

ΔΙΑΛΟΓΟΣ ΜΕ ΤΗ ΝΟΜΟΛΟΓΙΑ

ΑΚ 281, 513, 1033

Καταχρηστική προβολή της ακυρότητας της αιτίας συναλλαγματικών που εκδόθηκαν για το μη αναγραφέν τίμημα στην πώληση ακινήτου.

Αν ο αγοραστής εξέδωσε συναλλαγματικές για το πραγματικό μη αναγραφέν τίμημα στην πώληση ακινήτου, εμποδίζεται από το άρθρο 281 ΑΚ να αρνηθεί την εξόφλησή τους προβάλλοντας κατ' ένσταση τον ισχυρισμό ότι, λόγω ακυρότητας της αιτίας για την οποία εκδόθηκαν οι συναλλαγματικές, δεν υφίσταται κύρια οφειλή που να ασφαρίζεται με την έκδοσή τους.

Αρειος Πάγος 1566/2001*

(Σύνθεση: Γ. Κάπος, Γ. Παπαδημητρίου, Κ. Βαρδαβάκης, Σ. Πατεράκης - εισηγητής, Γ. Σιμόπουλος)

Επειδή από το συνδυασμό των διατάξεων των άρθρων 158, 159, 180, 181, 361, 369, 513 και 1033 του ΑΚ και 13 παρ. 3 του ν. 1587/1950 προκύπτει ότι όπου ο νόμος απαιτεί την τήρηση τύπου για την κατάρτιση της δικαιοπραξίας, ο τύπος απαιτείται για ολόκληρο το περιεχόμενό της. Στον τύπο του συμβολαιογραφικού εγγράφου υπόκειται όχι μόνο η εμπράγματα σύμβαση μεταβίβασης ακινήτου, αλλά και η ενοχική της πωλήσεώς του ως προς όλα τα ουσιώδη στοιχεία της, δηλαδή το πράγμα και το τίμημα. Η μη τήρηση όμως του τύπου αυτού ως προς μέρος του τιμήματος, όπως στην περίπτωση κατά την οποία το τελευταίο συμφωνήθηκε μεγαλύτερο από αυτό που αναγράφεται στο συμβόλαιο, δεν συνεπάγεται ακυρότητα της όλης συμβάσεως, αλλ' η σύμβαση είναι άκυρη μόνον κατά τη συμφωνία του τιμήματος που δόθηκε επί πλέον του αναγραφόμενου στο συμβόλαιο, για το οποίο δεν τηρήθηκε ο επιβαλλόμενος με ποινή ακυρότητας τύπος. Το μη αναγραφόμενο στο συμβόλαιο επί πλέον μέρος του συμφωνηθέντος τιμήματος, αν δεν έχει καταβληθεί, δεν μπορεί να απαιτηθεί από τον πωλητή ούτε με τις διατάξεις του αδικαιολόγητου πλουτισμού (ΑΠ 1616/99, 810/1998), αφού ο αγοραστής εκ νομίμου αιτίας έλαβε ολόκληρο το πωληθέν ακίνητο με βάση το νομίμως συμφωνηθέν, ως καλυπτόμενο από τον τηρηθέντα τύπο, μικρότερο τίμημα, ώστε κατά το επί πλέον τίμημα ο μη καταβαλών αγοραστής δεν ωφελήθηκε χωρίς νόμιμη αιτία. Στην αντίθετη περίπτωση που το επί πλέον μέρος έχει καταβληθεί μπορεί να αναζητηθεί από τον αγοραστή με τις διατάξεις αυτές μόνο κατά το μέρος που υπερβαίνει την αγοραία (αληθινή) αξία του πωληθέντος ακινήτου (ΟλομΑΠ 560/1974). Στην προκείμενη

* Αναρεί την απόφαση ΕφΘράκης 221/2000, της οποίας σχετικό απόσπασμα δημοσιεύεται αμέσως μετά το κείμενο της Αρεοπαγίτικης.

περίπτωση το εφετείο δέχθηκε με την προσβαλλόμενη απόφασή του ως αποδεικτικό πόρισμα, κατά τα ουσιώδη σημεία του, τ' ακόλουθα: Με το υπ' αριθ. 235/2.11.95 συμβόλαιο της συμβολαιογράφου Καβάλας Π.Λ. που μεταγράφηκε νόμιμα, ο εφεσίβλητος - καθού η ανακοπή και τώρα αναιρεσειών, πούλησε στην πρώτη εκκαλούσα - ανακόπτουσα και τώρα πρώτη αναιρεσίβλητη, μία διόροφη μονοκατοικία με αριθ. 2, όπως ειδικότερα αυτή περιγράφεται στο εν λόγω συμβόλαιο και την ανακοπή. Το αναγραφέν στο πωλητήριο συμβόλαιο τίμημα της εν λόγω πώλησης, ποσού 19.000.000 δραχμών, θα καλύπτονταν από το προϊόν δανείου που θα λάβαινε η αγοράστρια από την ΕΚΤΕ (13.200.000 δραχμές) και το Ταχυδρομικό Ταμειτήριο (5.800.000 δραχμές). Όπως όμως προκύπτει από το καταρτισθέν κατά την ίδια ημερομηνία (2.11.95), μεταξύ του αναιρεσειόντος και της πρώτης αναιρεσίβλητης ιδιωτικό συμφωνητικό, το τίμημα που πράγματι είχε συμφωνηθεί ανέρχονταν στο ποσό των 38.000.000 δραχμών, το δε πέραν του καλυφθέντος, με τα πιο πάνω δάνεια, υπόλοιπο ποσό των 19.000.000 δραχμών, συμφωνήθηκε να καταβληθεί σε 4 δόσεις, καταβλητέες στις 30.12.1995, 30.4.1996, 30.6.1996 και 30.8.1996, από δραχμές 5.000.000 η κάθε μία από τις 3 πρώτες και 4.000.000 δρχ. αντίστοιχα. Χάρη καταβολής των δόσεων αυτών η αγοράστρια αποδέχθηκε τέσσερις ισόποσες συναλλαγματικές, εκδόσεως του πωλητή, τις οποίες τριτεγγυήθηκε, ο δεύτερος των αναιρεσιβλήτων, σύζυγος της πρώτης. Στην τελευταία από τις συναλλαγματικές ενσωματώθηκε και το ποσό του 1.000.000 δραχμών που αφορούσε αμοιβή του αναιρεσειόντος, για την εκτέλεση των αναφερόμενων στο ανωτέρω ιδιωτικό συμφωνητικό οικοδομικών εργασιών στο χώρο του υπογείου, οι οποίες θα το καθιστούσαν κατοικήσιμο. Οι ανωτέρω συναλλαγματικές δεν πληρώθηκαν και ο κομιστής αυτών, τώρα αναιρεσειών, επιδίωξε και πέτυχε την έκδοση σε βάρος των αναιρεσιβλήτων (αποδέκτριας και τριτεγγυητή) τη με αριθ. 303/1996 διαταγή πληρωμής του δικαστή του μονομελούς πρωτοδικείου Καβάλας, ποσού 20.000.000 δραχμών, πλέον τόκων και εξόδων. Κρίνοντας δε το εφετείο, με βάση τις παραδοχές αυτές ότι οι παραπάνω συναλλαγματικές εκδόθηκαν χωρίς νόμιμη αιτία κατά το συνολικό ποσό και συνεπώς είναι ουσιαστικά βάσιμος ο προβληθείς με πρόσθετο λόγο ανακοπής σχετικός ισχυρισμός των ανακοπτόντων και τώρα αναιρεσιβλήτων, ορθώς ερμήνευσε και εφάρμοσε τις προπαρατεθείσες ουσιαστικού δικαίου διατάξεις των άρθρων 158, 159, 179, 369, 904, 905, 906, 907, 1033 ΑΚ και άρθρο 13 παρ. 3 του ν. 1587/1950, διέλαβε δε στην απόφασή του σαφείς, πλήρεις και χωρίς αντιφάσεις αιτιολογίες, οι οποίες καθιστούν εφικτόν τον έλεγχο του Αρείου Πάγου περί της ορθής ή μη υπαγωγής στις εν λόγω διατάξεις των δεκτών γενομένων πραγματικών περιστατικών. Ειδικότερα ως προς την προβαλλόμενη παραβίαση της ουσιαστικού δικαίου διατάξεως του άρθρου 179 ΑΚ ο λόγος είναι απορριπτέος ως αβάσιμος, διότι με βάση τις παραπάνω παραδοχές της αποφάσεως η διάταξη αυτή δεν ήταν εφαρμοστέα και δεν εφαρμόστηκε από αυτή. Επομένως ο περί του αντιθέτου

υπό στοιχεία Π Α πρώτος λόγος αναιρέσεως με τον οποίο προβάλλεται αιτίαση εκ του άρθρου 559 αριθ. 1 και 19 ΚΠολΔ είναι αβάσιμος και πρέπει να απορριφθεί.

Επειδή κατά το άρθρο 281 ΑΚ 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 διατάξεως αυτής για να θεωρηθεί η άσκηση του δικαιώματος ως καταχρηστική, θα πρέπει η προφανής υπέρβαση των θεσπιζόμενων μ' αυτή αντικειμενικών κριτηρίων να προκύπτει από την προηγηθείσα συμπεριφορά του δικαιούχου ή από την πραγματική κατάσταση που δημιουργήθηκε ή τις περιστάσεις που μεσολάβησαν ή από άλλα περιστατικά, τα οποία, χωρίς κατά νόμο να εμποδίζουν τη γέννηση ή να επάγονται την απόσβεση του δικαιώματος, καθιστούν μη ανεκτή τη μεταγενέστερη άσκησή του, κατά τις περί δικαίου και ηθικής αντιλήψεις του μέσου κοινωνικού ανθρώπου (ΟλομΑΠ 17/1995, 19/1998). Η ανωτέρω διάταξη έχει εφαρμογή και όταν προς απόκρουση του αυτοτελούς δικαιώματος (ενστάσεως) του οφειλέτη εκ συναλλαγματικής να επικαλεσθεί ακυρότητα και εντεύθεν ανυπαρξία της απαιτήσεως που αποτέλεσε την αιτία εκδόσεως και αποδοχής αυτής, εξού λόγου ανατρέπεται η εκ του αναιτιώδους αυτού τίτλου ευθύνη του οφειλέτη, προβάλλονται από το δανειστή περιστατικά τα οποία, κατά τις περί δικαίου και ηθικής αντιλήψεις του μέσου κοινωνικού ανθρώπου, ενόψει και της προηγηθείσας συμπεριφοράς του οφειλέτη εκ συναλλαγματικής, καθιστούν μη ανεκτή την προβολή εκ μέρους αυτού (οφειλέτη), της ανυπαρξίας της αιτίας για την οποία εκδόθηκαν οι συναλλαγματικές, την προβολή, δηλονότι, δικαιώματος ενστάσεως κατά της απαιτήσεως του δανειστή από τον αναιτιώδη αυτό τίτλο. Η εκ του άρθρου δε 281 ΑΚ ένσταση αυτή του δανειστή εκ των συναλλαγματικών κατά του δικαιώματος του οφειλέτη να ανασύρει και προβάλει την ακυρότητα της αιτίας εκδόσεως αυτών, ως αναιτιωδών τίτλων, δεν αποκλείεται εκ του ότι η προβληθείσα από τον οφειλέτη ακυρότητα της υποκειμένης αιτίας συνίσταται στην μη τήρηση του απαιτούμενου για την τελευταία αυτή τύπου και εντεύθεν η προβολή της ελλείψεως αυτής, προς απόκρουση της αξιώσεως από την υποκειμένη αιτία δεν θα αποτελούσε άσκηση δικαιώματος αλλά άρνηση της νομιμότητας της αξιώσεως από την υποκειμένη αυτή αιτία. Στην προκειμένη περίπτωση ο αναιρεσιών επικαλείται με τον υπό στοιχεία (ΠΒ) λόγο αναιρέσεως ότι προς απόκρουση των προσθέτων λόγων των ανακοπών επί των οποίων εκδόθηκε η αναιρεσιβαλλόμενη απόφαση και με τους οποίους ζητήθηκε η ακύρωση της διαταγής πληρωμής, με βάση την οποία επισπεύδεται η εκτέλεση, ισχυρίσθηκε ότι οι ανακόπτοντες και τώρα αναιρεσίβλητοι κατά κατάχρηση δικαιώματος προβάλλουν ακυρότητα της αιτίας για την οποία εκδόθηκαν οι συναλλαγματικές. Ειδικότερα ισχυρίσθηκε ότι ναι μεν οι συναλλαγματικές με βάση τις οποίες εκδόθηκε η ανακοπτόμενη διαταγή πληρωμής ενσωματώνουν συμφωνηθέν τίμημα πέραν του πωλητηρίου συμβολαίου, όμως αυτό έγινε γιατί η αγοράστρια

και τώρα πρώτη των αναιρεσιβλήτων ζήτησε, κατά την κατάρτιση του πωλητηρίου συμβολαίου, να μην αναγραφεί ολόκληρο το συμφωνηθέν τίμημα των 38.000.000 δραχμών αφενός μεν για να μην επιβαρυνθεί με τον αναλογούντα στο ποσό αυτό φόρο μεταβιβάσεως, αφετέρου δε (και κυρίως αυτό) γιατί δεν μπορούσε να δικαιολογήσει στην εφορία την ύπαρξη τόσο μεγάλου κεφαλαίου απαιτούμενου για την αγορά ακινήτου. Έτσι, κατά παράκληση της πρώτης αναιρεσίβλητης αγοράστριας, αναγράφηκε στο πωλητήριο συμβόλαιο μόνο το ποσό των 19.000.000 δραχμών, το οποίο θα λάβαινε ως δάνειο από την Τράπεζα για το υπόλοιπο δε τίμημα η αναιρεσίβλητη αποδέχθηκε τις συναλλαγματικές με βάση τις οποίες εκδόθηκε η ανακοπτόμενη διαταγή πληρωμής. Η κατ' αποδοχή δε της ενστάσεως ακυρότητας της υποκειμένης αιτίας εκδόσεως των συναλλαγματικών, μη πληρωμή του μη αναγραφόμενου στο πωλητήριο συμβόλαιο ποσού των 19.000.000 δραχ. έχει ως συνέπεια να καταστεί η πρώτη αναιρεσίβλητη αδικαιολόγητα πλουσιότερη κατά το ποσό αυτό, ενώ ο ίδιος (αναιρεσειών πωλητής) καταστρέφεται οικονομικά αφού δεν θα μπορέσει να ικανοποιήσει την απαίτησή του, καίτοι εξέδωσε τις συναλλαγματικές αυτές με αποδέκτη την αγοράστρια ενδίδοντας σε φορτική επιθυμία αυτής και προς εξυπηρέτηση των δηλωθέντων σκοπών της. Το εφετείο, όπως προκύπτει από την αναιρεσιβαλλόμενη απόφαση, απέρριψε τον περί καταχρηστικής ασκήσεως ανωτέρω ισχυρισμό του αναιρεσειόντος ως απαράδεκτο μεν με την αιτιολογία ότι η απαγόρευση της ασκήσεως του δικαιώματος υπό τους διαλαμβανόμενους στην ΑΚ 281 όρους δεν εφαρμόζεται όταν πρόκειται για δικαιώματα που απορρέουν από διατάξεις δικονομικού δικαίου όπως στην προβληθείσα περίπτωση, σε κάθε δε περίπτωση διότι, η εν λόγω διάταξη δεν έχει εφαρμογή όταν αποκρούεται δικαίωμα, ως μη υφιστάμενο κατά νόμο, ήτοι επί προτάσεως της κατά παράβαση του νόμου ακυρότητας της συμβάσεως που καταρτίστηκε, διότι η άκυρη σύμβαση δεν καθίσταται έγκυρη, ακόμη και αν η πρόταση της ακυρότητας είναι καταχρηστική. Κρίνοντας έτσι το εφετείο, παραβίασε την ουσιαστικού δικαίου διάταξη του άρθρου 281 ΑΚ και παρά το νόμο απέρριψε τον ανωτέρω ισχυρισμό ως «απαράδεκτο», ενόψει του ότι, σύμφωνα με το προαναφερόμενο περιεχόμενο του προβληθέντος από το δανειστή, ήδη αναιρεσειόντα, ισχυρισμού σε απόκρουση του λόγου ανακοπής, πρόκειται απόκρουση του ουσιαστικού δικαιώματος της πρώτης αναιρεσίβλητης να επικαλεσθεί ανυπαρξία της απαιτήσεως που αποτέλεσε την αιτία αποδοχής των ανωτέρω συναλλαγματικών και όχι απόκρουση δικαιώματος που ασκείται κατ' εφαρμογή δικονομικών διατάξεων. Εξάλλου, με βάση τα προβληθέντα με τις πρωτόδικες προτάσεις του ήδη αναιρεσειόντος ως άνω περιστατικά θεμελιώνεται, κατά το άρθρο 281 ΑΚ, ο ισχυρισμός του περί καταχρηστικής προβολής της ακυρότητας της υποκειμένης αιτίας εκδόσεως των συναλλαγματικών από τον οφειλέτη, διότι η κατ' ένσταση άσκηση του δικαιώματος για ανατροπή των αναιτιωδών τίτλων υπερβαίνει προφανώς τα όρια τα επιβαλλόμενα από την καλή πίστη και καθιστά μη ανε-

κτή, κατά τις περί δικαίου και ηθικής αντιλήψεις του μέσου κοινωνικού ανθρώπου, την άσκηση του εν λόγω δικαιώματος της αναιρεσίβλητης. Βάσιμος, επομένως, είναι ο ανωτέρω υπό στοιχεία (ΠΒ) λόγος αναιρέσεως κατά το μέρος αυτού με το οποίο προσάπτει στην προσβαλλόμενη απόφαση την πλημμέλεια από το άρθρο 559 αριθ. 1 και 14 ΚΠολΔ. Ο ίδιος λόγος, κατά το μέρος αυτού με το οποίο προβάλλει αιτίαση εκ του άρθρου 559 αριθ. 19 ΚΠολΔ για εσφαλμένη απόρριψη ως απαραδέκτου και μη νομίμου του ανωτέρω ισχυρισμού του αναιρεσεύοντος είναι απορριπτέος ως απαράδεκτος γιατί ο από το άρθρο 559 λόγος δεν ιδρύεται όταν το δικαστήριο τον ισχυρισμό ως απαράδεκτο, μη νόμιμο ή για άλλον τυπικό λόγο (ΟλομΑΠ 2/1997, 44/1990).

Σημείωση

Αντί άλλου σχολιασμού της αποφάσεως αυτής βλ. τη μελέτη του *Απ. Χελιδόνη*, παραπάνω στη σελ. 16.

Ακολούθως δημοσιεύεται απόσπασμα της αποφάσεως του Εφετείου Θράκης, που αναιρέθηκε από τον Άρειο Πάγο, για το σχηματισμό πληρέστερης εικόνας ιδίως στο ζήτημα του επιτρεπτού ή μη αποκρούσεως ως καταχρηστικώς προβαλλόμενου του ισχυρισμού περί ακυρότητας μιας δικαιοπραξίας. (Πρβλ. σχετικά και *Απ. Χελιδόνη*, π. πριν και μετά τον εκθέτη 47).

Κ.Π.

ΑΚ 281

Ανεπίτρεπτη η προβολή (αντ)ενστάσεως εκ του άρθρου 281 ΑΚ προς απόκρουση (ενστάσεως) ακυρότητας.

Το άρθρο 281 ΑΚ δεν έχει εφαρμογή όταν αποκρούεται δικαίωμα ως μη υφιστάμενο κατά νόμο, όπως στην περίπτωση ισχυρισμού περί ακυρότητας μιας συμβάσεως, διότι η άκυρη σύμβαση δεν καθίσταται έγκυρη ακόμη και αν η προβολή της ακυρότητας γίνεται καταχρηστικά.

*ΕφΘράκης 221/2000**

(Σύνθεση: *Ε. Σταυρουλάκης, Β. Κωστής, Δ.Σ. Βόσκας - εισηγητής*)

Από τις διατάξεις των άρθρων 369 και 1033 ΑΚ και άρ. 13 παρ. 3 ν. 1587/50, στον τύπο του συμβ/κού εγγράφου, υπόκειται η εμπράγματα και η ενοχική σύμβαση μεταβιβάσεως της κυριότητας ακινήτου και συνεπώς για το κύρος της τελευταίας, προκειμένου περί πωλήσεως, πρέπει να υποβληθούν αμφότερα τα ουσιώδη της, κατά το άρθρ. 513 ΑΚ, στοιχεία, ήτοι η συμφωνία και για το πράγμα και για το τίμημα στον τύπο αυτό. Η μη τήρηση όμως του τύπου αυτού εν μέρει για το τίμη-

* Απόσπασμα της δευτεροβάθμιας αποφάσεως που αναιρέθηκε με την δημοσιευόμενη παραπάνω απόφαση ΑΠ 1566/2002.

μα, δεν συνεπάγεται ακυρότητα της όλης συμβάσεως αλλ' η σύμβαση είναι άκυρη μόνον κατά το τίμημα που δόθηκε επί πλέον του εις το συμβόλαιο αναγραφόμενου, για το οποίο δεν τηρήθηκε ο επί ποινή ακυρότητας επιβαλλόμενος τύπος (ΟλομΑΠ 560/74 ΝοΒ 23, 147). Εάν δε προς κάλυψη και είσπραξη του τιμήματος που δεν διαλαμβάνεται στο συμβόλαιο, εκδόθηκαν από τον πωλητή και έγιναν αποδεκτές από τον αγοραστή, ισόποσες συν/κές, μπορεί ο τελευταίος, να επιδιώξει με αγωγή την αναγνώριση της ανυπαρξίας οφειλής, με βάση τη διάταξη του άρθ. 904 ΑΚ, ή εναγόμενος από τον πωλητή, να προβάλλει την ένσταση της έλλειψης νόμιμης αιτίας (ΕφΠατρών 307/74 ΕΕΝ 44, 408, *Αναστασιάδου*, «Πιστ. Τίτλοι» παρ. 12, σημ. 106, σελ. 55, *Δεληγιάννη - Κορνηλάκη*, Ειδ. Ενοχ. Δίκαιο, τόμος Ι, σελ. 118-119, όπως και σχετικές παραπομπές σε νομολογία), η οποία εξακολουθεί να υπάρχει, παρά το γεγονός ότι ενδεχομένως ο πωλητής, δεν έγινε πλουσιότερος σε βάρος της παρουσίας του αγοραστή είτε επειδή το συνολικό τίμημα, που καταβλήθηκε, αντιστοιχεί στην αγοραία αξία του πράγματος (βλ. ΑΠ 543/96 ΕΛΔ 39, 1326), είτε επειδή αυτό δεν έχει καταβληθεί, θα πρέπει επίσης να λεχθεί, ότι ο πωλητής δεν έχει κατά του αγοραστή όμοια αξίωση αδικαιολογήτου πλουτισμού για απόδοση όσου μέρους από το ακίνητο (ή την αξία του), αντιστοιχεί στο αποδοτέο από αυτόν επιπλέον τίμημα. Και τούτο, γιατί είναι έγκυρη τόσο η πώληση με το μικρότερο (εικονικό) τίμημα όσο και η σε εκτέλεσή της, μεταβίβαση του ακινήτου κατ' άρθ. 1033 ΑΚ (βλ. *Δεληγιάννη - Κορνηλάκη*, ο.π.) ... Οι επίδικες 4 συν/κές, δεν έχουν νόμιμη αιτία έκδοσης, για το ποσό των 19.000.000 δρχ., αφού τούτο αφορά τίμημα της αγοραπωλησίας, που συμφωνήθηκε μεν, πλην όμως δεν υποβλήθηκε στον τύπο συμβολαιογραφικού εγγράφου, που απαιτεί ο νόμος και συνεπώς, αφού αυτό δεν έχει καταβληθεί δεν μπορεί να απαιτηθεί από τον πωλητή. Τα γεγονότα αυτά αποδεικνύονται παραχρήμα, ήτοι με έγγραφα και με ομολογία των διαδίκων ... Όσον αφορά τον προβαλλόμενο εκ μέρους του εφεσιβλήτου ισχυρισμό, ότι η επίκληση εκ μέρους των εκκαλούντων της ακυρότητας της συμφωνίας, συνιστά καταχρηστική άσκηση δικαιώματος επειδή αυτοί ζήτησαν να μην περιληφθεί στο συμβόλαιο το επί πλέον τίμημα και να συνταχθεί το ιδιωτικό συμφωνητικό για λόγους φορολογικούς, όπως ειδικότερα αναφέρονται τα πραγματικά περιστατικά, θα πρέπει να απορριφθεί, ως απαράδεκτος, διότι η απαγόρευση της ασκήσεως του δικαιώματος που ορίζει το άρθ. 281 ΑΚ, με τους όρους που αυτοί προβλέπει, είναι παραδεκτή μόνο για δικαίωμα το οποίο απορρέει από διατάξεις ουσιαστικού νόμου και όχι από διατάξεις δικονομικές (ΑΠ 224/86 ΕΛΔ 27, 1109, ΕφΑθ 6428/94 ΕΛΔ 36, 1547), σε κάθε δε περίπτωση, η εν λόγω διάταξη δεν έχει εφαρμογή όταν αποκρούεται δικαίωμα, ως μη υφιστάμενο κατά νόμο (ΑΠ 1255/80 ΝοΒ 29, 554, ΑΠ 950/89 ΕΛΔ 32, 77), ήτοι επί προτάσεως ισχυρισμού της κατά παράβαση του νόμου επελθούσας ακυρότητας της σύμβασης που καταρτίστηκε, διότι η άκυρη σύμβαση δεν καθίσταται έγκυρη, ακόμη και αν η πρόταση της ακυρότητας είναι καταχρη-

στική (ΑΠ 1239/77 ΝοΒ 26, 1032, ΕφΠειρ 13/95 ΕλΔ 37, 424).

Digesta - Freelaw.gr

ΚΠολΔ 134, ν. 1334/1983 (Σύμβαση Χάγης) άρθρο 15*Πλασματική επίδοση της περιλήψεως της κατασχετήριας εκθέσεως*

Η περίληψη της κατασχετήριας εκθέσεως δεν είναι εισαγωγικό αρχόμενης διαδικασίας δικόγραφο, αλλά διαδικαστική πράξη της συνεχιζόμενης αναγκαστικής εκτελέσεως, για την οποία δεν εφαρμόζεται το άρθρο 15 ν. 1334/83 (Σύμβαση της Χάγης), αλλά αρκεί η πλασματική επίδοση κατά το άρθρο 134 ΚΠολΔ.

Άρειος Πάγος 163/2002*(Σύνθεση: Γ. Κάπος, Γ. Παπαδημητρίου, Κ. Βαρδαβάκης, Σ. Πατεράκης, Σ. Σιμόπουλος - εισηγητής)*

Επειδή, από τη διάταξη του άρθρου 15 της από 15.11.1965 Συμβάσεως της Χάγης, που κυρώθηκε με το ν. 1334/1983 και, σύμφωνα με το άρθρο 28 του Συντάγματος, υπερισχύει του άρθρου 134 του ΚΠολΔ, προκύπτει ότι σε αστικές και εμπορικές υποθέσεις το δικαστήριο είναι υποχρεωμένο να αναβάλει την έκδοση αποφάσεως, αν δεν παρίσταται στην ορισμένη δικάσιμο ο διάδικος, που διαμένει στην αλλοδαπή, μέχρι να διαπιστωθεί, ότι το αντίστοιχο εισαγωγικό της δίκης ή άλλο ισότιμο δικόγραφο, επιδόθηκε πραγματικά ή κοινοποιήθηκε σ' αυτόν, όπως προβλέπει η ως άνω διεθνής σύμβαση, εγκαίρως, ώστε να μπορέσει να υπερασπίσει τον εαυτό του. Στην περίπτωση αυτή, δεν έχει εφαρμογή η διάταξη του άρθρου 134 του ΚΠολΔ, με την οποία προβλέπεται η επίδοση στον Εισαγγελέα του αρμοδίου δικαστηρίου, για τους διαμένοντες στην αλλοδαπή διαδίκους, όταν δηλαδή πρόκειται για εισαγωγικά της δίκης δικόγραφα, όπως είναι η αγωγή, τα ένδικα μέσα και οι ανακοπές ή άλλα ισότιμα δικόγραφα, όπως η επιταγή προς εκτέλεση που είναι εισαγωγικό της αρχόμενης διαδικασίας της αναγκαστικής εκτελέσεως, (ΑΠ 709/1973), όχι όμως και το πρόγραμμα του πλειστηριασμού, ήδη, μετά το ν. 2298/1995, η περίληψη της κατασχετήριας έκθεσης, που αποτελούν διαδικαστικές πράξεις της συνεχιζόμενης αναγκαστικής εκτέλεσης, για τις οποίες δεν έχει εφαρμογή το άρθρο 15 της Συμβάσεως της Χάγης και αρκεί η πλασματική επίδοση στον αρμόδιο Εισαγγελέα, κατά το άρθρο 134 του ΚΠολΔ. Στην προκειμένη περίπτωση, το εφετείο, με την προσβαλλόμενη απόφασή του, δέχθηκε, μεταξύ άλλων, ότι με επίστευση της αναιρεσείουσας και με βάση το 143/1988 πρόγραμμα αναγκαστικού πλειστηριασμού, πλειστηριάσθηκαν την 11.1.1989 τα αναφερόμενα στο πρόγραμμα αυτό ακίνητα του καθού η εκτέλεση αναιρεσιβλήτου, που είναι κάτοικος γνωστής διαμονής Παρισίων Γαλλίας και συντάχθηκε η 10443/1989 έκθεση πλειστηριασμού ακινήτου της συμβολαιογράφου Ιεράπετρας Λασιθίου Κρήτης Μ.Β. Το 143/2.12.1988 πρόγραμμα πλειστηριασμού, επιδόθηκε στον εισαγγελέα πρωτοδικών Λασιθίου με την 5117/ 27.12.1988 έκθεση επιδόσεως του δικαστικού επιμελητού

στο πρωτοδικείο Λασιθίου Α.Α. Δέχθηκε επίσης το εφετείο ότι η Γαλλία έχει προσχωρήσει στην προαναφερθείσα σύμβαση της Χάγης και ότι δεν αποδείχθηκε πραγματική επίδοση του προγράμματος στον ίδιο τον καθ' ού η εκτέλεση σύμφωνα με τις διατυπώσεις των διατάξεων της διεθνούς αυτής συμβάσεως. Ακολούθως το εφετείο απέρριψε την ασκηθείσα έφεση της αναιρεσείουσας, κατά της πρωτόδικης αποφάσεως που είχε ακυρώσει τον πλειστηριασμό. Έτσι κρίνοντας το Εφετείο, παρά το νόμο δέχθηκε ακυρότητα του πλειστηριασμού, ο μοναδικός, δε από το άρθρο 559 αριθ. 14 του ΚΠολΔ, λόγος της αναίρεσης, είναι βάσιμος και πρέπει να γίνει δεκτή η αίτηση και να αναιρεθεί η προσβαλλόμενη απόφαση, να παραπεμφθεί δε η υπόθεση για περαιτέρω εκδίκαση στο ίδιο εφετείο, αφού είναι δυνατή η σύνθεσή του από άλλους δικαστές (άρθρο 580 παρ. 3 ΚΠολΔ).

Σημείωση

Η ανωτέρω απόφαση του Ακυρωτικού Δικαστηρίου ενδυναμώνει αποφασιστικά την – πλέον κρατούσα – άποψη, η οποία δέχεται, ότι για την έγκυρη επίδοση πράξεων της διαδικασίας αναγκαστικής εκτελέσεως δεν εφαρμόζεται η διάταξη του άρθρου 15 της Συμβάσεως της Χάγης του 1965 για την επίδοση δικαστικών και εξώδικων πράξεων στο εξωτερικό, όταν ο παραλήπτης του εγγράφου διαμένει σε ένα από τα συμβαλλόμενα κράτη.

Σχετικά με την εφαρμογή τόσο της προαναφερθείσας διατάξεως, όσο και της διατάξεως του άρθρου 9 του 1348/2000 Κανονισμού της Ευρωπαϊκής Ενώσεως, ο οποίος κατισχύει της ανωτέρω διεθνούς συμβάσεως στο χώρο της Ευρωπαϊκής Ενώσεως, στο δίκαιο της αναγκαστικής εκτελέσεως πρβλ. *Τσικρικά, Ζητήματα από την επίδοση πράξεων της αναγκαστικής εκτελέσεως*, 2002, σ. 79 επ., 107 επ. και *τον ίδιο*, Η επίδοση της επιταγής προς εκτέλεση σε περίπτωση διαμονής του καθού η εκτέλεση στο εξωτερικό, *Digesta 5(2001)*, σ. 69 επ.

Κ.Π.

AK 158, 361

Σημασία της προβλέψεως σε «κώδικες δεοντολογίας» για έγγραφη κατάρτιση δικαιοπραξιών ατύπων, όπως η σύμβαση δικαιοχρήσεως (franchise).

Η σύμβαση δικαιοχρήσεως (franchise) είναι κατ' αρχήν άτυπη, ανεξάρτητα αν συνήθως καταρτίζεται εγγράφως για λόγους φορολογικούς, καλύτερης προστασίας των δικαιωμάτων πνευματικής και βιομηχανικής ιδιοκτησίας και ελέγχου της τυχόν παραβιάσεως των όρων ανταγωνισμού.

Ο ευρωπαϊκός «κώδικας δεοντολογίας» για το franchising, που έχει υπογράψει και ο Σύνδεσμος Franchise της Ελλάδας απαιτεί μεν στο άρθρο 5 την έγγραφη κατάρτιση της συμβάσεως δικαιοχρήσεως, αυτή η ρύθμιση όμως έχει συμβατικό χαρακτήρα και δεσμεύει μόνο τις επιχειρήσεις που είναι μέλη του Συνδέσμου.

ΠολΠρωτΑθ 9/2003

(Σύνθεση: Α. Περιστεράκη, Τ. Δρακοπούλου, Α. Αναστασίου - εισηγητής)

Με την από 30.4.2002 αίτησή τους οι αιτούσες εταιρίες εκθέτουν ότι επειδή οι καθ' ών αρνούνται να συμμορφωθούν προς το περιεχόμενο της 2028/2002 απόφασης του δικαστηρίου τούτου (διαδικασία ασφαλιστικών μέτρων) μη επιτρέποντας τον έλεγχο σ' αυτούς των συνθηκών λειτουργίας του καταστήματός τους έτσι ώστε να μην γνωρίζουν την ποιότητα των προσφερομένων από αυτούς προϊόντων και υπηρεσιών και να γίνονται δέκτες παραπόνων από τους καταναλωτές σχετικά με την ποιότητα των προσφερομένων προϊόντων και υπηρεσιών με αποτέλεσμα να πλήττεται ανεπανόρθωτα η φήμη τους και να τους αναζητηθούν ευθύνες από τους καταναλωτές σύμφωνα με τις διατάξεις περί καταναλωτών και ζητούν να παύσει προσωρινά η εκ των καθ' ών κάθε δραστηριότητα άμεσα ή έμμεσα που να σχετίζεται με την παρασκευή και διάθεση ντόνατς, κρουασάν, πιτών, γλυκισμάτων, καφέ, μικρογευμάτων και παρεμφερών φαγωσίμων ειδών στο επί της οδού Β. κατάστημά της, απειλουμένης σε περίπτωση παράβασης της άνω διάταξης χρηματικής ποινής και προσωπικής κράτησης.

Η ένδικη αίτηση παραδεκτά και αρμόδια φέρεται ενώπιον του δικαστηρίου τούτου κατά τη διαδικασία των ασφαλιστικών μέτρων (άρθρ. 684 ΚΠολΔ) και πρέπει συνεκδικαζόμενη κατ' άρθρο 246 ΚΠολΔ με την από 23.4.2002 αίτηση, γιατί έτσι επιτυγχάνεται μείωση των εξόδων και επιτάχυνση της δίκης, να ερευνηθεί περαιτέρω από άποψη ορισμένου νομικής και ουσιαστικής βασιμότητας (...).

... Από τις ένορκες καταθέσεις των μαρτύρων των διαδίκων Σ.Κ. και Η.Γ. στο ακροατήριο του δικαστηρίου τούτου, που περιέχονται στα ταυτάριθμα με την παρούσα, πρακτικά καθώς και τα επικαλούμενα και προσκομιζόμενα έγγραφα πιθανολογήθηκαν τα εξής: Η αλλοδαπή εταιρία με την επωνυμία C.T. και η εταιρία με την επωνυμία C.T.H., επικαλούμενη σύμβαση δικαιόχρησης (franchise) με την ομόρρυθμη εταιρία Κ. ως και αθέτηση από μέρους της ως λήπτριας δικαιόχρησης των εξ αυτής (σύμβασης δικαιόχρησης) απορρεουσών βασικών υποχρεώσεων ζήτησαν με την από 10.1.2002 αίτησή τους: α. κατά προσωρινή ρύθμιση κατάστασης συντρέχουσας και επείγουσας περίπτωσης να υποχρεωθεί η πρώτη των καθ' ών νυν α΄ αιτούσα να εκπληρώσει προσωρινά με απειλή ποινών έμμεσης εκτελέσεως κατ' αυτής και των ομορρυθμών μελών της τη σύμβαση δικαιόχρησης ν' απέχει από ενέργειες ανταγωνισμού, κατά τα ειδικότερα στην αίτηση και να επιτρέπει τον έλεγχο των βιβλίων της και των παρεχομένων υπηρεσιών και β. την συντηρητική κατάσχεση της περιουσίας των καθ' ών μέχρι του ποσού των 23.036 ευρώ για την α΄ και μέχρι του ποσού των 15.526 ευρώ για την β΄ προς εξασφάλιση απαίτησής τους από δικαιώματα δικαιόχρησης. Επ' αυτών εκδόθηκε η 2028/2002 απόφαση του δικαστηρίου τούτου ερήμην των καθ' ών - νυν αιτούντων την ανάκληση, δεχθείσα την άνω αίτηση ως ουσιαστικά βάσιμη την ανάκληση της οποίας ζητούν οι νυν αιτούντες

ισχυριζόμενοι ότι μεταξύ αυτών και των άνω εταιριών ουδεμία έγγραφη σύμβαση δικαιόχρησης συνήφθηκε και συνεπώς ουδέν οφείλουν και ουδεμία υποχρέωση έχουν.

Από τα παραπάνω αποδεικτικά στοιχεία πιθανολογήθηκε ότι η α' καθ' ής καναδική εταιρία έχει κατά τον καταστατικό της σκοπό, αναπτύξει από το 1983 ιδιαίτερα σημαντική και επιτυχή δραστηριότητα στην ίδρυση και λειτουργία καταστημάτων παροχής υπηρεσιών εστίασης (κυρίως σε ντόνατς, κρουασάν, γλυκίσματα και παρεμφερή φαγώσιμα ως και καφέ) στην εγχώρια καναδέζικη αγορά αλλά και παγκοσμίως, με το διακριτικό γνώρισμα C.T. όλα δε (καταστήματα) είτε εταιρικά της α' καθ' ής είτε τρίτων (ξένων franchising δικαιόχρησης) είναι ενταγμένα σε ένα ενιαίο αυτοτελές σύστημα - δίκτυο με ιδιαίτερη υποδομή (λειτουργίας, οργάνωσης, και διαχείρισης ως και παροχής υπηρεσιών) που έχει αναπτύξει και οργανώσει αυτή και συναποτελείται από δικαιώματα βιομηχανικής ιδιοκτησίας (εμπορικά σήματα) διακριτικούς τίτλους, διακριτικά γνωρίσματα, εμπορική επωνυμία, πρόσωπα χρήσης, σχέδια, υποδείγματα και ευρεσιτεχνίες) ως και τεχνογνωσία.

Ήδη η αλυσίδα της α' καθ' ής αριθμεί υπέρ τα 400 καταστήματα, μεταξύ των οποίων και αρκετά στην Ελλάδα, όπου έχουν νομίμως καταχωρηθεί και τα σήματά της. Στο πλαίσιο της ανάπτυξης της επιχειρηματικής της δραστηριότητας και στην Ελλάδα μέσω της μεθόδου - συστήματος του franchising (δικαιόχρησης) συμφώνησε με τους αιτούντες τον Φεβρουάριο 2002 να ενταχθούν οι τελευταίοι στο δίκτυο δικαιόχρησής της για τη δημιουργία καταστημάτων με την ονομασία C.T. και για το λόγο αυτό κατέβαλαν στην α' καθ' ής τέλη εισόδου 500.000 δρχ. το κατάστημά τους είχε τα ίδια χρώματα με όλα τα καταστήματα C.T. και το προσωπικό τους εκπαιδεύθηκε από τους αντ/πους της.

Στη συνέχεια η α' καθ' ής στις 15.5.2001 παραχώρησε στην β' καθ' ής το κύριο δικαίωμα δικαιόχρησης στην Ελλάδα για τη διαχείριση καταστημάτων C.T. το οποίο κατέστησε γνωστό στους λοιπούς λήπτες ώστε να εκπληρώνουν πλέον τις υποχρεώσεις τους προς την β' καθ' ής. Παρά το γεγονός, όμως, ότι οι καθ' ών η αίτηση παρείχαν στους αιτούντες όλη την τεχνογνωσία, τα εμπορικά και βιομηχανικά απόρρητα, τη χρήση των σημάτων κ.λπ., οι τελευταίοι δεν κατήρτισαν νέα σύμβαση αν και κλήθηκαν και δεν κατέβαλαν τα συμφωνηθέντα δικαιώματα στους καθ' ών, με σκοπό δε ν' αποκοπούν από το άνω δίκτυο και να δημιουργήσουν νέο δίκτυο με την τεχνογνωσία των καθ' ών. Έχουν ήδη δημιουργήσει την εταιρία D.C. με ίδιο αντικείμενο, δεν προμηθεύονται προϊόντα των καθ' ών αλλά άλλης εταιρίας τα οποία πωλούν ως C.T. από το κατάστημά τους με τη φήμη και τα σήματα των καθ' ών κατά παράβαση των αρχών της εμπιστοσύνης της καλής πίστης και των συναλλακτικών ηθών, παρεμποδίζοντας παράλληλα τον έλεγχο του δικτύου από τα όργανα των καθ' ών και αρνούνται οποιαδήποτε συμμόρφωση με όσα συμφώνησαν ως υποχρεώσεις τους ώστε να δημιουργείται άμεσος κίνδυνος ζημιών για τους καθ' ών μ' απόσπαση πελατείας, λόγω σύγχυσης του κοινού. Το γεγονός ότι η σύμβαση δικαιόχρησης με την α' των καθ' ών καταρτίστηκε προφορικά και παραδό-

θηκε στους αιτούντες έγγραφο μ' όλους τους όρους της σχετικής σύμβασης στην ελληνική γλώσσα και όχι εγγράφως είναι άνευ εννόμου επιρροής καθόσον η σύμβαση δικαιόχρησης είναι κατ' αρχήν άτυπη ανεξάρτητα αν συνήθως καταρτίζεται εγγράφως για λόγους φορολογικούς και προστασίας των δικαιωμάτων, πνευματικής και βιομηχανικής ιδιοκτησίας, αλλά και για τον έλεγχο της μη παραβίασης των όρων ανταγωνισμού [βλ. *I. Βούλγαρη*, Οι συμβάσεις δικαιόχρησης (Franchise Agreements) όπως προκύπτουν από τη διεθνή νομική πρακτική και λειτουργούν στις διεθνείς συναλλαγές στο ΝοΒ 46 επ., 905] και κάτι τέτοιο δεν επιβάλλουν οι κανονισμοί 4087/88 και 2790/99 της Επιτροπής της Ευρωπαϊκής Ένωσης. Και ναί μεν ο Ευρωπαϊκός Κώδικας Δεοντολογίας για το franchising τον οποίον έχει υπογράψει ο Σύνδεσμος franchise της Ελλάδος απαιτεί στο άρθρο 5 αυτού την έγγραφη κατάρτιση της σύμβασης δικαιόχρησης μεταξύ των συμβληθέντων, αυτή η ρύθμιση όμως έχει συμβατικό χαρακτήρα και δεσμεύει μόνο τις επιχειρήσεις που είναι μέλη του άνω συνδέσμου από δε το από 12.9.2002 έγγραφο του άνω συνδέσμου προκύπτει ότι οι καθ' ών εταιρίες δεν είναι μέλη του και συνεπώς δεν δεσμεύονται.

Σημείωση

1. Στη σχολιαζόμενη απόφαση το δικαστήριο εξετάζοντας τη σημασία της τήρησης του εγγραφου τύπου για την ισχύ της υπό κρίση σύμβασης δικαιόχρησης (franchise), παρατηρεί ορθά ότι εφόσον η σύμβαση δικαιόχρησης είναι καταρχήν άτυπη, το γεγονός ότι καταρτίστηκε προφορικά και παραδόθηκε στους αιτούντες έγγραφο με όλους τους όρους της σχετικής σύμβασης στην ελληνική γλώσσα αρκεί και δεσμεύει τα μέρη.

2. Ιδιαίτερο ενδιαφέρον παρουσιάζει η αναφορά από το δικαστήριο στον ευρωπαϊκό κώδικα δεοντολογίας για το franchising, σύμφωνα με το άρθρο 5 του οποίου απαιτείται η έγγραφη κατάρτιση της σύμβασης δικαιόχρησης μεταξύ των συμβληθέντων, για να καταλήξει ότι η ρύθμιση αυτή του κώδικα έχει συμβατικό χαρακτήρα και δεσμεύει μόνο τις επιχειρήσεις που είναι μέλη του Συνδέσμου Franchise της Ελλάδος, ο οποίος έχει προσχωρήσει στον ευρωπαϊκό κώδικα και ότι συνεπώς από τη στιγμή που οι καθ' ών εταιρίες δεν είναι μέλη του εν λόγω Συνδέσμου δεν δεσμεύονται από τις ρυθμίσεις του κώδικα δεοντολογίας. Υποδηλώνεται επομένως από το δικαστήριο ότι στην περίπτωση που οι καθ' ών εταιρίες ήταν μέλη του Συνδέσμου Franchise της Ελλάδος θα δεσμεύονταν συμβατικά από τη διάταξη του άρθρου 5 του κώδικα δεοντολογίας και η σύμβαση δικαιόχρησης που καταρτίστηκε – εν προκειμένω – προφορικά δεν θα είχε ισχύ.

3. Η ως άνω υποδηλούμενη παραδοχή προβληματίζει μεν για λόγους που εκτίθενται στη συνέχεια και ιδίως στον αρ. 15, η δημοσιευόμενη απόφαση παρουσιάζει ωστόσο ιδιαίτερο ενδιαφέρον, καθώς πρόκειται για μια από τις ελάχιστες, εξ όσων γνωρίζουμε, δικαστικές αποφάσεις, στις οποίες όχι μόνο γίνεται από το δικαστήριο

επίκληση του κώδικα δεοντολογίας που ισχύει μεταξύ των διαδίκων επαγγελματιών, αλλά αξιολογείται η νομική ισχύς των ρυθμίσεών του¹. Το δικαστήριο εκτιμά δηλαδή εν προκειμένω ότι οι διατάξεις του ευρωπαϊκού κώδικα δεοντολογίας για το franchising έχουν συμβατικό χαρακτήρα και παράγουν αντίστοιχα δεσμεύσεις για τα μέρη που είναι μέλη της ένωσης επαγγελματιών (Σύνδεσμος Franchise της Ελλάδος) που τον έχει υιοθετήσει. Δίδεται έτσι η αφορμή να επιχειρήσουμε την προσέγγιση ορισμένων πτυχών της νομικής φύσης των κωδίκων δεοντολογίας, αφού όμως προηγουμένως γίνει μια συνοπτική αναφορά στην έννοια γενικότερα των κωδίκων δεοντολογίας, καθώς πρόκειται για ένα φαινόμενο που λόγω των ιδιαιτεροτήτων που παρουσιάζει αλλά και της πρόσφατης παρουσίας του στην ελληνική πραγματικότητα, γεννά πολλά ερωτήματα ως προς την ισχύ των διατάξεών του και τις συνέπειες που παράγει για τους επαγγελματίες που τον υιοθετούν².

4. Οι κώδικες δεοντολογίας συστηματοποιούν τις υποχρεώσεις των επαγγελματιών κάθε κλάδου στις μεταξύ τους σχέσεις και στις σχέσεις τους με καταναλωτές και τρίτους, στοχεύοντας στην ενίσχυση της εμπιστοσύνης των καταναλωτών και διασφαλίζοντας ταυτόχρονα την προστασία και ανεξαρτησία του κλάδου τους. Η πολυμορφία των κωδίκων δεοντολογίας, οι διαφορετικές πηγές προέλευσής τους, αλλά και η μεγάλη εμβέλεια του εκάστοτε αντικειμένου τους, φαίνεται εκ πρώτης όψεως να δυσχεραίνουν έναν απόλυτα ασφαλή ορισμό τους. Από το συνδυασμό διαφόρων απόψεων που κατά καιρούς έχουν διατυπωθεί σχετικά, θα μπορούσε να συναχθεί ότι βασικό περιεχόμενο και γνώρισμα κάθε τέτοιου κώδικα είναι ένα σύνολο δεοντολογικών κανόνων ή καγόνων συμπεριφοράς, οι οποίοι διέπουν μια επαγγελματική δραστηριότητα, δεν έχουν – νομικά τουλάχιστον – υποχρεωτικό χαρακτήρα και αναθεωρούνται όταν οι περιστάσεις το απαιτούν ή το δικαιολογούν. Ειδικότερα στον κώδικα δεοντολογίας του Συνδέσμου Franchise της Ελλάδος, ο

1. Οι σχετικές δικαστικές αποφάσεις δεν είναι πολλές. Σε αυτό συμβάλλει, μεταξύ άλλων, η μικρή σχετικά διάδοση και εξοικείωση με την έννοια της αυτορρύθμισης και των κωδίκων δεοντολογίας στην ελληνική πραγματικότητα, η διστακτικότητα επίκλησης – και από τους ίδιους τους επαγγελματίες – των κωδίκων στα δικαστήρια, στο μέτρο που η νομική τους φύση δεν είναι συχνά ξεκάθαρη, και τέλος το ότι επιτυγχάνεται σε μεγάλο βαθμό η επίλυση των διαφορών που ανακύπτουν μέσω των προβλεπόμενων σε αυτούς εσωτερικών μηχανισμών. Ενδεικτικής μνείας αξίζει η πρόσφατη απόφαση του ΑΠ 1219/2001, στην οποία όμως γίνεται απλώς αναφορά στον Κώδικα Τραπεζικής Δεοντολογίας της ΕΕΤ, χωρίς το δικαστήριο να υπεισέρχεται σε κάποιο είδους αξιολόγηση της νομικής του φύσης (βλ. *Ι. Καράκωστα*, Γενικοί Όροι των Τραπεζικών Συναλλαγών, σελ. 73 επ.). Σημειωτέον τέλος, ότι σε τούτο το σχόλιο αναφερόμαστε αποκλειστικά στους κώδικες δεοντολογίας με την παραδοσιακή έννοια του όρου, δηλαδή στους κώδικες που προέρχονται από την αυτορρύθμιση των επαγγελματιών και όχι σε όσους έχουν αμιγώς νομοθετικό χαρακτήρα, όπως λ.χ. ο κώδικας δεοντολογίας των ΕΠΕΥ.

2. Το ζήτημα της νομικής φύσης των κωδίκων δεοντολογίας απαιτεί λόγω της ποικιλομορφίας και των ιδιαιτεροτήτων που παρουσιάζουν ειδική και εκτεταμένη μελέτη, σαφώς εξερχομένη των ορίων του παρόντος σχολίου, το οποίο περιορίζεται σε μερικές μόνο σκέψεις με αφορμή τη συγκεκριμένη απόφαση.

οποίος έχει ως θεμέλιό του το αντίστοιχο κείμενο που καθιέρωσε η Ευρωπαϊκή Ομοσπονδία Franchise, προβλέπεται στην εισαγωγή ότι ο κώδικας αυτός θεωρείται ένα πρακτικό σύνολο στοιχειωδών διατάξεων καλής συμπεριφοράς για τους με οποιοδήποτε τρόπο ασχολούμενους με το franchising αλλά χωρίς να αντικαθιστά σχετικές εθνικές ή κοινοτικές νομοθετικές διατάξεις.

5. Η βασική ιδέα είναι ότι οι επαγγελματίες, θέλοντας να διαφυλάξουν και να προαγάγουν το κύρος και την ποιότητα των υπηρεσιών που παρέχουν στην κατεύθυνση της πρόληψης και αποφυγής καταχρηστικών επαγγελματικών πρακτικών, διαμορφώνουν μέσω του συλλογικού οργάνου τους, ορισμένους κανόνες που αυτοδεσμεύονται να τηρούν. Οι κανόνες που υιοθετούνται με τον τρόπο αυτό δεν έχουν νομικά υποχρεωτικό χαρακτήρα. Η τήρησή τους διασφαλίζεται καταρχήν από την αποδοχή τους εκ μέρους των επαγγελματιών και από την ανάγκη που εκφράζεται μέσω των κανόνων για την προαγωγή του επαγγέλματος και την εδραίωση της εμπιστοσύνης του συναλλακτικού κοινού σε αυτό.

6. Η προέλευση των κανόνων δεοντολογίας από τους ίδιους τους επαγγελματίες, συνδέει άμεσα την έννοια της δεοντολογίας με εκείνη της αυτορρύθμισης, την μέθοδο δηλαδή ρύθμισης, σύμφωνα με την οποία οι συντάκτες των κανόνων που υιοθετούνται, αυτοδεσμεύονται να τους τηρούν και είναι υπεύθυνοι για την παρακολούθηση της εφαρμογής τους. Η αυτορρύθμιση αποτελεί με τη σειρά της ένα από τα κύρια μέσα έκφρασης του λεγόμενου «ήπιου» ή, με άλλη ορολογία, «μαλακού» δικαίου (soft law). Για την περιγραφή της έννοιας του ήπιου δικαίου έχουν προταθεί αρκετοί ορισμοί από την θεωρία, οι οποίοι διαφοροποιούνται μεταξύ τους, ιδίως, σε ό,τι αφορά την έκταση και την χροιά του ιδιότυπου αλλά και χαρακτηριστικότερου στοιχείου των κανόνων του, που είναι η έλλειψη νομικά εξαναγκαστού χαρακτήρα³. Γίνεται όμως γενικά αποδεκτό ότι οι κανόνες ήπιου δικαίου είναι «μη εξαναγκαστοί ή χαλαροί (γραπτοί πάντως) κανόνες συμπεριφοράς απορρέοντες από επαγγελματικές συνήθειες, αντιλήψεις περί ηθικής των συναλλαγών, κανόνες δεοντολογίας, υποδείγματα επιχειρηματικής οργάνωσης («best practices», π.χ. κανόνες της corporate governance), σε κάθε περίπτωση δε χωρίς opinio necessitatis»⁴, καθώς με τον ορισμό αυτόν αποδίδονται τα ουσιώδη χαρακτηριστικά της έννοιας, αφήνοντας παράλληλα αρκετά περιθώρια ερμηνείας σε ό,τι αφορά το στοιχείο του νομικά εξαναγκαστού χαρακτήρα των κανόνων του, που αποτελεί και το κατεξοχήν αντικείμενο διερεύνησης.

7. Σε εθνικό επίπεδο, οι κώδικες δεοντολογίας που πηγάζουν από την αυτορρύθμιση, προέρχονται στην πλειοψηφία των περιπτώσεων από τις αντίστοιχες αρμό-

3. Βλ. ιδίως, *A. Φατούρο*, «Προλεγόμενα στη μελέτη του μαλακού δικαίου», ΕΕΕυρΔ 1994, σελ. 986, *K. C. Wellens, G. M. Borchardt*, «Soft Law in European Community Law», *European Law Review*, 1989, ιδίως σελ. 272-273.

4. Βλ. *E. Περάκη*, Γενικό Μέρος του Εμπορικού Δικαίου, Νομική Βιβλιοθήκη, 1999, σελ. 138 επ.

διες ενώσεις επαγγελματιών και σωματεία, που δραστηριοποιούνται στον χώρο και προασπίζονται καταρχήν τα συμφέροντα του κλάδου τους. Το πεδίο εφαρμογής των εν λόγω κωδίκων αφορά συνήθως τις αντίστοιχες υπηρεσίες που παρέχονται σε εθνικό επίπεδο, ενώ οι αποδέκτες τους είναι κατά βάση τα μέλη της αρμόδιας ένωσης επαγγελματιών, χωρίς να αποκλείεται υπό ορισμένες προϋποθέσεις η επέκταση της «ισχύος» τους και σε τρίτα μέρη μη μέλη της ένωσης επαγγελματιών. Εν προκειμένω, με τον κώδικα δεοντολογίας του Συνδέσμου Franchise της Ελλάδος προβλέπονται ιδίως οι υποχρεώσεις του δικαιοπαρόχου και των κατ' ιδίαν δικαιοδόχων στο πλαίσιο ενός δικτύου franchise, ρυθμίσεις αναφορικά με την ανεύρεση δικαιοδόχων, τη διαφήμιση και τη γνωστοποίηση εγγράφων και στοιχείων για τη σχέση franchise, καθώς επίσης και ρυθμίσεις για τη σύμβαση franchise και ειδικότερα τον τύπο και το περιεχόμενο αυτής, καθορίζοντας τους στοιχειωδώς ελάχιστους όρους που θα πρέπει να περιέχει η σύμβαση franchise.

8. Η διερεύνηση της φύσης των κανόνων που προέρχονται από τις ενώσεις αυτές, προϋποθέτει καταρχήν την εξέταση της νομικής φύσης των ίδιων των ενώσεων από τις οποίες προέρχονται οι κανόνες. Οι ενώσεις αυτές έχουν συνήθως την μορφή νομικών προσώπων ιδιωτικού δικαίου μη κερδοσκοπικού χαρακτήρα και οι εξουσίες τους καθορίζονται από τη νομοθεσία και το καταστατικό τους. Η υιοθέτηση κωδίκων δεοντολογίας από τις ενώσεις αυτές, εντάσσεται στο ευρύτερο πλαίσιο του σκοπού τους, που είναι η προαγωγή του επαγγέλματος που εκπροσωπούν και των συμφερόντων του κλάδου. Σε ορισμένες δε περιπτώσεις, όπως στην περίπτωση του Συνδέσμου Franchise της Ελλάδος, προβλέπεται ρητά ως σκοπός του Σωματείου, σύμφωνα με το καταστατικό του⁵, η υιοθέτηση του κώδικα δεοντολογίας της Ευρωπαϊκής Ομοσπονδίας Franchise με όσες προσθήκες θεωρεί αναγκαίες και η προβολή, επιβολή και εξασφάλιση της συμμόρφωσης των μελών με τις επιταγές του. Στο πλαίσιο αυτό, η υιοθέτηση και διασφάλιση της τήρησης του κώδικα από τα μέλη του αποτελεί καταστατικό σκοπό του εν λόγω σωματείου. Κατά συνέπεια, τυχόν καταστρατηγήσεις και παραβάσεις των μελών του Συνδέσμου έχουν τις προβλεπόμενες στο καταστατικό⁶ και τη νομοθεσία συνέπειες.

9. Παρά το γεγονός ότι η νομική φύση του καταστατικού του σωματείου αμφισβητείται, γίνεται δεκτό ότι από τη στιγμή που το σωματείο ιδρυθεί, το καταστατικό αποκτά κανονιστικό χαρακτήρα⁷. Κατά συνέπεια, και οι υποχρεώσεις που επι-

5. Βλ. καταστατικό σωματείου με την επωνυμία «Σύνδεσμος Franchise της Ελλάδος», άρθρο 2δ.

6. Ενδεικτικά, σύμφωνα με το άρθρο 5 παρ. 2β του καταστατικού του Συνδέσμου Franchise της Ελλάδος, η αποδεδειγμένη παραβίαση του κώδικα δεοντολογίας από μέλος του σωματείου αποτελεί, σύμφωνα με την προβλεπόμενη διαδικασία, λόγο διαγραφής του μέλους αυτού από το σωματείο.

7. Βλ. *Ι. Σπυριδάκη*, Γενικές Αρχές, Τεύχος Α', σελ. 265, όπου αναφέρεται και στις δύο απόψεις για τη νομική φύση του καταστατικού και προτείνει το συνδυασμό τους. *Α. Γεωργιάδη*, Γενικές Αρχές Αστικού Δικαίου, σελ. 157. *Σ. Βλαστό*, Αστικά σωματεία, Συνδικαλιστικές και Εργοδοτικές Οργανώσεις, σελ. 87 επ.

βάλλονται στα μέλη του σωματείου εκ του καταστατικού του έχουν κανονιστική ισχύ. Όπως είναι γνωστό, οι κύριες απόψεις που επικρατούν για τη νομική φύση του καταστατικού του σωματείου είναι η συμβατική ή δικαιοπρακτική θεωρία, σύμφωνα με την οποία πρόκειται για σύμβαση ή πολυμερή δικαιοπραξία, και η κανονιστική θεωρία, σύμφωνα με την οποία πρόκειται για κανονιστική πράξη. Όπως σημειώνεται όμως στην θεωρία: «Οι κανόνες αυτοί απευθύνονται προς τα μέλη του σωματείου –όχι μόνο τα ιδρυτικά, ή τα υπάρχοντα κατά την τροποποίηση του καταστατικού, αλλά και τα μέλλοντα, τα οποία με τη συμμετοχή τους στο σωματείο υποβάλλονται σε αυτούς – και προς τους τρίτους (που συναλλάσσονται με το σωματείο). Έτσι ορθά υποστηρίζεται (Γαζής) συνδυασμός της συμβατικής και της κανονιστικής θεωρίας ως προς τη φύση του καταστατικού: «Το καταστατικόν δημιουργείται μεν δια δικαιοπραξίας, αφ΄ ης δε το σωματείο λάβη ύπαρξιν αποκτά τούτο κανονιστικόν χαρακτήρα». Κατά συνέπεια, η πρόβλεψη εν προκειμένω στο καταστατικό του Συνδέσμου της υιοθέτησης του ευρωπαϊκού κώδικα franchising και της διασφάλισης της συμμόρφωσης των μελών με τις επιταγές του ως σκοπού του Συνδέσμου έχει κανονιστικό χαρακτήρα και ισχύ.

10. Γίνεται επίσης δεκτό ότι το σωματείο έχει πειθαρχική εξουσία στα μέλη του, ο τρόπος άσκησης της οποίας ρυθμίζεται στο καταστατικό του. Στα πειθαρχικά παραπτώματα εντάσσονται, ενδεικτικά, οι παραβάσεις από τα μέλη της νομοθεσίας, των διατάξεων του καταστατικού, των αποφάσεων των καταστατικών οργάνων και εν γένει η καταστρατήγηση των συμφερόντων του σωματείου⁸. Οι πειθαρχικές ποινές ορίζονται στο καταστατικό και είναι, συνήθως, η επίπληξη, η επιβολή προστίμου και η αποβολή του μέλους, ενώ επιβάλλονται ανάλογα με την σοβαρότητα της παράβασης.

11. Έτσι, οι κώδικες δεοντολογίας που προέρχονται από ενώσεις επαγγελματιών, είτε επειδή εντάσσονται στον καταστατικό τους σκοπό, είτε επειδή – στην μεγάλη πλειοψηφία των περιπτώσεων – αποτελούν απόφαση των καταστατικών τους οργάνων, επιφέρουν ή δύνανται να επιφέρουν, ανάλογα με την ειδικότερη μορφή τους, νομικές συνέπειες και κυρώσεις στις περιπτώσεις μη τήρησή τους και με την έννοια αυτή αποκτούν – έμμεσα τουλάχιστον – νομική ισχύ.

12. Περαιτέρω, για τη νομική φύση των κωδίκων δεοντολογίας έχουν εν γένει υποστηριχθεί αρκετές θεωρίες, η συστηματική μελέτη και προσέγγιση των οποίων εκφεύγει βέβαια του αντικείμενου του παρόντος σχολίου. Για τη σχολιαζόμενη απόφαση ειδικό ενδιαφέρον παρουσιάζει η άποψη, σύμφωνα με την οποία, οι κώδικες δεοντολογίας ως «συστήματα κανόνων που ισχύουν στους κόλπους μικρότερων του κράτους κοινωνικών ομάδων ή οργανώσεων ...» αποτελούν πολυμερείς δικαιοπραξίες⁹.

8. Βλ. *Ι. Σπυριδάκη*, Γενικές Αρχές, Τεύχος Α΄, σελ. 287 επ. *Σ. Βλαστό*, Αστικά σωματεία, Συνδικαλιστικές και Εργοδοτικές Οργανώσεις, σελ. 149 επ.

9. Βλ. *Σ. Ψυχομάνη*, «Ο Κώδικας Τραπεζικής Δεοντολογίας», Αρμ. 1999, σελ. 915.

13. Όπως είναι γνωστό, ουσιώδες στοιχείο της δικαιοπραξίας είναι η ηθελημένη έννομη συνέπεια, με την έννοια ότι ο δηλών πρέπει να επιθυμεί να επιφέρει με τη δήλωσή του συγκεκριμένο έννομο αποτέλεσμα. Εκτός όμως από την δήλωση βουλήσεως, για να επέλθει η ηθελημένη έννομη συνέπεια, και να είναι έγκυρη η δικαιοπραξία, θα πρέπει να πληρούνται ορισμένες προϋποθέσεις, οι οποίες προβλέπονται στο νόμο και αποτελούν τις προϋποθέσεις του κύρους της δικαιοπραξίας. Τέτοιες προϋποθέσεις αποτελούν, ενδεικτικά, η μη αντίθεση της δικαιοπραξίας με τον νόμο ή τα χρηστά ήθη, η δικαιοπρακτική ικανότητα του δηλούντος και οι προϋποθέσεις εν γένει που ορίζει ο νόμος ανάλογα με τη δικαιοπραξία. Με άλλα λόγια, η επέλευση της έννομης συνέπειας της δήλωσης βούλησης του δικαιοπρακτούντος δεν μπορεί να υπάρξει εάν δεν συντρέχει το σύνολο των νομικών γεγονότων, από τα οποία ο νόμος εξαρτά την επέλευσή της.

14. Είναι γνωστό επίσης ότι η δικαιοπραξία μπορεί να είναι μονομερής, να περιλαμβάνει δηλαδή τη δήλωση βουλήσεως ενός μόνο προσώπου, μπορεί όμως να είναι και πολυμερής και να περιέχει δηλώσεις βουλήσεως δύο ή περισσότερων προσώπων. Στην τελευταία περίπτωση, οι επιμέρους δηλώσεις βουλήσεως – οι οποίες μπορεί είτε να βαίνουν παράλληλα, είτε να αντιτίθενται μεταξύ τους – συναποτελούν από κοινού το ειδικό πραγματικό της πολυμερούς δικαιοπραξίας. Οι πολυμερείς δικαιοπραξίες διακρίνονται περαιτέρω σε συμβάσεις, συνδικαιοπραξίες και αποφάσεις. Διερευνητέο, κατά συνέπεια, είναι το εάν υπάρχει δικαιοπρακτική βούληση των συντακτών και αποδεκτών του κώδικα, εάν δηλαδή με τη δήλωση βουλήσεώς τους επιθυμούν την επέλευση συγκεκριμένης έννομης συνέπειας και εάν έχουν πρόθεση νομικής δεσμεύσεως. Η απάντηση στο ερώτημα αυτό δεν είναι εύκολο να δοθεί γενικευμένα και θα πρέπει κάθε περίπτωση να αξιολογείται ξεχωριστά συνεκτιμώντας τα ειδικά χαρακτηριστικά που έχει και τις συνθήκες που τη συνοδεύουν.

15. Σε ό,τι αφορά, τον κώδικα δεοντολογίας του Συνδέσμου Franchise της Ελλάδος, θα πρέπει να επισημάνουμε καταρχήν ότι, όπως ορίζεται στην εισαγωγή του, ο κώδικας αυτός έχει ως θεμέλιό του τον κώδικα που καθιέρωσε η Ευρωπαϊκή Ομοσπονδία Franchise (EFF). Τα μέλη της EFF είναι οι εθνικοί σύνδεσμοι franchise ή ομοσπονδίες συσταθείσες στην Ευρώπη. Σύμφωνα με τα προβλεπόμενα στον ευρωπαϊκό κώδικα δεοντολογίας για το franchising, με τη συμμετοχή τους στην EFF τα μέλη της αποδέχονται τον κώδικα, αναλαμβάνουν να μην τον καταργούν ή να μην τον τροποποιούν με οποιοδήποτε τρόπο και δεσμεύονται να επιβάλλουν στα μέλη τους την υποχρέωση να σέβονται και να εφαρμόζουν τις διατάξεις του. Στην προσθήκη και ερμηνεία δε του κώδικα, η οποία αποτελεί αναπόσπαστο μέρος αυτού και εγκρίθηκε από την EFF, προβλέπεται ότι ο κώδικας αποτελεί μέρος της εγγράφου συμφωνίας μέλους μεταξύ του Συνδέσμου Franchise της Ελλάδος και των εταιριών μελών του. Ορίζεται επίσης ότι κάθε παράβαση του κώδικα δεοντολογίας από οποιοδήποτε μέλος του Συνδέσμου, θα θεωρείται παράβαση της συμφωνίας

μέλους μεταξύ αυτού και του Συνδέσμου που θα εξετάζεται από το Πειθαρχικό του Συμβούλιο για κάθε σχετική συνέπεια. Στο πλαίσιο αυτό, ο κώδικας αποτελεί μέρος της συνδικαιοπραξίας που ισχύει μεταξύ του Συνδέσμου και των μελών του, το ειδικό πραγματικό της οποίας περιέχει τις δηλώσεις βουλήσεως των μελών, οι οποίες είναι όμοιες, δηλαδή βαίνουν παράλληλα – και όχι αντίθετα όπως στις συμβάσεις – και κατευθύνονται από κοινού στην παραγωγή του ίδιου έννομου αποτελέσματος. Με την έννοια αυτή, η εκτίμηση του δικαστηρίου ότι η ρύθμιση του άρθρου 5 του κώδικα, σύμφωνα με την οποία προβλέπεται η έγγραφη κατάρτιση της σύμβασης, έχει συμβατικό χαρακτήρα, προβληματίζει, καθώς δεν γίνεται κατανοητό από που συνάγεται ο συμβατικός χαρακτήρας του κώδικα. Επισημαίνεται επίσης ότι ανεξάρτητα από τον συμβατικό ή μη χαρακτήρα των ρυθμίσεων του κώδικα – άποψη με την οποία δεν συμφωνούμε για τη συγκεκριμένη τουλάχιστον περίπτωση – στην προσθήκη του κώδικα προβλέπεται επίσης ότι ο ίδιος δεν αποτελεί μέρος της συμβατικής σχέσης μεταξύ Δικαιοπαρόχου και Δικαιοδόχου, εκτός εάν αυτό έχει ρητά δηλωθεί από τον Δικαιοπάροχο. Κατά συνέπεια, θα πρέπει σε κάθε περίπτωση να ελεγχθεί εάν στη σύμβαση μεταξύ των δύο μερών υπάρχει ρητή δήλωση για το εάν ο κώδικας αποτελεί μέρος της συμβατικής σχέσης. Σε διαφορετική περίπτωση, οι διατάξεις του δεν είναι δυνατό να επηρεάσουν το κύρος της μεταξύ τους σύμβασης.

16. Οι σκέψεις αυτές αναφέρονται στο συγκεκριμένο κώδικα δεοντολογίας, του οποίου γίνεται επίκληση στη σχολιαζόμενη απόφαση. Θα πρέπει όμως να επισημανθεί ότι οποιεσδήποτε γενικεύσεις ενέχουν σημαντικούς κινδύνους, καθώς η ποικιλομορφία που διακρίνει τους κώδικες δεοντολογίας σε σχέση με τις προθέσεις των μερών που προβαίνουν στην υιοθέτησή τους, τη διαδικασία που ακολουθείται για την θέσπισή τους, αλλά και το ίδιο το περιεχόμενό τους, δεν επιτρέπει γενικεύσεις.

17. Χαρακτηριστική στο πλαίσιο αυτό είναι μια απόφαση του γαλλικού Ανώτατου Δικαστηρίου σε ό,τι αφορά τον Κώδικα Δεοντολογίας την Ένωσης Ορκωτών Λογιστών¹⁰. Στην υπό κρίση υπόθεση, το Εφετείο είχε κηρύξει άκυρη τη σύμβαση που είχε συνάψει ένας λογιστής, λόγω του ότι το είδος της αμοιβής που προβλεπόταν σε αυτήν, απαγορευόταν από τον αντίστοιχο επαγγελματικό κώδικα δεοντολογίας. Στη συνέχεια όμως, το Ανώτατο Δικαστήριο απέρριψε τον ισχυρισμό του Εφετείου, κρίνοντας ότι οι κανόνες δεοντολογίας, των οποίων το αντικείμενο είναι ο καθορισμός των καθηκόντων των μελών της ένωσης επαγγελματιών, δεν μπορούν να επιφέρουν παρά μόνο πειθαρχικές κυρώσεις και με την έννοια αυτή, δεν είναι δυνατό να χαρακτηριστεί μια σύμβαση άκυρη για μόνο τον λόγο ότι με αυτήν πα-

10. Βλ. Cour de Cassation, 1ère chambre civile, 5 novembre 1991, JCP 1992, ed. E II, 255, Revue trimestrielle de droit civil (1992), σελ. 381 επ., σχόλιο Jacques Mestre. Για μια αναλυτική παρουσίαση της γαλλικής νομολογίας σε ό,τι αφορά τους κώδικες δεοντολογίας εν γένει, βλ. F. Osman, «Avis, directives, codes de bonne conduite, recommandations, déontologie, éthique, etc.: réflexion sur la dégradation des sources privées du droit», Rev. trim. de droit civil, 1995, σελ. 509 επ.

ραβιάζονται κανόνες του κώδικα δεοντολογίας. Η απόφαση του Εφετείου βασιζόμενη σε αυτήν την παράβαση των κανόνων δεοντολογίας, χωρίς να ελέγξει εάν η υπό κρίση σύμβαση ήταν παράνομη και άκυρη λόγω αντίθεσής της στη δημόσια τάξη, στερείται νομικής βάσης κατά την κρίση του Ανώτατου Δικαστηρίου.

Πρόκειται για μια απόφαση, που εκφράζει την πάγια μέχρι αρκετά πρόσφατα, θέση της γαλλικής νομολογίας, η οποία επιδοκιμάστηκε από την θεωρία. Ο Jacques Mestre σχολιάζοντας την απόφαση αυτή, παρατηρεί ότι πράγματι, η έννοια της δημόσιας τάξης είναι ήδη αρκετά «διευρυμένη» στο γαλλικό δίκαιο και δεν μπορεί να προσδιορίζεται περαιτέρω από τους κανόνες δεοντολογίας μιας ένωσης επαγγελματιών, η οποία, κατά την άποψή του, δεν εξυπηρετεί παρά τα ειδικότερα συμφέροντα της συγκεκριμένης κατηγορίας επαγγελματιών. Ο συγγραφέας επισημαίνει, παρά ταύτα ότι η επαγγελματική δεοντολογία και η δημόσια τάξη δεν πρέπει να αντιμετωπίζονται σαν δύο τελείως διαφορετικές έννοιες, καθώς στους κανόνες δεοντολογίας, ενυπάρχει ταυτόχρονα η επιδίωξη του γενικότερου συμφέροντος όχι μόνο των ιδίων των επαγγελματιών, αλλά και των συναλλασσομένων με αυτούς. Για τον λόγο αυτό, ορθά, κατά την άποψή του, το Ανώτατο Δικαστήριο κρίνει ότι η παράβαση των κανόνων δεοντολογίας και μόνο δεν αρκεί για την κήρυξη της ακυρότητας της σύμβασης, αφήνοντας έτσι να εννοηθεί ότι θα πρέπει, κατά περίπτωση, να εξετάζεται κατά πόσο η παράβαση των κανόνων αυτών, αντιτίθεται ταυτόχρονα στη δημόσια τάξη. Περαιτέρω, η κρίση του δικαστηρίου, σύμφωνα με την οποία, η μη τήρηση του κώδικα δεοντολογίας δεν επιφέρει παρά μόνο πειθαρχικές κυρώσεις, κρίνεται επίσης υπερβολικά στενή, καθώς δεν αποκλείεται να επιφέρει και άλλου είδους κυρώσεις, κατά περίπτωση¹¹.

18. Σε κάθε περίπτωση, η υιοθέτηση κωδίκων δεοντολογίας από τους επαγγελματίες ως μέσου έκφρασής τους, αλλά και ως του καταλληλότερου, κατά την κρίση τους, μέσου για την πραγμάτωση των στόχων που επιδιώκουν, αρκεί για να προσδίδει σε αυτούς αυτονομία και αυθυπαρξία. Με την έννοια αυτή, η ένταξη των κωδίκων σε κάποια από τις γνωστές και αναγνωρισμένες μορφές και κατηγορίες του δικαίου, φαίνεται να αποτελεί εσφαλμένη αντιμετώπιση του όλου φαινομένου. Τίθεται, δηλαδή το θέμα της ενδεχόμενης σκοπιμότητας θεώρησης των κωδίκων δεοντολογίας ως *autorités de fait* και *sui generis* κανόνων, για τους οποίους το κέντρο βάρους μετατίθεται από την νομική τους φύση στην πραγματικότητα που εξυπηρετούν και την κατ' αποτέλεσμα ισχύ τους.

Χριστίνα Λιβαδά

*DEA - Ειδική Νομ. Σύμβουλος
στην Ένωση Ελληνικών Τραπεζών*

11. Revue trimestrielle de droit civil (1992), σχόλιο Jacques Mestre, σελ. 385.

ΚΠολΔ 624.2, 630 Α

Μετεγκατάσταση του οφειλέτη στο εξωτερικό μετά την έκδοση της διαταγής πληρωμής και πριν από την επίδοσή της. Αναστολή της προθεσμίας του άρθρου 630 Α ΚΠολΔ κατά το μήνα Αύγουστο.

Αν μετά την έκδοση της διαταγής πληρωμής ο οφειλέτης εγκατασταθεί στην αλλοδαπή ή η διαμονή του γίνει άγνωστη, η διαταγή πληρωμής διαφυλάσσει το κύρος της, παραμένει όμως ανενεργή έως ότου ο καθού αποκτήσει εκ νέου γνωστή διαμονή στην Ελλάδα για να γίνει εφικτή η επίδοση.

Η προθεσμία του άρθρου 630 Α ΚΠολΔ πρέπει παρά τη σιωπή του νόμου να γίνει κατ' αναλογία (ΚΠολΔ 147.7) δεκτό ότι αναστέλλεται από 1-31 Αυγούστου, όπως όλες οι άλλες γνήσιες δικονομικές προθεσμίες ενεργείας.

ΜονΠρωτΠειρ 151/2002

(Δικαστής: Ν. Ποταμιάνος)

Η διάταξη του άρθρου 624 παρ. 2 του ΚΠολΔ ορίζει ότι δεν μπορεί να εκδοθεί διαταγή πληρωμής και η εκδοθείσα είναι άκυρη, αν η επίδοσή της πρέπει να γίνει σε πρόσωπα που διαμένουν στην αλλοδαπή, ή είναι άγνωστης διαμονής. Εξάλλου κατά τις διατάξεις των άρθρων 626 παρ. 2α και 630 στοιχ. β' του ΚΠολΔ, τόσο η αίτηση (ή η έκθεση) για την έκδοση διαταγής πληρωμής, όσο και η ίδια η διαταγή πληρωμής πρέπει να μνημονεύουν, μεταξύ άλλων την κατοικία και την διεύθυνση του καθ' ού η αίτηση και η διαταγή. Τέλος, σύμφωνα με τα άρθρα 632 παρ. 1 και 633 παρ. 2 του ΚΠολΔ, κατά της διαταγής πληρωμής, η οποία αποτελεί τίτλο εκτελεστό (631 ΚΠολΔ και 904 παρ. 2 ε') ο καθ' ού η διαταγή οφειλέτης δικαιούται ν' ασκήσει ανακοπή μέσα σε δεκαπέντε (15) ημέρες από την επίδοσή της, αν δε η ανακοπή αυτή δεν ασκηθεί εμπροθέσμως, ο δανειστής μπορεί να επαναλάβει την επίδοση της διαταγής πληρωμής και ο οφειλέτης δικαιούται ν' ασκήσει νέα ανακοπή μέσα σε προθεσμία δέκα (10) ημερών, μετά την άπρακτη πάροδο της οποίας η διαταγή πληρωμής αποκτά ισχύ δεδικασμένου και υπόκειται μόνο σε αναηλόφηση. Από τις διατάξεις αυτές συνάγεται ότι για την έκδοση έγκυρης διαταγής πληρωμής απαιτείται, ως αρνητική διαδικαστική προϋπόθεση, να μη διαμένει στην αλλοδαπή και να μην είναι άγνωστης διαμονής το πρόσωπο κατά του οποίου ζητείται η διαταγή, εκ του ότι δε: α) ως διαμονή νοείται ο τόπος στον οποίο το πρόσωπο είναι εγκατεστημένο φυσικώς, β) ο τόπος αυτός δεν συμπίπτει αναγκαιώς με την κατοικία του προσώπου κατά την έννοια του άρθρου 51 του Αστικού Κώδικα, διακρίνεται δε σαφώς από την κατοικία του άρθρου 128 παρ. 2 του ΚΠολΔ (οικία ή διαμέρισμα) και γ) κατά γενικό οικονομικό κανόνα, συναγόμενο ιδίως από την διάταξη του άρθρου 73 του ΚΠολΔ, οι διαδικαστικές προϋποθέσεις (θετικές ή αρνητικές) πρέπει να συντρέχουν κατά την διενέργεια της πράξεως για το έγκυρο της ο-

ποίας απαιτούνται, παρέπεται ότι ο οφειλέτης κατά του οποίου ζητείται η διαταγή πληρωμής πρέπει να είναι εγκατεστημένος (σωματικά παρών) σε γνωστό τόπο της ελληνικής επικράτειας κατά τον χρόνο της εκδόσεως της διαταγής πληρωμής. Μεταγενέστερα γεγονότα, τα οποία δεν μπορεί να γνωρίζει ο δικαστής που εκδίδει την διαταγή, δεν είναι νοητό να οπισθενεργούν και να βλάπτουν το κύρος της. Επομένως, αν μετά την έκδοση της διαταγής πληρωμής ο οφειλέτης εγκατασταθεί, έστω και προσωρινά στην αλλοδαπή ή η διαμονή του καταστεί άγνωστη (κατά την έννοια του άρθρου 135 παρ. 1 ΚΠολΔ) η διαταγή πληρωμής, κατά την έκδοση της οποίας συνέτρεχε η ως άνω αρνητική διαδικαστική προϋπόθεση, διαφυλάσσει το κύρος της, παραμένει όμως ανενεργής έως ότου ο καθ' ού αποκτήσει εκ νέου γνωστή διαμονή στην ημεδαπή, αφού η διάταξη του άρθρου 624 παρ. 2 του ΚΠολΔ θέτοντας την ως άνω αρνητική προϋπόθεση, εμπεριέχει αυτοθρόως και απαγόρευση της με οποιοδήποτε τρόπο επιδόσεως της διαταγής στο πρόσωπο που διαμένει στο εξωτερικό ή είναι άγνωστης διαμονής. Η προεκτεθείσα ερμηνευτική εκδοχή προάγεται από το ότι ο νομοθέτης έχοντας θεσπίσει απλή διαδικασία για την έκδοση διαταγής πληρωμής και ιδίως τις προαναφερόμενες σύντομες προθεσμίες για την άσκηση των μέσων άμυνας (ανακοπών) του καθ' ού η διαταγή, θέλησε συνάμα, με την ρύθμιση του άρθρου 624 παρ. 2 του ΚΠολΔ ν' αποτρέψει την επίδοση της διαταγής πληρωμής υπό τους όρους των άρθρων 134-137 του ΚΠολΔ και να διασφαλίσει έτσι στον οφειλέτη την δυνατότητα αποτελεσματικής δικαστικής προστασίας κατά το πνεύμα ταιν διατάξεων των άρθρων 20 παρ. 1 του Συντάγματος και 6 παρ. 1 της Ευρωπαϊκής Συμβάσεως για την προάσπιση των δικαιωμάτων του ανθρώπου (κυρ. ν.δ. 53/1974), [βλ. ΟλομΑΠ 10/1996 ΕλλΔνη 37 (1996) σελ. 1056-1058]. ...

... Με το δεύτερο λόγο της ανακοπής των ισχυρίζονται οι αιτούντες ότι η ένδικη διαταγή πληρωμής έχει ανατραπεί κατά νόμο αυτοδίκαια, αφού η καθ' ής παρέλειψε να επιδώσει αυτήν σ' αυτούς εμπρόθεσμα, ήτοι μέσα στην προθεσμία των δύο (2) μηνών από της εκδόσεώς της όπως επιτάσσει η διάταξη του νέου άρθρου 630 Α του ΚΠολΔ που προστέθηκε με το άρθρο 8 παρ. 6 του ν. 2819/2000, ειδικότερα δε η διαταγή πληρωμής εκδόθηκε την 16.7.2001 και αυτή τους κοινοποιήθηκε στις 11.10.2001, ήτοι μετά πάροδο δύο (2) μηνών και εικοσιπέντε (25) ημερών.

Με τον τρόπο που ο νομοθέτης εισήγαγε την κρίσιμη διάταξη (ως μία από τις «άλλες διατάξεις» ενός άσχετου προς την δικονομία νόμου με τίτλο «ίδρυση εταιρίας Ολυμπιακό χωριό 2004 Α.Ε. και άλλες διατάξεις» ήτοι, τον νόμο 2819/2000) και από τον σκοπό τον οποίο επιδίωξε όπως προκύπτει από την εισηγητική έκθεση του νόμου που ήταν να μην εξακολουθούν ανεπίδοτες διαταγές πληρωμής να εμφανίζονται στα λεγόμενα «δυσμενή στοιχεία» των οφειλετών εν αγνοία τους για μεγάλο χρονικό διάστημα ενδεχομένως και έτη ολόκληρα μετά την έκδοσή τους θίγοντας την αξιοπιστία και φερεγγυότητά τους (βλ. και *Ποδηματά*, σε Ερμηνεία ΚΠολΔ, Κεραμέα - Κονδύλη - Νίκα, Τόμος II, κάτω από το άρθρο 630 Α») είναι

φανερό ότι η παράλειψή του να τροποποιήσει το άρθρο 147 παρ. 7 ΚΠολΔ και να διευρύνει τις περιπτώσεις της παραγράφου 7 ώστε να περιλάβει και την κρίσιμη προθεσμία στις αναστελλόμενες κατά τον μήνα Αύγουστο δεν έγινε σκόπιμα, αλλά απλώς επειδή παρείδε την ύπαρξη αυτής της ρυθμίσεως. Θέσπισε δηλαδή ο νομοθέτης τη δίμηνη προθεσμία του άρθρου 630 Α ΚΠολΔ μη συνειδητοποιώντας το χαρακτήρα της (ως γνήσιας δικονομικής προς ενέργεια) ούτε την συνακόλουθη ανάγκη εναρμονίσεώς της με την μεταχείριση που συστηματικά (στον κώδικα) επιφυλάχθηκε σε τέτοιες προθεσμίες (αναστολή τους κατά το μήνα Αύγουστο). Πρόκειται συνεπώς για αθέλητο εμφανές νομοθετικό κενό, η πλήρωση του οποίου λόγω της προφανούς και αξιολογικά ουσιώδους ομοιότητας της αρρυθμιστής κρίσιμης περιπτώσεως (γνήσια δικονομική προθεσμία ενεργείας) με όλες τις ρυθμισμένες στο άρθρο 147 παρ. 7 επιβάλλεται να γίνει με προσφυγή στην αναλογία και όχι στην αντιδιαστολή. Επομένως η προθεσμία του άρθρου 630 Α ΚΠολΔ πρέπει λοιπόν παρά την σιωπή του νόμου να γίνει δεκτό κατ' αναλογία ότι αναστέλλεται κατά το χρονικό διάστημα από 1-31 Αυγούστου όπως και όλες οι άλλες γνήσιες δικονομικές προθεσμίες ενεργείας και συνακόλουθα η επίδοση της επίμαχης διαταγής πληρωμής εκ μέρους της καθ' ής προς τους αιτούντες έχει λάβει χώρα εμπροθέσμως, ήτοι εντός της διμήνου προθεσμίας που επιτάσσει η διάταξη του άρθρου 630 Α ΚΠολΔ. Κατ' ακολουθία των ανωτέρω και ο δεύτερος λόγος τη κρινομένης ανακοπής των αιτούντων δεν πιθανολογείται ότι θα ευδοκιμήσει [βλ. περί όλων των ανωτέρω την προσκομιζόμενη από 1.11.2001 έγγραφη γνωμοδότηση με την σε αυτή αναφερόμενη εμπειριστατωμένη επιχειρηματολογία του αναπληρωτή καθηγητή της Νομικής Σχολής του Παν. Θράκης *Κωνσταντίνου Δ. Παναγόπουλου*, βλ. επίσης την ταυτόσημη θέση ως προς το ανωτέρω ζήτημα του *Στεφ. Στ. Πανταζόπουλου*, Πρωτοδική Δρ. Νομικής Πανεπιστημίου Αθηνών - ότι εφαρμόζεται το άρθρο 147 ΚΠολΔ ιδίως η παρ. 7 για το μη υπολογισμό του διαστήματος 1-31 Αυγούστου στην ως άνω προθεσμία έστω και εάν το άρθρο 630 Α ΚΠολΔ δεν συμπεριελήφθη σ' αυτήν στο βιβλίο του με τον τίτλο. Η ανακοπή κατά διαταγής πληρωμής άρθρα 632-633 ΚΠολΔ έκδοση 2001, καθώς επίσης πρβλ. και ΑΠ 643/1989 ΕΕΝ (1990) σελ. 170 και ΑΠ 929/1996 ΕλλΔνη (1997) σελ. 1055 - οι οποίες ορίζουν ότι επειδή το χρονικό διάστημα από 1.8 έως 31.8 δεν υπολογίζεται για τις προθεσμίες ενεργείας μεταξύ των οποίων περιλαμβάνονται αυτές των ενδίκων μέσων και των ανακοπών και ότι η ρύθμιση αυτή έχει ταχθεί προς το συμφέρον των διαδίκων και των πληρεξουσίων τους, που απαλλάσσονται από την ανάγκη τηρήσεως των προθεσμιών στον κατ' εξοχή μήνα διακοπών, ο σκοπός αυτός δεν αποκλείει την ανάλογη εφαρμογή της διάταξης και σε άλλες προθεσμίες, όπως δηλαδή στην προκείμενη περίπτωση κατά τα ανωτέρω εκτεθέντα].

Σημείωση

Εύστοχα το μονομελές πρωτοδικείο Πειραιώς με τη δημοσιευόμενη απόφαση

επισημαίνει το νομοθετικό κενό και προβαίνει στην πλήρωσή του κατά τρόπο απόλυτα πειστικό (βλ. επίσης στη θεωρία *Κ. Μπέη - Ε. Μπέη - Ε. Μπαλογιάννη*, Κύρος διαταγής πληρωμής που επιδόθηκε μετά τη δίμηνη προθεσμία από την έκδοσή της σε ΔΙΚΗ 33 σελ. 54 επ., *Κ. Παναγόπουλο*, Αναστολή της προθεσμίας επιδόσεως διαταγών πληρωμής κατά τον Αύγουστο μήνα σε *Digesta 5* σελ. 7 επ. και *Σ. Παταζόπουλο*, Η ανακοπή κατά διαταγής πληρωμής 2001 σελ. 81).

Κ.Π.

ΑΚ 1168, ΚΠολΔ 958, 997.1, 1005.1 *εδ. β', ν. 1521/1950, ν. 2238/1994 άρθρο 68.2*

Συνέπειες της συνενώσεως της ψιλής κυριότητας με την επικαρπία πριν από τον πλειστηριασμό.

Η συνένωση της επικαρπίας, πριν από τη διενέργεια του πλειστηριασμού, με την κατασχεθείσα ψιλή κυριότητα, έχει ως αποτέλεσμα να αποκτά ο υπερθεματιστής την πλήρη κυριότητα του ακινήτου και ο φόρος μεταβίβασεως θα υπολογιστεί επ' αυτής, καταλογιζόμενος επιτρεπτά και με έκδοση συμπληρωματικής πράξεως.

ΓνωμοΟλομΝΣΚ 588/2002

(Σύνθεση: Ε. Βολάνης, Κ. Βολτής, Γ. Πουλάκος, Γ. Κρόμπας, Κ. Μπακάλης, Σ. Σκουτέρης, Δ. Λάκκας, Η. Παπαδόπουλος, Α. Τζεφεράκος, Θ. Ρεντζεπέρης, Χ. Θωμόπουλος, Χ. Παλαιολόγου, Β. Ασημακόπουλος, Δ. Παπαγεωργόπουλος, Ε. Τριτάς, Ι. Μάσβουλας, Κ. Μανωλής, Β. Βούκαλης, Φ. Τάσης, Π. Κιούσης, Β. Σουλιώτης, Ι. Σακελλαρίου, Χ. Παπαδόπουλος, Β. Χασαπογιάννης, Χ. Μπότσιος, Σ. Βασαλάκης, Ι. Τριάντος, Μ. Απέσσοι, Π. Τριανταφυλλίδης, Γ. Λάζος, Η. Ψώνης, Η. Δροσογιάννης, Ι. Διονυσόπουλος, Θ. Ψυχογιός, Πρόεδρος Ν.Σ.Κ. - εισηγητής)

Περίληψη ερωτήματος: Ερωτάται, εάν η συνένωση της επικαρπίας με την κατασχεθείσα ψιλή κυριότητα, πριν από τη διενέργεια του πλειστηριασμού, έχει ως αποτέλεσμα ότι ο υπερθεματιστής αποκτά την πλήρη κυριότητα, επί της οποίας θα υπολογισθεί ο αναλογών Φόρος Μεταβίβασης Ακινήτων, και εάν ο φόρος αυτός δύναται να καταλογισθεί με την έκδοση συμπληρωματικής καταλογιστικής πράξης.

Α. Με το προαναφερόμενο έγγραφο του Υπουργείου Οικονομίας και Οικονομικών εκτίθενται τα ακόλουθα:

«Στις 27.9.1995 ενώπιον της συμβολαιογράφου Αθηνών Μ.Μ. εκτέθηκε σε δημόσιο αναγκαστικό πλειστηριασμό με επίσπευση της Τραπεζικής Εταιρίας «ΕΓΝΑΤΙΑ ΤΡΑΠΕΖΑ Α.Ε.» το ακίνητο του οφειλέτη Ν.Κ. Το εκπλειστηριασθέν ακίνητο κατά το χρόνο της κατάσχεσης ανήκε στον οφειλέτη κατά ψιλή κυριότητα. Το δικαίωμα της επικαρπίας αυτού είχε παρακρατηθεί και ανήκε στην μητέρα του οφειλέτη. Η επικαρπώτρια απεβίωσε στις 20.7.1995 (ήτοι μετά την κατάσχεση και

προ του πλειστηριασμού) χωρίς αυτό να περιέλθει σε γνώση της επισπεύδουσας, προκειμένου να διορθωθεί αναλόγως το πρόγραμμα του πλειστηριασμού.

Το ακίνητο κατακυρώθηκε στην επισπεύδουσα Τράπεζα, η οποία, προκειμένου να ζητήσει την έκδοση της περιλήψης της κατακυρωτικής έκθεσης του ακινήτου, υπέβαλε σχετική δήλωση και κατέβαλε το φόρο μεταβίβασης για το δικαίωμα της ψιλής κυριότητας μόνο. Το αποκτηθέν, κατά τ' ανωτέρω, ακίνητο η Τράπεζα προτίθεται να το μεταβιβάσει περαιτέρω κατά πλήρη κυριότητα.

Εν όψει του παραπάνω ιστορικού τέθηκε το εν αρχή ερώτημα.

Β.Ι. Σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 1167 και επ. του Αστικού Κώδικα, με το θάνατο του επικαρπωτή η επικαρπία επιστρέφει (υποστρέφει) αυτοδίκαια στην (ψιλή) κυριότητα και ενώνεται με αυτήν σε πλήρη κυριότητα.

Η εν λόγω υποστροφή που έχει σαν αποτέλεσμα την ένωση της κυριότητος και της επικαρπίας στο ίδιο πρόσωπο συνεπάγεται την απόσβεση της τελευταίας (άρθρο 1168 ΑΚ).

II. Περαιτέρω καθ' ερμηνεία των οριζομένων στα άρθρα 958, 997, ΚΠολΔ, γίνεται κατ' αρχάς δεκτό, ότι η αναγκαστική κατάσχεση και η εξ αυτής πηγάζουσα νομική και υλική δέσμευση του πράγματος, καταλαμβάνει το κατασχεθέν στη νομική και υλική κατάσταση, που ευρίσκεται τούτο κατά το χρόνο της κατάσχεσης. Τούτο εκτός των άλλων σημαίνει, ότι κρίσιμος χρόνος, κατά τον οποίο κρίνεται η ιδιότητα του οφειλέτη ως φορέα του δικαιώματος, που αποτελεί αντικείμενο πλειστηριασμού, είναι ο χρόνος επιβολής της κατάσχεσης, οπότε και θα πρέπει να έχουν πραγματοποιηθεί στο πρόσωπο του οφειλέτη τα παραγωγικά της κτήσεως του δικαιώματος γεγονότα. (βλ. *I. Μπρίνια*, Αναγκαστ. Εκτέλεση, έκδ. β' σελ. 691, 694).

III. Σε αντίθεση όμως προς τα παραπάνω, στην περίπτωση ειδικά της υποστροφής της επικαρπίας και συνενώσεως αυτής με την ψιλή κυριότητα μετά την κατάσχεση της τελευταίας και προ του πλειστηριασμού, χωρίς να διορθωθεί ανάλογα το πρόγραμμα πλειστηριασμού, δεν μπορεί κατά την κρατούσα άποψη να υποστηριχθεί ότι σε πλειστηριασμό εκτίθεται μόνο η ψιλή κυριότητα, της επικαρπίας διατηρουμένης στο πρόσωπο του οφειλέτη, ως αυτοτελούς δικαιώματος.

Ειδικότερα, η δια δικαιοπραξίας παραχώρηση της επικαρπίας εκ μέρους του κυρίου δεν μεταβιβάζει προϋπάρχον δικαίωμα, αλλά δημιουργεί το πρώτον το δικαίωμα της επικαρπίας (ως αυτοτελές δικαίωμα επί αλλοτρίου πράγματος) στο πρόσωπο του επικαρπωτή, εξ ου και η σύσταση της επικαρπίας, θεωρείται ως κλασσική περίπτωση δημιουργικής διαδοχής (βλ. *Οικονομίδη*, Γεν. Αρχαί παρ. 7, *Μπαλή*, Γεν. Αρχαί εκδ. 8η σελ. 91, *Μπρίνια*, ο.π. σελ. 1510).

Συνεπώς, ενώ πριν από τη σύσταση της επικαρπίας υπήρχε ένα και μόνο δικαίωμα ήτοι η πλήρης κυριότητα, μετά τη σύσταση της επικαρπίας εμφανίζονται δύο ίδια και αυτοτελή εμπράγματα δικαιώματα, ήτοι η ψιλή κυριότητα και η επικαρπία. Απαραίτητη προϋπόθεση όμως προς διατήρηση της αυτοτέλειας των ε-

μπραγμάτων αυτών δικαιωμάτων είναι η ύπαρξη διαφορετικών δικαιούχων για καθένα από αυτά, καθόσον η επικαρπία εξ ορισμού υφίσταται μόνο επί αλλοτρίου πράγματος (βλ. άρθρο 1142 ΑΚ). Τούτο σημαίνει ότι στην περίπτωση που η επικαρπία αποσβεσθεί καθ' οιονδήποτε τρόπο στο πρόσωπο του επικαρπωτή (άρθρα 1167-1170 ΑΚ), τότε αυτή παύει να υφίσταται ως αυτοτελές δικαίωμα, οπότε μετά την αυτοδίκαιη υποστροφή της επικαρπίας στο πρόσωπο του ψιλού κυρίου, αποκαθίσταται και πάλι ένα μόνο δικαίωμα, η πλήρης κυριότητα. Επομένως, αυθυπαρξία του δικαιώματος της επικαρπίας στο πρόσωπο του έχοντος την πλήρη κυριότητα, δεν είναι νοητή (βλ. *Γεωργιάδη - Σταθόπουλο*, Αστ. Κώδικα, υπό άρθρο 1000 σελ. 312).

IV. Περαιτέρω η εις το δικονομικό πεδίο συνέπεια των ως άνω παραδοχών του ουσιαστικού δικαίου είναι ότι, εφόσον η επικαρπία συνενωθεί με την ψιλή κυριότητα στο πρόσωπο του οφειλέτη, προ της διενέργειας του πλειστηριασμού όπως στην προκειμένη περίπτωση, τότε ο υπερθεματιστής αποκτά τίτλω πλειστηριασμού το δικαίωμα της πλήρους και όχι μόνο της ψιλής κυριότητας, και δη ανεξάρτητα αν είχε χωρήσει σχετική διόρθωση της κατασχετήριας, έκθεσης ή του προγράμματος πλειστηριασμού (βλ. *Μπρίνια*, ο.π. σελ. 1522, *Βαθρακοκόλλη*, Κωδ. Πολ. Δικονομίας σελ. 162-163, επίσης πρβλ. *Μπαλή*, *Εμπραγ. Δίκαιο* σελ. 338, όπου υποστηρίζεται ότι η υποθήκη επί της ψιλής κυριότητας επεκτείνεται αυτοδικαίως, μετά την απόσβεση της επικαρπίας επί της πλήρους κυριότητας. Σχετική και η υπ' αριθμ. ΠρΗρ 268/70 Αρμ 25, 64, η οποία δέχεται ότι η κατ' άρθρο 1168 ΑΚ ένωση, αποτελεί λόγο διαγραφής της κατ' άρθρο 220 Κώδ. Πολ. Δικονομίας εγγραφής εμπραγμάτων ή περί νομής αγωγών στα βιβλία διεκδικήσεως).

Σημειούται πάντως, ότι επί του εξεταζομένου θέματος έχει διατυπωθεί και η αντίθετη άποψη, η οποία αρνείται την επέκταση επί της πλήρους κυριότητας της επί της ψιλής κυριότητας επιβληθείσης κατασχέσεως, μετά την υποστροφή της επικαρπίας, με τη σκέψη ότι, λόγω της τυπικότητας της διαδικασίας της αναγκαστικής εκτέλεσης δικαίωμα μη κατασχεθέν δεν υπόκειται αυτοδικαίως στη κατάσχεση και συνάκολουθα δεν δύναται αυτό να αχθεί σε πλειστηριασμό (βλ. ΜΠρΑθ 12183/72 Δ 4-327, ΜΠρΑθ 321/73 Δ 4-328).

V. Από τις συνδυασμένες διατάξεις του άρθρου 5 παρ. 1 και άρθρο 7 παρ. 6 του α.ν. 1521/1950 (βλ. και τροποποιήσεις άρθρο 14 παρ. 6 ν. 1882/90 και 7 παρ. 5 ν. 1914/90) προκύπτει ότι σε περίπτωση μεταβίβασης της κυριότητας ή άλλου εμπραγμάτου δικαιώματος επί ακινήτου με εκούσιο ή δικαστικό ή αναγκαστικό πλειστηριασμό οφείλεται ΦΜΑ, ο οποίος βαρύνει του υπερθεματιστή, τόσο για τον βάσει του πλειστηριασμού οφειλόμενο φόρο, όσο και για τον τυχόν οφειλόμενο κατόπιν ελέγχου. Η φορολογική δε υποχρέωση στην περίπτωση αυτή γεννιέται με την κατάρτιση και υπογραφή της κατακυρωτικής έκθεσης.

Εξάλλου, όπως γίνεται παγίως δεκτό από τη δικαστηριακή νομολογία αλλά και

από τη διοικητική πρακτική (ΣτΕ 3383/84, 3119/85, 337-40/86, 4607-15/87, 3429/89, 36390/90, 249/91 κ.α.) σε φόρο μεταβίβασης ακινήτων υπόκειται κάθε εξ επαχθούς αιτίας μεταβίβαση της κυριότητας ή άλλου εμπραγμάτου δικαιώματος επί ακινήτου, ανεξαρτήτως αν συντρέχουν και οι λοιποί κατά τη νομοθεσία όροι για την επίτευξη αυτού του σκοπού. Για τη γένεση δηλαδή της φορολογικής υποχρέωσης και την οφειλή ΦΜΑ ουδεμία ασκεί επιρροή η ακυρωσία, ακόμα και η ακυρότητα της σχετικής μεταβιβαστικής πράξης, είτε εξ υπαρχής, είτε επιγενομένως, αλλά αρκεί απλώς η τήρηση του νόμιμου για τη μεταβίβαση τύπου.

Σε προέκταση συνεπώς των παραπάνω σκέψεων νόμιμα μπορεί να αναζητηθεί εν προκειμένω ο αναλογών στη μεταβίβαση της επικαρπίας και μη καταβληθείς, με την αρχική δήλωση, φόρος, ανεξαρτήτως της εγκυρότητας του διενεργηθέντος κατά τα εκτεθέντα πλειστηριασμού και της μη προσβολής τούτου παρά του οιοδήποτε έχοντος προς τούτο έννομο συμφέρον, χωρίς τούτο βέβαια να σημαίνει ότι με τον καταλογισμό του φόρου σε βάρος του υπόχρεου υπερθεματιστή τακτοποιούνται και τυχόν υπάρχουσες ακυρότητες και παρατυπίες περί την εν γένει διαδικασία και τα αποτελέσματα του ως άνω πλειστηριασμού.

VI. Περαιτέρω και σε ότι αφορά την ακολουθητέα διαδικασία για τον καταλογισμό του φόρου λεκτέα τα ακόλουθα:

Σύμφωνα με τις διατάξεις της παρ. 1 του άρθρου 12 του α.ν. 1521/1950, για κάθε θέμα που αφορά τη διαδικασία βεβαίωσης και είσπραξης του ΦΜΑ, γίνεται παραπομπή στις διατάξεις της φορολογίας εισοδήματος, όπου στο άρθρο 68 παρ. 2 του κωδικοποιητικού ν. 2238/1994 ορίζονται οι προϋποθέσεις με τη συνδρομή των οποίων επιτρέπεται κατ' εξαίρεση η έκδοση συμπληρωματικού φύλλου ελέγχου στη φορολογία εισοδήματος και συνακόλουθα κατά παραπομπή και του ΦΜΑ.

«- άρθρο 68 παρ. 2: φύλλο ελέγχου και αν ακόμη έγινε οριστικό, δεν αποκλείει την έκδοση και κοινοποίηση συμπληρωματικού φύλλου ελέγχου, αν: α) από συμπληρωματικά στοιχεία, που περιήλθαν με οποιονδήποτε τρόπο σε γνώση του προϊσταμένου της δημόσιας οικονομικής υπηρεσίας εξακριβώνεται ότι το εισόδημα του φορολογούμενου υπερβαίνει αυτό που έχει περιληφθεί στο προηγούμενο φύλλο ελέγχου ή β) η δήλωση που υποβλήθηκε ή τα έντυπα ή οι καταστάσεις που τη συνοδεύουν αποδεικνύονται ανακριβή».

Σε εφαρμογή της παραπάνω διάταξης και εφόσον συντρέχουν οι προαναφερθείσες προϋποθέσεις, το νέο φύλλο ελέγχου εκδίδεται για το άθροισμα της φορολογητέας αξίας που προκύπτει, από το αρχικό φύλλο ελέγχου (ως τοιούτου νοουμένου και της αρχικής δήλωσης που κρίθηκε ειλικρινής) και το συμπληρωματικό και αφαιρείται ο ΦΜΑ που είχε καταβληθεί με τη δήλωση.

Επομένως, σύμφωνα με την περίπτωση β΄ της παρ. 2 του ως άνω άρθρου, η εφαρμογή της οποίας, όπως έγινε μάλιστα δεκτό, δεν προϋποθέτει την ύπαρξη των συμπληρωματικών στοιχείων, όπως απαιτεί η περίπτωση α΄ (βλ. ad. hoc ΣτΕ 398-

404/89, ΔΦΝ 1990-1274) ο προϊστάμενος της αρμόδιας ΔΟΥ, λόγω ανακρίβειας της υποβληθείσης δήλωσης ως προς το είδος του μεταβιβασθέντος δικαιώματος, δύναται να προβεί στην έκδοση συμπληρωματικού φύλλου ελέγχου ΦΜΑ και να επιβάλει κατά του υπόχρεου το φόρο, που αναλογεί επί της πλήρους κυριότητας του μεταβιβασθέντος ακινήτου (δηλαδή το φόρο που αντιστοιχεί στην επικαρπία), επιφυλασσομένων βέβαια των περί παραγραφής διατάξεων (βλ. άρθρο 12 παρ. 3 ν. 1521/1950).

VII. Σκόπιμο κρίνεται, καίτοι δεν τίθεται με το ερώτημα, να επισημανθεί εν προκειμένω η διάταξη του άρθρου 61 παρ. 1 του ν. 1041/80, όπως τροποποιήθηκε από 3.1.1989 με το άρθρο 23 παρ. 7 του ν. 1828/1989, σύμφωνα με την οποία σε περιπτώσεις μεταβίβασης με αντάλλαγμα της ψιλής κυριότητας ακινήτου, κατά τη συνένωση σ' αυτή με το θάνατο του επικαρπωτή της επικαρπίας, θεωρείται με πλάσμα δικαίου ότι η περιέλευση αυτής στον ψιλό κύριο γίνεται με κληροδοσία και υπόκειται σε φόρο κληρονομιάς, ο οποίος υπολογίζεται με βάση την ηλικία του θανόντος επικαρπωτή και τη συγγενική σχέση με αυτήν του υπόχρεου μέχρι τότε ψιλού κυρίου. Ενώ σε περίπτωση μεταβίβασης της ψιλής κυριότητας με χαριστική δικαιοπραξία με αντίστοιχη παρακράτηση της επικαρπίας ισοβίως και εφόσον ζητηθεί η άμεση φορολόγησή της, εξαντλείται ολόκληρη η φορολογική υποχρέωση με αποτέλεσμα να μην οφείλεται φόρος κατά τον χρόνο συνένωσης της επικαρπίας με την ψιλή κυριότητα.

Γ. Εν όψει των παραπάνω εκτεθέντων ή Ολομέλεια του Νομικού Συμβουλίου του Κράτους γνωμοδότησε ομόφωνα, ότι ο προϊστάμενος της οικείας ΔΟΥ δύναται στα πλαίσια των ελεγκτικών του αρμοδιοτήτων να δεχθεί, ότι με τον προεκτεθέντα αναγκαστικό πλειστηριασμό δεν επήλθε μεταβίβαση μόνο της ψιλής κυριότητος του ακινήτου, αλλά της πλήρους και να προβεί περαιτέρω στην έκδοση και κοινοποίηση συμπληρωματικής καταλογιστικής πράξης σε βάρος του υπόχρεου υπερθεματιστή.

Σημείωση

Παρεμφερές ζήτημα απασχόλησε εντελώς πρόσφατα τον Άρειο Πάγο (ΑΠ 1657/2001 ΕΛΔ 2002, 1046). Στην περίπτωση που η επικαρπία κατά το χρόνο της κατασχέσεως της ψιλής μόνο κυριότητας είχε ήδη συνενωθεί με αυτήν, το ανώτατο δικαστήριο έκρινε ότι θεωρείται κατασχεθέν το δικαίωμα της πλήρους κυριότητας και ότι αυτήν αποκτά ο υπερθεματιστής. Διέλαβε μάλιστα σκέψη, ότι το ίδιο συμβαίνει και όταν (όπως εδώ) η επικαρπία υποστρέψει στον ψιλό κύριο μετά μεν από την κατάσχεση της ψιλής κυριότητας, αλλά πριν από τον πλειστηριασμό.

Κ.Π.