

[Με αφορμή την ΑΠ 1566/2001¹]

Απόστολος Χελιδόνης
Λέκτωρ της Νομικής Σχολής Θράκης

I

Με εργαλείο την εξειδίκευση γενικών ρητρών η νομολογία αναλαμβάνει συχνά έναν αθέατο αλλά κρίσιμο δικαιοπλαστικό ρόλο². Την ανάγκη δικαιοπλαστικής παρέμβασης του δικαστή γεννά, ως γνωστό, το γεγονός ότι ο νόμος ως ανθρώπινο έργο, άλλοτε ηθελημένα και άλλοτε ακούσια, δεν προβλέπει πάντοτε όλες τις λεπτομέρειες, τις πρακτικές και τα πεδία εφαρμογής του, ώστε να παραμένουν συχνά αρρυθμιστά κρίσιμα περιστατικά. Άλλοτε πάλι, ο τρόπος ρύθμισης των περιστατικών δεν ανταποκρίνεται πλήρως στις ανάγκες και απαιτήσεις της κοινωνικοοικονομικής ζωής. Σε όλες αυτές τις περιπτώσεις, η νομολογία με την επικουρία και του άσπονδου φίλου της, της θεωρίας, συμπληρώνει ή και διορθώνει, κυρίως μέσω των μηχανισμών της *secundum*, *praeter* και εξαιρετικά της *contra legem* ερμηνείας³, αλλά και του μηχανισμού της αναλογίας και της τελολογικής συστολής⁴, ατέλειες, αδυναμίες ή και αβλεπίες του νομικού μας συστήματος⁵, με απώτερο στόχο τη «δικαιότερη» και πληρέστερη απονομή της δικαιοσύνης. Δίκαιο και δικαιοσύνη εξακολουθούν, υπό το πρίσμα αυτό, και σήμερα ακόμη να συνιστούν τεμνόμενους αλλά όχι σε όλες τις περιπτώσεις ταυτιζόμενους κύκλους⁶. Η εξισορρόπησή τους αποτελεί το μόνιμο και αγωνιώδες ερώτημα του νομικού μας πολιτισμού⁷.

Αυτή η κρυπτονομοθετική δραστηριότητα της νομολογίας είναι, ωστόσο, *inter legem*, όταν υλοποιείται με τρόπο, που δεν είναι αυθαίρετος και ενστικτώδης. Η δικαιοπλαστική εξουσία του δικαστή σε μια προηγμένη έννομη τάξη, όπως είναι και η δική μας, δεν θα πρέπει να εκφυλίζεται σε δικαιοδοσία του καδή (*Kadijustiz*). Για ν' αποφευχθεί ο κίνδυνος αυτός, η νομολογία οφείλει να προσανατολίζει το δικαιογονικό έργο της, στηριζόμενη στις συστημικές αρχές, που διέπουν και διαμορφώνουν το νομικό μας σύστημα, η διάγνωση των οποίων είναι αναμφίβολα έργο

* Προδημοσίευση από τον Τιμητικό Τόμο *Γεωργίου Κουμάντου*.

1. Η απόφαση δημοσιεύεται αμέσως παρακάτω, σελ. 32.

2. *Engisch*, Einführung in das juristische Denken, 1975, σελ. 106 επ., 108 επ.

3. *Κ. Σταμάτη*, Η θεμελίωση των νομικών κρίσεων/Εισαγωγή στη μεθοδολογία του δικαίου, 3η έκδ., 1997, σελ. 316 επ., *Σούβλα*, *Justi atque injusti scientia* - Μια εισαγωγή στην επιστήμη του δικαίου, 1995, σελ. 133 επ., *Αραβαντινού*, Εισαγωγή στην επιστήμη του δικαίου, 1983, σελ. 150 επ.

4. Βλ. *Κ. Παναγόπουλου*, Εισαγωγή στο δίκαιο και στο αστικό δίκαιο, 1999, σελ. 42 επ.

5. *Αραβαντινού*, Στοιχεία μεθοδολογίας του δικαίου, 1974, σελ. 21.

6. *Κ. Σταμάτη*, Δίκαιο και Δικαιοσύνη στην εποχή των ορίων, 2000.

7. *Rehbinder*, Einführung in die Rechtswissenschaft, 6η έκδ., 1988, σελ. 150 επ.

της θεωρίας⁸. Για το ιδιωτικό δίκαιο η νομολογία αναγνωρίζει επιπλέον ως προσανατολιστικό οδηγό της, εκτός από την ασφάλεια του δικαίου και την ασφάλεια των συναλλαγών. Προς ικανοποίηση δε αυτού του κρίσιμου τελευταίου στόχου, η ίδια αναγκάζεται συχνά να δοκιμάζει ή ακόμη και να διαρρηγνύει τα ακραία όρια του συστήματος σε βάρος της θεωρητικής τελειότητας και ακρίβειας, όταν οι λύσεις που επιφυλάσσει η συστηματική προσέγγιση εμφανίζονται μη ρεαλιστικές και αποκομμένες από τις πραγματικές ανάγκες της κοινωνικοοικονομικής ζωής. Η νομική επιστήμη δεν είναι, ως γνωστό, αυτοσκοπός αλλά έχει πρωτίστως πρακτικό προσανατολισμό. Η παραπάνω διαρκής ανανέωση του νομικού συστήματος διαμέσου του αδιάλειπτου και αδιόρατου διαλόγου θεωρίας και νομολογίας⁹ οδηγεί τελικά στην εμφάνιση νέων θεσμών, οι οποίοι παρεισφρύνουν στο δίκαιο είτε από την κερκόπορτα της ερμηνείας, είτε επιβάλλονται και ως εθιμικό δίκαιο¹⁰. Κλασικό, αν όχι σχολικό παράδειγμα, αυτής της κατηγορίας αποτελεί η περίπτωση της καταπιστευτικής μεταβίβασης κυριότητας κινητού, η οποία παρά τις επανειλημμένες και δικαιολογημένες ως ένα βαθμό επικρίσεις αξιολογής μερίδας της θεωρίας, που διείδε εν προκειμένω περίπτωση καταστρατήγησης νόμου¹¹, ρυθμίζεται ήδη με αυτοτελείς διατάξεις νόμου (ν. 2844/2000). Τα δογματικά ρήγματα παραμερίστηκαν βιαίως προς όφελος των συναλλαγών¹².

II

Οι παραπάνω γενικές δικαιομεθοδολογικές παρατηρήσεις κρίθηκε σκόπιμο να προηγηθούν, καθώς παρέχουν το γενικό πλαίσιο ερμηνείας και εξήγησης της διαδρομής της ελληνικής νομολογίας σ' ένα κρίσιμο πρακτικό ζήτημα, που ταλαιπώρησε όσο κανένα ίσως άλλο την ελληνική θεωρία του αστικού δικαίου. Πρόκειται για το ζήτημα του εικονικού τιμήματος σε πώληση ακινήτου. Η νομολογία των ανωτάτων δικαστηρίων μας προσπάθησε εν προκειμένω να συμβιβάσει τα δικαιολογικά και συστηματικά δεδομένα, χωρίς να λησμονεί ότι όφειλε να κινηθεί παράλληλα *inter legem*. Ανέκυψε, συγκεκριμένα, η ανάγκη να διαφυλαχθεί, αφενός μεν, η ακρίβεια και αξιοπιστία των εννοιών που διέπουν το νομικό υπόβαθρο του προβλήματος, αφετέρου δε, να μην αγνοηθούν οι σοβαρές κοινωνικοπολιτικές παράμετροι¹³, που χαρακτηρίζουν το πρόβλημα, οι οποίες, αν προσβάλλονταν, θα

8. *Friedrich Müller*, *Juristische Methodik*, 5η έκδ., 1993, σελ. 71 επ., *Canaris*, *Die Feststellung von Luecken im Gesetz*, 1983, *o. id.*, *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*, 1983, *passim*.

9. *Kriele*, *Theorie der Rechtsgewinnung*, 2η έκδ., 1967, σελ. 37 επ.

10. *Larenz*, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 2η έκδ., 1992, σελ. 325, *Πανταζόπουλου*, *Εισαγωγή εις την επιστήμην του δικαίου*, 1967, σελ. 110.

11. Πρβλ. αντί άλλων *Λωρή*, *Εμπράγματη ασφάλεια*, 1986, σελ. 82 επ.

12. Αντί άλλων *Απ. Γεωργιάδη*, *Η εξασφάλιση των πιστώσεων*, 2001, σελ. 588 επ.

13. *Καραγιάννη*, *Εικονικότητα περί το τίμημα επί πωλήσεως ακινήτου*, ΝοΒ 48, 1372.

μπορούσαν να ταράξουν τα θεμέλια και την ασφάλεια σοβαρού τμήματος των συναλλαγών. Το πόσο δύσκολο είναι για τον εφαρμοστή να ισορροπεί ανάμεσα στα δύο παραπάνω μεγέθη, αποδεικνύει πλήθος παραδειγμάτων, που δεν είναι παρά η ίδια η ιστορία της νομικής επιστήμης¹⁴. Η ιστορία του προβλήματος του εικονικού τιμήματος καταδεικνύει δηλ. για πολλοστή φορά το πώς και πόσο ο έλληνας δικαστής προβληματίστηκε και κατά καιρούς ταλαντεύτηκε ανάμεσα σε επιχειρηματολογίες, που επιχειρούν σύζευξη του σχολαστικισμού με την ανάγκη στήριξης της ζώσας πραγματικότητας, χωρίς ν' ανευρίσκεται πάντοτε η χρυσή τομή.

III

Η αναγραφή εικονικού τιμήματος στα πωλητήρια συμβόλαια που αφορούν κυρίως σε αγορές κατοικιών στις σύγχρονες ελληνικές μεγαλουπόλεις υπήρξε από την εποχή ακόμη έναρξης της βίαιης αστικοποίησης που γνώρισε η χώρα μας στις αρχές του αιώνα, κυρίως, όμως, μετά την ολοκλήρωση του 2ου παγκοσμίου πολέμου, μια εντεινόμενη πραγματικότητα. Εξελίχτηκε δε σε πρακτική, που με την πάροδο του χρόνου ριζώνει όλο και πιο βαθιά στη λειτουργία των σχετικών συναλλαγών και μάλιστα σε τέτοιο βαθμό, ώστε κάθε επέμβαση της πολιτείας π.χ. με διαμόρφωση νέων αντικειμενικών φορολογικών κριτηρίων, όπως αποδεικνύει και η πρόσφατη εμπειρία, ν' αποβαίνει άκαρπη και ατελέσφορη, σε δε δικαιοηθικό επίπεδο να εμφανίζεται μάλλον αθώα, καθώς δεν αποδείχτηκε ικανή να προσφέρει το πολυπόθητο νομικό πλαίσιο, που θα καταπειθεί τους ενδιαφερόμενους αγοραστές και πωλητές ν' αποφεύγουν αναγραφή ψευδούς τιμήματος στα πωλητήρια συμβόλαια που καταρτίζουν. Αυτή τη βασική δικαιοπολιτική και ρεαλιστική προσέγγιση έλαβε, αντίθετα, αδιάλειπτα υπόψη του ο έλληνας δικαστής, ο οποίος, μάλιστα, την εμπλούτισε με την πολύ πιο κρίσιμη διαπίστωση ότι η παραπάνω παγιωμένη τακτική δεν μπορεί να οδηγήσει σε συλλήβδην ανατροπές απειράριθμων συμβολαίων με το να χαρακτηρίζονται αυτά ως παράνομα ή άκυρα λόγω, ακριβώς, της ανακρίβειας του τιμήματος. Αυτό θ' αποτελούσε πραγματικό δυναμίτη για τις συναλλαγές και το πιστωτικό μας σύστημα. Φαίνεται δε – και αυτό διαθέτει σοβαρό δογματικό υπόβαθρο – ότι αγοραστής και πωλητής, όταν αναγράφουν εικονικό τίμημα, δεν αισθάνονται ότι παρανομούν ή ακριβέστερα δεν θεωρούν ότι θέτουν σε αμφιβολία αυτό καθαυτό το κύρος της συναλλαγής, που αποσκοπεί στη μεταβίβαση της κυριότητας του ακινήτου, το οποίο δεν θέλουν σε καμία περίπτωση να διακυβεύσουν. Το ότι, βεβαίως, αποκρύπτουν το πραγματικό ύψος του τιμήματος, υποδηλώνει αναμφίβολα έλλειψη ευαισθησίας ή και μειωμένο αίσθημα ευθύνης έναντι του κράτους, το οποίο για να ικανοποιήσει τις πολυποικίλες υποχρεώσεις του αναγκάζεται να ε-

14. Σ' αυτό το πρωτότυπο για την ελληνική βιβλιογραφία σκεπτικό κινήθηκε η έκθεση της ύλης στο πρόσφατο και πολύ ενδιαφέρον έργο του Π. Παπανικολάου, *Μεθοδολογία του Ιδιωτικού Δικαίου και Ερμηνεία των Δικαιοπραξιών*, 2000.

πιβάλλει φόρους. Σε καμία, όμως, περίπτωση, η στάση αυτή των συναλλασσομένων, δηλ. η προσπάθεια αποφυγής του περιστατικού που θα γεννήσει φόρο δεν θα πρέπει να εκτιμηθεί ως παράνομη συμπεριφορά με την κλασική για το ιδιωτικό δίκαιο έννοια του όρου, επειδή οι φόροι δεν είναι ακόμη γεννημένοι¹⁵ αλλά γεννώνται για πρώτη φορά με την επιχείρηση της ίδιας της συναλλαγής. Το παραπάνω κρίσιμο στοιχείο δεν αμφισβητήθηκε, μάλιστα, μέχρι σήμερα ποτέ σοβαρά από κανέναν.

IV

Σε ό,τι αφορά στην αυστηρή εννοιοκρατική εκτίμηση, όπως θα την επιχειρούσε ένας νομικός που δεν θα όφειλε να συνεκτιμήσει και δικαιοπολιτικές παραμέτρους με ιδιαίτερη σημασία για τη λειτουργία της αγοράς, αφετηριακό είναι εδώ το σημείο ότι κάθε πώληση, ως συνολικό, ανταλλακτικό φαινόμενο απαρτίζεται από τρεις συνολικά δικαιοπραξίες: Μία ενοχική, που είναι η πώληση καθεαυτή, η οποία προσφέρει και την αιτία της εμπράγματης μετακίνησης και δύο εμπράγματα δικαιοπραξίες, που αφορούν στα πλαίσια της αρχής της ειδικότητας που διέπει το εμπράγματο δίκαιο, η μεν πρώτη στην μεταβίβαση της κυριότητας του πράγματος, η δε δεύτερη στη μεταβίβαση του τιμήματος, δηλ. ορισμένης χρηματικής ποσότητας. Όταν δε πρόκειται για πώληση ακινήτου, οι δύο πρώτες δικαιοπραξίες από τις παραπάνω δικαιοπραξίες θα πρέπει, ως γνωστό, να περιβληθούν το συμβολαιογραφικό τύπο, η μεν ενοχική λόγω της ΑΚ 368, η δε εμπράγματη λόγω της ΑΚ 1033. Εδώ, όμως, ανακύπτει το πρόβλημα, αφού τα μέρη θέλουν ν' αποκρύψουν το αληθινό τίμημα¹⁶. Η μεν πώληση με το μη ηθελημένο, μικρότερο αλλά αναγραφόμενο στο συμβόλαιο τίμημα είναι τότε άκυρη ως εικονική (ΑΚ 138)¹⁷, η δε καλυπτόμενη αλλά πραγματικά ηθελημένη πώληση με το μεγαλύτερο τίμημα είναι άκυρη λόγω μη τήρησης του συστατικού τύπου που προβλέπει η ΑΚ 368, καθώς το τίμημα αποτελεί συστατικό στοιχείο της νομοτυπικής υπόστασης της πώλησης. Περαιτέρω, και η εμπράγματη δικαιοπραξία, που αναφέρεται στην κυριότητα του ακινήτου, είναι άκυρη, όχι, όμως, εξαιτίας της μη τήρησης τύπου, αφού το τίμημα δεν αποτελεί στοιχείο της εμπράγματης παρά μόνο της ενοχικής δικαιοπραξίας, αλλά επειδή η εμπράγματη δικαιοπραξία, που αφορά σε ακίνητα, είναι αιτιώδης¹⁸. Έτσι, λόγω της ακυρότητας της πώλησης (ΑΚ 159) λείπει η αιτία της εμπράγματης μετακίνησης.

15. Χελιδόνη, Το εικονικό τίμημα στην πώληση, ΕπΕΔ 2000, 874, 886 επ., με αναφορά στη γερμανική διάκριση ανάμεσα σε Steuerhinterziehung, που αποτελεί την εδώ εξεταζόμενη περίπτωση του εικονικού τιμήματος και Steuerumgehung.

16. Εποπτεία της σχετικής προβληματικής από Κορνηλάκη, Επίτομο Ειδικό Ενοχικό Δίκαιο, 2000, σελ. 73 επ., Φίλιου, Ενοχικό Δίκαιο - Ειδικό μέρος, 4η έκδ., 1998, τ. 2, 1 ημ., σελ. 219 επ.

17. Ζέπο, ΕνοχΔ ΕιδΜ, 2η έκδ., 1965, σελ. 50, Θεοδορόπουλου, Το κύρος αγοραπωλησίας εν αναγραφή ελάσσονος τιμήματος, ΕΕΝ 24, 615.

18. Απ. Γεωργιάδη, Εμπράγματο Δίκαιο, 1991, παρ. 6, αρ. 35 επ., Τούση, Εμπράγματο Δίκαιο, 4η έκδ., επανέκδ., 1988, σελ. 394 επ.

Στα κινητά, αντίθετα, δεν εμφανίζεται το πρόβλημα σ' αυτή την έκταση και κυρίως σ' αυτή τη μορφή, επειδή η μεταβίβαση της κυριότητας είναι έγκυρη με βάση την ΑΚ 1034. Η εν λόγω δικαιοπραξία είναι δηλ. άτυπη και το κυριότερο αναιτιώδης. Το τίμημα αναζητάται τελικά με τις διατάξεις του αδικαιολογήτου πλουτισμού¹⁹. Η μη πρόβλεψη του αναιτιώδους και για τις εμπράγματα μετακινήσεις ακινήτων δημιούργησε, λοιπόν, το πρόβλημα.

Στη Γερμανία²⁰, αντίθετα, το ζήτημα του εικονικού τιμήματος ήταν αμελητέο, εξαιτίας του γεγονότος ότι το εν λόγω δίκαιο επεκτείνει την αρχή του αναιτιώδους²¹ και σε εμπράγματα δικαιοπραξίες που αφορούν σε ακίνητα (παρ. 925 γερμ ΑΚ)²². Η έλλειψη δηλ. της αιτίας θεραπεύεται, όταν η εμπράγματα δικαιοπραξία λαμβάνει χώρα έγκυρα ενώπιον του υπαλλήλου του κτηματολογίου ή του συμβολαιογράφου ή του ειρηνοδίκη που είναι επιφορτισμένοι με ανάλογα καθήκοντα. Ίσως, λοιπόν, ο έλληνας νομοθέτης, που δεν φρόντισε κατά την εισαγωγή του νέου νόμου για το Εθνικό Κτηματολόγιο (ν. 2664/98) να υιοθετήσει την αρχή του αναιτιώδους και για τα ακίνητα στο ελληνικό δίκαιο, θα έπρεπε να επανεξετάσει τη θέση του αυτή, στο βαθμό που η παραπάνω αρχή είναι ιδιαίτερα εξυπηρετική για τις συναλλαγές, ενώ παράλληλα δεν διακυβεύεται με την ολοκλήρωση του κτηματολογίου κανένα σοβαρό συμφέρον, που θα δικαιολογούσε εμμόνη στην αρχή του αιτιώδους. Αν δηλ. συνέβαινε κάτι τέτοιο, το πρόβλημα του εικονικού τιμήματος θα έσβηνε ως δια μαγείας από το χάρτη των ζητημάτων, που ταλαιπωρούν χρόνια τώρα το ελληνικό αστικό δίκαιο. Είναι δε χαρακτηριστικό ότι μόνο στην Ελλάδα και στην Ελβετία²³ το συγκεκριμένο πρόβλημα πήρε τόσο μεγάλες διαστάσεις εξαιτίας του ότι Ελβετοί και Έλληνες επιμένουν στην αρχή του αιτιώδους χαρακτήρα των εμπράγματων δικαιοπραξιών (εμείς τουλάχιστο εισαγάγαμε την αρχή μόνο επί ακινήτων), κατ' απόκλιση της αναιτιώδους για κινητά και ακίνητα ρωμαϊκής *traditio*.

Η νομολογία του ΑΠ γνώρισε διάφορες φάσεις, τις οποίες επεξεργάστηκε εκτενώς και σχολίασε μέχρι τώρα η ελληνική θεωρία, δεν είναι δε η παρούσα θέση η κατάλληλη, για να επιχειρηθεί μια εκ νέου ιστορική αναδρομή στο πρόβλημα²⁴. Εκείνο που έχει εδώ μεγαλύτερη σημασία είναι να τονισθεί ότι οι δικαστές του ΑΠ

19. *Μιχελάκη*, ΕρμΑΚ, Εισπαρ εις άρθρ 127-200, αρ. 52.

20. Πρβλ. ενδεικτικά *Flume*, Allgemeiner Teil des Rechts II - Das Rechtsgeschäft, 4η έκδ., 1992, σελ. 406, *Larenz*, Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, 5η έκδ., 1980, σελ. 332 επ., *Köhler*, BGB - Allgemeiner Teil, 20η έκδ., § 14 II 2 d, *Hübner*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 1985, αρ. 438.

21. *Eickmann*, Grundbuchverfahrensrecht, 1994, sel. 197.

22. Πρβλ. *Baur/Stürner*, Lehrbuch des Sachenrechts, 16η έκδ., σελ. 232 επ.

23. *Pfister*, Der Schutz des öffentlichen Glaubens im schweizerischen Sachenrecht, 1969, σελ. 235 επ.

24. Πρβλ. την εποπτεία της συζήτησης από *Παντελίδου*, Τίμημα και εικονικότητα, ΝοΒ 49, 1273 επ., *Χελιδόνη*, ο.π., 874 επ.

θέλησαν σε όλη τη διαδρομή του προβλήματος να ενδύσουν την πολύ ρεαλιστική θέση ότι το εικονικό τίμημα δεν πρέπει να θέτει σε αμφισβήτηση το αποτέλεσμα και το κύρος της συνολικής συναλλαγής με νομικό περίβλημα. Με τον απώτερο αυτό στόχο της νομολογίας του ΑΠ θα ήταν δε άστοχο να διαφωνήσει κανείς, εκτιμώντας, βεβαίως, την αναστάτωση που θα επέφερε μια τέτοια λύση στις συναλλαγές. Επιφυλάξεις γείρονται, αντίθετα, ως προς την επιχειρηματολογία που ακολούθησε. Από τη δεκαετία, του '70 η νομολογία του ΑΠ στο συγκεκριμένο πρόβλημα παγιώθηκε σε δύο σημεία, που είναι εν συντομία τ' ακόλουθα: Αφενός μεν, ότι η εικονική πώληση με το μικρότερο αναγραφόμενο τίμημα διασώζεται μέσω του μηχανισμού της μερικής ακυρότητας της ΑΚ 181, συνεπώς, η πώληση για το μικρότερο τίμημα είναι έγκυρη. Τη σκέψη αυτή διατύπωσε ο Λιτζερόπουλος²⁵, η οποία, αν και έχει σοβαρές δογματικές και ερμηνευτικές αδυναμίες²⁶, κέρδισε αμέσως την προτίμηση των ελλήνων δικαστών, κυρίως, γιατί προσέφερε ως από μηχανής θεός τη σανίδα σωτηρίας της εμπράγματης δικαιοπραξίας, διασώζοντας την πολυπόθητη αιτία της, ώστε να μπορεί αυτή πλέον ν' αναπτύξει τα έννομα αποτελέσματά της. Αφετέρου δε, ως δεύτερος πυλώνας της θέσης του ΑΠ ήρθε η θέση ότι το μεγαλύτερο τίμημα, εφόσον καταβάλλεται από τον αγοραστή, δεν μπορεί ν' αναζητηθεί παρά μόνον πέραν του ύψους της αντικειμενικής αξίας του ακινήτου μέσω του θεσμού του αδικαιολογήτου πλουτισμού^{27, 28}.

Η παραπάνω λύση πρόσφερε έτσι μια βολική διέξοδο στο πρόβλημα, χωρίς να το λύνει και οριστικά, καθώς τα συστηματικά προβλήματα παρέμειναν. Με τη δέουσα εδώ συντομία αξίζει να συνοψισθεί η κριτική που ασκήθηκε στην παραπάνω νομολογία. Κυρίαρχα είναι τα εξής δύο σημεία: Κατ' αρχάς, η θέση περί μερικής ακυρότητας, η οποία παρά το πρακτικά ορθό αποτέλεσμα, στο οποίο η ίδια οδηγεί, είναι συστηματικά παράδοξη και αντιφατική. Διότι, πώς είναι δυνατόν να γίνεται λόγος για μερική ακυρότητα, όταν είναι βέβαιο ότι τα μέρη δεν θέλουν το μικρότερο εικονικό τίμημα παρά μόνο το μη αναγραφέν μεγαλύτερο²⁹. Η ΑΚ 181 αποτελεί περίπτωση συμπληρωματικής ερμηνείας από το νόμο, συνεπώς, ισχύει όταν τα μέρη θέλουν το λιγότερο τίμημα, υπό τον όρο, όμως, ότι αγνοούσαν την απόλυτη ακυρότητα. Αυτά, όμως, γνωρίζουν καλά την ακυρότητα της πώλησης και δεν αποκλείουν σε καμία περίπτωση αναζήτηση του καθολικού τιμήματος. Είναι βέβαιο

25. Μερική ακυρότης της δικαιοπραξίας κατ' αποκλεισμόν της ολικής, *Εράνιον Μαριδάκη*, σελ. 405, *ιδ.*, Συγκάλυψς συμβάσεως υποκειμένης εις συμβολαιογραφικόν τύπον υπό άλλην εικονικώς καταρτιζομένην συμβολαιογραφικήν σύμβασιν ΕΕΑΝ 63, 255, επ' αυτού *Μπαλή*, Γενικαί Αρχαί, 8η έκδ., 1961, σελ. 130 επ., *Αραβαντινού*, Παρατηρήσεις στην ΠρΧαλκ 535/1951, ΕΕΝ 1952, 242, *Καρακατσάνη*, σε Γεωργιάδη - Σταθόπουλο, άρθρ. 138-139, αρ. 10.

26. Πρβλ. και *Καρύμπαλη - Τσίπτσιου*, Η ακυρότητα λόγω εικονικότητας, 1998, σελ. 134 επ.

27. Πρβλ. ενδεικτικά ΑΠ 560/1974.

28. ΑΠ 95/1999 και 1616/1999, περισσότερα από *Χελιδόνη*, ο.π., σελ. 896 επ.

29. Έτσι, πάντως, η κρατούσα γνώμη, πρβλ. *Καράση*, σε Γεωργιάδη - Σταθόπουλο, άρθρ. 181, αρ. 1.

ότι τα μέρη δεν θέλουν ως συμβιβαστική λύση μόνο το μικρότερο τίμημα χωρίς εφαρμογή συμπληρωματικά είτε του θεσμού του αδικαιολογήτου πλουτισμού ή, τέλος πάντων, χωρίς να διασφαλίζουν την καταβολή του συνολικού μη έγκυρου τιμήματος. Το γεγονός αυτό αποδεικνύουν περίτρανα οι ίδιες οι συναλλαγές, όπου συντάσσεται το εμφανώς μειωμένης αξίας αντέγγραφο³⁰, ενώ εκδίδονται και οι πολύ σημαντικότερες συναλλαγματικές για το μεγαλύτερο, πραγματικό τίμημα. Δεύτερο σημείο κριτικής είναι ότι η μέχρι πρόσφατα κυρίαρχη λύση προδίδει μια μάλλον παιδευτική λειτουργία της νομολογίας του ΑΠ, που φαίνεται να μη δίνει ιδιαίτερη σημασία στο τί πραγματικά θέλησαν τα μέρη. Ως αρνητικό θα πρέπει δηλ. να εκτιμηθεί το γεγονός ότι ο πωλητής δεν μπορεί τελικά ν' αναζητήσει με κάποια νομική βάση το μεγαλύτερο τίμημα, που αποτέλεσε αναμφίβολα το λόγο, για τον οποίο ο πωλητής προέβη στη συναλλαγή.

Υπό το πρίσμα αυτού του δεύτερου στοιχείου, η θέση του ΑΠ καταλήγει τελικά σε άδικα αποτελέσματα. Η νομολογία του ΑΠ, που δέχτηκε τη δογματικά έωλη λύση της μερικής ακυρότητας, εξαντλεί τη σχολαστικότητα της στο ζήτημα του αδικαιολογήτου πλουτισμού. Ο αγοραστής αποκτά έτσι μέρος της αξίας πράγματος σε βάρος της παρουσίας του πωλητή, αφού γι' αυτό το ποσοστό δεν κατέβαλε το αναλογούν τίμημα. Η λύση της μερικής ακυρότητας αφήνει δηλ. την εντύπωση ότι από το πρόσθετο τίμημα παραιτείται τελικά ο πωλητής, πράγμα που δεν είναι αληθές. Η μερική ακυρότητα οδηγεί, με άλλα λόγια, σ' ένα αποτέλεσμα *ad absurdum*, αφού εμμέσως πλην σαφώς καταλήγει σε μίκτη δωρεά, γεγονός που δεν ευσταθεί ενόψει των περιστατικών και των αιτιών απόκρυψης του πραγματικού τιμήματος από τα μέρη. Μπροστά σ' αυτό τον φαύλο κύκλο, διερωτάται κανείς, αν υπάρχει άλλη διέξοδος, που θα λαμβάνει υπόψη τη κρίσιμη δικαιοπολιτικά διατήρηση της εγκυρότητας της εμπράγματης μετακίνησης, χωρίς, όμως, και να στραγγαλίζει ή ν' αλλοιώνει την εξίσου σημαντική ιδιωτική αυτονομία, χωρίς, με άλλα λόγια, να παραιτείται ή ν' αγνοεί αυτά που συμφώνησαν τα μέρη πραγματικά, έστω και άτυπα.

V

Σύμφωνα με την ελβετική λύση, από τη στιγμή που τηρήθηκε ένα συμβολαιογραφικό έγγραφο, συνεπώς, υπάρχει ένας ορατός εξωτερικός τύπος, έστω ελαττωματικός, ο αγοραστής δεν μπορεί εκ των υστέρων να επικαλεστεί την ελαττωματικότητα του, όταν σκόπιμα συνέβαλε στην ελαττωματικότητά του. Έστω και μ' έμμεσο τρόπο, δηλ. με αναγωγή στην ΑΚ 281, αποκαθίσταται ο ελαττωματικός μεν αλλά υπαρκτός τύπος³¹. Η λύση αυτή προϋποθέτει, βεβαίως, ότι η μέχρι τώρα κυρίαρχη αλλά συστηματικά πλήρως αστήρικτη θέση περί μερικής ακυρότητας εγκαταλείπεται οριστικά. Φοβούμαι, εν τούτοις, παρά την αισιοδοξία που εξέφρασα σε

30. Επ' αυτού *Δελιγιάννη/Κορνηλάκη*, Ειδικό Ενοχικό Δίκαιο Ι, 1992, παρ. 32 Α.

31. *Zeller, Treu und Glauben und Rechtsmissbrauchsverbot*, 1981, σελ. 390 επ.

άλλη ευκαιρία ότι η λύση αυτή, αν και συστηματικά ορθότερη, δύσκολα θα βρεί υποστηρικτές³² και θα επηρεάσει την ελληνική νομολογία, αφού δεν διαφέρει θεαματικά ως προς το αποτέλεσμα από τη λύση της πλήρως αστήρικτης θέσης για τη μερική ακυρότητα: Μ' αυτό εννοείται κυρίως ότι και μέσω της ΑΚ 281, δεν διευκρινίζεται με ποιά νομική βάση θ' αναζητηθεί το επιπλέον, μεγαλύτερο, ηθελημένο και άκυρο τίμημα, που δεν αναγράφεται στο συμβόλαιο της πώλησης. Εδώ, όμως, κρύβεται η καρδιά του προβλήματος. Ο γράφων είναι της γνώμης ότι θα πρέπει ν' αναζητηθεί μια λύση που και το κύρος της εμπράγματης δικαιοπραξίας θα διασώσει και την αναζήτηση του μεγαλύτερου και ηθελημένου τιμήματος θα εγγυάται. Μια τέτοια λύση είναι δικαιοπολιτικά η ορθότερη, αφού δεν φαίνεται να παρανομούν τα μέρη, όταν αποκρύπτουν το τίμημα, καθώς δεν υπάρχει γενική υποχρέωση ν' ακολουθούνται λύσεις από τους συμβαλλομένους που γεννούν αναγκαστικά μεγαλύτερο φόρο.

Η ανάγνωση της σχετικής βιβλιογραφίας και της σχετικής νομολογίας δημιουργούν την εντύπωση ότι ενδόμυχη επιθυμία της θεωρίας είναι με κάποιο τρόπο να «τιμωρηθούν» τα μέρη για την ελεγχόμενη ηθικά συμπεριφορά τους ν' αποκρύψουν το τίμημα. Ωστόσο, αυτό δεν μπορεί να είναι ορθό. Η απόκρυψη του τιμήματος δεν αποτελεί, ως γνωστό, περίπτωση «μαύρης αγοράς» (Schwarzmarkt). Θα πρέπει να γίνει κατανοητό ότι είναι άλλο πράγμα η μαύρη αγορά και άλλο η αδιαφανής πώληση (Schwarzkauf)³³. Αν δεχτεί κανείς το παραπάνω σκεπτικό ότι η αδιαφανής πώληση δεν είναι παράνομη πώληση, τότε η αναζήτηση μόνο του αναγραφέντος τιμήματος είναι αναμφίβολα άδικη. Προς αποκατάσταση αυτής της αδικίας δεν φαίνεται να υπάρχουν δε πολλές διέξοδοι, που θα διευκόλυναν αναζήτηση της πραγματικής αξίας του πράγματος που έγκυρα αλλάζει χέρια. Η λύση θα πρέπει αναγκαστικά ν' αναζητηθεί στο δίκαιο του αδικαιολογήτου πλουτισμού, αφού δικαιοπρακτική δέσμευση για το επιπλέον τίμημα δεν υπάρχει.

Η θεωρία δεν αναζήτησε μέχρι τώρα την εφαρμογή του αδικαιολογήτου πλουτισμού στη μόνη συστηματικά πρόσφορη κατεύθυνση, αφού δεν ασχολήθηκε με το σκεπτικό της *condictio ob rem*, δηλ. της αξίωσης για μη επακολουθήσασα αιτία. Ποιό είναι ακριβέστερα εδώ το σκεπτικό; Ο πωλητής που δέχεται ν' αναγραφεί το μικρότερο τίμημα με κίνδυνο να μην το εισπράξει από τον ενδεχόμενα ασυνεπή αγοραστή, δέχεται στην πραγματικότητα να επιχειρηθεί πώληση συνοδευόμενη άτυπα με τη βάσιμη προσδοκία ότι θα καταβληθεί κάποτε και το επιπλέον τίμημα από τον αγοραστή, το οποίο αναμφίβολα δεν επιθυμεί να χαρίσει. Αυτό είναι άλλωστε, ακριβώς, και το νόημα του αντεγγράφου και των συναλλαγματικών που κατά κανόνα εκδίδονται από τον αγοραστή εις διαταγήν του πωλητή. Ο πωλητής δηλ.

32. Μέχρι σήμερα μόνον οι *Σημαντήρας*, Γενικές Αρχές, αρ. 713, *Χελιδόνης*, ο.π., υιοθετούν αυτήν την άποψη.

33. Βλ. όμως *Παπαδημητρίου*, Παρατηρήσεις στην ΑΠ 395/60, ΕΕΝ 27, 846.

δεν χαρίζει το παραπάνω τίμημα αλλά είναι βέβαιος ότι θα καταβληθεί, αλλιώς δεν θα προέβαινε στη συναλλαγή. Αυτή του η πρόσθετη προσδοκία, που με όρους αγγλικής ορολογίας θ' αποτελούσε μια gentlemen agreement, δεν είναι προϊόν δικαιοπρακτικής δέσμευσης, ούτε μπορεί να θεωρηθεί σιωπηρός όρος της πώλησης, ούτε πολύ περισσότερο συνιστά δικαιοπρακτικό θεμέλιο. Αγγίζει λειτουργικά όλα τα παραπάνω μορφώματα, χωρίς να είναι τίποτε από αυτά. Το μεγαλύτερο τίμημα παραμένει σε κάθε περίπτωση άκυρο³⁴. Αν δεν είναι, όμως, σε δογματικό επίπεδο κάτι από τα παραπάνω, θα είναι κάτι εννοιολογικά και λειτουργικά λιγότερο με νομική, πάντως, σημασία³⁵. Η έγκυρη λόγω ΑΚ 181 μεταβίβαση του ακινήτου ενέχει, κατά τη γνώμη του γράφοντος, έναν συγκεκριμένο αλλά ορατό, με προσεκτικότερη ματιά, σκοπό επίδοσης του πωλητή, προκειμένου να καταπειστεί ο αγοραστής να καταβάλλει το πρόσθετο τίμημα³⁶. Αυτή η καταβολή θα πρέπει, όμως, να στηρίζεται σε νόμιμη αιτία, που θα ενσωματώνει την προς επακολούθηση αιτία, γιατί

34. Αξίζει να μνημονευθεί εδώ μια περίπτωση, που αντιμετώπισε ο γερμανικός BGH, NJW 1976, 237, η οποία παρουσιάζει λειτουργικές ομοιότητες με την εδώ εξεταζόμενη περίπτωση του εικονικού τιμήματος και η οποία έδωσε, είναι αλήθεια, το έναυσμα για την διατύπωση της εδώ κατασκευής περί *condictio ob rem*: Οι σύζυγοι που χώρισαν, κατήρτισαν συμφωνία, με την οποία μοίρασαν τα κοινά, που έπρεπε να περιβληθεί συμβολαιογραφικό έγγραφο, για να είναι έγκυρη. Για ν' αποφύγουν τα έξοδα δεν κατήρτισαν συμβόλαιο αλλά μοίρασαν τα πράγματά τους άτυπα. Ο ένας από τους συζύγους εισέπραξε 150.000 γερμανικά μάρκα αλλά αρνούταν να παραδώσει τα πράγματα, επικαλούμενος την ακυρότητα. Ισχυριζόταν δε εφαρμογή της αντίστοιχης ΑΚ 905 (παρ. 814 γερμΑΚ), γιατί ο άλλος σύζυγος πλήρωσε ενώ γνώριζε την ακυρότητα. Το γερμανικό ακυρωτικό, λοιπόν, αποφάσισε ότι εδώ υπάρχει εφαρμογή της *condictio ob rem*, γιατί ο ένας σύζυγος πλήρωσε με την ελπίδα ότι και ο άλλος σύζυγος θα κατέβαλε τα πράγματα, ακόμη και αν δεν τα χρωστούσε. Αυτή η καταβολή θα ήταν η προς επακολούθηση αιτία, πρβλ. σχετικά *Loewenheim*, *Bereicherungsrecht*, 2η έκδ., 1997, σελ. 68 επ.

35. Πρβλ. *Σταθόπουλου*, Γενικό Ενοχικό Δίκαιο, 3η έκδ., 2000, σελ. 337.

36. Την ακριβώς αντίστροφη περίπτωση αναφέρει ο (Larenz-) *Canaris*, *Lehrbuch des Schuldrechts*, Bd. II, Hbd.2, *Besonderer Teil*, 13η έκδ., 1994, σελ. 152, που διαβλέπει *condictio ob rem*, «wenn der Käufer den Kaufpreis auf einen Vertrag über ein Grundstück bezahlt, dessen Formnichtigkeit den Parteien bekannt ist, und der andere Teil dann abredewidrig seinerseits die Erfüllung verweigert, so dass die Heilung des Mangels nach § 313 S. 2 BGB verhindert wird». Ανάλογο το παράδειγμα που αναφέρει ο *Fikentscher*, *Schuldrecht*, 9η έκδ., αρ. 1104: «K will von V ein Grundstück erwerben. Um Steuern zu sparen, wird ein niedrigerer Kaufpreis beurkundet, als tatsächlich gelten soll. Der protokollierte Vertrag ist als Scheingeschäft nach § 117 I nichtig. Das tatsächlich gewollte Geschäft i.S.d. § 117 II ist nach §§ 313 S. 1, 125 formnichtig und bleibt es, sofern nicht das Eigentum am Grundstück übertragen wird, § 313 S. 2. V verweigert die Eigentumsübertragung, obwohl K inzwischen den vollen Kaufpreis gezahlt hat. Die *condictio indebiti* nach § 812 I 1 Alt. 1 greift zugunsten des K nicht ein, soweit K in Kenntnis der Nichtigkeit des Kaufvertrags gezahlt hat. Allerdings kann K sein Geld nach § 812 I 2 Alt. 2 zurückfordern. Alleinige Grundlage der Zahlung war die Erwartung der späteren Eigentumsübertragung und damit das spätere Zustandekommen des Kaufvertrags (BGH JZ 1961, 699; BGH WM 1971, 1202; BGH NJW 1976, 237)». Η ελληνική νομολογία έχει την ακριβώς αντίστροφη περίπτωση υπόψη, δηλ. έγκυρη μεταβίβαση ακινήτου (Εigentumsübertragung) και προσδοκώμενη πληρωμή (spätere Zahlung). Τα συστηματικά δεδομένα, όμως, δεν αλλάζουν.

μόνη της η καταβολή δεν αποτελεί, βεβαίως, αιτία. Είναι απλώς διαθετική δικαιοπραξία³⁷. Αν αυτή η νόμιμη, συνεπώς, ενοχική αιτία δεν επακολουθήσει, τότε και μόνο τότε η έγκυρη λόγω ΑΚ 181 εμπράγματη μετακίνηση είναι δικαιοπολιτικά έωλη, είναι, με άλλα λόγια, αδικαιολόγητη. Η αιτία αυτή δεν μπορεί, όμως, να είναι άλλη από μια νέα επικυρωτική δικαιοπραξία (πώληση), που θα καταγράφει τελικά συμβολαιογραφικά και το υπερβάλλον πραγματικό τίμημα. Για το μέρος δηλ. που η πώληση ακυρώνεται λόγω ΑΚ 159, και εφόσον έχουμε να κάνουμε με μερική ακυρότητα (ΑΚ 181), έρχεται ως αιτία αυτή ακριβώς η αναμενόμενη στο μέλλον επίδοση του υπολειπόμενου τιμήματος μέσω συμβολαιογραφικής επικύρωσης και του υπερβάλλοντος τιμήματος. Ακριβώς, αυτές τις περιπτώσεις έρχεται, ως γνωστό, ν' αντιμετωπίσει και ν' αποκαταστήσει η *condictio ob rem*³⁸ (*causa futura*)³⁹. Η αιτία⁴⁰, με άλλα λόγια, για την εγκυρότητα της εμπράγματης δικαιοπραξίας της κυριότητας του ακινήτου δεν είναι μόνο η μερικώς έγκυρη πώληση⁴¹, όπως μέχρι σήμερα γινόταν δεκτό, αλλά το σύμπλεγμα αυτής με την προσδοκία ότι θα επακολουθήσει η καταβολή και του υπολειπόμενου, στο μεταξύ, επικυρωθέντος τιμήματος. Συνεπώς, αν ο αγοραστής αργότερα αποφασίσει εκ του πονηρού να μην εξοφλήσει το τίμημα, διατρέχει τον κίνδυνο, να στραφεί εναντίον του ο πωλητής με αγωγή αδικαιολογήτου πλουτισμού λόγω της *condictio ob rem*, με την οποία θα ζητά από αυτόν επιστροφή της αρχικά έγκυρης εμπράγματης δικαιοπραξίας της κυριότητας, δηλ. θα του ζητά επιστροφή της κυριότητας του ακινήτου, επειδή ο αγοραστής δεν τήρησε την υπόσχεσή του, που έδωσε κατά την επίδοση της κυριότητας του ακινήτου, δηλ. να συνομολογήσει στην επικύρωση της πώλησης με το μεγαλύτερο τίμημα⁴². Με την άποψη αυτή επέρχεται πλήρης εναρμόνιση με το πε-

37. Η προκαταβολή τιμήματος κατά πάγια άποψη αποτελεί *condictio ob rem*, πρβλ. Απ. Γεωργιάδη, Ενοχικό Δίκαιο - Γενικό Μέρος, 2000, σελ. 557, Σταθόπουλο, σε Γεωργιάδη - Σταθόπουλο, άρθρ. 904, αρ. 93.

38. Πρβλ. Φουρκιώτη, Η *condictio causa data causa non secuta*, 1939, σελ. 96, όπου εξετάζεται το ζήτημα της παροχής «δι' άλλην συναφθισομένην δικαιοπραξίαν», πρβλ. και Φίλιου, Ενοχικό Δίκαιο - Ειδικό Μέρος, τ. 2, 1 ημ., σελ. 175 επ.

39. Βλ. και Γιαννιού, Απαίτησις αδικαιολογήτου πλουτισμού, 1967, σελ. 140 επ.

40. Βλ. σχετικά και Καρασή, Γενικές Αρχές του Αστικού Δικαίου/Δικαιοπραξία Ι, 1996, σελ. 147, υποσ. 125.

41. Είναι χαρακτηριστικό ότι ο Σταθόπουλος, Αξίωσις αδικαιολογήτου πλουτισμού, 1972, σελ. 92, εξετάζοντας την αξίωση για μη επακολουθήσασα αιτία παρατηρεί σε σχέση με την εμβέλεια της σχετικής *condictio*: «Ούτως, επί αφηρημένης υποσχέσεως χρέους (άρθρ. 873 ΑΚ), σκοπούσης να καλύψη ελάττωμα της υποκειμένης σχέσεως, θα ήτο αντίθετος προς τον σκοπόν τούτον η επίκλησις του εν λόγω ελαττώματος προς ανατροπήν του εκ της αφηρημένης υποσχέσεως πλουτισμού. Ούτος δέον να θεωρηθή δεδικολογημένος, παρά το χωλαίνον ενοχικόν υπόβαθρον».

42. Να προσθέσουμε επίσης ότι ο συνδυασμός της *condictio ob rem* με τη μερικά έγκυρη πώληση δεν είναι άστοχος ή αντιφατικός. Βεβαίως, δεν μπορεί η ίδια παροχή να οφείλεται ως αδικαιολόγητος πλουτισμός αλλά ταυτόχρονα και από έγκυρη ενοχική σύμβαση. Αλλά δεν πρόκειται περί αυτού. Η

ριεχόμενο της ΑΚ 181, που απαιτεί συναίνεση των συμβαλλομένων κατά τη λύση της μερικής ακυρότητας, χωρίς να υπονοείται δωρεά. Αυτό που λείπει, για να είναι δικαιολογημένη η μεταβίβαση της κυριότητας είναι η επικύρωση με συμβολαιογραφικό έγγραφο (ΑΚ 183) και του υπολειπομένου τιμήματος. Η λύση αυτή είναι η δικαιότερη τελικά, διότι και την ιστορία του προβλήματος λαμβάνει υπόψη και τα πραγματικά και τα κρίσιμα δικαιοπολιτικά δεδομένα δεν αγνοεί. Τέλος, διορθώνει και τη λύση της νομολογίας του ΑΠ, που περιορίζεται μόνο σε αναζήτηση του αναγραφέντος τιμήματος. Η *condictio ob rem* πιέζει έτσι έμμεσα ν' αποδοθεί το πράγματι ηθελημένο υψηλότερο τίμημα με τήρηση νέου συμβολαίου, αφού σε τελική ανάλυση μόνο αυτό συμφώνησαν και θέλησαν πράγματι τα μέρη. Μόνο δε έμμεσα ασκείται στον αγοραστή πίεση να εξοφλήσει το τίμημα που αρχικά υποσχέθηκε. Αν δεν καταβληθεί τελικά το πραγματικό μεγαλύτερο τίμημα ασκείται από τον πωλητή η *condictio ob rem*, αν πάλι αυτό καταβληθεί χωρίς να επιχειρηθεί η επικυρωτική δικαιοπραξία, βρίσκει εφαρμογή η ΑΚ 905 για εν γνώσει καταβολή αχρεώστητης παροχής μέχρι του ύψους της αντικειμενικής αξίας του πράγματος.

Όπως και να έχει το πράγμα, η φορολογική μεταχείριση του αγοραστή δεν θα πρέπει να συσκοτίσει την εκτίμηση των περιστατικών από την οπτική γωνία του ιδιωτικού δικαίου⁴³. Η θέση του ΑΠ ότι μόνο το αναγραφόμενο τίμημα θα πρέπει ν' αναζητείται, προσδίδει στο ανώτατο δικαστήριο μια παιδευτική νοοτροπία, που δεν την έχει ανάγκη και είναι επιπλέον μειωμένης αποτελεσματικότητας. Ο ΑΠ διαφύλλασσει χωρίς να τιμωρεί με γενικοπροληπτική αξιολόγηση για αποφυγή κάθε ανέντιμης και ασυνεπούς συμπεριφοράς σε άλλους κλάδους του δικαίου τη λειτουργία των συναλλαγών, τη στιγμή που είναι ιδιαιτέρως αμφίβολο αν η απόκρυψη του τιμήματος είναι παράνομη συμπεριφορά. Δεν είναι δε, κατά τη γνώμη του γράφοντος, έργο της νομολογίας των πολιτικών δικαστηρίων να επικρίνει μια αθέμιτη, φορολογικώς, συμπεριφορά, όπως είναι η μη αναγραφή του καθολικού τιμήματος, όταν η δικαιοπραξία που είναι προϊόν μιας τέτοιας βούλησης δεν είναι κατ' ΑΚ 174 παράνομη⁴⁴ αλλά να διαπιστώνει, αν αυτή η συμπεριφορά συνιστά και αθέμιτη εκδήλωση της δικαιοπρακτικής ελευθερίας ή προσβάλλει με άλλο τρόπο τις συναλλαγές. Κάτι τέτοιο, όμως, δεν συμβαίνει. Τα πράγματα θα ήταν, βεβαίως, πολύ

παροχή του τιμήματος διασπάται σ' ένα έγκυρο μέρος (μειωμένο τίμημα) και σ' ένα άκυρο (υπερβάλλον τίμημα). Σ' αυτό αναφέρεται έμμεσα η *condictio ob rem*. Μέχρι τώρα δεν εξετάστηκε εφαρμογή αυτής της αξίωσης σε σχέση με τη μερική ακυρότητα. Η μερική ακυρότητα σημαίνει ακριβώς ότι η νόμιμη αιτία για την εμπράγματη μετακίνηση δεν είναι ολοκληρωμένη, όταν αφορά σε συστατικό στοιχείο της σύμβασης, εν προκειμένω στην αντιπαροχή, δηλ. το τίμημα. Θα πρέπει ν' ακολουθήσει επικύρωση και του εναπομένου άκυρου μέρους της πώλησης, αν δεν θέλουμε, η ΑΚ 181 να μετατρέπει την ενοχική αιτία από πώληση σε μικτή δωρεά.

43. Πρβλ. και *Φωτόπουλο*, Η φορολογία μεταβίβασης ακινήτων Α', 1999, αρ. 77, κατά τον οποίο η φορολογική μεταχείριση δεν επηρεάζει το κύρος της εμπράγματης δικαιοπραξίας.

44. Έτσι όμως η *Σωσίδου*, Πώληση του ακινήτου με εικονικό τίμημα, Αρμ. 40, 368 επ.

διαφορετικά, μόνο εφόσον ο νόμος προέβλεπε ρητή διάταξη, η οποία θ' απαγόρευε την αναγραφή ψευδούς τιμήματος. Συνεπώς, η πώληση θα ήταν άκυρη τότε λόγω ΑΚ 174, αφού το τίμημα αφορά περιεχόμενο της σύμβασης πώλησης, οπότε θα ήταν συζητήσιμη και η σύζευξη με την ΑΚ 181⁴⁵. Η συνδυαστική εφαρμογή της ΑΚ 159 με την ΑΚ 181, όπως συμβαίνει μέχρι τώρα, δεν επιτρέπει αντίθετα καθόλου το συμπέρασμα ότι το πραγματικό μεγαλύτερο τίμημα είναι παράνομο⁴⁶ και συνεπώς θα πρέπει ν' αποκλείεται εξ ορισμού η αναζήτηση του τελευταίου στο σύνολό του με κάποια νομική βάση ή κατασκευή.

VI

Γιατί τώρα όλα τα παραπάνω διατυπώνονται με αφορμή την αναφερόμενη στον υπότιτλο, πρόσφατη απόφαση του ΑΠ; Η συγκεκριμένη απόφαση ομολογεί ότι, αν ο αγοραστής εξέδωσε συναλλαγματικές για το πραγματικό μη αναγραφέν τίμημα δεν μπορεί να αρνηθεί την εξόφλησή τους, εγείροντας στη σχετική δίκη για την έκδοση διαταγής πληρωμής ένσταση ουσιαστικού δικαίου, ισχυριζόμενος ότι δεν υφίσταται τέτοια κύρια οφειλή, που «ασφαλίζεται» με την έκδοση της συναλλαγματικής. Η νομική βάση για τη στήριξη της υποχρέωσης του αγοραστή από τη συναλλαγματική είναι, κατά την εν λόγω απόφαση, η ΑΚ 281. Μ' αυτή την επιχειρηματολογία του ο ΑΠ ρέπει, βεβαίως, εκ νέου προς την γνωστή και πλήρως κατανοητή κατεύθυνση διαφύλαξης της ζώσας και μη ανατρέψιμης πραγματικότητας, η λύση, όμως, που αναζητά, δεν είναι παρά ένας νέος σολομόντειος συμβιβασμός, ανάλογος της ΑΚ 181. Η ΑΚ 281 εκβιάζεται να προσφέρει και στα πιο παράδοξα, όπως αυτά εδώ, συμφραζόμενα την αναγκαία αλλά ελεγχόμενη βάση αποκατάστασης του κοινού περί δικαίου αισθήματος. Η αναγωγή αυτή δεν μπορεί να είναι, όμως, ορθή. Η εν λόγω διάταξη μπορεί ν' αναλάβει ρόλο αποκατάστασης του ελλείποντος τύπου, δεν μπορεί, όμως, να γεννήσει οφειλή εκ του μηδενός⁴⁷. Η οφειλή βρίσκεται έρεισμα σε δικαιοπραξία είτε στο νόμο με ρητές διατάξεις. Η ΑΚ 281 δεν μετατρέπει το ανατιωδες αξιόγραφο της συναλλαγματικής σε αιτιώδη δικαιοπραξία. Η ΑΚ 281 δεν είναι, με άλλα λόγια, *ex lege causa*. Η θέση του ΑΠ για την ΑΚ 281 υπερβαίνει, συνεπώς, τα όρια του μηχανισμού της καταχρηστικής άσκησης δι-

45. Είναι χαρακτηριστικό ότι ζήτημα εφαρμογής του θεσμού της μερικής ακυρότητας προέκυψε στη Γερμανία για τις δικαιοπραξίες, οι οποίες αφορούσαν στον Preisverbindungsgesetz, όπου το αναγραφόμενο τίμημα ως αθέμιτο και υπερβολικό είναι καθαυτό άκυρο, πρβλ. *Böhmer*, Grundlagen der bürgerlichen Gesetzordnung, τ. 1, 1950, σελ. 60 επ.

46. Πρβλ. και Σταθόπουλο, σε Γεωργιάδη - Σταθόπουλο, άρθρ. 904, αρ. 97: «... η ακυρότητα ελλείπει του απαιτούμενου τύπου δεν συνιστά παράνομη αιτία με την έννοια της ΑΚ 904 παρ. 1 εδ. 2».

47. Απ. Γεωργιάδη, Γενικές Αρχές Αστικού Δικαίου, 1996, αρ. 317. Κατά τον ίδιο συγγραφέα, αρ. 321: «η καταχρηστική άσκηση του δικαιώματος δεν επιδρά στην υπόστασή του», έτσι και Σταθόπουλος, σε Σταθόπουλου/Αυγουστιανάκη, Εισαγωγή στο αστικό δίκαιο, 1992, σελ. 245, πρβλ. και Σπυριδάκη, Γενικές Αρχές (κατά τον αστικό Κώδικα), 1987, σελ. 136.

καιώματος, το οποίο προϋποθέτει δικαίωμα που γεννήθηκε έστω ελαττωματικά από άλλο λόγο. Άλλωστε δεν αμφισβητείται το κύρος αυτού καθαυτού του αξιόγραφου για να έχει νόημα η αναγωγή στην ΑΚ 281 αλλά της υποκρυπτόμενης αιτίας του. Η νομολογία του ΑΠ θα ήταν, λοιπόν, πιο ειλικρινής, αν αντί να επιλέξει όλη αυτή την κατασκευή με χρήση και εφαρμογή της ΑΚ 281 σε δίκη για διαταγή πληρωμής για τις αναιτιώδεις συναλλαγματικές, διαπίστωνε πολύ απλούστερα ότι λόγω της ΑΚ 281 η ακυρότητα της πώλησης λόγω ΑΚ 159 δεν εκτείνεται και στην εμπράγματη δικαιοπραξία της κυριότητας του ακινήτου, για την οποία τηρήθηκε τύπος. Με άλλα λόγια, θα μπορούσε να ισχυριστεί ο ΑΠ ότι είναι καταχρηστική η επίκληση της έλλειψης αιτίας, όταν για την εμπράγματη, που είναι αιτιώδης, τηρήθηκε ο τύπος, ενώ πρόκειται για την ειδική συλλογιστική της εικονικής δικαιοπραξίας. Συνεπώς, θα μπορούσε χωρίς περιστροφές να χρησιμοποιήσει την ΑΚ 281 ως βάση για τη διάρρηξη και διάσπαση της αρχής του αιτιώδους της ΑΚ 1033, όταν πρόκειται για εικονική ενοχική πώληση, όχι για να κατασκευάσει εκ του μηδενός οφειλή.

VII

Κλείνοντας αυτές τις σκέψεις, ας μου επιτραπεί η διατύπωση και μιας άλλης, ίσως τολμηρότερης εδώ σκέψης, η οποία προσπαθεί ν' αντιμετωπίσει το ίδιο πρόβλημα μέσω του ειλικρινέστερου μηχανισμού της *praeter legem* ερμηνείας. Σε άλλη ευκαιρία⁴⁸, στην οποία αντικείμενο πραγμάτευσης ήταν η έννοια της καλυπτόμενης δικαιοπραξίας στην ΑΚ 138 παρ. 2, πρότεινα να θεωρηθεί ως καλυπτόμενη δικαιοπραξία η εμπράγματη δικαιοπραξία, όταν αυτή αφορά σε ακίνητα. Αντικείμενο πρότασης ήταν δηλ. έμμεσα η διάρρηξη της αρχής της ΑΚ 1033, μόνο στο ειδικότερο σκεπτικό της εικονικής δικαιοπραξίας. Είμαι βαθύτατα πεπεισμένος ότι ο αστικός κώδικας στο ζήτημα αυτό εμφανίζει κενό νόμου, εξαιτίας της βασικής του τοποθέτησης που αρνείται γενίκευση της αρχής του αναιτιώδους για όλες τις εμπράγματες δικαιοπραξίες, απ' όπου προκύπτει η παράδοξη συνέπεια να μην λαμβάνει ο νόμος μέριμνα για την περίπτωση όπου είναι μεν εικονική η ενοχική δικαιοπραξία, όχι, όμως, και η εμπράγματη δικαιοπραξία. Στην περίπτωση δηλ. αυτή τα μέρη δεν θέλουν την ενοχική δικαιοπραξία ως έχει, θέλουν, όμως, σε κάθε περίπτωση την εμπράγματη. Δεν υπάρχει δε καμία αμφιβολία ότι είναι άδικο η εικονικότητα με την ακυρότητα που συνεπάγεται να συμπαρασύρει και την εμπράγματη που δεν είναι εικονική, είναι, όμως, αιτιώδης. Αυτό ξεπερνά τη βαθύτερη δικαιοπολιτική αιτία ρύθμισης της εικονικότητας με συνέπεια την ακυρότητα, που είναι ακριβώς η προστασία της ιδιωτικής αυτονομίας και όχι ο στραγγαλισμός της μέσω του ατυχούς θεσμού του αιτιώδους χαρακτήρα της εμπράγματης δικαιοπραξίας επί ακινήτων. Έχοντας δε απόλυτη συνείδηση του γεγονότος ότι η γλωσσική διατύπωση της

48. Χελιδόνη, Η έννοια της καλυπτόμενης δικαιοπραξίας στην ΑΚ 138 παρ. 2, Αρμ. 54, 1068 επ.

ΑΚ 138 παρ. 2 δεν το επιτρέπει, πρότεινα για λόγους διευκόλυνσης των συναλλαγών μια *praeter legem* ερμηνεία της έννοιας της καλυπτόμενης δικαιοπραξίας, που θα μπορούσε να οδηγήσει σε τελολογική συστολή της ΑΚ 1033, ώστε να επέρχεται τελικά περιστολή της εμβέλειας αυτής της διάταξης, όταν πρόκειται για τη συλλογιστική των εικονικών δικαιοπραξιών. Έτσι καταλήγουμε, διασπώντας συνειδητά αλλά όχι αδικαιολόγητα το σύστημα στην επιθυμητή και δικαιοπολιτικά ορθή λύση. Η διάσπαση αυτή είναι μεν *praeter* αλλά *inter legem*, γιατί η εικονικότητα αφορά στην ενοχική και όχι στην εμπράγματη δικαιοπραξία. Η λύση αυτή, που είναι, βεβαίως, πολύ τολμηρή, καλύπτει το διαπιστωμένο κενό νόμου και είναι, πάντως, από συστηματική άποψη, κατά την γνώμη του γράφοντος, πολύ πιο ειλικρινής από την μέχρι τώρα κυρίαρχη αλλά ελεγχόμενη συστηματικά αντίληψη περί μερικής ακυρότητας⁴⁹, αποτρέπει δε τις παλινωδίες στο θέμα του αδικαιολογήτου πλουτισμού, που στην πραγματικότητα δεν είναι τίποτε άλλο παρά συγκάλυψη των αδικιών που ενέχει η συνύπαρξη του αιτιώδους χαρακτήρα της εμπράγματης δικαιοπραξίας που αφορά σε ακίνητα με το θεσμό της εικονικότητας.

VIII

Ας συνοψίσουμε, λοιπόν, τώρα τα συμπεράσματά μας σχετικά με το πρόβλημα του εικονικού τιμήματος:

Πρώτον, ενδεχόμενη άρνηση εφαρμογής του θεσμού του αδικαιολογήτου πλουτισμού διέπεται από υπερβολικό στις μέρες μας σχολαστικισμό, καθώς στηριζόμενη σε ελεγχόμενα δογματικά επιχειρήματα ανέχεται ν' αποκτά ο αγοραστής πλουτισμό που δεν τον δικαιούται. Και ενώ δεν υπάρχει αμφιβολία ότι η στάση του αγοραστή ν' αποκρύπτει το πραγματικό τίμημα για φορολογικούς λόγους δεν είναι και η εντιμότερη⁵⁰ – χωρίς παρ' όλα αυτά να είναι και παράνομη με την αυστηρή έννοια του όρου –, θα ήταν υπερβολικό αυτός ο ανέντιμος αγοραστής να επικροτείται τελικά για την ανεντιμότητά του μ' έναν ανέλπιστο πλουτισμό. Η έννομη τάξη εμφανίζεται με μια τέτοια λύση ασυνεπής, αυτοσαρκαζόμενη και κυρωτική έναντι των συναλλασσόμενων, επειδή δεν μπόρεσε να τους συλλάβει φορολογικά.

Δεύτερον, η λύση της μερικής ακυρότητας, παρ' ότι συστηματικά διαβλητή, έχει επικρατήσει, αφού είναι ως προς τ' αποτελέσματά της συμβιβαστική. Θα πρέπει, όμως, για να είναι πλήρως δίκαιη να συνοδεύεται από συμπληρωματική αναγωγή στο θεσμό του αδικαιολογήτου πλουτισμού. Την ανάγκη αυτή διείδε σωστά η νομολογία του ΑΠ, δεν προσδιόρισε, όμως, με ακρίβεια το λόγο, για τον οποίο βρίσκουν εφαρμογή οι διατάξεις του αδικαιολογήτου πλουτισμού. Εν προκειμένω, πρόκειται για *condictio ob rem* του πωλητή. Αιτία δηλ. της εμπράγματης δικαιο-

49. Βλ. και τις πολύ ουσιαστικές επιφυλάξεις από Γαζή, Γενικές Αρχές, Γ' Τεύχος, σελ. 46.

50. Πρβλ. *Ι. Παπαδημητρίου*, Σημείωση στην ΑΠ 124/1971, ΝοΒ 19, 614, *Τριανταφυλλόπουλου*, Απόκρυψις τιμήματος και κύρος πωλήσεως, ΝοΒ 2, 233.

πραξίας, με την οποία μεταφέρεται έγκυρα η κυριότητα του ακινήτου στον αγοραστή, δεν είναι μόνο η μερικά έγκυρη πώληση, όπως μέχρι τώρα γίνεται δεκτό, αλλά παράλληλα και η καταβολή του υπερβάλλοντος και μόνον ηθελημένου πραγματικού τιμήματος, που θα στηρίζεται σε μια νέα επικυρωτική για το συνολικό τίμημα δικαιοπραξία. Αν η αιτία αυτή δεν επακολουθήσει, συνεπώς, αν ο αγοραστής δεν καταρτίσει το νέο συμβόλαιο, ο πωλητής θα μπορεί να εγείρει την *condictio ob rem*, για ν' ανατρέψει την έγκυρη αρχικά εμπράγματη δικαιοπραξία, που αφορά την κυριότητα επί του ακινήτου. Αν πάλι αυτό καταβληθεί χωρίς να λάβει χώρα επικυρωτική δικαιοπραξία, δεν θ' αναζητείται το καταβληθέν λόγω της ΑΚ 905⁵¹.

Τρίτον, αν τα παραπάνω δεν γίνουν δεκτά, συζητήσιμη είναι η αξιοποίηση της ΑΚ 281 ως μέσου διάρρηξης της αρχής του αιτιώδους για εμπράγματες δικαιοπραξίες που αφορούν σε ακίνητα στο ειδικότερο περιστατικό της εικονικής πώλησης.

IX

Φαίνεται, πάντως, ότι στο θέμα που μόλις εξετάστηκε, δεν έχει ακόμη ειπωθεί η τελευταία λέξη. Το ζήτημα μοιάζει δογματικά με γόρδιο δεσμό και η ιστορία έχει αποδείξει ότι οι γόρδιοι δεσμοί συνήθως κόβονται παρά λύνονται. Αυτό σημαίνει νομοθετική παρέμβαση ακόμη και σε φορολογικό επίπεδο⁵². Ανεξάρτητα από τις φορολογικές παραμέτρους, θα πρέπει, όμως, να γίνει σαφές ότι, αν ο νομοθέτης θέλει να θεωρείται το πραγματικό αλλά μη αναγραφόμενο τίμημα παράνομο, θα πρέπει να το δηλώσει ρητά. Ενόσω αυτό δεν συμβαίνει, δεν υπάρχει κανείς λόγος να μην αναζητάται συνολικά το τίμημα. Ενόψει αυτής της παραδοχής, θα ήταν ίσως προτιμότερο να επιλεγεί εξ αρχής από τη νομολογία μια επιχειρηματολογία, η οποία θα ομολογούσε χωρίς περιστροφές ότι το νομικό μας σύστημα επιδέχεται σε ακραίες περιπτώσεις, όπως είναι και ετούτη εδώ, διορθώσεις *contra* ή *praeter legem*. Ο γρίφος δημιουργείται από το γεγονός ότι η εμπράγματη μετακίνηση ακινήτων δεν είναι αναιτιώδης. Μια τέτοια ομολογία και μια διόρθωση της εστίας, ακριβώς, του προβλήματος θα μας απήλλασσε από την ατέρμονη και αδικαιολόγητη περιπέτεια ιδεών και εννοιών, που ζούμε εδώ και δεκαετίες με το νομολογιακό χειρισμό του προβλήματος του εικονικού τιμήματος. Η λύση δεν μπορεί να είναι παρά στην κατεύθυνση διάρρηξης του αιτιώδους χαρακτήρα, που εισάγει η μάλλον ανα-

51. Η άποψη που αρνείται εφαρμογή της ΑΚ 905 σε καταβολή που γίνεται από εν γνώσει άκυρη σύμβαση και γίνεται δεκτή από τη νομολογία βλ. *Παντελίδου*, ο.π., σελ. 1283 με περαιτέρω παραπομπές, δεν είναι κατανοητή. Αντίθετα είναι μάλλον αντιφατική, αφού αυτά, ακριβώς, τα συμφραζόμενα έρχεται να καλύψει η ΑΚ 905.

52. Βλ. και την πρόταση της *Παντελίδου*, ο.π., σελ. 1285, για αποδέσμευση του τιμήματος από τη φορολογητέα αξία. Αυτό ακούγεται περισσότερο ως μετατροπή της φορολογίας ακινήτων από φορολογία μεταβίβασης σε φορολογία αξίας ακινήτων, δηλ. με απλούστερα λόγια, φόρος προστιθέμενης αξίας. Ίσως δε, πράγματι, σ' αυτό το σκεπτικό να κρύβεται και το κλειδί για την οριστική λύση του θέματος. Δυστυχώς, ο θεωρητικός του αστικού δικαίου δεν έχει τα μέσα για να εξαναγκάσει σε μια τέτοια λύση.

χρονιστική ΑΚ 1033. Το νέο εθνικό κτηματολόγιο (ν. 2664/98)⁵³ έπρεπε να σημά-
νει όχι μόνο το τέλος των υποθηκικών βιβλίων τυπικής και όχι ουσιαστικής δημο-
σιότητας αλλά και το τέλος του αιτιώδους χαρακτήρα των εμπράγματων μετακινή-
σεων. Η ρωμαϊκή *traditio* φαίνεται να είναι ανυπέρβλητη και πολύ μπροστά από
την εποχή της. Αυτός είναι και ο λόγος που σε χώρες που την υιοθέτησαν, δεν συ-
ζητήθηκε ποτέ σοβαρά το ενδεχόμενο ανατροπής της. Ο διπολισμός μεταξύ ενοχι-
κής αιτίας και εμπράγματος αποτελέσματος, που υιοθέτησε η ελληνική έννομη τά-
ξη, κατ' απόκλιση των γαλλικών προτύπων, μπορεί μόνον τότε να μην αποβεί μοι-
ραίος για τις συναλλαγές, όταν συνοδεύεται από γενίκευση της αρχής του αναιτιώ-
δους⁵⁴. Δυστυχώς, *tertium non datur!*

53. Βλ. επ' αυτού την εμπεριστατωμένη μελέτη του *Κιτσαρά*, Οι πρώτες εγγραφές στο εθνικό κτη-
ματολόγιο, 1998.

54. *Diederichsen*, Die BGB - Klausur, 8η έκδ., σελ. 144 επ.