

ΔΙΚΑΙΟΠΟΛΙΤΙΚΗ ΠΡΟΣΕΓΓΙΣΗ ΤΗΣ 177 ΑΚ ΚΑΙ ΓΕΝΙΚΑ ΧΑΡΑΚΤΗΡΙΣΤΙΚΑ ΑΥΤΗΣ. ΣΥΓΚΡΙΤΙΚΗ ΕΠΙΣΚΟΠΗΣΗ ΜΕ ΤΟΝ «RULE AGAINST INALIENABILITY» ΤΟΥ COMMON LAW *

Κωνσταντίνα Α. Τζιώλα
Δικηγόρος, Μ.Δ.Ε. Αστικού Δικαίου Νομικής Δ.Π.Θ.

I. Εισαγωγικά

Καίριας σημασίας¹ για το ιδιωτικό μας δίκαιο διάταξη αποτελεί η ΑΚ 177, καθ' όσον «εντάσσεται στις διατάξεις εκείνες που συγκροτούν τη ραχοκοκαλιά του αστικού δικαίου»². Στη διάταξη αυτή περικλείεται μια από τις συνισταμένες του περιουσιακού μας δικαίου, εξίσου καθοριστικής σημασίας για το καθόλου δικαιοσύστημα με την αρχή της ελευθερίας των συμβάσεων, την αρχή της καλόπιστης εκπλήρωσης των ενοχών ή την αρχή της απαγόρευσης κατάχρησης δικαιώματος. Στη δια του νόμου στέρηση της δυνατότητας των ιδιωτών να περιορίζουν με την κατάρτιση δικαιοπραξιών την εξουσία διάθεσης των απαλλοτριωτών δικαιωμάτων τους, αναγνωρίζει η επιστήμη τη νομοθετική καθιέρωση μιας γενικής ελευθερίας, ένα «liberales Essentiale», διατρέχουσας το περιουσιακό δίκαιο³. Η καθιερούμενη μάλιστα αυτή ελευθερία θεωρήθηκε τόσο σημαντική, ώστε η διάταξη που την κατοχυρώνει, ήτοι η ΑΚ 177, να μην επιδέχεται, σύμφωνα με ορισμένους συγγραφείς, περαιτέρω νομολογιακή διάπλαση⁴.

II. Δικαιοπολιτικοί στόχοι της ΑΚ 177

Μολονότι γίνεται δεκτό ότι η ΑΚ 177 θεσπίζει κανόνα πολυλειτουργικό, εντούτοις δεν επικρατεί ομοφωνία ως προς τον σκοπό που υπηρετεί. Ως εκ της πολυσήμαντης και πυκνής δογματικού νοήματος διατύπωσής, δεν προκύπτει κατά άμεσο τρόπο ποια είναι η ratio της ΑΚ 177. Παρά τις αντικρουόμενες διατυπωθείσες απόψεις αναφορικά με τους στόχους που επιδιώκει η εν λόγω διάταξη, αξίζει να σημειωθεί ότι η ΑΚ 177 ανήκει στις διαρθρωτικές για την εσωτερική δημόσια τάξη (ΑΚ 33) διατάξεις και ως εκ τούτου αποκλείεται η εφαρμογή αντίθετης προς αυτήν διατάξης αλλοδαπού δικαίου^{5,6}.

(*) Το παρόν κείμενο αποτελεί απόσπασμα της διπλωματικής εργασίας της γράφουσας στο πλαίσιο του Προγράμματος Μεταπτυχιακών Σπουδών του Τμήματος Νομικής του Δημοκρίτειου Πανεπιστημίου Θράκης.

¹ Περί της σπουδαιότητας αυτής βλ. *Σημαντήρα*, Γενικές Αρχές, σ.589: «Διάταξη με εντελώς ιδιαίτερη σημασία» · *Σπυριδάκη*, Ξένιον Ζέπου ΙΙΙ, σ. 387επ. : «Έχει αναχθεί σε γενική αρχή του δικαίου» · *Καράσης*, στον ΑΚ Γεωργιάδη/Σταθόπουλο¹, άρθρ. 177 αρ. 6: «Η διάταξις είναι θεμελιώδης.» · *Κιτσαράς*, στον ΑΚ Γεωργιάδη/Σταθόπουλο², άρθρ. 177 αρ.2: «Η ΑΚ 177 αποτελεί μια εκ των θεμελιωδέστερων διατάξεων του ΑΚ».

² *Αρχανιωτάκης*, Αρμ 1993, σ.1088.

³ Βλ. *Κιτσαρά*, Ενοχικές Δεσμεύσεις της εξουσίας διάθεσης, σ.31.

⁴ *Κιτσαράς*, ό.π.

⁵ Βλ. *Κιτσαρά*, στον ΑΚ Γεωργιάδη/Σταθόπουλο², άρθρ. 177 αρ. 2 και εκεί παραπομπές. Αντίθετη η *Πούλου*, ό.π., σ. 51-52, η οποία χαρακτηριστικά αναφέρει: «Είναι υπερβολική όμως η

Κατά μία ευρέως υποστηριζόμενη γνώμη, σκοπός της ΑΚ 177 είναι η διασφάλιση της ατομικής ελευθερίας και δη της ελεύθερης ανάπτυξης της προσωπικότητας του δικαιούχου⁷. Ειδικότερα, οι θιασώτες της απόψεως αυτής θεωρούν ότι με την ΑΚ 177 κυρώνεται η ελευθερία ενέργειας του προσώπου ως προς τη διάθεση του δικαιώματός του⁸. Αντιμετωπίζεται, έτσι, η εξουσία διάθεσης ως ένα από τα θεμελιωδέστερα ατομικά δικαιώματα με την επίκληση μάλιστα των συνταγματικών διατάξεων περί προστασίας της προσωπικότητας.

Όμως, αν σκοπός της διάταξης ήταν πραγματικά η προάσπιση της ελευθερίας του προσώπου, ο νομοθέτης θα έπρεπε να πλήξει με ακυρότητα και την ενοχική δικαιοπραξία, με την οποία ο δικαιούχος αναλαμβάνει την υποχρέωση να μην διαθέσει το δικαίωμά του⁹. Αντιθέτως, ο νομοθέτης αναγνωρίζει το ισχυρό των δικαιοπρακτικών απαγορεύσεων παρέχοντας μάλιστα δικαστική προστασία στην περίπτωση που η απαγόρευση παραβιασθεί. Συγκεκριμένα, ο δικαστικός εξαναγκασμός σε καταβολή μίας, ενδεχομένως, μεγάλου ύψους χρηματικής αποζημίωσης, τον οποίο μπορεί να πετύχει ο υπέρ ου η απαγόρευση, όπως εύστοχα παρατηρείται¹⁰, δεν αποτελεί χαρακτηριστικό γνώρισμα δικαίου, του οποίου επιδίωξη αποτελεί η προάσπιση της «εξουσίας διάθεσης» του ατόμου.

Επιπλέον, πρόσφορη θεμελίωση προς αντίκρουση της παραπάνω άποψης, μας παρέχει η ΑΚ 466, σύμφωνα με την οποία η –παρά την απαγόρευση – διάθεση απαίτησης είναι άκυρη, αν συμφωνήθηκε μεταξύ δανειστή και οφειλέτη το ανεκχώρητο. Μάλιστα, χρήζει ιδιαίτερης μνείας το γεγονός ότι στην περίπτωση του *pactum de non cedendo*, αφενός η ανυπαρξία υλικής υπόστασης της απαίτησης, και αφετέρου η μη πρόβλεψη συστήματος τυπικής δημοσιότητας των εκχωρήσεων, καθιστούν το πρόβλημα της προστασίας των τρίτων ιδιαίτερο έντονο. Μολαταύτα, ο νόμος «αδιαφορεί» για την προστασία των τρίτων (βλ. όμως ΑΚ 466 εδ.β') κρίνοντας τη συμφωνία δανειστή και οφειλέτη για το ανεκχώρητο ως άξια μεγαλύτερης προστασίας¹¹.

Τέλος, καθίσταται αναγκαίο να αποσαφηνισθεί ότι η προβληματική της ΑΚ 177 δεν συνδέεται με την προστασία της προσωπικότητας αλλά ανήκει στο περιουσιακό δί-

άποψη που δέχεται ότι η σημασία της αρχής του ΑΚ 177 είναι τόσο βασική και θεμελιώδης, ώστε η εφαρμογή αντίθετου αλλοδαπού κανόνα δικαίου θα έθιγε τη δημόσια τάξη του *forum*.».

⁶ Περί της δημόσιας τάξης στο ι.δ.δ. ενδεικτικά βλ. *Βρέλλη*, *Ιδιωτικό Διεθνές Δίκαιο*³, σελ. 123 επ.

⁷ Στην ελληνική θεωρία υπέρμαχος της άποψης αυτής ο *Κορνηλάκης*, *Καταπιστευτική εκχώρηση των απαιτήσεων*, σελ. 108.

⁸ Βλ. *Βαθρακοκόλλη*, *ΕΡΝΟΜΑΚ*, άρθρ. 177 αρ.2, ο οποίος συγκαταλέγει κατά την απαρίθμηση των σκοπών της διάταξης και τη διασφάλιση της ελευθερίας ως προς τη διάθεση του δικαιώματος του δικαιούχου, χωρίς εντούτοις να παραθέτει επιχειρηματολογία επ' αυτής.

⁹ *Πούλου*, ό.π., §4, σελ.38. Ομοίως και ο *Κιτσαράς*, στον ΑΚ Γεωργιάδη/Σταθόπουλου², άρθρ. 177, αρ. 3, όπου γράφει: « Πρόκειται όμως για άποψη προφανώς υπερβαίνουσα (και εν πολλοίς αντιφάσκουσα προς) τον σκοπό της ΑΚ 177....».

¹⁰ *Κιτσαράς*, *Τριτενέργεια δικαιοπρακτικής απαγόρευσης διάθεσης*, Δ 1995,σ.1213..

¹¹ Βλ. *Κιτσαρά*, *Ενοχικές Δεσμεύσεις*, σελ. 35 επ.

καιο και ως τέτοια συναρτάται λειτουργικώς με την προστασία του δικαιώματός στην «ιδιοκτησία» (άρθρο 17§1 Σ)^{12,13}, εκ της οποίας απορρέει και η εξουσία ελεύθερης διαθέσεώς της¹⁴. Ο φορέας του δικαιώματος συννομολογώντας «περιορισμό» στην εξουσία διάθεσής του –συνήθως έναντι ανταλλάγματος- κάνει χρήση της εξουσίας του, την ασκεί. Συνεπώς, συνάγεται, με ευκρίνεια, πως αποτελεί ζήτημα προστασίας των τρίτων (και μόνον) το αν θα επιτραπεί στον δικαιούχο να ασκεί την εξουσία του αυτή απεριορίστα ή όχι και με ποιες έννομες συνέπειες¹⁵.

Ενόψει των ανωτέρω σκέψεων, καταλήγουμε ότι η ΑΚ 177 δεν έχει ως δικαιοπολιτικό στόχο την προστασία της «εξουσίας διάθεσης» ή της «ελευθερίας δράσης» του ατόμου · ούτε, όμως, της αξίωσης μη διάθεσης του οφειλέτη, καθώς ο τελευταίος μόνο αντανακλαστικά ωφελείται από αυτήν¹⁶. Έτσι, τυχόν αποδοχή της ανωτέρω απορριπτέας γνώμης, απομακρύνει τον ερμηνευτή από τους πραγματικούς δικαιοπολιτικούς στόχους της διάταξης προκαλώντας σύγχυση και επιτείνοντας τη νομική ανασφάλεια.

Κατά δεύτερον, κεφαλαιώδους σημασίας αποτελεί, κατά γενική ομολογία, η διασφάλιση της αξιοπιστίας του θεσμού της αναγκαστικής εκτέλεσης¹⁷ που επιτυγχάνεται μέσω της ΑΚ 177. Πράγματι, εάν ήταν νομικά δυνατή η εκ μέρους της ιδιωτικής βούλησης δημιουργία πραγμάτων εκτός συναλλαγής και η κατ' επέκταση αναγνώριση του «ακατάσχετου» αυτών, θα ελλόχευε ο κίνδυνος να μείνουν απροστάτευτα τα συμφέροντα των δανειστών του δικαιούχου και όσων άλλων εμπλέκονται στη διαδικασία της αναγκαστικής εκτέλεσης (λ.χ. του υπερθεματιστή)¹⁸.

Από ορισμένους συγγραφείς, ωστόσο, εκφράστηκαν αντιρρήσεις επί της ανωτέρω διαπιστώσεως¹⁹. Η άποψη αυτή θέλει τη διασφάλιση της λειτουργικότητας της αναγκαστικής εκτέλεσης, να τελεσφορεί και μόνο με την εφαρμογή των διατάξεων περί εικονικότητας και ως εκ τούτου, αποβαίνει άκαρπη κάθε προσπάθεια πρόσδοσης

¹² Μετά την αναθεώρηση του Συντάγματος του 2001, το άρθρο 25§ 1 εδ. γ', προβλέπει ότι συνταγματικές διατάξεις τριτενεργούν στις έννομες σχέσεις μεταξύ ιδιωτών. Για την αναθεώρηση του άρθρου 25 Σ βλ. *Γέροντα*, Η αρχή της αναλογικότητας και η τριτενέργεια των θεμελιωδών δικαιωμάτων μετά την αναθεώρηση του 2001, σ.461.

¹³ *Κιτσαράς*, 3' σύμφωνη και η *Πούλου*, ό.π., σ.55-56.

¹⁴ Κατά τον *Δωρή*, Ερμηνεία των νόμων, ΕλλΔνη 1991, σ.1188, η ερμηνεία των νόμων με επίκληση συνταγματικών διατάξεων επιτυγχάνει τελολογική ενότητα στο σύστημα των κανόνων δικαίου, στο οποίο εξέχουσα θέση κατέχουν οι συνταγματικοί κανόνες. Επιφυλακτικός, όμως ο *Κιτσαράς*, Ενοχικές Δεσμεύσεις, σ.35, επισημαίνει χαρακτηριστικά: «Η επίκληση, εξάλλου, συνταγματικών διατάξεων για την ερμηνεία των κανόνων του Αστικού Δικαίου γενικότερα, οι οποίοι τον κίνδυνο της υπερεκτίμησης της αξίας των αστικών διατάξεων και της εσφαλμένης κατεύθυνσης της ερμηνευτικής διαδικασίας.»

¹⁵ *Κιτσαράς*, στον ΑΚ Γεωργιάδη/Σταθόπουλο², άρθρ. 177, αρ.3.

¹⁶ *Κιτσαράς*, Ενοχικές Δεσμεύσεις, σελ.37.

¹⁷ *Γιαννόπουλος*, ΓενΑρχ.,σ.37' *Καράσης*, ό.π., άρθρ. 175-177 αρ.6' *Κιτσαράς*, Ενοχικές Δεσμεύσεις,σ.37-38' εν μέρει συμφωνεί η *Πούλου*, ό.π., σ.48, καθόσον κατά την συγγραφέα η ΑΚ 177 ναι μεν διασφαλίζει την ομαλή λειτουργία της αναγκαστικής εκτέλεσης χωρίς όμως να αποτελεί στόχο της.

¹⁸ *Μπαλής*, ΓενΑρχ., § 63.

¹⁹ Βλ. *Κιτσαρά*, Ενοχικές Δεσμεύσεις, σ. 37, τις εκεί προτεινόμενες παραπομπές.

τέτοιων δικαιοπολιτικών στόχων στην ΑΚ 177²⁰. Υποστηρίζεται, δηλαδή, ότι η συμφωνία περί αμεταβίβαστου, που αποσκοπεί στην αποτροπή επικείμενης αναγκαστικής εκποίησης του δικαιώματος, είναι εικονική και ως τέτοια άκυρη.

Εντούτοις, η παραδοχή της άποψης, ότι οι διατάξεις περί εικονικότητας προσφέρουν επαρκή θεμελίωση στην λειτουργικότητα της αναγκαστικής εκτέλεσης, οδηγεί σε προδήλως άστοχα συμπεράσματα, καθόσον εκλαμβάνει με εσφαλμένο τρόπο την έννοια της εικονικότητας²¹. Το πραγματικό της ΑΚ 138 πληρούται όταν τα συμβαλλόμενα μέρη επιθυμούν να δημιουργήσουν απλώς κατά φαινόμενο μια νομική κατάσταση²². Αντίθετα, όταν τα μέρη δικαιοπρακτούν έχοντας την πεποίθηση ότι δι' αυτής επιτυγχάνουν τον επιδιωκόμενο από αυτούς σκοπό, δεν καταρτίζουν εικονική αλλά καθ' όλα ισχυρή δικαιοπραξία²³. Ακόμη, δεν πρέπει να εκφεύγει της προσοχής μας, ότι η συνομολόγηση εικονικής απαγόρευσης της διάθεσης, καίτοι θεωρητικώς δυνατή, εν τοις πράγμασι δεν βρίσκει πεδίο εφαρμογής. Τούτο, καθ' όσον η εικονικότητα έχει συνήθως στόχο να πλήξει την έννομη θέση τρίτων προσώπων και όχι να αναπτύξει συνέπειες μεταξύ των συμβαλλομένων²⁴. Εν όψει των ανωτέρω αξιολογήσεων, καθίσταται φανερό, ότι δικαιολογημένα η εν λόγω άποψη τυγχάνει απορριπτέα και αποδεικνύεται, ότι η ΑΚ 177 προστατεύει σε όλη του την έκταση και με δογματική συνέπεια τον θεσμό της αναγκαστικής εκτέλεσης²⁵.

Υπό το πρίσμα των όσων προεκτέθησαν, ως βασικός δικαιοπολιτικός στόχος της υπό εξέταση διάταξης, καταδεικνύεται με ενάργεια, η προστασία των τρίτων που συναλλάσσονται με τον υποσχόμενο τη μη διάθεση²⁶. Έτσι, προάγεται κατά απρόσκοπτο τρόπο εν γένει, η ασφάλεια των συναλλαγών²⁷. Εξάλλου, όπως ορθά παρατηρείται²⁸, εάν το δίκαιο αναγνώριζε τριτενέργεια στη συμφωνία μη διάθεσης απαλλοτριωτού δικαιώματος, θα δημιουργείτο φαινόμενο ομοιάζον προς την κατεύθυνση του *ius ad rem* και οι συναλλαγές θα δυσχεραίνονταν. Υπ' αυτήν δε την

²⁰ Κατά τον *Αρχανιωτάκη*, *Εμπραγματοποίηση*, σελ. 1089, η εν λόγω διάταξη με το να προσδίδει ενοχική μόνον ενέργεια στις δικαιοπρακτικές απαγορεύσεις διάθεσης, στερεί από την ιδιωτική βούληση τη δυνατότητα να θέτει αγαθά, περιουσιακά στοιχεία και γενικότερα απαλλοτριωτά δικαιώματα (ίσως ακόμη και ολόκληρη την περιουσία του) εκτός συναλλαγής («*res extra commercium*»), αποτρέποντας τη δημιουργία ακατάσχετων.

²¹ Βλ. επιχειρήματα αναλυτικά *Κιτσαρά*, ό.π., σ.37 – 38. Σ

²² *Λαδάς*, *ΓενΑρχ.*, τ. II, § 43 αρ. 2' εκτενέστερα βλ. *Καρύμπαλη- Τσίπτσιου*, Η ακυρότητα λόγω εικονικότητας, Συμβολή στην ερμηνεία των ΑΚ 138 και 139, 2^η εκδ., 2004, σ.56επ.

²³ Βλ. αντί πολλών *Γεωργιάδη*, *ΓενΑρχ*, σ.533 επ.

²⁴ *Γεωργιάδης*, ό.π., § 37, σ. 533 επ.

²⁵ *Κιτσαράς*, ό.π., σελ. 38.

²⁶ *Κιτσαράς*, στον ΑΚ *Γεωργιάδη/Σταθόπουλο*², άρθρ. 177 αρ. 6' Έτσι και *Αρχανιωτάκης*, *Εμπραγματοποίηση*, σελ. 1089' *Λαδάς*, Η απαγόρευση διαθέσεως στο ουσιαστικό δίκαιο και στην αναγκαστική εκτέλεση, σελ. 89-90.

²⁷ Βλ. *Σπυριδάκη*, *Ξένιον Ζέπου*, σελ. 388. Αντίθετη η *Πούλου*, ο.π., σελ. 45, η οποία διατείνεται ότι οι συναλλαγές δεν θα κινδύνευαν και αν ακόμη ο δικαιοπρακτικός περιορισμός της διάθεσης απαλλοτριωτού δικαιώματος είχε εμπράγματα ενέργεια.

²⁸ *Κιτσαράς*, στον ΑΚ *Γεωργιάδη/Σταθόπουλο*², άρθρ. 177 αρ. 5.

έννοια δικαιολογημένα υποστηρίζεται ότι η ΑΚ 177 λειτουργεί συμπληρωματικά προς την αρχή του κλειστού αριθμού των εμπράγματων δικαιωμάτων και εταιρικών τύπων διότι και η καθιέρωση του *numerus clausus* έχει ως στόχο την ασφάλεια των συναλλαγών²⁹.

Εξ όλων των ανωτέρω αξιολογήσεων, συνάγεται ότι κύριο μέλημα του νομοθέτη, εν προκειμένω, είναι η προάσπιση των συμφερόντων των *τρίτων* και όχι του ίδιου του δικαιούχου που αναλαμβάνει την υποχρέωση μη διάθεσης. Θα έλεγε κανείς ότι μέσω της ΑΚ 177 συμβιβάζονται στο δικαιικό οικοδόμημα οι αρχές αφενός της ελευθερίας των συμβάσεων και, συναφώς, της αρχής της αστικής ευθύνης του δικαιούχου, και αφετέρου της ελευθερίας απόκτησης δικαιωμάτων των τρίτων (που αποτελεί την αντίστροφη όψη της εξουσίας διάθεσης του διαθέτοντος)³⁰.

III. Γενεσιουργοί Λόγοι των δικαιοπρακτικών δεσμεύσεων της εξουσίας διάθεσης

Η υποχρέωση για παράλειψη της διάθεσης, προπάντων, εκπηγάζει από την σύμβαση³¹. Ενδεικτικά παραδείγματα συμβάσεων με τέτοιο περιεχόμενο αποτελούν³²: Η συμφωνία ανάμεσα στον μεσίτη και στον πελάτη του ότι ο τελευταίος δεν θα πωλήσει το ακίνητο, η συμφωνία των μετόχων ανώνυμης εταιρείας που δέχεται την επίθεση άλλων εταιρειών με δημόσια προσφορά να μην πωλήσουν τις μετοχές τους, η συμφωνία πωλητή και αγοραστή ότι ο τελευταίος δεν θα πωλήσει περαιτέρω το πράγμα³³ ή το δικαίωμα προσδοκίας που αποκτά³⁴, η συμφωνία μεταξύ εκμισθωτή και μισθωτή περί μη εκποίησης του μισθίου³⁵, η πρόσθετη συμφωνία μεταξύ των συμβαλλομένων περί μη ασκήσεως του δικαιώματος καταγγελίας της σύμβασης, η συμφωνία περί μη μεταβιβάσεως του καταπιστευτικώς μεταβιβαζόμενου αντικειμένου, η συμφωνία των συζύγων που επέλεξαν το σύστημα της κοινοκτημοσύνης ως προς την κοινή περιουσία τους³⁶ κ.α.

²⁹ *Κιτσαράς*, ό.π.: βλ. επίσης σχετικά *Γεωργιάδη*, *Εμπράγματο Δίκαιο*, § 2 αρ.5' Σταθόπουλο, *Μελέτες II*, σελ. 244.

³⁰ Κατά τον *Σόντη*, *Παραδόσεις Εμπράγματος Δικαίου*, σ.13, η αρχή της ελευθερίας των συμβάσεων υπηρετεί την ελεύθερη κυκλοφορία των οικονομικών αγαθών που αποτελεί τον κύριο σκοπό για τον οποίο καθιερώνεται στο σύστημα μας η ατομική ιδιοκτησία.

³¹ *Παπαστερίου-Κλαθανίδου*, *Δίκαιο της Δικαιοπραξίας*, § 48, αριθ.17' *Πούλου*, ό.π., §9, σελ. 57- 58.

³² Για εξαντλητική παράθεση παραδειγμάτων και παραπομπές στη γερμανική νομολογία βλ. *Κιτσαρά*, στον ΑΚ *Γεωργιάδη/Σταθόπουλου*², άρθρ. 177 αρ.7

³³ Βλ. κατά παραπομπή *Κιτσαρά*, στον ΑΚ *Γεωργιάδη/Σταθόπουλου*², άρθρ. 177 αρ.7, την RGZ 55, 78: Δέσμευση του αγοραστή νη μην πωλήσει περαιτέρω το ακίνητο σε μη Γερμανούς υπηκόους.

³⁴ *Λαδογιάννης*, *Το δικαίωμα προσδοκίας*, § 6, σελ. 106.

³⁵ *Κιτσαράς*, στον ΑΚ *Γεωργιάδη/Σταθόπουλου*², άρθρ. 177 αρ.7' Αντίθετοι οι *Νικολόπουλος*, σε *Γεωργιάδη ΣΕΑΚ*, άρθρ. 177 αρ.1 και *Τριάντος*, *ΑΣΤΙΚΟΣ ΚΩΔΙΚΑΣ, ΕΡΜΗΝΕΙΑ ΚΑΤ' ΑΡΘΡΟ*, άρθρ. 177 αρ.1, οι οποίοι υποστηρίζουν ότι η ΑΚ 177 δεν εφαρμόζεται στη σύμβαση μισθώσεως.

Από τις μονομερείς δικαιοπραξίες, με τις οποίες επιβάλλονται υποχρεώσεις για παράλειψη της διάθεσης, συνηθέστερη προβάλλει η περίπτωση της διαθήκης³⁷ (βλ. ΑΚ 1798). Αλλά και στη δικαιοπραξία συστάσεως ενός ιδρύματος, είναι δυνατόν να εισαχθούν δικαιοπρακτικές δεσμεύσεις των διοικούντων επί της περιουσίας του ιδρύματος³⁸.

IV. Η «ενοχική ενέργεια» της αξίωσης μη διάθεσης και η δημιουργία πρωτογενούς υποχρέωσης παραλείψεως προς κύρια παροχή

Κατά την εύγλωττη διατύπωση του άρθρου 287 ΑΚ η αξίωση προς παράλειψη συνιστά περίπτωση πρωτογενούς αξιώσεως προς κύρια παροχή ωσαύτως με την αξίωση προς θετική ενέργεια³⁹. Τούτο σημαίνει ότι η ικανοποίησή της μπορεί να επιδιωχθεί δικαστικά⁴⁰. Καθίσταται επιβεβλημένο, έτσι, να επισημανθεί ότι «ενοχική ενέργεια» και δικαστική επιδίωξη βαίνουν παράλληλα. Εντούτοις, αμφισβήτηση επικρατεί γύρω από το ζήτημα του επιτρεπτού του δικαστικού εξαναγκασμού αυτής. Ειδικότερα, έχει διατυπωθεί η άποψη ότι στην περίπτωση της υποχρέωσης προς παράλειψη πρόκειται για ενοχή, στην οποία δεν είναι δυνατός ο εξαναγκασμός του οφειλέτη σε εκπλήρωση, αλλά παρέχεται στον δανειστή κατασταλτικώς μόνον αξίωση αποζημίωσης σε περίπτωση παραβίασής της⁴¹.

Η γνώμη αυτή, όμως, αφίσταται του γράμματος του νόμου και ως εκ τούτου πρέπει να απορριφθεί⁴². Πιο συγκεκριμένα, εκκινώντας τη συλλογιστική μας από την προεκτεθείσα διάταξη του άρθρου 287 του ΑΚ παρατηρούμε ότι ή έννοια της παροχής διαγράφεται στο νόμο ως *παροχή συμπεριφοράς*⁴³. Ακόμη, σύμφωνα με την ΑΚ 416 «η ενοχή αποσβέννυται με καταβολή»⁴⁴. Από τον συνδυασμό των παραπάνω δύο, θεμελιωδών για το αστικό δίκαιο διατάξεων, προκύπτει με σαφήνεια ότι την παροχή

³⁶ Κατά τον Νικολόπουλο, ό.π., εν αντιθέσει με την αξίωση συμμετοχής στα αποκτήματα ΑΚ 1400 όπου εκεί η ΑΚ 177 δεν έχει χώρο εφαρμογής, καθόσον η ίδια από τη φύση της είναι αμεταβίβαστη.

³⁷ Μπαλής, ΓενΑρχ, § 63γ' Σημαντήρας, ΓενΑρχ αρ. 793' Καράσης, στον ΑΚ Γεωργιάδη/Σταθόπουλο¹, άρθρ. 177 αρ. 5.

³⁸ Κιτσαράς, ό.π. Πούλου, ό.π., σ.58.

³⁹ Γεωργιάδης, Γενικό Ενοχικό Δίκαιο², § 5,σελ. 80' Ο ίδιος, σε Γεωργιάδη ΣΕΑΚ, άρθρ. 287 αρ.24' Σταθόπουλος, Γενικό Ενοχικό Δίκαιο, § 3.

⁴⁰ Βλ. Γαζή, Η μη εκπλήρωση,σ.211' Γεωργιάδης, ό.π.

⁴¹ Βλ. Κιτσαρά, στον ΑΚ Γεωργιάδη/Σταθόπουλου², άρθρ. 177 αρ.16, παραπομπές στη γερμανική θεωρία.

⁴² Κιτσαράς, ό.π.

⁴³ Γεωργιάδης, Γενικό Ενοχικό Δίκαιο², § 5,σελ. 77επ. ' Ο ίδιος, σε Γεωργιάδη ΣΕΑΚ, άρθρ. 287 αρ.17.

⁴⁴ Για την έννοια της καταβολής βλ. Ζέπο, Γεν. Ενοχικόν, σελ.419' Μπαλή, Γεν. Ενοχικόν, σελ. 379' Μπεχλιβάνη, σε Γεωργιάδη ΣΕΑΚ, άρθρ.416,αρ.1-3' Σταθόπουλο, ΓενΕνοχ, § 18, αρ.7' Φασούλα, ΑρχΝομ 2005,σελ. 1.

διαπλάθουν τόσο η συμπεριφορά όσο και το αποτέλεσμα⁴⁵. Ως αποτέλεσμα νοείται δηλαδή η εκπλήρωση της παροχής και κατ' επέκταση η ικανοποίηση του δανειστή. Για την ταυτότητα του νομικού λόγου, λοιπόν, καταλήγουμε ότι εφόσον για τον προσδιορισμό της έννοιας της παροχής κρίνεται αναγκαία η αναγωγή στην έννοια της ικανοποίησης του δανειστή, είναι ανακόλουθο να γίνεται λόγος για παροχή, η οποία εκ προοιμίου με βάση το νόμο, δεν δύναται να ικανοποιηθεί, ήτοι να οδηγήσει σε εκπλήρωση⁴⁶. Αν συμβαίνει αυτό, τότε δεν πρόκειται για παροχή παραλείψεως. Περαιτέρω, για την πληρότητα της προσέγγισης του εν λόγω προβληματισμού, κρίνεται προσηκόν, στο σημείο αυτό, να γίνει μνεία στις προεργασίες σύνταξης του Αστικού Κώδικα⁴⁷. Το άρθρο 50 του Προσχεδίου του Εισηγητή των Γενικών Αρχών καθώς και το άρθρο 48 του Σχεδίου της Συντακτικής Επιτροπής είχαν διαφορετική διατύπωση από αυτήν της ΑΚ 177. Συγκεκριμένα, στο πρώτο εδάφιο τους οριζόταν ότι «δικαιοπραξία περιορίζουσα ή αποκλείουσα την εξουσίαν διαθέσεως απαλλοτριωτού δικαιώματος είναι άκυρος»⁴⁸. Προσετίθετο δε στο δεύτερο εδάφιο ότι «ο αναλαμβάνων υποχρέωσιν όπως μη διαθέση απαλλοτριωτόν δικαίωμα, παραβιάζων αυτήν, οφείλει να αποζημιώσει τον υπέρ ου ανέλαβε την υποχρέωσιν»⁴⁹. Έτσι, δημιουργείται το εξής παράδοξο: Από μια άκυρη δικαιοπραξία (=συμφωνία μη διάθεσης) και άρα μη δεσμευτική, σε περίπτωση παραβίασής της να γεννάται υποχρέωση αποζημίωσης⁵⁰.

Το άρθρο 50 του Προσχεδίου εν τέλει δεν υιοθετήθηκε και η ΑΚ 177 προβλέπει «ενοχική ενέργεια» της συμφωνίας μη διάθεσης και όχι «ακυρότητα» αυτής. Όμως η αρχική αυτή ατυχή διατύπωση του Προσχεδίου, γέννησε αμφιβολίες αναφορικά με την ερμηνεία της «ενοχικής ενέργειας» της συμφωνίας μη διάθεσης. Υποστηρίχθηκε, δηλαδή, ότι πρόθεση του αστικού νομοθέτη ήταν η ίδρυση ενοχής, της οποίας η *in natura* ικανοποίηση ήτο αδύνατη και ότι σε περίπτωση παραβίασής της μόνο δευτερογενής αξίωση αποζημίωσης μπορούσε να ζητηθεί⁵¹.

Η συλλογιστική όμως αυτή δεν είναι ορθή. Κατ' αρχάς από μία προσεκτική ανάγνωση της αιτιολογικής έκθεσης του Εισηγητή Μαριδάκη⁵², συμπεραίνουμε ότι,

⁴⁵ Για εκτενή ανάλυση των ζητημάτων αυτών βλ. *Καράση*, Οφειλή εις ολόκληρον, σελ. 66 επ.

⁴⁶ *Κιτσαράς*, Ενοχικές Δεσμεύσεις, σελ. 94.

⁴⁷ Την αναδρομή αυτή στις προεργασίες σύνταξης του Αστικού Κώδικα προτείνει ο *Κιτσαράς*, Ενοχικές Δεσμεύσεις, σελ. 28 επ., 91 επ.

⁴⁸ Βλ. Σχ.Αστ.Κωδ, Δίκαιον των Προσώπων/Γενικά Αρχαί, Αιτολ Έκθ.Εισηγ.Γεν.Αρχ, σελ.169.

⁴⁹ Ομοίως με προηγούμενη παραπομπή.

⁵⁰ *Κιτσαράς*, ό.π., σελ. 29.

⁵¹ *Πούλου*, Δικαιοπρακτικές απαγορεύσεις διαθέσεως, σελ. 245 επ.

⁵² Η προκύπτουσα, από την αιτιολογική έκθεση, πρόθεση του Εισηγητή Μαριδάκη ήταν να ρυθμισθεί, κατά ενιαίο τρόπο, το ζήτημα των δικαιοπρακτικών απαγορεύσεων της εξουσίας διάθεσης, τόσο για τα εμπράγματα δικαιώματα όσο και για τις απαιτήσεις. Στην Εισηγητική Έκθεση διευκρίνιζε ότι «διά της διατυπώσεως «απαλλοτριωτού δικαιώματος» το άκυρον της απαγορεύσεως εκτείνεται και εις τας απαιτήσεις»· άφηνε δε το ζήτημα της αντίθετης τυχόν ρύθμισης στον Εισηγητή του Ενοχικού Δικαίου. Πράγματι, το άρθρο 165 του Προσχεδίου του Κ. Τριανταφυλλόπουλου, Εισηγητή του Δικαίου των Ενοχών, καθώς και το άρθρο 162 του Σχεδίου της Συντακτικής Επιτροπής, όριζαν ότι το *factum de non cedendo* ενεργεί εμπραγματώως, εκτός αν ο εκδοχέας στηρίχθηκε κατά την εκχώρηση, σε έγγραφο στο οποίο δεν περιλαμβάνονταν η ρήτρα περι

μάλλον, οι έννομες συνέπειες της θεσπιζόμενης τότε διατάξεως δεν ήταν ξεκάθαρες στα όμματα των Συντακτών του Αστικού Κώδικα, καθόσον η θεωρητική ενασχόληση της εποχής με το πρόβλημα του *pactum de non alienando* δεν είχε φθάσει σε σημείο που να παρέχεται ένα ασφαλές υπόβαθρο για την ρύθμιση του δογματικώς πολύπλοκου αυτού ζητήματος⁵³. Κατά δεύτερο και κύριο λόγο, γιατί αν ήθελε γίνει δεκτό, ότι πρόθεση του νομοθέτη ήταν να δημιουργήσει μια ενοχή, την αυτούσια ικανοποίηση της οποίας δεν μπορεί να ζητήσει ο δανειστής, ο οποίος περιορίζεται δυνάμει νομοθετικής παρέμβασης μόνο στην αξίωση αποζημίωσης, κάτι τέτοιο θα αντέφασκε με το ίδιο το σύστημα του Αστικού Κώδικα⁵⁴. Δευτερογενής αξίωση προς αποζημίωση επί παραβίασεως της υποχρέωσης μη διάθεσης, *de lege lata*, δύναται να γεννηθεί μόνο αν ο υπόχρεος περιέλθει σε κατάσταση υπαίτιας αδυναμίας παροχής⁵⁵ ως προς την πρωτογενή του υποχρέωση για μη διάθεση (ΑΚ 382)⁵⁶. Στο σημείο αυτό αξίζει να επισημανθεί, ότι δεν νοείται αδυναμία παροχής του οφειλέτη, αν η αυτή (δηλ. η παροχή) δεν είναι εξαναγκαστή και αγωγήμη. Η δυνατότητα δικαστικού καταναγκασμού του οφειλέτη σε εκπλήρωση της παροχής αποτελεί αυτονόητη ιδιότητα κάθε πρωτογενούς αξιώσεως προς κύρια παροχή. Με τις περί αδυναμίας παροχής διατάξεις ο Αστικός Κώδικας απομακρύνεται από την αρχή «*nemo potest praecise cogi ad factum*»⁵⁷ και κατευθύνεται στην αυτούσια ικανοποίηση του δανειστή. Κατά συνέπεια, τυχόν αναγνώριση αξίωσης αποζημίωσης προς εξασφάλιση μη εξαναγκαστής παροχής θα μπορούσε να εκληφθεί είτε ως ποινική ρήτρα προς εξασφάλιση ατελούς ενοχής είτε με μη γνήσια ποινική ρήτρα νομικά μορφώματα, που η εφαρμογή τους προϋποθέτει συμφωνία των συμβαλλόμενων μερών και πάντως δεν επιβάλλεται εκ του νόμου⁵⁸.

Από τις προεκτεθείσες σκέψεις, οδηγούμαστε με ασφάλεια στο διακύβευμα, ότι η πρωτογενής αξίωση του δανειστή για παράλειψη της διάθεσης είναι δικαστικώς εξαναγκαστή⁵⁹. «Ενοχική ενέργεια» της συμφωνίας μη διάθεσης δεν μπορεί να μεταφράζεται ως δημιουργία πρωτογενώς αξίωσης αποζημίωσης⁶⁰. Ο οφειλέτης περιέρχεται σε κατάσταση υπαίτιας αδυναμίας παροχής, εξαιτίας ακριβώς της εγκυρότητας της διάθεσης στην οποία προέβη και η πρωτογενής υποχρέωσή του μετατρέπεται (εφόσον συντρέχουν και οι λοιπές προϋποθέσεις), σε δευτερογενή αξίωση προς αποζημίωση⁶¹.

ανεκχώρητου.

⁵³ Κουτσουράδης, Νομικά Μελετήματα ΙΙ, σελ. 207επ.

⁵⁴ Κιτσαράς, ό.π., σελ. 92.

⁵⁵ Κατά τη γενική διδασκαλία του Αστικού Δικαίου βλ. ενδεικτικά Γεωργιάδη, Γενικό Ενοχικό², § 24, σελ. 277 επ.· Καράκωστα, ΑΚ, άρθρ.382· Μιχαηλίδη-Νουάρο, ΕρμΑΚ, άρθρ.382· Σταθόπουλο, ΓενΕνοχ, § §19, 21· Χελιδόνη, σε Γεωργιάδη ΣΕΑΚ, άρθρ. 382.

⁵⁶ Γενικότερα για την αδυναμία επί παροχής που συνίσταται σε παράλειψη βλ. Σταθόπουλο, στον ΑΚ Γεωργιάδη/Σταθόπουλου, άρθρ. 335-336, αρ.4.

⁵⁷ Βλ. Πουλιάδη, Συρροή κανόνων ειδικού και γενικού ενοχικού δικαίου στην αστική ευθύνη του πωλητή, σ.5. Για την αντίστοιχη αρχή «*nobody can be forced to a specific act*» στο αγγλοσαξονικό δίκαιο βλ. *Fellmeth and Horwitz, Guide to Latin in International Law*· *B. Kozolchyk, Comparative Commercial Contracts: Law, Culture and Economic Development*, σ. 1177-1180.

⁵⁸ Κιτσαράς, ό.π., σελ. 93.

⁵⁹ ΑΠ 448/2002 ΝΟΜΟΣ· ΠΠρΘεσ 17457/2008 ΝΟΜΟΣ.

⁶⁰ Βλ. Σταθόπουλο, Μελέτες ΙΙ, σ.244, αρ.3.

⁶¹ Βλ. αναλυτικά Κιτσαρά, Ενοχικές Δεσμεύσεις, σ. 147-156.

V. Η υποχρέωση για παράλειψη της διάθεσης ως παρεπόμενη υποχρέωση

Η υποχρέωση για παράλειψη της διάθεσης όμως μπορεί να αποτελεί παρεπόμενη υποχρέωση του οφειλέτη, απορρέουσα στο πλαίσιο σύμβασης κατά την οποία η κύρια υποχρέωσή του συνίσταται σε θετική ενέργεια⁶². Επί παραδείγματι, στη σύμβαση πώλησης, ο πωλητής οφείλει να μεταβιβάσει το πωληθέν στον αγοραστή παράλληλα όμως οφείλει να παραλείπει οιαδήποτε ενέργεια ισοδυναμεί με διάθεση του Δικαιώματος⁶³. Εύλογα, λοιπόν, ανακύπτει το ερώτημα αν η παρεπόμενη αυτή υποχρέωση του οφειλέτη για μη διάθεση είναι δεκτική δικαστικού εξαναγκασμού⁶⁴.

Έχει υποστηριχθεί, ότι ουδεμία διαφορά δεν υφίσταται ως προς τη νομική μεταχείριση μεταξύ των κύριων αξιώσεων παράλειψης της διάθεσης που συμφωνούνται αυτοτελώς και αυτών που προκύπτουν ως παρεπόμενες υποχρεώσεις και εξυπηρετούν την εκπλήρωση της κύριας παροχής⁶⁵. Σύμφωνα με το σκεπτικό της εν λόγω άποψης, οι παρεπόμενες υποχρεώσεις που συνάγονται από την καλή πίστη, εφόσον είναι εξειδικευμένες όπως η παράλειψη της διάθεσης, και δεν υπάρχει λόγος που να εμποδίζει, έστω και προσωρινά, τον εξαναγκασμό, είναι δεκτικές εξαναγκασμού αυτοτελώς⁶⁶. Έτσι και στη δεύτερη περίπτωση ο δανειστής έχει μια δικονομικά εξαναγκαστή αξίωση προς παράλειψη της διάθεσης.

Πιο πειστική, ωστόσο, ηχεί η αντιμετώπιση του υπό διερεύνηση ζητήματος από τον *Κιτσαρά*⁶⁷. Κατά τη συλλογιστική του συγγραφέα, όταν η υποχρέωση για παράλειψη της διάθεσης συνιστά απλώς παρεπόμενη υποχρέωση του οφειλέτη, εξασφαλιστική της κύριας υποχρέωσής που έχει αναλάβει, δυσχερώς θα θεμελιώνεται δικονομικά εξαναγκαστή αξίωση του δανειστή για παράλειψη της διάθεσης. Τούτο, θα είναι δυνατό (εν. ο δικαστικός εξαναγκασμός της παρεπόμενης υποχρέωσης για μη διάθεση), μόνον εφόσον προκύπτει είτε από ρητή συμφωνία των μερών είτε από τη συμπληρωματική ερμηνεία της σύμβασης⁶⁸. Επομένως, επαφίεται στην ελεύθερη βούληση των μερών να συμφωνήσουν ρητά τη δυνατότητα του δανειστή να αξιώνει την παράλειψη της διάθεσης, όταν ο οφειλέτης προβαίνει σε προπαρασκευαστικές ενέργειες που μαρτυρούν τη πρόθεσή του να παραβιάσει τα συμφωνηθέντα.

⁶² Πούλου, ό.π., σ. 59. Έτσι και *Κιτσαράς*, ό.π., σ. 42, ο οποίος χρησιμοποιεί τον όρο «δευτερογενής» υποχρέωση σε αντιδιαστολή με τις «πρωτογενείς» υποχρεώσεις παράλειψης.

⁶³ Ήδη κατά το στάδιο των διαπραγματεύσεων για την πώληση ενός αντικειμένου, υφίσταται υποχρέωση του υποψήφιου πωλητή (ευθύνη για culpa contrahendo) να μη μεταβιβάσει σε τρίτον το αντικείμενο, καθώς όπως σημειώνει ο *Μαριδάκης* (βλ. τον ίδιο, Αιτ'Εκθεις στο Σχ'ΑστΚ, Γεν'Αρχ, σ.218) τα μέρη οφείλουν να «εξαιρώνται εις το ύψος» της καλής πίστωσης ήδη από το στάδιο της επαφής τους προς το σκοπό εκπληρώσεώς της. Περισσότερα βλ. *Καράση*, στον ΑΚ Γεωργιάδη/Σταθόπουλου², άρθρ. 197 -198.

⁶⁴ *Κιτσαράς*, Ενοχικές Δεσμεύσεις, σ.42.

⁶⁵ *Σταθόπουλος*, στον ΑΚ Γεωργιάδη/Σταθόπουλου, άρθρ. 287 α. 39 όπου και παραπομπές. Ομοίως και η *Πούλου*, ό.π., σ.59- 60.

⁶⁶ *Σταθόπουλος*, ό.π.

⁶⁷ Βλ. *Κιτσαρά*, Ενοχικές Δεσμεύσεις, σ.41 – 44.

⁶⁸ *Κιτσαράς*, ό.π., σ. 43.

VI. Ο στιγμιαίος χαρακτήρας του pactum de non alienando

Στην καθιερωμένη, από την επιστήμη, διάκριση των αξιώσεων προς θετική ενέργεια σε διαρκείς, περιοδικές και στιγμιαίες ή εφάπαξ εκπληρωτές⁶⁹, υπόκεινται και οι αξιώσεις παραλείψεως⁷⁰. Η διάκριση κυρίως μεταξύ των διαρκών και των στιγμιαίων αξιώσεων παραλείψεως, θέτει ως πρόκριμα το αν αυτή αποσκοπεί στο αποτέλεσμα της παράλειψης ή στην παράλειψη καθ' αυτήν. Έτσι, διαρκή χαρακτήρα έχουν οι αξιώσεις παράλειψης που έχουν διάρκεια όση και η έννομη σχέση, από την οποία απορρέουν. Αυτό συμβαίνει πάντοτε στις νόμιμες αξιώσεις παραλείψεως και ιδίως σ' αυτές που προκύπτουν από την προσβολή απόλυτου δικαιώματος⁷¹. Υπό το πρίσμα αυτό, η δικαιοπρακτική αξίωση μη διάθεσης είναι στιγμιαία αξίωση εφάπαξ εκπληρωτέα⁷².

Ειδικότερα, εν προκειμένω, ο σκοπός των συμβαλλομένων είναι η αποτροπή της μεταβολής της νομικής κατάστασης του δικαιώματος. Ο καθ' ου η απαγόρευση, εάν προβεί στην παραβίαση της συνομολογηθείσας απαγόρευσης άπαξ, θα περιέλθει σε οριστική αδυναμία να συμμορφωθεί με την υποχρέωση μη διάθεσης. Στο σημείο αυτό πρέπει να επισημανθεί ότι και στις οριακές εκείνες περιπτώσεις που η αξίωση παράλειψης της διάθεσης παραβιάζεται μεν κατά τρόπο μη επανορθώσιμο μία φορά αλλά ωστόσο είναι δυνατή η επανειλημμένη παραβίασή της, πρόκειται ομοίως για περισσότερες εφάπαξ εκπληρωτές αξιώσεις παραλείψεως και όχι για μία διαρκή υποχρέωση⁷³. Τούτο, καθόσον με κάθε παραβίαση επέρχεται ανάλωση της αξιώσεως κατά το μέρος αυτό.

VII. Διάρκεια ισχύος της ενοχικής σύμβασης για παράλειψη της διάθεσης

Ότι η αξίωση μη διάθεσης είναι εφάπαξ εκπληρωτέα, δεν σημαίνει πως και η σύμβαση, που αποτελεί τον γενεσιουργό λόγο της, είναι σύμβαση στιγμιαία. Πράγματι, η σύμβαση για παράλειψη της διάθεσης είναι κατά κανόνα σύμβαση με διάρκεια καθοριζόμενη από τα συμβαλλόμενα μέρη⁷⁴. Και ερμηνευτικά όμως (ΑΚ 173 και 200) μπορεί να προκύπτει η χρονική ισχύς της δικαιοπραξίας⁷⁵ όταν λ.χ. η υποχρέωση μη διάθεσης φέρει χαρακτήρα παρεπόμενης μιας άλλης υποχρέωσης του οφειλέτη, την οποία και εξασφαλίζει.

⁶⁹ βλ. *Γεωργιάδη*, ΓενΕνοχ, §5, σ. 57 ο οποίος χαρακτηρίζει τις στιγμιαίες και πρόσκαιρες.

⁷⁰ *Κιτσαράς*, Ενοχικές Δεσμεύσεις, σ.44

⁷¹ *Κιτσαράς*, ό.π.

⁷² βλ. *Πίψου*, Αναγκαστική εκτέλεση προς παράλειψη ή ανοχή πράξεως κατά το άρθρο 947 ΚΠολΔ, σ.109 σημ. 316· *Κιτσαράς*, Ενοχικές Δεσμεύσεις, σ.44. Αντίθετα ο *Αρχανιωτάκης*, ό.π., φαίνεται να εκλαμβάνει την υποχρέωση μη διάθεσης από δικαιοπραξία ως διαρκή.

⁷³ *Κιτσαράς*, ό.π., σ.45.

⁷⁴ *Πούλου*, ό.π., σ. 263.

⁷⁵ Για τη συμπληρωματική ερμηνεία της σύμβασης βλ. *Παπαντωνίου*, ΓενΑρχ, § 67 II · *Σημαντήρα*, ΓενΑρχ, αρ.827-828· *Σταθόπουλο*, στον ΑΚ *Γεωργιάδη/Σταθόπουλου*¹, άρθρ. 200, αρ.36.

Επιφυλάξεις ωστόσο εγείρονται γύρω από τη δυνατότητα των συμβαλλομένων να δημιουργήσουν διηνεκείς αξιώσεις παραλείψεως⁷⁶. Υποστηρίζεται από μερίδα της γερμανικής επιστήμης⁷⁷ ότι ως ανώτατη χρονική διάρκεια της δικαιοπρακτικής απαγόρευσης της διάθεσης πρέπει να οριστούν τα τριάντα έτη. Ένθερμος θιασώτης της εν λόγω άποψης στο ελληνικό δίκαιο είναι η Πούλου⁷⁸, η οποία βρίσκει πρόσφορο νομοθετικό έρεισμα στην αναλογική εφαρμογή της ΑΚ 610, η οποία προβλέπει το δικαίωμα των μερών να καταγγείλουν σύμβαση μίσθωσης που συμφωνήθηκε για χρονικό διάστημα μεγαλύτερο της τριακονταετίας, αν παρέλθουν τριάντα χρόνια από την κατάρτιση της σύμβασης⁷⁹. Συγγενής με την προεκτεθείσα άποψη είναι και εκείνη, κατά την οποία ο περιορισμός της διάρκειας ισχύος των αξιώσεων μη διάθεσης επιβάλλεται από τη «σύγκρουση» της εξουσίας διάθεσης του συμβαλλομένου κατά τον χρόνο συνάψεως της συμφωνίας, με την εξουσία διάθεσής του σε χρόνο μεταγενέστερο⁸⁰.

Εν αντιθέσει από τα ισχύοντα στο αγγλοαμερικανικό δίκαιο, η ελληνική έννομη τάξη δεν αναγνωρίζει κάποιον αντίστοιχο κανόνα του rule against perpetuities⁸¹. Ο χρονικός περιορισμός μιας διηνεκούς δικαιοπραξίας μόνο κατά περίπτωση μπορεί να γίνει δεκτός και αυτός στο πλαίσιο που έλκονται σε εφαρμογή οι ΑΚ 178, 179, 281, 288 κλπ. Διότι ναι μεν είναι ορθή η άποψη ότι έννομη τάξη επιδεικνύει μια κάποια δυσμένεια προς τις δεσμεύσεις απεριόριστης διάρκειας· ωστόσο, η εν λόγω νομοθετική δυσμένεια δεν εκφράζεται δια της απαγορεύσεως συνάψεως μακροχρόνιων ενοχικών υποχρεώσεων. Αν ο ιστορικός νομοθέτης θεωρούσε a priori άκυρες όλες τις μακροχρόνιες ενοχές, θα το είχε ρυθμίσει με ρητή διάταξη⁸². Άρα, καθ' εαυτήν η μακρά διάρκεια μιας σύμβασης δεν της προσδίδει ανήθικο χαρακτήρα⁸³. Όπως χαρακτηριστικά αναφέρει η υπ' αριθμ. 236/2006 εφετειακή απόφαση⁸⁴, την οποία επικύρωσε στη συνέχεια το Ακυρωτικό με την υπ' αριθ. 494/2009⁸⁵: «Παρόλο που η

⁷⁶ Περί του ζητήματος ότι το δίκαιο διάκειται δυσμενώς προς τις μακροχρόνιες δεσμεύσεις βλ. Γεωργακόπουλο, Το δίκαιο των διαρκών ενοχών, σελ. 109.

⁷⁷ Βλ. παραπομπές στο γερμανικό δίκαιο Κιτσαράς, στον ΑΚ Γεωργιάδη/Σταθόπουλου², άρθρ. 177 αρ. 24, σημ. 93.

⁷⁸ Πούλου, ό.π., σελ. 264 επ.

⁷⁹ Αντίθετος ο Κιτσαράς, Ενοχικές Δεσμεύσεις, σελ. 58-59, κατά τον οποίο η αναλογική εφαρμογή της ΑΚ 610 πρέπει να αποκλεισθεί, δεδομένου ότι είναι προσαρμοσμένη στην ειδική περίπτωση της μίσθωσης, η οποία σύμφωνα με το νομοθετικό της πρότυπο είναι σύμβαση ορισμένου χρόνου και όχι διηνεκής.

⁸⁰ Βλ. Κιτσαράς, στον ΑΚ Γεωργιάδη/Σταθόπουλο², άρθρ. 177, αρ. 24 σημ. 95.

⁸¹ Για το περιεχόμενο του κανόνα αυτού βλ. αναλυτικά *Leach/Tudor, The Rule against Perpetuities*, σελ. 45 επ.

⁸² Κιτσαράς, στον ΑΚ Γεωργιάδη/Σταθόπουλο², άρθρ. 177., αρ. 25.

⁸³ Κιτσαράς, ό.π., αρ. 25.

⁸⁴ ΕφΠατρ 236/2006 ΑχΝ 2007, 9.

⁸⁵ ΑΠ 494/2009, ΧρΙΔ 2011, 418 επ.

κρίση για το ζήτημα αν η αξίωση για παράλειψη της διάθεσης δεσμεύει υπέρμετρα την οικονομική ελευθερία του οφειλέτη είναι κατ' αρχήν ποσοτική, το ποσοτικό στοιχείο της αξιολόγησης δεν αφορά μονομερώς στη διάρκεια της δέσμευσης. *Συνεκτιμώνται πάντοτε το μέγεθος της αντιπαροχής, η οικονομική κατωτερότητα του υποβαλλόμενου στη δέσμευση, η δυνατότητα του να λάβει υπόψη του, κατά την ανάληψη της υποχρέωσης, τις μελλοντικές συνθήκες, η φύση του δικαιώματος του οποίου η διάθεση περιορίζεται κλπ*^{86,87}». Υπό τα πιο πάνω γενόμενα δεκτά, ως υπερμέτρως δεσμεύουσα την οικονομική ελευθερία του υποχρέου θα πρέπει να αντιμετωπισθεί η υποχρέωση για παράλειψη της διάθεσης που αναλήφθηκε χωρίς αντάλλαγμα, εάν ο υπόχρεος περιέλθει σε οικονομική αδυναμία- η οποία δεν ήταν δυνατό να προβλεφθεί από τον μέσο και εμφρόνως σκεπτόμενο κοινωνικό άνθρωπο- και η οποία τον αναγκάζει σε εκποίηση του περιουσιακού του στοιχείου.

Από την άλλη πλευρά, δεν πρέπει να παροράται ότι η ανάληψη ενοχικών δεσμεύσεων με ιδιαίτερα μεγάλη διάρκεια ενέχει κινδύνους για τον οφειλέτη. Σύνηθες αντίβαρο (ρητώς προβλεπόμενο ή ερμηνευτικώς συναγόμενο) του επιτρεπτού των μακροχρόνιων ενοχών είναι η παροχή του δικαιώματος καταγγελίας⁸⁸. Ως εκ τούτου, μια ορισμένου χρόνου διηνεκής ή αορίστου χρόνου αξίωση μη διάθεσης είναι απολύτως συμβατή με το θετικό μας δίκαιο, μπορεί όμως να καταγγελθεί για σπουδαίο λόγο⁸⁹. Έτσι, απαύγασμα της αξιολογικής σταθμίσεως των αντικρουόμενων συμφερόντων θα αποτελεί η κρίση περί υπάρξεως σπουδαίου λόγου ενώ τυχόν ανισότητες μπορούν να αποτραπούν με ανάλογη εφαρμογή των ΑΚ 388 και 288⁹⁰.

VIII. Ο «Rule Against Inalienability» του Αμερικανικού – Αγγλικού Δικαίου

Σύμφωνα με τη βασική αρχή που διατρέχει το common law, είναι άκυρη κάθε απαγόρευση με δικαιοπραξία της εξουσίας του προσώπου να διαθέτει ελεύθερα τα απαλλοτριωτά δικαιώματά του (rule against inalienability)⁹¹. Ωστόσο, τα αμερικανικά δικαστήρια έχουν θεωρήσει έγκυρη τη παράκαμψη του κανόνα αυτού μέσω του θεσμού

⁸⁶ Βλ. Μπαλή, ό.π., §64 σελ. 181 επ. Παπανικολάου, Σκέψεις πάνω στη ratio της απαγόρευσης των καταδυναστευτικών συμβάσεων (ΑΚ 179) ΝοΒ 43, 193 (201-203) Πελλένη – Παπαγεωργίου, Η αντιμετώπιση από τη νομολογία του άρθρου 179 περ. α' του ΑΚ, ΕλλΔνη 35, 59 (63).

⁸⁷ Η πλαγιογράμμιση των σκέψεων της εν λόγω απόφασης είναι δική μου.

⁸⁸ Βλ. αντί πολλών Γεωργιάδη, ΓενΕνοχ², § 53, σ. 580-586.

⁸⁹ Κιτσαράς, ό.π., αρ.26.

⁹⁰ Κιτσαράς, ό.π.

⁹¹ Βλ. Με την αρχή αυτή, πρώτος καταπάστηκε ο καθηγητής της Νομικής του Χάρβαρντ και πατέρας του αμερικανικού περιουσιακού δικαίου John Chipman Gray στις πραγματείες του «Restraints on the Alienation of Property, (2d), 1895» και «The Rule Against Perpetuities, 1886».

του trust, που έχει αποδοθεί στην ελληνική νομική ορολογία με τον όρο «εμπίστευμα»⁹². Το trust εκφράζει μια γενικότερη νομική τεχνική που λειτουργεί όταν ένα πρόσωπο, που αποκαλείται trustee, αφενός αναλαμβάνει την υποχρέωση να διοικεί ορισμένα περιουσιακά αντικείμενα, σύμφωνα με τις υποδείξεις του ιδρυτή του trust (settlor) και αφετέρου να τα μεταβιβάσει μελλοντικά σε ένα τρίτο πρόσωπο (beneficiary) προς όφελος του τελευταίου ή εκπληρώνοντας έναν σκοπό⁹³.

Ειδικότερα, τα αμερικανικά δικαστήρια έχουν αναγνωρίσει στον ιδρυτή του trust το δικαίωμα να απαγορεύει τη διάθεση του δικαιώματος κυριότητας του beneficiary στην καταπιστευτική περιουσία (equitable interest), καθώς και την κατάσχεση του δικαιώματος αυτού από τους προσωπικούς δανειστές του beneficiary⁹⁴. Τα trusts που προβλέπουν τέτοιου είδους περιορισμούς αποκαλούνται spendthrift trusts, γιατί ως στόχο έχουν την προστασία της περιουσίας των προσώπων που διακρίνονται για τον άσωτο - σπάταλο τρόπο ζωής τους⁹⁵. Εν τοις πράγμασι, τα spendthrift trusts θέτουν εκποδών τη λειτουργία του rule against inalienability, έχοντας ως δικαιοπολιτικό τους υπόβαθρο την αρχή «Cujus est dare, ejus est disponere», δηλαδή, προκρίνοντας το δικαίωμα του ιδρυτή του trust ορίζει πως επιθυμεί να διατεθούν τα μεταβιβαζόμενα καταπιστευτικά στον trustee περιουσιακά του αντικείμενα.

Η αφορώσα τα spendthrift trusts ισχύουσα νομοθεσία της Πολιτείας της Μοντάνα (Montana's spendthrift trust doctrine) θεωρείται ότι παρέχει τη δυνατότερη προστασία των συμφερόντων του beneficiary από κάθε άλλη Πολιτεία των Η.Π.Α., διότι επιτρέπει στον settlor να θέτει αυστηρούς περιορισμούς στην εξουσία διάθεσης τόσο του trustee όσο και του beneficiary, οι οποίοι δεν μπορούν να καμφθούν ούτε από την εξουσία των δικαστηρίων, ούτε από τη νομοθετική εξουσία άλλων Πολιτειών⁹⁶. Η διττή προστασία που προσφέρει το εν λόγω trust στον beneficiary έγκειται λοιπόν στο ότι ο ίδιος δεν έχει την εξουσία διάθεσης της καταπιστευτικής περιουσίας και ως εκ τούτου δεν μπορεί να τη σπαταλήσει και να μείνει «ενδεής» ` αλλά πρωτίστως, στην αδυναμία των προσωπικών δανειστών του beneficiary να ικανοποιήσουν τις απαιτήσεις τους από την καταπιστευτική περιουσία⁹⁷. Κατά τη νομολογία των αμερικανικών δικαστηρί-

⁹² Βλ. Κορνηλάκη, Η γέννηση και η ανέλιξη του θεσμού του trust στο αγγλοσαξωνικό δίκαιο, Αρμ 1977, 243 επ. Παρασκευόπουλο, Εμπίστευμα (trust) -Εμπιστευματούχος (Trustee)- και πώλησις παρ' αυτού αυτοκινήτου εν Ελλάδι, ΝοΒ 29, 425 Τροβά, Trust: Μια απόπειρα συμφιλίωσης του ηπειρωτικού με το αγγλοσαξωνικό σύστημα δικαίου, ΕΕΕυρΔ 1994, 479.

⁹³ Βλ. αναλυτικά Δεληγιάννη-Δημητράκου, Trust και Καταπίστευση, § 2, σ. 24 επ.

⁹⁴ Βλ. leading cases: Nichols v. Eaton, 91 U.S. 716 (1876) Broadway National Bank v. Adams, 133 Mass. 170 (1882).

⁹⁵ Βλ. Stark, Montana's Spendthrift Trust Doctrine: Analysis and Recommendations, σελ. 6

⁹⁶ MONT. CODE ANN §§ 72-33-301 to 305. (Όπως προέβλεπε ο Κώδικας της Πολιτείας της Μοντάνα μέχρι την αναθεώρησή του με τον νόμο (Sec. 162, Ch. 264, L. 2013) το 2013 και μετέπειτα το 2015.

⁹⁷ Εξαιτίας ακριβώς της υπέρτερης προστασίας που τυγχάνουν οι beneficiaries έναντι των προσωπικών δανειστών τους, οι οποίοι δεν δύνανται να ικανοποιήσουν τις απαιτήσεις του ξεκίνησε έντονος διάλογος στην αμερικανική θεωρία κατά των spendthrifts trusts. Κύριος πολέμιος αυτών ο Powell, The Rule Against Perpetuities and Spendthrift Trusts in New York, Colum.L.Rev.,688.

ων, οι τελευταίοι θα μπορούν να ικανοποιηθούν αφότου αποδοθεί στον οφειλέτη τους από τον trustee το σύνολο της καταπιστευτικής περιουσίας⁹⁸. Αξίζει να σημειωθεί στο σημείο αυτό, ότι οι λεγόμενες «spendthrift trusts provisions» δύνανται να καταλαμβάνουν τόσο την ακίνητη όσο και την κινητή καταπιστευτική περιουσία⁹⁹.

Η μακρόχρονη διάρκεια των spendthrift trusts δημιούργησε, όμως, σοβαρά νομικά προβλήματα καθώς αντιτίθετο σε θεμελιώδεις δικαιοτικές αρχές των αγγλοαμερικανικών έννομων τάξεων. Πρόκειται, συγκεκριμένα, για την αρχή της ελεύθερης κυκλοφορίας των αγαθών, από τη μία μεριά και για την ελευθερία των προσώπων να διαθέτουν ελεύθερα τα αντικείμενα που ανήκουν στην περιουσία τους από την άλλη¹⁰⁰. Έτσι, προκειμένου να αντιμετωπισθούν οι προκύπτουσες νομικές δυσχέρειες ελήφθησαν ειδικά μέτρα όπως ο «κανόνας που απαγορεύει τις περιουσιακές διαιωνίσεις»¹⁰¹ (rule against perpetuities).

Ο κανόνας αυτός εκφράστηκε ολοκληρωμένα για πρώτη φορά στο αγγλικό δίκαιο, στις υποθέσεις Duke of Norfolk's Case¹⁰² και Cadell v. Palmer¹⁰³. Σύμφωνα με τον κανόνα αυτό, που υιοθετήθηκε αργότερα από όλες τις έννομες τάξεις του Common Law¹⁰⁴, κάθε μελλοντικό δικαίωμα κυριότητας, θεωρείται άκυρο, αν το γεγονός από το οποίο εξαρτάται η έναρξη των αποτελεσμάτων του λάβει χώρα μετά την παρέλευση 21

⁹⁸ Βλ. *Broadway National Bank v. Adams*, 133 Mass. 170 (1882): "The income of the trust fund created for the benefit of the debtor could thus not be reached by attachment before it was paid to him".

⁹⁹ *Lundgren v. Hoglund, Mont*, 711 P. 2d 809 (1985). Αξίζει να καταγραφεί ότι σήμερα στην Νέα Υόρκη όλα τα trusts θεωρούνται spendthrift trusts και μόνο αν στο περιεχόμενό τους περιέχουν αντίθετη πρόβλεψη δεν εκλαμβάνονται ως τέτοια. Βλ. N.Y. Estates, Powers, Trust Law Section, §7- 3.1. Ακόμη βλ. σχετική νομοθεσία: (M.U.T.C.) Massachusetts Uniform Trust Code. Chapter 203 E: Article 5 (2014) · Pennsylvania Law of Trust. Chapter 77. Trusts – Title 20.Sub Chapter E- Section 7741-48 (2010).

¹⁰⁰ Βλ. *Chesterman*, *Family Settlements on Trust*, σελ. 124επ., 138 επ.

¹⁰¹ Έτσι η απόδοση του όρου στα ελληνικά από τη *Δελιγιάννη-Δημητράκου*, *Trust και Καταπίστευση*, § 92, σ. 215 επ.

¹⁰² 3 Ch. Cas. 1, 22 Eng. Rep. 931 (Ch. 1682).

¹⁰³ 1. Cl. & Fin. 372, 6 Eng. Rep. 956 (H.L. 1832-1833). Στο αγγλικό δίκαιο ισχύει επίσης και ο νομολογιακός κανόνας "*Saunders v. Vautier*", σύμφωνα με τον οποίο ο beneficiary μπορεί να αξιώσει πρόωρα τη λύση του trust, παρά την αντίθετη βούληση του ιδρυτή, αν είναι ικανός για δικαιοπραξία και δεν έχει αναγνωριστεί σε κανένα άλλο πρόσωπο ύστερα από αυτόν μελλοντικό δικαίωμα κυριότητας στην καταπιστευτική περιουσία. Ο εν λόγω κανόνας δεν γίνεται δεκτός στο αμερικανικό δίκαιο καθόσον σύμφωνα με τον θεμελιώδη κανόνα που διέτυπωσε η απόφαση *Clafin v. Clafin*, το trust δεν μπορεί να λήξει προτού παρέλθει το προβλεπόμενο από τη συστατική πράξη του διάστημα, έστω και αν τούτο ζητηθεί ομόφωνα από τους beneficiaries. Βλ. εκτενώς *Friedman*, *The Dynastic Trust*, σ. 547.

¹⁰⁴ Βλ. ενδεικτικά *Lawson/Rudden*, *The Law of Property*, σ. 176 επ. · *Leach/Tudor*, *The Rule against Perpetuities*, σ. 45 επ.

ετών από το θάνατο ενός προσώπου το οποίο είχε γεννηθεί ή είχε συλληφθεί κατά τη στιγμή που άρχισε να ισχύει η συστατική πράξη του δικαιώματος. Επί παραδείγματι, αν η ιδρυτική πράξη του trust ορίζει, ως beneficiaries, τη σύζυγο και τα τέκνα του ιδρυτή και ταυτόχρονα προβλέπει ότι οι δεύτεροι θα έχουν το δικαίωμα να αξιώσουν την καταπιστευτική περιουσία (equitable interest) 30 χρόνια μετά το θάνατο της πρώτης, η διάταξη αυτή θα θεωρηθεί άκυρη και το trust θα λήξει αυτομάτως μόλις συμπληρωθούν 21 έτη από το θάνατο της συζύγου¹⁰⁵.

Τέλος, αξίζει να σημειωθεί ότι υποθέσεις αφορώσες trusts, σπάνια φθάνουν στο Ανώτατο Δικαστήριο των Ηνωμένων Πολιτειών της Αμερικής (Supreme Court of the United States), καθώς η επίλυσή τους, κατά κύριο λόγο, διευθετείται από τα states courts¹⁰⁶. Στην πρόσφατη απόφαση *Egelhoff v. Egelhoff* (2001)¹⁰⁷ το Supreme Court έκρινε ότι μια πρώην σύζυγος μπορεί να λαμβάνει τη σύνταξη του θανόντος πρώην συζύγου της από την ERISA¹⁰⁸, και όχι τα παιδιά του, καθόσον αυτή, ως beneficiary, τυγχάνει μεγαλύτερης προστασίας¹⁰⁹.

¹⁰⁵ Στη συνέχεια όμως νομολογιακά διαπλάστηκε ο κανόνας του “wait and see”, σύμφωνα με τον οποίο το κύρος ενός μελλοντικού δικαιώματος δεν εξαρτάται από το αν αυτό ήταν βέβαιο ή όχι κατά τη στιγμή της σύστασής του, αλλά από το αν το μελλοντικό και αβέβαιο γεγονός από το οποίο εξαρτάται η ενέργειά του πραγματοποιήθηκε μέσα στην προθεσμία που προβλέπει ο κανόνας των «περιουσιακών διαιωνίσεων». Βλ. το πλέον θεσπισμένο νομοθέτημα του Ηνωμένου Βασιλείου της Μεγάλης Βρετανίας και της Βορείου Ιρλανδίας : The Perpetuities and Accumulations Act 2009 (c. 18).

¹⁰⁶ Ο Richard A. Posner, Καθηγητής Νομικής στο Πανεπιστήμιο του Σικάγο και Πρόεδρος Εφετών του 7^{ου} Περιφ. Εφετείου των Η.Π.Α, το 1993 (Πρώτος σε βιβλιογραφικές αναφορές και ταυτόχρονα σε επιρροή στη νομολογία δικαστής στην ιστορία του Αμερικανικού Δικαίου) στηλιτεύει την νομοθεσία που επιτρέπει σε λίγες υποθέσεις με trusts να υπόκεινται στην κρίση του Supreme Court και είχε δηλώσει χαρακτηριστικά: “one of the most mysterious and esoteric branches of the law”.

¹⁰⁷ 532 U.S. 141 (2001)

¹⁰⁸ Employee Retirement Income Security Act of 1974 (ERISA), 29 U.S.C.S. § 1001 et seq.

¹⁰⁹ Βλ. Wash. Rev. Code § 11.07.010 (2)(a).