδεκτής προβολής νέων ισχυρισμών από τον εκκαλούντα (ως λόγων εφέσεως) κατά το άρθρο 527 είναι δυνατό να γίνει ερμηνευτικά δεκτή παρόμοια «άμεση εξαφάνιση» της προσβαλλομένης αποφάσεως. Το ζήτημα είχε τεθεί και στο παρελθόν, με την καταφατική (περί άμεσης εξαφανίσεως της αποφάσεως) άποψη *Ματθία* που διατυπώθηκε το 1980 και είχε απαντηθεί αρνητικά από τον *Νικ. Νίκα* τόσο στο συνέδριο του 1986 όσο και στο αντίστοιχο βιβλίο

25 Βλ. πάντως και το άρθρο 19 για την καθιέρωση της αρμοδιότητας και του μονομελούς εφετείου.

του που εκδόθηκε το 1987²⁶. Το ερώτημα είναι αν σήμερα, μετά τη διεύρυνση των «εξαιρέσεων» του άρθρου 527, σε συνδυασμό και με τον περιορισμό των εξαιρέσεων του «συγκεντρωτικού συστήματος» για τον πρώτο βαθμό δικαιοδοσίας, επανέρχεται το ίδιο ζήτημα στο προσκήνιο και επιβάλλεται να επανεξετασθεί η αρνητική απάντηση, υπό τους νέους όρους (αν είναι πράγματι «νέοι»). Είναι προφανές, ότι η πρακτική (και μάλιστα «φλέγουσα») σημασία του ζητήματος αφορά κυρίως την περίπτωση ήττας του εναγομένου επί καταψηφιστικής αγωγής, γιατί αυτός έχει να αντιμετωπίσει το φάσμα της εκτελεστότητας και της εκτελέσεως. Έτσι, ανακύπτει και η ανάγκη συσχετισμού της εφέσεως (και της λειτουργίας της) με την ανακοπή του άρθρου 933.

8. Στις ερήμην αποφάσεις, το πράγμα έχει από τη «φύση» του και μια ακόμη διαφορετική διάσταση, καθώς, στην περίπτωση απ' ευθείας ασκήσεως εφέσεως, διεξάγεται τελικά «μία δίκη» κατ' αντιμωλία, στο δευτεροβάθμιο δικαστήριο, με βάση την αγωγή (άρθρα 216, 525, 526) και με όλους τους εκατέρωθεν ισχυρισμούς (άρθρο 528) και η διαφορά έγκειται στο γεγονός ότι δεν υπάρχει άλλος βαθμός δικαιοδοσίας και δεύτερη ευκαιρία ουσιαστικής κρίσης, ως προς την οποία θα μπορούσαν να τεθούν τα παραπάνω ζητήματα (: έμμεσος περιορισμός της εφέσεως). Πού οδηγούν όλα αυτά; Στην εξουσία διαθέσεως και στην ελεύθερη επιλογή των διαδίκων; Πιθανώς. Ο καθένας, δηλαδή, «αποφασίζει» αν θα παραστεί ή όχι στο πρωτοβάθμιο δικαστήριο και αν θα έχει στη συνέχεια να αντιμετωπίσει μια κατ' αντιμωλία ή ερήμην του εκδοθείσα απόφαση. Το ζήτημα αυτό αφορά το περιεχόμενο και την εμβέλεια θεμελιωδών δικονομικών αρχών κατά τα άρθρα 106 επ.
9. Είναι όμως προφανές, ότι την ανάγκη ασκήσεως ή μη εφέσεως στη συνέχεια την καθορίζει κυρίως το γεγονός ότι μετά τη δίκη στον πρώτο βαθμό θα υπάρχει μια οριστική απόφαση, σε κάθε περίπτωση, είτε ερήμην είτε κατ' αντιμωλία διεξαχθείσης δίκης. Αν απορρίπτει την αγωγή, τίθεται (για τον ενάγοντα) μόνο το ζήτημα του ελέγχου και της διόρθωσης των πιθανών σφαλμάτων της. Αν όμως δέχεται την αγωγή και όταν μάλιστα αυτή είναι καταψηφιστική, ανακύπτει με ένταση (για τον εναγόμενο, αυτή τη φορά) το ζήτημα της εκτελεστότητας. Έτσι, επανέρχεται στο προσκήνιο, με τρόπο γενικότερο αυτή τη φορά, η ανάγκη συσχετισμού του ενδίκου μέσου της εφέσεως με το ένδικο βοήθημα της ανακοπής του άρθρου 933.

26 Βλ. Νίκα, Οι νέοι πραγματικοί ισχυρισμοί στην κατ' έφεση δίκη, 1987, σε 43 – 45.

Ε. Ζητήματα αρμοδιότητας και «ιεραρχίας» [ο «ελάχιστος κοινός παρονομαστής»:]

1. Οι κατευθύνσεις προβληματισμού που προαναφέρθηκαν έχουν και έναν ακόμη **κοινό παρονομαστή, πιθανώς μάλιστα όχι «ελάχιστο»**: Τη νέα διάταξη που προστέθηκε ως εδάφιο β' στο άρθρο 47 **για την απόφαση παραπομπής από κατώτερο δικαστήριο σε ανώτερο**.
2. Η διάταξη αφορά σαφώς την έφεση, γιατί την αποκλείει εξ ολοκλήρου, αφού ο μόνος λόγος εφέσεως στην περίπτωση αυτή θα ήταν αυτός της αρμοδιότητας. Και, βέβαια, αναζητείται ο λόγος και η δικαιολογία της νέας ρύθμισης που προστέθηκε στο άρθρο 47, πέρα από την εξήγηση που μπορεί να αφορά τις περισσότερες εγγυήσεις επάρκειας και ορθοκρισίας του ανώτερου δικαστηρίου. Γιατί δεν πρόκειται μόνο γι' αυτό. **Αυτό που «έγινε» είναι ότι ένα ανώτερο δικαστήριο δεσμεύεται από την κρίση ενός κατώτερου και μάλιστα για το ζήτημα της εξουσίας του (της αρμοδιότητάς του)**.
3. Αν, λοιπόν, με την προσθήκη της συγκεκριμένης διάταξης για τον αποκλεισμό της εφέσεως κατά αποφάσεων κατωτέρων δικαστηρίων που παραπέμπουν την υπόθεση σε ανώτερο **διαρρήχθηκε το «δόγμα της ιεραρχίας»**, έστω με ένα μικρό ρήγμα, τότε αργά ή γρήγορα είναι πιθανό το ρήγμα αυτό να διευρυνθεί. Ίσως προκύψει δε και το ζήτημα μήπως νομιμοποιούμαστε να σκεφτόμαστε ότι μπορεί γενικότερα για την έφεση να προβλεφθεί ως λειτουργικώς αρμόδιο το ίδιο, «πρωτοβάθμιο» οργανικά δικαστήριο, ιδίως όταν προτείνονται παραδεκτά νέοι ισχυρισμοί.

ΣΤ. Περαιτέρω συσχετισμός της εφέσεως με την ανακοπή κατά της εκτελέσεως και την αίτηση αναιρέσεως

1. Η έφεση κατονομάζεται βέβαια από τον ΚΠολΔ «ένδικο μέσο» (άρθρο 495). Η διάκρισή της από τα ένδικα βοηθήματα (τις λοιπές εισαγωγικές δίκης πράξεις των διαδικών), είναι αναγκαία για να καθορισθεί η ταυτότητα, η φυσιογνωμία και η λειτουργία της εφέσεως, σύμφωνα και με όσα ήδη σημειώθηκαν. Για τη διάκριση αυτή κρίσιμος αποβαίνει ο συσχετισμός της εφέσεως με την ανακοπή του άρθρου 933. Ο συσχετισμός της εφέσεως με την ανακοπή κατά της εκτέλεσης αποδίδει και μια ιστορική αναγκαιότητα, αφού, κατά τις παραδόσεις παλαιότερων δικονομολόγων, η έφεση κατάγεται από μια μορφή «ανακοπής» (: προσφυγής) της ρωμαϊκής εποχής και, ειδικότερα, από μια μορφή εναντίωσης που ασκούσαν ενώπιον του ανώτερου άρχοντα ή του αυτοκράτορα, απέναντι στην εκτέλεση μιας άδικης αποφάσεως. Συνεπώς, *«τα του καίσαρος τω καίσαρι»*.

2. Εφόσον εκτελείται δικαστική απόφαση, ο συσχετισμός αφορά δύο πιθανές εκδοχές: α) εκείνη κατά την οποία η άσκηση εφέσεως είτε είναι εκ γενετής είτε κατέστη επιγενόμενα αδύνατη (όταν εκτελούνται δηλαδή τελεσίδικες αποφάσεις) και β) εκείνη κατά την οποία η έφεση είναι ακόμη δυνατή (και επιτρεπτή) ή και ήδη ασκηθείσα (όταν εκτελούνται δηλαδή προσωρινώς εκτελεστές αποφάσεις).
3. Ανάλογα φαινόμενα είναι δυνατό να υπάρξουν και επί εκτελέσεως διαταγών πληρωμής, αφού και εκεί μπορεί να έχουμε δύο δίκες, με ή χωρίς εφέσεις (ανάλογα με τις «διαθέσεις» των διαδίκων), μία στη δίκη επί των ανακοπών κατά του κύρους των διαταγών πληρωμής και μία στη δίκη κατά της εκτελέσεως αυτών.
4. Στις παραπάνω περιπτώσεις, είναι πιθανό να έχουμε δύο εφέσεις, αλλά μία μόνο αίτηση αναιρέσεως, αφού μετά την τροποποίηση του άρθρου 937, αυτή απαγορεύθηκε στις δίκες περί την εκτέλεση, μόνο όμως όταν ως εκτελεστός τίτλος χρησιμοποιείται δικαστική απόφαση (κάθε είδους) ή διαταγή πληρωμής. Στις περιπτώσεις αξιοποίησης άλλων εκτελεστών τίτλων, τα πράγματα αντιστρέφονται κατ' αρχήν. Εκεί δεν υπήρξε προηγούμενη διαγνωστική δίκη για την απαίτηση, με κατάληξη την έκδοση της εκτελούμενης αποφάσεως. Εκεί όμως είναι δυνατή η άσκηση αρνητικής αναγνωριστικής αγωγής εκ μέρους του φερόμενου οφειλέτη, οπότε και πάλι είναι πιθανό να εμφανισθούν φαινόμενα παράλληλων ή διαδοχικών δικών. Σ' αυτές τις περιπτώσεις είναι πιθανές οι δύο εφέσεις, αλλά, με βάση το γράμμα του άρθρου 937, και δύο αιτήσεις αναιρέσεως, αφού δεν θα εκτελείται δικαστική απόφαση ούτε διαταγή πληρωμής.
5. Το φαινόμενο αυτό φέρνει στο προσκήνιο και τις κριτικές που διατυπώθηκαν για την απαγόρευση της αιτήσεως αναιρέσεως στις δίκες περί την εκτέλεση και θέτει επί τάπητος το επιχείρημα ορισμένων από αυτές ότι προτιμότερη θα ήταν η απαγόρευση της εφέσεως στις συγκεκριμένες δίκες. Κατά τη γνώμη μου, τα δύο «μεγέθη» (: τα δύο αυτά ένδικα μέσα) δεν είναι συγκρίσιμα.
6. Τα ζητήματα της ανακοπής του άρθρου 933 που σχετίζονται με την έφεση είναι κυρίως τα εξής: α) το λόγω δεδικασμένου απαράδεκτο ορισμένων λόγων ανακοπής (κατά το άρθρο 933 § 4), β) τα πιθανά εμπόδια παραδεκτού αντίστοιχων λόγων ανακοπής από το «σύστημα του άνευ επικουρίας δικάζεσθαι» ή για άλλους λόγους (ιδίως σε περίπτωση ασκήσεως ανακοπής προς ακύρωση πράξεων εκτελέσεως που επισπεύδονται με βάση προσωρινώς εκτελεστή απόφαση) και γ) η δυνατότητα ή μη εφαρμογής του άρθρου 527 για την προβολή νέων λόγων ανακοπής. Η δυνατότητα ή μη εφαρμογής του άρθρου 527 στις δίκες περί την εκτέλεση είχε απασχολήσει σε έκταση και με ένταση το συνέδριο του 1986. Το ζήτημα που τίθεται σήμερα

είναι αν μεταβάλλεται κάτι ως προς το θέμα αυτό, μετά την κατάργηση του άρθρου 269 (και την εξάλειψη για την τακτική διαδικασία και του όρου «μέσα επίθεσης και άμυνας»), αν μάλιστα ληφθεί υπόψη και το γεγονός ότι στην έμμεση εκτέλεση δεν επιτρέπεται η αναστολή όσο εκκρεμεί ανακοπή στο πρωτοβάθμιο δικαστήριο.

8. Τα ζητήματα αυτά καθορίζουν πάντως **για τον ηττημένο διάδικο την ύπαρξη ή μη «αναγκαιότητας» να ασκήσει έφεση (ή να είχε ασκήσει έφεση) κατά της αποφάσεως που εκτελείται** και συνδέονται άμεσα με το νόημα και το πεδίο εφαρμογής του άρθρου 330.

Ζ. Το ζήτημα της «υποχρεωτικότητας» ή μη της εφέσεως για τον νομοθέτη και για τον διάδικο και ο «άλλος δρόμος» [«μία δίκη» ή «περισσότερες δίκες» για «την ίδια υπόθεση»];

1. Και από την «ανάγκη» (ή μη) της ασκήσεως εφέσεως (αυτής που προβλέπεται στο νόμο) από τον ηττημένο διάδικο, με ένα βήμα (ή μικρό άλμα) φτάνουμε στο συναφές θέμα ως προς τον αν είναι υποχρεωτική ή μη η πρόβλεψη της εφέσεως από το νόμο (και αν ναι, ποιας εφέσεως), το οποίο συνδέεται συχνά με ζητήματα συνταγματικής ή μη κατοχύρωσης της εφέσεως ή και των ενδίκων μέσων γενικότερα.
2. Σημειώνεται και πάλι, ότι έφεση είναι τόσο αυτή που έχουμε **όσο και αυτή που δεν έχουμε, γιατί μας απαγορεύει ο νόμος να την έχουμε**. Ο αποκλεισμός είναι δυνατό να εκδηλωθεί τόσο άμεσα (όπως λ.χ. στην περίπτωση του άρθρου 512), **όσο και έμμεσα** (βλ. και άρθρο 12 § 2). Στις περιπτώσεις εφαρμογής **των εξαιρέσεων του άρθρου 527, προκύπτει ένας έμμεσος αποκλεισμός της εφέσεως**, αφού η κρίση επί των νέων ισχυρισμών θα προέρχεται από δευτεροβάθμιο λειτουργικά δικαστήριο (το οποίο συχνά θα είναι και από οργανική άποψη δευτεροβάθμιο) **και συνεπώς δεν θα υπόκειται σε έφεση** (βλ. άρθρα 13, 511 και 513 § 1 στην αρχή).
3. Φαίνεται λοιπόν να επικρατεί ή να υπολανθάνει η αντίληψη ότι η έφεση, **ενώ δεν είναι υποχρεωτική (ως πρόβλεψη) για τον κοινό νομοθέτη, είναι υποχρεωτική (ως άσκηση) ή μοναδική επιτρεπόμενη οδός (από τη στιγμή της ασκήσεώς της) για το διάδικο που ηττήθηκε**. Και μάλιστα όχι οποιαδήποτε έφεση αλλά αυτή που ευδόκησε να προβλέψει ο νόμος.
4. Η αντίληψη αυτή, κατά το πρώτο σκέλος της, συνδέεται συχνά με την ύπαρξη και την έκταση της συνταγματικής κατοχυρώσεως του δικαιώματος προς παροχή έννομης προστασίας. Ξεχνούμε όμως μερικές φορές ότι η συνταγματική κατοχύρωση του δικαιώματος παροχής έννομης προστασίας αποτελεί στην ιστορία του ανθρώπινου πολιτισμού πολύ πρόσφατη

κατάκτηση, ενώ η έφεση έρχεται από πολύ παλιά και πηγάζει σχεδόν από την αρχή αυτού που αποκαλούμε «ανθρώπινο πολιτισμό».

5. Επίσης, ως προς το ζήτημα αυτό, μπορούμε να θυμηθούμε κάποιες ερμηνευτικές «αρχές» που είχαν επικρατήσει από παλαιότερα και νομολογιακά για το επιτρεπτό της εφέσεως, σε σχέση και με την τήρηση της προσήκουσας διαδικασίας, και ειδικότερα:
 - α) Την «αρχή της μείζονος ευνοίας», σύμφωνα με την οποία σε περίπτωση μη τήρησης από το πρωτοβάθμιο δικαστήριο της προσήκουσας διαδικασίας το παραδεκτό της έφεσης κρίνεται τόσο από τη διαδικασία που εσφαλμένα τηρήθηκε όσο και από αυτή που έπρεπε να τηρηθεί αλλά εσφαλμένα δεν τηρήθηκε, η οποία στηρίχθηκε κατά βάση στη σκέψη ότι οι διάδικοι δεν επιτρέπεται να επωμισθούν σφάλματα του δικαστηρίου.
 - β) Την παραδοχή του επιτρεπτού της εφέσεως, ειδικά σε περιπτώσεις τηρήσεως της διαδικασίας των ασφαλιστικών μέτρων, κατά παραπομπή του νόμου σ' αυτή για λόγους ταχύτητας ή ελαστικότητας, όταν έχει παρασχεθεί στην πραγματικότητα οριστική έννομη προστασία, η οποία υπονοεί ή προϋποθέτει μία συνείδηση περί υποχρεωτικότητας της εφέσεως στο σύστημα παροχής οριστικής έννομης προστασίας.
6. Μετά από και με βάση όλα αυτά, είναι προφανές ότι πρέπει να απαντηθεί όχι μόνο το ερώτημα αν η πρόβλεψη εφέσεως -και μάλιστα κάποιας συγκεκριμένης και όχι οποιασδήποτε- είναι υποχρεωτική ή όχι για το νομοθέτη, **αλλά και το ερώτημα αν μετά τη νομοθετική επιλογή της ολοσχερούς κατάργησης του άρθρου 269 ήταν υποχρεωτική για το νομοθέτη η προσθήκη των εξαιρέσεων του στο άρθρο 527.** Καθώς, δηλαδή, η κατάργηση του άρθρου 269 συνδυάστηκε με την προσθήκη των εξαιρέσεων του στο νέο άρθρο 527, τίθεται το ζήτημα αν η «κίνηση» αυτή ήταν «υποχρεωτική» για το νομοθέτη ή αποτέλεσε μια «ελεύθερη επιλογή» του, οι δε εξαιρέσεις αυτές θα μπορούσαν να μετατεθούν (: να αφεθούν) πολύ απλά (και εξ ίσου αν όχι και περισσότερο δόκιμα) σε μία άλλη δίκη, από την αρχή.
7. Γεγονός είναι, πάντως, ότι ο νόμος επέλεξε τη λύση της διεύρυνσης του άρθρου 527 με όλες τις εξαιρέσεις «νέων» ισχυρισμών που αναφέρονται σήμερα σ' αυτό. Ανεξάρτητα, λοιπόν, από την απάντηση που θα δοθεί στο προηγούμενο ερώτημα, ανακύπτει το ζήτημα αν η συγκεκριμένη επιλογή σημαίνει επιπλέον και ότι **η έφεση έγινε υποχρεωτική για τον ηττημένο και σε κίνδυνο ευρισκόμενο διάδικο** και ότι αυτός δεν έχει πια κανένα άλλο μέσο ή βοήθημα στη διάθεσή του για την προβολή και αξιοποίηση αυτών των ισχυρισμών²⁷. **Η αναζήτηση ενός πιθανού «άλλου δρόμου» ή**

²⁷ Αν, δηλαδή, η άσκηση της εφέσεως που προσφέρεται σήμερα είναι υποχρεωτική ή όχι για τον ηττηθέντα διάδικο και μέσα σε ποια ενδεχομένως όρια ή με ποιες ενδεχομένως διακρίσεις.

«άλλου μέσου» **εναντίωσης για τον ηττημένο διάδικο αποτελεί ανάγκη αναπόφευκτη**. Πρακτικά, θεσμικά, αλλά και ιστορικά, αυτός ο «άλλος δρόμος» θα μπορούσε να είναι πρώτα – πρώτα **η ανακοπή του άρθρου 933**.

Η. Δικαιοπολιτικής φύσεως επιλογές - Μεταξύ νομοθεσίας και ερμηνείας και πάλι

1. Ο **σύγχρονος νομοθέτης**, υπό τις συγκεκριμένες κοινωνικές, οικονομικές και άλλες συνθήκες, **έδωσε λοιπόν το στίγμα του**: Κατήργησε εντελώς το άρθρο 269 και τροποποίησε το άρθρο 527, διευρύνοντας λίγο ή πολύ την ύλη της δευτεροβάθμιας δίκης, με υλικό που δεν είχε τεθεί υπό την κρίση του πρωτοβάθμιου δικαστηρίου. Έτσι, **οι προαναφερθείσες βασικές κατευθύνσεις προβληματισμού διασταυρώνονται** στο εξής τουλάχιστον ζήτημα, το οποίο είναι και εξαιρετικά επίκαιρο: **Αξίζει πράγματι η έφεση που διαθέτουμε τώρα**, έστω με τις δυνατότητες του άρθρου 527, **όταν (και αν πράγματι) η πρωτοβάθμια δίκη έχει αποψιλωθεί από ένα δυνατό αντικείμενο με την κατάργηση του άρθρου 269 ως προς τις εξαιρέσεις του;**²⁸
2. Τα ποικίλα φαινόμενα υπέρβασης ή παραμερισμού του πρώτου βαθμού δικαιοδοσίας επαναφέρουν, από δικαιοπολιτική σκοπιά τουλάχιστον, στο προσκήνιο το ερώτημα αν μπορούμε να θεωρούμε ότι έχουμε μια «πλήρη» έφεση ή την έφεση που πράγματι «χρειαζόμαστε», όταν το αντικείμενο της πρωτοβάθμιας έχει κολοβωθεί, με περιορισμό των δυναμένων να προταθούν ενώπιον του πρωτοβάθμιου δικαστηρίου ισχυρισμών.
3. Αναφέρθηκε ήδη ο προβληματισμός ως προς το αν η κατάργηση του άρθρου 269 κατέστησε «υποχρεωτική» την προσθήκη των εξαιρέσεων του στο νέο άρθρο 527 ή αν αυτή η προσθήκη αποτέλεσε μια «ελεύθερη επιλογή» του ιστορικού νομοθέτη. Στο σημείο αυτό, ανακύπτει όμως και το συναφές ζήτημα **αν μπορεί να υπερπηδηθεί ερμηνευτικά το εμπόδιο που φαίνεται να έχει θέσει η κατάργηση του άρθρου 269 ως προς τις εξαιρέσεις του**.
4. Σήμερα, θυμόμαστε, ίσως ακόμη καλά, την προϋπάρχουσα κατάσταση. Πολύ σύντομα, όμως, **θα περιπέσουν στη λήθη** τόσο το «παλιό» άρθρο 269, όσο και το προηγούμενο περιεχόμενο του άρθρου 527, ίσως δε και οι συνθήκες που επικρατούσαν το 2015. Η «ιδέα» ή «προσπάθεια» ενός **ερμηνευτικού περιορισμού της «αποψίλωσης» του πρώτου βαθμού δικαιοδοσίας** από υλικό που θα μπορούσε να εισφερθεί στη δίκη μέχρι την τελική

²⁸ Και κατά πόσο η ρύθμιση της πρωτοβάθμιας δίκης, την οποία παρατηρεί η δεύτερη βασική κατεύθυνση προβληματισμού, καθορίζει την απάντηση στα ερωτήματα και της πρώτης.

συζήτηση της υποθέσεως στο πρωτοβάθμιο δικαστήριο θα αποτελεί τότε φυσική μάλλον τάση και όχι εκδήλωση οιασδήποτε «αντίδρασης», δικαιολογημένης ή μη, αδιάφορο.

Θ. Ουσιαστικό και δικονομικό δίκαιο και η μεταξύ τους σχέση – Το ζήτημα της ορθότητας [ο «μέγιστος κοινός παρονομαστής»]

1. Στο τέλος όλων αυτών, τίθεται φυσικά το ζήτημα της εφαρμογής του ουσιαστικού δικαίου και της σχέσης του με το δικονομικό: Στο τέλος «θα ρωτήσουμε» (και θα αναρωτηθούμε) «για την ποιότητα» και για την ορθότητα. Για το ουσιαστικό δίκαιο, το οποίο αξιώνει την εφαρμογή του μέσα από την πολιτική δίκη. Αυτό πόσο το «λογάρισε» ο δικονομικός νομοθέτης;
2. Γιατί, βέβαια, όλα τα προηγούμενα ερωτήματα μπορεί να είναι πράγματι «καυτά» για τον ηττημένο διάδικο. **Από τη σκοπιά της ορθότητας, όμως, αφορούν και τον νικητή: Όταν είναι άδικη και εσφαλμένη η ήττα, εξ ίσου άδικη και εσφαλμένη είναι και η νίκη.** Μιλούμε, δηλαδή, συνολικά για την ποιότητα της Δικαιοσύνης που απονέμεται και την απονομή της οποίας υπηρετούμε.
3. Πράγματι, στη βάση των προβληματισμών αυτών βρίσκεται, εμφανώς ή αφανώς, η σχέση του δικονομικού με το ουσιαστικό δίκαιο και η μεταξύ τους αλληλεπίδραση. Το σχετικό ερώτημα έχει τεθεί από παλιά: *«Μήπως το ισχύον δίκαιο, συνταγματικό και κοινό, αποδίδει μεγαλύτερη σημασία στη δικονομική τάξη από την ουσιαστική δικαιοσύνη;»*²⁹
4. «Χτίζοντας», κατά κάποιο τρόπο, πάνω σ' αυτό το θεμέλιο, πρέπει να απαντήσουμε, άμεσα ή έμμεσα, σε μερικά επιμέρους ερωτήματα, τα περισσότερα από τα οποία δεν είναι νέα: **α)** Η εφαρμογή των κανόνων και των επιταγών του ουσιαστικού δικαίου αποτελεί ή όχι κύριο και πρωταρχικό σκοπό των δικονομικών ρυθμίσεων; **β)** Μήπως οι επιταγές και κανόνες του ουσιαστικού δικαίου ολοκληρώνουν την αποστολή τους στο μέτρο που εφαρμόζονται πριν και εκτός δίκης και αν αυτό δεν συμβεί (και αρχίσει η δίκη) χάνουν την αξία τους; **γ)** Μήπως, δηλαδή, με την έναρξη της δίκης, την πρωτοκαθεδρία αποκτά η δικονομική (αναλυτική και εξ ίσου εκτεταμένη) έννομη τάξη, χωρίς να ενδιαφέρεται για την πραγμάτωση του ουσιαστικού δικαίου; **δ)** Τελικά, η δίκη και η μέσω αυτής απονομή δικαιοσύνης είναι «κοινωνικό κακό» ή «κοινωνικό αγαθό»;

²⁹ Το ερώτημα με την ανωτέρω διατύπωση έθετε λ.χ. ο **Κ. Κεραμέυς** το 1980, στη συμβολή του στον τόμο προς τιμήν του *Κωνσταντίνου Τσάτσου*, με τίτλο «Δικονομική αυστηρότητα και επιείκεια» (βλ. στη σ. 691).

5. Και μόνη η διάταξη του άρθρου 559 αριθ. 1 (και 560 αριθ. 1) θα ήταν αρκετή για να πει κανείς κατηγορηματικά, ότι η εφαρμογή των κανόνων και των επιταγών του ουσιαστικού δικαίου αποτελεί κύριο και πρωταρχικό σκοπό των δικονομικών ρυθμίσεων και της δίκης. Μα, βλέπετε, αμέσως μετά αρχίζουν τα εμπόδια του «παραδεκτού» και οι περιπλοκές της «διαδικασίας», της αναλυτικής ρυθμίσεώς της και της τυπικότητας και της αυστηρότητας που τη διακρίνει, με βάση την έννομη ρύθμισή της, για την οποία όμως πάλι δεν είναι άγνωστες οι εξαιρέσεις και υπαναχωρήσεις ή υποχωρήσεις.
6. Αυτό το σύστημα των αλληπάλληλων απαραδέκτων και των εν συνεχεία «κατ' εξαίρεση» ανατροπών τους, υπό προϋποθέσεις βέβαια, θέτει ένα ευρύτερο ζήτημα, το οποίο τέθηκε με ένταση και έμφαση και στο συνέδριο του 1986 με αφορμή τις ρυθμίσεις του τότε άρθρου 527 (τότε που υπήρχε όμως ακόμη -και μάλιστα σε όλη του τη δόξα- και το άρθρο 269): Ποιος είναι ο κανόνας και ποια η εξαίρεση; Οι διαφορετικές αφετηρίες απόψεων έγιναν από τότε φανερές.
7. Για παράδειγμα, στο δίκαιο της αναίρεσεως τίθενται και λειτουργούν ως εμπόδια στο δρόμο προς την ουσιαστική ορθότητα και αλήθεια τα απαραδέκτα των άρθρων 561 § 1 και 562 §§ 2 και 3, ενώ προς την αναζήτηση της «αντικειμενικά» ορθής αποφάσεως «επαναφέρουν» οι εξαιρέσεις που προβλέπονται τόσο στο άρθρο 561 § 1 όσο και στο άρθρο 562 §§ 2 έως και 4. Μάλιστα, η μεν παράγραφος 4 του άρθρου 562 τροποποιήθηκε με τον ν. 4335/2015 (επειδή όμως μεταβλήθηκε ο ρόλος του εισηγητή αρεοπαγίτη και της εισηγήσεως), ενώ η § 2 του άρθρου 562 δεν τροποποιήθηκε μεν, μπορεί ωστόσο να αποκτά νέο νόημα [τόσο ως προς τον κανόνα του αποκλεισμού λόγων αναίρεσεως που στηρίζονται σε ισχυρισμούς που δεν προτάθηκαν νόμιμα στο δικαστήριο της ουσίας, όσο και ως προς τις εξαιρέσεις που προβλέπει], ενόψει των νέων διατάξεων των άρθρων 237 και 527, σε συνδυασμό και προς την κατάργηση του άρθρου 269. Και το ζήτημα αυτό τέθηκε με ένταση στο συνέδριο του 1986 με αφορμή τις τότε ρυθμίσεις των άρθρων 527 και 562³⁰. Άλλωστε είχε τεθεί σχεδόν από τις αρχές της εφαρμογής του ΚΠολΔ³¹. Το ίδιο ζήτημα τίθεται λοιπόν και σήμερα, και μάλιστα με ιδιαίτερη ένταση, με αφορμή τις διατάξεις του νέου άρθρου 527.
8. Όπως είναι προφανές, με τα ζητήματα αυτά, έχουμε εγκαταλείψει σχεδόν πλήρως το χώρο της ταχύτητας και έχουμε περάσει πλέον για τα καλά στο χώρο της ορθότητας.

30 Βλ. λ.χ. τις παρεμβάσεις του Παν. Μάζη, της Πελ. Γέσιου - Φαλτσή και τη δευτερολογία του Νικ. Νίκα.

31 Βλ. ενδεικτικά τη μελέτη του Κ. Μπέη στη Δ 5 (1974), σ. 655.

IV. ΚΑΤΑΛΗΞΕΙΣ ΠΡΟΒΛΗΜΑΤΙΣΜΟΥ ΚΑΙ ΒΑΣΙΚΕΣ ΘΕΣΕΙΣ

A. Αυτά που άλλαξαν και όσα έμειναν ίδια

Αναζητώντας αυτά που «άλλαξαν»³² από το 1971 (αλλά και από το συνέδριο του 1986) μέχρι σήμερα στη νομοθεσία, στην επιστήμη και στην πράξη, καταλήγω πολύ συνοπτικά στα εξής:

1. **Ως προς τη νομοθεσία** (βλ. και στο παράρτημα IV): Έγιναν πολλές και μεγάλες, ίσως, ανατροπές, αλλά και πολλές και κρίσιμες διατάξεις έμειναν ίδιες και अपαράλλαχτες. Οι διατάξεις του Κεφαλαίου της εφέσεως που προκαλούν προβλήματα με τη μεταξύ τους, φαινομενική τουλάχιστον, σύγκρουση παρέμειναν κατά βάση αμετάβλητες. Οι τροποποιήσεις που μεσολάβησαν, στο άρθρο 535, από τη μια μεριά, και στα άρθρα 527 και 528, από την άλλη, μπορεί να πει κανείς ότι διατήρησαν την «ισορροπία του τρόμου» ή το «ψυχροπολεμικό κλίμα». Η έκκληση νομοθετικής παρέμβασης που έγινε από τον πρόεδρο του συνεδρίου του 1986 Κ. Σταμάτη για το ζήτημα του χρόνου ή διαδικαστικού σταδίου της εξαφάνισης (βλ. και στο παράρτημα II) δεν εισακούσθηκε από τον νομοθέτη. Αυτό προκύπτει από τις τροποποιήσεις διατάξεων του ΚΠολΔ που έγιναν μέχρι σήμερα και από τις διατάξεις που έμειναν αναλλοίωτες στην πορεία του χρόνου. Από τη νομοθετική εξέλιξη προκύπτει και η απροθυμία ή ο δισταγμός του νομοθέτη να περιορίσει άμεσα και γενικότερα την έφεση. Παράλληλα, εντοπίζεται μια αδιάκοπη διαδρομή μεταβολών στο εκτός του Κεφαλαίου της εφέσεως δίκαιο του ΚΠολΔ που συνδέεται λιγότερο ή περισσότερο στενά με το επιτρεπτό, την αναγκαιότητα και τη λειτουργία της εφέσεως. Επαμφοτερισμοί σημειώνονται επίσης στην ορολογία του νόμου: «*Μέσα επίθεσης και άμυνας*» (στο άρθρο 269 που καταργήθηκε, το οποίο όμως στην § 2 χρησιμοποιούσε και τον όρο «ισχυρισμοί»), «*ισχυρισμοί*», σκέτο, ή «*πραγματικοί ισχυρισμοί*» [στα άρθρα 106, 261, 237 § 2, (269 § 2), 527 (πριν και τώρα), 528 εδ. β', 562 § 2 και § 4, 933 § 5 (παλαιότερα § 4)], «*ενστάσεις*» (στα άρθρα 330 και 262 § 1, όπου όμως γίνεται λόγος και για ισχυρισμούς, μετά το ν. 3994/2011), «*αντιρρήσεις*» (στο άρθρο 933). Τι μπορεί να καταλάβει ο κοινός θνητός; Εδώ που τα λέμε, ακόμη και ο νομικός δυσκολεύεται.

32 Ως προς τη λειτουργία της εφέσεως γενικά και ως προς τα επιμέρους ζητήματα που αφορούν τα βάρη και τις δυνατότητες των διαδικών, ως προς τις εξουσίες και τα καθήκοντα του (δευτεροβάθμιου) δικαστηρίου, ως προς τις συνέπειες της ασκήσεως ή μη ασκήσεως εφέσεως, ως προς τις συνέπειες της απόρριψης ή της ευδοκίμησής της (σε περίπτωση ασκήσεως φυσικά), ως προς τις σχέσεις της με την ανακοπή κατά της εκτέλεσης και ως προς άλλα ειδικότερα διαδικαστικά ζητήματα της δίκης στο δευτεροβάθμιο δικαστήριο.

2. **Ως προς την επιστήμη:** Αν ρίξουμε μια ματιά στους ορισμούς της εφέσεως (βλ. στο παράρτημα Ι), θα πιστέψουμε ότι δεν άλλαξε τίποτα. Αλλά από τους ορισμούς (οι οποίοι διαθέτουν κυρίως διδακτική σημασία) δεν είναι δυνατό να συναχθούν ασφαλή συμπεράσματα. Από την άλλη μεριά, έγιναν πολλά συνέδρια και πολλές ημερίδες, με αντικείμενα είτε σχεδιαζόμενες κάθε φορά τροποποιήσεις είτε, συνηθέστερα, τις «πρόσφατες» κάθε φορά διατάξεις και διατυπώθηκαν και «νέες» κάθε φορά απόψεις που προκάλεσαν συζητήσεις (βλ. στο παράρτημα ΙΙΙ). Ορισμένα ερμηνευτικά προβλήματα λύθηκαν οριστικά, αλλά στη θέση τους εμφανίστηκαν νέα. **Το συμπέρασμα στο οποίο μπορεί να καταλήξει κανείς είναι ότι το «πρόβλημα» της σχέσεως μεταξύ της ερμηνείας και της νομοθεσίας³³ διατηρεί όλα τα αγκάθια του.**
3. **Ως προς την πράξη:** Μετά από όλες τις τροποποιήσεις του ΚΠολΔ που μεσολάβησαν από το 1971 μέχρι σήμερα και παρά τις γκρίνιες ή τις αντιρρήσεις ή τις σφοδρότερες ή πιο χλιαρές αντιδράσεις, αποδείχθηκε μάλλον ότι την εκάστοτε «νέα διαδικασία» τη μαθαίνουμε και την εφαρμόζουμε γρήγορα. Ως προς την ποιότητα όμως της Δικαιοσύνης που απονέμεται δεν είμαι καθόλου σίγουρος αν βελτιώθηκε η κατάσταση και σε ποιο βαθμό. Αποδείχθηκε ότι είμαστε προσαρμοστικοί. Μένει να αποδειχθεί αν μπορούμε να είμαστε και αποτελεσματικοί και σωστοί. Ορισμένα πρακτικά προβλήματα αντιμετωπίστηκαν, αλλά και νέα έκαναν την εμφάνισή τους. Ο εφαρμοστής του δικαίου αποδεικνύεται πολυμήχανος και ο νομοθέτης απομένει συχνά αμήχανος.
4. Τι άλλαξε λοιπόν πραγματικά; Μου είναι δύσκολο να το πω συνεκτικά και γενικά με βεβαιότητα. Θα δοκιμάσω, όμως, αρχίζοντας από τις βασικές ιδιότητες ή τα βασικά χαρακτηριστικά της εφέσεως, ως ενδίκου μέσου.

Β. Τα βασικά χαρακτηριστικά της εφέσεως και οι συνέπειες της ασκήσεώς της

1. Διδάσκεται ότι τρία είναι τα βασικά χαρακτηριστικά της εφέσεως ως ενδίκου μέσου (από καταβολής ΚΠολΔ μέχρι σήμερα): Ο «τακτικός» χαρακτήρας της, το «ανασταλτικό» αποτέλεσμά της και η μέσω αυτής «μεταβίβαση» της υπόθεσης σε ανώτερο ιεραρχικά δικαστήριο (ή το «μεταβιβαστικό» αποτέλεσμα αυτής από τη σκοπιά της λειτουργικής αρμοδιότητας)³⁴. Τονί-

³³ Που διατυπώθηκε καθαρά και στο συνέδριο του 1986· βλ. ευθέως και την παρέμβαση Καργάδου.

³⁴ Η έφεση οριζόταν και εξακολουθεί να ορίζεται ως τακτικό, ανασταλτικό και μεταβιβαστικό ένδικο μέσο.

ζεται μάλιστα ότι «η έφεση είναι το μόνο ένδικο μέσο που συγκεντρώνει συγχρό-
νως και τις τρεις αυτές ιδιότητες»³⁵.

2. Ως προς τον ανασταλτικό χαρακτήρα (ή το ανασταλτικό αποτέλεσμα) της εφέσεως δεν φαίνεται να έχει μεταβληθεί κάτι³⁶, τουλάχιστον με τις πρόσφατες τροποποιήσεις του ν. 4335/2015.
3. Το μεταβιβαστικό χαρακτηριστικό ή αποτέλεσμα, νοείται καταρχήν από ιεραρχική και οργανική άποψη, με την έννοια ότι η έφεση δικάζεται από ανώτερο δικαστήριο σε σχέση με αυτό που εξέδωσε την προσβαλλόμενη απόφαση, στο οποίο και «μεταβιβάζει» την υπόθεση³⁷. Η ρύθμιση του άρθρου 17Α (που προστέθηκε με το ν. 3994/2011) αντικατέστησε την αντίστοιχη παλαιότερη ρύθμιση του άρθρου 18 που ίσχυε από το 1971, κατά την οποία λειτουργικώς αρμόδιο δικαστήριο για την εκδίκαση εφέσεως κατ' αποφάσεως ειρηνοδικείου ήταν το πολυμελές πρωτοδικείο, το οποίο ήταν και εξακολουθεί να είναι από οργανική άποψη πρωτοβάθμιο (άρθρο 13). Έτσι, και καθώς το πρωτοδικείο (μονομελές ή πολυμελές) είναι ιεραρχικά ανώτερο από το ειρηνοδικείο, μπορούμε να πούμε ότι δεν έγινε καμία μεταβολή, με την επιφύλαξη της υποχώρησης της απαιτήσεως για πολυμελή σύνθεση των δικαστηρίων που δικάζουν εφέσεις³⁸.
4. Ως προς τα ζητήματα της λειτουργικής αρμοδιότητας, όμως, ο ν. 4335/2015 επέφερε την αλλαγή στο άρθρο 47, με την προσθήκη του δεύτερου εδαφίου σ' αυτό, κατά την οποία η παραπομπή από κατώτερο πρωτοβάθμιο δικαστήριο σε ανώτερο είναι απρόσβλητη με έφεση και έτσι η απόφαση κατώτερου δικαστηρίου δεσμεύει το ανώτερο. Η μεταβολή αυτή μπορεί να αποτελέσει αντικείμενο συζήτησης και προβληματισμού από τη σκοπιά και του «δόγματος της ιεραρχίας».
5. Ο χαρακτήρας της εφέσεως ως «τακτικού» ενδίκου μέσου αφορά τις προσβαλλόμενες αποφάσεις και τους δυνάμενους να προταθούν λόγους³⁹. Ως προς το χαρακτηριστικό αυτό της εφέσεως εντοπίζεται ήδη μια τάση περι-

35 Κ. Κεραμεύς, Ένδικα Μέσα, 4^η έκδοση, 2007, σ. 57, με περαιτέρω εξηγήσεις για το νόημα και τη σημασία των ιδιοτήτων αυτών.

36 Με την επιφύλαξη της προηγηθείσας κατάργησης του κανόνα της διαδοχικής ασκήσεως των τακτικών ενδίκων και την αντίστοιχη τροποποίηση του άρθρου 513 § 1 εδ. β' με το ν. 2207/1994. Βλ. στο παράρτημα IV.

37 Από τη σκοπιά αυτή αποκλείεται παλαιότερα η σκέψη ή το ενδεχόμενο να ανατεθεί η εκδίκαση της εφέσεως σε πρωτοβάθμιο δικαστήριο.

38 Ο ν. 3994/2011 επέφερε και την αντίστοιχη μεταβολή στο άρθρο 19 ως προς τη διάκριση των εφετείων σε μονομελή και πολυμελή για τις εφέσεις κατά αποφάσεων μονομελών και πολυμελών πρωτοδικείων, αντίστοιχα.

39 Με την έννοια ότι σε έφεση υπόκειται κάθε απόφαση και για κάθε καταρχήν λόγο (νομικό ή πραγματικό σφάλμα).

ορισμού της εφέσεως και μια διαφοροποίηση ή διεύρυνση των λόγων της: Στην πρώτη κατεύθυνση κινείται η προαναφερθείσα τροποποίηση του άρθρου 47, σύμφωνα με την οποία, από το ανεπίτρεπτο ενός λόγου εφέσεως, οδηγούμαστε στο ανεπίτρεπτο της εφέσεως συνολικά. Στη δεύτερη κατεύθυνση κινείται η τροποποίηση του άρθρου 527, η οποία, σε συνδυασμό και με την κατάργηση του άρθρου 269, προκαλεί και τα περισσότερα ζητήματα ή ερωτηματικά. Σήμερα, με βάση και τις νέες διατάξεις του άρθρου 527, ο δευτεροβάθμιος έλεγχος της διαφοράς εμφανίζει, όχι μόνο «την ίδια εμβέλεια, η οποία χαρακτήριζε και την πρωτοβάθμια κρίση της»⁴⁰, αλλά ακόμη μεγαλύτερη «εμβέλεια».

6. Σ' αυτό το πλαίσιο προβληματισμού μπορεί να συζητηθούν ευρύτατα η σχέση της εφέσεως με τα ένδικα βοηθήματα (ιδίως δε της ανακοπής του άρθρου 933), αλλά και τα ζητήματα που αφορούν τον υποχρεωτικό ή μη χαρακτήρα της εφέσεως, τόσο για τον νομοθέτη (ως πρόβλεψη), όσο και για τους διαδίκους, ιδίως δε για τον διάδικο που ηττήθηκε (ως ανάγκης ή ως αποκλειστικής οδού έννομης προστασίας).

Γ. Μια συνολική ματιά στις σχέσεις των δύο βαθμών δικαιοδοσίας σήμερα – Τα ζητήματα των παράλληλων ή αλληπάλληλων δικών και της υποχρεωτικότητας ή μη της εφέσεως

1. Το ερώτημα αν χρειαζόμαστε την έφεση δεν μπορεί να απαντηθεί καταφατικά, χωρίς να εξηγηθεί και το γιατί χρειαζόμαστε την έφεση. Και αν η απάντηση είναι τελικά καταφατική και επαρκώς αιτιολογημένη, θα πρέπει να προσδιορίσουμε το «είδος» της εφέσεως που χρειαζόμαστε και να αναρωτηθούμε αν σήμερα διαθέτουμε την έφεση που χρειαζόμαστε.
2. Συναφές είναι το «διπλό ερώτημα» αν η πρόβλεψη εφέσεως και μάλιστα μιας συγκεκριμένης εφέσεως είναι υποχρεωτική ή όχι για τον νομοθέτη. Όλοι θέλουν να τελειώνει γρήγορα η δίκη, είτε τη βλέπουν ως «κοινωνικό κακό» είτε ως «κοινωνικό αγαθό». Από αρκετές πλευρές ασκείται κριτική στο νομοθέτη και υποστηρίζεται ότι κακώς δεν έχει προχωρήσει σε περιορισμό των ενδίκων μέσων και σε θέσπιση απαραδέκτου λόγω ποσού. Και σχεδόν όλοι υποστηρίζουν ότι θα μπορούσε να το κάνει, επικαλούμενοι αυτή τη φορά κυρίως το Σύνταγμα και όχι τις ανάγκες της κοινωνίας.
3. Όπως και να εξηγηθεί η απροθυμία του κοινού νομοθέτη να περιορίσει ευθέως την έφεση, γεγονός είναι ότι δεν το έκανε εδώ και πάρα πολλά χρόνια. Ακόμη και αν δεν είναι υποχρεωτική η πρόβλεψή της, ο νομοθέτης

⁴⁰ Κ. Κεραμέυς, Ένδικα Μέσα, 4^η έκδοση, 2007, σ. 57.

δεν την κατάργησε. Προχώρησε όμως σε άλλες «μεθοδεύσεις» έμμεσου αποκλεισμού ή περιορισμού της εφέσεως. Με την πρόσφατη κατάργηση του άρθρου 269 και την τροποποίηση του άρθρου 527, ο νόμος «έκοψε την υπόθεση» σε δύο κομμάτια, προωθώντας την ευθεία πρόσβαση σε δευτεροβάθμιο δικαστήριο. Παρόμοιες τάσεις είχαν εκδηλωθεί και παλαιότερα, λ.χ. με τις τροποποιήσεις των άρθρων 513, 528 και 535. Τώρα, όμως, φαίνεται ότι η κατάργηση του άρθρου 269 οδηγεί ευθέως σε ταυτόχρονη αποψίλωση του πρώτου βαθμού από αντίστοιχη ύλη. Έτσι, ένα μέρος της ύλης της υποθέσεως, θα υπάγεται σε διαφορετικό βαθμό δικαιοδοσίας. Όχι, βέβαια, πάντα. Γιατί μπορεί να υπάρχουν και πολλές περιπτώσεις, ίσως να είναι και οι περισσότερες, στις οποίες δεν θα έχουμε «νέους ισχυρισμούς» στο δεύτερο βαθμό. Αλλά θα παραμένει το φαινόμενο της εφέσεως των «δύο ταχυτήτων» και των δύο (πιθανών) μορφών, ίσως και λειτουργιών. Μάλιστα, σε πολλές περιπτώσεις, ίσως στις περισσότερες, μπορεί να εμφανίζονται μικτά φαινόμενα: «παλαιών» και «νέων» ισχυρισμών στο δεύτερο βαθμό δικαιοδοσίας, ταυτόχρονα. Με τον τρόπο αυτό, αν ασκηθεί έφεση, ένα μέρος της υπόθεσης θα μπορεί να διέρχεται από δύο βαθμούς δικαιοδοσίας, ενώ ένα άλλο, αυτό των νέων ισχυρισμών, και μάλιστα αρκετά διευρυμένο, θα διέρχεται για πρώτη φορά και κατευθείαν από τον δεύτερο, και για το μέρος αυτό δεν θα υπάρχει άλλος, δεύτερος, βαθμός ουσίας και ελέγχου.

4. Όπως, δηλαδή, και να έχουν τα πράγματα, γεγονός είναι ότι στην πολιτική δίκη υπάρχουν ακόμη δύο βαθμοί δικαιοδοσίας. Αυτό δεν μπορεί να το αμφισβητήσει κανείς, καθώς μάλιστα το άρθρο 12 έμεινε ίδιο κι απαράλλαχτο από καταβολής του ΚΠολΔ.⁴¹ Αλλά τί είδους βαθμούς και σε ποια σχέση μεταξύ τους; Έχουμε δύο βαθμούς που αποτελούν ο ένας (δεύτερος) συνέχεια του άλλου (πρώτου) ή δύο ξεχωριστούς και διαφορετικούς βαθμούς, ο κάθε ένας από τους οποίους υπάρχει και μπορεί να υπάρχει και ανεξάρτητα από τον άλλο; Ή έχουμε και τα δύο μαζί;
5. Προσπαθώντας να απαντήσουμε στο ερώτημα αν είναι σύμφωνο με την ισχύουσα έννομη τάξη και αν δικαιολογείται δικαιιοπολιτικά το φαινόμενο χρήσης παρόμοιων (ή άλλων ανάλογων) μεθόδων έμμεσου περιορισμού της εφέσεως, αναδύεται ο προβληματισμός ως προς την αναγκαιότητα υπάρξεως μίας και μόνο δίκης και μιας και μόνο αποφάσεως για την ίδια υπόθεση και τελικά αυτής του «δευτεροβάθμιου» δικαστηρίου, το οποίο μπορεί να έχει λειτουργήσει και ως πρωτοβάθμιο μόνο. Καταλήγουμε, δηλαδή, στο ερώτημα αν είναι είτε ανεπίτρεπτο, από το νόμο, είτε «κακό»,

41 Βλ. και το άρθρο 13 της ΠολΔικ του 1834 για την καταβολή του σύγχρονου ελληνικού κράτους.

από δικαιοπολιτική σκοπιά, να υπάρχουν δύο δίκες και «δύο αποφάσεις» για την ίδια υπόθεση.

6. Συναφώς, τίθεται το ερώτημα, αν έχουμε υποχρεωτικά μία μόνο δίκη για την ίδια υπόθεση, που θεμελιώνεται στην αρχική αγωγή, και δεν μπορεί να υπάρξει άλλη. Αν, δηλαδή, είναι υποχρεωτική για τον ηττηθέντα διάδικο η άσκηση της εφέσεως που προβλέπεται (και όπως προβλέπεται) σήμερα ή αν, αντίθετα, είναι επιτρεπτή μια νέα δίκη από την αρχή, με άσκηση μιας «άλλης» αγωγής και, ιδίως, μέσω ασκήσεως ανακοπής του άρθρου 933. Παράλληλα, τίθεται και το ζήτημα αν, ενόψει και των τεχνικών και μεθόδων που χρησιμοποιεί ο νομοθέτης για την απομάκρυνση των δύο βαθμών δικαιοδοσίας μεταξύ τους και για τον έμμεσο περιορισμό ή αποκλεισμό της εφέσεως, δικαιολογούνται ερμηνευτικές προσπάθειες (ίσως και «άλματα») για την «ανάκτηση» του πρώτου βαθμού δικαιοδοσίας, με μεταφορά των εξαιρέσεων του άρθρου 527 και στον πρώτο βαθμό.⁴² «Αντίστροφες» τάσεις ερμηνευτικών «χειρισμών» εκδηλώνονται άλλωστε ήδη για τις περιπτώσεις αναγκαστικής εκτελέσεως προσωρινώς εκτελεστών αποφάσεων και για το παραδεκτό (και τελικά τον περιορισμό) προβολής (ως αντιρρήσεων που αφορούν την απαίτηση) ισχυρισμών που δεν προτάθηκαν στη δίκη επί της οποίας εκδόθηκε η απόφαση που εκτελείται. Ειδικότερα, για τις περιπτώσεις αυτές προτείνεται η «αναλογική» εφαρμογή είτε των περιορισμών του (νέου) άρθρου 527 είτε και των ορίων που θέτουν οι (νέες) διατάξεις των άρθρων 237 §§ 1 και 2, ως λείψανα ενός «συστήματος συγκεντρώσεως». Παρόμοιες σκέψεις οδηγούν μάλιστα και στον πλήρη αποκλεισμό λόγων ανακοπής που αφορούν την απαίτηση και δεν είχαν προταθεί στη διαγνωστική της απαιτήσεως δίκη, όταν έχει ασκηθεί έφεση στη δίκη αυτή, με το επιχείρημα της ελλείψεως εννόμου συμφέροντος.
7. Το ζήτημα αποκτά ιδιαίτερη ένταση, αν υποθέσουμε ότι στο ερώτημα της υποχρεωτικότητας ή μη της ασκήσεως εφέσεως πρέπει να δοθεί καταφατική απάντηση ή αν γίνει δεκτό ότι η οδός της εφέσεως, εφόσον τουλάχιστον ασκηθεί, οδηγεί την υπόθεση στο «φυσικό δικαστή» της και αποκλείει σε επίπεδο παραδεκτού (και μάλιστα υψώνοντας το φράγμα του εννόμου συμφέροντος) κάθε άλλη οδό, ιδίως δε την οδό της ανακοπής του άρθρου 933 για προβολή αντιρρήσεων που αφορούν την απαίτηση. Παράλληλα, αν η επίκληση του «φυσικού δικαστή» σημαίνει ότι η έφεση εννοείται ως «φυσική» εξέλιξη και συνέχεια (ή ολοκλήρωση) της δίκης στον πρώτο βαθμό

⁴² Το υποθετικό ενδεχόμενο του επιτρεπτού της εφέσεως, όταν ένα οργανικώς πρωτοβάθμιο δικαστήριο έχει δικάσει ως δευτεροβάθμιο, πρέπει να αποκλεισθεί, ακόμη και για τις περιπτώσεις στις οποίες σε δεύτερο βαθμό κρίθηκε για πρώτη φορά νέα ύλη της υποθέσεως, ιδίως ενόψει των διατάξεων των άρθρων 511 και 513.

μό, πρέπει ίσως να συζητηθεί και πάλι η θέση περί μη συνταγματικής κατοχύρωσεως της εφέσεως.

8. Η συζήτηση της ιδέας της «μίας δίκης» και της «μίας αποφάσεως» (και ο έλεγχός της) οδηγεί και στο ζήτημα της «εξαφάνισης» της προσβαλλομένης αποφάσεως. Σε περίπτωση ευδοκίμησης της εφέσεως, βέβαια. Διότι σε περίπτωση απορρίψεώς της, θα υπάρχουν οπωσδήποτε δύο αποφάσεις, μία του πρωτοβάθμιου και μία του δευτεροβάθμιου δικαστηρίου. Και αν η δεύτερη απορρίπτει κατ' ουσίαν νέους ισχυρισμούς, οι οποίοι είχαν προβληθεί παραδεκτά (ως λόγιοι εφέσεως ή και με οποιονδήποτε άλλο νόμιμο τρόπο), θα υπάρχουν σαφώς δύο αποφάσεις για την ίδια υπόθεση και για διαφορετικά μέρη ή αντικείμενα αυτής. Η παρατήρηση αυτή περιορίζει ίσως από την αρχή τους «φόβους» απέναντι στο ενδεχόμενο «αντικανονικότητας» της υπάρξεως δύο επί της ουσίας αποφάσεων για την ίδια υπόθεση. Για την περίπτωση ευδοκίμησης της εφέσεως, πάντως, μένει ανοιχτό το ζήτημα αν η «εξαφάνιση» της προσβαλλομένης αποφάσεως είναι αναγκαία και υποχρεωτική ή όχι και τότε ακριβώς, ιδίως όταν πρόκειται να κριθούν κατ' ουσίαν νέοι ισχυρισμοί που προβάλλονται παραδεκτά από τον εκκαλούντα για πρώτη φορά στο δευτεροβάθμιο δικαστήριο.
9. Νομίζω, ότι η σύλληψη της έννοιας της «εξαφάνισης» γινόταν στο παρελθόν με κάπως «μεταφυσικό» τρόπο. Η «φυσική» έννοια της εξαφάνισης της προσβαλλομένης αποφάσεως του πρωτοβάθμιου δικαστηρίου συνδέεται αναπόσπαστα με την ύπαρξη και την έννοια της αποφάσεως κατά νόμο, ως διαδικαστικής πράξεως και κατά τον τύπο της, και με το περιεχόμενο και τις έννομες συνέπειες αυτής. Με βάση την παρατήρηση αυτή, μπορούμε ίσως να πούμε ότι η προσβαλλόμενη απόφαση δεν εξαφανίζεται ποτέ ως διαδικαστική πράξη (εκδόσεως), ως (έγγραφος) τύπος και ως (πραγματικό) περιεχόμενο. Μόνο οι έννομες συνέπειές της που αφορούν τις κρίσεις και τις διατάξεις της είναι δυνατό να θιγούν. Και μάλιστα όχι όλες, αφού και ως προς αυτές διατηρείται η αποδεικτική δύναμη της δικαστικής αποφάσεως κατά το άρθρο 312.
10. Ο λόγος γίνεται, λοιπόν, κυρίως για τις συνέπειες του δεδικασμένου και της εκτελεστότητας και για τα αντικείμενά τους. Άλλες και άλλοτε αναστέλλονται από τη στιγμή της εμπρόθεσμης και κατά τα λοιπά νομότυπης και παραδεκτής ασκήσεως της εφέσεως (τελεσιδικία, δεδικασμένο, εκτελεστότητα), σύμφωνα με τις διατάξεις του νόμου για το ανασταλτικό αποτέλεσμα της εφέσεως⁴³. Άλλες επηρεάζονται κατά τη διάρκεια της κατ' έφεση δίκης, μέχρι και την έκδοση οριστικής αποφάσεως από το δευτεροβάθμιο

43 Βλ. για παράδειγμα όσα προκύπτουν από το συνδυασμό των άρθρων 500, 521, 528, 904 και 918.

δικαστήριο και ανάλογα με το περιεχόμενο της τελευταίας⁴⁴. Ειδικότερα, με την έκδοση της οριστικής αποφάσεως του δευτεροβάθμιου δικαστηρίου, οι συνέπειες της προσβαλλομένης αποφάσεως είτε παύουν (ή ανατρέπονται) είτε απλώς διαπιστώνεται ότι δεν θα επέλθουν ποτέ (κατά το χρόνο εκδόσεως της οριστικής αποφάσεως του δευτεροβάθμιου δικαστηρίου), οπότε μπορεί να εκδίδεται μια εντελώς νέα και διαφορετική «επί της ουσίας» απόφαση για την υπόθεση, ως προς την οποία και μόνο θα υπάρχουν πλέον οι έννομες συνέπειες του δεδικοσμένου και της εκτελεστότητας.

11. Μια πρώτη γεύση για τη στάση που τηρεί (και επιβάλλει) ο νόμος απέναντι στο ζήτημα του επιτρεπτού «μιας άλλης δίκης» για την ίδια υπόθεση, το οποίο αφορά τελικά τη σχέση των ενδίκων μέσων με τα ένδικα βοηθήματα, αλλά και απέναντι στο ζήτημα της υποχρεωτικότητας ή μη ασκήσεως ενδίκων μέσων, μπορούμε να πάρουμε από τη διάταξη του άρθρου 313 § 2. Από τη διάταξη αυτή, κατά την οποία η άσκηση της αγωγής αναγνώρισης της ανυπαρξίας δικαστικής αποφάσεως αποκλείεται αν έχουν ασκηθεί ένδικα μέσα, προκύπτει τόσο ότι η άσκηση ενδίκων μέσων δεν είναι ούτε θεωρείται από το νόμο υποχρεωτική οδός για τον ηττημένο διάδικο, αλλά ταυτόχρονα και η τάση του νομοθέτη να επιλεγεί τελικά μία μόνο (αυτοτελής) οδός, χωρίς όμως να αποκλείεται η προβολή αντίστοιχων ενστάσεων σε «μια άλλη», έστω και συναφή, δίκη. Μια δεύτερη εικόνα για τα ίδια ζητήματα μπορούμε να προσλάβουμε από τις διατάξεις του άρθρου 334 για τη μεταρρυθμιστική αγωγή. Αν το δεδικοσμένο αποτελεί συνέπεια των τελεσιδικιών δικαστικών αποφάσεων και εφόσον η τελεσιδικία προϋποθέτει την εξάντληση των τακτικών ενδίκων μέσων, από τις διατάξεις του άρθρου 334 συνάγεται ότι δεν αποκλείεται άλλη αγωγή και άλλη δίκη για την ίδια υπόθεση, ακόμη και αν δεν ασκήθηκαν ή αν απορρίφθηκαν αυτά τα ένδικα μέσα, γεγονός που σημαίνει ότι δεν είναι υποχρεωτική η άσκησή τους με την έννοια του αποκλεισμού άλλης οδού παροχής έννομης προστασίας. Φυσικά υπό προϋποθέσεις. Είναι γεγονός ότι το πεδίο εφαρμογής της μεταρρυθμιστικής αγωγής οριοθετείται στενά και ως εξαιρετική περίπτωση. Ο εξαιρετικός όμως χαρακτήρας περιορίζεται στον κανόνα της αρνητικής

44 Το οποίο μπορεί να προσλάβει διάφορες μορφές, ανάλογα με το αν το πρωτοβάθμιο δικαστήριο είχε δεχθεί ή απορρίψει την αγωγή και ανάλογα με το αν το δευτεροβάθμιο δέχεται κατ' ουσίαν την έφεση (: δέχεται την έφεση, εξαφανίζει την προσβαλλόμενη, κρατεί την υπόθεση, τη δικάζει και είτε απορρίπτει την αγωγή, αν το πρωτοβάθμιο την είχε δεχθεί, είτε δέχεται την αγωγή, ενώ το πρωτοβάθμιο την είχε απορρίψει), ή αν απορρίπτει κατ' ουσίαν την έφεση (: απορρίπτει την έφεση, επικυρώνει στο σύνολό της την προσβαλλόμενη ή το διατακτικό μόνο αυτής, συμπληρώνοντας ή αντικαθιστώντας τις αιτιολογίες της προσβαλλομένης αποφάσεως). Για το ζήτημα πάντως της αντικατάστασης των αιτιολογιών κατά το άρθρο 534 (και της δυνατότητας ή μη εφαρμογής αυτού σε περίπτωση προβολής νέων ισχυρισμών) επιβάλλεται περαιτέρω συζήτηση.

ή θετικής ή οποιασδήποτε άλλης λειτουργίας του δεδικασμένου και γι' αυτό οι απολήξεις του ως προς τα όρια της ερμηνείας δεν μπορούν να επεκταθούν γενικότερα. Ουσιώδης δε από τη σκοπιά αυτή είναι η προϋπόθεση που τίθεται στη διάταξη της παραγράφου 3 του άρθρου 334, από την οποία προκύπτει ότι αποκλεισμός άλλης οδού παροχής έννομης προστασίας και άλλης δίκης μπορεί να υπάρξει μόνο για αντικείμενα που μπορούσαν να προβληθούν στη δίκη από την οποία προέκυψε δεδικασμένο. Μια τρίτη εικόνα για τη στάση του νόμου απέναντι στη σχέση ενδίκων μέσων, από τη μια μεριά, και ενδίκων βοηθημάτων, από την άλλη, και, τελικά, για τη δυνατότητα περισσότερων ή και παράλληλων οδών δικαστικής προστασίας, μπορούμε να προσλάβουμε από τις διατάξεις των άρθρων 933 επ., ορισμένες από τις οποίες υπέστησαν ουσιώδεις τροποποιήσεις με το ν. 4335/2015, ενώ άλλες έμειναν αμετάβλητες. Χαρακτηριστικές είναι οι διατάξεις του άρθρου 933 § 4 (σήμερα), η οποία (εξακολουθεί να) παραπέμπει στο άρθρο 330, και του άρθρου 937 § 1 περ. β' εδ. α', με την οποία αποκλείστηκε το έκτακτο ένδικο μέσο της αιτήσεως αναιρέσεως, σε περιπτώσεις αναγκαστικής εκτελέσεως με βάση δικαστική απόφαση ή διαταγή πληρωμής, οι οποίες βρίσκονται στο επίκεντρο της σημερινής συζητήσεως.

12. Από την άλλη μεριά, με δεσμευτικότητα, σε ορισμένη έκταση και με ορισμένη ένταση, εξοπλίζει ο νόμος και τις οριστικές αποφάσεις που δεν έχουν ακόμη καταστεί τελεσίδικες ώστε να αποκτήσουν ισχύ δεδικασμένου⁴⁵. Η παράμετρος αυτή, της δεσμεύσεως που προκύπτει από την οριστική απόφαση (του περιεχομένου, της εκτάσεως, της εντάσεως και του αποδέκτη αυτής, δηλαδή του «δεσμευομένου» υποκειμένου) δεν μπορεί να μη ληφθεί υπόψη κατά τη συζήτηση τόσο για το επιτρεπτό και τη δυνατότητα της παράλληλης διεξαγωγής δικών «για την ίδια υπόθεση», όσο και για τα ζητήματα της λειτουργικής αρμοδιότητας, σε συνδυασμό και με το δόγμα της ιεραρχίας⁴⁶.

45 Βλ. άρθρο 309 εδ. α'· πρβλ. άρθρα 696 επ. για τις αποφάσεις που εκδίδονται κατά τη διαδικασία των ασφαλιστικών μέτρων ή για τη λήψη ασφαλιστικών μέτρων.

46 Βλ. και τα ζητήματα που ανέκυψαν κατά την εφαρμογή του άρθρου 697.

Δ. Μεταξύ ορθότητας και ταχύτητας – Οι αξίες της βραδύτητας και της πειστικότητας – Μεταξύ νομοθεσίας και κοινωνίας ή πραγματικής ζωής

1. Σε σχέση με τους δύο σκοπούς της πολιτικής δίκης, την ορθότητα και την ταχύτητα⁴⁷, δηλαδή ως προς την πληρότητα και την ποιότητα της δικαιοσύνης που απονέμεται από τα πολιτικά δικαστήρια (πρώτου και δεύτερου βαθμού), από τη μια μεριά, και ως προς την ταχύτητα της απονομής της, από την άλλη, με βάση τις σκέψεις που προηγήθηκαν, καταλήγω στην ανάγκη αξιολογήσεων και διαβαθμίσεων και επιλογών μεταξύ περισσότερων αξιών.
2. Επισκοπώντας, νομίζω παραδεκτά, την «πραγματική ζωή» και τις υποθέσεις που οδηγούνται στα δικαστήρια, θα τολμούσα να διατυπώσω την εκτίμηση ότι η χρονική διάρκεια της δίκης αποτελεί συχνά ένα, το μοναδικό ίσως, ισχυρό αντιστάθμισμα απέναντι στη «βία» (ενίοτε και στον παραλογισμό ή τη μανία) της ίδιας της δίκης, όταν ιδίως χρησιμοποιείται ως μοχλός, όχι απονομής δικαιοσύνης και εφαρμογής του ουσιαστικού δικαίου, αλλά κατίσχυσης εγωϊστικών ή απλώς «γραφειοκρατικών» κινήτρων.
3. Από τη σκοπιά αυτή, η πολιτική δίκη έχει ενταχθεί στην ελληνική κοινωνική ζωή σε κάποιο βαθμό ομαλά και δικαιολογημένα. Η μεγάλη διάρκειά της εξομαλύνει συχνά, καμία φορά βέβαια αδιόρατα, τις κοινωνικές σχέσεις και ορισμένες φορές εμποδίζει την επιβολή άδικων λύσεων. Όταν ο ενάγων ή αιτών, θέλει απλώς να είναι ο «Γολιάθ», καλό είναι να εμποδιστεί. Κι αφού δεν υπάρχει «σφεντόνα» για τον «Δαβίδ», ας υπάρχει τουλάχιστον η δίκη με την αναγκαία βραδύτητά της. Η μακρά διάρκεια αποτελεί πολλές φορές αναγκαίο αντιστάθμισμα απέναντι στην απερισκεπτη, σχεδόν μηχανιστική ή γραφειοκρατική, με σπουδή και βία προσφυγή στα δικαστήρια. Φυσικά δεν είναι όλες οι περιπτώσεις ίδιες.
4. Ο χρόνος, πάντως, υποστηρίζει την καταλλαγή και καταπραΰνει. Ρίχνει ακόμη και στη λήθη κάποια πρόσκαιρα πάθη ή μανίες εκδίκησης ή εξουσίας. Αφού η ένσταση καταχρηστικής ασκήσεως δικονομικού δικαιώματος δεν μπορεί να πετύχει πολλά (ούτε όμως φαίνεται ότι μπορεί να πετύχει, αφού δεν αποτελεί συνείδηση των πολιτών, πριν βρεθούν σε δίκη, είτε ως επιτιθέμενοι είτε ως αμυνόμενοι), αναλαμβάνει ο χρόνος. Και η κοινωνία βρίσκει μόνη της την ισορροπία που χρειάζεται. Όλοι χρειαζόμαστε άλλωστε το χρόνο μας.

⁴⁷ Επιστρέφοντας και στα τελευταία λόγια του Γεωργίου Ράμμου στο συνέδριο του 1986, από τα οποία άρχισα.

5. Δεν είναι λοιπόν δυνατό να μη δώσουμε στο χρόνο και στη διάρκεια της δίκης τη σημασία και την αξία που πράγματι έχουν. Για εργασία αλλά και για καταλλαγή. Όχι για τη στρεψοδικία. Οι αδικαιολόγητες καθυστερήσεις, δικαιολογείται απολύτως να αποκλεισθούν, όχι όμως με βάση απλές εικασίες του νομοθέτη, αλλά με βάση την πραγματικότητα.
6. Από την άλλη μεριά, η ορθότητα, την οποία κυρίως χρειαζόμαστε, δεν μπορεί παρά να στηρίζεται στην πειστικότητα των δικαστικών αποφάσεων, τόσο κατά το νομικό όσο και κατά το πραγματικό μέρος αυτών. Χρειαζόμαστε, λοιπόν, νομικές σκέψεις που θέτουν τα προβλήματα και δίνουν απαντήσεις σ' αυτά, ακόμη και αν δεν τα επιλύουν με τον ορθό πάντοτε τρόπο, και αιτιολογίες επί του πραγματικού που κινούνται μέσα στην πραγματική ζωή. Οι σχοινοτενείς νομικές σκέψεις, με επαναλήψεις ή αντιγραφές από τις διάφορες ηλεκτρονικές βάσεις δεδομένων, δεν χρησιμεύουν σε τίποτα. Και η στεγνή και μακροσκελής παράθεση αποδειχθέντων πραγματικών περιστατικών, δεν στηρίζει κανένα διατακτικό, όταν καταλήγει αίφνης και χωρίς πειστική και λογική εξήγηση σε ένα πολύ σύντομο συμπέρασμα, λ.χ. περί της ορθότητας ή μη της προσβληθείσης αποφάσεως του πρωτοβάθμιου δικαστηρίου.
7. Χρειαζόμαστε όμως και διαδικαστικά έγγραφα των διαδίκων (δικόγραφα αγωγών ή ανακοπών, προτάσεις και προσθήκες) που να περιέχουν με πληρότητα, ακρίβεια και εντιμότητα το αναγκαίο και χρήσιμο πράγματι υλικό (νομικό και πραγματικό) για το χτίσιμο μιας δικαστικής απόφασης και απόφασης. Η επιθυμία της νίκης δεν μπορεί να δικαιολογήσει τα κενά, πολύ δε περισσότερο τις υπεκφυγές ή τις διαστρεβλώσεις.
8. Χρειαζόμαστε, λοιπόν, διαδικαστικά έγγραφα δικηγόρων και αποφάσεις δικαστηρίων που να πείθουν ότι με τη δίκη και το αποτέλεσμα της απονέμεται πράγματι Δικαιοσύνη. Μόνο αν εννοήσουμε και υιοθετήσουμε ανυπόκριτα την αξία της ορθότητας, επιτρέπεται να μιλούμε εξ ονόματός της. Μόνο τότε και η έφεση θα είναι σε θέση να διαδραματίσει το ρόλο της και θα ανακτήσει την αξία και την αξιοπιστία της.
9. Από τη σκοπιά της τεχνικής και της μεθόδου (ή από διαδικαστική σκοπιά), την έφεση δεν τη χρειαζόμαστε «σώνει και καλά», αν μπορούμε να πετύχουμε αυτή την ορθότητα με άλλους τρόπους και μέσα από άλλους δρόμους και να πείσουμε γι' αυτό. Και το αν η προϋπάρχουσα και προσβαλλόμενη απόφαση θα «εξαφανισθεί» ή όχι και σε ποιο ακριβώς χρονικό ή διαδικαστικό σημείο ελάχιστα ενδιαφέρει τους «κοινούς» ανθρώπους και την κοινωνία.⁴⁸

⁴⁸ Βλ. και στο συνέδριο του 1986 την παρέμβαση του *Κρουσταλάκη*, αλλά και την έκκληση προς το νομοθέτη του *Κ. Σταμάτη*.

10. Νομίζω, επίσης, ότι όσο περισσότερο απομακρυνόμαστε πρακτικά από την «ιδέα» της μιας και μοναδικής δίκης για το ίδιο αντικείμενο και σε όλη την έκτασή του, μιας δίκης που μπορεί να διεξάγεται για το σύνολο του αντικειμένου της σε δύο και πλήρως διαθέσιμους βαθμούς δικαιοδοσίας, τόσο περισσότερο η ιδέα ή αξία της «ασφάλειας του δικαίου» θα είναι ανεπαρκής για να δικαιολογήσει και να νομιμοποιήσει στη συνείδηση της κοινωνίας τη δεσμευτικότητα (το δεδικασμένο) εσφαλμένων δικαστικών αποφάσεων. Όσο περισσότερο τεμαχίζεται το όλον και πλήρες αντικείμενο της υποθέσεως και «διαμερίζεται» σε τεμάχια, που είναι δυνατό να κατανέμονται (κατά ένα μεγάλο μέρος και αυτοτελώς) σε δύο βαθμούς δικαιοδοσίας, τόσο περισσότερο η δίκη θα μοιάζει με «κλήρο» και όχι με διαδικασία παροχής έννομης προστασίας, υπό τις εγγυήσεις του Συντάγματος και του Κράτους Δικαίου.
11. Όσο περισσότερο μεγαλώνει η απόσταση από την ορθότητα, έστω για χάρη της ταχύτητας, και όσο περισσότερο το αποτέλεσμα αυτό δεν κινείται μέσα στα ανεκτά για όλους τους ανθρώπους όρια του «ανθρώπινου σφάλματος», αλλά οφείλεται στους ανθρώπινους νόμους και στη δικονομική ρύθμιση, τόσο περισσότερο θα διογκώνεται η δυσπιστία της κοινωνίας απέναντι στην απονομή δικαιοσύνης.
12. Η επίκληση της ανάγκης ή του σκοπού της «ταχύτητας» δεν θα μπορεί να νομιμοποιήσει ένα παρόμοιο αποτέλεσμα. Ούτε όμως και η επίκληση της «ασφάλειας δικαίου» θα είναι αρκετή, αφού η υποχρεωτικότητα του νόμου δεν μπορεί να υπερβεί τα όρια που επιβάλλει η ανάγκη αποδοχής της (: της υποχρεωτικότητας του νόμου) από την κοινωνία. Θα χρειαστεί ίσως να επιστρατευθούν και πάλι ως προς το δεδικασμένο θεωρίες περί «αμάχητων τεκμηρίων αληθείας» ή άλλες συναφείς. Ή θα χρειαστεί να περιορισθεί ερμηνευτικά η έκταση και η ένταση του δεδικασμένου, ιδίως από τη σκοπιά του άρθρου 330, ίσως δε και των άρθρων 324 και 331. Αν υπάρχει, πάντως, πραγματικός κίνδυνος να επιστρέφουμε πολλούς αιώνες πίσω, οφείλουμε να αναστρέψουμε γρήγορα και ριζικά την πορεία που οδήγησε στο αποτέλεσμα αυτό.
13. Όσο περισσότερο απομακρυνόμαστε από την εικόνα της μιας και ενιαίας δίκης για το σύνολο του αντικειμένου της, σε δύο δυνατά στάδια και με κάποιες περιορισμένες «εξαιρέσεις» διεύρυνσης του αντικειμένου της για το δεύτερο, εξαιρέσεις κατανοητές με βάση την «κοινή λογική», και όσο περισσότερο προσεγγίζουμε στην εικόνα μιας δίκης «σε δύο δόσεις» και με πολύ μεγαλύτερη απόσταση των αντικειμένων τους, οφειλόμενη μόνο στη «λογική του νόμου», τόσο περισσότερο θα σκεφτόμαστε -ως «φυσιολογική» κατάληξη προστασίας και εξυπηρέτησης του σκοπού της ορθότητας- τη δυνατότητα δύο αυτοτελών, παράλληλων και ανεξάρτητων δικών, με

διαφορετικά, αν και «συναφή», αντικείμενα η κάθε μια και δύο αποφάσεων, μίας για το κάθε ένα από αυτά.

14. Σε τελική ανάλυση, αν το ουσιαστικό δίκαιο μπορεί να ανεχθεί λ.χ. μια δικαστική απόφαση που θα δέχεται την ύπαρξη μιας αξιώσεως και μια άλλη που θα διαπιστώνει τη μεταγενέστερη απόσβεση της ίδιας αξιώσεως για κάποιον «άλλο» νόμιμο λόγο, πέρα από την πηγή και το λόγο της δημιουργίας της, το δεδικασμένο και η ασφάλεια δικαίου δεν μπορούν να αποκλείσουν το αποτέλεσμα αυτό, ούτε, συνεπώς, την ιδέα των «δύο δικών».

Ε. Για μια νέα οπτική και προοπτική - Οι αξίες της ελευθερίας επιλογής και της ευθύνης γι' αυτήν

1. Παράλληλα με το δίλημμα αν η ισχύουσα έννομη τάξη δίνει μεγαλύτερη σημασία στο δικονομικό δίκαιο από όση στο ουσιαστικό, είχε τεθεί και το (απολύτως άλλωστε συναφές προς αυτό) δίλημμα αν η (πολιτική) δίκη αποτελεί «κοινωνικό κακό» και «ανωμαλία στην κανονική εξέλιξη της δικαιοσύνης ζωής» ή αν, αντίθετα, αποτελεί «αγαθό» και ευεργέτημα.⁴⁹
2. Η (πολιτική) δίκη αποτελεί και πρέπει να αποτελεί αποτελεσματικό και έντιμο εργαλείο για την απονομή δικαιοσύνης και την πλήρη εφαρμογή του ουσιαστικού δικαίου. Από τη σκοπιά αυτή είναι «κοινωνικό καλό» και μέσο αποκατάστασης «ανωμαλιών στην κανονική εξέλιξη της δικαιοσύνης ζωής». Η έννομη ρύθμιση της πολιτικής δίκης, όμως, και ιδίως ο ΚΠολΔ οφείλει να δικαιώνει και να δικαιολογεί την παραπάνω προγραμματική θέση. Μόνο έτσι θα ανακτήσουν την τιμή τους τόσο η δίκη όσο και η δικονομική έννομη τάξη.
3. Για την αντιστροφή του κλίματος που επικρατεί σήμερα (δηλαδή για μια πιο ευοίωνη «κλιματική αλλαγή»), επιβάλλεται στροφή προς την ελευθερία και την υπευθυνότητα, προς την κατεύθυνση των συγκλίσεων, των συναινέσεων και των νέων «κοινωνικών συμβολαίων». Γενικά αλλά και σε κάθε εξατομικευμένη περίπτωση. Εξ άλλου, χρειαζόμαστε «περισσότερη δικαιοσύνη», γεγονός που σημαίνει απλούστατα ότι χρειαζόμαστε πιο πειστικές δικαστικές αποφάσεις, οι οποίες θα εκδίδονται μετά από μια πιο πειστική διαδικασία. Μια διαδικασία που θα πείθει, αν όχι για την ορθότητα των δικαστικών αποφάσεων, τουλάχιστον για την ανάγκη συμμόρφωσης προς αυτές. Μια διαδικασία που θα διαμορφώνεται με τη μεγαλύτερη δυνατή προσέγγιση προς τη συγκεκριμένη κάθε φορά υπόθεση και προς τους

⁴⁹ Βλ. ενδεικτικά Κεραμεύς Κ., Δικονομική αυστηρότητα, σ. 688 προς το τέλος, με παραπομπές σε υποστηρικτές της άποψης περί «κοινωνικού κακού» και σ. 703: «Κατά τα λοιπά όμως η απονομή της δικαιοσύνης με τον τρόπο που επιβάλλει το Σύνταγμα και εξειδικεύει ο δικονομικός νομοθέτης είναι αγαθό καθ' εαυτήν».

συγκεκριμένους κάθε φορά διαδίκους και όχι γενικά και αφηρημένα, με βάση απλές εικασίες του νομοθέτη.

4. Πιστεύω ότι ήρθε η ώρα να δοκιμάσει η νομοθετική εξουσία αναζήτηση λύσεων προς διαφορετική κατεύθυνση. Ο νομοθέτης να παραχωρήσει χώρο στην ελευθερία επιλογής του ανθρώπου, η οποία συνοδεύεται από την ανάληψη της ευθύνης της επιλογής του. Οι απλές «πιθανότητες» ότι μπορεί να συμβεί το ένα ή το άλλο ενδεχόμενο γεγονός (λ.χ. ότι μπορεί να εκδοθεί απόφαση με έγγραφο μόνο) δεν αρκούν για το νομοθέτη και γι' αυτό δεν αρκούν ως λόγοι δικονομικών ρυθμίσεων. Αλλά και η άκαμπτη επιβολή υποχρεώσεων για ζητήματα που ανάγονται στη «φύση» ή στη «νοοτροπία» δεν οδηγεί πουθενά. Ο νομοθέτης οφείλει να αναζητήσει με τόλμη τις βεβαιότητες, τις οποίες γνωρίζουν μόνο οι ίδιοι οι παράγοντες και φορείς της δίκης. Και οι τελευταίοι να αναβαθμισθούν πράγματι με δυνατότητες αλλά και με ευθύνες.
5. Σε τελευταία ανάλυση, χρειαζόμαστε πράγματι μια «χρηστή δίκη».⁵⁰ Η δίκη πρέπει να αποτελεί (εκτός των άλλων) και χώρο ελεύθερης αλλά και υπεύθυνης ασκήσεως των δικαιωμάτων ουσιαστικού και δικονομικού δικαίου (βλ. και άρθρα 106, 116, 261 κ.λπ.). Ο νόμος οφείλει να κατοχυρώνει την ελευθερία και να επιβάλει την υπευθυνότητα, παράλληλα με την πλήρη ισότητα των όπλων και την αξία του ανθρώπου και της κοινωνίας των ανθρώπων. Μόνο ως «κοινωνικό καλό» μπορεί να νοηθεί η «ασφάλεια δικαίου». Το ίδιο ισχύει και για το «δημόσιο συμφέρον» και τη «δημόσια τάξη». Από τη σκοπιά αυτή, οι «δικονομικές κυρώσεις» (ή τα «απαράδεκτα»)⁵¹ δικαιολογούνται και δικαιώνονται μόνο στο μέτρο και στο βαθμό, κατά το οποίο και κατά τον οποίο εναρμονίζονται προς τις παραπάνω αξίες (προσωπικές/ατομικές και κοινωνικές).

V. ΣΚΕΨΕΙΣ ΚΑΙ ΠΡΟΤΑΣΕΙΣ ΠΡΟΣ ΣΚΕΨΗ ΓΙΑ ΤΟ ΜΕΛΛΟΝ – «ΡΥΘΜΙΣΤΙΚΑ ΜΕΤΡΑ ΤΗΣ ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑΣ»

1. Με βάση όλες τις σκέψεις που προηγήθηκαν καταλήγω στη γενική ιδέα ότι μπορεί και αξίζει τον κόπο να επιχειρηθεί ένας συνδυασμός κυριαρχικής επεμβάσεως του νομοθέτη στο επιτρεπτό της εφέσεως και παράλληλης χορήγησης ευχερειών στους διαδίκους να διαμορφώσουν ή να επιλέξουν τη διαδικασία και το επιτρεπτό ή μη της εφέσεως ή να προκαλέσουν παρόμοια

50 Βλ. *Κεραμέως*, Δικονομική αυστηρότητα και επιείκεια, σ. 702 – 703.

51 Ακόμη και αν θεωρούνται ή εμφανίζονται «ως απόρροια της γενικής αρχής της αποδυναμώσεως» (βλ. ενδεικτικά *Κεραμέως*, Δικονομική αυστηρότητα και επιείκεια, σ. 703 και σημ. 130, όπου και παραπομπές).

αποτελέσματα, με τη «συμμετοχή» φυσικά και του δικαστηρίου. Η γενική αυτή ιδέα με οδηγεί στις παρακάτω ειδικότερες σκέψεις πιθανών νομοθετικών επιλογών προς συζήτηση.

2. Για κάποιες **ειδικές διαδικασίες θα μπορούσε** να αποκλεισθεί καταρχήν πλήρως η άσκηση εφέσεως, με ορισμένες ποιοτικές ή και ποσοτικές εξαιρέσεις. Εναλλακτικά, είναι δυνατό να προβλεφθεί η υποχρεωτική κήρυξη της καταψηφιστικής αποφάσεως του πρωτοβάθμιου δικαστηρίου ως προσωρινώς εκτελεστής.⁵² Παράλληλα, για τις υποθέσεις της **τακτικής διαδικασίας θα μπορούσε** να προβλεφθεί ευχέρεια των διαδίκων να επιλέξουν το «μοντέλο» των ειδικών διαδικασιών, με όλα τα συμπαρομαρτούντα σ' αυτές ως προς το χρόνο προβολής πραγματικών ισχυρισμών και τον περιορισμό των ενδίκων μέσων ή την υποχρεωτική προσωρινή εκτελεστότητα. Δηλαδή, η επιλογή της διαδικασίας θα μπορούσε να γίνεται καταρχήν από τους διαδίκους, αλλά και με τη σύμφωνη γνώμη του δικαστηρίου. Ειδικότερα, οι διάδικοι να έχουν τη δυνατότητα να επιλέξουν: **α)** Είτε το πρότυπο της σημερινής τακτικής διαδικασίας, με την «τυπική συζήτηση», χωρίς μάρτυρες, χωρίς δυνατότητα προβολής άλλων ισχυρισμών κατά τη συζήτηση (νέων ή δικαιολογημένα μη προβληθέντων με τις εντός των 100 ημερών προτάσεις, ή ομολογημένων κ.λπ.), χωρίς αναβολή **και με το τακτικό ένδικο μέσο της εφέσεως**.⁵³ **β)** Είτε το πρότυπο των ειδικών διαδικασιών κατά το άρθρο 591, με ουσιαστική συζήτηση, με πλήρη προφορικότητα, με εξέταση μαρτύρων στο ακροατήριο, με δυνατότητα αναβολής **και χωρίς το τακτικό ένδικο μέσο της εφέσεως, σε όσες περιπτώσεις θα έχει ήδη αποκλεισθεί νομοθετικά** (ή θα έχει προβλεφθεί, εναλλακτικά, η υποχρεωτική κήρυξη της προσωρινής εκτελεστότητας). Η πρωτοβουλία επιλογής διαδικασίας με την υποβολή σχετικού αιτήματος μπορεί να ανατεθεί στον ενάγοντα ή και σε οποιονδήποτε από τους διαδίκους, οπότε ο εκάστοτε αντίδικος θα έχει τη δυνατότητα να συναινεί ή να διαφωνεί, προβάλλοντας αντιρρήσεις και την ύπαρξη εννόμου συμφέροντος ή «σπουδαίου λόγου» για να τηρηθεί η τακτική ή άλλη ειδική διαδικασία. **Η τελική κρίση θα ανατίθεται (σε κάθε περίπτωση, συμφωνίας ή διαφωνίας) στο δικαστήριο**, υπό τους όρους που προβλέπονται και σε άλλες ανάλογες περιπτώσεις.⁵⁴

52 Με διεύρυνση των περιπτώσεων του άρθρου 910. Με την ευκαιρία αυτή, ίσως είναι αναγκαία και η αμοιβαία αλλαγή της θέσης των άρθρων 909 και 910 (και της σχετικής αρίθμησης), για να μην δημιουργηθούν παρεξηγήσεις ως προς το ποιος είναι ο κανόνας και ποια η εξαίρεση.

53 Μπορεί ακόμη να προβλέψει ο νόμος ότι στις περιπτώσεις εφαρμογής του άρθρου 237 § 7 ή του άρθρου 254 είναι δυνατό να προταθούν νέοι ισχυρισμοί, αλλά ότι τότε δεν θα επιτρέπεται έφεση.

54 Όπως λ.χ. ισχύει στην περίπτωση της παραίτησης κατά το άρθρο 294 εδ. β'. Βλ. επίσης

3. Μπορεί, επίσης, να προβλέψει ο νόμος ότι, **αν δεν ζητήσουν κάτι οι διάδικοι σε συμφωνία μεταξύ τους ή, έστω, ένας από αυτούς, μπορεί να αποφασίζει για τη διαδικασία και το επιτρεπτό της εφέσεως και το (πρωτοβάθμιο) δικαστήριο αυτεπαγγέλτως.** Ιδίως στις περιπτώσεις των ειδικών διαδικασιών, στις οποίες εφαρμόζονται οι διατάξεις του άρθρου 591, είναι δυνατό, νομίζω, να προβλεφθεί ότι το δικαστήριο μπορεί να αποφασίσει και χωρίς συμφωνία των διαδίκων ή χωρίς αίτηση οιονδήποτε από αυτούς, ότι δεν επιτρέπεται η άσκηση έφεσης, οπότε δεν θα χρειάζεται και η κήρυξη της αποφάσεως προσωρινώς εκτελεστής.⁵⁵
4. **Ειδικά για τις «μικροδιαφορές»,** με αφορμή και την προβλεπόμενη σήμερα δυνατότητα επιλογής της διαδικασίας των άρθρων 467 έως 471 από τους διαδίκους με μείωση του ποσού της αξίωσης κατά το άρθρο 466 § 2 (: ποσό έως 5.000,00 €, αντί για το επίδικο αντικείμενο), είναι δυνατό να προβλεφθεί γενικότερα δυνατότητα επιλογής από τον ενάγοντα της διαδικασίας αυτής για όλες τις υποθέσεις που ανήκουν λόγω ποσού στην καθ' ύλην αρμοδιότητα του ειρηνοδικείου, οπότε αυτομάτως θα καλείται σε εφαρμογή και η διάταξη του άρθρου 512, χωρίς ανάγκη περιορισμού του ποσού της αξίωσης, όπως προβλέπει σήμερα το άρθρο 466 § 2. Κανείς άλλωστε δεν περιορίζει εύκολα τις αξιώσεις του, θα μπορούσε όμως να επιλέξει ταχύτερη και ελαστικότερη διαδικασία, αναλαμβάνοντας και τον «κίνδυνο» του αποκλεισμού της εφέσεως, αντί να το κάνει ο νομοθέτης, με την επιλογή λ.χ. της διαδικασίας των ασφαλιστικών μέτρων (οπότε τίθενται, μεταξύ άλλων, τα γνωστά ζητήματα εφαρμογής ή μη του άρθρου 699). Η πρωτοβουλία μπορεί να ανατεθεί και πάλι στον ενάγοντα ή και σε οιονδήποτε από τους διαδίκους, οπότε θα ισχύουν όσα αναφέρθηκαν ήδη προηγουμένως για τις δυνατότητες του αντιδίκου και την τελική κρίση του δικαστηρίου.
5. Η πρόβλεψη παρόμοιων «ρυθμιστικών μέτρων» και δυνατότητας επιλογής της διαδικασίας που οδηγεί σε αποκλεισμό της εφέσεως μέσω της εφαρμογής του άρθρου 512 και ανεξάρτητα από την αξία του αντικειμένου της διαφοράς, **είναι δυνατό μάλιστα να δρομολογηθεί «πιλοτικά» για τις υποθέσεις αρμοδιότητας του ειρηνοδικείου (δηλαδή καταρχήν εντός του ορίου της λόγω ποσού αρμοδιότητας του ειρηνοδικείου)** και, αν πετύχει,

και άρθρα 79 § 2 και 148 για την εμβέλεια «συμφωνιών» των διαδίκων. Για περιπτώσεις ρυθμιστικών της διαδικασίας ευχερειών κατά την κρίση του δικαστηρίου και τις σχετικές «ουσιαστικές προϋποθέσεις», βλ. ενδεικτικά τα άρθρα 148 εδ. α', 232, 241 § 1 εδ. α', 245 § 1, 247, 248 και 267. Βλ. επίσης αντίστοιχα θέματα στις περιπτώσεις κήρυξης της προσωρινής εκτελεστότητας κατά το άρθρο 908.

⁵⁵ Νομίζω ότι έχει κλείσει πια το ζήτημα αν το αίτημα κηρύξεως της αποφάσεως προσωρινώς εκτελεστής υπάγεται στο πεδίο εφαρμογής του άρθρου 106 ή όχι.

να επεκταθεί και στις υπόλοιπες.⁵⁶ Θα ήταν δυνατό μάλιστα να διατυπωθεί σκέψη για δυνατότητα επέκτασης της εφαρμογής των ειδικών διατάξεων για τις μικροδιαφορές, όχι μόνο ενώπιον του ειρηνοδικείου, **αλλά και για υποθέσεις αρμοδιότητας του μονομελούς πρωτοδικείου, υπό συγκεκριμένες προϋποθέσεις ποσοτικής ή και ποιοτικής φύσεως**, με συμφωνία των διαδίκων και σύμφωνη «γνώμη» ή «κρίση» του δικαστηρίου.⁵⁷

6. Από την εμβέλεια όλων αυτών των δυνατοτήτων να εξαιρούνται α) κατ' είδος ορισμένες υποθέσεις που αφορούν τη δημόσια τάξη όπως και β) υποθέσεις, η αξία του αντικειμένου των οποίων υπερβαίνει κάποιο όριο ποσού⁵⁸, αντί του αντίστροφου άκαμπτου, απόλυτου και εξ ορισμού νομοθετικού αποκλεισμού της εφέσεως για όλες τις υποθέσεις η αξία του αντικειμένου των οποίων δεν υπερβαίνει κάποιο αντίστοιχο όριο, ο οποίος προτείνεται από κάποιες πλευρές. Καμία δυνατότητα παρέμβασης των διαδίκων και του δικαστηρίου να μην μπορεί να υπάρχει, επίσης, στο επιτρεπτό της αιτήσεως αναιρέσεως ή της αιτήσεως αναψηλαφήσεως και των λόγων τους.

56 Με το ν. 4335/2015 έγινε εμφανής η τάση εξομίωσης του ειρηνοδικείου με τα λοιπά πρωτοβάθμια δικαστήρια (πρωτοδικεία), ως προς την τηρητέα διαδικασία. Βλ. την αντικατάσταση του άρθρου 215 και την κατάργηση του άρθρου 231 (και τον περιορισμό της ελαστικότητας της διαδικασίας ενώπιον των ειρηνοδικείων). Βλ. επίσης την αντικατάσταση του άρθρου 560 και τη διεύρυνση των λόγων αναιρέσεως κατά αποφάσεων των ειρηνοδικείων. Διατηρήθηκε όμως η διαφορά της διαδικασίας στις μικροδιαφορές (άρθρα 467 επ. και ιδίως 469), οι επί των οποίων αποφάσεις είναι ανέκκλητες (άρθρο 512).

57 Με την ευκαιρία αυτή, νομίζω ότι επιβάλλεται μια ριζική επανεξέταση του δικαίου της προσωρινής εκτελεστότητας, ενόψει και των διατάξεων του νέου άρθρου 724, σε συνδυασμό ίσως και με διάκριση μεταξύ χρηματικών και άλλων αξιώσεων (βλ. και τις περιπτώσεις της προσωρινής επιδίκασης απαιτήσεων και της υποχρεωτικής κήρυξης της προσωρινής εκτελεστότητας, κατά τα άρθρα 728 και 910, τα οποία διατηρήθηκαν ως είχαν και με το ν. 4335/2015). Θα μπορούσε, ακόμη, για τις περιπτώσεις των προσωρινώς εκτελεστών αποφάσεων, να συζητηθεί το ενδεχόμενο ενός ανασταλτικού αποτελέσματος της προθεσμίας και της παραδεκτής ασκήσεως εφέσεως στις προθεσμίες άσκησης ανακοπής του άρθρου 933, ώστε με τον τρόπο αυτό να αποφευχθεί η πίεση για τη διεξαγωγή παράλληλων δικών με τα ίδια αντικείμενα. Προβληματισμοί είναι δυνατό να διατυπωθούν και για τα άρθρα 912 και 913, σε περίπτωση προβολής νέων ισχυρισμών ως λόγων εφέσεως, σε συνδυασμό με τα ζητήματα ή τις απόψεις που αφορούν την («άμεση») εξαφάνιση της προσβαλλομένης αποφάσεως στις περιπτώσεις του άρθρου 528 ή και των εξαιρέσεων του άρθρου 527. Εξ άλλου, ενόψει του αποκλεισμού της αιτήσεως αναιρέσεως στις δίκες περί την εκτέλεση, όταν ως εκτελεστός τίτλος χρησιμοποιείται δικαστική απόφαση (ή διαταγή πληρωμής), ίσως πρέπει να συζητηθούν οι συνέπειες της μοναδικής πλέον αιτήσεως που μπορεί να ασκηθεί στη διαγνωστική της απαιτήσεως δίκη κατά τα άρθρα 565, 579 και 940 (βλ. και τη διάταξη του άρθρου 940 § 3, η οποία εξακολουθεί να κάνει λόγο γενικά για «αμετάκλητη» ακύρωση της αναγκαστικής εκτελέσεως).

58 Για να αποκτήσει περιεχόμενο και η διάταξη του άρθρου 7, που παρέμεινε επί σειρά ετών (χωρίς καμία τροποποίηση μέχρι σήμερα) διακοσμητικό μάλλον προγραμματικό στοιχείο.

7. Άλλωστε, σε όλες τις περιπτώσεις αποκλεισμού της εφέσεως κατά πιθανή εφαρμογή των ως άνω σκέψεων (ή παρόμοιων προς αυτές), τα αποτελέσματα θα ρυθμίζονται από τα άρθρα 321 και 904, για την ύπαρξη εκτελεστού τίτλου, από τις διατάξεις των άρθρων 321 και επ., για το δεδικασμένο, και από τις διατάξεις για το επιτρεπτό και τους λόγους των εκτάκτων ενδίκων μέσων. Όλα τα παραπάνω ζητήματα εκφεύγουν καταρχήν από την εμβέλεια της ιδιωτικής βούλησης και των συμφωνιών των διαδίκων.
8. Με παρόμοιες ρυθμίσεις, θα γίνουν πράγματι οι δικηγόροι ρυθμιστικοί παράγοντες και ισότιμοι με το δικαστήριο, αν το θέλουν, αφού θα έχουν τον πρώτο λόγο, με το αίτημα του ενός, ή με τη δικονομική σύμβαση, και το αίτημα και των δύο τότε (βλ. και άρθρο 106). Αλλά, φυσικά, αφού μιλούμε για ισοτιμία στο πλαίσιο ενός μηχανισμού απονομής δικαιοσύνης από κρατικά δικαστήρια και ενός αντικειμένου που ρυθμίζεται από το δημόσιο δίκαιο, πρέπει να δεχθούν και οι δικηγόροι ότι θα (πρέπει να) απαιτείται η σύμφωνη γνώμη του δικαστηρίου, το οποίο μάλιστα θα έχει τον τελευταίο και αποφασιστικό λόγο.
9. Ο νόμος απέτυχε μάλλον σε όσες περιπτώσεις προσπάθησε να επιταχύνει ή και να «εξυγιάνει» τη διαδικασία, θεσπίζοντας υποχρεώσεις με ποινή अपαραδέκτου.⁵⁹ Το «υποχρεωτικό» ενοχλεί και παρακάμπτεται, γιατί η «πράξη» ή η «πραγματικότητα» είναι πάντα «πιο δυνατή». Η ελευθερία επιλογής (και η ανάληψη της σχετικής ευθύνης) δεν βλάπτει, αν δοκιμασθεί ορθολογικά. Βέβαια, «θέλει αρετήν και τόλμην η ελευθερία». Ο νόμος απέτυχε μάλλον και σε άλλες περιπτώσεις, για τις οποίες προέβλεψε «μονομερή» λήψη ρυθμιστικών μέτρων, παραχωρώντας «δυνατότητες» ή επιβάλλοντας «καθήκοντα» στο δικαστήριο μόνο, χωρίς συμμετοχή των διαδίκων, με κανόνες που έμειναν κατά το μάλλον ή ήττον ανεφάρμοστοι⁶⁰, επειδή, κατά γνώμη μου, δεν «μοίραζαν» δίκαια και λογικά την ευθύνη λήψης αποφάσεων μεταξύ των διαδίκων και του δικαστηρίου. Για το λόγο αυτό προσέκρουσαν στους δισταγμούς, την αμηχανία ή και την απροθυμία εφαρμογής από όλες τις πλευρές. Επέζησαν μόνο οι περιπτώσεις της επιλογής από το νόμο της διαδικασίας των ασφαλιστικών μέτρων (ή «των άρθρων 686 επ.»). Η μέθοδος αυτή, όμως, η οποία μάλιστα επεκτάθηκε τα τελευταία χρόνια, πέρα από τα διάφορα ερμηνευτικά προβλήματα που δημιουργεί στην πράξη, πολλαπλασιάζοντας σε ορισμένες περιπτώσεις και τις δίκες, δεν αποτελεί

59 Όπως λ.χ. συνέβη με την «απόπειρα συμβιβαστικής επίλυσης της διαφοράς» και το άρθρο 214Α, όπως είχε προστεθεί με το ν. 2298/1995, αντικαταστάθηκε με το ν. 2479/1997 και ίσχυσε μέχρι την αντικατάστασή του με το άρθρο 19 του ν. 3994/2011.

60 Βλ. λ.χ. τις περιπτώσεις των άρθρων 232 και 236, που έμειναν σε μεγάλο βαθμό αναξιοποίητα. Στις περιπτώσεις αυτές ο νομοθέτης έκανε «μισή δουλειά».

κατά τη γνώμη μου ορθόδοξο τρόπο μεταχείρισης όλων των σχετικών περιπτώσεων και πάντως δεν είναι δυνατό να εφαρμοσθεί γενικευμένα για την παροχή οριστικής έννομης προστασίας κατά το άρθρο 20 του Συντάγματος. Ίσως ήρθε τώρα η ώρα για το νομοθέτη να δοκιμάσει έναν άλλο δρόμο.

VI. ΕΠΙΛΟΓΟΣ

1. Από τις αναπτύξεις που προηγήθηκαν προκύπτει νομίζω ότι η έφεση ασκείται μεν από τους διαδίκους και κρίνεται από το δικαστήριο, αλλά αποτελεί πρωταρχικά εργαλείο στα χέρια του νομοθέτη και όχι των διαδίκων ή του δικαστηρίου. Η παραδοσιακή διδασκαλία έλεγε ότι η έφεση ασκείται και για την επανόρθωση παραλείψεων των διαδίκων. Οι διάδικοι, όμως, σχεδόν ποτέ δεν ακούγονται από το νομοθέτη. Η έκκληση του *Κ. Σταμάτη* το 1986 προς τον νομοθέτη δεν έπιασε μάλλον τόπο.
2. Στο συνέδριο του 1986, οι τότε σύνεδροι, προσπαθώντας να ερμηνεύσουν το άρθρο 527, διαφωνούσαν για το ποιος είναι ο «κανόνας» και ποιες οι «εξαιρέσεις». Υπήρχε όμως (και, κυρίως, εξακολουθεί να υπάρχει) κανόνας; Ο τότε «ιστορικός νομοθέτης», δια στόματος *Γεωργίου Ράμμου*, προσπάθησε να απαντήσει. Τώρα, μετά την τροποποίηση του άρθρου 527 και την κατάργηση του άρθρου 269, υπάρχει «κανόνας» για τη δίκη στο δευτεροβάθμιο δικαστήριο; Ή μήπως υπάρχει μεν αλλά ανατράπηκε η σχέση μεταξύ κανόνα και εξαιρέσεων; Μπορούμε άραγε να περιμένουμε «απάντηση» από τον «ιστορικό νομοθέτη»;
3. Η αναφορά στο 14^ο συνέδριο της ΕΕΔ του 1986, η οποία διέτρεξε σχεδόν όλη την εργασία μου, οφείλεται, όπως είπα και στην αρχή, σε πολλούς λόγους. Τα «πρακτικά» των εργασιών του συνεδρίου εκείνου εκδόθηκαν το 1988 από τον Δικηγορικό Σύλλογο της Πάτρας. Δύο χρόνια μετά τη διεξαγωγή του συνεδρίου. Η έκδοση αφιερώθηκε από τον εκδότη «στη μνήμη των κορυφαίων δικονομολόγων *Γεωργίου Ράμμου* και *Ιωάννου Μπρίνια*». Και οι δύο ήταν παρόντες στο συνέδριο και ο λόγος τους ακούστηκε σ' αυτό, ηχηρός και εύχος. Ο *Ιωάννης Μπρίνιας* με παρέμβασή του στη σειρά που καθορίστηκε από το προεδρείο με βάση τις δηλώσεις των συνέδρων. Και ο *Γεώργιος Ράμμος*, λίγο πριν από τις δευτερολογίες των εισηγητών και το κλείσιμο, τότε που γινόταν και η πραγματική συζήτηση, ξεπερνώντας την ώρα και τα όρια του πρωτοκόλλου και της τάξεως εγγραφής παρεμβαίνοντων, τότε που μπορούσε να επικρατεί μια άλλη «τάξη» πιο ουσιαστική, παρενέβη εκτός προγράμματος και πρωτοκόλλου για να προσθέσει το δικό

του καταστάλαγμα ζωής και σοφίας.⁶¹ Γι' αυτό είπα ότι τότε βρισκόμασταν ακόμα «στα χρόνια της αθωότητας».

4. Τώρα μοιάζουν όλοι με πρόσωπα ενός παραμυθιού. Ή με «πρόσωπα του μύθου», που μπορεί να σημαίνει και «μυθικά πρόσωπα». Φίλοι ή αντίπαλοι για κάποιους. Και αντίστοιχες φιλίες ή αντιπαλότητες. Υπήρξαν δεν υπήρξαν; Ποιος θα πει; Κάποιοι, που ισχυρίζονται ότι μπορούν να μιλήσουν πιο ποιητικά, θα πουν ότι «οι παρέες γράφουν ιστορία». Κάποιοι άλλοι, ποιητές κι αυτοί, μπορεί να μιλήσουν για «των Ελλήνων τις κοινότητες» και για έναν «άλλο γαλαξία». Κάποιοι θα καταλάβουν αυτό που άκουσαν, δηλαδή «κοινότητες», και κάποιοι θα ψάξουν με αγωνία «κοινά σημεία». Η ανάγκη της ερμηνείας είναι το κοινό σημείο ανάμεσα στις δύο ομάδες και αυτό που τις κάνει κοινότητα. Και κάποιοι άλλοι θα κοιτάξουν στον ουρανό για ν' ανακαλύψουν τον «γαλαξία». Για όποιον τον βλέπει πρώτη φορά, πρώτη φορά υπάρχει.
5. Έτσι ήταν πάντα κι έτσι φαίνεται ότι θα μείνει. Κάποιος θα ανεβαίνει στο βουνό μόνος και θα επιστρέφει μ' ένα βουνό νόμους στους ώμους. Και η ανθρωπότητα μια ζωή θα ερμηνεύει, θα διαιρείται σε «σχολές», διαφωνώντας ή συμφωνώντας, και θα πεθαίνει «*τοis κείνων ρήμασι πειθόμενῃ*», ακόμη και όταν δεν κατανοεί πλήρως τα «ρήματα», αλλά ακόμη και όταν τα καταλαβαίνει και απλώς δεν συμφωνεί μ' αυτά. Σε μια ανάπαυλα και πάλι της προετοιμασίας μου, διάβασα και το εξής: «*Αν ανασηκώσει κανείς τα οικτρά κουρέλια της Ιστορίας, βρίσκει αυτό: την ιεραρχία απέναντι στην ισότητα και την τάξη απέναντι στην ελευθερία*»⁶². Δεν μπορώ να υιοθετήσω γενικά και συνολικά την παρατήρηση. Μπορώ να πω, όμως, ότι αποδεικνύεται συχνά αληθινή.
6. Φαίνεται, ίσως, ότι θέλησα να κλείσω, κατά κάποιο τρόπο, ακόμη μια φορά, το συνέδριο του 1986. Η αλήθεια είναι ότι προσπάθησα να ανοίξω την αυλαία για τις εισηγήσεις και τις συζητήσεις που θα ακολουθήσουν. **Πίστρεψα**, με καλή πίστη, ότι αυτό το καθήκον μου ανατέθηκε.
7. Παράλληλα, αισθάνθηκα ότι όφειλα στους νεότερους αλλά και στους κοντινούς μου ένα μέρος από τα πορίσματα που δεν ανακοινώθηκαν τότε. Να τους πω ότι υπήρξαν πράγματι. Ότι δεν χάθηκαν τελικά «στη μετάφραση». Ούτε εμείς χαθήκαμε.

61 Άρχισε με τη φράση «κάποτε ερώτησαν μια γεροντοκόρη ή μάλλον θεώρησαν ότι διστάζει και προσεπάθησαν να την πείσουν ότι πρέπει να παντρευτεί. ...». Και έκλεισε με μια παραίνεση προς τους νεωτέρους: «Παρακαλώ τους νεωτέρους, (κι) εκείνα που είπα εδώ να τα λάβουν υπ' όψιν και να τα σημειώσουν».

62 Eric Vuillard, Ημερήσια διάταξη (L'ordre du jour, 2017), ελληνική μετάφραση από τα γαλλικά Μανώλης Πιμπλής, εκδόσεις ΠΟΛΙΣ, 2018, σ. 125.

8. Αισθάνθηκα, επίσης, ότι όφειλα έναν φόρο τιμής σε όσους εργάστηκαν σκληρά για την ΕΕΔ αλλά και για την απονομή της δικαιοσύνης στον τόπο μας. Είτε βρίσκονται σήμερα μαζί μας είτε όχι. Κάποιοι είναι εδώ. Πολλοί δεν υπάρχουν πια. Μα κι αυτοί είναι μαζί μας.
9. Αναζητώντας εκείνα που άλλαξαν, συνειδητοποίησα και την εξής διαφορά που υπάρχει σίγουρα σήμερα σε σύγκριση προς το 1986: Εκείνες και εκείνοι που το 1986 πλησίαζαν τα 40, είναι σήμερα γύρω στα 70 ή και τα έχουν αισίως ξεπεράσει, έστω και λίγο. Όσες και όσοι είναι σήμερα γύρω στα 30 ή πλησιάζουν έστω τα 40, το 1986 δεν είχαν ακόμη γεννηθεί ή ήταν ακόμη μικρά παιδιά.
10. Για τους νεότερους έχω να πω το εξής: Να συνεχίσουν τη δουλειά κατανόησης αυτού που παραλαμβάνουν από τους παλιότερους, να πατήσουν γερά στα πόδια τους, με γνώση, με περίσκεψη και με αιδημοσύνη, να προχωρήσουν και να μας ξεπεράσουν. Και κάπου – κάπου να θυμούνται τους παλιότερους.
11. Προς τους παλαιούς έχω ίσως να πω περισσότερα: Να παραχωρήσουν την αρχή και τις βάσεις που απαιτεί η συνέχεια, να αφήσουν κατά μέρος την παρελθοντολογία και να κάνουν χώρο στους νεότερους, χωρίς να τους ανταγωνίζονται (επί ματαίω, άλλωστε). Καθήκον και έργο των παλαιών και απερχομένων είναι: Ν' ανοίξουν χώρο για τους επερχόμενους. Να προσφέρουν βάσεις και κατευθυντήριες γραμμές. Να προσφέρουν υλικό. Να διορθώνουν συνεχώς. Χωρίς να χρειάζεται να κάνουν πια οι ίδιοι κάτι «νέο». Να είναι εδώ. Να καταθέτουν απλόχερα και χωρίς καμιά τσιγκουνιά ή υστεροβουλία καταστάλαγμα γνώσης και εμπειρίας. Να καταθέτουν, όμως, και τις αγωνίες και τους φόβους τους. Να κοινωνούν και να μοιράζονται τη μεγάλη χαρά και απόλαυση της επιστημονικής δουλειάς και παραγωγής.

Σας ευχαριστώ πολύ όλες και όλους. Εύχομαι καλή επιτυχία στους επόμενους εισηγητές και σε όλες και όλους που θα πάρουν στη συνέχεια το λόγο.

Επαγωγική και παραγωγική θεμελίωση του ανταλλάγματος ως νόμιμης αιτίας πλουτισμού

Μιχαήλ Π. Σταθόπουλος

Ομ. Καθηγητής Νομικής Σχολής Ε.Κ.Π.Α., μέλος της Ακαδημίας Αθηνών

1. Εισαγωγικά

Παλαιότερα υποστηριζόταν ότι νόμιμη αιτία του πλουτισμού, κατά την έννοια της ΑΚ 904, είναι ο νόμος και η σύμβαση. Τις τελευταίες δεκαετίες προστέθηκε ως τρίτη νόμιμη αιτία¹ και το αντάλλαγμα που έχει προσφέρει ο πλουτίσας (προς τον ζημιωθέντα ή και τρίτον) για την απόκτηση του πλουτισμού του. Για την τρίτη αυτή αιτία (που έκτοτε διαδόθηκε σε θεωρία και νομολογία²) δεν υπάρχει σαφές έρεισμα στο γράμμα του νόμου. Η θεμελίωσή της όμως μπορεί να γίνει αφενός *επαγωγικώς*, δηλαδή με το να διαπιστώσουμε ότι σε επιμέρους περιπτώσεις μόνο το αντάλλαγμα (όχι η βούληση ή ο νόμος) θα μπορούσε και θα έπρεπε να θεωρηθεί ως νόμιμη αιτία δικαιολογούσα τον πλουτισμό και στη συνέχεια από τις επιμέρους περιπτώσεις να προχωρήσουμε στη γενίκευση και αφετέρου *παραγωγικώς*, δηλαδή στη βάση γενικών αρχών του δικαίου που δικαιολογούν το αντάλλαγμα ως νόμιμη αιτία πλουτισμού και που μπορούν στη συνέχεια, με πορεία τώρα από το γενικό στο ειδικό, να εφαρμοσθούν σε επιμέρους περιπτώσεις.

Το αντάλλαγμα, βέβαια, έχει στη συναλλακτική ζωή πολύ ευρύτερη εφαρμογή από ό,τι η λειτουργία του ως αυτοτελούς νόμιμης αιτίας πλουτισμού. Στις *αμφοτεροβαρείς συμβάσεις* η βούληση των συμβαλλομένων είναι ανταλλακτική. Αιτία της παροχής του καθενός είναι η αντιπαροχή (αντάλλαγμα) του ετέρου (όχι κατ' ανάγκην ίσης αξίας, αλλά ανταλλάξιμη με την άλλη παροχή κατά την υποκειμενική εκτίμηση των συμβαλλομένων). Ήδη δηλαδή η βούληση των συμβαλλομένων που εγκλείεται στην αμφοτεροβαρή σύμβαση συνιστά νόμιμη αιτία πλουτισμού και δεν υπάρχει ανάγκη προσφυγής στο αντάλλαγμα ως αυτοτελή νόμιμη αιτία. Ανταλλακτική βούληση μπορεί να υπάρχει και σε άλλες περιπτώσεις· π.χ. συμβατική ανάληψη υποχρέωσης προς παροχή *υπό την αίρεση αντιπαροχής* από το άλλο μέρος (το οποίο δεν έχει υποχρέωση για την αντιπαροχή, γιατί τότε θα υπήρχε αμφοτεροβαρής σύμβαση)· ή *παροχή με προσδοκώμενο* (αλλά *μη οφειλόμενο*) *αντιστάθμισμα* το οποίο εκπληρώνεται (*causa data causa secuta*)³.

1 Από το 1972. Βλ. τη δημοσιευθείσα τότε μονογραφία του γράφοντος «Αξιώσις αδικαιολογήτου πλουτισμού», σ. 102 επ., όπου υποστηρίχθηκε η εν λόγω γνώμη.

2 Βλ. Σταθόπουλο, Γεν.Ενοχ., 5η έκδ., 2018, § 16 σημ. 82.

3 Βλ. σχετικώς Σταθόπουλο, ό.π. (Γεν.Ενοχ.), § 14 αρ. 35.

Η (ανταλλακτική) βούληση στις παραπάνω περιπτώσεις μπορεί να είναι δικαιοπρακτική ή μη δικαιοπρακτική και είναι επαρκής ως νόμιμη αιτία πλουτισμού. Καθιστά, άρα, περιττή την προσφυγή σε άλλη νόμιμη αιτία. Συνεπώς η πρακτική σημασία του ανταλλάγματος ως αυτοτελούς νόμιμης αιτίας βρίσκεται μάλλον περιορισμένο πεδίο εφαρμογής. Αλλά το πεδίο αυτό είναι υπαρκτό και κατά τούτο η αναγνώριση αυτής της τρίτης νόμιμης αιτίας πλουτισμού είναι αναπόφευκτη.

Στις μετά το 1972 μελέτες του γράφοντος για το αντάλλαγμα ως νόμιμη αιτία στο δίκαιο του αδικαιολόγητου πλουτισμού⁴ δόθηκε για πρακτικούς λόγους έμφαση στην επαγωγική θεμελίωσή του. Η παράθεση περιπτώσεων εφαρμογής είναι ευκολότερα προσλήψιμη και άρα έχει μεγαλύτερη πειστικότητα. Υποβαθμίσθηκε έτσι κάπως η παραγωγική θεμελίωση, η οποία είναι σημαντικότερη λόγω της καθολικότητάς της⁵. Αυτήν σκοπεύει να εξάρει η παρούσα μελέτη⁶.

2. Η έλλειψη νόμιμης αιτίας ως προϋπόθεση της αξίωσης αδικαιολόγητου πλουτισμού

α) Η καθιέρωση ενιαίας αξίωσης αδικαιολόγητου πλουτισμού

Η προϋπόθεση της έλλειψης νόμιμης αιτίας προβλέπεται στην ΑΚ 904 για την αξίωση αδικαιολόγητου πλουτισμού, αξίωση η οποία θεσπίζεται ως ενιαία. Οι περιπτώσεις εφαρμογής της αξίωσης, όπως οι προβλεπόμενες στο β' εδάφιο της § 1 του άρθρου 904, είναι ενδεικτικές περιπτώσεις (για τις οποίες προβλέπονται ορισμένοι ειδικοί κανόνες) και δεν αναιρούν τον ενιαίο χαρακτήρα της γενικής αξίωσης. Τον χαρακτήρα αυτόν αποδέχεται η πλήρως κρατούσα γνώμη στη νομολογία και τη θεωρία⁷. Επομένως πρέπει να αναζητηθεί ερμη-

4 Βλ. ΑΚ Γεωργιάδη-Σταθόπουλου, Τόμ. IV, 1982, άρθρ. 904 αρ. 40 επ.· Γεν.Ενοχ., από την πρώτη έκδοση (1983) έως την τελευταία (2018), § 16, υπό III 4 (ή αρ. 67 επ.)· «Δικαιοσυγκριτικές σκέψεις για το δίκαιο του πλουτισμού στην Ελλάδα και τη Γερμανία», ΤιμΤ Γ. Καλλιμόπουλου, 2010, σ. 941 επ. υπό IV 2, δημοσ. και στις Μελέτες II, 2010, σ. 959 επ.· «Το αντάλλαγμα ως νόμιμη αιτία πλουτισμού – Η οριστικότητα της δόσης ανταλλάγματος», Μελέτες II, 2010, σ. 979 επ.

5 Τέτοιες επιμέρους περιπτώσεις, που δείχνουν ότι το αντάλλαγμα μπορεί να αποτελεί νόμιμη αιτία (αναφερόμενες π.χ. στο Γεν.Ενοχ., 2018, του γράφοντος, § 16 αρ. 69 επ.)· είναι, μεταξύ άλλων, οι περιπτώσεις των άκυρων αμφοτεροβαρών συμβάσεων, των *de facto* συμβατικών σχέσεων, του εικονικού (μικρότερου από το αληθινό) τιμήματος πώλησης ακινήτου και των τριμερών σχέσεων.

6 Αφορμή για τη νέα αυτή μελέτη μου πάνω στο ίδιο πρόβλημα μου έδωσε, εκτός από άλλα ερεθίσματα, και μια αξιολογική μελέτη του τελειόφοιτου φοιτητή της Νομικής Σχολής του Δημοκρίτειου Πανεπιστημίου Θράκης Μ. Σταυρακάκη, δημοσιευμένη στο 9^ο τεύχος του νομικού φοιτητικού περιοδικού του εν λόγω Πανεπιστημίου «Υπαγωγή», σ. 223 επ.

7 Βλ. Σταθόπουλο, ό.π. (σημ. 2), § 16 σημ. 11 (για τη νομολογία) και σημ. 12 (για τη θεωρία)

νευτικά η έννοια της νόμιμης αιτίας για όλες τις περιπτώσεις πλουτισμού της ενιαίας αξίωσης, αναζήτηση από την οποία έχουν απαλλαγεί έννομες τάξεις, όπως η γερμανική, που έχουν διασπάσει την αξίωση αδικαιολόγητου πλουτισμού σε επιμέρους ειδικές αξιώσεις (εγκαταλείποντας πλήρως την ενιαία αξίωση ως ισχύον δίκαιο), με χωριστές για κάθε μια προϋποθέσεις. Τη διάσπαση αυτή διευκόλυνε (ή ίσως την προκάλεσε) η δυσκολία καθορισμού της έννοιας της νόμιμης αιτίας για όλες τις περιπτώσεις πλουτισμού⁸.

β) Ευρεία και ουσιαστική, όχι τεχνική, έννοια της νόμιμης αιτίας πλουτισμού

Η νόμιμη αιτία πλουτισμού δεν έχει σχέση με την *causa traditionis* του ρωμαϊκού δικαίου, ούτε μπορεί να ταυτισθεί με τον σκοπό ή την αιτία των δικαιοπραξιών (εκπονητικών ή υποσχετικών) και τη διάκριση π.χ. των δικαιοπραξιών σε αιτιώδεις και αναιτιώδεις. Βεβαίως, οι αναιτιώδεις συμβάσεις, που είναι έγκυρες και όταν λείπει ή είναι άκυρη η αιτία τους, αλλά διανοίγουν τη δυνατότητα αναζήτησης του αναιτιωδώς ληφθέντος με την αξίωση αδικαιολόγητου πλουτισμού, διευρύνουν το πεδίο εφαρμογής του θεσμού του αδικαιολόγητου πλουτισμού. Ο θεσμός όμως εφαρμόζεται και εκτός του δικαίου των δικαιοπραξιών, π.χ. όταν ο πλουτισμός προκαλείται με υλικές πράξεις, όπως σε περίπτωση επέμβασης σε ξένη έννομη σφαίρα, ή δαπανών υπέρ ξένης παρουσίας ή σε περίπτωση αιτίας που δεν επακολούθησε κλπ. Ο πλουτισμός μπορεί να συνίσταται σε μια πραγματική κατάσταση, σε αποφυγή ζημίας, σε πρωτότυπο τρόπο κτήσης κυριότητας, σε πράξεις τρίτων που έχουν επιπτώσεις στην παρουσία άλλου κλπ.

Ήδη η ποικιλία αυτών των περιπτώσεων πλουτισμού δείχνει ότι η νόμιμη αιτία του, που θα τις κάλυπτε όλες, δεν μπορεί να είναι τεχνική έννοια. Δεν αφορά την τυπική νομιμότητα. Ο θεσμός δεν καλείται τυχαίως «αδικαιολόγητος» (και όχι παράνομος) πλουτισμός. Δεν πρόκειται για αντίθεση προς επιμέρους διατάξεις νόμου. Εύστοχα στις πρώτες συστηματικές ερμηνείες των διατάξεων του αδικαιολόγητου πλουτισμού του ΑΚ οι ερμηνευτές εξήραν την ευρύτητα και τον ουσιαστικό χαρακτήρα της νόμιμης αιτίας κατά την έννοια της ΑΚ 904. Έτσι ο Π. Ζέπος μίλησε, επεξηγώντας την έλλειψη αιτίας πλουτισμού, για «*αντικειμενικός άδικον αιτία*», ως *αντίθετον προς το καθόλου Δίκαιον*⁹. Δεν προχώρησε όμως σε παραπέρα εξειδίκευση της έννοιας, αφήνοντας το έργο

– βλ. και σημ. 25 για αποκλίνουσες απόψεις.

8 Στη Γερμανία υποστηριζόταν ευρέως η γνώμη ότι η έλλειψη νόμιμης αιτίας δεν μπορεί να καθορισθεί με ενιαίο τρόπο (βλ. α.ά. *Ennecerus Lehmann*, 15^η έκδ., 1958, § 222, σ. 886). Βεβαίως για τη διάσπαση εκεί της ενιαίας αξίωσης υπήρχαν και άλλοι λόγοι (βλ. *Σταθόπουλο*, ό.π., σημ. 1, σ. 72 επ.).

9 Ενοχ.Δ., II, β' έκδ., 1965 (α' έκδ. 1948), § 28 I 2 γ (σ. 690-691).

αυτό στην περαιτέρω ερμηνεία. Επίσης, κατά τον *Μιχαηλίδη-Νουάρο*, η ανάγκη ύπαρξης νόμιμης αιτίας του πλουτισμού αποτελεί ανταπόκριση «προς τον βαρύτερον σκοπόν του περιουσιακού δικαίου (ήτοι προς την δικαίαν και επιεική ρύθμισιν των περιουσιακών σχέσεων)¹⁰». «*Ηθική επιταγή*» θεωρεί ο *Λιτζερόπουλος*¹¹ την απαγόρευση πλουτισμού σε βάρος άλλου (που σημαίνει ότι ο πλουτισμός γίνεται απαγορευμένος για λόγους ηθικά επιβεβλημένους). Ο δε *Μαντζούφας*¹² τονίζει ότι η ρύθμιση του χωρίς νόμιμη αιτία πλουτισμού, σε τελευταία ανάλυση, «*απορρέει εκ της ανάγκης ικανοποίησης ου μόνον του τύπου, αλλά και της ουσίας, ήτοι αυτού τούτου του συναισθήματος της δικαιοσύνης του νομοθέτου, αποβλέποντος εις την εξασφάλισιν ισότητος και εις άμβλυσιν ... αδικιών*».

3. Το αντάλλαγμα ως νόμιμη αιτία πλουτισμού

α) Ο θεσμός του αδικαιολόγητου πλουτισμού ως εκδήλωση της επανορθωτικής δικαιοσύνης

Συνεχίζοντας στο πνεύμα αυτό της ευρείας αντίληψης της νόμιμης αιτίας του πλουτισμού, ο γράφων, στη μονογραφική επεξεργασία του θεσμού το 1972¹³, τόνισε ακριβώς την ηθική διάσταση του ζητήματος, κρίνοντας ότι η επιταγή απόδοσης του χωρίς νόμιμη αιτία πλουτισμού «*αποτελεί πραγμάτων του Ηθικού Κανόνος και της Ιδέας της Δικαιοσύνης*»¹⁴. Ειδικά δε την ιδέα του ανταλλάγματος ως νόμιμης αιτίας πλουτισμού τη θεωρεί εκδήλωση της αρχής της «επανορθωτικής δικαιοσύνης» (*justitia commutativa*), η οποία «*απαιτεί εναρμόνισιν, εξισορρόπησιν της διαταραχθείσης σχέσεως των περιουσιών, ήτις επιτυγχάνεται όταν ο πλουτισμός αντισταθμισθή δι' ανταλλάγματός τινος*»¹⁵.

Νομίζω ότι δεν μπορεί να αρνηθεί κανείς ότι η (ενιαία) αξίωση αδικαιολόγητου πλουτισμού αποτελεί πράγματι εκδήλωση της επανορθωτικής δικαιοσύνης. Αυτήν ο *Αριστοτέλης*, στη διάσημη σχετική διδασκαλία του¹⁶, την αντιπαρατάσσει προς το «διανεμητικόν δίκαιον» και τη θεωρεί εφαρμοζόμενη όχι μόνο στα «*εκούσια*», αλλά και στα «*ακούσια συναλλάγματα*», δηλαδή (με τη σημερινή ορολογία) στα εξωσυμβατικά. Σ' αυτά ο δικαστής, λέγει ο *Σταγει-*

10 Ενοχ.Δ., 1959, σ. 236 in fine.

11 Στοιχεία Ενοχ.Δ., 1960, § 256 Α.

12 Ενοχ.Δ., γ' έκδ., 1959, § 63 II 3 (σ. 503 επ.).

13 Βλ., ό.π., σημ. 1.

14 Ό.π. σ. 98.

15 Ό.π. σ. 106. Βλ. σχετικώς και *Π. Παπανικολάου*, Οι δικαιοηθικές αρχές στο Ενοχικό Δίκαιο του Μιχ. Π. Σταθόπουλου, 2005, αρ. 59 επ.

16 Ηθικά Νικομάχεια, Ε 7 (1131 b - 1132 b), όπου επεξηγεί το «διορθωτικόν» ή «επανορθωτικόν» δίκαιον, όρους τους οποίους, αμφοτέρους, ο ίδιος χρησιμοποιεί.

ρίτης, προσπαθεί να επανορθώσει το άδικο, που συνίσταται στην ανισότητα («το άδικο, άνισον ον, ισάζειν πειράται ο δικαστής»).

Η αριστοτελική αυτή ιδέα εισήλθε στο ρωμαϊκό δίκαιο των *condictiones* (από τις οποίες προήλθε στη νεότερη εποχή η αξίωση αδικαιολόγητου πλουτισμού) με τον διάσημο μετακλασικό κανόνα του Πομπώνιου «*jure naturae aequum est neminem cum alterius detrimento et iniuria fieri locupletiores*»¹⁷. Πράγματι ο κανόνας αυτός, όπως έχει δείξει ο Coing¹⁸, έχει παραληφθεί από τα Ηθικά Νικομάχεια του Αριστοτέλη στην Ηθική της Στοάς και από αυτήν διοχετεύθηκε στο μετακλασικό ρωμαϊκό και στο βυζαντινό δίκαιο. Μπορεί ο κανόνας του Πομπώνιου να μην περιείχε αμέσως εφαρμοστέο δίκαιο, αποτελώντας μια προσφυή εξήγηση του σκοπού του θεσμού των *condictiones*, αλλά αυτές (που αρχικά είχαν εισαχθεί ως *judicia stricti iuris*) στη μετακλασική περίοδο διευρύνονταν συνεχώς, καλύπτοντας περιπτώσεις όπου δεν λάμβανε χώρα *datio* (π.χ. η *condictio liberationis*, η *condictio incerti* που κατευθυνόταν σε *res incorporales* κλπ). Στη διεύρυνση αυτή συντέλεσε η ολοένα συχνότερη επίκληση της επιείκειας (π.χ. D 12.6.66): «*haec condictio ex bono et aequo introducta...*»¹⁹.

Το ότι ο νομοθέτης του ΑΚ θέλησε να καθιερώσει όχι ένα περιπτωσιολογικό σύστημα ειδικών αξιώσεων αδικαιολόγητου πλουτισμού, αλλά ένα γενικό κανόνα για μια ευρεία, ενιαία αξίωση (904 § 1 εδ. α') δείχνει ότι ακολούθησε την ηθική επιταγή που ανάγεται στην αρχή της επανορθωτικής δικαιοσύνης και πραγματώνεται με τις προβλεπόμενες στη διάταξη γενικές και ενιαίες προϋποθέσεις, *πρώτον*, τον πλουτισμό του οφειλέτη της αξίωσης, *δεύτερον*, την έλλειψη νόμιμης αιτίας και τούτο, *τρίτον*, σε βάρος του δανειστή της αξίωσης («από την περιουσία του ή με ζημία του»). Ο εισηγητής του Ενοχικού Δικαίου του Σχεδίου ΑΚ Κ. Τριανταφυλλόπουλος εξηγεί στην Αιτιολογική του έκθεση²⁰, ότι αρκεί η «*clausula generalis*» (δηλαδή η γενική ρήτρα του άρθρου 904 § 1 εδ. α'), ενώ οι ειδικές αξιώσεις του εδ. β' της § 1 του άρθρου 904 είναι «*απλά διδακτικά σχήματα*», για τα οποία χρειάζονται μόνο «*συμπληρωματικά τινες διατάξεις διωρισμένα θέματα πλουτισμού*». Το συμπέρασμα είναι ότι με τη γενική ρήτρα της ΑΚ 904 καθιερώνεται ενιαία αξίωση, της οποίας τελικός σκοπός είναι η πραγμάτωση της επανορθωτικής δικαιοσύνης.

17 D 50.17.206. Βλ. και το όμοιο χωρίο D 12.6.14.

18 Βλ. Coing, Zum Einfluss der Philosophie des Aristoteles auf die Entwicklung des römischen Rechts, Sav. Z. 69 (1952), 24 επ. (40 επ.).

19 Βλ. Σταθόπουλο, ό.π. (σημ. 1), σ. 7 επ.

20 Σ. 249 επ. (αρ. 130).

β) Ερμηνεία της νόμιμης αιτίας ως αόριστης νομικής έννοιας

Ειδικά για την κρίσιμη προϋπόθεση της έλλειψης νόμιμης αιτίας, ο νομοθέτης είχε συνείδηση ότι δεν πρόκειται για την αυστηρή *causa* του ρωμαϊκού δικαίου ή για την αιτία των δικαιοπραξιών, αφού η ίδια προϋπόθεση αφορά και εξωδικαιοπρακτικούς πλουτισμούς, αλλά για μια ουσιαστική έννοια που πραγματώνει την επανορθωτική δικαιοσύνη, που αποβλέπει στην επιστροφή πλουτισμών στο μέτρο που η διατήρησή τους στον πλουτίσαντα θα προσέβαλλε την αρχή της επανορθωτικής δικαιοσύνης και θα ήταν «αδικαιολόγητη», κατά την προσφυώς καθιερωθείσα ονομασία του θεσμού. Το εύρος της έννοιας της νόμιμης αιτίας σημαίνει ότι δεν μπορούμε να δεχθούμε την έλλειψή της μόνο σε περιπτώσεις που τούτο προβλέπεται ειδικώς στον νόμο. Θα πρέπει να έχουμε υπόψη και τους στόχους στους οποίους αποβλέπει ο θεσμός του αδικαιολόγητου πλουτισμού. Είναι έργο της ερμηνείας να προσδιορίσει και εξειδικεύσει, σύμφωνα με τους στόχους αυτούς που εκφράζουν τον σκοπό του θεσμού, την έννοια της νόμιμης αιτίας, έργο ασφαλώς όχι εύκολο, αφού πρόκειται για μια αόριστη νομική έννοια. Αόριστη, γιατί ο νομοθέτης δεν την εξειδικεύει ο ίδιος, αφήνοντας το έργο αυτό στον ερμηνευτή.

Θα πρέπει συνεπώς, προχωρώντας στην ερμηνευτική εξειδίκευση, να αναζητήσουμε εκείνες τις νόμιμες αιτίες που ανταποκρίνονται στον σκοπό του θεσμού. Το κρίσιμο κριτήριο δηλαδή είναι ακριβώς το αν η νόμιμη αιτία εξυπηρετεί τον σκοπό αυτόν. Αν οι αιτίες δεν είναι συμβατές με τον σκοπό, δεν μπορεί να είναι νόμιμες αιτίες.

Για τις δύο γενικά αποδεκτές νόμιμες αιτίες πλουτισμού, τη σύμβαση ή, γενικότερα, τη *βούληση του ζημιωθέντος* αφενός και τον *νόμο αφετέρου*, η καταφατική απάντηση είναι εύκολη. Η βούληση του ζημιωθέντος εγκλείει τη συναίνεσή του για την περιουσιακή μετακίνηση από την οποία προήλθε ο πλουτισμός, ο δε συναίνων δεν μπορεί να αξιώνει αποκατάσταση («επανόρθωση») της επελθούσας μετακίνησης. Θα ήταν αντιφατικό να ζητείται αποκατάσταση από εκείνον ο οποίος συνήνεσε στη μετακίνηση. Αυτή δεν θίγει την επανορθωτική δικαιοσύνη, δεν δημιουργεί την ανάγκη για διορθωτική παρέμβαση της δικαιοσύνης. Η βούληση ως νόμιμη αιτία ανταποκρίνεται συνεπώς στον σκοπό του θεσμού. Ως προς τη νόμιμη αιτία που στηρίζεται ευθέως στον νόμο (είτε σε ειδική διάταξη νόμου είτε σε κανόνα συναγόμενο από το πνεύμα μιας ή πολλών διατάξεων), η ερμηνεία η οποία καταλήγει στην αναγνώριση του νόμου ως νόμιμης αιτίας προφανώς θα έχει συνεκτιμήσει την ανταπόκριση του εφαρμοζόμενου κανόνα στον σκοπό του θεσμού²¹. Αλλιώς δεν θα αναγνωριζόταν αυτή η νόμιμη αιτία.

21 Μπορεί να υπάρχουν βέβαια αμφιβολίες ως προς την ερμηνεία του κανόνα του οποίου γίνεται σχετικός επίκληση, δηλαδή αμφιβολίες κατά πόσον η ερμηνεία οδηγεί πράγματι στην αποδοχή νόμιμης αιτίας.

Τέλος, το εύρος της έννοιας της νόμιμης αιτίας επιβεβαιώνεται και ο σκοπός της πραγματώνεται και σε όσες άλλες περιπτώσεις η επανορθωτική δικαιοσύνη δεν θίγεται με τη διατήρηση του πλουτισμού. Τούτο ισχύει ακριβώς στην περίπτωση που ο πλούτισας έχει, για την απόκτηση του πλουτισμού του, δώσει *αντάλλαγμα* (στον ζημιώσαντα ή και σε τρίτον), με την έννοια ότι έχει υποστεί κάποια περιουσιακή απώλεια, κάποια οικονομική θυσία, αντίστοιχη προς τον πλουτισμό. Τούτο δε σημαίνει περαιτέρω ότι το αντάλλαγμα θα πρέπει να βρίσκεται σε ανταλλακτικό σύνδεσμο με τον πλουτισμό, σε εσωτερική αιτιώδη συνάφεια με αυτόν, να είναι αντάλλαγμα που δόθηκε για την κτήση του πλουτισμού²². Ο πλουτισμός τότε δεν είναι αδικαιολόγητος. Η απώλεια του πλουτίσαντος καλύπτει την κτήση του. Ο πλουτισμός μπορεί να υπάρχει μόνο κατά το τυχόν υπερβάλλον. Η σχέση με τον σκοπό του θεσμού είναι προφανής: Αυτός που υπέστη μια περιουσιακή θυσία αντίστοιχη προς τον αποκτηθέντα πλουτισμό του, δεν προσκρούει στην επανορθωτική δικαιοσύνη διατηρώντας τον πλουτισμό, δεν δημιουργεί την ανάγκη εξισορρόπησης στις μετακινήσεις αγαθών. Αν θεωρούσαμε ότι το αντάλλαγμα δεν δικαιολογεί τον πλουτισμό, ο λήπτης, επιστρέφοντας τον πλουτισμό και έχοντας δώσει αντάλλαγμα, θα γινόταν φτωχότερος από ό,τι ήταν πριν από τον πλουτισμό του.

Έτσι, σωστά η ΑΠ 2072/2017²³ θεμελιώνει την κρίση της ότι το αντάλλαγμα αποτελεί νόμιμη αιτία πλουτισμού με την εύστοχη διατύπωση (εύστοχη από άποψη ουσίας), ότι τούτο «*ανταποκρίνεται πλήρως στην εξισωτική αποστολή του θεσμού του αδικαιολόγητου πλουτισμού*». Με αντίστροφη διατύπωση, η μη αναγνώριση της δικαιολογητικής δύναμης του ανταλλάγματος θα ήταν αντίθετη στην αρχή της επανορθωτικής δικαιοσύνης, την οποία εξυπηρετεί ο θεσμός αυτός, άρα άδικη. Η επανορθωτική δικαιοσύνη απαιτεί, όπως λέχθηκε, εναρμόνιση, εξισορρόπηση της διαταραχθείσας ισορροπίας. Και φυσικά πρέπει να υπάρχουν ανισότητες για να εξισωθούν («το άδικο ισάζειν», κατά την αναφερθείσα έκφραση του Αριστοτέλη). Το αντάλλαγμα εξισώνει, αντισταθμίζει τη διαταραχθείσα ισορροπία.

Ότι η παραπάνω ερμηνεία για την αναγνώριση της δικαιολογητικής δύναμης του ανταλλάγματος μπορεί να θεωρηθεί δικαιοπλαστική²⁴, δεν πρέπει να ξενίζει. Τούτο ισχύει πάντοτε, όταν έχουμε να ερμηνεύσουμε αόριστες νομικές έννοιες, όπως είναι η έννοια της νόμιμης αιτίας του άρθρου 904 ΑΚ. Ο νομοθέτης, όταν χρησιμοποιεί αόριστες νομικές έννοιες, αφήνει, όπως λέχθηκε, τη διαμόρφωση και εξειδίκευσή τους στον δικαστή και γενικότερα στον ερμη-

22 Βλ. Σταθόπουλο, ό.π., «Αξίωσις ...» (σ. 114 επ.) και Ενοχ.Δ., § 16 αρ. 73.

23 ΧρΙΔ 2018, 427.

24 Βλ. Π. Παπανικολάου, ό.π., αρ. 65, κατά τον οποίο η ερμηνεία αυτή «*κινείται μάλλον στο πεδίο της περαιτέρω διαπλάσεως του δικαίου*», ο οποίος πάντως προσθέτει ότι «*η ενδοσυστηματική της θεμελίωση είναι απόλυτα πειστική, όσο και η δογματική της ένταξη αρμονική*».

νευτή, το έργο του οποίου συνεπώς είναι κατ' ανάγκην δημιουργικό (δικαιο-διαμορφωτικό).

γ) Περαιτέρω θεμελίωση στη «φύση των πραγμάτων»

– Το ανταλλακτικό πνεύμα στις συναλλαγές

Αλλά η εν λόγω ερμηνεία της νόμιμης αιτίας με αξιοποίηση της έννοιας του ανταλλάγματος βρίσκει περαιτέρω έρεισμα στη φύση των πραγμάτων (ή του πράγματος)²⁵, η οποία είναι επίσης χρήσιμη για την εξειδίκευση αόριστων νομικών εννοιών. Ο νομοθέτης, όταν θεσπίζει μια ρύθμιση, δεν αγνοεί τη «φύση» της ρυθμιστέας ύλης, δηλαδή των «πραγμάτων» που προϋπάρχουν της ρύθμισης, που υπάρχουν στη φυσική και κοινωνική πραγματικότητα. Αυτή η υπό ρύθμιση ύλη έχει εκ προοιμίου κάποια τάξη, κάποιο ρυθμό, κάποιο νόημα (αυτά είναι η «φύση» της). Άρα, όταν τα αρμόδια όργανα της Πολιτείας νομοθετούν, συνεκτιμούν (οφείλουν να συνεκτιμούν) τη φύση των πραγμάτων, η οποία επομένως πρέπει να είναι οδηγός για τον ερμηνευτή και κριτήριο για την ανεύρεση του νοήματος της ερμηνευόμενης ρύθμισης.

Γι' αυτό ο νομοθέτης δεν μπορεί να αγνοεί ότι το αντάλλαγμα είναι η κινητήρια δύναμη του οικονομικού βίου, με αξία τόσο ηθική, όσο και πρακτική-κοινωνική· είναι, σύμφωνα με τις κοινές λογικές παραστάσεις των μελών της κοινωνίας και με την κοινωνική πραγματικότητα, η φυσική εξήγηση των περιουσιακών μετακινήσεων και η δικαίωσή τους. Ο νομοθέτης λαμβάνει υπόψη το ανταλλακτικό πνεύμα των συναλλασσομένων, που κυριαρχεί στο περιουσιακό δίκαιο, με την εξαίρεση των περιπτώσεων ελευθεριότητας. (Η χαριστική αιτία είναι *causa minor* στις συναλλαγές²⁶). Στις συμβάσεις το ανταλλακτικό πνεύμα ενυπάρχει στην αλληλεξάρτηση των παροχών επί αμοτεροβαρών συμβάσεων. Ενυπάρχει επίσης και στις ετεροβαρείς (πλην των χαριστικών), όπου προβλέπεται παροχή και επιστροφή της. Στις αδικοπραξίες το πνεύμα αυτό του νομοθέτη εκδηλώνεται με την πρόβλεψη αποζημίωσης ως αντισταθμίσματος για την προκληθείσα ζημία. Στον αδικαιολόγητο πλουτισμό εκδηλώνεται τόσο με την ανταλλακτική συμβατική βούληση των μερών, ιδίως επί ανώμαλα εξελισσόμενων αμοτεροβαρών συμβάσεων (βούληση ως νόμιμη

25 Βλ. σχετικώς α.ά. Μιχαηλίδη-Νουάρο, Νεότεροι φιλοσοφικοί αντιλήψεις περί της φύσεως των πραγμάτων εις το δίκαιον, ΤιμΤ Φραγκίστα, 1971, σ. 181 επ., δημοσ. και στο έργο του ιδίου, Δίκαιον και Κοινωνική συνείδησης, 1972, σ. 145 επ.

26 Τούτο αφενός εξηγεί τις αυξημένες νομοθετικές απαιτήσεις, όπως η απαίτηση τύπου, για την εγκυρότητα της δωρεάς και αφετέρου δικαιολογεί τη δυσμενή μεταχείρισή της, π.χ. ευκολότερη προσβολή από τους δανειστές και από τους κληρονόμους του δωρητή, ευκολότερη ανάκληση από αυτόν, βαρύτερη φορολόγηση, ευθύνη του δωρητή κατά κανόνα μόνο για δόλο και βαριά αμέλεια, δυσμενέστερη μεταχείριση του δωρεοδόχου στην περίπτωση της ΑΚ 913 κλπ.

αιτία για τους ανταλλαγέντες πλουτισμούς), όσο και με το εδώ εξεταζόμενο αντάλλαγμα ως αυτοτελή νόμιμη αιτία πλουτισμού.

4. Ρητή νομοθετική επιβεβαίωση του ανταλλάγματος, ως νόμιμης αιτίας πλουτισμού, στον ΑΚ

α) Η ρύθμιση των ΑΚ 913 και 904 § 1 εδ. β, δεύτερη εναλλακτική περίπτωση

Η επαγωγική θεμελίωση της δικαιολογητικής δύναμης του ανταλλάγματος, με εξέταση περιπτώσεων εφαρμογής, συνιστά στην ουσία επιβεβαίωση της εκτεθείσας παραπάνω παραγωγικής θεμελίωσης. Αλλά σε δύο περιπτώσεις εφαρμογής προσφέρει ο ίδιος ο νομοθέτης, και μάλιστα στο ίδιο το Κεφάλαιο του ΑΚ για τον αδικαιολόγητο πλουτισμό, ρητή επιβεβαίωση της αναγνώρισης του ανταλλάγματος ως νόμιμης αιτίας πλουτισμού.

Η πρώτη είναι η ρύθμιση του άρθρου 913 ΑΚ, που αφορά μια κατηγορία τριμερών σχέσεων (πλουτίσας, ζημιωθείς και τρίτος στον οποίο ο πλουτίσας προσπόρισε τον πλουτισμό με χαριστική πράξη)²⁷. Στη διάταξη αυτή γίνεται σαφής διαφοροποίηση μεταξύ περιέλευσης του πλουτισμού στον τρίτο με χαριστική αιτία και περιέλευσης με επαχθή αιτία, δηλαδή με δόση ανταλλάγματος από τον τρίτο. Στην πρώτη περίπτωση ο τρίτος δεν έχει νόμιμη αιτία διατήρησης του πλουτισμού (βούληση του ζημιωθέντος ή αντάλλαγμα που ο τρίτος κατέβαλε). Και γι' αυτό η διάταξη προβλέπει ευθύνη του από αδικαιολόγητο πλουτισμό έναντι του ζημιωθέντος. Εξ αντιδιαστολής, αντίθετα, προκύπτει ότι, αν ο τρίτος έχει δώσει αντάλλαγμα βάσει επαχθούς σύμβασής του με τον πλουτίσαντα, έχει νόμιμη αιτία διατήρησης του ληφθέντος (παρά την αρχή της σχετικότητας της σύμβασής του με τον πλουτίσαντα) και δεν ευθύνεται έναντι του ζημιωθέντος. Στο πνεύμα της ρύθμισης της ΑΚ 913 υπάρχει αναμφισβήτητη η δικαιολογητική δύναμη του ανταλλάγματος. Αυτό είναι που δικαιολογεί τη διατήρηση του πλουτισμού του τρίτου.

Η δεύτερη περίπτωση είναι η πρόβλεψη στην ΑΚ 904 § 1 εδ. β' (δεύτερη εναλλακτική περίπτωση του εδαφίου) ότι γεννιέται αξίωση αδικαιολόγητου πλουτισμού σε περίπτωση «παροχής για αιτία που δεν επακολούθησε» (*causa data causa non secuta*). Εδώ ως αιτία που δεν επακολούθησε νοείται κάποια ανταπόδοση για την παροχή, η οποία μπορεί να είναι το αναμενόμενο αντάλλαγμα της παροχής²⁸. Η παροχή για αιτία που θα ακολουθήσει είναι μια περίπτωση

27 Φυσικά η κατηγορία αυτή κάθε άλλο παρά εξαντλεί την ποικιλία των -εν πολλοίς ανόμοιων- περιπτώσεων τριμερών σχέσεων. Βλ. εκτενώς για τις τριμερείς σχέσεις στον αδικαιολόγητο πλουτισμό Σταθόπουλο, ό.π. (σημ. 1), §§ 9-13 (σ. 275-317).

28 Βλ. Φίλιο, Ενοχ.Δ., Ειδικό μέρος, 10η έκδ., 2011, § 144 Α Ι 1 (σ. 667 επ.), κατά τον οποίο η αιτία που δεν επακολούθησε «αποτελεί την αντιπαροχή του λήπτη» για την παροχή που

ση στην οποία συνδέονται παροχή και (μελλοντική) αντιπαροχή, χωρίς αυτό να γίνεται στο πλαίσιο αμοτεροβαρούς σύμβασης (δεν υπάρχει συμβατική υποχρέωση του λήπτη της παροχής για την αντιπαροχή) ή παροχής υπό την αίρεση αντιπαροχής²⁹. Στην περίπτωση αυτή η αξίωση αδικαιολόγητου πλουτισμού δικαιολογείται, επειδή δεν επακολούθησε η αιτία (*causa non secuta*), δηλαδή, όταν η αιτία αυτή είναι το αντάλλαγμα, επειδή δεν δόθηκε το αντάλλαγμα. Αν είχε δοθεί (*causa secuta*), θα είχε δικαιολογηθεί η διατήρηση του πλουτισμού. Αυτό εννοεί η διάταξη.

β) Η ευρύτητα και γενικότητα του πνεύματος

των ΑΚ 913 και 904 § 1 εδ. β

Και οι δύο ως άνω περιπτώσεις ρητών νομοθετικών προβλέψεων για το αντάλλαγμα δεν έχουν την έννοια εξαιρέσεων, που θα δικαιολογούσαν τη μη αποδοχή της δικαιολογητικής δύναμης του ανταλλάγματος σε άλλες περιπτώσεις. Πρόκειται απλώς για ειδικές περιπτώσεις, τις οποίες αντιμετώπισε ο νομοθέτης επειδή συνδέονται με ήδη ρυθμιζόμενες διατάξεις ή διότι υπήρχε ιστορική παράδοση γνωστή στον νομοθέτη. Το πρώτο συμβαίνει με την ΑΚ 913. Η ρύθμιση της διάταξης αυτής συνδέεται με το πρόβλημα της τύχης του πλουτισμού, που απασχόλησε και σε άλλες διατάξεις τον νομοθέτη, όπου ο ληφθείς πλουτισμός δεν βρίσκεται πια στα χέρια του λήπτη. Έτσι στην ΑΚ 908 προβλέπεται η περίπτωση κατά την οποία το ληφθέν δεν το έχει μεν ο πλουτίσας πλέον στα χέρια του, αλλά έχει το αντάλλαγμα που έλαβε από αυτό. Επίσης, στην ΑΚ 909 ρυθμίζεται η περίπτωση όπου το ληφθέν απολέσθηκε ή μειώθηκε. Συνέχεια αυτών των περιπτώσεων είναι η περίπτωση της ΑΚ 913, όπου το ληφθέν σώζεται, αλλά στα χέρια τρίτου, στον οποίο το προσπόρισε ο πλουτίσας. Η ΑΚ 913 χρειαζόταν, για να ολοκληρωθεί η ρύθμιση της τύχης του πλουτισμού στις διάφορες εκδοχές της. Στη δεύτερη περίπτωση, αυτήν της *causa data causa non secuta*, ο νομοθέτης δεν έπραξε τίποτε άλλο παρά να αναφερθεί στη ρωμαϊκή νομική παράδοση (που ίσχυε έως την έναρξη ισχύος του ΑΚ). Έτσι συμπεριέλαβε την περίπτωση αυτή για ιστορικούς λόγους στον

έλαβε. Βλ. επίσης (Larenz-) Canaris, SchuldR. II 2, 13η έκδ., 1994, § 68 I 3 a, σ. 151, κατά τον οποίο ο επιδιωκόμενος σκοπός (η *causa secuta*) έχει «κατά πλήρως κρατούσα και ορθή άποψη τον χαρακτήρα μιας αντιπαροχής». Και συνεχίζει ο σ.: «Τούτο προκύπτει από το ότι η διάταξη συνδέει την αξίωση αναζήτησης μόνο και άνευ ετέρου με τη μη επέλευση του επιδιωκόμενου σκοπού. Μια τέτοια αυστηρή έννομη συνέπεια γνωρίζει το ισχύον δίκαιο σ' αυτή τη γενικότητα μόνο σε περίπτωση μη εκπλήρωσης υποχρεώσεων από αμοτεροβαρείς συμβάσεις». Το συμπέρασμα του σ. είναι ότι η πρόβλεψη για την *condictio data condictio non secuta* είναι μια ρύθμιση παράλληλη προς την προβλεπόμενη αξίωση αδικαιολόγητου πλουτισμού σε περίπτωση αδυναμίας παροχής επί αμοτεροβαρών συμβάσεων (για τον ΑΚ βλ. άρθρα 380 εδ. α' και 382 εδ. α', πρώτη εναλλακτική έννομη συνέπεια).

29 Βλ. παραπάνω σημ. 3.

ενδεικτικό και όχι περιοριστικό κατάλογο των ειδικών περιπτώσεων αξίωσης αδικαιολόγητου πλουτισμού.

Και οι δύο περιπτώσεις είναι περιπτώσεις εφαρμογής της αξίωσης αδικαιολόγητου πλουτισμού που εκφράζουν το πνεύμα της. Δεν έχουν αποκλειστικό ή εξαιρετικό χαρακτήρα και δεν δικαιολογούν αποκλεισμό, εξ αντιδιαστολής, άλλων περιπτώσεων. Εκφράζουν το γενικότερο ευρύ πνεύμα του θεσμού του αδικαιολόγητου πλουτισμού.

5. Επίμετρο

Η προσφυγή σε αρχές για την ερμηνεία μιας διάταξης νόμου και ειδικότερα της αρχής που αποτελεί την τελική ratio της ερμηνευόμενης διάταξης έχει βαρύνουσα σημασία για την ερμηνεία³⁰. Έτσι εξηγείται καλύτερα η λογική της ερμηνευόμενης ρύθμισης. Ανατρέχοντας στις αρχές, καθιστούμε κατανοητές τις κρίσιμες κανονιστικές εκτιμήσεις που οδήγησαν τον νομοθέτη στη ρυθμιστική του επέμβαση, που αποτελούν τελικά τη ratio του νόμου και οδηγούν στις λύσεις εκείνες, οι οποίες ανταποκρίνονται στις εκτιμήσεις αυτές. Ειδικότερα, όταν είναι έντονη η παρουσία μιας αρχής δικαίου για τη θέσπιση της ερμηνευόμενης διάταξης νόμου (όπως εδώ η εγκλειόμενη στην επανορθωτική δικαιοσύνη αρχή δικαίου), η ερμηνεία της βάσει της αρχής αυτής είναι πρωτεύον ερμηνευτικό κριτήριο και όχι επικουρικό.

Αξίζει, τέλος, να θυμίσω ότι το άρθρο 2 του Προσχεδίου Γενικών Αρχών του Αστικού Κώδικα (εισηγητής ο Γ. Μαριδάκης³¹) προέβλεπε το εξής: «Ο δικαστής κατά την εφαρμογήν των κανόνων δικαίου και την ερμηνείαν αυτών αφορμάται εκ των γενικών αρχών του δικαίου». Στην Αιτιολογική Έκθεση του Εισηγητή εξηγείται: «Αποτρέπεται κατ' αυτόν τον τρόπον ακαμψία του δικαίου. Αποτρέπεται ο κίνδυνος λύσεων ξηρών και ψυχρών, στηριζομένων εις μόνην την εκ των λέξεων συναγομένην έννοιαν»³². Τη διάταξη αυτή δεν την περιέλαβαν το Σχέδιο Γενικών Αρχών και το τελικό κείμενο του ΑΚ. Μολονότι στα Πρακτικά της Συντακτικής Επιτροπής δεν δίνεται σχετικώς καμία εξήγηση³³, πιστεύω ότι ο λόγος ήταν όχι το ότι η Συντακτική Επιτροπή διαφωνούσε επί της ουσίας, αλλά το ότι έκρινε πως είναι θέμα της ερμηνείας να ανατρέχει στις γενικές αρχές και δεν χρειάζεται

30 Αυτό το έδειξε με εκτενή και σε βάθος επιχειρηματολογία ο Π. Σούβρας στη μονογραφία του «Δίκαιο και δικανική κρίση», 2017, ιδίως Κεφ. ΙΒ' (υπό τον τίτλο «Τελολογική ερμηνεία και επιχειρήματα αρχών»), σ. 665 επ. Ο σ. μάλιστα θεωρεί γενικά τις αρχές του δικαίου ως θεμέλιο της ερμηνείας. Βλ. σχετικώς και Μ. Σταθόπουλο, Μελέτες ΙV, 2021, σ. 61 επ., 74 επ.

31 Είναι δημοσιευμένο στην έκδοση του Υπουργείου Δικαιοσύνης, υπό τον τίτλο «Σχέδιον Αστικού Κώδικος εκπονηθέν υπό της Συντακτικής Επιτροπής – Γενικά Αρχαί», 1936.

32 Βλ. την παραπάνω, σημ. 31, έκδοση, σ. 119.

33 Πρβλ. την ίδια έκδοση, σ. 305 υπό 2.

να της το πει ο νομοθέτης. Πράγματι, η διάταξη εκείνη του άρθρου 2 του Προσχεδίου περιείχε μια οδηγία προς τους δικαστές και εν γένει τους ερμηνευτές, αλλά το καθοδηγητικό για την ερμηνεία πνεύμα της, και χωρίς τη νομοθετική υπόδειξη, το έχει ενστερνισθεί η σύγχρονη ερμηνευτική μέθοδος και τα δικαστήριά μας, τουλάχιστον στον πυρήνα της και χωρίς γενικευτικές ακρότητες. Απόδειξη τούτου είναι η ευρεία αξιοποίηση των αρχών που περιλαμβάνονται στις γενικές ρήτρες των άρθρων 281 και 288 ΑΚ από τη νομολογία μας, ιδίως του άρθρου 288, στην εφαρμογή του οποίου ο ΑΠ υπήρξε πιο τολμηρός, αλλά συνετά τολμηρός. Αλλά και ειδικά για την ερμηνεία της ΑΚ 904 ο ΑΠ συχνά επικαλείται γενικές αρχές του δικαίου. Αρκεί να μνημονευθεί εδώ η τελείως πρόσφατη απόφαση της Ολομέλειάς του αρ. 4/2021, που επαναλαμβάνει παλαιότερη διατύπωση του ΑΠ, ότι η ΑΚ 904 «απορρέει από τις κοινωνικές αντιλήψεις περί ισότητας και επιείκειας», για να συναγάγει εξ αυτού ειδικότερα ερμηνευτικά πορίσματα³⁴.

34 Άλλες σχετικές αρεοπαγίτικές αποφάσεις βλ. στο Γεν.Ενοχ. του γράφοντος, 2018, § 16 σημ. 63.

Αναγνώριση δεδικασμένου αγγλικής δικαστικής απόφασης [με αφορμή την ΠΠρΠειρ 259/2016]

Στυλιανός Γ. Σταματόπουλος
Καθηγητής Νομικής Σχολής Δ.Π.Θ.

I. Οι κρίσεις της ΠΠρΠειρ 259/2016

Η εν λόγω απόφαση αντιμετώπισε το ζήτημα του επιτρεπτού επέκτασης των αποτελεσμάτων στην ελληνική έννομη τάξη δύο δικαστικών πράξεων αγγλικού δικαστηρίου, στο πλαίσιο των οποίων το τελευταίο είχε κρίνει, αφενός, ότι το ίδιο ήταν αποκλειστικά αρμόδιο λόγω παρέκτασης διεθνούς δικαιοδοσίας και, αφετέρου, ότι τα δικαστήρια του Πειραιά, στα οποία εκκρεμούσε αντίθετη αγωγή από αδικοπραξία και άλλες νομικές βάσεις, στερείτο δικαιοδοσίας. Ειδικότερα, το ημεδαπό δικαστήριο αρχικά δέχθηκε ότι οι παραπάνω δικαστικές πράξεις πληρούσαν τους όρους αναγνώρισής τους στην Ελλάδα κατά τις διατάξεις του Κανονισμού (ΕΚ) 44/2001 (που ήταν κατά χρόνον εφαρμοστέες)· εν συνεχεία κατέληξε ότι δεσμευόταν με ισχύ δεδικασμένου από τις κρίσεις του αγγλικού δικαστηρίου πως η άσκηση των εκκρεμών αγωγών ενώπιον του Πολυμελούς Πρωτοδικείου Πειραιώς συνιστούσε παραβίαση της επίμαχης ρήτρας παρέκτασης, η οποία εγκαθίδρυε την αποκλειστική διεθνή δικαιοδοσία των αγγλικών δικαστηρίων προς εκδίκαση των περιλαμβανομένων σε αυτές αγωγών, αποδεχόμενο περαιτέρω ότι η κρίση του αγγλικού δικαστηρίου περί ελλείψεως δικαιοδοσίας του Πρωτοδικείου Πειραιώς αλλά και ως προς το κύρος και την οριοθέτηση των υποκειμενικών και αντικειμενικών ορίων της ρήτρας παρέκτασης δικαιοδοσίας ανέπτυξε δεσμευτικό δεδικασμένο στο πλαίσιο της ημεδαπής έννομης τάξης. Ακολούθως, δέχθηκε το ημεδαπό δικαστήριο ότι «η άνω τελεσίδικη απόφαση παράγει δεδικασμένο ως προς το ζήτημα της υπάρξεως αποκλειστικής διεθνούς δικαιοδοσίας των αγγλικών δικαστηρίων και κατ' επέκταση ελλείψεως διεθνούς δικαιοδοσίας του παρόντος Δικαστηρίου προς εκδίκαση της παρούσας υπόθεσης μεταξύ των νομικών και φυσικών προσώπων που υπήρξαν διάδικοι σε αμφοτέρες τις ως άνω δίκες»¹. Περαιτέρω, το ημεδαπό δικαστήριο δέχθηκε ότι στο μέτρο που η αγγλική δικαστική πράξη περιορίσθηκε να δεχθεί ότι οι εκκρεμείς στα ελληνικά δικαστήρια αγωγές έχουν ασκηθεί κατά παράβαση της επίμαχης ρήτρας παρέκτασης, χωρίς να διατάξει και μέτρα δικονομικού καταναγκασμού, δεν έχει χαρακτήρα «*antisuit injunction*» αλλά απόφασης με

1 ΠΠρΠειρ 259/2016, αδημ. φύλλο 26°.

την έννοια του άρθρου 32 του Κανονισμού (ΕΚ) 44/2001 και ως εκ τούτου είναι δεκτική αναγνώρισης στην ημεδαπή έννομη τάξη. Προκειμένου να αχθεί στα παραπάνω πορίσματα το ημεδαπό δικαστήριο στηρίχθηκε ιδιαίτερα στην επίκληση των αποφάσεων του ΔΕΕ στις υποθέσεις *Gothaer*², *Hoffman/Krieg*³ και *Vizcaya*⁴.

Οι παραπάνω κρίσεις του ημεδαπού δικαστηρίου, εγείρουν ένα σοβαρό πρόβλημα διασυννοριακής αναγνώρισης του δεδικασμένου επί δικονομικού ζητήματος των αποφάσεων στον ευρωπαϊκό χώρο, δικαιολογώντας ως εκ τούτου την πλέον ενδελεχή μελέτη τους.

II. Κριτικές παρατηρήσεις

Η ερμηνευτική λύση που υιοθέτησε το ημεδαπό δικαστήριο, δικαιολογεί ισχυρούς ενδοιασμούς, ενώ είναι αμφίβολο κατά πόσον βρίσκει επαρκές έρεισμα στην νομολογία του ΔΕΕ που επικαλείται.

1. Αναφορικά με την επίκληση της νομολογίας *Gothaer* του ΔΕΕ

Στην απόφαση *Gothaer*⁵, στην οποία εν πολλοίς στηρίζονται οι εξεταζόμενες κρίσεις της σχολιαζόμενης απόφασης ως προς το ζήτημα αναγνώρισης των επίμαχων αγγλικών αποφάσεων, το γερμανικό δικαστήριο που απεύθυνε το προδικαστικό ερώτημα αντιμετώπισε το ακόλουθο ιστορικό: ασκήθηκε αγωγή στα βελγικά δικαστήρια από τον παραλήπτη του φορτίου και την ασφαλιστική εταιρεία κατά του μεταφορέα για ζημίες που είχε υποστεί το φορτίο από υπαιτιότητα αποδιδόμενη στον τελευταίο. Τα βελγικά δικαστήρια αποφάνθηκαν σε δεύτερο βαθμό δικαιοδοσίας ότι ο μεν παραλήπτης του φορτίου δεν νομιμοποιείτο ενεργητικά, η δε ασφαλιστική εταιρία, προς την οποία είχαν εκχωρηθεί οι απαιτήσεις του πωλητή, καταλαμβάνονταν από την ρήτρα παρέκτασης που είχε τεθεί στην φορτωτική και προέβλεπε την δικαιοδοσία των ισλανδικών δικαστηρίων. Στην συνέχεια η πωλήτρια και οι ασφαλιστές άσκησαν νέα αγωγή ενώπιον των γερμανικών δικαστηρίων, τα οποία απηύθυναν προδικαστικό ερώτημα στο ΔΕΕ. Το τελευταίο με την απόφαση της 15.11.2012 δέχθηκε τα ακόλουθα: (α) Το άρθρο 32 του Κανονισμού (ΕΚ) 44/2001, για την διεθνή δικαιοδοσία, την αναγνώριση και την εκτέλεση αποφάσεων σε αστικές και εμπορικές υποθέσεις, έχει την έννοια ότι καταλαμβάνει και απόφαση με

2 ΠΠρΠειρ 259/2016, αδημ. φύλλα 19^ο και 23^ο.

3 ΠΠρΠειρ 259/2016, αδημ. φύλλο 20^ο.

4 ΠΠρΠειρ 259/2016, αδημ. φύλλο 21^ο.

5 Απόφαση ΔΕΕ, 15.11.2012 *Gothaer Allgemeine Versicherung AG* και λοιποί κατά *Samskip GmbH*, ECLI:EU:C:2012:719.

την οποία το δικαστήριο κράτους μέλους αποφαίνεται ότι στερείται αρμοδιότητας, θεμελιώνοντας την κρίση του σε ρήτρα περί απονομής δικαιοδοσίας, ανεξάρτητα από τον χαρακτηρισμό μιας τέτοιας πράξεως βάσει του δικαίου άλλου κράτους μέλους. (β) Τα άρθρα 32 και 33 του Κανονισμού (ΕΚ) 44/2001 έχουν την έννοια ότι το δικαστήριο, ενώπιον του οποίου ζητείται η αναγνώριση αποφάσεως με την οποία το δικαστήριο άλλου κράτους μέλους αποφάνθηκε ότι στερείται αρμοδιότητας, θεμελιώνοντας την κρίση του σε ρήτρα περί απονομής δικαιοδοσίας, δεσμεύεται από την αφορώσα την εγκυρότητα της εν λόγω ρήτρας διαπίστωση, η οποία απαντά στο σκεπτικό τελεσίδικης δικαστικής αποφάσεως περί απαραδέκτου του ασκηθέντος μέσου παροχής ένδικης προστασίας.

Από την επισκόπηση του διαδικαστικού ιστορικού της απόφασης Gothaer διαπιστώνεται ήδη μια ουσιώδης διαφοροποίηση μεταξύ της περίπτωσης που αντιμετώπισε το ΔΕΕ και εκείνης που απασχόλησε το Πρωτοδικείο Πειραιώς: στην περίπτωση της απόφασης Gothaer το βελγικό δικαστήριο είχε απορρίψει την ενώπιον του ασκηθείσα αγωγή δεχόμενο ότι υφίστατο ρήτρα παρέκτασης διεθνούς δικαιοδοσίας υπέρ των ισλανδικών δικαστηρίων. Στην περίπτωση που απασχόλησε το ΠΠρΠειρ, αντίθετα, το αγγλικό δικαστήριο δέχθηκε ότι υφίστατο έγκυρη ρήτρα παρέκτασης, ότι οι ενώπιόν του διάδικοι (οι περισσότεροι των οποίων δεν ήταν συμβαλλόμενο μέρος στην ρήτρα παρέκτασης) καταλαμβάνονταν από το πεδίο εφαρμογής της και ότι ως εκ τούτου η άσκηση των αγωγών στο Πρωτοδικείο Πειραιώς αποτελούσε παράβαση της εν λόγω ρήτρας παρέκτασης. Με βάση τις κρίσεις αυτές, τα αγγλικά δικαστήρια διατύπωσαν διατακτικό επί της ουσίας της υπόθεσης διατάσσοντας τους εναγόμενους να καταβάλουν ως αποζημίωση τα πιθανολογούμενα έξοδα υπεράσπισης της υπόθεσης ενώπιον των ελληνικών δικαστηρίων αλλά και μια σειρά από μέτρα δικονομικού καταναγκασμού σε περίπτωση άρνησης των τελευταίων να συμμορφωθούν.

Υπό το πρίσμα της ελληνικής έννομης τάξης, πράγματι, μια αλλοδαπή απόφαση, όπως αυτή που αντιμετώπισε το ΔΕΕ στην υπόθεση Gothaer, θα ανέπτυσσε δεδικασμένο στο πλαίσιο του άρθρου 322 ΚΠολΔ ως προς το κριθέν δικονομικό ζήτημα, ότι δηλαδή το αλλοδαπό δικαστήριο στερείτο δικαιοδοσίας να επιληφθεί της διαφοράς⁶. Η κρίση του δικαστηρίου, όμως, για την

6 ΑΠ 806/2014 ΝΟΜΟΣ: «όπως προκύπτει από τις διατάξεις των άρθρων 2 επ., 62, 63, 94, 118 αρ. 4, 216 § 1β, 322 § 1 και 324 ΚΠολΔ., οι διαδικαστικές προϋποθέσεις της δίκης, στις οποίες περιλαμβάνεται και η διεθνής δικαιοδοσία των Ελληνικών πολιτικών δικαστηρίων, δεν αποτελούν ιδιαίτερο αυτοτελές αντικείμενο της δίκης και για το λόγο αυτό εξετάζονται και επιλύονται πάντοτε σε σχέση με το αντικείμενο της». Ρητώς ως προς το παραγόμενο δεδικασμένο από απόφαση που απορρίπτει λόγω ελλείψεως δικαιοδοσίας: ΕφΛαρ 258/2012 ΝΟΜΟΣ: «Περαιτέρω, το δεδικασμένο εκτείνεται και επί του κριθέντος οριστικά δικονομικού ζητήματος (άρθρο 322 § 1 εδ. β' ΚΠολΔ). Ως δικονομικό ζήτημα νοείται κυρίως η απόρριψη

εγκυρότητα της ρήτηρας παρέκτασης ως προδικαστικό ζήτημα του απορριπτικού διατακτικού εξ ορισμού δεν θα καταλαμβάνονταν από την παραδοχή αυτή στον βαθμό που το αλλοδαπό δικαστήριο, το οποίο κρίνει εαυτό αναρμόδιο να επιληφθεί της διαφοράς, δεν πληροί τις προϋποθέσεις του άρθρου 331 ΚΠολΔ και ειδικότερα αυτήν της αρμοδιότητας του δικαστηρίου να αποφανθεί επί του προδικαστικού ζητήματος⁷. Όπως χαρακτηριστικά υποστηρίζεται, η θέση ότι, αν κρίθηκε ως προδικαστικό ζήτημα της ελλείπουσας διαδικαστικής προϋπόθεσης η ύπαρξη ή ανυπαρξία ορισμένης έννομης σχέσης του ουσιαστικού δικαίου, το προδικαστικό ζήτημα καλύπτεται και αυτοτελώς από το δεδικασμένο κατ' άρθρο 331 ΚΠολΔ⁸, είναι δυσχερώς υποστηρίξιμη⁹. Η κρίση του δικαστηρίου για την δικονομική έννομη συνέπεια του απαραδέκτου αναφέρεται στην δικονομική αξίωση που προέβαλλε ο ενάγων με την συγκεκριμένη απορριφθείσα αγωγή του και εκφράζει ακριβώς ορισμένη δικονομική αξιολόγηση αυτής¹⁰. Η κρίση, λοιπόν, αυτή δεν είναι νομικώς αυτοτελής και αυθύπαρκτη¹¹ προσλαμβάνοντας νόημα μόνον σε συνάρτηση προς την δικονομική

της αγωγής ως απαράδεκτης, ελλείψει μιας ή περισσότερων διαδικαστικών προϋποθέσεων, στις οποίες περιλαμβάνεται και η δικαιοδοσία του δικάζοντος δικαστηρίου».

- 7 Για την αρμοδιότητα του δικαστηρίου ως προϋπόθεσης κάλυψης από το δεδικασμένο του προδικαστικού ζητήματος, βλ. ΑΠ 489/2014 ΝΟΜΟΣ× ΑΠ 1287/2003 ΕΛΛΔνη 46, 417× ΑΠ 1237/2002 ΝΟΜΟΣ× ΑΠ 912/2001 ΝΟΜΟΣ× ΑΠ 390/1999 ΕΛΛΔνη 1999, 1520× ΑΠ 1425/1999 ΕΛΛΔνη 41, 693× ΕφΑθ 2825/2007 ΕφΑΔ 2008, 697. ΕφΑρ 441/2006 ΝΟΜΟΣ. Για τον προδικαστικό χαρακτήρα της κρίσης περί του κύρους της ρήτηρας παρέκτασης ως προς την κρίση του δικαστηρίου περί έλλειψης δικαιοδοσίας, βλ. ΕφΠειρ 747/2012 ΕΝΔ 2013, 120 με αφορμή διαιτητική ρήτρα. Στην εκεί απόφαση ορθά γίνεται δεκτό ότι το προδικαστικό ζήτημα του κύρους της διαιτητικής ρήτηρας καταλαμβάνεται από το δεδικασμένο, δοθέντος ότι ο έλεγχος του κύρους της διαιτητικής ρήτηρας καταλαμβάνεται από την αρμοδιότητα του δικαστηρίου σύμφωνα με τα άρθρα 263 και 868 ΚΠολΔ.
- 8 Υπέρ της θέσης αυτής οι Κ.Καλαβρός, Πολιτική δικονομία, 3^η έκδ., 2012, § 38 αριθμ. περιθ. 133-134× Δ.Κονδύλης, Το δεδικασμένο κατά τον ΚΠολΔ, 2^η έκδ., 2007, σελ. 347 επ.
- 9 Ε.Ποδηματά, Δεδικασμένο - Αντικειμενικά όρια ιδίως επί ενστάσεων, τόμ. Ι, 1995, σελ. 132 σημ. 314× Π.Αρβανιτάκης, Τα χρονικά όρια του δεδικασμένου, 1995, σελ. 148, σύμφωνα με τον οποίο από τον σκοπό της διάταξης του άρθρου 322 § 1 εδ. β' ΚΠολΔ προκύπτει ότι τα αντικειμενικά όρια της απόφασης που έκρινε δικονομικό ζήτημα δεν επεκτείνονται και σε άλλα ζητήματα μεταξύ των οποίων και στα προδικαστικά ζητήματα κατ' άρθρο 331 ΚΠολΔ× Ε.Σαχπεκίδου, Δεδικασμένο από τυπική απόρριψη της αγωγής και επίδραση του επί του παραδεκτού της ενστάσεως συμψηφισμού που αφορά την ίδια απαίτηση, Αρμ 1989, 521. Πρβλ. Δ.Κονδύλης, ό.π. σελ. 347 επ× Ν.Νίκα, Ο δικαστικός συμβιβασμός, 1984, σελ. 310× Κ.Καλαβρός, Πολιτική δικονομία ό.π. § 38 αριθμ. περιθ. 133-134× Φ.Τριανταφύλλου-Αλμπανίδου, Το έννομο συμφέρον του ενάγοντος, 1995, σελ. 75.
- 10 Ε.Ποδηματά, Δεδικασμένο ό.π. σελ. 131.
- 11 Κ.Κεραμεύς, Ουσιαστικών δεδικασμένων περί προδικαστικών ζητημάτων, οριακά προβλήματα πολιτικής δικονομίας και αστικού δικαίου, 1967, σελ. 151 σημ. 132× Ε.Ποδηματά, Δεδικασμένο ό.π. σελ. 132.

αξίωση, ενόψει της οποίας έχει διατυπώθηκε¹². Προϋποτίθεται, δηλαδή, ότι για να αναπτυχθεί η εμβέλεια της κρίσης αυτής, αντικείμενο της μεταγενέστερης δίκης καθίσταται η ίδια ακριβώς δικονομική αξίωση¹³. Ακόμη και τότε, όμως, το δεδικασμένο κατά το άρθρο 322 § 1 β' ΚΠολΔ καλύπτει το πόρισμα του τελικού δικονομικού συλλογισμού μόνο ενόψει των προκειμένων, από τις οποίες αυτό απέρρευσε, δηλαδή ενόψει εκείνης ή εκείνων των διαδικαστικών προϋποθέσεων, που στην συγκεκριμένη περίπτωση κρίθηκαν ότι ελλείπουν¹⁴.

Διάφορο και διακριτό ζήτημα αποτελεί η περίπτωση απόφασης, στην οποία καταφάσκει έστω και ρητώς η συνδρομή ορισμένης διαδικαστικής προϋπόθεσης και στην συνέχεια εκδίδεται απόφαση επί της ουσίας της διαφοράς. Γίνεται συναφώς δεκτό ότι το δεδικασμένο για το δικονομικό ζήτημα δεν είναι νομικά αυτοτελές και αυθύπαρκτο, αλλά υφίσταται μόνο σε συνάρτηση με το ουσιαστικό αντικείμενο της δίκης¹⁵. Όπως χαρακτηριστικά επισημαίνεται, σε αντίθετη περίπτωση η τελεσίδικη απόφαση η οποία μετά από κατάφαση των διαδικαστικών προϋποθέσεων της δίκης δέχεται στην ουσία την αγωγή θα έπρεπε να αποτελεί δεδικασμένο ως προς τις εν λόγω προϋποθέσεις σε κάθε άλλη δίκη μεταξύ των αυτών διαδίκων με την ίδια ιδιότητα, παρά το γεγονός ότι το ουσιαστικό αντικείμενο της τελευταίας διαφέρει από εκείνο της πρώτης¹⁶. Ως εκ τούτου, η κατάφαση της συνδρομής ορισμένης διαδικαστικής προϋπόθεσης στερείται κατά κανόνα πρακτικής σημασίας, καθώς οι διαδικαστικές προϋποθέσεις δεν αποτελούν «έννομη σχέση» ούτε ιδιαίτερο αντικείμενο δίκης, ώστε να μπορούν να καλυφθούν αυτοτελώς από το δεδικασμένο και ανεξάρτητα από το συγκεκριμένο νομικό συλλογισμό¹⁷. Όπως εύστοχα παρατηρεί η *Ε.Ποδηματά*¹⁸, όταν το δικαστήριο έχει αποφανθεί επί της ουσίας της διαφοράς, η αρνητική λειτουργία του –κατ' άρθρο 322 § 1 εδ. β' ΚΠολΔ– δεδικασμένου επί δικονομικού ζητήματος απορροφάται από το δεδικασμένο ως προς το ουσιαστικό ζήτημα¹⁹. Από τα παραπάνω μια και μόνη εξαίρεση είναι νοητή, εκείνη στην οποία το ίδιο ζήτημα ουσιαστικού δικαίου αναφύεται ως προδικαστικό μεν του δικονομικού ζητήματος και συγχρόνως

12 *Ε.Ποδηματά*, Δεδικασμένο ό.π. σελ. 132.

13 *Ε.Ποδηματά*, Δεδικασμένο ό.π. σελ. 132 σημ. 314.

14 *Ε.Ποδηματά*, Δεδικασμένο ό.π. σελ. 134 σημ. 317.

15 Σύμφωνα επ' αυτού και ο *Κ.Καλαβρός*, Πολιτική δικονομία ό.π. § 38 αριθμ. περιθ. 132.

16 *Κ.Καλαβρός*, Πολιτική δικονομία ό.π. § 37 αριθμ. περιθ. 132.

17 *Δ.Κονδύλης*, Το δεδικασμένο ό.π. σελ. 347× *Κ.Καλαβρός*, Πολιτική δικονομία ό.π. § 38 αριθμ. περιθ. 130× ΕφΔωδ 236/2009 ΝΟΜΟΣ.

18 *Ε.Ποδηματά*, Δεδικασμένο ό.π. σελ. 143.

19 Αν το ουσιαστικό ζήτημα είναι διαφορετικό στην νεότερη δίκη, τότε δεν μπορεί να γίνει λόγος ως προς το δικονομικό ζήτημα: *Ε.Ποδηματά*, Δεδικασμένο ό.π. σελ. 143 με περαιτέρω παραπομπές στην σημείωση 353.

ως κύριο ουσιαστικό ζήτημα. Στην τελευταία περίπτωση, ορθά παρατηρείται ότι η κρίση του δικαστηρίου για το προδικαστικό ζήτημα ουσιαστικού δικαίου καταλαμβάνεται από το δεδικασμένο²⁰. Εντούτοις, η εξαίρεση αυτή, δεν παρουσιάζει ερμηνευτικό ενδιαφέρον στην παρούσα περίπτωση.

2. Η θέση της Ολομ ΑΠ 4/1996

Η ερμηνευτική θέση, στην οποία στοιχίζεται η κρατούσα γνώμη, είναι συμβατή με την κρατούσα και στην νομολογία γνώμη που εξέφρασε η Ολομ ΑΠ 4/1996²¹ σύμφωνα με την οποία: «οι διαδικαστικές προϋποθέσεις στις οποίες περιλαμβάνεται και η δικαιοδοσία, δεν αποτελούν ιδιαίτερο αυτοτελές αντικείμενο της δίκης και για το λόγο αυτό εξετάζονται και επιλύονται με δύναμη δεδικασμένου πάντοτε σε σχέση με το αντικείμενο αυτό. Δεν μπορεί κατά συνέπειαν να υπάρξει επί αυτών διακεκριμένως οριστική απόφαση, πολύ δε περισσότερο τελεσίδικη τοιαύτη, δημιουργούσα ως προς αυτές αυτοτελές (ανεξάρτητο δηλαδή του επί του ουσιαστικού αντικείμενου της δίκης) δεδικασμένο»²². Όπως περαιτέρω έγινε δεκτό στην ΑΠ 688/2002, για να τεθεί ζήτημα κάλυψης από το δεδικασμένο στην εξεταζόμενη περίπτωση απαιτείται διπλή ταυτότητα αντικείμενου, δηλαδή τόσο για το δικονομικό όσο και για το ουσιαστικό ζήτημα²³.

20 Βλ. πρόσφατα και ιδιαίτερα εύστοχα, Κ.Μακρίδου, Περιστατικά που θεμελιώνουν έννομη σχέση, η οποία συνιστά προδικαστικό ζήτημα τόσο μίας διαδικαστικής προϋπόθεσης όσο και της κύριας αιτούμενης έννομης συνέπειας. Δεδικασμένο κατ' άρθ. 331 ΚΠολΔ, ΕλλΔνη 2020, 1378 επ. Π.Κολοτούρο, Δεδικασμένον διά το προδικαστικόν ζήτημα ουσιαστικής και δικονομικής εννόμου συνεπείας, ΕΠολΔ 2020, 266 επ.

21 ΕλλΔνη 1996, 1045.

22 Την ίδια λύση ακολουθούν οι ΑΠ 1223/2003 ΝΟΜΟΣ× ΑΠ 621/2012 ΕΕμπΔ 2012, 923× ΑΠ 1659/2011 ΧρΙΔ 2012, 364× ΑΠ 1333/2000 ΕλλΔνη 2002, 400.

23 ΑΠ 688/2002 ΕλλΔνη 2003, 725: «κατά το άρθρο 322 § 1 ΚΠολΔ, το δεδικασμένο εκτείνεται τόσο στο ουσιαστικό ζήτημα που κρίθηκε, αν η απόφαση έκρινε οριστικά για μια έννομη σχέση που έχει προβληθεί με αγωγή, ανταγωγή, κύρια παρέμβαση ή ένσταση συμψηφισμού, όσο και στο οριστικά κριθέν δικονομικό ζήτημα. Κατά το άρθρο δε 324 του ίδιου Κώδικα δεδικασμένο υπάρχει μεταξύ των ιδίων προσώπων, με την ίδια ιδιότητα παρισταμένων, μόνο για το κριθέν δικαίωμα και εφόσον πρόκειται για το ίδιο αντικείμενο και την ίδια ιστορική και νομική αιτία. Από το συνδυασμό των διατάξεων αυτών προκύπτει ότι οι οριζόμενες στη δεύτερη από αυτές προϋποθέσεις του δεδικασμένου αξιώνονται αυτοτελώς τόσο για το ουσιαστικό όσο και για το δικονομικό ζήτημα που κρίθηκαν. Όστε για το δεδικασμένο επί του δικονομικού ζητήματος, που ανακύπτει κατά την άσκηση ενδίκου βοηθήματος από τα προαναφερόμενα κρίσιμος είναι ο επί του ζητήματος αυτού διατυπούμενος νομικός συλλογισμός των δύο αποφάσεων. Εντεύθεν παρέπεται ότι απαιτείται να υπάρχει ταυτότητα ιστορικής και νομικής αιτίας ως προς τα στοιχεία που στηρίζουν το δικονομικό αυτό ζήτημα και δεν αρκεί η ταυτότητα της ιστορικής και νομικής αιτίας της εισαγόμενης εκ νέου στη δίκη ουσιαστικής διαφοράς». Την ίδια θέση και μάλιστα, με αφορμή την έλλειψη της διαδικαστικής προϋπόθεσης της διεθνούς δικαιοδοσίας, υιοθέτησε και η ΠΠρΘεσ 6590/2004 Αρμ 2004, 914: «το δεδικασμένο περί του δικονομικού ζητήματος της ελλείψεως δικαιοδοσίας, μη αποχωριζόμενο από το δεδικασμένο επί του συγκεκριμένου ουσιαστικού ζητήματος, μπορεί να λειτουργήσει

Παρίσταται επιβεβλημένο, λοιπόν, η ερμηνευτική θέση την οποία υιοθέτησε το ΔΕΕ στην υπόθεση *Gothaer* να ερμηνευθεί υπό το πρίσμα των ανωτέρω διαπιστώσεων, που αποτυπώνουν την κρατούσα γνώμη τόσο στο ελληνικό δίκαιο όσο και σε άλλες ευρωπαϊκές έννομες τάξεις²⁴. Η κρίση για το κύρος ή την ερμηνεία των υποκειμενικών ορίων της ρήτρας παρέκτασης υπόκειται σε δύο εγγενείς φραγμούς, οι οποίοι δεν κατονομάζονται μεν ρητά στην εν λόγω απόφαση του ΔΕΕ συνάγονται, όμως, αβίαστα από την προγενέστερη νομολογία του: (α) προϋπόθεση για την ανάπτυξη υπερεδαφικών αποτελεσμάτων στην απόφαση που εξετάζει παρεμπιπτόντως το κύρος ρήτρας παρέκτασης ως προδικαστικό ζήτημα, για να απορρίψει την αγωγή, αποτελεί να παράγει αυτή δεδικασμένο επί του κριθέντος προδικαστικού ζητήματος κατά το δίκαιο του τόπου έκδοσης× σε αντίθετη περίπτωση, θα καταλήγαμε στο άτοπο, να προκαλούνται περισσότερες επενέργειες της δικαστικής απόφασης στο κράτος υποδοχής απ' ό,τι στο κράτος προέλευσης× (β) αναγκαίο όρο για να προσδοθούν υπερεδαφικά αποτελέσματα στην κρίση για το προδικαστικό ζήτημα που συναρτάται προς την έλλειψη διαδικαστικής προϋποθέσεις αποτελεί, επίσης, η έννομη τάξη του κράτους υποδοχής να αναγνωρίζει ανάλογες ενέργειες στις ημεδαπές αποφάσεις.

Κατ' ακολουθίαν, στην εξεταζόμενη περίπτωση που απασχόλησε το ΠΠρ-Πειρ γείρονται τα ακόλουθα ζητήματα: (α) τα αγγλικά δικαστήρια είχαν αποφανθεί ως προς το κύρος και τα υποκειμενικά όρια της ρήτρας παρέκτασης ως προδικαστικό ζήτημα, ώστε να προχωρήσουν στην εξέταση της ουσιαστικής βασιμότητας των ενώπιόν τους αιτήσεων παροχής έννομης προστασίας (των εναγόμενων της ελληνικής δίκης), (β) υπό το ελληνικό δίκαιο η κρίση αυτή δεν θα καλυπτόταν από αυτοτελές δεδικασμένο, αλλά θα ενσωματωνόταν στο ουσιαστικό δεδικασμένο της απόφασης, (γ) προκειμένου να τεθεί ζήτημα δεδικασμένου σε μεταγενέστερη δίκη, θα έπρεπε να υφίσταται διττή ταυτότητα ιστορικής και νομικής αιτίας, τόσο ως προς το δικονομικό όσο και ως προς το ουσιαστικό ζήτημα και (δ) σε κάθε περίπτωση, η κρίση πως οι υποθέσεις οι οποίες εκκρεμούσαν ενώπιον των ελληνικών δικαστηρίων καταλαμβάνονταν από την αποκλειστική δικαιοδοσία των αγγλικών δικαστηρίων, υπό την

(θετικώς ή αρνητικώς) σε μεταγενέστερη δίκη μεταξύ των αυτών διαδίκων υπό την αυτή ιδιότητα, που έχει το αυτό ουσιαστικό αντικείμενο (ΟΛΑΠ 4/1996 ό.π.), έτσι ώστε, αν ασκηθεί νέα αγωγή με την αυτή έλλειψη, να καλύπτεται από το δεδικασμένο, εφόσον, εκτός από την ταυτότητα της ιστορικής και νομικής αιτίας της εισαγόμενης εκ νέου στη δίκη ουσιαστικής διαφοράς, υφίσταται ταυτότητα ιστορικής και νομικής αιτίας και ως προς τα στοιχεία που στηρίζουν το δικονομικό αυτό ζήτημα».

24 Π.χ. σκέψη αριθμ. 20 της απόφασης *Gothaer*, όπου σημειώνεται ότι το γερμανικό δικαστήριο, που παρέπεμψε το προδικαστικό ερώτημα, αναγνωρίζει ότι στην Γερμανία ανάλογη απόφαση προς την βελγική, με αφορμή την οποία ανέκυψε το ζήτημα, δεν θα ανέπτυσσε δεδικασμένο λόγω του δικονομικού της χαρακτήρα.

οπτική γωνία της ελληνικής έννομης τάξης, δεν αποτελούσε αυτοτελές αντικείμενο δίκης και εντεύθεν δεν ήταν νοητή η αυτοτελής κάλυψή της από το δεδικασμένο των αγγλικών αποφάσεων.

Επομένως, το ΠΠρΠειρ δεχόμενο ότι οι ανωτέρω αποφάσεις των αγγλικών δικαστηρίων παρήγαγαν δεδικασμένο που κάλυπτε αυτοτελώς: (α) την έλλειψη δικαιοδοσίας των ελληνικών δικαστηρίων, (β) το κύρος της ρήτηρας παρέκτασης και (γ) τον αποκλειστικό χαρακτήρα της υπαγωγής της διαφοράς στα αγγλικά δικαστήρια, προσέδωσε στις αλλοδαπές αποφάσεις έννομες συνέπειες, τις οποίες οι τελευταίες δεν θα ανέπτυσσαν, αν είχαν εκδοθεί από ελληνικό δικαστήριο. Πρόσθετο προβληματισμό δικαιολογεί εδώ το γεγονός ότι δεν διαφαίνεται από την επισκόπηση της απόφασης, ότι μεταξύ της διαφοράς που είχε καταχθεί προς κρίση ενώπιον του αγγλικού δικαστηρίου και εκείνης επί της οποίας αποφάνθηκε το ΠΠρΠειρ συνέτρεχε ταυτότητα ιστορικής και νομικής αιτίας.

3. Αναφορικά με την επίκληση της απόφασης Hoffman/Krieg του ΔΕΕ

Τον παραπάνω προβληματισμό επιχειρεί η σχολιαζόμενη απόφαση να παρακάμψει με επίκληση της απόφασης του ΔΕΕ Hoffman/Krieg²⁵. Εντούτοις, η παραπομπή στην εν λόγω απόφαση είναι αμφίβολο ότι διασκεδάζει κατά τρόπο αναντίλεκτο τους ήδη εκπεφρασμένους ερμηνευτικούς ενδοιασμούς.

Ειδικότερα, σχετικά με το ζήτημα της έκτασης των έννομων συνεπειών που πρέπει να προσδοθούν στην αναγνωριζόμενη αλλοδαπή απόφαση καταγράφονται αντιφάσεις ακόμη και μεταξύ των αιτιολογικών εκθέσεων της Σύμβασης των Βρυξελλών. Σύμφωνα με την Έκθεση *Jenard*²⁶ «[η] αναγνώριση πρέπει να έχει σαν αποτέλεσμα την επένδυση των δικαστικών αποφάσεων με την ισχύ και αποτελεσματικότητα που απολαμβάνουν στο κράτος που έχουν εκδοθεί», ενώ παρόμοια θέση υιοθετεί και η Έκθεση *Ευρυγένη/Κεραμέως*²⁷. Αντίθετα, στην ενδιάμεση χρονολογικά Έκθεση *Schlosser*, συνταγείσα ενόψει της προσχώρησης του Ηνωμένου Βασιλείου στη ΣΒρυξ, γίνεται δεκτό²⁸ ότι «[τ]α δίκαια των κρατών μελών της Κοινότητας δεν ορίζουν με ενιαίο τρόπο τα αποτελέσματα που παράγει δικαστική απόφαση» και περαιτέρω ότι «[η] ομάδα εμπειρογνομόνων έκρινε ότι δεν ανήκε στα καθήκοντά της να λύσει τα προβλήματα που προκύπτουν από τις διαφορές αυτές μεταξύ του δικαίου των κρατών μελών». Η Έκθεση *Schlosser* πιστοποιεί έτσι ότι το όλο θέμα της ρυθμίσεως των αποτελεσμάτων των ενδοκοινοτικών αποφάσεων στα άλλα κράτη

25 ΔΕΚ, 4.2.1988, Horst Ludwig Martin Hoffmann/Adelheld Krieg, 145/1986, ΣυλλΝομ 1988. 645 επ.

26 *Jenard*, Επίσημη Εφημερίδα ΕυρΚοιν. C 298/24.11.1986, αρχή του άρθρου 26

27 *Ευρυγένης-Κεραμέως*, Επίσημη Εφημερίδα ΕυρΚοιν. C 298/24. 11.1986, αρ. 75.

28 Επίσημη Εφημερίδα ΕυρΚοιν. C 298/24.11.1986, αρ. 191.

μέλη έχει εκφύγει από την βούληση του κοινοτικού νομοθέτη· πρέπει συνεπώς η λύση του να αναζητηθεί στα κατ' ιδίαν δίκαια των κρατών μελών²⁹.

Στην απόφαση Hoffman/Krieg του 1988³⁰, όπου και παραπέμπει η σχολιζόμενη, έγινε βέβαια δεκτή η θέση ότι οι έννομες συνέπειες της απόφασης καθορίζονται κατ' αρχήν από το δίκαιο του κράτους έκδοσης της απόφασης με παραπομπή στην Αιτιολογική Έκθεση *Jenard*, πλην όμως η ερμηνευτική λύση αυτή ήδη έχει σε ουσιώδη βαθμό συμπληρωθεί από την μεταγενέστερη απόφαση Αποστολίδη/Orams³¹, όπου έγινε δεκτό πως «ναι μεν η αναγνώριση πρέπει να έχει ως συνέπεια, καταρχήν, να προσδίδει στις αποφάσεις το κύρος και την αποτελεσματικότητα που απολαμβάνουν στο κράτος μέλος εκδόσεώς τους (βλ. προπαρατεθείσα απόφαση *Hoffmann*, σκέψεις 10 και 11), εντούτοις δεν υπάρχει λόγος να προσδίδονται σε δικαστικές αποφάσεις, κατά την εκτέλεσή τους, ιδιότητες που στερούνται στο κράτος μέλος προελεύσεως [βλ. έκθεση του P. Jenard σχετικά με τη Σύμβαση για τη διεθνή δικαιοδοσία και την εκτέλεση αποφάσεων σε αστικές και εμπορικές υποθέσεις (ΕΕ 1986, C 298, σ. 29, ιδίως σ. 76)] ή αποτελέσματα τα οποία δεν θα παρήγε ομοειδής απόφαση που θα εκδιόταν απευθείας στο κράτος μέλος εκτελέσεως».

Στο ελληνικό δίκαιο η αντιμετώπιση του ζητήματος υπήρξε κυμαινόμενη. Σύμφωνα με τον Γ.Μαριδάκη, η ενέργεια του δεδικασμένου της αναγνωριζόμενης αλλοδαπής αποφάσεως πρέπει να είναι αντίστοιχη με εκείνη των ημεδαπών αποφάσεων³², ενώ κατά τον Γ.Ράμμο³³ επιτυχέστερη είναι η λύση να καθορίζονται τα υποκειμενικά όρια του δεδικασμένου με εφαρμογή τόσο του δικαίου του κράτους εκδόσεως της αποφάσεως όσο και του δικαίου του κράτους αναγνωρίσεως, υπό την έννοια ότι τα υποκειμενικά όρια του δεδικασμένου της αλλοδαπής αποφάσεως στην ημεδαπή δεν μπορούν να είναι ευρύτερα των αντίστοιχων ορίων της ημεδαπής αποφάσεως· αλλά ούτε και τα υποκειμενικά όρια του δεδικασμένου, που αναγνωρίζει η ημεδαπή έννομη τάξη, μπορούν να είναι ευρύτερα εκείνων της αλλοδαπής. Τέλος, σύμφωνα με

29 Π.Γέσιου-Φαλτσή, Υποκειμενικά όρια της εκτελεστότητας των αλλοδαπών αποφάσεων κατά εταιρειών που στο ελληνικό δίκαιο εξομοιώνονται με ομόρρυθμες - (με αφορμή τις νέες ρυθμίσεις του ν. 4072/2012), ΕφΑΔ 2012, 1035× Π.Παννόπουλος, Η αναγνώριση αλλοδαπών αποφάσεων εκούσιας δικαιοδοσίας στην ελληνική έννομη τάξη, 2003, σελ. 151 επ.

30 Μάλιστα στην ίδια υπόθεση, ο Εισαγγελέας του ΔΕΚ Darmon είχε προτείνει την συνεφαρμογή των δικαίων του κράτους προέλευσης και του κράτους αναγνώρισης της απόφασης: ΣυλλΝομολ 1988.657-658.

31 Απόφαση ΔΕΚ της 28.4.2009, Meletis Apostolides κατά David Charles Orams και Linda Elizabeth Orams, C 420/07, ΣυλλΝομ 2009 I.3571

32 Γ.Μαριδάκης, Η εκτέλεσις αλλοδαπών αποφάσεων κατά το ισχύον εις την Ελλάδα δίκαιον, 3^η έκδ., 1970, σελ. 108.

33 Γ.Ράμμος, Τα υποκειμενικά όρια του δεδικασμένου αλλοδαπής αποφάσεως εν ημεδαπή, Ερμάνιον προς Γ. Μαριδάκη, τόμ. Β', 1963, σελ. 463 επ.

το *Χ.Φραγκίστα*³⁴, τα υποκειμενικά όρια του δεδικασμένου πρέπει να κρίνονται αποκλειστικά και μόνον από το δίκαιο εκδόσεως της αλλοδαπής αποφάσεως, καθώς αυτή η τελευταία «δεν δύναται ν' αναπτύξει ενεργείας μείζονας εκείνων, τας οποίας έχει εις την πατρίδα της».

Γενικότερα οι υποστηριζόμενες απόψεις μπορούν να ταξινομηθούν σε δύο αντίθετες προσεγγίσεις. Κατά την θεωρία «της εξομοίωσης των ενεργειών» [*«Theorie der Wirkungsgleichstellung»*, *«Doctrine of equalization of effects»*], στις αλλοδαπές αποφάσεις πρέπει να αποδίδονται στο κράτος αναγνωρίσεως ενέργειες ανάλογες με αυτές που αναδίδουν οι αντίστοιχες ημεδαπές αποφάσεις³⁵. Εφόσον το ημεδαπό δίκαιο καθορίζει τις προϋποθέσεις αναγνωρίσεως του δεδικασμένου αλλοδαπής αποφάσεως, είναι συνεπές, σύμφωνα με την άποψη αυτή, να καθορίζει και την έκταση του δεδικασμένου που αναγνωρίζεται. Ο διαχωρισμός των δύο αυτών ζητημάτων δεν είναι δικαιολογημένος. Κατά την θεωρία «της επεκτάσεως των ενεργειών» [*«Theorie der Wirkungserstreckung»*, *«Doctrine of extension of effects»*], στο κράτος αναγνωρίσεως γίνονται αποδεκτές ακριβώς οι ενέργειες που παράγει η αλλοδαπή απόφαση στο κράτος της εκδόσεώς της³⁶. Τέλος, τρίτη και μάλλον κρατούσα εκδοχή γνωστή ως «η θεωρία της σωρεύσεως» (*«Kumulations- theorie»*) προκρίνει την σωρευτική εφαρμογή τόσο του δικαίου του κράτους εκδόσεως της απόφασης όσο και του δικαίου του κράτους αναγνώρισης, ώστε, αφενός, να γίνονται αποδεκτές στο κράτος αναγνωρίσεως οι ενέργειες που αποδίδονται στις δικαστικές του αποφάσεις από το κράτος εκδόσεως, εφόσον όμως αυτές δεν υπερβαίνουν τις ενέργειες των ημεδαπών αποφάσεων και, αφετέρου, οι ενέργειες που αναδίδουν οι αντίστοιχες ημεδαπές αποφάσεις³⁷. Επισημαίνεται χαρακτηριστικά³⁸, ότι δεν μπορεί να αναγνωρίζονται στις αλλοδαπές αποφάσεις μειωμένα απο-

34 *Χ.Φραγκίστας*, Εγχώριαι δίκαι και αλλοδαπαί αποφάσεις, Νομικά Μελέται ΙΙ, 1987, σελ. 1069 επ., ιδίως σελ. 1071.

35 *Γ.Μαριδάκης*, Η εκτέλεσις αλλοδαπών αποφάσεων ό.π. σ. 108 μ.π.π. στη σημ.. 48· *Κ.Μπέης*, ΠολΔ, άρθρ. 323, σελ. 1315· BGH, NJW 1983, 514,51× *Matscher*, στον *Festschrift Schima*, σελ. 265 επ., ιδίως σελ. 278 επ.

36 *Γ.Μητσόπουλος/Ε.Ποδηματά*, Υποκειμενικά όρια του δεδικασμένου διαιτητικής αποφάσεως, ΝοΒ 2007, 1267 επ., ιδίως σελ. 1271· *Χ.Φραγκίστας*, Εγχώριαι δίκαι και αλλοδαπαί αποφάσεις ό.π.· *Ν.Νίκας*, Η ένσταση εκκρεμοδικίας, 1991, σελ. 76. *Ν.Νίκας*, Δίκαιο αναγκαστικής εκτελέσεως, τόμ. Ι, 2010, § 12 αριθμ. περιθ. 1· *Κεραμεύς/Κονδύλης/Νίκας (-Κουσούλης)*, Ερμηνεία ΚΠολΔ Ι, άρθρο 323 αριθμ. 3.

37 *Γ.Ράμμος*, Τα υποκειμενικά όρια του δεδικασμένου ό.π. *Π.Γέσιου-Φαλτσή*, Η διεθνής αναγκαστική εκτέλεση ΙΙΙ, 2006, § 69, αριθμ. περιθ. 13× *Π.Γέσιου-Φαλτσή*, ΕφΑΔ 2012, 1035× *Π.Παννόπουλος*, Η αναγνώριση αλλοδαπών αποφάσεων εκούσιας δικαιοδοσίας ό.π. σελ. 151 επ.

38 *Π.Παννόπουλος*, Η αναγνώριση αλλοδαπών αποφάσεων εκούσιας δικαιοδοσίας σελ. 151-152.

τελέσματα απέναντι στις αντίστοιχες ημεδαπές. Εφόσον το κράτος εξοπλίζει τις αποφάσεις των δικαστικών του οργάνων με ορισμένες ενέργειες, ώστε να εξασφαλίσει την αποτελεσματικότητα της παρεχόμενης έννομης προστασίας, υποχρεούται να εξοπλίσει με ανάλογη αποτελεσματικότητα και τις αποφάσεις των αλλοδαπών δικαστηρίων, εφόσον μάλιστα αναγνωρίζει σε αυτά διεθνή δικαιοδοσία³⁹.

Συνακόλουθα, υποστηρίζεται δόκιμα και υπό τον Κανονισμό (ΕΚ) 44/2001 (και ενόψει της ταυτότητας του λόγου, το ίδιο θα μπορούσε να λεχθεί και υπό τον Κανονισμό [ΕΕ] 1215/2012) η θέση ότι, ενώ τα υποκειμενικά όρια του δεδικασμένου της αλλοδαπής απόφασης πρέπει καταρχήν να καθορίζονται με βάση το δίκαιο της πατρίδας της, είναι συγχρόνως αναγκαίο να λαμβάνονται υπ' όψιν και οι σχετικές ρυθμίσεις του κράτους αναγνώρισεως ή εκτελέσεως. Διότι, όπως αναφέρθηκε αμέσως πιο πάνω, δεν είναι ορθό στις αλλοδαπές αποφάσεις να αναγνωρίζονται μειωμένα αποτελέσματα σε σύγκριση με τις ημεδαπές ούτε βέβαια μπορεί από τις αποφάσεις αυτές να παράγεται δέσμευση προσώπων που δεν δεσμεύονται δυνάμει των ημεδαπών αποφάσεων⁴⁰.

III. Σύνθεση και κριτικά πορίσματα

Τούτων ούτως εχόντων, η ερμηνευτική λύση που ακολούθησε το ΠΠρΠειρ στην σχολιαζόμενη απόφαση δικαιολογεί ισχυρούς ενδοιασμούς. Το ενδεχόμενο ανάπτυξης στην ημεδαπή έννομη τάξη εννόμων συνεπειών της αλλοδαπής απόφασης, οι οποίες θα υπερέβαιναν την εμβέλεια των αντίστοιχων ημεδαπών αποφάσεων, όπως λ.χ. η αυτοτελής ανάπτυξη δεδικασμένου από την κατάφαση της συνδρομής ορισμένης διαδικαστικής προϋπόθεσης ή η κάλυψη από το δεδικασμένο της κρίσης για το κατά πόσον άλλο δικαστήριο έχει δικαιοδοσία να επιληφθεί της διαφοράς, πρέπει να αποκλεισθεί.

Ακόμη, πάντως, και υπό την αντίθετη εκδοχή (ότι δηλαδή υφίσταται δεδικασμένο δεκτικό αναγνώρισης από τις εξεταζόμενες αποφάσεις των αγγλικών δικαστηρίων), η κάλυψη από το δεδικασμένο των έννομων σχέσεων που εκκρεμούσαν ενώπιον του ΠΠρΠειρ θα προϋπέθετε την κατάφαση ότι στοιχειοθετείται ταυτότητα ιστορικής και νομικής αιτίας τόσο για την ουσία της διαφοράς όσο και για το δικονομικό ζήτημα *σωρευτικά*, ζήτημα το οποίο εντούτοις δεν φαίνεται να προβλημάτισε το πρωτοβάθμιο δικαστήριο.

Ο κυριότερος ενδοιασμός, όμως, που θα μπορούσε δικαιολογημένα να διατυπωθεί σε σχέση με την σχολιαζόμενη απόφαση εντοπίζεται στην ευκολία με την οποία το ελληνικό δικαστήριο έστερξε να απεμπολήσει την πρωταρχι-

39 Π.Γέσιου-Φαλτσή, ΕφΑΔ 2012, 1035 επ.

40 Π.Γέσιου-Φαλτσή, ΕφΑΔ 2012, 1035 επ.

κή αρχή κάθε δικαιοδοτούντος οργάνου, ήτοι την εξουσία να αποφανθεί το ίδιο περί της δικαιοδοσίας του. Την εξουσία αυτή, όπως διαφαίνεται από την επισκόπηση της σχολιαζόμενης, το ελληνικό δικαστήριο με προθυμία δέχθηκε να εκχωρήσει υπέρ του αγγλικού δικαστηρίου, το οποίο προηγουμένως είχε κρίνει πως τα ελληνικά δικαστήρια στερούνται δικαιοδοσίας να αποφανθούν επί της διαφοράς. Κατά το σημείο αυτό τουλάχιστον η σχολιαζόμενη απόφαση δικαιολογεί έντονο και σοβαρό προβληματισμό ως προς τις ερμηνευτικές θέσεις, στις οποίες στήριξε την κρίση της.

Ενιαίοι κανόνες παροχών και εισφορών για μη ομοειδείς κατηγορίες ασφαλισμένων εντός e-ΕΦΚΑ

Άγγελος Στεργίου

Καθηγητής Νομικής Σχολής Α.Π.Θ.

Εισαγωγή

Το εγχείρημα «e-ΕΦΚΑ» είναι το «Μεγάλο άλμα προς τα εμπρός» ή ένα άλμα στο κενό; Συνήθως τα προβλήματα επιλύονται πριν από τη σύσταση ενός φορέα¹, εδώ, όμως, λόγω της έλλειψης κατάλληλης προεργασίας, αντιμετωπίζονται κατά τη διάρκεια της λειτουργίας του. Μετά από τέσσερα χρόνια ζωής του νεοσύστατου φορέα, νομίζουμε ότι είναι η κατάλληλη στιγμή να διερωτηθούμε «πού βρισκόμαστε;» και συγκεκριμένα σε ποιο σημείο βρίσκεται η καθιέρωση ενιαίων κανόνων εντός του e-ΕΦΚΑ. Η διοικητική ενοποίηση, δηλαδή η δημιουργία ενιαίων δομών προχωρά –Οργανισμός e-ΕΦΚΑ Π.Δ. 8/19, όπως τροποποιήθηκε από τις διατάξεις ν. 4670/20– και κάποια στιγμή θα ολοκληρωθεί στο (εγγύς;) μέλλον². Για την ουσιαστική, όμως, ενοποίηση τίποτα δεν είναι αυτονόητο και δεδομένο.

Ενοποίηση σημαίνει πριν απ' όλα ενιαίοι κανόνες ασφάλισης και παροχών. Ένας οργανωτικά ενιαίος φορέας μπορεί ευκολότερα να αποτελέσει «όχημα» για ένα ισότιμο και βιώσιμο σύστημα συντάξεων³. Αντίθετα, ένας διοικητικά ενιαίος φορέας με εσωτερικές διαφοροποιήσεις –όπως ήταν λ.χ. η περίπτωση του π. ΟΑΕΕ– δεν συνιστά, κατ' ουσία, ενοποίηση, αποκαλέστηκε δε με μια δόση υπερβολής ενοποίηση «θυρωρείων»⁴.

Όπως μια ενοποίηση που περιορίζεται στη διοικητική της πλευρά, στερείται αξίας –δεν υλοποιεί την κεντρική ιδέα των ενοποιήσεων (την ισοτιμία)–,

1 Το ζήτημα της ενοποίησης αντιμετωπιζόταν διαχρονικά με μια αναβλητικότητα. Όταν ιδρύθηκε το ΙΚΑ (1934), προβλεπόταν σε βάθος χρόνου η συγχώνευση σε αυτό όλων των ταμείων.

2 Για τη διοικητική ενοποίηση, βλ. το άρθρο της Ε. Βασιλειάδου στο ΔτΚΑ 2/2021.

3 Βλ. Β. Κουμαριανός, Ενοποίηση του συστήματος κοινωνικής ασφάλισης: Ο Ενιαίος Φορέας Κοινωνικής Ασφάλισης ως οργανωτικό όχημα για την νέα αρχιτεκτονική των συντάξεων

4 Βλ. Π. Τήνιος, Ασφαλιστικό. Μια μέθοδος ανάγνωσης, 2010, σελ. 254. Ο ΟΑΕΕ διατήρησε την προϋπάρχουσα ανομοιομορφία ως εσωτερικές διαφοροποιήσεις. Ακόμη και με την έκδοση του Καταστατικού του Οργανισμού (ΠΔ 258/2005), οι ασφαλισμένοι διατήρησαν τη δυνατότητα να επιλέξουν τις κατ' ιδίας καταστατικές διατάξεις των καταργούμενων Ταμείων (λ.χ. ΤΑΕ).

έτσι και μια ουσιαστική που δεν συνοδεύεται από τη δημιουργία ενιαίων δομών, δεν μπορεί να τελεσφορήσει. Πράγματι, ενιαίους κανόνες μπορούμε να έχουμε σε περιβάλλον πολλαπλότητας φορέων. Μια τέτοια προσέγγιση επιχείρησε ο ν. 2084/1992. Με το νόμο αυτό θεσπίστηκαν ενιαίοι κανόνες για την υπαγωγή των ασφαλισμένων το πρώτον από 1.1.1993, οι αποκαλούμενοι νέοι ασφαλισμένοι, για τους οποίους καθιερώθηκε ομοιομορφία και ισότητα ασφαλιστικής προστασίας⁵. Η επιλογή του 1992, αν κι αποφασιστική, δεν τελεσφόρησε, γιατί πρόβλεψε μια μακρά μεταβατική περίοδο, ενώ η διατήρηση της πολλαπλότητας των φορέων δημιούργησε το ζήτημα της επιλογής ενός φορέα (κύριας, επικουρικής, εφάπαξ) υποχρεωτικής ασφάλισης που ακόμη και σήμερα ταλανίζει τη δικαιοσύνη. Έτσι, παρά την αντίθετη νομολογία του Α.Π., το ΣτΕ έκρινε (Ολομ. 1320/2019) ότι ο υποχρεωτικός χαρακτήρας της υπαγωγής στην ασφάλιση των αγροτών, η οποία χαρακτηρίζεται, περαιτέρω, από το νόμο και ως αυτοδίκαιη, δεν έχει την έννοια ότι με τη διάταξη του άρθρου 2 του ν. 2458/97 αναγνωρίζεται, επιπροσθέτως, μετά την έναρξη λειτουργίας του Κλάδου κατά το άρθρο 1 από 1.1.1998 δικαίωμα του ασφαλισμένου για επιλογή της ασφάλισής του αποκλειστικά στον Κλάδο αυτόν και εξαίρεσής του από την ασφάλιση σε άλλο φορέα κοινωνικής ασφάλισης, σε περίπτωση συνδρομής των προϋποθέσεων ασφάλισής και σ' αυτόν⁶. Οι ενιαίοι κανόνες, όταν δεν συνοδεύονται από τη δημιουργία ενός φορέα, συντηρούν το φαινόμενο της πολυ- ασφάλισης (υπερ- ασφάλισης), ή όταν επιτρέπουν την επιλογή φορέα «υποθάβουν» την κατευθυνόμενη ασφάλιση.

Το 2016 ήταν η καταληκτική ημερομηνία μιας μακράς πορείας ενοποίησης του ασφαλιστικού μας συστήματος⁷; Ωρίμασε σε όλους η ιδέα της αναγκαιότητας ενός ενιαίου φορέα με ενιαίους κανόνες; Πολύ φοβάμαι ότι όχι. Η στασιμότητα, τα προβλήματα και τα πισωγυρίσματα μπορούν να υπονομεύσουν το όλο εγχείρημα. Να προσθέσουμε ένα κακό momentum. Επειδή η ενοποίηση έγινε σε μια δημοσιονομικά δύσκολη εποχή, απέκτησε «εν τη γενέσει» της μια αρνητική πρόσληψη, συνδεθείσα με την ασφαλιστική οπισθοδρόμηση.

Η διαδικασία καθιέρωσης ενιαίων κανόνων θα έπρεπε ήδη να έχει ολοκληρωθεί. Για την εξάλειψη των ιδιαίτερων καθεστώτων θα έπρεπε να έχει καταρτιστεί με ΥΑ ο Κανονισμός Ασφάλισης και Παροχών (άρθρο 29 ν. 4445/16 που τροποποίησε το άρθρο 5 του ν. 4387/16). Όπως προβλέπεται, «Με απόφαση του Υπουργού Εργασίας, Κοινωνικής Ασφάλισης και Κοινωνικής Αλληλεγγ-

5 Βλ. Φ. Χατζηδημητρίου – Γ. Ψηλού, Το νέο δίκαιο των κοινωνικών ασφαλίσεων, Αθήνα, 1993.

6 Βλ. ΔτΚΑ 3/2020, σελ. 481 με Παρατ. Θ. Μπούρλου.

7 Ο Π. Τήνιος μας θύμισε ότι η αρχή των ενιαίων κανόνων που σχεδιάζονταν ήδη το 1957 από ομάδα του Υπουργείου Συντονισμού (Η προδιαγεγραμμένη αποτυχία της ασφαλιστικής μεταρρύθμισης, ΕΔΚΑ 1/2016, σελ. 17).

γύης, που εκδίδεται μέχρι 31.3.2017 κατόπιν εισήγησης του Δ.Σ. του ΕΦΚΑ, καταρτίζεται Κανονισμός Ασφάλισης και Παροχών του ΕΦΚΑ, στον οποίο μεταξύ άλλων, καθορίζονται οι προϋποθέσεις υπαγωγής στην ασφάλιση για παροχές ασθενείας σε είδος και σε χρήμα, το είδος, η έκταση, το ύψος, οι δικαιούχοι, η διαδικασία χορήγησης των παροχών σε χρήμα και κάθε άλλο ζήτημα εντός του υλικού πεδίου του Κανονισμού». Πιθανόν, το διαφορετικό επίπεδο των παροχών των ενταχθέντων φορέων να λειτουργεί ανασταλτικά για την ανάληψη σχετικής πρωτοβουλίας, αφού θέτει το ζήτημα της ενοποίησης προς τα άνω ή προς τα κάτω. Πάντως, επίκειται η έκδοση του Κανονισμού για παροχές ασθενείας σε χρήμα.

Έτσι, συνεχίζουμε να πορευόμαστε με πληθώρα ασφαλιστικών καθεστώτων, γεγονός που δημιουργεί συγχύσεις και αδικίες. Άλλωστε, η κύρια πηγή των καθυστερήσεων είναι η απουσία απλοποίησης των κανόνων που μπορεί να ξεπεραστεί μόνο στο πλαίσιο της ουσιαστικής ενοποίησης. Για να αντιληφθούμε το πρόβλημα, αρκεί να ανατρέξουμε σ' ένα πρόσφατο παράδειγμα, στην προκαταβολή για όσους υποβάλλουν αίτηση συνταξιοδότησης λόγω αναπηρίας (Υ.Α. Φ11321/9122/338), όπου συναντάμε μια σειρά διαφορετικών ποσοστών αναπηρίας και απαιτούμενων χρόνων ασφάλισης ανά πρώην φορείς που εντάχθηκαν στον ε-ΕΦΚΑ.

Η ουσιαστική ενοποίηση όχι μόνο δεν ολοκληρώθηκε -κι απ' ό, τι φαίνεται έχει μακρύ δρόμο μπροστά της-, αλλά κινδυνεύει να πάρει λάθος δρόμο ή ακόμη και να γυρίσει προς τα πίσω με τη δημιουργία ξεχωριστών κανόνων για κάποιες κατηγορίες ασφαλισμένων. Αν καταλήξουμε σ' έναν ενιαίο φορέα όπου θα υπάρχουν νησίδες παρεκκλίσεων (ως προς τις εισφορές και παροχές), χωρίς αυτές να δικαιολογούνται, τότε δεν θα πρόκειται για ενοποίηση, αλλά για το φάντασμά της. Να επαναλάβουμε ότι οι όποιες ιδιαιτερότητες των επαγγελματικών καθεστώτων δεν μπορούν να χρησιμοποιηθούν με μια αυτο-αναφορικότητα. Δεν δικαιολογούν από μόνες τους εσωτερικές διαφοροποιήσεις στον ενιαίο φορέα, αλλά οφείλουν να σχετίζονται άμεσα με κριτήρια της κοινωνικής ασφάλισης.

Το πρόβλημα του ενιαίου χαρακτήρα των κανόνων ανατρέχει στη δημιουργία του ε-ΕΦΚΑ. Ο αρχικός νομοθέτης, κατά την «εκ βάθρων» ασφαλιστική μεταρρύθμιση του ν. 4387/16, δεν προβληματίστηκε σοβαρά τι σημαίνει ουσιαστική ενοποίηση, τι σημαίνουν ενιαίοι κανόνες ασφάλισης και παροχών για μη ομοειδείς κατηγορίες ασφαλισμένων. Ακολούθησε την απλοϊκή οδό της αριθμητικής εξίσωσης. Κανονικά, θα έπρεπε να έχει ερευνήσει αν πίσω από τις ετερόκλητες ομάδες ασφαλισμένων υπάρχουν κάποιες θεμελιακές διαφορές -η αλήθεια είναι ότι εντοπίζονται σε πολύ λίγα σημεία- που υπαγορεύουν όχι ταύτιση, αλλά αντιστοίχιση των ρυθμίσεων.

Ι. Γιατί ένας ενιαίος φορέας κοινωνικής ασφάλισης ;

Ο ν. 4670/20 μετονόμασε τον ενιαίο φορέα σε εθνικό. Είναι αθώα η μετονομασία; Εθνικός δεν σημαίνει αναγκαστικά ενιαίος. Θέλουμε να πιστεύουμε ότι η αλλαγή ονομασίας δεν υποδηλώνει και πρόθεση διαφοροποιήσεων⁸. Το κοινό σημείο όλων των κατηγοριών (ομοειδών και μη) ασφαλισμένων είναι ο σκοπός του φορέα – η ισότιμη υλοποίηση του δικαιώματος στην κοινωνική ασφάλιση. Όλοι αντιμετωπίζουν την ίδια οικονομική ανασφάλεια κατά τα γηρατεία, καθώς και κατά τους λοιπούς κινδύνους. Άρα, όλοι πρέπει να μετέχουν της απόλαυσης του κοινωνικού δικαιώματος στον ίδιο βαθμό. Δεν υπάρχουν, κατά το στάδιο συνταξιοδότησης, λόγοι διαφοροποίησης προς τα άνω ή προς τα κάτω.

Όπως το επεσήμανε η Ολομ. ΣτΕ (1882/19, σκ. 10), «κάθε επαγγελματική κατηγορία..., μισθωτοί, αυτοαπασχολούμενοι, ελεύθεροι επαγγελματίες και αγρότες, αντιμετωπίζει τον ίδιο κίνδυνο απώλειας του εισοδήματος από την εργασία ή το επάγγελμα λόγω γήρατος, ασθένειας, αναπηρίας και θανάτου». Ελεύθεροι επαγγελματίες και μισθωτοί κινδυνεύουν στον ίδιο βαθμό από την επέλευση των κινδύνων. Δεν αποτελεί δικαιολογητικό λόγο η ιστορική κληρονομιά του παρελθόντος. Η κοινωνική ασφάλιση επινοήθηκε για τους μισθωτούς (κοινωνικό ζήτημα) και επεκτάθηκε στη συνέχεια σε όλους. Όπως η διαφορετικότητα δεν πρέπει να συνεπάγεται μια υποδεέστερη προστασία –περίπτωση αυτοαπασχολούμενων που δεν είχαν μέχρι πρότινος πρόσβαση σε όλες τις μορφές προστασίας (λ.χ. επιδότηση ανεργίας)⁹–, έτσι δεν πρέπει να σημαίνει και αντίστροφα μια προνομιακή μεταχείριση σε σχέση με τους λοιπούς. Η διαφορετικότητα των συνθηκών απασχόλησης –και κάθε επάγγελμα έχει τις ιδιαιτερότητές του– δεν σημαίνει από μόνη της και διαφορετική ασφαλιστική μεταχείριση.

Η ενοποίηση των φορέων δεν γίνεται μόνο για λόγους βιωσιμότητας, για να καλυφθούν τα ελλείμματα κάποιων φορέων από τα υπάρχοντα πλεονάσματα άλλων. Δεν γίνεται για να ισοσταθμίσουμε τη στενή αναλογιστική βάση ενός φορέα με την ευρύτερη ενός άλλου. Πράγματι, όταν ο αριθμός των ασφαλισμένων είναι πολύ μεγάλος, τα Ταμεία μπορούν να εκπληρώσουν καλύτερα τις υποχρεώσεις τους, χωρίς να κινδυνεύει η υπόστασή τους. Το βασι-

8 Με όμοιο τρόπο, η εθνική σύνταξη δεν συνδέεται με την ελληνική ιθαγένεια, αλλά υποδηλώνει, κατά κάποιο τρόπο, καθολικότητα στην παροχή της.

9 Βλ. Α. Στεργίου, Αυτοαπασχολούμενος και μισθωτός στην κοινωνική ασφάλιση, 2005, σελ. 18 επ. Σήμερα, προβλέπεται η καταβολή βοηθήματος ανεργίας από τον ΟΑΕΔ στους αυτοτελώς και ανεξαρτήτως απασχολούμενους – ασφαλισμένους του ε-ΕΦΚΑ (άρθρο 44, παρ. 2 ν. 3986/11, Εγκ. ΕΦΚΑ 16/2021). Τα ταμεία αυτοαπασχολούμενων δεν αναγνωρίζουν συνήθως το εργατικό ατύχημα. Δεν απουσιάζουν κάποιες εξαιρέσεις αναγνώρισης ατυχημάτων κατά την άσκηση του επαγγέλματος (ΤΕΒΕ, ΤΣΜΕΔΕ, ΟΓΑ).

κό επιχείρημα είναι ο «νόμος των Μεγάλων Αριθμών», αλλά αυτό δεν αρκεί. Πρέπει να γίνεται με κοινωνικό τρόπο. Και στην ιδιωτική ασφάλιση ισχύει ο ίδιος νόμος –θεμέλιο της κάθε ασφάλισης¹⁰–, που εκκινεί όμως από ιδιοτελή (επιχειρηματικά) κίνητρα. Άλλωστε, η βιωσιμότητα της κοινωνικής ασφάλισης εκτιμάται, κατά το ΣτΕ, σε επίπεδο συστήματος κι όχι ανά φορέα. Γι' αυτό και τα μέτρα που λαμβάνονται για να καταστήσουν το θεσμό βιώσιμο, είναι συνολικά και δεν αφορούν την οικονομική κατάσταση ενός ή μερικών φορέων (ΣτΕ Ολομ. 1891/2019) – άλλωστε, το πρόβλημα της βιωσιμότητας ήταν εξίσου οξύ για όλους.

Το επιχείρημα της «βιωσιμότητας» πρυτάνευσε στην απόφαση Ολομ. Ελ-Συν 2020/2020, «είναι συνταγματικώς ανεκτή, *χάριν της δημοσιονομικής βιωσιμότητας εν γένει και της βιωσιμότητας του συστήματος συνταξιοδότησης ειδικώς των δημοσίων λειτουργών και υπαλλήλων*, η σύσταση νομικού προσώπου, ως Εθνικού Φορέα Κοινωνικής Ασφάλισης, στον οποίο το Κράτος αναθέτει επιτροπικώς τη διαχείριση της υποχρέωσης του Δημοσίου να καταβάλει τις συντάξεις στις ανωτέρω κατηγορίες συνταξιούχων, υπό την προϋπόθεση πάντως ότι ύστερα από ανάλυση της φύσης των σχέσεων που καθιερύονται προκύπτει ότι το Δημόσιο δεν απεκδύεται της άμεσης υποχρέωσης αυτού για καταβολή των συντάξεων ... Η Ολομέλεια θεωρεί δεδομένο ότι και στην ισχύουσα πλέον νομοθεσία αναγνωρίζεται η ύπαρξη ειδικού συνταξιοδοτικού καθεστώτος της ανωτέρω κατηγορίας συνταξιούχων, ότι το καθεστώς αυτό εντάσσεται στον Ενιαίο Φορέα Κοινωνικής Ασφάλισης για λόγους βιωσιμότητας του συστήματος και λογιστικής διαχείρισης και ότι η σύνταξη που καταβάλλεται στους ανωτέρω είναι συνέχεια του μισθού τους και όχι αναπλήρωση των αποδοχών ενεργείας» (σκ. 135).

Αντίθετα, η ενοποίηση γίνεται πρώτιστα για την ενίσχυση του κοινωνικού χαρακτήρα του συστήματος –πέρα από όλα τα άλλα πλεονεκτήματα– όπως βελτίωση εξυπηρέτησης ασφαλισμένων, απλοποίηση, αξιοποίηση περιουσίας, δημιουργία οικονομιών κλίμακας, ενιαίο πληροφοριακό σύστημα, κ.α.¹¹. Ενόψει του κοινωνικού σκοπού, είναι θεμιτή η μεταφορά πόρων από μια κατηγορία στην άλλη. Διευρύνοντας την αναλογιστική βάση, καθιστούμε δυνατή την ανάπτυξη της διεπαγγελματικής αλληλεγγύης. Η κοινωνική αλληλεγγύη οφείλει να έχει μια ενιαία βάση¹². Με άλλα λόγια, η ενοποίηση γίνεται πρωταρχικά για λόγους ισότητας και δικαιοσύνης, για να απολαμβάνουν όλοι

10 Βλ. J. Bichot, *Economie de la protection sociale*, 1992, σελ. 58.

11 Βλ. ΚΕΠΕ, *Η Διοικητική μεταρρύθμιση και λειτουργικός εκσυγχρονισμός των ασφαλιστικών δομών*, Αθήνα, 2014, σελ. 154.

12 Βλ. Π. Τήνου, *Συντάξεις*, 2017, σελ. 27.

στον ίδιο βαθμό την εθνική και διεπαγγελματική αλληλεγγύη¹³. Η αναφορά στην εργασία δεν αναπέμπει στις ιδιαιτερότητες των επαγγελματικών ομάδων. Το άρθρο 22, παρ. 5 του Συντ/τος αναφέρεται γενικά στην εργασία κι όχι στις κατ' ιδίαν επαγγελματικές ομάδες. Ειδικότερα, η εργασία (απασχόληση) χρησιμοποιείται ως κριτήριο πρόσβασης στο σύστημα, ως κριτήριο για την επιβολή εισφορών σε οποιαδήποτε μορφή εισοδήματος από αυτή (απασχόληση), καθώς και ως βάση υπολογισμού των παροχών (επί των αποδοχών).

Η διαφορετικότητα των συνθηκών απασχόλησης δεν επιβάλλει από μόνη της μια υποδεέστερη προστασία. Ή αντίθετα μια πιο προωθημένη. Μπορεί οι ιδιαίτερες συνθήκες απασχόλησης να απαιτούν αναγκαίες προσαρμογές, σε όμοιες ανάγκες όμως αντιστοιχεί ένα παρόμοιο επίπεδο προστασίας – λ.χ., οι αυτοτελώς απασχολούμενοι έχουν την ίδια ανάγκη προστασίας με τους μισθωτούς¹⁴ και βέβαια θα πρέπει να συμβάλλουν ανάλογα στο σύστημα¹⁵. Τυχόν διαφοροποιήσεις δεν μπορούν να παρεισφρέουν παρά σε επίπεδο συμπληρωματικής (επαγγελματικής) προστασίας και να εξαρτώνται από μια πρόσθετη εισφοροδοτική προσπάθεια των ασφαλισμένων. Ως γνωστόν, η συμπληρωματική προστασία του δεύτερου πυλώνα είναι χώρος συλλογικής αυτονομίας και προαιρετικής προσχώρησης, εκτεινόμενος πέραν του «βασικού»¹⁶.

Η διάκριση εξαρτημένης – ανεξάρτητης εργασίας επιτείνεται από τη διαφορετική ασφαλιστική τους μεταχείριση. Αν ενοποιούσαμε τα ασφαλιστικά τους καθεστώτα θα μπορούσαμε να υπερβούμε και τον μεταξύ τους ανταγωνισμό. Από αυτή την άποψη, η αρχή 12 του Ευρωπαϊκού Πυλώνα Κοινωνικών Δικαιωμάτων (2017) προβλέπει την πρόσβαση σε μια επαρκή προστασία για μισθωτούς και αυτοαπασχολούμενους. Ανεξάρτητα από το είδος και τη διάρκεια της σχέσης απασχόλησης, οι εργαζόμενοι και, υπό συγκρίσιμες συνθήκες, οι αυτοαπασχολούμενοι, έχουν δικαίωμα σε επαρκή κοινωνική προστασία. Η αρχή συγκεκριμενοποιήθηκε με τη Σύσταση Συμβουλίου της 8 Νοεμβρίου 2019 σχετικά με την πρόσβαση στην κοινωνική προστασία για τους εργαζομένους και τους αυτοαπασχολούμενους. Το άρθρο 9 της Σύστασης προβλέπει ότι οι κανόνες που διέπουν εισφορές και δικαιώματα (παροχές) δεν θα πρέπει να αποτρέπουν τα άτομα από το να έχουν πρόσβαση σε παροχές λόγω του είδους της σχέσης εργασίας ή του εργασιακού καθεστώτος. Με άλλα λόγια, το είδος της σχέσης δεν θα πρέπει να ασκεί επιρροή στο επίπεδο ασφαλιστικής

13 Βλ. Θ. Ψήμμα, Τα θεμέλια της κοινωνικής ασφάλισης, 2020, σελ. 202.

14 Βλ. Α. Στεργίου, ό.π., σελ. 18 επ.

15 Η ουσιαστική ενοποίηση θα συμβάλλει, εξάλλου, στη βελτίωση του επιπέδου προστασίας για ομάδες που υστερούν σε σχέση με άλλες. Αυτό επιβάλλεται από τον ενιαίο χαρακτήρα των κανόνων.

16 Βλ. M. Badel, La gradation des droits sociaux: l'emprise de l'appartenance professionnelle sur la protection sociale, RDSS 2018, σελ. 162.

προστασίας – σ' ένα πνεύμα ενιαίων ρυθμίσεων.

Για να αντιληφθούμε δε πλήρως τι σημαίνει ενιαίος φορέας με ενιαίες ρυθμίσεις, θα πρέπει να ανατρέξουμε στο «πού» μας είχε οδηγήσει το προϋσχύσαν καθεστώς της πολλαπλότητας των φορέων. Το τελευταίο κατέληγε, κατά κοινή ομολογία, σε σωρεία αδικιών και αδικαιολόγητων ανισοτήτων¹⁷. Ο διαφορετικός βαθμός προστασίας σήμαινε μια διαβάθμιση στην απόλαυση του κοινωνικού δικαιώματος¹⁸. Όπως είχε τονιστεί, η διατήρηση κλαδικής κατάτμησης καθιστούσε το ασφαλιστικό σύστημα μέσο για επιδότηση συγκεκριμένων κλάδων και ατόμων σε βάρος άλλων κλάδων ή ατόμων¹⁹. Να θυμίσουμε, εξάλλου, ότι το ασφαλιστικό ήταν αντικείμενο συχνά συνολικής διαπραγμάτευσης που περιελάμβανε και εργασιακά θέματα. Οι ευνοϊκές ρυθμίσεις στο πεδίο της κοινωνικής ασφάλισης αντιστάθμιζαν κάποιες παραχωρήσεις σε επίπεδο μισθών, κ.α. από την πλευρά των εργαζομένων του κλάδου. Έτσι, όμως, φθάναμε σε άμεση εξάρτηση του ασφαλιστικού καθεστώτος από την ασκούμενη εργασία ή το επάγγελμα, γεγονός που καθιστούσε δύσκολη την ουσιαστική ενοποίηση και γενικότερα την ασφαλιστική μεταρρύθμιση.

Η παράλληλη (πολλαπλή) και διαδοχική ασφάλιση ήταν αποτέλεσμα της πολυδιάσπασης. Υπό το προηγούμενο καθεστώς το ένα απέκλειε το άλλο. Παλαιότερα, κατά το χρονικό διάστημα που ο ασφαλισμένος διατηρούσε ενεργή την παράλληλη ασφάλιση σε περισσότερους φορείς, δεν είχε δικαίωμα να επιδιώξει την εφαρμογή των διατάξεων περί διαδοχικής ασφάλισης, έστω και αν τα χρονικά αυτά διαστήματα δεν συνέπιπταν²⁰. Με το νέο καθεστώς, δημιουργήθηκε μια νέα σχέση ανάμεσα στις δύο μορφές ασφάλισης. Επειδή ο φορέας είναι πλέον ενιαίος, δεν δημιουργείται ζήτημα διαδοχικής ή παράλληλης ασφάλισης. Στην ουσιαστική ενοποίηση υπάρχει μόνο ένας ενιαίος χρόνος, ο χρόνος στον ε-ΕΦΚΑ.

Τέλος, με τους ενιαίους κανόνες αποφεύγεται η πολυνομία, ενώ απλοποιείται η όλη λειτουργία του φορέα. Όπως προτείνει ο Δ. Μπούρλος, «το σύστημα πρέπει να γίνει απλό, με σαφείς και οριοθετημένους κανόνες, ώστε η συμμόρ-

17 Βλ. πρόσφατα Διδακτορική Διατριβή Ζωής Σιούλη, Ενδοκλαδικές ανισότητες στην επικουρική ασφάλιση. Σύγκριση παροχών επικουρικών ταμείων του δημοσίου και του ιδιωτικού τομέα, Πανεπιστήμιο Πελοποννήσου, 2011. Η συγγραφέας ανέδειξε τις ενδοκλαδικές ανισότητες που δεν αφορούν ανόμιες συνθήκες εργασίας. Όπως υποστηρίζει, η πληθώρα των επικουρικών ταμείων δεν επέφερε μόνο άνισες παροχές, αλλά συνετέλεσε και στο να παρουσιάζεται εμπλοκή μεταξύ ιδιωτικού και δημοσίου, όπως και κοινωνικής και επαγγελματικής στρατηγικής.

18 Βλ. ανάλογες σκέψεις από Μ. Badel, *La gradation des droits sociaux : l'emprise de l'appartenance professionnelle sur la protection sociale*, RDSS 2018, σελ. 162.

19 Βλ. ΚΕΠΕ, *Η Διοικητική μεταρρύθμιση και λειτουργικός εκσυγχρονισμός των ασφαλιστικών δομών*, ό.π., 2014, σελ. 138.

20 Βλ. ΣτΕ 2532/13, ΔιΔικ 2014, σελ. 984.

φωση να είναι εύκολη και ο έλεγχος ταχύς»²¹. Άλλωστε, η πολυπλοκότητα του συστήματος επιτείνεται από την προσφυγή και σ' ένα άλλο κριτήριο εσωτερικών διαφοροποιήσεων, το χρόνο, προκειμένου να είναι ηπιότερη η μετάβαση στο νέο καθεστώς. Πράγματι, στον e-ΕΦΚΑ υπάρχουν περισσότερες κατηγορίες ασφαλισμένων και συνταξιούχων, ανάλογα με το χρόνο ασφάλισης ή συνταξιοδότησής τους.

II. Το ΣτΕ δέχθηκε τη συνταγματικότητα της ενοποίησης μη ομοειδών φορέων υπό ενιαίους κανόνες, εφόσον γίνεται με όρους ισότητας

Κατά το ΣτΕ 1880/19 (σκ. 21), το Σύνταγμα αφήνει ανοικτή την επιλογή του οργανωτικού σχήματος που θα ακολουθήσει η κοινωνική ασφάλιση. Ο κοινός νομοθέτης είναι ελεύθερος να επιλέγει το κατάλληλο, κατά την κρίση του, σύστημα χρηματοδότησεως των ασφαλιστικών παροχών (καθορισμένες εισφορές, καθορισμένες παροχές) και να παρέχει την κοινωνική ασφάλιση με ιδιαίτερους κανόνες ανά κατηγορία *απασχολήσεως* (μισθωτοί, αυτοαπασχολούμενοι, ελεύθεροι επαγγελματίες, αγρότες) από ένα ή περισσότερους ασφαλιστικούς φορείς ή από ένα ασφαλιστικό φορέα αδιαφόρως της φύσεως της απασχολήσεως των ασφαλισμένων και, δη, υπό ενιαίους κανόνες, εφ' όσον επιτυγχάνει τούτο με όρους ισότητας, σύμφωνα με το άρθρο 4 παρ. 1 του Συντ/τος). Κατά το Ανώτατο Ακυρωτικό, η ενοποίηση των φορέων είναι μια επιλογή σκοπιμότητας, ενώ αντίθετα, όπως καταδείξαμε, (κυρίως στην ουσιαστική της μορφή) συνδέεται με βασικές αξίες της κοινωνικής ασφάλισης. Πλέον, η επιλογή των περισσότερων φορέων έχει εξαντλήσει την όποια δυναμική είχε και καθίσταται ανασταλτική στην ανάπτυξη των αναδιανεμητικών αποτελεσμάτων του θεσμού.

Η Ολομέλεια τονίζει ότι ο έλεγχος της τηρήσεως των επιταγών του άρθρου 4 παρ. 1 του Συντ/τος από τον κοινωνικοασφαλιστικό νομοθέτη *απαιτεί μεγαλύτερη ένταση στην περίπτωση ενιαίων κανόνων εισφορών και παροχών για μη ομοειδείς κατηγορίες ασφαλισμένων* εντός του αυτού ασφαλιστικού φορέα, σε συνάρτηση και με το σύστημα χρηματοδότησεως των ασφαλιστικών παροχών που επιλέχθηκε. Ωστόσο, δεν μας διαφώτισε ιδιαίτερα για το νόημα της μεγαλύτερης έντασης. Μάλλον, ένταση σημαίνει έναν πιο εκτεταμένο δικαστικό έλεγχο των νομοθετικών επιλογών.

«Ενιαίοι κανόνες» δεν σημαίνουν ομοιομορφία, αλλά αναζήτηση ισοδυναμίας και αναλογικής ισότητας. Στην περίπτωση των ενιαίων κανόνων, οι ρυθμίσεις, οι σχετικές με τις εισφορές και παροχές, αντιμετωπίζονται ως ένα

21 Βλ. ΔτΚΑ 3/2020, σελ. 608.

συνεκτικό σύνολο. Η ισότητα είναι εκείνη που αποτελεί τον αρμό των επιμέρους κανόνων. Η διάταξη του άρθρου 4, παρ. 1 επιβάλλει την ομοιόμορφη μεταχείριση των προσώπων που τελούν υπό τις αυτές ή παρόμοιες συνθήκες και αποκλείει τόσο την εκδήλως άνιση μεταχείριση προσώπων που τελούν υπό τις αυτές ή παρόμοιες συνθήκες όσο και την αυθαίρετη εξομοίωση διαφορετικών καταστάσεων ή την ενιαία μεταχείριση προσώπων που τελούν υπό διαφορετικές συνθήκες, με βάση όλως τυπικά ή συμπτωματικά ή άσχετα μεταξύ τους κριτήρια

Το ΣτΕ ομολογεί ότι μπορούμε να έχουμε έναν ενιαίο φορέα με διαφορετικούς κανόνες. Η διαφορετικότητα, όμως, θα πρέπει να εκφράζει το πνεύμα των ενιαίων κανόνων. Ωστόσο, το Ανώτατο Ακυρωτικό δεν αποφάνθηκε με σαφήνεια ποιες ισοδύναμες ρυθμίσεις θα υλοποιούσαν την ισότητα με μεγαλύτερη ένταση. Η κρίση του είναι αρνητική, δηλαδή περιορίζεται στο «τι» δεν αποτελεί «ενιαίο» – εκτός από τα ποσοστά αναπλήρωσης, όπου έκρινε ότι δεν θα πρέπει να κείται κάτω του 50%.

Στην περίπτωση της πολυδιάσπασης, ίσχυαν αυστηρά (τυπικά) κριτήρια για την ομοιότητα των καταστάσεων και γινόταν ιδιαίτερη αναφορά στους όρους απασχόλησης. Σ' ένα περιβάλλον θεσμικού πλουραλισμού και διάσπασης του συστήματος σε πλείονες ασφαλιστικούς φορείς, η παραβίαση της συνταγματικής αρχής της ισότητας, κατά τη ρύθμιση των έννομων σχέσεων, προϋπέθετε άνιση μεταχείριση ομοειδών κατηγοριών ασφαλισμένων μέσα στον ίδιο ασφαλιστικό οργανισμό. Κατά την πάγια νομολογία, υπό το κρατούν στην Ελλάδα σύστημα κοινωνικής ασφάλισης σε πλείονες ασφαλιστικούς φορείς, «...η παράβασις της συνταγματικής αρχής της ισότητος, κατά τη ρύθμισιν των ασφαλιστικών παροχών, προϋποθέτει άνισον μεταχείρισιν ομοειδών κατηγοριών ησφαλισμένων εντός του αυτού ασφαλιστικού φορέως...»²². Ο καθένας ήθελε τους δικούς του κανόνες, αδιαφορώντας για τους άλλους. Άλλωστε, η συγκρότηση μιας επαγγελματικής ταυτότητας έχει από μόνη της κάτι το εγωιστικό, περιορίζοντας την αλληλεγγύη στο πλαίσιο του συγκεκριμένου επαγγέλματος.

Στην κοινωνική ασφάλιση η άνιση ασφαλιστική μεταχείριση οικοδομήθηκε πάνω σε αυτή την πληθώρα των διαφορετικών ασφαλιστικών φορέων. Όπως το ανέδειξε πολύ νωρίς ο Χρ. Αγγαλόπουλος, ο κατακερματισμός σε εκατοντάδες φορείς είναι φαινόμενο «αντικοινωνικών χρήζον ριζικής ανακαινίσεως»²³. Η διατήρηση της πολλαπλότητας των φορέων –ιστορική αναγκαιότητα λόγω βαθμιαίας ανάπτυξης του θεσμού– δεν εξέφραζε μια (ορθολογική) ορ-

22 Βλ. ενδεικτικά ΣτΕ 3470/06, ΔιΔικ 20 (2008), σελ. 979, ΣτΕ 364/05, ΕΔΚΑ ΜΖ' (2005), σελ. 442 (445), ΣτΕ 3510/05, ΔιΔικ 19 (2007), σελ. 1013 (1014), ΔιοικΕφΑθ 1503/06, ΕΔΚΑ ΜΘ' (2007), σελ. 469.

23 Βλ. Χρ. Αγγαλόπουλος, Κοινωνικά Ασφαλίσεις, 1955, σελ. 28.

γανωτική επιλογή, αλλά επιδίωξη απόκτησης προνομίων από την πλευρά των διάφορων (ισχυρών ως ομάδων πίεσης) επαγγελματικών κατηγοριών²⁴. Το μεταπολεμικό μας σύστημα κοινωνικής ασφάλισης με τις «όψεις Βαβυλωνίας» (Αντώνης Πετρόγλου) που εμφάνιζε, υπάκουε περισσότερο στη λογική ενός πελατειακού επιμερισμού προνομίων σε πολιτικά ευνοημένες επαγγελματικές κατηγορίες. Γι' αυτό οι γενικοί φορείς «βάλτωναν» συνήθως σ' ένα χαμηλό επίπεδο παροχών, ενώ οι ειδικοί κινούνταν σε (αδικαιολόγητα) υψηλά ασφαλιστικά standards²⁵. Η διαφοροποίηση των ασφαλισμένων ως προς το καθεστώς παροχής συντάξεων θεωρούνταν, μάλιστα, δεδομένη για το νομοθέτη και γι' αυτό εκδηλώθηκε η μέριμνά του για τη διαδοχική ασφάλιση που επέτρεπε την κινητικότητα στην αγορά εργασίας.

Ένα από τα πλεονεκτήματα της ενοποίησης είναι η αλληλοεπιτήρηση μεταξύ των ετερόκλητων ομάδων, ένας αμοιβαίος έλεγχος ως προς το επίπεδο προστασίας. Το διαφορετικό –ή καλύτερα ο βαθμός κι η μορφή διαφοροποίησης– συμβιβάζονται με την αρχή της ισότητας, εφόσον αιτιολογούνται επαρκώς. Πράγματι, η ενοποίηση έφερε στην επιφάνεια ευνοϊκές παροχές, ακόμη και στο ίδιο Ταμείο. Κατά τη Μελέτη του ΚΕΠΕ (2014), «Είναι χαρακτηριστικό ότι η συσχέτιση μεταξύ του ύψους της μέσης κύριας σύνταξης και του μεγέθους του Ταμείου είναι -0,44 και στατιστικά σημαντική, δεικνύοντας ότι όσο πιο μικρό το μέγεθος του Ταμείου τόσο μεγαλύτερη κατά μέσο όρο η σύνταξη που παρέχεται»²⁶.

Εξαρχής να πούμε ότι οι όποιες επαγγελματικές ιδιαιτερότητες των μη ομοειδών κατηγοριών ασφαλισμένων δεν εξικνούνται μέχρι τη θέσπιση διαφορετικών κανόνων ασφάλισης. Διαφορετικές επαγγελματικές συνθήκες δεν είναι αναγκαστικό να οδηγούν στη διαφοροποίηση του ασφαλιστικού καθεστώτος. Οι παροχές θα πρέπει να είναι το ίδιο επαρκείς για όλους και οι εισφορές να επιβαρύνουν στον ίδιο βαθμό το εισόδημα όλων. Για την ακρίβεια, στην τελευταία περίπτωση, η επιβάρυνση εκτιμάται αρνητικά με την έννοια του περιορισμού του διαθέσιμου εισοδήματος. Γενικά, λίγα είναι εκείνα τα σημεία που θα δικαιολογούσαν διαφοροποιήσεις. Οι ενιαίες ρυθμίσεις οφείλουν να ενσαρκώνουν, πριν απ' όλα, αρχές της κοινωνικής ασφάλισης, όπως υποχρεωτικότητα, κοινωνική αλληλεγγύη, ανταποδοτικότητα²⁷.

24 Βλ. Γ. Βακαλόπουλου, Εξέλιξη της συνταξιοδοτικής προστασίας στη μεταπολεμική Ελλάδα, ΕΔΚΑ ΑΕ, σελ. 497 επ.

25 Λ.χ. οι ανισότητες εκδηλώνονταν και με την καθιέρωση κοινωνικών πόρων υπέρ ορισμένων Ταμείων.

26 Βλ. ΚΕΠΕ, Η Διοικητική μεταρρύθμιση και λειτουργικός εκσυγχρονισμός των ασφαλιστικών δομών, ό.π., σελ. 143.

27 Δηλαδή, στις αρχές του θεσμού δεν μπορεί να παρεισφρέουν διαφοροποιήσεις.

Σ' ένα ενιαίο σύστημα, η ασφαλιστική διαφοροποίηση δεν πρέπει να στηρίζεται σε κριτήρια εκτός συστήματος, όπως το κύρος του επαγγέλματος. Λ.χ. έχει υποστηριχθεί ότι, όταν ένα πρόσωπο επιλέγει να ασκήσει το επάγγελμα του δικηγόρου, το πράττει αποδεχόμενο τους περιορισμούς που απορρέουν από αυτό και, κατά συνέπεια, δικαιούται να αναμένει ανάλογη αμοιβή και ανταμοιβή (σύνταξη)²⁸. Δηλαδή, από την επιλογή ενός επαγγέλματος απορρέει και μια ιδιαίτερη ασφαλιστική μεταχείριση.

Ομοίως, υποστηρίζεται ότι οι δικαστικοί λειτουργοί θα πρέπει να απολαμβάνουν ένα επίπεδο συντάξεων ανάλογο του κύρους του λειτουργήματός τους. «Οι συντάξεις των δικαστών πρέπει να τελούν σε τέτοια αναλογία προς τις βασικές αποδοχές ενέργειας, ώστε να διατηρείται *ακμαίο και αλώβητο το δικαστικό τους φρόνημα και το ηθικό τους σθένος...*»^{29,30}. Το κύρος όμως των δικαστικών λειτουργών θα περισωθεί με μέτρα που θα λάβει το ίδιο το κράτος κι όχι η ασφαλιστική κοινότητα που είναι πλέον ενιαία. Ό, τι επιβάλλει το Σύνταγμα, είναι η προστασία των δικαστικών λειτουργών από τον κινδύνους, όπως επιβάλλει την προστασία των εργαζομένων στον ιδιωτικό τομέα από τους ίδιους κινδύνους (ΣτΕ Ολομ. 1880/2019, σκ. 13).

Το σύστημα γνωρίζει, κατά βάση, δύο κριτήρια για τις παροχές: την ανάγκη και την εισφοροδοτική προσπάθεια. Ανταποδοτική και διανεμητική δικαιοσύνη³¹. Όταν λαμβάνει κανείς υψηλότερες παροχές, είναι γιατί έχει εισφέρει περισσότερο (λόγω της αξίας του). Στην περίπτωση που έχει εισφέρει περισσότερο σε σχέση με αυτό που λαμβάνει, το κάνει γιατί το επιτάσσει η

28 Βλ. Ο. Αγγελοπούλου, Οι νέες ασφαλιστικές εισφορές. Ζητήματα ουσιαστικού και δικονομικού δικαίου με βάση το παράδειγμα των δικηγόρων, ΔιΔικ 1/2018, σελ. 25.

29 Βλ. Δ. Ράικος, Σύνταγμα κατ' άρθρο ερμηνεία, Άρθρο 88, σελ. 1336. Πρβλ. ΕλΣυν Ολομ. 1491/1986.

30 Κατά το Ειδ. Δικ. Άρθρ. 88 παρ. 2 Συντ. 88/2013, σκ. 15, «...θα μπορούσε να δημιουργήσει σε αυτούς ανασφάλεια ως προς την δυνατότητά τους να ανταποκριθούν στις φορολογικές και πάσης φύσεως οικονομικές υποχρεώσεις, ανειλημμένες πριν από την έναρξη της περικοπής των αποδοχών τους ή γεννηθείσες μεταγενεστέρως, και ανησυχία ως προς τις συνέπειες που τυχόν αδυναμία τους να ανταποκριθούν στις υποχρεώσεις αυτές θα μπορούσε να έχει στο κύρος αυτών ως δικαστών και κατ' επέκταση στο κύρος της ίδιας της δικαστικής λειτουργίας, λαμβανομένου υπ' όψη ότι, λόγω ακριβώς του λειτουργήματος που ασκούν, μη συνεπής εκ μέρους τους εκπλήρωση φορολογικών ή άλλης φύσεως οικονομικών υποχρεώσεων, εκτός από ποινικής, διοικητικής ή αστικής φύσεως συνέπειες, που μπορεί, κατά νόμο, να έχει, ενέχει και ηθική απαξία, μεγαλύτερη δε από ό,τι έχει η μη εκπλήρωση τέτοιας φύσεως υποχρεώσεων από τους άλλους πολίτες, στους οποίους, άλλωστε, τέτοια συμπεριφορά εκ μέρους δικαστικών λειτουργών μπορεί να εμπνεύσει ανησυχία ως προς την ικανότητά τους να ασκήσουν με ανεξαρτησία και αμεροληψία τα καθήκοντά τους. Η ανασφάλεια δε και η ανησυχία αυτή, που προφανώς δεν συντελεί ώστε οι δικαστικοί λειτουργοί να είναι σε θέση να ασκούν απερίσπαστοι τα καθήκοντά τους και να ελαχιστοποιείται ο κίνδυνος επηρεασμού της ευθύκρισίας τους...».

31 Βλ. Θ. Ψήμμα, Τα θεμέλια της κοινωνικής ασφάλισης, 2020, σελ. 27 επ.

αρχή της αλληλεγγύης και η αναδιανομή εισοδημάτων μέσω του θεσμού³². Τα μικρότερα ηλιακά όρια (ή ευνοϊκότεροι όροι) των υπαγομένων στα Βαρέα Ανθυγιεινά Επαγγέλματα δεν αποτελούν προνομιακή ρύθμιση, αλλά τρόπο αποκατάστασης μιας ανισότητας (αντιστάθμισμα) στην πράξη. Λαμβάνεται, δηλαδή, υπόψη το διαφορετικό προσδόκιμο ζωής. Αν απουσίαζε ο θεσμός των ΒΑΕ, η ασφάλιση λόγω γήρατος θα προκαλούσε αφανή μεταβίβαση πόρων από τους εργαζομένους σε κοπιαστικές και ανθυγιεινές εργασίες προς τους εργαζομένους υπό κανονικές συνθήκες, αφού οι πρώτοι πεθαίνουν στατιστικά νωρίτερα, λόγω φύσης της εργασίας τους.

Για τις εισφορές, η έννοια του «ενιαίου» αναφέρεται στο βαθμό της επιβάρυνσης της επαγγελματικής κατηγορίας (λχ δικηγόροι). Ο νομοθέτης πριν προβεί σε επιβαρύνσεις μεγάλης κλίμακας οφείλει να εξετάσει τις επιπτώσεις στο βιοτικό επίπεδο της υπό έρευνα κατηγορίας³³. Προς αυτή την κατεύθυνση, η Σύσταση του 2019 (2019/C 387/ 01) «σχετικά με την πρόσβαση στην κοινωνική προστασία για τους εργαζομένους και τους αυτοαπασχολούμενους» προβλέπει ότι τα κράτη μέλη μεριμνούν ώστε ο υπολογισμός των εισφορών των αυτοαπασχολούμενων να βασίζεται σε αντικειμενική και διαφανή εκτίμηση της βάσης του εισοδήματός τους, συνεκτιμώντας τις διακυμάνσεις του εισοδήματος, και να αντικατοπτρίζει τα πραγματικά κέρδη τους (αρ. 14).

IV. Οι εισφορές των αυτοαπασχολούμενων και ελεύθερων επαγγελματιών, νησίδα αποκλίσεων από τον ενιαίο χαρακτήρα των εισφορών

Η πρώτη απόκλιση από τον ενιαίο χαρακτήρα των ρυθμίσεων προκλήθηκε από την ίδια την απόφαση της Ολομέλειας ΣτΕ 1880/2019. Το σύστημα υπολογισμού των εισφορών των ελεύθερων επαγγελματιών και αυτοαπασχολούμενων του ν. 4387/16 κρίθηκε ότι συνιστούσε εκδήλως δυσμενή διάκριση σε βάρος τους, αφού κατέληγε σε ανεπίτρεπτη όμοια μεταχείριση ανόμοιων καταστάσεων, ως μη έχοντες εργοδότη βαρυνόμενο με τμήμα της δικής τους εισφοράς³⁴. Χωρίς να καθορίσει επακριβώς ποια θα έπρεπε να είναι η επιβάρυνση της εν λόγω επαγγελματικής κατηγορίας, η Ολομ. του ΣτΕ έκρινε ότι ο τρόπος υπολογισμού των εισφορών του ν. 4387/16 –τα ίδια με μισθωτούς

32 Βλ. Σ. Πετρουλάκου, Η νομολογιακή οριοθέτηση του θεσμού της κοινωνικής ασφάλισης μέσα από τις αποφάσεις ΣτΕ Ολ. 189 – 1891/2019, ΕφημΔΔ 5/2019, σελ. 562. Μια άλλη εσωτερική διαφοροποίηση που νομιμοποιείται, είναι εκείνη που απορρέει από το κοινωνικό σκοπό του θεσμού.

33 Βλ. Ο. Αγγελούλου, ό.π.

34 Βλ. Α. Πετρόγλου, Οι νέες ρυθμίσεις του ν. 4387/2016 για τις εισφορές των δικηγόρων στην κοινωνική ασφάλιση, ΕΔΚΑ 2/2016, σελ. 231.

ποσοστά εισφορών– δεν ήταν συμβατός με την αρχή της ισότητας, γιατί κατέληγε σε μεγαλύτερη επιβάρυνση των ελεύθερων επαγγελματιών.

Κατά την Ολομέλεια του ΣτΕ (1880/2019, σκ. 26), «κατά το διανεμητικό σύστημα καθορισμένων παροχών, το οποίο επέλεξε ο νομοθέτης για τον νέο φορέα, ασφαλισμένοι οιασδήποτε κατηγορίας από τις υπαγόμενες στον ενιαίο ασφαλιστικό φορέα με τις ίδιες συντάξιμες αποδοχές (για τις οποίες κατέβαλαν εισφορές) και τον ίδιο χρόνο ασφαλίσεως αποκτούν την ίδια ασφαλιστική παροχή (κύρια σύνταξη). Στην χρηματοδότηση της παροχής αυτής τόσο η ασφαλιζόμενη μισθωτή εργασία όσο και τα ασφαλιζόμενα επαγγέλματα συμβάλλουν με το ίδιο ποσοστό εισφοράς (20%) επί του εισοδήματος που παράγουν. Την παροχή όμως αυτή οι μη μισθωτοί ασφαλισμένοι (αυτοαπασχολούμενοι, ελεύθεροι επαγγελματίες και αγρότες) αποκτούν έχοντας καταβάλει το σύνολο της ως άνω εισφοράς επί του εισοδήματος που πραγματοποιούν από το επάγγελμά τους, ενώ οι μισθωτοί ασφαλισμένοι αποκτούν την ίδια παροχή έχοντας καταβάλει εισφορά 6,67% επί των αποδοχών τους από την εργασία τους, καθώς το υπόλοιπο της εισφοράς (13,33%) βαρύνει τους εργοδότες τους. Συνεπώς, οι μη μισθωτοί ασφαλισμένοι, μη έχοντες εργοδότη βαρυνόμενο με τμήμα της δικής τους εισφοράς, καταβάλλουν τριπλάσιο μέρος του εισοδήματός τους ως αντιπαροχή για την πρόσβαση στην κοινωνική ασφάλιση και την απόληψη της ίδιας παροχής σε σχέση με τους μισθωτούς ασφαλισμένους και, μάλιστα, χωρίς το ύψος των καταβληθεισών εισφορών τους να συνδιαμορφώνει, όπως στο σύστημα καθορισμένων εισφορών, το ύψος της ασφαλιστικής παροχής».

Υπό τα δεδομένα αυτά, αντίθετα με τη διακηρυγμένη πρόθεση του νομοθέτη για εγκαθίδρυση ενός συστήματος κοινωνικής ασφαλίσεως διεπόμενου από την αρχή της ισονομίας, οι ενιαίοι κανόνες ασφαλιστικών εισφορών έχουν ως συνέπεια την εκδήλως δυσμενή διάκριση των αυτοαπασχολούμενων, των ελευθέρων επαγγελματιών και των αγροτών έναντι των μισθωτών κατά την πρόσβασή τους στην κοινωνική ασφάλιση και την υπαγωγή τους στον ενιαίο ασφαλιστικό φορέα, η οποία καθιστά τις ρυθμίσεις των άρθρων 39 και 40 του ν. 4387/2016, καθώς και του άρθρου 41 του ίδιου νόμου, καθ' όσον αφορά τις εισφορές υγειονομικής περιθάλψεως των αυτοαπασχολούμενων, των ελευθέρων επαγγελματιών και των αγροτών, αντίθετες στη συνταγματική αρχή της ισότητας.

Το Ανώτατο Ακυρωτικό δεν αποφάνθηκε ότι η εισφορά των ελεύθερων επαγγελματιών θα πρέπει να είναι ίση με το εργατικό τμήμα της εισφοράς των μισθωτών, δηλαδή 6,67% για τη σύνταξη και 2,25% για παροχές ασθένειας³⁵. Μπορεί να είναι ανώτερη, όχι πάντως ίση με το σύνολο της εργατικής και ερ-

35 Βλ. αντίθετα Ο. Αγγελουπούλου, Σχόλιο στην ΣτΕ (Ολομ.) 1888/2019, ΔτΚΑ 4/2019, σελ. σελ. 745.

γοδοτικής (20% για σύνταξη) ούτε γενικά υπερβολική. Το ΣτΕ έκρινε το μέτρο της επιβάρυνσης των ελεύθερων επαγγελματιών με βάση το ποσοστό κατά το οποίο μειωνόταν το διαθέσιμο από την απασχόληση εισόδημά τους. Και το τελευταίο μειωνόταν ουσιωδώς, αν και θα μπορούσε κανείς να προβάλλει θεμιτά την εξής ένσταση: ποιων αυτοαπασχολούμενων ερευνάται το εισόδημα, αφού οι τελευταίοι δεν συνιστούν ομοιογενή ομάδα.

Και φυσικά ο δικαστής δεν έθιξε το δυσεπίλυτο ζήτημα «ποιος» πραγματικά επιβαρύνεται με την καταβολή των ασφαλιστικών εισφορών. Η νομική φύση των εισφορών δεν συμπίπτει με την οικονομική τους πρόσληψη. Από την άποψη της τελευταίας, οι εργοδοτικές εισφορές αποτελούν μέρος των αποδοχών του εργαζομένου, αφού καταγράφονται ως έμμεσο μισθολογικό κόστος³⁶. Όσον αφορά την Ολομέλεια, δέχθηκε την εισφορά κι ως δημόσιο βάρος για να καλύψει την κοινωνική της λειτουργία³⁷. Για να δικαιολογήσει δε τη διαφοροποίηση μεταξύ εισφορών μισθωτών και ελεύθερων επαγγελματιών, το ΣτΕ δέχθηκε ότι η εισφορά δεν έχει ενιαία φύση. Πράγματι, οι διάφορες αυτές όψεις της ασφαλιστικής εισφοράς³⁸ δεν επιτρέπουν τη συναγωγή της ενιαίας νομικής φύσης αυτής ως υποχρεωτικής χρηματικής παροχής (Ολομ. ΣτΕ 1880/2019, σκ. 20).

Με τη «διόρθωση» του ν. 4670/20 (άρθρο 35), οι ασφαλιστικές εισφορές των ελευθέρων επαγγελματιών υπολογίζονται κατά τρόπο τεκμαρτό –εντελώς ανεξάρτητο των εισοδημάτων τους- κι έτσι ενδέχεται να μην αντιστοιχούν στα πραγματικά τους εισοδήματα. Αυτό που είναι υποχρεωτικό, είναι η κατάταξη σε μια από τις έξι ασφαλιστικές κατηγορίες. Κατά τη γνώμη μας, ενώ είναι θεμιτό το διαφορετικό εύρος της επιβάρυνσης των ελεύθερων επαγγελματιών, δεν είναι αποδεκτή η αλλοίωση του κοινωνικού χαρακτήρα του τρόπου προσδιορισμού των εισφορών τους. Ο κοινωνικός σκοπός επιβάλλει την καταβολή με βάση ένα σύστημα που λαμβάνει υπόψη του το εισόδημα του ασφαλισμένου, προκειμένου να διασφαλιστεί η δίκαιη κατανομή των ασφαλιστικών βαρών, ανάλογα με τις οικονομικές δυνατότητες του καθενός.

36 Πρβλ. T. Wanecq, *Les cotisations sociales, un enjeu économique et financier complexe*, Dr. soc. 2009, σελ. 349.

37 Ως μέσο χρηματοδότησεως της κοινωνικής ασφαλίσεως, ως εκδήλωση της κοινωνικής αλληλεγγύης και ως εργοδοτική εισφορά συνιστά δημόσιο βάρος προς αντιμετώπιση της δαπάνης για την κοινωνική ασφάλιση.

38 Η ασφαλιστική εισφορά του ασφαλισμένου, μισθωτού ή μη, ως υποχρεωτική χρηματική παροχή, είναι εγγενές στοιχείο της κοινωνικής ασφαλίσεως και στα διανεμητικά συστήματα χρηματοδότησεως αυτής –είτε καθορισμένων παροχών είτε καθορισμένων εισφορών– λειτουργεί α) ως αναγκαίος όρος για την πρόσβαση στην ασφαλιστική κάλυψη, β) ως μέσο χρηματοδότησεως της κοινωνικής ασφαλίσεως και γ) ως εκδήλωση της κοινωνικής αλληλεγγύης.

Η Ολομέλεια του ΣτΕ δεν θεώρησε αντισυνταγματικό το φορολογητέο εισόδημα ως βάση υπολογισμού των εισφορών: ο κοινός νομοθέτης είναι ελεύθερος να υπολογίζει αυτήν, επί βάσεως η οποία μαρτυρεί εισφοροδοτική ικανότητα, να καθορίζει δε το ύψος της σε επίπεδο που να διασφαλίζει μεν την *επάρκεια των παροχών* χωρίς όμως να πλήττει το κατά τη διάρκεια του εργασιακού βίου παραγόμενο –κατ’ ενάσκηση του συνταγματικώς αναγνωριζόμενου δικαιώματος συμμετοχής στην οικονομική ζωή της Χώρας– *εισόδημα υπερμέτρως σε σχέση προς τον σκοπό της διασφάλισης εισοδήματος μετά το πέρας του εργασιακού βίου* (Ολομ. ΣτΕ 1880/19, σκ. 28).

Το νέο σύστημα επιφέρει στην αρχή της ισότητας ένα αντίστροφο πλήγμα: ο υψηλόμισθος μισθωτός δεν έχει δικαίωμα επιλογής μιας κατώτερης κατηγορίας κι έτσι μιας μικρότερης αναλογικά επιβάρυνσης. Εδώ, να επισημάνουμε ότι η επιλογή εξαρτημένης ή ανεξάρτητης εργασίας γίνεται συχνά με βάση τους όρους ασφάλισης. Το δικαίωμα επιλογής ασφαλιστικής κατηγορίας που διαθέτουν οι αυτοαπασχολούμενοι καθιστά: α) αδύνατη την αναδιανομή του εισοδήματος μεταξύ υψηλών και χαμηλών εισοδηματικών στρωμάτων. Ενώ ένας υψηλόμισθος μισθωτός συμβάλλει αποφασιστικά στη χρηματοδότηση του θεσμού, δεν συμβαίνει πάντα το ίδιο στην περίπτωση του ελεύθερου επαγγελματία και β) καθηλώνει τις συντάξεις, δημιουργώντας πρόβλημα επάρκειας³⁹. Το σύστημα αυτό δεν μπορεί να ενταχθεί στους ενιαίους κανόνες, γιατί απουσιάζει ο κοινωνικός χαρακτήρας. Ο νομοθέτης έχει λησμονήσει ότι υπάρχει και εσωτερική (ασφαλιστική) αλληλεγγύη⁴⁰. Η ασφάλιση δεν είναι μόνο τεχνική, αλλά και ένας τρόπος παραγωγής αλληλεγγύης⁴¹.

39 Ο Ι.-Α. Χατζητιμοθέου (ΔτΚΑ 3/2020, σελ. 576) παραθέτει το εξής εύγλωττο, από αυτή την άποψη, παράδειγμα: αν ένας επαγγελματίας, που υπήχθη για πρώτη φορά στην ασφάλιση την 1.1.2020, επιλέξει ελεύθερα καθ’ όλη τη διάρκεια του ασφαλιστικού βίου την πρώτη ασφαλιστική κατηγορία, με βάση το άρθρο 28 του ν. 4387/2016 όπως ισχύει σήμερα, ο μέσος όρος των συντάξιμων αποδοχών του θα υπολογιστεί στα 775 ευρώ/ανά μήνα και το συνολικό ποσό της σύνταξής του μετά από 40 χρόνια ασφάλισης στα 725,28 ευρώ προ φόρων. Αν, ωστόσο, ο συγκεκριμένος ασφαλισμένος αποκόμιζε από την επαγγελματική του δραστηριότητα καθ’ όλη τη διάρκεια του εργασιακού του βίου κατά μέσο όρο 1.500 ευρώ/ανά μήνα, τότε ασφαλώς συμπεραίνεται ότι κατά την επέλευση του ασφαλιστικού κινδύνου δεν θα του εξασφαλιστεί επίπεδο παροχών – διαβίωσης κοντινό προς το επίπεδο που είχε κατά τη διάρκεια του εργασιακού του βίου καθώς το ποσοστό της απόκλισης ανέρχεται στο 51,64%. Στο αντίστοιχο παράδειγμα μισθωτού με μέσο όρο αποδοχών 1.500 ευρώ, το προ φόρων ποσό της σύνταξής μετά από 40 χρόνια ασφάλισης υπολογίζεται στα 1066,11 ευρώ, δηλαδή η απόκλιση του επιπέδου παροχών από το επίπεδο διαβίωσης κατά τον εργασιακό βίο ανέρχεται στο 28,93%.

40 Άλλως, οποιαδήποτε ρύθμιση ομάδας ασφαλισμένων που θα εμφανιζόταν ευνοϊκότερη σε σχέση με τους λοιπούς, θα ανέτρεπε την ίδια συμμετοχή στη βιωσιμότητα και την ανταποδοτικότητα.

41 Βλ. Π. Ροζανβαλόν, Το νέο κοινωνικό ζήτημα, 2001, σελ. 112.

V. Εισφορές του κλάδου υγείας των αυτοαπασχολουμένων

Ένα σημείο στο καθεστώς ασφαλιστικής προστασίας που δεν θα επιδεχόταν καμία απόκλιση, είναι εκείνο της κάλυψης του κινδύνου της ασθένειας. Όλοι θα πρέπει να έχουμε πρόσβαση στις παροχές υγείας στον ίδιο βαθμό. Τη σύνδεση της υγείας με τη δικαιοσύνη (ισότητα) προβλέπει η Σύμβαση του Οβιέδο. Σύμφωνα με το άρθρο 3 της Σύμβασης, τα συμβαλλόμενα κράτη, λαμβάνοντας υπόψη τις ανάγκες για την υγεία, καθώς και τους διαθέσιμους πόρους, θα λάβουν τα κατάλληλα μέτρα προκειμένου να παρέχουν ισότητα προσβάσεων στην κατάλληλης ποιότητας περίθαλψη εντός της επικράτειάς τους. Το μόνο χαρακτηριστικό που θα δικαιολογούσε ενδεχομένως μια υψηλότερη επιβάρυνση, αφορά την επιρρεπή στα ατυχήματα φύση ενός επαγγέλματος, δηλαδή αν πρόκειται για επάγγελμα, τα μέλη του οποίου κάνουν συχνή χρήση ακριβών υπηρεσιών υγείας (λ.χ. επαγγελματικός αθλητισμός⁴²) – αν κι αυτό δεν υποστηρίζεται πάντα⁴³. Γενικά, η κοινωνική ασφάλιση γίνεται πολύ «επεμβατική», όταν λαμβάνει υπόψη της τις συμπεριφορές των ασφαλισμένων. Ο ασφαλισμένος δικαιούται να ζει υπό ιδίαν ευθύνη, χωρίς την αναγωγή του θεσμού σε υπέρτατο λογικό προστάτη⁴⁴.

Σύμφωνα με το άρθρο 37 ν.4670/20, από 1-1-2020 οι αυτοτελώς απασχολούμενοι και οι ελεύθεροι επαγγελματίες κατατάσσονται υποχρεωτικά σε μία από τις έξι ασφαλιστικές κατηγορίες. Το ποσό της μηνιαίας ασφαλιστικής εισφοράς για υγειονομική περίθαλψη που αντιστοιχεί στην πρώτη κατηγορία, ανέρχεται συνολικά στα πενήντα πέντε (55) ευρώ [πενήντα (50) ευρώ για παροχές σε είδος και πέντε (5) ευρώ για παροχές σε χρήμα]. Από την 2η έως και την 6η την κατηγορία το ύψος της ασφαλιστικής εισφοράς παραμένει σταθερό στο ίδιο ποσό ανεξάρτητα από την κατηγορία που κατατάσσεται ο ασφαλισμένος και αντιστοιχεί συνολικά στα εξήντα έξι (66) ευρώ (εξήντα (60) ευρώ για παροχές σε είδος και έξι (6) ευρώ για παροχές σε χρήμα). Η επιλογή

42 Για τον κλάδο υγείας οι αθλητές Ανωγύμων Αθλητικών Εταιρειών μπορούν να ασφαλιζονται σε ιδιωτικές ασφαλιστικές εταιρείες (άρθρο 31 παρ. 4 ν. 3057/02). Ειδικά για την ιατρο-φαρμακευτική περίθαλψη, αντί για τον κλάδο Υγείας του ΙΚΑ., οι αθλητές Α.Α.Ε. μπορούν να ασφαλιζονται σε ιδιωτικές ασφαλιστικές εταιρείες, υπόχρεες δε για την καταβολή των ασφαλιστρών είναι οι Α.Α.Ε. κατά τα 2/3 και οι αθλητές κατά το 1/3. Για τους όρους της ασφάλισης διαπραγματεύονται με τις ιδιωτικές ασφαλιστικές εταιρείες οι οικείοι επαγγελματικοί σύνδεσμοι από κοινού με τους οικείους πανελλήνιους συνδέσμους αμειβόμενων αθλητών. Η απαλλαγή από την ασφάλιση στον κλάδο υγείας του ΙΚΑ, επέρχεται μόνο από το χρόνο σύναψης ιδιωτικής ασφάλισης. Βλ. Α. Στεργίου, ό.π., σελ. 425 και 426.

43 Βλ. R. Pellet, L'assurance maladie est-elle légitime à couvrir les pathologies du sport ?, RDSS 2020, σελ. 121.

44 Πρβλ. μειοψ. ΣτΕ 4171/2012.

της ασφαλιστικής κατηγορίας γίνεται ελεύθερα κατόπιν αίτησής τους και είναι ίδια με αυτή που έχει επιλέξει για την κύρια σύνταξη.

Κατά βάση, η εισφορά, πέραν της πρώτης κατηγορίας, παραμένει ομοιόμορφη. Θα μπορούσαμε να σημειώσουμε ότι ο τρόπος αυτός υπολογισμού παραβιάζει τον κοινωνικό χαρακτήρα του θεσμού, γιατί στην ασφάλιση ασθένειας, ενώ οι εισφορές είναι ανάλογες των αποδοχών, οι παροχές εξαρτώνται αποκλειστικά από την κατάσταση της υγείας του ασφαλισμένου. Παράλληλα, αποτελεί άνιση μεταχείριση σε βάρος των μισθωτών που καταβάλλουν εισφορές υπολογιζόμενες επί των αποδοχών τους.

Άλλωστε, σύμφωνα με την υποθ. ΔΕΕ Poucet-Pistre C-159/91 – 160/91, «όσον αφορά την αρχή της αλληλεγγύης, πρέπει να επισημανθεί ότι, όσον αφορά το σύστημα ασφαλίσεως υγείας και μητρότητας, η αλληλεγγύη συνίσταται στο γεγονός ότι το σύστημα αυτό χρηματοδοτείται από εισφορές ανάλογες προς τις απολαβές από την επαγγελματική δραστηριότητα... Η αλληλεγγύη αυτή συνεπάγεται μια ανακατανομή του εισοδήματος μεταξύ των πλέον ευπόρων και αυτών οι οποίοι, σε περίπτωση που δεν θα υφίστατο ένα τέτοιο σύστημα και ενόψει των μέσων τους και της καταστάσεως της υγείας τους, θα στερούνταν της αναγκαίας ασφαλιστικής καλύψεως».

VI. Η ένταξη των δημοσίων υπαλλήλων/ λειτουργών στον e-ΕΦΚΑ

Στο πλαίσιο της ενοποίησης του συστήματος, η ένταξη των δημοσίων λειτουργών και υπαλλήλων στον e-ΕΦΚΑ κρίθηκε συνταγματική τόσο από την Ολομ. του ΣτΕ όσο και από την Ολομ. ΕλΣυν (2020/20)⁴⁵. Ενώ η κατάληξη των Ανωτάτων Δικαστηρίων ήταν κοινή, εντούτοις έφθασαν στο ίδιο συμπέρασμα μέσω διαφορετικών ερμηνευτικών οδών. Πράγματι, η Ολομ. ΣτΕ⁴⁶ έκρινε ότι ο νομοθέτης μπορεί να εντάξει τους δημοσίους λειτουργούς/ υπαλλήλους σ' έναν ενιαίο ασφαλιστικό φορέα (e-ΕΦΚΑ) μαζί με άλλες επαγγελματικές κατηγορίες. *Οι όποιες ιδιαιτερότητες της ασφάλισης των δημοσίων υπαλλήλων δεν εξικνούνται μέχρι της ανάγκης θέσπισης αυτόνομων δομών και ρυθμίσεων.*

Πέρα από το γεγονός ότι με την ένταξη των δημοσίων υπαλλήλων στον e-ΕΦΚΑ δεν παραβιάζεται η αρχή της ίσης μεταχείρισης, κατά το Ανώτατο Ακυρωτικό, από καμιά διάταξη του Συντ/τος δεν προκύπτει η υποχρέωση του νομοθέτη για ιδιαίτερη ασφαλιστική μεταχείρισή τους. Είναι διάφορο το ζήτημα ότι οποιαδήποτε σχετική επιλογή του κοινού νομοθέτη τελεί υπό την αυτονόητη προϋπόθεση του σεβασμού συνταγματικών διατάξεων από τις

45 Βλ. *Ε-Ε. Γαληνού*, Η συνταγματικότητα της σύστασης του ΕΦΚΑ και της υπαγωγής σε αυτόν όλων των κατηγοριών εργαζομένων δημοσίου και ιδιωτικού τομέα με κοινούς κανόνες εισφορών, ΕφημΔΔ 5/2019, σελ. 523. Βλ. αντίθετα ΕλΣυν 930/2019 Π Τμ.

46 Βλ. ΣτΕ Ολομ. 1880/2019, 1888/2019, Π. Ξυλάκη, Σχόλιο, ΘΠΔΔ 2019, σελ. 997.

οποίες προκύπτει υποχρέωση διασφάλισης επιπέδου αξιοπρεπούς διαβίωσης δημοσίων υπαλλήλων και λειτουργών και μετά την έξοδό τους από την δημόσια υπηρεσία και το λειτούργημά τους, καθώς και υποχρέωση σεβασμού της αρχής της ισότητας. Ό,τι επιβάλλει το Σύνταγμα είναι η προστασία των δημοσίων υπαλλήλων από τους (ασφαλιστικούς) κινδύνους μετά το πέρας της σχέσεως δημοσίου δικαίου που τους συνδέει με το Δημόσιο, όπως επιβάλλει την προστασία των εργαζομένων στον ιδιωτικό τομέα από τους ίδιους κινδύνους, αφήνει δε ελεύθερο τον κοινό νομοθέτη να επιλέξει τον τρόπο της προστασίας (ΣτΕ Ολομ. 1880/19, αρ. 15).

Αντίθετα, η Ολομέλεια του ΕλΣυν αποσυνέδεσε τη συνταγματικότητα της ένταξης από τη συνταγματικότητα της επάρκειας των συντάξεων των δημοσίων λειτουργών/ υπαλλήλων. Ειδικότερα, άφησε ανοικτή τη διερεύνηση της εύλογης αναλογίας μεταξύ αποδοχών ενεργείας και σύνταξης την οποία κατανοεί ως συνέχεια των πρώτων. Με άλλα λόγια, το ΕλΣυν δέχθηκε ότι η συνταγματικότητα της ένταξης λόγω εγγύησης της βιωσιμότητας (μια ωφελιμιστική επιλογή) δεν συσχετίζεται με πιθανή αντίθεση στο Σύνταγμα του τρόπου υπολογισμού των συντάξεων της εν λόγω κατηγορίας ασφαλισμένων. Το ζήτημα, κατά το Δικαστήριο, δεν είναι μόνο «τι» είναι ορθό για τους δημοσίους υπαλλήλους (βιωσιμότητα), αλλά και «πώς» αυτό εναρμονίζεται με τον τρόπο υπολογισμού των συντάξεων των λοιπών κατηγοριών.

Τη διάρρηξη της ουσιαστικής ενοποίησης και τη χάραξη μιας διαφορετικής πορείας (απόκλισης) προϋδεάζουν τέσσερις αποδοχές του Δικαστηρίου, δύο από τις οποίες αποτυπώθηκαν πρόσφατα και στο νόμο:

- α) Η νομολογία του ΕλΣυν δέχεται πάγια ότι η συνταξιοδότηση των δημοσίων λειτουργών και υπαλλήλων από το Δημόσιο, διεπόμενη από ιδιαίτερες συνταγματικές διατάξεις (άρθρα 73, παρ. 2, 80, παρ. 1 και 98, παρ. 1 ε'), δεν εμπίπτει στην έννοια της κοινωνικής ασφάλισης κατά το άρθρο 22, παρ. 5 Συντ/τος^{47, 48}. Από το σύνολο των ρυθμίσεων αυτών συνάγεται ότι το Σύνταγμα κατοχυρώνει ως ιδιαίτερο θεσμό το ειδικό υπηρεσιακό και συνταξιοδοτικό καθεστώς των δημοσίων λειτουργών, υπαλλήλων και στρα-

47 Βλ. ΣτΕ 1970/02, ΔιΔικ 2004, σελ. 480, *Ε-Ε. Γαληνού*, ό.π., σελ. 534.

48 Βλ. γνωμοδότηση Ελεγκτικού Συνεδρίου (Πρακτικά 4ης Ειδικής Συνεδρίασης της Ολομ. του ΕΣ της 29ης Ιουνίου 2010). Ειδικότερα, το ΕΣ είχε γνωμοδοτήσει ότι με το Σύνταγμα του 1975 ο συντακτικός νομοθέτης ρύθμισε την εν γένει υπηρεσιακή κατάσταση των δημοσίων υπαλλήλων και λειτουργών και το ασφαλιστικό τους καθεστώς που τελεί σε συνάρτηση της θέσης τους και, συνεπώς, αποτελεί σύστημα επαγγελματικής ασφάλισης, διακρινόμενο από το σύστημα που κατοχυρώνεται από το άρθρο 22, παρ. 5 Συντ/τος.

τιωτικών^{49, 50}, η δε έννοια της «σύνταξης» είναι νομικώς προκαθορισμένη από τις διατάξεις του Συντ/τος.

Η Ολομέλεια ΕλΣυν (2020/2020, σκ. 124) παρατηρεί ότι με σειρά αποφάσεών τους το Συμβούλιο της Επικρατείας και το Ελεγκτικό Συνέδριο έχουν αποδεχθεί, παρά τη σιωπή του Συντάγματος επ' αυτού –ήτοι την έλλειψη ρητής ρύθμισης αντίστοιχης προς αυτή περί της μισθοδοσίας των δικαστικών λειτουργών– ότι τα στελέχη των ενόπλων δυνάμεων, οι ιατροί που υπηρετούν σε κρατικούς φορείς για την προστασία της υγείας των πολιτών και οι δημόσιοι υπάλληλοι που στελεχώνουν τη δημόσια διοίκηση τυγχάνουν κατά το Σύνταγμα ιδιαίτερης μισθολογικής μεταχείρισης, που εξειδικεύεται στην υποχρέωση του κοινού νομοθέτη, νομοθετούντος επί του μισθολογίου τους, να συσταθμίζει τα ιδιαίτερα χαρακτηριστικά των καθηκόντων που ασκούν, ώστε αυτά να βρίσκουν ανταπόκριση στο ύψος του μισθού που καθορίζεται γι' αυτούς⁵¹. Άρα, η ιδιαίτερη μισθολογική μεταχείριση ενδέχεται να οδηγήσει εξίσου σε διαφορετική συνταξιοδοτική μεταχείριση.

- β) Από την πλευρά του, το ΕλΣυν αναγνώρισε ότι, αν κι οι δημόσιοι λειτουργοί και υπάλληλοι απολαμβάνουν ένα ειδικό συνταγματικό καθεστώς, η ένταξή τους στον ε-ΕΦΚΑ είναι συνταγματική με την επιφύλαξη του σεβασμού μιας εύλογης αναλογίας μεταξύ αποδοχών ενεργείας και σύνταξης⁵². Άλλωστε, κατά το άρθρο 19 ν. 4670/20 (τροποποίησε το άρθρο 1 ν. 4387/16), «Αντικείμενο του νόμου είναι η ρύθμιση της έννομης σχέσης κοινωνικής ασφάλισης δημοσίου δικαίου, υποχρεωτικής για όλους τους εργαζόμενους, μισθωτούς, αυτοτελώς απασχολούμενους, ελεύθερους επαγγελματίες, αγρότες και ειδικές κατηγορίες για τους κινδύνους γήρατος, αναπηρίας, θανάτου, εργατικού ατυχήματος, κύριας και επικουρικής ασφάλισης, εφάπαξ και προνοιακών παροχών, καθώς και η ένταξη του ειδικού συνταξιοδοτικού συστήματος των δημοσίων λειτουργών, υπαλλήλων και στρατιωτικών στον ε-Ε.Φ.Κ.Α. *Με την επιφύλαξη των ειδικών διατάξεων για τους δημοσίους λειτουργούς, υπαλλήλους και στρατιωτικούς οι διατάξεις του παρόντος νόμου καταλαμβάνουν όλους όσους παρέχουν εξαρτημένη ερ-*

49 Βλ. ΕλΣυν 930/19, ΣτΕ 1970/02, Διδικ 2004, σελ. 480, Α. Λιγωμένου, Η νομική φύση του συνταξιοδοτικού δικαιώματος των δημοσίων υπαλλήλων, ΕΔΚΑ 1999, σελ. 909 επ.

50 Σύμφωνα με το Ελεγκτικό Συνέδριο, η ασφαλιστική σχέση των δημοσίων υπαλλήλων έχει ως έρεισμα την ειδική τους σχέση με το κράτος. Βλ. ΕλΣυν Ολομ. 992/15, ΝΟΜΟΣ, Πρακτ. 3ης Ειδ.Συν./24-6-2010 Ολομ.

51 Βλ. ΕλΣυν 504/2021, σκ. 12.

52 Βλ. Χ. Μορφακίδη, Η σταδιακή ένταξη του συνταξιοδοτικού δικαιού των δημοσίων υπαλλήλων στον κορμό του δικαιού κοινωνικής ασφάλισης, στον τιμητικό τόμο Κ. Κρεμαλή, 2016, σελ. 99 επ.

γασία έναντι αμοιβής, καθώς και τους αυτοτελώς απασχολούμενους και τους ελεύθερους επαγγελματίες και τους απασχολούμενους με το αγροτικό επάγγελμα».

γ) Κατά το άρθρο 22 ν. 4670/2020, «Για τους δημόσιους λειτουργούς, υπαλλήλους και στρατιωτικούς, σύνταξη είναι το ποσό που καταβάλλεται σε αυτούς, μετά την έξοδό τους από την υπηρεσία, ως συνέχεια της αμοιβής τους, το οποίο, για λόγους δημοσιονομικής βιωσιμότητας και λογιστικής ενότητας του συστήματος, υπολογίζεται σε αντιστοιχία με το άθροισμα της εθνικής και της ανταποδοτικής σύνταξης». Ο χαρακτήρας της σύνταξης ως αμοιβής προσιδιάζει σε σύστημα επαγγελματικής ασφάλισης⁵³. Το ΕλΣυν δεν φαίνεται να έχει διάθεση να εγκαταλείψει μια τέτοια προσέγγιση ακόμη και μετά την ένταξη των δημοσίων υπαλλήλων/ λειτουργών στον e-ΕΦΚΑ. Αντίθετα, για τους λοιπούς ασφαλισμένους, η σύνταξη εμφανίζεται ως αναπλήρωση των αποδοχών ενεργείας (Ολομ. 2020/2020, σκ. 135).

δ) Το Δικαστήριο παρατηρεί επίσης ότι οι αποδοχές των δημοσίων λειτουργών και υπαλλήλων καθορίζονται από το νόμο (άρθρα 79, 80, 88 παρ. 2 εδ. α', 104 παρ. 2 και 22 παρ. 3 του Συντ/τος), ενώ οι αποδοχές των εν γένει υπαλλήλων του ιδιωτικού τομέα διέπονται υποχρεωτικώς, εκτός από τους γενικούς όρους εργασίας, από συλλογικές συμβάσεις συναπτόμενες με ελεύθερες διαπραγματεύσεις (άρθρο 22 παρ. 2 του Συντ/τος) (Ολομέλεια 2020/2020, 504/2021, σκ.13). Η διαφορά αυτή δεν είναι σήμερα αποφασιστική, γιατί ο θεσμός των συλλογικών διαπραγματεύσεων (ν. 2738/ 99) έχει επεκταθεί και στη Δημόσια Διοίκηση⁵⁴, ενώ για τους εργαζομένους του ιδιωτικού τομέα έχει υποχωρήσει σημαντικά η θέση τους στον καθορισμό των όρων εργασίας, κατά την εποχή της κρίσης (τάση επιστροφής στην ατομική σύμβαση).

Η αναγνώριση ειδικού συνταξιοδοτικού καθεστώτος για τους δημοσίους υπαλλήλους / λειτουργούς μπορεί να νομιμοποιήσει με τη σειρά της τις αποκλίσεις. Και πράγματι παραμένει ανοικτό το ζήτημα της εύλογης αναλογίας μεταξύ της σύνταξης και του μισθού ενεργείας των δημοσίων υπαλλήλων. Σε ποια κρίση θα οδηγηθεί το οικείο τμήμα του Ελεγκτικού Συνεδρίου δεν γνωρίζουμε. Πάντως, υπάρχουν κίνδυνοι οι δημόσιοι υπάλληλοι να δημιουργήσουν εντός e-ΕΦΚΑ το δικό τους αυτόνομο καθεστώς.

Ήδη, σύμφωνα με το άρθρο 36Α ν. 4387/16, τα ποσοστά αναπλήρωσης των ειδικών κατηγοριών στρατιωτικών που προβλέπονται στο άρθρο 41 του α.ν. 1854/1951, όπως αντικαταστάθηκε με το άρθρο 3 παράγραφοι 1-3

53 Βλ. Ε. Γαληνού, ό.π., σελ. 532.

54 Βλ. Κ. Παπαδημητρίου, Συλλογικό Εργατικό Δίκαιο, 2^η εκδ., 2018, σελ. 95.

του ν. 148/1975 και συμπληρώθηκε στις παραγράφους 2 και 3 περίπτωση δ' με το άρθρο 2 του ν. 1282/1982, και με τις παραγράφους 2 και 3 του άρθρου 8 του ν. 2084/1992, καθώς και με τις διατάξεις του άρθρου 41 του π.δ. 169/2007, όπως ισχύει, προσαζύνονται πέραν των ποσοστών του πίνακα 2 της παραγράφου 5 του άρθρου 8 και κατά ποσοστό 1,5% επιπλέον για κάθε έτος μετά το τεσσαρακοστό πέμπτο.

V. Εύλογη και ευθεία (σταθερή) αναλογία μεταξύ αποδοχών ενεργείας και σύνταξης

Το Ελεγκτικό Συνέδριο δέχθηκε ότι η σύνταξη για την εν λόγω κατηγορία συνταξιούχων (δημόσιοι υπάλληλοι/ λειτουργοί), ως συνέχιση του μισθού τους, τελεί σε εύλογη αναλογία προς τις αποδοχές ενεργείας αυτών, χωρίς εξάρτηση του δικαιώματος σε αυτήν άλλη εκτός από την υπηρεσιακή τους κατάσταση, όταν τελούσαν εν ενεργεία⁵⁵. Η εύλογη αναλογία είναι το κύριο αυτοτελές κριτήριο καθορισμού του ύψους της σύνταξης των δημοσίων λειτουργών και υπαλλήλων, ανεξαρτήτως αν εντός αυτού ενσωματώνεται, χωρίς αυτοτέλεια, το κριτήριο του επιπέδου της αξιοπρεπούς διαβίωσης (Ολομ. 2020/20 σκ. 144). Η Ολομ. ΕλΣυν δεν υπεισήλθε σε ειδικότερο ποσοτικό προσδιορισμό της εύλογης αναλογίας (σκ. 145)⁵⁶. Επαφίεται στον κοινό νομοθέτη να δώσει συγκεκριμένη αριθμητική αποτύπωση στις συνταγματικές απαιτήσεις που διατυπώθηκαν στην προηγούμενη σκέψη, ήτοι της εύλογης αναλογίας μεταξύ αποδοχών ενεργείας και σύνταξης, που για τους χαμηλούς μισθούς πρέπει να είναι «όσο το δυνατόν εγγύτερα», για τους μέσους «να μην απομακρύνονται αισθητά» και για τους υψηλούς μισθούς «να μη στοιχειοθετούν ανατροπή του επιπέδου ζωής». Όπως επίσης επαφίεται στο νομοθέτη να διαρρυθμίσει περαιτέρω τις βάσεις υπολογισμού ανάλογα με τα έτη υπηρεσίας, την κατηγορία, τον βαθμό, την ηλικία κ.λπ. Πάντως, δεν θα ήταν επιτρεπτό να καθορισθεί η σύνταξη σε ύψος που καταδήλως δεν θα μπορούσε να θεωρηθεί ως συνέχεια των αποδοχών ενεργείας (σκ. 145)⁵⁷.

55 Βλ. ΕλΣυν Ολομ. 2020/2020, άρ. 137.

56 Στην παραπεμπτική όμως απόφαση του II Τμήματος η εύλογη αναλογία προσδιορίζεται αναλυτικά με τη χρήση μιας δέσμης έξι ενδείξεων (σκέψη 54 της παρούσας) όπου διευκρινίζεται περαιτέρω (σκέψη 64 της παρούσας) ότι η αναλογία αυτή πρέπει να συναρτάται με την υπηρεσιακή κατάσταση του συνταξιοδοτηθέντος καθώς και με τη διατήρηση στη σύνταξη αυτού των υφιστάμενων, ενώ τελεί σε ενέργεια, διαφοροποιήσεων ανά κλάδο, βαθμό και έτη υπηρεσίας.

57 Το «ποσοστό αναπλήρωσης» εμπεριέχει την ιδέα της αναλογίας καθόσον ορίζεται με βάση τις συνολικές αποδοχές ενεργείας του συνταξιοδοτούμενου επί των οποίων εφαρμόζεται ένα ποσοστό επί τοις εκατό που ενεργεί μειωτικά.

Το Ελεγκτικό Συνέδριο έκρινε ότι το δίπτυχο εθνική – ανταποδοτική του ν. 4387/16 δεν αποτυπώνει επακριβώς την εύλογη αναλογία, όπως συνέβαινε στο καθεστώς του Συνταξιοδοτικού Κώδικα και ειδικότερα στερείται διαφάνειας. Ωστόσο, το ΕΛΣυν δέχθηκε ότι το ζήτημα που ανακύπτει είναι αν η έλλειψη αυτή διαφάνειας ως προς την τήρηση της εύλογης αναλογίας δεν στοιχειοθετεί αφ' εαυτής παραβίαση της συναφούς συνταγματικής απαίτησης. Κατά το Δικαστήριο, δεν είναι το διαφανές του ποσοστού αναλογίας που αποτελεί αυτό που συνθέτει την εύλογη αναλογία, αλλά το εύρος της απόστασης μεταξύ αποδοχών ενεργείας και συντάξεως όπως αυτό μπορεί να προκύψει από την εφαρμογή των οικείων ρυθμίσεων (Ολομ. 2020/2020, σκ. 148). Κατά τη γνώμη μας, το εν λόγω δίπτυχο είναι απόλυτα διαφανές ως προς την πηγή χρηματοδότησης, εισφορές ή κρατικός προϋπολογισμός (φόροι). Το δε ποσοστό αναπλήρωσης προκύπτει από το άθροισμα εθνικής – ανταποδοτικής και δεν περιορίζεται μόνο στη δεύτερη.

Να επισημάνουμε κάποιες παρεξηγήσεις στην οπτική του ΣτΕ (Ολομ. 1891/19). Πρώτον, η παραβίαση της ανταποδοτικότητας δεν αναιρείται από την ύπαρξη της εθνικής. Το ΣτΕ δεν προσθέτει την εθνική στην ανταποδοτική, ενώ αντίθετα το ΕΛΣυν αντιμετωπίζει τα δύο τμήματα σωρευτικά. Αυτό που ενδιαφέρει το ΕΛΣυν, είναι το εύρος της απόστασης μεταξύ αποδοχών ενεργείας και σύνταξης, η προσδοκία ότι το επίπεδο ζωής δεν θα μεταβληθεί ουσιαστικά μετά τη συνταξιοδότησή του. Ακολούθως, το ΕΛΣυν προχώρα σε μια διάκριση ανάμεσα στις υψηλές αποδοχές ενεργείας με ευρύ περιθώριο μείωσης και τις χαμηλές αποδοχές ή έστω μεσαίου μεγέθους με στενά περιθώρια απόκλισης.

Δεύτερον, το Ανώτατο Ακυρωτικό λησμονεί την αρχή της εσωτερικής αλληλεγγύης μεταξύ των ασφαλισμένων και το κοινωνικό σκοπό του θεσμού. Το γεγονός ότι οι χαμηλόμισθοι, σύμφωνα με το σύστημα υπολογισμού των συντάξεων, εξασφαλίζουν υψηλότερο ποσοστό αναπλήρωσης, δεν σημαίνει ότι παραβιάζεται η αρχή της ισότητας⁵⁸. Αντίθετα, τα ποσοστά αναπλήρωσης των συνταξιούχων με μέσο ή υψηλό μισθό παραβιάζουν την αρχή της ισότητας και το πυρήνα του δικαιώματος, όταν οι συντάξεις τους δεν τους επιτρέπουν να διατηρήσουν το κεκτημένο επίπεδο διαβίωσης.

Από την άλλη, «εύλογη αναλογία» δεν αποτελεί η «ευθεία αναλογία», όπως αυτή απαιτείται στην περίπτωση των συντάξεων των δικαστικών λειτουργών. Επομένως, η αναλογία διακρίνεται σε ευθεία και εύλογη, η δεύτερη με την έννοια της μεγαλύτερης χαλαρότητας κι ενός έσχατου ορίου προς τα κάτω. Για τους λοιπούς ασφαλισμένους (του ιδιωτικού τομέα), η αναπλήρωση

58 Βλ. επισημάνσεις Σ. Πετροπουλάκου, ό.π., σελ. 562. Για τις διακρίσεις σε βάρος ασφαλισμένων που έχουν καταβάλει υψηλότερες εισφορές, βλ. Α. Στεργίου, Δίκαιο Κοινωνικής Ασφάλισης, 3^η εκδ., 2020, σελ. 350.

των αποδοχών πρέπει να βρίσκεται «όσο το δυνατόν εγγύτερα» στο επίπεδο του οικονομικά ενεργού βίου. Παρατηρούμε, λοιπόν, μια διαφορετικότητα ως προς την ένταση της ανταποδοτικότητας εισφορών - παροχών⁵⁹, ανάλογα με την κατηγορία των ασφαλισμένων του ε-ΕΦΚΑ.

Για τους δικαστικούς λειτουργούς, η νομολογία προσφεύγει στην ανεξαρτησία της δικαστικής λειτουργίας, προκειμένου να εγγυηθεί το συνταξιοδοτικό τους καθεστώς – άλλωστε, για την κρίση των σχετικών ζητημάτων καθ' ύλην αρμόδιο είναι το Ειδικό Δικαστήριο του άρθρου 88, παρ. 2 Συντ/τος (Μισθοδικείο)⁶⁰. Το Σύνταγμα καθιερώνει για την εν λόγω κατηγορία μια ιδιαίτερη συνταξιοδοτική μεταχείριση. Διαφορετικά, η παράλειψη ειδικής στάθμισης θα απέληγε, κατά τη νομολογία, σε συνταγματικώς μη επιτρεπτή ομοιόμορφη μεταχείριση ανόμοιων καταστάσεων, κατά παράβαση της αρχής της ισότητας⁶¹. Η σχετική ευχέρεια εκτιμήσεων και επιλογών του νομοθέτη, όσον αφορά το συνταξιοδοτικό των δικαστών, τελεί υπό τον περιορισμό της εγγύησης της ανεξαρτησίας της δικαστικής λειτουργίας⁶².

Ειδικότερα, από τις διατάξεις των άρθρων 87, παρ. 1 και 88 παρ. 2, σε συνδυασμό με το άρθρο 26 Συντ/τος (αρχή της διάκρισης των λειτουργιών), τα δικαστήρια συνάγουν ότι η συνταγματική προστασία διασφαλίζει μεταξύ άλλων και το συνταξιοδοτικό καθεστώς των δικαστικών λειτουργών, διότι και αυτό αποτελεί εγγύηση της προσωπικής και λειτουργικής τους ανεξαρτησίας^{63, 64}. Μέσω δε της ανε-

59 Για την ακρίβεια, ΣτΕ δέχεται ότι είναι συνταγματική η έλλειψη ανταποδοτικότητας και μόνο η υπέρβαση του ανεκτού ορίου έλλειψης ελέγχεται δικαστικά από αυτό (Ολομ. ΣτΕ 1891/2019, σκ. 30).

60 Το Ειδικό Δικαστήριο, μετά την επίλυση του ζητήματος, εφόσον δεν έχει ήδη επιλυθεί με προηγούμενη απόφασή του, παραπέμπει τη σχετική υπόθεση για την περαιτέρω εκδίκασή της στο αρμόδιο δικαστήριο, δηλαδή είτε σε τακτικό διοικητικό δικαστήριο είτε στο ΕλΣυν (78, 88/2013).

61 Βλ. ΕλΣυν Ολομ. 244/17.

62 Βλ. Θ. Ψήμματος, Η συνταξιοδοτική μεταχείριση των δικαστικών λειτουργών: Κριτική αποτίμηση, ΔτΚΑ 2/2019, σελ. 203 επ.

63 Βλ. Ε.Σ. 1417/02 Ολομ., ΕΔΚΑ 2002, σελ. 920, Ε.Σ. Ολομ. 304/03, ΕΔΚΑ 2003, σελ. 780. Βλ. Ειδικό Δικαστήριο 88/13, Α. Τσέτουρα, Συντάξεις δικαστικών λειτουργών και νόμιμες προσδοκίες, ΕΔΚΑ 2015, σελ. 484 επ. Για τη δικαιοδοσία του Ειδικού Δικαστηρίου για την εκδίκαση των διαφορών που αφορούν σε αποδοχές και συντάξεις των δικαστικών λειτουργών, ΣτΕ 687/03, ΕΔΚΑ 2003, σελ. 774.

64 Η απόφαση 1/2018 του Ειδικού Δικαστηρίου (σκ. 19) έκρινε ότι «οι δικαστικοί λειτουργοί, εν ενεργεία και συνταξιούχοι, αντιμετωπίστηκαν από το ν. 4387/2016 κατά τρόπο ενιαίο, τουλάχιστον με το σύνολο των απασχολούμενων στο Δημόσιο και εντάχθηκαν και αυτοί, όπως όλοι οι απασχολούμενοι στο Δημόσιο, άμεσα και έμμεσα κρατικά όργανα, τόσο στις πάγιες ρυθμίσεις του εν λόγω νόμου όσο και στις μεταβατικές ρυθμίσεις του άρθρου 13 αυτού, χωρίς να έχει συνεκτιμηθεί, ειδικώς κατά τη θέσπιση, με το τελευταίο αυτό άρθρο, ανώτατου ορίου στις ήδη καταβαλλόμενες συντάξεις, η ιδιαίτερη συνταξιοδοτική μεταχεί-

ξαρτησίας αυτής εξασφαλίζεται στους πολίτες αποτελεσματική δικαστική προστασία, κατ' άρθρο 20 Συντ/τος. Στην προοπτική αυτή, οι αποδοχές των δικαστικών λειτουργών –και κατ' επέκταση οι συντάξεις τους– όχι μόνο θα πρέπει να είναι τουλάχιστον ίσες προς τις αποδοχές των αντίστοιχων οργάνων των άλλων δύο λειτουργιών, αλλά και επαρκείς να εξασφαλίσουν την αξιοπρεπή διαβίωση των δικαστικών λειτουργών, δηλαδή τη διαβίωσή τους κατά τρόπο συνάδοντα προς το κύρος του λειτουργήματος που ασκούν και την αποστολή τους ως οργάνων της τρίτης εξουσίας⁶⁵. Ακόμη ειδικότερα, η σύνταξη των αποχωρούντων από την υπηρεσία δικαστικών λειτουργών, η οποία αποτελεί «συνέχεια» των αποδοχών τους, δεν μπορεί να αποκλίνει ουσιωδώς από τις αποδοχές των εν ενεργεία δικαστικών λειτουργών⁶⁶.

Για να διασφαλιστεί η προσωπική και λειτουργική ανεξαρτησία των δικαστών, εγκαθίσταται μια πιο στενή σχέση των αποδοχών ενεργείας με τις συντάξεις⁶⁷. Από αυτή την άποψη, η ευχέρεια του κοινού νομοθέτη να καθορίσει τις συντάξιμες αποδοχές των δικαστικών λειτουργών τελεί υπό τους περιορισμούς, κατά το μέρος που κάτι τέτοιο θα μπορούσε να περιορίσει ή να επηρεάσει την προσωπική και λειτουργική ανεξαρτησία του κάθε δικαστικού λειτουργού κατά τη διάρκεια της άσκησης του λειτουργήματος του⁶⁸. Ειδικότερα, ο προσδιορισμός του περιεχομένου τους (των συντάξιμων αποδοχών) και το ύψος τους δεν μπορεί να γίνεται κατά τρόπο που να αποκλίνουν αυτές ουσιωδώς από τις κατ' εφαρμογήν του άρθρου 88, παρ. 2 Συντ/τος καθοριζόμενες αποδοχές ενεργείας, δηλαδή από τις αποδοχές των εν ενεργεία οι οποίοι έχουν τον αυτό βαθμό με εκείνον που κατείχαν οι συνταξιούχοι κατά την έξοδό τους από την ενεργό υπηρεσία. Συνεπώς, η διαμορφωτική παρέμβαση του κοινού νομοθέτη στο συνταξιοδοτικό καθεστώς του δικαστικού λειτουργού

ριση των δικαστικών λειτουργών, την οποία κατοχυρώνει, κατά τα ανωτέρω, το Σύνταγμα ως εγγύηση για την εξασφάλιση της ανεξαρτησίας της δικαστικής λειτουργίας και δι' αυτής την εξασφάλιση της παροχής στους πολίτες αποτελεσματικής δικαστικής προστασίας, και χωρίς να προκύπτει, βάσει συγκεκριμένων εκτιμήσεων, ότι η σκοπούμενη με τις ρυθμίσεις του ν. 4387/2016 διατήρηση της βιωσιμότητας του συνταξιοδοτικού συστήματος δεν ήταν δυνατή παρά μόνον με τη θέσπιση τέτοιων δραστηκών μειώσεων στις συντάξεις των δικαστικών λειτουργών».

65 Βλ. Ειδ.Δικ άρθρου 88, παρ. 2 Συντ. απόφ. 1/18, ΕφημΔΔ 2018, σελ. 751, Ειδ. Δικ. 88/13. Γενικά, βλ. Β. Ανδρουλάκη, Ζητήματα δικαστικής ανεξαρτησίας, ΟΠΔΔ 4-5/2018, σελ. 319.

66 Βλ. Ειδ.Δικ άρθρου 88, παρ. 2 Συντ. απόφ. 2/18, ΔΕΝ 2018, σελ. 429.

67 Βλ. σχόλιο Θ. Ψήμμα στην απόφ. Ειδ.Δικ. 1/18, ΟΠΔΔ 2018, σελ. 751. Πρβλ. απόφαση ΔΕΕ της 6.11.2012 επί της προσφυγής της Ευρωπαϊκής Επιτροπής κατά Ουγγαρίας, υπόθ. C-286/12, σκ.72.

68 Οι οικονομικές παροχές των δικαστικών λειτουργών προσμετρώνται στις συντάξιμες αποδοχές, γιατί διαφορετικά θα διαταρασσόταν υπέρμετρα η αναλογία θίγοντας την ανεξαρτησία των λειτουργών (ΕΛΣυν Ολομ. 1136/2003, σκ. 5).

είναι επιτρεπτή μόνο στο μέτρο που διατηρείται μια σταθερή αναλογία μεταξύ των συντάξιμων αποδοχών και εκείνων της ενέργειας των δικαστικών λειτουργιών. Η σταθερή αυτή αναλογία αφορά παροχές που συναρτώνται με την παρεχόμενη από αυτούς εργασία και αποτελούν εγγύηση της προσωπικής και λειτουργικής τους ανεξαρτησίας κι όχι εκείνες που καταβάλλονται ως αντιστάθμισμα δαπανών στις οποίες υποβάλλονται για την αποτελεσματική άσκηση του λειτουργήματός τους⁶⁹.

Η νομολογιακή διαφοροποίηση των δικαστών από τους λοιπούς ασφαλισμένους δεν δικαιολογείται επαρκώς από το Σύνταγμα. Το άρθρο 22, παρ. 5 του Συντ/τος, όσον αφορά τον πρώτο πυλώνα (δημόσιο και κύριο), εγγυάται τον ίδιο βαθμό προστασίας για όλους όσους απασχολούνται, ανεξάρτητα από το ειδικότερό τους επαγγελματικό (υπηρεσιακό) καθεστώς⁷⁰. Προσφέρει κοινή ενοποιητική βάση (αρχή καθολικότητας) που δεν συνδέεται με το κύρος της θέσης ή το είδος της απασχόλησης. Η αξιοπρεπής διαβίωση δεν γνωρίζει διαβαθμίσεις ανάλογα με το επάγγελμα ή τη δραστηριότητα του ασκούντα αυτή⁷¹. Ο δε σεβασμός της ανεξαρτησίας της δικαιοσύνης είναι απροϋπόθετος. Ανάλογη επιχειρηματολογία θα μπορούσαν να επικαλεστούν κι άλλες κατηγορίες δημοσίων λειτουργιών, όπως οι ιατροί του ΕΣΥ, ο ρόλος των οποίων ήταν καταλυτικός κατά την πανδημία. Ας δανειστούμε για την περίπτωση τη ρήση του Δ. Τσάτσοι ότι οι νομικοί αναγνωρίζουν συχνά στους νομικούς κανόνες δυνατότητες περισσότερες από αυτές που έχουν.

Ένα πρόσθετο πρόβλημα δημιουργεί η συνταγματική διάταξη του άρθρου 88, παρ. 5 που επιβάλλει την αυτοδίκαιη παύση των δικαστικών λειτουργιών με τη συμπλήρωση του 65ου ή 67ου έτους της ηλικίας τους, ανάλογα με τη βαθμίδα που υπηρετούν⁷². Σύμφωνα με το ΔΕΕ (C-619/18), το μέτρο μείωσης του ορίου ηλικίας συνταξιοδότησης των δικαστών που ήδη υπηρετούν στο Ανώτατο Δικαστήριο, έχει ως συνέπεια την πρόωγη παύση της άσκησης των δικαιοδοτικών καθηκόντων τους και μπορεί, ως εκ τούτου, να προκαλέσει εύλογες ανησυχίες όσον αφορά την τήρηση της αρχής της ισοβιότητας και της ανεξαρτησίας των δικαστών. Παρατηρούμε, λοιπόν, ότι ζητήματα κοινωνικής

69 Βλ. Δ. Ράικος, στο Σύνταγμα κατ' άρθρο ερμηνεία, Άρθρο 88, σελ. 1349, Ειδ. Δικ. 4 και 7/2006.

70 Δεν υπάγονται στη δικαιοδοσία του Ειδικού Δικαστηρίου μισθολογικές και συνταξιοδοτικές διαφορές δικαστικών λειτουργιών στις οποίες ανακύπτουν ζητήματα που αφορούν και άλλες κατηγορίες υπαλλήλων ή συνταξιούχων του Δημοσίου (ΕΛΣυν 4327/14 Ολομ., ΕΔΚΑ 2014, σελ. 956).

71 Το ΔΕΕ (C-49/18) έκρινε σύμφωνες με τις αρχές της απαγόρευσης διακρίσεων και της δικαστικής ανεξαρτησίας περικοπές σε δικαστές με χαμηλότερο μισθό.

72 Βλ. Α. Γέροντα, Το όριο ηλικίας των δικαστών, ΕφημΔΔ 2016, σελ. 692.

ασφάλισης –όπως το όριο ηλικίας– ανάγονται συχνά σε σκοπιμότητες εκτός συστήματος, όπως η εγγύηση της ανεξαρτησίας των δικαστών.

Επίλογος: Η νέα ισορροπία ανάμεσα στην ασφάλιση, την πρόνοια και την καθολικότητα

Για να αντιληφθούμε την έννοια και τη σημασία της ενοποίησης των ασφαλιστικών φορέων, είναι ανάγκη να την εντάξουμε στο νέο επαναπροσδιορισμό των σχέσεων ανάμεσα στα τρία παραδείγματα (μέρη του συστήματος) και ειδικότερα ανάμεσα στο επαγγελματικό (με θεμέλιο την απασχόληση, χαλαρά ανταποδοτικό), το προνοιακό (ασυνδέτως προς την εργασία και μη ανταποδοτικό) και το καθολικό (παροχές σε όλους, χωρίς καμία περαιτέρω κατηγοροποίηση ή προϋπόθεση, και χρηματοδότηση από φόρους⁷³) (*universalité*) τμήμα⁷⁴. Όλα αυτά τα συστατικά προσπαθούν να διαρθρωθούν με μια νέα ισορροπία (το νέο «πνεύμα» του συστήματος), ικανή να προσδώσει στο σύνολο συνεκτικότητα, αποτελεσματικότητα και δικαιοσύνη (ισότητα). Στην προοπτική αυτή, οποιαδήποτε κατηγοριακή προσέγγιση τείνει να εξαλειφθεί τόσο στην κοινωνική ασφάλιση όσο και στην κοινωνική πρόνοια. Πλέον, ο απασχολούμενος (χωρίς ειδικότερους επαγγελματικούς προσδιορισμούς) και το άτομο (χωρίς ιδιότητες)⁷⁵ καθίστανται τα κεντρικά υποκείμενα προστασίας. Πριν από τον πρόσφατο επανακαθορισμό υπήρχε μια σύγχυση των τμημάτων, καθώς και μια ασυντόνιστη (άναρχη) συνύπαρξη και ανάπτυξή τους.

Πρώτον, ο νομοθέτης, διαρρηγνύοντας τη μέχρι πρότινος ιστορική παράδοση του συστήματος στη χώρα μας –όσον αφορά τα πολλαπλότητα φορέων– η οποία συνδέθηκε με το πρότυπο Bismarck, οικοδόμησε ένα εθνικό, διεπαγγελματικό σκέλος (κοινωνική ασφάλιση). Η σύνταξη που προβλέπεται από το σύστημα χορηγείται υπό καθεστώς εθνικής διεπαγγελματικής αλληλεγγύης από ενιαίο φορέα ασφάλισης ουσιαστικώς κρατικό παρά την τυπική του οργάνωση ως νομικό πρόσωπο δημοσίου δικαίου, υπολογίζεται δε με κοινούς κανόνες υπολογισμού της για όλους τους ασφαλισμένους, και περιλαμβάνει, ως δομικό της στοιχείο, ένα μέρος ουδόλως ασήμαντο, την εθνική σύνταξη,

73 Πρβλ. *M. Borgetto*, La protection sociale fondée sur l'emploi: un modèle inadapté?, Cairn. Info, Informations sociales, N° 142.

74 Βλ. *R. Lafore*, Où va la protection sociale ?, in I. Daugareilh – M. Badel, La Sécurité Sociale. Universalité et modernité, 2019, σελ. 536.

75 Εδώ, δεν πρόκειται για υπερ-ατομισμό, αλλά για πρόσληψη του ατόμου ως υποκειμένου κοινωνικής προστασίας χωρίς διαμεσολαβήσεις. Πρβλ. γενικότερα *Κ. Γιαννακόπουλου*, Η μετάλλαξη του υποκειμένου των συνταγματικών δικαιωμάτων, ΕφημΔΔ 2/2012, σελ. 146 επ. Για την ανάπτυξη του ατόμου μέσω της καθιέρωσης της αρχής της καθολικότητας, βλ. *L. Isidro*, L'universalité en droit de la protection sociale. Des usages aux visages, Dr.soc. 2018, σελ. 378.

που χρηματοδοτείται ευθέως εκ του κρατικού προϋπολογισμού, ενώ ως προς το λοιπό, την ανταποδοτική σύνταξη, ο κρατικός προϋπολογισμός, υπό διάφορες μορφές και ανεξαρτήτως της νομικής ορολογίας που χρησιμοποιείται, αποτελεί τον έσχατο χρηματοδότη (ΕλΣυν Ολομ. 2020/2020, σκ. 133). Εδώ, η ενοποίηση υπηρετεί την ισότητα τόσο στη χορήγηση παροχών όσο και στη συμμετοχή στη χρηματοδότηση του συστήματος (βιωσιμότητα).

Δεύτερον, ο νομοθέτης απέσπασε, σε μεγάλο βαθμό, το προνοιακό στοιχείο από τον ε-ΕΦΚΑ –κυρίως, τις προνοιακές αρμοδιότητες ΟΓΑ– και το ενέταξε στο νεοσυσταθέντα φορέα κοινωνικής πρόνοιας ΟΠΕΚΑ. Θεσμοθετήθηκε δε το ελάχιστο εγγυημένο εισόδημα σε ρόλο καθολικού (όχι κατηγοριακού) ύστατου καταφυγίου («social safety net»)⁷⁶. Λόγω δε διαδοχικών κρίσεων (οικονομική, δημοσίου χρέους, υγειονομική), παρατηρείται μια επιστροφή στην πρόνοια.

Τρίτον, δημιουργήθηκε ένα καθολικό επίπεδο προστασίας – καθολικό σημαίνει ότι αφορά ολόκληρο τον πληθυσμό⁷⁷. Το δυσκολότερο ήταν η ανάπτυξη μιας καθολικής διάστασης μέσα στην επαγγελματική κοινωνική ασφάλιση. Ένα τέτοιο μέτρο ήταν η θέσπιση της εθνικής σύνταξης, καθώς και η σημαντική (ισότιμη) συμμετοχή του κράτους στη χρηματοδότηση του θεσμού. Η εθνική σύνταξη αποτελεί μια παροχή ενιαίου ποσού (flat - rate) που χορηγείται σε όλους, εφόσον έχουν θεμελιώσει συνταξιοδοτικό δικαίωμα. Το κλειδί εισόδου στο σύστημα εθνικής αλληλεγγύης στηρίζεται σε μια ελάχιστη εργασία/ασφάλιση. Με άλλα λόγια, η απόλαυση της εθνικής αλληλεγγύης γίνεται στο όνομα της επαγγελματικής.

Η διασύνδεση αυτή καθολικού και επαγγελματικού δεν είναι απρόσφορη, αφού αποβλέπει στην αποφυγή των μειονεκτημάτων που περιέχει το κάθε σκέλος από μόνο του χωριστά. Το σύστημα δεν μεταμορφώθηκε σε σύστημα «Beveridge», όπως μερικοί αφήνουν να εννοηθεί⁷⁸. Απλώς, νοθεύτηκε το προηγούμενο σύστημα με την ενίσχυση των καθολικών (αναδιανεμητικών) στοιχείων του. Το σύστημα που ήταν και προηγούμενως δυαδικό (κοινωνική ασφάλιση –κοινωνική πρόνοια), ενσωμάτωσε μια καθολική – αναδιανεμητική λογική. Η καθολικότητα, όμως, με τη σειρά της προϋποθέτει μια ισότιμη

76 Βλ. Α. Στεργίου, Ελάχιστο εγγυημένο εισόδημα, ΔτΚΑ 2/2020, σελ. 203.

77 Αλλά τι σημαίνει «ολόκληρος ο πληθυσμός»: άλλοτε ταυτίζεται με την ιδιότητα του πολίτη (citizenship) κι άλλοτε με τη διαμονή (residence). Ν. Kidal – S. Kuhnle, The principle of universalism: tracing a key idea in the Scandinavian welfare model, in G. Standing, Promoting income security, 2005, 303.

78 Αυτό φαίνεται να δέχονται οι Σ. Ρομπόλης και Β. Μπέτσης (Η Οδύσσεια του ασφαλιστικού, 2016, σελ. 125).

απόλαυση της αλληλεγγύης που διασφαλίζεται με τη δημιουργία ενός ενιαίου φορέα με ενιαίους κανόνες⁷⁹.

Η Ολομέλεια του ΕΛΣυν (2020/2020, σκ.39) επισημαίνει την έντονη απομάκρυνση από το σύστημα κοινωνικής ασφάλισης ως υφίστατο κατά το έτος ψήφισης του ισχύοντος Συντάγματος. Κι αυτό μαρτυρεί τόσο η ενιαία οργανωτική μορφή του νέου φορέα κοινωνικής ασφάλισης, όσο και ο ενιαίος τρόπος υπολογισμού των συντάξεων που χορηγεί, του οποίου *προέχον στοιχείο είναι η ανακατανομή εισοδήματος στο πλαίσιο της εθνικής κοινωνικής αλληλεγγύης*.

Ένα προνομιακό πεδίο της καθολικότητας αποτελεί η προστασία της υγείας. Η καθολικότητα περιλαμβάνει τους ασφαλισμένους, ενώ απορροφά και την επιταγή για περίθαλψη των απόρων και οικονομικώς αδυνάτων (άρθρο 21, παρ. 3 Συντ/τος). Η υλοποίηση της αρχής δεν επιτεύχθηκε μέσω μιας γενικής διάταξης, αλλά με την προστασία ασφαλισμένων και ανασφάλιστων. Ειδικότερα, φθάσαμε στην επιταγή αυτή μέσω της ασφάλισης ασθένειας (ΕΟΠΥΥ) και την προστασία των ανασφάλιστων. Το δικαίωμα καθολικής και ισότιμης πρόσβασης στις υπηρεσίες υγείας (άρθρο 21, παρ. 3 του Συντ/τος) επιβάλλει την αποδέσμευση της απόλαυσής του από το εργασιακό και προνοιακό καθεστώς⁸⁰. Το Σύνταγμα τάσσεται υπέρ ενός ενιαίου (δωρεάν) συστήματος για όλους, ανεξάρτητα από την ασφαλιστική και εισοδηματική κατάσταση του καθενός⁸¹. Από την άλλη πλευρά, η κάλυψη της υγείας μέσω της ασφάλισης ασθένειας προϋποθέτει πλήρη απασχόληση. Το σύστημα κοινωνικής ασφάλισης δεν είναι σχεδιασμένο για καταστάσεις δομικής ανεργίας και δημοσιονομικής κρίσης⁸².

Με το ν. 4368/2016 ανασφάλιστοι και ευάλωτες κοινωνικές ομάδες έχουν πλέον δικαίωμα ελεύθερης πρόσβασης στις δημόσιες δομές υγείας και δικαι-

79 Ενοποιήσεις, άλλωστε, παρατηρούνται και σε πολλές άλλες χώρες. Άλλοτε πρόκειται για συγχώνευση φορέων, άλλοτε για ενοποίηση προϋπολογισμών με ξεχωριστά κεφάλαια, άλλοτε για ενοποίηση συναφών διοικητικών υπηρεσιών και άλλοτε για συνέργειες με μη συναφείς μονάδες για την αξιοποίηση οικονομιών κλίμακος (*Κ. Κρεμαλή, Δυνατές επιδράσεις του διεθνούς και συγκριτικού δικαίου στην κοινωνικοασφαλιστική μεταρρύθμιση, ΕΔΚΑ 1/2016, σελ. 37 επ.*).

80 Βλ. *Π. Κοντογεωργοπούλου*, Η πρόσβαση των ανασφάλιστων και οικονομικά αδυνάτων στις υπηρεσίες υγείας, *ΕΔΔΔΔ* 2005, σελ. 439 επ.

81 Η χρηματοδότηση ενός τέτοιου συστήματος θα μπορούσε να διασφαλιστεί αποκλειστικά από τον κρατικό προϋπολογισμό. Η δε άντληση των αναγκών πόρων από την άμεση φορολογία θα του προσέδιδε κοινωνικό χαρακτήρα.

82 Βλ. *Ε. Κυριακάκη*, Νομοθετικές εξελίξεις σε σχέση με την πρόσβαση σε δωρεάν υπηρεσίες υγείας, *ΕΔΚΑ* 2015, σελ. 16 επ., της ίδιας, Μερικές σκέψεις σχετικά με την οικονομική αδυναμία ως προϋπόθεση της πρόσβασης σε δωρεάν υπηρεσίες υγείας, *ΘΠΔΔ* 2008, σελ. 1365, Συνήγορος του Πολίτη, Χορήγηση δωρεάν ιατροφαρμακευτικής περίθαλψης ανασφάλιστων και οικονομικά δυνάτων πολιτών, *ΘΠΔΔ* 2008, σελ. 1365.

οούνται νοσηλευτικής/ ιατροφαρμακευτικής περίθαλψης (άρθρο 33)⁸³. Η εν λόγω διάταξη ενοποίησε όλες τις ομάδες που βρίσκονταν εκτός του συστήματος προστασίας (άνεργοι, ασφαλισμένοι με οφειλές στα Ταμεία, μετανάστες, ευάλωτοι πολίτες). Η πιο θεμελιώδης αλλαγή που εισήγαγε το νέο αυτό θεσμικό πλαίσιο, είναι η εξίσωση του δικαιώματος για πρόσβαση στο δημόσιο σύστημα υγείας των ασφαλισμένων, των ανασφάλιστων και των πρώην κατόχων Ατομικού Βιβλιαρίου Οικονομικά Αδυνάτου. Η χορήγηση περίθαλψης δεν εξαρτάται από εισοδηματικά ή περιουσιακά όρια – εκτός της εξαίρεσης των οικονομικά αδυνάμων από τη συμμετοχή στις δαπάνες για φαρμακευτική αγωγή. Έτσι, έγινε ακόμη ένα βήμα προς την κατεύθυνση της καθολικής κάλυψης του ατομικού και κοινωνικού αγαθού της υγείας.

Εν κατακλείδι, η νέα αρχιτεκτονική του ασφαλιστικού συστήματος θα πρέπει να λάβει υπόψη της σοβαρά ένα πολύ σημαντικό δεδομένο : η πλήρης απασχόληση παύει να είναι μια σταθερά της αγοράς εργασίας, ενώ συγχρόνως έχουμε εισέλθει σε μια εποχή ριζικών αβεβαιοτήτων και κρίσεων. Έτσι, καθίσταται αναγκαία η μετάθεση του κέντρου βάρους των συστημάτων κοινωνικής προστασίας. Η προστασία στο άμεσο μέλλον δεν θα εφορμά αποκλειστικά από την απασχόληση, αλλά από το ίδιο το άτομο στο οποίο η τελευταία απευθύνεται⁸⁴. Σε μια τέτοια προοπτική, μόνο ένα ενοποιημένο (ουσιαστικά και διοικητικά) ασφαλιστικό σύστημα θα μπορεί να εγγυηθεί, στον πρώτο δημόσιο πυλώνα, βιώσιμες και επαρκείς συντάξεις.

83 Βλ. Έγγρ. ΕΟΠΥΥ 26-8-2016. Παύει να ισχύει το άρθρο 6 του ν.δ. 57/73, όπως ισχύει, καθώς και το άρθρο 23 του ν. 1076/80, όπως τροποποιήθηκε και ισχύει.

84 Βλ. *L. Isidro, L'universalité en droit de la protection sociale. Des usages aux visages*, ό.π., σελ. 378.

**Εξωσυμβατική ευθύνη στο πλαίσιο της
Τεχνικής Νοημοσύνης:
Ο μακρύς δρόμος για τα υπό διαμόρφωση
νομοθετικά εργαλεία της ΕΕ**

Εμμανουέλα Τρούλη
Επ. Καθηγήτρια ΟΔΕ/ΟΠΑ

I. Εισαγωγή

Η τεχνολογία έχει αλλάξει τη ζωή μας και πρόκειται να την αλλάξει ακόμα πιο δραματικά τα επόμενα χρόνια. Νέα τεχνολογικά εργαλεία εφαρμόζονται ήδη και άλλα θα εφαρμοστούν σύντομα, σε ακόμη περισσότερους τομείς και εφαρμογές που ενδεχομένως δεν μπορούμε καν, αυτή τη στιγμή να φανταστούμε¹. Ήδη, βέβαια, γνωρίζουμε ότι ηλεκτρονικά συστήματα αναγνώρισης προσώπων με βιομετρικά δεδομένα είναι εγκατεστημένα σε πολλές χώρες του κόσμου, ότι θα κυκλοφορούν σύντομα στους δρόμους μας αυτοκίνητα χωρίς οδηγό, και ότι πολλές δραστηριότητες που απαιτούσαν παλαιότερα την

¹ Βλ. σχετικά και *Ε. Λευθεριώτου*, Οι Προκλήσεις της Ρομποτικής και της Τεχνητής Νοημοσύνης για το Νομοθέτη και το Δικαστή, σε: Πανεπιστήμιο Πειραιώς/Ελεγκτικό Συνέδριο, Δίκαιο και Τεχνολογία, 2019, σελ. 267 επ.

κρίση ενός ανθρώπινου όντος (τραπεζίτη², δικηγόρου, δικαστή³ ή γιατρού⁴!) μπορεί να εκτελούνται στο μέλλον αυτόματα και αυτόνομα από ένα υπολογιστικό σύστημα με βάση έναν αλγόριθμο⁵. Οι εξελίξεις αυτές βασίζονται σε ένα ταχέως εξελισσόμενο σύνολο τεχνολογιών Τεχνητής Νοημοσύνης (ΤΝ) που δημιουργούν συστήματα που χαρακτηρίζονται από ευφυή συμπεριφορά, που αναλύουν το περιβάλλον τους και ενεργούν –με κάποιο βαθμό αυτονομίας– για την επίτευξη συγκεκριμένων στόχων⁶.

- 2 Για τη χρήση συστημάτων ΤΝ στον τομέα των χρηματοοικονομικών υπηρεσιών βλ. ενδεικτικά J.Y.Huang/ A.Gupta/ M. Youn, Survey of EU ethical guidelines for commercial AI: case studies in financial services, AI and Ethics, Μάρτιος 2021, Springer, DOI: 10.1007/s43681-021-00048-1 · M. Hóther/M. Danzmann, The impact of the Internet of Things on loan financing: Part 2: loan collateralization and IoT banking, Journal of International Banking and Financial Law (2017) Vol. 32, Issue 10: 632, Reed Elsevier. Βλ. και Ε. Τζίβα, Εφαρμογές της ψηφιακής τεχνολογίας στις τραπεζικές συναλλαγές, ΔΕΕ 3/2021, 316 επ.
- 3 Για τη χρήση συστημάτων ΤΝ στον τομέα απονομής δικαιοσύνης βλ. ενδεικτικά G. Bindman, Online justice: faster, more efficient, more unequal? New Law Journal, 16 Ιουνίου 2017, Issue 7750, σελ. 8, διαθέσιμο στην ιστοσελίδα (τελευταία επίσκεψη 15/7/2021) < <https://www.newlawjournal.co.uk/content/online-justice-faster-more-efficient-more-unequal> > · S.F.Schwemer/ L.Tomada/ T.Passini, Legal AI Systems in the EU's proposed Artificial Intelligence Act, σελ. 3 επ., διαθέσιμο στην ιστοσελίδα (τελευταία επίσκεψη 15/7/2021) < <http://ceur-ws.org/Vol-2888/paper8.pdf> >. Βλ. και Α. Μανιάτη, Τεχνητή νοημοσύνη και Δικαιοσύνη, ΔΙΤΕ 1/2020, 68 επ. · Ε. Τρουλινό, Οι προοπτικές της Τεχνητής Νοημοσύνης στο Ολοκληρωμένο Σύστημα Διαχείρισης Δικαστικών Υποθέσεων Διοικητικής Δικαιοσύνης (ΟΣΔΔΥ-ΔΔ), ΔΙΤΕ 3/2020, 374 επ.
- 4 Για την ΤΝ στον κλάδο της υγείας βλ. ενδεικτικά V. Dipla, AI and the Healthcare sector: Industry, legal and ethical issues, Bioethica, (2021) 7(1), 34-45, DOI: 10.12681/bioeth.26540 · D. Schoenberger, Artificial intelligence in healthcare: a critical analysis of the legal and ethical implications, International Journal of Law and Info Tech (2019) 27 (2): 171, Oxford University Press, διαθέσιμο στην ιστοσελίδα (τελευταία επίσκεψη 15/7/2021) < <https://doi.org/10.1093/ijlit/eaz004> >. Βλ. και Ε. Λασκαρίδη, Αστική ιατρική ευθύνη από τη χρήση ιατρικών εργαλείων, μηχανημάτων και λογισμικού, Αρμενόπουλος 2016, 1868, 1879 επ. · Κ. Κηπουρίδου/Μ. Μηλαπίδου (Επιμ.), Νέες Τεχνολογίες στην Υγεία (2021), Νομική Βιβλιοθήκη.
- 5 Βλ. παραδείγματα χρήσης τεχνολογιών ΤΝ που θεωρούνται άμεσα πιθανά να τεθούν σε εφαρμογή (και οι κίνδυνοι που τα συνοδεύουν) σε Z.Arnold/E. Toner, AI Accidents: An Emerging Threat. What Could Happen and What to Do, Policy Brief, July 2021, Center for Security and Emerging Technology, διαθέσιμο στην ιστοσελίδα (τελευταία επίσκεψη 15/7/2021) < https://cset.georgetown.edu/publication/ai-accidents-an-emerging-threat/?utm_source=Center+for+Security+and+Emerging+Technology&utm_campaign=54663162fb-AI+Accidents%3A+An+Emerging+Threat&utm_medium=email&utm_term=0_fcbacf8c3e-54663162fb-438309394 >. Βλ. και Α. Κουσούνη-Πανταζοπούλου, Νομικές διαστάσεις της τεχνητής νοημοσύνης (παρόν και μέλλον), ΕΛΛΔικ 1/2019, 312 επ.
- 6 Βλ. περιγραφή στην Ανακοίνωση της Επιτροπής σχετικά με την Τεχνητή νοημοσύνη για την Ευρώπη, της 25ης Απριλίου 2018, προς το Ευρωπαϊκό Κοινοβούλιο, το Ευρωπαϊκό Συμβούλιο, το Συμβούλιο, την Ευρωπαϊκή Οικονομική και Κοινωνική Επιτροπή και την Επιτροπή των Περιφερειών, COM(2018) 237 final, διαθέσιμη στην ιστοσελίδα (τελευταία επίσκεψη 15/7/2021) < <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EL/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018DC>

Προβλέποντας τα πλεονεκτήματα αλλά και τους κινδύνους⁷ από την αναπόφευκτη εξάπλωση των εν λόγω τεχνολογιών, τα όργανα της Ευρωπαϊκής Ένωσης ανέπτυξαν τα τελευταία χρόνια σημαντικές πρωτοβουλίες με σκοπό να καταστεί η Ευρώπη παγκόσμιος κόμβος αξιόπιστης τεχνητής νοημοσύνης⁸. Η επιτυχία του Γενικού Κανονισμού Προσωπικών Δεδομένων φαίνεται, άλλωστε, να έχει αυξήσει την αυτοπεποίθηση της Ευρωπαϊκής Ένωσης ως προς τη ρυθμιστική της πρωτοπορία⁹, αφού ο Γενικός Κανονισμός εφαρμόζεται πλέον ως «χρυσός κανόνας» και πρότυπο αντίστοιχων νομοθετημάτων παγκοσμίως.

Η παρούσα μελέτη παρουσιάζει τις σημαντικότερες πρωτοβουλίες των οργάνων της Ευρωπαϊκής Ένωσης στον τομέα της (εξωσυμβατικής) ευθύνης¹⁰ για ζημίες που προκαλούνται από τις εφαρμογές των τεχνολογιών ΤΝ, επιχειρώντας μια πρώτη αξιολόγηση της πορείας προς τη δημιουργία του νέου αυτού ενωσιακού συστήματος ευθύνης.

0237&from=CS >. Βλ. και τον ορισμό στην Πρόταση Κανονισμού του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου για τη Θέσπιση Εναρμονισμένων Κανόνων σχετικά με την Τεχνητή Νοημοσύνη (Πράξη για την Τεχνητή Νοημοσύνη) και για την Τροποποίηση Ορισμένων Νομοθετικών Πράξεων της Ένωσης {SEC(2021) 167 final} - {SWD(2021) 84 final} - {SWD(2021) 85 final, της 21.4.2021, άρθρο 3 (1), διαθέσιμος στην ιστοσελίδα (τελευταία επίσκεψη 15/7/2021) < <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EL/TXT/HTML/?uri=CELEX:52021PC0206&from=EN> >. Κατά τον ορισμό αυτό ΤΝ είναι ένα σύνολο από τεχνολογίες που μπορούν: α) να δρουν με βάση ένα δεδομένο σύνολο στόχων που έχουν καθοριστεί από τον άνθρωπο και β) να παράγουν στοιχεία εξόδου όπως περιεχόμενο, προβλέψεις, συστάσεις ή αποφάσεις που επηρεάζουν το περιβάλλον με το οποίο αλληλεπιδρούν.

7 Βλ. και Σπ. Τάσση, Η εποχή της Τεχνητής Νοημοσύνης, ΔΙΜΕΕ 4/2018, σελ. 484 με αναφορά σε σχετικούς κινδύνους.

8 Για το ενδιαφέρον της Κίνας όσον αφορά το πλαίσιο λειτουργίας της ΤΝ βλ. R. Arcesati, *Lofty Principles, Conflicting Interests – AI ethics and governance in China*, June 2021 Merics China Monitor, διαθέσιμο στην ιστοσελίδα (τελευταία επίσκεψη 15/7/2021) < <https://merics.org/en/report/lofty-principles-conflicting-incentives-ai-ethics-and-governance-china> >.

9 Για το ρυθμιστικό σθένος της ΕΕ βλ. και M.Dempsey/ K.McBride /J.J. Bryson, *The Current State of AI Governance – An EU Perspective*, Section 3: Developing an AI Governance Regulatory Ecosystem, ResearchGate, Απρίλιος 2021, DOI: 10.31235/osf.io/xu3jr.

10 Για το διαφορετικό ζήτημα των συμβατικών σχέσεων στο πλαίσιο των συστημάτων ΤΝ βλ. και Στ. Κιτσάκη, *Τεχνητή Νοημοσύνη και συμβατική διαδικασία – Εισαγωγή στα βασικά προβλήματα*, ΕφΑΔ&ΠολΔ 6/2018, 601 επ.· Κ. Χριστοδούλου, *Νομικά ζητήματα από την τεχνητή νοημοσύνη*, σελ. 117 επ., 130 επ., Πανεπιστήμιο Πειραιώς/Ελεγκτικό Συνέδριο, Δίκαιο και Τεχνολογία 2019, Εκδ. Σάκκουλα. Για τις προκλήσεις της ΤΝ και στο ποινικό δίκαιο βλ. σχετικά και Ε. Λευθεριώτου, *Οι Προκλήσεις της Ρομποτικής και της Τεχνητής Νοημοσύνης για το Νομοθέτη και το Δικαστή*, σε: Πανεπιστήμιο Πειραιώς/Ελεγκτικό Συνέδριο, Δίκαιο και Τεχνολογία (2019), σελ. 267 επ., 276 επ.

II. Πρώτες πρωτοβουλίες του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Ευρωπαϊκού Συμβουλίου

Χωρίς να λείπουν προηγούμενες δράσεις σε ευρύτερα σχετικές θεματικές, η πορεία προς ένα συγκεκριμένο, νέο, ευρωπαϊκό πλαίσιο ευθύνης για εφαρμογές των τεχνολογιών ΤΝ μπορεί να θεωρηθεί ότι ξεκινά τον Φεβρουάριο του 2017, όταν το Ευρωπαϊκό Κοινοβούλιο λαμβάνει Ψήφισμα με συστάσεις προς την Επιτροπή, σχετικά με ρυθμίσεις αστικού δικαίου στον τομέα της ρομποτικής¹¹.

Λίγους μήνες μετά, το Ευρωπαϊκό Συμβούλιο θέτει σχετικούς προβληματισμούς, ζητώντας, συναίσθηση, αφενός του επείγοντος έναντι των αναδυόμενων τάσεων, μεταξύ των οποίων η τεχνητή νοημοσύνη, και αφετέρου της ανάγκης για διασφάλιση υψηλού επιπέδου προστασίας δεδομένων, ψηφιακών δικαιωμάτων και προτύπων δεοντολογίας, καλώντας, ταυτόχρονα, τα θεσμικά όργανα της ΕΕ να επιταχύνουν το νομοθετικό έργο και να λάβουν όλα τα μέτρα που απαιτούνται στο πλαίσιο των αρμοδιοτήτων τους για τη διαμόρφωση της νέας ψηφιακής εποχής¹².

11 Βλ. Ρυθμίσεις αστικού δικαίου στον τομέα της ρομποτικής - Ψήφισμα του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου της 16ης Φεβρουαρίου 2017 με συστάσεις προς την Επιτροπή σχετικά με ρυθμίσεις αστικού δικαίου στον τομέα της ρομποτικής (2015/2103(INL)) (2018/C 252/25), P8_TA(2017)0051, σελ. 239 επ., διαθέσιμο στην ιστοσελίδα (τελευταία επίσκεψη 15/7/2021): < <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EL/TXT/PDF/?uri=OJ:C:2018:252:FULL&from=IT> >.

12 Ευρωπαϊκό Συμβούλιο, Σύνοδος του Ευρωπαϊκού Συμβουλίου (19 Οκτωβρίου 2017) – Συμπεράσματα, EUCO 14/17, 2017, διαθέσιμο στη ιστοσελίδα (τελευταία επίσκεψη 15/7/2021) < <https://www.consilium.europa.eu/media/21603/19-euco-final-conclusions-el.pdf> > σελ. 7. Σε συμπεράσματά του του έτους 2020 σχετικά με το συντονισμένο σχέδιο για την ανάπτυξη και τη χρήση της τεχνητής νοημοσύνης στην Ευρώπη, το Συμβούλιο θα αναδείξει περαιτέρω τη σημασία της διασφάλισης του πλήρους σεβασμού των δικαιωμάτων των Ευρωπαίων πολιτών και θα ζητήσει την επανεξέταση της υφιστάμενης σχετικής νομοθεσίας ώστε να καταστεί κατάλληλη για τον επιδιωκόμενο σκοπό όσον αφορά τις νέες ευκαιρίες και προκλήσεις που προκύπτουν από την ΤΝ. Το Ευρωπαϊκό Συμβούλιο θα ζητήσει επίσης σαφή καθορισμό των εφαρμογών ΤΝ που θα πρέπει να θεωρούνται υψηλού κινδύνου, βλ. Σύνοδο του Ευρωπαϊκού Συμβουλίου (2 Οκτωβρίου 2020) – Συμπεράσματα, EUCO 13/20, 2020 διαθέσιμο στην ιστοσελίδα (τελευταία επίσκεψη 15/7/2021) < <https://www.consilium.europa.eu/media/45920/021020-euco-final-conclusions-el.pdf> > σελ. 6.

III. Οι ακόλουθες πρωτοβουλίες της Ευρωπαϊκής Επιτροπής

III.1. Η ανακοίνωση της 25 Απριλίου 2018 και το σχετικό έγγραφο εργασίας

Η Ευρωπαϊκή Επιτροπή ανταποκρίνεται σύντομα και προχωρά στην Ανακοίνωση της 25ης Απριλίου 2018, σχετικά με την Τεχνητή νοημοσύνη για την Ευρώπη (COM(2018)237)¹³ ενώ δημοσιεύει και το Έγγραφο Εργασίας για την ευθύνη στις αναδύομενες ψηφιακές τεχνολογίες¹⁴, όπου επιχειρεί μια πρώτη χαρτογράφηση των ζητημάτων ευθύνης, καθώς και των σχετικών δυσκολιών. Τα έγγραφα αναδεικνύουν το ενδιαφέρον της Ευρωπαϊκής Επιτροπής για την αναπτυξιακή δυναμική των τεχνολογιών της ΤΝ, αλλά και τους κινδύνους για τους ευρωπαίους πολίτες. Εκφράζουν τη θέση, η οποία θα διαπνέει στη συνέχεια και όλα τα επόμενα σχετικά ευρωπαϊκής προέλευσης κείμενα, ότι η ύπαρξη ενός ξεκάθਾਰου νομοθετικού πλαισίου που θα ρυθμίζει τις τεχνολογίες ΤΝ, θα συμβάλει στη δημιουργία εμπιστοσύνης για τις τεχνολογίες αυτές, τόσο σε πολίτες όσο και σε εταιρείες που τις χρησιμοποιούν ή προτίθενται να τις χρησιμοποιήσουν, και έτσι στην αύξηση των επενδύσεων και στην περαιτέρω προώθηση και ανάπτυξή τους στην Ευρώπη¹⁵, ενώ ταυτόχρονα θα προστατεύσει τους ευρωπαίους πολίτες από τους κινδύνους και τις ανεπιθύμητες παρενέργειες των εν λόγω συστημάτων.

Το Έγγραφο Εργασίας της Επιτροπής για την ευθύνη στις αναδύομενες ψηφιακές τεχνολογίες παρουσιάζει συνοπτικά και τα ιδιαίτερα χαρακτηριστικά της ΤΝ, δηλαδή: α) αυξημένο επίπεδο πολυπλοκότητας σε μια ευρεία γκάμα οικοσυστημάτων, προσώπων που ασκούν δραστηριότητα, και αλυσίδων αξίας, β) αυτονομία στη λήψη αποφάσεων και υπολογισμών, γ) δημιουργία, επεξεργασία και χρήση μεγάλου όγκου δεδομένων, και δ) δυνατότητα βελτι-

13 Ανακοίνωση της Επιτροπής - Τεχνητή νοημοσύνη για την Ευρώπη, της 25.4.2018 προς το Ευρωπαϊκό Κοινοβούλιο, το Ευρωπαϊκό Συμβούλιο, το Συμβούλιο, την Ευρωπαϊκή Οικονομική και Κοινωνική Επιτροπή και την Επιτροπή των Περιφερειών, COM(2018) 237 final, διαθέσιμη στην ιστοσελίδα (τελευταία επίσκεψη 15/7/2021) < <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EL/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018DC0237&from=CS> >.

14 Commission Staff Working Paper - Liability for emerging digital technologies of 25.4.2018, Accompanying the document: Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, Artificial intelligence for Europe διαθέσιμο στην ιστοσελίδα (τελευταία επίσκεψη: 15/7/2021): < <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:52018SC0137&from=en> >.

15 Για τους τρόπους προώθησης ασφαλών και επωφελών για την κοινωνία συστημάτων ΤΝ βλ. και *S.D. Baum*, On the promotion of safe and socially beneficial artificial intelligence, *AI & Society* (2017) 32: 543 επ., διαθέσιμο στην ιστοσελίδα (τελευταία επίσκεψη 15/7/2021) < <https://doi.org/10.1007/s00146-016-0677-0> >.

ώσεων, αλλαγών, τροποποιήσεων και διορθώσεων λογισμικού μετά τη θέση ενός προϊόντος στην κυκλοφορία¹⁶.

Ταυτόχρονα, το Έγγραφο Εργασίας της 25 Απριλίου 2018 ανοίγει τη συζήτηση ως προς τα πιθανά χαρακτηριστικά ενός συστήματος αποζημιωτικής ευθύνης για ζημίες από τη χρήση της ΤΝ. Στο πλαίσιο αυτό, εστιάζει πρωτίστως στην ευθύνη του παραγωγού για ελαττωματικά προϊόντα¹⁷, με το επιχείρημα ότι οι νέες τεχνολογίες ενσωματώνονται τελικά σε διαφορετικά προϊόντα, στα οποία η εν λόγω νομοθεσία ούτως ή άλλως τυγχάνει εφαρμογής¹⁸. Με τον τρόπο αυτό, βεβαίως, θέτει επί τάπητος και το σχετικό καθεστώς ευθύνης: την αντικειμενική ευθύνη που έχει ο παραγωγός (και ανάλογα την περίπτωση ο εισαγωγέας ή διανομέας) του ελαττωματικού προϊόντος. Η αναφορά αυτή φαίνεται να έχει μία (τουλάχιστον) εμφανή αδυναμία: το γεγονός ότι η αντικειμενική ευθύνη του παραγωγού περιορίζεται στον καταναλωτή¹⁹. Ίσως για τον λόγο αυτό, το Έγγραφο Εργασίας αναφέρεται και σε μια σειρά από εθνικές διατάξεις αντικειμενικής ευθύνης των κρατών μελών, για την κατοχή αυτοκινήτου, ακινήτου, ζώου κτλ., διευκρινίζοντας ότι μπορεί οι σχετικές διατάξεις να μην εφαρμόζονται σε ζημίες από τις αναδυόμενες ψηφιακές τεχνολογίες, αλλά αυτές οι διατάξεις «σίγουρα συνιστούν χρήσιμα προηγούμενα ή σημεία αναφοράς ως προς το πώς μπορεί κανείς να αντιμετωπίσει καλύτερα, από πλευρά ρύθμισης, κάποια χαρακτηριστικά γνωρίσματα κινδύνων και ζημιών που δημιουργούνται από τις αναδυόμενες αυτές ψηφιακές τεχνολογίες»²⁰.

Στο ίδιο Έγγραφο Εργασίας παρουσιάζεται και ο προβληματισμός της Επιτροπής όσον αφορά την παροχή υπηρεσιών, η οποία δεν περιλαμβάνεται στο πεδίο εφαρμογής της Οδηγίας για την ευθύνη του παραγωγού για τα ελαττωματικά προϊόντα, χωρίς να προτείνεται, πάντως, συγκεκριμένη λύση²¹. Ανα-

16 Βλ. Commission Staff Working Paper - Liability for emerging digital technologies of 25.4.2018, όπ.π., σελ. 4, 9 επ. Βλ. και Παράρτημα I (Annex I) του ίδιου εγγράφου.

17 Βλ. Οδηγία 85/374/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 25ης Ιουλίου 1985, για την προσέγγιση των νομοθετικών, κανονιστικών και διοικητικών διατάξεων των κρατών μελών σε θέματα ευθύνης λόγω ελαττωματικών προϊόντων, (οδηγία για την ευθύνη λόγω ελαττωματικών προϊόντων), ΕΕ L 210 της 7.8.1985, σελ. 29. Για τις δυσκολίες εφαρμογής της Οδηγίας στις τεχνολογίες ΤΝ, βλ. και S. Navas, Producer Liability for AI-Based Technologies in the European Union, International Law Research, Vol. 9, No. 1, 2020, σελ. 77 επ., 78 επ, DOI:10.5539/ilr.v9n1p77.

18 Βλ. Commission Staff Working Paper - Liability for emerging digital technologies of 25.4.2018, όπ.π., σελ. 5.

19 Όπ.π.

20 Βλ. Commission Staff Working Paper - Liability for emerging digital technologies of 25.4.2018, όπ.π., σελ. 8 επ.

21 Βλ. Commission Staff Working Paper - Liability for emerging digital technologies of 25.4.2018, όπ.π., σελ. 6. Υπενθυμίζεται εδώ ότι η παλαιότερη Πρόταση Οδηγίας του Συμ-

φέρεται, μάλιστα, ως πρόβλημα το γεγονός ότι η παροχή δεδομένων με ένα σύστημα Internet of Things (IoT) θεωρείται υπηρεσία, και συνεπώς η ζημία που μπορεί να προκληθεί από την παροχή λανθασμένων ή ελλειπών²² ή τη μη παροχή δεδομένων δεν περιλαμβάνεται στο πεδίο εφαρμογής της Οδηγίας για την ευθύνη του παραγωγού δημιουργώντας δυσκολία αποζημίωσης του ζημιωθέντα²³.

Σε συνέχεια των ανωτέρω προβληματισμών, το Έγγραφο Εργασίας αναδεικνύει τη σειρά των ζητημάτων που χρήζουν περαιτέρω ανάλυσης: κυρίως, το θέμα της αντικειμενικής ευθύνης, του βάρους της απόδειξης ως προς την υπαιτιότητα, του ελαττώματος ή της αιτιότητας, του είδους της προς αποκατάσταση ζημίας αλλά και των δικαιωμάτων αναγωγής μεταξύ διαφορετικών προσώπων που δρουν στην αλυσίδα αξίας των εν λόγω προϊόντων (και υπηρεσιών)²⁴.

III.2. Η Έκθεση της ομάδας εμπειρογνομόνων της Ευρωπαϊκής Επιτροπής

Στις 21 Νοεμβρίου του 2019 δημοσιεύεται η πολυαναμενόμενη Έκθεση της Ομάδας Εμπειρογνομόνων υψηλού επιπέδου για την ευθύνη και τις νέες τεχνολογίες²⁵. Η Έκθεση συμπληρώνει ως χαρακτηριστικό των εφαρμογών των

βουλίου (υποβληθείσα από την Ευρωπαϊκή Επιτροπή) περί ευθύνης του φορέα παροχής υπηρεσιών, της 20.12.1990, COMC90) 482 τελικό - ΣΥΝ 308, διαθέσιμο στην ιστοσελίδα (τελευταία επίσκεψη 15/7/2021) < <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EL/TXT/PDF/?uri=CELEX:51990PC0482&from=EN> > δεν είχε καταφέρει να ψηφιστεί, λόγω αντιδράσεων, πρωτίστως, από τη Γερμανία. Για αυτήν την Πρόταση Οδηγίας βλ. αναλυτικά *E. Truliz, Dienstleistungshaftung im Griechischen, Deutschen and Gemeinschaftsrecht*, Dunker & Humblot, 2001, σελ. 29 επόμενα.

22 Για τη σημασία της ποιότητας των δεδομένων βλ. ενδεικτικά *Th. Hoeren*, Big data and the legal framework for data quality, *International Journal of Law and Info Tech* (2017), 25 (1): 26, Oxford University Press, διαθέσιμο στην ιστοσελίδα (τελευταία επίσκεψη 15/7/2021) < <https://doi.org/10.1093/ijlit/eaw014> >.

23 Βλ. Commission Staff Working Paper - Liability for emerging digital technologies of 25.4.2018, όπ.π., σελ. 10.

24 Βλ. Commission Staff Working Paper - Liability for emerging digital technologies of 25.4.2018, όπ.π., σελ. 19 επ.

25 Βλ. Έκθεση της 21ης Απριλίου 2019 της Ομάδας Εμπειρογνομόνων υψηλού επιπέδου, με τίτλο «Ευθύνη για την τεχνητή νοημοσύνη και άλλες αναδύμενες ψηφιακές τεχνολογίες», διαθέσιμη μόνο στα αγγλικά με τον τίτλο *Liability for Artificial Intelligence and Other Emerging Digital Technologies*, στην ιστοσελίδα (τελευταία επίσκεψη 15/7/2021): < <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/1c5e30be-1197-11ea-8c1f-01aa75ed71a1/language-en/format-PDF> >. Έχουν προηγηθεί: α) Η Έκθεση της 8ης Απριλίου 2019 της Ομάδας Εμπειρογνομόνων υψηλού επιπέδου για την τεχνητή νοημοσύνη, με τίτλο «Ορισμός της τεχνητής νοημοσύνης: Βασικές ικανότητες και επιστημονικοί κλάδοι», και β) η Έκθεση της 26ης Ιουνίου 2019 της Ομάδας Εμπειρογνομόνων υψηλού επιπέδου

τεχνολογιών της ΤΝ, την «αδιαφάνεια» που τη χαρακτηρίζει, αφού λόγω της πολυπλοκότητας της εν λόγω τεχνολογίας ο χρήστης της δε θα είναι σε θέση να κατανοήσει τη διαδικασία λειτουργίας της και τους κινδύνους της. Το χαρακτηριστικό αυτό αναφέρεται και ως «μαύρο κουτί» το οποίο περιέχει στοιχεία που μπορεί να έχουν αναπτυχθεί στο πλαίσιο αυτομάθησης (self-learning) τα οποία είναι ακατανόητα για τον χρήστη²⁶. Συμπληρώνει, επίσης, ως χαρακτηριστικό της ΤΝ την «έλλειψη δυνατότητας πρόβλεψης της δράσης της» αφού όσο περισσότερο θα αναπτύσσεται η σχετική τεχνολογία, τόσο πιο δύσκολη θα είναι η ακριβής πρόβλεψη των επιπτώσεών της και της λειτουργίας της. Η Έκθεση αναφέρεται, τέλος, και στο χαρακτηριστικό της «ευαλωτότητας» της τεχνολογίας αυτής, επειδή η συχνή επικοινωνία των συστημάτων με εξωτερικές πληροφορίες μαζί με την από κατασκευής δυνατότητα πρόσβασης στα συστήματα, τα καθιστά εύαλωτα σε επιθέσεις ασφαλείας. Αυτά με τη σειρά τους είναι δυνατόν να οδηγήσουν σε κακή λειτουργία του συστήματος και ζημία του χρήστη ή άλλων²⁷.

Η Έκθεση επιβεβαιώνει, περαιτέρω, ότι τα υπάρχοντα συστήματα ευθύνης, τόσο της ΕΕ όσο και των κρατών-μελών αδυνατούν να ανταπεξέλθουν ικανοποιητικά στις προκλήσεις των εφαρμογών ΤΝ²⁸. Παρουσιάζει, μάλιστα, συγκεκριμένα παραδείγματα που καταδείχνουν τη δυσκολία του ζημιωθέντα να αποδείξει τις προϋποθέσεις της ευθύνης. Πχ όσον αφορά την απόδειξη της αιτιότητας (causation) παρατίθεται η περίπτωση ενός «έξυπνου σπιτιού» (smart home), στο οποίο ο ανιχνευτής φωτιάς (καπνού) αποτυγχάνει να θέσει σε λειτουργία τον συναγερμό²⁹. Εάν το ελάττωμα αυτό αφορά την καλωδίωση, το ελάττωμα μπορεί να είναι ευχερώς διαπιστώσιμο. Εάν, ωστόσο, ο ανιχνευτής φωτιάς δε λειτούργησε εξαιτίας κάποιου λάθους λογισμικού, η απόδειξη ότι ο ανιχνευτής δε λειτούργησε εξαιτίας του λάθους αυτού προϋποθέτει προσεκτικό έλεγχο του κώδικα του λογισμικού και της καταλληλότητάς του για λειτουργία σε συνδυασμό με τα εξαρτήματα του ανιχνευτή καπνού.

Η απόδειξη αυτή γίνεται ακόμα πιο δύσκολη, οσάκις ο αλγόριθμος που θεωρείται πιθανόν υπαίτιος για τη ζημία δημιουργήθηκε ή τροποποιήθηκε από κάποιο σύστημα ΤΝ, το οποίο εφάρμοσε και τεχνολογία μηχανικής νοημο-

της Επιτροπής για την τεχνητή νοημοσύνη, με τίτλο «Συστάσεις πολιτικής και επενδυτικές συστάσεις για αξιόπιστη τεχνητή νοημοσύνη».

26 Βλ. Έκθεση της 21ης Απριλίου 2019 της Ομάδας Εμπειρογνομώνων, ό.π., σελ. 33.

27 Βλ. Έκθεση της 21ης Απριλίου 2019 της Ομάδας Εμπειρογνομώνων, ό.π., σελ. 34.

28 Βλ. Έκθεση της 21ης Απριλίου 2019 της Ομάδας Εμπειρογνομώνων, ό.π., σελ. 19.

29 Βλ. Έκθεση της 21ης Απριλίου 2019 της Ομάδας Εμπειρογνομώνων, ό.π., σελ. 20.

σύνης ή βαθιάς γνώσης βάσει εξωτερικών δεδομένων, που συνέλεξε κατά τη διάρκεια της λειτουργίας του³⁰.

Στο πλαίσιο αυτό, η Έκθεση φαίνεται να αναγνωρίζει την αναγκαιότητα αποδεικτικών ευκολιών, πχ με τη μορφή μιας εκ πρώτης όψεως (*prima facie*) απόδειξης της αιτιότητας³¹. Προτείνονται, επίσης, (συνήθη στο πεδίο της αστικής ιατρικής ευθύνης) εργαλεία για την μετατόπιση του βάρους προσκόμισης στοιχείων στον διάδικο που τα διαθέτει, και την αντίστοιχη μετατόπιση του βάρους της απόδειξης σε αυτόν, εάν αποτύχει να τα προσκομίσει³².

Προβλήματα αιτιότητας προβλέπονται και στις περιπτώσεις που οι πιθανές αιτίες μίας ζημίας είναι περισσότερες από μία (περίπτωση «εναλλακτικής αιτιότητας»). Εδώ προτείνεται ο εξαιρετικά πρωτότυπος αναλογικός περιορισμός της αξίωσης αποζημίωσης του ζημιωθέντα, δηλαδή ο υπολογισμός της αποζημίωσης για κάθε πρόσωπο στο οποίο μπορεί να οφείλεται αιτιωδώς η ζημία, σε ύψος ανάλογο με την πιθανότητα πρόκλησης της ζημίας από κάθε έναν από τους εναγομένους³³. Με τον τρόπο αυτό αποφεύγεται η συλλήβδην απόρριψη της αξίωσης του ζημιωθέντος επειδή ο ίδιος δεν μπόρεσε να αποδείξει ακριβώς ποιο ελάττωμα προκάλεσε τη ζημία, αλλά και η εις ολόκληρον ευθύνη των εναγομένων, οι οποίοι μπορεί να έχουν μικρή μόνο πιθανότητα πρόκλησης της εν λόγω ζημίας³⁴.

Όσον αφορά την παρανομία και την υπαιτιότητα, η Έκθεση αναγνωρίζει αρχικά ότι υπάρχουν έννομες τάξεις οι οποίες διαφοροποιούν την αντικειμενική παρανομία από την υποκειμενική υπαιτιότητα και αναγνωρίζουν ως διαφορετικές προϋποθέσεις της αδικοπρακτικής ευθύνης την παράνομη πράξη ή παράλειψη (*wrongfulness*) από την υπαιτιότητα (*fault*) – όπως και η ελληνική. Καταλήγει, όμως, στο συμπέρασμα ότι ανεξάρτητα από την ύπαρξη διάκρισης ή όχι, σημασία έχει ο προσδιορισμός των υποχρεώσεων επιμέλειας (*duties of care*) του δράστη και η απόδειξη ότι ο εναγόμενος δεν επέδειξε την επιμέλεια αυτή.

Στο πλαίσιο αυτό, η Έκθεση αναγνωρίζει ότι ο κανόνας για τις αδικοπρακτικές αξιώσεις στα Κράτη-Μέλη είναι η υποκειμενική ευθύνη³⁵, επισημαίνει, όμως, ότι οι ψηφιακές τεχνολογίες καθιστούν δύσκολη την εφαρμογή των εν λόγω ρυθμίσεων (υποκειμενικής ευθύνης) λόγω της έλλειψης αναγνωρισμέ-

30 Βλ. Έκθεση της 21ης Απριλίου 2019 της Ομάδας Εμπειρογνομώνων, όπ.π., σελ. 20.

31 Βλ. Έκθεση της 21ης Απριλίου 2019 της Ομάδας Εμπειρογνομώνων, όπ.π., σελ. 21.

32 Βλ. Έκθεση της 21ης Απριλίου 2019 της Ομάδας Εμπειρογνομώνων, όπ.π., σελ. 21 επ.

33 Βλ. και *Gilead/ Green/BA Koch* (eds), *Proportional Liability: Analytical and Comparative Perspectives* (2013).

34 Βλ. Έκθεση της 21ης Απριλίου 2019 της Ομάδας Εμπειρογνομώνων, όπ.π., σελ. 22.

35 Βλ. και *Commission Staff Working Paper - Liability for emerging digital technologies of 25.4.2018*, όπ.π., σελ. 7, υπ. 8.

νων κανόνων λειτουργίας τους και της πιθανότητας να αναπτύσσονται στο πλαίσιο αυτόνομης μάθησης χωρίς άμεση ανθρώπινη εποπτεία³⁶. Πρόβλημα δημιουργείται, δηλαδή, επειδή δεν υπάρχουν συγκεκριμένοι, προδιαγεγραμμένοι κανόνες ασφάλειας ενός προϊόντος που χρησιμοποιεί τεχνολογία ΤΝ, επομένως δε θα είναι εύκολο να αποδείξει ο ζημιωθείς ότι υπήρχε παρανομία και υπαιτιότητα στη μορφή της παρέκκλισης από την υποχρέωση επιμέλειας³⁷. Μάλιστα, η Έκθεση αναφέρει πως η ανάπτυξη τέτοιων κανόνων αναμένεται να καθυστερήσει πολύ, είτε γίνει δικαστικά είτε νομοθετικά.

Η Έκθεση επισημαίνει πως εκτός από την ανωτέρω δυσκολία καθορισμού ως προς το ποια πράξη θα θεωρείται παράνομη και υπαίτια, προκύπτει και δυσκολία με την απόδειξη ότι όντως ο εναγόμενος προέβη στην παράνομη και υπαίτια πράξη³⁸. Ο ενάγων, δηλαδή, οφείλει, υπό τις συνήθεις συνθήκες, να αποδείξει: α) ότι ο εναγόμενος (ή κάποιος για τον οποίο ο ίδιος φέρει ευθύνη) είχε μια συγκεκριμένη υποχρέωση επιμέλειας και β) την οποία δεν εκπλήρωσε, (παράνομα και) υπαίτια. Σε υποθέσεις υποθέσεων με τη χρήση ΤΝ, ωστόσο, μπορεί να είναι δύσκολη και να έχει υψηλό κόστος η διακρίβωση κατά πόσον, πχ υπήρξε όντως ένα λάθος σε έναν περίπλοκο λογισμικό κώδικα, το οποίο λάθος αφενός δεν έπρεπε να υπάρχει και αφετέρου δημιουργήθηκε υπαιτίως³⁹.

Ιδίως όσον αφορά το θέμα της υπαιτιότητας, πάντως, η Έκθεση θέτει επί τάπητος και την αντικειμενική ευθύνη (*strict liability*)⁴⁰. Υπενθυμίζει ότι ιστορικά οι νομοθέτες προχωρούν συχνά σε εφαρμογή συστημάτων αντικειμενικής ευθύνης για κινδύνους από νέες τεχνολογίες⁴¹, όπως στις μεταφορές

36 Βλ. Έκθεση της 21ης Απριλίου 2019 της Ομάδας Εμπειρογνομώνων, ό.π., σελ. 23.

37 Η ύπαρξη συγκεκριμένου επιπέδου επιμέλειας για ορισμένη δραστηριότητα χρησιμοποιείται σε πολλά Κράτη-Μέλη ως βάση για την απόδειξη της υπαιτιότητας του εναγομένου, βλ. και την έννοια του “Schutzgesetz” (protective norm) σε μια συγκριτική παρουσίαση του B. Winiger *et al* (eds), *Digest of European Tort Law III: Essential Cases on Misconduct* (2018), σελ. 697 επ. Βλ. και Έκθεση της 21ης Απριλίου 2019 της Ομάδας Εμπειρογνομώνων, ό.π., σελ. 23. Για τη διπλή λειτουργία της αμέλειας (ως έκφανση της παρανομίας και της υπαιτιότητας), βλ. Μ. Σταθόπουλο, *Γενικό Ενοχικό Δίκαιο*, σελ. 98 επ., Εκδ. Αντ. Σάκκουλα, 1993.

38 Βλ. Έκθεση της 21ης Απριλίου 2019 της Ομάδας Εμπειρογνομώνων, ό.π., σελ. 24.

39 Βλ. Έκθεση της 21ης Απριλίου 2019 της Ομάδας Εμπειρογνομώνων, ό.π., σελ. 24.

40 Αυτή φαίνεται να είναι η τάση διεθνώς, βλ. ενδεικτικά Chr. Wendelhorst, *Strict Liability for AI and other Emerging Technologies*, *Journal of European Tort Law*, vol. 11, no. 2, 2020, 150, 159 επ., διαθέσιμο στην ιστοσελίδα (τελευταία επίσκεψη 15/7/2021) < <https://doi.org/10.1515/jetl-2020-0140> > · P. Rogerson, *IBA Rome: AI must mean strict liability – and higher premiums*, *Law Society Gazette* (2018), 22 Oct, 10 (3), διαθέσιμο στην ιστοσελίδα (τελευταία επίσκεψη 15/7/2021) < <https://www.lawgazette.co.uk/news/iba-rome-artificial-intelligence-must-mean-strict-liability-and-higher-insurance-premiums-/5067928.article> >.

41 Ότι και η ανάπτυξη της τεχνολογίας του 20ου αιώνα συνοδεύτηκε, στα θέματα της αστικής ευθύνης, με την εισαγωγή της ευθύνης από διακινδύνευση, βλ. και Ε. Δακωρόνια, *Αστική*

και στην ενέργεια⁴². Παρότι παρουσιάζει πλεονέκτημα για τον ζημιωθέντα ως προς τη διευκόλυνση αποζημίωσής του, από την άλλη πλευρά, όμως, συχνά η αντικειμενική ευθύνη συνοδεύεται από έναν καθ' ύψος περιορισμό της ευθύνης, προκειμένου να την καταστήσει οικονομικά εφικτή προς ασφάλιση⁴³. Η Έκθεση αναφέρεται, υπό το πρίσμα αυτό, και στο αποτέλεσμα που μπορεί να έχει η πρόβλεψη αντικειμενικής ευθύνης για εφαρμογές ΤΝ στην προώθηση της εφαρμογής της εν λόγω τεχνολογίας: κατά μία άποψη, ενδεχομένως να λειτουργήσει παρεμποδιστικά, κατά μία άλλη, όμως, ενδέχεται να βοηθήσει ακριβώς στην προβλεψιμότητα των κινδύνων και τη δυνατότητά τους να καταστούν ασφαλίσιμα⁴⁴.

Η Έκθεση αναφέρεται, τέλος, μεταξύ άλλων ενδιαφερόντων θεμάτων (όπως αποδεικτικές ευκολίες, την παραγραφή και την ευθύνη από πρόστηση) και στην Οδηγία για την ευθύνη του παραγωγού, για την οποία, πάντως, παρατηρεί ότι υπάρχουν σχετικά προβλήματα εφαρμογής όσον αφορά τις τεχνολογίες ΤΝ: πρώτον, επειδή δεν είναι πάντα σαφής ο διαχωρισμός μεταξύ προϊόντος και υπηρεσίας – ενδεικτικά δεν φαίνεται το λογισμικό (και οι ενημερώσεις του!) να εμπίπτει στην έννοια του προϊόντος· δεύτερον, επειδή η Οδηγία συνδέει το ελάττωμα του προϊόντος με την «ευλόγως αναμενόμενη ασφάλεια», άρα η εξαίρεση της εξέλιξης της τεχνολογίας (η οποία σύμφωνα με το άρθρο 7 της Οδηγίας δεν καθιστά το προϊόν ελαττωματικό) θα τυγχάνει μάλλον ευρύτερης εφαρμογής και συνεπώς θα είναι εργαλείο εξαίρεσης και περιορισμού της ευθύνης· και τρίτον επειδή τα προσωπικά δεδομένα δε φαίνεται να εμπίπτουν στο πεδίο προστασίας της Οδηγίας, το οποίο στο άρθρο 9 στοχεύει στην αποκατάσταση της ζωής, της υγείας και της ιδιοκτησίας του καταναλωτή⁴⁵.

Με βάση τα ανωτέρω και την ανάλυση σε μια σειρά ακόμα από ζητήματα, η Έκθεση καταλήγει στις εξής εξαιρετικά ενδιαφέρουσες προτάσεις – ως βάσεις ενός νέου συστήματος αστικής ευθύνης από τη χρήση τεχνολογιών ΤΝ: α) τα πρόσωπα που ασκούν μια επιτρεπόμενη αλλά με αυξημένους κινδύνους δραστηριότητα ΤΝ θα πρέπει να διέπονται από καθεστώς αντικειμενικής ευθύνης για τη ζημία που προξενούν σε άλλους, β) στις περιπτώσεις που ένας πάροχος υπηρεσιών έχει μεγαλύτερο έλεγχο από τον κάτοχο του προϊόντος ή υπηρεσίας που λειτουργεί με ΤΝ, αυτός θα πρέπει να θεωρείται ο κύριος χρή-

Ευθύνη και Νέες Τεχνολογίες, σε: Πανεπιστήμιο Πειραιώς/Ελεγκτικό Συνέδριο, Δίκαιο και Τεχνολογία (2019), σελ. 147, 148 επ.

42 Βλ. όπ.π., σελ. 25, με περαιτέρω παραπομπή σε *M. Martín-Casals* (ed), *The Development of Liability in Relation to Technological Change* (2010).

43 Βλ. και την Έκθεση της 21ης Απριλίου 2019 της Ομάδας Εμπειρογνομώνων, όπ.π., σελ. 26 επ.

44 Βλ. Έκθεση της 21ης Απριλίου 2019 της Ομάδας Εμπειρογνομώνων, όπ.π., σελ. 27.

45 Βλ. Έκθεση της 21ης Απριλίου 2019 της Ομάδας Εμπειρογνομώνων, όπ.π., σελ. 27 επ.

στις της τεχνολογίας, γ) το πρόσωπο που χρησιμοποιεί τεχνολογία ΤΝ που δε δημιουργεί αυξημένο κίνδυνο ζημίας σε άλλους θα οφείλει παρά ταύτα να συμμορφώνεται με κανόνες ορθής επιλογής, λειτουργίας, ελέγχου και συντήρησης της τεχνολογίας, ενώ διαφορετικά θα ευθύνεται υποκειμενικά για την προξενούμενη ζημία, δ) τα πρόσωπα που χρησιμοποιεί τεχνολογία με αυξημένη αυτονομία δε θα υπάγεται σε ευνοϊκότερο καθεστώς ευθύνης από το εάν η ζημία είχε προκληθεί από ένα φυσικό πρόσωπο – προστηθέντα, ε) παραγωγοί προϊόντων ή ψηφιακού υλικού που ενσωματώνουν τεχνολογίες ΤΝ θα ευθύνονται για τη ζημία που προξενούν τα ελαττώματα στα προϊόντα τους, ακόμα και αν η ζημία οφείλεται σε αλλαγές που έγιναν υπό τον έλεγχο του παραγωγού ακόμα και αφού το προϊόν τέθηκε σε κυκλοφορία, στ) η ασφάλιση αστικής ευθύνης θα πρέπει να είναι υποχρεωτική στις περιπτώσεις που μια δραστηριότητα υψηλού κινδύνου θέτει τρίτους σε πιθανότητα ζημίας, ζ) στις περιπτώσεις που η χρήση συγκεκριμένης τεχνολογίας αυξάνει τη δυσκολία απόδειξης της ζημίας του θύματος, θα πρέπει να υπάρχουν αποδεικτικές διευκολύνσεις του τελευταίου, η) οι αναδυόμενες ψηφιακές τεχνολογίες θα πρέπει να υποβάλλονται σε υποχρεώσεις καταγραφής κινήσεων/δράσεων/πράξεων, όπου, σε συγκεκριμένες περιπτώσεις η παράλειψη καταγραφής ή πρόσβασης στην καταγραφή θα συνεπάγεται αναστροφή του βάρους απόδειξης προς όφελος του ζημιωθέντα, θ) η καταστροφή των στοιχείων του θύματος θα θεωρείται ζημία, η οποία θα είναι δεκτική αποκατάστασης υπό συγκεκριμένες προϋποθέσεις και ι) δεν είναι απαραίτητο να αναγνωριστεί νομική προσωπικότητα σε συσκευές ή συστήματα αυτοματισμών, καθώς η ζημία που αυτά προκαλούν θα πρέπει να αποδίδεται σε συγκεκριμένα φυσικά ή νομικά πρόσωπα⁴⁶.

III.3. Η Λευκή Βίβλος για την Τεχνητή Νοημοσύνη

Η ανωτέρω Έκθεση και οι πολύ χρήσιμες προτάσεις της δε φαίνεται, όμως, να έχουν ιδιαίτερη επίπτωση στις πρωτοβουλίες της Ευρωπαϊκής Επιτροπής, η οποία δημοσιεύει στις 19 Φεβρουαρίου 2020 μια Λευκή Βίβλο για την τεχνητή νοημοσύνη⁴⁷. Εκεί διακηρύσσει, για άλλη μια φορά, ότι στοχεύει, αφενός

46 Βλ. Έκθεση της 21ης Απριλίου 2019 της Ομάδας Εμπειρογνομόνων, ό.π., σελ. 3 επ.

47 Βλ. Λευκή Βίβλο της Επιτροπής, της 19ης Φεβρουαρίου 2020, με τίτλο «Τεχνητή νοημοσύνη – Η ευρωπαϊκή προσέγγιση της αριστείας και της εμπιστοσύνης» (COM(2020)0065), διαθέσιμη στην ιστοσελίδα (τελευταία επίσκεψη 15/7/2021) < https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/commission-white-paper-artificial-intelligence-feb2020_el_1.pdf >. Κατά την ίδια ημερομηνία η Ευρωπαϊκή Επιτροπή δημοσιεύει και έκθεσή της προς Ευρωπαϊκό Κοινοβούλιο, το Συμβούλιο και την Ευρωπαϊκή Οικονομική και Κοινωνική Επιτροπή, της 19ης Φεβρουαρίου 2020, σχετικά με τις επιπτώσεις της τεχνητής νοημοσύνης, του διαδικτύου των πραγμάτων και της ρομποτικής στην ασφάλεια και την ευθύνη (COM(2020)0064), διαθέσιμη στην ιστοσελίδα (τελευταία επίσκεψη 15/7/2021) < <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EL/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020DC0064&from=EL> >.

στην ενθάρρυνση της χρήσης τεχνολογιών ΤΝ, αφετέρου στον περιορισμό των σχετικών κινδύνων. Παρουσιάζει γενικές μόνο κατευθύνσεις σχετικά με την πολιτική της για τη δημιουργία ενός «οικοσυστήματος αριστείας»⁴⁸, το οποίο θα διέπεται από κανόνες για την ορθή εποπτεία των σύγχρονων τεχνολογιών ΤΝ που θα περιλαμβάνει, τόσο τροποποιήσεις του παρόντος νομοθετικού πλαισίου της ΕΕ όσο και νέες νομοθετικές πρωτοβουλίες. Η Λευκή Βίβλος λειτουργεί, δηλαδή, ουσιαστικά, και κατά παραδοχή της Επιτροπής, μόνο ως έναυσμα για μια διαβούλευση με τους κοινωνικούς εταίρους και τα Κράτη-Μέλη ως προς τις γενικές και σχετικά αόριστες παραμέτρους ενός συστήματος ασφάλειας και λειτουργίας των τεχνολογιών ΤΝ, με γενικόλογες αναφορές στα ζητήματα ευθύνης, χωρίς όμως συγκεκριμένες προτάσεις, σε μια εποχή που μάλλον υπήρξε προσδοκία για πιο γρήγορη πρόοδο από την Ευρωπαϊκή Επιτροπή στα ζητήματα ευθύνης⁴⁹.

IV. Επόμενες πρωτοβουλίες του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου

IV.1. Η Μελέτη εκτίμησης επιπρόσθετης αξίας για τη θέσπιση συστήματος ευθύνης για την ΤΝ

Προφανώς, στο πλαίσιο της προσπάθειας του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου να προωθήσει τη δημιουργία ενός συστήματος ευθύνης για τις νέες ψηφιακές τεχνολογίες, δημοσιεύεται στις 25/9/2020 η Μελέτη εκτίμησης της ευρωπαϊκής προστιθέμενης αξίας που εκπόνησε η Μονάδα Ευρωπαϊκής Προστιθέμενης Αξίας της Υπηρεσίας Έρευνας του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου με τίτλο «Civil liability regime for artificial intelligence: European added value assessment»⁵⁰.

Η Μελέτη εκκινεί από τις γενικές διαπιστώσεις ότι η ρύθμιση της ευθύνης επιδρά με πολλούς και διάφορους τρόπους στην κοινωνία την οποία διέπει⁵¹.

48 Ευρωπαϊκή Επιτροπή, Λευκή Βίβλος για την Τεχνητή Νοημοσύνη — Η ευρωπαϊκή προσέγγιση της αριστείας και της εμπιστοσύνης, COM(2020) 65 final, 2020, όπ.π., σελ. 5.

49 Βλ. και το Ψήφισμα του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου της 12 Φεβρουαρίου 2019 σχετικά με μια ολοκληρωμένη ευρωπαϊκή βιομηχανική πολιτική για την τεχνητή νοημοσύνη και τη ρομποτική, διαθέσιμο στην ιστοσελίδα (τελευταία επίσκεψη 15/7/2021) < https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2019-0081_EL.html >, όπου στην παρ. 132 «εκφράζει, ωστόσο, την απογοήτευσή του για το γεγονός ότι δεν υποβλήθηκε καμία σχετική νομοθετική πρόταση κατά τη διάρκεια αυτής της κοινοβουλευτικής περιόδου, με αποτέλεσμα να καθυστερήσει η επικαιροποίηση των κανόνων περί ευθύνης σε επίπεδο ΕΕ και να απειληθεί σε ολόκληρη την ΕΕ η ασφάλεια δικαίου στον κλάδο αυτόν τόσο για τους εμπόρους όσο και για τους καταναλωτές».

50 Διαθέσιμη (μόνο στα αγγλικά) στην ιστοσελίδα (τελευταία επίσκεψη 15/7/2021) < [https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document.html?reference=EPRS_STU\(2020\)654178](https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document.html?reference=EPRS_STU(2020)654178) >.

51 Βλ. Μελέτη εκτίμησης της ευρωπαϊκής προστιθέμενης αξίας που εκπόνησε η Μονάδα Ευ-

Επισημαίνει ότι ιδανικά, η ευθύνη, και επομένως και οι σχετικοί κίνδυνοι, πρέπει να κατανέμονται σύμφωνα με αυτό που θεωρείται ως το ορθό και το δίκαιο. Υπενθυμίζει ότι σύμφωνα με την οικονομική θεωρία, οι κανόνες ευθύνης διευκολύνουν την εύλογη χρήση των πόρων, προωθούν την καθιέρωση προτύπων ασφαλείας και αποθαρρύνουν την ανάληψη δραστηριοτήτων υψηλού κινδύνου⁵². Παραδέχεται ότι οι κανόνες ευθύνης επηρεάζουν την ταχύτητα και κατεύθυνση της ανάπτυξης μιας νέας τεχνολογίας, με τη δημιουργία σχετικών κινήτρων⁵³. Έτσι καταλήγει στο συμπέρασμα ότι ένα αποτελεσματικό σύστημα ρύθμισης πρέπει να μειώνει την πιθανότητα πραγματοποίησης των κινδύνων της τεχνολογίας αυτής και υπό συγκεκριμένες προϋποθέσεις, να παρέχει έναν μηχανισμό για την αποζημίωση των θυμάτων της⁵⁴. Με τον τρόπο αυτό ενισχύεται η εμπιστοσύνη στη χρήση της τεχνολογίας, μειώνεται η αβεβαιότητα για τις επιχειρήσεις που αναπτύσσουν νέες τεχνολογίες και λειτουργεί τελικά υποστηρικτικά στην ανάπτυξή τους στην ΕΕ⁵⁵.

Υπό αυτό το πρίσμα, η Μελέτη εξετάζει διεξοδικά κατά πόσον οι υπάρχουσες διατάξεις αδικοπρακτικής ευθύνης ρυθμίζουν ικανοποιητικά τις τεχνολογίες ΤΝ. Ξεκινά την ανάλυση των καλύψεων της Οδηγίας για την ευθύνη του παραγωγού για τα ελαττωματικά προϊόντα, και καταλήγει στο ορθό συμπέρασμα ότι για πολλούς λόγους (που έχουν ήδη αναφερθεί και εδώ) δεν φαίνεται να επαρκεί για την κάλυψη των κινδύνων από τις τεχνολογίες ΤΝ⁵⁶. Παραθέτει τα συστήματα και τις διατάξεις αντικειμενικής ευθύνης (για πράγματα, δραστηριότητες, ζώα, πρόσκτηση κτλ.) που υπάρχουν στα Κράτη-Μέλη της ΕΕ, και διαπιστώνει ότι οι εθνικοί κανόνες αντικειμενικής ευθύνης παρουσιάζουν πολλές διαφορές και κάποιες φορές μικρή ευελιξία και δυνατότητα προσαρμο-

ρωπαϊκής Προστιθέμενης Αξίας της Υπηρεσίας Έρευνας του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου με τίτλο «Civil liability regime for artificial intelligence: European added value assessment», όπ.π., σελ. 4 επ.

52 Βλ. και ενδεικτική παραπομπή σε *L. Kaplow and S. Shavell*, *Economic Analysis of Law*, in *A.J. Auerbach and M. Feldstein (eds.) Handbook of Public Economics*, Vol.3, 2002, North Holland Publishing.

53 Βλ. Μελέτη εκτίμησης της ευρωπαϊκής προστιθέμενης αξίας που εκπόνησε η Μονάδα Ευρωπαϊκής Προστιθέμενης Αξίας της Υπηρεσίας Έρευνας του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου με τίτλο «Civil liability regime for artificial intelligence: European added value assessment», όπ.π., σελ. 5, με περαιτέρω παραπομπές.

54 Βλ. Μελέτη εκτίμησης της ευρωπαϊκής προστιθέμενης αξίας, όπ.π., σελ. 5.

55 Βλ. Μελέτη εκτίμησης της ευρωπαϊκής προστιθέμενης αξίας, όπ.π., σελ. 5 επ. Το συμπέρασμα αυτό φαίνεται να επιβεβαιώνεται και από τη μελέτη του Capgemini Research Institute “Why Addressing Ethical Questions in AI Will Benefit Organizations”, σελ. 18, 2019, διαθέσιμο στην ιστοσελίδα (τελευταία επίσκεψη 15/7/2021) < <https://www.capgemini.com/research/why-addressing-ethical-questions-in-ai-will-benefit-organizations/> >.

56 Βλ. Μελέτη εκτίμησης της ευρωπαϊκής προστιθέμενης αξίας, όπ.π., σελ. 9.

γής στις προκλήσεις των τεχνολογιών ΤΝ⁵⁷. Τα συμπεράσματα αυτά η Μελέτη θα τα χρησιμοποιήσει και στη συνέχεια για να επισημάνει τη χρησιμότητα μιας ενιαίας ευρωπαϊκής ρύθμισης ευθύνης, πριν τα Κράτη-Μέλη αρχίσουν να προβλέπουν τέτοιες, προκειμένου να αποφευχθεί ο κατακερματισμός του νομικού πλαισίου ευθύνης και να ενθαρρύνεται η ανάπτυξη των τεχνολογιών ΤΝ⁵⁸. Η Μελέτη εκφράζει, πάντως, την άποψη ότι οι εθνικές διατάξεις για την αντικειμενική ευθύνη από την κατοχή ζώου παρουσιάζει μια ενδιαφέρουσα βάση για τη ρύθμιση δραστηριοτήτων στο πλαίσιο τεχνολογικών ΤΝ υψηλού κινδύνου⁵⁹, υποστηρίζοντας προφανώς την αναγκαιότητα θέσπισης κανόνων αντικειμενικής ευθύνης, τουλάχιστον για κάποιες υψηλότερου κινδύνου δραστηριότητες.

Η Μελέτη προχωρά μετά σε μια σύγκριση, με τη μορφή της οικονομικής αποτίμησης, των δύο επιλογών της ΕΕ: το κόστος της επιλογής της μη δράσης σε ενωσιακό επίπεδο, σε σύγκριση με το κόστος της υιοθέτησης ενωσιακών κανόνων. Καταλήγει στο συμπέρασμα πως παρά τις δυσκολίες ακριβούς αποτίμησης της ανάπτυξης των τεχνολογιών ΤΝ, τα οικονομικά οφέλη από την ύπαρξη ενιαίων, δίκαιων και ισορροπημένων ενωσιακών κανόνων θα φέρουν μεγαλύτερη ασφάλεια δικαίου και συνεπώς περισσότερες επενδύσεις, ασφάλεια και αποφυγή υπέρμετρα ζημιογόνων δραστηριοτήτων⁶⁰.

IV.2. Το Ψήφισμα του Κοινοβουλίου και το Σχέδιο Κανονισμού για την αστική ευθύνη στο πλαίσιο δραστηριοτήτων ΤΝ

Με την ανωτέρω Μελέτη στο οπλοστάσιό του, το Ευρωπαϊκό Κοινοβούλιο εντείνει τις προσπάθειες προώθησης ενός νέου καθεστώτος αστικής ευθύνης, προβαίνοντας στις 20 Οκτωβρίου 2020 σε ακόμα ένα ψήφισμα με τίτλο «Καθεστώς αστικής ευθύνης για την τεχνητή νοημοσύνη»⁶¹. Επαναλαμβάνει ότι οι κανόνες αστικής ευθύνης για την τεχνητή νοημοσύνη θα πρέπει να επιδιώκουν την επίτευξη ισορροπίας μεταξύ, αφενός, της προστασίας του κοινού και, αφετέρου, των επιχειρηματικών κινήτρων για επενδύσεις στην καινοτομία σε

57 Βλ. Μελέτη εκτίμησης της ευρωπαϊκής προστιθέμενης αξίας, όπ.π., σελ. 32.

58 Βλ. Μελέτη εκτίμησης της ευρωπαϊκής προστιθέμενης αξίας, όπ.π., σελ. 37. Βλ. και τη λίστα των Κρατών-Μελών της ΕΕ που φαίνεται ήδη να σχεδιάζουν την εισαγωγή διατάξεων ευθύνης, όπ.π. σελ. 44 επ.

59 Βλ. Μελέτη εκτίμησης της ευρωπαϊκής προστιθέμενης αξίας, όπ.π., σελ. 32.

60 Βλ. Μελέτη εκτίμησης της ευρωπαϊκής προστιθέμενης αξίας, όπ.π., αναλυτικά σελ. 50 επ. και συμπερασματικά στη σελ. 63.

61 Ψήφισμα του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου της 20ής Οκτωβρίου 2020 με συστάσεις προς την Επιτροπή όσον αφορά το καθεστώς αστικής ευθύνης για την τεχνητή νοημοσύνη P9_TA(2020)0276, (2020/2014(INL)), διαθέσιμο στην ιστοσελίδα (τελευταία επίσκεψη 30/6/2021) < https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2020-0276_EL.html >.

συστήματα τεχνητής νοημοσύνης. Παίρνει τη θέση ότι η Ένωση θα πρέπει να προβεί συντονισμένα, και όχι με τον κατακερματισμό των εθνικών ρυθμίσεων, σε συγκεκριμένες αναγκαίες προσαρμογές της νομοθεσίας της, προκειμένου να εξασφαλίσει ασφάλεια δικαίου και προστασία των πολιτών της⁶². Προκρίνει, δε την εισαγωγή νέων και «μελλοντοστρεφών» ιδεών, αντί την αντικατάσταση των υφιστάμενων συστημάτων ευθύνης που λειτουργούν καλά⁶³.

Στο πλαίσιο αυτό, το Ευρωπαϊκό Κοινοβούλιο παρατηρεί ότι λόγω της αδιαφάνειας, πολυπλοκότητας και της συνδεσιμότητας ενός συστήματος ΤΝ, ο χειριστής του θα είναι σε πολλές περιπτώσεις το πρώτο ορατό σημείο επαφής για το θιγόμενο πρόσωπο⁶⁴. Έτσι, τίθεται υπέρ της αναγνώρισης αξιώσεων αστικής ευθύνης έναντι του χειριστή, εκφράζοντας τη θέση ότι η ευθύνη του δικαιολογείται από το γεγονός ότι αυτός ελέγχει έναν κίνδυνο που συνδέεται με το σύστημα ΤΝ, συγκρίσιμο με τον ιδιοκτήτη ενός αυτοκινήτου ή κατοικιδίου ζώου⁶⁵.

Αυξάνοντας, μάλιστα, την πίεση προς την Ευρωπαϊκή Επιτροπή, το Κοινοβούλιο αναλαμβάνει την όχι συνήθη πρωτοβουλία να προτείνει το ίδιο ένα σχέδιο Κανονισμού για τις αξιώσεις αποζημίωσης των φυσικών και νομικών προσώπων για ζημία ή βλάβη στη ζωή, την υγεία και την περιουσία τους, έναντι των χειριστών συστημάτων ΤΝ, που τα προκάλεσαν (βλ. άρθρο 1 και 2 παρ. 1⁶⁶ του σχεδίου Κανονισμού).

Το σχέδιο Κανονισμού του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου προτείνει αντικειμενική ευθύνη για συστήματα ΤΝ υψηλού κινδύνου, με την πρόβλεψη ότι οι χειριστές συστημάτων ΤΝ υψηλού κινδύνου δεν μπορούν να απαλλαγούν από την ευθύνη τους ισχυριζόμενοι ότι ενήργησαν με την δέουσα επιμέλεια ή ότι η ζημία προκλήθηκε από αυτόνομη δραστηριότητα του ΤΝ συστήματος. Οι χειριστές μπορούν μόνο να απαλλαγούν από την ευθύνη τους αν η ζημία ή βλάβη οφείλεται σε ανωτέρα βία (βλ. άρθρο 4 παρ. 3 σχεδίου Κανονισμού). Το σχέδιο προβλέπει, όμως, οικονομικό περιορισμό της ευθύνης: έως δύο εκατομμύρια ευρώ σε περίπτωση θανάτου ή βλάβης της υγείας ή της σωματικής

62 Βλ. Ψήφισμα του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου της 20ής Οκτωβρίου 2020 με συστάσεις προς την Επιτροπή όσον αφορά το καθεστώς αστικής ευθύνης για την τεχνητή νοημοσύνη P9_TA(2020)0276, παρ. 2 επ.

63 Βλ. Ψήφισμα του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου της 20ής Οκτωβρίου 2020, ό.π., Εισαγωγή, παρ. 2 επ.

64 Βλ. Ψήφισμα του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου της 20ής Οκτωβρίου 2020, ό.π., παρ. 10.

65 Ό.π.

66 Το σχέδιο Κανονισμού περιλαμβάνει και μια νομοτεχνικά άκομψη, θεωρούμε, πρόβλεψη, για ευθύνη του φυσικού προσώπου που έχει προκαλέσει και «σημαντική ηθική βλάβη που οδηγεί σε επαληθεύσιμη οικονομική ζημία», με σκοπό, υποθέτουμε την αποκατάσταση της αποθετικής ζημίας (των διαφυγόντων κερδών) ενός φυσικού ή νομικού προσώπου.

ακεραιότητας του θιγόμενου προσώπου και έως ένα εκατομμύριο ευρώ σε περίπτωση «σημαντικής ηθικής βλάβης που οδηγεί σε επαληθεύσιμη οικονομική ζημία ή ζημία της περιουσίας» του θιγόμενου προσώπου (άρθρο 5 παρ. 1).

Το σχέδιο Κανονισμού του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου προβλέπει, μάλιστα, τον εξής ιδιαίτερο περιορισμό: σε περίπτωση που η συνολική αποζημίωση που πρέπει να καταβληθεί σε περισσότερα πρόσωπα τα οποία υφίστανται βλάβη ή ζημία που προκλήθηκε από την ίδια λειτουργία του ίδιου συστήματος υψηλού κινδύνου ΤΝ υπερβαίνει τα συνολικά ποσά που προβλέπονται ανωτέρω, τα ποσά που θα καταβληθούν σε κάθε πρόσωπο μειώνονται κατ' αναλογία, ώστε να μην υπερβαίνει τα εν λόγω όρια (άρθρο 5 παρ. 2 σχεδίου Κανονισμού). Σύμφωνα, δηλαδή, με τη διάταξη αυτή, εάν ένα αυτόνομο αυτοκίνητο⁶⁷/τραίνο/αεροπλάνο/ιατρικό εργαλείο τραυματίσει σοβαρά ένα άτομο, το όριο αποζημίωσης θα είναι 2 εκατομμύρια, εάν τραυματίσει σοβαρά εκατόν είκοσι-δύο άτομα πάλι θα ευθύνεται μέχρι το ποσό αυτό για όλους αυτούς τους ζημιωθέντες (οι οποίοι προφανώς και δε θα αποζημιωθούν πλήρως).

Ο μάλλον ανεπιεικής αυτός περιορισμός της ευθύνης στοχεύει, προφανώς, στην εξασφάλιση προσιτού κόστους ασφάλισης για τις δραστηριότητες ΤΝ και στη συνεπαγόμενη ενθάρρυνση της χρήσης τεχνολογιών ΤΝ στην Ένωση. Παρά ταύτα θεωρούμε ότι είναι τελικά μη-ανεκτός. Παρότι το άρθρο 2 παρ. 3 του σχεδίου (Πεδίο Εφαρμογής) προβλέπει ότι οι διατάξεις του Κανονισμού δεν θίγουν τυχόν πρόσθετες αξιώσεις από συμβατικές αξιώσεις ευθύνης, κανονισμούς για την ευθύνη για προϊόντα κτλ, η εν λόγω ρύθμιση δεν φαίνεται περιλαμβάνει την αποζημίωση υποκειμενικής ευθύνης από αδικοπραξία με βάση την εθνική νομοθεσία. Στο βαθμό που δεν υπάρχει έστω δυνατότητα έγερσης αδικοπρακτικών αξιώσεων με βάση την υποκειμενική ευθύνη, η εν λόγω διάταξη ευθύνης σημαίνει ότι ακόμα και με βαριά αμέλεια και δόλο να προξενήσει ζημία σε χιλιάδες πρόσωπα ο χειριστής θα πληρώσει μόνο δύο εκατομμύρια σε αποζημιώσεις. Ακόμα, εξάλλου, και η συμβατική ευθύνη που εξαιρείται, σύμφωνα με το σχέδιο Κανονισμού, σε πολλά κράτη μέλη είναι δυνατόν να αποκλειστεί με κοινή συμφωνία των μερών⁶⁸. Συνεπώς, η βασική διάταξη ευθύνης του σχεδίου Κανονισμού του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου είναι μάλλον απογοητευτική.

⁶⁷ Ειδικά πάντως για τα ζητήματα των αυτόνομων αυτοκινήτων βλ. και τη Μελέτη του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου «A Common EU approach to liability rules and insurance for connected and autonomous vehicles, European Added Value Assessment, Accompanying the European Parliament's legislative own-initiative report», Φεβρουάριος 2018, διαθέσιμη μόνο στα αγγλικά (τελευταία επίσκεψη 15/7/2021) στη διεύθυνση: < <https://www.consilium.europa.eu/media/21603/19-euco-final-conclusions-el.pdf> >.

⁶⁸ Στην Ελλάδα, βεβαίως, η εκ των προτέρων παραίτηση από το δικαίωμα αποζημίωσης επιτρέπεται μόνο για ελαφρά αμέλεια, και μόνο εάν δεν συντρέχουν κάποιες προϋποθέσεις, βλ. άρθρο 332 ΑΚ.

Στην εντελώς αντίθετη κατεύθυνση, το σχέδιο Κανονισμού προβλέπει μια υπερβολικά μακρά προθεσμία παραγραφής – 30 ετών, μία ακόμα κακή νομοθετική επιλογή για τις εν λόγω δυναμικές τεχνολογίες.

Το σχέδιο Κανονισμού προβλέπει, πάντως, υποκειμενική ευθύνη για τα συστήματα ΤΝ που δεν είναι υψηλού κινδύνου, και μάλιστα παραπέμποντας στις εθνικές διατάξεις αποζημίωσης, ενώ περιέχει και άρθρα με αναμενόμενες ρυθμίσεις για τη συνυπαιτιότητα, την ευθύνη από κοινού και εις ολόκληρον και το δικαίωμα αναγωγής (άρθρα 10, 11 και 12).

V. Η προτεινόμενη δράση από την Ευρωπαϊκή Επιτροπή: Πρόταση Κανονισμού για την Τεχνητή Νοημοσύνη

Η Ευρωπαϊκή Επιτροπή παρουσιάζει, τελικά, στις 21.4.2021 την Πρόταση Κανονισμού για τη θέσπιση εναρμονισμένων κανόνων για την Τεχνητή Νοημοσύνη⁶⁹. Ως εισαγωγική παρατήρηση μπορούμε να πούμε ότι η Πρόταση αυτή χαρακτηρίζεται από την ποιότητα επεξεργασίας των προτάσεων της Επιτροπής⁷⁰, αλλά δεν περιέχει ουδεμία ρύθμιση για τα ζητήματα αστικής ευθύνης των προσώπων που τα χρησιμοποιούν.

Το κείμενο της Πρότασης, δε θα είναι, βέβαια, πιθανότατα, τελικό, σίγουρα όμως είναι δηλωτικό της τάσης που έχει επικρατήσει έως τώρα όσον αφορά τη ρύθμιση των τεχνολογιών ΤΝ στην ευρωπαϊκή ένωση, και μπορούμε να υποθέσουμε ότι παρά τις αλλαγές που μπορεί να επιφέρει η μετέπειτα νομοπαρασκευαστική διαδικασία στο δρόμο για την ψήφιση του Κανονισμού, ότι θα κρατήσει κάποια από τα βασικά χαρακτηριστικά του.

Ειδικότερα, η Πρόταση Κανονισμού της Ευρωπαϊκής Επιτροπής περιλαμβάνει, καταρχήν, τον ορισμό του συστήματος τεχνητής νοημοσύνης (σύστημα ΤΝ) ως το: «λογισμικό που αναπτύσσεται με μία ή περισσότερες από τις τεχνικές και προσεγγίσεις που παρατίθενται στο παράρτημα Ι και μπορεί, για ένα δεδομένο σύνολο στόχων που έχουν καθοριστεί από τον άνθρωπο, να παράγει στοιχεία εξόδου όπως περιεχόμενο, προβλέψεις, συστάσεις ή αποφάσεις που επηρεάζουν τα περιβάλλοντα με τα οποία αλληλεπιδρά»⁷¹. Ο ορισμός αυτός φαίνεται να έχει επηρεαστεί από τον

69 Βλ. Πρόταση Κανονισμού του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου για τη Θέσπιση Εναρμονισμένων Κανόνων σχετικά με την Τεχνητή Νοημοσύνη (Πράξη για την Τεχνητή Νοημοσύνη) και για την τροποποίηση ορισμένων νομοθετικών πράξεων της Ένωσης, COM(2021) 206 final {SEC(2021) 167 final} - {SWD(2021) 84 final} - {SWD(2021) 85 final}.

70 Βλ. και T. Burri/ F. von Bothmer, The New EU Legislation on Artificial Intelligence: A Primer, διαθέσιμο στην ιστοσελίδα (τελευταία επίσκεψη 15/7/2021) < SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3831424> >: “Overall, the Commission’s proposal is clever, well written and balanced”.

71 Βλ. άρθρο 3 (1) που περιλαμβάνει τους σχετικούς ορισμούς, Πρόταση Κανονισμού για τη

αντίστοιχο του ΟΟΣΑ⁷², ενώ λόγω της παραπομπής στις τεχνολογίες που παρατίθενται στο παράρτημα Ι της Πρότασης επικρίθηκε, μάλλον άδικα, ως υπερβολικά ευρύς⁷³.

Σε κάθε περίπτωση, η Πρόταση Κανονισμού εκκινεί από τους κινδύνους στην υγεία, στην ασφάλεια και στην προστασία των θεμελιωδών δικαιωμάτων των φυσικών προσώπων⁷⁴ και ρυθμίζει τα συστήματα ΤΝ σε τέσσερις διαφορετικές κατηγορίες. Στην πρώτη κατηγορία εμπίπτουν τα συστήματα ΤΝ που προβαίνουν σε πρακτικές που ορίζονται ως απαγορευμένες, ενδεικτικά: «η διάθεση στην αγορά, η θέση σε λειτουργία ή η χρήση συστήματος ΤΝ που χρησιμοποιεί τεχνικές οι οποίες απευθύνονται στο υποσυνείδητο ενός προσώπου υπερκεράζοντας το συνειδητό του, προκειμένου να στρεβλώσει ουσιαδώς τη συμπεριφορά ενός προσώπου κατά τρόπο που προκαλεί ή ενδέχεται να προκαλέσει στο εν λόγω πρόσωπο ή σε άλλο πρόσωπο σωματική ή ψυχολογική βλάβη»⁷⁵. Ενδιαφέρον παρουσιάζει εδώ η απουσία αναφοράς στην απαγόρευση λειτουργίας ή χρήσης συστημάτων ΤΝ που χρησιμοποιούν τεχνικές ΤΧ που υπερκεράζουν το συνειδητό ενός προσώπου προξενώντας του οικονομική ζημία!

Όσον αφορά τη δεύτερη κατηγορία, η Πρόταση προβαίνει σε ταξινόμηση των συστημάτων ΤΝ που ορίζονται ως υψηλού κινδύνου, τα οποία περιλαμβάνει στα παραρτήματα ΙΙ και ΙΙΙ⁷⁶. Στο πλαίσιο αυτό, θεωρείται ως σύστημα

Θέσπιση Εναρμονισμένων Κανόνων σχετικά με την Τεχνητή Νοημοσύνη, όπ.π.

72 Βλ. OECD, Recommendation of the Council on Artificial Intelligence, 2019, σελ. 7, διαθέσιμο στην ιστοσελίδα (τελευταία επίσκεψη 15/7/2021) < <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/oecd-legal-0449> >.

73 Δες ενδεικτικά P. Glauner, An Assessment of the AI Regulation Proposed by the European Commission, arXiv:2105.15133 [cs.CY], σελ. 3, διαθέσιμο στην ιστοσελίδα (τελευταία επίσκεψη 15/7/2021) < <https://arxiv.org/pdf/2105.15133.pdf> > και στο υπό δημοσίευση βιβλίο των S. Ehsani/P. Glauner/P. Plugmann/Florian M. Thieringer (εκδ.) “The Future Circle of Healthcare: AI, 3D Printing, Longevity, Ethics, and Uncertainty Mitigation” Springer 2022. Ότι παρά τις σχετικές αναλύσεις εδώ και μερικά χρόνια δεν έχει επιτευχθεί ένας κοινά αποδεκτός ορισμός της έννοιας της ΤΝ, βλ. N.A.Smuha, From a ‘race to AI’ to a ‘race to AI regulation’: regulatory competition for artificial intelligence, Law, Innovation and Technology (2021), 13:1, 57-84, σελ. 62, DOI: 10.1080/17579961.2021.1898300. Βλ. και τη συζήτηση για το ποιος θα μπορούσε να είναι ένας ορισμός για την ΤΝ A. Pošćić/A. Martinović, Chapter 3, Towards a regulatory framework for artificial intelligence – an EU approach, σελ. 50 επ., σε S. Drezgić/ A.Host/ M. Tomljanović/ S. Žiković (Εκδ.), Contemporary Economic and Business Issues, 2021, University of Rijeka.

74 Βλ. ενδεικτικά τις αναφορές στις εισαγωγικές παρατηρήσεις 1, 13, 27, 32 και τα άρθρα 7 (1) (β), 65 της Πρότασης Κανονισμού για τη Θέσπιση Εναρμονισμένων Κανόνων σχετικά με την Τεχνητή Νοημοσύνη, όπ.π.

75 Βλ. το άρθρο 5 παρ. 1 (1) Πρότασης Κανονισμού για τη Θέσπιση Εναρμονισμένων Κανόνων σχετικά με την Τεχνητή Νοημοσύνη, όπ.π.

76 Βλ. άρθρο 6 της Πρότασης Κανονισμού για τη Θέσπιση Εναρμονισμένων Κανόνων σχετικά με την Τεχνητή Νοημοσύνη, όπ.π.

TN υψηλού κινδύνου, αφενός αυτό που προορίζεται να χρησιμοποιηθεί ως κατασκευαστικό στοιχείο ασφάλειας ενός προϊόντος ή είναι το ίδιο προϊόν που καλύπτεται από την ενωσιακή νομοθεσία εναρμόνισης που παρατίθεται στο παράρτημα II, καθώς και το προϊόν του οποίου κατασκευαστικό στοιχείο ασφάλειας είναι το σύστημα TN, ή το ίδιο το σύστημα TN ως προϊόν, απαιτείται να υποβληθεί σε αξιολόγηση της συμμόρφωσης από τρίτο μέρος με σκοπό τη διάθεση του εν λόγω προϊόντος στην αγορά ή τη θέση του σε λειτουργία, σύμφωνα με την ενωσιακή νομοθεσία εναρμόνισης που παρατίθεται στο παράρτημα II⁷⁷. Στην κατηγορία αυτή εμπίπτουν, μεταξύ άλλων, παιχνίδια, ανελκυστήρες, συσκευές που καίνε αέρια καύσιμα και ιατρικές συσκευές⁷⁸.

Περαιτέρω, το παράρτημα III περιλαμβάνει (όπως φαίνεται, εξαντλητικά⁷⁹) οκτώ τομείς στους οποίους η χρήση συστημάτων TN θεωρείται υψηλού κινδύνου. Ενδεικτικά αναφέρονται οι τομείς βιομετρικής ταυτοποίησης και κατηγοριοποίησης φυσικών προσώπων, διαχείρισης και λειτουργίας υποδομών ζωτικής σημασίας (φυσικού αερίου, νερού κτλ.), απασχόλησης, διαχείρισης εργαζομένων και πρόσβασης στην αυτοαπασχόληση⁸⁰, συστημάτων TN που προορίζονται να χρησιμοποιηθούν από αρχές επιβολής του νόμου, ή για την απονομή δικαιοσύνης και τις δημοκρατικές διαδικασίες⁸¹, κτλ. Ενδιαφέρον παρουσιάζει για τα συστήματα TN που αναφέρονται στο παράρτημα III, ότι ο παράγοντας που καθορίζει τον χαρακτηρισμό ως υψηλού κινδύνου είναι η πρόθεση χρήσης του. Έχει, μάλιστα, εκφραστεί η άποψη ότι η λίστα αυτή θα

77 Βλ. άρθρο 6 παρ.1 της Πρότασης Κανονισμού για τη Θέσπιση Εναρμονισμένων Κανόνων σχετικά με την Τεχνητή Νοημοσύνη, όπ.π.

78 Βλ. *T. Burri/ F. von Bothmer*, *The New EU Legislation on Artificial Intelligence: A Primer*, διαθέσιμο στην ιστοσελίδα (τελευταία επίσκεψη 15/7/2021) < SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3831424> >.

79 Με δυνατότητα της Επιτροπής να τροποποιεί το παράρτημα III, βλ. άρθρο 7 και 73 της Πρότασης Κανονισμού για τη Θέσπιση Εναρμονισμένων Κανόνων σχετικά με την Τεχνητή Νοημοσύνη, όπ.π.

80 Βλ. κριτική για το ανεπαρκές σύστημα αυτοαξιολόγησης των επιχειρήσεων που χρησιμοποιούν TN υψηλού κινδύνου σύμφωνα με την Πρόταση Κανονισμού της Ευρωπαϊκής Επιτροπής, ιδίως στο χώρο της απασχόλησης, *A.Ponse del Castillo*, *The AI Regulation: entering an AI regulatory winter? Why an ad hoc directive on AI in employment is required*, Policy Brief, European Economic, Employment and Social Policy, Ιούλιος 2021, διαθέσιμο στην ιστοσελίδα (τελευταία επίσκεψη 15/7/2021: < https://www.etui.org/sites/default/files/2021-06/The%20AI%20Regulation.%20Entering%20an%20AI%20regulatory%20winter_2021.pdf >.

81 Ειδικά για τη χρήση συστημάτων TN στον τομέα απονομής δικαιοσύνης και δημοκρατικών διαδικασιών ως τομέα υψηλού κινδύνου σύμφωνα με το Παράρτημα III της Πρότασης Κανονισμού βλ. και *S.F.Schwemer/L.Tomada/T.Passini*, *Legal AI Systems in the EU's proposed Artificial Intelligence Act*, σελ. 3 επ., διαθέσιμο στην ιστοσελίδα (τελευταία επίσκεψη 15/7/2021), < <http://ceur-ws.org/Vol-2888/paper8.pdf> >.

συζητηθεί εκτενώς από το Συμβούλιο και το Κοινοβούλιο κατά την πορεία της νομοπαρασκευαστικής διαδικασίας, και θεωρείται πιθανό να υπάρχουν σχετικές τροποποιήσεις⁸².

Ο χαρακτηρισμός ενός συστήματος ΤΝ ως υψηλού κινδύνου δημιουργεί ορισμένες υποχρεώσεις, τις οποίες οφείλει να εκπληρώνει ο «πάροχος»⁸³ αυτού, όταν εισάγεται σύστημα στην κυκλοφορία⁸⁴. Σε αυτές περιλαμβάνεται η υιοθέτηση ενός ολοκληρωμένου συστήματος διαχείρισης κινδύνων⁸⁵, με την εξασφάλιση της ποιότητας των δεδομένων⁸⁶ και την τήρηση τεχνικών εγγράφων και αρχείων καταγραφής για την ύπαρξη διαφάνειας⁸⁷. Στα συστήματα ΤΝ υψηλού κινδύνου, πρέπει, επίσης, να διασφαλίζεται η ακρίβεια, ανθεκτικότητα και ασφάλεια στον κυβερνοχώρο⁸⁸. επίσης η ανθρώπινη επίβλεψη είτε μέσω του σχεδιασμού είτε παρέχοντας τη δυνατότητα αυτή στους χρήστες⁸⁹. Ένα σύστημα ΤΝ υψηλού κινδύνου, εάν είναι «αυτόνομο», δηλαδή δεν ενσωματώνεται σε άλλα προϊόντα, τα οποία ρυθμίζονται ειδικά, πρέπει να εγγράφεται σε μια νέα δημόσια βάση δεδομένων⁹⁰. Οι χρήστες (ένας όρος που αποκλείει εκείνους που κάνουν χρήση του συστήματος ΤΝ υπό μία προσωπική, δηλαδή μη επαγγελματική ιδιότητα⁹¹) υπόκεινται επίσης σε υποχρεώσεις: δεσμεύονται να ακολουθούν τις οδηγίες του παρόχου και οφείλουν να παρα-

82 Βλ. *T. Burri/ F. von Bothmer*, *The New EU Legislation on Artificial Intelligence: A Primer*, διαθέσιμο στην ιστοσελίδα (τελευταία επίσκεψη 15/7/2021) < SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3831424> >.

83 Βλ. άρθρο 3 (2) της Πρότασης Κανονισμού για τη Θέσπιση Εναρμονισμένων Κανόνων σχετικά με την Τεχνητή Νοημοσύνη, ό.π.

84 Βλ. άρθρο 16 της Πρότασης Κανονισμού για τη Θέσπιση Εναρμονισμένων Κανόνων σχετικά με την Τεχνητή Νοημοσύνη, ό.π. Υπό ορισμένες προϋποθέσεις οι υποχρεώσεις αυτές μπορεί να βαρύνουν τον διανομέα, τον εισαγωγέα του συστήματος ΤΝ ή τρίτα μέρη, βλ. άρθρα 26-28 της Πρότασης Κανονισμού.

85 Βλ. άρθρα 8 και 9 της Πρότασης Κανονισμού για τη Θέσπιση Εναρμονισμένων Κανόνων σχετικά με την Τεχνητή Νοημοσύνη, ό.π.

86 Βλ. άρθρο 10 της Πρότασης Κανονισμού για τη Θέσπιση Εναρμονισμένων Κανόνων σχετικά με την Τεχνητή Νοημοσύνη, ό.π.

87 Βλ. άρθρα 11-13 της Πρότασης Κανονισμού για τη Θέσπιση Εναρμονισμένων Κανόνων σχετικά με την Τεχνητή Νοημοσύνη, ό.π.

88 Βλ. άρθρο 12 της Πρότασης Κανονισμού για τη Θέσπιση Εναρμονισμένων Κανόνων σχετικά με την Τεχνητή Νοημοσύνη, ό.π.

89 Βλ. άρθρο 14 της Πρότασης Κανονισμού για τη Θέσπιση Εναρμονισμένων Κανόνων σχετικά με την Τεχνητή Νοημοσύνη, ό.π.

90 Βλ. άρθρα 51 και 62 της Πρότασης Κανονισμού για τη Θέσπιση Εναρμονισμένων Κανόνων σχετικά με την Τεχνητή Νοημοσύνη, ό.π.

91 Βλ. άρθρο 3(4) της Πρότασης Κανονισμού για τη Θέσπιση Εναρμονισμένων Κανόνων σχετικά με την Τεχνητή Νοημοσύνη, ό.π.

κολουθούν το σύστημα TN που χρησιμοποιούν⁹². Οι υποχρεώσεις του παρόχου μεταφέρονται, εξάλλου, και σε τρίτα πρόσωπα, εφόσον αυτά προβούν σε τροποποιήσεις ενός συστήματος TN υψηλού κινδύνου⁹³. Ο πάροχος οφείλει πάντως να προβαίνει ο ίδιος σε αξιολόγηση της συμμόρφωσης με τις διατάξεις του Κανονισμού – μόνο στις περιπτώσεις που γίνεται (νόμιμη) χρήση της τεχνολογίας βιομετρικής αναγνώρισης απαιτείται εξωτερική αξιολόγηση από τρίτο φορέα⁹⁴.

Τρίτη κατηγορία της Πρότασης Κανονισμού: τα συστήματα TN χαμηλού κινδύνου, τα οποία θα υποβάλλονται, σύμφωνα με την πρόταση, σε ορισμένες υποχρεώσεις διαφάνειας και ενημέρωσης. Ενδεικτικά, τα φυσικά πρόσωπα θα πρέπει να ενημερώνονται όταν αλληλεπιδρούν με ένα σύστημα TN⁹⁵.

Στην τέταρτη και τελευταία κατηγορία εμπίπτουν τα συστήματα TN με ελάχιστο ρίσκο, τα οποία δε θα υπέχουν ουδεμία υποχρέωση από τις διατάξεις του (προτεινόμενου) Κανονισμού.

VI. Συμπεράσματα για την πορεία ενός νέου συστήματος ευθύνης για την TN

Η Ευρωπαϊκή Επιτροπή επέλεξε, λοιπόν, να μην συμπεριλάβει στην Πρόταση Κανονισμού για τη ρύθμιση των τεχνολογιών TN ουδεμία διάταξη ευθύνης. Δήλωσε, βέβαια, ότι βρίσκεται στο στάδιο επεξεργασίας σχετικών ρυθμίσεων αποζημίωσης των προσώπων που βλάπτονται από τις νέες αυτές τεχνολογίες, οι οποίες αναμένονται μέσα στο 2022⁹⁶. Δεν γνωρίζουμε το λόγο για τον

92 Βλ. άρθρο 29 της Πρότασης Κανονισμού για τη Θέσπιση Εναρμονισμένων Κανόνων σχετικά με την Τεχνητή Νοημοσύνη, ό.π.

93 Βλ. άρθρο 28 παρ.1 της Πρότασης Κανονισμού για τη Θέσπιση Εναρμονισμένων Κανόνων σχετικά με την Τεχνητή Νοημοσύνη, ό.π.

94 Βλ. άρθρο 43 της Πρότασης Κανονισμού για τη Θέσπιση Εναρμονισμένων Κανόνων σχετικά με την Τεχνητή Νοημοσύνη, ό.π.

95 Βλ. άρθρο 52 της Πρότασης Κανονισμού για τη Θέσπιση Εναρμονισμένων Κανόνων σχετικά με την Τεχνητή Νοημοσύνη, ό.π.

96 Βλ. Annexes to the Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions Fostering a European approach to Artificial Intelligence, της 21.4.2021, COM(2021) 205 final, σελ. 33, διαθέσιμο στην ιστοσελίδα (τελευταία επίσκεψη 15/7/2021) < <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=COM:2021:205:FIN&qid=1619355277817> >, όπου αναφέρεται πως στους σκοπούς της Ευρωπαϊκής Επιτροπής συμπεριλαμβάνεται η πρόθεση να: «[...]propose in 2022 EU measures adapting the liability framework to the challenges of new technologies, including AI to ensure that victims who suffer damage to their life, health or property as a result of new technologies have access to the same compensation as victims of other technologies. This may include a revision of the Product Liability Directive, and a legislative proposal with regard to the liability for certain AI systems.

οποίο η Επιτροπή επέλεξε να χωρίσει τις υποχρεώσεις από την αστική ευθύνη για τη μη τήρησή τους και την πρόκληση ζημίας⁹⁷. Θα περίμενε κανείς, στο παράδειγμα του Γενικού Κανονισμού Προσωπικών Δεδομένων⁹⁸, μια συνολική πρόταση⁹⁹, με διατάξεις τόσο για τις υποχρεώσεις που επιβάλλονται για τη νόμιμη επεξεργασία προσωπικών δεδομένων, και τις διοικητικές κυρώσεις για παράβαση αυτών, όσο και για την αξίωση αποζημίωσης του προσώπου που έχει ζημιωθεί από τις παραβάσεις του Κανονισμού. Η Επιτροπή, ενδεχομένως, να μην είχε ολοκληρώσει τις εργασίες της για την υποβολή μιας σωστά επεξεργασμένης πρότασης, ή να προτιμούσε να υιοθετήσει μια συντηρητική προσέγγιση περιορίζοντας τυχόν αντιδράσεις από επιχειρηματικούς φορείς που μπορεί να αντιδρούσαν πιο δυναμικά στην ταυτόχρονη ρύθμιση συμπεριφοράς και στην πρόβλεψη ευθύνης.

Εξάλλου, εάν η προβλεπόμενη νομοπαρασκευαστική διαδικασία οδηγήσει στην εφαρμογή του προτεινόμενου Κανονισμού, θεωρούμε ότι θα λειτουργήσει βοηθητικά στο χρονικά επόμενο στάδιο πρόβλεψης αστικής ευθύνης για τις νέες τεχνολογίες. Θυμίζουμε, εδώ, ότι ένα από τα ζητήματα που καταγράφηκαν ως δυσκολία για την ικανοποίηση αξίωσης αποζημίωσης για βλάβη από τα συστήματα ΤΝ είναι η έλλειψη σχετικών υποχρεώσεων επιμέλειας, η παράλειψη τήρησης των οποίων πληρούν την προϋπόθεση της παρανομίας (και τυχόν υπαιτιότητας)¹⁰⁰.

Any new or amended provisions of existing legislation will take into account other existing EU legislation, as well as the proposed horizontal framework for AI».

97 Ότι η απαίτηση για «Ηθική ΤΝ» περιλαμβάνει την έννοια της «Λογοδοσίας» (accountability) η οποία με τη σειρά της συνδέεται με το ζήτημα της ευθύνης, βλ. και K. Kieslich/ B. Keller/ Chr. Starke, *AI-Ethics By Design. Evaluating Public Perception On The Importance of Ethical Design Principles of AI*, σελ. 11 επ., June 2021, arXiv:2106.00326v1.

98 Για τη σχέση του Γενικού Κανονισμού Προσωπικών Δεδομένων και των τεχνολογιών ΤΝ, βλ. και G.V. Gizem, *A Case Study on the Interaction Between the General Data Protection Regulation and Artificial Intelligence Technologies*, ProFuturo, Ιούνιος 2021, DOI:10.26521/profuturo/2020/4/9570. Βλ. και Α. Βόρρα/Α. Μήτρου, *Τεχνητή νοημοσύνη και προσωπικά δεδομένα – Μια θεώρηση υπό το πρίσμα του Ευρωπαϊκού Γενικού Κανονισμού Προστασίας Δεδομένων (ΕΕ) 2016/679*, ΔΙΜΕΕ 4/2018, 459 επ.

99 Ότι η ανάγκη για την εισαγωγή ενός ρυθμιστικού πλαισίου της ΤΝ είναι υπαρκτή και ότι οι νομοθέτες θα πρέπει να επιλέξουν έναν συνδυασμό από τα προτεινόμενα εργαλεία και τις μεθόδους που προτείνονται για το σκοπό αυτό, βλ. P.G.R. de Almeida/ C.D. dos Santos / J.S. Farias, *Artificial Intelligence Regulation: a framework for governance, Ethics and Information Technology*, April 2021, Springer, DOI:10.1007/s10676-021-09593-z. Υπέρ της εισαγωγικής νομοθετικού πλαισίου για την αντιμετώπιση των κινδύνων της ΤΝ βλ. και K. LaGrande, *How Safe is our reliance on AI, and should we regulate it? AI and Ethics* (2021), 1:93-99, Springer, DOI: 10.1007/s43681-020-00010-7.

100 Βλ. σχετικά Έκθεση της 21ης Απριλίου 2019 της Ομάδας Εμπειρογνομόνων υψηλού επιπέδου, με τίτλο *Ευθύνη για την τεχνητή νοημοσύνη και άλλες αναδυόμενες ψηφιακές τεχνολογίες*, όπ.π., σελ. 23.

Στο βαθμό, δηλαδή, που ο προτεινόμενος Κανονισμός επιβάλλει υποχρεώσεις, είτε με τη μορφή προδιαγεγραμμένων κανόνων ασφάλειας ενός προϊόντος που χρησιμοποιεί τεχνολογία ΤΝ, είτε τήρησης διαδικασίας, ενημέρωσης – διαφάνειας, οποιαδήποτε παράλειψη του ζημιώσαντα να συμμορφωθεί με αυτές (και εφόσον υπάρχει αιτιότητα και ζημία) θα καθιστά τρόπον τινά πιο εύκολη, για τον ζημιωθέντα, την απόδειξη ότι υπήρξε παρανομία στη μορφή της παρέκκλισης από την υποχρέωση επιμέλειας.

Όσον αφορά άλλα χαρακτηριστικά του αναμενόμενου πλαισίου ευθύνης της Ευρωπαϊκής Επιτροπής, μπορούμε να κάνουμε μια σειρά από υποθέσεις. Καταρχήν θεωρούμε πολύ πιθανό να προταθεί ένα καθεστώς αντικειμενικής ευθύνης για τα συστήματα ΤΝ υψηλού κινδύνου. Πιθανότατα η ευθύνη να παραμείνει υποκειμενική ή νόθος αντικειμενική για τα συστήματα ΤΝ που δεν θεωρούνται υψηλού κινδύνου. Θεωρούμε ότι αν υπάρχει πρόθεση πραγματικής υποστήριξης των ζημιωθέντων, η ρύθμιση της ευθύνης θα περιέχει αποδεικτικές διευκολύνσεις όσον αφορά τουλάχιστον την υπαιτιότητα (για τις περιπτώσεις που η ευθύνη είναι υποκειμενική) και ίσως για την αιτιότητα¹⁰¹. Θα μπορούσε να υπάρχει πχ πρόβλεψη ότι ο ενάγων θα πρέπει να αποδείξει εκ πρώτης απόψεως (*prima facie*) ότι η ζημία προκλήθηκε από τον εναγόμενο, αντιστρέφοντας το βάρος απόδειξης εις βάρος του, οπότε θα αποκλείεται η ευθύνη του εάν αποδείξει ότι η ζημία δεν προκλήθηκε από αυτόν.

Ενδιαφέρουσα θα μπορούσε να είναι, εναλλακτικά, η αποδεικτική διευκόλυνση κατά την οποία ο ενάγων οφείλει μόνο να αποδείξει τη ζημία και ότι η ζημία προήλθε αιτιωδώς από τη χρήση του προϊόντος ή της υπηρεσίας, οπότε θα πρέπει ο εναγόμενος να αποδείξει ότι δεν ευθύνεται αυτός για εκείνη. Μια αντίστοιχη διευκόλυνση προβλέπεται στο ελληνικό δίκαιο, στο άρθρο 8 Ν. 2251/1994¹⁰² για την προστασία καταναλωτή. Η διάταξη αυτή είναι, μάλιστα, διάταξη που ο Έλληνας νομοθέτης έχει εμπνευστεί από ένα σχέδιο Οδηγίας το οποίο είχε σχεδιαστεί ως αντίστοιχο της Οδηγίας για τα ελαττωματικά προ-

101 Βλ. και τις συστάσεις σε *M. Buiten/A. de Stree/M. Peitz*, Centre on Regulation in Europe, Report March 2021, EU liability rules for the ag of artificial intelligence, σελ. 55 επ., διαθέσιμο στην ιστοσελίδα (τελευταία επίσκεψη 15/7/2021) < <https://cerre.eu/publications/eu-liability-rules-age-of-artificial-intelligence-ai/> >.

102 Βλ. άρθρο 8 παρ. 3 και 4: «3. Ο ζημιωθείς υποχρεούται να αποδείξει τη ζημία και την αιτιώδη συνάφεια μεταξύ της παροχής της υπηρεσίας και της ζημίας. 4. Ο παρέχων υπηρεσίες φέρει το βάρος της απόδειξης για την έλλειψη παρανομίας και υπαιτιότητάς του. Για την έλλειψη υπαιτιότητας λαμβάνονται υπόψη η ευλόγως προσδοκώμενη ασφάλεια και το σύνολο των ειδικών συνθηκών και ιδίως: α) η φύση και το αντικείμενο της υπηρεσίας, ιδίως σε σχέση με το βαθμό επικινδυνότητάς της, β) η παρουσίαση και ο τρόπος παροχής της, γ) ο χρόνος παροχής της, δ) η αξία της παρεχόμενης υπηρεσίας, ε) η ελευθερία δράσης που καταλείπεται στον ζημιωθέντα στο πλαίσιο της υπηρεσίας, στ) αν ο ζημιωθείς ανήκει σε κατηγορία μειονεκτούντων ή ευπρόσβλητων προσώπων και ζ) αν η παρεχόμενη υπηρεσία αποτελεί εθελοντική προσφορά του παρέχοντος αυτήν».

ϊόντα¹⁰³, αλλά για τις υπηρεσίες¹⁰⁴. Η πρόταση αυτή δεν ψηφίστηκε ποτέ και παρέμεινε ως σχέδιο, πρωτίστως λόγω της αντίδρασης της Γερμανίας, η οποία είχε λάβει δυναμικά αρνητική θέση για το σχέδιο αυτό και την αύξηση της ευθύνης του παρέχοντος υπηρεσίες¹⁰⁵.

Δεν μπορεί, ωστόσο να αποκλεισθεί ότι η Γερμανία, σαν χώρα που επενδύει σημαντικά στις νέες τεχνολογίες και τα συστήματα ΤΝ, θα μπορούσε και πάλι να προκρίνει ένα λιγότερο φιλικό προς τον ενάγοντα καθεστώς ευθύνης, και συνεπώς να επιτύχει, είτε την πρόβλεψη ελάχιστων αποδεικτικών διευκολύνσεων για τον ενάγοντα ζημιωθέντα, είτε έναν μεγάλο ποσοτικό περιορισμό της ευθύνης, στο πρότυπο της διάταξης του σχεδίου Κανονισμού του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου.

Σε κάθε περίπτωση, θεωρούμε ότι οι διατάξεις της Οδηγίας για τα ελαττωματικά προϊόντα, ακόμα και με σχετικές τροποποιήσεις, δε θα είναι επαρκείς για την αντιμετώπιση των δυσχεριών που θα αντιμετωπίσει ο ζημιωθείς από ένα σύστημα ΤΝ στην προσπάθειά του να αποζημιωθεί για τη βλάβη που υπέστη. Στην Ελλάδα¹⁰⁶ θα μπορούμε, εντωμεταξύ, να επικαλούμαστε εκτός από το άρθρο 6 του Ν. 2251/1994 για την ευθύνη του παραγωγού για ελαττωματικά προϊόντα και το πολύ χρήσιμο άρθρο 8 Ν. 2251/1994 για την ευθύνη του παρέχοντος υπηρεσίες, το οποίο όμως και αυτό δεν μπορεί να καλύψει πλήρως τις περιπτώσεις ευθύνης από κακή λειτουργία συστημάτων και υπηρεσιών ΤΝ (ενδεικτικά, και επειδή περιορίζεται σε εφαρμογή για τους καταναλωτές). Εξάλλου, είναι σαφής η επιθυμία ρύθμισης της ευθύνης για εφαρμογές ΤΝ ενιαία, σε ενωσιακό επίπεδο, αφού στην αντίθετη περίπτωση είναι πιθανό να ξεπηδήσουν πολλά και διαφορετικά συστήματα ευθύνης, ένα σε κάθε κράτος-μέλος, περιπλέκοντας τη δυνατότητα συμμόρφωσης με τις εκάστοτε προϋποθέσεις περιορισμού /αποφυγής της ευθύνης και την ύπαρξη αντικινήτρου για την ανάπτυξη των νέων τεχνολογιών στον ευρωπαϊκό οικονομικό χώρο.

Συνεπώς, ένα νέο σύστημα ευθύνης αναμένεται να δημιουργηθεί, το οποίο

103 Βλ. Οδηγία 85/374/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 25ης Ιουλίου 1985, για την προσέγγιση των νομοθετικών, κανονιστικών και διοικητικών διατάξεων των κρατών μελών σε θέματα ευθύνης λόγω ελαττωματικών προϊόντων, (οδηγία για την ευθύνη λόγω ελαττωματικών προϊόντων), ΕΕ L 210 της 7.8.1985

104 Βλ. άρθρο 5 της Πρότασης Οδηγίας του Συμβουλίου (υποβληθείσα από την Ευρωπαϊκή Επιτροπή) περί ευθύνης του φορέα παροχής υπηρεσιών, της 20.12.1990, COMC90) 482 τελικό - ΣΥΝ 308, διαθέσιμο στην ιστοσελίδα (τελευταία επίσκεψη 16/7/2021) < <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EL/TXT/PDF/?uri=CELEX:51990PC0482&from=EN> >.

105 Βλ. αναλυτικά *E. Truli, Dienstleistungshaftung im Griechischen, Deutschen and Gemeinschaftsrecht*, Dunker & Humblot, 2001, σελ. 29 επόμενα.

106 Για την ευθύνη για ζημιές από συστήματα ΤΝ στην Ελλάδα βλ. και *Κ. Χριστοδούλου*, Νομικά ζητήματα από την τεχνητή νοημοσύνη, σελ. 117 επ., 135 επ., Πανεπιστήμιο Πειραιώς/Ελεγκτικό Συνέδριο, Δίκαιο και Τεχνολογία 2019, Εκδ. Σάκκουλα.

θα (πρέπει να) ισορροπεί μεταξύ της ανάγκης για ικανοποιητική αποζημίωση των θυμάτων της νέας τεχνολογίας και της επιθυμίας μιας οικονομικά εύρωστης κοινωνίας να διατηρήσει την ευημερία της σε ένα διεθνές περιβάλλον έντονου ανταγωνισμού, μέσα από τα νέα τεχνολογικά υπερεργαλεία και συστήματα ΤΝ¹⁰⁷.

Η πορεία προς αυτό το νέο καθεστώς ευθύνης είναι πιθανόν να αντιμετωπίσει δυσκολίες, τουλάχιστον ως προς τους συμβιβασμούς που θα πρέπει να γίνουν και την ισορροπία που θα πρέπει να επιτευχθεί μεταξύ των οργάνων της Ευρωπαϊκής Ένωσης, των Κρατών-Μελών και όλων των εμπλεκόμενων κοινωνικών και οικονομικών φορέων. Η άμεση ανταπόκριση της Ευρωπαϊκής Ένωσης ως πρωτοπóρος ρυθμιστής των δύσκολων αυτών ζητημάτων, την καθιστά ευάλωτη μεν στην κριτική ότι δε θα μπορέσει να πετύχει ένα ιδανικό καθεστώς ρύθμισης της ΤΝ. Την καθιστά, ωστόσο, και παράδειγμα προς μίμηση ως προς την προσπάθεια επίτευξης ενός ασφαλούς χώρου ανάπτυξης και λειτουργίας των νέων τεχνολογιών για τις επιχειρήσεις αλλά και για τους πολίτες της.

107 Ότι το καθεστώς αντικειμενικής ευθύνης ενθαρρύνει την ανάπτυξη ασφαλέστερων προϊόντων αλλά δύναται να θεωρηθεί ότι λειτουργεί αποθαρρυντικά για τις επενδύσεις στις νέες τεχνολογίες, βλ. ενδεικτικά H. Zech, Liability for AI: public policy considerations, ERA Forum (2021) 22: 147 επ., διαθέσιμο στην ιστοσελίδα (τελευταία επίσκεψη 15/7/2021) < <https://doi.org/10.1007/s12027-020-00648-0> >.

Η απαιτούμενη δικονομική ωριμότητα της απόφασης επί της ανακοπής του άρθρου 933 ΚΠολΔ για την ακύρωση πράξεων εκτέλεσης

Σπυρίδων Τσαντίνης

Καθηγητής Νομικής Σχολής Δ.Π.Θ.

Οι τροποποιήσεις του Κώδικα Πολιτικής Δικονομίας τα τελευταία χρόνια, ιδίως μετά τον ν. 4335/2015 έχουν επιταχύνει την τακτική ιδίως διαδικασία¹. Ορισμένες τροποποιήσεις έχουν εντούτοις δημιουργήσει είτε δυσλειτουργίες², είτε και κάποια ρήγματα στο σύστημα του νόμου. Αυτό ισχύει ιδίως για ορισμένες νέες ρυθμίσεις του ν. 4335/2015 στην Αναγκαστική Εκτέλεση (8^ο Βιβλίο του ΚΠολΔ). Η αιτιολογική έκθεση του ν. 4335/2015 δεν βοηθά πάντα να κατανοήσουμε εάν τα ρήγματα αυτά ήταν ηθελημένα ή, ενδεχομένως, αποτέλεσμα της κάπως βεβιασμένης νομοθέτησης του ν. 4335/2015, λόγω των ιστορικών συνθηκών που επικρατούσαν κατά την ψήφισή του.

Ένα από τα ερωτήματα που δεν φαίνεται να έχουν απαντηθεί υπό την ισχύ του ν. 4335/2015 είναι: Η ανακοπτόμενη πράξη αναγκαστικής εκτέλεσης θεωρείται ακυρωθείσα ήδη από την δημοσίευση της οριστικής απόφασης που δέχεται την ανακοπή του άρθρου 933, ή απαιτείται η απόφαση να τελεσιδικήσει;

Μια απάντηση στο ερώτημα αυτό επιχειρούν να ανιχνεύσουν οι γραμμές που ακολουθούν και αφιερώνονται με σεβασμό και αγάπη στον Καθηγητή Δημήτριο Μανιώτη.

1. Η ισχύουσα ρύθμιση

Η ανακοπή κατά των πράξεων της εκτέλεσης του άρθρου 933 ΚΠολΔ είναι το μοναδικό ένδικο βοήθημα δια του οποίου μπορούν να προβληθούν αντιρρήσεις κατά της εκτέλεσης³. Ως προς την δικονομική ωριμότητα που απαι-

1 Βλ. την Έκθεση Αξιολόγησης του ν. 4335/2015 για την τριετία 2015-2018, από την Ομάδα Εργασίας που συστήθηκε με την 5542/φ.325/24.1.2019 απόφαση του Υπουργού Δικαιοσύνης, Διαφάνειας και Ανθρωπίνων Δικαιωμάτων (που δημοσιεύθηκε στις 11/2/2019 στο τεύχος ΥΟΟΔ 56) με αντικείμενο την αξιολόγηση των αποτελεσμάτων εφαρμογής της νομοθετικής μεταρρύθμισης του ΚΠολΔ (ν. 4335/2015), σύμφωνα με το άρθρο 9 του ν. 4048/2012, έκθεση της Επιτροπής Αξιολόγησης του ν. 4335/2015.

2 Εδώ υπάγεται λ.χ. η οριζόντια κατάργηση της δυνατότητας αναστολής με την ολοσχερή κατάργηση της ΚΠολΔ 938.

3 Κατά την 933 § 1 ΚΠολΔ: «Αντιρρήσεις εκείνου κατά του οποίου στρέφεται η εκτέλεση και κάθε δανειστή του που έχει έννομο συμφέρον και αφορούν την εγκυρότητα του εκτελεστού

τείται να έχει η απόφαση επί της ανακοπής, για να θεωρείται ότι **ακυρώθηκε** η προσβαλλόμενη πράξη εκτέλεσης (λ.χ. η επιταγή του άρθρου 924 ΚΠολΔ, η κατάσχεση ή ο πλειστηριασμός) ο ΚΠολΔ δεν περιέχει σ ή μ ε ρ α κάποια ειδικότερη ρύθμιση. Στο άρθρο 937 ΚΠολΔ, στο οποίο συγκεντρώνονται διατάξεις αναφορικά (μεταξύ άλλων) και με την απόφαση επί της ανακοπής, ορίζονται –στην § 1 (β)– τα ακόλουθα: «Στις δίκες τις σχετικές με την εκτέλεση: (α)... (β) Σε περίπτωση εκτέλεσης που στηρίζεται σε δικαστική απόφαση ή διαταγή πληρωμής, κατά της απόφασης που εκδίδεται επί της ανακοπής επιτρέπεται η άσκηση μόνο έφεσης. Στις λοιπές περιπτώσεις των εκτελεστών τίτλων του άρθρου 904 παράγραφος 2, κατά της απόφασης που εκδίδεται επί της ανακοπής επιτρέπεται η άσκηση όλων των ένδικων μέσων πλην της ανακοπής ερημοδικίας. Στις περιπτώσεις των προηγούμενων εδαφίων, η άσκηση ένδικου μέσου δεν αναστέλλει την πρόοδο της εκτέλεσης, εκτός αν το δικαστήριο του ένδικου μέσου, μετά από αίτηση του ασκούντος αυτό, που υποβάλλεται και αυτοτελώς, δικάζοντας με τη διαδικασία των άρθρων 686 επ., διατάξει την αναστολή, με παροχή ή και χωρίς παροχή εγγύησης, εφόσον κρίνει ότι η ενέργεια της αναγκαστικής εκτέλεσης θα προξενήσει ανεπανόρθωτη βλάβη στον αιτούντα και πιθανολογεί την ευδοκίμηση του ένδικου μέσου...».

Η απουσία ειδικότερης ρύθμισης στο υποσύστημα του νόμου που ρυθμίζει την ανακοπή του άρθρου 933 ΚΠολΔ, οδηγεί κατ' αρχήν στην σκέψη ότι για να επέλθει το αποτέλεσμα της δικονομικής διάπλασης που είναι και το αντικείμενο της ανακοπής⁴, ήτοι η ακύρωση της προσβαλλόμενης πράξης εκτέλεσης, πρέπει η απόφαση που δέχεται την ανακοπή να τελεσιδικήσει⁵.

Η αρχική αυτή σκέψη κλονίζεται εντούτοις από τις ακόλουθες δύο διαπιστώσεις: κατά πρώτον, η ίδια η διατύπωση της ΚΠολΔ 937 § 1 (β) γεννά αμέσως απορίες ως προς το αληθές νόημά της. Κατά δεύτερον, τόσον η προ του ν. 4335/2015 ρύθμιση, όσο και η αρχική πρόβλεψη του Σχεδίου της Νομοπαρασκευαστικής Επιτροπής⁶ (που εντέλει ψηφίστηκε ως ν. 4335/2015) είχαν εντελώς διαφορετικό περιεχόμενο. Και είναι αναντίρρητο ότι μια νομοθετική ρύθμιση μπορεί να αντικατασταθεί και από την ακριβώς αντίθετή της, όταν ο

τίτλου, τη διαδικασία της αναγκαστικής εκτέλεσης ή την απαίτηση ασκούνται μόνον με ανακοπή...».

4 Κατ' ακριβολογία, το αντικείμενο της ανακοπής, όπως το καθορίζει ο ανακόπτης, είναι το δικαίωμα δικαστικής διάπλασης που κατά τους ισχυρισμούς του έχει αυτός και που κατευθύνεται προς την ακύρωση της προσβαλλόμενης πράξης εκτέλεσης. Ως προς το δικαίωμα δικαστικής διάπλασης βλ. Καργάδο, Το πρόβλημα των «διαπλαστικών» αγωγών και αποφάσεων, Αθήναι 1975, σ. 40 επ.

5 Βλ. άρθρα 519 σε συνδ. με 521 και 321 ΚΠολΔ. Υπενθυμίζεται ότι ειδικά κατά της απόφασης επί της ανακοπής του άρθρου 933 ΚΠολΔ δεν επιτρέπεται ανακοπή ερημοδικίας: Ορφανίδης, Η αναστολή εκτελέσεως για ικανοποίηση χρηματικών απαιτήσεων μετά το ν. 4335/2015, Αθήνα - Θεσσαλονίκη 2017, σ. 35-36.

6 Με Πρόεδρο τον Αρεοπαγίτη Ι. Χαμηλοθώρη.

νομοθέτης μεταβάλλει στάση ως προς τις κεντρικές σταθμίσεις που εκάστοτε προκρίνει. Το σύνολο των σταθμίσεων αυτών πραγματώνει το σχέδιο (το «πλάνο») του νομοθέτη και δομεί το «σύστημα» του νόμου βάσει των σκοπών που ο νομοθέτης θέλει κάθε φορά να επιδιώξει. Όμως η συγκεκριμένη τροποποίηση δεν φαίνεται να στηρίζεται σε μεταβολή των κεντρικών σκοπών του συστήματος της αναγκαστικής εκτέλεσης και των δικών περί την εκτέλεση. Ειδικότερα:

2. Ρυθμιστικό περιεχόμενο της ΚΠολΔ 937 § 1 β - Προϊσχύσασα ρύθμιση - Συστηματικές και τελολογικές σταθμίσεις

Η δια του ν. 4335/ 2015 τροποποίηση του άρθρου 937 ΚΠολΔ αφαίρεσε την ρύθμιση της § 1 αρ. 3 που προέβλεπε ότι στις δίκες τις σχετικές με την εκτέλεση «3. Η προθεσμία και η άσκηση ενδίκων μέσων δεν αναστέλλει την εκτέλεση της απόφασης». Και εννοείτο βεβαίως η απόφαση που **δεχόταν την ανακοπή** και ακύρωνε την προσβαλλομένη διαδικαστική πράξη της εκτέλεσης. Δηλαδή, υπό την προϊσχύσασα ρύθμιση, η διάπλαση (ακύρωση της προσβαλλόμενης διαδικαστικής πράξης της αναγκαστικής εκτέλεσης) επερχόταν αμέσως με την δημοσίευση της οριστικής απόφασης⁷. Η ρύθμιση αυτή εξυπηρετούσε τον σκοπό να να εκκαθαρίζονται ταχύτατα οι δίκες περί την εκτέλεση, ώστε η διαδικασία να προχωρεί γρήγορα αλλά και με ασφάλεια· «με ασφάλεια» σημαίνει ότι η διαδικασία της εκτέλεσης πρέπει και να σταματά, πριν στην πρωτοδίκως ακυρωθείσα πράξη (λ.χ. επιταγή ή κατάσχεση) στηριχθεί η επόμενη (λ.χ. πλειστηριασμός). Έτσι, εάν λ.χ. η κατάσχεση (κινητού ή ακινήτου) ακυρωνόταν με οριστική απόφαση που εκδιδόταν επί ανακοπής του καθού, η εκτέλεση βάσει αυτής της κατάσχεσης **ματαιωνόταν οριστικά** και ο πλειστηριασμός δεν μπορούσε πλέον να χωρήσει βάσει αυτής. Ο επισπεύδων δανειστής, εάν ήθελε να επιμείνει στην εκτέλεση, έπρεπε να επιβάλει **νέα κατάσχεση**. Εννοείται, ότι οι ειδικότερες συνθήκες της εκάστοτε περίπτωσης θα καθόριζαν την τελική στάση του. Εάν λ.χ. ο λόγος ανακοπής (που ευδοκίμησε) αναφερόταν στον εκτελεστό τίτλο ή στην απαίτηση, ο επισπεύδων θα είχε έννομο συμφέρον να εκκαλέσει την οριστική απόφαση που δέχθηκε την ανακοπή και ακύρωσε την

⁷ Γέσιου-Φαλτσή, Δίκαιο Αναγκαστικής Εκτέλεσεως – Γενικό Μέρος, Β' έκδ., Αθήνα-Θεσσαλονίκη 2017, § 41 αρ. 94· Καργάδος, Το πρόβλημα των «διαπλαστικών» αγωγών και αποφάσεων, Αθήναι 1975, σ. 217· Μπρίνιας, Αναγκαστική Εκτέλεσις, Τόμ. Α', Γενικά Διατάξεις (Άρθρα 904-940 ΚΠολΔ), Β' Έκδοσις - Ανατύπωσις, Αθήνα-Κομοτηνή 1985, § 188 σ. 529· Νικολόπουλος, Αναγκαστική Εκτέλεση, Β' έκδ., Αθήνα-Θεσσαλονίκη 2012, σ. 223· Μάζης, Ζητήματα από την ακύρωση του αναγκαστικού πλειστηριασμού — Συμβολή στην ερμηνεία των άρθρων 937.3, 1005 § 3 γ' και 1018 Κώδικα Πολιτικής Δικονομίας, ΝοΒ 1992, 1205 επ.

κατάσχεση, ώστε να αποφύγει τυχόν⁸ δεδικασμένο περί του προδικαστικού ζητήματος της εγκυρότητας του τίτλου ή της ισχύος της απαίτησης. Σε κάθε περίπτωση όμως, ακόμη και εάν το εφετείο εξαφάνιζε την απόφαση που ακύρωσε την κατάσχεση, η τελευταία δεν θα «αναβίωνε», αφού ήδη είχε ακυρωθεί πρωτοδίκως. Υπό αυτό το πρίσμα θα εξεταζόταν επομένως και το ζήτημα εάν ο επισπεύδων είχε έννομο συμφέρον να εκκαλέσει την ακυρωτική απόφαση. Πάντως η περαιτέρω εκτέλεση δεν μπορούσε να στηριχθεί στην ακυρωθείσα πράξη. Όπως ήδη σημειώθηκε, ο επισπεύδων θα έπρεπε να επιβάλει νέα κατάσχεση. Βεβαίως και η νέα αυτή κατάσχεση προφανώς θα προσβαλλόταν από τον οφειλέτη, ιδίως εάν ο ευδοκιμήσας την πρώτη φορά λόγος ανακοπής αναφερόταν στον τίτλο ή στην απαίτηση, δηλαδή εάν η νέα κατάσχεση εξακολουθούσε να φέρει το ίδιο ελάττωμα που οδήγησε στην ακύρωση της πρώτης. Μάλιστα, στον όποιο ευδοκιμήσαντα στην πρώτη ανακοπή λόγο θα προσετίθετο κατά της νέας κατάσχεσης και νέος: καταχρηστική επίσπευση της νέας κατάσχεσης, αφού η αμέσως προηγούμενη είχε ήδη ακυρωθεί με την κατ' αυτής ανακοπή⁹.

Αυτές ήταν σχηματικά κάποιες εν δυνάμει «επιπλοκές» της προηγούμενης ρύθμισης. Περιπλοκότερη γινόταν εν δυνάμει η κατάσταση ειδικά στην περίπτωση που η προσβαλλόμενη πράξη ήταν η τελευταία πράξη της αναγκαστικής εκτέλεσης, δηλαδή ο πλειστηριασμός (στην εκτέλεση για την ικανοποίηση χρηματικών απαιτήσεων, που είναι και η σημαντικότερη στην πράξη). Εκεί οι συνέπειες της ακύρωσης του πλειστηριασμού ήδη με την οριστική απόφαση συνδέονταν με την ενδεχόμενη αναβίωση ασφαλειών, με την ενδεχόμενη ανατροπή της διανομής του πλειστηριάσματος κ.ο.κ. Επειδή ειδικά εκεί οι συνέπειες της άμεσης ακύρωσης ήταν ενδεχομένως και αφόρητες, προτεινόταν η τελολογική συστολή της ΚΠολΔ 937 § 1 αρ. 3, ώστε να εισαχθεί εξαίρεση ως προς την δικονομική ωριμότητα που απαιτούνταν να έχει ειδικά η απόφαση που ακυρώνει τον πλειστηριασμό και να απαιτείται αυτή να είναι τελεσίδικη¹⁰. Ως προς τις λοιπές διαδικαστικές πράξεις της αναγκαστικής εκτέλεσης πάντως, η λύση του προϋσχύσαντος δικαίου ήταν σαφής αλλά και εντασσόταν στο σύστημα του ΚΠολΔ που: (α) διαμορφώνει την διαδικασία αναγκαστικής εκτέλεσης ως αλυσίδα διαδικαστικών πράξεων που μεταξύ τους συνδέονται και (β) προβλέπει¹¹ την κατά στάδια προσβολή της διαδικασίας αυτής.

8 Υπό τους όρους της ΚΠολΔ 331.

9 Πρβλ. ΜονΠρωτΒέροιας 60/ΤΜ/2017 ΤΝΠ Νόμος (σχετικά με παρεμφερές πρόβλημα).

10 *Μάζης*, Ζητήματα από την ακύρωση του αναγκαστικού πλειστηριασμού — Συμβολή στην ερμηνεία των άρθρων 937.3, 1005 παρ. 3 γ' και 1018 Κώδικα Πολιτικής Δικονομίας, ΝοΒ 1992, 1205 επ.

11 Δηλαδή εν ταυτώ επιτρέπει, αλλά και επιβάλλει το βάρος στον καθού ή όποιον άλλον έχει έννομο συμφέρον να ανακοψει.

Την προϊσχύσασα ρύθμιση δεν είχε απαλείψει ούτε και το αρχικό Σχέδιο της Νομοπαρασκευαστικής Επιτροπής του ν. 4335/2015:

3. Αρχική πρόβλεψη Σχεδίου Νομοπαρασκευαστικής Επιτροπής ν. 4335/2015

Πριν την ως άνω τελική διαμόρφωση της § 1 του άρθρου 937 με τον Ν. 4335/2015, η διατύπωση του άρθρου 937 § 1 όπως προβλεπόταν στο Σχέδιο της Νομοπαρασκευαστικής Επιτροπής ήταν: «*Στις δίκες τις σχετικές με την εκτέλεση α) έχει δικαίωμα να παρέμβει κάθε δανειστής εκείνου κατά του οποίου στρέφεται η εκτέλεση, β) Με την επιφύλαξη του άρθρου 933 § 2 εδ. β' δεν επιτρέπεται ανακοπή ερημοδικίας ούτε στο πρωτοβάθμιο ούτε και στο δευτεροβάθμιο δικαστήριο, γ) η προθεσμία και η άσκηση ένδικων μέσων δεν αναστέλλει την εκτέλεση της απόφασης*».

Εξάλλου, πριν την τελική διαμόρφωση της 933 ΚΠολΔ με τον Ν. 4335/2015, η πρόταση της Επιτροπής Χαμηλοθώρη για την διατύπωση της διάταξης του άρθρου 933 §§ 1 και 2 (ως προς τα εδώ κρίσιμα ζητήματα) ήταν: «*1. Αντιρρήσεις εκείνου κατά του οποίου στρέφεται η εκτέλεση και κάθε δανειστή του που έχει έννομο συμφέρον και αφορούν την εγκυρότητα του εκτελεστού τίτλου, τη διαδικασία της αναγκαστικής εκτέλεσης ή την απαίτηση ασκούνται με ανακοπή... 2. Η συζήτηση της ανακοπής προσδιορίζεται υποχρεωτικά μέσα σε εξήντα ημέρες από την κατάθεσή της και γίνεται με τη διαδικασία των άρθρων 686 επ. Κατά της απόφασης που εκδίδεται δεν επιτρέπεται η άσκηση ένδικων μέσων με εξαίρεση μόνο την περίπτωση της ανακοπής ερημοδικίας και της έφεσης κατά της απόφασης, η οποία έκρινε επί ανακοπής κατά της απαίτησης που στηρίζεται σε συμβολαιογραφικό έγγραφο. Στην τελευταία περίπτωση, η άσκηση ένδικου μέσου δεν αναστέλλει την πρόοδο της εκτέλεσης, εκτός αν το δικαστήριο του ένδικου μέσου, μετά από αίτηση του ανακόπτοντος που υποβάλλεται και αυτοτελώς, διατάξει την αναστολή, με παροχή ή και χωρίς παροχή εγγύησης, εφόσον πιθανολογείται η ευδοκίμηση του ένδικου μέσου*».

Όμοια ήταν, όπως είδαμε, και η διατύπωση της § 1 αρ. 3 του άρθρου 937 και στον αρχικό ΚΠολΔ. Υπό την ισχύ του ΚΠολΔ γινόταν δεκτό (μέχρι τον ν. 4335/2015) ότι η απόφαση επί της ανακοπής, ιδίως η ακυρωτική, είχε άμεση ενέργεια οι μόνες δε σοβαρές τεολογικές αμφιβολίες που εγείρονταν αφορούσαν μόνον την απόφαση που ακύρωνε τον πλειστηριασμό¹².

Εντέλει, ο νομοθέτης του ν. 4335/2015 προέκρινε να επιτρέψει σε κάθε περίπτωση την έφεση κατά της απόφασης επί της ανακοπής. Για να υλοποιήσει αυτή την νομοθετική επιλογή μετέφερε την περί εφέσεως ρύθμιση από το άρθρο 933 (όπως προβλεπόταν στο αρχικό σχέδιο), στο άρθρο 937. Κατά την μεταφορά όμως, η φράση «η προθεσμία και η άσκηση ενδίκων μέσων δεν

12 Μάζης, ΝοΒ 1992, 1208.

αναστέλλει την εκτέλεση της απόφασης», μετεβλήθη σε «η άσκηση ενδίκου μέσου δεν αναστέλλει την πρόοδο της εκτέλεσης». Ουδείς λόγος διαφαίνεται γιατί η παραχώρηση του δικαιώματος της έφεσης (εάν δεν υπάρχει κανένα ένδικο μέσο, δεν γεννάται καν το πρόβλημα) συνοδεύθηκε από την τροποποίηση της διατύπωσης του άρθρου 937 που γεννά τα προβλήματα που ανωτέρω ήδη εκτέθηκαν. Αντιθέτως, δεδομένης της ιδιότυπης σύνταξης της σημερινής διάταξης της ΚΠολΔ 937 παρ. 1 εδ. β', φαίνεται ότι η συγκεκριμένη διατύπωση οφείλεται πιθανώς σε λεκτική παραδρομή.

4. Οι απόψεις σήμερα – Ιδία άποψη

Μετά την κατάργηση της πρόβλεψης ότι «η προθεσμία και η άσκηση ένδικων μέσων δεν αναστέλλει την εκτέλεση της απόφασης», υποστηρίζονται δύο απόψεις σχετικά με την ισχύ της απόφασης επί της ανακοπής του άρθρου 933 ΚΠολΔ:

Κατά την πρώτη άποψη¹³, αφού ο ΚΠολΔ δεν προβλέπει πλέον την άμεση ισχύ της απόφασης, πρέπει να δεχθούμε ότι η ακύρωση της προσβαλλόμενης πράξης επέρχεται με την τελεσιδικία της απόφασης επί της ανακοπής.

Κατά την δεύτερη άποψη, την οποία ο υπογράφων είχε παρεμπιπτόντως ήδη υποστηρίξει σε προηγούμενη μικρή μελέτη¹⁴, η σημερινή διατύπωση του άρθρου 937 παρ. 1 εδ. β' ως προς το ότι η προθεσμία και η άσκηση ενδίκων μέσων «δεν αναστέλλει την εκτέλεση», (δεν μπορεί παρά να) οφείλεται σε λεκτική παραδρομή του νομοθέτη. Τελολογικά και συστηματικά δεν δικαιολογείται απόκλιση από την προϊσχύσασα ρύθμιση, κατά την οποία η απόφαση ανέπτυσσε άμεση ισχύ. Προτείνεται επίσης¹⁵ ότι, εφόσον ο δανειστής προχωρήσει λ.χ. σε πλειστηριασμό παρά την πρωτόδικη ακύρωση λ.χ. της κατάσχεσης, θα στοιχειοθετείται λόγος ανακοπής (προφανώς κατά του πλειστηριασμού) που θα βασίζεται στις 116 ΚΠολΔ και 281 ΑΚ.

Υπέρ της δεύτερης άποψης, που υποστηρίζει ότι η επί της ανακοπής πρωτόδικη απόφαση αναπτύσσει ήδη διαπλαστική ενέργεια με την δημοσίευσή της, συνηγορούν και τα ακόλουθα επιχειρήματα:

Εάν δούμε την αναγκαστική εκτέλεση ως σύστημα αλληλοδιαδόχων διαδικαστικών πράξεων που πρέπει μάλιστα να ολοκληρωθούν εντός συγκεκριμένου χρόνου, η λύση να θεωρείται ακυρωμένη ήδη με την οριστική απόφαση η προσβληθείσα πράξη, είναι εντέλει και λειτουργική και εύστοχη. Το «ντόμι-

13 Νίκας, Δίκαιο Αναγκαστικής Εκτελέσεως – Ι Γενικό Μέρος, Β' έκδ., Αθήνα-Θεσσαλονίκη 2017, σ. 665 επ.· Γέσιου-Φαλτσή, Δίκαιο Αναγκαστικής Εκτελέσεως – Γενικό Μέρος, Β' έκδ., Αθήνα-Θεσσαλονίκη 2017, § 41 αρ. 98 επ.

14 Τσαντίνης, Η αναστολή εκτέλεσης μετά τον ν. 4335/2015, ΝοΒ 2017, 265 επ.

15 Ορφανίδης, Η αναστολή εκτελέσεως για ικανοποίηση χρηματικών απαιτήσεων μετά το ν. 4335/2015, Αθήνα-Θεσσαλονίκη 2017, σ. 35-36

νο» των συνεπειών που επέρχονται θα επιβαρυνόταν υπερβολικά, εάν για την ακύρωση έπρεπε να αναμένεται η τελεσιδικία. Ειδικότερα: Ας υποθέσουμε λ.χ. ότι επί ανακοπής του άρθρου 933 ΚΠολΔ κατά της αναγκαστικής κατάσχεσης ακινήτου, δημοσιεύεται είκοσι ημέρες προ του πλειστηριασμού απόφαση που ακυρώνει την κατάσχεση. Εάν η κατάσχεση εξακολουθεί να παραμένει ενεργή, επειδή για την ακύρωσή της απαιτείται τελεσιδικία, ο μεν επισπεύδων δεν έχει λόγο να ματαιώσει τον πλειστηριασμό, ο/η δε συμβολαιογράφος έχει υπηρεσιακό καθήκον να τον διενεργήσει. Ο καθ'ού εξάλλου δεν έχει καν βήμα για να υποβάλει αίτηση αναστολής, ενώ θα είχε εάν αίφνης η ανακοπή του είχε πρωτοδίκως απορριφθεί: υπό την σήμερα ισχύουσα διατύπωση (937 § 1 εδ. β, υποεδ. 3^ο), «στις περιπτώσεις των προηγούμενων εδαφίων, η άσκηση ενδίκου μέσου δεν αναστέλλει την **πρόοδο της εκτέλεσης**, εκτός εάν ...», η ρύθμιση είναι αυτονόητη επί αποφάσεως που απορρίπτει την ανακοπή. Αφού η ανακοπή απορρίπτεται, ερωτάται υπό ποίαν έννοια η άσκηση ενδίκου μέσου κατά της απορριπτικής απόφασης θα έθετε θέμα αναστολής της προόδου της εκτέλεσης. Μένει δε μετέωρη η αντίθεση που εισάγεται με το «εκτός εάν». Αντιθέτως, εάν η ανακοπή έχει γίνει δεκτή, εκκαλών κατ' αρχήν θα είναι ο επισπεύδων και όχι ο νικητής διάδικος οφειλέτης! Οπότε θα ήταν άτοπο ο τελευταίος να αιτείται αναστολή επί της εφέσεως του αντιδίκου του («ευαγγελιζόμενος» μάλιστα την ευδοκίμησή της, διότι μόνον υπό αυτήν την προϋπόθεση παρέχεται αναστολή!), ή να ασκεί έφεση χωρίς κύριο αίτημα εξαφάνισης της πρωτόδικης (και χωρίς αντίστοιχο παράπονο) μόνον και μόνον για να αιτηθεί και αναστολή!

Υπό την διατύπωση του νόμου σήμερα, όχι μόνον δεν έχει αίτηση αναστολής ο νικήσας πρωτοδίκως οφειλέτης (ενώ έχει ο ηττηθείς, εφόσον ασκήσει έφεση), αλλά ο ίδιος έχει το βάρος να προσβάλει εν συνεχεία και τον **πλειστηριασμό** που επισπεύσθηκε βάσει της πρωτοδίκως ακυρωθείσας κατάσχεσης. Και κατά πάσα πιθανότητα η δίκη της δεύτερης αυτής ανακοπής θα ανασταλεί (249 ΚΠολΔ) εωσότου τελεσιδικήσει η δίκη της πρώτης ανακοπής. Εντωμεταξύ όμως θα έχει υπάρξει και υπερθεματιστής και θα έχει καταβάλει και το πλειστηρίασμα (ενδεχομένως χωρίς να γνωρίζει ότι υπήρξε ανακοπή και ότι μάλιστα αυτή ευδοκίμησε πρωτοδίκως¹⁶).

Όπως ήδη ανωτέρω σημειώθηκε, το ισχύον σύστημα της αναγκαστικής εκτέλεσης και της δικαστικής προστασίας που κατασταλτικώς παρέχεται εξ αφορμής της δομείται πάνω στα ακόλουθα δύο στοιχεία:

(α) Προβλέπεται **αλυσίδα** διαδικαστικών πράξεων· αυτό σημαίνει ότι η εκάστοτε προηγούμενη διαδικαστική πράξη στηρίζει την επόμενη· και αντιστρόφως· κάθε επόμενη πράξη προϋποθέτει την προηγούμενη, στην οποία

16 Ο «φάκελος του πλειστηριασμού» δεν περιέχει υποχρεωτικά τις ασκηθείσες ανακοπές.

και στηρίζεται. Στην χαρακτηριστική και πρακτικά σημαντικότερη περίπτωση της εκτέλεσης για την ικανοποίηση χρηματικών απαιτήσεων, η αλυσίδα διαδικαστικών πράξεων είναι: επιταγή – κατάσχεση – πλειστηριασμός.

- (β) Προβλέπεται κατά στάδια προσβολή των διαδικαστικών πράξεων της εκτέλεσης: Κάθε πράξη μπορεί να προσβάλλεται (και πρέπει να προσβάλλεται) και ξεχωριστά (επιταγή και κατάσχεση μπορούν να συμπροσβληθούν) και σε διαφορετική προθεσμία (934 ΚΠολΔ).

Η απρόσκοπτη λειτουργία του έτσι δομημένου συστήματος, αλλά και ο χρονισμός των ως άνω πράξεων (κατάσχεση και πλειστηριασμός επτά με οκτώ μήνες αργότερα) προϋποθέτει λογικά ότι η ακύρωση μιας πράξης με πρωτόδικη απόφαση ματαιώνει την συνέχιση της διαδικασίας. Δηλαδή ένα σύστημα αλυσίδας διαδικαστικών πράξεων με κατά στάδια προσβολή τους δεν μπορεί να ανέχεται, πάνω στην –έστω πρωτοδίκως– ακυρωθείσα πράξη να στηριχθεί και επόμενη διαδικαστική πράξη της εκτέλεσης, η οποία μάλιστα να πρέπει επίσης να προσβληθεί. Η θέση ότι απαιτείται τελεσιδικία για την ακύρωση της ανακοπέας διαδικαστικής πράξης εκτέλεσης και ότι μέχρι την τελεσιδικία θα συνεχίζει η πράξη αυτή να στηρίζει την επόμενη, δημιουργεί αντινομία εντός του συστήματος. Η αντινομία αυτή δημιουργεί κενό που πρέπει να πληρωθεί με τον συστηματικώς και τελολογικώς εγγύτερο κανόνα, έστω και με τον κανόνα της αμέσως προϊσχύσασας ρύθμισης, εφόσον η αστοχία του νομοθέτη οφείλεται σε ακούσια παρέμβαση στο κείμενο του νόμου, λ.χ. σε λεκτική παραδρομή.

Το αστικό δικονομικό δίκαιο προσπαθεί να αποτρέψει την πιθανότητα τέτοιων συστηματικών αντινομιών και ασύμβατων καταστάσεων ακόμη και εκεί όπου κατ' αρχήν δεν υπάρχει καν σύστημα αλληλένδετων πράξεων. Παράδειγμα τέτοιων διατάξεων είναι οι ΚΠολΔ 249 και 250. Στην διαδικασία της αναγκαστικής εκτέλεσης τέτοιες δικλείδες δεν είχαν προβλεφθεί. Αντ' αυτών είχε εξ αρχής θεσπισθεί στον ΚΠολΔ ή άμεση διαπλαστική ενέργεια της πρωτόδικης ακυρωτικής απόφασης.

Προς αποφυγή των ατόπων που αναλύθηκαν ανωτέρω, καταλήγουμε στα μόνα τελολογικώς συνεκτικά συμπεράσματα:

Η ευδοκίμηση της ανακοπής του άρθρου 933 ΚΠολΔ και επομένως η ακύρωση πρωτοδίκως της προσβληθείσας διαδικαστικής πράξης της εκτέλεσης ενεργεί αμέσως (με άλλες λέξεις: η διαπλαστική ενέργεια προσάπτεται ήδη στην πρωτόδικη οριστική απόφαση). Αυτό είναι και το τελολογικώς ορθό, αφού ο σκοπός των δικών της εκτέλεσης είναι η ταχεία εκκαθάριση των όποιων αντιρρήσεων. Για τον λόγο αυτό λ.χ. δεν επιτρέπεται (και δεν επιτρέπεται και υπό το παλαιότερο καθεστώς) και ανακοπή ερημοδικίας (937 § 1 β ΚΠολΔ). Μετά την δημοσίευση της πρωτόδικης απόφασης που ακυρώνει

την επιταγή ή την κατάσχεση, η εκτέλεση δεν μπορεί πλέον να προχωρήσει εγκύρως. Ως εκ τούτου, ο ανακόπτων/οφειλέτης δεν χρειάζεται να αιτηθεί αναστολή, ακόμη και εάν ο επισπεύδων εκκαλέσει την οριστική (ακυρωτική) απόφαση¹⁷. Ειδικά ως προς την ακύρωση του αναγκαστικού πλειστηριασμού όμως, εξακολουθούν να πείθουν οι σκέψεις του *Μάτζη*¹⁸, χωρίς πλέον να είναι απαραίτητο να καταφύγει κανείς στην τελολογική συστολή που ήταν απαραίτητη για να θεμελιωθεί η θέση του.

17 Εννοείται ότι εάν, αντιθέτως, η ανακοπή απορριφθεί πρωτοδίκως, ο ανακόπτων έχει δικαίωμα, εφόσον εκκαλέσει την απορριπτική απόφαση, να αιτηθεί και αναστολή της εκτέλεσης.

18 *Μάτζης*, ΝοΒ 1992, 1205 επ.

Σκέψεις σχετικά με τη δικονομική μεταχείριση της κοινωνίας αστικού δικαίου και ειδικότερα της κοινωνίας κληρονόμων

Δημήτριος Α. Τσικρικάς
Καθηγητής Νομικής Σχολής Ε.Κ.Π.Α.

1. Εισαγωγικές παρατηρήσεις

1.1. Κατά τη διάταξη του άρθρου 62 ΚΠολΔ «Όποιος έχει ικανότητα να είναι υποκείμενο δικαιωμάτων και υποχρεώσεων έχει και την ικανότητα να είναι διάδικος. Ενώσεις προσώπων που επιδιώκουν κάποιο σκοπό χωρίς να είναι σωματεία, καθώς και εταιρείες που δεν έχουν νομική προσωπικότητα, μπορούν να είναι διάδικοι». Κατά την εν λόγω διάταξη η ικανότητα διαδίκου, η οποία αποτελεί προϋπόθεση του παραδεκτού της αγωγής, καθώς και κάθε άλλου ενδίκου βοηθήματος, προϋποθέτει κατ' αρχήν την ικανότητα δικαίου κατά το ουσιαστικό δίκαιο, δηλαδή την ικανότητα να είναι κάποιος υποκείμενο ουσιαστικών δικαιωμάτων και υποχρεώσεων (άρθρο 62 εδ. α' ΚΠολΔ). Συνεπώς, κάθε νομικό πρόσωπο, ημεδαπό ή αλλοδαπό, δημοσίου ή ιδιωτικού δικαίου, έχει την ικανότητα να είναι διάδικος¹.

1.2. Ωστόσο, η ρύθμιση του εδαφίου β' του άρθρου 62 ΚΠολΔ εισάγει εξαίρεση στον κανόνα, που θέτει το εδάφιο α' του ίδιου άρθρου, και η ικανότητα διαδίκου απονέμεται και σε ενώσεις προσώπων, οι οποίες επιδιώκουν συγκεκριμένο σκοπό χωρίς να αποτελούν σωματείο, καθώς και στις εταιρείες, οι οποίες δεν έχουν αποκτήσει νομική προσωπικότητα (π.χ. την κατά τα άρθρα 741 επ. ΑΚ αστική εταιρεία).

Σκοπός της εξαιρέσεως από τον κανόνα της εξαρτήσεως της ικανότητας διαδίκου από την κατά το ουσιαστικό δίκαιο ικανότητα δικαίου είναι η διευκόλυνση εκείνων, οι οποίοι συναλλάσσονται με ενώσεις προσώπων, καθώς και εταιρείες, οι οποίες δεν έχουν (ακόμα) αποκτήσει νομική προσωπικότητα, να επιδιώξουν τις απαιτήσεις τους, που απορρέουν από τη συναλλακτική δράση των εν λόγω ενώσεων προσώπων και εταιρειών, δεδομένου ότι σε διαφορετική περίπτωση θα έφεραν το βάρος της ασκήσεως αγωγής κατά των μελών των τελευταίων, των οποίων ο ακριβής αριθμός και τα απαραίτητα για την άσκηση αγωγής εναντίον τους στοιχεία, ειδικό-

1 Βλ. αντί πολλών Νίκα, Πολιτική Δικονομία, Ι, 2020, § 21 Π αριθ. 7, 8.

τερα εκείνα που τα εξατομικεύουν, είναι σε πολλές περιπτώσεις δύσκολο να εξακριβωθούν².

Σύμφωνα με τη ρύθμιση του άρθρου 62 εδ. β' ΚΠολΔ έχουν ικανότητα διαδικού, μεταξύ των άλλων, τα υπό ίδρυση σωματεία, η ομάδα συνιδιοκτητών πολυκατοικίας, η αφανής εταιρεία, η συμπλοιοκτησία και τα πολιτικά κόμματα³.

2. Οι ενώσεις προσώπων ως υποκείμενα της δίκης

2.1. Ως εκ τούτου, οι ενώσεις προσώπων και οι εταιρείες χωρίς νομική προσωπικότητα καθίστανται υποκείμενα της «έννομης σχέσεως» της δίκης, είναι φορείς των αντίστοιχων δικονομικών δικαιωμάτων και βαρών και συμμετέχουν στη διαδικασία σε σχέση με τα ουσιαστικά δικαιώματα και τις υποχρεώσεις των μελών τους, που γεννώνται από τη συναλλακτική δραστηριότητα των ενώσεων. Γίνεται δεκτό⁴ ότι οι εν λόγω συσσωματώσεις ενάγουν ή ενάγονται ως κατά το ουσιαστικό δίκαιο φορείς των δικαιωμάτων και των υποχρεώσεων των μελών τους και όχι ως μη δικαιούχοι ή μη υπόχρεοι διάδικοι⁵.

Κατά της εν λόγω απόψεως, η οποία είναι κρατούσα σε θεωρία και νομολογία, μπορεί να επισημανθεί ότι καθιστά φορέα ουσιαστικών δικαιωμάτων και υποχρεώσεων ένα μόρφωμα, το οποίο δεν έχει νομική προσωπικότητα, ωστόσο, από την άλλη πλευρά, σημειώνεται ότι η άποψη αυτή διευκολύνει την επίσπευση αναγκαστικής εκτελέσεως από την ένωση προσώπων, καθώς και τη θέση σε κίνηση της εκτελεστικής διαδικασίας κατ' αυτής σύμφωνα με τη διάταξη του άρθρου 951 § 1 εδ. β' ΚΠολΔ.

Βεβαίως, πρόκειται για τα δικαιώματα και τις υποχρεώσεις, που έχουν ως γενεσιουργό λόγο τη λειτουργία και τη συναλλακτική δραστηριότητα της ενώσεως προσώπων.

2 Βλ. επίσης *Μητσόπουλο*, Η ικανότης ως διαδίκων των ενώσεων προσώπων των μη κεκτημένων νομικήν προσωπικότητα, Δ 1970, 442· *Κιουπτσίδου - Στρατουδάκη*, Νομιμοποίηση ενώσεων προσώπων χωρίς νομική προσωπικότητα στην πολιτική δίκη, σε: *Ενώσεις προσώπων και λοιπές οντότητες στην πολιτική δίκη*, 2016, 99· *Ποδηματά*, Ικανότητα δικαίου χωρίς νομική προσωπικότητα: Σκέψεις για τις ρυθμίσεις των §§ 2-3 άρθρ. 251 ν. 4072/2012 και τη δογματική ένταξή τους στο ουσιαστικό και δικονομικό πεδίο, ΕΠολΔ 2016, 21· *Νίκα*, ό.π., § 21 II αριθ. 10.

3 Βλ. επίσης *Νίκα*, ό.π., § 21 II αριθ. 11.

4 ΟΛΑΠ 14/2007, ΝοΒ 2007, 2409· ΑΠ 335/2015, ΕΠολΔ 2015, 336, παρατ. *Κατηφόρη*· ΑΠ 626/2016, ΧρΙΔ 2017, 254· *Μητσόπουλο*, Και πάλιν περί της εννοίας της διατάξεως του άρθρου 62 εδ. 2 ΚΠολΔ, Δ 1992, 7· *Ποδηματά*, ΕΠολΔ 2016, 21, 22· *Νίκα*, § 21 II 12 σημ. 56.

5 Βλ. όμως *Καλαβρό*, Διάδικοι χωρίς νομική προσωπικότητα στην πολιτική δίκη, ΧρΙΔ 2003, 291 επ.

- 2.2. Θα πρέπει, επίσης να γίνει δεκτό ότι, εάν ασκηθεί αγωγή από την ένωση προσώπων ή κατ' αυτής, τότε η επελθούσα εκκρεμοδικία παρεμποδίζει κατά τη διάταξη του άρθρου 222 ΚΠολΔ την εκδίκαση μιας μεταγενεστέρως ασκηθείσας αγωγής από μέλος της ενώσεως ή κατ' αυτού, με την οποία φέρεται προς δικαιοδοτική κρίση το αυτό δικαίωμα ή η αυτή υποχρέωση. Όπως θα αναφερθεί στη συνέχεια, η δικαστική απόφαση, η οποία θα εκδοθεί επί της αγωγής της ενώσεως, δεσμεύει με το δεδικασμένο και την εκτελεστότητά της και τα μέλη αυτής, τα δε υποκειμενικά όρια της εκκρεμοδικίας ταυτίζονται με εκείνα του ουσιαστικού δεδικασμένου και της εκτελεστότητας της εν λόγω αποφάσεως⁶.
- 2.3. Περαιτέρω, κατά τη διάταξη του άρθρου 64 § 3 ΚΠολΔ «οι ενώσεις προσώπων, που επιδιώκουν κάποιο σκοπό, χωρίς να αποτελούν σωματείο, καθώς και οι εταιρείες που δεν έχουν νομική προσωπικότητα παρίστανται στο δικαστήριο με τα πρόσωπα, στα οποία έχει ανατεθεί η διαχείριση των υποθέσεών τους». Συνεπώς, η ικανότητα δικαστικής παραστάσεως των ενώσεων προσώπων, η οποία αποτελεί επίσης διαδικαστική προϋπόθεση, δηλαδή προϋπόθεση του παραδεκτού των είτε εκ μέρους τους είτε εναντίον τους ασκούμενων αγωγών, προϋποθέτει την εκπροσώπησή τους από εκείνο το πρόσωπο, στο οποίο έχει ανατεθεί η διαχείριση των υποθέσεών τους και το οποίο τις αντιπροσωπεύει στις συναλλακτικές τους σχέσεις⁷.
- 2.4. Συνακόλουθα, οι ενώσεις προσώπων έχουν ικανότητα διαδίκου, καθώς και ικανότητα δικαστικής παραστάσεως, εφόσον διαθέτουν νόμιμη εκπροσώπηση, με συνέπεια να είναι δυνατόν να ασκήσουν αγωγή και να εναχθούν παραδεκτά. Σημειώνεται επίσης ότι, εφόσον συντρέχουν οι προαναφερόμενες διαδικαστικές προϋποθέσεις, είναι δυνατόν ένωση προσώπων να ζητήσει την έκδοση διαταγής πληρωμής και, βεβαίως, είναι δυνατόν να ζητηθεί η έκδοση διαταγής πληρωμής εναντίον της κατά τους όρους των διατάξεων των άρθρων 623 επ. ΚΠολΔ. Σημειώνεται ότι δεν απαιτείται η αναγραφή στο δικόγραφο της αγωγής ή της αιτήσεως εκδόσεως διαταγής πληρωμής των ονομάτων των μελών της ενώσεως αλλά αρκεί ο προσδιορισμός της ταυτότητάς της δια της αναγραφής της επωνυμίας της⁸.

3. Δέσμευση των μελών ενώσεων προσώπων από το δεδικασμένο

6 Βλ. Νίκα, Η ένσταση εκκρεμοδικίας στην πολιτική δίκη, 1991, σελ. 252-253· τον ίδιο, Πολιτική Δικονομία, ΙΙ, 2021, § 63 Π αριθ. 30· Κεραμέα/Κονδύλη/Νίκα (-Μακρίδου), ΚΠολΔ, 2000, άρθρο 222 αριθ. 14· Καλαβρό, Πολιτική Δικονομία, 2016, § 34 αριθ. 123-125.

7 Βλ. Νίκα, ό.π., § 22 ΙΙΙ αριθ. 11.

8 Βλ. ΟΛΑΠ 14/2007, ΝοΒ 2007, 2409· ΑΠ 1365/1992· ΕΕμπΔ 1994, 233· Ποδηματά, ΕΠολΔ 2016, 21· Νίκα, ό.π., § 21 ΙΙ αριθ. 12· Κιουπτσίδου - Στρατουδάκη, ό.π., 107.

και την εκτελεστότητα δικαστικών αποφάσεων και διαταγών πληρωμής

Γίνεται δεκτό ότι το ουσιαστικό δεδουλευμένο της τελεσίδικης δικαστικής απόφασης δεσμεύει κατ' ανάλογη εφαρμογή του άρθρου 329 ΚΠολΔ τα μέλη της ενώσεως⁹, με περαιτέρω συνέπεια την επέκταση και της εκτελεστότητάς της απέναντι στα εν λόγω πρόσωπα κατ' εφαρμογή της διατάξεως του άρθρου 919 § 1 ΚΠολΔ¹⁰. Σε ό,τι δε αφορά την επέκταση των υποκειμενικών ορίων της εκτελεστότητας μιας διαταγής πληρωμής απέναντι στα μέλη της ενώσεως μπορούν να αναφερθούν τα εξής: Η διάταξη του άρθρου 919 § 2 ΚΠολΔ, η οποία αναφέρεται στους λοιπούς εκτελεστούς τίτλους πλην δικαστικών και διαιτητικών αποφάσεων, οριοθετεί την υποκειμενική εμβέλεια της εκτελεστότητάς τους επί τη βάση των άρθρων 325 έως 327 ΚΠολΔ και όχι και του άρθρου 329 ΚΠολΔ. Με βάση το γράμμα της διατάξεως του άρθρου 919 § 2 ΚΠολΔ η εκτελεστότητα μιας διαταγής πληρωμής, η οποία έχει εκδοθεί κατά ενώσεως προσώπων, σε αντίθεση με το ουσιαστικό δεδουλευμένο της δεν επεκτείνεται στα μέλη της ενώσεως. Ωστόσο, υποστηρίζεται ισχυρά η άποψη¹¹ ότι η παράλειψη αναφοράς της διατάξεως του άρθρου 329 ΚΠολΔ στερείται τελολογικού ερείσματος, με συνέπεια αυτή να πρέπει να λαμβάνεται υπόψη κατά την οριοθέτηση της υποκειμενικής εμβέλειας της εκτελεστότητας και των λοιπών εκτελεστών τίτλων, ιδίως δε της διαταγής πληρωμής, η οποία αναπτύσσει, όπως και οι δικαστικές και διαιτητικές αποφάσεις, την έννομη συνέπεια του ουσιαστικού δεδουλευμένου. Βεβαίως, η πρόσφατη νομολογία του ΑΠ¹² δεν δέχεται την επέκταση της εκτελεστότητας διαταγής πληρωμής, εκδοθείσας κατά αστικού συνεταιρισμού, απέναντι στα μέλη του τελευταίου, στηριζόμενη στο γράμμα της διατάξεως του άρθρου 919 § 2 ΚΠολΔ, η οποία, όπως αναφέρθηκε, δεν παραπέμπει (και) στη διάταξη του άρθρου 329 ΚΠολΔ

9 Βλ. *Μητσόπουλο*, Δ 1992, 8· *Κονδύλη*, Το δεδουλευμένο κατά τον ΚΠολΔ, 2007, σελ. 574· *Απαλαγάκη*, Δεδικασμένο και εκτελεστότητα στα νομικά πρόσωπα και στα μέλη τους, 2001 σελ. 316 επ.· *Νίκα*, ό.π., § 21 ΙΙ αριθ. 14· ΑΠ 693/2001, ΕΠολΔ 2002, 110· ΕφΑθ 1724/1981, ΝοΒ 1981, 118· καθώς όμως και *Καλαβρό*, ΧρΙΔ 2003, 294.

10 Βλ. ΑΠ 693/2001, ΕΠολΔ 2002, 110· ΕφΑθ 1724/1981, ΝοΒ 1981, 118· ΕφΑθ 672/2004, ΕΛΛΔνη 2005, 527· *Μητσόπουλο*, Δ. 1970, 447 επ.· *Γέσιου-Φαλτσή*, Δίκαιο Αναγκαστικής Εκτελέσεως, Γενικό Μέρος, 2017, § 27 Ι αριθ. 8, 9· *Νίκα*, ό.π., § 21 ΙΙ αριθ. 14· τον ίδιο, Δίκαιο Αναγκαστικής Εκτελέσεως, Ι, 2017, § 8 αριθ. 13· καθώς όμως και *Καλαβρό*, ΧρΙΔ 2004, 299, 300.

11 Βλ. *Γέσιου Φαλτσή*, ό.π., § 26 VI αριθ. 51· *Νίκα*, Αναγκαστική εκτέλεση της εκδιδόμενης σε βάρος αστικού συνεταιρισμού διαταγής πληρωμής και στα μέλη του (γνωμ.), ΕΠολΔ 2014, 748· ΜονΠρΑθ 424/2015, Αρμ 2015, 1177· καθώς όμως και *Μπέη*, Πολιτική Δικονομία, τ. 22, 2004, άρθρο 919 σελ. 960.

12 ΑΠ 114/2020, ΝΟΜΟΣ.

για τον προσδιορισμό των υποκειμενικών ορίων της εκτελεστότητας των λοιπών, πλην δικαστικών και διαιτητικών αποφάσεων, εκτελεστών τίτλων. Εάν τεθεί ως βάση του προβληματισμού η προαναφερόμενη νομολογιακή άποψη, τότε η εκτελεστότητα της κατά ενώσεως προσώπων εκδοθείσας διαταγής πληρωμής δεν ισχύει απέναντι στα μέλη της. Η θέση αυτή της νομολογίας πρέπει, ωστόσο, να τύχει κριτικής, δεδομένου ότι η διαταγή πληρωμής είναι σε θέση να αναπτύξει ουσιαστικό δεδικασμένο ισοσθενές προς εκείνο μιας δικαστικής αποφάσεως¹³ και μάλιστα ευρύτερο του δεδικασμένου μιας διαιτητικής αποφάσεως. Μάλιστα, όπως προαναφέρθηκε, το δεδικασμένο μιας διαταγής πληρωμής ισχύει απέναντι στα μέλη της ενώσεως κατ' ανάλογη εφαρμογή του άρθρου 329 ΚΠολΔ. Επίσης, η επέκταση των υποκειμενικών ορίων της εκτελεστότητας μιας διαταγής πληρωμής απέναντι στα μέλη της ενώσεως ενισχύει την αποτελεσματικότητά της, αφού καθιστά δυνατή την αναγκαστική της εκτέλεση και κατά της ατομικής περιουσίας των μελών της, όπως συμβαίνει επί δικαστικών αποφάσεων (βλ. πιο κάτω αριθ. 4.2.). Είναι, ως εκ τούτου, ορθότερο να γίνει δεκτή η ανάλογη εφαρμογή της διατάξεως του άρθρου 919 § 1 ΚΠολΔ, η οποία οριοθετεί υποκειμενικώς την εκτελεστότητα δια παραπομπής και εις το άρθρο 329 ΚΠολΔ, και επί των διαταγών πληρωμής, περιοριζόμενου αντιστοίχως του πεδίου εφαρμογής της § 2 του άρθρου 919 ΚΠολΔ επί των εκτελεστών τίτλων, οι οποίοι δεν αναπτύσσουν την έννομη συνέπεια του ουσιαστικού δεδικασμένου.

4. Επίσπευση αναγκαστικής εκτελέσεως κατά ενώσεως προσώπων

4.1. Περαιτέρω, κατά τη διάταξη του άρθρου 951 § 1 εδ. β' ΚΠολΔ η αναγκαστική εκτέλεση κατά ενώσεως προσώπων «γίνεται στην κοινή περιουσία τους». Μπορεί να υποστηριχθεί ότι η εν λόγω διάταξη λειτουργεί συμπληρωματικά προς τη διάταξη του άρθρου 62 εδ. β' ΚΠολΔ, δεδομένου ότι καθιστά δυνατή την αναγκαστική εκτέλεση κατά της ενώσεως προσώπων της αποφάσεως, που εκδόθηκε έπειτα από άσκηση αγωγής εναντίον της, της οποίας η άσκηση στηρίζεται, σύμφωνα με όσα αναφέρθηκαν, στην προαναφερόμενη διάταξη¹⁴. Υποκείμενο της αναγκαστικής εκτελέσεως με την ιδιότητα της καθής η εκτέλεση, στην οποία επιδίδεται η επιταγή προς εκτέλεση κατά το άρθρο 924 ΚΠολΔ, είναι η ένωση προσώπων, η οποία νομιμοποιείται ενεργητικά να προσβάλει τις πράξεις της εκτελεστι-

13 Βλ. *Κονδύλη*, Το δεδικασμένο κατά τον ΚΠολΔ, 2007, σελ. 87· *Αρβανιτάκη*, Η διαταγή πληρωμής κατά τον ΚΠολΔ, 2012, σελ. 392.

14 Βλ. επίσης *Μητσόπουλο*, Δ 1970, 445· *Γέσιου-Φαλτσή*, ό.π., § 27 αριθ. 6.

κής διαδικασίας με το ένδικο βοήθημα της ανακοπής κατά το άρθρο 933 ΚΠολΔ.

Κατά τη διάταξη του άρθρου 951 § 1 εδ. β' ΚΠολΔ η αναγκαστική εκτέλεση της καταψηφιστικής αποφάσεως ή της διαταγής πληρωμής, η οποία έχει εκδοθεί κατά της ενώσεως προσώπων, εκτελείται στην κοινή περιουσία των προσώπων, τα οποία την απαρτίζουν, δεδομένου ότι η στερούμενη νομικής προσωπικότητας ένωση προσώπων δεν διαθέτει αυτοτελή περιουσία. Η περιουσία της ενώσεως ανήκει από κοινού στα μέλη της και περιλαμβάνει τις εισφορές των τελευταίων, καθώς και τα περιουσιακά στοιχεία, που αποκτώνται από τη δραστηριότητά της¹⁵.

- 4.2. Σημειώνεται επίσης ότι, εφόσον γίνεται δεκτό (βλ. πιο πάνω αριθ. 3) πως το ουσιαστικό δεδικασμένο και η εκτελεστότητα μιας τελεσίδικης δικαστικής αποφάσεως, η οποία εκδίδεται κατά της ενώσεως προσώπων, ισχύει απέναντι στα μέλη της κατ' ανάλογη εφαρμογή των διατάξεων των άρθρων 329 και 919 § 1 ΚΠολΔ, είναι δυνατή η διενέργεια αναγκαστικής εκτελέσεως και επί της ατομικής περιουσίας των μελών της¹⁶, εφόσον, βέβαια τα μέλη της ενώσεως ευθύνονται προσωπικά για τις υποχρεώσεις, τις οποίες δημιούργησε η δραστηριότητά της, όπως ισχύει κατά τη διάταξη του άρθρου 759 ΑΚ για τους εταίρους της αστικής εταιρείας (κατά το λόγο της εταιρικής μερίδας καθενός από αυτούς)¹⁷. Το ίδιο θα πρέπει να ισχύσει, σύμφωνα με όσα έγιναν δεκτά, και επί εκδόσεως διαταγής πληρωμής. Κατά την περίπτωση αυτή υποκείμενο της αναγκαστικής εκτελέσεως καθίσταται ξεχωριστά κάθε ένα από τα μέλη της ενώσεως, κατά του οποίου επισπεύδεται η αναγκαστική εκτέλεση με την επίδοση επιταγής προς εκτέλεση κατά το άρθρο 924 ΚΠολΔ και το οποίο μπορεί να αμυνθεί με την άσκηση ανακοπής κατά το άρθρο 933 ΚΠολΔ.

5. Προϋποθέσεις εφαρμογής των άρθρων 62 εδ. β', 64 § 3 και 951 § 1 εδ. β' ΚΠολΔ επί της κοινωνίας κληρονόμων

- 5.1. Προϋπόθεση εφαρμογής των διατάξεων των άρθρων 62 εδ. β', 64 § 3 και 951 § 1 εδ. β' ΚΠολΔ είναι, κατά το γράμμα τους, η επιδίωξη ορισμένου σκοπού από την ένωση προσώπων. Ο εν λόγω σκοπός θα ορίζεται με την ιδρυτική της ενώσεως δικαιοπραξία. Η κοινωνία των κληρονόμων κατά τη διάταξη του άρθρου 1884 ΑΚ δεν προϋποθέτει δικαιοπραξία, δεδομέ-

15 Γέσιου-Φαλτσή, ό.π., § 27 αριθ. 7.

16 Βλ. πιο πάνω σημ.10.

17 Βλ. επίσης Γέσιου-Φαλτσή, ό.π., § 27 αριθ. 8· Νίκα, Δίκαιο Αναγκαστικής Εκτελέσεως, Ι, 2017, § 8 αριθ. 13· Κιουπτσίδου - Στρατουδάκη, ό.π., 109.

νου ότι στηρίζεται απευθείας στον νόμο, ούτε έχει τεθεί προς επιδίωξη κάποιου κοινού σκοπού. Συνεπώς, θα πρέπει να γίνει δεκτό ότι δεν εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής των διατάξεων των άρθρων 62 εδ. β', 64 § 3 και 951 § 1 εδ. β' ΚΠολΔ. Τα ίδια ισχύουν και για κάθε μορφή κοινωνίας αστικού δικαίου, με την οποία δεν επιδιώκεται κάποιος κοινός σκοπός των μελών της.

- 5.2. Εάν, ωστόσο, οι συγκληρονόμοι αποφασίσουν να εκμεταλλευθούν οικονομικά ένα ή περισσότερα από τα περιουσιακά στοιχεία της κληρονομίας και, ως εκ τούτου, συνάψουν μεταξύ τους σύμβαση και συστήσουν κοινωνία προς τον σκοπό της οικονομικής εκμεταλλεύσεως των εν λόγω περιουσιακών στοιχείων, ορίζοντας ταυτόχρονα εκπρόσωπο της κοινωνίας, τότε η κοινωνία των συγκληρονόμων αποκτά τα χαρακτηριστικά της ενώσεως προσώπων, ειδικότερα δε της αστικής εταιρίας, η οποία εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής των διατάξεων των άρθρων 62 εδ.β', 64 § 3 και 951 § 1 εδ. β' ΚΠολΔ. Πρόκειται για ένωση ενός κατά κανόνα περιορισμένου αριθμού προσώπων, η οποία έχει συσταθεί με σύμβαση, που συνήψαν τα μέλη της, προς επιδίωξη ενός κοινού σκοπού, συνήθως οικονομικού,¹⁸ φέρει δε επωνυμία, την οποία χρησιμοποιεί κατά τη συναλλακτική της δραστηριότητα. Η περιουσία της κοινωνίας κληρονόμων είναι κοινή, δηλαδή ανήκει από κοινού στα μέλη της κατά τον λόγο της συμμετοχής καθενός από αυτά¹⁹.

Συνεπώς, η κοινωνία κληρονόμων έχει ικανότητα διαδίκου και δικαστικής παραστάσεως και είναι δυνατόν να ενάγει και να ενάγεται υπό την επωνυμία της. Εάν ασκηθεί εναντίον της αγωγή ή ζητηθεί η έκδοση διαταγής πληρωμής, αρκεί ο προσδιορισμός στα σχετικά δικόγραφα της κοινωνίας δια της επωνυμίας της και δεν απαιτείται, σύμφωνα με όσα ήδη αναφέρθηκαν (βλ. πιο πάνω αριθ. 2.4.), η αναγραφή των ονομάτων των μελών της.

Δικαστικές αποφάσεις και διαταγές πληρωμής, οι οποίες εκδίδονται κατά κοινωνίας κληρονόμων, είναι δυνατόν να εκτελεσθούν στην κοινή περιουσία της κατά τη διάταξη του άρθρου 951 § 1 εδ. β' ΚΠολΔ. Καθής η εκτέλεση είναι η κοινωνία και η επιταγή προς εκτέλεση κατά τη διάταξη του άρθρου 924 ΚΠολΔ θα πρέπει να επιδοθεί στον νόμιμο εκπρόσωπό της. Επίσης, δεδομένου ότι το ουσιαστικό δεδικασμένο και η εκτελεστότητα των εν λόγω αποφάσεων ισχύει και απέναντι στα μέλη της κοινωνίας κατ' ανάλογη εφαρμογή των άρθρων 329 και 919 § 1 ΚΠολΔ, τότε, σύμ-

18 Σύμφωνα με όσα ισχύουν για την αστική εταιρία: βλ. *Ν. Ρόκα*, Εμπορικές Εταιρίες, 2012, § 7 αριθ. 1, § 8 αριθ. 4.

19 ΑΚ 785 § 1. Βλ. σχετικά *Ν. Ρόκα*, ό.π., § 12 αριθ. 2.

φωνα με όσα έγιναν δεκτά για τις ενώσεις προσώπων (βλ. πιο πάνω αριθ. 4.1., 4.2.), θα είναι δυνατή η διενέργεια αναγκαστικής εκτελέσεως και επί της ατομικής περιουσίας των κληρονόμων, που είναι μέλη της κοινωνίας.

Βέβαια, η διενέργεια αναγκαστικής εκτελέσεως στην ατομική περιουσία των μελών της κοινωνίας προϋποθέτει την ευθύνη των τελευταίων για τις υποχρεώσεις, που γεννά η συναλλακτική δραστηριότητά της, κατ' αντιστοιχία προς όσα ισχύουν για την αστική εταιρεία (άρθρο 759 ΑΚ)²⁰.

20 Βλ. Ν. Ρόκα, ό.π., § 12 αριθ. 3.

Η έννοια της συνάφειας στην αποκλειστική δωσιδικία του άρθρου 31 παρ. 3 ΚΠολΔ - Ζητήματα συνεκδίκησης περισσότερων συναφών δικών

Αλεξία Χ. Φλώρου

Σπουδάστρια ΕΣΔι Δ.Ν.

Διάγραμμα

- I. Εισαγωγικές παρατηρήσεις
- II. Η σχέση της δωσιδικίας συνάφειας προς άλλες ειδικές αποκλειστικές δωσιδικίες
- III. Προϋποθέσεις συνεκδίκησης περισσότερων κύριων δικών ως συναφών
- IV. Ερμηνευτική οριοθέτηση της κατ' άρθρο 31 παρ. 3 ΚΠολΔ έννοιας της συνάφειας
- V. Η επίδραση της δωσιδικίας συνάφειας στην καθ' ύλην αρμοδιότητα των συνεκδικαζομένων συναφών αγωγών
- VI. Η συνεκδίκηση λόγω συνάφειας στο πλαίσιο της νέας (μετά τον ν. 4335/2015) τακτικής διαδικασίας
- VII. Κριτική αποτίμηση της ρύθμισης του άρθρου 31 παρ. 3 ΚΠολΔ

I. Εισαγωγικές παρατηρήσεις

Σύμφωνα με τη ρύθμιση του άρθρου 31 ΚΠολΔ, δίκες που έχουν μεταξύ τους σχέση κυρίου και παρεπόμενου, ιδίως οι παρεμπίπτουσες αγωγές, οι αγωγές για εγγύηση, οι παρεμβάσεις, και άλλες όμοιες υπάγονται στην αποκλειστική αρμοδιότητα του δικαστηρίου της κύριας δίκης (παρ. 1). Περαιτέρω, στην αρμοδιότητα του Πολυμελούς Πρωτοδικείου, που δικάζει την κύρια δίκη, υπάγονται οι παρεπόμενες υποθέσεις της αρμοδιότητας του Μονομελούς και του Ειρηνοδικείου και στην αρμοδιότητα του Μονομελούς Πρωτοδικείου, που δικάζει την κύρια δίκη, υπάγονται οι παρεπόμενες υποθέσεις της αρμοδιότητας του Ειρηνοδικείου (παρ. 2). Αν πρόκειται για κύριες δίκες, που είναι συναφείς μεταξύ τους, έχει αποκλειστική αρμοδιότητα το δικαστήριο που έχει επιληφθεί πρώτο και εφαρμόζεται ανάλογα η διάταξη της παραγράφου 2 (παρ. 3).

Η ως άνω διάταξη καθιερώνει τη δωσιδικία της συνάφειας (*forum connexitatis*), δικαιολογητικό υπόβαθρο της οποίας συνιστά η οικονομία της δίκης και η αποφυγή έκδοσης αντιφατικών αποφάσεων λόγω της παράλληλης

διεξαγωγής δύο ή και περισσότερων δικών σε δύο ή και περισσότερα δικαστήρια¹. Η δωσιδικία αυτή καθιερώθηκε ως αποκλειστική², παρά το γεγονός ότι η συνεκδίκαση (πλην ορισμένων εξαιρέσεων· βλ. άρθρα 79, 80, 86 επ., 283 ΚΠολΔ) δεν είναι υποχρεωτική για το δικαστήριο, αλλά υπόκειται στην ανέλεγκτη δικαστικώς κρίση του³. Στο πλαίσιο αυτό υποστηρίχθηκε ότι η καθιέρωση της προκείμενης δωσιδικίας ως αποκλειστικής οφείλεται σε ιστορικούς μάλλον λόγους, που δεν εξυπηρετούν πάντοτε αληθείς ανάγκες της δίκης, και συνακόλουθα η ερμηνεία του άρθρου 31 ΚΠολΔ θα πρέπει να είναι στενή⁴. Όπως περαιτέρω χαρακτηριστικά επιλέγεται, η δωσιδικία της συνάφειας αποτελεί το κυριότερο είδος της παρακολουθηματικής αρμοδιότητας⁵. Η αναφορά του γράμματος της διάταξης σε «δίκες» έχει την έννοια τόσο των αγωγών, όσο και των ενδίκων μέσων. Έτσι, δεν αποκλείεται λ.χ. να συντρέχουν οι προϋποθέσεις για τη συνεκδίκαση λόγω συνάφειας περισσότερων εφέσεων⁶, ενόσω μάλιστα το άρθρο 246 ΚΠολΔ εφαρμόζεται και στη διαδικασία της δίκης για την έφεση⁷.

II. Η σχέση της δωσιδικίας συνάφειας προς άλλες ειδικές αποκλειστικές δωσιδικίες

Σύμφωνα με τη σχεδόν απολύτως κρατούσα άποψη, η αποκλειστική δωσιδικία της συνάφειας υπερισχύει έναντι άλλων αποκλειστικών ή συντρεχουσών ειδικών δωσιδικιών, οι οποίες θα καλούνταν σε εφαρμογή, εάν η συναφής αγωγή οδηγούταν αυτοτελώς σε δίκη⁸. Βέβαια, κατ' άλλη εκδοχή, η υπεροχή

1 *Ράμμος*, Εισηγήσεις, τ. Α', §27, σ. 38· *Δεληκωστόπουλος/Σινανιώτης*, Ερμηνεία ΚΠολΔ, τ. Α', άρθρο 31 αριθ. Ι, σ. 95· *Μητσόπουλος*, Πολιτική δικονομία, σ. 229· *Κεραμείς/Κουσούλης*, ΔΕΕ 1996.902· *Τριανταφύλλου-Αλμπανίδου*, Η δωσιδικία της συνάφειας, σ. 5-6· πρβλ. και *Σταματόπουλο*, Η αρχή της οικονομίας στην πολιτική δίκη, σ. 321 επ.· βλ. επίσης ενδεικτικά από τη νομολογία ΕφΘεσ 1666/1998, Αρμ 1998.728· ΕφΘεσ 686/1985, Αρμ 1986.155· ΠΠρΑθ 1637/2016, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ· ΜΠρΑθ 1003/2013, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ.

2 Για τις σχετικές επιφυλάξεις βλ. ΣχΠολΔ Ι, σ. 129, 281, 312· για την αντίστοιχη ρύθμιση του προϊσχύσαντος άρθρου 21 της Πολιτικής Δικονομίας του 1835 βλ. *Τριανταφύλλου-Αλμπανίδου*, ό.π., σ. 7 επ.

3 Βλ. και κατωτέρω § III.

4 *Μπέης*, ΠολΔικ, άρθρο 31 αριθ. II.

5 Έτσι ΠΠρΑθ 1637/2016, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ· ΠΠρΑθ 2572/2010, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ· ΜΠρΘεσ 4072/2019, Αρμ 2020.247· ΕιρΧαν 762/2013, ΤΝΠ ΔΣΑ.

6 Βλ. εντελώς ενδεικτικά ΕφΑθ 6911/2003, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ· ΕφΔωδ 122/2001, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ· ΕφΑθ 6268/2000, ΝοΒ 2001.56· ΜΕφΠειρ 58/2017, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ.

7 Βλ. *Βαθρακοκοίλη*, ΕρμΚΠολΔ, άρθρο 246 αριθ. 2· βλ. επίσης ΕφΑθ 6312/2010, ΕλλΔνη 2012.217-219.

8 ΠΠρΑθ 74/2014, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ· ΜΠρΘεσ 4072/2019, Αρμ 2020.247· ΜΠρΑθ 1003/2013,

της δωσιδικίας συναφείας έναντι άλλων αποκλειστικών δωσιδικιών δικαιολογείται, μόνον όταν διευκολύνεται πράγματι η συνεκδίκαση των συναφών αγωγών που ασκήθηκαν χωριστά. Διαφορετικά, θα πρέπει να υπερισχύσουν οι αποκλειστικές δωσιδικίες των εταιρικών διαφορών (άρθρο 27 ΚΠολΔ), του ακινήτου (άρθρο 29 ΚΠολΔ) και της κληρονομιάς (άρθρο 30 ΚΠολΔ), καθώς και η αποκλειστική δωσιδικία της διαχείρισης με δικαστική εντολή (άρθρο 28 ΚΠολΔ), ιδίως ενόψει του γεγονότος ότι η τελευταία αυτή διάταξη δεν καθορίζει μόνον την κατά τόπον, αλλά και την αποκλειστική καθ' ύλην αρμοδιότητα⁹.

Πάντως, το *forum connexitatis* διατηρεί κατά κρατούσα γνώμη το προβάδισμα έναντι της συμφωνίας για παρέκταση. Συνεπώς, όταν υπάρχει παρέκταση για ορισμένες από τις συναφείς αγωγές, ενώ για μια εξ αυτών ισχύει κάποια ειδική συντρέχουσα δωσιδικία, η δε αγωγή ασκηθεί στο δικαστήριο της τελευταίας, αυτό καθίσταται κατά τόπον αρμόδιο και για τις υπόλοιπες σωρευόμενες αγωγές, για τις οποίες είχε συμφωνηθεί παρέκταση, εφόσον είναι συναφείς¹⁰.

III. Προϋποθέσεις συνεκδίκασης περισσοτέρων κύριων δικών ως συναφών

Προϋπόθεση για την εφαρμογή της ρύθμισης του άρθρου 31 παρ. 3 ΚΠολΔ αποτελεί η ύπαρξη περισσοτέρων εκκρεμών συναφών¹¹ δικών. Η συναφής δίκη μπορεί να προκύψει είτε με τη μεταγενέστερη άσκηση άλλης (δεύτερης) κύριας αγωγής, ενόσω εκκρεμεί ήδη η πρώτη, είτε από την αντικειμενική ή

ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ· ΕιρΧαν 762/2013, ΤΝΠ ΔΣΑ· Σταυρόπουλος, Ερμηνεία ΚΠολΔ, άρθρο 31 αριθ. 5, σ. 92· Ράμμος, Εγχειρίδιον Ι, §92 Ζ, σ. 205· Μητσόπουλος, ό.π., σ. 233· Νίκας, ΠολΔικ Ι², σ. 228-229· Τριανταφύλλου-Αλμπανίδου, ό.π., σ. 27 επ· το ίδιο γινόταν δεκτό και υπό το καθεστώς ισχύος της Πολιτικής Δικονομίας του 1835· βλ. σχετικώς *Οικονομίδη/Λιβαδά*, Εγχειρίδιον Ι², §35, σ. 187· Ράμμο, Στοιχεία Ι⁵, §63, σ. 132.

9 Έτσι Μπέης, ό.π., άρθρο 31 αριθ. ΙΙΙ 1· ιδίως ως προς τη δωσιδικία διαχείρισης βλ. *τον ίδιο*, ΠολΔικ, άρθρο 28 αριθ. ΙΙΙ· Τριανταφύλλου-Αλμπανίδου, ό.π., σ. 28-29.

10 Βλ. ΕφΠειρ 297/2019, ΤΝΠ ΔΣΑ· ΕφΑθ 7371/1979, ΕλλΔνη 1979.683· βλ. όμως και *Κεραμέα*, Νομικές Μελέτες ΙΙ, σ. 571 επ.(574-575)· πρβλ. επίσης *Νίκας*, ό.π., σ. 228-229· αντίθ. όμως ΜΕΦΠειρ 6/2021, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ· ΜΠρΚορινθ 219/2017, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ, με την επισημάνση ότι τυχόν παραδοχή της αντίθετης άποψης θα οδηγούσε σε καταστρατήγηση της συμφωνίας παρέκτασης· υπέρ της στάθμισης των σκοπών που εξυπηρετεί η καθεμιά ρύθμιση, προκειμένου να αποφανθεί το δικαστήριο, εάν θα πρέπει να προκριθεί ή όχι η δωσιδικία της συναφείας έναντι της δωσιδικίας που θεμελιώνεται στην παρέκταση, καταλήγει η Τριανταφύλλου-Αλμπανίδου, ό.π., σ. 29 επ.(31).

11 Η έννοια της συναφείας εξετάζεται διεξοδικά κατωτέρω· βλ. υπό § IV.

επικουρική σώρευση στο ίδιο δικόγραφο¹², οπότε η ρύθμιση του άρθρου 31 παρ. 3 ΚΠολΔ, που κάνει λόγο για «κύριες δίκες», εφαρμόζεται αναλόγως¹³.

Στο πλαίσιο του προβληματισμού περί της ύπαρξης περισσότερων συναφών δικών, ανακύπτει το ζήτημα, εάν η προκείμενη διάταξη εφαρμόζεται και όταν η δεύτερη συναφής αγωγή ασκείται μετά την κατάργηση της εκκρεμοδικίας της πρώτης. Μολονότι στη θεωρία και τη νομολογία υποστηρίχθηκαν αμφότερες οι εκδοχές¹⁴, ενδιάμεση λύση προτάθηκε από τον Καθηγητή Μπέη, σύμφωνα με τον οποίο, μετά την κατάργηση της εκκρεμοδικίας της πρώτης συναφούς δίκης η δωσιδικία συνάφειας διατηρείται μεν, όχι όμως ως αποκλειστική, αλλά ως συντρέχουσα, έτσι ώστε να απόκειται στον ενάγοντα να επιλέξει μεταξύ της δωσιδικίας της συνάφειας (ως συντρέχουσας) ή της γενικής δωσιδικίας του εναγομένου ή τυχόν άλλης ειδικής συντρέχουσας δωσιδικίας. Σύμφωνα με τον ίδιο, πάντως, η δωσιδικία της συνάφειας θα πρέπει να νοείται κατ' εξαίρεση ως αποκλειστική, αδιαφόρως αν υφίσταται ή όχι εκκρεμοδικία, όπου το ορίζει ρητώς ο νόμος, όπως λ.χ. στην εκκαθάριση των δικαστικών εξόδων (191 παρ. 3 ΚΠολΔ), στην παροχή του ευεργετήματος πενίας (196 παρ. 1 ΚΠολΔ), στη διόρθωση ή ερμηνεία απόφασης (317 παρ. 2 ΚΠολΔ), στη συντηρητική απόδειξη (349 παρ. 1 ΚΠολΔ), την τριτανακοπή (587 ΚΠολΔ) και την προσωπική κράτηση (1047 παρ. 1 ΚΠολΔ)¹⁵. Συνεπέστερη, βέβαια, τόσο προς τη γραμματική όσο και προς την τελεολογική ερμηνεία της προκείμενης ρύθμισης παρίσταται η εκδοχή εκείνη, σύμφωνα με την οποία η ύπαρξη εκκρεμοδικίας αποτελεί *sine qua non* όρο της εφαρμογής τόσο της ρύθμισης του άρθρου 31 παρ. 3 ΚΠολΔ, όσο και της συνεφαρμοζόμενης με αυτήν διάτα-

12 Σε περίπτωση αντικειμενικής σώρευσης (κατ' άρθρο 218 παρ. 1 ΚΠολΔ) περισσότερων αιτήσεων στο ίδιο δικόγραφο, οπότε ανακύπτουν περισσότερα αντικείμενα δίκης, η τοπική αρμοδιότητα του δικαστηρίου, στο οποίο απευθύνεται η αγωγή, μπορεί να θεμελιωθεί και στην ειδική αποκλειστική δωσιδικία της συνάφειας (άρθρο 31 ΚΠολΔ), εφόσον ελλείπει άλλο συνδυαστικό στοιχείο θεμελιωτικό αυτής χωριστά για κάθε μία από τις σωρευόμενες αιτήσεις· έτσι Νίκας, ΠολΔικ II, σ. 158· Τριανταφύλλου – Αλμπανίδου, ό.π., σ. 103· Απαλαγάκη (-Μπαλογιάννη/Ρεντούλης), Ερμηνεία ΚΠολΔ⁶, άρθρο 218 αριθ. 5· ΕφΠειρ 297/2019, ΤΝΠ ΔΣΑ· ΕφΑθ 9630/2001, ΕλλΔνη 2003.814· βλ. και ΠΠρΑθ 1637/2016, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ, η οποία εφήρμοσε το άρθρο 31 ΚΠολΔ παρ. 3 ΚΠολΔ σε περίπτωση σώρευσης στο ίδιο δικόγραφο αφενός περισσότερων αξιώσεων αφετέρου περισσότερων νομικών βάσεων· πρβλ. επίσης ΜΕφΑθ 3040/2018, ΤΝΠ QUALEX.

13 Για την εφαρμογή της δωσιδικίας συνάφειας σε περίπτωση αντικειμενικής και επικουρικής σώρευσης βλ. αναλυτικά Τριανταφύλλου – Αλμπανίδου, ό.π., σ. 99 επ.· πρβλ. επίσης Αρβανιτάκη, Η επικουρικότητα στην πολιτική δίκη, σ. 222 ως προς τις επικουρικά σωρευόμενες αγωγές.

14 Υπέρ της αποφαιτικής απάντησης οι Δεληκωστόπουλος/Σινανιώτης, ό.π., άρθρο 31 αριθ. I 2, σ. 95· Μητσόπουλος, ό.π., σ. 231· Σταυρόπουλος, ό.π., άρθρο 31 αριθ. 4, σ. 92· αντιθ. όμως ΕφΑθ 5349/1970, Αρμ 1970.1130.

15 Μπέης, ό.π., άρθρο 31 αριθ. III 2.

ξης του άρθρου 246 ΚΠολΔ. Άλλωστε, η λύση αυτή παρίσταται και από πρακτική άποψη ευχερέστερα εφαρμόσιμη. Ενόψει των ανωτέρω, προκειμένου να τύχει εφαρμογής η ρύθμιση του άρθρου 31 παρ. 3 ΚΠολΔ προϋποτίθεται ότι δεν έχει λάβει χώρα η εκδίκαση της μιας εκ των περισσότερων συναφών δικών, διότι σε διαφορετική περίπτωση η δωσιδικία της συνάφειας δεν λειτουργεί, αφού δεν μπορεί να γίνει λόγος για συνεκδίκαση¹⁶.

Περαιτέρω, η συνεφαρμοζόμενη με το άρθρο 31 παρ. 3 ΚΠολΔ διάταξη του άρθρου 246 ΚΠολΔ ορίζει ότι το δικαστήριο μπορεί σε κάθε στάση της δίκης, αυτεπάγγελα ή ύστερα από αίτηση κάποιου διαδίκου, να διατάξει την ένωση και συνεκδίκαση περισσότερων εκκρεμών ενώπιόν του δικών, ανάμεσα στους ίδιους ή διαφορετικούς διαδίκους, αν υπάγονται στην ίδια διαδικασία και, κατά την κρίση του, διευκολύνεται ή επιταχύνεται η διεξαγωγή της δίκης ή επέρχεται μείωση των εξόδων¹⁷. Η διάταξη του άρθρου 246 ΚΠολΔ καθορίζει εμμέσως και τις λοιπές προϋποθέσεις εφαρμογής του άρθρου 31 παρ. 3 ΚΠολΔ, δηλαδή την ύπαρξη ταυτότητας διαδικασίας των εκκρεμών δικών¹⁸, καθώς και ταυτότητας δικαιοδοσίας¹⁹. Κατά μείζονα δε λόγο, μολονότι τούτο δεν ορίζεται ρητά, απαιτείται η ύπαρξη λειτουργικής αρμοδιότητας των δικαστηρίων, έτσι ώστε, αν η κύρια αγωγή έχει ήδη αχθεί ενώπιον του δεύτερου βαθμού, η συναφής κύρια δίκη που εκκρεμεί στον πρώτο βαθμό να μην εισάγεται επιτρεπτός εκεί²⁰. Πάντως, η ύπαρξη υλικής αρμοδιότητας του ίδιου δικαστηρίου, μολονότι συγκαταλέγεται στις προϋποθέσεις του άρθρου 246 ΚΠολΔ, όταν ελλείπει, δεν οδηγεί σε ανεφάρμοστο της σχετικής ρύθμισης, σε αντίθεση με όσα γίνονται δεκτά ως προς τις λοιπές προϋποθέσεις, αφού η σχετική έλλειψη καλύπτεται από τη ρύθμιση της παρ. 2 του άρθρου 31 ΚΠολΔ, σε εφαρμογή της οποίας παραπέμπει η παρ. 3 του ίδιου άρθρου. Δικονομική ταυτότητα των διαδικών μερών δεν απαιτείται κατ' ανάγκη να συντρέχει, όπως συμβαίνει λ.χ. στην περίπτωση της εκκρεμοδικίας, ώστε είναι δυνατή η ένωση με τη δίκη των κύριων διαδικών και της δίκης τρίτου προσώπου²¹.

16 ΤρΕφΔωδ 41/2021, ΤΝΠ QUALEX· ΕφΠατρ 70/1990, ΑχΝομ 1991.85· ΠΠρΡοδ 71/2019, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ· βλ. και ΜΠρΛευκ 464/1999, Αρμ 2000.197.

17 Βλ. αντί άλλων Κεραμέα/Κονδύλη/Νίκα (-Μακρίδου), ΚΠολΔ Ι, άρθρο 246 αριθ. 1 και 4.

18 Η δωσιδικία της συνάφειας δεν λειτουργεί, όταν το αντικείμενο της συναφούς δίκης υπάγεται σε διάφορη διαδικασία· βλ. ΜΠρΘεσ 11165/1993, Αρμ 1993.1141-1142.

19 Βλ. όμως και ΕφΑθ 10390/1991, Δ 1993.188 με αντίθ. ορθές παρατ. *Κρητικού*.

20 Έτσι *Μαργαρίτης/Μαργαρίτη*, ΕρμΚΠολΔ Γ', άρθρο 31 αριθ. 7(in fine)· πρβλ. επίσης από το πεδίο της παρεπόμενης δίκης ΕφΑθ 8501/1978, ΕλλΔνη 1978.817-818.

21 Ως προς το ζήτημα αυτό βλ. ΕφΑθ 4485/1992, Δ 1992.1049· ΕφΑθ 3597/1975, ΝοΒ 1975.1193· *Κεραμέα/Κουσουλή*, ΔΕΕ 1996.902· *Μητσόπουλο/Τέσιου-Φαλτσή*, ΕλλΔνη 1998.524· *Γέσιου-Φαλτσή*, Η ομοδικία, σ. 43· *την ίδια*, ΕλλΔνη 1997.1747-1748· *Μπέη*, Δ 1997.761· *Τριανταφύλλου-Αλμπανίδου*, ό.π., σ. 73 επ.· βλ. επίσης ΕιρΠαραμυθ 11/1999, ΑρχΝ 2000.264.

Η διάταξη του άρθρου 246 ΚΠολΔ θέτει ως επιπλέον προϋπόθεση για την ένωση και συνεκδίκαση των περισσοτέρων συναφών κύριων δικών την, μέσω της συνεκδίκασης, εξυπηρέτηση της αρχής της οικονομίας της δίκης και της μείωσης των εξόδων. Η κρίση του δικαστηρίου της ουσίας για την αναγκαιότητα συνένωσης και συνεκδίκασης, η οποία ανάγεται σε δυνητική ευχέρεια, και όχι σε υποχρέωση του δικαστηρίου²², δεν υπόκειται στον έλεγχο του Αρείου Πάγου²³, ενώ η απόρριψη σχετικής αίτησης διαδίκου δεν μπορεί να στηρίξει λόγο έφεσης, προκειμένου να ανατραπεί η απόφαση αυτή²⁴. Έτσι, η δωσιδικία της συνάφειας δεν οδηγεί οπωσδήποτε σε συνεκδίκαση, αφού δεν αποκλείεται –μολονότι σπάνιο– η συνεκδίκαση των συναφών δικών να μην οδηγήσει σε μείωση χρόνου και δαπανών ή να μην προκαλείται κίνδυνος έκδοσης αντιφατικών αποφάσεων από την ξεχωριστή εκδίκασή τους²⁵.

Πάντως, όταν το δικαστήριο αποφανθεί περί της αναγκαιότητας συνεκδίκασης των συναφών δικών, καλείται να καθορίσει και τον τρόπο, με τον οποίο θα επιτευχθεί η συνεκδίκαση αυτή, ανάλογα με το διαδικαστικό στάδιο, στο οποίο βρίσκεται η εξέλιξη μιας έκαστης δίκης. Στο πλαίσιο αυτό γίνεται δεκτό ότι η συνεκδίκαση μπορεί να διαταχθεί, τόσο όταν οι συνεκδικαστέες διαφορές έχουν εγγραφεί στο πινάκιο της ίδιας δικασίμου, όσο και στην περίπτωση που η μία από αυτές έχει εγγραφεί στο πινάκιο άλλης (προσεχούς) δικασίμου. Στην τελευταία αυτή περίπτωση, για την επίτευξη της συνεκδίκασης αναβάλλεται η εκδίκαση της μιας από τις συναφείς αγωγές, ώστε με κλήση του επιμελέστερου διαδίκου να προσδιοριστούν αμφότερες για την ίδια δικάσιμο²⁶. Αλλά και στην πρώτη ακόμη περίπτωση, δηλαδή όταν οι συναφείς αγωγές είναι εγγεγραμμένες στο πινάκιο της ίδιας δικασίμου, αν για οποιονδήποτε λόγο είναι αδύνατη η άμεση συνεκδίκασή τους, μπορεί να αναβληθεί η συζήτηση, προκειμένου να επιτευχθεί η συνεκδίκαση αυτή σε μεταγενέστερη δικάσιμο. Η σχετική αναβολή μπορεί να διαταχθεί είτε με μνεία στα πρακτικά είτε ακόμη και μετά τη συζήτηση στο ακροατήριο, με απόφαση που θα εκδώσει το

22 Βλ. ενδεικτικά ΕφΠειρ 668/2015, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ, η οποία μάλιστα απέρριψε ως αόριστο πρόσθετο λόγο έφεσης, αναγόμενο στην κακή εκτίμηση του πρωτοβάθμιου δικαστηρίου ως προς την αναγκαιότητα συνεκδίκασης υποθέσεων, δεδομένου ότι δεν αναφέρθηκαν σε αυτόν (τον λόγο έφεσης) και δεν προέκυψαν τα κριτήρια συνάφειας των σχετικών υποθέσεων.

23 ΑΠ 652/2011, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ· ΑΠ 668/2005, ΕλλΔνη 2006.1086· ΑΠ 636/2002, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ.

24 ΕφΔωδ 109/2015, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ· ΕφΑθ 6325/2001, Αρμ 2003.1091.

25 Φραγκίστας, Νομικά μελέται Ι, σ. 179· *Γέσιου-Φαλτσή*, Η ομοδικία, σ. 43.

26 ΑΠ 383/2009, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ· ΑΠ 878/1996, ΕλλΔνη 1996.1563· ΑΠ 223/1987, ΑρχΝ 1988.754· ΕφΑθ 1962/2009, ΕλλΔνη 2010.793· ΕφΑθ 7777/2007, ΕλλΔνη 2008.563· ΕφΠατρ 1253/2007, ΑχΝομ 2008.470· ΕφΑθ 4299/2006, ΕλλΔνη 2006.1508· ΕφΑθ 11170/1995, ΕλλΔνη 1997.889· ΠΠρΑθ 2510/2011, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ· ΠΠρΑθ 1872/2011, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ· ΜΠρΘεσ 4072/2019, Αρμ 2020.247 με σημ. *Πεβολίδη*.

επιληφθέν δικαστήριο²⁷. Ως εκ τούτου, δεν αποκλείεται να αναβληθεί η συζήτηση μιας αγωγής, προκειμένου αυτή να συνεκδικασθεί με άλλη, ενδεχομένως αντίθετη, αγωγή, χωρίς να απαιτείται να συντρέχουν οι προϋποθέσεις της σώρευσης ή, κατά μείζονα λόγο, οι προϋποθέσεις της απλής ή αναγκαστικής ομοδικίας, αφού, όπως ήδη αναφέρθηκε, η συνεκδίκαση είναι επιτρεπτή, ακόμη και αν οι υπό συνεκδίκαση δίκες διεξάγονται μεταξύ διαφόρων προσώπων.

Όπως είναι εύλογο, η συνεκδίκαση δύο ή και περισσότερων συναφών κύριων δικών στερεί από τους διαδίκους το έννομο συμφέρον προβολής της ένστασης εκκρεμοδικίας, ακόμη και όταν συντρέχουν οι προϋποθέσεις προβολής της κατά της αγωγής που ασκήθηκε μεταγενεστέρως²⁸. Τούτο δε διότι με τη συνεκδίκαση των συναφών αγωγών πληροῦται άμεσα ο σκοπός, χάριν του οποίου προβλέφθηκε ο θεσμός της εκκρεμοδικίας από τον νόμο, δηλαδή η αποτροπή έκδοσης αντιφατικών αποφάσεων με ισοδύναμο δεδικασμένο και η επίτευξη οικονομίας χρόνου και δαπάνης²⁹.

IV. Ερμηνευτική οριοθέτηση της κατ' άρθρο 31 παρ. 3 ΚΠολΔ έννοιας της συνάφειας

Σύμφωνα με το γράμμα της παρ. 3 του άρθρου 31 ΚΠολΔ, προϋπόθεση για την εφαρμογή της εν λόγω ρύθμισης αποτελεί η ύπαρξη «συναφών» κύριων δικών. Η «συνάφεια» ανάγεται σε αόριστη νομική έννοια, την οποία καλείται να εξειδικεύσει ο εκάστοτε δικάζων δικαστής, ανατρέχοντας προς τούτο στο ουσιαστικό δίκαιο, αφού ο δεσμός που αντανακλά τη συνάφεια μεταξύ των περισσότερων κύριων δικών εντοπίζεται στην ουσιαστική σύνδεση των εννόμων σχέσεων που αποτελούν το αντικείμενό τους³⁰. Ενόψει των ανωτέρω, η κρίση του δικαστηρίου περί της ύπαρξης ή μη συνάφειας δεν ελέγχεται καταρχήν αναιρετικά³¹. Μάλιστα, όπως εύστοχα παρατηρείται, ενώ για την κρίση περί της δυνατότητας εφαρμογής της διάταξης του άρθρου 246 ΚΠολΔ εξετάζονται δικονομικά στοιχεία³², η ύπαρξη συνάφειας μεταξύ περισσότερων

27 Βλ. εντελώς ενδεικτικά ΑΠ 383/2009, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ· ΑΠ 1407/2000, ΕλλΔνη 2001.736.

28 ΠΠρΑθ 1872/2011, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ.

29 Για το ζήτημα αυτό βλ. ΑΠ 31/1985, ΝοΒ 1985.1417· ΕφΑθ 4857/1999, ΕπισκΕΔ 1999.1200 με εισαγ. σημ. Παμπούκη.

30 Βλ. σχετικώς Τριανταφύλλου-Αλμπανίδου, ό.π., σ. 7.

31 Ράμμος, Εγχειρίδιον Ι, §92, σ. 203.

32 Όπως λ.χ. εάν η συνεκδίκαση εξυπηρετεί την οικονομία της δίκης και τον περιορισμό των εξόδων.

δικών κατ' άρθρο 31 παρ. 3 ΚΠολΔ αναζητάται κατεξοχήν στο ουσιαστικό δίκαιο³³.

Το πεδίο εφαρμογής της παρ. 3 του άρθρου 31 ΚΠολΔ παρίσταται ευρύτερο εκείνου της παρ. 1 του ίδιου άρθρου, αφού η τελευταία κάνει λόγο μόνον για δίκες που έχουν σχέση κυρίου και παρεπόμενου, απαριθμώντας περαιτέρω ενδεικτικά ως τέτοιες τις παρεμπύπτουσες αγωγές, τις αγωγές για εγγύηση και τις παρεμβάσεις. Από τη διατύπωση της ρύθμισης της παρ. 1 προκύπτει ότι η συνάφεια θεμελιώνεται εν προκειμένω σε σχέση δικονομικής ή ουσιαστικής συνάρτησης των περισσοτέρων δικών³⁴. Αντίθετα, συνάφεια κατά την έννοια της παρ. 3 του άρθρου 31 ΚΠολΔ καταφάσκει ευρύτερα, όταν μεταξύ των περισσοτέρων εκκρεμών κύριων δικών υφίσταται σχέση συνιστάμενη σε εσωτερικό ή ουσιαστικό σύνδεσμο, ο οποίος προκύπτει είτε από το γεγονός ότι οι δίκες αυτές στηρίζονται στην ίδια έννομη σχέση του ουσιαστικού δικαίου ή πηγάζουν από την ίδια αιτία, ή το ίδιο βιοτικό συμβάν αποτελεί κοινή ιστορική βάση των δύο κύριων αγωγών, ή η λύση του ζητήματος της μιας ασκεί επιρροή στην άλλη³⁵. Στο σημείο αυτό αξίζει, πάντως, να επισημανθεί ότι η νομολογία επικαλείται συχνά –μάλλον εκ περισσού– την ύπαρξη (πρόδηλης) συνάφειας και στην περίπτωση της παρέμβασης³⁶, η οποία εμπίπτει κατ' απόλυτη νομική κυριολεξία στη ρυθμιστική εμβέλεια της παρ. 1 (και όχι της παρ. 3) του άρθρου 31 ΚΠολΔ, αφού η σχέση δικονομικού παρεπόμενου μεταξύ της κύριας δίκης και της ασκούμενης στο πλαίσιο αυτής παρέμβασης επαρκεί για τη θεμελίωση της στενής συνάρτησης μεταξύ των δύο ενδίκων βοηθημάτων, επιτάσσοντας μάλιστα την υποχρεωτική συνεκδίκασή τους³⁷, δοθέντος ότι συζήτηση της

33 Βλ. σχετικώς Τριανταφύλλου-Αλμπανίδου, ό.π., σ. 114· βλ. επίσης Μαργαρίτη/Μαργαρίτη, ό.π., άρθρο 31 αριθ. 8, όπου επισημαίνεται ότι κατευθυντήρια σκέψη, σύμφωνα και με τη ratio legis της διάταξης του άρθρου 31 ΚΠολΔ, θα πρέπει να είναι εν προκειμένω η αποφυγή έκδοσης αντιτιθέμενων μεταξύ τους αποφάσεων.

34 Κεραμής, Αστικό δικονομικό δίκαιο- Γενικό μέρος, σ. 60.

35 Ράμμος, ό.π., σ. 203-204· Μπέης, ό.π., άρθρο 31 αριθ. IV 2· βλ. διεξοδικά Τριανταφύλλου-Αλμπανίδου, ό.π., σ. 67 επ.

36 Βλ. ενδεικτικά ΕφΠατρ 321/2017, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ· ΕφΘεσ 44/1993, Αρμ 1993.442· ΠΠρΑιγ 113/2010, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ· ΠΠρΑθ 1114/1996, ΔΕΕ 1996.519· ΜΠρΠατρ 150/2014, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ· ΜΠρΚερκ 1451/2014, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ· βλ. πάντως και Οικονόμου (-Αθ. Πανταζόπουλο), Ομοδικία και συμμετοχή τρίτων στην πολιτική δίκη, σ. 112, σύμφωνα με τον οποίο, μολοντί στο άρθρο 79 ΚΠολΔ, σε αντίθεση με το προϊσχύον άρθρο 233 της ΠολΔικ του 1835, δεν μνημονεύεται ως προϋπόθεση η ύπαρξη συνάφειας της κύριας παρέμβασης προς την κύρια αγωγή, αυτή συνάγεται από το άρθρο 31 παρ. 3 ΚΠολΔ, ενώ προκύπτει σε κάθε περίπτωση από την ίδια την έννοια της αντιποίησης, καθώς και από το αίτημα της κύριας παρέμβασης, που συνιστά αντιποίηση του επιδίκου αντικειμένου-δικαιώματος.

37 Όπως γίνεται δεκτό, η κύρια παρέμβαση συνιστά μορφή παρεμπύπτουσας αγωγής, η άσκηση της οποίας δεν ανοίγει νέα δίκη, αλλά διευρύνει απλώς τα υποκειμενικά όρια της αρχικής δίκης. Τα ίδια ισχύουν πολύ περισσότερο σε σχέση με την πρόσθετη παρέμβαση,

παρέμβασης μεμονωμένα, δηλαδή χωρίς τη σύγχρονη συζήτηση της κύριας αγωγής, δεν νοείται. Αντίθετα, στην περίπτωση των κύριων συναφών δικών κατά την έννοια της παρ. 3 του άρθρου 31 ΚΠολΔ δεν θα συντρέχει κατά κανόνα το τελευταίο αυτό στοιχείο, δηλαδή οι περισσότερες συναφείς δίκες θα μπορούν να εκδικασθούν και χωριστά, απλώς η συνεκδίκασή τους θα εξασφαλίζει την ταχύτερη και με λιγότερες δαπάνες παροχή της δικαιοδοτικής κρίσης. Περαιτέρω, προσεγγίζοντας την έννοια της συνάφειας κατ' άρθρο 31 παρ. 3 ΚΠολΔ συγκριτικά προς την έννοια της «πρόδηλης συνάφειας», που επιτάσσει τη συνεκδίκαση των προσθέτων λόγων έφεσης και της αντέφεσης με την έφεση, παρατηρείται ότι η συνάφεια στην τελευταία αυτή περίπτωση, η οποία μάλιστα χαρακτηρίζεται από τη νομολογία ως «προφανής», έχει κατεξοχήν δικονομικό περιεχόμενο. Αντίθετα, η κρίση για την ύπαρξη «αναγκαίας συνοχής» μεταξύ των περισσοτέρων κεφαλαίων της εκκαλούμενης απόφασης αποτελεί ζήτημα το οποίο ερευνάται στο στάδιο της ενιαίας και σε μια συζήτηση κρίσης της έφεσης και των προσθέτων λόγων αυτής ή/και της αντέφεσης, προκειμένου να κριθεί εάν αυτά είναι πράγματι αναγκαίως συνεχόμενα και διευρύνουν επιτρεπτά τα όρια του μεταβιβαστικού αποτελέσματος³⁸.

Όπως εύστοχα παρατηρείται³⁹, προκειμένου να καταφαιεί η ύπαρξη συνάφειας μεταξύ δύο αγωγών δεν προϋποτίθεται ο μεταξύ τους δεσμός να παρίσταται τόσο στενός, ώστε να ελλοχεύει ο κίνδυνος πρόκλησης αντιφατικών αποφάσεων, με την έννοια της σύγκρουσης δεδικασμένων, αλλά αρκεί ένας

στο πλαίσιο της οποίας ο παρεμβαίνων δεν αντιποιείται το αντικείμενο της κύριας δίκης, αλλά μετέχει απλώς στη δίκη αποκλειστικά προς υποστήριξη ενός εκ των διαδίκων. Εξαιτίας δε της ανωτέρω φύσης της παρέμβασης (τόσο της κύριας όσο και της πρόσθετης), ο νόμος προβλέπει την υποχρεωτική συνεκδίκαση αυτής με την κύρια αγωγή κατ' άρθρο 285 ΚΠολΔ. Συνεπώς, δεν τυγχάνει εν προκειμένω εφαρμογής η διάταξη του άρθρου 246 ΚΠολΔ, η οποία θεσπίζει την υπό προϋποθέσεις και κατά διακριτική ευχέρεια του δικαστή συνεκδίκαση αυτοτελών αγωγών και εν γένει ενδίκων μέσων και βοηθημάτων. Και αυτό διότι εδώ υφίσταται μια ενιαία διαδικασία, οι δε δικογραφίες αποτελούν ενιαίο σύνολο. Για τον λόγο αυτό, μάλιστα, η εκδίκαση της αγωγής και της παρέμβασης ανατίθεται υποχρεωτικά στον ίδιο δικαστή και ο τελευταίος οφείλει να λάβει αμφοτέρως υπόψη του. Ενόψει των ανωτέρω, γίνεται περαιτέρω δεκτό ότι είναι καθόλα επιτρεπτή η κατάθεση κοινών προτάσεων από τον ενάγοντα- καθ' ου η παρέμβαση και, κατ' επέκταση, η προσκόμιση ενός (ενιαίου) γραμματίου προείσπραξης δικηγορικής αμοιβής από τον πληρεξούσιο δικηγόρο του· έτσι Δημητρίου, παρατ. σε ΑΠ 470/2008, ΕΠολΔ 2008.535 επ.· βλ. επίσης ως προς τα ανωτέρω ζητήματα ΕφΑθ 2195/2006, ΕλλΔνη 2006.1516· Κουσσούλη, Η κυρία παρέμβαση στην πολιτική δίκη, σ. 216 επ.· Σταματόπουλο, ό.π., σ. 327· Μπέη, ό.π., άρθρο 246 αριθ. 3α· πρβλ. και ΕφΝαυπλ 399/2000, ΝοΒ 2001.1469.

38 Βλ. σχετικώς Τριανταφύλλου-Αλμπανίδου, ό.π., σ. 116· πρβλ. επίσης Μακρίδου, Πρόσθετοι λόγοι εφέσεως, σ. 134-135, όπου γίνεται λόγος για «ενισχυμένη συνάφεια» των κεφαλαίων· να την έννοια της συνάφειας στην περίπτωση της αντέφεσης βλ. ενδεικτικά ΑΠ 212/2006, ΝοΒ 2007.693.

39 Τριανταφύλλου-Αλμπανίδου, ό.π., σ. 75-76.

χαλαρότερος δεσμός, ο οποίος υποκρύπτει τον κίνδυνο συναγωγής αντιφατικών δικανικών κρίσεων για τα ίδια ή παρόμοια πραγματικά περιστατικά ή νομικά ζητήματα. Κατ' άλλη δε εκφορά, απαιτείται τέτοια συνάφεια, ώστε η χωριστή συζήτηση των περισσοτέρων αγωγών να επιφέρει βλάβη⁴⁰.

Ειδικότερα, σύμφωνα με όσα γίνονται δεκτά στη θεωρία και τη νομολογία, συνάφεια κατ' άρθρο 31 παρ. 3 ΚΠολΔ μπορεί να θεμελιωθεί στις εξής περιπτώσεις:

- ι) Όταν τα αντικείμενα των περισσοτέρων δικών εντάσσονται στην ίδια ουσιαστική έννομη σχέση⁴¹. Στην περίπτωση αυτή εμπίπτουν, λ.χ., α) η αγωγή για το κεφάλαιο και η αγωγή για τους τόκους, β) η αγωγή καταβολής του τιμήματος και η αγωγή παράδοσης του πωληθέντος πράγματος⁴², γ) η αγωγή του πωλητή για πληρωμή του τιμήματος και η αγωγή αποζημίωσης του αγοραστή λόγω μη εκπλήρωσης⁴³, δ) η αγωγή αδικαιολόγητου πλουτισμού λόγω ακυρότητας της σύμβασης και η αγωγή προς εκπλήρωση της σύμβασης⁴⁴, ε) η αγωγή επίλυσης διένεξης από επαγγελματική μίσθωση και η αγωγή για την απόδοση της χρήσης του μισθίου⁴⁵, στ) η αγωγή περί λογοδοσίας και η αγωγή για την επιδίκαση του καταλοίπου του λογαριασμού⁴⁶, ζ) η αγωγή ομόρρυθμου εταίρου ομόρρυθμης εταιρείας-διαχειριστή κατά του άλλου εταίρου για δαπάνες που κατέβαλε για τις ανάγκες της εταιρείας, οι οποίες ουδέποτε του αποδόθηκαν από τη εταιρεία, και η αγωγή του εναγόμενου της πρώτης αγωγής κατά του ενάγοντος αυτής-διαχειριστή για την καταβολή του υπολοίπου της αναλογίας του στα κέρδη⁴⁷, η) η αγωγή του ασφαλισμένου, στην οποία σωρεύονται αιτήματα αναγνώρισης ακυρότητας της καταγγελίας ασφαλιστικής σύμβασης, καταβολής ασφαλιστικής αποζημίωσης και χρηματικής ικανοποίησης λόγω ηθικής βλάβης που υπέστη εξαιτίας της παράνομης καταγγελίας⁴⁸, θ) η αγωγή του

40 ΕφΘεσ 33/1989, ΕλλΔνη 1989.995· ΕφΑθ 8086/1986, ΕλλΔνη 1999.1112.

41 Δεληκωστόπουλος/Σινανιώτης, ό.π., άρθρο 31 αριθ. ΙΙΙ, σ. 96· Μητσόπουλος, ό.π., σ. 231· Ράμμος, Στοιχεία Γ', §63, σ. 130· από τη νομολογία βλ. ΕφΑθ 8086/1997, ΕλλΔνη 1999.1111· ΕφΑθ 7021/1989, ΕλλΔνη 1990.1504· ΕφΑθ 3597/1975, ΝοΒ 1975.1193· ΠΠρΑθ 1637/2016, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ· ΕιρΧαν 762/2013, ΤΝΠ ΔΣΑ· ΕιρΚαλαυρ 12/2007, ΑρχΝ 2009.228 με σημ. Νικολαΐδη.

42 Ράμμος, ό.π., §63, σ. 130· Μπέης, ό.π., άρθρο 31 αριθ. IV 2 α.

43 Μπέης, ό.π., άρθρο 31 αριθ. IV 2 α.

44 Νίκας, ΠολΔικ Γ', σ. 226.

45 Μπέης, ό.π., άρθρο 31 αριθ. IV 2 α· πρβλ. όμως ΜΠρΑγρ 120/1969, ΝοΒ 1969.693 με αντίθ. σημ. Μπέη.

46 Μπέης, ό.π., άρθρο 31 αριθ. IV 2 α· πρβλ. όμως ΠΠρΑθ 5123/1972, ΝοΒ 1972.1340.

47 ΠΠρΑθ 461/2005, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ.

48 ΜΠρΑθ 908/2001, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ· τα αντικειμενικώς σωρευόμενα αιτήματα πηγάζουν εν

κοινωνού με περιεχόμενο την επιδίκαση σε αυτόν των αναλογούντων στη μερίδα του πολιτικών καρπών κατ' άρθρο 786 ΑΚ και η αγωγή καταβολής δαπανών συντήρησης του επικοινωνού κατ' άρθρο 794 ΑΚ⁴⁹, καθώς και ι) η αγωγή του εργαζόμενου για δεδουλευμένες αμοιβές εκ συμβάσεως εργασίας και η αγωγή του εργοδότη για αποζημίωση λόγω πλημμελούς εκπλήρωσης της σύμβασης εργασίας από τον εργαζόμενο⁵⁰.

- ii) Όταν το αντικείμενο της μιας δίκης αποτελεί προδικαστικό ζήτημα για την άλλη⁵¹. Δεσμός προδικαστικότητας υφίσταται ειδικότερα, όταν η ύπαρξη ή η ανυπαρξία μιας έννομης σχέσης εξαρτάται από την ύπαρξη ή την ανυπαρξία άλλης⁵², με την έννοια ότι για να κριθεί και να επέλθει η έννομη συνέπεια που αποτελεί το κύριο ζήτημα προϋποτίθεται τελεολογικώς η έρευνα του προδικαστικού ζητήματος και η επέλευση της έννομης συνέπειάς του, προκειμένου να διαφυλάσσεται η συνοχή του ουσιαστικού δικαίου και να αποτρέπεται ο κίνδυνος έκδοσης αντιφατικών αποφάσεων⁵³. Στην περίπτωση αυτή συναφών δικών εμπίπτουν, λ.χ., α) η αγωγή αναγνώρισης τέκνου εκτός γάμου (ΑΚ 1479) και η αγωγή περί διατροφής του⁵⁴, β) η αγωγή κατά του πρωτοφειλέτη και κατά του εγγυητή⁵⁵, γ) η αγωγή του οφειλέτη για την εξάλειψη υποθήκης και η αγωγή του δανειστή για την επιδίκαση της απαίτησης⁵⁶, δ) η αγωγή περί κλήρου του εξ αδιαθέτου κληρονόμου και η αγωγή με αίτημα τη διάγνωση του κύρους της διαθήκης⁵⁷, ε) η αγωγή με την οποία ζητείται η αναγνώριση της ύπαρξης δικαιώματος νόμιμης μοίρας της ενάγουσας επί της κληρονομιάς του αποβιώσαντος, στην οποία εμπε-

προκειμένω από την ίδια έννομη σχέση του ουσιαστικού δικαίου, δηλαδή την ασφαλιστική σύμβαση· έτσι *Τριανταφύλλου-Αλμπανίδου*, ό.π., σ. 71.

- 49 Βλ. ΕφΘεσ 1666/1998, Αρμ 1998.728, η οποία έκρινε ότι το αντικείμενο των δύο δικών εντάσσεται στην ίδια ουσιαστική έννομη σχέση της κοινωνίας, ωστόσο απέρριψε το αίτημα συνεκδίκασης, κρίνοντας ότι η μη σύγχρονη εκδίκαση των αγωγών αυτών δεν δημιουργεί κίνδυνο βλάβης, αφού ούτε κίνδυνος έκδοσης αντιφατικών αποφάσεων υφίσταται, ούτε παραβιάζεται η αρχή της οικονομίας της δίκης.

- 50 ΜΠρΠειρ 4137/2019, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ.

- 51 Βλ. ΕφΛαμ 24/2004, ΑρχΝ 2005.48· ΕφΠειρ 25/2003, Αρμ 2003.1153· ΕφΘεσ 686/1985, Αρμ 1968.155· *Μπαλογιάννη*, παρ. σε ΕιρΑθ 5929/1995, Δ 1996.779.

- 52 Βλ. *Κονδύλη*, Το δεδικασμένο², σ. 194.

- 53 Βλ. σχετικώς *Μητσόπουλο/Κεραμέα*, ΝοΒ 1970.1032· πρβλ. *Κεραμέα*, Ουσιαστικών δεδικασμένων περί προδικαστικών ζητημάτων, σ. 144.

- 54 *Νίκας*, ό.π., σ. 226.

- 55 *Μπέης*, ό.π., άρθρο 31 αριθ. IV 2 β.

- 56 Βλ. ΠΠρΘεσ 768/1971, Δ 1971.793· εν προκειμένω προδικαστικό ζήτημα της αγωγής εξάλειψης υποθήκης αποτελεί η απόσβεση της απαίτησης (άρθρα 1328, 1317 ΑΚ)· έτσι *Τριανταφύλλου-Αλμπανίδου*, ό.π., σ. 72.

- 57 Πρβλ. ΕφΑθ 10117/1991, Δ 1992.576 με ενημ. σημ. *Μπέη*.

ριέχονται και χρήματα τραπεζικών λογαριασμών, και η αγωγή με την οποία οι ενάγοντες της δεύτερης αγωγής ζητούν να αναγνωριστούν ως αποκλειστικοί κληρονόμοι εκ διαθήκης του ίδιου αποβιώσαντος όσον αφορά στις χρηματικές απαιτήσεις του τελευταίου επί των ίδιων τραπεζικών λογαριασμών⁵⁸, στ) η θετική ή αρνητική αναγνωριστική αγωγή με αίτημα τη διάγνωση της ύπαρξης ή της ανυπαρξίας έννομης σχέσης και η καταψηφιστική αγωγή με αίτημα που θεμελιώνεται στην ίδια έννομη σχέση⁵⁹, καθώς και ζ) όλες εν γένει οι αγωγές που αφορούν παρεπόμενα δικαιώματα, όπως λ.χ. το ενέχυρο και τις πραγματικές δουλείες⁶⁰. Εδώ εμπίπτουν ουσιαστικά όλες οι περιπτώσεις, κατά τις οποίες το δικαστήριο θα μπορούσε να διατάξει κατ' άρθρο 249 ΚΠολΔ την αναστολή της δίκης, έως ότου περατωθεί άλλη δίκη, η οποία έχει ως περιεχόμενο έννομη σχέση, από τη διάγνωση της οποίας εξαρτάται η διάγνωση της επίδικης διαφοράς⁶¹.

- iii) Όταν οι περισσότερες κύριες αγωγές στηρίζονται σε κοινή ιστορική βάση, η οποία συγκροτείται από το ίδιο βιοτικό συμβάν⁶², ή όταν η ιστορική αιτία όλων των διαγνωστέων δικαιωμάτων στηρίζεται στο ίδιο ουσιώδες πραγματικό γεγονός⁶³. Στην περίπτωση αυτή υπάγονται περιπτώσεις, λ.χ., α) αντίθετων αγωγών από αυτοκινητικό ατύχημα⁶⁴, β) ευθείας αγωγής του ζημιωθέντος από αυτοκινητικό ατύχημα κατά του υπαιτίου και πλαγιαστικής αγωγής του ίδιου κατά της ασφαλιστικής εταιρείας⁶⁵, γ) αγωγής που ασκεί αναγωγικά το Επικουρικό Κεφάλαιο κατά του υπαιτίου του ατυχήματος, όταν το ζημιογόνο αυτοκίνητο είναι ανασφάλιστο, και αγωγής του

58 ΠΠρΑθ 2510/2011, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ.

59 Τριανταφύλλου-Αλμπανίδου, ό.π., σ. 73.

60 Τριανταφύλλου-Αλμπανίδου, ό.π., σ. 72.

61 Σχετική περιπτωσιολογία βλ. σε Κεραμέα/Κονδύλη/Νίκα (-Μακρίδου), ό.π., άρθρο 249 αριθ. 4.

62 Βλ. ΕφΑθ 9630/2001, ΕλλΔνη 2003.814· ΕφΘεσ 2852/1991, ΕλλΔνη 1992.1274· ΜΕφΑθ 2682/2017, ΤΝΠ QUALEX.

63 Βλ. ΕφΑθ 7013/1999, ΔΕΕ 2000.45: αγωγές που έχουν ως στοιχείο της ιστορικής τους βάσης και του διαγνωστέου δικαιώματος το αυτό ουσιώδες πραγματικό γεγονός· ΜΠρΑθ 1003/2013, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ: αξιώσεις προερχόμενες από την ίδια ιστορική αιτία· βλ. και ΠΠρΑθ 1637/2016, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ· ΕιρΧαν 762/2013, ΤΝΠ ΔΣΑ.

64 Βλ. εντελώς ενδεικτικά ΕφΘεσ 33/1989, ΕλλΔνη 1989.995· ΜΠρΑθ 4057/2004, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ· ΜΠρΑθ 3042/2003, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ· ΜΠρΑθ 1676/2002, Αρμ 2002.910 με σημ. *Αρβανιτάκη*· ΕιρΑλμωπ 78/2011, ΕΠολΔ 2011.636 με σημ. *Γιαννόπουλου*· ΕιρΤην 24/2004, ΑρχΝ 2005.206.

65 Εδώ θα πρόκειται για δικαιώματα που απορρέουν από το ίδιο βιοτικό συμβάν· βλ. σχετικώς ΜΠρΡοδ 28/2003, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ.

παθόντος κατά του υπαιτίου⁶⁶, καθώς και δ) αγωγής περί κλήρου και αγωγής ακυρότητας των διατάξεων αποκλήρωσης⁶⁷.

- iv) Προβληματισμός ανέκυψε αναφορικά με το ζήτημα, εάν η συνάφεια καθι-
δρύεται και όταν οι δίκες αφορούν στο ίδιο επίδικο αντικείμενο. Σύμφωνα
με τη σχεδόν απολύτως κρατούσα γνώμη, οι περιπτώσεις αυτές εντάσσου-
νται ανεμπόδιστα στην κατ' άρθρο 31 παρ. 3 ΚΠολΔ έννοια της συνάφει-
ας⁶⁸, τέτοιες δε αποτελούν, λ.χ., α) αντίθετες αγωγές κυριότητας που αφο-
ρούν στο ίδιο ακίνητο⁶⁹, β) η αγωγή αναγνώρισης κυριότητας πλοίου και η
αγωγή αναγνώρισης ναυτικής υποθήκης ως άκυρης⁷⁰, γ) η αγωγή επιμέλει-
ας τέκνου και διατροφής αυτού⁷¹, δ) η αγωγή αναγνώρισης του ενάγοντος
ως μέλους σωματείου και η αγωγή καταδίκης του σωματείου σε εγγραφή
του μέλους⁷², ε) η ανακοπή κατά διαταγής πληρωμής και η ανακοπή κατά
της εκτέλεσης αυτής (βλ. και άρθρο 632 παρ. 6 ΚΠολΔ, όπως ισχύει μετά
τον ν. 4335/2015)⁷³. Αντίθετη, όμως, πλην μεμονωμένη, θεωρητική εκδοχή⁷⁴
υποστήριξε ότι, εάν αποδεχόμασταν την ύπαρξη συνάφειας και σε δίκες που
αφορούν στο ίδιο επίδικο αντικείμενο, θα διευρυνόταν ανεπίτρεπτα η κατ'
άρθρο 31 παρ. 3 ΚΠολΔ έννοια της συνάφειας, αφού δεν συντρέχει καμία
ανάγκη προς τούτο, ιδίως εφόσον δεν είναι ορατός ο κίνδυνος έκδοσης αντι-
φατικών αποφάσεων ή ασυμβίβαστων αποτελεσμάτων.

66 Βλ. ΜΠρΑθ 3357/2007, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ.

67 Εν προκειμένω, τα αντικείμενα των δύο δικών εντάσσονται στην ίδια έννομη σχέση και αφορούν στο ίδιο βιοτικό συμβάν της κληρονομιάς· βλ. σχετικώς ΠΠρΠειρ 1871/2016, ΤΝΠ QUALEX.

68 Έτσι Σταυρόπουλος, ό.π., άρθρο 31 αριθ. 2, σ. 92· Κεραμεύς/Κονδύλης/Νίκας (-Νίκας), ΚΠολΔ Ι, άρθρο 31 αριθ. 4.

69 Βλ. ΕφΑνατΚρ 15/2017, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ· ΠΠρΑθ 2569/2012, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ· ΠΠρΑθ 565/2011, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ· Νίκα, ΠολΔικ Ι², σ. 226.

70 ΕφΑθ 3597/1975, ΝοΒ 1975.1193.

71 ΜΠρΑθ 810/1980, Δ 1980.474· βλ. επίσης ΜΕφΠειρ 407/2016, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ· πρβλ. και ΕφΔυτΜακ 186/2002, ΝοΒ 2004.254, σύμφωνα με την οποία μεταξύ της αξίωσης διατροφής συζύγου σε διάσταση ή τέκνων και της ανάθεσης της γονικής μέριμνας υπάρχει συνάφεια, διότι τα αντικείμενά τους βρίσκονται σε εσωτερικό ουσιαστικό σύνδεσμο (σχέση γάμου και πατέρα με τα τέκνα).

72 ΠΠρΑθ 3102/1991, ΑρχΝ 1993.251.

73 Βλ. εντελώς ενδεικτικά από την πρόσφατη νομολογία ΠΠρΣυρ 37/2020, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ· ΠΠρΘεσ 10214/2019, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ· ΜΠρΑθ 649/2017, Αρμ 2018.817· ΜΠρΠατρ 742/2017, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ· ΜΠρΡοδ 53/2016, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ· ΕιρΑθ 739/2015, ΤΝΠ ΝΟ-
ΜΟΣ· ΕιρΚερκ 646/2015, ΕφΑΔΠολΔ 2016.297, οι οποίες εφάρμοσαν το άρθρο 31 παρ. 3
ΚΠολΔ είτε ευθέως, λόγω της άσκησης των εν λόγω ανακοπών με ξεχωριστό δικόγραφο
είτε αναλόγως, λόγω σώρευσης στο ίδιο δικόγραφο· πρβλ. όμως και ΜΕφΘεσ 1931/2019,
Αρμ 2019.1029 με σημ. *Πεβολίδη*· ΠΠρΣυρ 3/2018, Αρμ 2018.1532.

74 Μπέης, ό.π., άρθρο 31 αριθ. IV 2 δ.

Αξίζει, πάντως, να σημειωθεί, ότι η δωσιδικία της συνάφειας μπορεί να λειτουργήσει και στις εκδικαζόμενες σύμφωνα με τη διαδικασία της εκούσιας δικαιοδοσίας υποθέσεις, κατόπιν προσαρμογής της έννοιας αυτής στην ιδιόμορφη φύση της εν λόγω διαδικασίας⁷⁵. Συνάφεια γίνεται, επίσης, δεκτό ότι υφίσταται μεταξύ της αίτησης ασφαλιστικών μέτρων και της τελεολογικώς παρεπόμενης αυτής προσωρινής διαταγής του άρθρου 691Α ΚΠολΔ. Μάλιστα, υπό το ανωτέρω πρίσμα υποστηρίχθηκε ότι η τυχόν διατήρηση της ισχύος προσωρινής διαταγής εκδοθείσας από κατά τόπον αναρμόδιο δικαστήριο και η επιβίωση αυτής και μετά την παραπομπή στο αρμόδιο για την εκδίκαση των ασφαλιστικών μέτρων δικαστήριο θα αντιστρατευόταν, μεταξύ άλλων, και την αποκλειστική δωσιδικία του άρθρου 31 ΚΠολΔ, η οποία εφέλκει υποχρεωτικά και την αίτηση για την έκδοση προσωρινής διαταγής στο δικαστήριο όπου έχει πλέον εισαχθεί (με κλήση μετά την παραπομπή της) η κύρια αίτηση των ασφαλιστικών μέτρων, σε σχέση με την οποία η προσωρινή διαταγή έχει χαρακτήρα συναφή και παρεπόμενο⁷⁶.

V. Η επίδραση της δωσιδικίας συνάφειας στην καθ' ύλην αρμοδιότητα των συνεκδικαζομένων συναφών αγωγών

Οι κύριες συναφείς μεταξύ τους δίκες εκδικάζονται καταρχήν από το δικαστήριο που επιλήφθηκε πρώτο, δηλαδή από το δικαστήριο στο οποίο ασκήθηκε το πρώτον η μία από τις συναφείς αγωγές⁷⁷. Κριτήριο καθορισμού της χρονικής προτεραιότητας αποτελεί εν προκειμένω όχι η έναρξη της συζήτησης, κατά τη διάταξη του άρθρου 281 ΚΠολΔ, αλλά ο ορισμός προηγούμενης δικασίμου και η εκφώνηση της υπόθεσης από τη σειρά του οικείου πινακίου ή ο ορισμός της οικείας σειράς, αν δεν απαιτείται η εγγραφή σε πινάκιο⁷⁸. Ο

75 Βλ. σχετικώς *Τριανταφύλλου-Αλμπανίδου*, ό.π., σ. 76-77· βλ. επίσης από τη νομολογία ΜΠρΚαρδ 22/2014, Αρμ 2014.2081, σύμφωνα με την οποία συνεκδικάσθηκαν αίτηση λύσης ομόρρυθμης εταιρείας λόγω σπουδαίου λόγου και αίτηση των λοιπών εταίρων της εταιρείας, με την οποία ζητείται ο αποκλεισμός των εταίρων που αιτήθηκαν τη λύση της εταιρείας.

76 *Απαλαγάκη*, ΕφΑΔΠολΔ 2018.110.

77 *Μητσόπουλος*, ό.π., σ. 231· *Γέσιου-Φαλτσή*, ΕλλΔνη 1997.1747· *Νίκας*, ό.π., σ. 227· ειδικότερα, ως χρόνος άσκησης της αγωγής νοείται εν προκειμένω ο χρόνος κατάθεσής της στη γραμματεία του αρμοδίου δικαστηρίου, υπό την προϋπόθεση ότι θα ακολουθήσει η επίδοση, ώστε να ολοκληρωθεί η άσκηση της αγωγής, ως σύνθετης διαδικαστικής πράξης· έτσι *Τριανταφύλλου-Αλμπανίδου*, ό.π., σ. 83· πρβλ. όμως ΕφΔωδ 188/2004, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ, σύμφωνα με την οποία κρίσιμος είναι ο χρόνος επίδοσης της αγωγής· βλ. πάντως και ΜΠρΑθ 1676/2002, Αρμ 2002.910 με σημ. *Αρβανιτάκη*, σύμφωνα με την οποία η αποκλειστική δωσιδικία του πρώτου επιληφθέντος δικαστηρίου καθιερύεται, ακόμη και όταν η συζήτηση ματαιώθηκε ως προς τη χρονικά πρώτη αγωγή.

78 Έτσι ΠΠρΡοδ 71/2019, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ· ΠΠρΑθ 1637/2016, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ· ΜΠρΘεσ

ανωτέρω κανόνας ισχύει μόνον, εφόσον η δεύτερη αγωγή υπάγεται στην καθ' ύλην αρμοδιότητα ισόβαθμου ή κατώτερου δικαστηρίου⁷⁹.

Αντιθέτως, αν το δεύτερο χρονικά δικαστήριο είναι ιεραρχικώς ανώτερο από το πρώτο επιληφθέν, η αποκλειστική αρμοδιότητα μεταβαίνει κατά κρατούσα γνώμη στο ανώτερο δικαστήριο, στο οποίο και παραπέμπεται κατ' άρθρο 46 ΚΠολΔ για συνεκδίκηση η υπόθεση που εκκρεμεί στο κατώτερο δικαστήριο⁸⁰. Έτσι, η δωσιδικία της συνάφειας ως καθοριστική της κατά τόπον αρμοδιότητας καλύπτει κατ' εξαίρεση και την έλλειψη της καθ' ύλην αναρμοδιότητας, σύμφωνα με τη διάταξη του άρθρου 31 παρ. 2 ΚΠολΔ⁸¹, η οποία εφαρμόζεται και σε περίπτωση συναφών κύριων δικών (άρθρο 31 παρ. 3 ΚΠολΔ), καθιερώνοντας καθ' ύλην αρμοδιότητα λόγω συνάφειας⁸². Τα ίδια ισχύουν αναλόγως και στην περίπτωση της σώρευσης στο ίδιο δικόγραφο περισσότερων συναφών αιτήσεων, αφού η διάταξη του άρθρου 31 παρ. 3 ΚΠολΔ υπερισχύει ως ειδικότερη εκείνης του άρθρου 218 παρ. 1 ΚΠολΔ⁸³.

Τη νομική φιλολογία και τη νομολογία απασχόλησε το ζήτημα του καθορισμού του καθ' ύλην και κατά τόπον αρμοδίου δικαστηρίου στη σπάνια περίπτωση που οι συναφείς δίκες ξεκίνησαν ταυτόχρονα, δηλαδή τα δικόγραφά τους κατατέθηκαν την ίδια ημέρα στη γραμματεία των διαφόρων δικαστηρίων.

4072/2019, Αρμ 2020.247· βλ. επίσης *Βαθρακοκόλη*, ΕρμΚΠολΔ, άρθρο 31 αριθ. 12.

79 ΑΠ 1289/2014, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ· ΕφΛαρ 317/2015, Δικογραφία 2016.92· ΕφΑθ 7997/1999, ΕλλΔνη 2001.450· ΠΠρΡοδ 71/2019, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ· ΠΠρΑθ 1637/2016, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ· ΜΠρΘεσ 4072/2019, Αρμ 2020.247.

80 ΕφΘεσ 68/2015, Αρμ 2015.1712· ΕφΔωδ 78/2013, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ· ΠΠρΑθ 2730/2010, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ· ΠΠρΘεσ 25108/2009, Αρμ 2013.93 με σημ. *Άνθιμον*· ΠΠρΘεσ 10614/2009, ΤΝΠ ΔΣΑ· ΜΠρΘεσ 1589/2017, ΤΝΠ QUALEX· αντίθ. όμως ΕφΑθ 5928/1978, ΕλλΔνη 1979.132· ΕφΑθ 1923/1975, ΕλλΔνη 1976.105· ΜΠρΑθ 1122/1972, Αρμ 1972.693, όπου υποστηρίζεται ότι δεν λειτουργεί η δωσιδικία της συνάφειας. Σύμφωνα με την τελευταία αυτή άποψη, το κατώτερο δικαστήριο παραμένει καθ' ύλην και κατά τόπον αρμόδιο για την εκδίκαση της διαφοράς που εκκρεμεί ενώπιόν του, ενώ η συναφής αγωγή που εισήχθη στο ιεραρχικώς ανώτερο δικαστήριο θα εκδικασθεί ξεχωριστά από αυτό. Το κατώτερο δε δικαστήριο μπορεί, κατόπιν αίτησης των διαδίκων ή και αυτεπαγγέλτως να διατάξει κατ' άρθρο 249 ΚΠολΔ την αναστολή της εκδίκασης της υπόθεσης ενώπιόν του, έως ότου αποφανθεί το ανώτερο δικαστήριο για τη συναφή διαφορά· βλ. σχετικώς *Μπέη*, ενημ. σημ. σε ΕιρΣερ 229/1969, Δ 1970.210· *Σταυρόπουλο*, ό.π., άρθρο 31 αριθ. 7, σ. 93· *Οικονομόπουλο*, Εγχειρίδιον πολιτικής δικονομίας, τ. Ι Α', σ. 127· *Μέξη*, Ο εισηγοδικίας Ι, §11, σ. 85. Η άποψη αυτή, πάντως, φαίνεται να παραβλέπει ότι με τη δεύτερη περίοδο της παρ. 3 του άρθρου 31 ΚΠολΔ επιτάσσεται η εφαρμογή της παρ. 2 αυτού, με προφανή σκοπό να επιτευχθεί ενιαία δικαστική κρίση και να αποτραπεί ο κίνδυνος έκδοσης αντιφατικών αποφάσεων· έτσι *Μητσόπουλος*, ό.π., σ. 232.

81 Η παρ. 2 του άρθρου 31 ΚΠολΔ εναρμονίζεται με τη ρύθμιση του άρθρου 47 ΚΠολΔ· έτσι *Μπέης*, ό.π., άρθρο 31 αριθ. ΙΙΙ 3· ΜΠρΚαβ 6/1968, ΝοΒ 1969.587.

82 *Δεληγκωστόπουλος/Σινανιώτης*, ό.π., άρθρο 31 αριθ. ΙΙ, σ. 96· *Μητσόπουλος*, ό.π., σ. 231· *Μπέης*, ενημ. σημ. σε ΕιρΣερ 229/1969, Δ 1970.210· *Ράμμος*, Εισηγήσεις, τ. Α', §27, σ. 38-39.

83 Βλ. ΜΠρΘεσ 4072/2019, Αρμ 2020.247· ΜΠρΠειρ 325/2019, ΤΝΠ ΔΣΑ.

Σύμφωνα με μια άποψη, στην περίπτωση αυτή δεν θεμελιώνεται η δωσιδικία της συνάφειας⁸⁴ και απλώς υπάρχει η κατ' άρθρο 249 ΚΠολΔ ευχέρεια αναβολής της συζήτησης ενώπιον του ενός δικαστηρίου, έως ότου αποφανθεί το άλλο⁸⁵. Σύμφωνα όμως με άλλη γνώμη⁸⁶, θα πρέπει να γίνει η εξής διάκριση:

- α) Αν δεν είναι δυνατόν να συνεκδικασθούν οι συναφείς διαφορές από το ίδιο δικαστήριο, τότε η δωσιδικία δεν είναι αποκλειστική και, κατ' επέκταση, εξακολουθούν να είναι αρμόδια τα δικαστήρια στα οποία εισήχθησαν οι χωριστές αγωγές, οπότε ως μοναδική λύση απομένει η αναβολή της συζήτησης κατ' άρθρο 249 ΚΠολΔ.
- β) Αν όμως ζητείται η παραπομπή της διαφοράς στο άλλο δικαστήριο, προκειμένου να συνεκδικασθούν οι συναφείς αγωγές, τότε θα πρέπει να γίνει η εξής περαιτέρω διάκριση:
 - βα) αν οι αγωγές κατατέθηκαν την ίδια ημέρα ενώπιον διαφορετικών καθ' ύλην αρμοδίων δικαστηρίων, τότε αποκλειστικώς καθ' ύλην και κατά τόπον αρμόδιο είναι το ιεραρχικώς ανώτερο δικαστήριο, σύμφωνα με την παρ. 2 του άρθρου 31 ΚΠολΔ, στην οποία και παραπέμπει αδιακρίτως η παρ. 3 του ίδιου άρθρου.
 - ββ) αν όμως οι χωριστές αγωγές κατατέθηκαν την ίδια ημέρα ενώπιον διαφορετικών τοπικώς, πλην όμως ομοιόβαθμων δικαστηρίων, τότε θα πρέπει να προτιμηθεί το δικαστήριο εκείνο, στο οποίο εισήχθη η μια εκ των συναφών αγωγών με βάση αποκλειστική αρμοδιότητα. Διαφορετικά, δηλαδή εφόσον ισχύουν μόνον συντρέχουσες δωσιδικίες και, εφόσον υπάρχουν ακόμη χρονικά περιθώρια για τη συνεκδίκηση των συναφών αγωγών, θα πρέπει να αποφανθεί το δικαστήριο εκείνο, ενώπιον του οποίου υπεβλήθη το αίτημα παραπομπής της διαφοράς, η δε κρίση του αυτή θα εξοπλίζεται με δεδικασμένο κατ' άρθρο 322 παρ. 1 εδ. β' ΚΠολΔ⁸⁷.

Τα ανωτέρω ζητήματα φαίνεται, πάντως, να επιλύει αποτελεσματικότερα η εκδοχή εκείνη, η οποία προκρίνει και στην περίπτωση των συναφών δικών που ξεκίνησαν ταυτόχρονα την ανάλογη εφαρμογή όσων γίνονται δεκτά αναφορικά με τις αγωγές που ασκήθηκαν σε διαφορετικό χρόνο, δηλαδή την προτίμηση του ιεραρχικώς ανώτερου δικαστηρίου. Όταν, όμως, τα δικαστήρια

84 Αυτό ισχύει ιδίως, όταν πρόκειται για ισόβαθμα δικαστήρια, οπότε δεν συντρέχει κανένα από τα δύο κριτήρια επιλογής του δικαστηρίου, σύμφωνα με τη δωσιδικία της συνάφειας, δηλαδή η χρονική προτεραιότητα και η ιεραρχία· πρβλ. Νίκα, Η ένσταση εκκρεμοδικίας, σ. 136, ο οποίος υιοθετεί τη λύση αυτή στην ανάλογη περίπτωση της ένστασης εκκρεμοδικίας.

85 ΜΠρΑθ 1122/1972, Αρμ 1972.693· βλ. και ΕφΑθ 5928/1978, ΕλλΔνη 1979.132.

86 Μπέης, ό.π., άρθρο 31 αριθ. IV 4.

87 Πρβλ. και άρθρο 513 παρ. 1 εδ. α' ΚΠολΔ.

είναι ομοιόβαθμα, η προτίμηση θα πρέπει να κρίνεται με βάση τον χρόνο επίδοσης ή τον χρόνο συζήτησης της αγωγής⁸⁸.

VI. Η συνεκδίκηση λόγω συναφειας στο πλαίσιο της νέας (μετά τον ν. 4335/2015) τακτικής διαδικασίας

Η εκ βάθρων αναδιάρθρωση της τακτικής διαδικασίας μετά τον ν. 4335/2015 προκάλεσε αμφισβήτηση αναφορικά με το ζήτημα, εάν περισσότερες συναφείς αγωγές υπαγόμενες στη νέα τακτική διαδικασία μπορούν να συνεκδικασθούν ως συναφείς, κατ' εφαρμογή των άρθρων 31 παρ. 3 και 246 ΚΠολΔ. Στο πλαίσιο αυτό γίνεται δεκτό, τόσο από τη θεωρία⁸⁹ όσο και από τη νομολογία⁹⁰, ότι η συνεκδίκηση τέτοιων αγωγών είναι δυνατή, μέσω της έκδοσης μη οριστικής απόφασης, δυνάμει της οποίας διατάσσεται η παραπομπή της δεύτερης χρονικώς αγωγής ή της αγωγής που ασκήθηκε στο κατώτερο ιεραρχικώς δικαστήριο, κατά τα γενικώς ισχύοντα⁹¹, στο αρμόδιο λόγω εφαρμογής της δωσιδικίας συναφειας δικαστήριο, προκειμένου να συνεκφωνηθεί και να συνεκδικασθεί από αυτό. Στην περίπτωση αυτή, μάλιστα, οι διάδικοι θα πρέπει να καταθέσουν νέες προτάσεις για την παραπεμφθείσα προς συνεκδίκηση διαφορά, η οποία και θα επαναφερθεί με κλήση από τον επιμελέστερο διάδικο, αφού η ανάγκη τήρησης των διατυπώσεων των άρθρων 237 και 238 ΚΠολΔ δεν επιτρέπει να δεχθούμε την ύπαρξη μιας ενιαίας συζήτησης, σε αντίθεση με όσα γίνονται δεκτά στο πλαίσιο του άρθρου 246 ΚΠολΔ, όταν εκδικάζονται συναφείς υποθέσεις της ίδιας ειδικής διαδικασίας ή αγωγές κατατεθείσες υπό το προϋσχύσαν του ν. 4335/2015 καθεστώ της τακτικής διαδικασίας, όπου μάλιστα επαρκεί η κατάθεση κοινών προτάσεων και εκδίδεται μια οριστική απόφαση⁹².

Συναφές προς τα ανωτέρω παρίσταται και το ζήτημα της δυνατότητας συνεκδίκησης αγωγής ασκηθείσας σύμφωνα με την παλαιά τακτική διαδικασία με κύρια παρέμβαση ασκηθείσα μετά την 01^η.01.2016, δηλαδή μετά την έναρξη ισχύος του ν. 4335/2015. Σύμφωνα με την ορθότερη τόσο από δογματικής όσο και τελεολογικής απόψεως εκδοχή, δεδομένου ότι δεν είναι νομικώς δυ-

88 Βλ. Νίκα, ΠολΔικ Ι², σ. 227-228.

89 Μακρίδου, ΕΠολΔ 2017.3· Γεωργουλέας, ΕλλΔνη 2016.48, ο οποίος πάντως δεν αποκλείει την υποβολή από τους διαδίκους αιτήματος αναβολής, είτε δια των προτάσεων είτε και προφορικώς κατά την (τυπική) συζήτηση στο ακροατήριο, με σκοπό τη συνεκδίκηση των κύριων συναφών δικών, οπότε το δικαστήριο θα αποφανθεί επί του αιτήματος αναβολής αμέσως, κατ' εφαρμογή της αρχής οικονομίας της δίκης.

90 Βλ. ΜΠρΘεσ 11464/2020, αδημ.

91 Βλ. ανωτέρω § V.

92 Βλ. Μπέη, ό.π., άρθρο 246 αριθ. ΙΙΙ 14.

νατόν να εφαρμοστούν στο πλαίσιο της συνεκφώνησης και της συνεκδίκησης των συναφών υποθέσεων αμφότερα τα δικονομικά συστήματα, και ειδικότερα οι δικονομικές διατάξεις των άρθρων 237 επ. ΚΠολΔ, όπως ισχύουν μετά την τροποποίησή τους από τον ν. 4335/2015, θα πρέπει να εφαρμοστεί για τις συνεκφωνούμενες υποθέσεις (αγωγή και κύρια παρέμβαση) το προϊσχύσαν δικονομικό σύστημα. Τούτο δε υπό την έννοια ότι ο προσδιορισμός (δηλαδή η κατάθεση) στη γραμματεία του δικαστηρίου μετά την 01^η.01.2016 της μεταγενέστερης συναφούς κύριας παρέμβασης στη δικάσιμο της προγενέστερα προσδιορισθείσας κύριας αγωγής και προς συνεκφώνηση με την τελευταία κατ' εφαρμογή των άρθρων 31 και 246 ΚΠολΔ, ενέχει, κατά λογική και δογματική αναγκαιότητα και χάριν της αρχής της οικονομίας της δίκης, την υπαγωγή των δικογράφων αυτών σε ενιαία δικονομική ρύθμιση, και δη στο δικονομικό πλαίσιο που διέπει την προγενέστερη κύρια αγωγή⁹³. Τα ίδια θα πρέπει να γίνουν, κατά μείζονα λόγο, δεκτά και αναφορικά με την πρόσθετη παρέμβαση που ασκείται στο πλαίσιο κύριας αγωγής κατατεθείσας υπό το προγενέστερο του ν. 4335/2015 καθεστώς της τακτικής διαδικασίας⁹⁴.

Έτσι, παρατηρείται ότι η δωσιδικία της συνάφειας δεν αποκλείεται να επηρεάζει, εκτός από την καθ' ύλην αρμοδιότητα⁹⁵ και τη διαδικασία εκδίκησης των συναφών δικών. Βέβαια, οι περιπτώσεις αυτές θα πρέπει να ερμηνεύονται στενά, περιοριζόμενες ιδίως εκεί όπου προβλέπεται εκ του νόμου η υποχρεωτική συνεκδίκηση (λ.χ. στα άρθρα 79, 80, 86 επ. και 283 ΚΠολΔ), αφού διαφορετικά θα αναγνωριζόταν, έστω και περιορισμένα, στους διαδίκους η ευχέρεια να μεταβάλλουν κατά το δοκούν το διαδικαστικό πλαίσιο που αρμόζει στη, χρονικώς δεύτερη, συναφή αγωγή τους, οδηγώντας κατ' αποτέλεσμα σε κατάχρηση των ρυθμίσεων των άρθρων 31 παρ. 3 και 246 ΚΠολΔ και συνακόλουθα σε καταστρατήγηση των διατυπώσεων της νέας τακτικής διαδικασίας⁹⁶. Υπό

93 Βλ. ΕιρΟδ 166/2019, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ· *Αρβανιτάκη*, παρατ. σε ΑΠ 140/2016, ΕΠολΔ 2016.421-422· *Μακρίδου/Απαλαγάκη/Διαμαντόπουλο*, Πολιτική δικονομία², σ. 14· *Μακρίδου*, Τακτική διαδικασία στα πρωτοβάθμια δικαστήρια, σ. 130· *Απαλαγάκη*, Συστηματική παρουσίαση των βασικών τροποποιήσεων του ΚΠολΔ από τον ν. 4335/2015, σ. 32· *Φούρλαρη*, Ζητήματα διαχρονικού δικαίου, στον τόμο «Η νέα τακτική διαδικασία υπό το πρίσμα των θεμελιωδών αρχών της πολιτικής δίκης», Πρακτικά 42^ο Συνεδρίου της Ένωσης Ελλήνων Δικονομολόγων, σ. 352 επ· *Κώνστα*, ΝοΒ 2017.506· *Γεωργουλέα*, ΕΠολΔ 2016.500-501· *Λαγανά*, Οι σταθμίσεις του δικονομικού νομοθέτη στο διαχρονικό δίκαιο της ρυθμίσεως της διαδικασίας και των διαδικαστικών πράξεων, σ. 241-244· αντίθ. όμως ΕφΘεσ 585/2017, Αρμ 2017.868 με παρατ. *Αρβανιτάκη· Νίκας*, ΕγχΠολΔικ³, σ. 167, όπου υιοθετείται ως χρονικό κριτήριο για την εφαρμογή των διατυπώσεων του ν. 4335/2015 η άσκηση της παρέμβασης, και όχι της αγωγής, με την οποία συναρτάται η παρέμβαση.

94 Βλ. ενδεικτικά ΕιρΕκπ 17/2017, ΝοΒ 2017.1360 με παρατ. *Μαρκουλάκη*.

95 Βλ. αναλυτικά ανωτέρω § V.

96 Πρβλ. σχετικώς ΕφΑθ 36/2005, ΕλλΔνη 2005.901, σύμφωνα με την οποία η δωσιδικία της

το αυτό πρίσμα, στον παρεμφερή προβληματισμό αναφορικά με τη δυνατότητα συνεκδίκασης συναφών αγωγών κατά την τακτική διαδικασία, όταν η μία εξ αυτών ασκήθηκε πριν από την ισχύ του ν. 4335/2015 και η άλλη υπό την ισχύ του ν. 4335/2015, αρμόζει, μάλλον, αρνητική απάντηση⁹⁷.

VII. Κριτική αποτίμηση της ρύθμισης του άρθρου 31 παρ. 3 ΚΠολΔ

Όπως προκύπτει από τα έως τώρα νομολογιακά δεδομένα, η ρύθμιση του άρθρου 31 παρ. 3 ΚΠολΔ τυγχάνει ευρείας εφαρμογής στη δικαστηριακή πρακτική. Προκειμένου, όμως, να επιτυγχάνεται ο σκοπός καθιέρωσης της προκειμένης ρύθμισης, η αόριστη νομική έννοια της συνάφειας θα πρέπει να αναζητείται και να θεμελιώνεται σε κάποιον, στενά ερμηνευόμενο, δικονομικού ή ουσιαστικού δικαίου σύνδεσμο μεταξύ των περισσοτέρων εκκρεμών δικών. Διαφορετικά, ελλοχεύει ο κίνδυνος να διευρυνθεί ανεπίτρεπτα η έννοια της συνάφειας, και κατ' επέκταση το πεδίο εφαρμογής της ρύθμισης του άρθρου 31 παρ. 3 ΚΠολΔ, οδηγώντας σε μη ανεκτά δικαιιοπολιτικά αποτελέσματα και, συνακόλουθα, σε παραμερισμό της βούλησης του συντακτικού του ΚΠολΔ νομοθέτη. Απεναντίας, η ορθολογική ερμηνεία και εφαρμογή της διάταξης του άρθρου 31 παρ. 3 ΚΠολΔ είναι σε θέση να εκπληρώσει τον σκοπό που επιτελεί η δωσιδικία της συνάφειας, δηλαδή την προώθηση της οικονομίας της δίκης και την αποτροπή έκδοσης αντιφατικών αποφάσεων ή, και ευρύτερα, συναγωγής αντιφατικών δικανικών κρίσεων, σε εναρμόνιση και με το δικαιολογητικό υπόβαθρο της καθιέρωσης των θεμελιωδών για τη δικονομική έννομη τάξη θεσμών της εκκρεμοδικίας και του δεδικασμένου.

συνάφειας δεν λειτουργεί, όταν το αντικείμενο της συναφούς αγωγής υπάγεται σε διαφορετική διαδικασία.

97 Έτσι ΠΠρΒολ 80/2017, ΕλλΔνη 2017.1762 με παρατ. *Βαλμαντώνη- Μακρίδου*, ΕΠολΔ 2017.5-6· *Φούρλαρη*, ό.π., σ. 362-365· όμοια λύση γίνεται, καταρχήν, δεκτή και σε σχέση με τον αντίστοιχο προβληματισμό περί της δυνατότητας συνεκδίκασης συναφών αγωγών κατά την ίδια ειδική διαδικασία, όταν η μία εξ αυτών ασκήθηκε πριν από την ισχύ του ν. 4335/2015 και η άλλη υπό την ισχύ του ν. 4335/2015· βλ. όμως ως προς το τελευταίο αυτό ζήτημα ΜΠρΑθ 1265/2017, Αρμ 2017.628 με σύμφ. παρατ. *Αρβανιτάκη*, η οποία συνεκδίκασε αντίθετες αγωγές διαζυγίου, ασκηθείσες η μιν πρώτη πριν η δε δεύτερη μετά την έναρξη ισχύος του ν. 4335/2015, με το επιχείρημα ότι ως προς τις γαμικές διαφορές, δηλαδή μεταξύ της διαδικασίας γαμικών διαφορών, όπως ίσχυε πριν τον ν. 4335/2015, και της διαδικασίας οικογενειακών διαφορών, όπως ισχύει μετά την έναρξη ισχύος του ως άνω νόμου, δεν υπάρχουν διαδικαστικές αποκλίσεις κατά τη διαδικασία εκδίκασής τους· δυνατότητα συνεκδίκασης υποστηρίζεται ότι υφίσταται και μεταξύ αγωγής αυτοκινητικών διαφορών ασκηθείσας πριν την 01.01.2016 και αγωγής ασκηθείσας μετά την έναρξη ισχύος του ν. 4335/2015, με το επιχείρημα ότι η προγενέστερη διαδικασία των αυτοκινητικών διαφορών δεν διαφέρει ουσιαστικά από τη νεότερη των περιουσιακών διαφορών· βλ. σχετικώς *Βαλμαντώνη*, σημ. σε ΠΠρΒολ 80/2017, ΕλλΔνη 2017.1762 επ.· ΜΠρΑθ 359/2017, αδημ.

**Η ανατροπή της αναγκαστικής κατάσχεσης:
Μια κριτική επαναξιολόγηση (μετά το ν. 4335/2015
και τους μεταγενέστερους του νόμους)***

*Βασίλειος Α. Χατζηϊωάννου
Επ. Καθηγητής Νομικής Σχολής Δ.Π.Θ.*

Περιεχόμενα

A. Εισαγωγή

I. Δικαιοπολιτικό υπόβαθρο και ιστορία του θεσμού μέχρι το ν. 4335/2015

II. Το πλαίσιο επαναξιολόγησης

B. Επίδραση της ακυρότητας στην ανατροπή ελαττωματικής κατάσχεσης

I. Το ζήτημα

II. Χρονική σύμπτωση / παράλληλη διεξαγωγή δικών ανακοπής και ανατροπής

Γ. Υπολογισμός της προθεσμίας μέχρι τον πλειστηριασμό: Η αδράνεια του επισπεύδοντος ως υποκείμενη αιτία της ανατροπής

I. Νομοθετική ρύθμιση και επέκταση εφαρμογής της με αναλογία

II. Η κρίσιμη μεταβολή: Διεξαγωγή πλειστηριασμού σε συγκεκριμένο χρόνο και αυτοδίκαιη αδρανοποίηση της διαδικασίας.

III. Συνυπολογισμός ή εξαίρεση των «νεκρών» διαστημάτων από την προθεσμία ανατροπής;

1. Η άποψη περί εξαίρεσης (μη συνυπολογισμού) και ο σχολιασμός της

2. Η αντίθετη άποψη περί συνυπολογισμού και ο σχολιασμός της

3. Ιδία θέση

Δ. Επίδραση του συστήματος των πολλαπλών κατασχέσεων στην ανατροπή της κατάσχεσης

I. Συμβατότητα και σκοπιμότητα της ανατροπής σε περιβάλλον πολλαπλών κατασχέσεων

II. Μεταβολή του σκοπού της ανατροπής;

Ε. Όρια της δικαστικής προστασίας

I. Εισαγωγή

II. Ένδικα μέσα κατά της απόφασης ανατροπής;

III. Περιθώρια προσωρινής δικαστικής προστασίας

ΣΤ. Συμπεράσματα της μελέτης σε θέσεις

Α. Εισαγωγή

Ι. Δικαιοπολιτικό υπόβαθρο και ιστορία του θεσμού μέχρι το ν. 4335/2015

Η αναγκαστική κατάσχεση¹ περιουσιακού στοιχείου του οφειλέτη από επισπεύδοντα δανειστή αποτελεί βασικό θεσμικό πυλώνα της διαδικασίας αναγκαστικής εκτέλεσης για την ικανοποίηση χρηματικών απαιτήσεων. Η κατάσχεση συνεπάγεται νομική και υλική δέσμευση του κατασχεμένου (958², 997, 1025 §2) και δεν αποτελεί αυτοσκοπό αλλά αποσκοπεί στην κατά το δυνατό ταχύτερη και επωφελέστερη³ ρευστοποίησή του μέσω πλειστηριασμού και στην ικανοποίηση του επισπεύδοντος και των τυχόν αναγγελθέντων δανειστών στο συγκεκριμένο πλειστηριασμό από το πλειστηρίασμα που θα επιτευχθεί. Η νομική δέσμευση του κατασχεθέντος συνεπάγεται την απαγόρευση διάθεσής του (956, 996), θέτοντάς το εκτός συναλλαγής.

Στην αρχική μορφή της η κατάσχεση και η προώθηση της διαδικασίας πλειστηριασμού είχε αφαιρεθεί στην αποκλειστική πρωτοβουλία του επισπεύδοντος

* Θεωρία και νομολογία, ελήφθησαν υπόψη μέχρι την δημοσίευση του ν. 4842/2021 (ΦΕΚ Α 190/13.10.2021)

- 1 Στην συνέχεια με τον όρο «κατάσχεση» εννοείται χάριν συντομίας η «αναγκαστική κατάσχεση» (953 επ., 992 επ.) που κατά την απολύτως κρατούσα γνώμη αποτελεί το αντικείμενο ανατροπής του άρθ. 1019 ΚΠολΔ: *Νίκας*, ΔικΑνΕκτ ΙΙ², § 44, αρ. 3, σ. 287· *Ευστρατιάδης*, Η ανατροπή της κατασχέσεως (άρθρο 1019 ΚΠολΔ), Αρμ 2005, σ. 1881 επ., 1886 επ. (: εφεξής *Ευστρατιάδης*, Αρμ 2005, σ.)· *Γιαννόπουλος*, σημείωμα στην ΜΠρΑθ 1120/2008 ΕΠολΔ 2009. 536 επ., 537. Από την συστηματική ερμηνεία του άρθ. 1019 ΚΠολΔ που είναι ενταγμένο στο έκτο κεφάλαιο του όγδοου βιβλίου της αναγκαστικής εκτέλεσης («διατάξεις κοινές για τον πλειστηριασμό κινητών και ακινήτων») συνάγεται ότι ανατροπή της κατάσχεσης δεν νοείται για κατάσχεση στα χέρια τρίτου ή για κατάσχεση ειδικών περιουσιακών στοιχείων. Εφόσον παραβλεπόταν το ως άνω συστηματικό επιχείρημα, θα μπορούσε να υποστηριχθεί ότι ανατροπή μπορεί θεωρητικώς να λάβει χώρα και στην κατάσχεση κινητού πράγματος στα χέρια τρίτου για το οποίο χωρεί πλειστηριασμός (988 §2), αφού η διατύπωση του άρθ. 1019 §1 δεν διακρίνει. Γίνεται όμως ήδη δεκτό ότι το άρθ. 1019 δεν εφαρμόζεται στην κατάσχεση στα χέρια τρίτου λόγω της δομής του: *Γέσιου - Φαλτσή*, ΔικΑνΕκτ ΙΙα³, §56, αρ. 9, σ. 348· *Κεραμής/Κονδύλης/Νίκας* (- *Κιουπτσίδου - Στρατουδάκη*) ΚΠολΔ², 1019, αρ. 1· *Ευστρατιάδης*, Αρμ 2005, σ. 1886· *Νίκας*, ό.π.· *Μαργαρίτης* ΕρμΚΠολΔ ΙΙ³, άρθ. 1019, αρ. 1· *Χατζηδημητρίου*, Ο θεσμός της ανατροπής κατάσχεσης (άρθρο 1019 ΚΠολΔ) μετά τους ν.4335/2015 και ν. 4512/2018 ΕπΑκ 2021, σ. 19 επ., 21 (: εφεξής *Χατζηδημητρίου*, ΕπΑκ 2021 σ.)· ΕιρΠύρρας 38/2009 ΝΟΜΟΣ. Παρά τη μη εφαρμογή της ανατροπής στην κατάσχεση στα χέρια τρίτου, το άρθ. 51 ν. 4745/2020 με το οποίο προστέθηκε παρ. 7α στο άρθρο μόνο ν. 1178/1981, προβλέπει αυτοδίκαιη άρση και της κατάσχεσης στα χέρια τρίτου που είχε επιβληθεί για τις εκεί προβλεπόμενες αιτίες, μετά την παρέλευση δεκαοκτώ μηνών, εφόσον η απαίτηση δεν είχε εισπραχθεί: *Πανταζόπουλος*, ΑνΕκτ, 2021, σ. 372
- 2 Αναφορά σε αριθμό διάταξης χωρίς παραπομπή σε νομοθέτημα εννοείται ως αναφορά σε διάταξη του ΚΠολΔ.
- 3 *Νικολόπουλος*, Η συνέπεια της ανατροπής της κατασχέσεως επί του πλειστηριασμού, ΝοΒ1986, σ. 520 επ., 520

δανειστή⁴. Υπό το καθεστώς της ΠολΔ 1835, όπως είχε αρχικώς νομοθετηθεί, δεν προβλεπόταν χρονική οριοθέτηση διεξαγωγής του πλειστηριασμού. Εφόσον επιβαλλόταν κατάσχεση στο πράγμα, αυτό μπορούσε να ελευθερωθεί μόνο με την ακύρωση της κατάσχεσης. Αν όμως η κατάσχεση είχε νομίμως επιβληθεί, το κατασχεμένο ήταν δυνατό να παραμείνει δεσμευμένο για απροσδιόριστο χρονικό διάστημα⁵. Όσο δεν προβλέπονταν θεσμικά αντίβαρα ελέγχου της συμπεριφοράς του επισπεύδοντος, η κατάσχεση μπορούσε να μετατραπεί σε μέσο κακόπιστης παρέλκυσης της διαδικασίας είτε μονομερώς από τον επισπεύδοντα είτε σε συμπαιγνία εκείνου και του οφειλέτη οδηγώντας σε απονέκρωση της οικονομικής λειτουργίας του κατασχεθέντος για όσο χρόνο η εκτελεστική διαδικασία παρέμενε αδρανοποιημένη, δηλαδή σε αποτελέσματα αντίθετα προς την ηθική των συναλλαγών και τον σκοπό της αναγκαστικής εκτέλεσης.

Η αναγκαστική εκτέλεση λειτούργησε υπό τις προαναφερθείσες συνθήκες για λίγο περισσότερο από έναν αιώνα, ώσπου το 1938 εισήχθη ο θεσμός της ανατροπής της κατάσχεσης, τα βασικά στοιχεία του οποίου επιβίωσαν μέχρι τις ημέρες μας⁶.

Θέτοντας προθεσμία «αξιοποίησης» της κατάσχεσης δια της διεξαγωγής του πλειστηριασμού και του αναπλειστηριασμού, τέθηκε ο πρώτος νομοθετικός φραγμός στην παρελκυστική συμπεριφορά του επισπεύδοντος και περιορίστηκε το ενδεχόμενο υπέρμετρης δέσμευσης του κατασχεθέντος. Η αναγκαιότητα του θεσμού επιβεβαιώθηκε με την συμπερίληψή του στον ΚΠολΔ1968 (α.ν. 44/1967) στο άρθ. 1082⁷, το οποίο στη συνέχεια τροποποι-

4 Άρθ. 870, 887, 957 ΚΠολΔ1835, 986, 1018, 1057 ΚΠολΔ1968· *Γέσιου - Φαλτσή*, Η επίδραση του ν. 2298/1995 στις θεμελιώδεις αρχές της αναγκαστικής εκτελέσεως, ΕλλΔνη 1996, σ. 241 επ., 245 (: εφεξής *Γέσιου - Φαλτσή*, ΕλλΔνη1996, σ.)

5 *Γέσιου - Φαλτσή*, ΔικΑνΕκτ Πα³, § 56, αρ. 1, σ. 344· *η ίδια*, ΕλλΔνη 1996.253.

6 Προστέθηκε ως εδ. 3 στο άρθ. 997 ΠολΔ1835 με το άρθ. 3 α.ν. 1139/1938 και η διάταξη είχε ως εξής: «*η κατάσχεσις κινητών ή ακινήτων, εφ' ης δεν επηκολούθησε πλειστηριασμός εντός ενός έτους από της επιβολής αυτής ή δεν επηκολούθησεν αναπλειστηριασμός εντός εξ μηνών από του πλειστηριασμού, εν περιπτώσει καθ' ην ο υπερθεματιστής δεν εξεπλήρωσε τας εκ του πλειστηριασμού υποχρεώσεις αυτού, ανατρέπεται δι' αποφάσεως του Προέδρου των Πρωτοδικών του τόπου τής εκτελέσεως, εκδιδομένης κατ' αναφοράν παντός έχοντος έννομον συμφέρον*». Βλ. κριτική στις απόψεις θεωρίας και νομολογίας κατά την εφαρμογή της ως άνω διάταξης από τον Μπέη, Η κατ' αρθρ. 997 ΠολΔικ (1835) άπρακτος πάροδος του χρόνου προόδου της εκτελέσεως και αι συνέπειαι αυτής, ΝοΒ 1966, σ. 1044 - 1048. Βλ. επίσης Μπρίνια, ΑνΕκτ², άρθ. 1019, § 659, σ. 2179· *Γέσιου - Φαλτσή*, ΔικΑνΕκτ Πα³, §56, αρ. 1, σ. 344.

7 Η διάταξη είχε ως εξής: «*Η κατάσχεσις εφ' όσον δεν επηκολούθησε πλειστηριασμός εντός δέκα οκτώ μηνών ή αναπλειστηριασμός εντός είκοσι τεσσάρων μηνών, επί μεν κινητού από της ημέρας τής επιβολής αυτής, επί δε ακινήτου από της ημέρας της εγγραφής αυτής εις το βιβλίον κατασχεσεων, ανατρέπεται τη αιτήσει παντός έχοντος έννομον συμφέρον δι' αποφάσεως του ειρηνοδικείου της περιφερείας όπου επεβλήθη αύτη, δικάζοντας κατά την διαδικασίαν*

ήθηκε με το άρθρ. 67 § 2 ν.δ. 958/1971 και κατά την κωδικοποίηση με το β.δ. 657/1971 έλαβε τον έκτοτε ισχύοντα αριθμό και την ρύθμιση της ανατροπής σε δύο παραγράφους⁸.

Στη συνέχεια, την πρωτοβουλία του επισπεύδοντος (927), ως ειδικότερη έκφανση της αρχής πρωτοβουλίας των διαδικών στο πεδίο της αναγκαστικής εκτέλεσης (108)⁹ και του συστήματος της μοναδικής κατάσχεσης¹⁰ ο δικονομικός νομοθέτης περιόρισε σημαντικά για να εξισορροπήσει τα μειονεκτήματα της πρωτοβουλίας του επισπεύδοντος¹¹, επειδή ακριβώς γνώριζε ότι, αν και το αντικείμενο της εκτέλεσης συγκεκριμενοποιείται και δεσμεύεται από τον επισπεύδοντα (958 §1, 997 §1), εντούτοις η αναγκαστική εκτέλεση καταλήγει σε συλλογικό αποτέλεσμα (971, 974)¹².

Ο περιορισμός αυτός έλαβε χώρα με την αυτοτέλεια της στηριζόμενης σε εκτελεστό τίτλο αναγγελίας έναντι της κατάσχεσης (972 §2 εδ. δεύτερο, 1006 §4 εδ. πρώτο) η οποία (i) παρείχε στους δανειστές το δικαίωμα υποκατάστασής τους στη θέση του επισπεύδοντος, όταν ο πλειστηριασμός ματαιωνόταν χωρίς αποχρώντα λόγο για δύο συνεχείς φορές (973 § 4), (ii) αναστολή ή ματαίωση του πλειστηριασμού δεν τους δέσμευε, αν προηγουμένως δεν είχαν συναινέσει σε αυτές (969 § 3 και 1002 § 3, 972 § 2 εδ. πρώτο) και (iii) η ανατροπή της κατάσχεσης δεν ανέπτυσσε αποτελέσματα απέναντί τους υπό συγκεκριμένες

των άρθρων 786 επ. αποκλεισμένων των ενδίκων μέσων. Το αποτέλεσμα τούτο επέρχεται και δια τους κατά τα άρθρα 1036 παρ. 2 και 1070 παρ. 3 αναγγελθέντας δανειστάς. Η κατάσχεσις ακινήτου λογίζεται ανατραπείσα αφ' ης σημειωθεί τούτο εις το βιβλίο των κατασχέσεων».

8 Η διάταξη του άρθρ. 67 § 2 ν.δ. 958/1971 είχε ως εξής: «1. Η κατάσχεσις, εφ' όσον δεν επηκολούθησε πλειστηριασμός εντός έτους από της επιβολής αυτής, ή αναπλειστηριασμός εντός εξ μηνών από του πλειστηριασμού, ανατρέπεται τη αιτήσει παντός έχοντος έννομον συμφέρον δι' αποφάσεως του ειρηνοδίκειον εις την περιφέρειαν του οποίου επεβλήθη αυτή, δικάζοντος κατά την διαδικασίαν των άρθρων 686 επ. Η απόφασις γνωστοποιείται αμελλητί υπό του δικαστηρίου εις τον επι του πλειστηριασμού υπάλληλον, υποχρεούμενον να απόσχη πάσης περαιτέρω ενεργείας και να αιτησθαι την εγγραφήν σχετικής σημειώσεως εις το βιβλίον κατασχέσεων. Η ανατροπή λογίζεται επελθούσα έναντι πάντων από τής δημοσιεύσεως της αποφάσεως. 2. Εις τας κατά την προηγουμένην παράγραφον προθεσμίας δεν υπολογίζεται ο χρόνος αναστολής εκτελέσεως χορηγηθείσης δια δικαστικής αποφάσεως ή επελθούσης κοινή συναινέσει επισπεύδοντος καί οφειλέτου, πιστοποιουμένης δια συμβολαιογραφικής πράξεως.»

9 Βλ. αντί άλλων Γέσιου - Φαλτσή, ΕλλΔνη 1996, σ. 244-245 · Πίψου, Η αναγγελία δανειστή στην αναγκαστική εκτέλεση κατά τον ΚΠολΔ, 2001, σ. 1 μ.π.π.

10 Άρθρ. 958 §2, 997 §5 όπως ίσχυαν πριν από το ν. 4335/2015.

11 Δόλιες συνεννοήσεις επισπεύδοντος και οφειλέτη, ώστε, παραμένοντας δεσμευμένο το κατασχεθέν, να μην κινδυνεύσει με έτερη κατάσχεση και πλειστηριασμό: Ράμμος, Εγχειρίδιον Αστικού Δικονομικού Δικαίου ΙΙΙ, 1982, § 395, σ. 1463, σημ. 6.

12 Για τη θεμελίωση περί του συλλογικού αποτελέσματος της ατομικής αναγκαστικής εκτέλεσης βλ. εγγύτερα Τσόγια, Υποκατάσταση σε θέση επισπεύδοντος και συνέχιση του πλειστηριασμού σύμφωνα με το άρθρ. 973 ΚΠολΔ, 2008, σ. 1 και 4.

προϋποθέσεις (1019 §3)¹³. Παράλληλα, με το ν. 2298/1995 ετέθησαν για πρώτη φορά απώτατοι χρονικοί περιορισμοί στον ορισμό από τον επισπεύδοντα του χρόνου διεξαγωγής του πλειστηριασμού με «ποινή» την υποκατάσταση του κατασχόντος που όριζε χρόνο πλειστηριασμού εκτός των περιορισμών αυτών από έτερο δανειστή με τα νόμιμα προσόντα¹⁴.

Μετά τη μεταρρύθμιση της αναγκαστικής εκτέλεσης με το ν. 2298/1995 είχε επισημανθεί ότι τα περιθώρια εφαρμογής του θεσμού της ανατροπής επρόκειτο να συρρικνωθούν¹⁵. Ήδη από τότε ήταν ορατή μια γενικότερη διαπίστωση, ότι δηλαδή νομοθετικές παρεμβάσεις περιορισμού της πρωτοβουλίας του επισπεύδοντος μετά την επιβολή της κατάσχεσης έχουν αντανakλαστική επίπτωση επί του θεσμού της ανατροπής, συρρικνώνοντας το πεδίο εφαρμογής του. Στο μέτρο λοιπόν που η ανατροπή της κατάσχεσης θεσμοθετήθηκε ως θεσμικό αντίβαρο και τροχοπέδη στην πρωτοβουλία του επισπεύδοντος, ο περιορισμός της τελευταίας δι' άλλων ρυθμίσεων εκτός της ανατροπής της κατάσχεσης, οδηγεί σε μείωση της σκοπιμότητάς της.

Η προαναφερθείσα διαπίστωση κατέστη επίκαιρη μετά το ν. 4335/2015 και τους μεταγενέστερους τροποποιητικούς νόμους (ιδίως τους 4472/2017, 4512/2018 και 4842/2021), καθώς ο δικονομικός νομοθέτης περιέσπειρε έτι περαιτέρω την πρωτοβουλία του κατασχόντος - επισπεύδοντος δια του υποχρε-

13 η οποία είχε προστεθεί με το άρθρ. 10 §15 ν. 2145/1993 αντικαταστάθηκε και οριστικοποιήθηκε με το άρθρ. 4 §33 ν. 2298/1995.

14 Κατά την ΠολΔ1835 ο πλειστηριασμός των κινητών δεν μπορούσε να γίνει πριν την παρέλευση δεκαπέντε (15) ημερών από την κατάσχεση (άρθρ. 891 εδ. δεύτερο, όπως είχε τροποποιηθεί με το άρθρ. 1 εδ. 2 β.δ. 19/23.3.1910) και των ακινήτων πριν την παρέλευση σαράντα (40) ημερών από την κατάσχεση (άρθρ. 965 εδ. τελευταίο όπως είχε τροποποιηθεί με το άρθρ. 3 α.ν. 1139/1938). Οι ίδιες προθεσμίες διατηρήθηκαν από τον ΚΠολΔ1968 (άρθρ. 1023 §4 και 1062 §4 αντίστοιχα) και τον ΚΠολΔ1971 (άρθρ. 959 §4 και 998 §4 αντίστοιχα). Οι εν λόγω διατάξεις του ΚΠολΔ1971 τροποποιήθηκαν με το άρθρ. 4 § 23 ν. 2298/1995 οπότε τέθηκε απώτατο χρονικό όριο διενέργειας του πλειστηριασμού (*Ματθίας*, Τροποποιήσεις στην αναγκαστική εκτέλεση με το ν. 2298/1995, ΕλλΔνη 1995, σ.1451 επ., 1458 -1459) ώστε ο μεν πλειστηριασμός κινητών να μην μπορεί να οριστεί σε κάθε περίπτωση πέραν του τριμήνου από την κατάσχεση, ο δε πλειστηριασμός των ακινήτων να μην μπορεί να γίνει σε κάθε περίπτωση πέραν του τετραμήνου. Πριν την ανωτέρω μεταρρύθμιση ο πλειστηριασμός μπορούσε να διενεργηθεί οποτεδήποτε, αρκεί να μην είχε ανατραπεί η κατάσχεση ή να μην είχε διορθωθεί το πρόγραμμα ως προς το χρόνο διενέργειας του πλειστηριασμού, κατά το ήδη καταργηθέν άρθρ. 961: *Διαμαντόπουλος*, Ζητήματα τόπου και χρόνου διεξαγωγής αναγκαστικού πλειστηριασμού ακινήτου, Ερανισμοί και ανταποδόσεις Θέμιδος, τομ. 2, 2014, σ. 345 επ., σ. 358, σημ. 51.

15 Οι αιτήσεις ανατροπής επρόκειτο να αντικατασταθούν σε κάποιο τουλάχιστον βαθμό, από τις αιτήσεις για υποκατάσταση σύμφωνα με το άρθρο 973 § 4, αφού αυτή είναι η κύρωση που απειλούσαν οι διατάξεις των άρθρ. 959 § 4 και 998 § 4 για την παραβίαση των χρονικών ορίων ως προς τη διενέργεια των πλειστηριασμών: *Γέσιου - Φαλτσή*, ΕλλΔνη 1996, σ. 253· *η ίδια*, ΔικΑνΕκτ, Πα³, §56, αρ. 3, σ. 345. Βλ. και *Πανταζόπουλο*, ΑνΕκτ, 2021, σ. 371

ωτικού ορισμού χρόνου διεξαγωγής πλειστηριασμού επί ποινή ακυρότητας¹⁶ και δια της εισαγωγής του συστήματος των πολλαπλών κατασχέσεων¹⁷, ενώ ταυτόχρονα προέβη σε μια σειρά από επιμέρους τροποποιήσεις των διατάξεων της αναγκαστικής εκτέλεσης που φαίνεται πως έχουν σημαντικές αντανάκλαστικές συνέπειες στη συνολική λειτουργία του θεσμού της ανατροπής¹⁸.

Τις συνέπειες αυτές φιλοδοξεί να αναδείξει η παρούσα μελέτη, προκειμένου ο θεσμός της ανατροπής της κατάσχεσης, ο οποίος είχε θεσπιστεί υπό διαφορετικές συνθήκες και επιβίωσε δεκάδων τροποποιήσεων του ΚΠολΔ, να επαναξιολογηθεί υπό το φως του ισχύοντος νομοθετικού συστήματος και να ενταχθεί αρμονικά σε αυτό. Καθώς στο ν. 4842/2021 (ΦΕΚ Α' 190/13.10.2021) «ταχεία πολιτική δίκη, προσαρμογή των διατάξεων της πολιτικής δικονομίας για την ψηφιοποίηση της πολιτικής δικαιοσύνης, άλλες τροποποιήσεις στον Κώδικα Πολιτικής Δικονομίας και λοιπές επείγουσες διατάξεις» δεν περιλαμβάνεται ρύθμιση που να τροποποιεί το άρθ. 1019, η επαναξιολόγηση αυτή, διατηρεί την επικαιρότητά της.

II. Το πλαίσιο επαναξιολόγησης

Οι ρυθμίσεις του ν. 4335/2015 που φαίνεται να έχουν επίδραση στη λειτουργία και στο πεδίο εφαρμογής του άρθ. 1019 και θα εξεταστούν στη συνέχεια είναι οι ακόλουθες:

1. Με το ν. 4335/2015 επιδιώχθηκε η εκκαθάριση των αντιρρήσεων κατά της εκτέλεσης σε δύο στάδια, πριν και μετά τον πλειστηριασμό. Με την κατά το πρώτο στάδιο εκκαθάριση των αντιρρήσεων σχετικά με την κατάσχεση, που αποτελεί το νομικό βάθρο του πλειστηριασμού, νομοθετική στόχευση ήταν η διεξαγωγή του πλειστηριασμού χωρίς αμφισβήτησή του σε χρόνο που θα έχουν τερματισθεί οι δίκες των ενδεχόμενων ανακοπών ή θα έχουν καταστεί εκπρόθεσμοι οι λόγοι τους (934 §1 α')¹⁹. Καθώς ήδη κατά το δίκαιο πριν το ν.

16 Βλ. π.κ. Γ.Π και σημ. 74.

17 Βλ. π.κ. Δ.Ι

18 Βλ. Γέσιου - Φαλτσή, ΔικΑνΕκτ Πα³, §54, αρ. 129, σ. 271: Η προσαρμογή του όλου συστήματος του ΚΠολΔ στο σύστημα των πολλαπλών κατασχέσεων προϋποθέτει ρυθμίσεις και για άλλα ζητήματα που ο ν. 4335/2015 έχει ωστόσο, συνειδητά ή ασυνειδητά αφήσει αρρύθμιστα. Δεν μπορούν να προβλεφθούν εκ των προτέρων όλα τα ερωτήματα που σταδιακά θα αναδείξει η πρακτική εφαρμογή μια θεμελιώδους μεταβολής.

19 ΑιτΕ ν. 4335/2015 ΚΝοΒ 2015, σ. 760 επ., 768 (Α. VII. 1,2, και 3.1): «Το πρώτο (στάδιο) θα βρίσκεται πριν τον πλειστηριασμό και θα περιλαμβάνει όλα ανεξαιρέτως τους λόγους, για τους οποίους τα μέρη της διαδικασίας ισχυρίζονται ότι η τελευταία πάσχει σε κάποιο σημείο της και το δεύτερο μετά τον πλειστηριασμό. ... όλες οι πράξεις θα ενεργούνται αμέσως μετά την κατάσχεση (και) ο ενδιαφερόμενος διάδικος θα μπορεί αλλά και θα πρέπει να συγκεντρώσει όλα τα παράπονά του κατά της μέχρι τώρα εκτελεστικής διαδικασίας σε μια ανακοπή, που θα εκδικάζεται πριν από τη διενέργεια του πλειστηριασμού. ... Με τον τρόπο αυτό πριν

4335/2015 γινόταν δεκτό ότι πρώτη βασική προϋπόθεση ανατροπής, είναι η ύπαρξη έγκυρης ή ακόμα και «ελαττωματικής», για την ακρίβεια, άκυρης κατάσχεσης που δεν είχε ακυρωθεί με δικαστική απόφαση μέχρι τη συζήτηση της αίτησης ανατροπής, τίθεται το ερώτημα αν ενόψει της προαναφερθείσας νομοθετικής στόχευσης του ν. 4335/2015 συντρέχει πλέον η δεύτερη ως άνω διαζευκτική προϋπόθεση ανατροπής και αν υπάρχουν περιθώρια ανατροπής μιας τέτοιας «ελαττωματικής» κατάσχεσης²⁰.

2. Με το ν. 4335/2015 ο πλειστηριασμός ορίζεται να διεξαχθεί σε συγκεκριμένο χρόνο επί ποινή ακυρότητας και όσο αυτός εκκρεμεί, η πρόοδος της εκτελεστικής διαδικασίας αναστέλλεται. Δεδομένου αφενός ότι δεύτερη βασική προϋπόθεση ανατροπής είναι η άπρακτη πάροδος συγκεκριμένης προθεσμίας διεξαγωγής πλειστηριασμού (ή αναπλειστηριασμού) κι αφετέρου ότι η προθεσμία αυτή αναστέλλεται, εφόσον δεν οφείλεται σε αδράνεια του επισπεύδοντος, τίθεται το ερώτημα αν το «νεκρό» διάστημα μετά τον ορισμό του και μέχρι την διεξαγωγή του πλειστηριασμού συνυπολογίζεται ή όχι στην προθεσμία της ανατροπής²¹.
3. Μετά την εισαγωγή του συστήματος των πολλαπλών κατασχέσεων με το ν. 4335/2015 και την δι' αυτής περαιτέρω περιστολή της ήδη περιορισμένης²² πρωτοβουλίας του επισπεύδοντος, ερωτάται αν η ανατροπή της κατάσχεσης είναι συμβατή με το ως άνω σύστημα και σε καταφατική περίπτωση, αν έχει εν τοις πράγμασι εξ αντανakλάσεως μεταβληθεί ο σκοπός της²³.
4. Με το ν. 4335/2015 επιδιώχθηκε ο περιορισμός των δικών περί την εκτέλεση²⁴ και ο μερικός περιορισμός των ενδίκων μέσων, ως μέτρων επιτάχυνσης της διαδικασίας. Παράλληλα, δεν μεταβλήθηκε ο χρόνος επέλευσης των αποτελεσμάτων της δικαστικής απόφασης που απαγγέλει την ανατροπή

από τον πλειστηριασμό θα έχουν λυθεί όλα τα ζητήματα που ενδεχομένως θα έχουν ανακύψει σε αυτό το πρώτο στάδιο και δεν θα υπάρχει ο κίνδυνος καθυστερήσεων μέσω της άσκησης πολλών ένδικων βοηθημάτων, τα οποία μέχρι τώρα συνοδεύουν την άσκηση των ανακοπών κατά της εκτέλεσης».

20 βλ. π.κ. § Β

21 βλ. π.κ. § Γ

22 με τους ν. 1653/1986, 2145/1993, 2298/1995· βλ. σχετ. Γέσιου- Φαλτσή, ΕλλΔνη 1996, σ. 247-248.

23 βλ. π.κ. § Δ

24 Βλ. ΑιτΕ ν. 4335/2015 ΚΝοΒ 2015, σ. 760 επ., 768 (Α. VII. 1,2): «μεγάλες χρονικές καθυστερήσεις παρατηρούνται ... στην εξέλιξη και περάτωση της διαδικασίας (ενν. αν. εκτέλεσης) με αποτέλεσμα η πραγμάτωση της εξοπλισμένης με εκτελεστό τίτλο αξίωσης του δανειστή να απομακρύνεται σημαντικά. Οι καθυστερήσεις αυτές ... [α]ποδίδονται και σε άλλους δευτερεύοντες λόγους, όπως ο μεγάλος αριθμός ένδικων βοηθημάτων και ρυθμιστικών μέτρων που παρέχονται κατά περίπτωση ... σε οποιονδήποτε έχει έννομο συμφέρον...»

και αποτελεί την τρίτη βασική προϋπόθεση της ανατροπής²⁵. Ερωτάται αν η πρόσφατη αναθέρμανση της συζήτησης για το επιτρεπτό ή μη των ενδίκων μέσων κατά της απόφασης του ειρηνοδικείου μέσα σε ένα περιβάλλον περιορισμού των δικών περί την εκτέλεση και διαφαινόμενης συρρίκνωσης της σκοπιμότητας της ανατροπής, δημιουργεί συνθήκες μεταβολής της μέχρι σήμερα κρατούσας γνώμης περί αποκλεισμού των ενδίκων μέσων και επιτρέπει την με προσωρινή διαταγή αναστολή της προόδου της διαδικασίας²⁶.

B. Επίδραση της ακυρότητας στην ανατροπή ελαττωματικής²⁷ κατάσχεσης

I. Το ζήτημα

Ως γνωστόν, προϋπόθεση ανατροπής της αναγκαστικής κατάσχεσης είναι η εγκυρότητά της²⁸, αφού κατάσχεση που έχει κηρυχθεί άκυρη με δικαστική

25 ΟΛΑΠ 51/1990 Δ 1991.1093· ΑΠ 1531/1995 ΕλλΔνη 1997. 1548· ΑΠ 1488/1987 ΕΕΝ 1988. 807· ΑΠ 1149/1985 ΕΕΝ 1986. 414· ΑΠ 206/1980 ΝοΒ 1980. 1482 = ΕΕΝ 1980. 429· ΑΠ 254/1979 ΝοΒ 1979. 1276 = ΕΕΝ 1979.275 (παγ. νμλγ)· *Ράμμος*, Η ύπαρξις και το κύρος της κατασχέσεως ως προϋποθέσεις κανονικής διεξαγωγής του αναγκαστικού πλειστηριασμού ή αναπλειστηριασμού, Αναμν. Τόμος, Μιχελάκη, σ. 487 επ., σ. 495-498 (: εφεξής *Ράμμος*, Αναμν. Τόμος Μιχελάκη, σ.)· ο *ίδιος*, Εγχειρίδιον Αστικού Δικονομικού Δικαίου ΙΙΙ, 1982, § 462, σ. 1619· *Γέσιου - Φαλτσή*, ΔικΑνΕκτ Πα³ § 56, αρ. 20, σ. 353· η *ίδια*, Η έννομη επιρροή της ανατροπής της κατασχέσεως στην ενέργεια του πλειστηριασμού, ΕλλΔνη 1985, σ. 162 επ., 163·, *Μπρίνιας*, ΑνΕκτ², άρθ. 1019, § 661, σ. 2187· *Κεραμεύς*, Ανατροπή κατασχέσεως μετά τη διεξαγωγή του πλειστηριασμού και εμπράγματα τύχη του πλειστηριασθέντος, (γνμδ.), Αρμ 1987, σ. 289 επ., 290 (: εφεξής *Κεραμεύς*, Αρμ 1987, σ.)· *Νικολόπουλος*, Η συνέπεια της ανατροπής της κατασχέσεως επί του πλειστηριασμού, ΝοΒ 1986, σ. 520 επ, 520· *Νίκας*, ΔικΑνΕκτ ΙΙ², §44, αρ.9, σ. 291· *Διαμαντόπουλος*, Προσβολή παραδοχών απόφασης, η οποία απορρίπτει αίτηση ανατροπής κατάσχεσης, γνμδ, ΕπΑκ 2020, σ. 490 επ., σ. 492· (: εφεξής *Διαμαντόπουλος*, ΕπΑκ 2020 σ.)· *Ευστρατιάδης*, Αρμ 2005, σ. 1883· *Χατζηδημητρίου*, ΕπΑκ 2021, σ. 31. Ρήγμα στον κανόνα αυτό επέφερε το άρθ. 51 ν. 4745/2020 με το οποίο προστέθηκε παρ. 7α στο άρθρο μόνο ν. 1178/1981 που προβλέπει αυτοδίκαιη άρση της κατάσχεσης καθώς και της κατάσχεσης στα χέρια τρίτου που είχε επιβληθεί για τις εκεί προβλεπόμενες αιτίες μετά την παρέλευση δεκαοκτώ μηνών, εφόσον η απαίτηση δεν είχε εισπραχθεί.

26 βλ. π.κ. Ε.ΙΙΙ

27 Ο συγκεκριμένος όρος χρησιμοποιείται χάριν ευκολίας, ώστε να εξεταστεί το περιθώριο ανατροπής των κατασχέσεων εκείνων που φέρονται να είναι ελαττωματικές κι ενώ έχουν εμπροθέσμως προσβληθεί με ανακοπή, εκκρεμεί η έκδοση απόφασης επ' αυτής. Στις εν λόγω περιπτώσεις συμπεριλαμβάνονται τυπικώς και κατασχέσεις που έχουν εκπροθέσμως προσβληθεί με ανακοπή, οι οποίες, αν και έχουν από νομική άποψη, ισχυροποιηθεί και καταστεί απρόσβλητες (934, 935), εντούτοις αναμένεται η έκδοση απόφασης που θα το επιβεβαιώσει. Αντιθέτως, οι μη προσβληθείσες με ανακοπή, ακόμα και αν φέρουν ελάττωμα, ισχυροποιούνται όπως και οι εκπροθέσμως προσβληθείσες και δεν συμπεριλαμβάνονται στις εν λόγω περιπτώσεις.

28 *Γέσιου - Φαλτσή*, ΔικΑνΕκτ Πα³, §56, αρ. 8, σ. 348· *Νίκας*, ΔικΑνΕκτ ΙΙ², §44, αρ. 3, σ. 287· *Ράμμος*, Αναμν. Τόμος, Μιχελάκη, σ. 487 επ., 496· *Κεραμεύς/Κονδύλης/Νίκα* (- *Κιοντισίδου*

απόφαση, εξομοιώνεται με εξ αρχής ανύπαρκτη και αίτηση που επιδιώκει την ανατροπή της είναι άνευ αντικειμένου²⁹. Στο μεταίχμιο μεταξύ της έγκυρης και της άκυρης κατάσχεσης βρίσκεται η ελαττωματική κατάσχεση, η οποία, μέχρι τη δυνητική δικαστική απαγγελία της ακυρότητάς της, παράγει κανονικά τα αποτελέσματα της³⁰. Συνέπεια της τελευταίας διαπίστωσης είναι ότι, εφόσον μια τέτοια κατάσχεση στήριξε πλειστηριασμό που διεξήχθη σε χρόνο κατά τον οποίο δεν έχει απαγγελθεί η ανατροπή της (ακόμα και μετά την παρέλευση έτους από την κατάσχεση), δεν θίγεται³¹ το κύρος του³². Έτσι, κατά το δίκαιο πριν το ν. 4335/2015, η χρονική σύμπτωση των δικών της ανακοπής του άρθ. 933 και της ανατροπής, δεν εμπόδιζε κατ' αρχήν την παράλληλη διεξαγωγή κι εξέλιξή τους. Και τούτο, διότι ακόμα και αν η άσκηση ανακοπής προς ακύρωση της κατάσχεσης (933) είχε προηγηθεί και εκκρεμούσε κατά την συζήτηση της αίτησης ανατροπής της ίδιας κατάσχεσης, η τελευταία αίτηση, εφόσον πληρούνταν οι προϋποθέσεις αποδοχής της, είχε περιθώριο να επιφέρει τη σκοπούμενη διάπλαση, για όσο χρόνο η δίκη της ανακοπής εκκρεμούσε, διατηρώντας την κατάσχεση ενεργή και στηρίζοντας έτσι την διεξαγωγή έγκυρου πλειστηριασμού³³.

- Στρατουδάκη) ΚΠολΔ², 1019 αρ. 2· Μπρίνιας, ΑνΕκτ², άρθ. 1019, §660α, σ. 2182· Απαλαγάκη (-Πλεύρη) ΕρμΚΠολΔ⁶, άρθ. 1019, αρ. 1, σ. 3349· ΑΠ 206/1980 ΝοΒ1980. 1482· ΕιρΛαμ 26/2019 ΝΟΜΟΣ· ΕιρΚω 252/2019 ΝΟΜΟΣ· ΕιρΛαμ 311/2017, ΝΟΜΟΣ· 553/2017 ΝΟΜΟΣ· ΕιρΑθ 3087/2012 ΝΟΜΟΣ· ΕιρΠυργ 172/1999 ΕλλΔνη2001. 837· ΕιρΑθ 2695/1986 Δ 1988. 115 με παραρτ. Λεοντίδη - Καρύδη.

29 ΕιρΑθ 2695/1986 Δ 1988.115.

30 Μπέης, ΑνΕκτ, 2004, σ. 97· Λεοντίδη-Καρύδη, Παρατηρήσεις υπό την ΕιρΑθ 2695/1986 Δ 1988. 116 επ.· ενημερωτικό σημείωμα σύνταξης, Δ 1972, σ. 169 και παραπομπές ο.π. (σημ. 28)· Χατζηδημητρίου, ΕπΑκ 2021, σ. 23 (σημ. 38)· αντίθ. ΕιρΑθ 707/1971 Δ 1972. 167· ΕιρΑθ 2695/1986, Δ 1988.115.

31 Ράμμος, Αναμν. Τομ. Μιχαλάκη, σ. 499· Γέσιου - Φαλτσή, Η έννομη επιρροή της ανατροπής της κατασχεσεως στην ενέργεια του πλειστηριασμού, (γνμδ.) ΕλλΔνη 1985, σ. 162 επ., 164· η ίδια, ΔικΑνΕκ Πα³ §56, αρ. 21, σ. 354· Μπρίνιας, ΑνΕκτ², άρθ. 1019, § 664, σ. 2205 επ.· Μαργαρίτης ΕρμΚΠολΔ ΙΙ², άρθ. 1019, αρ. 7· Κεραμεύς, Αρμ 1987.290· Απ. Γεωργιάδης, Αναγκαστική εκτέλεση με βάση το ν.δ. 17.7/13.8.1923 «περί ειδικών διατάξεων επί ανωνύμων εταιρειών»· ανατροπή κατασχεσεως κατά ΚΠολΔ 1019· συνέπειες ανατροπής, (γνμδ.) Δ 1987, σ. 761 επ., 765· Νικολόπουλος, Ο αναπλειστηριασμός, 1979, σ. 123· Χατζηδημητρίου, ΕπΑκ 2021, σ. 39· ΑΠ 254/1979 ΝοΒ1979. 1276· ΕφΠειρ 457/2018 ΤΝΠ ΔΣΑ· ΕφΑθ 5618/1991 ΑρχΝ 1993.489· ΕφΑθ 10219/1989 ΕλλΔνη 1992. 596· ΜΠρΘηβ 56/1994 Δ 1994. 639· ΜΠρΠατρ 2711/1978 ΝοΒ 1980. 568.

32 ματαιώνει όμως οριστικά τη δυνατότητα ολοκλήρωσής του με καταβολή του πλειστηριασμού, χορήγηση περίληψης κατακυρωτικής έκθεσης και μεταγραφής αυτής· βλ. Απ. Γεωργιάδη, Ανατροπή της κατασχεσεως μετά τη διεξαγωγή του πλειστηριασμού και εμπράγματη τύχη του πλειστηριασθέντος (γνμδ), Αρμ 1987, σ. 661 επ., 664· ΕφΑθ 8268/1986 Αρμ 1987.312.

33 Μάλιστα, πριν από το ν. 4335/2015 στη θεωρία είχε τεθεί το παρεμφερές ερώτημα αν ήταν

II. Χρονική σύμπτωση / παράλληλη διεξαγωγή δικών ανακοπής και ανατροπής

Μετά το ν. 4335/2015 το ενδεχόμενο χρονικής σύμπτωσης των δύο δικών δεν είναι δεδομένο. Και τούτο, διότι ο νομοθέτης προέβλεψε ένα χρονοδιάγραμμα ολοκλήρωσης της δίκης της ανακοπής του άρθ. 933 πριν από την υποχρεωτικώς ορισθείσα κατ' άρθ. 954 §2 περ. ε' και 993 §2 εδ. πρώτο ΚΠολΔ ημερομηνία του πλειστηριασμού³⁴. Εφόσον το επιληφθέν δικαστήριο τηρήσει το προβλεπόμενο στο νόμο χρονοδιάγραμμα³⁵, η ανακοπή για την ακύρωση της κατάσχεσης θα έχει κριθεί την 185η ημέρα (μέσα σε έξι μήνες περίπου) από την επιβολή της, δηλαδή σε χρόνο πριν από τον πλειστηριασμό και πάντως πολύ πριν την προθεσμία της ανατροπής. Εφόσον πρόθεση του νομοθέτη ήταν να «εξωθήσει» το δικαστήριο της ανακοπής σε ακύρωση των ελαττωματικών κατασχέσεων που άγονταν προς δικαστική κρίση πολύ πριν την εκπνοή της προθεσμίας ανατροπής της, η προσδοκώμενη αυτή εξέλιξη επρόκειτο να έχει ως αντανakλαστική συνέπεια τον περιορισμό της ανατροπής στις υποθέσεις εκείνες, στις οποίες είτε η κατάσχεση δεν είχε προσβληθεί εμπροθέσμως με ανακοπή είτε η ασκηθείσα ανακοπή είχε προηγουμένως απορριφθεί.

Όμως, οι ανωτέρω καλές προθέσεις του νομοθέτη προσκρούουν αφενός στη μη τήρηση από τα δικαστήρια του προβλεπόμενου στο νόμο χρονοδιαγράμματος, αφετέρου στον χρόνο επέλευσης της διαπλαστικής ενέργειας της απόφασης της ανακοπής, ο οποίος μετά το ν. 4335/2015 και την διάταξη του άρθ. 937 § 1 περ. β' η οποία μετά το άρθ. 60 ν. 4842/2021 διατηρήθηκε στο άρθ. 938 §2 εδ. πρώτο μόνο για την κατάσχεση ακινήτου³⁶, δεν αντιμετωπί-

προτιμότερη για τον νομιμοποιούμενο να ασκήσει τα σχετικά ένδικα βοηθήματα διάδικο η ανακοπή του άρθ. 933 από την αίτηση ανατροπής. Υποστηρίχθηκαν αμφότερες οι εκδοχές, αφενός δηλαδή ότι πλέον συμφέρουσα ήταν η ανακοπής του άρθ. 933 λόγω των δραστηκότερων αποτελεσμάτων της ακύρωσης της κατάσχεσης *ex tunc*· βλ. *Ράμμο*, Αναμ. Τόμος Μιχαλάκη, σ. 496· αφετέρου ότι η αίτηση ανατροπής ενδεχομένως ήταν πιο συμφέρουσα επειδή οδηγούσε σε ταχύτερο αποτέλεσμα· βλ. *Γέσιου - Φαλτσή*, ΔικΑνΕκτ Πα³, §56, αρ. 8, σ. 348, σημ. 15.

34 Αν και δεν υπάρχει καμία τέτοια αναφορά στην ΑιτΕ του ν. 4335/2015 η διαφαινόμενη επιδίωξη του νομοθέτη ήταν να επιτρέψει τη διεξαγωγή του πλειστηριασμού σε χρόνο που θα έχουν τερματισθεί οι δίκες των ενδεχόμενων ανακοπών ή θα έχουν καταστεί εκπρόθεσμοι οι λόγοι του (934 §1 α')· βλ. *Γέσιου - Φαλτσή*, ΔικΑνΕκτ Πα³, §59, αρ. 78, σ. 505.

35 Κατ' άρθ. 934 §1 περ. α' εδ. πρώτο όπως τροποποιήθηκε με το ν. 4335/2015 η ανακοπή χωρεί παραδεκτά μέσα σε σαράντα πέντε (45) ημέρες από τη επιβολή της κατάσχεσης. Παράλληλα, αν η ανακοπή κατατεθεί και επιδοθεί την ύστατη (45η) ημέρα της ως άνω προθεσμίας από την κατάσχεση, πρέπει να συζητηθεί μέχρι την 60η ημέρα από την κατάθεση και η απόφαση επί της ανακοπής να εκδοθεί μέχρι την 60η ημέρα από την συζήτησή της (άρθ. 933 §§2 και 6).

36 «... η άσκηση ένδικου μέσου δεν αναστέλλει την πρόοδο της εκτέλεσης...». Η ρύθμιση του άρθ. 937 § 1 αρ. 3 όπως ίσχυε πριν το ν. 4335/2015 και επανήλθε σε ισχύ με το άρθ. 59 του ν.

ζεται ομόφωνα, αφού κατά μία άποψη³⁷ η ακυρότητα επέρχεται ήδη με την δημοσίευση της πρωτόδικης απόφασης, ενώ κατ' άλλη άποψη³⁸ η ακυρότητα επέρχεται με την τελεσιδικία και ανατρέχει στον χρόνο της προσβαλλόμενης πράξης. Επομένως, οι ανωτέρω αστάθμητοι παράγοντες οδηγούν στις ακόλουθες διαπιστώσεις:

Πρώτον, αν το δικαστήριο της ανακοπής τηρήσει το χρονοδιάγραμμα της δίκης του άρθ. 933 και η απαγγελθείσα ακυρότητα γίνει δεκτό ότι ενεργεί ήδη με την έκδοση της πρωτοβάθμιας απόφασης, τότε η ακυρότητα αναμένεται να παραγάγει τα έννομα αποτελέσματά της σε χρόνο πολύ πριν την λήξη της προθεσμίας της ανατροπής, καθιστώντας έτσι άνευ αντικειμένου αίτηση ανατροπής μιας ήδη ακυρωθείσας κατάσχεσης.

Δεύτερον, η κατάσχεση παραμένει ενεργή και η αίτηση ανατροπής διατηρεί την σκοπιμότητά της, ενόσω εκκρεμεί η δίκη της ανακοπής:

- (i) αν το δικαστήριο της ανακοπής δεν έχει εκδώσει την απόφασή του ούτε μέσα στο προβλεπόμενο χρονοδιάγραμμα, ούτε πριν την ημερομηνία του πλειστηριασμού,
- (ii) αν το δικαστήριο της ανακοπής έχει εκδώσει την απόφαση ακύρωσης της κατάσχεσης πριν την ημερομηνία του πλειστηριασμού, αλλά το δικαστήριο της ανατροπής αναγνωρίζει ότι η ακύρωση της κατάσχεσης δεν έχει επέλθει, επειδή δεν έχει επέλθει ακόμα τελεσιδικία της ως άνω απόφασης,
- (iii) αν ασκείται έφεση για την εξαφάνιση πρωτόδικης απόφασης απορριπτικής της ανακοπής και η προθεσμία ανατροπής συμπληρώθηκε ενόσω δεν έχει διεξαχθεί πλειστηριασμός³⁹.

4842/2021 προβλέπει ότι «Στις δίκες τις σχετικές με την εκτέλεση η προθεσμία και η άσκηση ένδικων μέσων δεν αναστέλλουν την εκτέλεση της απόφασης».

37 Απαλαγάκη (-Απαλαγάκη/Ρεντούλης), ΕρμΚΠολΔ ΙΙ⁶, άρθ. 933, αρ. 37, σ. 2898· Τσαντίνης, Η αναστολή εκτέλεσης μετά τον ν. 4335/2016, ΝοΒ 2017, σ. 265 επ., 268.

38 Γέσιου-Φαλτσή, ΔικΑνΕκτ², Γενικό Μέρος, §42, αρ. 98, σ. 788-789· Νίκας, ΔικΑνΕκτ Ι², §29, αρ.47, σ. 664-667· Κολοτούρος, Συνέπειες της αναγκαστικής κατάσχεσης στα χέρια τρίτου, ΕΠολΔ 2016, σ. 127 επ., 151· Πανταζόπουλος, ΑνΕκτ, 2021, σ. 195· Μιχαηλίδου, Η άμυνα κατά της εκτέλεσης, 2017, σ. 398, σημ. 1993.

39 Η εκκρεμής δευτεροβάθμια δίκη της ανακοπής δεν επιδρά επί της δίκης της ανατροπής στις ακόλουθες περιπτώσεις: (i) Αν στο πλαίσιο έφεσης η οποία δεν έχει αυτοδίκαιο ανασταλτικό αποτέλεσμα, ασκήθηκε αίτηση αναστολής της εκτέλεσης επί ακινήτου (938 §2) και αυτή ευδοκίμησε. Τότε, ο πλειστηριασμός θα έχει ανασταλεί, οπότε, όσο διαρκεί η αναστολή, αναστέλλεται και δεν συμπληρώνεται η ενιαύσια προθεσμία της ανατροπής (1019 § 2). Μόνο όταν εκδοθεί δευτεροβάθμια απορριπτική της έφεσης απόφαση, οπότε και λήγει η ισχύς της απόφασης αναστολής της εκτέλεσης, θα μπορεί να τρέξει εκ νέου η προθεσμία της ανατροπής και να επιδιωχθεί η ανατροπή της κατάσχεσης, η οποία, εξάλλου, θα έχει εν τω μεταξύ κριθεί τελεσιδικώς έγκυρη. (ii) Αν ενόσω εκκρεμεί έφεση διενεργηθεί πλειστηρι-

Στις ανωτέρω περιπτώσεις ερωτάται αν το ζήτημα του κύρους της κατάσχεσης είναι προδικαστικό στην δίκη της ανατροπής, υπό την έννοια ότι η ανατροπή χωρεί επί έγκυρης κατάσχεσης, η οποία όμως ακόμα δεν έχει κριθεί ως τέτοια, αλλά εκκρεμεί. Αν υπάρχει σχέση προδικαστικότητας ή εν γένει εξάρτησης⁴⁰ της απαγγελίας της ανατροπής από την προηγούμενη κρίση του κύρους της κατάσχεσης⁴¹, ερωτάται, περαιτέρω, αν θα μπορούσε να ανασταλεί η δίκη της ανατροπής κατ' άρθ. 249 μέχρι την έκδοση τελεσίδικης απόφασης επί της ανακοπής.

Μια εγγύτερη μελέτη του ζητήματος αποδεικνύει ότι το κύρος της κατάσχεσης δεν επιδρά στην δίκη της ανατροπής, επειδή (i) ανατροπή χωρεί ακόμα και σε ελαττωματική κατάσχεση, που είτε δεν έχει ακόμα ακυρωθεί⁴² είτε έχει θεραπευτεί λόγω παρόδου άπρακτης της προθεσμίας προσβολής της (934 §1 περ. α' σε συνδ. 151)⁴³, (ii) αν η ανατροπή απαγγελθεί και εμποδίσει την διεξαγωγή του πλειστηριασμού, επιτελεί αμέσως τον σκοπό της ανεξαρτήτως του κύρους της κατάσχεσης, αφού αποτελεί λόγο κατάργησης της διαδικασίας συνιστάμενο στην αποδέσμευση του κατασχεμένου⁴⁴ και στην αδρανοποίηση

ασμός ακινήτου πριν τη συζήτησή της ή πριν την έκδοση απόφασης επ' αυτής, διότι ο πλειστηριασμός νομίμως διενεργείται και η αίτηση ανατροπής καθίσταται άνευ αντικειμένου.

40 Για την επέκταση του πεδίου εφαρμογής του άρθ. 249 σε κάθε περίπτωση πραγματικής εξάρτησης της προς διάγνωση διαφοράς εκτός της προδικαστικότητας των δύο δικών βλ. *Μακρίδου*, Τακτική διαδικασία στα πρωτοβάθμια δικαστήρια, 2019, άρθ. 249, αρ. 6 και 7, σ. 153-154· *Απαλαγάκη* (- *Τριανταφυλλίδης*), ΕρμΚΠολΔ Ι^ο, άρθ. 249, αρ. 2, σ. 808· *Μαργαρίτης*, ΕρμΚΠολΔ Ι^ο, άρθ. 249, αρ. 2, σ. 437.

41 Πρβλ. ο.π. Β και σημ. 31.

42 Βλ. ο.π. Β

43 Αίτηση ανατροπής ελαττωματικής κατάσχεσης που θεραπεύτηκε μετά από άπρακτη παρέλευση της προθεσμίας ανακοπής: ΜΠρΠειρ 35586/2020, αδημ.· Αίτηση ανατροπής επί πλειστηριασμού που θεραπεύτηκε από τις τυχόν ακυρότητες που αναφέρονται σε επί μέρους προγενέστερές του πράξεις της εκτελεστικής διαδικασίας: ΑΠ 1508/2018 ΧρΙΔ 219.287· *Γέσιου- Φαλτσή*, Η έννομη επιρροή της ανατροπής της κατασχέσεως στην ενέργεια του πλειστηριασμού, ΕλλΔνη 1985, σ. 162 επ., 164· *Μπρίνιας*, ΑνΕκτ², άρθ. 1019, § 664, σ. 2205· *Κεραμεύς/Κονδύλης/Νίκας* (- *Κιουπτσίδου* - *Στρατουδάκη*) ΚΠολΔ², 1019 αρ. 5· *Μαργαρίτης* ΕρμΚΠολΔ ΙΙ^ο, άρθ. 1019, αρ. 11·.

44 Βλ. ΑΠ 1092/2013 areiospagos.gr· *Μαργαρίτης*, ΕρμΚΠολΔ ΙΙ^ο, άρθ. 1019, αρ. 10 και 11: Μετά την ανατροπή της κατασχέσεως αυτή πλέον δεν παράγει έννομες συνέπειες, το κατασχεμένο πράγμα αποδεσμεύεται και εφεξής επέρχεται απόσβεση όλων των εννόμων συνεπειών κάθε πράξης που είχε ενεργηθεί στο πλαίσιο της απρόσφορα περατούμενης αναγκαστικής εκτέλεσης. Ειδικότερα μεταξύ των συνεπειών που δεν παράγονται πλέον συγκαταλέγεται και η νομική δέσμευση του κατασχεθέντος κατά το άρθρο 997 § 1 ΚΠολΔ (απαγόρευση διαθέσεως). Επομένως, η πράξη διαθέσεως, δια και από της ανατροπής της κατασχέσεως αναπτύσσει εφεξής και αυτομάτως τις οικείες συνέπειες, γιατί ελλείπει η αιτία που τις καθιστά ελαττωματικές, χωρίς μάλιστα να παρίσταται ανάγκη επαναλήψεως τους.

του πλειστηριασμού⁴⁵, ο οποίος, όμως, εφόσον διεξαχθεί παρά την απαγγελθείσα ανατροπή δεν είναι αυτοδικαίως άκυρος, αλλά υπόκειται σε ανακοπή του άρθ. 933⁴⁶. Η μεταγενέστερη απαγγελία ακυρότητας της ήδη ανατραπείσας κατάσχεσης δεν επιδρά στην τετελεσμένη δυνάμει της ανατροπής κατάργηση της εκτελεστικής διαδικασίας για το μέλλον και το διατακτικό της απόφασης επί της ανατροπής θα έχει αναλωθεί ήδη λόγω της δραστικότερης ενέργειας της ακυρότητας. Επίσης, η ανατροπή που απαγγέλλεται ακόμα και πριν από την δικαστική ακύρωση της κατάσχεσης, δεν επιδρά στο κύρος πράξεων που επιχειρήθηκαν πριν από την ανατροπή⁴⁷.

Σε κάθε περίπτωση, ακόμα και συνέτρεχε περίπτωση του άρθ. 249, η λύση αναστολής προόδου της δίκης της ανατροπής θα ήταν αντίθετη στο σκοπό της διάταξης του άρθ. 1019. Και τούτο, διότι η εν λόγω αναστολή θα μπορούσε να καταστήσει άνευ αντικειμένου την αίτηση ανατροπής, επειδή δεν θα εμπόδιζε την διεξαγωγή του πλειστηριασμού⁴⁸, ο οποίος χωρίς προηγούμενη απόφαση ακύρωσης ή ανατροπής της κατάσχεσης, θα διεξαγόταν νομίμως.

45 Κεραμεύς/Κονδύλης/Νίκα (*Κιουπτσίδου - Στρατουδάκη*) ΚΠολΔ², 1019 αρ. 5· Κεραμεύς/Κονδύλης/Νίκας (- *Νικολόπουλος*) ΚΠολΔ¹ άρθ. 1019, αρ. 9· Νίκας, ΔικΑνΕκτ Π² § 44, αρ. 13, σ. 294· Απαλαγάκη (-*Πλεύρη*) ΕρμΚΠολΔ⁶, άρθ. 1019, αρ. 5, σ. 3353· *Μαργαρίτης* ΕρμΚΠολΔ Π², άρθ. 1019, αρ. 11· ΑΠ 1508/2018 ΧρΙΔ 2019. 287· ΑΠ 1531/1995 ΕλλΔνη 1997. 1549 = ΕΕΝ1997.311· ΑΠ 925/1989 ΕΕΝ 1990. 278· ΕφΑθ 1433/2007 ΕφΑΔΠολΔ 2008. 235 με παρατ. *Απαλαγάκη*· ΠΠρΠειρ 1750/2008 ΝΟΜΟΣ· και μάλιστα ακόμη και αν δεν γνωστοποιήθηκε στον υπάλληλο του πλειστηριασμού και δεν σημειώθηκε στο βιβλίο των κατασχέσεων: ΕφΑθ 886/1986 ΕλλΔνη 1986.820· ΠΠρΣπарт 58/1989 Αρμ 1989.899· ΜΠρΘεσ 12452/2001 Αρμ 2001.1544· Ωστόσο, αν δεν γνωστοποιηθεί η απόφαση περί ανατροπής στον υπάλληλο του πλειστηριασμού, έχει υποχρέωση να συνεχίσει την εκτελεστική διαδικασία: ΑΠ 1154/2004 Δ 2005. 1676· ΑΠ 408/2000 ΕλλΔνη 2000.1335· *Μαργαρίτης*, ΕρμΚΠολΔ Π², άρθ. 1019, αρ. 11.

46 *Γέσιου - Φαλτσή*, Η έννομη επιρροή της ανατροπής της κατασχέσεως στην ενέργεια του πλειστηριασμού, ΕλλΔνη 1985, σ. 162 επ., 164· Απαλαγάκη (-*Πλεύρη*), ΕρμΚΠολΔ⁶, άρθ. 1019, αρ. 5, σ. 3353 *Κεραμεύς/Κονδύλης/Νίκας* (- *Κιουπτσίδου - Στρατουδάκη*), ΚΠολΔ², 1019, αρ. 5· *Μαργαρίτης*, ΕρμΚΠολΔ Π², άρθ. 1019, αρ. 11· *Πανταζόπουλος*, ΑνΕκτ, 2021, σ. 376· ΑΠ 1508/2018 ΝΟΜΟΣ· Προσβολή εντός της προθεσμίας του άρθρ. 934 §1 περ. β, διότι πάσχει δικονομικά, αφού έγινε σε χρόνο κατά τον οποίο δεν υπήρχε πλέον η κατάσταση: ΑΠ 1531/1995 ΕλλΔνη 1997.1549· ΠΠρΠειρ 1750/2008 ΝΟΜΟΣ· άκυρη η δήλωση συνέχισης αν έχει προηγηθεί ανατροπή: ΜΠρΑθ 3192/2021 sakkoulas – online· Εάν όμως παρέλθει άπρακτη η προθεσμία ανακοπής, ο πλειστηριασμός καθίσταται απρόσβλητος: ΑΠ 1508/2018 ΝΟΜΟΣ· *Γέσιου - Φαλτσή*, ο.π.

47 Συνεπώς, πράξεις που προϋποθέτουν υπαρκτή κατάσταση, αν επιχειρήθηκαν πριν από την ανατροπή, δεν μπορούν να θιγούν: *Ράμμος*, Αναμν, Τομ, Μιχελακη, σ. 498-500· *Γέσιου-Φαλτσή*, Η έννομη επιρροή της ανατροπής της κατασχέσεως στην ενέργεια του πλειστηριασμού, ΕλλΔνη 1985, σ. 162 επ., 164· η ίδια, ΔικΑνΕκτ Πα³, §56, αρ. 6, σ. 347 μ.π.π· *Νίκας*, ΔικΑνΕκτ Π² § 44, αρ. 17, σ. 299· *Ευστρατιάδης*, Αρμ 2005, σ. 1883· *Χατζηδημητρίου*, ΕπΑκ 2021, σ. 24.

48 Κατά την μάλλον κρατούσα άποψη η αναστολή του άρθ. 249 δεν συνιστά κώλυμα ανωτέ-

Γ. Υπολογισμός της προθεσμίας μέχρι τον πλειστηριασμό: Η αδράνεια του επισπεύδοντος ως υποκείμενη αιτία της ανατροπής

Ι. Νομοθετική ρύθμιση και επέκταση εφαρμογής της με αναλογία

Σύμφωνα με το άρθρ. 1019 §1 η κατάσχεση, εφόσον δεν ακολούθησε πλειστηριασμός μέσα σε ένα έτος, ατότου επιβλήθηκε - για την ακρίβεια, και εφόσον δεν ακολούθησε αναπλειστηριασμός μέσα σε έξι μήνες από τον πλειστηριασμό⁴⁹, ανατρέπεται. Οι προθεσμίες αυτές είναι καταχρηστικές και η έναρξη και η λήξη τους προσδιορίζονται κατ' άρθρ. 144 § 1 και 145 ΚΠολΔ⁵⁰, επειδή ετέθησαν για την εξυπηρέτηση του γενικότερου οικονομικού συμφέροντος δια της άρσης της απαγόρευσης διάθεσης του κατασχεμένου και της θέσης του εντός συναλλαγών⁵¹. Η εν λόγω προθεσμία τρέχει από την επόμενη ημέρα (144 § 1) της επιβολής της κατάσχεσης σύμφωνα με τα άρθρα 954 §§ 1,2,3 για τα κινητά και 993 §§1,2 για τα ακίνητα.

Σύμφωνα με το άρθρ. 1019 §2 στις πιο πάνω προθεσμίες «δεν υπολογίζεται το διάστημα από την έκδοση απόφασης σύμφωνα με το άρθρο 966 §§ 3 και 4 μέχρι την ημέρα του πλειστηριασμού που ορίστηκε σύμφωνα με αυτήν, το διάστημα αναστολής της εκτέλεσης, η οποία χορηγήθηκε με δικαστική απόφαση κατά τις διατάξεις των άρθρων 546 § 2, 565 § 2 632 § 3, 912, 913 § 1, 937 § 1 στοιχ. β' και γ' (ήδη μετά το ν. 4842/2021, 938 §§1,2), 1000⁵², 1011Α §2⁵³ αλλά και όταν εμποδίζεται η εκτελεστότητα κατά το άρθρ.

ρας βίας· πρβλ. Μακρίδου, Τακτική διαδικασία στα πρωτοβάθμια δικαστήρια, 2019, άρθρ. 249, αρ. 14, σ. 156-157.

49 Είναι χαρακτηριστική η διαπίστωση του Κεραμέως (Αρμ 1987, σ. 290-291) ότι ο νόμος δεν αντιλαμβάνεται την εμπρόθεσμη, δηλαδή εντός έτους από την επιβολή της κατάσχεσης, διενέργεια του πλειστηριασμού ως οριστική ματαίωση της δυνατότητας ανατροπής, διότι η ρητή παροχή δυνατότητας ανατροπής ακόμη και μετά την διεξαγωγή του πλειστηριασμού, εφόσον δεν επακολούθησε μέσα σε έξι μήνες αναπλειστηριασμός, δείχνει ότι η ανατροπή οριοθετείται χρονικά όχι απλώς από τη διεξαγωγή του πλειστηριασμού, αλλά μόνο από την πλήρωση της προϋπόθεσης που είναι σε θέση να ματαιώσει τη διενέργεια αναπλειστηριασμού.

50 ΕιρΑθ 272/2020 ΕπΑκ 2020.613· ΕιρΛαρ 272/2020 ΤΝΠ ΔΣΑ· ΕιρΛαμ 26/2019, 311/2017, 553/2017 ΝΟΜΟΣ· ΕιρΚω 252/2019 ΝΟΜΟΣ· ΕιρΠολυκ 17/1987 Αρμ 1988. 894.

51 Μπρίνιας, ΑνΕκτ², άρθρ. 1019, § 662, σ. 2188· Νίκας, ΔικΑνΕκτ ΙΙ² § 44, αρ. 4, σ. 287· Διαμαντόπουλος, ΕπΑκ 2020, σ. 493· Χατζηδημητρίου, ΕπΑκ 2021, σ. 25· Κεραμέως, Αρμ 1987, σ. 289.

52 ακόμη και αν είναι μεγαλύτερος του εξαμήνου: Κεραμέως/Κονδύλης/Νίκας (-Νικολόπουλος) ΚΠολΔ¹, άρθρ. 1019 αρ. 6.

53 Κεραμέως/Κονδύλης/Νίκας (- Κιουπτσίδου - Στρατουδάκη), ΚΠολΔ², 1019, αρ. 3 ακόμη και αν δόθηκε με σημείωμα προσωρινής διαταγής: Μαργαρίτης, ΕρμΚΠολΔ², άρθρ. 1019, αρ. 5· ΕιρΡοδ 58/03 ΔωδΝομ 2004.145.

915⁵⁴ ή όταν η αναστολή χορηγήθηκε με κοινή συναίνεση εκείνου που επισπεύδει και του οφειλέτη, η οποία βεβαιώνεται με συμβολαιογραφική πράξη, καθώς και ο χρόνος από τις 1 έως 31 Αυγούστου». Επομένως, παρά την πρόβλεψη καταχρηστικών προθεσμιών⁵⁵, ο νόμος αναγνωρίζει ρητώς ότι κατά τη διάρκεια της εκτελεστικής διαδικασίας ενδέχεται να προκύψουν «νεκρά» χρονικά διαστήματα κατά τη διάρκεια των οποίων εμποδίζεται η πρόοδός της, χωρίς αυτό να οφείλεται σε αδράνεια του επισπεύδοντος αλλά σε λόγους νομικούς ή πραγματικούς, εκτός της σφαίρας επιρροής του.

Κατ' αρχήν, η απαρίθμηση των περιπτώσεων της ρύθμισης είναι περιοριστική, διότι η §2 εισάγει εξαίρεση από τον κανόνα της §1. Από μεθοδολογική άποψη, το γεγονός αυτό οδηγεί στη σκέψη ότι το πεδίο εφαρμογής της §2 δεν επεκτείνεται σε λοιπές αρρυθμιστες περιπτώσεις δικαστικής ή νομοθετικής αναστολής του πλειστηριασμού⁵⁶. Ωστόσο, σε αυτή τη σκέψη προβλήθηκε το αντεπιχείρημα ότι, επειδή στη διατύπωση της §2 δεν γίνεται χρήση του στερητικού μορίου «μόνο», δεν προκύπτει ο περιοριστικός χαρακτήρας των εκεί απαριθμούμενων περιπτώσεων⁵⁷. Επειδή η προαναφερθείσα ερμηνευτική επιχειρηματολογία «εκ του γράμματος» της διάταξης δεν οδηγεί σε ασφαλή λύση, η θεωρία⁵⁸ και νομολογία⁵⁹ δέχθηκαν την επέκταση του πεδίου εφαρμογής της §2 με αναλογία σε λοιπές, διαπιστωθείσες στην πράξη, αρρυθμιστες περιπτώσεις νομικής αδυναμίας συνέχισης της αναγκαστικής εκτέλεσης,

54 ΕιρΜεγ 20/2001 ΑρχΝ 2002. 531· Κεραμεύς/Κονδύλης/Νίκας (- Κιουπτσίδου - Στρατουδάκη) ΚΠολΔ², 1019, αρ. 3.

55 Μαργαρίτης, ΕρμΚΠολΔ ΙΙ², άρθ. 1019, αρ.4.

56 Πρβλ. Μάζη, Ανατροπή κατάσχεσης κατ' άρθρο 1019 ΚΠολΔ λόγω παρόδου έτους από την κατάσχεση (γνμδ) ΕΠολΔ 2017, σ. 262 επ., 263-264: δεν είναι επιτρεπτό να υπαχθεί οποιαδήποτε άλλη περίπτωση, έστω κι αν εξαιτίας της προκλήθηκε παροδικά κάποιο εμπόδιο στην απρόσκοπτη συνέχιση της διαδικασίας.

57 ΕιρΝαυπλίου 291/2020 Αρμ 2020. 2056 με σχόλιο Ρεβολίδη· ΕιρΧαλκίδας 641/2019 Αρμ2020. 2050· ΕιρΖακύνθου 12/2015 ΕφΑΔ 2015.366· ΕιρΛαρ 95/2011 ΕΠολΔ 2011.658· Βαθρακοκοίλης, ΕρμΚΠολΔ, άρθ.1019 αρ. 14· Ευστρατιάδης, Αρμ 2005, σ. 1890· Διαμαντόπουλος, ΕπΑκ 2020, σ. 493· Χατζηδημητρίου, ΕπΑκ 2021, σ. 28, σημ. 75 όπου και παραπομπή σε αντίθετες αποφάσεις.

58 Νίκας, ΔικΑνΕκτ ΙΙ² § 44, αρ. 6, σ. 289-290· Μπρίνιας, ΑνΕκτ², άρθ. 1019, § 662α, σ. 2193 επ.· Αρβανιτάκης, σημείωμα στην ΕιρΛαρ 95/2011 ΕΠολΔ 2011.659· Απαλαγάκη (-Πλεύρη) ΕρμΚΠολΔ ΙΙ⁶, άρθ. 1019, σ. 3352· Κεραμεύς/Κονδύλης/Νίκας (- Κιουπτσίδου - Στρατουδάκη), ΚΠολΔ², 1019, αρ. 3· Βαθρακοκοίλης, ΕρμΚΠολΔ, άρθ.1019, αρ. 14· Διαμαντόπουλος, ΕπΑκ 2020, σ. 493-494· Χατζηδημητρίου, ΕπΑκ 2021, σ. 28-30.

59 ΜΠρΚατ 206/2019 ΕπΑκ 2020. 105· ΕιρΑθ 272/2020 ΕπΑκ 2020. 613· ΕιρΧαλκίδας 641/2019 Αρμ2020. 2050· ΕιρΖακ 12/2015 ΕφΑΔ 2015.366· ΕιρΛαρ 95/2011 ΕΠολΔ 2011.658 με σημ. Αρβανιτάκη· ΕιρΚρωπ 538/2007 Δ 2008. 428 με σημ. Μπέη· ΕιρΜεγάρων 20/2001 ΑρχΝ 2002.531· ΕιρΑθ 471/1990 Δ 1990. 433· ΕιρΑθ 756/1986 ΝοΒ 1986. 903· ΕιρΧρυσούπολης 5/1995 ΝΟΜΟΣ.

όμοιες κατά τα ουσιώδη στοιχεία τους με τις ως άνω ρυθμισμένες στην §2. Η ομοιότητα συνίστατο στην αντικειμενική νομική ή πραγματική αδυναμία του δανειστή να συνεχίσει την εκτελεστική διαδικασία. Έτσι, στις εν λόγω αρρυθμιστές αυτές περιπτώσεις συντρέχει η ταυτότητα του νομικού λόγου που για λόγους ισότητας επιβάλλει ρύθμιση επί της αρρυθμιστής περίπτωσης όμοια με τις ρυθμισμένες στην §2. Στο πλαίσιο αυτό, έγινε δεκτό ότι δεν συνυπολογίζονται (δηλαδή αφαιρούνται) από τον χρόνο διαδρομής της προθεσμίας, περιπτώσεις αδράνειας:

(α) λόγω αναστολής ατομικών διώξεων μετά από κήρυξη του οφειλέτη σε πτώχευση⁶⁰ και μέχρι την περάτωση της⁶¹ ή μετά από υπαγωγή του σε ειδική εκκαθάριση (άρθ. 46 § 4 ν. 1892/1990)⁶² ή σε ειδική διαχείριση (ν. 4307/2014)⁶³.

60 Γέσιου - Φαλτσή, ΔικΑνΕκτ Ια³, §56, αρ. 14, σ. 350 · Νίκας, ΔικΑνΕκτ ΙΙ² § 44, αρ. 6 και σημ. 20, σ. 289· Κεραμεύς/Κονδύλης/Νίκας (-Νικολόπουλος) ΚΠολΔ ΙΙ¹, άρθ. 1019, αριθ. 6· Απαλαγάκη (-Πλεύρη) ΕρμΚΠολΔ⁶ άρθ. 1019, αρ. 3, σ. 3351-3352· Μπρίνιας, (γνμδ), ΝοΒ 1982. 176 επ., 179· Ευστρατιάδης, Αρμ2005, σ. 1891· ΜΠρΑθ 807/2020 ΕπΑκ 2020.611· ΕιρΝαυπλίου 291/2020 Αρμ 2020.2056· ΕιρΧαλκίδας 641/2019 Αρμ2020. 2050· ΕιρΛαμ 32/2009 ΑρχΝ 2009.352 σημ. Νικολαΐδη· ΕιρΚορ 300/1977 ΑρχΝ 1977.721. Ορθή η επισήμανση ότι ο μη συνυπολογισμός ισχύει για τους ανέγγυους πιστωτές επειδή μόνοι εκείνοι καταλαμβάνονται από την αρχή της αναστολής των ατομικών διώξεων κατά του οφειλέτη: Μαργαρίτης ΕρμΚΠολΔ² άρθ. 1019, αρ. 6· Κεραμεύς/Κονδύλης/Νίκας (- Κιουπτσίδου - Στρατουδάκη), ΚΠολΔ², 1019, αρ. 3· Χατζηδημητρίου, ΕπΑκ 2021, σ. 29-30, σημ. 85. Επομένως, δεν αναστέλλεται η προθεσμία της έναντι του ενέγγυου πιστωτή, ο οποίος μπορεί να προβεί σε ανατροπή, συνυπολογίζοντας στην προθεσμία του άρθ. 1019 §1 και το διάστημα κατά το οποίο ο οφειλέτης τελούσε σε πτώχευση· βλ. Τσαντίνη, Υπολογίζεται ο χρόνος της πτώχευσης του οφειλέτη στις προθεσμίες για την ανατροπή της κατάσχεσης; Δ 1999, σ. 933 επ., 936 - 937.

61 Κατά το άρθ. 189 §1, 191 §1 και 3 ν. 4738/2020 περάτωση της πτώχευσης επέρχεται με την εκποίηση όλων των στοιχείων του ενεργητικού της και τη διανομή του προϊόντος των εκποιήσεων στους πιστωτές, με την παύση των εργασιών της λόγω της έλλειψης ενεργητικού ή λόγω της εξόφλησης όλων των πτωχευτικών πιστωτών κατά το κεφάλαιο και τόκους μέχρι την κήρυξη της πτώχευσης ή αυτοδικαίως με την άροδο έντε ετών από την κήρυξη της πτώχευσης (άρθ. 191 § 3). Οι πιστωτές αναλαμβάνουν τα ατομικά καταδιωκτικά μέτρα, εκτός αν ο οφειλέτης έχει απαλλαγεί σύμφωνα με το άρθ. 192 (άρθ. 191 §2 εδ. β').

62 Μάζης, Ανατροπή κατάσχεσης κατ' άρθρο 1019 ΚΠολΔ λόγω παρόδου έτους από την κατάσχεση, (γνμδ), ΕΠολΔ 2017, σ. 262 επ., 263· Νίκας, ΔικΑνΕκτ ΙΙ² § 44, αρ. 6 και σημ. 20, σ. 289· Αρβανιτάκης, σημ. στην ΕιρΛαρ 95/2011 ΕΠολΔ 2011.658· Μαργαρίτης, ΕρμΚΠολΔ ΙΙ², άρθ. 1019, αρ.6· Χατζηδημητρίου, σ. 30, σημ. 85· ΕιρΚρωπ 538/2007 Δ 2008.428 με σημ. Κ.Ε.Μ[πέη].

63 χωρεί αναλογική εφαρμογή του άρθ. 1019 § 2 λόγω αναστολής των ατομικών διώξεων κατ' άρθ. 72 §1 ν. 4307/2014: Μάζης, Ανατροπή κατάσχεσης κατ' άρθρο 1019 ΚΠολΔ λόγω παρόδου έτους από την κατάσχεση, (γνμδ), ΕΠολΔ 2017, 262 επ., σ. 263· Χατζηδημητρίου, ΕπΑκ 2021, σ. 29-30, σημ. 85.

- (β) λόγω αδυναμίας (κατά το προϊσχύσαν δίκαιο⁶⁴) συνέχισης της εκτέλεσης κατά το διάστημα από τη δημοσίευση της απόφασης του πρωτοβάθμιου δικαστηρίου που ακύρωσε την κατάσχεση, έως τη δημοσίευση της απόφασης του δευτεροβάθμιου δικαστηρίου που δέχθηκε την έφεση και εξαφάνισε των πρωτοβάθμια απόφαση⁶⁵.
- (γ) λόγω ελλείψεως πλειοδοτών πλειστηριασμού που ματαιώθηκε μέχρι και τη νέα ημερομηνία διενέργειάς του, ακόμα και χωρίς να έχει υπάρξει απόφαση των άρθ. 966 §§3 και 4⁶⁶, επειδή στη διαγωγή του επισπεύδοντος δεν ενυπάρχει πρόθεση εγκατάλειψης της εκτέλεσης,
- (δ) λόγω νομοθετικής αναστολής πλειστηριασμών για διάφορες αιτίες όπως εξαιτίας της διενέργειας εκλογών⁶⁷, χάριν προστασίας συγκεκριμένων κατηγοριών οφειλετών⁶⁸ και εξαιτίας της προσωρινής αναστολής λειτουργίας των δικαστηρίων στο πλαίσιο των έκτακτων μέτρων για την αντιμετώπιση της πανδημίας του κορωνοϊού COVID-19⁶⁹.

64 Βλ. ο.π. (σημ. 36).

65 Μπρίνιας, ΑνΕκτ² § 662α, σ. 2195-2196· Κεραμεύς/Κονδύλης/ Νίκας (-Νικολόπουλος), άρθρ. 1019 αριθ. 6· Νίκας, ΔικΑνΕκτ Ι² § 44, αρ. 6 και σημ. 21, σ. 289· Διαμαντόπουλος, ΕπΑκ 2020, σ. 494· Βαθρακοκόιλης, ΕρμΚΠολΔ, άρθ. 1019 αρ. 14· Ευστρατιάδης, Αρμ 2005, σ. 1891· ΕιρΑθ 471/1990 Δ 1990.432 με παρατ. Πανοπούλου. Αντιθ. Τσικρικάς, Συνυπολογισμός του χρόνου καθυστέρησης της αναγκαστικής εκτελέσεως στις προθεσμίες ανατροπής της κατασχέσεως κατά τη διάταξη του άρθρου 1019 ΚΠολΔ λόγω διορθώσεως του προγράμματος πλειστηριασμού, Δ 1995.98 επ., σ. 101: Η καθυστέρηση εξαιτίας ακύρωσης πράξης της αναγκαστικής εκτέλεσης αποδίδεται σε σφάλμα (δηλαδή ανάγεται σε υπαιτιότητα) του επισπεύδοντος και πρέπει να συνυπολογίζεται στην προθεσμία.

66 Νίκας, ΔικΑνΕκτ Ι² § 44, αρ. 6, σ. 289· Κεραμεύς/Κονδύλης/Νίκας (- Κιουπτισίδου - Στρατουδάκη), ΚΠολΔ², 1019, αρ. 3· Απαλαγάκη (- Πλεύρη), ΕρμΚΠολΔ⁶, άρθ. 1019, 3352· Ευστρατιάδης, σ. 1891-1892· Ποταμίτης, παρατ. στην ΕιρΖακύνθ 12/2015 ΕφΑΔ 2015. 370 επ., 371-372· ΕιρΝαυπλίου 291/2020 Αρμ 2020. 2056· ΕιρΧαλκίδας 641/2019 Αρμ2020.2050· ΕιρΚω 252/2019 ΝΟΜΟΣ· ΕιρΚρωπ 1/2012 ΤΝΠ ΔΣΑ· ΕιρΚρωπ 603/2012 ΤΝΠ ΔΣΑ· ΕιρΑθ 756/1986 ΝοΒ 1986.903· αντίθ. ΜΠρΚατ 206/2019 ΕπΑκ 2020.105· ΕιρΛαρ 42/2017 ΤΝΠ ΔΣΑ.

67 ΜΠρΑθ 807/2020 ΕπΑκ 2020. 611· ΜΠρΚατ 206/2019 ΕπΑκ 2020.105· ΕιρΑθ 272/2020 ΕπΑκ 2020. 613· ΕιρΝαυπλίου 291/2020 Αρμ 2020. 2056· ΕιρΘεσ 249/2019 αδημ· ΕιρΧαλκίδας 641/2019 Αρμ2020. 2050· ΕιρΚω 252/2019 ΝΟΜΟΣ· ΕιρΛαυρίου 23/2019 αδημ· ΕιρΧρυσουπολης 5/1995 ΝΟΜΟΣ.

68 ΕιρΛαρ 272/2020 ΤΝΠ ΔΣΑ· ΕιρΛαμ 26/2019 ΝΟΜΟΣ· ΕιρΛαμ 553/2017 ΝΟΜΟΣ· ΕιρΖακ 12/2015 ΕφΑΔ 2015.366· ΕιρΛαρ 95/2011 ΕφΑΔ 2011.658 με αναφορά στις ρυθμίσεις περί νομοθετικής αναστολής πλειστηριασμών κατά την περίοδο της οικονομικής κρίσης: ΠΝΠ 181/16.09.2009, Ν 3814/2010, Ν 3858/2010, ΠΝΠ 04.01.2011/ΦΕΚ Α/04.01.2011, Ν 3986/2011, ΠΝΠ 16.12.2011/ΦΕΚ Α' 262 16.12.2011, ΠΝΠ 18.12.2012/ΦΕΚ Α' 246/18.12.2012, Ν. 4128/2013, ΥΑ 49214/21.07.2015.

69 βάσει της 864/15.3.2020 ΚΥΑ, που προβλέπει στο 3ο άρθρο παρ. 1 γ', αναστολή των διαδικασιών εκτέλεσης και της διενέργειας πλειστηριασμών προς αντιμετώπιση των συνεπειών

(ε) λόγω αποχής από τα καθήκοντά τους των δικηγόρων⁷⁰ ή των συμβολαιογράφων ως υπαλλήλων πλειστηριασμών⁷¹ και γενικά λόγω οποιασδήποτε άλλης αιτίας νομικής ή πραγματικής αδυναμίας συνέχισης της εκτελεστικής διαδικασίας από τον επισπεύδοντα⁷².

Στις πιο πάνω περιπτώσεις τα χρονικά διαστήματα προβλεπόμενης από το νόμο αναγκαστικής αδράνειας της διαδικασίας γινόταν και γίνεται δεκτό ότι δεν συνυπολογίζονταν στην προθεσμία της §1, ακόμα και αν δεν προβλέπονταν ρητώς στην § 2. Και τούτο, διότι ο δανειστής εμποδιζόταν από το νόμο ή από δικαστική απόφαση⁷³, δηλαδή για λόγους μη οφειλόμενους σε δική του αδράνεια, να συνεχίσει την διαδικασία εκτέλεσης.

II. Η κρίσιμη μεταβολή: Διεξαγωγή πλειστηριασμού σε συγκεκριμένο χρόνο και αυτοδίκαιη αδρανοποίηση της διαδικασίας.

Με το ν. 4335/2015 περιορίστηκε περαιτέρω η ήδη περιορισθείσα με το ν. 2298/1995 πρωτοβουλία του επισπεύδοντος να ορίσει τον χρόνο διεξαγωγής του πλειστηριασμού. Τούτο συνέβη αφενός με τη ρύθμιση περί υποχρεωτικού ορισμού της ημερομηνίας του πλειστηριασμού επτά μήνες από την περάτωση της κατάσχεσης και πάντως όχι μετά την παρέλευση οκτώ μηνών από την ημέρα αυτή για τα ακίνητα και πέντε με έξι μήνες αντίστοιχα για τα κινητά (954 §2 περ. ε' και 993 § 2 εδ. πρώτο) και αφετέρου σε περίπτωση δήλωσης συνέχισης του πλειστηριασμού, περί υποχρεωτικού ορισμού της ημερομηνίας του εντός

του κορωνοϊού (COVID-19) και του άρθρ. 74 §11,12,13 ν. 4690/2020 που προβλέπει τον μη συνυπολογισμό του διαστήματος της προσωρινής αναστολής και του διαστήματος, που απαιτήθηκε για επαναπροσδιορισμό του πλειστηριασμού, στην αμέσως ανωτ. περίπτωση. βλ. και Κεραμείς/Κονδύλης/Νίκας (- Κιουπτσίδου - Στρατονδάκη), ΚΠολΔ², 1019, αρ. 3. Ειδικές διατάξεις περί αναστολής των διαδικασιών εκτέλεσης και ορισμού της ημέρας των πλειστηριασμών για τον ίδιο ως άνω λόγο προβλέπει η διάταξη του άρθρ. 83 §§1,11,12,13 ν. 4790/2021 όπως ερμηνεύτηκε από το άρθρ. 25 του ν. 4792/2021.

70 ΕιρΑθ 2171/1991 ΑρχΝ 1992.145· βλ. όμως και *Ευστρατιάδη*, Αρμ 2005, σ. 1892 υπό την προϋπόθεση βέβαια ότι ο ενδιαφερόμενος ζήτησε σχετική άδεια από τον οικείο Δικηγορικό Σύλλογο, προκειμένου να επιτραπεί η παράσταση του δικηγόρου, πλην αλυσιτελώς· αντίθ. *Μαργαρίτης*, ΕρμΚΠολΔ ΙΙ², άρθρ. 1019, αρ.6· ΕιρΚαβ 217/2017 ΕΠολΔ 2017.288: δεν αφαιρείται και ο χρόνος της αποχής των δικηγόρων, αφού η εντολή στο συμβολαιογράφο κατ' άρθρο 59 §1 ν.δ. 17.7/13.8.1923 μπορούσε να παρασχεθεί και από μη δικηγόρο.

71 ΜΠρΚατ 206/2019 ΕπΑκ 2020. 105.

72 *Νίκας*, ΔικΑνΕκτ ΙΙ² § 44, αρ. 6, σ. 290· βλ. π.χ. ΕιρΧρυσούπολης 5/1995 ΝΟΜΟΣ: η ρύθμιση της οφειλής της αιτούσας οφειλέτριας που ακινητοποίησε την διαδικασία μετά την κατάσχεση και έγινε προς το συμφέρον της και μετά από πρόταση και παράκλησή της, δεν ανάγεται σε αδράνεια ή αμέλεια του καθ' ου επισπεύδοντος με αποτέλεσμα την αποδυνάμωση του δικαιώματος αυτής προς υπολογισμό του χρονικού αυτού διαστήματος στην προθεσμία της §1 (αναστολή κατ' άρθρ. 1019 §2 του χρονικού διαστήματος της ρύθμισης).

73 Βλ. και π.κ. Γ.ΙΙΙ.1

δυο (2) και πάντως όχι μετά την παρέλευση τριών (3) μηνών από την ημέρα της δήλωσης αυτής (973 §1 εδ. δεύτερο). Αντίστοιχη ρητή διάταξη απουσιάζει στις περιπτώσεις που ο πλειστηριασμός επισπεύδεται από άλλο δανειστή (973 §3) ή μετά από δικαστική υποκατάσταση (973 §§ 4,5) και γίνεται δεκτό με ερμηνεία, ενόψει των προθεσμιών υποβολής αντιρρήσεων κατά της δήλωσης συνέχισης του άρθ. 973 §6, ότι ο υποχρεωτικός καθορισμός του χρόνου διεξαγωγής του πλειστηριασμού κατ' άρθ. 973 §1 εδ. β' εφαρμόζεται αναλόγως στις ανωτέρω περιπτώσεις⁷⁴.

Μάλιστα, η επιτακτική διατύπωση των ανωτέρω διατάξεων για τον υποχρεωτικό καθορισμό του χρόνου διεξαγωγής του πλειστηριασμού εντός των προβλεπόμενων ορίων θεωρείται ότι ισοδυναμεί με ρητή απειλή ακυρότητας, ώστε η παραβίασή τους δια του ορισμού χρόνου εκτός των ορίων αυτών (νωρίτερα ή αργότερα) να προκαλεί ακυρότητα ανεξαρτήτως δικονομικής βλάβης (159 αρ. 1)⁷⁵.

Παρά τις ανωτέρω νέες ρυθμίσεις, ο ν. 4335/2015 και οι μεταγενέστεροι τροποποιητικοί του ΚΠολΔ νόμοι δεν επέφεραν τροποποιήσεις στη διάταξη του άρθ. 1019 ΚΠολΔ ενώ καμία αλλαγή δεν επήλθε σε αυτό ούτε με τους ν. 4512/2018 και 4842/2021 με τους οποίους τροποποιήθηκαν εκ νέου σειρά διατάξεων του βιβλίου της αναγκαστικής εκτέλεσης⁷⁶. Ιδίως δεν περιέλαβαν προσθήκη στην §2 που να εξαιρεί τα ως άνω νομοθετημένα «νεκρά» διαστήματα (954 §2 περ. ε', 993 § 2 εδ. πρώτο, 973 §1 εδ. δεύτερο και 973 §§3-6) μέχρι την διεξαγωγή του πλειστηριασμού από την προθεσμία ανατροπής της §1. Εξαιτίας της νομοθετικής αυτής παράλειψης προκλήθηκε διχογνωμία σχετικά με το ζήτημα αν τα ανωτέρω «νεκρά» χρονικά διαστήματα της διαδικασίας συνυπολογίζονται ή όχι στις προθεσμίες της §1.

74 Γέσιου – Φαλτσή, ΔικΑνΕκτ Πα³, §59, αρ. 79, σ. 505.

75 Γέσιου – Φαλτσή, ΔικΑνΕκτ Πα³, §59, αρ. 80, σ. 505.

76 Χατζηδημητρίου, ΕπΑκ 2021 σ. 20.

III. Συνυπολογισμός ή εξαίρεση των «νεκρών» διαστημάτων από την προθεσμία ανατροπής;

1. Η άποψη περί εξαίρεσης (μη συνυπολογισμού) και ο σχολιασμός της

Κατά μία άποψη η οποία είναι ήδη διαδεδομένη στη νομολογία⁷⁷ οι ανωτέρω ρυθμίσεις του ν. 4335/2015 συνιστούν νέες τυπικές περιπτώσεις νομικής αδυναμίας συνέχισης της εκτελεστικής διαδικασίας από τον επισπεύδοντα δανειστή, αρρυθμιστες από την § 2 του άρθ. 1019. Μάλιστα, επειδή πρόκειται για μεταγενέστερες του άρθ. 1019 περιπτώσεις ανακύπτει εδώ δευτερογενές ή επιγενόμενο κενό δικαίου⁷⁸.

Στις περιπτώσεις των άρθ. 954 §2 περ. ε', 993 § 2 εδ. πρώτο μετά τον ορισμό υποχρεωτικής προθεσμίας πλειστηριασμού πέντε και επτά και πάντως όχι πέρα από τους έξι και οκτώ μήνες αντίστοιχα από την κατάσχεση όσο και του άρθ. 973 §1 εδ. δεύτερο ΚΠολΔ μετά την δήλωση συνέχισης του πλειστηριασμού και υποχρεωτικού ορισμού της εντός δυο και πάντως όχι μετά την παρέλευση τριών μηνών από την ημέρα της δήλωσης αυτής, είναι πλέον προφανές ότι, κατά το ως άνω εκ του νόμου προβλεπόμενο χρονικό διάστημα κατά το οποίο έχει οριστεί η ημερομηνία του πλειστηριασμού και αυτός εκκρεμεί, ο κατασχών επισπεύδων (στην πρώτη περίπτωση) και ο επισπεύδων με δήλωση συνέχισης (στην δεύτερη περίπτωση και στις λοιπές περιπτώσεις που η ρύθμιση επεκτείνεται αναλόγως⁷⁹) δεν αδρανεί, αφού είναι υποχρεωμένος εκ του νόμου να περιμένει την παρέλευση της νόμιμης προθεσμίας για την διεξαγωγή του πλειστηριασμού. Έτσι, το ανωτέρω χρονικό διάστημα ο επισπεύδων ευρίσκεται σε νομική αδυναμία και σε αυτοδίκαιη (εκ του νόμου, επομένως δε και ανυπαίτια) αδράνεια.

⁷⁷ Ως προς την περίπτωση του άρθ. 954 §2 περ. ε' και 993 §2 εδ. πρώτο: ΕιρΧαλανδρίου 28/2018 ΝοΒ 2018.1059 με σύμφ. σημ. Χατζηγιάννου· ΕιρΝαυπλίου 291/2020 Αρμ 2020. 2056 επ. με σύμφ. σχόλιο Πεβολίδη· ΕιρΧαλκίδας 641/2019 Αρμ2020. 2050· ΕιρΘεσ 249/2019 αδημ.· ΕιρΚω 252/2019 ΝΟΜΟΣ· ΕιρΛαυρίου 23/2019 αδημ. Ως προς την περίπτωση του άρθ. 973 §1 εδ. β' βλ. ΕιρΝαυπλίου 291/2020 ο.π.· ΕιρΧαλκίδας 641/2019 ο.π.· ΕιρΚω 252/2019 ΝΟΜΟΣ. Πρβλ. και Γέσιου – Φαλτσή, ΔικΑνΕκτ Πα³, §56, αρ. 4, σ. 346: «ενόψει των υποχρεωτικών χρονικών ορίων που προβλέφθηκαν για τη διενέργεια του πλειστηριασμού από το ν. 4335/2015, μπορούμε να οδηγηθούμε στην πρόγνωση ότι ο θεσμός θα γνωρίσει και περαιτέρω πρακτική συρρίκνωση».

⁷⁸ Για την έννοια του δευτερογενούς ή επιγενόμενου κενού δικαίου βλ. ενδεικτικά Παπανικολάου, Μεθοδολογία του Ιδιωτικού Δικαίου και Ερμηνεία των Δικαιοπραξιών, 2000, σ. 239-240, αρ. 341-342· Engisch, Εισαγωγή στη νομική σκέψη³, σ. 175· Larenz/Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft³, σ. 200· Canaris, Die Feststellung von Lücken im Gesetz², σ. 135 επ.

⁷⁹ Βλ. ο.π. (σημ. 74).

Πράγματι, η θεώρηση της ανατροπής ως οιονεί ποινής⁸⁰ για τον αδρανούντα επισπεύδοντα δανειστή, οδηγεί ευλόγως σε αναζήτηση και του στοιχείου της υπαιτιότητάς του ως προϋπόθεσης για την απαγγελία της ανατροπής. Εάν επομένως η προϋπόθεση αυτή ελλείπει, επειδή ο επισπεύδων εμποδίζεται από νομικό λόγο να προχωρήσει σε πλειστηριασμό όσο η προθεσμία ανατροπής τρέχει, η «ποινή» δεν μπορεί να επιβληθεί⁸¹. Δηλαδή στη διάταξη της §2 ανιχνεύεται η νομοθετική εξειδίκευση της γενικής αρχής να μην υποχρεούνται κανείς στα αδύνατα, ώστε να μην συνυπολογίζονται στις ανωτέρω προθεσμίες εκείνα τα χρονικά διαστήματα απροσδιόριστης χρονικής διάρκειας, κατά τα οποία εκ του νόμου παρεμποδίζεται και αδρανεί η εκκρεμής διαδικασία του πλειστηριασμού⁸². Στις περιπτώσεις των άρθρ. 954 §2 περ. ε', 993 § 2 εδ. πρώτο, 973 §1 εδ. δεύτερο ο επισπεύδων βρίσκεται σε νομική, πρωτίστως, αλλά και πραγματική, συνακόλουθα, αδυναμία να προβεί στον πλειστηριασμό πριν την παρέλευση του οριζόμενου από τις ανωτέρω διατάξεις χρονικού διαστήματος. Υπ' αυτές τις συνθήκες δεν μπορεί να του αποδοθεί η μομφή της αδράνειας, μομφή απαραίτητη όμως για την διαδρομή της προθεσμίας της §1 που οδηγεί στην ανατροπή της κατάσχεσης⁸³. Το αντικειμενικό αυτό εμπόδιο προόδου της διαδικασίας με πρωτοβουλία του επισπεύδοντος δεν μπορεί να έχει παραβλέψει ο νομοθέτης. Και τούτο, διότι, αν υποτεθεί το αντίθετο, ότι δηλαδή ο νομοθέτης ηθέλησε πράγματι να συνυπολογίζεται στην ενιαύσια προθεσμία της §1 το χρονικό διάστημα αναμονής του επισπεύδοντος μέχρι την οριζόμενη κατά το νόμο ημερομηνία πλειστηριασμού (που μπορεί να φτάσει τους οκτώ μήνες από την κατάσχεση) καθώς και το χρονικό διάστημα του εκ νέου ορισμού του με δήλωση συνέχισης (που μπορεί να φτάσει τους τρεις μήνες από την σχετική δήλωση), τότε ευθέως αποδίδεται στο νομοθέτη η πρόθεση να διαμορφώσει ασφυκτικό χρονοδιάγραμμα για τη διενέργεια του πλειστηριασμού, εφαρμοζόμενο αδιακρίτως τόσο επί του επιμελούς όσο και επί του αμε-

80 Μπρίνιαν, ΑνΕκτ², άρθρ. 1019, § 659, σ. 2180 και § 662α, σ. 2193· Μαργαρίτης, ΕρμΚΠολΔ², 1019, σημ. 1· Νικολόπουλος, Η συνέπεια της ανατροπής της κατασχέσεως επί του πλειστηριασμού, ΝοΒ 1986, σ. 520 επ., 520· Διαμαντόπουλος, ΕπΑκ2020, σ. 491· Ευστρατιάδης, Αρμ 2005, σ. 1882· Χατζηδημητρίου, ΕπΑκ2021, σ. 25, σημ. 56 και σ. 29, σημ. 78· ΕιρΝαυπλίου 291/2020 Αρμ 2020. 2056 με σχόλιο Ρεβολίδη· ΕιρΛαυρίου 23/2019 αδημ· ΕιρΛαρ 95/2011 ΕΠολΔ 2011.658 με σημ. Αρβανιτάκη· ΕιρΧρυσούπολης 5/1995 ΝΟΜΟΣ· βλ. και Τσικρικά, Συνυπολογισμός του χρόνου καθυστέρησης της αναγκαστικής εκτέλεσης στις προθεσμίες ανατροπής της κατάσχεσης κατά τη διάταξη του άρθρου 1019 ΚΠολΔ λόγω διόρθωσης του προγράμματος πλειστηριασμού, Δ 1995, σ. 98 επ., 100· απόδοση της καθυστέρησης σε υπαιτιότητα του επισπεύδοντος· Τσαντίνη, Υπολογίζεται ο χρόνος της πτώχευσης του οφειλέτη στις προθεσμίες για την ανατροπή της κατάσχεσης; Δ1999, σ. 933 επ·

81 Πρβλ. ΕιρΑθ 756/1986 ΝοΒ 1986, 903 επ.

82 Ευστρατιάδης, Αρμ 2005, σ. 1890.

83 Ρεβολίδης, σχόλιο στην ΕιρΝαυπλίου 291/2020 Αρμ 2020. 2056 επ., 2062.

λούς ή κακόπιστου επισπεύδοντος, χωρίς την τήρηση του οποίου επαπειλείται η ανατροπή της κατάσχεσης. Μια τέτοια ρύθμιση, που ισοδυναμεί με οιοιδήποτε ποινή επί του αδρανούς αλλά και του επιμελούς επισπεύδοντος αδιακρίτως, είναι αντίθετη με την λειτουργία και το σκοπό της ανατροπής ως οιοιδήποτε ποινής της αδράνειας του αμελούς ή κακόπιστου επισπεύδοντος.

Τα ουσιώδη χαρακτηριστικά των περιπτώσεων αυτών είναι όμοια με τα χαρακτηριστικά των περιπτώσεων που προβλέπονται στην §2 του άρθ. 1019, ώστε επ' αυτών να συντρέχει η ταυτότητα του νομικού λόγου που επιβάλλει, για λόγους ισότητας, την όμοια ρύθμιση με τις ρυθμισμένες στην § 2 του άρθ. 1019 αλλά και τις λοιπές προαναφερθείσες αρρυθμιστες περιπτώσεις που νομολογία και θεωρία έχουν δεχθεί ότι ρυθμίζονται από την § 2. Αντίθετη ερμηνεία θα είχε ως αποτέλεσμα ο επισπεύδων να υποχρεούται να επιτύχει νέο ευδόκιμο πλειστηριασμό εντός στενών χρονικών περιθωρίων (εναπομεινάντων τεσσάρων ή πέντε μηνών κι ακόμα πιο στενών εφόσον συνυπολογιστεί και το «νεκρό διάστημα» της δήλωσης συνέχισης), άλλως να εκπίπτει της κατάσχεσης και να πρέπει να επιβάλλει νέα και μάλιστα χωρίς η εξέλιξη αυτή να οφείλεται σε δική του αδράνεια, κάτι που δεν προκύπτει ότι ο νομοθέτης του ν. 4335/2015 επεδίωκε⁸⁴.

Αξίζει να σημειωθεί επιπλέον, ότι στο μέτρο που η προστασία από παρελκυστικές τακτικές του επισπεύδοντος μέσω της αποτροπής διαιώνισής της εκτελεστικής διαδικασίας, αποτελεί ρυθμιστικό σκοπό του άρθ. 1019, η νομοθετική επιλογή περιστολής της πρωτοβουλίας του να ορίζει την ημερομηνία του πλειστηριασμού όχι μόνο δεν απομακρύνει τον θεσμό από τον σκοπό αυτό, αλλά, αντιθέτως τον υπηρετεί. Και τούτο, διότι όσο περισσότερο περιορίζεται η πρωτοβουλία του επισπεύδοντος (υποκαθιστάμενη μάλιστα από την πρωτοβουλία του νομοθέτη), τόσο περιορίζονται τα περιθώρια παρελκυστικών τακτικών του. Εν ολίγοις, ο νομοθέτης, απομακρύνοντας χρονικά την διεξαγωγή του πλειστηριασμού, περιόρισε σημαντικά την αιτία που είχε προκαλέσει τη θεσμοθέτηση της ανατροπής⁸⁵.

2. Η αντίθετη άποψη περί συνυπολογισμού και ο σχολιασμός της

Η αντίθετη άποψη⁸⁶ δέχεται ότι η προθεσμία της §1 αναστέλλεται μόνον για τις προβλεπόμενες περιπτώσεις και για τα χρονικά διαστήματα της § 2, αναγνωρίζοντας, ωστόσο, ότι η εξαιρετική φύση και η περιοριστική απαρίθμηση

84 ΕιρΝαυπλίου 291/2020 Αρμ 2020. 2056 με σχόλιο Ρεβολίδη· ΕιρΧαλανδρίου 28/2018 ΝοΒ 2018.1059 με σύμφ. σημ. Χατζηγιάννου.

85 γεγονός που οδηγεί αναπόδραστα σε σκέψεις επαναξιολόγησής του σκοπού της βλ. π. κ. Δ.Π.

86 Διαμαντόπουλος, ΕπΑκ 2020, σ. 494-496· Χατζηδημητρίου, ΕπΑκ 2021, σ. 27 επ· Μάλλον προς αυτή την κατεύθυνση και η Κιουπτσίδου - Στρατουδάκη σε Κεραμέα/Κονδύλη/Νίκα, ΚΠολΔ², 1019 αρ. 3.

των περιπτώσεων αυτών δεν εμποδίζουν την με αναλογία επέκταση της ρυθμιστικής εμβέλειας της διάταξης και σε άλλες περιπτώσεις μη προβλεπόμενες στο άρθ. 1019 § 2, στις οποίες συντρέχει ταυτότητα του νομικού λόγου⁸⁷. Η ανάλογη εφαρμογή της διάταξης επί αρρύθμιστων περιπτώσεων θα πρέπει να χρησιμοποιείται μόνο όταν τίθενται σε κίνδυνο τα δικαιώματα του επισπεύδοντος μετά από αυστηρό έλεγχο⁸⁸. Και υποστηρίζει την θέση ότι τα υπό συζήτηση «νεκρά» διαστήματα των άρθ. 954 §2 περ. ε', 993 § 2 εδ. πρώτο και 973 §1 εδ. δεύτερο συνυπολογίζονται στην προθεσμία της §1. Την άποψη αυτή ακολούθησε μερίδα της νομολογίας⁸⁹.

Οι επιμέρους σκέψεις που στηρίζουν την άποψη αυτή παρατίθενται στη συνέχεια και ακολουθεί, κάτω από κάθε μία ξεχωριστά, ο κριτικός σχολιασμός τους, χάριν ενότητας και διευκόλυνσης της συζήτησης.

(i) Ο νομοθέτης, μη προβλέποντας αυτές τις διατάξεις ρητώς στην § 2, δεν ηθέλησε την επιμήκυνση της προθεσμίας ούτε την μετατόπιση της αφετηρίας της από την επιβολή της κατάσχεσης στην αρχικώς ορισθείσα ημερομηνία του πλειστηριασμού, διότι αν το είχε θελήσει θα το είχε ορίσει ρητά όπως π.χ. έπραξε υπό την αρχική μορφή του ΚΠολΔ/1968 (από 12μηνη σε 18μηνη)⁹⁰. Ορίζοντας, επομένως, ο νομοθέτης συγκεκριμένο χρόνο ορισμού και διενέργειας του πλειστηριασμού, τελούσε εν γνώσει του χρονικού πλαισίου της § 1, ώστε να μην μπορεί να γίνεται λόγος για ακούσιο (και συνεπώς διορθωτέο μέσω της ερμηνείας) κενό.

Όμως, δεν είναι η πρώτη φορά που δια του ν. 4335/2015 απέχει ο νομοθέτης από τη ρύθμιση μιας περίπτωσης στην §2 του άρθ. 1019, αφού η πλούσια προαναφερθείσα περιπτωσιολογία αντικειμενικής αδυναμίας επίσπευσης πλειστηριασμού εξαιτίας νομικών κωλυμάτων που ο ίδιος ο νομοθέτης κατά καιρούς εισήγαγε, χωρίς να φροντίζει ταυτόχρονα να ρυθμίσει τις παράπλευ-

87 Διαμαντόπουλος, ΕπΑκ 2020, σ. 493, 496· Χατζηδημητρίου, ΕπΑκ 2021, σ. 28-29.

88 Διαμαντόπουλος, ΕπΑκ 2020, σ. 496.

89 ΕιρΑθ 272/2020 ΕπΑκ 2020. 613· ΕιρΑθ 443/2019 εις <http://nomorama-nt.gr/data/documents/443-2019Anatrope-prothesmias-arthro-1019KPolD.pdf> · ΜΠρΑθ 807/2020 ΕπΑκ 2020.611, η οποία δεν περιέλαβε ρητή κρίση αλλά αντικατέστησε σχετικές αιτιολογίες της ΕιρΑθ 818/2020 που είχε δεχθεί την άποψη περί μη συνυπολογισμού. Σημειώνεται - για την πληρότητα της ανάλυσης - ότι η ανωτέρω απόφαση δέχθηκε ασκηθείσα έφεση, αν και κατά την απολύτως κρατούσα γνώμη, στις δίκες της ανατροπής δεν συγχωρούνται ένδικα μέσα (βλ. π.κ. Ε.Ι.).

90 Με το ν.δ. 958/1971 μειώθηκε σε ετήσια η προθεσμία της §1 επαναφέροντας ο νομοθέτης την προθεσμία που ίσχυε υπό την ΠολΔ1835. Και τούτο, διότι κρίθηκε πως το χρονικό διάστημα του έτους επαρκεί, ώστε ο επισπεύδων δανειστής να αποπερατώσει την εκτελεστική διαδικασία από την κατάσχεση έως και τον πλειστηριασμό: Διαμαντόπουλος, ΕπΑκ 2020, σ. 495· Χατζηδημητρίου, ΕπΑκ 2021, σ. 25 σημ. 53.

ρες επιπτώσεις επί του θεσμού της ανατροπής⁹¹, δεν αποδεικνύει μια σταθερή βούληση εκούσιας αποχής από συγκεκριμένη ρύθμιση, αλλά, αντιθέτως, την χρόνια αβλεψία και τα συνακόλουθα ακούσια κενά, τα οποία, άλλωστε κατά καιρούς επισημαίνονταν από τη θεωρία και ρυθμίζονταν με αναλογία από τη νομολογία. Αν η στην, υπό κανονικές συνθήκες νομοθέτησης, παράλειψη του νομοθέτη να συμπεριλάβει στην §2 τις προαναφερθείσες κατά καιρούς αρρυθμιστες περιπτώσεις νεκρών διαστημάτων ήταν ακούσια, κατά μείζονα λόγο η παράλειψη περίληψης στην §2 των «νεκρών» διαστημάτων των άρθ. 954 §2 περ. ε', 993 § 2 εδ. πρώτο και 973 §1 εδ. δεύτερο, ανάγεται σε αβλεψία δεδομένων των πρωτόγνωρων έκτακτων (μη κανονικών) συνθηκών υπό τις οποίες ο ν. 4335/2015 εσπευσμένως νομοθετήθηκε⁹². Επομένως, η διαπίστωση ακούσιου κενού, που επιτρέπει κατ' αρχήν την ανάλογη εφαρμογή της §2 στις ως άνω αρρυθμιστες περιπτώσεις, συνάγεται ευχερώς από τις περιστάσεις νομοθέτησης του ν. 4335/2015.

(ii) Η προθεσμία της §1 ήταν 18μηνι στον ΚΠολΔ1968 και μειώθηκε σε ετήσια από το ν.δ. 958/1971, επειδή είχε κριθεί ότι το χρονικό διάστημα του έτους επαρκεί, ώστε ο επισπεύδων δανειστής να αποπερατώσει την εκτελεστική διαδικασία από την κατάσχεση έως και τον πλειστηριασμό. Αν, λοιπόν, ο νομοθέτης του ν. 4335/2015 ήθελε είτε την επιμήκυνση της ενιαύσιος προθεσμίας κατά τα νεκρά διαστήματα των άρθ. 954 §2 περ. ε', 993 § 2 εδ.

91 Βλ. ο.π. Γ.Ι.

92 Βλ. ΤρΕφΑθ 3087/2017 ΝοΒ 2017. 2087 (2088): «Ο νόμος αυτός ψηφίστηκε υπό δραματικές συνθήκες μετά την επιβολή καθεστώτος Κεφαλαιακού Ελέγχου (*Capital control*) στις τράπεζες και σε εφαρμογή της από 12.7.2015 απόφασης της Συνόδου των Αρχηγών Κρατών της Ευρωζώνης που κυρώθηκε με τον νόμο 4334/16.7.2015 και αφού η Ελλάδα στο πλαίσιο της συμφωνίας αυτής ανέλαβε την υποχρέωση να υιοθετήσει μέχρι τις 22.7.2015 (δηλαδή σε 10 ημέρες) Σχέδιο Κώδικα Πολιτικής Δικονομίας, το οποίο συμφωνήθηκε λόγω των ασφυκτικών χρονικών περιθωρίων να είναι το σχέδιο που είχε καταθέσει στη Βουλή των Ελλήνων η σχετική νομοπαρασκευαστική επιτροπή τον Νοέμβριο του 2014». Την εσπευσμένη και χωρίς την πλήρη και τελική νομοτεχνική επεξεργασία των διατάξεων του νομοσχεδίου, ψήφιση αυτού, εμμέσως πλην σαφώς συννομολογεί ο νομοθέτης στο προοίμιο (Α. Επί της αρχής) της ΑιτΕ ν. 4335/2015 (ΚΝοΒ 2015, σ. 760) ως εξής: «Με την από 12.7.2015 Απόφαση της Συνόδου των Αρχηγών των κρατών - μελών της Ευρωζώνης που κυρώθηκε με τον υπ' αριθμ. 4334/16.7.2015 νόμο (Α' 80) «Επείγουσες ρυθμίσεις και σύναψη συμφωνίας με τον Ευρωπαϊκό Μηχανισμό Στήριξης (Ε.Μ.Σ.), η Ελληνική Δημοκρατία δεσμεύτηκε, με τη σύμφωνη γνώμη των θεσμών, να υιοθετήσει μέχρι την 22 Ιουλίου 2015 Σχέδιο Κώδικα Πολιτικής Δικονομίας. Η Ελληνική Δημοκρατία συνεργαζόταν με τους Θεσμούς προς εξεύρεση κοινής και αποδεκτής λύσεως και προς τούτο έχει συστήσει Νομοπαρασκευαστική Επιτροπή για την τροποποίηση του Κώδικα Πολιτικής Δικονομίας. Όμως λόγω των ασφυκτικών χρονικών περιθωρίων το μοναδικό κείμενο το οποίο έχει λάβει τη σύμφωνη γνώμη των θεσμών είναι το σχέδιο νόμου «Τροποποιήσεις στον Κώδικα Πολιτικής Δικονομίας» που έχει κατατεθεί στη Βουλή των Ελλήνων το Νοέμβριο του 2014».

πρώτο, 973 §1 εδ. δεύτερο (όπως για παράδειγμα έπραξε υπό την αρχική μορφή του ΚΠολΔ1968, από 12μηνη σε 18μηνη), είτε την μετατόπιση της αφετηρίας της από την επιβολή της κατάσχεσης στην αρχικώς ορισθείσα ημερομηνία του πλειστηριασμού, θα το όριζε ρητά⁹³. Η αδυναμία ολοκλήρωσης της εκτελεστικής διαδικασίας λόγω μη επίτευξης κατακύρωσης καλύπτει πλήρως το δανειστή μέσω των εξαιρέσεων της § 2⁹⁴.

Όμως, η νομοθετική πρωτοβουλία και μεταβολή (από τους 12 μήνες της ΠολΔ1835 στους 18 μήνες του ΚΠολΔ1968 και πάλι στους 12 μήνες του ισχύοντος ΚΠολΔ) είχε λάβει χώρα⁹⁵ σε ένα ουσιαδώς διαφορετικό νομοθετικό περιβάλλον από εκείνο που διαμόρφωσε ο ν. 4335/2015. Με τους ΚΠολΔ1968 και 1971 ο πλειστηριασμός μπορούσε κατά κανόνα να οριστεί από τον επισπεύδοντα και να διενεργηθεί οποτεδήποτε⁹⁶ παρέχοντας στον επισπεύδοντα μεγάλα περιθώρια να δεσμεύσει το ακίνητο και να διαιωνίσει την διαδικασία. Σε αυτό το νομοθετικό περιβάλλον, πολύ πριν από τους πρώτους περιορισμούς που τέθηκαν αργότερα με το ν. 2298/1995, ο επισπεύδων παρέμενε σε θέση να επιτύχει την διενέργεια του πλειστηριασμού πολύ γρήγορα, αμέσως μετά την ολοκλήρωση της προδικασίας του⁹⁷. Το γεγονός αυτό κατέστησε την ενιαύσια προθεσμία ανατροπής εύλογη και επαρκή. Αντιθέτως, το νομοθετικό περιβάλλον μετά το ν. 4335/2015, όπου ο επισπεύδων υπόκειται πλέον στον περιορισμό του υποχρεωτικού ορισμού του χρόνου διεξαγωγής του πλειστηριασμού, δεν επιτρέπει την αδράνεια και την σκόπιμη διαιώνιση της διαδικασί-

93 Διαμαντόπουλος, ΕπΑκ 2020, σ. 495.

94 Διαμαντόπουλος, ΕπΑκ 2020, σ. 496.

95 Ο χρόνος ανατροπής υπολογιζόταν από την επιβολή της κατάσχεσης ανεξάρτητα αν ακολούθησαν αναγγελίες με τα προσόντα της αυτοτελούς κατάσχεσης. Η ανατροπή της επέφερε τη σύγχρονη ανατροπή και των αναγγελιών ακόμα και των δανειστών των εξοπλισμένων με εκτελεστό τίτλο: *Πίψου*, Η αναννελία δανειστή στην αναγκαστική εκτέλεση κατά τον ΚΠολΔ, 2001, σ. 446 - 447. Επομένως, η αύξηση της προθεσμίας είχε προκριθεί ως λύση, ώστε να χορηγηθεί επαρκές χρονικό περιθώριο προκειμένου η ανατροπή να επεκτείνεται και στους αναγγελμένους με εκτελεστό τίτλο δανειστές. Για την ανάλυση των εργασιών της Αναθεωρητικής Επιτροπής και της τροποποίησης της αρχικής ρύθμισης δια του ν.δ. 958/1971 βλ. αντί άλλων *Γέσιου - Φαλτσή*, ΔικΑνΕκτ Πα³ § 56, αρ. 46, σ. 366 και αρ. 47, σ. 367.

96 Εκτός αν εν τω μεταξύ είχε ανατραπεί η κατάσχεση ή διορθωνόταν το πρόγραμμα του πλειστηριασμού (παλαιό άρθ. 961): *Γέσιου - Φαλτσή*, ΔικΑνΕκτ Πα³, §59, αριθ. 77, α. 504.

97 Το αφετηριακό σημείο διεξαγωγής του πλειστηριασμού απαντάται από της εισαγωγής του ΚΠολΔ και στοχεύει, με την απειλή της ακυρότητας, στην παροχή του απαραίτητου χρόνου στους ενδιαφερομένους, προκειμένου να προβούν στις αναγκαίες γνωστοποιήσεις του πλειστηριασμού και στους τρίτους να προετοιμάσουν την αναγγελία τους ή τη συμμετοχή τους στην ή τη συμμετοχή τους στην πλειοδοσία· βλ. *Διαμαντόπουλο*, Ζητήματα τόπου και χρόνου διεξαγωγής αναγκαστικού πλειστηριασμού ακινήτου, Ερανισμοί και ανταποδόσεις Θέμιδος, τόμ. 2, 2014, σ. 345 επ., 357.

ας εκ μέρους του. Επειδή πλέον η διαδικασία μπορεί να ακινητοποιηθεί εκ του νόμου από εννέα μέχρι και έντεκα μήνες (8+3 μήνες το μέγιστο), δηλαδή για χρονικό διάστημα που προσεγγίζει την προθεσμία της § 1, η προθεσμία αυτή καθίσταται πλέον μη εύλογη και ανεπαρκής για τον επισπεύδοντα.

(iii) Υπό το νομοθετικό καθεστώς πριν από το ν. 4335/2015, που προέβλεπε ότι δεν μπορεί να διενεργηθεί πλειστηριασμός κινητών πριν την παρέλευση 15 ημερών και πάντως όχι μετά το τρίμηνο (άρθ. 959 § 4 εδ. πρώτο) και ακινήτων πριν την παρέλευση 40 ημερών από την κατάσχεση και πάντως όχι μετά το τετράμηνο, (άρθ. 998 §4 εδ. πρώτο) τα ως άνω χρονικά διαστήματα (15 ημερών – 3 μηνών ή 40 ημερών – 4 μηνών) δεν αφαιρούνταν από το χρόνο της ανατροπής της § 1 στον οποίο και συνυπολογίζονταν κανονικά⁹⁸.

Ωστόσο, η ως άνω ερμηνευτική σκέψη στηρίζεται σε ανόμοιες και επομένως μη συγκρίσιμες καταστάσεις. Συγκεκριμένα, το προϊσχύσαν δίκαιο δεν προέβλεπε ούτε υποχρεωτικό χρόνο διενέργειας του πλειστηριασμού, ούτε υποχρεωτική ακινητοποίηση της διαδικασίας για τον διάστημα μεταξύ της κατάσχεσης και της υποχρεωτικής ημερομηνίας διεξαγωγής του πλειστηριασμού, όπως συμβαίνει στο ισχύον δίκαιο. Αντιθέτως, μέχρι την προβλεπόμενη απώτατη προθεσμία ο επισπεύδων, σε εκδήλωση της πρωτοβουλίας του, μπορούσε ελεύθερα να ορίσει την ημερομηνία πλειστηριασμού το νωρίτερο δυνατό (την 16^η ή την 41^η ημέρα από την κατάσχεση). Ακόμα και αν ο επισπεύδων επέλεγε να εξαντλήσει το περιθώριο των 3 μηνών (στα κινητά) και των 4 μηνών (στα ακίνητα), το έπραττε και πάλι σε εκδήλωση της πρωτοβουλίας του και όχι ένεκα άτεγκτης νομικής υποχρέωσης (όπως το κάνει κατά το ισχύον δίκαιο), έχοντας επίγνωση ότι η επιλογή του αυτή αναλώνει τμήμα της προθεσμίας της §1 και θέτει σε κίνδυνο την πρωτοβουλία του λόγω του ενδεχομένου υποκατάστασης. Αυτό το περιθώριο πρωτοβουλίας του επισπεύδοντος υπό το προϊσχύσαν δίκαιο⁹⁹, ακόμα και με την ανεκτή εξάντληση των ανωτέρω χρονικών ορίων, αναγόταν στην δική του σφαίρα επιρροής, σε δική του υπαιτιότητα και αδράνεια και αυτονόητα συνυπολογιζόταν στην προθεσμία της §1 και δεν είχε υπαχθεί στο ρυθμιστικό πεδίο της §2. Δεν συγκρίνεται, επομένως, η ως άνω νομοθετική κατάσταση με την αντίστοιχη κατάσταση που διαμορφώθηκε υπό το ισχύον δίκαιο. Και τούτο, διότι τώρα πια ο επισπεύδων όχι μόνο δεν έχει την πρωτοβουλία επιλογής χρόνου διεξαγωγής του πλειστηριασμού σε

98 Χατζηδημητρίου, *ΕπΑκ* 2021, σ. 31· για την ιστορία των ρυθμίσεων βλ. ο.π. (σημ. 14).

99 Περιθώριο που ανάλογα με τις περιστάσεις μπορούσε να λάβει και πιο ακραίες μορφές, αφού ο ορισμός ημερομηνίας πλειστηριασμού μετά την ως άνω προθεσμία δεν τιμωρούνταν με ποινή ακυρότητας αλλά με ενδεχόμενη υποκατάσταση από έτερο αναγγελλθέντα δανειστή.

16 ή 41 ημέρες από την κατάσχεση, αλλά, τουναντίον, υποχρεούνται και μάλιστα επί ποινή ακυρότητας του πλειστηριασμού σε ημερομηνία μεταξύ του 7^{ου} και του 8^{ου} μήνα από την κατάσχεση και σε αυτοδίκαιη ακινησία. Συνεπώς, σε αντίθεση με το πριν από το ν. 4335/2015 καθεστώς, περιθώριο αυτενέργειας κι επομένως αδράνειας του επισπεύδοντος δεν υπάρχει, με αποτέλεσμα η μεταφορά οποιασδήποτε ερμηνευτικής σκέψης από το προϊσχύσαν δίκαιο στο πεδίο του τελείως διάφορου ισχύοντος δικαίου, να εγείρει επιφυλάξεις.

(iv) Νεκρό χρονικό διάστημα που χρήζει ρύθμισης με ανάλογη εφαρμογή της §2 είναι το κενό «απροσδιόριστης χρονικής διάρκειας» και νομικός λόγος αδυναμίας συνέχισης της αναγκαστικής εκτέλεσης δεν μπορεί να στηριχθεί στην υποχρεωτική νομική επιταγή για τον χρόνο ορισμού του πλειστηριασμού, αλλά σε (i) έκδοση απόφασης (ii) σε άσκηση ενδίκου μέσου (iii) σε κάποια έκτακτη ή μεταγενέστερη νομοθετική πρόβλεψη (π.χ. αναστολής πλειστηριασμών) που να επιφέρει αδυναμία του δανειστή¹⁰⁰.

Εντούτοις, το νεκρό διάστημα δεν είναι μόνο εκείνο που έχει χαρακτηριστικά διαστήματος απροσδιόριστης χρονικής διάρκειας. Και τούτο, διότι αδυναμία συνέχισης της εκτελεστικής διαδικασίας μπορεί να ανακύψει ακόμα και σε εκ των προτέρων προσδιορισμένο χρονικό διάστημα, το οποίο, όμως, συνυπολογιζόμενο στην προθεσμία, μπορεί να οδηγήσει σε ανεπιεική για τον μη αδρανούντα επισπεύδοντα ανατροπή της κατάσχεσης. Γι' αυτό, άλλωστε, συγκαταλέγεται στις περιπτώσεις «νεκρών» χρονικών διαστημάτων το ρητώς προβλεπόμενο στην §2 χρονικό διάστημα του Αυγούστου, αλλά και τα με

¹⁰⁰ Η ακριβής διατύπωση της ΕιρΑθ 443/2019 (ο.π. σημ. 89), στην οποία αποδίδεται η σχετική σκέψη: «Στις ως άνω προθεσμίες δεν υπολογίζονται τα χρονικά διαστήματα που αναφέρονται στην παρ. 2 του άρθρου 1019 ΚΠολΔ, αλλά για την ταυτότητα του νομικού λόγου, θα πρέπει η διάταξη αυτή να εφαρμόζεται αναλόγως και σε άλλες περιπτώσεις, κατά τις οποίες ο δανειστής βρίσκεται σε νομική ή πραγματική αδυναμία συνεχίσσεως της εκτελεστικής διαδικασίας, ενόψει του ότι ο νομοθέτης, κατά τη θέσπιση της παρ. 2 της 1019 ΚΠολΔ, θέλησε να μην συνυπολογίζονται στις ανωτέρω προθεσμίες εκείνα τα χρονικά διαστήματα απροσδιόριστου χρονικής διάρκειας, κατά τα οποία εκ του νόμου παρεμποδίζεται και αδρανεί η εκκρεμής διαδικασία του πλειστηριασμού. (...) Ο νομοθέτης με το Ν. 4335/2015 (...), όρισε υποχρεωτικά το διάστημα που πρέπει να περάσει από την ημέρα περάτωσης της κατάσχεσης έως την ημέρα του πλειστηριασμού, δεν επενέβη και δεν τροποποίησε αντιστοίχως και τη παράγραφο 2 του άρθρου 1019 ΚΠολΔ. Εδώ λοιπόν, δεν μπορεί να χαρακτηριστεί νεκρό χρονικό διάστημα και δη απροσδιόριστης χρονικής διάρκειας, όπως προεκτέθηκε σχετικώς στη μείζονα σκέψη της απόφασης, η υποχρεωτική νομική επιταγή για τον χρόνο ορισμού του πλειστηριασμού, ούτε νομικός λόγος αδυναμίας συνέχισης της αναγκαστικής εκτέλεσης, εφόσον δεν πρόκειται για έκδοση απόφασης ή άσκηση ενδίκου μέσου ή ακόμη ακόμη περί κάποιας έκτακτης ή μεταγενέστερης νομοθετικής πρόβλεψης (πχ αναστολής πλειστηριασμών), που να επιφέρει αδυναμία του δανειστή, αλλά για θεσμοθετημένο χρονικό διάστημα, που ορίζεται από το νόμο, και το οποίο ο νομοθέτης, δεν θέλησε να το αλλάξει, χωρίς επομένως να χωρεί νομική αναλογία.»

αναλογία ρυθμισμένα εκ των προτέρων προσδιορισμένα χρονικά διαστήματα διενέργειας εκλογών και αποχής των δικηγόρων και των συμβολαιογράφων από τα καθήκοντά τους. Περαιτέρω, ούτε η θέση, ότι νομικός λόγος αδυναμίας συνέχισης της αναγκαστικής εκτέλεσης δεν μπορεί να στηριχθεί στην υποχρεωτική νομική επιταγή για τον χρόνο ορισμού του πλειστηριασμού, έχει νομοθετικό ή ερμηνευτικό έρεισμα. Περιπτώσεις αρρυθμιστων «νεκρών» διαστημάτων διαπιστώθηκαν τόσο εξαιτίας δικαστικών αποφάσεων (π.χ. αναστολής) όσο και εξαιτίας νομοθετικών ρυθμίσεων (π.χ. αναστολή ατομικών δώξεων στις διαδικασίες αφερεγγυότητας). Για την διαπίστωση αντικειμενικής αδυναμίας συνέχισης της εκτελεστικής διαδικασίας κρίσιμος είναι ο απροσχεδιάστος από το νόμο χαρακτήρας της και όχι ο τρόπος πρόκλησής της.

(ν) Υπό το ισχύον νομοθετικό καθεστώς μετά το ν. 4335/2015 τα επίμαχα χρονικά διαστήματα των άρθρων 954 § 2 και 973 § 1 ΚΠολΔ συνυπολογίζονται κανονικά στο χρόνο της ανατροπής για λόγους ασφάλειας και ενότητας του Δικαίου σε συνδυασμό με το γεγονός ότι σκοπός των τροποποιήσεων των διατάξεων της αναγκαστικής εκτέλεσης από το ν 4335/2015 ήταν η απλοποίηση του συστήματος αυτής και η τάχιστη διεξαγωγή της εκτελεστικής διαδικασίας¹⁰¹.

Η ανωτέρω σκέψη δεν είναι ακριβής. Η απλοποίηση και η τάχιστη διεξαγωγή της αναγκαστικής εκτέλεσης αποτέλεσαν μεν ρητούς νομοθετικούς σκοπούς του ν. 4335/2015, όμως δεν συνδέθηκαν από το νομοθέτη με την ανατροπή της κατάσχεσης γενικά πόσω μάλλον με την ερμηνεία του άρθ. 1019 §2 ειδικά, ούτε εξυπηρετήθηκαν δια του θεσμού της ανατροπής, ο οποίος δεν αποτέλεσε αντικείμενο νομοθετικής τροποποίησης. Η απλοποίηση υλοποιήθηκε δια του περιορισμού των ενδίκων βοηθημάτων κατά της εκτέλεσης και η επιτάχυνση δια της προσδοκώμενης ολοκλήρωσης των δικών περί την εκτέλεση σε δύο στάδιο, το πρώτο εκ των οποίων - για τα ελαττώματα των μέχρι τότε διενεργηθεισών πράξεων - πριν τον πλειστηριασμό¹⁰². Αυτή ακριβώς ήταν και η αιτία της πρόβλεψης ορισμού υποχρεωτικού χρόνου διεξαγωγής του πλειστηριασμού κατά το ν. 4335/2015, ώστε σε συνδυασμό με το χρονοδιάγραμμα διεξαγωγής των δικών περί την εκτέλεση (άρθ. 933 §2,6) να υπάρχει χρόνος δικαστικής εκκαθάρισης των διαφορών ή οι αντιρρήσεις να έχουν καταστεί μέχρι τότε εκπρόθεσμες (934 §1 α')¹⁰³. Επομένως, δεν προκύπτει οποιαδήποτε άμεση ή έμμεση σύνδεση της απλοποίησης και τάχιστης διεξαγωγής της αναγκαστικής εκτέλεσης με τον θεσμό της ανατροπής της κατάσχεσης.

101 Χατζηδημητρίου, ΕπΑκ 2021, σ. 31.

102 Βλ. ο.π. (σημ. 19).

103 Γέσιου - Φαλτσή ΔικΑνΕκτ Πα³, §59, αρ. 78, σ. 505.

3. *Ιδία θέση*

Μετά την προηγηθείσα ανάπτυξη αμφότερων των πιο πάνω απόψεων και τον σχολιασμό των επιμέρους σκέψεων που τις στηρίζουν, η δική μου άποψη είναι ότι οι ρυθμίσεις των άρθρ. 954 § 2 περ. ε', 993 § 2 εδ. πρώτο, 973 §1 εδ. δεύτερο αλλά και των §§ 3-6 του τελευταίου αυτού άρθρου όπως διαμορφώθηκαν με τον ν. 4335/2015 και το ν. 4842/2021, συνιστούν νέες τυπικές περιπτώσεις νομικής αδυναμίας συνέχισης της εκτελεστικής διαδικασίας από τον επισπεύδοντα δανειστή, που έμειναν αρρυθμιστες από την § 2 του άρθρ. 1019 λόγω αβλεψίας του νομοθέτη κατά τις έκτακτες συνθήκες νομοθέτησης του ν. 4335/2015 προκαλώντας επιγενόμενο κενό δικαίου. Επομένως, όπως ακριβώς συνέβη με παρεμφερείς αρρυθμιστες περιπτώσεις στο παρελθόν, οι ως άνω περιπτώσεις χρήζουν ρύθμισης με ανάλογη εφαρμογή της § 2 λόγω ταυτότητας του νομικού λόγου, ώστε τα «νεκρά» διαστήματα της διαδικασίας κατά τα άρθρ. 954 § 2 περ. ε', 993 § 2 εδ. πρώτο, 973 § 1 εδ. δεύτερο και § 3¹⁰⁴, να μην συνυπολογίζονται στις προθεσμίες της § 1 του άρθρ. 1019.

Δ. Επίδραση του συστήματος των πολλαπλών κατασχέσεων στην ανατροπή της κατάσχεσης

Ι. Συμβατότητα και σκοπιμότητα της ανατροπής σε περιβάλλον πολλαπλών κατασχέσεων

Η εισαγωγή του θεσμού των πολλαπλών κατασχέσεων¹⁰⁵ και η συνακόλουθη περιστολή της ήδη περιορισμένης πρωτοβουλίας του επισπεύδοντος έθεσε και στο πλαίσιο του ΚΠολΔ το ζήτημα αν η ανατροπή της κατάσχεσης είναι συμβατή με το ως άνω σύστημα. Ήδη μετά το ν. 4335/2015 διατυπώθηκε ευθέως η άποψη ότι ο θεσμός της ανατροπής είναι ασυμβίβαστος με το σύστημα

104 Βλ. ο.π., Γ.Π.

105 Για τα πλεονεκτήματα και τα μειονεκτήματα του θεσμού βλ. Γέσιου - Φαλτσή, ΔικΑνΕκτ Πα³ § 54 αρ. 130, σ. 272· Νίκα, ΔικΑνΕκτ Π² §42, αρ. 92-93, σ. 225-226· Απαλαγάκη, Συντηματική παρουσίαση των βασικών τροποποιήσεων του ΚΠολΔ² σ. 65-66· Κολοτούρο, Συρροή δανειστών και σύγκρουσις δικαιωμάτων εις το πεδίο της αναγκαστικής εκτέλεσεως, ΕΠολΔ 2019, σ. 113 επ., 117-118· Κιουπτσίδου - Στρατουδάκη, Ζητήματα από το δίκαιο της αναγκαστικής εκτέλεσης μετά τις τροποποιήσεις του ν. 4335/2015, Αρμ 2016, σ. 1επ., 7επ.· την ίδια, Οι προτεινόμενες ρυθμίσεις του ΣχΝΚΠολΔ 2014 ως προς το δίκαιο της αναγκαστικής εκτέλεσης, ΕΠολΔ 2014, σ. 264 επ., 267-269· Κατηφόρη, Η εισαγωγή στον ΚΠολΔ με το ν. 4335/2015 του συστήματος των πολλαπλών κατασχέσεων, ΕφΑΔ 2017, σ. 887 επ., 888 επ.· Μάζη, Παρέμβαση αναφορικά με τις διατάξεις του Σχεδίου για την αναγκαστική εκτέλεση, ΕΠολΔ 2014, σ. 278 επ., 278.

των πολλαπλών κατασχέσεων¹⁰⁶, άποψη η οποία είχε διατυπωθεί και πριν το ν. 4335/2015¹⁰⁷ αλλά δεν είχε επικρατήσει¹⁰⁸.

Στο πλαίσιο επαναξιολόγησης της ανατροπής της κατάσχεσης χρήσιμη είναι η διάκριση μεταξύ αφενός της συμβατότητας της ανατροπής προς το σύστημα των πολλαπλών κατασχέσεων και αφετέρου της σκοπιμότητάς της παράλληλα με τη λειτουργία του συστήματος αυτού. Η μεν συμβατότητα ανάγεται στην λειτουργικότητα του θεσμού μετά την καθιέρωση του συστήματος των πολλαπλών κατασχέσεων, η δε σκοπιμότητα στην πρακτικότητα, δηλαδή τη λειτουργικότητα ή και την συχνότητα εφαρμογής του.

Για να ερευνηθεί η συμβατότητα κρίσιμο είναι να εξεταστεί αν ο δικαιολογητικός λόγος της ανατροπής, δηλαδή ο κίνδυνος καθήλωσης του κατασχεθέντος εξαιτίας της αδρανείας του επισπεύδοντος, μπορεί να συντρέξει και στην περίπτωση επιβολής πλειόνων κατασχέσεων. Λόγω της αυτοτέλειας κάθε μίας από τις περισσότερες κατασχέσεις έναντι των υπολοίπων (άρθ. 958 § 2 εδ. β, 997 § 5 εδ. β)¹⁰⁹, κάθε κατάσχεση λειτουργεί ανεξάρτητα. Συνεπώς, η κρατήσασα άποψη που είχε διατυπωθεί στο πλαίσιο αναγκαστικής εκτέλεσης βάσει του ν.δ. 17-7/13-8-1923¹¹⁰, κατά την οποία δεν είναι νοητή αλληλεξάρτηση της συμπεριφοράς των υποκειμένων κάθε μίας κατάσχεσης, εν προκειμένω της σπουδής ή της αδρανείας του ενός από την αντίστοιχη συμπεριφορά του άλλου επισπεύδοντος, είναι επίκαιρη πλέον και υπό τον ΚΠολΔ. Επίσης, κατά

106 Νίκας, ΔικΑνΕκτ ΙΙ² §44, αρ. 1, σ. 286· Κατηφόρης, Η εισαγωγή στον ΚΠολΔ με το ν. 4335/2015 του συστήματος των πολλαπλών κατασχέσεων, ΕφΑΔ 2017, σ. 887 επ., 892.

107 Μπρίνιας, ΑνΕκτ², άρθ. 1019, § 666, σ. 2217· Ορφανίδης, Σύγκρουση συμφερόντων δανειστών στην αναγκαστική εκτέλεση, 2004 σ. 254 επ· ΕιρΠειρ 56/2003 ΠειρΝ 2003.365· ΕιρΛαρ 57/2002 Δικογραφία 2002. 328· ΕιρΑρτ 171/1987 ΕλλΔνη 1988. 589.

108 ΑΠ 75/2001 ΕλλΔνη 2001 916· ΑΠ 1488/1988 ΕΕΝ 1988. 807· ΑΠ 478/1973 ΝοΒ 1973. 1344· Μητσόπουλος, Ανατροπή κατασχεσεως και επίδρασίς της επί του πλειστηριασμού (γνμδ.), ΕλλΔνη 1985, σ. 158 επ., 159= Μελέτες Αστικού και Αστικού Δικονομικού Δικαίου ΙΙ, 1997, σ. 423 επ· Απ. Γεωργιάδης, Αναγκαστική εκτέλεση με βάση το ν.δ. 17.7/13.8.1923 «περί ειδικών διατάξεων επί ανωνύμων εταιρειών»· ανατροπή κατασχεσεως κατά ΚΠολΔ 1019· συνέπειες ανατροπής, Δ 1987, σ. 761 επ., 764· Κεραμεύς, Αρμ 1987, σ. 289· Μπέης, Παρατηρήσεις υπό την ΕιρΘηβ 60/1992 Δ 1993. 216· Βαθρακοκόιλης, ΕρμΚΠολΔ, άρθ. 1019, αρ. 10· Ευστρατιάδης, Αρμ 2005, σ. 1881 επ., 1884· Βλ. και πρόσθετες παραπομπές εις Γέσιου – Φαλτσή, ΔικΑνΕκτ Ια³ § 56 αριθ. 5, σημ. 7, σ. 346.

109 Νίκας, ΔικΑνΕκτ ΙΙ² §42, αρ. 94 σ. 226 επ· Κεραμεύς/Κονδύλης/Νίκας (-Κιουπτσίδου – Στρατουδάκη), ΚΠολΔ² άρθ. 958, αρ. 12. Πρβλ. και Πανταζόπουλο, ΑνΕκτ, 2021, σ. 378: στις πολλαπλές κατασχέσεις με βάση την αυτοτέλεια και την παράλληλη διενέργειά τους, ο κίνδυνος ανατροπής μιας απ' αυτές δεν μπορεί να ματαιώσει την επιδίωξη της συλλογικής ικανοποίησης των αναγγελθέντων δανειστών, διότι κάθε αναγγελθείς μπορεί να αναγγέλλεται ή να υποκαθίσταται σε άλλη, που δεν αντιμετωπίζει κίνδυνο ανατροπής.

110 Μητσόπουλος, Ανατροπή κατασχεσεως και επίδρασίς της επί του πλειστηριασμού (γνμδ.), ΕλλΔνη 1985, σ. 158 επ., 159 = Μελέτες Αστικού και Αστικού Δικονομικού Δικαίου ΙΙ, 1997, σ. 423 επ.

την ίδια αυτή άποψη, ο αιτών την ανατροπή κάθε κατάσχεσης έχει διαφορετικό έννομο συμφέρον προς επιδίωξή της, αφού διαφέρουν οι περιστάσεις επιβολής κάθε κατάσχεσης. Η δε αποδέσμευση του κατασχεθέντος δεν παύει να είναι αναγκαία, επειδή μπορεί να επιβληθεί παράλληλη κατάσχεση επ' αυτού, και παραμένει αναγκαία όταν δεύτερη κατάσχεση δεν έχει επιβληθεί πριν την ανατροπή και την αποδέσμευση του κατασχεμένου. Εκκινώντας, επομένως, από τις ως άνω θέσεις και από τη στιγμή που ο ν. 4335/2015 δεν έχει καταργήσει το άρθρ. 1019, η διάταξη αυτή θα πρέπει να εξακολουθεί να εφαρμόζεται στο εξής αυτοτελώς για κάθε μία κατάσχεση, από τις περισσότερες που ενδεχομένως θα επιβάλλονται, με τον ίδιο τρόπο που εφαρμοζόταν πριν από το ν. 4335/2015 για τη μία και μοναδική κατάσχεση¹¹¹.

Αφού λοιπόν το σύστημα πολλαπλών κατασχέσεων είναι κατ' αρχήν συμβατό με τον θεσμό της ανατροπής της κατάσχεσης, στη συνέχεια θα πρέπει να εξεταστεί αν ανατροπή κατάσχεσης ενόψει επιβολής περισσότερων κατασχέσεων στο ίδιο πράγμα αρδανοποιεί το επιδιωκόμενο αποτέλεσμα της ανατροπής και επιδρά στην σκοπιμότητα (λειτουργικότητα) της. Ήδη μετά το ν. 2298/1995 περιπτώσεις δανειστών που παλιότερα θα οδηγούνταν στη διέξοδο της ανατροπής της κατάσχεσης για να αποδεσμεύσουν το ακίνητο, καλύφθηκαν από τον θεσμό της υποκατάστασης. Η εξέλιξη αυτή συρρίκνωσε την εφαρμογή και ως εκ τούτου επέδρασε ήδη από τότε στη σκοπιμότητα του θεσμού της ανατροπής. Ωστόσο, ακόμα και υπό τις ανωτέρω συνθήκες, συνέχισαν και συνεχίζουν να υπάρχουν δανειστές με εκτελεστό τίτλο που αδυνατούν να προχωρήσουν τη διαδικασία μετά την ανατροπή της (πρώτης) κατάσχεσης, όπως είναι οι αναγγελλθέντες στην διαδικασία δυνάμει της πρώτης κατάσχεσης, οι οποίοι δεν άσκησαν (ή δεν ασκήσαν εγκαίρως) το δικαίωμα υποκατάστασης¹¹² και καταλαμβάνονται αυτοτελώς κατά την §3 από την ανατροπή της πρώτης κατάσχεσης. Δανειστές με τα εν λόγω χαρακτηριστικά επωφελούνται του δικαιώματος δεύτερης κατάσχεσης είτε πριν είτε μετά την ανατροπή της πρώτης κατάσχεσης. Μόλις απαγγελθεί η ανατροπή της πρώτης, η δεύτερη κατάσχεση η οποία δεν επηρεάζεται από την ανατροπή της πρώτης (958 §2 εδ. δεύτερο), θα στηριζέται αυτοτελώς πλειστηριασμό. Με αυτό τον τρόπο, η δεύτερη κατάσχεση, ιδίως αν έχει προηγηθεί της ανατροπής, εξουδετερώνει την ενέργεια της τελευταίας, καθώς η δέσμευση του κατασχεθέντος, παρά την

111 *Γέσιου - Φαλσής*, ΔικΑνΕκτ Πα³ § 56 αριθ. 4, σ. 345-346· *Πανταζόπουλος*, ΑνΕκτ, 2021, σ. 371. Ωστόσο, αιώματο όριο της αυτοτέλειας θα είναι η διενέργεια του πλειστηριασμού σε μία απ' αυτές: Κεραμεύς/Κονδύλης/ Νίκας (-Κιουπτσίδου - Στρατουδάκη), ΚΠολΔ² άρθ. 958, αρ. 14· Νίκας, ΔικΑνΕκτ Π² §42, αρ. 94 σ. 228· όσες κατασχέσεις δεν καταλήξουν σε πλειστηριασμό παραλύουν και παραμένουν ανενεργές.

112 Είναι τούτο πιθανόν εφόσον δεν ενημερώθηκαν για την αίτηση ανατροπής και για την έκδοση της σχετικής απόφασης.

ανατροπή της πρώτης κατάσχεσης, συνεχίζεται κατά τον χρόνο απαγγελίας της ανατροπής δυνάμει της δεύτερης κατάσχεσης, αδρανοποιώντας το επιδιωκόμενο με το άρθ. 1019 αποτέλεσμα, ήτοι την αποδέσμευση του κατασχεθέντος. Επομένως, η συρρικνωμένη εφαρμογή του θεσμού που μετά το 1995 στην περίπτωση συρροής περισσότερων δανειστών διατηρούνταν σε ελάχιστες περιπτώσεις, όπως οι προαναφερθείσες, ενδέχεται μετά το ν. 4335/2015 να περιπέσει σε αχρησία, σε σημείο μάλιστα που να δικαιολογείται η διαπίστωση ότι πλέον το άρθ. 1019 διατηρήθηκε για να εφαρμόζεται ως επί το πλείστον στις περιπτώσεις διαδικασιών με έναν μοναδικό δανειστή.

Τέλος, παρατηρείται ότι δεδομένης της δυνατότητας υποκατάστασης του επισπεύδοντος από τον αναγγελλθέντα δανειστή απαίτησης με εκτελεστό τίτλο και της πρόσθετης δυνατότητας επιβολής πλειόνων κατασχέσεων στο ήδη κατασχεθέν, δυνατότητες που μπορούν να εκκινήσουν άλλο πλειστηριασμό, το περιθώριο πρακτικής εφαρμογής της δυνατότητας ανατροπής λόγω μη διενέργειας του αναπλειστηριασμού είναι μετά το ν. 4335/2015 σπανιότατο.

II. Μεταβολή του σκοπού της ανατροπής;

Η συζήτηση περί συμβατότητας ή μη του συστήματος των πολλαπλών κατασχέσεων με την λειτουργία της ανατροπής αναζωπυρώνει εξ αντανakλάσεως και τη συζήτηση σχετικά με το σκοπό της ανατροπής της κατάσχεσης. Υπενθυμίζεται ότι η συζήτηση αυτή δεν είναι κενή περιεχομένου. Ο σκοπός του θεσμού, δηλαδή το εύρος των εξυπηρετούμενων από την διάταξη του άρθ. 1019 συμφερόντων, έχει άμεσο πρακτικό αντίκρισμα, επειδή οριοθετεί την εμβέλεια του εννόμου συμφέροντος των προσώπων που επιδιώκουν την ανατροπή.

Η άποψη ότι η ανατροπή είναι συμβατή με το σύστημα επιβολής μιας μόνο αναγκαστικής κατάσχεσης υποστηρίζει ότι η ανατροπή, αποσκοπώντας στην αποδέσμευση του δεσμευμένου κατασχεθέντος, αποβλέπει στην προστασία άλλων δανειστών του οφειλέτη που μπορούν να επισπεύσουν αναγκαστική εκτέλεση στο πράγμα και εμποδίζονται από την υπάρχουσα κατάσχεση¹¹³. Όταν όμως υπάρχει ευχέρεια επιβολής πολλαπλών κατασχέσεων η ανατροπή είναι αναποτελεσματική. Και τούτο, διότι ακόμα και αν απαγγελθεί η ανατροπή, αποδέσμευση του κατασχεθέντος δεν επέρχεται, εφόσον επιβληθεί δεύτερη κατάσχεση. Η ως άνω άποψη επικεντρώνει τον προβληματισμό στη σύγκρουση των συμφερόντων των δανειστών του οφειλέτη και υποβαθμίζει λοιπά συμφέροντα που γίνονται δεκτά ως εξυπηρετούμενα από τον θεσμό της ανατροπής.

¹¹³ Ορφανίδης, Συγκρούσεις συμφερόντων δανειστών στην αναγκαστική εκτέλεση, 2004, σ. 254 και 260.

Μια συνοπτική εξέταση του σκοπού του θεσμού υπό το προϊσχύσαν δίκαιο, στο πλαίσιο δηλαδή του συστήματος της μίας κατάσχεσης, είναι αναγκαία, ώστε να ερευνηθεί αν οι θέσεις εκείνες παραμένουν επίκαιρες μετά την εισαγωγή στον ΚΠολΔ του συστήματος των πολλαπλών κατασχέσεων.

Στην εισηγητική έκθεση του άρθ. 3 α.ν. 1139/1938¹¹⁴ δια του οποίου εισήχθη η ανατροπή της κατάσχεσης, δεν περιλαμβάνονταν ειδικές σκέψεις για τον σκοπό που είχε κληθεί να επιτελέσει, αφήνοντας έτσι περιθώριο για σχετική συζήτηση. Έτσι, είχε διατυπωθεί η άποψη ότι αυτή θεραπεύει συμφέροντα ιδιωτικά, καθώς από την κτήση του δικαιώματος ανατροπής ο δικαιούχος μπορεί να παραιτηθεί απ' αυτήν¹¹⁵. Ωστόσο, είχε υποστηριχθεί και η άποψη ότι ο θεσμός είχε υπαγορευθεί από το δημόσιο συμφέρον της αποφυγής διαιώνισης από τον αδρανούντα επισπεύδοντα της αναγκαστικής εκτέλεσης¹¹⁶ και της άσκησης πίεσης προς εκκαθάριση των κατασχέσεων, οι οποίες εμποδίζουν την αξιοποίηση των αγαθών¹¹⁷. Η τελευταία αυτή άποψη είχε στηριχθεί στη ρύθμιση του νόμου ότι την ανατροπή μπορούσε να ζητήσει «πας έχων έννομον συμφέρον»¹¹⁸.

Στο πλαίσιο των ΚΠολΔ1968 και 1971 και των νομοθετημάτων που τροποποίησαν το άρθ. 1019¹¹⁹ δεν παρατέθηκαν διαφορετικές αιτιολογικές σκέψεις. Επειδή η διάταξη του άρθ. 1019 όπως στη συνέχεια τροποποιήθηκε, βασίστηκε εν πολλοίς στην διάταξη του άρθ. 3 α.ν. 1139/1938, όσα είχαν υποστηριχθεί μετά την εισαγωγή του θεσμού το 1938 διατήρησαν την επικαιρότητά τους και υπό το καθεστώς του ΚΠολΔ.

114 Βλ. τη σχετική εισηγητική έκθεση όπως δημοσιεύεται στους Σούρλο, ΠολΔ, 1962, άρθ. 997, σ. 661-662, σημ. 1 και Κιτσικόπουλο, ΠολΔ, τόμ. 9, 1952, άρθ. 997, 9117- 9118, σημ. 3.

115 Αποστολόπουλος, Ο Πρόεδρος Πρωτόδικων⁶, § 549, σ. 734, σημ. 5.

116 Μπέης, Η κατ' αρθρ. 997 ΠολΔικ (1835) άπρακτος πάροδος του χρόνου προόδου της εκτελέσεως και αι συνέπειαι αυτής (σημείωμα υπό της ΕφΑθ 120/1964) ΝοΒ 1966, 1044 επ., 1047.

117 Ιωάννου, Παρατηρήσεις τινές επί των άρθρων 966 - 1109 αναθεωρηθέντος κειμένου σχεδίου της Πολιτικής Δικονομίας, ΝοΒ 1961, σ. 481 επ., 486.

118 Μπέης, ο.π. (σημ. 116).

119 Η αρχική διάταξη στον ΚΠολΔ1971 περιλάμβανε δύο παραγράφους (§) (βλ. ο.π., σημ. 8). Η §2 του άρθ. 1019 τροποποιήθηκε με το άρθ. 10 §14 ν. 2145/1993 ενώ η §3, η οποία δεν υπήρχε στην αρχική διάταξη, προστέθηκε αρχικά με το άρθ. 10 §15 ν. 2145/1993 και στη συνέχεια αντικαταστάθηκε και οριστικοποιήθηκε με το άρθ. 4 §33 ν. 2298/1995.

Ωστόσο, στην θεωρία¹²⁰ και στη νομολογία¹²¹ σταδιακά επικράτησε η άποψη ότι η ανατροπή της κατάσχεσης προάγει το δημόσιο οικονομικό συμφέρον παράλληλα με τα συμφέροντα του οφειλέτη. Και τούτο, διότι η αρχή της οικονομικής αξιοποίησης των αγαθών που διατρέχει το δίκαιο επιβάλλει η κατάσχεση που δεν οδηγεί εγκαίρως στη διεξαγωγή του πλειστηριασμού (ή του αναπλειστηριασμού) να είναι ανατρεπτέα, ώστε να επιτυγχάνεται η αποδέσμευση του αντικειμένου της κατάσχεσης και η επανένταξή του στον κύκλο των συναλλαγών¹²². Η αποδέσμευση αυτή, εφόσον επιτρέπει την διάθεση του πράγματος από τον οφειλέτη, εξυπηρετεί και τα δικά του συμφέροντα. Ενόψει του ανωτέρω διττού σκοπού, παγιώθηκε η θέση ότι η ανατροπή της κατάσχεσης αποτελεί «οιονεί ποινή»¹²³ της αδράνειας του επισπεύδοντος για την παράλειψη διεξαγωγής του πλειστηριασμού εντός συγκεκριμένης προθεσμίας από την κατάσχεση.

Η πιο πάνω κρατούσα άποψη, λοιπόν, συνέχισε να αντιμετωπίζει τον θεσμό ως υπηρετούντα ευρύτερο συμφέρον μετριάζοντας την απόλυτη εκδοχή που είχε επικρατήσει υπό την ΠολΔ1835 με την αναγνώριση ότι η ανατροπή της κατάσχεσης εξυπηρετεί παράλληλα και το ιδιωτικό συμφέρον του οφειλέτη.

Η εξυπηρέτηση του συμφέροντος του οφειλέτη είναι προφανής, όταν η κατάσχεση επιβλήθηκε από το μοναδικό του δανειστή¹²⁴. Όμως η άποψη ότι

120 βλ. *Ράμμο*, Αναμν. Τόμο Μιχαλάκη, σ. 497· *τον ίδιο*, Εγχειρίδιον Αστικού Δικονομικού Δικαίου ΙΙ, 1982 § 461, σ. 1615-1616 και § 462 σ. 1617· *Μητσόπουλο*, Ανατροπή κατασχέσεως και επίδρασίς της επί του πλειστηριασμού (γνμδ), ΕλλΔνη 1985. 158 επ., 160 = Μελέτες Αστικού και Αστικού Δικονομικού Δικαίου ΙΙ, 1997, σ. 423 επ.· *Μπρίνια*, ΑνΕκτ², άρθ. 1019, § 659, σ. 2180· *Κεραμέα*, Αρμ 1987, σ. 289· *Γέσιου-Φαλτσή*, ΔικΑνΕκτ Πα³, §56, αρ. 1, σ. 344· *την ίδια*, Η έννομη επιρροή της ανατροπής της κατασχέσεως στην ενέργεια του πλειστηριασμού, (γνμδ.) ΕλλΔνη 1985, σ. 162 επ., 163· *την ίδια*, ΕλλΔνη 1996 σ. 253· *Κεραμεύς/Κονδύλης/Νίκας (-Νικολόπουλο)*, ΚΠολΔ ΙΙ¹, άρθ. 1019, αρ. 1· *τον ίδιο*, Η συνέπεια της ανατροπής της κατασχέσεως επί του πλειστηριασμού, ΝοΒ 1986, σ. 520 επ., 520· *Απ. Γεωργιάδη*, Ανατροπή της κατασχέσεως μετά τη διεξαγωγή του πλειστηριασμού και εμπράγματη τύχη του πλειστηριασθέντος (γνμδ), Αρμ 1987, σ. 661 επ., 663· *Πίψου*, Η αναγγελία δανειστή στην αναγκαστική εκτέλεση κατά τον ΚΠολΔ, 2001, σ. 443· *Διαμαντόπουλο*, ΕπΑκ 2020, σ. 491· *Πανταζόπουλο*, ΑνΕκτ, 2021, σ. 371· *Ευστρατιάδη*, Αρμ 2005, σ.1882.

121 Πρβλ. ΑΠ 1531/1995 ΕλλΔνη 1997. 1548· ΜΠρΑθ 1120/2008 ΕΠολΔ 2009. 534· ΜΠρΧαλκ 150/2009 Αρμ2010. 1206· ΕιρΛαρ 272/2020 ΤΝΠ ΔΣΑ · ΕιρΧαλκίδας 641/2019 Αρμ2020. 2050 · ΕιρΧρυσούπολης 5/1995 ΝΟΜΟΣ · *Γέσιου - Φαλτσή*, ΔικΑνΕκττ. Πα³, §56, αρ. 3, σ. 345 σημ. 2 μ.π.π.

122 Χαρακτηριστικές η ΕιρΛαμίας 26/2019 ΝΟΜΟΣ (: ανατροπή κατάσχεσης ακινήτου μετά την πάροδο τριάντα εννέα ετών χωρίς να ακολουθήσει πλειστηριασμός), ΕιρΝίκαιας 40/2003 ΝΟΜΟΣ (:ανατροπή κατάσχεσης ακινήτου από την επιβολή της οποίας είχε παρέλθει χρονικό διάστημα είκοσι τεσσάρων ετών) και ΕιρΛαμ 479/2020 ΝΟΜΟΣ (: πάροδος εικοσιπέντε ετών).

123 Βλ. ο.π. Γ.ΙΙΙ.1 και σημ. 80.

124 Βλ. σχετ. ΕιρΛαρ 272/2020 ΤΝΠ ΔΣΑ.

ο σκοπός της ανατροπής εξυπηρετεί το ιδιωτικό συμφέρον του οφειλέτη δοκιμάζεται στην συνήθη περίπτωση συρροής περισσότερων δανειστών ήδη μετά την εισαγωγή της §3 του άρθ. 1019 και πολύ περισσότερο μετά την εισαγωγή του συστήματος των πολλαπλών κατασχέσεων. Πράγματι, όταν με την απαίτηση του (πρώτου) κατασχόντος συρρέουν αναγγελθείσες απαιτήσεις εξοπλισμένες με εκτελεστό τίτλο, η ανατραπείσα κατάσχεση δεν μπορεί, πλέον, να στηρίξει την έγκυρη συνέχιση του πλειστηριασμού από τον κατασχόντα και πρώην επισπεύδοντα, αλλά μπορεί έτερος δανειστής να λάβει τη θέση του με υποκατάσταση (973 §2 και 4) και να επισπεύσει πλειστηριασμό στηριζόμενο όχι βέβαια στην ανατραπείσα κατάσχεση, αλλά στην αναγγελία που απολαμβάνει τα προσόντα αυτοτελούς κατάσχεσης¹²⁵. Το δικαίωμα αυτό έχει ο αναγγελθείς δανειστής για όσο χρόνο δεν έχει συμπληρωθεί η προθεσμία της ανατροπής αυτοτελώς ως προς αυτόν και πάντως κι επί ένα εξάμηνο μετά τη συμπλήρωσή της¹²⁶. Σε αυτή την περίπτωση, η ανατροπή της κατάσχεσης προστατεύει τους δανειστές με τα προαναφερθέντα προσόντα, για όσο εκείνοι δικαιούνται να αναλάβουν τα ηνία της εκτελεστικής διαδικασίας.

Δεδομένου ότι με τη ρύθμιση της §3 δεν επιτυγχάνεται η αποδέσμευση του κατασχεθέντος αλλά δίδεται περιθώριο συνέχισης της δέσμευσης από έτερο δανειστή, δεν φαίνεται να υπάρχει άμεσο έννομο συμφέρον για την ανατροπή της κατάσχεσης. Και μπορεί η αποδοχή της αίτησης ανατροπής της κατάσχεσης να οριοθετεί χρονικά τις αναγγελίες που θα μπορούν να στηρίζουν στο εξής τη συνέχιση του πλειστηριασμού¹²⁷, αλλά η επιδίωξη αυτή είναι απομακρυσμένη για τον οφειλέτη που δεν δικαιολογεί την αναγωγή του συμφέροντός του σε αυτοτελή σκοπό του θεσμού. Μάλιστα, μετά την εισαγωγή του συστήματος των πολλαπλών κατασχέσεων η επιδίωξη αυτή εξαλείφεται τελείως στην περίπτωση κατά την οποία της πρώτης κατάσχεσης έπεται δεύτερη¹²⁸. Και τούτο, διότι, ακόμα και αν απαγγελθεί η ανατροπή της πρώτης

125 Γέσιου – Φαλτσή, ΕλλΔνη 1996, σ. 258.

126 Χαρακτηριστικό το παράδειγμα εις Κεραμεύς/Κονδύλης/Νίκας (- Νικολόπουλο), ΚΠολΔ¹, άρθ. 1019, αρ. 2: «Αν λχ. κατά τον χρόνο ανατροπής της κατασχέσεως υπάρχει αναγγελία, που έχει πραγματοποιηθεί πριν από δέκα μήνες, ο χρόνος ανατροπής δεν συμπληρώνεται σε δύο μήνες από την ανατροπή της κατασχέσεως, αλλά σε έξι, προκειμένου να δοθεί στους δανειστές αυτούς η ευκαιρία να ολοκληρώσουν τη διαδικασία του πλειστηριασμού. Στην περίπτωση αυτή ο χρόνος ανατροπής της αναγγελίας είναι μακρότερος του χρόνου ανατροπής της κατάσχεσης. Αν όμως η αναγγελία έχει πραγματοποιηθεί λχ. δύο μήνες πριν από την ανατροπή, ο χρόνος ανατροπής της αναγγελίας είναι δέκα μήνες μετά την ανατροπή της κατάσχεσης, αφού για την αναγγελία αυτή προβλέπεται «αυτοτελής προθεσμία ανατροπής».

127 Γέσιου – Φαλτσή, ΕλλΔνη 1996, σ. 258· η ίδια, ΔικΑνΕκτ, Πα³, §56, αρ. 59, σ. 373.

128 Πρβλ. Μαργαρίτη, ΕρμΚΠολΔ ΙΙ², άρθ. 1019, αρ.3: μετά τη νέα διάταξη του άρθρ. 958 § 2 που επιτρέπει την πολλαπλή κατάσχεση, είναι δυσχερές να δικαιολογηθεί έννομο συμφέρον σε δανειστή να ζητήσει την ανατροπή.

κατάσχεσης, για να αποδεσμευτεί το πράγμα θα πρέπει προηγουμένως να παρ-
ρέλθει άπρακτη η προθεσμία υποκατάστασης στη θέση του επισπεύδοντος
της πρώτης κατάσχεσης κατά την §3 και στη συνέχεια να λάβει χώρα ανα-
τροπή και της δεύτερης κατάσχεσης. Έτσι, η εισαγωγή του συστήματος των
πολλαπλών κατασχέσεων ενισχύει το συμφέρον των δανειστών που έχουν τα
νόμιμα προσόντα να αναλάβουν την πρωτοβουλία της διαδικασίας και εξα-
λείφει το ήδη περιορισμένο μετά το ν. 2298/1995 συμφέρον του οφειλέτη προς
αποδέσμευση του κατασχεθέντος.

Εν ολίγοις, ο σκοπός της ανατροπής της κατάσχεσης μετά το ν. 4335/2015
συνεχίζει τυπικώς να εξυπηρετεί το ευρύτερο οικονομικό συμφέρον –το οποίο
κατά τούτο ταυτίζεται με το συμφέρον του οφειλέτη καθώς και τρίτων προ-
σώπων που έχουν συμφέρον από την αποδέσμευση¹²⁹– της αποδέσμευσης του
κατασχεθέντος και της επανένταξής του στις συναλλαγές. Ωστόσο, υπό το
ισχύον δίκαιο προηγούνται του εν λόγω συμφέροντος τα επιμέρους ιδιωτικά
συμφέροντα των αναγγελλθέντων δανειστών με προσόντα αυτοτελούς κατά-
σχεσης που επιθυμούν να αναλάβουν την πρωτοβουλία της διαδικασίας.

Ε. Όρια της δικαστικής προστασίας

Ι. Εισαγωγή

Ο ν. 4335/2015 δεν επέφερε τροποποιήσεις στο άρθ. 1019 και έτσι, δεν μετα-
βλήθηκε ο χρόνος επέλευσης των αποτελεσμάτων της δικαστικής απόφασης
που απαγγέλει την ανατροπή και αποτελεί την τρίτη βασική προϋπόθεση της
ανατροπής. Παράλληλα, ο ίδιος νόμος περιόρισε τις δίκες περί την εκτέλεση
και το ένδικο μέσο της αναίρεσης (937 §1 περ. β' εδ. πρώτο), με σκοπό να
επιτύχει την πολυπόθητη επιτάχυνση της εκτελεστικής διαδικασίας. Το δια-
μορφωθέν νομοθετικό περιβάλλον περιορισμού των δικών περί την εκτέλεση
σε συνδυασμό με την προαναφερθείσα συρρίκνωση του ρόλου της ανατροπής
δεν φαίνεται ιδεώδες για την επανεξέταση του επιτρεπτού των ενδίκων μέσων
επί της απόφασης της ανατροπής και της προσωρινής δικαστικής προστασί-
ας του αιτούντος. Ωστόσο, η πρόσφατη αναθέρμανση της σχετικής συζήτη-
σης¹³⁰ σχετικά με το επιτρεπτό των ενδίκων μέσων αποδεικνύει ότι το θέμα

129 (π.χ. τρίτος κύριος ενυπόθηκου ακινήτου, τρίτος κύριος του κατασχεθέντος, τρίτος προ-
τιθέμενος να συναλλαγή με τον καθ' ου): *Γέσιου - Φαλτσή*, ΔικΑνΕκτ Πα³, §56, αρ. 62, σ.
374-375· *Νίκας*, ΔικΑνΕκτ Π² §44, αρ.11, σ. 291-292· *Μπρίνιας*, ΑνΕκτ², άρθ. 1019, αρ. 663,
σ. 2199-2200· *Ευστρατιάδης*, Αρμ 2005, σ. 1881 επ., 1893.

130 *Διαμαντόπουλος*, ΕπΑκ 2020, σ. 496 επ.· *Χατζηδημητρίου*, ΕπΑκ 2021, σ. 37 επ.· ΜΠΡΑΘ
807/2020 ΕπΑκ 2020. 616 η οποία εκδόθηκε μετ' αποδοχή έφεσης. Βλ. επίσης άρθ. 59 ν.
4842/2021 που επανέφερε την δυνατότητα άσκησης ενδίκων μέσων στις δίκες περί την
εκτέλεση, όπως ίσχυε πριν το ν. 4335/2015.

κάθε άλλο παρά έχει κλείσει. Επ' ευκαιρία της συζήτησης αυτής, επιχειρείται μια επαναξιολόγηση των ορίων της δικαστικής προστασίας που προβλέπει το άρθρ. 1019 μέσα από τα προαναφερθέντα δύο ζητήματα (ένδικα μέσα, προσωπική διαταγή).

II. Ενδικα μέσα κατά της απόφασης ανατροπής;

Ως γνωστόν, ανατροπή απαγγέλλεται με δικαστική διαπλαστική απόφαση¹³¹ κατόπιν αίτησης που εκδικάζεται κατά την διαδικασία των ασφαλιστικών μέτρων. Εξαιρετική καθ' ύλην αρμοδιότητα έχει το ειρηνοδικείο και μάλιστα ανεξάρτητα από το ποσό της απαίτησης ή το είδος του τίτλου¹³² και αποκλειστική κατά τόπον αρμοδιότητα, το ειρηνοδικείο στην περιφέρεια του οποίου επιβλήθηκε η κατάσχεση. Το ειρηνοδικείο που διατάζει την ανατροπή ελέγχει μόνο την ύπαρξη των προϋποθέσεων του νόμου, κυρίως την άπρακτη παρέλευση της προθεσμίας ως προς τον επισπεύδοντα και τους αναγγεληθέντες δανειστές, εφόσον υπάρχουν, κι αν συντρέχουν οι προϋποθέσεις, είναι υποχρεωμένο να την διατάξει¹³³, επιτελώντας έτσι καθοριστική λειτουργία δικαίου¹³⁴. Ως εκ τούτου, δεν πρόκειται για διαφορά, αλλά για γνήσια υπόθεση εκούσιας δικαιοδοσίας που για λόγους ταχύτητας εκδικάζεται με την διαδικασία των ασφαλιστικών μέτρων¹³⁵. Περαιτέρω, η απόφαση της ανατροπής, εκδικαζόμενη κατά την διαδικασία των ασφαλιστικών μέτρων, θα έπρεπε να είναι ανέκκλητη εφόσον γινόταν δεκτό ότι εφαρμόζεται και η διάταξη του άρθρ. 699. Εντούτοις, στις μη γνήσιες υποθέσεις των ασφαλιστικών μέτρων, δηλαδή σε

131 Βλ. ο.π. (σημ. 25).

132 Βλ. *Γέσιου - Φαλτσή*, ΔικΑνΕκτ Πα3, §56, αρ. 64, σ. 374 μ.π.π.

133 ΑΠ 1508/2018 ΧρΙΔ 2019.287· ΑΠ 1531/1995 ΕλλΔνη 1997. 1549 = ΕΕΝ 1997. 311· Εφ-Πειρ 457/2018 ΤΝΠ ΔΣΑ· ΕφΔωδ 57/2003 ΤΝΠ ΔΣΑ· ΜΠρΑθ 1120/2008 ΕΠολΔ 2009. 534 με σημ. Π. Παννόπουλου· ΕιρΝαυπ 291/2020 Αρμ 2020 με σχόλιο *Ρεβολίδη*· ΕιρΛαμίας 26/2019 ΝΟΜΟΣ· ΕιρΚω 252/2019 ΝΟΜΟΣ· ΕιρΡοδ 38/2007 ΝΟΜΟΣ· *Νίκας*, ΔικΑνΕκτ ΙΙ² § 44, αρ. 13, σ. 261-262· Κεραμεύς/Κονδύλης/Νίκας (- *Κιουπτσίδου - Στρατουδάκη*), ΚΠολΔ², 1019 αρ. 8· *Ευστρατιάδης*, Αρμ 2005, σ. 1894· *Χατζηδημητρίου*, ΕπΑκ2021, σ. 36 και σημ. 128 μ.π.π.· *Μάζης*, Ανατροπή κατάσχεσης κατ' άρθρο 1019 ΚΠολΔ λόγω παρόδου έτους από την κατάσχεση (γνμδ), ΕΠολΔ 2017, σ. 262 επ., 263. Μάλιστα, η προϋπόθεση της παρέλευσης της προθεσμίας πρέπει να συντρέχει κατά το χρόνο συζήτησης της σχετικής αίτησης· ΕιρΑταλ 16/2017 ΝΟΜΟΣ.

134 Η λειτουργία αυτή δεν μεταβάλλεται από την υποχρέωση του δικαστηρίου να εξετάσει τυχόν προβαλλόμενη καταχρηστική άσκηση του δικαιώματος ανατροπής· Κεραμεύς/Κονδύλης/Νίκας (- *Κιουπτσίδου - Στρατουδάκη*), ΚΠολΔ², 1019 αρ. 8· *Χατζηδημητρίου*, ΕπΑκ 2021, σ. 35 (σημ. 124 μ.π.π.).

135 Δεν είναι τυχαίο ότι η αρχικώς τηρητέα διαδικασία ήταν αυτή της εκουσίας δικαιοδοσίας, η οποία με το ν.δ. 958/1971 (άρθρ. 67 § 2) μεταβλήθηκε και η εκδίκαση της ανατροπής υπήχθη στη διαδικασία των ασφαλιστικών μέτρων· βλ. *Κεραμεύς*, Αρμ 1987, σ. 293· *Διαμαντόπουλος*, ΕπΑκ 2020, σ. 496.

υποθέσεις που εκδικάζονται για λόγους ταχύτητας κατά τα άρθρ. 682 επ., αναγνωρίζεται το δικαίωμα άσκησης ενδίκων μέσων¹³⁶. Με αφετηρία την τελευταία αυτή θέση, το ζήτημα φαίνεται εκ πρώτης όψεως σαφές. Ωστόσο, ειδικώς ως προς το επιτρεπτό των ενδίκων μέσων στη δίκη του άρθρ. 1019 οι διατυπωθείσες απόψεις διίστανται. Η πλειοψηφία της θεωρίας¹³⁷ και η απολύτως κρατούσα άποψη στη νομολογία των δικαστηρίων της ουσίας¹³⁸ υποστηρίζει τον αποκλεισμό των ενδίκων μέσων, ο οποίος, κατά την άποψη αυτή, συνάδει με την εκπεφρασμένη βούληση του ιστορικού νομοθέτη¹³⁹, η οποία εικάζεται ότι δικαιολογείται από τον δικαιιοπολιτικό στόχο για επιτάχυνση της διαδικασίας (εξ ου και η επιλογή της διαδικασίας των ασφαλιστικών μέτρων), η οποία θα επέλθει είτε με την διεξαγωγή του πλειστηριασμού (σε περίπτωση απόρριψης της αίτησης ανατροπής) είτε με την αποδέσμευση του κατασχεμένου λόγω ανατροπής (σε περίπτωση αποδοχής της αίτησης).

Η νομολογία του Ακυρωτικού επί των υποθέσεων του άρθρ. 1019 δεν υπήρξε το ίδιο ομόφωνη. Είχε δεχθεί αρχικά¹⁴⁰ ότι η απόφαση δεν είναι εκκλητή,

136 ΟΛΑΠ 754/1986 ΝοΒ 1987. 380 = ΕλλΔνη 1986.1124· ΟΛΑΠ 21/2002 ΝοΒ 2003. 672-22/2002 και 38/2002 ΕλλΔνη 2003.116· Αντί άλλων βλ. Κεραμεύς/Κονδύλης/Νίκας (-Κράνη) ΚΠολΔ², εισαγ. 682-738Α αρ. 15 και άρθρ. 699, αρ. 15 με εκτενή περιπτωσιολογία και μ.π. Για την θεωρητική συζήτηση των σχετικών απόψεων βλ. Μπούγα, Η εκδίκαση υποθέσεων που δεν είναι γνήσια ασφαλιστικά μέτρα κατά την διαδικασία των ασφαλιστικών μέτρων, 2015, σ. 181 επ., 190-195.

137 Ράμμος, Αναμν. Τόμος Μιχελάκη, σ. 509· Μπέης, ΑνΕκτ, 2004, σ. 97· Κεραμεύς, Αρμ1987, σ. 293· Νίκας, ΔικΑνΕκτ ΙΙ², § 44, αρ. 13, σ. 295· Σταματόπουλος, «Προληπτική» δικαστική προστασία του υπερθεματιστή, όταν η κατάσχεση, που οδήγησε στον πλειστηριασμό, είχε ήδη ανατραπεί, Δ 2001, σ. 475 επ., 485· Μπρίνιας, ΑνΕκτ², άρθρ. 1019, §663, σ. 2203· Κεραμεύς/Κονδύλης/Νίκας (-Νικολόπουλος) ΚΠολΔ¹, άρθρ. 1019, αρ. 1· Κεραμεύς/Κονδύλης/Νίκας (-Κιουπτσίδου - Στρατουδάκη), ΚΠολΔ², 1019, αρ. 5· Πανταζόπουλος, ΑνΕκτ, 2021, σ. 375· Ευστρατιάδης, Αρμ 2005 σ. 1894.

138 ΕφΠειρ 457/2018, ΤΝΠ ΔΣΑ· ΕφΘεσ 1458/2011 ΕΕμπΔ 2012.123· ΕφΑθ 1433/2007 ΕφΑΔ 2008.235· ΕφΔωδ 57/2003 ΤΝΠ ΔΣΑ· ΠΠρΡοδ 118/2010 ΤΝΠ ΔΣΑ· ΠΠρΠειρ 1750/2008 ΝΟΜΟΣ· ΜΠρΚατ 204 - 206/2019 ΕπΑκ 2020. 105· ΜΠρΘεσ 20291/2011 ΤΝΠ ΔΣΑ· ΜΠρΧαλκιδ 150/2009 Αρμ 2010. 1206· ΜΠρΘεσ 11017/2011 ΤΝΠ ΔΣΑ· ΜΠρΑθ 1120/2008 ΕΠολΔ 2009. 534 με παρατ. Π. Γιαννόπουλου· ΜΠρΘεσ 12452/2001 Αρμ 2001.1544· ΜΠρΘεσ 25189/2000 Αρμ 2001. 106· ΜΠρΘεσ 33841/1995 Αρμ 1996.751· ΕιρΛαμ 479/2020 ΝΟΜΟΣ· αντίθ. ΜΠρΑθ 807/2020 ΕπΑκ 2020.616.

139 εν προκειμένω της Αναθεωρητικής Επιτροπής του ΚΠολΔ που είχε εκφράσει ρητά τη βούλησή της περί αποκλεισμού των ενδίκων μέσων (ΠρΑν1967. 485) η οποία αποτυπώθηκε και στο άρθρ. 1082 §1 ΚΠολΔ1968. Όταν η μεταρρύθμιση του ν.δ. 958/1971 (άρθρ. 67§2) μετέβαλε την τηρητέα διαδικασία από τη διαδικασία της εκούσιας δικαιοδοσίας στη διαδικασία των ασφαλιστικών μέτρων, η φράση περί αποκλεισμού των ενδίκων μέσων απαλείφθηκε, επειδή ήδη κατά την εφαρμοστέα πλέον γενική διάταξη του άρθρ. 699 δεν είχε πια νόημα: Ράμμος, Αναμν. Τόμος Μιχελάκη, σ. 509· Κεραμεύς, Αρμ1987, σ. 293.

140 ΑΠ 1531/1995 ΕλλΔνη 1997.1549 = ΕΕΝ 1997. 311: «η ανατροπή της κατασχέσεως δεν επέρχεται αυτοδικαίως, αλλά απαγγέλλεται με δικαστική απόφαση του ειρηνοδίκου του

θέση που στη συνέχεια μετέβαλε¹⁴¹ ταυτιζόμενο με την πάγια νομολογία της Ολομέλειας και των τμημάτων του περί μη εφαρμογής του άρθ. 699 στις μη γνήσιες υποθέσεις ασφαλιστικών μέτρων. Εντούτοις, με μεταγενέστερη απόφασή του επανήλθε στην προηγούμενη θέση του¹⁴².

Η μειοψηφούσα αντίθετη της θεωρίας υπέρ των ενδίκων μέσων¹⁴³ άποψη, ενισχύθηκε προσφάτως και οδήγησε σε σχετική νομολογία δικαστηρίου της ουσίας¹⁴⁴ παρά την προαναφερθείσα τελευταία αντίθετη νομολογία του Αρείου Πάγου.

Οι παλινδρομήσεις της νομολογίας του Ακυρωτικού ως προς το επιτρεπτό των ενδίκων μέσων στις υποθέσεις του άρθ. 1019 και η αναζωπύρωση του επιστημονικού διαλόγου, αποδεικνύουν, αν μη τι άλλο, ότι το ζήτημα παραμένει ανοικτό προς συζήτηση, παρά τη μέχρι στιγμής συντριπτική επικράτηση της άποψης περί αποκλεισμού των ενδίκων μέσων.

Κατά τη συζήτηση αυτή σκόπιμο θα ήταν στην κρατούσα άποψη να προστεθούν συστηματικά και τελολογικά ερμηνευτικά ερείσματα υποστηρικτικά της βούλησης του ιστορικού νομοθέτη, ενώ στην αντίθετη άποψη πρέπει να διευκρινιστεί ότι ο γενικός κανόνας του επιτρεπτού των ενδίκων μέσων στις μη γνήσιες υποθέσεις ασφαλιστικών μέτρων, δεν βρίσκει αντικειμενικά εμπόδια εφαρμογής στην ειδική περίπτωση του άρθ. 1019.

Μια εγγύτερη μελέτη της κρατούσας άποψης οδηγεί στη διαπίστωση ότι η θέση της περί απαγόρευσης των ενδίκων μέσων αντιπαρέρχεται την απολύτως κρατούσα γνώμη και την αντίστοιχη παγιωμένη νομολογία που αναγνωρίζει την δυνατότητα άσκησης ενδίκων μέσων στις μη γνήσιες υποθέσεις ασφαλιστικών μέτρων. Η εν λόγω απολύτως κρατούσα γνώμη, η οποία αφορά σε γνήσιες διαφορές της αμφισβητούμενης δικαιοδοσίας εκδικαζόμενες κατά την διαδικασία των ασφαλιστικών μέτρων, θα μπορούσε να εφαρμοστεί και

τόπου της εκτελέσεως, που είναι αμετάκλητη»

141 ΑΠ 1495/2002 ΝΟΜΟΣ: «στην περίπτωση αυτή (1019 ΚΠολΔ) μόνη η παραπομπή στη διαδικασία των ασφαλιστικών μέτρων δεν αφορά και τη διάταξη του άρθρου 699 ΚΠολΔ (ΟΛΑΠ 754/1986), ώστε στην προκειμένη περίπτωση η προσβαλλόμενη με την αναίρεση απόφαση είναι εκκλητή». Παρά τα αντιθέτως υποστηριζόμενα (Χατζηδημητρίου, ΕπΑκ 2021, σ. 38, σημ. 138) από το περιεχόμενο των ΑΠ 73/1999 (ΕΕΝ 2000.540) και ΑΠ 296/2003 (Δ 2003.949 = ΧρΙΔ 2003. 539, παραπεμπτικής της ΟΛΑΠ 4/2004) δεν ανιχνεύονται σκέψεις υπέρ του επιτρεπτού των ενδίκων μέσων. Αντιθέτως, στην τελευταία απόφαση αναφέρεται ότι σε εκείνη την υπόθεση «δεν γίνεται επίκληση, ούτε προκύπτει, ότι έγινε δεκτή η έφεση κατά της απορρίπτουσας την αίτηση ανατροπής ως άνω αποφάσεως».

142 ΑΠ 1508/2018 ΧρΙΔ 2019.287 (όπου και όμοια διατύπωση με την διαλαμβανόμενη στην ΑΠ 1495/2002, βλ. ο.π. (σημ. 141)).

143 Χαμηλοθώρης, Ασφαλιστικά Μέτρα², σ. 91 · Μαργαρίτης, ΕρμΚΠολΔ², 1019, σημ. 8· Απαλαγάκη (-Πλεύρη), ΕρμΚΠολΔ Ι⁶, άρθ. 1019, αρ. 1, σ. 3349-3350.

144 ΜΠρΑθ 807/2020 ΕπΑκ 2020.616 · βλ. και ο.π. (σημ. 89).

σε υπόθεση της εκουσίας δικαιοδοσίας, όπως η υπό συζήτηση, στην οποία, αν δεν είχε υπαχθεί στα άρθρ. 682 επ., θα συγχωρούνταν ένδικα μέσα. Ωστόσο, ένα τέτοιο συμπέρασμα δεν είναι αυτονόητο, αφού η συγκεκριμένη υπόθεση διαφέρει από τις υπόλοιπες περιπτώσεις μη γνήσιων ασφαλιστικών μέτρων. Και τούτο, διότι συντρέχει εν προκειμένω η κρίσιμη ειδοποιός διαφορά, ότι ο νομοθέτης κατά το βραχύβιο διάστημα που την είχε υπαγάγει στη διαδικασία της εκουσίας δικαιοδοσίας¹⁴⁵, είχε ρητώς απαγορεύσει τα ένδικα μέσα. Συνεπώς, η υπαγωγή της στην διαδικασία των ασφαλιστικών μέτρων δεν μπορεί να αναίρεσει την απαγόρευση αυτή, ακόμα και αν τυπικώς η υπόθεση του άρθρ. 1019 αποτελεί μη γνήσια υπόθεση ασφαλιστικών μέτρων.

Εκτός όμως του ως άνω επιχειρήματος, τα λειτουργικά χαρακτηριστικά της διαδικασίας, δηλαδή η επέλευση των αποτελεσμάτων της ανατροπής ήδη με την δημοσίευση της απόφασης του ειρηνοδικείου (1019 § 1 εδ. γ)¹⁴⁶ και η μη αναδρομική ισχύς της ανατροπής¹⁴⁷ δεν επιτρέπουν ιδιαίτερα περιθώρια αποτελεσματικού δευτεροβάθμιου δικαστικού ελέγχου. Πιο συγκεκριμένα, αν έφεση του ηττηθέντος επισπεύδοντος κατά πρωτόδικης απόφασης που απαγγείλει την ανατροπή γίνει δεκτή, με αποτέλεσμα το κατασχεμένο να αποδεσμευτεί και στη συνέχεια να εκπλειστηριαστεί δυνάμει άλλης μεταγενέστερης κατάσχεσης¹⁴⁸ ή να διατεθεί ελεύθερα σε τρίτον, η ετεροχρονισμένη απαγγελία της ανατροπής θα την έχει καταστήσει άνευ αντικειμένου. Και τούτο, διότι, καθώς η ανατροπή δεν ενεργεί αναδρομικά αλλά για το μέλλον¹⁴⁹, η διάθεση του πρωτοδίκως αποδεσμευθέντος πράγματος, είναι έγκυρη. Ομοίως,

145 Βλ. ο.π. (σημ. 135).

146 και όχι από την εγγραφή της στο βιβλίο κατασχέσεων. Πρέπει μάλιστα να γνωστοποιείται στον υπάλληλο του πλειστηριασμού χωρίς υπαίτια καθυστέρηση, ώστε αυτός να απέχει από κάθε παραπέρα ενέργεια εκτέλεσης, καθώς άμεση συνέπειά της είναι η κατάργηση της εκτελεστικής διαδικασίας και η ακυρότητα του πλειστηριασμού, εφόσον παρά την ανατροπή της κατάσχεσης, διεξαχθεί. Ωστόσο, στην τελευταία αυτή περίπτωση, ο διεξαχθείς πλειστηριασμός δεν ακυρώνεται αυτοδικαίως αλλά μόνο μετά από δικαστική απαγγελία του. Συνεπώς, εκπρόθεσμη προσβολή του ή άπρακτη παρέλευση της προθεσμίας άσκησης ανακοπής (934 §1 β') τον καθιστά απρόσβλητο· βλ. ο.π. Β και σημ. 43.

147 ΟΛΑΠ 53/1990 ΕλλΔνη 1991. 491· ΑΠ 1029/1989 ΕΕΝ 1990. 370· ΕφΠειρ 457/2018 efeteio-peir.gr· ΕφΑθ 6452/1989 ΕλλΔνη 1992. 595· *Ράμμος*, Αναμν. Τόμος Μιχελάκη, σ. 498-500· *ο ίδιος* Εγχειρίδιον Αστικού Δικονομικού Δικαίου ΙΙΙ, 1982, § 462, σ. 1619-1620· *Γέσιου - Φαλτσή*, ΔικΑνΕκτ Πα³, §56, αρ. 22, σ. 354· *Νίκας*, ΔικΑνΕκτ ΙΙ², §44, αρ.17, σ. 299· *Κεραμεύς*, Αρμ 1987, σ. 290· *Μπρίνιας*, ΑνΕκτ², άρθρ. 1019 § 664, σ. 2205· *Νικολόπουλος*, ΑνΕκτ², σ. 375 επ.· *Κεραμεύς/Κονδύλης/Νίκας (Κιουπτσίδου - Στρατουδάκη)*, ΚΠολΔ², 1019 αρ. 10· *Πανταζόπουλος*, ΑνΕκτ, 2021, σ. 376.

148 Η νέα κατάσχεση, άλλωστε, είναι ξένη προς την προηγούμενη· βλ. ΟΛΑΠ 51/1990 Δ 1991. 1093. Υπό καθεστώς πολλαπλών κατασχέσεως κάθε κατάσχεση λειτουργεί αυτοτελώς· βλ. ο.π. Δ.Ι. και σημ. 111.

149 Βλ. ο.π. (σημ. 147).

αν έφεση οφειλέτη ή τρίτου κατά πρωτόδικης απορριπτικής απόφασης γίνει δεκτή, με αποτέλεσμα μη υπάρχοντος προσκόμματος διεξαγωγής του πλειστηριασμού, το πράγμα να εκπλειστηριαστεί, ο πλειστηριασμός αυτός νομίμως διεξάγεται.

Τέλος, δεν μπορεί να παραγνωριστεί ότι η νομοθετική περιστολή των δικών περί της εκτέλεση, ως μέσου επιτάχυνσης της διαδικασίας, η οποία αποτελεί και ενδιάθετο σκοπό της ανατροπής, έχει δημιουργήσει, από συστηματική άποψη, ένα «εχθρικό» περιβάλλον για την αναγνώριση ενδίκων μέσων σε μια περιφερειακή δίκη της εκτελεστικής διαδικασίας, όπως η δίκη του άρθ. 1019, η σκοπιμότητα της οποίας, μάλιστα, μετά την εισαγωγή του συστήματος των πολλαπλών κατασχέσεων, έχει υποβαθμιστεί σημαντικά.

Με βάση επομένως τις ανωτέρω πρόσθετες σκέψεις φαίνεται πιο πειστικός ο αποκλεισμός των ένδικων μέσων στην δίκη της ανατροπής.

III. Περιθώρια προσωρινής δικαστικής προστασίας

Όπως προαναφέρθηκε, για να επιτελέσει την λειτουργία της η ανατροπή πρέπει να εκδοθεί η σχετική απόφαση πριν από την διεξαγωγή του πλειστηριασμού, ώστε η εκκρεμής διαδικασία να καταργηθεί και να εμποδιστεί εγκαίρως, αφού πλειστηριασμός σε χρόνο κατά τον οποίο δεν έχει απαγγελθεί ανατροπή, διεξάγεται νομίμως. Απαγγελία της ανατροπής μετά την κατακύρωση δεν θίγει την τελευταία, αφού η ανατροπή δεν ενεργεί αναδρομικά.

Υπ' αυτές τις συνθήκες, τίθεται το ερώτημα αν ενόψει επικείμενου πλειστηριασμού κι ενόσω εκκρεμεί η έκδοση απόφασης επί αίτησης ανατροπής, είναι νόμιμη προσωρινή διαταγή κατ' άρθ. 691 §2 το οποίο εφαρμόζεται κατ' αρχήν στην δίκη της ανατροπής (682 επ.) προκειμένου να μη καταστεί η αίτηση άνευ αντικειμένου και να εξασφαλιστεί έτσι η επικαιρότητα της εκδοθησόμενης απόφασης. Το περιεχόμενο της συγκεκριμένης μορφής προσωρινής δικαστικής προστασίας δεν ρυθμίζεται από το άρθ. 1019 ούτε από τις επιμέρους συγγενείς διατάξεις.

Κατά το προϊσχύσαν δίκαιο είχε κριθεί ότι η χορήγηση σημειώματος κατ' άρθ. 938 §2 με το οποίο παρεμποδιζόταν η διεξαγωγή του πλειστηριασμού στο πλαίσιο δίκης ανατροπής, ήταν μη νόμιμη, αφού δεν υπήρχε εκκρεμής ανακοπή κατά του εκτελούμενου τίτλου. Απέμενε επομένως η εκδοχή ότι μπορούσε να εφαρμοσθεί αναλόγως η ως άνω διάταξη στο πλαίσιο δίκης ανατροπής κατάσχεσης, ενόσω δεν είχε ήδη εκδοθεί οριστική απόφαση του ειρηνοδικείου που απέρριπτε την αίτηση ανατροπής¹⁵⁰.

Παρά την κατάργηση της διάταξης του άρθ. 938 με το ν. 4335/2015, η οποία απέκλειε την οποιαδήποτε σκέψη εφαρμογής της, το ανωτέρω προηγούμενο

150 ΑΠ 296/2003 Δ 2003.949 = ΧρΙΔ 2003. 539.

δίδει μια χρήσιμη ερμηνευτική κατεύθυνση κατά τα εξής:

- (α) Προσωρινή διαταγή (σημείωμα) δεν μπορεί να χορηγηθεί στο πλαίσιο των άρθρ. 937 §1 περ. β' και γ' [πλέον 938 §§1,2] (και 1000), αφού οι διατάξεις αυτές αφενός πλαισιώνουν ανακοπή του άρθρ. 933 και 936 και όχι αίτηση ανατροπής, αφετέρου καταστρώνουν σύστημα και προϋποθέσεις προσωρινής προστασίας που δεν συνδέονται με την δίκη της ανατροπής.
- (β) Όταν είναι εμφανής η έκτακτη ανάγκη προσωρινής δικαστικής προστασίας και δεδομένου ότι αυτή κατοχυρώνεται από υπερνομοθετικές διατάξεις¹⁵¹, ο δικαστής μπορεί κατ' εξαίρεση και μόνον εφόσον η αναστολή εκτέλεσης κατέστη αναγκαία από συνθήκες που δεν μπορούσαν να προβλεφθούν¹⁵² ενόσω δεν είχε εκδοθεί οριστική απόφαση του ειρηνοδικείου και πιθανολογείται η ευδοκίμηση της αίτησης ανατροπής, να προσφύγει στις διατάξεις των άρθρ. 731-732, όχι επειδή πρόκειται για ακούσιο κενό αναστολής¹⁵³, αλλά διότι οι διατάξεις αυτές εφαρμόζονται κατά νομοθετική παραπομπή του άρθρ. 1019 §1.

151 Βλ. αντί άλλων *Γιαννόπουλο*, Ο περιορισμός της δικαστικής αναστολής εκτέλεσης κατά το άρθρ. 937 §1 στ. γ' ΚΠολΔ υπό το πρίσμα της αξίωσης παροχής έννομης προστασίας ΕΠολΔ 2017, σ. 320 επ., σ. 324 (σημ. 24 μ.π.π.).

152 Σχετικά με την εφαρμογή των άρθρ. 731-732 πρβλ. ΑΠ(Συμβ) 142/2016, 11/2017 ΕλλΔνη 2017 με αντίθ. παρ.τ. *Καλαβρού* = ΝοΒ 2017. 657· Κεραμεύς/Κονδύλης/Νίκας (-*Κράνη*), ΚΠολΔ², 731-732, αρ. 5 μ.π.π.· *Σταματόπουλο*, «Προληπτική» δικαστική προστασία του υπερθεματιστή, όταν η κατάσχεση, που οδήγησε στον πλειστηριασμό, είχε ήδη ανατραπεί, Δ 2001, σ. 475 επ., 485· Ως προς παρεμφερείς απρόβλεπτες συνθήκες (μη τήρηση των άρθρ. 933 §§2 και 6 από το δικαστήριο) πρβλ. Κεραμεύς/Κονδύλης/Νίκας (-*Κράνη*), ΚΠολΔ², 731-732, αρ. 5· *Χατζήωάννου*, Η αναστολή αναγκαστικής εκτέλεσης μετά το ν. 4335/2015 με αφορμή την κατάσχεση εις χείρας τρίτου. Παρατηρήσεις στην ΑΠ (Συμβ) 11/2017, ΝοΒ 2017. 661.

153 Για τις ερμηνευτικές επιφυλάξεις για την εφαρμογή των διατάξεων των άρθρ. 731-732 ως βάσης χορήγησης αναστολής εκτέλεσης μετά το κενό που προκάλεσε η κατάργηση του άρθρ. 938 μετά το ν. 4335/2015 βλ. *Γέσιου - Φαλτσή*, ΔικΑνΕκτ², §43, αρ. 19, σ. 907-908· *Ορφανίδη*, Η αναστολή εκτελέσεως για ικανοποίηση χρηματικών απαιτήσεων μετά το ν. 4335/2015, 2017, σ. 82· *Καλαβρό*, παρ.τ. στη ΣυμβΑΠ 11/2017 ΕλλΔνη 2017. 415· *Κολοτούρο*, Συνέπειες της αναγκαστικής κατάσχεσης στα χέρια τρίτου, ΕΠολΔ 2016, σ. 127 επ., 158· *Γιαννόπουλο*, Ο περιορισμός της δικαστικής αναστολής εκτέλεσης κατά το άρθρ. 937 §1 στ. γ' ΚΠολΔ υπό το πρίσμα της αξίωσης παροχής έννομης προστασίας, ΕΠολΔ 2017, σ. 320 επ., 320-321, σημ. 4 in fine· *Δημητρίου*, Η δικαστική αναστολή της αναγκαστικής εκτέλεσης, 1992, σ. 79 επ.· αντίθ. *Μακρίδου/Απαλαγάκη/Διαμαντόπουλο*, ΠολΔ², σ. 125-126· *Απαλαγάκη*, Συστηματική παρουσίαση των βασικών τροποποιήσεων του ΚΠολΔ², 2017, σ. 64-65.

ΣΤ. Συμπεράσματα της μελέτης σε θέσεις

- I. Εφόσον ήθελε υλοποιηθεί η νομοθετική πρόθεση του ν. 4335/2015 να εκκαθαρίζονται δικαστικώς πριν τον πλειστηριασμό κατά τρόπο δεσμευτικό οι αντιρρήσεις σχετικά με την κατάσχεση, η ανατροπή της κατάσχεσης θα καθίστατο άνευ αντικειμένου, εφόσον η κατάσχεση είχε προσβληθεί και με ανακοπή των άρθρ. 933, 936 και η ακύρωσή της θα απαγγελλόταν πριν από την απαγγελία της ανατροπής. Αν όμως μέχρι τον πλειστηριασμό η δίκη της ανακοπής εκκρεμεί, τότε η αίτηση ανατροπής συνεχίζει να διατηρεί το αντικείμενο και την σκοπιμότητά της.
- II. Η αδρανοποίηση της εκτελεστικής διαδικασίας κατά τις (ακουσίως μη υπαχθείσες στην §2 του άρθρ. 1019) διατάξεις των άρθρ. 954 § 2 περ. ε', 993 § 2 εδ. πρώτο, 973 §1 εδ. δεύτερο και (αναλόγως) 973 §§ 3-6 είναι όμοια με την αδρανοποίηση λόγω των περιπτώσεων της § 2 του άρθρ. 1019, ώστε επί των πρώτων να συντρέχει η ταυτότητα του νομικού λόγου που επιβάλλει, για λόγους ισότητας, την όμοια ρύθμιση με τις δεύτερες (ρυθμισμένες στην § 2) αλλά και τις λοιπές προαναφερθείσες στο πλαίσιο της παρούσας μελέτης αρρυθμιστες περιπτώσεις που νομολογία και θεωρία έχουν δεχθεί ότι ρυθμίζονται αναλόγως από την § 2 του άρθρ. 1019. Το βέβαιο είναι ότι στο πλαίσιο επαναξιολόγησης είναι αναγκαία η νομοθετική προσαρμογή του θεσμού της ανατροπής στο ισχύον σύστημα της αναγκαστικής εκτέλεσης, ώστε να μη αφήνονται περιθώρια ερμηνειών σε σχέση με το κεφαλαιώδες ζήτημα του υπολογισμού της προθεσμίας. Μόνο έτσι θα αποκατασταθεί η ασφάλεια δικαίου.
- III. Η προτεραιότητα των σκοπών του θεσμού της ανατροπής μετά το ν. 4335/2015 έχει εξ αντανάκλασεως μεταβληθεί έτσι, ώστε να προηγούνται τα επιμέρους ιδιωτικά συμφέροντα των αναγγεληθέντων δανειστών με προσόντα αυτοτελούς κατάσχεσης που επιθυμούν να αναλάβουν την πρωτοβουλία της διαδικασίας και να έπεται το ευρύτερο οικονομικό συμφέρον της αποδέσμευσης του κατασχεθέντος και της επανένταξής του στις συναλλαγές. Το τελευταίο κατ' αποτέλεσμα ταυτίζεται με το συμφέρον του οφειλέτη και τρίτων προσώπων που έχουν συμφέρον από την αποδέσμευση.
- IV. Ο αποκλεισμός των ενδίκων μέσων στη δίκη της ανατροπής στηρίζεται, εκτός από την ιστορική ερμηνεία της διάταξης, και σε επιχειρήματα τελεολογικά και εκ του όλου κανονιστικού συστήματος. Ο γενικός κανόνας του επιτρεπτού των ενδίκων μέσων στις μη γνήσιες υποθέσεις ασφαλιστικών μέτρων δεν μπορεί να εφαρμοστεί στις ειδικές υποθέσεις του άρθρ. 1019 με τα ιδιαίτερα λειτουργικά χαρακτηριστικά. Επίσης, όσο εκκρεμεί η αίτηση ανατροπής και πιθανολογείται η ευδοκίμησή της, ο ειρηνοδίκης μπορεί κατ' εξαίρεση, εφόσον η εν λόγω προστασία είναι αναγκαία από απρόβλε-

πτες συνθήκες, να χορηγήσει προσωρινή διαταγή με περιεχόμενο την αναστολή του πλειστηριασμού ως μέτρο των άρθ. 731-732 κατά νομοθετική παραπομπή του άρθ. 1019 §1.

Περί υποθετικής αιτιότητας

Απόστολος Χελιδόνης

Καθηγητής Νομικής Σχολής Δ.Π.Θ.

I. Εισαγωγή

Ένα από τα πιο ακανθώδη προβλήματα τόσο για το δόγμα του Αστικού, όσο και γι' αυτό του Αστικού Δικονομικού Δικαίου είναι κατά κοινή ομολογία το πρόβλημα της υποθετικής αιτιότητας¹. Ακόμη και ο όρος υποθετική αιτιότητα, που χρησιμοποιείται κατά κόρον από τους περισσότερους συγγραφείς, για να περιγράψουν το εδώ εξεταζόμενο φαινόμενο, ενέχει μια εσωτερική αντίφαση, μια *contradictio in adjecto*. Δεν είναι πράγματι σαφές γιατί θα πρέπει να ληφθεί υπόψη στην αιτιώδη εξήγηση ενός φαινομένου ένα γεγονός που δεν έλαβε ποτέ χώρα, αλλά θα μπορούσε αυτό με μεγάλη πιθανότητα να συμβεί στο μέλλον (πότε άραγε ακριβώς;), σε όση έκταση άλλο γεγονός προκάλεσε ήδη στο μεταξύ το ίδιο αποτέλεσμα. Μπορεί για παράδειγμα ο ληστής να επικαλεστεί ότι δεν ευθύνεται για την εγκληματική πράξη του, επειδή στην αμέσως επόμενη γωνία το θύμα θα υφίστατο μετά βεβαιότητας επίσης ληστεία για το ίδιο αντικείμενο από άλλη συμμορία, που караδοκούσε ομοίως εκεί²;

1 Ο τιμώμενος καθηγητής ενδιαφέρθηκε ιδιαίτερα στα κείμενά του για τα προβλήματα αιτιότητας. Οι γραμμές που ακολουθούν, ασχολούνται με ένα ζήτημα ακριβώς από τη δύσκολη αυτή περιοχή. Ο γράφων ευελπιστεί ότι οι εν λόγω αναπτύξεις θα του προκαλέσουν το ενδιαφέρον. Του αφιερώνονται με αισθήματα βαθιάς εκτίμησης και ευγνωμοσύνης για τη φιλία του και τις ατέλειωτες ώρες γοητευτικής και απολαυστικής συζήτησης μαζί του.

Το κείμενο που ακολουθεί αποδίδει τις βασικές θέσεις σε πρόσφατο άρθρο του γράφοντος που δημοσιεύτηκε στη Γερμανία και φέρει τον τίτλο *Chelidonis, Hypothetische und überholende Kausalität*, JURA 2021, 227-237. Το εν λόγω κείμενο ξαναγράφηκε εδώ εξαρχής, ενώ προστέθηκε σε αυτό και ενδεικτική ελληνική βιβλιογραφία, για όσους θα ήθελαν να εντρυφήσουν στο εξαιρετικά γοητευτικό αυτό πρόβλημα. Δεν έλαβαν ωστόσο χώρα σοβαρές νοηματικές αλλαγές, καθώς το ερευνώμενο εδώ πρόβλημα είναι από τη φύση του όμοιο σε αμφοτέρως τις έννομες τάξεις, δηλαδή την ελληνική και τη γερμανική.

2 Βλ. το πολύ καίριο, σχετικό παράδειγμα των *Brox/Walker*, Allgemeines Schuldrecht, 44^η εκδ., 2020, § 30 αρ. 21: “*A raubt dem X die Brieftasche. A kann sich nicht darauf berufen, an der nächsten Straßenecke hätte B den X in gleicher Weise beraubt. X hat nur einen Schadensersatzanspruch gegen A, nicht aber gegen B. Würde man bei dem Schadensersatzanspruch gegen A die hypothetische Ursache (Raub des B) berücksichtigen, dann würde X leer ausgehen*” (= «Ο Α ληστεύει τον Χ αφαιρώντας το πορτοφόλι του. Ο Α δεν μπορεί να επικαλεστεί ότι ο Β θα είχε επίσης ληστέψει τον Χ στην αμέσως επόμενη γωνία. Ο Χ έχει μόνο μια αποζημιωτική αξίωση κατά του Α και όχι κατά του Β. Αν λαμβάνονταν υπόψη στην αποτίμηση της

Η κρατούσα γνώμη εκτιμά ότι ισχύει εν προκειμένω ο κανόνας της χρονικής προτεραιότητας³. Αιτιωδώς καταλογίζεται δηλαδή μόνο το γεγονός που προηγήθηκε (στο παράδειγμά μας η πρώτη ληστεία). Μεταγενέστερα συμβά-ντα, που θα οδηγούσαν στο ίδιο ακριβώς αποτέλεσμα δεν μας ενδιαφέρουν πλέον⁴, ενόψει και της προφανούς φυσιοκρατικής αλήθειας: *ό γέγονεν γέγονεν*⁵. Αυτό που συνέβη, δεν μπορεί να επαναληφθεί ποτέ το ίδιο. Πέραν αυτού, αν δεν γινόταν σε αυτά τα συμφραζόμενα η χρονική προτεραιότητα δεκτή, θα

αξίωσης κατά του Α η υποθετική ληστεία του Β, τότε ο Χ θα έμενε χωρίς προστασία»).

- 3 Έτσι κυρίως Esser/Schmidt, Schuldrecht I 2, Allgemeiner Teil, 8. εκδ., 2000, § 33 IV: „In diesen Fällen hat das Zweitergebnis nicht (mehr) in den realen Kausalverlauf eingegriffen, weil dieser bereits zu einem äußeren Erfolg (Rechtsverletzung, Schadensverwirklichung) geführt hatte; oder es kommen ein mitwirkendes Ereignis bzw. eine vorhandene ältere Schadensbedingung (interne Schadensanlage oder externer Eingriff), die in absehbarer Zeit auch in derselben Weise mit demselben Resultat wirksam geworden wären, deshalb nicht (mehr) zum Zuge, weil ihnen ein anderes Ereignis zuvorgekommen ist. Man spricht hier gern von einer ‘überholenden Kausalität’. Das ist zumindest ungenau, weil es sich auch hier nicht um ein Kausalitätsproblem handelt – der Schädiger ist und bleibt ursächlich für das fragliche Geschehen –, sondern um die Frage, ob der wirkliche Schadensstifter durch die hypothetisch gebliebene Reserveursache entlastet werden soll. Besser ist es deshalb, von einem ‘hypothetischen Schadensverlauf’ zu sprechen, und auch dies ist nur in den Fällen angebracht, in denen der jeweilige zusätzliche Schadensfaktor noch keine Auswirkungen auf die wirtschaftliche Wertschätzung des bedrohten Objekts gehabt hat“ (= «Σε αυτές τις περιπτώσεις το δεύτερο γεγονός δεν επέδρασε στην αιτιώδη διαδρομή, υπό την έννοια ότι θα οδηγούσε σε ένα εξωτερικό αποτέλεσμα (προσβολή εννόμου αγαθού, γέννηση ζημίας). Ενδεχομένως να υπάρχει εδώ ένα παράλληλο αίτιο ή μια ήδη υφιστάμενη υποδομή ζημίας (εσωτερικός ή εξωτερικός παράγοντας), τα οποία με τον ίδιο τρόπο θα οδηγούσαν σε εύθετο χρόνο στη ζημία, αλλά αυτό δεν ενδιαφέρει πλέον, εφόσον προηγήθηκε ένα άλλο ζημιολόγο γεγονός. Σε αυτές τις περιπτώσεις γίνεται συχνά λόγος για προλαμβάνουσα αιτιότητα. Πρόκειται όμως για έναν σκοτεινό όρο, ενόψει του ότι δεν πρόκειται εν προκειμένω για θέμα αιτιότητας –ο δράστης παραμένει υπεύθυνος για το αποτέλεσμα–, ουσιαστικά πρόκειται για το ερώτημα αν θα πρέπει να μην ευθύνεται ο δράστης για την υποθετική, επικουρική αιτία. Ορθότερο είναι λοιπόν να γίνεται λόγος για υποθετική αιτιότητα και αυτό συμβαίνει στις περιπτώσεις όπου ο πρόσθετος ζημιολόγος όρος δεν εκδηλώθηκε ακόμη επάνω στην οικονομική αξία του απειληθέντος πράγματος»)- για το ελληνικό δίκαιο πρβλ. κυρίως ΑΠ 1006/1977 ΝοΒ 1978, 907· ΠρΤρικ 800/1965 ΕΕΝ 1966, 172· πλήρης ανάλυση του φαινομένου από Σταθόπουλο, Γενικό Ενοχικό Δίκαιο, 2004, § 9 αρ. 21 επ. με εκτενείς αναφορές στην παλαιότερη σχετική βιβλιογραφία, που αποδεχόταν εν προκειμένω το σκεπτικό της χρονικής προτεραιότητας· βλ. γι’ αυτό ενδεικτικά Κ.Τριανταφυλλόπουλο, Ελληνικόν Ενοχικόν Δίκαιον, Γενικόν Μέρος, 3^η εκδ., 1943, σ. 177· Σπυριδάκης/Περάκης, άρθρ. 297 αρ. 2.

- 4 Έτσι πράγματι ήδη η παλαιότερη άποψη στην ελληνική θεωρία βλ. κυρίως Ζέπο, Ενοχικόν Δίκαιον, Α΄ Μέρος Γενικόν, 2^η εκδ., 1969, σ. 276· Τούση, Ενοχικόν Δίκαιον, Α΄, 1973, § 36 σ. 158· ΕφΠειρ 15/2008 ΤΝΠ ΔΣΑ.

- 5 Η γερμανική νομολογία δέχεται κάποιες εξαιρέσεις από την κυρίαρχη αρχή της χρονικής προτεραιότητας μόνο σε περιπτώσεις που το ζημιωθέν αντικείμενο είχε ήδη εντός του την προδιάθεση της καταστροφής πρβλ. κυρίως BGHZ 10, 6; BGHZ 125, 56; BGHZ 29, 207· βλ. επίσης σε εμάς Παντελίδου, Γενικό Ενοχικό Δίκαιο, § 6 αρ. 38.

ελάμβανε χώρα μια παράδοση κατάσταση: Θα μπορούσε δηλαδή ο πρώτος ληστής να ισχυριστεί πονηρά ότι και ο δεύτερος ληστής θα προκαλούσε το ίδιο εγκληματικό αποτέλεσμα, άρα αιτιότητα δεν υπάρχει, συνεπώς ο ίδιος δεν ευθύνεται για τη ζημία. Θα επρόκειτο όμως τότε για ένα δεοντολογικό αδιέξοδο (ένα κακόγουστο, σε επιχειρηματολογικό επίπεδο, σπιράλ!). Το θύμα θα έμενε με αυτούς τους όρους εντελώς απροστάτευτο, καθώς κανείς δεν θα ευθυνόταν πια αιτιωδώς για το ζημιογόνο αποτέλεσμα, πράγμα ανεπιεικές και κάθε άλλο παρά ευχάριστο για τον ζημιωθέντα.

Στη συλλογιστική της υποθετικής αιτιότητας δεν είναι όμως περαιτέρω σαφές, και αυτό είναι ίσως το κρισιμότερο, από συστηματική άποψη, σημείο, αν έχουμε να κάνουμε πιο πολύ με ζήτημα καταλογισμού⁶, συνεπώς υπάρχει

6 Έτσι η κρ.γν, ακόμη στη Γερμανία, πρβλ. κυρίως Wandt, *Gesetzliche Schuldverhältnisse*, 9^η εκδ., 2019, § 25 αρ. 5: “*Die hypothetische Kausalität und das rechtmäßige Alternativverhalten betreffen Probleme der Zurechnung, nicht der Kausalität im natürlichen Sinne. Ein konkreter Schaden ist durch den Schädiger kausal (i.S. der conditio sine qua non-Formel) herbeigeführt worden; denkt man das schädigende Ereignis weg, so entfällt zunächst auch der konkrete Schaden*” (= «Η υποθετική αιτιότητα και η νόμιμη εναλλακτική συμπεριφορά αφορούν προβλήματα καταλογισμού, δεν συνιστούν πρόβλημα της φυσικής αιτιότητας. Μια συγκεκριμένη ζημία προκαλείται αιτιωδώς από τον δράστη υπό την έννοια της συλλογιστικής περί *conditio sine qua non*. Αν αφαιρέσει κανείς το ζημιογόνο γεγονός, τότε εκλείπει και η συγκεκριμένη ζημία»)- πρβλ. περαιτέρω Deutsch/Arens, *Deliktsrecht*, 6. Aufl., 2014, αρ. 72: “*Auf rechtmäßiges Alternativverhalten beruft man sich mit dem Vorbringen, dass sich der Schaden gleichermaßen bei rechtswidrigem oder bei rechtmäßigem Verhalten ereignet haben könnte. Es wird also nicht die Kausalität in Frage gestellt, sondern vielmehr behauptet, dass die rechtswidrige Schadenszufügung deswegen nicht erheblich ist, weil sie ebenso rechtmäßig erfolgt sein könnte. Die Rechtswidrigkeit des Verhaltens wird also für unerheblich gehalten*” (= «Στη νόμιμη εναλλακτική συμπεριφορά επικαλείται κανείς το επιχείρημα ότι το αποτέλεσμα θα επερχόταν τόσο επί παράνομης όσο και επί νόμιμης συμπεριφοράς. Συνεπώς, δεν αμφιβάλλουμε εδώ για την αιτιότητα αλλά κυρίως για το αν η παρανομία είναι ουσιώδης όρος του αποτελέσματος ενόψει και του ότι η νόμιμη συμπεριφορά οδηγεί στο ίδιο αποτέλεσμα. Συνεπώς η παρανομία δεν είναι απαραίτητη για το αποτέλεσμα»). Είναι ωστόσο απορίας άξιο το πώς αυτή η ορθή εκτίμηση, που αμφιβάλλει εύλογα για το αν η παρανομία είναι αναγκαία συνθήκη για το αποτέλεσμα, δικαιολογεί εν τέλει το απολύτως ελεγχόμενο και αντιφατικό συμπέρασμα για το ότι υπάρχει εδώ αιτιότητα. Η όλη συζήτηση επιβαρύνθηκε δυστυχώς από μια βιαστική επίκληση του σκεπτικού της αιτιότητας. Υπάρχει εν προκειμένω δηλαδή μια μεγάλη σύγχυση ανάμεσα στην έννοια του φυσικού όρου ενός αποτελέσματος και της αρνητικής συνθήκης του τελευταίου. Ένας φυσικός όρος μπορεί όντως να υπάρχει, αλλά να μην οδηγεί κατ’ ανάγκη στο αποτέλεσμα, αφού μπορεί να πρόκειται απλώς για έναν επιφανινόμο όρο, όπως σύντομα θα διαφανεί. Κάποιοι μάλιστα συγγραφείς προέκριναν ενόψει αυτού του σκεπτικού ως μοντέλο λύσης τον ενδιαφέροντα μηχανισμό της κατάχρησης δικαιώματος, για την αντιμετώπιση του δύσκολου προβλήματος της υποθετικής αιτιότητας, έτσι κυρίως Medicus, JuS 2005, 289 επ. Εκτίμησαν πιο συγκεκριμένα ότι αυτός που συμβάλει σε ένα αποτέλεσμα, δεν μπορεί να αναζητεί εκ των υστέρων και ευθύνη άλλου γι’ αυτό. Η όλη συλλογιστική παραπέμπει εμφανώς στο σκεπτικό του βαρύνοντος συντρέχοντος πταίσματος. Η τελευταία σκέψη είναι αξιοπρόσεκτη, αλλά δεν εξηγεί όμως ακόμη πλήρως το πρόβλημα. Στη σχέση μεταξύ συντρέχοντος πταίσματος και αιτιότητας, που είναι ένα

αιτιότητα, ή αν πρόκειται κατ' ουσίαν για πρόβλημα ελλείπουσας αιτιότητας. Το θέμα εμφανίζει ιδιαίτερο ενδιαφέρον ενόψει κυρίως του γεγονότος ότι γίνονται ευρέως δεκτές εξαιρέσεις από την υπονοηθείσα αρχή της χρονικής προτεραιότητας, χωρίς όμως να είναι σαφές το τι ακριβώς δικαιολογεί αυτές τις τελευταίες⁷. Οι εν λόγω εξαιρέσεις συναπαρτίζουν ακριβώς το πρόβλημα της υποθετικής αιτιότητας. Σε αυτή τη διάσταση επικεντρωνόμαστε λοιπόν στη συνέχεια.

II. Οι διακρίσεις των περιστατικών υποθετικής αιτιότητας

Ο νόμος δεν αγνοεί πράγματι το δυσχερές φαινόμενο της υποθετικής αιτιότητας. Αυτό επιβεβαιώνει ήδη το ακόλουθο παράδειγμα: Ο οφειλέτης καθυστερεί να εκπληρώσει την παροχή. Στη διάρκεια της υπερημερίας του λαμβάνει όμως χώρα σεισμός, που καταστρέφει την εκκρεμή παροχή. Η ΑΚ 344 αναφέρει εν προκειμένω: «Ο οφειλέτης κατά τη διάρκεια της υπερημερίας ευθύνεται για κάθε αμέλεια. Ευθύνεται επίσης και για τα τυχαία γεγονότα, εκτός αν αποδείξει ότι η ζημία θα επερχόταν και αν η παροχή εκπληρωνόταν έγκαιρα». Ο νόμος συμμερίζεται λοιπόν την αντίληψη ότι μελλοντικά υποθετικά γεγονότα, παρά την απόλυτα πειστική, προγραμματική αντίληψη περί χρονικής προτεραιότητας, δεν είναι πάντοτε αδιάφορα, σε ό,τι αφορά τη νομική αποτίμηση ενός ζημιολόγου περιστατικού. Γιατί θα πρέπει όμως κατ' εξαίρεση να μας ενδιαφέρει εδώ το τι θα συμβεί στο μέλλον; Η κρατούσα άποψη προσανατολίζεται ειδικά στο παράδειγμα της αναπόφευκτης και τυχαίας απώλειας της καθυστερημένης παροχής κυρίως στο επιχείρημα ότι, αν ο οφειλέτης εκπλήρωνε στον προβλεφθέντα συμβατικά χρόνο την παροχή, ο δανειστής, που θα γινόταν τότε κύριος της παροχής, θα ζημιωνόταν έτσι κι αλλιώς στο πλαίσιο της αρχής: *casus sentit dominus*. Θα ήταν συνεπώς άδικο να αναζητείται τότε ευθύνη από τον οφειλέτη. Η παραπάνω ορθή δικαιοπολιτική θεώρηση οδήγησε μάλιστα πολλούς συγγραφείς στην υιοθέτηση της άποψης ότι το πρόβλημα της υποθετικής αιτιότητας είναι κατά βάση ζήτημα καταλογισμού της ζημίας παρά ελλείπουσας αιτιότητας. Αυτή είναι και η κρατούσα σήμερα άποψη στην ελληνική θεωρία, αλλά και σε άλλες έννομες τάξεις, π.χ. τη γερμανική, που διαβλέπουν εδώ πιο πολύ

εξίσου δυσχερές ζήτημα, ο γράφων ευελπιστεί να επανέλθει με νεότερη τοποθέτησή του.

7. Πρβλ. κυρίως *Medicus/Petersen*, Bürgerliches Recht, 26^η εκδ., 2017, αρ. 848 ff.: “Daher besteht im Wesentlichen Einigkeit über folgendes: Die Reserveursache bleibt unbeachtet, wenn sie selbst einen Ersatzanspruch des Geschädigten ausgelöst hätte [...] Dagegen herrscht im Übrigen Streit” (= «Συνεπώς υπάρχει κατά βάση ομοφωνία για το εξής: Η επικουρική αιτία δεν ενδιαφέρει ως προς το ότι και αυτή θα μπορούσε να γεννήσει μια αποκαταστατική αξίωση ... Κατά τα λοιπά κυριαρχεί εδώ διχογνωμία»).

ένα πρόβλημα υπολογισμού της ζημίας⁸ ή/και μεταθέσεως του χρόνου αποτίμησης της τελευταίας⁹, παρά ένα πρόβλημα καθαρής αιτιότητας. Τη θεώρηση αυτή θέλει να αμφισβητήσει ως γενικό απόφθεγμα η παρούσα συμβολή.

Ανάλογες δυσχέρειες προκαλεί όμως και το παρεμφερές φαινόμενο της νόμιμης εναλλακτικής συμπεριφοράς¹⁰. Για την ειδικότερη αυτή εκδοχή υποθετικής αιτιότητας δεν υπάρχει μάλιστα κάποια νομοθετική πρόβλεψη ή έστω κάποιος νομοθετικός υπαινιγμός (ίσως ενδεχομένως η ΑΚ 298;). Το ειδικότερο αυτό πρόβλημα απασχολεί όμως εξίσου έντονα τη θεωρία και τη νομολογία, που δεν καταλογίζουν και εδώ, όπως και στο περιστατικό της τυχαίας απώλειας του οφειλομένου πράγματος επί υπερημερίας οφειλέτη, ευθύνη στον δράστη της ζημίας. Χαρακτηριστικό είναι το παράδειγμα του ιατρού που παραβίασε την υποχρέωση ενημέρωσης του ασθενούς, π.χ. δεν ενημέρωσε για το ποσοστό κινδύνου του τελευταίου ενόψει της επιλογείας εκ μέρους του ιατρού θεραπευτικής αγωγής, με αποτέλεσμα να δώσει ο ανυποψίαστος ασθενής χωρίς δεύτερη σκέψη τη συναίνεσή του στην πράξη του ιατρού¹¹. Ακολουθώς έλαβε όμως χώρα επιπλοκή, για την οποία δεν γνώριζε εξαρχής το παραμικρό ο ασθενής, γεγονός που οδήγησε τελικά στον θάνατό του. Ο ιατρός αμυνόμενος ισχυρίζεται ότι και να ενημέρωνε τον ασθενή¹², ο τελευταίος

8 Έτσι η κρατούσα άποψη σήμερα στην ελληνική επιστήμη βλ. Μπαλή, Ενοχικόν Δίκαιον, Γενικόν Μέρος, 3^η κδ., 1969, § 27 αρ. 8· Σταθόπουλο, ό.π., § 9 αρ. 22 επ.· Σπυριδάκη, Ενοχικό Δίκαιο – Γενικό Μέρος, 3^η εκδ., 2004, σ. 260 επ.· Αστ.Γεωργιάδη, Ενοχικό Δίκαιο, Γενικό Μέρος, 5^η εκδ., 2007, § 5 αρ. 51· Κουνουγέρη-Μανωλεδάκη, Το πρόβλημα της υποθετικής αιτιότητας στο δίκαιο της αποζημίωσης, 1982, *passim*· Πλαγιαννάκο, Τινά περί του προβλήματος της «υποθετικής αιτιώδους συνάφειας» εν τη γερμανική επιστήμη και νομολογία, EEN 29, 809 επ.· πρβλ. επίσης την σχετικά πρόσφατη, ιδιαίτερος ενδιαφέρονσα μελέτη του Καραγιάννη, Κάμψη της αρχής «όλα ή τίποτε» σε περιπτώσεις «νόμιμης εναλλακτικής συμπεριφοράς», ΕφΑΔ 2011, 594 επ.

9 Έτσι κυρίως Σταθόπουλος, ό.π., § 9 αρ. 23: «Η λύση του προβλήματος για όλες αυτές τις περιπτώσεις (ακόμη και εκείνες της λεγόμενης υποθετικής αιτιότητας) εξαρτάται από τον καθορισμό του κρίσιμου χρόνου, που θα πρέπει να ληφθεί ως βάση για την έκταση της αποζημίωσης».

10 Τα περισσότερα παραδείγματα που εκτίθενται εδώ, ελήφθησαν από τα εκπαιδευτικά εγχειρίδια των Wandt, ό.π., § 25 αρ. 4 επ. και Musielak/Mayer, Examenskurs BGB, 4^η εκδ., 2019, αρ. 437 επ.

11 Για το όλο θέμα από την ειδικότερη σκοπιά του ιατρικού δικαίου βλ. και Φουντεδάκη, Αστική ιατρική ευθύνη, 2003, σ. 237.

12 BGH NJW 2016, 3522; BGHZ 90, 103; BGH VersR 2016, 1191. Στην ελληνική νομολογία, στην οποία γίνεται συχνά επίκληση της μη ενημέρωσης του ασθενούς που οδήγησε αιτιωδώς σε βλάβη της υγείας του ασθενούς, οι αποφάσεις που αποδέχτηκαν ευθύνη του ιατρού εξετάζοντας το σκεπτικό της υποθετικής αιτιότητας είναι, σε όση έκταση μπόρεσα να το ελέγξω, οι ΑΠ 1294/2014 Νόμος, ΠΠρΘεσ 1659/2015 και ΠΠρΘεσ 12941/2014 Νόμος=Αρμ 2016, 40 επ., όπου η ενέργεια του ιατρού οδήγησε σε νεφρική βλάβη, ο δε ιατρός επικαλέστηκε εν προκειμένω ότι και αργότερα θα ανέκυπτε μετά βεβαιότητας η νε-

θα έδινε τη συναίνεσή του¹³. Άλλο σχετικό παράδειγμα: Ο οδηγός προσπέρασε ποδηλάτη μη τηρώντας την προβλεπόμενη απόσταση ασφάλειας από τον Κώδικα Οδικής Κυκλοφορίας, με αποτέλεσμα να τραυματίσει τον τελευταίο θανάσιμα. Αμυνόμενος ο οδηγός ισχυρίζεται ότι και την αναγκαία απόσταση να τηρούσε, ο ποδηλάτης ήταν τόσο μεθυσμένος, ώστε θα έπεφτε αυτός με βεβαιότητα στις ρόδες του αυτοκινήτου του φερόμενου ως δράστη.

Με το φαινόμενο της υποθετικής αιτιότητας σχετίζεται όμως και η λεγόμενη υπερβαίνουσα αιτιότητα. Ας δώσουμε και εδώ κάποια παραδείγματα. Πρώτο παράδειγμα: Διερχόμενος οδηγός, ο οποίος κινείται με υπερβολική ταχύτητα εντός πόλεως παρασύρει πεζό, που διασχίζει εκείνη την ώρα κανονικά τον δρόμο, δηλαδή από διάβαση πεζών. Κατά τη μεταφορά του στο νοσοκομείο το θύμα κατέληξε όμως λόγω των σοβαρών τραυμάτων του. Το θύμα εντός ολίγων ημερών θα απεβίωνε ωστόσο ούτως ή άλλως, διότι έπασχε από ανίατη ασθένεια. Το συγκεκριμένο παράδειγμα αποτελεί ομοίως εξαίρεση, κατά την επικρατέστερη γνώμη, από τη μνημονευθείσα αρχή της χρονικής προτεραιότητας. Ο λόγος είναι ο εξής: Οι αποζημιωτικές αξιώσεις, που γεννώνται στο πλαίσιο των ΑΚ 928 εδ. 2 και 929 εδ. 2 (αξιώσεις διατροφής) κατά του δράστη δικαιολογούνται μόνο μέχρι του χρόνου του αναμενόμενου θανάτου του θύματος¹⁴. Πρόκειται για μελλοντική ζημία, η οποία, ακόμη και αν δεν μεσολαβούσε το παράνομο ζημιογόνο γεγονός, δεν θα μπορούσε πέραν του συγκεκριμένου χρόνου να ικανοποιηθεί¹⁵. Δεύτερο παράδειγμα: Ο Α κάνει εργασίες ανακαίνισης σε γειτονικό ακίνητο. Από αμέλειά του προκαλείται έκρηξη σε φιάλη υγραερίου, που καταστρέφει τα παράθυρα παρακείμενου ξενοδοχείου. Στη διάρκεια των επισκευών το ξενοδοχείο δεν λειτουργεί, ενώ λαμβάνει χώρα και σεισμός, που οδηγεί στην κατάρρευση του τελευταίου. Θα πρέπει να δεχτούμε ότι η χρηματική αξία των παραθύρων θα πρέπει εδώ να καταβληθεί αυτούσια στον ιδιοκτήτη του ξενοδοχείου (χρονική προτεραιότητα)¹⁶, όχι όμως και τα διαφυγόντα κέρδη για τον χρόνο μετά την κατάρρευση

φρική ανεπάρκεια. Πολύ ενδιαφέρουσα είναι όμως και η ΑΠ 687/2013 Νόμος, που αφορά θεραπεία μυωπίας με τη μέθοδο Laser. Εδώ ο ασθενής δεν ενημερώθηκε καν για πιθανές επιπλοκές, με αποτέλεσμα να ενταθούν αντί να θεραπευθούν τα προβλήματα της όρασής του εξαιτίας του κινδυνώδους χαρακτήρα της χειρουργικής επέμβασης.

13 Ο γερμΑΚ στη νέα ρύθμισή του, στην § 630 h II 2, προβλέπει πλέον και νομοθετικά τη δυνατότητα επίκλησης της υποθετικής αιτιότητας εκ μέρους του μη ενημερώσαντος ιατρού, πρβλ. αναλυτικά *Brox/Walker*, ό.π., § 30 αρ. 16.

14 Έτσι *Looschelders*, *Schuldrecht*, *Allgemeiner Teil*, 17^η εκδ., 2019, § 45 αρ. 22

15 Πρβλ. κυρίως BGH NJW 2016, 3785· περαιτέρω BGHZ 20, 275; 29, 207· BGH NJW 1972, 1515.

16 Στη γερμανική θεωρία γίνεται λόγος για συγκεκριμένο υπολογισμό της ζημίας (*konkrete Schadensberechnung*), που θεωρείται απόρροια της θεωρίας της διαφοράς. Η τελευταία κυριαρχεί ως γνωστό στην αποτίμηση της ζημίας πρβλ. κυρίως *Looschelders*, ό.π., § 45 αρ.

λόγω του σεισμού του συγκεκριμένου ξενοδοχείου. Η δεύτερη ζημία είναι μια εμφανώς εξελισσόμενη χρονικά ζημία.

Στη συλλογιστική της υπερβαίνουσας αιτιότητας ανήκει όμως περαιτέρω και το παράδειγμα της μη λήψης προπαρασκευαστικών μέτρων εκ μέρους του ζημιωθέντος ενόψει του διαφυγόντος κέρδους που ο τελευταίος αναζητεί¹⁷. Παρεμφερές είναι σε αυτά τα συμφραζόμενα το παράδειγμα του απρόβλεπτου, διακωλυτικού του διαφυγόντος κέρδους γεγονότος: Ο Α πούλησε θερμοσίφωνα στον Β, ιδιοκτήτη επιχείρησης εστίασης. Ο θερμοσίφωνας ήταν ελαττωματικός, με αποτέλεσμα αυτός να εκραγεί. Η έκρηξη προκάλεσε όμως σοβαρές ζημιές στο χώρο στέγασης της επιχείρησης. Στο χρόνο αποκατάστασης αυτών των ζημιών ανέκυψε η δραματική κατάσταση του Lock down λόγω της πανδημίας. Στον χρόνο αυτό ο Β δεν θα επετύγχανε ούτως ή άλλως εισοδήματα από τη λειτουργία της επιχείρησης, αφού αυτή θα παρέμενε κλειστή. Το ίδιο αποτέλεσμα θα επερχόταν όμως και αν ο θερμοσίφωνας δεν ήταν ελαττωματικός, άρα αυτός δεν θα είχε εκραγεί¹⁸. Τα τελευταία περιστατικά κινούνται ακριβώς στην οριοθετική γραμμή μεταξύ νόμιμης εναλλακτικής συμπεριφοράς και υπερβαίνουσας αιτιότητας.

III. Το ζήτημα της αιτιότητας γενικά

Με τις αναπτύξεις που προηγήθηκαν, καταβλήθηκε προσπάθεια να διακριθούν σε αδρές γραμμές οι βασικές κατηγορίες περιστατικών υποθετικής αιτιότητας που δικαιολογούν εξαίρεση από την αρχή της χρονικής προτεραιότητας, ομολογώντας ότι πολλά από τα παραπάνω παραδείγματα συχνά αλληλοεπικαλύπτονται. Εντύπωση προκαλεί κυρίως όμως εδώ το γεγονός ότι κανείς δεν εξήγησε μέχρι τώρα με απόλυτη πειστικότητα γιατί δικαιολογείται η εξαίρεση από το σκεπτικό της χρονικής προτεραιότητας σε όλα τα αξιοπρόσεκτα αυτά περιστατικά και κυρίως το αν ο λόγος αυτής της εξαίρεσης ανάγεται, για όλα τα προμνημονευθέντα παραδείγματα, σε κάποια ενιαία αρχή¹⁹.

23; BGHZ 125, 56, 62; BGH NJW-RR 1995, 936; MünchKomm/Oetker, 8^η εκδ., 2019, § 249 αρ. 209.

17 Έτσι η γερμανική νομολογία βλ. BGHZ 10, 6.

18 Το εξαιρετικά ενδιαφέρον αυτό παράδειγμα επινόησε ο εκλεκτός συνάδελφος Ιωάννης Μαντζουράνης για το μάθημα «Ασκήσεις Αστικού και Αστικού Δικονομικού Δικαίου», που προσφέρεται στους επί πτυχίω φοιτητές στη Νομική Σχολή Θράκης. Τον ευχαριστώ θερμά και από τη θέση αυτή για την πολύ ωραία του αυτή υπόδειξη.

19 Πρβλ. την πολύ ενδιαφέρουσα εποπτική πραγμάτευση του όλου προβλήματος από τον Musielak, JA 2013, 241 επ. και κυρίως την ενδελεχή παρουσίαση από τον Großerichter, Hypothetischer Geschehensverlauf und Schadensfeststellung, 2001, passim.

Ας ξεκινήσουμε ενόψει αυτής της τελευταίας παρατήρησης την ανάλυση των παραπάνω εκδοχών υποθετικής αιτιότητας με όσα γίνονται παραδεκτά στο νομικό κόσμο γενικά για την αιτιότητα. Η τελευταία δεν αποτελεί αναμφίβολα αμιγώς νομική κατασκευή, αλλά ενδιαφέρει προφανώς όλες τις επιστήμες. Οι νομικοί αποδέχονται λοιπόν εδώ ορθά τα όσα συμερίζεται κυρίως η Φιλοσοφία και ειδικότερα ένας κρίσιμος κλάδος αυτής, η Επιστημολογία. Σε αυτά τα πορίσματα στηρίζεται ακριβώς και η αρχαιότερη νομική θεωρία για την αιτιώδη συνάφεια, γνωστή και ως θεωρία του ισοδυνάμου των όρων, που αποδέχονται κυρίως οι ποινικολόγοι²⁰. Ο εμπνευστής αυτής της τελευταίας θεώρησης είναι, κατά τη γνώμη του γράφοντος, ο σκωτζέζος φιλόσοφος *David Hume* που εκτίμησε ορθά ότι τα αισθητήρια όργανά μας δεν αντιλαμβάνονται την διαδρομή μιας δύναμης²¹, την ώρα που αυτή δρα επιφέροντας ένα αποτέλεσμα²². Το τελευταίο γίνεται αντιληπτό μόλις στο στάδιο μεταγενέστερης

20 Βλ. κυρίως *Μανωλεδάκη*, Ποινικό Δίκαιο – Γενική Θεωρία, 2004, σ. 206 επ.

21 Βλ. και *Überweg*, System der Logik und Geschichte der logischen Lehren, 1865, σ. 121: “*Die Überzeugung von dem Dasein äußerer Objekte, die uns affizieren, gründet sich auf die Voraussetzung von Causalverhältnissen, welche durch die sinnliche Wahrnehmung allein nicht erkannt werden können*” (= «Η πεποίθηση για την ύπαρξη εξωτερικών αντικειμένων, που ενεργοποιούν τα αισθητήρια όργανά μας, προϋποθέτει την παραδοχή της αιτιότητας, η οποία πάντως με μόνη τη δράση των αισθητηρίων οργάνων δεν μπορεί να γίνει αντιληπτή»). Ο ίδιος φιλόσοφος αναφέρει στη σ. 121: “*Ursache ist ein mehr oder weniger großer Komplex von Tatsachen, welche auch nicht den kleinsten Teil einer Zeit zusammen bestehen können, ohne daß die Wirkung zu existieren anfängt. Kausalität ist demnach eine Vereinigung bestimmter Vergleichungs- und Verträglichkeitsfälle*” (= «Η αιτία είναι ένα μεγαλύτερο ή μικρότερο σύμπλεγμα γεγονότων, τα οποία εκτείνονται στον χρόνο, ακόμη και τον πιο μικρό, στον οποίο ξεκινά ακριβώς η γέννηση της αιτίας. Η αιτιότητα είναι συνεπώς η αρμονία ανάμεσα σε περιστατικά συγκρίσιμα και συμβατά»).

22 Βλ. *Hume*, Eine Untersuchung über den menschlichen Verstand, Meiner Verlag, 2015, σ. 73 (το έργο παραπέμπεται εδώ στη γερμανική κλασική μετάφρασή του): “*Wenn wir uns unter äußeren Gegenständen umsehen und die Wirksamkeit der Ursachen betrachten, so sind wir in keinem einzigen Falle imstande, irgendeine Kraft oder notwendige Verknüpfung zu entdecken, irgendwelche Eigenschaft, die die Wirkung an die Ursache bände und die eine zur unfehlbaren Folge der anderen machte. Wir bemerken nur, daß die eine tatsächlich, in Wirklichkeit der anderen folgt. Den Anstoß der einen Billardkugel begleitet eine Bewegung der zweiten. Dies ist alles, was den äußeren Sinnen erscheint. Der Geist hat kein Gefühl oder keinen inneren Eindruck von dieser Folge der Gegenstände. Demgemäß gibt es in keinem einzelnen, bestimmten Falle von Ursache und Wirkung irgend etwas, das die Vorstellung der Kraft oder der notwendigen Verknüpfung erweckte*” (= «Όταν παρατηρούμε τα αντικείμενα που μας περιβάλλουν και ψάχνουμε την αιτία των πραγμάτων, διαπιστώνουμε ότι δεν είμαστε σε θέση να διαγνώσουμε οποιαδήποτε δύναμη ή αναγκαία διασύνδεση ή κάποια ιδιότητα, που θα αποτελούσε την αιτία ενός πράγματος, η οποία χωρίς διάψευση θα οδηγούσε στο αποτέλεσμα. Παρατηρούμε απλώς ότι δύο φαινόμενα τελούν απλώς σε αλληλουχία. Το χτύπημα μιας μπάλας μπιλιάρδου ακολουθεί η κίνηση της μπάλας. Αυτό είναι ό,τι μπορούμε με τις αισθήσεις μας να συλλάβουμε. Το πνεύμα μας δεν έχει όμως την ίδια ώρα κάποια εσωτερική εντύπωση από αυτή την αλληλουχία των γεγονότων. Συνεπώς, σε κανένα περιστατικό δεν

συνειδητοποίησης της ήδη επελθούσας αλλαγής²³. Ο νους μας συγκρίνει δηλαδή αυτό που υπήρχε πριν με τη διαφορετική κατάσταση που διαπιστώνεται μετά τη δράση ορισμένης δύναμης και συμπεραίνουμε ότι η εν λόγω δύναμη προκάλεσε την αλλαγή²⁴. Σκεφτόμαστε, με άλλα λόγια, ενόψει της διαλεύκανσης της αιτιώδους διαδρομής ενός αποτελέσματος αρνητικά: Λέμε δηλαδή ότι αν αφαιρούσαμε το γεγονός που προηγήθηκε, δεν θα ελάμβανε χώρα το αποτέλεσμα²⁵. Η αιτιώδης συνάφεια είναι κατά συνέπεια το συμπέρασμα μιας

υπάρχει κάτι που γεννά μέσα μας την παράσταση της δύναμης ή μιας αιτιώδους διαδρομής»). Η κορύφωση της σχετικής διδασκαλίας του Hume έρχεται στη σ. 87: *“Untereinander gleichartige Gegenstände hängen stets mit wieder untereinander gleichartigen zusammen. Dies sagt uns die Erfahrung. In Übereinstimmung mit dieser Erfahrung mögen wir also eine Ursache definieren als: einen Gegenstand, dem ein anderer folgt, wobei allen Gegenständen, die dem ersten gleichartig sind, Gegenstände folgen, die dem zweiten gleichartig sind. Oder mit anderen Worten: wobei, wenn der erste Gegenstand nicht bestanden hätte, der zweite nie ins Dasein getreten wäre”* (= «Ομοειδή αντικείμενα σχετίζονται με άλλα ομοειδή. Αυτό μας το επιβεβαιώνει η εμπειρία. Σε απόλυτη αρμονία με την εμπειρία ορίζουμε λοιπόν ως συνέπεια το αντικείμενο το οποίο ακολουθεί μετά από ένα άλλο γεγονός, υπό το πρίσμα ότι αυτό που ακολουθεί σχετίζεται με αυτό που προηγήθηκε. Για να το πούμε με άλλα λόγια: Αν δεν υπήρχε αυτό που προηγήθηκε, τότε θα εξέλιπε και αυτό που ακολουθεί»).

- 23 Βλ. και Mill, *System der deduktiven und induktiven Logik – Eine Darstellung der Principien wissenschaftlicher Forschung insbesondere der Naturforschung*, 1868, σ. 55: *“Aus was immer für eine Anzahl von Gliedern die Kette von Ursachen und Wirkungen bestehen mag, die Thatsache, wie ein Glied das ihm zunächstliegende hervorbringt, bleibt uns gleich unerklärlich”* (= «Ό,τι και να θεωρούμε ότι συνιστά το άθροισμα των κρίκων μιας αλυσίδας, άρα τών αιτιών ή συνεπειών, το πώς ένα τμήμα αυτής της σειράς οδηγεί στο επόμενο τμήμα, παραμένει ένα μυστήριο»). Στη σ. 458 ο ίδιος μεγάλος άγγλος φιλόσοφος παρατηρεί: *“Zweite Regel. Wenn ein Fall, in welchem die zu erforschende Naturerscheinung eintritt, und ein Fall worin sie nicht eintritt, alle Umstände, mit Ausnahme eines einzigen, gemein haben, und dieser eine nur in dem ersten Falle vorkommt, so ist der Umstand, durch welchen allein die zwei Fälle sich unterscheiden, die Wirkung, oder Ursache, oder ein nothwendiger Theil der Ursache der Naturerscheinung”* (= «Δεύτερος κανόνας. Όταν σε μια κατάσταση στην οποία υπάρχει το ερευνώμενο φυσικό γεγονός και σε μια άλλη δεν υπάρχει, τα κοινά στοιχεία των δύο γεγονότων είναι είτε η αιτία είτε η συνέπεια είτε ένα αναγκαίο μέρος αυτής της αιτιώδους διαδρομής»).
- 24 Έτσι έμμεσα και Mill, ό.π., σ. 456: *“Erste Regel. Wenn zwei oder mehr Fälle einer zu erforschenden Naturerscheinung nur einen einzigen Umstand gemein haben, so ist nur der Umstand, in welchem alle Fälle übereinstimmen, die Ursache (oder die Wirkung) einer gegebenen Naturerscheinung”* (= «Πρώτος Κανόνας. Αν δύο ή περισσότερες εκδοχές ενός υπό έρευνα φαινομένου έχουν ένα στοιχείο κοινό, τότε αυτό το κοινό σημείο είναι η αιτία ή η συνέπεια του φαινομένου»).
- 25 Στη φιλοσοφική επιστήμη γίνεται λόγος για «θεωρία ή μέθοδο της διαφοράς», πρβλ. κυρίως Mill, ό.π., σ. 457: *“Die Axiome, welche man in dieser Methode als zugegeben betrachten kann, sind offenbar die folgenden: irgend ein Antecedens, welches nicht ausgeschlossen werden kann ohne die Naturerscheinung zu verhindern, ist die Ursache oder eine Bedingung dieser Erscheinung; irgend eine Folge (Consequens), die durch die Abwesenheit eines einzigen von allen Antecedentien ausgeschlossen werden kann, ist die Wirkung dieses Antecedens”* (= «Τα αξιώ-

υποθετικής κρίσης. Δεν είμαστε όμως σε θέματα αιτιότητας ποτέ απολύτως βέβαιοι για το ότι το ίδιο γεγονός θα ξανασυμβεί έτσι ακριβώς και στο μέλλον²⁶. Για το λόγο αυτό, η εμπειρία παίζει εδώ έναν καθοριστικό ρόλο²⁷. Ανα-

ματα, που αποδίδονται με αυτή τη μέθοδο, είναι προφανώς τα εξής: Ένα οποιοδήποτε προηγμένη γεγονός το οποίο δεν μπορεί να αφαιρεθεί χωρίς να εκλείψει το γεγονός που έπεται, είναι η αιτία ή η συνθήκη του φαινομένου. Μια οποιαδήποτε συνέπεια, η οποία αποκλείεται με την αφαίρεση ενός εκ των προηγμένων όρων, είναι το αποτέλεσμα ή το ενέργημα του αιτίου που προηγήθηκε». Στη σ. 453 διαβάζει περαιτέρω κανείς: *“Es gibt zwei einfache und augenfällige Methoden, um von den Umständen, welche einer Naturerscheinung vorhergehen oder ihr folgen, diejenigen abzusondern, welche durch ein unveränderliches Gesetz damit zusammenhängen. Die eine besteht darin, dass man verschiedene Fälle, in denen die Erscheinung stattfindet, mit in anderer Beziehung ähnlichen Fällen vergleicht. Diese zwei Methoden kann man beziehungsweise die Methode der Übereinstimmung und des Unterschieds (Differenzmethode) nennen”* (= «Υπάρχουν δύο απλές και προφανείς μέθοδοι, με τις οποίες μπορούμε να απομονώσουμε τα περιστατικά που έπονται και προηγούνται ενός φαινομένου. Η πρώτη έγκειται στο να συγκρίνει κανείς όμοιες περιπτώσεις και η δεύτερη στο να συγκρίνουμε διαφορετικές περιπτώσεις στις οποίες λαμβάνει χώρα το φαινόμενο. Αυτούς τους δύο τρόπους εργασίας μπορούμε να αποδώσουμε ως πρακτικές συμφωνίας και διαφοράς»· πρβλ. επίσης *Meinong*, *Abhandlungen zur Erkenntnistheorie und Gegenstandstheorie*, 2^{ος} τόμος, *Zur Relationstheorie*, 1913, σ. 118: *“Die Ursache hat dabei keine andere Funktion als die, daß durch ihre Setzung das Anfangen der Wirkung zur Notwendigkeit wird; damit ist auch sofort für die Regelmäßigkeit der Sukzession gesorgt, da mit der Notwendigkeit des Anfanges gegeben ist, daß die Wirkung nicht ausbleiben kann, so oft die Ursache eben vorliegt”* (= «Η αιτία δεν έχει λοιπόν κάποια άλλη λειτουργία από το να συνδέσει τη συνέπεια ενός γεγονότος με την αναγκαιότητα του τελευταίου»). Και στη σ. 125 αναφέρει ο συγκεκριμένος φιλόσοφος: *“Ursache ist ein ganzer Komplex, in dem jedes Element gleich wesentlich ist (was entbehrlich wäre, gehörte nicht zur Ursache)”* (= «Αιτία είναι ένα συνολικό σύμπλεγμα, στο οποίο κάθε στοιχείο του είναι ουσιώδες (αν ήταν περιττό, τότε δεν θα ανήκε στην αιτία»). Το σχήμα περιττό-ουσιώδες είναι ομολογουμένως καίριας σημασίας, προκειμένου να ορίσουμε με μεγάλη ακρίβεια την έννοια της αναγκαίας συνθήκης.

26 Πρβλ. κυρίως σε φιλοσοφικό επίπεδο Mill, ό.π., σ. 391: *“Alle Wirkungen sind durch das Causalgesetz mit einer Reihe von positiven Bedingungen verknüpft, obgleich negative fast immer ebenfalls erforderlich sind. Mit anderen Worten: eine jede Thatsache oder Naturerscheinung, welche einen Anfang hat, entsteht beständig wenn eine gewisse Combination von positiven Thatsachen existiert, und gewisse andere positive Thatsachen nicht existieren”* (= «Όλες οι συνέπειες συνδέονται μέσω του αιτιώδους νόμου με μια σειρά θετικών συνθηκών, αν και αρνητικές συνθήκες είναι πάντοτε αναγκαίες. Με άλλα λόγια: κάθε γεγονός ή φυσικό φαινόμενο, το οποίο έχει μια αρχή, παράγεται μετά βεβαιότητας όταν υπάρχει η φανερή διασύνδεση θετικών γεγονότων και αποτρέπεται παράλληλα η εμφάνιση άλλων θετικών εμποδίων»).

27 Βλ. και Mill, ό.π., σ. 451: *“[...] wir haben jedoch nicht eher bewiesen, dass dieses Antecedens die Ursache ist, bis wir das Verfahren umgekehrt, und die Wirkungen vermittelt dieses Antecedens hervorgebracht haben. Wenn wir das Antecedens künstlich hervorbringen können, und die Wirkung ihm folgt, so ist die Induction vollständig; dieses Antecedens ist die Ursache dieser Wirkung. Wir haben aber dann den Beweis des Experimentes der einfachen Beobachtung hinzugefügt; hätten wir dies nicht gethan, so hätten wir das unveränderliche Antecedens, nicht aber das unbedingte Antecedens oder die Ursache nachgewiesen. So lange nicht durch die*

μένουμε δηλαδή λόγω της μακράς παρατήρησης και της επανάληψης παρόμοιων φαινομένων ότι κάθε φορά που προηγείται ένα συγκεκριμένο γεγονός, ακολουθεί κατά κανόνα και ένα συγκεκριμένο αποτέλεσμα, συνεπώς λογικά το πρώτο είναι το αίτιο του δευτέρου²⁸. Πάνω στο σκεπτικό αυτό στηρίζεται άλλωστε και η γνωστή σε όλους μας θεωρία περί πρόσφορης αιτιότητας, που είναι ιδιαίτερα αγαπητή στο αστικό δίκαιο²⁹, η οποία αποκλείει την κατάφαση αιτιώδους συνάφειας σε ροή παραδόξων και απίθανων γεγονότων που δεν επιβεβαιώνονται από την εμπειρία, άρα δεν είναι πιθανό να επαναληφθούν αυτά ακριβώς τα ίδια στο μέλλον. Η μόνη συμβολή στο σκεπτικό της αιτιότητας εκ μέρους των νομικών είναι η λεγόμενη θεωρία του σκοπού του νόμου. Εδώ η φυσική ή κοινωνική εμπειρία δικαιολογεί μεν το αποτέλεσμα, δεν κρίνεται όμως σκόπιμος στη συνέχεια ο καταλογισμός ευθύνης.

Τα παραπάνω δικαιολογούν ήδη δύο πρώτα συμπεράσματα: Αφενός μεν, ότι τα ζητήματα αιτιότητας έχουν να κάνουν αποκλειστικά με το ερώτημα τι προκαλεί ορισμένη αλλαγή. Στην κατανόηση του κρίσιμου ερωτήματος τι σημαίνει ειδικά αλλαγή μιας κατάστασης³⁰, μας βοηθά αναμφίβολα ήδη από

wirkliche Erzeugung des Antecedens unter bekannten Umständen und durch das nunmehrige Eintreffen der Folge gezeigt worden ist, dass das Antecedens wirklich die Bedingung ist, wovon diese Folge abhing, braucht die Gleichförmigkeit der Folgen, die zwischen ihnen nachgewiesen wurde, so viel wir wissen, überhaupt gar kein Fall von einer Verursachung zusein (wie bei der Folge von Tag und Nacht); beide, das Antecedens und Consequens, können die aufeinanderfolgenden Stufen der Wirkung einer entfernteren Ursache sein. Kurz die Beobachtung kann ohne das Experiment Gleichförmigkeiten ermitteln, aber keine Verursachung beweisen (= «... δεν έχουμε αποδείξει ακόμη ότι αυτό που προηγήθηκε είναι η αιτία, αν δεν αντιστρέψουμε το φαινόμενο και δεν αναπαραγάγουμε το αποτέλεσμα δι' αυτού που προηγήθηκε. Αν προκαλέσουμε τεχνητά αυτό που προηγήθηκε και κατόπιν επαναπροκληθεί η συνέπεια, τότε είναι πλήρης η επαγωγή. Αυτό που προηγήθηκε είναι το αίτιο αυτού που ακολούθησε. Έτσι, ολοκληρώσαμε την παρατήρηση με ένα πείραμα. Αν δεν το κάνουμε αυτό, θα έχουμε ένα σταθερό, αλλά όχι ένα αναγκαίο αίτιο και έτσι δεν αποδείξαμε ακόμη την ύπαρξη της αιτίας. Αν δεν επιβεβαιώνεται το αποτέλεσμα κατ' αυτόν τον τρόπο αυτό που ακολούθησε από αυτό που προηγήθηκε, δεν είναι η πραγματική αιτία της συνέπειας, οπότε σε αυτή την περίπτωση η επαναληπτικότητα και η ομοιομορφία δεν διέπεται από το σχήμα αιτίας-αποτελέσματος και κάτι τέτοιο συμβαίνει στη σχέση ανάμεσα στη νύχτα και την ημέρα. Αμφότερα, προηγούμενο και επόμενο, είναι στάδια της γένεσης μιας απομακρυσμένης συνέπειας. Με μια λέξη, η παρατήρηση χωρίς την επιβεβαίωση του πειράματος μπορεί να επιβεβαιώσει μόνο μια ομοιομορφία, αλλά ποτέ μια αιτιότητα»).

28 Για το ρόλο της πιθανολόγησης ως βάσης για την επίλυση προβλημάτων αιτιότητας βλ. κυρίως Popper, *Logik der Forschung – Zur Erkenntnistheorie der modernen Naturwissenschaft*, 1935, σ. 94 επ.

29 Βλ. αντί άλλων Γεωργιάδης, ό.π., § 10 αρ. 30 επ. με παραπομπές στην πλούσια σχετική ελληνική νομολογία· επίσης αναλυτικά Σταθόπουλο, ό.π., § 8 αρ. 125 επ. '

30 Πρβλ. κυρίως το έργο του μεγάλου άγγλου φιλοσόφου Mill, ό.π., σ. 471: "Fünfte Regel. Eine Naturerscheinung, die sich verändert, wenn sich eine andere Naturerscheinung in irgend einer besondern Weise verändert, ist entweder eine Ursache oder eine Wirkung dieser Naturerschei-

την αρχαιότητα ο Αριστοτέλης. Ο τελευταίος διαπίστωσε με ιδιαίτερα ευφυή τρόπο ότι όλα τα αντικείμενα στη φύση, αλλά και οι έμβιες οντότητες, διαθέτουν ορισμένα κοινά χαρακτηριστικά. Αυτά είναι κυρίως τα εξής: Η ουσία, η μορφή, η ποιότητα, το σχήμα, η έκταση, ο χρόνος, ο τόπος, η θέση, η πράξη και το πάθος, υπό την έννοια ότι ένα πράγμα ή ένα πρόσωπο υφίσταται ορισμένη κατάσταση³¹. Κάθε αιτιώδης αλλαγή είναι λοιπόν μια διαφοροποίηση στα παραπάνω σταθερά χαρακτηριστικά ενός πράγματος ή ενός προσώπου λόγω μιας αιτίας³². Κάθε πράγμα ή πρόσωπο αποδίδεται στη γλώσσα μας βεβαίως με μια έννοια. Κάθε αλλαγή στα χαρακτηριστικά μιας έννοιας προϋποθέτει ακολούθως κάποια αιτία, δηλαδή μια δύναμη, που την προκάλεσε. Αν φονεύσω κάποιον, αναιρώ ή καταργώ την ουσία του, συνεπώς την ύπαρξή του. Αν τραυματίσω κάποιον, αλλάζω την ποιότητα της ύπαρξής του, με άλλα λόγια, βλάπτω την υγεία του. Παράλληλα όμως, επειδή ακριβώς πράττω, ο δέκτης της ενέργειάς μου υφίσταται την αλλαγή στη ζωή ή την υγεία του. Το ίδιο ισχύει και όταν αντικείμενο της αλλαγής είναι ορισμένο πράγμα (π.χ. καταστροφή του τελευταίου, ακριβέστερα της ουσίας και της μορφής του, λόγω της πράξης μου).

Αφετέρου, ότι τα ζητήματα αιτιότητας ανάγονται, όπως λέχθηκε, στην εμπειρία, δηλαδή κατά βάση στηρίζονται σε υποθέσεις, που ενέχουν ένα υψηλό ποσοστό αναγνώρισης και αποδοχής λόγω ακριβώς της επανάληψής τους. Οι νομικοί κάνουν τότε λόγο ορθά για διδάγματα της κοινής πείρας³³. Για να αποδώσουν μάλιστα καλύτερα το κρίσιμο σκεπτικό της εμπειρίας οι λογικοί φιλόσοφοι κατασκεύασαν ακολούθως το καίριο σχήμα της λεγόμενης «ικανής και αναγκαίας συνθήκης», το οποίο αποδέχονται και οι νομικοί. Κάθε εγγενές

nung, oder durch irgend einen Causalzusammenhang damit verknüpft” (= «Πέμπτος κανόνας. Ένα φυσικό φαινόμενο το οποίο μεταλλάσσεται, όταν και ένα άλλο φυσικό γεγονός υφίσταται ορισμένη αλλαγή είναι είτε μια αιτία είτε μια συνέπεια μιας αιτιώδους διαδρομής που συνδέει τα δύο γεγονότα»).

31 Ο λόγος είναι εδώ για το διάσημο έργο του Αριστοτέλη: «Όργανον», που αποτελεί την εισαγωγική γνωσιολογική πραγματεία του μεγάλου Έλληνα φιλοσόφου στα καίρια επιστημολογικά έργα του: «Αναλυτικά Πρότερα» και «Αναλυτικά Ύστερα». Το έργο παραπέμπεται εδώ στην αξιόπιστη γερμανική μετάφραση, γνωστή και ως «βερολινέζικη έκδοση», Berliner Ausgabe, 4^η εκδ., 2016, Die Kategorien. Viertes Kapitel, σ. 6: “*Von den ohne Verbindung gesprochenen Worten bezeichnen die einzelnen entweder ein Ding, oder eine Grösse, oder eine Beziehung, oder einen Ort, oder eine Zeit, oder einen Zustand, oder ein Haben, oder ein Thun, oder ein Leiden*” (= «Από τις μη συνδεόμενες έννοιες καταδεικνύουν αυτές είτε ένα πράγμα, είτε ένα μέγεθος είτε μια σχέση είτε έναν τόπο είτε τον χρόνο είτε μια κατάσταση είτε την ιδιοκτησία είτε μια πράξη είτε ένα πάθος»).

32 Έτσι κυρίως Wundt, Allgemeine Logik und Erkenntnistheorie, 5^η εκδ., 1924, σ. 574 επ. Πρόκειται για έναν γερμανό λογικό φιλόσοφο, το έργο του οποίου άφησε ισχυρό αποτύπωμα στον κλάδο της Επιστημολογίας.

33 Βλ. κυρίως Μανιώτη, Αρχές του Δικαίου της Απόδειξης στην πολιτική δίκη, 2013, σ. 62 επ.

στοιχείο ενός αποτελέσματος μπορεί να είναι κατ' αρχήν ένας ικανός όρος του αποτελέσματος, μπορεί, με άλλα λόγια, να είναι αυτό γενικά σε θέση να επιφέρει το συγκεκριμένο αποτέλεσμα³⁴. Αλλά η ικανή συνθήκη δεν αρκεί ακόμη, ώστε να οδηγηθούμε σε ένα οριστικό συμπέρασμα ως προς την *ad hoc* αιτιώδη κατάφαση ενός γεγονότος, γιατί και κάποιο άλλο γεγονός θα μπορούσε να επιφέρει το ίδιο αποτέλεσμα, να είναι δηλαδή εξίσου ικανό να προκαλέσει το συγκεκριμένο αποτέλεσμα. Η αιτιώδης κρίση είναι τότε μόνο πράγματι στέρεη και ασφαλής, όταν ο ικανός είναι παράλληλα και αναγκαίος όρος του αποτελέσματος³⁵. Όταν αυτό συμβαίνει, η αμφιβολία μας περιορίζεται αισθητά. Η παραπάνω παραδοχή αποτελεί την πεμπτουσία της θεωρίας του *Hume*, για δε τους νομικούς δικαιολογεί τη δύναμη και πειστικότητα της θεωρίας περί ισοδυναμίου των όρων. Σε αυτό ακριβώς το σημείο εντοπίζεται λοιπόν ακριβώς η δράση της συλλογιστικής περί υποθετικής αιτιότητας. Τα παραδείγματα που αναφέραμε στην αρχή των αναπτύξεών μας δεν είναι, όπως σύντομα θα διαφανεί, στην ουσία κάτι άλλο από παραδείγματα είτε ενός ελλείποντος ικανού είτε ενός ελλείποντος αναγκαίου όρου για το ζημιόγνο αποτέλεσμα που ερευνούμε. Η υποθετική αιτιότητα υπονοεί με έμφαση ότι δεν είμαστε απολύτως βέβαιοι για το ότι μια παράνομη δραστηριότητα προκάλεσε το ζημιόγνο αποτέλεσμα, επειδή ακριβώς και η νόμιμη εκδοχή της ίδιας πράξης θα μπορούσε να επιφέρει το ίδιο αποτέλεσμα. Η όλη συζήτηση που μονοπώλησε τη νομική αποτίμηση του φαινομένου της υποθετικής αιτιότητας, εστιάζοντας κυρίως στο –αλλά και γενικεύοντας το– σκεπτικό του υπολογισμού της ζημίας³⁶, περιορίζει, κατά τη γνώμη του γράφοντος, τον ορίζοντα του προβλήματος και εντέλει το αδικεί. Δεν πρόκειται στην υποθετική αιτιότητα περί ενός αμιγώς νομικού φαινομένου, αλλά για ένα ευρύτερο

34 Για την ικανή συνθήκη ως μαθηματικό και λογικό πρόβλημα βλ. *Wundt*, ό.π., σ. 557.

35 Βλ. κυρίως *Mill*, ό.π., σ. 400: “*Dies ist es, was die Schriftsteller meinen, wenn sie sagen, dass der Begriff der Ursache die Idee der Nothwendigkeit einschließt. Wenn dem Wort Nothwendigkeit irgend eine Bedeutung unleugbar zukommt, so ist es die der Unbedingtheit. Dass etwas nothwendig ist, dass etwas sein muss, heisst, dass etwas sein wird, welche Voraussetzungen wir auch in Beziehung auf alle anderen Dingen machen mögen. Die Folge von Tag und Nacht ist in diesem Sinne offenbar nicht nothwendig, sie ist bedingt durch das Zusammenwirken verschiedener Antecedentien*” (= «Αυτό είναι εκείνο που οι συγγραφείς αποδέχονται πλήρως, δηλαδή ότι η έννοια της αιτίας εμπεριέχει την ιδέα της αναγκαιότητας. Αν θα πρέπει να αποδώσει κανείς κάποιο νόημα στην αναγκαιότητα, αυτό είναι το στοιχείο του απαραίτητου. Το ότι κάτι είναι αναγκαίο, άρα το ότι αυτό πρέπει να ισχύει, σημαίνει ότι αυτό θα είναι έτσι πάντα όποιες προϋποθέσεις και αν προσθέσουμε. Υπό το πρίσμα αυτό, η ακολουθία ανάμεσα στην ημέρα και τη νύχτα δεν είναι αναγκαία προϋπόθεση, καθότι εξαρτάται από την ύπαρξη και άλλων προϋποθέσεων»). Πράγματι στους πόλους της γης η νύχτα και η μέρα δεν εναλλάσσονται ανά 24ωρο.

36 Κυρίαρχη άποψη στο γερμανικό δίκαιο, βλ. ενδεικτικά BGHZ 104, 355; BGH NJW 1967, 551 επ.; επιφυλακτικός δικαιολογημένα ο *MünchKomm/Oetker*, ό.π., § 249 αρ. 208.

λογικο-φιλοσοφικό πρόβλημα, που έχει φυσικά την αντανάκλασή του και σε περιστατικά με νομικό ενδιαφέρον³⁷.

IV. Σχέση των διακρίσεων υποθετικής αιτιότητας με την κρίση περί αιτιότητας γενικά

Όλα τα παραδείγματα αιτιότητας είναι αναμφίβολα ζητήματα χωροχρόνου³⁸. Σε ό,τι αφορά το χρόνο, υπάρχει ανάμεσα στα διαφορετικά γεγονότα ένα πριν,

37 Οι Brox/Walker, ό.π., § 30 αρ. 17, επιχειρούν μια πολύ ενδιαφέρουσα, σύντομη ιστορική αναδρομή του προβλήματος της υποθετικής αιτιότητας. Αναφέρουν συγκεκριμένα ότι στα τέλη του 19^{ου} αιώνα οι γερμανοί νομικοί έβλεπαν εδώ μόνο ένα πρόβλημα αιτιότητας και όχι ένα πρόβλημα υπολογισμού της ζημίας. Κατά τον 20^ο αιώνα καθιερώθηκε όμως η νέα αντίληψη για το ότι η υποθετική αιτιότητα σχετίζεται με το περιεχόμενο της ζημίας, άποψη που ποτέ δεν έπεισε πλήρως όλο το νομικό κόσμο. Συγκεκριμένα διαβάζει κανείς εδώ: “*Ob und inwieweit eine solche hypothetische Kausalität oder ‘Reserveursache’ zu Gunsten des Schädigers berücksichtigt werden muss, ist im Schrifttum und Rechtsprechung umstritten. Das Reichsgericht hatte in ständiger Rechtsprechung die Berücksichtigung derartiger ‘Reserveursachen’ abgelehnt. Es hatte diese Problematik ebenso wie der historische Gesetzgeber (Mot. II, 769) als eine Frage der Kausalität angesehen und war zu dem Ergebnis gelangt, dass ein einmal bestehender Kausalzusammenhang nicht durch später hinzutretende Ereignisse wieder in Frage gestellt werden könne. Heute besteht im Wesentlichen darüber Einigkeit, dass es sich hierbei nicht um ein Problem des Ursachenzusammenhangs, sondern um ein solches des Zurechnungszusammenhangs handelt. Die höchstrichterliche Rechtsprechung hat in bestimmten Fällen auch hypothetische Schadensursachen berücksichtigt, jedoch eine abschließende Stellungnahme bisher vermieden*” (= «Αν και σε ποια έκταση θα πρέπει να ληφθεί υπόψη η υποθετική αιτιότητα ή μια ‘υποκατάστατη αιτία’ υπέρ του δράστη, είναι ένα ιδιαίτερα αμφισβητούμενο θέμα στη θεωρία και τη νομολογία. Το ακυρωτικό δικαστήριο πριν από τα χρόνια του πολέμου δεχόταν σταθερά ότι δεν λαμβάνονται τέτοια περιστατικά υπόψη. Εξελάμβανε δε αυτά τα παραδείγματα, όπως και ο ιστορικός νομοθέτης του Αστικού Κώδικα (βλ. Mot. II, 679) ως ζητήματα αιτιότητας και κατέληγε στο συμπέρασμα ότι μια αιτιώδης διαδρομή γεγονότων δεν μπορεί να αμφισβητηθεί από πιθανά μελλοντικά γεγονότα. Στις μέρες μας συμφωνούν όμως οι περισσότεροι ότι δεν πρόκειται για ένα ζήτημα αιτιότητας αλλά για ένα ζήτημα καταλογισμού της ζημίας. Η νεότερη νομολογία του ακυρωτικού έλαβε, υπό όρους, υπόψη μελλοντικά γεγονότα, ωστόσο απέφυγε να λάβει μια οριστική θέση στο πρόβλημα»). Δεν είναι ξεκάθαρο το τι ακριβώς μεσολάβησε και άλλαξε η αρχική, ορθή τοποθέτηση εκ μέρους της γερμανικής πανδεκτιστικής επιστήμης στη νεότερη νομική επιστήμη του ιδιωτικού δικαίου, αλλαγή που επηρέασε και την ελληνική στάση απέναντι στο πρόβλημα.

38 Βλ. Herbart, Lehrbuch zur Einleitung in die Philosophie, 4^η εκδ., 1837, σ. 152 και 153: “*Was geschieht, nimmt die Zeit ein; es ist in derselben gleichsam ausgedehnt. Was geschehen ist, zeigt sich im Erfolge als ein endliches Quantum der Veränderung [...] Das wirkliche Geschehen, aus dem sich der Erfolg zusammensetzt, zerfließt, wie klein wir es fassen mögen, immer wieder in ein Vorher, ein Nachher, eine Mitte zwischen beiden*” (= «Καθetti που συμβαίνει, χρειάζεται χρόνο. Αυτό που συμβαίνει, επιβιώνει ήδη στο αποτέλεσμα ως ένα ποσοστό αλλαγής. Το πραγματικό συμβεβηκός, από το οποίο απαρτίζεται το αποτέλεσμα, όσο και μικρό και αν είναι, προϋποθέτει πάντα ένα πριν, ένα μετά και κάτι που βρίσκεται ανάμεσα σε αυτά τα δύο»).

ένα τώρα και ένα μετά, δηλαδή μια σχέση προτερόχρονου, ταυτόχρονου και υστερόχρονου. Η αιτία ενός αποτελέσματος είναι ομολογουμένως πάντα προτερόχρονη³⁹. Θα πρέπει δηλαδή να προηγηθεί ένα γεγονός, ώστε να επέλθει ένα αποτέλεσμα. Δεν είμαστε όμως βέβαιοι ότι αυτό ακριβώς που προηγήθηκε προκάλεσε το συγκεκριμένο αποτέλεσμα, διότι μπορεί να υπάρχει απλώς μια χωροχρονική εγγύτητα μεταξύ των δύο φαινομένων. Σε αυτές τις περιπτώσεις κάνουμε ακριβώς λόγο για επιφαινόμενο όρο ή επιφαινόμενη συνθήκη. Ας δώσουμε ένα μη νομικό παράδειγμα: Ο παίκτης του μπιλιάρδου αποφασίζει να φορέσει ένα υφασμάτινο περιδέραιο, πιστεύοντας ότι αυτό θα τον βοηθήσει στον χειρισμό της στέκας. Η προσαρμογή του περιδέραιου δεν προκαλεί όμως με βάση την εμπειρία το καλό χτύπημα της μπάλας. Και χωρίς το περιδέραιο ο παίκτης θα μπορούσε εξίσου καλά, άρα με επιδεξιότητα, να χτυπήσει τη μπάλα. Το περιδέραιο είναι λοιπόν ένας επιφαινόμενος όρος του αποτελέσματος. Δεν προκάλεσε αυτό την κίνηση της τελευταίας. Η μπάλα κινήθηκε λόγω ακριβώς της απόφασης του παίκτη να χτυπήσει τη στέκα.

α. Η υπερβαίνουσα αιτιότητα

Ας αρχίσουμε ενόψει όλων των παραπάνω, που μας πρόσφεραν μια βασική, αλλά καίρια εικόνα για την αιτιότητα γενικά, την ανάλυση του κρίσιμου ερωτήματος αν υπάρχει αιτιότητα σε καθέναν από τους τρεις τύπους υποθετικής αιτιότητας που αποδεχτήκαμε παραπάνω, δηλαδή σε περίπτωση καθαρής υποθετικής αιτιότητας, σε περίπτωση νόμιμης εναλλακτικής συμπεριφοράς και σε περίπτωση υπερβαίνουσας αιτιότητας.

Ξεκινάμε την ανάλυσή μας με την τελευταία περίπτωση, αυτή της υπερβαίνουσας αιτιότητας⁴⁰, καθώς σε αυτή ειδικά την εκδοχή είναι αν μη τι άλλο ξεκάθαρη η χρονική διαδοχή των γεγονότων. Στο παράδειγμα των θρυμματισμένων υαλοπινάκων του ξενοδοχείου η έκρηξη από αμέλεια του δράστη της φιάλης υγραερίου έσπασε τα τζάμια του ξενοδοχείου. Αυτό το γεγονός οδή-

39 Mill, ό.π., σ. 401: *“Wir können daher die Ursache einer Naturerscheinung definieren als das Antecedens, oder das Zusammenwirken von Antecedentien, worauf dieselbe unveränderlich und unbedingt folgt; oder wir nehmen die bequeme Modification der Bedeutung des Wortes Ursache an, wonach sie die Summe der positiven Bedingungen ohne die negativen ist; wir müssen dann statt ‚unbedingt‘ sagen: ‘keinen andern als negativen Bedingungen unterworfen’* (= «Θα μπορούσαμε λοιπόν να ορίσουμε ως αιτία ενός φυσικού φαινομένου το χρονικά προηγθέν ή την παράλληλη δράση περισσότερων γεγονότων που προηγήθηκαν και τα οποία επαναλαμβάνονται χωρίς αλλαγές και άλλους όρους. Ορίζουμε έτσι την αιτία ως το άθροισμα των θετικών όρων χωρίς τη συνοδεία άλλων αρνητικών όρων. Θα πρέπει τότε αντί του όρου αναγκαία συνθήκη να κάνουμε λόγο για απουσία αρνητικών όρων»).

40 Ο Ζέπος, ό.π., Ι, σ. 276 κάνει λόγο για «υπερκάλυψη αιτιώδους συνάφειας» και ο Φουρκιώτης, Ελληνικόν Ενοχικόν Δίκαιον, Γενικόν Μέρος, 1964, σ. 330 επ. χαρακτηρίζει το σχετικό φαινόμενο «πεπερασμένη αιτιότητα».

γησε κατόπιν στη διακοπή της λειτουργίας του ξενοδοχείου. Τη ζημία από τη μη λειτουργία του ξενοδοχείου που διαρκώς αυξάνει, όσο διαρκεί η επισκευή, διακόπτει στη συνέχεια ένα άλλο γεγονός, η λόγω σεισμού κατάρρευση του τελευταίου. Εν προκειμένου έχουμε λοιπόν σαφώς να κάνουμε με ένα από ζημιολόγο γεγονός, την έκρηξη, που γέννησε μια εξίσου απτή πρώτη ζημία, την καταστροφή των τζαμιών, αλλά ταυτόχρονα προκάλεσε και μια δεύτερη, έμμεση⁴¹, ακριβέστερα εξελισσόμενη ζημία, τη διακοπή της λειτουργίας της ξενοδοχειακής επιχείρησης. Ένα μεταγενέστερο γεγονός επέφερε ακολούθως ένα νέο αποτέλεσμα, τη διακοπή επέκτασης της αρχικής ζημίας. Σε ό,τι αφορά, ειδικά στο παράδειγμά μας, το νέο γεγονός επιδρά μόνο στη λειτουργία της επιχείρησης. Υπάρχει συνεπώς εν προκειμένω μια ροή αιτιών και γεγονότων, στα οποία μια δεύτερη αιτία «τροποποιεί» το περιεχόμενο κάποιων ζημιολόγων αποτελεσμάτων από αυτά που προκάλεσε ήδη η πρώτη αιτία⁴². Ο αμελής εργολάβος οφείλει ενόψει όλων των παραπάνω να πληρώσει καθ' ολοκληρίαν εν τέλει τα σπασμένα τζάμια του γείτονα, αλλά τα διαφυγόντα κέρδη από τη διακοπή λειτουργίας του ξενοδοχείου μόνο μέχρι την ημέρα του σεισμού, γιατί μετά την κατάρρευσή του το ξενοδοχείο δεν θα μπορούσε εκ των πραγμάτων να επαναλειτουργήσει⁴³. Το ίδιο συμβαίνει και στο παράδειγμα των αξι-

41 Για την αντιδιαστολή ανάμεσα στη ζημία στο ίδιο το αντικείμενο (objektiver Schaden) και στην έμμεση ζημία (Folgeschaden), που κυριάρχησε πλήρως στη γερμανική νομική επιστήμη προς επίλυση του προβλήματος της υπερβαίνουσας αιτιότητας (überholende Kausalität) βλ. κυρίως Looschelders, ό.π., § 45 αρ. 25· Jauernig/Teichmann, BGB, 17^η εκδ., 2018, Εισαγπαρτηρ. §§ 249-253 αρ. 43· με επιφυλάξεις οι Musielak/Mayer, ό.π., αρ. 444· για το θέμα της ζημίας στο ίδιο το αντικείμενο βλ. και Niederländer, AcP 153 (1954), 41 επ· περαιτέρω Medicus, Unmittelbarer und mittelbarer Schaden, 1977. Το θέμα είναι στη γερμανική θεωρία και νομολογία ιδιαίτερος αμφιλεγόμενο, πρβλ. BGHZ 29, 207· BGHZ 125, 56· BGH DB 1979, 352· Grunsky, Jura 1979, 57· αναλυτικά από Deutsch, Allgemeine Haftungspflicht, 2^η εκδ., 1996, αρ. 179 επ.

42 Πρβλ. σε φιλοσοφικό επίπεδο και Mill, ό.π., σ. 402, ο οποίος παρατηρεί: “Wenn zwei Ursachen zugleich existieren, so werden die Wirkungen beider auch zugleich existieren; und wenn viele Ursachen zusammen existieren, so werden diese Ursachen (durch das, was wir später die Vermischung ihrer Gesetze nennen werden) neue Wirkungen hervorrufen, welche sich einander begleiten, oder in einer bestimmten Ordnung aufeinander folgen” (= «Όταν δύο αιτίες συνυπάρχουν, τότε συνυπάρχουν και οι συνέπειές τους· και όταν συντρέχουν περισσότερες αιτίες (διαμέσου αυτού που αποκαλούμε συνδυασμό των κανόνων τους) τότε παράγονται νέα αποτελέσματα, τα οποία συνοδεύουν το ένα το άλλο ή έπονται το ένα του άλλου με μια ορισμένη τάξη»).

43 Έτσι κυρίως Medicus/Petersen, ό.π., αρ. 850: “Entsprechend muss im Ausgangsfall ... S den Wert der Fensterscheibe trotz der folgenden Explosion ersetzen. Nur der Ersatz für den Nutzungsausfall des G wegen der Unbenutzbarkeit des Hotelzimmers wird von der Explosion zeitlich begrenzt” (= Κατ' αναλογία θα πρέπει στο αρχικό μας παράδειγμα ο Σ να καταβάλει την αξία των παραθύρων παρά την έκρηξη. Μόνο η ζημία από τη στέρηση της αξιοποίησης λόγω μη χρήσης των δωματίων του ξενοδοχείου είναι χρονικά περιορισμένη λόγω της έκρηξης).

ώσεων διατροφής συζύγου και τέκνων του παρασυρμένου από το αυτοκίνητο και ήδη πάσχοντος από ανίατη ασθένεια πεζού. Οι αξιώσεις διατροφής αυτών των προσώπων διαρκούν μέχρι τον αναμενόμενο χρόνο ζωής του ασθενούς πεζού, διότι και το ατύχημα να μην είχε λάβει χώρα, μέχρις αυτόν τον χρόνο νοούνται αξιώσεις διατροφής κατά του πατέρα ως γονέα⁴⁴. Ο χρόνος ζωής του θύματος είναι κατά συνέπεια όρος του περιεχομένου της ζημίας που υφίστανται σύζυγος και τέκνα. Σε αυτή την εκδοχή υποθετικής αιτιότητας το σκεπτικό περί χρονικής μετάθεσης του υπολογισμού της ζημίας⁴⁵ φαίνεται εκ πρώτης όψεως να έχει μάλλον νόημα. Η δεύτερη αιτία επηρεάζει πράγματι την έκταση της συνολικής ζημίας. Δεν πρόκειται όμως κατ' ακρίβεια, αν το προσέξει κανείς καλύτερα, για χρονική μετάθεση του υπολογισμού της ζημίας⁴⁶, αλλά για ένα υποθετικό υπολογισμό μιας μελλοντικής ζημίας, επειδή η δεύτερη αιτία εμφανώς συγκαθορίζει την έκταση της τελευταίας⁴⁷. Λόγω της πρόσθετης,

44 Βλ. κυρίως Brox/Walker, ό.π., § 30 αρ. 22: *“Eine Einschränkung ist jedoch zu machen: Bei Folgeschäden wie etwa einer fortwirkenden Minderung des Erwerbs oder beim Ausfall ähnlicher langdauernder Vorteile, ist eine Berücksichtigung der ‘Reserveursache’ geboten. Dieser Gedanke lässt sich aus der gesetzlichen Wertung z.B. in § 844 II entnehmen, wonach bei der dort geregelten Pflicht zur Zahlung einer Geldrente der hypothetische Kausalverlauf zu berücksichtigen ist”* (= «Ένας περιορισμός είναι όμως εδώ αναγκαίος: Στις έμμεσες ζημίες, όπως για παράδειγμα η μείωση των αναμενόμενων εισοδημάτων ή ανάλογων ωφελημάτων, είναι απαραίτητο να ληφθεί υπόψη η υποκατάστατη αιτία. Το σκεπτικό αυτό προκύπτει από τη ρύθμιση της § 844 II, όπου προβλέπεται ρητά ότι στην αποτίμηση ανάλογων χρηματικών αξιώσεων η μελλοντική, υποθετική εξέλιξη λαμβάνεται υπόψη»).

45 Το σκεπτικό αυτό είναι κυρίαρχο και στη γερμανική θεωρία βλ. σχετικά Lemhöfer, JuS 1966, 337 επ.

46 Έτσι όμως Σταθόπουλος, ό.π., § 9 αρ. 20 επ., που καταλήγει πάντως πειστικά στο καίριο συμπέρασμα (αρ. 32) ότι: «Η ζημία που πράγματι επέρχεται λαμβάνεται πάντοτε υπόψη σε οσηδήποτε έκταση και άσχετα από το αν μεταγενέστερα υποθετικά περιστατικά υποθετικά θα είχαν επίπτωση σ' αυτήν ... Αντίθετα, για τη ζημία που μόνο υποθετικά μπορεί να υπολογισθεί, δηλαδή με πιθανολόγηση εκ των προτέρων σύμφωνα με την κοινή πορεία των πραγμάτων κλπ., θα ληφθούν υπόψη και οι αναφερθέντες μεταγενέστεροι υποθετικοί παράγοντες».

47 Πρβλ. και Φίλιο, Ενοχικό Δίκαιο - Γενικό Μέρος, 5^η εκδ., 2010, § 197 Γ, ο οποίος αποκαλεί το εν λόγω φαινόμενο προλαμβάνουσα αιτιότητα. Προκειμένου να μην υπάρξει όμως σύγχυση με την αρχή της χρονικής προτεραιότητας ο γράφων κρίνει τον όρο υπερβαίνουσα αιτιότητα ακριβέστερο και σκοπιμότερο. Πέραν αυτού ο όρος προλαμβάνουσα αιτιότητα δεν ακριβολογεί πλήρως, καθώς εδώ πρόκειται, όπως λέχθηκε, για μελλοντική ζημία. Στην αναμενόμενη μελλοντική ζημιολογία διαδρομή το νέο αίτιο διακόπτει απλώς την επέκταση της ζημίας. Οι δύο αιτίες δηλαδή συνυπάρχουν. Το κύριο στοιχείο για την ονοματοδοσία της αιτιότητας θα πρέπει να είναι εν τέλει η σχέση του κύριου προς το επικουρικό αίτιο και όχι η σχέση των επικουρικών αιτίων μεταξύ τους. Απολύτως ορθά και πειστικά παρατηρεί βεβαίως ο Φίλιος ακολουθώντας: «Σε σχέση με τις άλλες περιπτώσεις ... ορθότερη είναι η άποψη που συνεχώς κατακτά έδαφος στη θεωρία, η οποία δέχεται τα εξής: Τα επικουρικά αίτια συνεκτιμώνται για τον υπολογισμό της ζημίας: ο υπεύθυνος για το προλαμβάνον αίτιο ευθύνεται για τη ζημία η οποία επέρχεται μέχρι το χρόνο που θα την επέφερε το επικουρικό αίτιο. Η άποψη αυτή διευθετεί πιο πρόσφορα τα συγκρουόμενα συμφέροντα των υπευθύνων για το

συνοδευτικής αιτίας η εν λόγω ζημία από μελλοντική και αβέβαιη απέκτησε απλώς πλέον ένα διακριτό χρονικό ορίζοντα, σε ό,τι αφορά την περάτωσή της⁴⁸. Ακόμη και η κατάφαση ζημίας για διαφυγόντα εισοδήματα στην ΑΚ 914 μέχρι το αναμενόμενο πέρας της επαγγελματικής δράσης του θύματος δεν είναι τίποτε άλλο ουσιαστικά παρά απόρροια του σκεπτικού της υπερβαίνουσας αιτιότητας. Δεν είναι όμως όλα τα περιστατικά υποθετικής αιτιότητας παραδείγματα μελλοντικής ζημίας.

β. Η νόμιμη εναλλακτική συμπεριφορά

Τα πράγματα είναι πράγματι πολύ πιο δύσκολα στο φαινόμενο της νόμιμης εναλλακτικής συμπεριφοράς, καθώς εν προκειμένω η υποθετική διάσταση της αιτιότητας δεν αφορά (εξάιρεση είναι εδώ και πάλι το διφυές, όπως ήδη διαπιστώθηκε, φαινόμενο του διαφυγόντος κέρδους επί μη λήψεως προπαρασκευαστικών μέτρων εκ μέρους του φερόμενου ως ζημιωθέντος) πλέον σε μια χρονική διαδοχή γεγονότων, αλλά στην υποθετική, ταυτόχρονη εξέλιξη αυτών, όπου πράγματι το ένα αποκλείει το άλλο. Κατ' αρχάς η ταυτόχρονη εκτύλιξη αιτιωδών δράσεων δεν αναιρεί βεβαίως αυτομάτως την αιτιότητα. Ο δράστης που καταστρώνει από κοινού εγκληματικό σχέδιο με τον φυσικό αυτουργό είναι και ο ίδιος αυτουργός, ακόμη και αν δεν ενεργεί άμεσα ο ίδιος, διότι είναι πάντοτε σε ετοιμότητα να αναλάβει δράση, αν δεν το πράξει ο φυσικός αυτουργός. Στη νόμιμη εναλλακτική συμπεριφορά τα δεδομένα του προβλήματος είναι όμως για τον εξής λόγο διαφορετικά, διότι δεν έχουμε πλέον να κάνουμε με την ύπαρξη παράλληλων παρανόμων προθέσεων περισσότερων προσώπων, αλλά με τη διάζευξη ανάμεσα στη νομιμότητα και στην παρανομία ενός και του αυτού προσώπου, δηλαδή υπάρχουν εδώ δύο αντιθετικές έννοιες και καταστάσεις που αφορούν την ίδια πράξη⁴⁹. Ο οφειλέτης και δράστης της ζημίας υποστηρίζει ακριβώς με έμφαση ότι ναι μεν ενήργησε παράνομα, αλλά και νόμιμα να ενεργούσε πάλι το ίδιο αποτέλεσμα θα επερχόταν. Εξ αυτού του λόγου εκτιμούν οι περισσότεροι συγγραφείς ότι αιτιότητα υπάρχει εδώ σε φυσικό επίπεδο, καθώς ο δράστης ενήργησε, αλλά λείπει ο καταλογισμός. Η εκτίμηση αυτή είναι, κατά τη γνώμη του γράφοντος, εσφαλμένη. Ο λόγος εί-

προλαμβάνον και το επικουρικό αίτιο και εναρμονίζεται με το σκοπό της αποζημίωσης ... ».

48 Βλ. Μανιώτη, ό.π., σ. 71: «Ορθά ο Άρειος Πάγος για τον προσδιορισμό του καταληκτικού χρόνου υπολογισμού του διαφυγόντος κέρδους χρησιμοποιεί το δίδαγμα εμπειρίας περί αποκατάστασης της ικανότητας προς εργασία του θύματος ... Με τη βοήθεια του συγκεκριμένου διδάγματος της εμπειρίας εξειδικεύει την έννοια του μετά πιθανότητας προσδοκωμένου κατά τη συνήθη πορεία των πραγμάτων διαφυγόντος κέρδους σύμφωνα με το άρθρ. 298 εδ. 2 ΑΚ».

49 Εύστοχα παρατηρεί εδώ ο Φίλιος, ό.π., § 198 Α 2: «Η νόμιμη διαζευκτική συμπεριφορά δι-αφέρει από την προλαμβάνουσα αιτιότητα. Στη συμπεριφορά αυτή δεν υπάρχει επικουρικό αίτιο· η νόμιμη συμπεριφορά δεν έλαβε χώρα. Στην προλαμβάνουσα αιτιότητα, αντίθετα, το επικουρικό αίτιο λαμβάνει χώρα ...».

ναι ο εξής: Είμαστε βέβαιοι σε αυτή τη σύνθεση γεγονότων για την παρανομία του δράστη, συνεπώς για την πράξη του, αλλά αμφιβάλλουμε για το αν ειδικά ο παράνομος χαρακτήρας της βέβαιης πράξης προκάλεσε το ζημιογόνο αποτέλεσμα. Νόμιμη πράξη δεν υπήρξε όμως εδώ ποτέ, ούτε και πρόθεση νομιμότητας. Η νομιμότητα είναι εν προκειμένω μια εντελώς υποθετική κατάσταση. Την ανάλυσή μας από την οπτική γωνία της αιτιότητας βοηθά μπροστά σε αυτό το αδιέξοδο μόνο το υπονοηθέν αριστοτελικό σχήμα της διακρίβωσης των στοιχείων που συναπαρτίζουν ένα γεγονός, το οποίο αποδίδεται με την έννοια της ζημίας. Τα συστατικά της παράνομης ζημίας είναι ακριβέστερα εν προκειμένω: α) η πράξη του δράστη, β) η παρανομία αυτής της πράξης και γ) μια τρίτη αιτία που συνδράμει πάντοτε σε ζητήματα υποθετικής αιτιότητας στο αποτέλεσμα (στο παράδειγμα του μη ενημερωμένου ασθενούς πρόκειται για την επιπλοκή και στο παράδειγμα του μεθυσμένου ποδηλάτη υπονοείται ο υπαίτιος μειωμένος καταλογισμός του τελευταίου λόγω της οινοποσίας του). Στη νόμιμη, υποθετική εκδοχή της ίδιας ζημίας τα συστατικά στοιχεία του ζημιογόνου αποτελέσματος θα ήταν ομοίως η πράξη και η τρίτη αιτία, αλλά αυτή τη φορά η παρανομία της πράξης αντικαθίσταται από τη νομιμότητα της τελευταίας. Εδώ όμως ξεκινά ακριβώς το λογικό παράδοξο, καθώς: Αν $A = B + \Gamma + \Delta$ και $A = B + E + \Delta$, τότε $\Gamma = E$, δηλαδή η νομιμότητα και η παρανομία θα έπρεπε να είναι το ίδιο ακριβώς πράγμα, με άλλα λόγια, να ταυτίζονται πλήρως, συμπέρασμα εμφανώς έωλο και αναμφίβολα εσφαλμένο. Μεταξύ παρανόμου και νομιμότητας δεν υπάρχει η λογική σχέση της ισότητας ($\Gamma = E$), αλλά αυτή της αντίφασης ($\Gamma \neq E$). Συνεπώς, δύο αντιθετικές καταστάσεις, όπως η νομιμότητα και η παρανομία, δεν είναι δυνατό να επιφέρουν ποτέ το ίδιο ακριβώς αποτέλεσμα, διότι δεν μπορεί στον ίδιο χρόνο μια πράξη να είναι ταυτόχρονα και παράνομη και νόμιμη, καθώς οι αντιθετικές έννοιες αναιρούν η μία την άλλη⁵⁰. Μεταξύ δύο αντίθετων εννοιών υπάρχει εμφανώς η σχέση της διάζευξης (είτε-είτε). Αν λοιπόν το παράνομο οδήγησε στο ζημιογόνο αποτέλεσμα, τότε θα έπρεπε πράγματι η παρανομία, να έχει επιφέρει και κάποια, έστω ανεπαίσθητη, αλλαγή στα δεδομένα επέλευσης του πιθανού, όμοιου νόμιμου αποτελέσματος, π.χ. να έχει επισπεύσει τον χρόνο επέλευσης της ζημίας, που

50 Mill, ό.π., σ. 298: “Und richten wir unsere Beobachtung nach außen, so finden wir auch hier, daß Licht und Dunkel, Schall und Stille, Bewegung und Ruhe, Gleichheit und Ungleichheit, Vorangehen und Nachfolgen, Aufeinanderfolge und Gleichzeitigkeit, kurz jedes positive Phänomen und seine Verneinung (negative) unterschiedene Phänomene sind, im Verhältnis eines zugespitzten Gegensatzes, und das eine immer dort abwesend, wo das andere anwesend ist” (= «Αν στρέψουμε το βλέμμα μας στον εξωτερικό κόσμο, παρατηρούμε ότι φως και σκοτάδι, ήχος και σιωπή, κίνηση και ηρεμία, ισότητα και ανισότητα, προτερόχρονο και υστερόχρονο, σύγχρονο και χρονική διαδοχή, εν τέλει κάθε θετικό γεγονός και η άρνησή του είναι διαφορετικά φαινόμενα που διατελούν σε σχέση μέγιστης αντίθεσης, έτσι ώστε το ένα να υπάρχει όταν το άλλο απουσιάζει»).

θα προκαλούσε αργότερα και η νόμιμη συμπεριφορά ή να επέφερε το ίδιο αποτέλεσμα σε προηγούμενο τόπο κ.ο.κ., επιστρέφοντας έτσι στον κανόνα της χρονικής προτεραιότητας. Αυτό όμως δεν συμβαίνει στα περιστατικά της νόμιμης εναλλακτικής συμπεριφοράς. Έχοντας υπόψη τις παραπάνω λογικές διαπιστώσεις, καταλαβαίνουμε λοιπόν γιατί οι νομικοί καταλήγουν εν προκειμένω σε αδιέξοδο. Ενώ δηλαδή δεν υπάρχει η παραμικρή αμφιβολία για την πράξη του δράστη, αμφιβállουμε για το αν η παράνομη διάσταση αυτής της τελευταίας προκάλεσε τη ζημία⁵¹. Αν όμως η παράνομη συμπεριφορά δεν προκάλεσε το αποτέλεσμα και η νόμιμη συμπεριφορά ως εναλλακτική εκδοχή δεν έλαβε ποτέ σε φυσικό επίπεδο χώρα, τότε τι είναι αυτό που προκάλεσε το αποτέλεσμα; Το τελευταίο δεν μπορεί να έπεσε κυριολεκτικά από τον ουρανό· κάτι εμφανώς το προκάλεσε! Σε αυτό το ερώτημα, οι νομικοί δεν μπόρεσαν να δώσουν μέχρι τώρα καμία πειστική απάντηση. Αντίθετα άρχισαν τους πειραματισμούς με τις σκέψεις τους περί του τρόπου υπολογισμού της ζημίας, πιστεύοντας ότι υπάρχει εδώ αιτιότητα, γιατί δεν μπορεί αυτή λογικά να απουσιάζει. Διαφάνηκε όμως ήδη ότι αιτιότητα υπάρχει εν τέλει ξεκάθαρα μόνο στην υπερβαίνουσα αιτιότητα, καθώς σε αυτή είναι ορατή η διαδοχή γεγονότων. Για τα υπόλοιπα περιστατικά κυριαρχεί συμβιβαστικά η ιδέα περί καταλογισμού. Πού έγκειται όμως το σφάλμα στην επιχειρηματολογία υπέρ του καταλογισμού;

Αν οι νομικοί γνώριζαν σε βάθος τη σχετική φιλοσοφική βιβλιογραφία και την αντίστοιχη συζήτηση, αυτό το επί μακρόν άλυτο σε νομικό επίπεδο πρόβλημα θα είχε αναμφίβολα επιλυθεί πολύ νωρίτερα. Η φιλοσοφία είναι, κατά κοινή ομολογία, ένας ιδιαίτερα επιβοηθητικός κλάδος για τη νομική σκέψη, καθώς προσφέρει όπλα που η φαρέτρα των νομικών αγνοεί ή δεν διαθέτει σε αυτή ακριβώς τη μορφή. Την απάντηση στο γοητευτικό πρόβλημα της υποθετικής αιτιότητας έδωσε, κατά τη γνώμη του γράφοντος, ένας γερμανός ιατρός κατά τον 19^ο αιώνα, που ως γνωστό εγκατέλειψε νωρίς την ιατρική επιστήμη και αφοσιώθηκε σε όλη την υπόλοιπη ζωή του στη σαγηνευτική φιλοσοφία, ο περιβόητος *Hermann Lotze*. Ο μεγάλος αυτός λογικός φιλόσοφος παρατήρησε ότι ένα φαινόμενο δεν μπορεί να προκαλείται από δύο αντίθετα μεταξύ τους συστατικά στοιχεία⁵². Όταν αυτό συμβαίνει, τότε τα εν λόγω στοιχεία αλληλο-

51 Πρβλ. σε φιλοσοφικό επίπεδο και *Meinong*, ό.π., σ. 89, ο οποίος κάνει λόγο για την ασυμβατότητα αντίθετων φαινομένων: "... denn Verträglichkeit scheint nichts anderes zu besagen, daß man einen Fall vor sich hat, wo die Evidenz für eine Negation des eben berührten Falls fehlt" (= «... διότι συμβατότητα σημαίνει ότι το προφανές για μια αντίθετη κατάσταση απουσιάζει»).

52 *Lotze*, *System der Philosophie, Logik – Drei Bücher vom Denken, vom Untersuchen und vom Erkennen*, 1874, σ. 98 και 99: "Eine unmittelbare Deutlichkeit scheint mir nun aber doch die Behauptung nicht zu haben, daß zwei Prädicate p1 und p2 sich gerade an demselben Subjekt nicht vertragen, wenn sie übrigens als conträre Arten desselben Allgemeinen P miteinander

αναιρούνται ή αλληλοαπορροφούνται ή/και ενοποιούνται, χωρίς να εξαφανίζονται πλήρως, σε ένα κοινό υπόστρωμα, ένα Substrat, όπως το αποκάλεσε⁵³, το οποίο επιτρέπει στη συνέχεια σε μια τρίτη αιτία να δράσει. Αυτή η τρίτη αιτία είναι εν τέλει η μόνη αιτία του φαινομένου. Ας δώσουμε ένα σχετικό παράδειγμα: Αν ένα αυτοκινητικό ατύχημα επερχόταν είτε έβρεχε είτε είχε λιακάδα (ένα από τα δύο πάντως συμβαίνει), δεν είναι η βροχή ή η λιακάδα που προκαλούν το ατύχημα, αλλά η αδέξια κίνηση του οδηγού. Η λιακάδα ή η κακοκαιρία, δηλαδή οι καιρικές συνθήκες, εμφανίζουν απλώς μια χωροχρονική εγγύτητα προς το ατύχημα και αλληλοαναιρούνται. Αυτή η τόσο απλή, αλλά καίρια σκέψη είναι ακριβώς η λύση στο γοητευτικό πρόβλημα της υποθετικής αιτιότητας. Ας εκτιμήσουμε το παράδειγμα του μεθυσμένου ποδηλάτη υπό το πρίσμα του παραπάνω, καίριου μοντέλου του Lotze: Αν ο μεθυσμένος ποδηλάτης υφίστατο το ατύχημα είτε τηρούσε την προβλεπόμενη απόσταση ο οδηγός του αυτοκινήτου είτε όχι, τότε μόνο το (συντρέχον;) πταίσμα της βαριάς αμέλειας του μεθυσμένου ποδηλάτη προκάλεσε τον τραυματισμό του. Το κοινό υπόστρωμα για τη βαριά αμέλεια είναι εν προκειμένω αναμφίβολα η πράξη του οδηγού, αλλά αυτή παρέχει, κατά τον Lotze, απλώς και μόνο τη βάση ή, αν το θέλει κανείς, τη σκηνή πάνω στην οποία αναπτύσσει ακολούθως τη ζημιολόγο δράση της η βαριά αμέλεια του μεθυσμένου ποδηλάτη ως η τρίτη, καθοριστική και εν τέλει μόνη αιτία του φαινομένου, εφόσον τόσο ο οδηγός όσο και κανείς άλλος δεν θα μπορούσε να αντιληφθεί ποτέ ότι ο ποδηλάτης είναι μεθυσμένος. Αυτό το αιτιώδες υπόστρωμα ή καλύτερα υπόβαθρο δεν είναι όμως κατά κυριολεξία αιτία, αλλά μόνο η γέφυρα εμφάνισης της τρίτης και μόνης αιτίας, της βαριάς οινόποσίας του ποδηλάτη που οδήγησε

der vergleichbar sind ... Zwei conträre, vergleichbare Prädicate p1 und p2 würden also nur deshalb unvereinbar sein, weil aus ihnen immer ein drittes einfaches p3 entstehen würde” (= «Δεν μου φαίνεται ιδιαίτερα πειστικό το να υποστηρίξει κανείς ότι δύο κατηγορήματα K1 και K2 δεν μπορούν να συνυπάρξουν στο ίδιο ουσιαστικό, όταν αυτά τα κατηγορήματα συνιστούν αντιθετικές εκδοχές ενός γενικότερου ουσιαστικού ... Δύο αντίθετα και συγκρίσιμα επίθετα K1 και K2 θα ήταν για τον εξής λόγο ασύμβατα μεταξύ τους, εάν από τη μίξη αυτών προέκυπτε ένα κατηγορήμα K3, το οποίο δεν εμπεριέχει τα προηγούμενα»).

- 53 Lotze, ό.π., σ. 590: “Denn in der That bezeichnet doch +a -a das Zeichen – nicht blos einen Gegensatz zu +, sondern zugleich die Art, wie dieser Gegensatz wirksam werden kann und soll, die Subtraction; wüßte man von der Möglichkeit dieser Operation nichts, oder wäre sie nicht ausführbar, so würde man aus a-a die Folge 0 ebensowenig erzeugen, als man aus der bloßen Bereinigung der contradictorischen Begriffe Möglichkeit und Unmöglichkeit im Denken irgend ein Resultat erzielen könnte” (= «Πράγματι σε μια αντίθεση +a και a-, το σύμβολο μείον (-) δεν υποδεικνύει απαραίτητα μια μηδενιστική αντίθεση, αλλά τον τρόπο, με τον οποίο αυτή η αντίθεση μπορεί να γεννήσει νέες συνέπειες, τη σύσταση δηλαδή ενός υποβάθρου. Αν δεν δεχτούμε αυτή τη διάσταση, ή αν δεν ήταν η τελευταία καν εφικτή, θα έπρεπε από την αντίθεση a-a να προκύπτει μόνο το μηδέν και συνεπώς από αντιθετικές έννοιες δεν θα δικαιολογούνταν κανένα αποτέλεσμα, πράγμα που δεν αληθεύει»).

στο μειωμένο καταλογισμό του τελευταίου. Η πράξη του οδηγού - θα λέγαμε τότε με emphaticό τρόπο ότι - ολισθαίνει ή σύρεται κυριολεκτικά στο πεδίο εμβέλειας μιας υπέρτερης, τρίτης αιτίας που την απορροφά σαν μια ηλεκτρική σκούπα που «καταπίνει» ό,τι κινείται γύρω της⁵⁴. Γι' αυτό και σε αυτές τις περιπτώσεις γίνεται ορθά λόγος για τυχαίο γεγονός. Η πράξη υπάρχει ρεαλιστικά μόνο στην παράνομη εκδοχή της τελευταίας, όχι στη νόμιμη παραλλαγή της, γιατί νόμιμη πράξη δεν υπήρξε ούτε και αναμενόταν εδώ ποτέ να λάβει χώρα (τήρηση απόστασης). Τα περιστατικά της νόμιμης εναλλακτικής συμπεριφοράς κινούνται λοιπόν ακριβώς στη γκρίζα ζώνη μεταξύ πλάσματος και πραγματικότητας. Γι' αυτό και δεχόμαστε ότι υπάρχει, σε ό,τι αφορά τη βέβαιη πράξη του υποτιθέμενου δράστη, απλώς και μόνο ένα κοινό υπόστρωμα (ένα *kausales Substrat*) μεταξύ νομιμότητας και παρανομίας, που δίνει την αφορμή στην τρίτη και μόνη αιτία να δράσει. Το ίδιο ισχύει και στην περίπτωση του μη ενημερωμένου ασθενούς. Αν ο τελευταίος έδινε οπωσδήποτε τη συναίνεσή του στην επικίνδυνη θεραπευτική αγωγή, τότε είναι η επιπλοκή ως τρίτη αιτία η μόνη αιτία θανάτου του ασθενούς.

Όλα τα παραδείγματα της νόμιμης εναλλακτικής συμπεριφοράς είναι ακριβώς το κράμα μιας υπόθεσης⁵⁵, ως προς το ότι θα ελάμβανε χώρα ένα γεγονός⁵⁶ και κατόπιν μιας λογικής αρνητικής κρίσης με τη μορφή μιας con-

54 Βλ. και *Schopenhauer*, Über die vierfache Wurzel des Satzes vom zureichenden Grund, σ. 35: "Das Aufeinanderfolgen in der Zeit von Begebenheiten, die nicht in Kausalverbindung stehn, ist eben was man Zufall nennt, welches Wort vom Zusammentreffen, Zusammenfallen, des nicht Verknüpften herkommt: eben so to συμβεβηκός von συμβαίνειν (Vgl. Arist. Anal. Post I, 4). Ich trete vor die Hausthür, und darauf fällt ein Ziegel vom Dach, der mich trifft; so ist zwischen dem Fallen des Ziegels und meinem Heraustreten keine Kausalverbindung, aber dennoch die Succession, daß mein Heraustreten dem Fallen des Ziegels vorherging, in meiner Apprehension objektiv bestimmt und nicht durch meine Willkühr, die sonst wohl die Succession umgekehrt haben würde" (= «Η ακολουθία γεγονότων μέσα στο χρόνο, τα οποία δεν τελούν σε αιτιώδη σχέση, είναι αυτό που αποκαλείται τυχαίο γεγονός, λέξη που προέρχεται από τη σύμπτωση και συνύπαρξη των μη συνδεδεμένων μεταξύ τους γεγονότων: έτσι και το συμβεβηκός που προέρχεται από το συμβαίνειν (Αριστ. Αναλυτικά Ύστερα I, 4). Φθάνω στην εξώπορτα και την ίδια στιγμή με χτυπά ένα κεραμίδι από τη στέγη. Ανάμεσα στην πτώση του κεραμιδιού και την έξοδό μου από την πόρτα δεν υπάρχει αιτιώδης σχέση, αλλά υπάρχει μια διαδοχή γεγονότων, υπό την έννοια ότι η κίνησή μου προς την πόρτα προηγείται της πτώσης του κεραμιδιού και η παρουσία του φαινομένου είναι σαφής στη συνείδησή μου, ενώ δεν ανάγεται στη βούλησή μου, που αλλιώς θα είχε αποτρέψει αυτή την αλληλουχία γεγονότων»)- επ' αυτού βλ. ήδη *Chelidonis*, Über die sogenannte Kausalität der Unterlassung – Gedanken anlässlich des Kausalitätsbegriffs bei Schopenhauer und Aristoteles, σε Τιμητικό Τόμο Ιωάννη Στράγγα (Festschrift für Johannes Strangas), 2017, σ. 297, 310 επ.

55 Πρόκειται ορθά κατά τους *Brox/Walker*, ό.π., σ. 359· BGHZ 8, 288· BGH VersR 1969, 43, για μια δύσκολη απόδειξη· πρβλ. στην ελληνική θεωρία αναλυτικά *Καραγιάννη*, ό.π., σ. 599, με ενδελεχή παρουσίαση της σχετικής ελληνικής νομολογίας.

56 Στη γερμανική θεωρία επικρατεί η αντίληψη ότι ο μη ενημερωθείς ασθενής θα έδινε τη συναίνεσή του, αν δεν προκύπτει σαφώς κατά την αποδεικτική διαδικασία ότι θα περιέπιπτε

versio ad contradictoriam, που αποκλείει το πόρισμα της αρχικής εντύπωσης και παρατήρησης. Το ίδιο συμβαίνει σε όλες τις αρνητικές κατηγορικές προτάσεις⁵⁷. Σε αυτές δεν ορίζουμε επακριβώς το τι συμβαίνει, αλλά το τι αποκλείεται να έχει συμβεί⁵⁸. Σε αυτές τις περιπτώσεις σκεφτόμαστε ουσιαστικά ως εξής: Αν είναι πιθανό ότι θα συνέβαινε κάτι, τότε αποκλείεται να έχει προκαλέσει το αποτέλεσμα το ακριβώς αντίθετό του παράδειγμα, για το οποίο είμαστε πάντως βέβαιοι ότι συνέβη⁵⁹. Στις περιπτώσεις αυτές δεν μπορούμε να ορίσουμε το τι ακριβώς προκάλεσε το αποτέλεσμα, αλλά αποκλείουμε ό,τι λογικά δεν μπορεί να το έχει προκαλέσει⁶⁰. Με βάση τους κανόνες της

αυτός σε δίλημμα σχετικά με την απόφασή του για την αναγκαιότητα της ιατρικής πράξης βλ. *Laufs/Katzenmeier/Lipp*, *Arztrecht*, 7^η εκδ., 2015, σ. 137 επ.· επίσης *Deutsch/Spickhoff*, *Medizinrecht*, 7^η εκδ., 2014, σ. 324 επ.· *Spickhoff*, *NJW* 2004, 2345 επ.

57 Βλ. κυρίως *Herbart*, ό.π., σ. 277: “*Durch die Urtheile entstehen erst bestimmte Begriffe, mit denen man jene Gesamteindrücke nicht verwechseln sollte. Die negativen Urtheile scheiden einen Begriff vom anderen, – sie geben die logische Klarheit; die positiven Urtheile zählen die Merkmale eines Begriffs auf, sie machen ihn deutlich*” (= «Μέσω των κρίσεων γεννώνται συγκεκριμένες έννοιες, τις οποίες δεν θα πρέπει να συγχέουμε με τις εντυπώσεις. Οι αρνητικές κρίσεις διακρίνουν μια έννοια από μια άλλη - προσδίδουν σε αυτές την εννοιολογική καθαρότητα. Οι θετικές κρίσεις απαριθμούν τα στοιχεία μιας έννοιας και καθιστούν την τελευταία σαφή»).

58 Πρβλ. σε φιλοσοφικό επίπεδο *Mill*, σ. 450: “[...] *wenn dagegen die Bedingungen, von denen die Naturerscheinungen abhängig sind, dunkel, das Phänomen selbst aber bekannt ist, so müssen wir unsere Untersuchung bei der Wirkung anfangen*” (= «... αν οι όροι από τους οποίους εξαρτάται το φυσικό φαινόμενο είναι σκοτεινοί, τότε πρέπει να ξεκινήσουμε την έρευνά μας από το ίδιο το αποτέλεσμα»).

59 Πρβλ. σε φιλοσοφικό υπόβαθρο και *Meinong*, σ. 104: “*Bei Schlüssen muss die Evidenz für das Schlussurteil durch Prämissen und conclusio immer gegeben sein; bei hypothetischen Urteilen dagegen ist Analoges nur ausnahmsweise der Fall. Zur Herstellung der Evidenz wären hier in der Regel noch andere Urteile erforderlich, die als selbstverständlich vorausgesetzt werden*” (= «Επί συλλογισμών θα πρέπει το προφανές του συμπεράσματος να προκύπτει από αρχές. Στις υποθετικές κρίσεις αυτό είναι η εξαίρεση. Για να επιτευχθεί εδώ το προφανές είναι απαραίτητη η αναγωγή σε περαιτέρω προτάσεις, οι οποίες θα πρέπει να είναι εξίσου προφανείς»).

60 Πρβλ. κυρίως *Mill*, σ. 511: “[...] *es ist viel schwieriger, das Feld der Negation, als das der Affirmation zu erschöpfen*” (= «... είναι πολύ δυσκολότερο, να εξαντλήσουμε το πεδίο της άρνησης από αυτό της κατάφασης»). Στη σ. 402 ο μεγάλος αυτός φιλόσοφος αναφέρει: “[...] *so wird das insoweit unveränderliche Antecedens nicht für die Ursache genommen; aber warum? Weil wir nicht gewiss sind, dass es das unveränderliche Antecedens ist*” (= «... έτσι αυτό το αδιαπραγμάτευτο προηγηθέν περιστατικό δεν είναι η αιτία. Γιατί; Διότι δεν είμαστε βέβαιοι ότι αυτό προκάλεσε το αποτέλεσμα»). Και στη σ. 448 των καίριων αναπτύξεών του εν λόγω σπουδαίου φιλοσόφου διαβάζει κανείς: “*Wenn es aber auf der anderen Seite nicht in unserer Macht steht, die Naturerscheinung hervorzubringen, und wir nach den Fällen suchen müssen, in welchen sie die Natur hervorbringt, so ist unsere Aufgabe eine ganz andere. Statt die begleitenden Umstände zu wählen, müssen wir nun entdecken, was genau und vollständig zu erreichen unmöglich ist*” (= «Όταν, από το άλλο μέρος, δεν μπορούμε να αναπαραγάγουμε

λογικής, αποφασίζουμε τότε με βάση το κριτήριο της αποκλείσεως τρίτου⁶¹. Επειδή ακριβώς τα περιστατικά υποθετικής αιτιότητας είναι παραδείγματα σωρευτικής αιτιότητας, δηλαδή ακολουθούν εν προκειμένω οπωσδήποτε και συνοδευτικές αιτίες, οι τελευταίες⁶², δηλαδή ό,τι ακριβώς περισσεύει μετά την αλληλοαναιρέση των αντιθετικών όρων (η τρίτη, τέταρτη κλπ. αιτία) είναι ως πόρισμα η μόνη αιτία ή οι αιτίες εν τέλει του αποτελέσματος. Ενόψει όλων των παραπάνω καταλήγουμε λοιπόν στο συμπέρασμα ότι στα περιστατικά νόμιμης εναλλακτικής συμπεριφοράς η παρανομία είναι μεν ικανή, αλλά όχι αναγκαία συνθήκη του συγκεκριμένου ζημιογόνου αποτελέσματος. Υπάρχει δηλαδή τότε μια αιτιώδης διαδρομή λόγω του αιτιώδους υποβάθρου, αλλά όχι κατά κυριολεξία αιτία. Η παρανομία είναι απλώς ένας επιφαινόμενος όρος της ζημίας. Αναγκαία συνθήκη είναι μόνο η τρίτη αιτία που δρα πάνω σε ένα κοινό υπόστρωμα, που αποκλείει τον καταλογισμό, γιατί αναλαμβάνει το ρόλο ενός ουδέτερου φυσικού όρου.

Δεν μπορούμε να αρκεστούμε εν προκειμένω στο συμπέρασμα ότι απουσιάζει απλώς ο καταλογισμός, όπως διατείνεται η κρατούσα γνώμη, διότι σε περίπτωση ευθύνης από διακινδύνευση, όπως συμβαίνει με το ν. ΓΠΝ/1911, αυτό θα σήμαινε ότι θα έπρεπε ο οδηγός του παραδείγματός μας να ευθύνεται, ακόμη και αν δεν αντιλήφθηκε, ούτε κανείς άλλος θα μπορούσε ποτέ να αντιληφθεί το ότι ήταν μεθυσμένο το θύμα. Ευθύνη όμως εδώ δεν υπάρχει, ακρι-

το γεγονός, και ψάχνουμε τα περιστατικά, υπό τα οποία αυτό θα αναπαρχθεί, το καθήκον μας είναι διαφορετικό. Αντί να επιλέξουμε τις περαιτέρω εκδοχές, θα πρέπει να αποκλείσουμε αυτές που είναι αδύνατο να έχουν προκαλέσει το γεγονός»).

61 Για το ότι η νομική επιστήμη, όπως και οι κοινωνιολογικές επιστήμες γενικά, στις οποίες εν τέλει ανήκει και η νομική επιστήμη, είναι λόγω της περιορισμένης δυνατότητας πειραματισμού κατά βάση αναπόφευκτη η απαγωγική σκέψη βλ. κυρίως Mill, ό.π., σ. 448 επ.: *“Wir sind also bereits zu einem Schluss gekommen, den unsere fernere Untersuchung zur Evidenz beweisen wird, zu dem Schlusse nämlich, dass in den Wissenschaften, welche es mit Naturerscheinungen zu thun haben, welche künstliche Experimente durchaus nicht zulassen (wie in der Astronomie), oder in welchen sie nur eine beschränkte Rolle spielen (wie in der Physiologie, Philosophie und in den socialen Wissenschaften), die Induction aus der directen Erfahrung mit einem Nachteil angewendet wird, der der Unausführbarkeit gewöhnlich gleichkommt. Es folgt hieraus, dass wenn etwas Vollkommenes erreicht werden soll, die Methoden dieser Wissenschaften bis zu einem gewissen Umfange, wenn nicht hauptsächlich, deductiv sein müssen”* (= «Φτάνουμε λοιπόν σε ένα συμπέρασμα, το οποίο επιβεβαιώνουν και οι μελέτες μας για την έννοια του προφανούς, δηλαδή ότι σε επιστήμες που έχουν να κάνουν με φυσικά φαινόμενα, στις οποίες όμως τα τεχνητά πειράματα είναι περιορισμένα (όπως στην ψυχολογία ή την αστρονομία) ή αυτά παίζουν ένα μικρό ρόλο, όπως στις κοινωνικές επιστήμες, η επαγωγή ενέχει μέσα της στοιχεία αβεβαιότητας. Θα πρέπει λοιπόν εδώ να δεχτούμε, αν θέλουμε να φτάσουμε σε ένα καθολικό συμπέρασμα, ότι η μέθοδος αυτών των επιστημών σε μεγάλη έκταση, αν όχι αποκλειστικά, εργάζεται απαγωγικά»).

62 Βλ. κυρίως Bydlinski, Probleme der Schadensverursachung nach deutschem und österreichischem Recht, 1964, passim, κυρίως σ. 76 επ.

βώς γιατί δεν υπάρχει αιτιότητα παρά την πράξη του οδηγού. Αυτό το λογικό συμπέρασμα είναι ήδη πολύ πιο κοντά και στο αίσθημα δικαίου, ενόψει του ότι το ατύχημα, όπως συχνά και ορθά εδώ λέγεται, ήταν αναπόφευκτο. Η αναπόφευκτη διάσταση της ζημίας τονίστηκε ιδιαίτερα και δικαιολογημένα μέχρι τώρα στη νομική βιβλιογραφία. Η ίδια διάσταση κρύβεται όμως ακριβώς και κάτω από το σκεπτικό του *Lotze* για την τρίτη αιτία ως τη μόνη αιτία της ζημίας που δρα βασισμένη στο πλαίσιο ενός υποστρώματος, που είναι εδώ η πράξη του φερόμενου ως δράστη⁶³. Ο *Lotze* προσφέρει στην ουσία ένα πολύ ενδιαφέρον, γενικευμένο, λογικό κριτήριο, προκειμένου να ορίσουμε επακριβώς το τι σημαίνει τελικά ο κρίσιμος όρος: αναπόφευκτο αποτέλεσμα (*unvermeidbares Ereignis*)⁶⁴. Οι νομικοί βλέπουν συχνά, όταν γίνεται λόγος για αναπόφευκτο

63 Πολύ μεγάλο ενδιαφέρον παρουσιάζει ο σχολιασμός του θέματος της νόμιμης εναλλακτικής συμπεριφοράς από την εκλεκτή συνάδελφο στη Νομική Σχολή Θράκης Βιργινία Περάκη στη ΣΕΑΚ, άρθρ. 297 αρ. 9. Αναφέρει η εν λόγω αξιολογή συγγραφέας εδώ τα εξής: «*Η θεωρία αυτή (sc. του ισοδυνάμου των όρων) είναι επίσης χρήσιμη στις περιπτώσεις της λεγόμενης 'νόμιμης εναλλακτικής συμπεριφοράς', δηλαδή εκείνες, στις οποίες κάποια παράνομη πράξη προκαλεί ορισμένη ζημία, η οποία όμως δεν θα αποφευγόταν ακόμη κι αν η συμπεριφορά του ζημιώσαντος ήταν νόμιμη. Σε αυτές τις περιπτώσεις η λύση προκύπτει άμεσα, αν αναζητηθεί ο ενδεχόμενος αιτιώδης σύνδεσμος της ζημίας όχι με την πράξη, αλλά με την παράνομη πράξη: αιτιώδης σύνδεσμος δεν υφίσταται, γιατί η παρανομία δεν ήταν αναγκαίος όρος για την επέλευση της ζημίας*». Το τελικό συμπέρασμα ότι απουσιάζει εδώ η αναγκαία συνθήκη, άρα δεν υπάρχει αιτιότητα, είναι απολύτως ορθό. Ας μου επιτρέψει όμως η αγαπητή Βιργινία μια μικρή προσθήκη στον πολύ καίριο προβληματισμό της. Δεν μπορεί να απομονωθεί η παρανομία από την πράξη. Ο προβληματισμός που αναπτύσσεται εδώ από την εν λόγω πολύ αξιολογή συγγραφέα είναι για τον εξής λόγο καίριας σημασίας, διότι διαισθάνεται αυτή εύστοχα ότι πράγματι κάτι ενδιαφέρον υπάρχει εν προκειμένω και αυτό δεν είναι άλλο από αυτό που επισημαίνει ήδη ο *Lotze* για το αιτιώδες υπόστρωμα. Κατά τη γνώμη μου, περιττεύει λοιπόν κάθε αναγωγή στην αιτιότητα, άρα και κάθε αναγωγή ακόμη και στη θεωρία του ισοδυνάμου των όρων. Αιτιότητα εδώ δεν υπάρχει, διότι λείπει η αναγκαία συνθήκη. Αιτιότητα χωρίς ικανή και αναγκαία συνθήκη δεν νοείται. Υπάρχει απλώς ένας επιφανόμενος όρος. Στην ευθύνη από διακινδύνευση, όπου μπορεί να απουσιάζει τόσο η πράξη όσο και η παρανομία, αιτιότητα δεν υπάρχει, ακριβώς επειδή απουσιάζει σε αυτή τη σύνθεση γεγονότων μια ικανή συνθήκη για το αποτέλεσμα. Τα σχόλια της Περάκη είναι αναμφίβολα από τα πιο οξυδερκή και διεισδυτικά που διατυπώθηκαν ποτέ στο θέμα της υποθετικής αιτιότητας ακόμη και εκτός της ελληνικής νομικής επιστήμης. Ωστόσο, το πρόβλημα αδυνατεί να χειραγωγήσει μόνος του ένας ή κάθε νομικός χωρίς την επικουρία φιλοσοφικών προεκτάσεων. Αυτό προσπάθησαν να αναδείξουν κυρίως οι εδώ εκτιθέμενες αναπτύξεις. Οι αναπτύξεις της Περάκη αναδεικνύουν επίσης έμμεσα και το ότι ορθά το γερμανικό δίκαιο διακρίνει ανάμεσα σε μια ιδρυτική της ευθύνης αιτιότητα (*rechtsbegründete Kausalität*) και σε μια εκπληρωτική της ευθύνης αιτιώδη συνάφεια (*rechtsausfüllende Kausalität*). Αντίθετα στο ελληνικό δίκαιο γίνεται γενικόλογα λόγος για αιτιώδη συνάφεια ανάμεσα στην πράξη και το ζημιόγono αποτέλεσμα, θεώρηση που δεν συλλαμβάνει τον επιφανόμενο αιτιώδη όρο.

64 Η θεώρηση αυτή κυριάρχησε πλήρως και δικαιολογημένα στη σχετική γερμανική νομική συζήτηση πρβλ. *Münzberg*, Verhalten und Erfolg als Grundlagen der Rechtswidrigkeit und Haftung, 1966, σ. 182 επ. και 345 επ. κυρίως *Kahrs*, Kausalität und überholende Kausalität

αποτέλεσμα, ένα περιστατικό ανώτερης βίας. Η τελευταία είναι πράγματι ζήτημα πρωτίστως της αιτιότητας και όχι τόσο του πταίσματος, σημείο που δεν το συνειδητοποιούμε αμέσως. Η λεγόμενη αντικειμενική θεωρία περί ανώτερης βίας υπαινίσσεται κατ' ακρίβεια πράγματι το ότι η πράξη του δράστη δεν είναι στην ουσία ικανή συνθήκη του αποτελέσματος. Σχετική είναι η ορθή ρύθμιση του άρθρ. 5 του ν. ΓΠΝ/1911, που δικαιολογεί την απουσία ευθύνης ακόμη και επί νόμιμης συμπεριφοράς του οδηγού, αν το ατύχημα ανάγεται εντέλει στην ανώτερη βία. Παράδειγμα: Οδηγός με υπερβολική ταχύτητα χτυπά πεζό εκσφενδονίζοντας τον στο αντίθετο ρεύμα κυκλοφορίας. Ο πεζός πέφτει με σφοδρότητα πάνω σε αυτοκίνητο που κινείται κανονικά στο αντίθετο ρεύμα κυκλοφορίας και τραυματίζεται από το τελευταίο θανάσιμα. Και νόμιμα όμως σταθμευμένα να ήταν εκεί το δεύτερο αυτοκίνητο, πάλι θα συνέβαινε ο θανάσιμος τραυματισμός. Το ατύχημα δεν οφείλεται στην πράξη του ανυποψίαστου, δεύτερου οδηγού ούτε στη μηχανική κίνηση του αυτοκινήτου του τελευταίου. Το εν λόγω, δεύτερο αυτοκίνητο λειτουργεί κυριολεκτικά σαν υλική μάζα⁶⁵, που συμμετέχει παθητικά στην πρόσκρουση. Σχετικό είναι και το παράδειγμα του οχήματος που παρασύρεται από μη ορατό χείμαρρο, με αποτέλεσμα να επιπέσει αυτό σε αντίθετα κινούμενο όχημα, προκαλώντας εκτεταμένες υλικές ζημιές στο τελευταίο, χωρίς αμφότεροι οι οδηγοί να προλάβουν καν να αντιδράσουν. Τα περιστατικά της ανώτερης βίας⁶⁶ συνιστούν ωστόσο απλώς ένα μέρος μόνο της ευρύτερης συλλογιστικής που έθιξε ο *Lotze*. Έχουν να κάνουν με αντικειμενική ευθύνη, στην οποία απουσιάζει είτε η πράξη είτε η παρανομία του φερόμενου ως δράστη. Τέτοια είναι ακριβώς και η ΑΚ 344, την οποία αναλύσαμε στην αρχή των αναπτύξεών μας και σχολιάζουμε σύντομα και αμέσως παρακάτω. Τα παραδείγματα νόμιμης εναλλακτικής συμπεριφοράς δεν εμπίπτουν όμως στη συλλογιστική της ανώτερης βίας.

γ. Η καθαρή υποθετική αιτιότητα

Στα περιστατικά της καθαρής υποθετικής αιτιότητας, όπως είναι η τυχαία απώλεια του οφειλομένου πράγματος επί υπερημερίας οφειλέτη, δεν απουσιάζει όμως, όπως υπαινιχθήκαμε, μια αναγκαία, αλλά ήδη μια ικανή συνθήκη επέλευσης του αποτελέσματος. Στο παράδειγμα της τυχαίας απώλειας είναι ακριβώς η ίδια η κατάρτιση της σύμβασης και όχι η παρανομία ή η νομιμότητα του οφειλέτη η ικανή συνθήκη του αποτελέσματος. Η καταρτισμένη σύμβαση είναι, μιλώντας κανείς ακριβώς τη γλώσσα του *Lotze*, το αιτιώδες υπόστρωμα,

im Zivilrecht, 1969, σ. 54 επ.· περαιτέρω *Stoll*, Kausalzusammenhang und Normzweck im Deliktsrecht, 1968, σ. 20 επ. και *J.G. Wolf*, Der Normzweck im Zivilrecht, 1962, σ. 22 επ.

65 Για τις δικονομικές διαστάσεις του φαινομένου της ανώτερης βίας βλ. *Μανιώτη*, ό.π., σ. 157 επ.

66 Για το ρόλο της ανώτερης βίας σε αυτή τη συλλογιστική βλ. κυρίως *Λιτζερόπουλο*, ΕρμΑΚ, Εισαγ. 297-300 αρ. 65 επ.

με άλλα λόγια, το κάδρο εκτύλιξης του όλου ζημιογόνου φαινομένου. Ο σεισμός που κατέστρεψε το πράγμα είναι δηλαδή για τον εξής λόγο η μόνη αιτία της ζημίας, διότι και υπερημερία οφειλέτη να μην υπήρχε, ενώ καταρτίστηκε σύμβαση, συνεπώς εάν ελάμβανε χώρα ο σεισμός πριν καν το ληξιπρόθεσμο της απαίτησης για παροχή, θα ελάμβανε χώρα τότε επιγενόμενη ανυπαίτια αδυναμία παροχής, οπότε ο οφειλέτης και πάλι δεν θα ευθυνόταν, ενώ παράλληλα όχι μόνο δεν θα παρανομούσε, αλλά και δεν θα έπραττε εδώ καν⁶⁷. Η νομιμότητα ή παρανομία του οφειλέτη είναι στην ουσία σε αυτά τα συμφραζόμενα απολύτως αδιάφοροι όροι για το αποτέλεσμα. Κρίσιμο είναι μόνο το τυχαίο γεγονός του σεισμού και βεβαίως το υποβοηθητικό υπόστρωμα της κατάρτισης της σύμβασης, που δεν είναι κατά κυριολεξία, για τους λόγους που αναφέραμε παραπάνω, αιτία. Η υπερημερία οφειλέτη είναι κατόπιν τούτου ένας επιφαινόμενος όρος του αποτελέσματος της ζημίας. Το ίδιο ισχύει και στο παράδειγμα των εξόδων αγγελίας για την πρόσληψη νέου εργαζόμενου μετά από παράνομη καταγγελία της εργασιακής σχέσης από τον προηγούμενο εργαζόμενο⁶⁸. Δεν μας ενδιαφέρει και εδώ το ότι και νόμιμα να κατήγγειλε ο εν λόγω εργαζόμενος πάλι θα πραγματοποιούνταν τα έξοδα αγγελίας από τον εργοδότη, αφού και καμία καταγγελία να μη μεσολαβούσε, δηλαδή αν η εργασιακή σχέση ήταν ορισμένου χρόνου και αυτή έληγε απλώς με την πάροδο του συμφωνημένου χρόνου, πάλι ο εργοδότης θα υποβαλλόταν σε έξοδα αγγελίας⁶⁹. Η παράνομη καταγγελία είναι, υπό την έννοια αυτή, επίσης ένας

67 Για περιστατικό ανώτερης βίας κάνει εύλογα εδώ λόγο ο Κουμάνης σε ΣΕΑΚ, άρθρ. 344 αρ. 4, ο οποίος χρησιμοποιεί μια πολύ εύστοχη διατύπωση, για να περιγράψει το φαινόμενο. Αναφέρει συγκεκριμένα: «Μεταξύ υπερημερίας και τυχαίου γεγονότος αρκεί ο χρονικός σύνδεσμος, υπό την έννοια ότι το τυχαίο γεγονός συνέβη κατά την υπερημερία, ενώ απαιτείται αιτιώδης συνάφεια μεταξύ τυχαίου και ζημίας που υφίσταται ο δανειστής».

68 Το θέμα απασχόλησε έντονα τη γερμανική νομολογία, πρβλ. BAG NJW 1981, 2430; NJW 1984, 2846-BGH NJW 1984, 2846 ff.; BAG SAE 1984, 217 με παρατηρήσεις από τον Brox.

69 Βλ. όμως Wandt, ό.π., § 25 αρ. 11: «Der Schutzzweck der arbeitsvertraglichen Kündigungsfrist beschränkt sich darauf, beiden Parteien einen ausreichenden Zeitraum zu gewährleisten, um die Voraussetzungen für einen Anschlussvertrag zu schaffen. Die Pflicht zur Einhaltung der Kündigungsfrist soll nicht vor Schäden bewahren, die der Arbeitgeber sowieso hätte aufwenden müssen. Deshalb sind nur die Schäden zu ersetzen, die durch die vorzeitige Beendigung des Vertrages entstehen und bei vertragsmäßiger Einhaltung der Kündigungsfrist nicht entstanden wären. Nicht erfasst sind die Schäden, die auch bei rechtmäßigem Verhalten entstanden wären» (= «Ο σκοπός της εργασιακής ρύθμισης για την προθεσμία της καταγγελίας στοχεύει στο να δώσει στα συμβαλλόμενα μέρη έναν χρόνο, ώστε να οργανώσουν αυτά τους όρους για την επόμενη σύμβαση. Η υποχρέωση τάξεως προθεσμίας δεν μπορεί να αφορά ζημίες, οι οποίες έτσι ή αλλιώς θα είχαν γεννηθεί. Γι' αυτό είναι αποκαταστατέες μόνο οι ζημίες που προκαλούνται από την πρόωρη λύση της σύμβασης και οι οποίες δεν θα είχαν γεννηθεί αν τηρούνταν η προθεσμία. Δεν καλύπτονται έτσι οι ζημίες σε περίπτωση νόμιμης εναλλακτικής συμπεριφοράς»). έτσι περαιτέρω Lange/Schiemann, Schadensersatz, 3^η εκδ., 2003, § 4 XII 5. Η θεώρηση αυτή δεν είναι όμως ορθή, διότι η ζημία θα ανέκυπτε και ανεξάρτητα από

επιφαινόμενος όρος του αποτελέσματος. Το παράδειγμα αυτό εξηγεί γιατί ακριβώς άλλωστε δεν μπορεί να ιδωθούν όλα τα περιστατικά υποθετικής αιτιότητας μέσα από το καίριο κατά τα λοιπά σχήμα της ανώτερης βίας και ότι το τελευταίο είναι απλώς μέρος μιας ευρύτερης συλλογιστικής, που συνέλαβε σε φιλοσοφικό επίπεδο πλήρως ο Lotze. Η νομική θεωρία, αγνοώντας αυτές τις φιλοσοφικές τοποθετήσεις, προσπαθεί αδόκιμα να λύσει το τελευταίο κυρίως παράδειγμα με τη βοήθεια της θεωρίας του σκοπού του νόμου⁷⁰, απόπειρα ατελέσφορη και ελάχιστα πειστική⁷¹.

Κατά τη γνώμη του γράφοντος, το ίδιο φαινόμενο υποβόσκει όμως ακριβώς και στη συζήτηση για τη λεγόμενη *επ' ευκαιρία τέλεση της ζημιογόνας πράξης από τον προστηθέντα στην ΑΚ 922*. Η κρατούσα γνώμη δέχεται εν προκειμένω ορθά διακοπή του αιτιώδους συνδέσμου και απουσία ευθύνης του προστήσαντος, σε όση έκταση ο προστηθείς ενεργεί μόνο φαινομενικά εντός των

την καταγγελία, όπως εξηγήθηκε στο κυρίως κείμενο.

70 Πρόκειται για μια σκέψη που ανάγεται στο έργο ενός αναμφίβολα πολύ μεγάλου νομικού, του v. Caemmerer, *Das Problem der überholenden Kausalität*, 1952, σ. 30 επ.· ακολουθώντας υιοθετήθηκε από τους Larenz, *Schuldrecht, Allgemeiner Teil*, 14^η εκδ., 1987, § 30 I και Staudinger/Schiemann (2017), § 249 αρ. 102 επ., επηρεάζοντας μάλιστα και τη γερμανική νομολογία βλ. κυρίως BGH NJW 2000, 661, 661. Η θεώρηση αυτή δεν έπεισε όμως ποτέ πλήρως όλους τους συγγραφείς. Δικαιολογημένη είναι εδώ η κριτική των Brox/Walker, ό.π., § 30 αρ. 16: “Wenn der Schaden auch durch rechtmäßiges Verhalten hätte herbeigeführt werden können, ändert das zwar nichts daran, dass der konkret eingetretene Schaden durch die Vertragsverletzung adäquat verursacht wurde und vom Schutzzweck der Pflicht zur Vertragserfüllung erfasst ist. Er beruht allerdings nicht gerade auf der Rechtswidrigkeit der Vertragsverletzung. Deshalb wird insoweit auch vom Fehlen des Rechtswidrigkeitszusammenhangs gesprochen (in dieser Terminologie ist vieles streitig)” (= «Αν μπορούσε η ζημία να επέλθει και με μια νόμιμη εναλλακτική συμπεριφορά, αυτό δεν σημαίνει ότι απουσιάζει η προσφορότητα και ο σκοπός του νόμου. Γι' αυτό και λέγεται περισσότερο ότι απουσιάζει η συσχέτιση με το παράνομο. Σε όλη αυτή την ορολογία και επιχειρηματολογία πολλά είναι αμφισβητούμενα»).

71 Για την χρήση αυτής της θεωρίας στο θέμα της υποθετικής αιτιότητας, που συνιστά απ' ότι φαίνεται την κρατούσα άποψη στη Γερμανία πρβλ. κυρίως BGH NJW 2012, 2022, 2023· 1993, 520· 1986, 576· εκτενώς Gebauer, *Hypothetische Kausalität und Haftungsgrund*, 2007, κυρίως σ. 221 επ.; περαιτέρω επίσης Wandt, ό.π., § 25 αρ. 10: “Dogmatischer Ansatzpunkt für den Ausschluss der Haftung ist der Schutzzweck der Haftungsnorm (Pflichtwidrigkeitszusammenhang): Schäden, die auch bei rechtmäßigem Verhalten eingetreten wären, werden vom Schutzzweck der Haftungsnorm regelmäßig nicht erfasst” (= «Δογματική βάση για τον αποκλεισμό της ευθύνης αποτελεί ο σκοπός του νόμου (ο σύνδεσμος με την παράνομη δράση): Ζημίες, οι οποίες θα επέρχονταν και επί νόμιμης εναλλακτικής συμπεριφοράς, δεν καλύπτονται κατά κανόνα από το σκοπό της ρύθμισης που εισάγει την ευθύνη»· επίσης Looschelders, ό.π., § 45 αρ. 22: “Die Beachtlichkeit von Reserveursachen ist in Rechtsprechung und Literatur sehr umstritten. Eine pauschale Lösung ist nicht möglich. Es muss vielmehr nach Sinn und Zweck der Ersatzpflicht differenziert werden” (= Η λήψη υπόψη της υποκατάστατης αιτίας είναι ιδιαίτερα αμφισβητούμενη στη θεωρία και στη νομολογία. Μια καθολικά αποδεκτή λύση δεν είναι δυνατή. Θα πρέπει αντίθετα να επιχειρείται κάθε φορά διάκριση με βάση το νόημα και το σκοπό του νόμου).

πλαισίων του καθήκοντος που εκπληρώνει⁷². Η κρατούσα γνώμη στη θεωρία⁷³ αποδέχεται σε αυτά τα συμφραζόμενα ως γνωστό μάλιστα ένα άλλο, παρεμφερές σκεπτικό, αυτό της μη ένταξης της πράξης του προστηθέντος στους τυπικούς, όπως λέγεται, κινδύνους της πρόσθησης⁷⁴. Ο όρος «τυπικοί κίνδυνοι» είναι όμως αρκούντως αόριστος. Δεν βοηθά εν προκειμένω, διότι θυμίζοντας πολύ έντονα τη συλλογιστική του σκοπού του νόμου και αναμφίβολα της προσφορότητας εκλαμβάνει έμμεσα την φυσικώς εκτιμώμενη αιτιώδη υποδομή του καθήκοντος ως δεδομένη, ενώ αυτό ακριβώς είναι το προς απόδειξη θέμα. Το θέμα έχει να κάνει πιο πολύ, κατά τη γνώμη του γράφοντος, με το ερώτημα πώς θα πρέπει να ερμηνεύσουμε τελικά με βάση τους κανόνες της λογικής τον όρο «φαινομενική – αυτή είναι εδώ η λέξη κλειδί – συσχέτιση της παράνομης δράσης του αυτουργού προς το καθήκον που ο τελευταίος παράλληλα εκπληρώνει». Ορθότερο είναι να επιχειρηματολογήσουμε και εδώ με τη βοήθεια του σκεπτικού της υποθετικής αιτιότητας. Θα πρέπει δηλαδή να αναρωτηθούμε αν θα μπορούσε η ίδια ζημιογόνα πράξη του προστηθέντος να λάβει χώρα και ανεξάρτητα από την πρόσθηση. Αν απαντήσουμε σε αυτό το ερώτημα καταφατικά, τότε η πρόσθηση δεν διευκόλυνε⁷⁵, συνεπώς δεν προκάλεσε το ζημιογόνο αποτέλεσμα. Αν αντίθετα η ερευνώμενη, ζημιογόνα πράξη με βάση την εμπειρία μπορεί να λάβει χώρα μόνο στο πλαίσιο εκπλήρωσης του αναληφθέντος από τον προστηθέντα καθήκοντος, τότε θα πρέπει να γίνει δεκτή η αιτιώδης συνάφεια και να δικαιολογηθεί η ευθύνη του κυρίου της υπόθεσης. Με αυτό τον τρόπο μπορεί πράγματι κανείς να ερμηνεύσει πειστικότερα, όπως πιστεύει ο γράφων, τον σκοτεινό όρο: *επ' ευκαιρία*, που δέχεται και χρησιμοποιεί πάγια η νομολογία μας κατά την αποτίμηση του σχετικού φαινομένου. Το αναληφθέν από τον δράστη καθήκον δεν πρέπει, με άλλα λόγια, να είναι ένας τυχαίος όρος του ζημιογόνου αποτελέσματος, προκειμένου να δικαιολογηθεί η εφαρμογή της ΑΚ 922. Την οριστική απάντηση σε αυτό το ερώτημα διευκολύνει ακριβώς ένας υποθετικός συλλογισμός. Ας δώσουμε ένα παράδειγμα: Ο υπάλληλος Α παραδίδει κατ' οίκον στον πελάτη Β την τηλεόραση που ο τελευταίος παρήγγειλε από το κατάστημα του Γ. Κατά την παράδοση ο Α εκμεταλλεύεται όμως την ευκαιρία και αφαιρεί από το σακάκι που φορούσε ο Β κατά την πληρωμή το πορτοφόλι του τελευταίου με ταχυδακτυλουργικό τρόπο. Ο Β κατάλαβε τι ακριβώς συνέβη πολύ αργότερα. Ο Α, κινούμενος πράγματι στο χώρο του υποκόσμου, είχε αναπτύξει μια

72 Αναλυτική έκθεση του όλου προβληματισμού από Τσολακίδη, Ευθύνη για ενέργειες βοηθών εκπλήρωσης και προστηθέντων, 2008, σ. 413 επ.

73 Πρβλ. την ενδελεχή παρουσίαση του θέματος από Γ.Γεωργιάδη, ΣΕΑΚ, άρθρ. 922 αρ. 46 επ.

74 Βλ. κυρίως Γεωργιάδη, Εγχειρίδιο Ειδικού Ενοχικού Δικαίου, 2014, σ. 681 επ.

75 Έτσι κυρίως Medicus/Lorenz, Schuldrecht II, Besonderer Teil, 15^η εκδ., 2010, αρ. 1347.

σχετική, «υψηλή» τεχνική κλοπής, που εφάρμοσε πολλές φορές στον δρόμο, χωρίς όμως από τύχη ποτέ να συλληφθεί. Ο Γ δεν ευθύνεται στο πλαίσιο της ΑΚ 922, ακριβώς διότι η κλοπή θα μπορούσε να συμβεί και στον δρόμο ή σε μέσα μαζικής μεταφοράς. Το θύμα έχει πάντοτε μαζί του το πορτοφόλι, όταν κινείται σε εξωτερικούς χώρους. Η επίσκεψη στο σπίτι είναι απλώς η αφορμή και όχι η αιτία της κλοπής, η δε κλοπή δεν ήταν σχεδιασμένη. Διαφορετική θα ήταν η απάντηση αν αντικείμενο της κλοπής είναι πολύτιμο βάζο που βρίσκεται μόνιμα εκτεθειμένο στο σαλόνι του Β. Η συγκεκριμένη κλοπή καθίσταται δυνατή μόνο με πρόσβαση στο σπίτι του θύματος. Καίρια είναι, με άλλα λόγια, η αντιδιαστολή ανάμεσα στην αφορμή και στην αιτία ενός αποτελέσματος. Πρόκειται για την κατ' ακρίβεια πραλαμβάνουσα αιτιότητα, που οι γερμανοί κυρίως φιλόσοφοι αποκαλούν ειδικότερα «*vorweggenommene Kausalität*», η οποία μοιάζει χωρίς να ταυτίζεται πλήρως, με τον λεγόμενο εκ μέρους των νομικών γενικό βιοτικό κίνδυνο. Εδώ το αποτέλεσμα προκαλείται εκ συμπτώσεως υπό τις συγκεκριμένες περιστάσεις. Θα μπορούσε κάλλιστα να επέλθει το ίδιο και υπό ελαφρώς παραλλαγμένους όρους, που αφορούν όμως μόνο τον δράστη ή τον τόπο επέλευσης της ζημίας, όχι τον χρόνο της τελευταίας (άρα δεν υπάρχει καταστρατήγηση της αρχής της χρονικής προτεραιότητας). Σε αυτό το μοντέλο ελλείπουσας αιτιότητας, όπως άλλωστε και στον επιφαινόμενο όρο, δεν λειτουργεί, αν το προσέξει κανείς, το κλασικό μοντέλο του Hume με βάση το οποίο, αν αφαιρέσουμε το συγκεκριμένο γεγονός, τότε αποκλείεται να επέλθει και το ερευνώμενο αποτέλεσμα. Το τελευταίο θα επερχόταν έτσι ή αλλιώς.

V. Η λεγόμενη αρνητική υποθετική αιτιότητα

Κλείνοντας, ας μας επιτραπεί ένα τελευταίο σχόλιο για την αποκαλούμενη με αυτή την ευκαιρία εκ μέρους μας «*αρνητική υποθετική αιτιότητα*», φαινόμενο το οποίο εμπίπτει κυριολεκτικά στις παρυφές της γενικότερης συλλογιστικής περί υποθετικής αιτιότητας. Πρόκειται για ένα εξίσου ενδιαφέρον φαινόμενο αιτιότητας, που οι λογικοί φιλόσοφοι αποκαλούν ειδικότερα «*ασύμμετρη αβεβαιότητα*»⁷⁶. Μια εκδοχή του εν λόγω φαινομένου γνωρίζει ήδη ο νόμος. Ο λόγος είναι για την ΑΚ 926 εδ. 2, όπου χαρακτηριστικά αναφέρεται: «*Το ίδιο ισχύει και αν έχουν ενεργήσει περισσότεροι συγχρόνως ή διαδοχικά και δεν μπορεί να εξακριβωθεί τίνος η πράξη επέφερε τη ζημία*». Οι νομικοί αποκαλούν το συγκεκριμένο φαινόμενο διαζευκτική αιτιότητα, ορολογία που υποκρύπτει ήδη τη διάσταση της υπόθεσης⁷⁷. Στην προκειμένη περίπτωση είμαστε απολύτως βέβαιοι

76 Βλ. κυρίως *Spohn*, Eine Theorie der Kausalität, 1983, σ. 75.

77 Το σκεπτικό της διαζευκτικής αιτιότητας ως βάσης για την επίλυση κάθε υποθετικής αιτι-

για το ζημιογόνο αποτέλεσμα, αλλά και την αιτία που το προκάλεσε, όπως επίσης και για την χωροχρονική εγγύτητα των φερόμενων ως δραστών προς το τελευταίο, αλλά αγνοούμε το ποιος ακριβώς από όλους τους συμμετόχους στο περιστατικό είναι ο αυτουργός, ενώ παράλληλα απουσιάζει η κοινή αιτιότητα (συναυτουργία ή άλλες μορφές συμμετοχής στο αδίκημα)⁷⁸. Επειδή όμως κανένα έγκλημα δεν μπορεί να είναι ορφανό από δράστη, ο νόμος τιμωρεί όλους όσους συμμετείχαν στο ζημιογόνο περιστατικό εκλαμβάνοντας συλλήβδην αυτούς ως δράστες, παρά το ότι είμαστε βέβαιοι ότι μόνο ένας έδρασε ζημιογόνα, π.χ. ένας από τους περισσότερους οπαδούς ποδοσφαιρικής ομάδας που έλαβαν μέρος σε βιαιοπραγίες πέταξε την πέτρα που προκάλεσε τον τραυματισμό οπαδού αντίπαλης ομάδας. Σε αυτή την περίπτωση κανένας από τους φερόμενους ως δράστες δεν μπορεί να επικαλεστεί ότι κάποιος άλλος και όχι αυτός πέταξε εν τέλει την πέτρα, διότι η ζημία θα έμενε έτσι χωρίς αποκατάσταση λόγω της αποδεικτικής δυσχέρειας που υπάρχει ως προς τον προσδιορισμό του πραγματικού δράστη. Παρεμφερές είναι όμως και ένα άλλο, σχετικό περιστατικό, το οποίο απασχόλησε κυρίως τη ποινική νομολογία⁷⁹: Το διοικητικό συμβούλιο εταιρείας, που απαρτίζεται από επτά μέλη έλαβε απόφαση κατάρτισης σύμβασης, με την οποία εξαπατάται υποψήφιος αντισυμβαλλόμενος. Για το σχηματισμό πλειοψηφίας, σε ό,τι αφορά την κατάρτιση της επίμαχης σύμβασης, θετικά ψήφισαν πέντε μέλη και αρνητικά δύο. Για την απόλυτη πλειοψηφία αναγκαίες ήταν βεβαίως τέσσερις ψήφοι. Κανένα από τα πέντε μέλη που ψήφισαν θετικά, δεν μπορεί όμως να ισχυρισθεί ότι αυτός είναι το πέμπτο μέλος, του οποίου η ψήφος ήταν αδιάφορη για το σχηματισμό

ότητας απασχόλησε ήδη τη γερμανική επιστήμη βλ. Esser/Schmidt, ό.π., § 33 IV 1, σ. 247: *“Der Vorschlag, in solchen Fällen beide Beteiligten als potentielle Verursacher zu begreifen und sie dann solidarisch gemäß § 830 I 2 haften zu lassen, übergeht den Umstand, daß diese Vorschrift von nur möglicher Kausalität ausgeht, während hier die reale Ursächlichkeit des Verantwortlichen auch im Hinblick auf den je eingetretenen Schaden nicht geleugnet werden kann und ebenso feststeht, daß der Zweittäter keinen Schaden (mehr) gestiftet hat. Auch von seinem Zweck her paßt § 830 I 2 nicht. [...] hier geht es um die unabhängig von etwaigen Beweisschwierigkeiten vorzunehmende Schadensberechnung und -verteilung”* (= «Η πρόταση, σε αυτές τις περιπτώσεις, όλους τους συμμετόχους να τους θεωρήσουμε ως πιθανούς δράστες και να τους οδηγήσουμε σε αλληλέγγυα ευθύνη σύμφωνα με την § 830 I 2, παραβλέπει ότι αυτή η εκδοχή αιτιότητας αναφέρεται μόνο σε μια πιθανή αιτιότητα, ενώ στην κατά κυριολεξία υποθετική αιτιότητα η αιτιώδης διαδρομή για τη ζημία είναι βέβαιη και είναι παράλληλα σαφές ότι ο δεύτερος δράστης δεν προκάλεσε το αποτέλεσμα. Συνεπώς δεν ταιριάζει εδώ η § 830 I 2. Εν προκειμένω πρόκειται για τη κατανομή της ζημίας και τον υπολογισμό της ζημίας ανεξάρτητα από αποδεικτικές δυσχέρειες»).

78 Αναλυτικά από Γεωργιάδη, Ενοχικό Δίκαιο – Γενικό Μέρος, ό.π., § 64 αρ. 13 επ.

79 Πρβλ. κυρίως Kühl, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5^η εκδ., 2005, σ. 27 επ. Οι γερμανοί ποινικολόγοι κάνουν εν προκειμένω λόγο για «αναγκαία νομοτυπική συνθήκη» (gesetzmäßige Bedingung) ενός αποτελέσματος.

της πλειοψηφίας, διότι τότε δεν θα καταλογιζόταν ευθύνη παρά την απάτη, αφού όλοι θα επικαλούνταν ακριβώς το ίδιο πράγμα, δηλαδή ότι αυτοί είναι το πέμπτο, αδιάφορο για την πλειοψηφία, μέλος. Έτσι όμως θα εξέλιπε παραδόξως η κρίσιμη αιτιωδώς πλειοψηφία. Και τα πέντε μέλη που πλειοψήφησαν, ευθύνονται κατόπιν τούτου στο πλαίσιο των ΑΚ 914 και 919, το δε νομικό πρόσωπο στο πλαίσιο της ΑΚ 71 και όλοι μαζί στο πλαίσιο της ΑΚ 926 για την αποκατάσταση της ζημίας. Από την οπτική γωνία της αιτιότητας γίνεται συνεπώς δεκτό ότι και οι πέντε ψήφοι αποτελούν εν τέλει «συμβιβαστικά» αναγκαία συνθήκη του ζημιογόνου αποτελέσματος, χωρίς όμως να είναι τα πράγματα σε καθαρά φυσικο-μαθηματικό επίπεδο απολύτως έτσι. Αν μέναμε όμως μόνο στην αυστηρά φυσιοκρατική διάσταση της αιτιότητας, τότε ένα ζημιογόνο αποτέλεσμα θα παρέμενε ουσιαστικά ορφανό από δράστη και αιτία, συμπίεσμα παράλογο, αλλά και δικαιοπολιτικά περαιτέρω ανεπιεικές.

VI. Συμπεράσματα

Το πρόβλημα της υποθετικής αιτιότητας δεν είναι λοιπόν κυρίως ή μόνο νομικό, αλλά κατά βάση πρόβλημα της μαθηματικής, λογικο-φιλοσοφικής σκέψης, όπως τα περισσότερα ζητήματα αιτιότητας. Δεν μπορεί να αντιμετωπισθεί εν τέλει μόνο με αυστηρά νομικούς όρους και κατασκευές, όπως η σκέψη για τον τρόπο υπολογισμού της ζημίας, που κυριάρχησε περιέργως πλήρως στο δόγμα του αστικού δικαίου.

Τα παραδείγματα υπερβαίνουσας αιτιότητας είναι ειδικότερα καθαρές περιπτώσεις αιτιότητας, διότι υπάρχει εν προκειμένω μια ξεκάθαρη διαδοχή πραγματικών αιτιών. Ένα πρώτο αίτιο προκαλεί ένα ζημιογόνο αποτέλεσμα και μια δεύτερη αιτία περιορίζει ακολούθως την έκταση της επελθούσας ή ακριβέστερα αναμενόμενης ζημίας. Το πρόβλημα της υποθετικής αιτιότητας ως προς τα υπόλοιπα περιστατικά δεν είναι περαιτέρω πρόβλημα καταλογισμού της ζημίας, όπως αποδέχεται ακόμη η κρατούσα γνώμη, αλλά πρόβλημα ελλείπουσας αιτιότητας λόγω της απουσίας μιας ικανής ή αναγκαίας συνθήκης του αποτελέσματος και αυτό σε πείσμα της αρχικής, παραπλανητικής εντύπωσης που προκαλεί η χωροχρονική εγγύτητα της πράξης του δράστη με το αποτέλεσμα. Οι καθαρές περιπτώσεις υποθετικής αιτιότητας είναι πιο συγκεκριμένα παραδείγματα απουσίας μιας ικανής συνθήκης για το ζημιογόνο αποτέλεσμα. Ο ικανός όρος μετατοπίζεται δηλαδή εδώ σε ένα προγενέστερο στάδιο, που εντοπίζεται στον χρόνο πριν από την εκδήλωση της ζημιογόνας πράξης, που είναι ακριβώς είτε η κατάρτιση μιας σύμβασης είτε η γέννηση μιας σχέσης πρόσκτησης είτε απρόβλεπτα περιστατικά ανώτερης βίας είτε συνδυασμός αυτών. Στα παραδείγματα της νόμιμης εναλλακτικής συμπεριφοράς απουσιάζει πάλι μια αναγκαία συνθήκη για το αποτέλεσμα. Υπάρχει βεβαίως και εδώ μια

χωροχρονική εγγύτητα του παρανόμου προς το αποτέλεσμα, χωρίς το τελευταίο να προκαλείται από την ενέργεια του φερόμενου ως δράστη. Το ζημιογόνο αποτέλεσμα ανάγεται σε μια τρίτη αιτία, που δεν δικαιολογεί ομοίως την ευθύνη. Η πράξη του φερόμενου ως δράστη είναι απλώς ένας επιφαινόμενος όρος της ζημίας. Τα περιστατικά της αρνητικής υποθετικής αιτιότητας είναι, τέλος, απόρροια της αποδεικτικής ανάγκης (Notrecht), προκειμένου ένα ζημιογόνο αποτέλεσμα να μην παραμείνει ορφανό από δράστη και αιτία.

Όλα τα περιστατικά υποθετικής αιτιότητας εξηγούνται λοιπόν με τη βοήθεια του κρίσιμου σχήματος περί ικανής και αναγκαίας συνθήκης. Πρόκειται για την ενιαία αρχή που ψάχναμε εξ αρχής. Εν προκειμένω λειτουργεί δε αυτή ειδικότερα ως εξής: Όταν δύο γεγονότα διαδέχονται χρονικά το ένα το άλλο, χωρίς το πρώτο να προκαλεί ή να μπορεί να αποτρέψει το δεύτερο, το τελευταίο είναι το μοναδικό αίτιο του αποτελέσματος. Το πρώτο γεγονός είναι απλώς η φαινομενική αιτία, με άλλα λόγια, η επίφαση και όχι η αληθής αιτία του αποτελέσματος. Τότε κάνουμε λόγο για σύμπτωση γεγονότων, που οδηγεί σε ένα τυχαίο αποτέλεσμα. Το τελευταίο σε νομικό πια επίπεδο δεν δικαιολογεί την ευθύνη.

Από τα παραπάνω καθίσταται παράλληλα σαφές ότι παρά την αρχική αντίθετη εντύπωσή μας και όσο και αν αυτό ενδεχομένως μας ξενίζει, στα προβλήματα αιτιότητας κάθε άλλο παρά άγνωστοι είναι τελικά οι υποθετικοί συλλογισμοί. Οι τελευταίοι, όπως ήδη διαφάνηκε, αντίθετα κυριαρχούν. Η αβεβαιότητα είναι, με πιο απλά λόγια, ένα εγγενές στοιχείο της πραγματικότητας την οποία όλοι μας προσπαθούμε εναγωνίως, ανελλιπώς και πιθανώς μάταια να εποπτεύσουμε πλήρως. Ό,τι λείπει στις πεπερασμένες ικανότητές μας για την πλήρη αιτιώδη εξήγηση ενός φαινομένου, καλύπτεται δηλαδή από τις εν γένει ασφαλείς εμπειρικές παραδοχές μας, που φιλτράρονται κατόπιν με τη βοήθεια των νόμων της καθαρής λογικής.

Σκέψεις περί του επιτρεπτού της αυτούσιας διανομής «διατηρητέου» ακινήτου υπό το πρίσμα της ασφάλειας του δικαίου

Παναγής Α. Χριστοδούλου,
Δικηγόρος Δ.Ν.

Ι. Πρόλογος

Η παρούσα μελέτη επιχειρεί, με αφορμή την υπ' αριθμ. ΑΠ 1254/2020¹, να προσεγγίσει το εξαιρετικά κρίσιμο ζήτημα της ισόρροπης επιβολής περιορισμών επί δικαιωμάτων ευρισκόμενων σε σχέση εντάσεως μεταξύ τους, υπό το πρίσμα της ειδικότερης περιπτώσεως που αφορά στη δυνατότητα αυτούσιας διανομής μεταξύ συγκυρίων ενός ακινήτου χαρακτηρισθέντος ως «διατηρητέου», δια της συστάσεως οριζοντίου ιδιοκτησίας επί του ακινήτου. Το ζήτημα της επιτυχούς διαχείρισεως αυτής της καταστάσεως, καθώς και οι τυχόν κίνδυνοι που προκύπτουν από την αδυναμία αναλογικής οριοθετήσεως των συγκρουόμενων δικαιωμάτων, απασχόλησε πολλαπλώς τον τιμώμενο Καθηγητή Δ. Μανιώτη, ο οποίος, κατά τα πολλά έτη της πολυεπίπεδης επιστημονικής του προσφοράς, διαπίστωσε την ανάγκη οι παρεχόμενες νομολογιακές, ιδίως, λύσεις να μην υπερακοντίζουν το νομοθετικό πλαίσιο, ώστε να μην κλονίζεται η ασφάλεια της διαδικασίας, γεγονός που θέτει τελικώς σε κίνδυνο θεμελιώδη δικαιώματα των μερών². Για εμάς που είχαμε την εξαιρετική τιμή να υπάρξουμε μαθητές του και να μοιραστούμε ανάλογες σκέψεις, προσωπικώς δε και το μεγάλο προνόμιο της επιβλέψεως της διδακτορικής μου διατριβής³, νομολογιακές λύσεις όπως η υπό κρίση προκαλούν πάντοτε δημιουργικούς προβληματισμούς, οι οποίοι προσφέρονται στο παρόν συλλογικό έργο ως δείγμα ελάχιστης ευγνωμοσύνης προς το πρόσωπο του τιμώμενου Καθηγητή.

1 ΕπΑκ 2/2021.324 επ. με παρατ. Π. Χριστοδούλου.

2 Δ. Μανιώτης, Αστικό Δικονομικό Δίκαιο, (2019), § 4, σελ. 2-3· του ιδίου, Αρχές του Δικαίου Αποδείξεως στην πολιτική δίκη, (2013), σελ. 3-8.

3 Π. Χριστοδούλου, Τα μη πληρούντα τους όρους του νόμου αποδεικτικά μέσα. Απόδειξη και αλήθεια στην πολιτική δίκη, (2017).

II. Το δικαίωμα της ατομικής ιδιοκτησίας υπό την επιφύλαξη της προστασίας του δημοσίου συμφέροντος

Όπως είναι γνωστό, στην υποχρέωση του Κράτους να προστατεύσει το πολιτιστικό περιβάλλον περιλαμβάνεται και η λήψη ειδικών και αποτελεσματικών, υπό την μορφή, κυρίως, «προληπτικών» μέτρων για την διαφύλαξή του⁴. Τούτο ορίστηκε με σαφήνεια από το νομοθέτη στο άρθρ. 24 παρ. 1, 2 και 6 Συντ⁵. Εξάλλου, στην έννοια του πολιτιστικού περιβάλλοντος περιλαμβάνεται και η διαφύλαξη του ιδιαίτερου χαρακτήρα ορισμένων κτιρίων, που συχνά αυτή επιβάλλεται για ιστορικούς, πολεοδομικούς, αρχιτεκτονικούς, λαογραφικούς, κοινωνικούς και αισθητικούς λόγους, δοθέντος ότι το οικιστικό περιβάλλον είναι και πολιτιστικό⁶. Η προστασία της πολιτιστικής κληρονομιάς συνίσταται στη διατήρηση στο διηνεκές αναλλοίωτων των παραπάνω μνημείων καθώς και κάθε στοιχείου του πολιτιστικού περιβάλλοντος και συνεπάγεται τη δυνατότητα επιβολής των αναγκαίων μέτρων και περιορισμών της ιδιοκτησίας για την αποκατάσταση στην αρχική τους μορφή, όταν έχουν φθαρεί από το χρόνο ή άλλες ανθρώπινες ενέργειες ή άλλα περιστατικά⁷. Έτσι, οι εν λόγω περιορισμοί συνιστούν ειδικότερη έκφανση των περιορισμών επί του δικαιώματος της κυριότητας δυνάμει διατάξεων δημοσίου δικαίου, καθιερώνοντας τη δυνατότητα κρατικού παρεμβατισμού με σκοπό την άσκηση κοινωνικής πολιτικής⁸. Και βέβαια τα μέτρα διαφυλάξεως της πολιτιστικής κληρονομιάς που προβλέπονται στην άνω συνταγματική διάταξη και υλοποιούνται δυνάμει ειδικών κατ' εξουσιοδότηση εκδοθέντων διοικητικών νόμων (όπως λ.χ. ο

4 Με το Σύνταγμα του 1975 κατοχυρώθηκε ρητά η προστασία της πολιτιστικής κληρονομιάς, αναγνωρίζοντας ένα αυτοτελές δικαίωμα στο πλαίσιο του ευρύτερου σύνθετου δικαιώματος για την προστασία του περιβάλλοντος, βλ. σχετ. Γ. Παπαδημητρίου, Το περιβαλλοντικό Σύνταγμα. Θεμελίωση, περιεχόμενο και λειτουργία, Νόμος και Φύση, (1995), σελ. 375 επ., αλλά και Α. Τάχο, Δίκαιο Προστασίας του περιβάλλοντος, (1995), σελ. 334 επ.· Ι. Καράκωστα, Περιβάλλον και Δίκαιο – Δίκαιο διαχείρισης και προστασίας των περιβαλλοντικών αγαθών, (2011), σελ. 71 επ.· Α. Οικονόμου, Περιβάλλον και Αστική Ευθύνη του Δημοσίου, ΠερΔικ 1/2016.6 επ.· ενώ από τη νομολογία ενδεικτ. ΟλΣτΕ 10/1988 ΝΟΜΟΣ· ΟλΣτΕ 2818/2004, Αρμ. 2005.102.

5 Βλ. εκτενώς Γλ. Σιούτη, Η συνταγματική κατοχύρωση της προστασίας του περιβάλλοντος, (1985), σελ. 48 επ.

6 Α. Τάχος, «Διατηρητέο» κτίριο. Κριτήρια, διαδικασία, αιτιολογία (Γνμδ), Αρμ. 1996.277 επ. (279)· Ε. Τροβά, Η έννοια του πολιτιστικού περιβάλλοντος κατά το Σύνταγμα 1975/1986, (1992), σελ. 52 επ.· από τη νομολογία ενδεικτ. ΣτΕ 963/2015, ΠερΔικ 3/2015.500· ΣτΕ 4525/2013 ΝΟΜΟΣ· ΣτΕ 3699/2011 ΝΟΜΟΣ· ΣτΕ 1819/2005 ΝΟΜΟΣ.

7 ΟλΣτΕ 2175/2004 ΝΟΜΟΣ.

8 Ν. Αλιβιζάτος, Το Σύνταγμα του 1975 και η εφαρμογή του: ένας στρεβλός εκσυγχρονισμός, ΝοΒ 1988.545 επ.· Ολ ΣτΕ 695/1986, Αρμ 1986.1105· ΣτΕ 1784/2003, ΠερΔικ 2004.77· ΑΠ 971/1986, ΝοΒ 1984.497.

Γ.Ο.Κ), φαίνεται να περιορίζουν εν πολλοίς το δικαίωμα της ατομικής ιδιοκτησίας (ειδικοί περιορισμοί δόμησης και χρήσεως του ακινήτου)⁹. Ενόψει, όμως, της προστασίας του δημοσίου συμφέροντος, που συνίσταται εν προκειμένω στην διαφύλαξη του πολιτιστικού περιβάλλοντος, οι εν λόγω περιορισμοί αξιολογούνται ως συνταγματικώς ανεκτοί, στην περίπτωση που δεν κατατείνουν να αναρρούν ό,τι προστατεύει το Σύνταγμα ως ατομική ιδιοκτησία¹⁰.

Οι περιορισμοί της ατομικής ιδιοκτησίας στηρίζονται πρωτίστως στην γενική επιταγή του άρθρ. 17 παρ. 1 του Συντ., η οποία επιβάλλει τα απορρέοντα από την ιδιοκτησία δικαιώματα να μην ασκούνται εις βάρος του γενικού συμφέροντος¹¹. Υπό την έννοια αυτή, το δικαίωμα ατομικής ιδιοκτησίας αφενός και προστασίας του πολιτιστικού περιβάλλοντος (δημοσίου συμφέροντος) αφετέρου, τίθενται, δίχως αμφιβολία, σε σχέση εντάσεως μεταξύ τους, αποτελώντας κλασικό παράδειγμα εγγενούς συγκρούσεως δικαιωμάτων¹², καθόσον είναι αναμφίβολο ότι η πλειονότητα των περιορισμών στην απόλαυση του δικαιώματος της ιδιοκτησίας συναρτάται με την εξυπηρέτηση σκοπών σχετικών με την αποτελεσματική αναβάθμιση της σύγχρονης περιβαλλοντικής προστασίας, ολοκληρώνοντας την κοινωνική διάσταση της ατομικής ιδιοκτησίας¹³. Έτσι, οι περιορισμοί της ιδιοκτησίας πρέπει να τελούν σε άμεση συνάρτηση με την προστασία του φυσικού περιβάλλοντος και τη διατήρηση και την ανάδειξη του ιδιαίτερου πολεοδομικού, αισθητικού, ιστορικού, λαογραφικού

9 Α. Κομνηνού, Η σύγκρουση του δικαιώματος επί του περιβάλλοντος και του δικαιώματος ιδιοκτησίας στη νομολογία του ΣτΕ, ΕΔΔ 1992.201επ. (209)· Γ. Σαμιώτης/Γ. Τσάλτας, Διεθνής προστασία του περιβάλλοντος, Τομ. Ι, (1990), σελ. 98 επ· Θ. Αντωνίου, Το κοινωνικό δικαίωμα χρήσεως του περιβάλλοντος μεταξύ ελευθερίας και συμμετοχής - Μερικές σκέψεις με αφορμή την απόφαση 3682/1986 του Δ' Τμήματος του ΣτΕ και την απόφαση 3146/1986 της Ολομελείας του ΣτΕ, ΤοΣ 1987, σελ. 116-123.

10 Α. Τάχος, ό.π. (σημ. 4), σελ. 42-50, όπου και περαιτέρω νομολογία του ΣτΕ· Απ. Γεωργιάδης, Εμπράγματο Δίκαιο, (2018), σελ. 334-335.

11 Βλ. αναλυτ. Ε. Βενιζέλο, Το γενικό συμφέρον και οι περιορισμοί των συνταγματικών δικαιωμάτων, (1990), σελ. 51 επ., 83 επ· ΣτΕ 528/2017, ΠερΔικ 4/2017.773επ. με παρ. Σ. Παυλάκη· ΜΔπρΑθ 12314/2019, ΕπΑΚ 3/2020.634 με παρ. Κ. Πεντάρη.

12 Αν και η συγκρουσιακή σχέση μεταξύ του δικαιώματος προστασίας του πολιτιστικού περιβάλλοντος και του δικαιώματος στην ιδιοκτησία δεν αμφισβητείται, στην πραγματικότητα η εν λόγω σύγκρουση δεν είναι τόσο οξεία, διότι η κοινωνική διάσταση της ιδιοκτησίας γίνεται αποδεκτή σε πολυάριθμα νομικά συστήματα. Με άλλα λόγια, η κοινωνική αυτή διάσταση της ιδιοκτησίας συνιστά παραδοσιακά το αντίβαρο στον απόλυτο χαρακτήρα της, έτσι Κ. Παπαδοπούλου, Το συνταγματικό δικαίωμα στο πολιτιστικό περιβάλλον και η σχέση του με έτερα συνταγματικά δικαιώματα, ΠερΔικ 3/2017.425επ.

13 Βλ. αντί πολλών, Δ. Τσάτσου, Συνταγματικό Δίκαιο, τ. Γ'. Θεμελιώδη δικαιώματα, (1987), σελ. 299 επ., αλλά και Γ. Δρόσου, Συνταγματικοί περιορισμοί της ιδιοκτησίας και αποζημίωση, (1997), σελ. 131 επ· Μ. Αναστασόπουλου, Ο νέος νόμος για την προστασία των αρχαιοτήτων και εν γένει της πολιτιστικής κληρονομιάς, επισκόπηση του ν. 3028/2002, ΠερΔικ 4/2002.684.

και αρχιτεκτονικού χαρακτήρα των διατηρητέων κτιρίων και να δικαιολογούνται από την άποψη της αναγκαιότητας επιβολής τους για την προστασία του χαρακτήρα αυτού, με ειδικούς λόγους, οι οποίοι πρέπει να προκύπτουν από τα στοιχεία στα οποία στηρίχθηκε η έκδοση της οικείας διοικητικής πράξεως¹⁴.

Η κατά τα ανωτέρω εκτεθέντα κοινωνική διάσταση της ατομικής ιδιοκτησίας αποτυπώνεται στο άρθρ. 17 παρ. 1 Συντ.. Ο συντακτικός νομοθέτης, δια της εισαγωγής περιοριστικής ρήτρας χάριν του δημοσίου συμφέροντος εισάγει γενική επιφύλαξη υπέρ του νόμου, καθιστώντας νόμιμη την επιβολή αυξημένων περιορισμών στην έκταση και το περιεχόμενο του δικαιώματος στην ιδιοκτησία¹⁵.

Παράλληλα, όμως, είναι και ακριβές ότι ο συνταγματικός νομοθέτης διαρρύθμισε την συγκρουσιακή σχέση του δικαιώματος της ιδιοκτησίας και της προστασίας του περιβάλλοντος κατά τρόπο αναλυτικό μεν, αλλά ταυτόχρονα καταλείποντας στον εφαρμοστή του δικαίου ευρεία περιθώρια δημιουργικής ερμηνείας, καθόσον ανέλαβε τον κίνδυνο να διατυπώσει διατάξεις επιδεχόμενες ευέλικτες προσεγγίσεις¹⁶, επιφορτίζοντάς τον με το βάρος της ισόρροπης ικανοποίησης των συνταγματικών απαιτήσεων, γεγονός που σαφώς προκύπτει από την γραμματική διατύπωση των άρθρ. 17 παρ. 1, 2 και 24 Συντ.¹⁷. Βεβαίως, η ως άνω συγκρουσιακή κατάσταση ήταν, μάλλον, σαφές εξ αρχής ότι θα οδηγούσε αναπόφευκτα σε μία κατ' ουσίαν αξιολογική προτίμηση υπέρ της περιβαλλοντικής κατευθύνσεως¹⁸, ώστε η πραγμάτωση των συνταγματικών δικαιωμάτων να συνεπάγεται περιορισμό της ιδιωτικής ιδιοκτησίας¹⁹, όπως εξάλλου προκύπτει από την επισκόπηση της νομολογίας του ΣτΕ, η οποία, αναλαμβάνοντας την ευθύνη της ερμηνευτικής εξειδικεύσεως των συνταγματικών επιδιώξεων, διαμόρφωσε μια εξαιρετικά σημαντική τάση υπέρ της προ-

14 ΣτΕ 568/2018 ΝΟΜΟΣ.

15 Σ. Μανωλκίδης, Το Δικαίωμα στην Ιδιοκτησία και η Εγγύηση Προστασίας του Πολιτιστικού Περιβάλλοντος στη Νομολογία: Μια Συγκριτική Θεώρηση, in: Τιμ. Τόμος ΣτΕ, 75 Χρόνια, (2004), σελ. 1144.

16 Τ. Βιδάλη, Πέρα από τον προστατευτισμό: αναζητώντας μια ατομική ελευθερία στο περιβάλλον, Χαρμόσυνο Αρ. Μάνεση, Τόμ. II, (1998), σελ. 23 επ. (24).

17 Ξ. Κοντιάδης, Η συνταγματική διαρρύθμιση της σχέσης μεταξύ προστασίας του πολιτιστικού περιβάλλοντος και δικαιώματος της ιδιοκτησίας, Νόμος και Φύση, (2003), σελ. 7 επ.· Κ. Μενουδάκου, Η συνταγματική προστασία του περιβάλλοντος μετά την αναθεώρηση, ΝοΒ 2002.45 επ.

18 Καθόσον μοναδική περίπτωση να μην οδηγούνταν η επίλυση της εν λόγω εντάσεως σε αυτό το αποτέλεσμα θα ήταν να ακολουθούνταν μια παρωχημένη και ασφαλώς λανθασμένη ερμηνευτική αντίληψη, κατά την οποία οι διατάξεις του άρθρ. 24 Συντ. θα θεωρούνταν μειωμένης κανονιστικής πυκνότητας, έτσι Ξ. Κοντιάδης, ό.π. (σημ. 16), σελ. 46.

19 Δ. Τσάτσου, ό.π. (σημ. 13), σελ. 299.

στασίας του πολιτιστικού περιβάλλοντος²⁰.

Στο πλαίσιο αυτό υποστηρίζεται ότι η ρήτρα του γενικού συμφέροντος μπορεί να οδηγήσει όχι μόνο σε περιορισμούς που θα ήταν ούτως ή άλλως ανεκτοί και χωρίς την ύπαρξη του άρθρου 24 Συντ., αλλά και σε περιορισμούς εντονότερους και βαθύτερους, που έχουν ως ειδικότερο συνταγματικό έρεισμα κάποια από τις επιμέρους ρυθμίσεις του άρθρου 24 Συντ. Κατ' αυτόν τον τρόπο, χρησιμοποιείται η έννοια του γενικού συμφέροντος ως διάυλος συστηματικής συνδέσεως των άρθρων 17 παρ. 1 και 24 Συντ.²¹. Από την άλλη, όμως, δεν πρέπει να παραγνωρίζεται ότι οι περιορισμοί στην ιδιωτική ιδιοκτησία, χάριν της εξυπηρητήσεως του δημοσίου συμφέροντος, αξιολογούνται ως ανεκτοί, εφόσον δεν καθιστούν το δικαίωμα ιδιοκτησίας κενό περιεχομένου, καθόσον η κατά περίπτωση επιβολή δυσανάλογων περιορισμών θα κλόνιζε την ασφάλεια του δικαίου. Υπό την έννοια αυτή, ορθότερο είναι να δεχθούμε ότι ο νομοθέτης, δια της εισαγωγής γενικών κριτηρίων οριοθετήσεως των δικαιωμάτων κατά την άσκησή τους, αποσκοπεί στην αρμονία μεταξύ ατομικού και δημοσίου συμφέροντος, ώστε να καταστεί εφικτή η αναλογική οριοθέτηση των δικαιωμάτων που πηγάζουν από τις διατάξεις των άρθρ. 17 παρ. 1, 2 και 24 Συντ.. Προκειμένου, λοιπόν, να επιτυγχάνεται σχετική ισορροπία ανάμεσα στο δικαίωμα στο πολιτιστικό περιβάλλον και στο δικαίωμα στην ιδιοκτησία, πρέπει να πραγματοποιείται συνεχώς ένας ικανοποιητικός συμβιβασμός ανάμεσα στις επιταγές του γενικού συμφέροντος και στα όρια των περιορισμών του δικαιώματος στην ιδιοκτησία, καθόσον το Σύνταγμα αναγνωρίζει υπέρ των ιδιωτών, τόσο το δικαίωμα της ατομικής ιδιοκτησίας, όσο και το δικαίωμα προστασίας του περιβάλλοντος (μεικτό δικαίωμα), όπως αυτά ως άνω αναλύθηκαν²².

III. Η περίπτωση της διανομής «διατηρητέου» ακινήτου ως έκφραση του δικαιώματος κυριότητας

Όπως είναι γνωστό στην κοινωνία δικαίου, το δικαίωμα που ανήκει σε περισσότερους παραμένει φυσικώς αδιαίρετο²³. Είναι, όμως, δυνατόν να διαιρεθεί νοητώς σε αυτοτελή (ιδανικά) μερίδια που ανήκουν στους κατ' ιδίαν κοινωνούς (άρθρ. 785 ΑΚ). Η κοινωνία, με οποιονδήποτε τρόπο και αν εμ-

20 Ολ ΣτΕ 10/1988 ΝΟΜΟΣ και ενδεικτ. ΣτΕ 2611/2000 ΝΟΜΟΣ· ΣτΕ 3146/1986, ΕλλΔνη 1986.1231.

21 Ε. Βενιζέλος, ό.π. (σημ. 11), σελ. 79επ.

22 Α. Τάχος, ό.π. (σημ. 4), σελ. 41 επ· Ε. Βενιζέλος, Η Στάση της Ελληνικής Νομολογίας Απέναντι στην Ερμηνεία του Συντάγματος, ΤοΣ 1989, σελ. 425.

23 Α. Πίψου, Δικαστική διανομή, (2006), σελ. 248· Ι. Δεληγιάννης, Κοινωνία δικαίου, (1998), § 414, σελ. 5· Ν. Νίκας, Εγχειρίδιο Πολιτικής Δικονομίας, (2018), § 107, αρ. 1.

φανίζεται²⁴, μπορεί να λυθεί με διανομή του κοινού δικαιώματος (άρθρ. 798 ΑΚ) ή του κοινού πράγματος (άρθρ. 1113 ΑΚ σε συνδ. με 798). Το δικαίωμα για λύση της κοινωνίας είναι διαπλαστικό²⁵. Με τις διατάξεις περί λύσεως της κοινωνίας παρέχεται σε καθέναν από τους κοινωνούς το δικαίωμα της λύσεως της σχέσεως της κοινωνίας και αποδεσμεύσεως του κοινωνού από χρονικούς ή άλλους περιορισμούς ή με επίκληση οποιουδήποτε λόγου, αλλά πάντοτε με την επιφύλαξη των περιορισμών των άρθρ. 795 § 2, 797 και 281 ΑΚ.²⁶ Κατά το άρθρο 799 ΑΚ, αν δεν συμφωνούν για τη διανομή όλοι οι κοινωνοί, κάθε κοινωνός μπορεί να απαιτήσει δικαστική διανομή, κατά τις διατάξεις του ΚΠολΔ, ενώ κατά το άρθρο 800 ΑΚ η διανομή γίνεται αυτοουσίως αν το αντικείμενο που πρόκειται να διανεμηθεί είναι δυνατόν, χωρίς μείωση της αξίας του, να διαιρεθεί σε ομοειδή μέρη ανάλογα με τις μερίδες των κοινωνών²⁷. Η αυτούσια διανομή του κοινού πράγματος μεταξύ των πολλών κοινωνών κατά έναν από τους τρόπους που καθορίζονται στα άρθρα 480 και 480Α ΚΠολΔ, αποτελώντας κύρια επιδίωξη του δικονομικού νομοθέτη²⁸, αποβλέπει, βέβαια, στην εξυπηρέτηση των συμφερόντων όλων των κοινωνών, έναντι των οποίων επιδιώκεται να μην είναι ασύμφορη η διανομή του κοινού πράγματος ή των κοινών πραγμάτων, το συμφέρον, όμως, αυτό τίθεται σε δεύτερη θέση, όταν η αυτούσια διανομή δεν καθίσταται δυνατή, επειδή τα μέρη στα οποία πρόκειται να διανεμηθεί το κοινό πράγμα και ειδικότερα το κοινό ακίνητο καθίστανται άχρηστα στο κοινωνικό σύνολο ως οικονομικές μονάδες ή η αξία τους, λόγω ακριβώς της αδυναμίας τους να χρησιμεύσουν ως οικονομικές μονάδες, μειώνεται σε τέτοιο βαθμό, ώστε το σύνολο των μερίδων να υστερεί της αξίας του διανεμητέου πράγματος ως ενιαίου²⁹. Έτσι, σύμφωνα με τη διάταξη του

24 Άρθρ. 1113, 1884 ΑΚ, είτε κατά το στάδιο της εκκαθαρίσεως μετά τη λύση της εταιρίας.

25 *Ι. Δεληγιάννης σε Ι. Δεληγιάννη/Π. Κορνηλάκη*, ΕιδΕνοχΔ, IV, (1998), § 485, σελ. 207επ.· *Απ. Γεωργιάδης*, ΕιδΕνοχΔ, II, (2007), § 35, αρ. 2, 13· *Κ. Μπέης*, ΠολΔ, Εισαγ. Άρθρ. 479 VI, σελ. 1780· *Γ. Μπαλής*, Εμπράγματο Δίκαιο, (1961), § 119, σελ. 279, καθώς και *Κ. Καλαβρό*, Τα υποκειμενικά όρια των ενεργειών των διαπλαστικών αποφάσεων, Δ. 1983.352επ. (354-355) για τη διάκριση μεταξύ διαπλαστικού δικαιώματος και δικαιώματος δικαστικής διάπλασης.

26 *Π. Φίλιος*, ΕρμΑΚ, Εισαγ. άρθρ. 785-805, αρ. 18επ.· *Ι. Κατράς*, Αγωγές Αιτήσεις και Ενστάσεις Ενοχικού Δικαίου Αστικού Κώδικα, (2018), σελ. 1030· ΕφΘεσ 244/1952, ΕΕΝ 1954.65επ., με παρατ. *Ι. Δεληγιάννη*.

27 ΑΠ 585 2019 ΝΟΜΟΣ· ΑΠ 555/2017 ΝΟΜΟΣ· ΕφΠειρ 200/2020 ΝΟΜΟΣ.

28 ΣχΠολΔ VI, σελ. 145· *Κ. Κεραμεύς*, Αστικό Δικονομικό Δίκαιο, Γενικό Μέρος, (1986), σελ. 370· ΑΠ 339/1967, ΕΕΝ 1967.669.

29 *Λ. Πίψου*, ό.π. (σημ. 23), σελ. 225, αρ. 227-234 όπου και πλούσια περιπτωσιολογία αδυναμίας αυτούσιας διανομής, είτε λόγω συγκεκριμένων νομικών απαγορεύσεων, είτε άλλων περιορισμών· ΑΠ 235/1998, ΕλλΔνη 1998.1292· ΕφΘεσ 299/2012, Αρμ. 2013.276· ΕφΑθ 4019/1999 ΝΟΜΟΣ.

άρθρου 480 § 1 ΚΠολΔ, το δικαστήριο αποφασίζει την αυτούσια διανομή αν είναι δυνατή η διαίρεση του διανεμητέου σε μέρη ανάλογα προς τις μερίδες των κοινωνιών 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 αυτούσια διανομή του οικοπέδου με σύσταση χωριστής ιδιοκτησίας κατ' ορόφους 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 διατάξεων³⁰. Το δικαστήριο αποφασίζει τη διανομή με τον τρόπο αυτό αν είναι εφικτή και δεν αντιβαίνει στο συμφέρον των λοιπών συγκυριών³¹. Όπως προκύπτει από την τελευταία αυτή διάταξη η κατ' αυτήν αιτούμενη από κάποιον συγκύριο αυτούσια διανομή οικοπέδου, στο οποίο υπάρχει οικοδομή, τελεί υπό την προϋπόθεση ότι είναι εφικτή και δεν αντιβαίνει στο συμφέρον των λοιπών συγκυριών³². Επομένως, στην περίπτωση κατά την οποία ελλείπει κάποια από τις άνω προϋποθέσεις τότε ακολουθείται, εφόσον είναι εφικτός και συμφέρον, ο προβλεπόμενος από το άρθρο 480 ΚΠολΔ και τις λοιπές συναφείς διατάξεις του ΚΠολΔ, τρόπος αυτούσιας διανομής και αν και αυτός είναι ανέφικτος ή ασύμφορος κατά ως άνω εκτεθέντα διατάσσεται κατά το άρθρο 484 § 1 ΚΠολΔ, η πώληση του διανεμητέου οικοπέδου με την οικοδομή δια πλειστηριασμού³³.

Στο πλαίσιο των ανωτέρω εκτεθέντων, προβληματισμό προκαλεί η ειδικότερη περίπτωση της αυτούσιας διανομής μεταξύ συγκυριών, ακινήτου που χαρακτηρίστηκε ως «διατηρητέο», δια της συστάσεως οριζοντίου ιδιοκτησίας επί του ακινήτου, υπό το πρίσμα του ανεκτού ή μη περιορισμού του δικαιώματος ατομικής ιδιοκτησίας σύμφωνα με τις σκέψεις που προηγήθηκαν, αφού η λύση της κοινωνίας, η αυτούσια διανομή και η σύσταση οριζόντιας ιδιοκτησίας αποτελούν εκ του νόμου παρεχόμενα δικαιώματα, που απορρέουν από το δικαίωμα κυριότητας³⁴. Το εν λόγω ζήτημα απασχόλησε τη νομολογία, η

30 Η αυτούσια διανομή επικοίνου ακινήτου δια κατατμήσεως αυτού σε μικρότερα ακίνητα ανάλογα προς τις μερίδες των συγκυριών είναι κατά νόμο δυνατή και επιτρεπτή όταν τα δημιουργούμενα μικρότερα ακίνητα είναι άρτια και οικοδομήσιμα ως έχοντα το προβλεπόμενο από τις ισχύουσες πολεοδομικές διατάξεις ελάχιστο εμβαδόν, ελάχιστο πρόσωπο επί κοινοχρήστου οδού και ελάχιστο βάθος, έτσι ΑΠ 515/2013 ΝΟΜΟΣ· πρβλ. και ΑΠ 763/2002 ΝΟΜΟΣ· ΠΠρΘεσ 23799/1995, Αρμ 1996.318.

31 ΑΠ 1053/1993, ΑρχΝ 1994.298· ΕφΠειρ 20/2000, ΠειρΝ 2000.77.

32 ΑΠ 1052/1996, ΕλλΔνη 1997.1072· ΑΠ 1299/1994, ΕλλΔνη 1996.95· ΕφΑθ 8828/2001, ΕλλΔνη 2002.472· ΕφΘεσ 3501/1991, Αρμ. 1992.1115, με παρ. Ε. Αλεξανδροπούλου· ΕφΑθ 2362/1986, ΕλλΔνη 1986.1142.

33 ΑΠ 2183/2007, ΕΠολΔ 3/2008.349επ., με παρ. Α. Πίψου.

34 Α. Πίψου, ό.π. (σημ. 23), σελ. 248.

οποία, στις όχι και τόσο συχνές περιπτώσεις που κλήθηκε να αποφασίσει³⁵, έκρινε ότι η αυτούσια διανομή ακινήτου χαρακτηρισμένου νομίμως ως διατηρητέου που χρήζει ειδικής κρατικής προστασίας, με σύσταση χωριστής ιδιοκτησίας κατ' ορόφους ή μέρη ορόφων δεν είναι εφικτή, διότι η αυτούσια 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 μόνο ιδιοκτήτη, καθόσον η ύπαρξη περισσότερων του ενός συγκυριών είναι η κύρια αιτία για την εγκατάλειψη και τις αυθαίρετες επεμβάσεις που υφίσταται το διατηρητέο κτίριο. Ως εκ τούτου, μοναδικός τρόπος διανομής του επικοίνου διατηρητέου ακινήτου είναι η πώληση του με πλειστηριασμό, ώστε καθένας από τους συγκυρίους να λάβει από το εκπλειστηρίασμα που θα επιτευχθεί ποσό ανάλογο προς την εξ αδιαιρέτου μερίδα του επί του επικοίνου ακινήτου (άρθρ. 480 παρ. 1, 480Α και 484 παρ. 1 ΚΠολΔ)³⁶. Με την εν λόγω κρίση, τα δικαστήρια αξιολογούν ως ανεκτό επιπλέον περιορισμό του δικαιώματος κυριότητας, δηλαδή περὶ των επιβαλλόμενων περιορισμών από ειδικούς νόμους σε σχέση με την χρήση και την εκμετάλλευση των ακινήτων της ιδιαίτερης αυτής κατηγορίας³⁷, την απαγόρευση αυτούσιας διανομής μεταξύ των συγκυριών του διατηρητέου ακινήτου, με αιτιολογία την πιθανή αδυναμία συντηρήσεώς του και του συνακόλουθου κινδύνου απώλειας της ιδιαίτερης φυσιογνωμίας του στην περίπτωση που αυτό περιέλθει σε περισσότερους του ενός ιδιοκτήτες. Βέβαια, η επιβολή περιορισμών που αφορούν στη δόμηση και χρήση των χαρακτηρισμένων ως διατηρητέων ακινήτων και αποσκοπούν στην διατήρηση

35 ΑΠ 585/2019 ΝΟΜΟΣ· ΑΠ 735/2013, ΧρΙΔ 2013.683.

36 ΑΠ 152/2015 ΝΟΜΟΣ, η οποία έκρινε αντιστοίχως και για τα ακίνητα που φέρουν τον χαρακτήρα του μνημείου: «[...] Κατά τη διάταξη του άρθρου 6 παρ. 1 του ν. 3028/2002 «Προστασία Αρχαιοτήτων Πολιτιστικής Κληρονομιάς», «Στα ακίνητα μνημεία περιλαμβάνονται: α) τα αρχαία που χρονολογούνται έως και το 1830...», κατά δε τη διάταξη της παρ. 4 του ίδιου άρθρου «Τα αρχαία ακίνητα μνημεία προστατεύονται από το νόμο χωρίς να απαιτείται η έκδοση οποιασδήποτε διοικητικής πράξης...». Τέλος, σύμφωνα με το άρθρο 10 παρ. 1 και 4 του αυτού νόμου «1. Απαγορεύεται κάθε ενέργεια σε ακίνητο μνημείο, η οποία είναι δυνατόν να επιφέρει με άμεσο ή έμμεσο τρόπο καταστροφή, βλάβη, ρύπανση ή αλλοίωση της μορφής του... 4. Για κάθε εργασία, επέμβαση ή αλλαγή χρήσης σε ακίνητα μνημεία, ακόμη και αν δεν επέρχεται κάποια από τις συνέπειες της παραγράφου 1 σε αυτά, απαιτείται έγκριση που χορηγείται με απόφαση του Υπουργού Πολιτισμού ύστερα από γνώμη του Συμβουλίου». Η αυτούσια διανομή χαρακτηρισμένου νομίμως ως αρχαίου μνημείου ακινήτου που χρήζει ειδικής κρατικής προστασίας, με σύσταση χωριστής ιδιοκτησίας κατ' ορόφους ή μέρη ορόφων δεν είναι εφικτή διότι η αυτούσια 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 συγκυριών, διαφωνούντων, είναι η κύρια αιτία για την εγκατάλειψη και τις αυθαίρετες επεμβάσεις που υφίσταται το διατηρητέο κτίριο [...]».

37 Βλ. αμέσως κατωτέρω υπό IV.

και στην ανάδειξη της ιδιαίτερης ιστορικής, πολεοδομικής, αρχιτεκτονικής, λαογραφικής, κοινωνικής και αισθητικής φυσιογνωμίας τους, εξειδικεύονται *in concerto* μέσω τυπικής διαδικασίας που περιγράφεται στο νόμο, ώστε να συνιστούν θεμιτούς περιορισμούς του δικαιώματος κυριότητας για την εξυπηρέτηση των ανωτέρω επιδιώξεων. Οι περιορισμοί, δηλαδή, που επιβάλλονται κάθε φορά είναι συγκεκριμένοι και τελούν υπό το κριτήριο της αναλογικής συρρικνώσεως του δικαιώματος κυριότητας χάριν της προστασίας του δημοσίου συμφέροντος³⁸. Τυχόν επιβολή από το δικαστήριο επιπλέον περιορισμών, πέραν δηλαδή των τιθέμενων από τα όργανα της Διοικήσεως στο πλαίσιο της προβλεπόμενης διαδικασίας, οι οποίοι, αν και έχουν ως αφετηρία την τελολογία του νόμου, αλλά αντλούνται από κανόνες εκτός δικαίου που δεν μπορούν να επαληθευτούν σε κάθε περίπτωση, κλονίζουν την ασφάλεια του δικαίου, καθόσον επιδιώκουν την αναζήτηση δεσμευτικότητας σε χώρους εκτός των θετικών διατάξεων, όπως επισημαίνεται ακολούθως³⁹.

IV. Η οριοθέτηση των περιορισμών του δικαιώματος κυριότητας στην περίπτωση του «διατηρητέου» ακινήτου

Ο νομοθέτης προέβλεψε ειδική διαδικασία χαρακτηρισμού ενός ακινήτου ως «διατηρητέου» και την ρύθμισε λεπτομερώς στο άρθρ. 6 παρ. 2 και 3 του ν. 4067/2012, με επιδίωξη τον καθορισμό ειδικότερων όρων προστασίας και περιορισμών δόμησης και χρήσεως κτιρίων με ιδιαίτερο οικιστικό/πολιτιστικό ενδιαφέρον, χωρίς, όμως, να αποσκοπεί στην ουσιαστική αποστέρηση του δικαιώματος κυριότητας⁴⁰. Κάτι τέτοιο θα ήταν εξάλλου ασυμβίβαστο με τις προαναφερθείσες συνταγματικές επιδιώξεις. Ο χαρακτηρισμός ενός ακινήτου ως «διατηρητέου» ενεργείται με υπουργική απόφαση του αρμόδιου υπουργού περιβάλλοντος, που εκδίδεται κατόπιν αιτιολογημένης εκθέσεως του αρμόδιου Κεντρικού Συμβουλίου Αρχιτεκτονικής, η οποία επέχει την έννοια της εισηγήσεως προς τον υπουργό⁴¹. Η εν λόγω έκθεση κοινοποιείται στον ενδι-

38 *Ι. Καράκωστας*, *Ιδιωτικό δικαιο προστασίας περιβάλλοντος*, ΝοΒ 2010.122επ. (123).

39 *Δ. Μανιώτης*, *Αρχές του δικαίου αποδείξεως στην πολιτική δίκη*, (2013), σελ. 36· *Κ. Κεραμείς*, *Δικονομική αυστηρότητα και επιείκεια*, *Αφιέρωμα στον Κων/νο Τσάτσο*, (1980), σελ. 677-680· *L. A. Hart*, *The Concept of Law*, (1961), σελ. 204-205.

40 *Ι. Καράκωστας*, *Περιβάλλον και Δίκαιο*, (2000), σελ. 121 επ. · *Δ. Χριστοφιλόπουλος*, *Το νομοθετικό πλαίσιο προστασίας, συντήρησης και αναβίωσης παραδοσιακών κτιρίων και συνόλων*, (1982), σελ. 141 επ.· *Ν. Ρώτη*, *Συνταγματική προστασία του περιβάλλοντος και ΓΟΚ*, ΝοΒ 1988.271 επ.

41 Έτσι σύμφωνα με το άρθρ. 6 παρ. 2 του ν. 4067/2012: «Με προεδρικά διατάγματα, που εκδίδονται με πρόταση του Υπουργού Περιβάλλοντος, Ενέργειας και Κλιματικής Αλλαγής ή του κατά περίπτωση αρμόδιου Υπουργού, μπορεί να χαρακτηρίζονται ύστερα από αιτιολογημένη έκθεση της αρμόδιας υπηρεσίας του Υπουργείου, γνώμη του οικείου δημοτικού συμβουλίου

αφερόμενο ώστε να διατυπώσει τις τυχόν αντιρρήσεις του εντός της προβλεπόμενης αποκλειστικής προθεσμίας. Με τον τρόπο αυτό τηρείται ο ουσιώδης τύπος του δικαιώματος προηγούμενης ακρόασης (άρθρ. 20 παρ. 2 Συντ.)⁴².

Ειδικότερα, κατά τον χαρακτηρισμό ενός επικοίνου ακινήτου ως «διατηρητέου» κατά την προαναφερθείσα διαδικασία, επιβάλλονται και συγκεκριμένοι περιορισμοί στο δικαίωμα κυριότητας των συνιδιοκτητών, σύμφωνα με τα ως άνω λεχθέντα. Οι εν λόγω περιορισμοί, που είναι σαφώς συγκεκριμένοι και έχουν κανονιστικό χαρακτήρα⁴³, αφορούν αμιγώς στα μορφολογικά-αρχιτεκτονικά στοιχεία του ακινήτου, όπως αυτά προκύπτουν από τις σχετικές Υ.Α., συνακόλουθα δε ασφαλώς και συνιστούν θεμιτό περιορισμό του δικαιώματος κυριότητας (χρήσεως) του ακινήτου, χάριν της προστασίας του δημοσίου συμφέροντος, αλλά ουδόλως επιβάλλουν, μέχρι και σήμερα τουλάχιστον, την απαγόρευση αυτούσιας διανομής του, καθόσον με την διοικητική πράξη χαρακτηρισμού ενός κτιρίου ως «διατηρητέου» δεν απαγορεύεται η σύσταση και άσκηση των δικαιωμάτων που απορρέουν από τις διατάξεις των άρθρ. 795, 798, 800, 1002 και 1117 ΑΚ ως ειδικότερος αναγκαστικός περιορισμός της κυριότητας, όπως προκύπτει από την επισκόπηση των σχετικών Υ.Α. που

και γνώμη του Κεντρικού Συμβουλίου Πολεοδομικών Θεμάτων και Αμφισβητήσεων, με σκοπό τη διατήρηση και ανάδειξη της ιδιαίτερης ιστορικής, πολεοδομικής, αρχιτεκτονικής, λαογραφικής, κοινωνικής και αισθητικής φυσιογνωμίας τους [...], ενώ κατά την παρ. 3 του ίδιου άρθρου: «Με απόφαση του Υπουργού Περιβάλλοντος, Ενέργειας και Κλιματικής Αλλαγής ή του κατά περίπτωση αρμόδιου Υπουργού, που εκδίδεται ύστερα από αιτιολογική έκθεση της αρμόδιας υπηρεσίας και γνώμη του «αρμοδίου» Κεντρικού Συμβουλίου Αρχιτεκτονικής και δημοσιεύεται στην Εφημερίδα της Κυβερνήσεως, μπορεί να χαρακτηρίζονται ως διατηρητέα, μεμονωμένα κτίρια ή τμήματα κτιρίων ή συγκροτήματα κτιρίων, ως και στοιχεία του περιβάλλοντος χώρου αυτών, όπως επίσης και στοιχεία του φυσικού ή και ανθρωπογενούς περιβάλλοντος χώρου, όπως αυλές, κήποι, θυρώματα και κρήνες, καθώς και μεμονωμένα στοιχεία πολεοδομικού (αστικού ή αγροτικού) εξοπλισμού ή δικτύων, όπως πλατείες, κρήνες, διαβατικά, λιθόστρωτα, γέφυρες που βρίσκονται εντός ή εκτός οικισμών, για το σκοπό που αναφέρεται στην προηγούμενη παράγραφο 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 όμοια απόφαση μπορεί να χαρακτηρίζεται ως διατηρητέα η χρήση ακινήτου με ή χωρίς κτίσματα εντός ή εκτός οικισμών επίσης και το τυχόν όνομα ή επωνυμία με την οποία η χρήση αυτή συνδέθηκε με το διατηρητέο χαρακτήρα της, ιστορικό, λαογραφικό ή άλλο».

42 ΣτΕ 872/2010 ΝΟΜΟΣ· ΣτΕ 3635/2005 ΝΟΜΟΣ.

43 Οι ειδικοί όροι, απαγορεύσεις και περιορισμοί που επιβάλλονται επί τη βάσει της ισχύουσας νομοθεσίας και αποβλέπουν στην αποκατάσταση της αρχικής μορφής του κτιρίου ή στη διατήρηση του χαρακτήρα του ακόμη και κατά παρέκκλιση των κοινών πολεοδομικών διατάξεων έχουν κανονιστικό χαρακτήρα και όταν ακόμη αναφέρονται σε ορισμένα ή ορισμένο κτίριο. Διότι το περιεχόμενο των όρων αυτών διαμορφώνεται ανάλογα με τον αρχιτεκτονικό ρυθμό του διατηρητέου κτιρίου και τα γενικά χαρακτηριστικά (λαογραφικά, ιστορικά, πολεοδομικά κ.α.) της περιόδου που αποτελεί χαρακτηριστικό της δείγμα, έτσι ΟΛΣτΕ 1097/1987 ΝΟΜΟΣ· ΣτΕ 1510/2017 ΝΟΜΟΣ· ΣτΕ 2108/2006 ΝΟΜΟΣ.

εκδόθηκαν στα πλαίσια σχετικών δικών αναφορικά με τη δυνατότητα αυτούσιας διανομής μεταξύ των συγκυρίων ακινήτου χαρακτηρισμένου ως διατηρητέου με σύσταση οριζοντίου ιδιοκτησίας⁴⁴. Και τούτο διότι, η εξαιρετικά δυσανάλογη επιβολή περιορισμών στο δικαίωμα ατομικής ιδιοκτησίας, χάριν της προστασίας του δημοσίου συμφέροντος, φαίνεται να αντιστρατεύεται τον σκοπό της ισόρροπης ικανοποίησης των συνταγματικών επιδιώξεων για την παράλληλη απόλαυση των δικαιωμάτων που απορρέουν από τα άρθρ. 17 και 24 Συντ., όπως αυτές εξειδικεύτηκαν από το νομοθέτη στο άρθρ. 6 παρ. 3 του ν. 4067/2012. Ασφαλώς η επιδίωξη αυξημένης προστασίας του πολιτιστικού περιβάλλοντος κατά το άρθρ. 24 του Συντ., δικαιολογεί την λήψη μέτρων και περιορισμών που μπορούν να έχουν περιεχόμενο ευρύτερο από τους γενικούς περιορισμούς της ιδιοκτησίας κατά το άρθρ. 17 του Συντ., τούτο, όμως, δεν επιτρέπει την έκταση των περιορισμών σε βαθμό που να θίγουν το ελάχιστο όριο εξουσιών της ατομικής ιδιοκτησίας⁴⁵.

Περαιτέρω, τα δικαστήρια, στις περιπτώσεις που έκριναν περί της δυνατότητας αυτούσιας διανομής μεταξύ των συγκυρίων ακινήτου χαρακτηρισμένου ως διατηρητέου με σύσταση οριζοντίου ιδιοκτησίας⁴⁶, θεμελίωσαν την κρίση τους σε προσλαμβάνουσες παραστάσεις από τα βιώματα της εμπειρικής πραγματικότητας με αποτέλεσμα να επηρεάζεται η κατανόηση του νοήματος του νόμου⁴⁷. Τούτο γίνεται αντιληπτό από τις αιτιολογίες των σχετικών αποφάσεων, σύμφωνα με τις οποίες: «ο μόνος τρόπος διανομής του επικοίνου διατηρητέου ακινήτου είναι η πώλησή του μέσω της διαδικασίας του πλειστη-

44 Βλ. Υ.Α. 46160/9/11/2017 (ΦΕΚ ΑΑΠ 276/23-11-2017) με την οποία απαγορεύτηκε σε διατηρητέο κτίριο: «κάθε αφαίρεση, αλλοίωση ή καταστροφή, τόσο των επί μέρους αρχιτεκτονικών ή καλλιτεχνικών και διακοσμητικών στοιχείων του, όσο και του κτιρίου συνολικά, επιτράπηκε η επισκευή, ο εκσυγχρονισμός των εγκαταστάσεων, η ενίσχυση του φέροντος οργανισμού, καθώς και άλλες επεμβάσεις για λόγους λειτουργικούς του κτιρίου, εφόσον δεν αλλοιώνεται ο αρχιτεκτονικός χαρακτήρας του και δεν θίγονται τα διατηρητέα στοιχεία του. Αντιθέτως, δεν επιτράπη η τοποθέτηση φωτεινών επιγραφών και διαφημίσεων στο διατηρητέο κτίριο, παρά μόνο επιγραφών μικρών διαστάσεων που πληροφορούν για την χρήση των χώρων του, ενώ, τέλος, τυχόν αιτήσεις για προσθήκες (υπογείου, καθ' ύψος, κατ' επέκταση κλπ) στο διατηρητέο κτίριο υποβάλλονται στην αρμόδια Υπηρεσία του ΥΠΕΝ με γνώμη του Συμβουλίου Αρχιτεκτονικής (Σ.Α.), σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 6, παρ. 3γ του ν.4067/2012, εφόσον δεν παραβιάζονται το διατηρητέο κτίριο και ο χώρος που το περιβάλλει», αντιστοίχως και Υ.Α. 5650/8-11-1994 (ΦΕΚ 1217 Δ/22-11-1994) με ανάλογους περιορισμούς στην χρήση και στην επέμβαση επί των εξωτερικών-μορφολογικών χαρακτηριστικών του κτιρίου και μόνον.

45 Βλ. Β. Σκουρή/Α. Τάχο, Η προστασία του περιβάλλοντος στη νομολογία του ΣτΕ, (1988), σελ. 17 επ.· ΣτΕ 1517/1993 ΝΟΜΟΣ.

46 ΑΠ 585/2019· ΑΠ 735/2013 ό.π. (σημ. 35).

47 Γ. Μητσόπουλος, Η διάκρισις πραγματικού και νομικού ζητήματος εν τη αναίρετική διαδικασία, ΝοΒ 1967.946επ.

ριασμού, αφού η διατήρησή του (σ.σ. του ακινήτου) μπορεί να επιτευχθεί αν αυτό περιέλθει σε ένα μόνο ιδιοκτήτη, καθόσον η ύπαρξη περισσότερων του ενός συγκυρίων είναι η κύρια αιτία για την εγκατάλειψη και τις αυθαίρετες επεμβάσεις που υφίσταται το διατηρητέο κτίριο [...] και επομένως δεν είναι εφικτό να διανεμηθεί αυτούσίως μεταξύ των συγκυρίων του με σύσταση οριζόντιας ιδιοκτησίας, γιατί αυτό δε συμβιβάζεται με τη φύση του ακινήτου που είναι διατηρητέο ως σύνολο»⁴⁸. Βέβαια, όταν η αναζήτηση της τελολογίας της έννομης τάξεως πραγματοποιείται δια της αντλήσεως επιχειρημάτων από τον χώρο της εμπειρικής πραγματικότητας, η ασφάλεια της δικαστικής κρίσεως κλονίζεται, αφού η θεμελίωση της κρίσεως βασίζεται σε πραγματολογικά επιχειρήματα⁴⁹. Υπό την έννοια αυτή, αντιστοίχως θα μπορούσε να υποστηριχθεί ότι, πράγματι, μέσω της προτεινόμενης διαδικασίας του πλειστηριασμού δεν υφίσταται η δυνατότητα της από κοινού και εις ολόκληρον πλειοδοσίας περισσότερων του ενός αγοραστών, ώστε να αποκτηθεί το διατηρητέο ακίνητο κοινά και αδιαίρετα (άρθρ. 959 παρ. 4 και 965 παρ. 1 ΚΠολΔ)⁵⁰, δεν εμποδίζεται, όμως, ο μοναδικός υπερθεματιστής στο μέλλον, είτε να διαθέσει με σύμβαση ή με διάταξη τελευταίας βουλήσεως σε τρίτον μερίδα του διατηρητέου ακινήτου, είτε να επιχειρήσει να συστήσει επ' αυτού χωριστές οριζόντιες ιδιοκτησίες και στη συνέχεια να τις διαθέσει με σύμβαση σε περισσότερα του ενός πρόσωπα, με αποτέλεσμα το αυτό νομικό και πραγματικό αδιέξοδο το οποίο η νομολογία επιχειρεί να υπερκεράσει, εκτιμώντας ότι ο ένας και μοναδικός ιδιοκτήτης διατηρητέου κτίσματος ανταποκρίνεται *a priori* αποτελεσματικότερα στις ιδιαίτερες ανάγκες αυτής της ειδικής κατηγορίας ακινήτων, κάτι που αξιολογείται ως απολύτως εμπειρικό και δυσχερώς επαληθεύσιμο, καθόσον αυθαίρετες επεμβάσεις και εγκατάλειψη μπορεί το ακίνητο να υποστεί ασφαλώς και από τον έναν και μοναδικό ιδιοκτήτη του.

Από τα ως άνω εκτεθέντα προκύπτει ότι το κριτήριο της υπάρξεως ενός ή περισσότερων ιδιοκτητών στην περίπτωση του διατηρητέου ακινήτου δεν μπορεί από μόνο του να θεωρηθεί ασφαλές, ώστε να αποτελέσει όρο της αιτιακής σχέσεως με σκοπό την ευχερέστερη διαπίστωση του κινδύνου εγκαταλείψεως του ακινήτου, είτε στην μία είτε στην άλλη περίπτωση, προσφέροντας έτσι διευκόλυνση στην εξαγωγή πορίσματος που να οδηγεί σε ασφαλή κρίση περί τα πράγματα, λόγω της έλλειψης επαληθευσιμότητας της συγκεκριμένης εμπειρίας. Συνιστά, απλώς, ένα πραγματολογικό επιχείρημα, το οποίο αποκάλυπτει την επικίνδυνη για την ασφάλεια του δικαίου παραχώρηση, η δικαστι-

48 ΑΠ 585/2019· ΑΠ 735/2013 ό.π. (σημ. 35).

49 Π. Ζέπος, Λογική και ερμηνεία του δικαίου, ΕΕΝ 1970.705· Α. Γαζής, Νομική σκέψις και μέθοδος αυτής, ΕΕΝ 1965.385.

50 Δ. Μανιώτης, ό.π. (σημ. 1), § 533, σελ. 240· Κ. Μακρίδου/Χ. Απαλαγάκη/Γ. Διαμαντόπουλος, Πολιτική Δικονομία, (2018), σελ. 152-157.

κή κρίση να επηρεαστεί όχι μόνο από τη διάταξη, αλλά και από τα υπό κρίση πραγματικά περιστατικά⁵¹. Η αναζήτηση κανόνων συμπεριφοράς στη φύση του πράγματος εδραιώνει αντιλήψεις περί της εξελίξεως του δικαίου μέσω της διαδικασίας εφαρμογής του και ωθεί στην αναζήτηση δεσμευτικότητας εκτός του θετικού δικαίου⁵². Στην περίπτωση αυτή υπάρχει ο κίνδυνος η διατύπωση προτάσεων εμπειρικών πρακτικών να αντιστρατεύεται το ισορροπημένο σύστημα κανόνων δικαίου, από το οποίο πρέπει να αντλεί τη νομιμοποιητική της δύναμη η θεμελίωση της δικαστικής κρίσεως⁵³. Όταν πλήθος αξιολογικών κριτηρίων κατευθύνουν τη δικαστική κρίση, καλλιεργούνται στον δικαστή συγκεκριμένες προσδοκίες ως προς την ορθή επίλυση της διαφοράς, οι οποίες βασίζονται, κυρίως, στις προσλαμβάνουσες παραστάσεις της κοινωνικής ζωής. Η σύγχυση, όμως, αυτή καθίσταται υπέρμετρα επισφαλής για την ασφάλεια του δικαίου και πρέπει να αποδοκιμάζεται.

Η συντήρηση ενός διατηρητέου ακινήτου εξαρτάται από τον ιδιοσυγκρασιακό παράγοντα του εκάστοτε ιδιοκτήτη του και την βούλησή του ή μη να το διατηρήσει και όχι από το εμπειρικό κριτήριο του αριθμού των ιδιοκτητών του, όπως εσφαλμένα δέχεται η νομολογία, η οποία, υπερακοντίζοντας στις περιπτώσεις αυτές το προεκτεθέν νομικό πλαίσιο αντλεί δίκαιο από την εμπειρική πραγματικότητα (άρθρ. 336 παρ. 3 ΚΠολΔ)⁵⁴. Αντιθέτως, ασφαλής κρίση μπορεί να εξαχθεί, σύμφωνα με την προηγηθείσα ανάπτυξη, από τις επιδιώξεις του νομοθέτη για την επιβολή αρμονίας μεταξύ των διατάξεων που προστατεύουν την ατομική ιδιοκτησία αφενός και εκείνων που προστατεύουν το πολιτιστικό περιβάλλον αφετέρου⁵⁵. Για να καταστεί εφικτή αυτή η ισορροπία ικανοποίηση των εν λόγω δικαιωμάτων, πρέπει οι περιορισμοί που τίθενται στην άσκηση του ενός δικαιώματος χάριν της εξυπηρετήσεως του άλλου να μην οδηγούν σε ανεπίτρεπτη συρρίκνωσή του τελευταίου, επιβάλλοντας δυσανάλογα βάρη στην ιδιωτική ιδιοκτησία. Συνεπώς, η δικαστική κρίση στις περιπτώσεις που ήδη εκτέθηκαν δημιουργεί προβληματισμό, καθόσον εκτίμησε ως νόμιμη και ανεκτή την επιβολή περαιτέρω ιδιοκτησιακών περιορισμών εξαιτίας του χαρακτηρισμού ενός κτιρίου ως διατηρητέου, ήτοι πέραν όσων ορίζονται στην κανονιστική διοικητική πράξη, που εκδίδεται κατ' εφαρμογή των διατάξεων του ν. 4067/2012 και που ορίζει ρητώς τους νόμιμους ιδιοκτησιακούς περιο-

51 Κ. Κεραμέυς, ό.π. (σημ. 39), σελ. 677-688.

52 Ν. Παπαντωνίου, Η καλή πίστις εις το αστικόν δίκαιον, (1957), σελ. 20-21.

53 Δ. Μανιώτης, ό.π. (σημ. 39), σελ. 50.

54 Δ. Μανιώτης, ό.π. (σημ. 39), σελ. 56επ.

55 Γ. Δεληγιάννης, Ο νόμος ή η εύλογη κρίση του δικαστή ως εγγύηση των ατομικών δικαιωμάτων, (1990), Τόμος Α', σελ. 1-18· Φ. Δωρής, Προστασία του φυσικού περιβάλλοντος και περιορισμοί του δικαιώματος της ιδιοκτησίας in: Δικαίωμα της ιδιοκτησίας και προστασία του περιβάλλοντος, (2003), σελ. 25 επ.

ρισμούς. Με τον τρόπο αυτό η νομολογία ερμηνεύει και εφαρμόζει εσφαλμένα, τόσο τις ουσιαστικές διατάξεις του άρθρ. 6 παρ. 2 και 3 του ν. 4067/2012 και των σχετικών Υ.Α., όσο και αυτές των άρθρ. 795, 798, 799, 800, 1002 και 1117 ΑΚ, οδηγώντας στο ανεπιεικές αποτέλεσμα της ουσιαστικής αδυναμίας απολαύσεως της ατομικής ιδιοκτησίας, καθόσον σε ένα ήδη –νομίμως– συρρικνωμένο δικαίωμα επιβάλλεται επιπλέον δυσανάλογο βάρος που οδηγεί αναγκαστικά στην πλήρη αποστέρηση του ατομικού δικαιώματος ιδιοκτησίας δια του πλειστηριασμού του διατηρητέου ακινήτου.

V. Επίλογος

Με αφορμή την πολύ ενδιαφέρουσα ΑΠ 1254/2020, η παρούσα μελέτη επιχείρησε να συμβάλλει στην ανάδειξη σκέψεων και προβληματισμών που απασχόλησαν, ανάμεσα σε πολλούς ακόμη, τον τιμώμενο Καθηγητή Δ. Μανιώτη κατά τις σχεδόν τέσσερις δεκαετίες αδιάλειπτης επιστημονικής προσφοράς του. Οι προβληματισμοί αφορούν στο μείζον ζήτημα της θεμελιώσεως της δικαστικής κρίσεως και στους κινδύνους που προκύπτουν στις περιπτώσεις κατά τις οποίες ο δικαστής επιλέγει τον σχηματισμό κρίσεως περί τα πράγματα στη βάση αξιολογικών κριτηρίων της εμπειρικής ή και κοινωνικής πραγματικότητας, όπως συνέβη και στην υπό εξέταση περίπτωση, αυτή δηλαδή της δυνατότητας αυτούσιας διανομής μεταξύ συγκυρίων ενός ακινήτου χαρακτηρισθέντος ως «διατηρητέου» δια της συστάσεως οριζοντίου ιδιοκτησίας επί του ακινήτου. Η διατύπωση κανόνων περιορισμένου πεδίου εφαρμογής, προσαρμοσμένοι στις ιδιαιτερότητες της κρινόμενης περιπτώσεως, όπως, δηλαδή, η διαπίστωση ότι: «ο μόνος τρόπος διανομής του επικοίνου διατηρητέου ακινήτου είναι η πώλησή του μέσω της διαδικασίας του πλειστηριασμού, αφού η διατήρησή του (σ.σ. του ακινήτου) μπορεί να επιτευχθεί αν αυτό περιέλθει σε ένα μόνο ιδιοκτήτη, καθόσον η ύπαρξη περισσότερων του ενός συγκυρίων είναι η κύρια αιτία για την εγκατάλειψη και τις αυθαίρετες επεμβάσεις που υφίσταται το διατηρητέο κτίριο», επηρεάζει την δίκαιη επίλυση της διαφοράς, καθόσον η δικαστική κρίση φαίνεται να εξαρτάται τελικά από τον ιδιοσυγκρασιακό παράγοντα του εφαρμοστή του δικαίου, κατάσταση που ασφαλώς συνιστά ανεπίτρεπτη για την ασφάλεια του δικαίου παραχώρηση⁵⁶.

⁵⁶ Δ. Μανιώτης, ό.π. (σημ. 39), σελ. 46επ.

ΕΡΓΟΓΡΑΦΙΑ ΔΗΜΗΤΡΙΟΥ Ν. ΜΑΝΙΩΤΗ

1. Das prozessuale Verschulden und die objektive Präklusion. Zwei Auslegungsprobleme des § 233 ZPO, Diss. Freiburg i.Br. 1983.
2. Προβλήματα ερμηνείας και εφαρμογής των διατάξεων της επαναφοράς του ΚΠολΔ, ΕπιστΕπετΑρμ 4 (1983), 73 επ.
3. Ο βεβαιωτικός όρκος που επιβάλλεται από το άρθρ. 941 παρ. 2 ΚΠολΔ και το καθήκον αληθείας, Αρμ 38 (1984), 357 επ.
4. Νομολογιακές μεταστροφές και απώλεια προθεσμιών, ΝοΒ 33 (1985), 1484 επ.
5. Η προστασία της εμπιστοσύνης των διαδικών από την αναδρομική ισχύ των μεταστροφών της νομολογίας, Αρμ 40 (1986), 1062 επ.
6. Über die Rechtsfindungsmethode des angelsächsischen und des kontinentaleuropäischen Richters. Zwei Beispiele aus der deutschen und der englischen Rechtsprechung, ZVglRwiss 87 (1988), 317 ff.
7. Η συμβολή των συστημάτων διορισμού και ελέγχου των δικαστικών λειτουργών στην κατοχύρωση της δικαστικής ανεξαρτησίας, Αθήνα-Κομοτηνή 1989.
8. Προβλήματα από τη νομολογιακή εφαρμογή του αποδεικτικού μέσου των δικαστικών τεκμηρίων, Αρμ 43 (1989), 1189 επ = Χαριστήρια στον Ιωάννη Δεληγιάννη, τόμ. Γ', Θεσσαλονίκη 1992, σ. 395 επ.
9. Προαγωγές των δικαστών και έλεγχος της δικαστικής κρίσεως, Αφιέρωμα εις τον Κωνσταντίνον Βαβούσκον, τόμ. Β', Θεσσαλονίκη 1990, σ. 307 επ.
10. Einige Gedanken zur Beteiligung des Richters an der Bemessung der Fristen für Klagerwiderung und Replik, Gedächtnisschrift für Peter Arens, München 1993, S. 289 επ.
11. Τελολογική ερμηνεία και δικαιοπλαστική δράση του δικαστή στο αστικό δικονομικό δίκαιο. Μερικά παραδείγματα από τη νομολογία, Τιμητικός τόμος Γεωργίου Γ. Μητσόπουλου ΙΙ, Αθήνα-Κομοτηνή 1993, σ. 845 επ.
12. Mass Torts: Some Procedural Aspects, RHDI 47 (1994), 99 ff.
13. Die Sicherung der richterlichen Unabhängigkeit bei der Kontrolle der Rechtsprechungstätigkeit im Rahmen des Beförderungsverfahrens, ZZP 105 (1995), 63 ff.

14. Η αρχή τηρήσεως προδικασίας κατά τον Κώδικα Πολιτικής Δικονομίας, Αθήνα-Κομοτηνή 1994.
15. Η άσκηση της παρεμπόμπουσας αγωγής σε κάθε στάση της πρωτόδικης δίκης και κατ' έφεση. Μια ερμηνευτική προσέγγιση του άρθρου 283 § 2 ΚΠολΔ, Δ 26 (1995), 583 επ.
16. Τυπική αποδεικτική διαδικασία και αρχή της ισότητας στην πολιτική δίκη, Δ 27 (1996), 782 επ.
17. Η παραδεκτή χρησιμοποίηση των μαρτύρων κατά την άμεση απόδειξη των ισχυρισμών του άρθρ. 933 § 4 ΚΠολΔ, Δ 27 (1996) 666 επ.
18. Παρέμβαση, Δ 27 (1996) 254 επ.
19. Η ψηφιακή υπογραφή μέσο διαπιστώσεως της γνησιότητας των εγγράφων στο αστικό δικονομικό δίκαιο, Αθήνα-Κομοτηνή 1998.
20. Über die Zulässigkeit der Einreichung von bestimmenden Schriftsätzen per Telefax, ZZP 112 (1999), 315 ff.
21. Über Rechtswirkungen elektronischer Signaturen gemäß Art. 5 der Signaturrichtlinie (1999/93/EG), Festschrift für Reinhold Geimer zum 65. Geburtstag, München 2002, S. 615 ff.
22. Η σύναψη της ηλεκτρονικής συμβάσεως και η ευθύνη των παρεχόντων συνδρομή στην κατοχύρωση της γνησιότητας και του αναλλοίωτου των ηλεκτρονικών εγγράφων, Αθήνα-Κομοτηνή 2003.
23. Σκέψεις σχετικά με τους εφαρμοστέους κανόνες για την ευθύνη δικηγόρου από την παροχή νομικών υπηρεσιών, Τιμητικός Τόμος του Κώστα Μπέη ως Αίνος της Αττικής διαλεκτικής IV, Αθήνα 2003, σ. 3155 επ.
24. Η συμβολή του άρθρου 13 του Π.Δ 131/2003 στην αποτροπή μεταγενεστέρων αλλοιώσεων των ηλεκτρονικών εγγράφων, ΕλλΔνη 45 (2004), 51 επ.
25. Μερικές παρατηρήσεις σχετικά με τη συμβολή της προφορικής και της μερικά ελεύθερης αποδείξεως στην ουσιαστική και ταχεία απονομή της δικαιοσύνης, Τόμος προς τιμήν Παναγιώτου Α. Καργάδου, Αθήνα 2004, σ. 445 επ.
26. Legal Status of Electronic Transactions, in: International Encyclopedia of Laws: CyberLaw in Greece, 2005, pp. 159 ff.
27. Δικονομικά ζητήματα από την οριστική εκδίκαση της αξιώσεως παραλείψεως ως αιτήσεως παροχής προληπτικής δικαστικής προστασίας,

- ΕΛΛΔνη 47 (2006), 1273 επ. = Τιμητικός Τόμος Κωνσταντίνου Δ. Κεραμέως ΙΙ, Αθήνα-Κομοτηνή 2010, σ. 837 επ.
28. Σχετικά με τη συμβολή της Πολιτικής Δικονομίας (1834) και της Ελληνικής Επιστήμης στη δημιουργία της ταυτότητας του Αστικού Δικονομικού Δικαίου. Το παράδειγμα της αγωγής, Αφιέρωμα στην Πελαγία Γέσιου-Φαλτσή, Θεσσαλονίκη 2007, 799 επ.
 29. Το πρόβλημα της συρροής αξιώσεων με αφορμή το άρθρο 6 του Π.Δ. 150/2001, Γενέθλιον Απόστολου Σ. Γεωργιάδη ΙΙ, Αθήνα 2006, σ. 1301 επ.
 30. Αστικό αδίκημα με μεγάλο αριθμό ζημιωθέντων. Μερικά δικονομικά ζητήματα, ΕΠολΔ 1 (2008), 312 επ.
 31. Some Remarks concerning the pre-trial Stadium and the Proceeding before the Court according to the Greek Code of Civil Procedure, in: *F. Carpi/M. Ortells Ramos*, Oral and Written Proceedings. Efficiency in Civil Procedure, Vol. I: General Reports. International Reports, Vallencia 2008, pp. 269 ff.
 32. Ακαδημαϊκός έπαινος (Laudatio) του Καθηγητού κ. Dieter Leipold, ΕΠολΔ 2 (2009), 12 επ.
 33. Über die Beweiskraft elektronischer Dokumente, ZZPInt 14 (2009), 177 ff.
 34. Civil Justice in Greece, Tokyo 2010 (από κοινού με τον Σπ. Τσαντίνη).
 35. Θεμελίωση της αιτιότητας στην περίπτωση συρροής ζημιογόνων παραγόντων, Τιμητικός Τόμος Μιχαήλ ΙΙ. Σταθόπουλου ΙΙ, Αθήνα-Κομοτηνή 2010, σ. 1521 επ.
 36. Enforcement of Settlement, in: *R. Stürner/M. Kawano* (eds.), International Contract Litigation, Arbitration and Judicial Responsibility in Transnational Disputes, Tübingen 2011, pp. 386 ff.
 37. Mass Tort Litigation, in: *R. Stürner/M. Kawano* (eds.), Comparative Studies on Business Tort Litigation, Tübingen 2011, pp. 193 ff.
 38. Oversimplified Procedures as “Alternatives” to the Ordinary Proceedings of First Instance, in: *R. Stürner/M. Kawano* (eds.), Comparative Studies on Enforcement and Provisional Measures, Tübingen 2011, pp. 365 ff.
 39. Role of Judges and Party Autonomy in Court – Facilitated Settlement, in: *R. Stürner/M. Kawano* (eds.), International Contract Litigation, Ar-

- bitration and Judicial Responsibility in Transnational Disputes, Tübingen 2011, pp. 369 ff.
40. Some Procedural Aspects concerning the Protection of Copyrightable Works in Digital Form, in: R. Stürner/M. Kawano (eds.), Cross Border Insolvency, Intellectual Property Litigation, Arbitration and Ordre Public, Tübingen 2011, pp. 249 ff.
41. The Greek Law of Execution. An Introduction, in: R. Stürner/M. Kawano (eds.), Comparative Studies on Enforcement and Provisional Measures, Tübingen 2011, pp. 68 ff.
42. Die freie Beweiswürdigung des Richters, ZZP 125 (2012), 41 ff.
43. Περί της οριοθέτησως της ελευθερίας της ιδιωτικής βουλήσεως στις εναλλακτικές μορφές επιλύσεως διενέξεων, ΕΠολΔ 5 (2012), 711 επ.
44. Some Remarks concerning the Probative Weight of Electronic Documents, in: M. Kengyel/Z. Nemessangi, Electronic Technology and Civil Procedure, Dordrecht-Heidelberg-New York-London 2012, pp. 279 ff.
45. Αλλαγή στη δομή της προδικασίας και χρονικά προκαθορισμένη εξέλιξη της διαδικασίας. Δύο προτάσεις για την αποτελεσματικότητα της απονομής της δικαιοσύνης, ΕΠολΔ 6 (2013), 616 επ. = Τιμητικός Τόμος για τον καθηγητή Νικόλαο Κ. Κλαμαρή Ι, Αθήνα-Θεσσαλονίκη 2016, σ. 469 επ.
46. Αρχές του δικαίου αποδείξεως στην πολιτική δίκη, Αθήνα-Θεσσαλονίκη 2013.
47. Εγγυήσεις ορθής κρίσεως περί τα πράγματα στο πλαίσιο της ελεύθερης αποδείξεως, ΧρΙΔ 13 (2013), 481 επ.
48. Παρέμβαση στο 37ο Πανελλήνιο Συνέδριο της ΕΕΔ, Ένωση Ελλήνων Δικονομολόγων, Ζητήματα Ασφαλιστικών Μέτρων, Αθήνα-Θεσσαλονίκη 2013, σ. 299 επ.
49. Περί της αστικής ευθύνης μετά την αμετάκλητη ακύρωση της αναγκαστικής εκτελέσεως. Συστηματική προσέγγιση δύο υπερόρων ρυθμίσεων (άρθρ. 940 § 3 και 914 ΚΠολΔ) ενοχικών σχέσεων, ΧρΙΔ 13 (2013), 721 επ. = Τιμητικός Τόμος για την Καθηγήτρια Έφη Κουνουγέρη-Μαυλεδάκη, 2016, 747 επ.
50. Η δοκιμασία της δικαστικής ανεξαρτησίας κατά την εκδίκαση δυσχερών υποθέσεων, ΕΛΛΔνη 56 (2015), 954 επ.
51. Παρέμβαση στο 39ο Συνέδριο της ΕΕΔ, Ένωση Ελλήνων Δικονομολόγων, Πρόσθετοι λόγοι ενδίκων μέσων και βοηθημάτων, 2015, σ. 67 επ.

52. Η αποτελεσματική απονομή της δικαιοσύνης στον πρώτο βαθμό υπό το πρίσμα των τροποποιήσεων του ν. 4335/2015, ΕΠολΔ 9 (2016), 6 επ. = Τμητικός Τόμος Νικολάου Θ. Νίκα, 2018, σ. 853 επ.
53. Η συμβολή των δικαστών στην αποτελεσματική απονομή της δικαιοσύνης στον πρώτο βαθμό με την εφαρμογή της διαδικασίας του Ν 4335/2015, ΕφΑΔ 9 (2016), 645 επ.
54. Provisional measures in family matters. A survey of the Greek Law, in: *K. Makridou/ G. Diamatopoulos* (eds.), *Provisional measures in Italian and Greek Procedural Law*, Athens-Thessaloniki 2016, pp. 57 ff.
55. Αστικό Δικονομικό Δίκαιο: Πανεπιστημιακές παραδόσεις, Θεσσαλονίκη 2017, β' έκδ. Θεσσαλονίκη 2019.
56. "Actio ad exhibendum" for the protection of the right to proof according to Greek law and the focus of the recent European legislation (Directive 2014/104/EU, Regulation (EU) 679/2016), ZZPInt 22 (2017), 129 ff.
57. Το ηλεκτρονικό έγγραφο, επίκαιρες νομολογιακές εφαρμογές, ΕΠολΔ 10 (2017), 105 επ.
58. "Actio ad exhibendum". Η φύση, οι δυσκολίες θεμελιώσεως και η σημασία αυτής για την παράκαμψη των αποδεικτικών δυσχερειών, ιδίως στις υποθέσεις του αθέμιτου ανταγωνισμού, ΕΠολΔ 11 (2018), 121 επ.
59. Ζητήματα νομιμοποίησης και υποκειμενικών ορίων των δεδικασμένων από την εξουσιοδότηση προς είσπραξη απαιτήσεων: Το παράδειγμα του άρθρου 2 § 4 Ν 4354/2015, ΕφΑΔΠολΔ 12 (2019), 609 επ.
60. Σκέψεις επί της συμβολής του ΚΠολΔ στην αποτελεσματική απονομή της δικαιοσύνης και ο ρόλος του Δικαστή, Αρμ 73 (2019), 661 επ.
61. Subjektive Grenzen der Rechtskraft, Chancengleichheitssatz und rechtliches Gehör, ZZP 133 (2020), 151 ff.

