

ΧΡΟΝΙΚΑ ΙΔΙΩΤΙΚΟΥ ΔΙΚΑΙΟΥ

ΕΚΤΥΠΩΣΗ
ΑΠΡΙΛΙΟΣ 2021

ΜΗΝΙΑΙΟ ΕΠΙΣΤΗΜΟΝΙΚΟ ΠΕΡΙΟΔΙΚΟ

ΙΑΡΥΤΗΣ

ΑΠΟΣΤΟΛΟΣ Σ. ΓΕΩΡΓΙΑΔΗΣ

ΔΙΕΥΘΥΝΣΗ

ΑΠΟΣΤΟΛΟΣ Σ. ΓΕΩΡΓΙΑΔΗΣ Επίτιμος Καθηγητής Πανεπιστημίου Αθηνών – Ακαδημαϊκός
Χατζηκωνσταντή 18, 11524, Αθήνα, τηλ.: 2106930960

ΕΚΔΟΤΗΣ

ΠΑΝΑΓΙΩΤΗΣ Ν. ΣΑΚΚΟΥΛΑΣ Ακαδημίας 43, 106 72 Αθήνα

ΕΠΙΣΤΗΜΟΝΙΚΗ ΕΠΙΤΡΟΠΗ

Φίλιππος Δωρής Ομ. Καθ. Παν/μίου Αθηνών
Ευτυχία Κουνουγέρη-Μανωλεδάκη Ομ. Καθ. Παν/μίου
Θεσ/νίκης
Αθανάσιος Κρητικός Αντιπρόεδρος ΑΠ ε.τ.
Μιχάλης Σταθόπουλος Επίτ. Καθ. Παν/μίου Αθηνών – Ακα-
δημαϊκός

ΣΥΝΤΑΚΤΙΚΗ ΕΠΙΤΡΟΠΗ

Παρασκευάς Αρβανιτάκης Καθ. Παν/μίου Θεσ/νίκης
Γεώργιος Δέλλιος Ομ. Καθ. Παν/μίου Θεσ/νίκης
Διονυσία Καλλινίκου Ομ. Καθ. Παν/μίου Αθηνών
Μιχαήλ-Θεόδωρος Μαρίνος Καθ. Παν/μίου Θράκης
Ιωάννης Μάρκου Ομ. Καθ. Οικονομικού Παν/μίου Αθηνών
Κωνσταντίνος Παναγόπουλος Καθ. Παν/μίου Θράκης
Κωνσταντίνος Παπαδημητρίου Καθ. Παν/μίου Αθηνών
Θεοφάνω Παπαζήση Ομ. Καθ. Παν/μίου Θεσ/νίκης
Κλεάνθης Ρούσσος Αν. Καθ. Παν/μίου Αθηνών
Στυλιανός Σταματοπούλος Καθ. Παν/μίου Θράκης
Γεώργιος Τριανταφυλλάκης Καθ. Παν/μίου Θράκης
Θεόδωρος Φορτσάκης Καθ. Παν/μίου Αθηνών
Καλλιόπη Χριστακάκου Καθ. Παν/μίου Αθηνών

ΥΠΕΥΘΥΝΟΙ ΥΛΗΣ

Διονυσία Καλλινίκου Ομ. Καθ. Παν/μίου Αθηνών
Λάμπρος Κιτσαράς Αν. Καθ. Παν/μίου Θράκης
Μιχαήλ-Θεόδωρος Μαρίνος Καθ. Παν/μίου Θράκης
Γιώργος Ορφανίδης Καθ. Παν/μίου Αθηνών
Αικατερίνη Φουντεδάκη Καθ. Παν/μίου Θεσ/νίκης
Καλλιόπη Χριστακάκου Καθ. Παν/μίου Αθηνών

ΤΑΚΤΙΚΟΙ ΣΥΝΕΡΓΑΤΕΣ

Δημήτριος Αυγητίδης Καθ. Παν/μίου Θράκης
Αναστάσιος Βαλτούδης Καθ. Παν/μίου Θεσ/νίκης
Ιάκωβος Βενιέρης Επ. Καθ. Παν/μίου Αθηνών
Γεώργιος Γεωργιάδης Αν. Καθ. Παν/μίου Αθηνών
Παναγιώτης Γιαννόπουλος Επ. Καθ. Παν/μίου Θράκης
Αιμιλία Ευθυμίου Δ.Ν. – Δικηγόρος
Σωτήριος Ιωακειμίδης Δ.Ν. – Δικηγόρος
Ελευθέριος Καστρήσιος Επ. Καθ. Παν/μίου Θράκης
Νικόλαος Κατηφόρης Επ. Καθ. Παν/μίου Αθηνών
Θεόδωρος Κατσάς Επ. Καθ. Παν/μίου Θράκης
Λάμπρος Κιτσαράς Αν. Καθ. Παν/μίου Θράκης
Νικόλαος Κουμουτζής Αν. Καθ. Παν/μίου Λευκωσίας
Γεώργιος Λέκκας Αν. Καθ. Παν/μίου Αθηνών
Γεώργιος Μεντής Αν. Καθ. Παν/μίου Αθηνών
Ευάγγελος Μαργαρίτης Δ.Ν. – Δικηγόρος
Γεώργιος Μιχαλόπουλος Καθ. Παν/μίου Αθηνών
Βάγιας Παναγιωτόπουλος Επ. Καθ. Παν/μίου Αθηνών
Κυριάκος Παπανικολάου Επ. Καθ. Παν/μίου Θράκης
Κίμων Σαϊτάκης Δ.Ν. – Δικηγόρος
Σπυρίδων Τσαντίνης Αν. Καθ. Παν/μίου Θράκης
Ζαφείριος Τσολακίδης Αν. Καθ. Παν/μίου Αθηνών
Διονύσιος Φλάμπουρας Εντεταλμένος διδασκαλίας ΕΚΠΑ
– Δικηγόρος
Μιχαήλ Χατζηπαναγιώτης Δ.Ν. – Δικηγόρος

ΕΠΙΜΕΛΕΙΑ ΥΛΗΣ

Νικόλαος Γεωργιάδης Δ.Ν. – Δικηγόρος
Γεώργιος Ιατρού L.L.M. – Δικηγόρος
Γεώργιος Μπαμπέτας Λέκτωρ Παν/μίου Θράκης
Ευαγγελία Νεζερίτη Δ.Ν. – Δικηγόρος
Βασιλική Παπαδοπούλου Δ.Ν. – Δικηγόρος
Κατερίνα Στριγγάρη Δ.Ν. – Δικηγόρος

ΚΩΔΙΚΟΣ ΕΝΤΥΠΟΥ: 6180

Προτεινόμενος τρόπος παραπομπής: ΧρίΔ, με ένδειξη έτους και σελίδας (π.χ.: ΧρίΔ 2021, 241)

Τα ΧΡΟΝΙΚΑ ΙΔΙΩΤΙΚΟΥ ΔΙΚΑΙΟΥ έχουν μόνιμη ανταπόκριση με το περιοδικό NEUE JURISTISCHE WOCHENSCHRIFT (NJW), εκδ. οίκος
BECK, Μόναχο

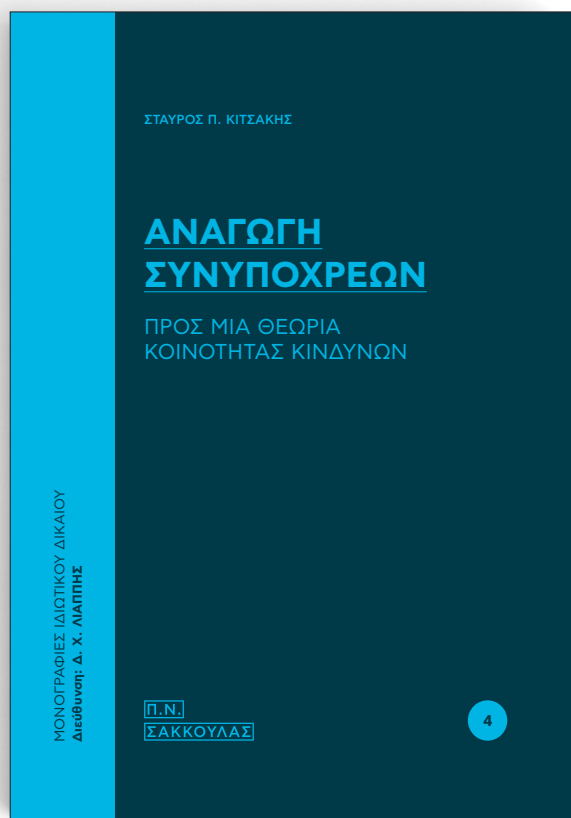
ΧΡΟΝΙΚΑ ΙΔΙΩΤΙΚΟΥ ΔΙΚΑΙΟΥ: Monatliche Zeitschrift für die Privatrechtswissenschaft – Gegründet 2001, Herausgegeben vom Verlag
Recht & Wirtschaft - P.N. SAKKOULAS. Manuskripte sind an die Schriftleitung bzw. an den Verlag zu senden.

ΕΚΔΟΣΗ - ΔΙΑΧΕΙΡΙΣΗ

Π.Ν.
ΣΑΚΚΟΥΛΑΣ

Ακαδημίας 43, 106 72 Αθήνα.
Τηλ. 210-3256.000, 3257.000

www.sakkoulas.com
info.journals@sakkoulas.com



ΑΝΑΓΩΓΗ ΣΥΝΥΠΟΧΡΕΩΝ Προς μια θεωρία κοινότητας κινδύνων

Σταύρος Π. Κιτσάκης

Αθήνα 2020

σελ. 362

SBN 978-618-203-006-6

τιμή 45,00 €

Η προβληματική της αναγωγής απαντάται σε πλείστα πεδία του ιδιωτικού δικαίου, ρυθμίζεται δε κατά τρόπο γενικό στα άρθρα 487 και 488 του ΑΚ. Εντός αυτού του πλαισίου η αναγωγή παρουσιάζει το ιδιαίτερο χαρακτηριστικό της πολυπρόσωπης ενοχικής σχέσης. Αυτό το στοιχείο δεν αποτελεί μόνο πηγή προβλημάτων στην εφαρμογή των εν λόγω άρθρων, αλλά και σημείο εξειδίκευσης ποικίλων αξιολογικών σταθμίσεων του νομοθέτη. Στόχος της μελέτης είναι, με αξιοποίηση και της πλούσιας ιστορικής και συγκριτικής συζήτησης, να αναδείξει αυτές τις σταθμίσεις και με αυτόν τον τρόπο να συμβάλει στην δικαιότερη επίλυση των πρακτικών προβλημάτων της αναγωγής.

Κεντρικό πεδίο ανάλυσης αποτελεί η «φύση της αξίωσης αναγωγής» του κάθε συνοφειλέτη και η σημασία της θέσπισής της από τον νομοθέτη του ΑΚ. Μέσω αυτής αποκαλύπτονται οι κρίσιμες αξιολογικές σταθμίσεις που συνοδεύουν το λιτό κείμενο του άρθρου 487 ΑΚ.

Αυτές εμβαθύνονται περαιτέρω με την ανάλυση του προβλήματος της «απαλλακτικής ρήτηρας», της υποκατάστασης του άρθρου 488 ΑΚ και της διαβόητης προβληματικής της «νόθου οφειλής εις ολόκληρο», όπου ερευνάται και η σχέση της συγκεκριμένης αξίωσης αναγωγής με άλλες αντίστοιχες αξιώσεις αναγωγής του ΑΚ. Συνολικά, το παρόν έργο εξειδικεύει τον μηχανισμό αναγωγής ως έναν πολυμερή μηχανισμό εκκαθάρισης της εσωτερικής σχέσης που συνδέει τους συνοφειλέτες. Μέσω της ανάδειξης του ερμηνευτικού περιεχομένου και της αυτοτελείας της φωτίζεται η αξίωση αναγωγής ως ένας γενικότερος μηχανισμός επιμερισμού των συναλλακτικών κινδύνων. Με αυτή την αφετηρία θεμελιώνεται μια αυτοτελής θεωρητική προσέγγιση της σχέσης αναγωγής ως μιας «κοινότητας κινδύνων», μέσα από την οποία μπορεί να ερευνηθεί η αναλογική εφαρμογή του άρθρου 487 ΑΚ και σε άλλα πεδία των σύγχρονων συναλλαγών.

Στα **ΧΡΟΝΙΚΑ ΙΔΙΩΤΙΚΟΥ ΔΙΚΑΙΟΥ** δημοσιεύονται πρωτότυπες και μη δημοσιευμένες εργασίες που απευθύνονται αποκλειστικά στο περιοδικό. Υλικό προς δημοσίευση αποστέλλεται προς την Διεύθυνση ή τον Εκδότη.

ΧΡΟΝΙΚΑ ΙΔΙΩΤΙΚΟΥ ΔΙΚΑΙΟΥ ΣΥΝΔΡΟΜΕΣ ΕΤΟΥΣ 2021

• Φυσικών Προσώπων		• Νομικών Προσώπων	
Έντυπη & ψηφιακή μορφή	€ 130,00	Έντυπη μορφή	€ 190,00
Ψηφιακή μορφή	€ 110,00	Ψηφιακή μορφή	€ 210,00
• Ασκούμενων Δικηγόρων		• Εξωτερικού	
Έντυπη & ψηφιακή μορφή	€ 110,00	Έντυπη μορφή	€ 220,00
• Δικηγορικών εταιρειών		ΤΙΜΕΣ ΜΕΜΟΝΩΜΕΝΩΝ ΤΕΥΧΩΝ, ΤΟΜΩΝ, ΒΙΒΛΙΟΔΕΣΙΑΣ	
Έντυπη & ψηφιακή μορφή	€ 140,00	• Τεύχος	€ 15,00
Ψηφιακή μορφή	€ 120,00	• Τόμος βιβλιοδετημένος	€ 150,00
• Φοιτητική		• Βιβλιοδεσία τόμου	€ 25,00
Έντυπη μορφή	€ 90,00		

Τρόποι εξόφλησης

Με ταχυδρομική επιταγή, τηλεφωνικά με χρέωση κάρτας ή κατάθεση στην **Εθνική Τράπεζα** (IBAN: GR 65 0110 1460 0000 1462 0554 577), **Τράπεζας Πειραιώς** (IBAN: GR 91 0172 0320 0050 3201 6779 463), **Alpha Bank** (IBAN: GR 64 0140 1010 1010 0232 0003 359), **Eurobank** (IBAN: GR 07 0260 2010 0009 8020 1664 900), και ενημέρωσή μας με αποστολή της απόδειξης κατάθεσης στο Fax 210 3312710.

ΧΡΟΝΙΚΑ ΙΔΙΩΤΙΚΟΥ ΔΙΚΑΙΟΥ

ΠΙΝΑΚΑΣ ΠΕΡΙΕΧΟΜΕΝΩΝ

ΑΡΘΡΟΓΡΑΦΙΑ

Γεώργιος Α. Γεωργιάδης Οι ρήτρες εκπτώσεως στις διαθήκες	161
Κωνσταντίνος Α. Τομαράς Η προβληματική της αναλογικής εφαρμογής του νόμου περί αστικής ευθύνης του τύπου (Ν. 1178/1981) στο διαδίκτυο (ιδίως στα μέσα κοινωνικής δικτύωσης).....	172

ΕΠΙΚΑΙΡΗ ΝΟΜΟΛΟΓΙΑ

• ΠΠρΑθ 989/2020:	Προσβολή της προσωπικότητας τεθνεώτος. Δεν συνιστά προσβολή της μνήμης αποβιώσαντος ιστορικού προσώπου η καλόπιστη εξιστόρηση γεγονότων και η κριτική ανασκόπηση της ζωής του· αντιθέτως συνιστά προσβολή η παράθεση αναληθών γεγονότων και η ηθελημένη διαστρέβλωσή τους	185
• ΑΠ 917/2020:	Η σύμβαση παροχής πίστωσης (με ανοιχτό λογαριασμό) συνιστά υποσχετική σύμβαση δανείου, προϊόν της ελευθερίας των συμβάσεων. Μορφές χορήγησης της πίστωσης εκ μέρους της Τράπεζας. Δυνατότητα κατάρτισης της πιστωτικής σύμβασης ως σύμβασης-πλαισίου	190
• ΑΠ 597/2020:	Δικαστική μείωση υπέρμετρης ποινικής ρήτηρας. Οι τυχόν μεταβληθείσες, μετά τη συνομολόγηση της ποινικής ρήτηρας, συνθήκες, εφόσον επιδρούν στον δυσανάλογο χαρακτήρα της, θα πρέπει να συνεκτιμηθούν από το δικαστήριο. Το ύψος του ποσού κατά το οποίο κρίθηκε ότι πρέπει να μειωθεί η ποινική ρήτρα δεν ελέγχεται αναιρετικά (ούτε για παραβίαση της αρχής της αναλογικότητας) (με παρατηρήσεις Χρ. Χασάπη)	199
• ΑΠ 807/2020:	Ανώνυμες εταιρείες. Ακυρότητα (λόγω καταχρηστικότητας) απόφασης περί αύξησης του εταιρικού κεφαλαίου, όταν με αυτήν επιδιώκεται αποκλειστικά η ενίσχυση της θέσης ορισμένων μετόχων με αποκλεισμό άλλων από την άσκηση του δικαιώματος προτίμησης. Πράξεις καταχωριστέες στο μητρώο ναυτικών εταιρειών. Η σχετική καταχώριση άλλοτε έχει συστατική ενέργεια και άλλοτε απαιτείται προκειμένου οι καταχωριζόμενες πράξεις ή τα γεγονότα να αντιτάσσονται σε τρίτους	216
• ΕΔΔΑ – Υπόθεση AsDAC κατά Δημοκρατίας της Μολδαβίας:	Προστασία σύμφωνα με την ΕΣΔΑ της πνευματικής ιδιοκτησίας ως τμήματος της περιουσίας του δημιουργού (με παρατηρήσεις Ph. Jougleux)	219
• ΔικΕΕ C-263/18:	Πνευματική ιδιοκτησία. Η παροχή στο κοινό, μέσω μεταφορτώσεως και για μόνιμη χρήση, ενός ηλεκτρονικού βιβλίου εμπίπτει στην έννοια της «παρουσίασης στο κοινό» (με παρατηρήσεις Μ.-Θ. Μαρίνου)	224
• ΡΑΕ 942/17.10.2019:	Σύμβαση προμήθειας ηλεκτρικής ενέργειας. Διαδικασία διεξαγωγής διαπραγματεύσεων με Μεγάλο Πελάτη. Βάση για τη διεξαγωγή των διαπραγματεύσεων αποτελεί η πρόταση που υποβάλει ο Προμηθευτής (ΔΕΗ Α.Ε.) σχετικά με τους όρους της επικείμενης σύμβασης προμήθειας, οι οποίοι έχουν διατυπωθεί κατ' αρχήν σύμφωνα με τις Βασικές Αρχές Τιμολόγησης. Απαγόρευση διάκρισης μεταξύ πελατών με τα ίδια χαρακτηριστικά. Η συνέχιση της ηλεκτροδότησης μετά τη λήξη της προηγούμενης σύμβασης και μέχρι τη σύναψη νέας λαμβάνει χώρα εκτός συμβατικού πλαισίου, με συνέπεια να μην ισχύουν πλέον τυχόν ειδικά συμβατικά προνόμια (εκπτώσεις) που είχαν συμφωνηθεί μεταξύ των μερών στο πλαίσιο της σύμβασης που έληξε (με παρατηρήσεις Δ.-Π. Τζάκα)	230

ΝΟΜΟΛΟΓΙΑ ΑΡΕΙΟΥ ΠΑΓΟΥ

• ΟΛΑΠ 6/2020:	Δικαιώματα άμισθων υποθηκοφυλάκων. Αν μεταξύ των εισπραχθέντων και υπό εκκαθάριση τελούντων δικαιωμάτων περιλαμβάνεται και αχρεώστητο κονδύλιο, το ποσό αυτό περιέρχεται στην περιουσία του υποθηκοφύλακα και συνεπώς είναι αποδοτέο κατά τις διατάξεις του αδικαιολόγητου πλουτισμού στον καταβαλόντα από τον ίδιο τον υποθηκοφύλακα,	
----------------	--	--

	ο οποίος θεωρείται ως πλούσιος χωρίς την παρεμβολή της περιουσίας του Δημοσίου	206
• ΑΠ 717/2020:	Αποδεικτική δύναμη των ιατρικών βεβαιώσεων και των γνωμοδοτήσεων ιατρών που ασκούν δημόσιο λειτούργημα.....	215
• ΑΠ 745/2020:	Ακύρωση δικαιοπραξίας λόγω απειλής. Η απειλή άσκησης αγωγής ή άλλων εννόμων βοηθημάτων προσλαμβάνει αθέμιτο χαρακτήρα, όταν ο απειλών αποβλέπει να αντλήσει από τη χρήση τους πλεονεκτήματα διαφορετικά και ουσιαστικά άσχετα με την αποστολή τους. Έλλειψη και έκλειψη δικαιοπρακτικού θεμελίου.....	189
• ΑΠ 756/2020:	Ρύθμιση οφειλών υπερχρεωμένων φυσικών προσώπων. Κατ' εξαίρεση υπάγονται στο ευνοϊκό καθεστώς του Ν. 3869/2010 και μικροέμποροι, ως προς τους οποίους το κέρδος από την άσκηση εμπορικών πράξεων αποτελεί ανταμοιβή για τον σωματικό τους μόχθο και όχι προϊόν κερδοσκοπικής δραστηριότητας. Ο συγκύριος ταξί, ο οποίος το οδηγεί επαγγελματικά ο ίδιος, χωρίς την χρήση βοηθητικού προσωπικού, είναι μικροέμπορος	212
• ΑΠ 791/2020:	Σύμβαση έργου. Δικαίωμα υπαναχώρησης του εργοδότη σε περίπτωση υπερημερίας του εργολάβου. Ο εργοδότης δεν έχει δικαίωμα υπαναχώρησης αν η επιβράδυνση της εκτέλεσης του έργου οφείλεται σε υπαιτιότητά του	197
• ΑΠ 819/2020:	Περιεχόμενο της θετικής και αρνητικής αγωγής αναγνώρισης της κυριότητας.....	214
• ΑΠ 827/2020:	Πτώση κτίσματος ή άλλου έργου. Ο κύριος ή ο νομέας ευθύνονται ακόμα και αν η ελαττωματική κατασκευή ή η πλημμελής συντήρηση του κτίσματος οφείλεται στον δικαιοπάροχό τους.....	194
• ΑΠ 858/2020:	Έγγραφος συστατικός τύπος των συμβάσεων που συνάπτονται από νομικά πρόσωπα δημοσίου δικαίου όταν έχουν αντικείμενο αξίας άνω των 2.500 ευρώ. Η ακυρότητα λόγω μη τήρησης του τύπου, που λαμβάνεται υπόψη από το δικαστήριο αυτεπαγγέλτως, καλύπτεται αν η σύμβαση εκτελεσθεί, εφόσον όμως έχει προηγηθεί τουλάχιστον έγγραφη, πλήρης και ορισμένη πρόταση για την κατάρτισή της.....	210
ΝΟΜΟΛΟΓΙΑ ΕΦΕΤΕΙΩΝ		
ΜΕφΘράκης 29/2021:	Δικαιώματα αγοραστή ελαττωματικού πράγματος και προθεσμία άσκησης τους.....	204
ΝΟΜΙΚΑ ΖΗΤΗΜΑΤΑ		
Γεωργία Α. Σαγρή	Ζητήματα από την πώληση μέσω της επιχειρηματικής δραστηριότητας drop-shipping	236

ΑΡΘΡΟΓΡΑΦΙΑ

Οι ρήτρες εκπτώσεως στις διαθήκες*

ΓΕΩΡΓΙΟΥ Α. ΓΕΩΡΓΙΑΔΗ

Αναπληρωτή Καθηγητή της Νομικής Σχολής του Εθνικού και Καποδιστριακού Πανεπιστημίου Αθηνών

Πολλές φορές ο διαθέτης προσθέτει στη διαθήκη του όρους, με τους οποίους επιβάλλει έκπτωση ή κάποια άλλη κύρωση στον τιμώμενο για την περίπτωση που αυτός δεν συμμορφωθεί προς τη βούληση του διαθέτη, όπως αυτή εκφράζεται στη διαθήκη. Οι όροι αυτοί, που είναι γνωστοί ως ρήτρες εκπτώσεως, χρήζουν ιδιαίτερης προσοχής αναφορικά με την ερμηνεία τους αλλά και ως προς τη συμβατότητά τους με κανόνες αναγκαστικού δικαίου, όπως η ΑΚ 178 ή το άρθρο 20 § 1 Σ περί του δικαιώματος παροχής έννομης προστασίας. Ωστόσο, ακόμη και η διάγνωση της ακυρότητας της ρήτρας εκπτώσεως δεν φαίνεται να λύνει το πρόβλημα, καθώς με βάση την ΑΚ 208 § 1 η ακυρότητα της ρήτρας θα συνεπάγεται την ακυρότητα ολόκληρης της διαθήκης, οπότε θα πλήττεται ο εκ διαθήκης κληρονόμος που θα επιχειρήσει να προστατευθεί από την αντίθετη στον νόμο ή τα χρηστά ήθη ρήτρα.

I. Εισαγωγή

Αντί άλλης εισαγωγής στο θέμα που αποτελεί αντικείμενο της παρούσας μελέτης, κρίθηκε προτιμότερο να παρατεθούν τρεις δικαστικές αποφάσεις, μία ελληνικού και δύο γερμανικών δικαστηρίων· και οι τρεις καταγίνονται με την αντιμετώπιση ζητημάτων που προκύπτουν από τη χρήση στις διαθήκες των λεγόμενων «ρητρών εκπτώσεως». Διαβάζοντας κανείς τις τρεις αυτές αποφάσεις βρίσκεται αμέσως στον πυρήνα των προβλημάτων που γεννιούνται συχνά από την προσθήκη τέτοιων ρητρών κατά τη σύνταξη μιας διαθήκης, είτε πρόκειται για ιδιόγραφη είτε για δημόσια ή μυστική.

1. Η Α εγκατέστησε με ιδιόγραφη διαθήκη ως αποκλειστική κληρονόμο τη θετή θυγατέρα της Β υπό τον όρο ότι «θα παντρευτεί τον Γ, με τον οποίο έχει μνηστευθεί». Μετά τον θάνατο της Α, η Β διέλυσε τη μνηστεία με τον Γ και παντρεύτηκε τον Δ. Επί της αγωγής της Β για αναγνώριση της ακυρότητας του επίμαχου όρου, το Εφετείο δέχθηκε ότι η προσθήκη στη διαθήκη του ως άνω όρου δεν προσδίδει σ' αυτήν ανήθικο περιεχόμενο διότι έγινε από αγαθά κίνητρα της Α, κατ' επιθυμία της οποίας είχε τελεσθεί πριν από τον θάνατό της η μνηστεία της Β με τον Γ, τον οποίο η διαθέτιδα θεωρούσε κατάλληλο προς εξασφάλιση της θετής θυγατέρας της¹. Ο Άρειος Πάγος ανήρεσε όμως την απόφαση του Εφετείου με την αιτιολογία ότι η προσθήκη της επίμαχης αίρεσης προσδίδει στη διαθήκη ανήθικο περιεχόμενο, διότι με αυτή (την αίρεση) σκοπείται ο επηρεασμός της βούλησης του τετιμημένου επί ζητήματος το οποίο κατά τις κρατούσες στην κοινωνία ηθικές αρχές πρέπει να απόκειται στην ελεύθερη βούλησή του· εφόσον δε τούτο προκύπτει από τη διαθήκη, περιττεύει η έρευνα των κινήτρων της διαθέτιδας².

2. Το Βαυαρικό Ανώτατο Δικαστήριο της Χώρας (Bayerisches Oberstes Landesgericht) είχε να κρίνει το έτος 1962 την εξής

υπόθεση³: Μια ευκατάστατη χήρα εγκατέστησε με τη διαθήκη της εικοσιοκτώ (28) κληρονόμους όχι σε ποσοστά της κληρονομίας, αλλά με κατάλειψη στον καθένα διαφόρων χρηματικών ποσών ή και συγκεκριμένων αντικειμένων. Ως προς το υπόλοιπο μέρος της περιουσίας της, το αδιανέμητο, όρισε ότι «πρέπει να κατανεμηθεί σωστά και δίκαια, όλοι πρέπει να λάβουν από κάτι και να μείνουν όλοι ικανοποιημένοι». Τελείωνε δε τη διαθήκη της με τον εξής αφορισμό: «Τσακωμούς, αμφισβητήσεις και βρισιές δεν θέλω· όποιος κάνει κάτι τέτοιο, να μην πάρει τίποτα από την περιουσία μου». Μετά τον θάνατο της διαθέτιδας, οι συγκρούσεις μεταξύ των κληρονόμων δεν άργησαν να εκδηλωθούν. Ένας από τους αδελφούς της προσέβαλε τη διαθήκη ένεκα πλάνης, αλλά η αγωγή του απορρίφθηκε από τα δικαστήρια. Τέθηκε λοιπόν το θέμα αν ο αμφισβητίας αδελφός της διαθέτιδας, λόγω της προσβολής που επιχείρησε κατά της διαθήκης, εξέπεσε από την καταλειπόμενη σ' αυτόν ωφέλεια και, επειδή δεν συγκαταλέγεται στους νόμιμους μεριδούχους, αποκλείεται γενικά από την κληρονομία της αδελφής του.

3. Ιδιαίτερα χαρακτηριστική είναι και μια υπόθεση που απασχόλησε τα γερμανικά δικαστήρια μετά το τέλος του Β' Παγκοσμίου Πολέμου: Ο διαθέτης, ιδιοκτήτης μεγάλου αγροκτήματος (Bauerhof) στη Βαυαρία, όρισε στη διαθήκη του τα εξής: «Μετά τον θάνατο της συζύγου μου, θέλω το αγρόκτημά μου με όλα τα παραρτήματά του να περιέλθει στον μεγαλύτερο γιό μου, όταν επιστρέψει από την αιχμαλωσία, υπό την αίρεση ότι θα διαζευχθεί τη σημερινή σύζυγό του, διότι αυτή κατά τη διάρκεια της αιχμαλωσίας του δεν του στάθηκε πιστή. Αν ο γιος μου αυτός δεν επιστρέψει ή δεν λύσει τον γάμο του, τότε καταλείπω το αγρόκτημα στον νεότερο γιο μου, ο οποίος προς το παρόν βρίσκεται υπό γαλλική αιχμαλωσία, αλλά μόνο αν τηρήσει την υπόσχεση που μου έχει δώσει και διαζευχθεί τη σημερινή σύζυγό του, η οποία κατά τη διάρκεια της αιχμαλωσίας του γέννησε δύο φορές παιδιά που δεν είναι δικά του». Το Γερμανικό Ακυρωτικό δεν αποδοκίμασε τους ως άνω ορισμούς του διαθέτη θεωρώντας ότι αυτοί ελαύνονται από κριτήρια σεβαστά και δικαιολογούνται από τη στάση ζωής του κληρονομούμενου, ο οποίος δεν θεωρούσε τις δύο νύφες του –λόγω της συμπεριφοράς τους– άξιες να αναλάβουν τη διοίκηση και την εκμετάλλευση του αγροκτήματός του⁴. Το Εφετείο είχε όμως διαφορετικά αποφανθεί με την αιτιολογία ότι, ακόμη και αν τα κίνητρα και η κοσμοθεωρία του διαθέτη είναι παραδεκτά και άξια σεβασμού, αυτό δεν μπορεί να αφαιρέσει τον ανήθικο χαρακτήρα από την επιθυμία του να καταστρέψει τους γάμους των εγκατάστατων γιών του. Ο γάμος είναι κοινωνικός θεσμός μεγάλης αξίας και η διατήρησή του αποτελεί ηθική επιταγή. Επομένως, τα κίνητρα

* Η παρούσα μελέτη αποτελεί προδημοσίευση από τον Τιμητικό Τόμο για την καθηγήτρια Γιαννούλα Καρύμπαλη-Τσίπτσιου που αφυπηρέτησε τον Αύγουστο 2020 από τη Νομική Σχολή του Αριστοτελείου Πανεπιστημίου Θεσσαλονίκης.

1. ΕφΑθ 8880/1982, το σκεπτικό της οποίας υιοθετείται και από τις ΠΠρΑθ 3600/1975, ΠΠρΑθ 10788/1979 και ΕφΑθ 8267/1981 (όλες σε: Δακορώνια, Το ζήτημα της ερμηνείας των διαθηκών στο ελληνικό δίκαιο, 2005, σ. 118). Σύμφωνα οι Τζανίδης, Αρμ 42, 174 και Σπυριδάκης, ΝοΒ 33, 279.

2. ΑΠ 268/1984 ΝοΒ 33, 278, την οποία επιδοκιμάζουν οι Παπαντωνίου, Κληρονομικό, § 59δ σ. 257 επ., Πελλένη-Παπαγεωργίου, Η αντιμετώπιση από τη νομολογία του άρθρου 179 περιπτ. α' ΑΚ, ΕλλΔνη 35, 59 επ., 61· Κωστάκης, Το κύρος της αίρεσης στη διαθήκη να συνάψει ο κληρονόμος γάμο με ορισμένο πρόσωπο, Αρμ 42, 718 επ.

3. BayObLGZ 1962, 47 επ.

4. BGH της 28.1.1956, FamRZ 1956, 130.

και οι προσωπικές πεποιθήσεις του διαθέτη δεν μπορούν να δικαιολογήσουν την προσβολή της υπόστασής του⁵.

II. Οι ρήτρες εκπτώσεως γενικά

Ρήτρα εκπτώσεως ή στερητική ρήτρα (λατ. *clausula cassatoria vel cassatoria*⁶, γερμ. *Verwirkungsklausel*) αποκαλούμε στο αστικό δίκαιο την περιλαμβανόμενη σε επιδοτική δικαιοπραξία⁷ διάταξη (ή όρο), σύμφωνα με την οποία ο αποκτών από τη δικαιοπραξία δικαιώματα ή άλλα περιουσιακά οφέλη θα στερηθεί ένα ή περισσότερα εξ αυτών είτε και όλα, αν αθετήσει κάποια υποχρέωσή του ή δεν τηρήσει ορισμένη συμπεριφορά προβλεπόμενη στη δικαιοπραξία. Η ρήτρα εκπτώσεως μπορεί να συνομολογηθεί σε σύμβαση (πρβλ. τις ΑΚ 399, 400) ή να τεθεί σε μονομερή δικαιοπραξία, όπως π.χ. σε διαθήκη ή σε συστατική πράξη ιδρύματος⁸. Κλασικό παράδειγμα τέτοιας ρήτρας ήταν στο Ρωμαϊκό Δίκαιο ο προστιθέμενος στη σύμβαση αγοραπωλησίας υπέρ του πωλητή «καταπιστευτός όρος» (*lex commissoria*), δηλαδή η πρόσθετη συμφωνία ότι, αν ο αγοραστής δεν καταβάλει το τίμημα του πωληθέντος και παραδοθέντος σ' αυτόν πράγματος εντός της συμφωνηθείσας προθεσμίας, η αγοραπωλησία ανατρέπεται (διαλύεται) και η κυριότητα του πράγματος επανέρχεται αυτοδικαίως στον πωλητή⁹.

Από τις ρήτρες εκπτώσεως που συναντώνται σε διαθήκες η πιο γνωστή και συνήθης είναι η λεγόμενη Σοκίνεια ρήτρα (*cautela Socini*), από το όνομα του Ιταλού «εφευρέτη» της Mariano Socino¹⁰, η οποία – παρότι δεν ρυθμίζεται από τον νόμο – θεωρείται γενικά από τη θεωρία και τη νομολογία ως νόμιμη¹¹. Περί αυτής πρόκειται, όταν ο διαθέτης καταλείπει σε κάποιον εκ των μεριδούχων του μεγαλύτερη κληρονομική μερίδα από αυτή που αντιστοιχεί στη νόμιμη μοίρα του, με διάφορους όμως περιορισμούς που δεν είναι νόμιμοι σύμφωνα με την ΑΚ 1829. Για τον λόγο αυτό ο διαθέτης προσθέτει στη διαθήκη του τον όρο (σοκίνεια ρήτρα) ότι, αν ο μεριδούχος δεν αποδεχτεί τους περιορισμούς σε αυτά που του έχουν καταλειφθεί, θα περιοριστεί στο ποσοστό της νόμιμης μοίρας του. Συνέπεια της προσθήκης της ως άνω ρήτρας είναι ότι ο μεριδούχος έχει δύο επιλογές: Είτε να δεχθεί την καταλειπόμενη σ' αυτόν κληρονομική μερίδα (που υπερκαλύπτει το ποσοστό της νόμιμης μοίρας) με τους περιορισμούς που έχει επιβάλει ο διαθέτης, οπότε στην ουσία παραιτείται από το δικαίωμά του να επικαλεσθεί την ακυρότητα των διατάξεων της διαθήκης που θίγουν (περιορίζουν) τη νόμιμη μοίρα του· είτε να μην τη δεχθεί και να προβάλει την ακυρότητα των ως άνω περιορισμών, με συνέπεια να περιοριστεί στη νόμιμη μοίρα του, την οποία λαμβάνει πάντως απαλ-

λαγμένη από τους περιορισμούς. Η ρήτρα αυτή θεωρείται ήδη από την εποχή του προϊσχύσαντος βυζαντινορωμαϊκού δικαίου έγκυρη¹², διότι αφήνει στον μεριδούχο την ελευθερία επιλογής ως προς το αν θα ασκήσει ή δεν θα ασκήσει το δικαίωμά του να επικαλεσθεί την ακυρότητα των διατάξεων της διαθήκης που προσβάλλουν τη νόμιμη μοίρα του¹³.

Μια άλλη περίπτωση ρήτρας εκπτώσεως που απαντάται αρκετά συχνά σε διαθήκες είναι η προστιθέμενη από τον διαθέτη διάταξη, σύμφωνα με την οποία ο τιμώμενος με τη διαθήκη κληρονόμος ή κληροδόχος θα εκπέσει από τα παρεχόμενα σ' αυτόν δικαιώματα αν συμπεριφερθεί κατά τρόπο αποδοκιμαζόμενο από τον διαθέτη ή δεν εκπληρώσει την τελευταία βούλησή του ή –που είναι και το συνθέςτερο– αν στραφεί κατά της διαθήκης του και γενικότερα αν αμφισβητήσει δικαστικά ή εξώδικα το κύρος της. Πρόκειται για τη ρήτρα, η οποία είτε επιβάλλει κάποια κύρωση στον τιμώμενο για την περίπτωση που αυτός δεν συμμορφωθεί κατά οποιονδήποτε τρόπο προς τη βούληση του διαθέτη, όπως αυτή εκφράζεται στη διαθήκη του, είτε απειλεί τον τιμώμενο με έκπτωση, αν αυτός αμφισβητήσει δικαστικά ή εξώδικα το κύρος της διαθήκης συνολικά ή κάποιας εκ των διατάξεών της¹⁴.

Οι σκοποί που επιδιώκονται με τις παραπάνω ρήτρες είναι ποικίλοι. Αρχίζουν από τη μέριμνα του διαθέτη να εξασφαλίσει κατά το δυνατόν την πραγμάτωση της τελευταίας του βούλησης και φτάνουν μέχρι την αποσόβηση ενδεχόμενων διενέξεων και αντιδικιών μεταξύ των κληρονόμων, που κατά το πλείστον θα είναι και συγγενείς μεταξύ τους, κατά τη διανομή της κληρονομιαίας περιουσίας. Από την άλλη είναι προφανές ότι οι ρήτρες αυτές κρύβουν συνήθως μέσα τους σημαντικό φορτίο έντασης, γιατί το ενδιαφέρον του διαθέτη για απεριόριστη άσκηση της ελευθερίας περί το διατιθέναι συγκρούεται με το ενδιαφέρον των κληρονόμων, και ιδίως των νόμιμων μεριδούχων, να προστατεύσουν τα δικαιώματά που τους παρέχει ο νόμος επί της κληρονομιαίας περιουσίας. Είναι, συνεπώς εύλογη η απορία, γιατί στη χώρα μας οι ρήτρες εκπτώσεως, ενώ γεννούν τόσα ζητήματα και απασχολούν συχνά τα δικαστήρια, δεν έχουν τύχει μέχρι τώρα επιστημονικής επεξεργασίας ανάλογης με εκείνη που παρατηρείται σε άλλες χώρες του ίδιου δικαϊκού συστήματος, όπως σε Γαλλία, Βέλγιο, Αυστρία, Γερμανία, Ιταλία κ.α.¹⁵

12. Μπαλής, Κληρονομικών Δίκαιον, § 145· Βουζίκας, Κληρονομικών Δίκαιον, § 142 VII Β 3· Παπαντωνίου, Κληρονομικό Δίκαιο, 4η έκδ. 1985, § 118 III· Ψούνη, Κληρονομικό Δίκαιο Ι, σ. 442-443.

13. Βλ. Γεωργιάδης, Κληρονομικό, § 33 αρ. 32 επ.

14. Βλ. σχετικά Λιτζερόπουλο, Αι ρήτρες εκπτώσεως εις τας διαθήκας, στον Τόμο προς τιμήν Κωνσταντίνου Τριανταφυλλόπουλου, 1959, σ. 430 επ. (εφεξής: Αι ρήτρες εκπτώσεως) και Κληρονομικών, §§ 190-191· Μπαλή, Κληρονομικών, § 93· Βουζίκας, Κληρονομικών, § 119· Γεωργιάδης, Κληρονομικών, § 33 αρ. 62 επ.· Παπαντωνίου, Κληρονομικών, § 59γ· Ψούνη, Κληρονομικών ΙΙ, σ. 276 επ.· Φίλιο, Κληρονομικών, § 223· Κορνηλάκη, στον ΑΚ Γεωργιάδης/Σταθόπουλου, Εισαγ. 1781-1812 αρ. 91-95· Κοτζάμπαση, σε Γεωργιάδης ΣΕΑΚ, Εισαγ. 1781-1812 αρ. 38-41. Επίσης Δακορώνια, Το ζήτημα της ερμηνείας των διαθηκών στο ελληνικό δίκαιο, 2006, σ. 122 επ.· Σταθόπουλο, Ρήτρα έκπτωσης στη διαθήκη, Μελέτες ΙΙΙ, 2015, σ. 621 επ.· Τζανίδη, Ρήτρα έκπτωσης σε διαθήκη, Αρμ 42, 174 επ.· Καρύμπαλη-Τσίπσιου, Ερμηνεία Δημόσιας Διαθήκης, ΕλλΔνη 2017, 1365, 1371.

15. Δεδομένου ότι η παλαιότερη ξένη βιβλιογραφία επί του θέματος παρατίθεται από τον Λιτζερόπουλο (Αι ρήτρες εκπτώσεως), περιορίζομαι εδώ σε επιλογή από τη νεότερη συγκομιδή: Binz, Die Verwirkungsklausel in letztwilligen Verfügungen, Diss. Mainz 1968· Birk, Die Problematik der Verwirkungsklausel in letztwilligen Verfügungen, DNotZ 1972, 165 επ.· Lange/Kuchinke, Lehrbuch des Erbrechts, 3η έκδ. 1989, § 33· Münchener Kommentar/Leipold, 1982, § 2074 αρ. 19 επ.· Soergel/Knopp, BGB, 1974, § 2075 αρ. 4 επ.· Staudinger/Otte, BGB, 2003, § 2074 αρ. 60 επ.· Otte, Das Elend der Verwirkungsklauseln, Festschrift für Heinz Holzhauser, 2005, σ. 527 επ.· Simon, Die erbrechtliche Verwirkungsklausel – Ein Prüfstein für Privatautonomie, Festschrift für Ernst Wolf, 1985, σ. 627 επ.

5. Βλ. σχετικώς Brigitte Keuk, Der Erblasserwille post Mortem - Zur Unzulässigkeit der testamentarischen Potestativbedingung, σε Ξένιον Ζέπου ΙΙ, 1973, σ. 359 επ., 363.

6. Το επίθετο *cassatoria* κατάγεται από το ρήμα *cassare* (καταστρέφω, εξαφανίζω, ακυρώνω) και το *privatoria* από το *privare* (παίρνω, στερώ, αρπάζω).

7. Για την έννοια της επιδοτικής δικαιοπραξίας βλ. Γεωργιάδης, Γεν. Αρχές Αστικού Δικαίου, 5η έκδ. 2019, § 29 αρ. 39 επ.· Ασπρογέρα-κα-Γρίβα, Γεν. Αρχές του Αστικού Δικαίου, 1981, § 53 V· Παπαντωνίου, Γεν. Αρχές του Αστικού Δικαίου, 3η έκδ. 1983, § 54 III.

8. Για τις ρήτρες εκπτώσεως γενικά στο Αστικό Δίκαιο βλ. Μιχαηλίδη-Νουάρο, Ρήτρες εκπτώσεως και οι επ' αυτών ισχύοντες γενικοί κανόνες, ΕΕΝ 1957, 857 επ., όπου και αναφορά στη συγγένεια των ρητρών εκπτώσεως με τους θεσμούς της ποινικής ρήτρας, της ανάκλησης δωρεάς, της αναξιοτήτας κλπ.

9. Για την *lex commissoria* βλ. Πετρόπουλο, Ιστορία και Εισηγήσεις του Ρωμαϊκού Δικαίου, 2η έκδ. 1963, § 107 σ. 954· Γκόφα, Ιστορία και Εισηγήσεις του Ρωμαϊκού Δικαίου, 2011, § 88 σ. 569 επ.

10. Mariano Socino, Ιταλός συμβολαιογράφος (notaio), 16ος αιώνας, για τον οποίο βλ. περισσότερα στον Πετρόπουλο, ό.π., § 154 σημ. 22.

11. Βλ. σχετικά Γ. Γεωργιάδης, Η προστασία της νόμιμης μοίρας, 2013, σ. 159 επ., όπου και περαιτέρω παραπομπές.

Η ευχέρεια προσθήκης στη διαθήκη τέτοιων ρητρών από τον κληρονομούμενο δεν προβλέπεται ρητά στον Αστικό Κώδικα· θεωρούνται όμως αυτές γενικά από τη θεωρία και τη νομολογία επιτρεπτές με επίκληση της ελευθερίας περί το διατιθέναι που δεν είναι άλλο παρά εκδήλωση και συγκεκριμενοποίηση στο κληρονομικό δίκαιο της ιδιωτικής αυτονομίας¹⁶.

Η διαφορά των ως άνω ρητρών από τη Σοκίνεια ρήτρα, στην οποία αναφερθήκαμε παραπάνω, συνίσταται ότι αυτές μπορούν να απευθύνονται σε οποιονδήποτε από τους κληρονόμους (συγγενή ή εξωτικό), ενώ εκείνη στρέφεται αποκλειστικά κατά των νόμιμων μεριδούχων. Αυτών τη συμπεριφορά επιδιώκει ο διαθέτης μέσω της Σοκίνειας ρήτρας να επηρεάσει προς ορισμένη κατεύθυνση και συγκεκριμένα προς την αποδοχή της κληρονομικής μερίδας που είναι μεγαλύτερη από τη νόμιμη μοίρα, αλλά βαρύνεται με κάποιους περιορισμούς.

III. Διάκριση των ρητρών εκπτώσεως ανάλογα με τον επιδιωκόμενο σκοπό τους

Σύμφωνα με τα παραπάνω, μπορούμε να διακρίνουμε τις ρήτρες εκπτώσεως στη διαθήκη, ανάλογα με τον επιδιωκόμενο σκοπό τους, σε δύο κατηγορίες. Εκείνες με τις οποίες ο διαθέτης επιβάλλει έκπτωση ή κάποια άλλη κύρωση στον τιμώμενο για την περίπτωση που αυτός δεν συμμορφωθεί προς τη βούληση του πρώτου, όπως αυτή εκφράζεται στη διαθήκη· και εκείνες, με τις οποίες απειλείται έκπτωση ή κάποια άλλη κύρωση ειδικά για την περίπτωση που ο τιμώμενος αμφισβητήσει δικαστικά ή εξώδικα το κύρος της διαθήκης ή κάποιας από τις διατάξεις της.

Και στις δύο περιπτώσεις η ρήτρα περιέχει αίρεση εξουσιαστική αφού εξαρτάται από τον τιμώμενο, αν με τη συμπεριφορά του θα προκαλέσει την πλήρωση ή τη ματαίωση της αίρεσης¹⁷.

1. Ρήτρες εκπτώσεως με σκοπό την πραγμάτωση της τελευταίας βούλησης του διαθέτη

Χαρακτηριστικό του είδους αυτού των ρητρών εκπτώσεως είναι ότι ο διαθέτης διατυπώνει κάποια επιθυμία ή παραγγελία, δηλαδή επιβάλλει στον τετιμημένο (κληρονόμο ή κληροδόχο) να επιχειρήσει ή παραλείψει κάτι ή να τηρήσει ορισμένη συμπεριφορά, όπως π.χ. να ολοκληρώσει τις σπουδές και να λάβει το πτυχίο του, να μην ασκήσει αξίωση που έχει κατά άλλου τετιμημένου ή τρίτου ή κατά της κληρονομίας, να εκπληρώσει την αναφερόμενη στη διαθήκη κληροδοσία, να μην αποδεχθεί την κληρονομία με το ευεργέτημα της απογραφής· για να εξασφαλίσει δε την εκτέλεση ή πραγμάτωση της παραγγελίας του, τη συνοδεύει με τη ρήτρα ότι, σε περίπτωση ανυπακοής ή μη συμμόρφωσης του τετιμημένου, αυτός θα εκπέσει της κληρονομίας ή κληροδοσίας ή, αν αυτός τυγχάνει και μεριδούχος, θα περιοριστεί στη νόμιμη μοίρα του.

Υποθέσεις με ρήτρες εκπτώσεως τέτοιου είδους έχουν απασχολήσει αρκετές φορές τα ελληνικά δικαστήρια. Ακολουθεί η παράθεση μερικών από τις πιο χαρακτηριστικές εξ αυτών: α) Σε μια περίπτωση ο διαθέτης όρισε ως κληρονόμους τα ανίψια του Α, Β και Γ· για τους Α και Β όμως, που ήταν εγκατεστημένοι από ετών στον Καναδά, προσέθεσε τον όρο «ότι θα επανέλθουν και θα εγκατασταθούν για πάντα στην Ελλάδα εντός πέντε το πολύ ετών από τον θάνατόν μου και θα νυμφευθούν Ελληνίδες, αλλιώς η περιουσία που τους αφήνω θα περιέλθει στον Γ και τους κληρονόμους του»¹⁸. β) Σε άλλη υπόθεση ο δι-

αθέτης εγκατέστησε με ιδιόγραφη διαθήκη του ως κληρονόμο τη σύζυγό του ορίζοντας ότι μετά τον θάνατό της συγκεκριμένο ακίνητό του, που βρίσκεται στην Πάρο, θα περιέλθει στον αναδεκτό του Χ, «εφόσον αυτός χειροτονηθεί κληρικός και υπηρεθήσει στην Πάρο»¹⁹. γ) Σε μια άλλη περίπτωση ο διαθέτης εγκατέστησε ως κληρονόμους τα τέσσερα τέκνα του Α, Β, Γ και Δ ορίζοντας και τα κληρονομιαία στοιχεία που θα λάβει καθένα εξ αυτών. Για τον Α όμως, ο οποίος λείπει από ετών στις ΗΠΑ, προσέθεσε στη διαθήκη τον εξής όρο: «Αν ο Α δεν επανέλθει εντός πενταετίας από τον θάνατό μου εξ Αμερικής στην Ελλάδα και δεν εγκατασταθεί μόνιμος στο Άργος, τότε αυτός θα λάβει ως κληρονομικό μερίδιο το ποσό των δραχμών Χ, που θα του καταβάλουν ισομερώς οι αδελφοί του (Β, Γ και Δ), στους οποίους θα περιέλθουν τα κτήματα τα αναφερόμενα παραπάνω ως περιεχόμενα στον Α»²⁰. δ) Μια άλλη υπόθεση που απασχόλησε τα δικαστήρια ήταν η εξής: Ο Β είχε δύο θυγατέρες, από τις οποίες η μία είχε παντρευτεί τον Μ και αποκτήσει από αυτόν έναν γιο, τον Γ (Γ.Μ.). Ο Β, ο οποίος είχε κακές σχέσεις με τον γαμπρό του Μ, κατέλιπε με μια από τις διαθήκες του στον ανήλικο εγγονό του Γ.Μ. ένα σημαντικής αξίας ακίνητο υπό τον εξής όρο ότι αυτός (ο εγγονός) «θα παραδεχθεί ότι ο πατέρας του προζένησε στην οικογένειά μας μεγάλη περιουσιακή και ηθική ζημία, θα καταδικάσει την ανήθικη διαγωγή του πατέρα του, θα παύσει να μεταχειρίζεται το επώνυμο Μ και θα αλλάξει δια Διατάγματος, μετά την ενηλικίωσή του και το αργότερο μέχρι την τάδε ημερομηνία, το επώνυμό του από Μ σε Β»²¹. ε) Σε άλλη υπόθεση ο διαθέτης κατέλιπε στον ενάγοντα, μόνιμο κάτοικο Σικάγου ΗΠΑ, την ψιλή κυριότητα ενός διαμερίσματος πολυκατοικίας, κείμενης στην Αθήνα, υπό τον όρο ότι «εντός διετίας από τον θάνατόν μου έλθει εις Αθήνας και παραμείνει μόνιμος κάτοικος Αθηνών». Συνόδευσε δε ο διαθέτης την παραγγελία αυτή με τη ρήτρα ότι διαφορετικά το διαμέρισμα να περιέλθει στην Πολεμική Αεροπορία²². στ) Σε άλλη υπόθεση η διαθέτιδα, μητέρα των διαδίκων, κατέλιπε στον αναιρεσειόντα με ιδιόγραφη διαθήκη την αναφερόμενη σ' αυτή μονοκατοικία και σημαντικό αριθμό μετοχών της Εμπορικής Τράπεζας υπό τον όρο ότι δεν θα αμφισβητήσει το κύρος της ανάκλησης της προ ετών γενομένης από αυτήν γονικής παροχής και δεν θα προσβάλει την εν λόγω ανάκληση· αλλιώς, αν δηλαδή προσβάλει ο αναιρεσειών την ανάκληση, τον περιορίζει στο ποσοστό της νόμιμης μοίρας, το οποίο και διατάσσει να λάβει αυτός μόνο από την αναφερόμενη μονοκατοικία, της οποίας η αξία υπερκαλύπτει τη νόμιμη μοίρα του²³.

Σε όλες τις αναφερθείσες παραπάνω περιπτώσεις τα δικαστήρια έκριναν τελικά²⁴, με σχεδόν ταυτόσημες αιτιολογίες, ότι η προστεθείσα στη διαθήκη ρήτρα εκπτώσεως είναι κατά περίπτωση ανήθικη ή παράνομη, και συνεπώς άκυρη, διότι «δια του δελεασμού της κληροδοσίας δεσμεύεται υπερμέτρως η ελευθερία του τετιμημένου»²⁵. «προσκορύνει στα χρηστά ή-

19. ΑΠ 1889/1985 ΝοΒ 34, 1598.

20. ΑΠ 289/1982 ΝοΒ 31, 200.

21. ΕφΑθ 5171/1987 ΕλλΔνη 30, 792.

22. ΠρΑθ 5545/1982 ΝοΒ 31, 536 με σημ. Δωρή· ΑΠ 280/1985 Ε-ΕΝ 53, 35. Για τις αποφάσεις αυτές βλ. και Πελένη-Παπαγεωργίου, ΕλλΔνη 35, 59 επ.

23. ΑΠ 313/2004 ΧρΔ 2004, 713.

24. Αντίθετα, τα δικαστήρια της ουσίας, συνάγοντας από τα πραγματικά περιστατικά που έγιναν δεκτά ότι τα κίνητρα του διαθέτη ήταν αγαθά και ανιδιοτελή, δέχθηκαν σε ορισμένες από τις παραπάνω υποθέσεις ως θεμιτή τη ρήτρα εκπτώσεως (βλ. παραπ. σημ. 1). Όταν όμως οι αποφάσεις τους ήχθησαν ενώπιον του Αρείου Πάγου, αναιρέθηκαν με την αιτιολογία ότι, όταν η αντίθεση στα χρηστά ήθη προκύπτει από το περιεχόμενο της ρήτρας, η έρευνα των κινήτρων του διαθέτη είναι περιττή (βλ. ΑΠ 268/1984 ΝοΒ 33, 278· ΑΠ 280/1985 ΕλλΔνη 26, 1484).

25. ΠρΑθ 5545/1982 ΝοΒ 31, 536· ΑΠ 217/1977 ΝοΒ 25, 1174· ΑΠ 187/1976 ΝοΒ 24, 714.

Baumann, Erbrechtliche Verwirkungsklauseln, 2009.

16. Λιτζερόπουλος, Κληρονομικόν, § 190· Ψούνη, Κληρονομικό II, σ. 276· Παπαντωνίου, Κληρονομικό, § 59γ· ΑΠ 313/2004 ΕλλΔνη 45, 1413· ΑΠ 289/1982 ΝοΒ 31, 200· ΑΠ 1341/1982 ΝοΒ 31, 1187.

17. Για τις εξουσιαστικές αιρέσεις βλ. αντί πολλών Γ. Γεωργιάδη, στον ΑΚ Γεωργιάδη/Σταθόπουλου, 2η έκδ. 2016, Εισαγ. 201-210 αρ. 63-78, όπου και περαιτέρω παραπομπές.

18. ΕφΑθ 7402/1979 ΝοΒ 27, 1653· ΑΠ 1324/1981 ΝοΒ 30, 811.

θη καθ' όσον δι' αυτής δεσμεύεται υπέρμετρα η βούληση του ενάγοντος και επέρχεται εξαναγκασμός τούτου σε θέμα, επί του οποίου η βούλησή του έπρεπε να παραμένει ελεύθερη»²⁶. «δεσμεύεται υπερμέτρως η ελευθερία του αναιρεσείοντος ως προς την επιλογή του επαγγέλματος και τον τόπο ασκήσεως αυτού»²⁷. «είναι ανήθικος η αίρεσις, δια της οποίας σκοπείται η άσκησις πίεσεως επί του τετιμημένου προς αλλαγήν κατοικίας και επαγγελματικής εγκαταστάσεως αυτού, αφού δι' αυτής, αποτελούσης σοβαρόν εμπόδιον αναπτύξεως της προσωπικότητός του εις όλους τους τομείς της οργανωμένης συμβιώσεως, δεσμεύεται υπερμέτρως η ελευθερία τούτου»²⁸.

2. Ρήτρες εκπώσεως με σκοπό τη διασφάλιση του κύρους της διαθήκης

Ως ιδιαίτερη κατηγορία ρητρών εκπώσεως μπορούμε να χαρακτηρίσουμε εκείνες, με τις οποίες ο διαθέτης επιδιώκει να διασφαλίσει τη συναινετική και χωρίς αντιδικίες διανομή της καταλειπόμενης από αυτόν περιουσίας μεταξύ των συγγενών του. Το σύννηθες περιεχόμενο των ρητρών αυτών είναι ότι ο τιμώμενος θα εκπέσει από το καταλειπόμενο σ' αυτόν ή (αν είναι εξ αδιαθέτου κληρονόμος) θα στερηθεί το εξ αδιαθέτου κληρονομικό μερίδιό του ή (επί νόμιμων μεριδούχων) θα περιορισθεί στη νόμιμη μοίρα του, αν αντιταχθεί με οποιονδήποτε τρόπο στην τελευταία βούληση του διαθέτη και ιδίως αν αμφισβητήσει το κύρος της διαθήκης ή ζητήσει την ακύρωση αυτής ή κάποιες εκ των διατάξεών της. Οι ρήτρες της κατηγορίας αυτής μπορεί να είναι διατυπωμένες είτε κατά τρόπο γενικό, δηλαδή χωρίς εξειδίκευση της αποδοκιμαζόμενης συμπεριφοράς του τιμωμένου (π.χ. «όποιος προσβάλει ή αμφισβητήσει τη διαθήκη μου»), είτε με εξειδίκευση της συμπεριφοράς που θα επιφέρει την έκπτωση (π.χ. «όποιος ισχυρίζεται ότι η διαθήκη μου είναι άκυρη», «όποιος διατείνεται ότι τον αδικήσα», «όποιος προσβάλει τη διαθήκη μου στα δικαστήρια»²⁹).

Η διάκριση αυτή δεν έχει μόνο συστηματική αλλά και πρακτική σημασία διότι, αν η ρήτρα εκπώσεως είναι γενικά διατυπωμένη, πρέπει με βάση τις αρχές περί ερμηνείας των διαθηκών (ΑΚ 173, 1783 εδ. β', 1784, 1974 και 1979) να διαγνώσουμε αν ο διαθέτης ήθελε ν' αποκλείσει μόνο τη δικαστική προσβολή της διαθήκης ή και την εξωδικαστική, όπως π.χ. με κοινοποίηση εξωδίκου ή με την απειλή επικείμενης άσκησης αγωγής³⁰. Πάντως, σε περίπτωση έλλειψης ακριβέστερης υπόδειξης εκ μέρους του διαθέτη, σκόπιμο είναι να υπαγάγουμε μόνο τη δικαστική προσβολή της διαθήκης υπό την έννοια της ρήτρας, ώστε ν' αποφύγουμε την έτσι και αλλιώς δυσχερή οριοθέτηση μεταξύ της απλής (δηλ. της άνευ νομικών συνεπειών) έκφρασης δυσαρέσκειας του διαθέτη και της σαφούς θέλησής του περί επελεύσεως δυσμενών έννομων συνεπειών.

Όταν ο διαθέτης, που επιθυμεί να προσθέσει στη διαθήκη του τέτοιου είδους ρήτρα εκπώσεως, είναι άμοιρος νομικών γνώσεων και δεν έχει συμβουλευτεί κάποιον έμπειρο νομικό, συμβαίνει πολλές φορές να μην είναι δυνατόν να συναχθεί από τη διατύπωση της ρήτρας τί ακριβώς ήθελε να επιτύχει με αυ-

τή. Το σύννηθες περιεχόμενο μιας τέτοιας ρήτρας είναι «όποιος προσβάλει τη διαθήκη μου», «όποιος αρχίζει καβγά», «όποιος ενσπείρει ζιζάνια», «όποιος αρχίζει τις αμφισβητήσεις», τον περιορίζω στη νόμιμη μοίρα ή τον αποκληρώνω». Αντί του ρήματος «προσβάλει» μπορεί να χρησιμοποιηθούν και τα συνώνυμα «αντιτίθεται», «δεν συμφωνεί», «δεν αναγνωρίζει», «διαφωνεί», «ισχυρίζεται την ακυρότητα», «δεν είναι σύμφωνος» κλπ. Αντίστοιχα, στη δεύτερη ημιπρόταση, αντί της έκφρασης «να λάβει μόνο τη νόμιμη μοίρα» ή «να μη λάβει τίποτα», χρησιμοποιεί συγχνά ο διαθέτης και τις διατυπώσεις «ν' αποκλείσει από την κληρονομία», «να πάει η περιουσία μου στους άλλους», «το μερίδιό του να αυξήσει το μερίδιο των άλλων» κλπ. Σ' αυτές τις περιπτώσεις η ρήτρα εκπώσεως ενδέχεται να είναι κατά τέτοιο τρόπο διατυπωμένη, ώστε να μην είναι δυνατόν να συναχθεί τί ακριβώς ήθελε να επιτύχει ο διαθέτης με αυτή. Αυτό θα συμβαίνει π.χ. όταν δεν προκύπτει από το περιεχόμενο της ρήτρας ποιες ενέργειες των κληρονόμων ή των άλλων ωφελουμένων από τη διαθήκη ήθελε ο διαθέτης να απαγορεύσει ή να αποτρέψει.

Αν τα ερωτήματα αυτά δεν μπορούν να απαντηθούν με τη βοήθεια της ερμηνείας της διαθήκης, θα πρόκειται για αίρεση ακατάληπτη κατά την έννοια της ΑΚ 1794, με συνέπεια ότι η διαθήκη θα ισχύσει χωρίς την αίρεση, δηλαδή σαν να μην είχε προστεθεί η ρήτρα εκπώσεως. Αν θεωρούσαμε το θέμα αυτό ως ζήτημα ερμηνείας της διαθήκης και ζητούσαμε από το δικαστήριο να διαγνώσει τί ακριβώς ήθελε ο διαθέτης με τη συγκεκριμένη διατύπωση, θα αξιώναμε από τον δικαστή περισσότερα από όσα μπορεί αυτός να αποδώσει.

Το κύριο χαρακτηριστικό των ρητρών εκπώσεως αυτού του είδους είναι ότι ο διαθέτης αποφασίζει την ένταξή τους στη διαθήκη ελαυνόμενος συνήθως από αγαθά κίνητρα και συγκεκριμένα από την επιθυμία να αποφευχθούν οι διενέξεις και οι αντιδικίες μεταξύ των κληρονόμων ή/και συγγενών του κατά το στάδιο της διανομής της καταλειπόμενης από αυτόν περιουσίας. Αυτό δεν σημαίνει όμως ότι αποκλείεται με μια τέτοια ρήτρα να υπερβαίνει ο διαθέτης τα ακραία όρια της ελευθερίας του διατιθέναι που του αναγνωρίζει ο νόμος (ΑΚ 1712, Σ 5 § 1 και 17 § 1) ή να προσβάλλει το δικαίωμα του τιμωμένου στην παροχή έννομης προστασίας από τα δικαστήρια (άρθρο 20 Σ), οπότε γεννάται θέμα νομιμότητας –καί συνεπώς κύρους (ΑΚ 174)– της συγκεκριμένης ρήτρας και κατ' επέκταση (ΑΚ 208 § 1) της διαθήκης.

Σε κάθε περίπτωση τις ρήτρες εκπώσεως αυτού του είδους πρέπει να τις διακρίνουμε σαφώς από την απλή έκφραση ευχής εκ μέρους του διαθέτη να μην τσακωθούν οι κληρονόμοι κατά τη διανομή της περιουσίας του και να παραμείνουν, μετά τον θάνατό του, αγαπημένοι και ενωμένοι όπως μέχρι τώρα. Ρήτρα εκπώσεως θα υφίσταται σίγουρα, όταν προκύπτει ξεκάθαρα ότι ο διαθέτης ήθελε να επιβάλει στους εγκατάστατους τον σεβασμό στους ορισμούς της διαθήκης του με την απειλή της έκπτωσης εκείνου που αμφισβητεί ή προσβάλλει τη διαθήκη, δηλαδή της απώλειας των εκ της διαθήκης ωφελειών ή και των τυχόν εξ αδιαθέτου δικαιωμάτων, πλην βεβαίως των δικαιωμάτων νόμιμης μοίρας για τα οποία πρέπει να συντρέχουν οι προϋποθέσεις της αποκλήρωσης (ΑΚ 1839 επ.).

IV. Μορφές εμφάνισης της ρήτρας εκπώσεως

Οι ρήτρες εκπώσεως γενικά, δηλαδή ανεξάρτητα αν σκοπεύουν στη διασφάλιση εκπλήρωσης της τελευταίας βούλησης του διαθέτη, όπως αυτή περιγράφεται στη διαθήκη, ή στην επιβολή στους τετιμημένους του σεβασμού προς τους ορισμούς της διαθήκης με την απειλή αποκλήρωσης, μπορούν να διατυπωθούν στη διαθήκη με τη μορφή είτε διαλυτικής αίρεσης (που είναι και το σύννηθες) είτε αναβλητικής αίρεσης (που απαντάται μάλλον σπάνια) είτε ως τρόπος (ακόμη πιο σπάνια).

26. ΑΠ 289/1982 ΝοΒ 31, 200· ΑΠ 1324/1981 ΝοΒ 30, 811· ΕφΑθ 7402/1979 ΝοΒ 27, 1653.

27. ΑΠ 1889/1985 ΝοΒ 34, 1598.

28. ΑΠ 280/1985 ΝοΒ 26, 1484· βλ. σχετικές και Πελλήνη-Παπαγεωργίου, ΕλλΔνη 35, 60.

29. Πρβλ. τη ρήτρα στην ΕφΑθ 6060/2013 ΕλλΔνη 56, 1435: «Αποκληρώνω και ακυρώνω οιονδήποτε των αναφερομένων που θα ήθελε να προβεί εις δικαστικών τρόπον διακανονισμού των δεδωρημένων ή και κληροδοτούμενων ή κληρονομουμένων, έστω και αν αδικείται».

30. Αν προκύπτει όμως ότι αυτή ήταν πράγματι η θέληση του διαθέτη, θα ήταν ακραίο να επεκτείνουμε την τιμωρητική διάθεσή του και στην απλή αναζήτηση εκ μέρους του τιμωμένου νομικής συμβουλής από δικηγόρο σε σχέση με τα κληρονομικά δικαιώματά του.

1. Ρήτρα εκπτώσεως με τη μορφή διαλυτικής αίρεσης

Το σύνθημα είναι η ρήτρα εκπτώσεως να διατυπώνεται στη διαθήκη ως διαλυτική αίρεση με την έννοια ότι, αν ο τιμώμενος επιχειρήσει την ενέργεια που απαγορεύει ο διαθέτης ή αν αμφισβητήσει (δικαστικά ή εξώδικα) το κύρος της διαθήκης ή κάποιος από τις διατάξεις της, τότε εκπίπτει του καταλειφθέντος σ' αυτόν ή χάνει την κληρονομία, τα οποία περιέχονται στον καταπιστευματοδόχο ή σ' αυτόν που ορίζει ο διαθέτης.

Όπως επισημάνθηκε ήδη, η δυνατότητα προσθήκης στη διαθήκη διαλυτικής αίρεσης με αυτό το περιεχόμενο δεν προβλέπεται μεν ρητά στον Αστικό Κώδικα, προκύπτει όμως από τη θεμελιώδη αρχή της αυτονομίας της βούλησης και από την ελευθερία του διατιθέναι που αποτελεί ειδικότερη εκδήλωσή της. Εξάλλου, η ευχέρεια αυτή επιβεβαιώνεται έμμεσα από την ΑΚ 1798, με την οποία ρυθμίζεται μια ειδική περίπτωση εξουσιαστικής αίρεσης σε διάταξη τελευταίας βούλησης.

2. Ρήτρα εκπτώσεως που αποδίδει το περιεχόμενο αναβλητικής αίρεσης

Η προαναφερόμενη διάταξη θα εφαρμοσθεί και όταν ο διαθέτης διατυπώνει τη ρήτρα εκπτώσεως που αποδίδει το περιεχόμενο αναβλητικής αίρεσης, όπως π.χ. ότι ο τιμώμενος να λάβει το καταλειπόμενο σ' αυτόν μόνο αν δεν αμφισβητήσει κατά οποιονδήποτε τρόπο το κύρος της διαθήκης, οπότε, σε περίπτωση αμφιβολίας, θεωρείται κατά την ΑΚ 1798 ότι η διάταξη έχει τεθεί με διαλυτική αίρεση αντίθετου περιεχομένου. Αυτό σημαίνει ότι ο τιμώμενος αποκτά αμέσως ό,τι του καταλείφθηκε, αλλά αν πληρωθεί η αίρεση (π.χ. αν αυτός προσβάλει το κύρος της διαθήκης), τότε πρέπει να διακρίνουμε: Αν έχει εγκατασταθεί ως κληρονόμος, εκπίπτει από την κληρονομία, η οποία επάγεται αυτοδικαίως στον καταπιστευματοδόχο (ΑΚ 1926)· ενώ, αν ο τιμώμενος είναι κληροδόχος, η κληροδοσία μεταιώνεται για το μέλλον και το κληροδόχημα περιέχεται στον βεβαρημένο κληρονόμο (ΑΚ 1981), εκτός αν συντρέχει περίπτωση καταπιστευτικής υποκατάστασης (ΑΚ 1981, 2009, 2010) ή προσαύξησης (ΑΚ 1981).

3. Ρήτρα εκπτώσεως με τη μορφή τρόπου

Είναι δυνατόν, καίτοι σπανιότερο, η ρήτρα εκπτώσεως να έχει τεθεί υπό τη μορφή τρόπου (ΑΚ 503, 1715, 2011 επ.), όπως όταν ο διαθέτης εγκαθιστά κάποιον ως κληρονόμο ή κληροδόχο και τον υποχρεώνει σε κάποια πράξη (π.χ. να ολοκληρώσει τις σπουδές του, να επιστρέψει από το εξωτερικό και να εγκατασταθεί στην Ελλάδα, να παντρευτεί Ελληνίδα) ή σε παράλειψη (π.χ. να μην αμφισβητήσει με οποιονδήποτε τρόπο το κύρος της διαθήκης του)³¹. Εφόσον η συγκεκριμένη «εντολή» του διαθέτη προς τον εγκατάστατο δεν έχει τεθεί ως διαλυτική ή αναβλητική αίρεση, τότε θα πρόκειται για τρόπο ή και για απλή ευχή³².

IV. Νομικά ζητήματα από τη ρήτρα εκπτώσεως

Με την προσθήκη από τον κληρονομούμενο στη διαθήκη του ρήτρας εκπτώσεως για κάποιον ή κάποιους εκ των κληρονόμων ή κληροδόχων γεννώνται διάφορα νομικά ζητήματα, τα οποία δεν έχουν μέχρι τώρα επαρκώς αντιμετωπισθεί από τη θεωρία και τη νομολογία³³. Τα θέματα που θα μας απασχολή-

σουν εν προκειμένω είναι: Η ερμηνεία της ρήτρας προκειμένου να προσδιορισθεί το ακριβές περιεχόμενό της· το κύρος της ρήτρας και η τυχόν αντίθεσή της στα χρηστά ήθη ή σε διατάξεις αναγκαστικού δικαίου· σε περίπτωση που η ρήτρα αποσκοπεί στη διασφάλιση του κύρους της διαθήκης, τί θα συμβεί αν ο τιμώμενος τολμήσει να προσβάλει τη διαθήκη και η προσπάθειά του στεφθεί με επιτυχία· και, αντιστοίχως, ποιες θα είναι οι συνέπειες μιας ανεπιτυχούς προσπάθειας του τιμωμένου να προσβάλει τη διαθήκη.

1. Η ερμηνεία της ρήτρας εκπτώσεως

Η ρήτρα εκπτώσεως, ως μέρος ή διάταξη της διαθήκης, χρειάζεται και αυτή ερμηνεία κατά τις ΑΚ 173 σε συνδυασμό με 1783 εδ. β', 1794 και 1979, προκειμένου να προσδιορισθεί το περιεχόμενό της και διακριβωθεί η βούληση του διαθέτη³⁴.

Αν πρόκειται για ρήτρα εκπτώσεως του πρώτου είδους, που αποβλέπει δηλαδή στην εκπλήρωση της τελευταίας βούλησης του διαθέτη, η ερμηνεία της είναι αναγκαία για να καταστεί σαφής η πράξη ή η παράλειψη που επιβάλλει ο διαθέτης στον τετιμημένο υπό την απειλή της απώλειας της παροχής ή της αποκλήρωσής του, καθώς και το τί επιδίωκε με αυτή. Τα ως άνω στοιχεία είναι αναγκαία προκειμένου να διαγνωστεί, αν στη συγκεκριμένη περίπτωση ο περιεχόμενος στη διαθήκη όρος αντίκειται κατά το περιεχόμενό του σε απαγορευτική διάταξη νόμου ή στα χρηστά ήθη, οπότε θα είναι άκυρος κατά τις ΑΚ 174, 178.

Σχετικά με το ενδεχόμενο ανηθικότητας της ρήτρας, πρέπει να διακρίνουμε τις εξής δύο περιπτώσεις: Πρώτον, η ρήτρα να είναι κατά το περιεχόμενό της ανήθικη, όπως π.χ. όταν στον εγκατάστατο καταλείπεται σημαντική παροχή (πιθανόν μεγαλύτερη της εξ αδιαθέτου μερίδας του) υπό τον όρο ότι θα διαπράξει κάποιο αδίκημα ή δεν θα αμφισβητήσει κάποια κληροδοσία προφανώς ανήθικη (λ.χ. προς πρόσωπο με το οποίο ο διαθέτης διατηρούσε εξώγαμες γενετικές σχέσεις³⁵). Δεύτερον, η ρήτρα να περιέχει εξουσιαστική αίρεση εξαρτώμενη αποκλειστικά από τη βούληση του τιμωμένου και άρα νόμιμη (π.χ. αν θα σπουδάσει ή όχι, αν θα ζήσει στην Ελλάδα ή στο εξωτερικό, αν θα παντρευτεί ή όχι, αν θα παντρευτεί Ελληνίδα ή αλλοδαπή), της οποίας όμως ο συνδυασμός με τον δελεασμό της κληρονομικής παροχής την καθιστά ανήθικη. Στην πρώτη περίπτωση η ρήτρα εκπτώσεως έχει ανήθικο περιεχόμενο (ΑΚ 178), ενώ στη δεύτερη η αίρεση είναι κατ' αρχήν απολύτως νόμιμη, αλλά καθίσταται ανήθικη επειδή ο διαθέτης τη συνδυάζει με το δέλεαρ της κληρονομικής εγκατάστασης, ενώ άπτεται θεμάτων για τα οποία η βούληση του εγκαταστάτου θα έπρεπε να είναι απολύτως ελεύθερη.

Όταν η ρήτρα εκπτώσεως είναι του δεύτερου είδους, επιδιώκεται δηλαδή με αυτή η διασφάλιση του κύρους της διαθήκης και η αποφυγή διασάλευσης των σχέσεων μεταξύ των κληρονόμων ή/και συγγενών, τα κίνητρα του διαθέτη είναι συνήθως αγαθά και γι' αυτό κατά κανόνα δεν γεννάται θέμα αντίθεσής της στα χρηστά ήθη³⁶. Δεν συμβαίνει όμως το ίδιο και με το ενδεχόμενο αντίθεσης του συγκεκριμένου όρου σε διατάξεις αναγκαστικού δικαίου. Γι' αυτό επιβάλλεται να διευκρινισθεί μέσω της ερμηνείας της διαθήκης ποιες ακριβώς ενέργειες του τιμωμένου ήθελε ο διαθέτης να αποκλείσει ή απαγορεύσει με την απει-

είχει εξαντλήσει το θέμα, ούτε να κατέληξεν εις απολύτως σαφή και ομόφωνα συμπεράσματα» (Κληρονομικόν, § 190, σ. 193).

34. Βλ. σχετικώς *Δακορώνια*, Το ζήτημα της ερμηνείας των διαθηκών, σ. 10 επ.

35. Τα παραδείγματα αναφέρονται από τον *Λιτζερόπουλο*, σ. 437 αν και μπορεί να μην ανταποκρίνονται στις σημερινές αντιλήψεις για το περιεχόμενο των χρηστών ηθών (ιδίως η κατάλειψη κληρονομικής παροχής σε πρόσωπο με το οποίο ο διαθέτης απλώς διατηρούσε εξώγαμη σχέση).

36. Πρβλ. ωστόσο και τις δύο –μάλλον σπάνιες– περιπτώσεις που παραθέτει ο *Λιτζερόπουλος*, Κληρονομικόν, § 190, σ. 190.

31. Για τον τρόπο βλ. αντί πολλών *Γεωργιάδη*, στον ΑΚ *Γεωργιάδη/Σταθόπουλου*, άρθρο 1715 και άρθρα 2011-2016· τον ίδιο, Κληρονομικό, §§ 6 αρ. 13-15, 61 αρ. 12 επ.

32. Βλ. *Λιτζερόπουλο*, Αι ρήτραι εκπτώσεως, σ. 435. Πρβλ. *Καρύμπαλη-Τσίππου*, ΕΛΛΔνη 2017, 1365, 1371.

33. Είναι ενδεικτικό ότι και ο *Λιτζερόπουλος*, ο οποίος κατ' εξοχήν είχε ασχοληθεί με τον θεσμό της ρήτρας εκπτώσεως στη διαθήκη, ομολογεί ότι «πράγματι η επιστήμη δεν φαίνεται έως σήμερα να

λή της έκπτωσης ή αποκλήρωσης. Άραγε, επιδίωκε ν' αποτρέψει με την προσθήκη της ρήτρας μόνο τη δικαστική προσβολή της διαθήκης ή και την εξώδικη; Στην τελευταία μάλιστα εκδοχή, μήπως περιλαμβάνεται στην απαγόρευση και η απλή αμφισβήτηση του κύρους της διαθήκης ή και ο επ' ευκαιρία χαρακτηρισμός της από τον τιμώμενο ως «άδικης» ή «παράνομης»;

Συναφές με το προηγούμενο είναι και το ζήτημα, αν ο διαθέτης ήθελε να απαγορεύσει στον τιμώμενο μόνο την κακόπιστη και αδικαιολόγητη εναντίωσή του προς το περιεχόμενο της διάταξης τελευταίας βούλησης ή οποιαδήποτε ενέργειά του, ακόμη και εκείνη που επιχειρείται καλόπιστα και χωρίς οποιαδήποτε πρόθεση διατύπωσης μομφής ή καταλογισμού υπαιτιότητας στον διαθέτη.

Τέλος, ένα άλλο ζήτημα που πρέπει να συναχθεί με τη βοήθεια της ερμηνείας της ρήτρας είναι αν ο διαθέτης ήθελε να πλήξει με αυτή μόνο τον συγκεκριμένο ωφελούμενο ή και ολόκληρη τη γενεά του· αν δηλαδή, σε περίπτωση κατάπτωσης της ρήτρας, η περιουσιακή ωφέλεια θα περιέλθει στα παιδιά ή τα εγγόνια του τιμωμένου κατ' εφαρμογή της ΑΚ 1926 ή στους λοιπούς εγκαταστάτους ως προσαύξηση (ΑΚ 1807).

2. Το κύρος της ρήτρας εκπτώσεως

Επισημάναμε παραπάνω ότι, παρότι ο Αστικός Κώδικας δεν προβλέπει ρητά την ευχέρεια του διαθέτη να προσθέτει ρήτρα εκπτώσεως στη διαθήκη του, αυτή θεωρείται γενικά επιτρεπτή από τη θεωρία και τη νομολογία με επίκληση της ιδιωτικής αυτονομίας του διαθέτη. Συνήθως οι σκοποί στους οποίους αποβλέπουν οι κληρονομούμενοι με την προσθήκη τέτοιων ρητρών κατά τη σύνταξη της διαθήκης τους και οι όροι με τους οποίους επιδιώκεται η επίτευξή τους δεν προσκρούουν στον νόμο ή τα χρηστά ήθη και συνεπώς δεν τίθενται ζήτημα παρανομίας ή ανηθικότητας του περιεχομένου τους. Έτσι, όταν ο διαθέτης χρησιμοποιεί τη ρήτρα εκπτώσεως με σκοπό τη διασφάλιση του κύρους της διαθήκης του και την αποφυγή τσακωμών και αντιδικιών μεταξύ των κληρονόμων ή/και συγγενών του σχετικά με την κατανομή της κληρονομιαίας περιουσίας, τα κίνητρά του πρέπει να θεωρηθούν κοινωνικώς αποδεκτά και ηθικώς αγαθά, οπότε το δικαίο δεν έχει κατ' αρχήν κάποιο λόγο να μην αναγνωρίσει ή να δυσχεράνει την πραγματοποίηση της βούλησης του αυτής.

Από την άλλη πλευρά, δεν είναι σπάνιο το φαινόμενο, σε μια συγκεκριμένη περίπτωση, η ρήτρα εκπτώσεως λόγω του περιεχομένου της να αντίκειται στα χρηστά ήθη ή σε απαγορευτικές διατάξεις του νόμου, οπότε θα είναι άκυρη ολόκληρη η διαθήκη ή η σχετική διάταξη αυτής σύμφωνα με τις ΑΚ 174, 178 και 208 § 1. Βέβαια, η διάγνωση πότε μια ρήτρα εκπτώσεως εξυπηρετεί εύλογα συμφέροντα και επιδιώκει κοινωνικά άσφογους σκοπούς και πότε, αντίθετα, το περιεχόμενό της προσκρούει στα χρηστά ήθη ή τον νόμο αποτελεί συχνά δύσκολο έργο, όπως συνάγεται και από τις αβεβαιότητες ή αμφισβητήσεις που παρατηρούνται σχετικά με το θέμα αυτό στη νομολογία και τη θεωρία.

Έτσι, όταν ο διαθέτης επιδιώκει με τη ρήτρα εκπτώσεως να εξασφαλίσει την εκπλήρωση της τελευταίας του βούλησης, δεν είναι σπάνιες οι περιπτώσεις στις οποίες η παραγγελία ή εντολή, που καλείται ο τετιμημένος να εκτελέσει με την απειλή της έκπτωσης ή αποκλήρωσης, αντίκειται στα χρηστά ήθη. Αυτό θα συμβαίνει συνήθως, όταν η πράξη ή η παράλειψη που επιβάλλεται μέσω της ρήτρας στον τετιμημένο με το δέλεαρ της κληρονομίας ή κληροδοσίας ανάγεται σε θέμα που θα έπρεπε να υπόκειται αποκλειστικά στην ελεύθερη βούληση του τελευταίου. Από τις σχετικές περιπτώσεις που απασχόλησαν τα δικαστήρια της χώρας μας αναφέρονται, ως οι πλέον χαρακτηριστικές, εκείνες στις οποίες ο τετιμημένος όφειλε, προκειμένου να μην απωλέσει την ωφέλεια από τη διαθήκη, να επιστρέψει από το εξωτερικό όπου ήταν μέχρι τώρα εγκατεστημένος και να ε-

γκατασταθεί μόνιμως στην Ελλάδα³⁷, να παντρευτεί Ελληνίδα³⁸, η θυγατέρα της διαθέτιδας να παντρευτεί τον Χ, με τον οποίο είχε μνηστευθεί³⁹, ο κληροδόχος να χειροτονηθεί κληρικός και να υπηρετήσει στην Πάρο⁴⁰, να αλλάξει δια Διατάγματος το επώνυμο του και να υιοθετήσει το επώνυμο του διαθέτη κλπ⁴¹. Στις περιπτώσεις αυτές, όπως ορθά κρίθηκε από την νομολογία, η προσθήκη στη διαθήκη τέτοιας αίρεσης, και μάλιστα με την απειλή απώλειας της κληρονομίας ή κληροδοσίας, προσδίδει σ' αυτήν ανήθικο περιεχόμενο και την καθιστά άκυρη σύμφωνα με την ΑΚ 178. Οι ρήτρες αυτές δεν μπορούν πράγματι να δικαιολογηθούν ούτε με επίκληση της ελευθερίας του κληρονομούμενου περί το διατιθέναι, διότι η έννοια και τα όρια της ελευθερίας αυτής ορίζονται από τον νόμο και δεν επιτρέπεται να διευρυνθούν περαιτέρω μέσω της ρήτρας εκπτώσεως.

Σε άλλες περιπτώσεις το θέμα του κύρους της ρήτρας εκπτώσεως (και κατ' επέκταση της διαθήκης στην οποία εμπεριέχεται) ενδέχεται να σχετίζεται με αντίθεση του περιεχομένου της όχι ως προς τα χρηστά ήθη αλλά προς επιτακτικούς κανόνες δικαίου, οπότε θα πρόκειται για διαθήκη όχι ανήθικη αλλά παράνομη και επομένως άκυρη κατά τις ΑΚ 174, 208 § 1. Αυτό θα συμβαίνει π.χ. όταν ο διαθέτης επιβάλλει στον τιμώμενο, με την απειλή της έκπτωσης από την ωφέλεια που του παρέχεται με τη διαθήκη, να μην ασκήσει μια νομικά και ουσιαστικά βάσιμη αξίωση που έχει κατά συγκληρονόμου του ή τρίτου⁴². Ο όρος αυτός μπορεί να μην είναι ανήθικος, προσκρούει όμως σε θεμελιώδη δικαιώματα που παρέχει το δικαίο στον τετιμημένο ως άτομο και ως μέλος του κοινωνικού συνόλου, όπως το δικαίωμα οικονομικής ελευθερίας (Σ 5 § 1), το δικαίωμα προστασίας της ιδιοκτησίας (Σ 17 § 1), το δικαίωμα προς παροχή έννομης προστασίας (Σ 20 § 1) κλπ. Σε μια τέτοια περίπτωση φαίνεται εκ πρώτης όψεως να πρόκειται για απλό θέμα σύγκρουσης μεταξύ της ελευθερίας του κληρονομούμενου περί το διατιθέναι με τα αναφερθέντα δικαιώματα του τετιμημένου. Στην πραγματικότητα τίθεται όμως ζήτημα θεμελιώδους σημασίας, γιατί θα ήταν αντίθετο προς τους σκοπούς της έννομης τάξης αν ο διαθέτης είχε την ευχέρεια να ασκεί έμμεσα, δηλαδή μέσω των επαπειλούμενων νομικών συνεπειών (έκπτωσης, αποκλήρωσης κλπ.), πίεση στον τετιμημένο όπως παραλείψει την άσκηση εξουσιών και δικαιωμάτων που του παρέχονται ως πολίτη από το Σύνταγμα και από κανόνες του κοινού δικαίου με αναγκαστικό χαρακτήρα. Είναι προφανές ότι και στην περίπτωση αυτή δεν μπορεί να διασωθεί το κύρος της ρήτρας εκπτώσεως με επίκληση της ελευθερίας περί το διατιθέναι του κληρονομούμενου· διότι το περιεχόμενο της ελευθερίας αυτής είναι ότι ο διαθέτης έχει την ευχέρεια να διαθέτει κατά τη βούληση και την κρίση του τη δική του περιουσία, δηλαδή ό,τι απέκτησε αυτός κατά τη διάρκεια της ζωής του, και δεν είναι επιτρεπτό να επεκταθεί μέχρι τη διάθεση και της περιουσίας του τετιμημένου μέσω της πίεσης που μπορεί να ασκήσει επ' αυτού με τη ρήτρα εκπτώσεως.

Άκυρες ως αντικείμενες σε απαγορευτική διάταξη νόμου πρέπει να θεωρήσουμε επίσης τις ρήτρες εκπτώσεως, με τις οποίες ο διαθέτης επιδιώκει να επιβάλει ή να προστατεύσει ορισμούς της διαθήκης του που λόγω περιεχομένου αποδοκιμάζονται από την έννομη τάξη, όπως π.χ. κληρονομική εγκατάσταση η οποία προσβάλλει τη νόμιμη μοίρα άλλων δικαιούχων και ως εκ τούτου αντίκειται στις αναγκαστικούς δικαιούχους διατάξεις των ΑΚ 1825 επ· όταν δια της ρήτρας εκπτώσεως ο διαθέτης επιδιώκει να επιβάλει τη σύσταση καταπιστεύματος απαγορευμένου από την ΑΚ 1923 § 2· όταν δια της ρήτρας στοχεύει να εμποδίσει τον εγκατάστατο να επικαλεσθεί την ε-

37. ΑΠ 280/1985 ΕλλΔνη 26, 1484· ΑΠ 289/1982 ΝοΒ 31, 200· ΕφΑθ 4119/1993 ΕλλΔνη 36, 877· ΕφΑθ 7402/1979 ΝοΒ 27, 1653.

38. ΕφΑθ 7402/1979 ΝοΒ 27, 1653.

39. ΑΠ 268/1984 ΝοΒ 33, 278· ΕφΑθ 8880/1982.

40. ΑΠ 1889/1985 ΝοΒ 34, 1598.

41. ΕφΑθ 5171/1987 ΕλλΔνη 30, 792.

42. Πρβλ. ΑΠ 313/2004 ΕλλΔνη 45, 1413.

φαρμογή διατάξεων που αποβλέπουν στη διαφύλαξη της ίδιας της βούλησης του διαθέτη, όπως π.χ. αυτές που αφορούν στην ακυρότητα ή ακυρωσία της διαθήκης για λόγους έλλειψης του νόμιμου τύπου, δικαιοπρακτικής ανικανότητας του διαθέτη ή ελαττωμάτων της βούλησής του (πλάνη, απάτη, απειλή).

Αυτό που έχει σημασία σε κάθε περίπτωση, προκειμένου να διακρίνουμε αν η ρήτρα εκπτώσεως τυγχάνει ή όχι παράνομη, είναι το αν επιτρέπεται ή όχι παραίτηση από την προστασία του συγκεκριμένου κανόνα αναγκαστικού δικαίου, τον οποίο επιδιώκει ο διαθέτης να παραμερίσει μέσω της ρήτρας, είτε το υποκείμενο της προστασίας είναι ο ίδιος ο διαθέτης είτε ο εγκατάστατος⁴³. Στις περιπτώσεις λ.χ. της έλλειψης του νόμιμου τύπου της διαθήκης ή της δικαιοπρακτικής ανικανότητας του διαθέτη ή των ελαττωμάτων της βούλησής του, πρόκειται για κανόνες αναγκαστικού δικαίου, από την προστασία των οποίων ο διαθέτης δεν επιτρέπεται να παραιτηθεί, καθώς αυτοί αποβλέπουν ακριβώς στην πραγμάτωση της γνήσιας και ανόθευτης έκφρασής της. Εν προκειμένω η έννομη τάξη δεν ενδιαφέρεται για την κατοχύρωση των δικών της συμφερόντων· επεμβαίνει όμως για να εξασφαλίσει την προστασία της δικαιοπρακτικής βούλησης ενός υποκειμένου της, το οποίο δεν θα βρίσκεται εν ζωή, προκειμένου να υπερασπισθεί τη βούλησή του και να διευκρινίσει το αληθές περιεχόμενό της, κατά τη στιγμή που αυτή προσβάλλεται. Κατά τη γλαφυρή έκφραση του Λιτζερόπουλου⁴⁴, στην περίπτωση αυτή η έννομη τάξη έχει χρέος να εμποδίσει τον διαθέτη από το να θέσει ρήτρα εκπτώσεως αντιτιθέμενη στο καλώς εννοούμενο συμφέρον του και, συνεπώς, πρέπει να κηρυχθεί άκυρη η δήλωση βουλήσεως (εδώ η ρήτρα εκπτώσεως), με στόχο την προστασία του δηλούντος (δηλαδή του διαθέτη) κατά του ίδιου του εαυτού του.

Το ίδιο πρέπει να συμβεί, ήτοι να θεωρηθεί παράνομη και κατά συνέπεια ανίσχυρη η ρήτρα, όταν με αυτή επιδιώκει ο διαθέτης να παραμερίσει την εφαρμογή κανόνων δικαίου που αποβλέπουν στην προστασία ιδιωτικών συμφερόντων του ίδιου του τιμώμενου προσώπου, από την οποία (προστασία) δεν δύναται να παραιτηθεί⁴⁵. Δεν μπορεί λ.χ. ο διαθέτης να αποκλείσει μέσω επιβολής ρήτρας εκπτώσεως τη δυνατότητα του εγκαταστάτου να υποβάλει αίτηση παύσης του εκτελεστή της διαθήκης για σπουδαίους λόγους και ιδίως για βαριά παράβαση των καθηκόντων του ή ανικανότητα διαχείρισης, καθώς μία τέτοια ενέργεια εκφεύγει της εξουσίας διάθεσης του κληρονομούμενου και άπτεται των ιδιωτικών συμφερόντων του ίδιου του τιμωμένου. Με μια τέτοια απαγόρευση ο διαθέτης θα επεξέτεινε τις αρμοδιότητες του εκτελεστή διαθήκης πέρα από τα όρια του νόμου και, ως εκ τούτου, η ρήτρα που περιέχει τέτοια απαγόρευση θα έπρεπε να θεωρηθεί άκυρη λόγω αντίθεσής της στην αναγκαστικού δικαίου διάταξη του άρθρου 2031 ΑΚ.

VI. Μатаίωση και κατάπτωση της ρήτρας

1. Μатаίωση της ρήτρας

Κατά κανόνα οι υποθέσεις εκ διαθήκης διαδοχής με ρήτρα εκπτώσεως σε βάρος κάποιου εγκαταστάτου εξελίσσονται ομαλά, δηλαδή χωρίς την ανάγκη προσφυγής στα δικαστήρια. Συνήθως ο εγκατάστατος ακολουθεί τις οδηγίες ή παραγγελίες του διαθέτη με συνέπεια να μη γεννάται θέμα μатаίωσης ή κατάπτωσης της ρήτρας, πλήρωσης ή μатаίωσης της αίρε-

σης. Αυτό συμβαίνει, όταν ο τιμώμενος ακολουθεί τις εντολές του διαθέτη και εκπληρώνει την τελευταία του βούληση, δεν αμφισβητεί το κύρος της διαθήκης του κλπ. Για όλες αυτές τις περιπτώσεις ομαλής εξέλιξης της κληρονομικής διαδοχής, με βάση τη διαθήκη στην οποία έχει προστεθεί και ρήτρα εκπτώσεως, χρησιμοποιούμε τον όρο «μатаίωση της ρήτρας», γιατί η απειλή που περιέχεται στη ρήτρα (για έκπτωση, αποκλήρωση, απώλεια κλπ.) σε βάρος ενός ή και περισσότερων από τους κληρονόμους μатаιώνεται οριστικά και η κατανομή της κληρονομιαίας περιουσίας διεκπεραιώνεται σύμφωνα με τη βούληση και τους ορισμούς του διαθέτη.

Υπάρχουν όμως περιπτώσεις στις οποίες, ενώ ο τιμώμενος δεν ακολούθησε πιστά τις οδηγίες ή παραγγελίες του διαθέτη, η νομολογία και η θεωρία έχουν αποφανθεί –«κατά λογικήν ερμηνείαν της ρήτρας εκπτώσεως»⁴⁶– ότι η συγκεκριμένη συμπεριφορά του εγκαταστάτου δεν πρέπει να οδηγήσει σε κατάπτωση της ρήτρας, δηλαδή στην απειλούμενη με αυτήν έκπτωση (αποκλήρωση, απώλεια κλπ.) του τιμιωμένου. Η πλειονότητα των περιπτώσεων αυτών εντοπίζεται στις ρήτρες εκπτώσεως που τέθηκαν σε διαθήκη με σκοπό τη διασφάλιση του κύρους της και τον αποκλεισμό ενδεχόμενων διενέξεων και αντιδικιών μεταξύ των κληρονόμων σχετικά με την κατανομή της κληρονομιαίας περιουσίας. Πράγματι, στις περιπτώσεις αυτές, ορισμένες ενέργειες του τιμιωμένου θα μπορούσαν εκ πρώτης όψεως να θεωρηθούν ως αντικείμενες προς τη βούληση του διαθέτη και, κατά συνέπεια, ως επιφέρουσες την κατάπτωση της ρήτρας και την επαγωγή των αρνητικών νομικών συνεπειών (έκπτωση, αποκλήρωση κλπ.) σε βάρος του εγκαταστάτου.

Ωστόσο στις περιπτώσεις αυτές, και ιδίως σε εκείνες όπου η ρήτρα εκπτώσεως είναι διατυπωμένη με τρόπο γενικό και αόριστο (π.χ. «όποιος αμφισβητήσει τη διαθήκη μου»), η νομολογία και η θεωρία, ερμηνεύοντας τη ρήτρα με βάση τη λογική, την εικαζόμενη βούληση του διαθέτη και το αντικειμενικό νόημα των εφαρμοστέων διατάξεων του νόμου, δέχονται ότι ορισμένες ενέργειες του τιμιωμένου, φαινομενικά αντίθετες προς το περιεχόμενο της ρήτρας, δεν επιφέρουν κατάπτωσης αυτής. Η θέση αυτή δικαιολογείται κατ' εξοχήν και από τη στάθμιση των συγκρουόμενων συμφερόντων, αφενός του διαθέτη για απόλυτη ελευθερία περί την άσκηση της εξουσίας διάθεσης της περιουσίας του, και αφετέρου των κληρονόμων, οι οποίοι δεν θεωρούν ανεκτό να επιτυγχάνεται μέσω της ρήτρας εκπτώσεως ο αποκλεισμός εφαρμογής κανόνων αναγκαστικού δικαίου, όπως π.χ. αυτού που κατοχυρώνει το δικαίωμα του πολίτη στην παροχή έννομης προστασίας (Σ 20 § 1). Είναι προφανές ότι η έννομη τάξη δεν μπορεί να επιτρέψει στον διαθέτη να επεμβαίνει μέσω της ρήτρας εκπτώσεως σε αναπαλλοτρίωτα δικαιώματα του εγκαταστάτου, όπως το δικαίωμα παροχής έννομης προστασίας και προσφυγής στον φυσικό δικαστή. Αν αναγνωρίζαμε τέτοια ευχέρεια στον διαθέτη, θα επιτρέπαμε σ' αυτόν να δράσει κατά κατάχρηση της δικαιοπρακτικής του ελευθερίας.

Με βάση το παραπάνω σκεπτικό γίνεται σήμερα γενικά δεκτό ότι, ως προς τις ρήτρες εκπτώσεως με γενικό περιεχόμενο και χωρίς εξειδίκευση των ενεργειών που απαγορεύονται από τον διαθέτη, αυτές δεν περιλαμβάνουν ενέργειες του τιμιωμένου με τις οποίες στην πραγματικότητα επιδιώκεται η εκπλήρωση της βούλησης του διαθέτη, όπως η αμφισβήτηση της γνησιότητας της διαθήκης, η διένεξη ως προς την ερμηνεία της καθώς και η προσβολή της για τυχόν ελαττώματα της βούλησης του συντάκτη της· οι πράξεις αυτές, αν επιχειρηθούν από τον εγκατάστατο, δεν συνεπάγονται την πλήρωση της διαλυτικής αίρεσης και την έκπτωση του τελευταίου⁴⁷. Η θέση αυτή είναι άλλωστε σύμφωνη με την αρχή της «φιλάγαθης» ή «κα-

43. Έτσι και Λιτζερόπουλος, Αι ρήτρες εκπτώσεως, σ. 448.

44. Λιτζερόπουλος, ό.π., σ. 458.

45. Υπό το πνεύμα αυτό δικαιολογείται και η εγκυρότητα της «Σοκίνειας ρήτρας», στην οποία αναφερθήκαμε παραπάνω, με την έννοια ότι ο μεριδούχος δύναται να παραιτηθεί έγκυρα από το δικαίωμα της νόμιμης μοίρας μετά την επαγωγή της κληρονομίας. Έτσι και Λιτζερόπουλος, Κληρονομικόν, § 190 σ. 192, 193· ο ίδιος, Αι ρήτρες εκπτώσεως, σ. 449.

46. Λιτζερόπουλος, Κληρονομικόν, § 190 σ. 191.

47. Έτσι Βουζίκας, Κληρονομικό, § 119· Φίλιος, Κληρονομικό, § 223 Β· Κορνηλάκης, ό.π., αρ. 95· Ψούνη, Κληρονομικό ΙΙ, σ. 277· Leipold, Münchener Kommentar zum BGB, 1982, § 2074 αρ. 23.

λοθελούς» ερμηνείας της διαθήκης (interpretatio benigna)⁴⁸. Στο πλαίσιο της αρχής αυτής γίνεται δεκτό ότι εφόσον η ρήτρα εκπτώσεως δεν είναι παντελώς ασαφής και ακατάληπτη και συνακόλουθα άκυρη, αλλά υπάρχει περιθώριο να διασωθεί το κύρος της μέσω της ερμηνείας, και από τη στιγμή που δεν είναι διακριτή η αληθινή βούληση του κληρονομούμενου, πρέπει να στηριχθούμε στην εικαζόμενη (υποθετική) βούλησή του, εκκινώντας από την παραδοχή ότι πρόκειται για συνετό και σώφρονα διαθέτη, ο οποίος επιδίωκε απλώς τη διασφάλιση της τήρησης της τελευταίας του βούλησης και την αποτροπή των ερίδων μεταξύ των μελών της οικογένειάς του⁴⁹.

Σύμφωνα με τα παραπάνω, ως περιπτώσεις όπου οι ενέργειες του τιμωμένου, καίτοι φαινομενικά αντίθετες προς τη βούληση ή τους ορισμούς του διαθέτη, δεν επιφέρουν κατάπτωση της ρήτρας και κατά συνέπεια έκπτωση ή αποκλήρωση του πρώτου, μπορούμε να αναφέρουμε τις εξής:

α) Όταν ο τιμώμενος στρέφεται δικαστικά κατά της κληρονομίας, ενάγοντας π.χ. τον εκτελεστή της διαθήκης, για θέμα άσχετο προς τους ορισμούς του διαθέτη αλλά κατ' ενασκήση αξιώσεως ή άλλου δικαιώματος που είχε ο πρώτος κατά του δευτέρου εν ζωή. Έτσι, αν ο εγκατάστατος ασκεί αξίωση του (για δεδουλευμένους μισθούς, μισθώματα, τίμημα πώλησης κλπ.) ή άλλο δικαίωμα (εμπράγματο, πνευματικής ιδιοκτησίας, διαπλαστικό κλπ.) που δεν έχει σχέση με το περιεχόμενο της διαθήκης⁵⁰.

β) Όταν ο τιμώμενος, παρά την «εντολή» του διαθέτη περί μη προσβολής της διαθήκης του, υπέβαλε αίτηση παύσης του εκτελεστή της διαθήκης για σπουδαίο λόγο, όπως για παράβαση των καθηκόντων του ή ανικανότητα διαχείρισης. Είναι προφανές ότι μια τέτοια ενέργεια του εγκαταστάτου δεν μπορεί ν' απαγορευθεί από τον διαθέτη μέσω της ρήτρας εκπτώσεως, διότι εκφεύγει της εξουσίας του τελευταίου περί το διατιθέναι, ενώ από την άλλη πλευρά άπτεται των ιδιωτικών συμφερόντων των κληρονόμων⁵¹.

γ) Όταν ο τιμώμενος προσφεύγει στο δικαστήριο όχι αμφισβητώντας τους ορισμούς της διαθήκης ή αντιτασσόμενος στην εκτέλεση όλων ή μερικών από τις διατάξεις της, αλλά επιδιώκοντας την ερμηνεία της διαθήκης επειδή πιστεύει ότι οι συγκληρονόμοι την ερμηνεύουν εσφαλμένα⁵².

δ) Όταν ο εγκατάστατος αμφισβητεί ή προσβάλλει τη διαθήκη για λόγους σχετικούς με τη κατά τη γνώμη του έλλειψη του αναγκαίου νόμιμου τύπου ή την ικανότητα του διαθέτη προς σύνταξη της διαθήκης ή την ύπαρξη ελαττωμάτων της βούλησης του τελευταίου. Όπως επισημάναμε ήδη, στην περίπτωση αυτή πρόκειται για την εφαρμογή κανόνων δικαίου, από την προστασία των οποίων ο διαθέτης δεν επιτρέπεται να παραιτηθεί (ούτε να απαγορεύσει μέσω της ρήτρας σε τρίτους την επίκλησή τους), καθώς αυτοί αποβλέπουν ακριβώς στην πραγμάτωση της αληθινής του βούλησης και την κατοχύρωση της γνήσιας και ανόθευτης έκφρασής της⁵³.

ε) Όταν ο εγκατάστατος, κινούμενος καλόπιστα και από αγαθά κίνητρα, πιστεύει πεπλανημένα ότι η διαθήκη πάσχει από κάποιο ελάττωμα και γι' αυτό την προσέβαλε δικαστικά και επιδίωξε την ακύρωσή της, αλλ' απέτυχε στο εγχείρημα του. Στην

περίπτωση αυτή, αν η ρήτρα εκπτώσεως έχει διατυπωθεί κατά τρόπο γενικό και ασαφή (π.χ. «όποιος τολμήσει να αμφισβητήσει τη διαθήκη μου»), πρέπει με βάση την ερμηνεία της διαθήκης να καταλήξουμε στο πόρισμα ότι ο διαθέτης απέβλεψε με την προσθήκη της ρήτρας στην τιμωρία μόνο του κακόπιστα ενεργούντος κληρονόμου, δηλαδή αυτού που στράφηκε κατά του κύρους της διαθήκης χωρίς αποχρώντα λόγο και έχοντας επίγνωση του αβασίμου της ενέργειάς του. Σύμφωνα με όσα εκθέσαμε παραπάνω, η ρήτρα εκπτώσεως πρέπει να θεωρηθεί νόμιμη μόνο όταν με αυτή επιδίωκε ο διαθέτης να αποτρέψει αβασίμες αμφισβητήσεις του κύρους της διαθήκης, οι οποίες έγιναν από τον εγκατάστατο με δόλο και κακή πίστη ή τουλάχιστον εξαιτίας αδικαιολόγητης υπαιτιότητας⁵⁴.

Αν πάλι από το κείμενο της διαθήκης προκύπτει σαφώς ότι ο διαθέτης ήθελε με την προσθήκη της ρήτρας να πλήξει κάθε κληρονόμο του που θα εναντιωθεί αβάσιμα κατά της διαθήκης, ασχέτως αν το έπραξε από υπαιτιότητα ή όχι, θεωρώντας πεπλανημένα ότι η διαθήκη πάσχει από κάποιο ελάττωμα, δηλαδή ακόμη και αυτόν που καλόπιστα, αλλά από εύλογη πλάνη, αντιτάχθηκε ανεπιτυχώς κατά του κύρους της διαθήκης, μια τέτοια ρήτρα πρέπει να θεωρηθεί ότι δεν είναι σύμφωνη με τον νόμο⁵⁵.

στ) Απομένει να εξετάσουμε την περίπτωση κατά την οποία ο τετιμημένος, παρά τη σχετική απαγόρευση εκ μέρους του διαθέτη, προσέβαλε τη διαθήκη για κάποιο ελάττωμα της και το δικαστήριο τον δίκαιωσε. Στην περίπτωση αυτή, αν ακυρώθηκε από το δικαστήριο ολόκληρη η διαθήκη, εξαφανίζεται μαζί της και η ρήτρα εκπτώσεως οπότε χωρεί η εξ αδιαθέτου διαδοχή και ο ενάγων κληρονομεί σύμφωνα με τις διατάξεις του νόμου (ΑΚ 1813 επ.), εφόσον ανήκει στον κύκλο των εξ αδιαθέτου κληρονόμων του διαθέτη. Το πρόβλημα παραμένει όμως ακέραιο, αν η προσβολή επέφερε ανατροπή μέρους μόνο της διαθήκης ή μιας από τις περισσότερες (και εκ παραλλήλου ισχύουσες) διαθήκες καταλείποντας ανέπαφη τη ρήτρα εκπτώσεως.

Εκθέσαμε ήδη παραπάνω την άποψη, που υποστηρίζεται ισχυρώς στην επιστήμη, ότι δεν είναι ανεκτό να παρέχεται στον διαθέτη η ευχέρεια, να επιτυγχάνει μέσω της ρήτρας εκπτώσεως τον αποκλεισμό της εφαρμογής στη διαθήκη των κανόνων του αναγκαστικού δικαίου ή των αντιλήψεων περί χρηστών ηθών⁵⁶. Με βάση την άποψη αυτή πρέπει να θεωρήσουμε τη ρήτρα εκπτώσεως, που δεν εθίγη από την ακυρότητα ή την ακύρωση, ως μη δυνάμενη «να παραγάγει τα αποτελέσματά της εις βάρος του επιτυχόντος το κατά της διαθήκης εγχείρημά του»⁵⁷. Δηλαδή ακόμη και αν η ρήτρα εκπτώσεως δεν αποτέλεσε για οποιονδήποτε λόγο αντικείμενο της συγκεκριμένης δικαστικής κρίσης, θα είναι αυτοδικαίως άκυρη ως αντικείμενη σε διατάξεις αναγκαστικού δικαίου και συνεπώς δεν θα επιφέρει το αποτέλεσμα της έκπτωσης του κληρονόμου που πέτυχε την ακύρωση ή την αναγνώριση της ακυρότητας του προβληματικού μέρους της διαθήκης.

2. Κατάπτωση της ρήτρας

Ως κατάπτωση της ρήτρας εννοούμε το γεγονός ότι ο εγκατάστατος παραβίασε ή αθέτησε με τη συμπεριφορά του τις εντολές ή υποδείξεις του διαθέτη, με συνέπεια να επέρχεται η οριζόμενη στη διαθήκη αρνητική γι' αυτόν (τον τιμώμενο) συνέπεια της έκπτωσης από την κληρονομία ή κληροδοσία⁵⁸. Όταν η ρήτρα εκπτώσεως έχει διατυπωθεί, όπως συνήθως συμβαίνει

54. Βλ. και αμέσως παρακάτω υπό 2.

55. Έτσι *Leipold*, § 2074 αρ. 25· *Seybold*, §§ 2074-2076 αρ. 14· *Haegeler*, *JurBüro* 1969, 4· σύμφωνος και ο *Λιτζερόπουλος*, Αι ρήτραι εκπτώσεως, σ. 452 επ.

56. Βλ. παραπ. υπό IV 2.

57. *Λιτζερόπουλος*, Αι ρήτραι εκπτώσεως, σ. 446, 452.

58. Αντί του όρου «κατάπτωση» χρησιμοποιείται από τους συγγραφείς και ο όρος «λειτουργία» της ρήτρας (βλ. π.χ. *Natter*, *Deutsche Rechtszeitung* 1946, 165 επ.).

48. Πρόκειται για αρχή που αναπτύχθηκε υπό το καθεστώς του προϊσχύσαντος β.ρ. δικαίου και η οποία γίνεται δεκτό ότι ισχύει και σήμερα, παρόλο που δεν περιλήφθηκε σχετική διάταξη στον ΑΚ. Βλ. σχετικά *Γεωργιάδης*, *Κληρονομικό*, § 21 αρ. 11· *Δακορώνια*, Το ζήτημα της ερμηνείας, σ. 7 επ.· *Κορνηλάκη*, στον ΑΚ *Γεωργιάδης/Σταθούπουλος*, Εισαγ. 1781-1812 αρ. 59· ΑΠ 243/1970 ΕΕΝ 37, 611· ΑΠ 517/1967 ΝοΒ 16, 95· ΑΠ 404/1966 ΝοΒ 15, 202· ΕφΠειρ 307/2010 ΠειρΝομ 2010, 380.

49. Έτσι και *Binz*, σ. 58.

50. *Leipold*, § 1074 αρ. 21.

51. *Λιτζερόπουλος*, Αι ρήτραι εκπτώσεως, σ. 449.

52. *Λιτζερόπουλος*, *Κληρονομικών*, § 191 σ. 193.

53. *Λιτζερόπουλος*, Αι ρήτραι εκπτώσεως, σ. 448 επ. και *Κληρονομικών*, § 190· *Leipold*, § 2074 αρ. 24.

με τη μορφή διαλυτικής αίρεσης, η συγκεκριμένη συμπεριφορά του εγκαταστάτου (π.χ. η μη λήψη του πτυχίου της Νομικής εντός του ορισθέντος χρόνου, η αμφισβήτηση του κύρους της διαθήκης) αποτελεί το μελλοντικό και αβέβαιο γεγονός της ΑΚ 202, από το οποίο εξαρτήθηκε η ανατροπή της κληρονομικής εγκατάστασης ή της κληροδοσίας.

Το θέμα, αν σε μια ορισμένη περίπτωση κατέπεσε ή όχι η ρήτρα εκπτώσεως, μπορεί ν' αποτελέσει αντικείμενο δικαστικής κρίσης, εφόσον κάποιος από τους συγκληρονόμους ή ο εκτελεστής της διαθήκης ζητήσει με αγωγή του να αναγνωριστεί ότι επήλθε η έκπτωση του εναγόμενου ή, αντιστρόφως, αν ο εγκαταστάτος ζητά από το δικαστήριο ν' αναγνωρίσει ότι δεν συντρέχουν οι προϋποθέσεις της κατάπτωσης και, κατά συνέπεια, ότι αυτός δεν εξέπεσε της κληρονομιάς ή κληροδοσίας.

Στις συνθετέρες περιπτώσεις, στις οποίες η ρήτρα εκπτώσεως έχει τεθεί με σκοπό τη διασφάλιση του κύρους της διαθήκης και τον αποκλεισμό ενδεχόμενων τσακωμών και αντιδικιών εντός του οικογενειακού και συγγενικού περιβάλλοντος του διαθέτη, για την πλήρωση της αίρεσης –ή αλλιώς την κατάπτωση της ρήτρας– η νομολογία και η θεωρία απαιτούν, όπως είδαμε παραπάνω, την ύπαρξη «συνειδητής προσβολής» των εντολών – διαταγών του διαθέτη⁵⁹. Ειδικότερα, για να συντρέξουν οι προϋποθέσεις της κατάπτωσης της ρήτρας, πρέπει η προσπάθεια του τιμωμένου να μην ήταν μόνο ανεπιτυχής, αλλά δόλια και κακόπιστη ή τουλάχιστον επιπόλαιη· να εναντιώθηκε δηλαδή αυτός κατά της διαθήκης με τρόπο απερίσκεπτο, χωρίς να έχει σταθμίσει τις πιθανότητες επιτυχίας του εγχειρήματός του και χωρίς να υφίσταται εκ των προτέρων έρεισμα για μία τέτοια επιτυχία⁶⁰. Υποστηρίζεται επίσης η άποψη ότι ως υπαίτια προσβολή της διαθήκης, με την έννοια της απείθειας εκ μέρους του εγκαταστάτου, πρέπει να θεωρηθεί και η παράλειψή του να επιλέξει επιμελώς τους νομικούς του συμβούλους, εφόσον, εξαιτίας λανθασμένων υποδείξεων εκ μέρους τους ή ανεπαρκούς και επιπόλαιας εξέτασης των πραγματικών περιστατικών και του ισχύοντος νομικού καθεστώτος, επιχειρήθηκε αβάσιμη και, ως εκ τούτου, ανεπιτυχής ενέργεια κατά της διαθήκης⁶¹.

Κριτήριο για την κατάπτωση ή όχι της ρήτρας πρέπει να αποτελεί δευτερευόντως η αποτυχία της προσπάθειας του τιμωμένου και πρωτίστως η κακόπιστη, υπαίτια ή τουλάχιστον απερίσκεπτη, συμπεριφορά του. Στον διαθέτη πρέπει να αναγνωρίσουμε το δικαίωμα να απαγορεύει ή να αποκλείει, με απειλή την απώλεια της χαριστικής επίδοσης, τις κακόπιστες ή εν γνώσει αβάσιμες επιθέσεις κατά της διαθήκης του, όπως αυτές που επιχειρούνται από δόλο, απερίσκεψία ή ασύγγνωστη επιπολαιότητα.

Ως προς τις συνέπειες της κατάπτωσης, και εφόσον η ρήτρα έχει τεθεί με τη μορφή της διαλυτικής αίρεσης, πρέπει να διακρίνουμε: Αν ο τετιμημένος έχει εγκατασταθεί ως κληρονόμος, η θέση της ρήτρας θα λειτουργήσει υπό τη μορφή σύστασης καταπιστεύματος. Αυτό σημαίνει ότι ο εγκαταστάτος, με την πλήρωση της διαλυτικής αίρεσης, θα υποχρεωθεί να παραδώσει το καταλειφθέν στον καταπιστευματοδόχο που ορίζεται από τον νόμο ή υποδεικνύεται από τον διαθέτη (πρβλ. ΑΚ 1926). Αν ο τετιμημένος είναι κληροδόχος, και εφόσον το πρόσωπο του μετακληροδόχου που έχει υποδείξει ο διαθέτης ανήκει στα περιλαμβανόμενα στην ΑΚ 2009 πρόσωπα, θα ισχύσουν

59. Βλ. παραπ. υπο V 1.

60. Ο Natter (ό.π., σ. 166) εκφραζόμενος στενότερα, δέχεται λειτουργία της ρήτρας και έκπτωση του τετιμημένου μόνο σε περιπτώσεις κατά τις οποίες υπάρχει απερίσκεπτη, παράτολη ή συνειδητά ανεπείστη αμφισβήτηση του κύρους της διαθήκης ("Verwirkung nur bei leichtfertigen, frivolem oder bewußt grundlosem Bestreiten der Wirksamkeit"). Έτσι π.χ. Binz, σ. 43 επ., ο οποίος χρησιμοποιεί την έκφραση "mutwillige Angriffe" (= δόλιες προσβολές) της διαθήκης.

61. Έτσι και Λιτζερόπουλος, Κληρονομικών, § 190 σ. 191· ο ίδιος, Αι ρήτραι εκπτώσεως, σ. 451.

οι κανόνες της καταπιστευτικής υποκατάστασης· διαφορετικά, η έκπτωση του κληροδόχου θα ωφελήσει τον βεβαρμένο με την κληροδοσία (ΑΚ 1981)⁶². Το αν σε περίπτωση παραβίασης της ρήτρας αποκλείονται από την κληρονομική διαδοχή, εκτός από τον παραβαίνοντα τη ρήτρα κατιόντα του διαθέτη, και οι δικοί του κατιόντες (του κατιόντος), είναι ζήτημα ερμηνείας της βούλησης του διαθέτη κατά την ΑΚ 173⁶³. Στην περίπτωση αυτή εφαρμοστέα είναι η ΑΚ 1791, η οποία ορίζει ότι, εφόσον ο διαθέτης μνημόνευσε στη διαθήκη του τον κατιόντα του, σε περίπτωση αμφισβολίας τη θέση του παίρνουν οι δικοί του (δηλαδή του κατιόντος) κατιόντες που θα καλούνταν εξ αδιαθέτου, αν εκείνος εκπέσει από οποιονδήποτε λόγο⁶⁴. Στην περίπτωση αυτή πρόκειται ουσιαστικά για εκ του νόμου συμπληρωτική ερμηνεία της διαθήκης σύμφωνα με την εικαζόμενη βούληση του διαθέτη. Με άλλα λόγια, οι κατιόντες του εκπεσόντος κατιόντος θεωρούνται υποκατάστατοι εκ του νόμου, εφόσον δεν συνάγεται αντίθετη βούληση του διαθέτη⁶⁵, η οποία όμως υπόκειται στους περιορισμούς των διατάξεων για τη νόμιμη μοίρα. Αν η ρήτρα εκπτώσεως διατυπώνεται όχι ως διαλυτική αίρεση αλλά υπό τη μορφή τρόπου, τότε η έκπτωση του πληττόμενου με τη ρήτρα επέρχεται υπέρ του προσώπου που προκύπτει από τη διάταξη του άρθρου 2016 ΑΚ σε συνδυασμό με τις οικείες εκάστοτε διατάξεις του κληρονομικού δικαίου⁶⁶.

VII. Οι συνέπειες ακυρότητας της ρήτρας

1. Το πρόβλημα

Όταν η παραγγελία ή εντολή του διαθέτη, η περιεχόμενη στη ρήτρα εκπτώσεως, αντίκειται στα χρηστά ήθη ή προσκρούει σε επιτακτικούς κανόνες δικαίου και κατά συνέπεια είναι άκυρη κατά τις ΑΚ 178 ή 174, τίθεται το ερώτημα αν η ρήτρα αυτή απλώς δεν ισχύει, δεν παράγει δηλαδή καμία ενέργεια και ο τιμώμενος μπορεί αζημίως να την αγνοήσει⁶⁷, ή

62. Έτσι και για το γερμανικό δίκαιο οι Binz, σ. 20 επ.· Leipold, § 2074 αρ. 30.

63. Έτσι και Γεωργιάδης, Κληρονομικό, § 21 αρ. 31· Ψούνη, Κληρονομικό II, σ. 277· Binz, σ. 22· Natter, Deutsche Rechtszeitung 1946, 167.

64. Για το ότι η διάταξη αυτή είναι εφαρμοστέα και σε περίπτωση έκπτωσης του κατιόντος λόγω μη τήρησης εκ μέρους του έγκυρης στερητικής ρήτρας (ή ρήτρας εκπτώσεως) βλ. Γεωργιάδης, Κληρονομικό, § 21 αρ. 30· Βουζίκας, Κληρονομικό, § 114 σ. 576-577· Κορνηλάκης, άρθρο 1791 αρ. 10.

65. Γεωργιάδης, Κληρονομικό, § 21 αρ. 24· Παπαντωνίου, Κληρονομικό, § 66 σ. 301· Βουζίκας, Κληρονομικό, § 114 σ. 573, 578· Κορνηλάκης, άρθρο 1791 αρ. 1-2· ΑΠ 327/1995 ΝοΒ 44, 817· ΑΠ 1135/1990 ΝοΒ 40, 75. Στη γερμανική θεωρία υποστηρίζεται η άποψη ότι η ρήτρα εκπτώσεως, σύμφωνα με τον σκοπό που υπηρετεί, πλήττει όχι μόνο τον τιμώμενο αλλά και τους κατιόντες του· διαφορετικά θα στερείτο του τιμωρητικού ρόλου που καλείται αυτή να επιτελέσει για τον παραβαίνοντα (έτσι Leipold, § 2074 αρ. 30· Seybold, §§ 2074-2076 αρ. 13· Coing, ό.π., § 80 I 4). Αντίθετα όμως ο Strobel, Pflichtteilsstrafklausel im Ehegatten-Testament, MDR 1980, 363, 364, κατά τον οποίο η έκπτωση και των κατιόντων του βεβαρμένου με τη ρήτρα πρέπει να διατυπώνεται ρητά στη διαθήκη ή να συνάγεται σαφώς από αυτή.

66. Έτσι και Λιτζερόπουλος, Αι ρήτραι εκπτώσεως, σ. 472, ο οποίος επισημαίνει ότι το γράμμα της ΑΚ 2016 προβλέπει μόνο την απόδοση του καταλειφθέντος κατά το μέρος που έπρεπε να δαπανηθεί για την εκτέλεση του τρόπου και όχι την πλήρη έκπτωση του τετιμημένου, κατά λογική αναγκαιότητα προκύπτει όμως ότι, αν ο διαθέτης θέλησε πλήρη έκπτωση του βεβαρμένου με τον τρόπο, ο κανόνας που τίθεται με την ΑΚ 2016 υποχωρεί ως ενδοτικός (έτσι και ο Μπαλής, Κληρονομικών, § 354).

67. Έτσι Μπαλής, Κληρονομικών, § 93· Στεφανόπουλος, Κληρονομικών, § 74 σ. 718-719· Τούσης, Κληρονομικών, § 53 σ. 164· Δακωρώνια, Το ζήτημα της ερμηνείας των διαθηκών, σ. 127 (de lege ferenda)· ΟΛΑΠ 217/1977 ΕΕΝ 44, 436· ΑΠ 1889/1985 ΝοΒ 34, 1598.

η ακυρότητα της ρήτρας επιφέρει και ακυρότητα της διαθήκης ή της διάταξης που την περιέχει σύμφωνα με την ΑΚ 208 § 1⁶⁸.

Η δεύτερη λύση, κατά την οποία η άκυρη ρήτρα εκπτώσεως συμπαρασύρει σε ακυρότητα και τη χαριστική διάταξη τελευταίας βούλησης που την περιέχει, είναι προφανώς δυσμενής για τον εγκατάστατο. Διότι αν αυτός ανήκει στον κύκλο των εξ αδιαθέτου κληρονόμων του διαθέτη, θα κληθεί στην κληρονομία του τελευταίου σύμφωνα με τις διατάξεις της εξ αδιαθέτου διαδοχής (ΑΚ 1813 επ.), έστω και αν η μερίδα του υπολείπεται πιθανώς σε αξία σε σχέση με αυτή που θα λάμβανε δια της διαθήκης. Αν όμως είναι «εξωτικός», δεν ανήκει δηλαδή στους στενούς συγγενείς του διαθέτη, τότε με την ακύρωση της σχετικής διάταξης της διαθήκης «θα φύγει με άδεια χέρια».

Εκτός των παραπάνω, η λύση αυτή παρουσιάζει και άλλα μειονεκτήματα: Ο εγκατάστατος, λόγω του φόβου απώλειας της παροχής που προβλέπεται γι' αυτόν στη διαθήκη, θα προτιμήσει να σιωπήσει και να μην καταφύγει στη δικαστική κρίση ζητώντας την αναγνώριση της ανηθικότητας ή παρανομίας της ρήτρας. Έτσι όμως, η έννομη τάξη θα χάσει έναν πολύτιμο σύμμαχο στην περιφρούρηση των κανόνων δημόσιας τάξης, με φανερό τον κίνδυνο ανοχής και εμπέδωσης της ανηθικότητας και της παρανομίας στην κοινωνική συνείδηση⁶⁹.

2. Η άποψη ότι η άκυρη ρήτρα εκπτώσεως θεωρείται σαν να μην είχε γραφεί

Η πρώτη από τις παραπάνω λύσεις, η οποία εφαρμόζοταν στο βυζαντινορωμαϊκό δίκαιο που ίσχυε στη χώρα μας μέχρι την έναρξη ισχύος του Αστικού Κώδικα, έλκυε την καταγωγή της από τις πηγές του ρωμαϊκού δικαίου⁷⁰. Αν η ρήτρα εκπτώσεως ήταν για κάποιο λόγο (παρανομία, ανηθικότητα κλπ.) άκυρη, θεωρείτο ως *pro non scripta*, δηλαδή ως «μη γεγραμμένη».

Το ενδιαφέρον είναι ότι αρκετές από τις νεότερες κωδικοποιήσεις υιοθέτησαν ρητά την ως άνω λύση, δεχόμενες ότι οι αδύνατες αιρέσεις, όπως και οι αντίθετες προς τους νόμους ή τα χρηστά ήθη, λογίζονται ως μη γεγραμμένες⁷¹. Αντίθετα, οι συντάκτες του γερμΑΚ, υποτιμώντας προφανώς τις δυσκολίες του θέματος, άφησαν τη ρύθμισή του ν' αντιμετωπισθεί από τη θεωρία.

Στο δικαίό μας, μετά τη θέση σε ισχύ του Αστικού Κώδικα και δεδομένου ότι αυτός δεν περιέλαβε γενικές διατάξεις περί αιρέσεων στο κεφάλαιο για τις διαθήκες⁷², εφαρμόζεται η ΑΚ 208 § 1 από το «βιβλίο» των Γενικών Αρχών, σύμφωνα με την οποία «αίρεση ακατανόητη ή αντιφατική ή αίρεση που προσδίδει παράνομο ή ανήθικο περιεχόμενο στη δικαιοπραξία την καθιστά άκυρη». Η μεταβολή όμως αυτή της νομοθεσίας δεν φαίνεται να προσέλκυσε –τουλάχιστον αρχικά– το ενδιαφέρον της θεωρίας και της νομολογίας, αφού συχνά αρκετοί συγγραφείς όπως και δικαστικές αποφάσεις, όταν συμβαίνει να υπάρχει διαθήκη με άκυρη ρήτρα εκπτώσεως, θεωρούν άκυρη μόνο την ανήθικη ή παράνομη ρήτρα, όχι όμως και τη χαριστική επί-

δοση, που συντελείται με τη διαθήκη⁷³. Το βασικό επιχείρημα των υποστηρικτών της άποψης αυτής είναι ότι η ακυρότητα της ρήτρας εκπτώσεως πρέπει να χρησιμεύει προς προστασία του τετιμημένου και όχι προς βλάβη του. Για να επιδιώξει αυτός την αναγνώριση της ανηθικότητας ή της παρανομίας της ρήτρας, πρέπει να έχει το κίνητρο ότι δεν θα απολέσει την ωφέλεια από τη διαθήκη. Αν η ακυρότητα της ρήτρας συμπαρασύρει και τη χαριστική επίδοση που προβλέπεται γι' αυτόν στη διαθήκη, δεν θα είχε κανένα λόγο να προβάλει την ανηθικότητα ή παρανομία της συγκεκριμένης ρήτρας. Για να πραγματοποιηθεί λοιπόν ο σκοπός των διατάξεων του νόμου, οι οποίες επέβαλαν την ακυρότητα της ρήτρας, πρέπει η χαριστική επίδοση να παραμείνει άθικτη και μόνο η ρήτρα να παραμερισθεί⁷⁴.

3. Η θέση ότι η ακυρότητα της ρήτρας συνεπάγεται και ακυρότητα της διαθήκης (ΑΚ 208 § 1)

Η μάλλον κρατούσα σήμερα επί του θέματος άποψη δέχεται ότι ο Αστικός Κώδικας συνειδητά αντέστρεψε δια του άρθρου 208 § 1 τη λύση που επικρατούσε στο πλαίσιο του προϊσχύσαντος βυζαντινορωμαϊκού δικαίου και ότι η νομοθετική αυτή ρύθμιση δεν μπορεί να ματαιωθεί με τελεολογικές σταθμίσεις όπως αυτές που αναφέρθηκαν αμέσως παραπάνω⁷⁵.

Πράγματι, στο Προσχέδιο για τον Αστικό Κώδικα του Εισηγητή για το Κληρονομικό Δίκαιο Γεωργίου Μπαλή (άρθρο 74) τόσο οι αδύνατες ή ακατάληπτες όσο και οι παράνομες ή ανήθικες αιρέσεις, οι περιεχόμενες σε διαθήκη, αναφέρονταν ως «μη γεγραμμένες»⁷⁶. Η Συντακτική Επιτροπή του Αστικού Κώδικα όμως ακολούθησε το Προσχέδιο μόνο για τις ακατάληπτες αιρέσεις (άρθρο 76), δηλαδή τις ακατανόητες, αυτές που ούτε με την ερμηνεία μπορεί να τους αποδοθεί κάποιο λογικό νόημα. Για τις άλλες αιρέσεις αποφάσισε να επιφέρουν ακυρότητα όλης της διάταξης της διαθήκης σύμφωνα με τα διαλαμβανόμενα περί αιρέσεων στις Γενικές Αρχές⁷⁷. Σημειωτέον ότι η άποψη αυτή είναι κρατούσα και στο γερμανικό δίκαιο, παρότι σ' αυτό λείπει ρητή σχετική νομοθετική διάταξη⁷⁸.

Όπως επισημάνθηκε παραπάνω, η ρύθμιση της ΑΚ 208 § 1 δεν είναι ευνοϊκή για τον εγκατάστατο, αφού αυτός με την ακύρωση της διαθήκης χάνει το καταλειπόμενο δι' αυτής και περιορίζεται στην εξ αδιαθέτου μερίδα, αλλά μόνο εφόσον ανήκει στον κύκλο των νόμιμων κληρονόμων του διαθέτη. Έτσι εξηγείται ότι ορισμένοι συγγραφείς υποστηρίζουν *de lege ferenda* ότι ορθότερο θα ήταν, αν ο ΑΚ ακολουθούσε εν προκειμένω, όπως και άλλες νομοθεσίες, τη ρωμαϊκή ρύθμιση, σύμφωνα με την οποία ως «μη γεγραμμένη» πρέπει να θεωρείται όχι μόνο η αίρεση αγαμίας (βλ. ΑΚ 1795 εδ. α') αλλά και κάθε παράνομη ή ανήθικη αίρεση⁷⁹.

Αλλά και στο πλαίσιο αναγνώρισης της ΑΚ 208 § 1 ως ισχύοντος δικαίου δεν έλλειψαν οι προσπάθειες να μειωθούν οι δυσμενείς για τον εγκατάστατο συνέπειες από την εφαρμογή της παραπάνω διάταξης. Από τις προσπάθειες αυτές σημαντικότερες είναι οι εξής:

- α) Σύμφωνα με τη ρύθμιση της ΑΚ 208 § 1, αν στη διάταξη της τελευταίας βούλησης προστεθεί παράνομη ή ανήθικη αίρεση, άκυρη δεν είναι μόνο η αίρεση, όπως συνέβαινε στο προϊσχύσαν δίκαιο, στο οποίο λογιζόταν ως μη γεγραμμένη, αλλά ολόκληρη η διαθήκη ή η διάταξη που περιέχει τον όρο. Ωστόσο, σε ορισμένες περιπτώσεις μπορεί να αμβλυνθούν τα

73. Βλ. παραπ. σημ. 68.

74. Λιτζερόπουλος, Αι ρήτραι εκπτώσεως, σ. 463.

75. Βλ. Γ. Γεωργιάδη, στον ΑΚ Γεωργιάδη/Σταθόπουλου, 2η έκδ. 2016, άρθρο 208 αρ. 23 επ. με περαιτέρω παραπομπές στη θεωρία και τη νομολογία.

76. Βλ. Σχέδιον ΑΚ, Κληρονομικών Δικαιον, 1936, σ. 65.

77. Βλ. σχετικά Δακορώνια, Το ζήτημα της ερμηνείας, σ. 102.

78. Leipold, § 1074 αρ. 25.

79. Έτσι Βουζίκας, Κληρονομικό, § 122 σ. 611· Δακορώνια, σ. 127.

ΑΠ 289/1982 ΝοΒ 31, 200· ΕφΑΘ 7402/1979 ΝοΒ 27, 1653· ΠρΑΘ 5545/1982 ΝοΒ 31, 536.

68. ΑΠ 280/1985 ΕλλΔνη 26, 1484· ΑΠ 1341/1982 ΝοΒ 31, 1187· ΕφΑΘ 4119/1993 ΕλλΔνη 36, 877· Βουζίκας, Κληρονομικό, § 12 ΙΙ· Γεωργιάδης, Κληρονομικό, § 23 αρ. 65· Κορνηλάκης, Εισαγ. 1781-1812 αρ. 90· Λιτζερόπουλος, Κληρονομικών § 191· Παπαντωνίου, Κληρονομικό § 59γ σ. 271· Σταθόπουλος, Μελέτες ΙΙΙ, σ. 622· Φίλιος, Κληρονομικό § 84Α· Φούνη, Κληρονομικό ΙΙ, σ. 263.

69. Έτσι και Λιτζερόπουλος, Αι ρήτραι εκπτώσεως σ. 463 επ.

70. Βλ. Μπαλή, ό.π., § 133.

71. Έτσι οι γαλλΑΚ 900, ιταλΑΚ 634, αυστΡΑΚ 720. Για άλλες νομοθεσίες, που επίσης ακολούθησαν τη ρύθμιση αυτή, βλ. Λιτζερόπουλο, Αι ρήτραι εκπτώσεως σ. 441 επ· Βουζίκας, Κληρονομικό, § 122· Δακορώνια, Το ζήτημα της ερμηνείας, σ. 125 επ· Keuk, Ξένιον Ζέπου ΙΙ, 1973, σ. 359 επ, 369 επ.

72. Οι ΑΚ 1794-1798 αναφέρονται αποκλειστικά σε ειδικές περιπτώσεις ρητρών.

παραπάνω αποτελέσματα με τη συνδρομή του θεσμού της μετατροπής (ΑΚ 182). Έτσι, στην περίπτωση που ο διαθέτης αγνοούσε ότι εξαιτίας της προσθήκης της συγκεκριμένης αίρεσης η διαθήκη του είναι άκυρη, θα μπορούσε να ισχύσει η διαθήκη σαν να μην υπήρχε η αίρεση, αν από την ερμηνεία αυτής προκύπτει ότι ο διαθέτης θα συναινούσε σ' αυτό⁸⁰. Για παράδειγμα, αν ο διαθέτης που είχε προσθέσει τη ρήτρα «όποιος αμφισβητήσει με οποιονδήποτε τρόπο και υπό οποιεσδήποτε συνθήκες το κύρος της διαθήκης μου...» γνώριζε ότι η διαθήκη με αυτή τη γενική και αόριστη διατύπωση είναι αντίθετη στον νόμο, θα μπορούσε η ρήτρα να διασωθεί με το περιεχόμενο «όποιος αμφισβητήσει τη διαθήκη μου κατόπιστα ή επιτόλαιο», αν από την ερμηνεία συνάγεται ότι ο διαθέτης θα ήταν σύμφωνος με αυτό προκειμένου να μη ματαιωθεί εντελώς η εκ διαθήκης διαδοχή της περιουσίας του⁸¹.

β) Μια άλλη πρόταση θα ήταν, να διακρίνουμε τις εν ζωή δικαιοπραξίες από τις αιτία θανάτου διατάξεις και να περιορίσουμε την εφαρμογή της ΑΚ 208 § 1 μόνο στις πρώτες, ενώ στις δεύτερες να συνεχίσουμε να εφαρμόζουμε ως προσφορότερη τη λύση του προϊσχύσαντος δικαίου και άλλων σύγχρονων νομοθεσιών, δηλαδή να θεωρούμε την παράνομη ή ανήθικη ρήτρα εκπτώσεως στη διαθήκη όπως την ακατάληπτη αίρεση (ΑΚ 1794) ή την αίρεση αγαμίας (ΑΚ 1795 εδ. α'), δηλαδή σαν να μην είχε γραφεί. Εφόσον η ΑΚ 208 § 1 δεν αναφέρεται ρητά στις αιτία θανάτου διατάξεις, αλλά ρυθμίζει την επίδραση της παράνομης, ανήθικης κλπ. αίρεσης γενικά «στη δικαιοπραξία», μπορούμε ειδικά ως προς τις συνέπειες της παράνομης ή ανήθικης αίρεσης στις ρήτρες εκπτώσεως να ακολουθήσουμε ως ορθότερη τη λύση ότι αυτή πρέπει να θεωρηθεί ως μη γεγραμμένη. Το γεγονός ότι οι συντάκτες του Αστικού Κώδικα έκριναν σκόπιμο να ρυθμίσουν την επίδραση των παράνομων και ανήθικων αιρέσεων κατά τον ίδιο τρόπο τόσο στις δικαιοπραξίες μεταξύ ζώντων όσο και στις διατάξεις τελευταίας βούλησης δεν μας εμποδίζει να μην ακολουθήσουμε την άποψή τους διότι ο νόμος, λογικά ερμηνευόμενος, δεν αποκλείει τη δυνατότητα ν' ακολουθήσουμε ως προς το θέμα αυτό διαφορετική λύση, εφόσον τη θεωρούμε ορθότερη. Εξάλλου, η διαφορετική αντιμετώπιση, ως προς το θέμα αυτό, των διατάξεων τελευταίας βούλησης από τις εν ζωή δικαιοπραξίες είναι εύλογη, διότι στις δεύτερες –και ιδίως στις συμβάσεις– η προσθήκη παράνομης ή ανήθικης αίρεσης «βαρύνει» συνήθως και τους δύο συμβαλλόμενους· αντιθέτως στις διατάξεις τελευταίας βούλησης, που είναι μονομερείς δικαιοπραξίες, η μομφή της προσθήκης τέτοιας αίρεσης «βαρύνει» αποκλειστικά τον διαθέτη και είναι ανεπιεικές να πλήττεται από αυτήν ο εντελώς αμέτοχος εγκατάστατος⁸².

γ) Ο Αλ. Λιτζερόπουλος, παρότι δεν συγκαταλέγεται στους θιασώτες της συσταλτικής ερμηνείας της ΑΚ 208 § 1, ώστε να παραμείνει εκτός εφαρμογής της διάταξης αυτής η περίπτωση των ρητρών εκπτώσεως, δέχεται ότι η προτιμηθείσα από τον νομοθέτη λύση της ΑΚ 208 § 1 «είναι επιδεκτική ευκαμψίας τινός, η οποία εις αρκετάς περιπτώσεις θα επιτρέψει κατά τρόπον ευπρόσδεκτον να μετριάσει την αυστηρότητα της λύσης»⁸³.

Πράγματι, απ' όσα αναφέραμε παραπάνω (υπό V 1) προκύπτει ότι η έκταση εφαρμογής της ΑΚ 208 § 1 στις διατάξεις

τελευταίας βούλησης μπορεί να περιορισθεί σημαντικά, αν κάθε φορά ερμηνεύουμε τη ρήτρα εκπτώσεως σύμφωνα με τη λογική, το αντικειμενικό νόημα του νόμου και τις θεμελιώδεις αρχές της έννομης τάξης. Για παράδειγμα, στην περίπτωση που ο διαθέτης έχει διατυπώσει τη ρήτρα εκπτώσεως αόριστα ώστε να φαίνεται λ.χ. ότι θέλει να αποκλείσει οποιαδήποτε αμφισβήτηση του κύρους της διαθήκης του, δηλαδή ακόμη και την εύλογη ή καλόπιστη, πρέπει κατά την ερμηνεία της διαθήκης να δεχθούμε ότι αυτός ήθελε να αποθαρρύνει μόνο τις κακόπιστες ή το πολύ επιπόλαιες αμφισβητήσεις. Μάλιστα, ακόμη και αν φαίνεται ότι υπάρχει κάποια αμφιβολία ως προς τις επιθυμίες του διαθέτη, επιτρέπεται να δεχθούμε ότι αυτός θα ήθελε μάλλον εκείνο που δεν προσκρούει στον νόμο⁸⁴.

Με τον τρόπο αυτό, ακόμη και αν η κρινόμενη ρήτρα εκπτώσεως φαίνεται εκ πρώτης όψεως να αντίκειται στον νόμο ή τα χρηστά ήθη, μπορούμε μέσω της ερμηνείας να περιορίσουμε σημαντικά το πεδίο εφαρμογής της ΑΚ 208 § 1 ειδικά στις διατάξεις τελευταίας βούλησης. Απομένουν βέβαια οι μάλλον σπάνιες περιπτώσεις που επισημάναμε παραπάνω (υπό IV 1), στις οποίες η ρήτρα εκπτώσεως λόγω του περιεχομένου της καθιστά ανήθικη ολόκληρη τη διαθήκη, αλλά σ' αυτές τις ακραίες περιπτώσεις η επέλευση των συνεπειών της ΑΚ 208 § 1 παρίσταται εύλογη και η ακυρότητα ολόκληρης της διαθήκης φαίνεται δικαιολογημένη.

VIII. Συμπερασματικές σκέψεις

Οι ρήτρες εκπτώσεως είναι ένας θεσμός που φαίνεται να εξυπηρετεί τις επιθυμίες –ίσως και τον εγωισμό– του διαθέτη, αλλά δημιουργεί και πολλά προβλήματα στους κληρονόμους και σε τρίτους. Ούτε που φαντάζεται ο διαθέτης, σε ποιες νομικές συνέπειες και δυσκολίες μπορεί να οδηγήσει αυτή η φαινομενικά τόσο απλή ρήτρα, την οποία προσθέτει στη διαθήκη του: Ασάφειες ως προς το περιεχόμενο, τη νομιμότητα και το κύρος των εντολών του διαθέτη· αβεβαιότητες ως προς την τύχη της κληρονομίας ή κληροδοσίας, σε περίπτωση λειτουργίας (δηλ. κατάπτωσης) της ρήτρας, αν δεν υπάρχουν υποκατάστατοι που θα μπορούν και θα θέλουν να υπεισέλθουν στη θέση των εκπεσόντων· ερωτηματικά σχετικά με το ζήτημα τί γίνεται, αν ο τετιμημένος, παρά τη σχετική απαγόρευση του διαθέτη, προσέβαλε τη διαθήκη εντός των προθεσμιών του άρθρου 1788 ΑΚ, αλλ' αφού είχε αποδεχθεί δια της συμπεριφοράς του την κληρονομία ή κληροδοσία και ενδεχομένως καταβάλει τον φόρο κληρονομίας. Αυτός είναι ο λόγος, για τον οποίο στη θεωρία οι γνώμες ως προς τη χρησιμότητα της ρήτρας εκπτώσεως στη διαθήκη διίστανται. Διάχυτη είναι κάποια επιφυλακτικότητα απέναντι στην εν λόγω ρήτρα⁸⁵, την οποία ορισμένοι συγγραφείς χαρακτηρίζουν ως «δικτατορία του διαθέτη (Erblasserdiktatur)⁸⁶, άλλοι ως «βασανισμό ψυχής» (Seelenfolter) για τον εγκατάστατο⁸⁷ και άλλοι τη βλέπουν ως δυνατότητα του διαθέτη «να επιβάλλει (μέσω αυτής) ακόμη και από τον τάφο τη θέλησή του στον κληρονόμο»⁸⁸.

Τις ρήτρες εκπτώσεως στις διαθήκες πρέπει να τις διακρίνουμε σε δύο βασικές κατηγορίες: Σ' εκείνες που αποβλέπουν στην εκπλήρωση της τελευταίας βούλησης του διαθέτη και σ' εκείνες, με τις οποίες επιδιώκεται η διασφάλιση του κύρους της διαθήκης του κληρονομούμενου. Τα κίνητρα, οι προϋποθέσεις κύρους, οι συνέπειες της κατάπτωσης (άλλως λειτουργίας) της ρήτρας είναι στις δύο αυτές κατηγορίες ρητρών τόσο διαφορετικές, ώστε να είναι αναγκαία η διαφορετική αντιμετώπισή τους. Στην πρώτη κατηγορία το βασικό πρόβλημα είναι ότι η

80. Για τη λειτουργία του θεσμού της μετατροπής βλ. αντί πολλών Αυγουστιανόκη, στον ΑΚ Γεωργιάδη/Σταθόπουλου, 2η έκδ. 2016, άρθρο 182 αρ. 10 επ.

81. Βουζίκας, Κληρονομικό, § 122 σ. 609· Δωρής, Σημείωση υπό την ΠρΑθ 5545/1982 ΝοΒ 31, 538· Λιτζερόπουλος, Κληρονομικόν, § 191, σ. 194.

82. Παρόμοια σκέψη είχε διατυπώσει ο Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Band 2: Das Rechtsgeschäft, 1965, § 38 σ. 696, με τον οποίο συμφωνεί και η Keuk, σε Ξένιον Ζέπου II, 1973, σ. 376. Βέβαια, η νύξη αυτή αφορά στο γερμανικό δίκαιο, αλλά λόγω της ομοιότητας της ρύθμισης στις δύο έννομες τάξεις θα μπορούσε να αξιοποιηθεί και στο πλαίσιο του δικού μας δικαίου.

83. Λιτζερόπουλος, Αι ρήτραι εκπτώσεως, σ. 468.

84. Βλ. Λιτζερόπουλο, ό.π., σ. 468 σημ. 1.

85. Birk, DNotZ 1972, 248· Simon, Festschrift für Wolf, σ. 631· Otte, Festschrift für Holzhauser, σ. 527 επ.

86. Heinrich Lange, Lehrbuch des Erbrechts, 1962, σ. 319.

87. Oertmann, ZBIFG 15, 369.

88. Keuk, Ξένιον Ζέπον II, σ. 359 επ.

τελευταία βούληση του διαθέτη (π.χ. να λάβει το πτυχίο του ο τιμώμενος, να επιστρέψει από το εξωτερικό και να εγκατασταθεί στην Ελλάδα, να παντρευτεί Έλληνα/Ελληνίδα) ενδέχεται να προσκρούει στα χρηστά ήθη, διότι άπτεται θεμάτων για τα οποία η βούληση του προσώπου πρέπει να είναι απολύτως ελεύθερη. Αντίθετα, στις περιπτώσεις ρητρών της δεύτερης κατηγορίας το προέχον είναι αν η επιθυμία ή «εντολή» του διαθέτη περί μη αμφισβήτησης της διαθήκης του προσκρούει σε κανόνες αναγκαστικού δικαίου.

Σχετικά με τις ρήτρες εκπτώσεως της δεύτερης κατηγορίας η θεωρία και η νομολογία, προσπαθώντας ν' αντιμετωπίσουν τα προβλήματα που προκύπτουν από τη χρήση τους στην εξέλιξη της κληρονομικής διαδοχής από διαθήκη, ανέδειξαν δύο κριτήρια, ένα υποκειμενικό και ένα αντικειμενικό, βοηθητικά της διάγνωσης αν οι ρήτρες αυτές είναι νόμιμες ή παράνομες. Το υποκειμενικό κριτήριο είναι αν ο εγκατάστατος που, παρά την «εντολή» του διαθέτη, αμφισβητεί το κύρος της διαθήκης, προβαίνει στην ενέργεια αυτή με περίσκεψη και μετά από μελέτη του θέματος ή από δόλο, καταχρηστικά και απειρόσκεπτα. Το αντικειμενικό κριτήριο συνίσταται στον έλεγχο αν η απαγόρευση που επιβάλλεται από τον διαθέτη μέσω της ρήτρας εκπτώσεως στον εγκατάστατο (π.χ. να μην προσβάλει το κύρος

της διαθήκης) καλύπτεται από την ελευθερία περί το διατιθέναι που αναγνωρίζει η έννομη τάξη στον πρώτο ή υπερβαίνει τα όριά της, οπότε δεν είναι δεσμευτική. Με την εξέλιξη αυτή, το κριτήριο που είχε αναδειχθεί παλαιότερα κυρίως στη θεωρία και συνίστατο στο αν η ενέργεια του εγκαταστάτου είχε ευδοκιμήσει ή όχι (π.χ. αν η αγωγή του είχε γίνει δεκτή ή απορριφθεί από τα δικαστήρια) έρχεται σε δεύτερη μοίρα από άποψη χρησιμότητας.

Αν τελικά καταλήξουμε, σε μια συγκεκριμένη περίπτωση, ότι η ρήτρα εκπτώσεως είναι άκυρη, συνήθως ως αντικείμενη σε απαγορευτική διάταξη νόμου (ΑΚ 174), ή σπανιότερα ως αντίθετη στα χρηστά ήθη (ΑΚ 178), πρέπει να βρούμε τρόπο, ερμηνεύοντας την ΑΚ 208 § 1, ώστε η ρήτρα να θεωρηθεί σαν να μην είχε γραφεί. Όπως αναδείχθηκε ανωτέρω, υπάρχουν τρόποι επίτευξης του αποτελέσματος αυτού ακόμη και στο πλαίσιο εφαρμογής της επίμαχης διάταξης. Διαφορετικά, στα μειονεκτήματα του θεσμού, τα οποία περιγράψαμε παραπάνω, προστίθεται ένα ακόμη, και μάλιστα το σοβαρότερο όλων. Γιατί, πράγματι, ποιος από τους εγκαταστάτους κληρονόμους θα θελήσει να προβάλει ακόμη και την προφανή –την εξόφθαλμη– παρανομία της ρήτρας, όταν γνωρίζει ότι με την ενέργειά του αυτή θα χάσει ό,τι προσδοκά να λάβει δια της διαθήκης;

Η προβληματική της αναλογικής εφαρμογής του νόμου περί αστικής ευθύνης του τύπου (Ν. 1178/1981) στο διαδίκτυο και ιδίως στα μέσα κοινωνικής δικτύωσης

ΚΩΝΣΤΑΝΤΙΝΟΥ Α. ΤΟΜΑΡΑ

Δικηγόρου – LL.M. Αστικού Δικαίου Πανεπιστημίου Βόννης

Η θέση της νομολογίας περί αναλογικής εφαρμογής του νόμου για την αστική ευθύνη του τύπου (Ν. 1178/1981) στο διαδίκτυο και στα μέσα κοινωνικής δικτύωσης εγείρει πληθώρα ζητημάτων. Ιδιαίτερα προβλήματα ανακύπτουν από την αναλογική εφαρμογή της διάταξης περί προδικαστικής υποχρέωσης αποστολής πρόσκλησης για εξώδικη αποκατάσταση της τιμής. Έναυσμα για την παρούσα μελέτη αποτέλεσαν αποφάσεις, οι οποίες απέρριψαν αγωγές που είχαν ως αντικείμενο προσβλητικά δημοσιεύματα στο Facebook και στο YouTube ως απαράδεκτες, ελλείψει προηγούμενης επίδοσης εξώδικης πρόσκλησης. Με την μελέτη επιχειρείται πρωτίστως ένας αξιολογικός έλεγχος της δυνατότητας και των ορίων αναλογικής εφαρμογής του Ν. 1178/1981 στο διαδίκτυο και ιδίως στα μέσα κοινωνικής δικτύωσης, ο οποίος στηρίζεται στα ιδιαίτερα γνωρίσματα και λειτουργία αυτών.

Ι. Εισαγωγή

Ο χώρος του διαδικτύου –ιδίως με την ανάδυση των μέσων κοινωνικής δικτύωσης– έχει μετατραπεί σε ένα μεγάλο ψηφιακό φόρουμ ανταλλαγής απόψεων, σχολίων, (ανα)μετάδοσης ειδήσεων και ψυχαγωγίας¹. Κυριολεκτικά με το «πάτημα ενός κουμπιού» ο χρήστης μπορεί να εκφραστεί δημόσια ή ιδιωτικά μέσω των δυνατοτήτων που του παρέχει το διαδίκτυο². Όπως, όμως, και στη διά ζώσης επικοινωνία και συναναστροφή, έτσι και στο διαδίκτυο τα θιγόμενα πρόσωπα μπορούν να ζητήσουν προστασία σε περιπτώσεις προσβολών προσωπικότητας³. Το

ζητήμα, όμως, καθίσταται πιο πολύπλοκο όταν, ενόψει της αλματώδους ανάπτυξης της τεχνολογίας, την οποία ο νομοθέτης αδυνατεί πολλές φορές να προλάβει ή να προβλέψει⁴, οι νέες

βαίνουν πάντοτε σε στάθμιση μεταξύ της προσβολής της ιδιωτικής ζωής και της ελευθερίας της έκφρασης. πρβλ. και Φουντεδάκη, Φυσικό Πρόσωπο και Προσωπικότητα στον Αστικό Κώδικα, 2012, σ. 333. Για προσβολές μέσω μηχανισμών αναζήτησης (suggest) και αυτόματης συμπλήρωσης (autocomplete) βλ. ΜΠρΑθ 11339/2012 ΔιΜΕΕ 2013, 268· Γιαννόπουλο, Η ευθύνη των μηχανισμών αναζήτησης για τις υπηρεσίες υπόδειξης (suggest) και αυτόματης συμπλήρωσης (autocomplete), ΔιΜΕΕ 2013, 168.

4. ΜΠρΡοδολ 44/2208 ΔιΜΕΕ 2009, 204 (205) (206): «Τόσο ο Ν. 1178/1981, όπως ισχύει, όσο και το [τότε ισχύον] άρθρο 681Δ ΚΠολΔ δεν ρυθμίζουν εξ απόψεως ουσιαστικού και δικονομικού δικαίου, αντίστοιχα, μεταχείριση των νέων μορφών ενημέρωσης που δημιουργήθηκαν λόγω των τεχνολογικών δυνατοτήτων του παγκόσμιου ιστού και του διαδικτύου. Η γραμματική διατύπωση των προαναφερθεισών διατάξεων των δύο νομοθετημάτων δεν προσφέρει το θεσμικό πλαίσιο υπαγωγής των ιστολογίων σε αυτές» βλ. επίσης ΠΠρΑθ 855/2016 Νόμος· ΠΠρΘεσσ 25552/2010 Ισοκράτης· ΠΠρΠειρ 4980/2009 ΔιΜΕΕ 2010, 101· βλ. και Παπακωνσταντίνου, Προσβολή της προσωπικότητας μέσω του διαδικτύου: Μεταξύ της προστασίας της προσωπικότητας και της ελευθερίας έκφρασης, ΔιΜΕΕ 2018, 31 (38): «Οι καινοφανείς τεχνολογικές [...] διαστάσεις [...] δημιουργούν

1. πρβλ. Γιαννόπουλο, Ιστολογία (blogs) και εφαρμογή της νομοθεσίας περί τύπου: Η πορεία της νομολογίας μέχρι την ΑΠ 1425/2017, ΔιΜΕΕ 2017, 494 (494). Για διαδικτυακά fora πρβλ. Πισκοπάνη, σε Μήτρου/Πισκοπάνη/Τάσση/Καρύδα/Κοκολάκη, Facebook, Blogs και Δικαιώματα, 2013, σ. 25-26.

2. Για γενιά «Μ» βλ. υποσημ. 8 σε σχόλιο Μήτρου σε ΜΠρΘεσσ 16790/2009 ΔιΜΕΕ 2009, 400. Για εποχή «Web 2» βλ. ΕφΘεσσ 2116/2020 Νόμος· Πισκοπάνη, Η προστασία της ιδιωτικότητας των χρηστών στο Facebook, ΔιΜΕΕ 2009, 338· πρβλ. επίσης Μαρίνο, Το internet και οι συνέπειές του κυρίως στον χώρο του Αστικού Δικαίου, ΕλλΔνη 1998, 1 (2).

3. Βλ. σκέψεις 27, 28 και 37 του ΕΔΔΑ, Pihl κατά Σουηδίας ΔιΜΕΕ 2017, 307, βάσει των οποίων τα εθνικά δικαστήρια πρέπει να προ-

αυτές τεχνολογικές δυνατότητες παρουσιάζουν ιδιαίτερα χαρακτηριστικά που δεν επιτρέπουν την εφαρμογή των κοινών διατάξεων και επομένως ανοίγουν τη θύρα για αναλογική εφαρμογή διατάξεων της υπάρχουσας νομοθεσίας⁵.

Στην περίπτωση προσβολών προσωπικότητας (57, 59, 914 επ. ΑΚ) οι οποίες τελούνται στο διαδίκτυο, τα δικαστήρια φαίνεται σε ένα βαθμό να διχάζονται ως προς τις εφαρμοστέες διατάξεις. Καταρχήν, η νομολογία ομονοεί στην αναλογική εφαρμογή του Ν. 1178/1981 περί αστικής ευθύνης του τύπου επί προσβολών προσωπικότητας που τελούνται μέσω διαδικτύου γενικότερα. Ωστόσο, μία μερίδα της νομολογίας (βλ. υπό ΙΙ 2) εξαίρει από την αναλογική αυτή εφαρμογή ορισμένες κατηγορίες διαδικτυακών ιστοτόπων, επί τη βάσει ορισμένων κριτηρίων, με αποτέλεσμα να μην εφαρμόζει τον ως άνω νόμο αλλά μόνο τις κοινές διατάξεις του ΑΚ⁶. Η αναλογική εφαρμογή του νόμου περί αστικής ευθύνης του τύπου επιφέρει ορισμένες πρακτικές συνέπειες (βλ. υπό ΙΙ 2), με αιχμή του δόρατος, όπως θα αναλυθεί ειδικότερα, αυτή της προδικαστικής υποχρέωσης αποστολής εξώδικης πρόσκλησης επί ποινή απαραδέκτου της αγωγής.

II. Τα γενικά χαρακτηριστικά του Ν. 1178/1981

1. Προϋποθέσεις

Ο νόμος περί αστικής ευθύνης του τύπου, όπως προκύπτει άλλωστε και από τον ίδιο τον τίτλο, αναφέρεται στον δημοσιογραφικό χώρο. Συγκεκριμένα, αφορά σε προσβλητικά δημοσιεύματα που περιέχονται σε έντυπα μέσω ενημέρωσης, τα οποία εμφανίζουν επιχειρηματική διάρθρωση και ιεραρχική δομή μέσω των προσώπων που τα στελεχώνουν (ιδιοκτήτης εντύπου, εκδότης, διευθυντής σύνταξης, συντάκτης). Αναφέρεται, επομένως, σε δημοσιογραφικά έντυπα (εφημερίδες, περιοδικά κ.λπ.), τα οποία προορίζονται για μαζική ενημέρωση και διάδοση, κατά την έννοια του άρθρου 1 εδ. α' του ΑΝ 1092/1938 και 14 παρ. 1 και 2 του Συντάγματος. Παράλληλα, προϋποθέτει καταρχήν την επαγγελματική ιδιότητα του δημοσιογράφου, ως ατόμου δηλαδή που ασκεί το κοινωνικό λειτουργήμα της δημοσιογραφίας⁷. Πρόκειται για νόμο που ρυθμίζει κυρίως ζητήματα αστικής και ποινικής ευθύνης του ιδιοκτήτη και θεσπίζει ένα σύνολο υποχρεώσεων, τις οποίες εκείνος οφείλει να τηρεί. Συνεπώς, ο νόμος αυτός μπορεί να αναγνωστεί και ως «νόμος περί αντικειμενικής ευθύνης του ιδιοκτήτη μέσω ενημέρωσης».

2. Έννομες συνέπειες

Η υπαγωγή ενός δημοσιεύματος στον νόμο περί αστικής ευθύνης του τύπου επιφέρει ορισμένες έννομες συνέπειες σε

επίπεδο δικονομικού αλλά και ουσιαστικού δικαίου⁸ και δεν αποτελεί μία απλή δογματική αναζήτηση σε επίπεδο θεωρητικού ενδιαφέροντος.

Παρενθετικά αναφέρεται πως μετά την εισαγωγή του άρθρου 614 παρ. 7 ΚΠολΔ με τον Ν. 4335/2015, όλες οι διαφορές από δημοσιεύματα που αφορούν σε αποκατάσταση οποιασδήποτε μορφής ζημίας, περιουσιακής ή ηθικής βλάβης, που προκλήθηκε μέσω διαδικτύου –ασχέτως του αν εφαρμόζεται αναλογικά ή μη ο Ν. 1178/1981– εκδικάζονται κατά την ειδική διαδικασία των περιουσιακών διαφορών⁹.

Πρώτη βασική συνέπεια υπαγωγής στον Ν. 1178/1981 συνιστά η ενεργοποίηση της αντικειμενικής ευθύνης του ιδιοκτήτη σύμφωνα με την παρ. 1 του άρθρου μόνου του ανωτέρω νόμου, εφόσον ο συντάξας το επίμαχο κείμενο βαρύνεται με υπαιτιότητα ή, εάν αυτός είναι άγνωστος, ο εκδότης ή ο διευθυντής σύνταξης του εντύπου^{10, 11}. Δεύτερον, το θιγόμενο πρόσωπο είναι υποχρεωμένο σύμφωνα με την παρ. 5 του Ν. 1178/1981 πριν την έγερση αγωγής να αποστείλει –επί ποινή απαραδέκτου αυτής¹²– εξώδικη πρόσκληση προς τον ιδιοκτήτη ή τον διευθυντή σύνταξης του– με την οποία τον καλεί να αποκαταστήσει την προσβολή με την καταχώριση σε αυτό κειμένου που του υποδεικνύει. Εάν λάβει χώρα η αποκατάσταση της προσβολής, σύμφωνα με την παρ. 5, αποσβέννεται η αγωγή για αξίωση για ικανοποίηση ηθικής βλάβης. Τρίτον, προβλέπεται, κατά την παρ. 5, αρκετά σύντομη, εξαμήνη, παραγραφή της σχετικής αξίωσης. Τέταρτον, προβλέπονται ποινικές ευθύνες με τις εκεί ειδικότερες προϋποθέσεις της παρ. 3. Ως πέμπτη

8. Αντίστοιχα Γιαννόπουλος, ό.π., ΔιΜΕΕ 2017, 494 (495). Αναστασιάδου, Το νομικό καθεστώς των ιστολογίων (blogs), ΔιΜΕΕ 2018, 476 (478).

9. ΠΠρΘεσ 8680/2019 ΕφΑΔ 2019, 1184 (1188). ΜΠρΑθ 497/2017 ΔιΜΕΕ 2017, 568 (570). Ανθιμος, Προσβολή προσωπικότητας στο διαδίκτυο: Η δικονομική διάσταση, ΔιΜΕΕ 2017, 359 (367). ο ίδιος, σχόλιο σε ΠΠρΘεσ 15188/2015 Αρμ 2016, 832 (845). Μπαμπινιώτης, Η ειδική διαδικασία των περιουσιακών διαφορών κατά τον νέο Κώδικα Πολιτικής Δικονομίας, ΕΠολΔ 2014, 222. Παλαιότερα η υπαγωγή των διαδικτυακών δημοσιευμάτων στον Ν. 1178/1981 επηρέαζε και τη διαδικασία, καθώς αν κρινόταν ότι υφίσταται περίπτωση αναλογικής εφαρμογής, τότε τα διαδικτυακά δημοσιεύματα εκδικάζονταν κατά την ειδική διαδικασία σύμφωνα με το άρθρο 681Δ ΚΠολΔ, ενώ αν κρινόταν ότι δεν υφίστατο περίπτωση αναλογικής εφαρμογής, τότε εκδικάζονταν κατά την τακτική διαδικασία, με αποτέλεσμα πολλές αγωγές εισηγμένες κατά την ειδική διαδικασία να παραπεμφθούν στην τακτική (βλ. ΠΠρΑθ 855/2016 Νόμος. ΠΠρΑθ 3799/2015 ΔιΜΕΕ 2016, 77 (82). ΠΠρΘεσ 22228/2011 ΔιΜΕΕ 2011, 379. ΠΠρΘεσ 25552/2010 Ισοκράτης) ή να απορριφθούν ως απαράδεκτες (βλ. ΠΠρΠερ 4980/2009 ΔιΜΕΕ 2010, 101) ή αντίστροφα να κρατηθούν και να εκδικαστούν κατά την ειδική διαδικασία παρά την εισαγωγή τους στην τακτική (βλ. Ειρκρωπίας 255/2017 Ισοκράτης).

10. ΑΠ 1940/2014 ΕΠολΔ 2015, 44. ΑΠ 271/2012 ΝοΒ 2012, 864. πρβλ και Σωτηρόπουλο, Περί της αναλογικής εφαρμογής του νόμου περί τύπου στα ιστολόγια (blogs), Ραδαμάνθους 2009-2010, 33 (34), ο οποίος κάνει λόγο για μη πλήρη αντικειμενική ευθύνη αλλά ευθύνη σε συνάρτηση με την πταισματοκή του συντάκτη ή του διευθυντή.

11. Όπως ορθώς παρατηρεί η ΑΠ 1425/2017 (ΔιΜΕΕ 2017, 590), στην περίπτωση αναρτήσεων που πραγματοποιούνται στον χώρο φιλοξενίας περιεχομένου από «αποδέκτες της πληροφορίας», δηλαδή από τρίτους αναγνώστες-χρήστες που αναρτούν κείμενα, δεν ισχύει η αντικειμενική ευθύνη του Ν. 1178/1981 αλλά η διάταξη του άρθρου 13 ΠΔ 131/2003 περί φιλοξενίας, ενώ καταφασκει η αντικειμενική ευθύνη κατά τον Ν. 1178/1981 στην περίπτωση αναρτήσεων που γίνονται στον διαδικτυακό τόπο «φορέα παροχής υπηρεσιών», ο οποίος εξομοιώνεται με ιδιοκτήτη εντύπου. βλ. σχετ. Γιαννόπουλο, ό.π., ΔιΜΕΕ 2017, 494.

12. πρβλ. ΠΠρΑθ 2718/2017 Ισοκράτης (απορρίπτει ως απαράδεκτη).

νέες, εν πολλοίς ανεξερεύνητες πτυχές στη νομική αντιμετώπιση των ζητημάτων που ανακύπτουν [...]» πρβλ. και ΔΕΕ C-210-2016 ΔιΜΕΕ 2018, 261 για το πρόβλημα των «cookies» που είχε ανακύψει.

5. πρβλ. και Τσάτσο, Το Πρόβλημα της Ερμηνείας του Δικαίου, 1978, σ. 147, κατά τον οποίο εάν ο νομοθέτης δεν απέβλεπε σε νομοθετική ρύθμιση ενός περιστατικού «αποκλείεται μὲν ἡ κατὰ το θετικὸν δίκαιον ρύθμισις, ἀλλὰ τὸ περιστάτικόν διέπεται ὑπὸ τῆς ιδέας τοῦ δικαίου, διότι παν κοινωνικὸν γεγονός διέπεται ὑπ' αὐτῆς». Υπέρ όμως μίας νομοθετικής αλλαγής για τα ζητήματα που εντοπίζονται στο διαδίκτυο, καθώς η αναλογική εφαρμογή του Ν. 1178/1981 δεν αρκεί: Στρατηλάτης, Χρειάζεται ειδική ρύθμιση η δημόσια σφαίρα του διαδικτύου, ΕφημΔΔ 2014, 94 (111).

6. Συνήθως είναι και η ταυτόχρονη εφαρμογή λοιπών νομοθετημάτων, όπως λ.χ. το ΠΔ 131/2003 ή ο Ν. 2472/1997.

7. Ενδεικτικά: ΑΠ 292/2020 Νόμος (δημοσίευμα σε εφημερίδα). ΑΠ 129/2020 Νόμος (δημοσίευμα σε εφημερίδα). ΑΠ 574/2019 Νόμος (δημοσίευμα σε εφημερίδα). ΠΠρΑθ 3033/2019 Νόμος (δημοσίευμα σε περιοδικό).

βασική συνέπεια θα μπορούσε να θεωρηθεί το ύψος της χρηματικής ικανοποίησης λόγω ηθικής βλάβης κατά την παρ. 2, το οποίο κατά κανόνα θα είναι μεγαλύτερο από το συνηθισμένο, δεδομένου του δημόσιου χαρακτήρα της προσβολής σε ένα μέσο ενημέρωσης.

III. Η εφαρμογή του νόμου Ν. 1178/1981 στο διαδίκτυο κατά τη νομολογία

2. Η άποψη περί αναλογικής εφαρμογής

α. Στο διαδίκτυο γενικά

Ορισμένες αποφάσεις χρησιμοποιούν ευρεία διατύπωση αναφέροντας πως ο Ν. 1178/1981 εφαρμόζεται αναλογικά σε προσβολές που συντελούνται στο διαδίκτυο «[...] μέσω ηλεκτρονικών ιστοσελίδων που λειτουργούν ως διεθνές μέσο διακίνησης πληροφοριών [...]»¹³ ή «[...] με αποτέλεσμα οποιαδήποτε προσβολή της προσωπικότητας πραγματοποιείται μέσω διαδικτύου («internet») να συνιστά διά του τύπου προσβολή [...]»¹⁴. Κάποιες φορές χρησιμοποιούνται ορισμένες παραλλαγές στις διατυπώσεις της νομολογίας με σκοπό να προσδιοριστεί ειδικότερα, κατά κάποιο τρόπο, το πεδίο εφαρμογής του νόμου με φράσεις όπως: «μέσω ηλεκτρονικών ιστοσελίδων (ηλεκτρονικών περιοδικών)»¹⁵ ή «σε ηλεκτρονική ιστοσελίδα εφημερίδας»¹⁶.

Η ανωτέρω νομολογία στηρίζει την κρίση της στον ακόλουθο συλλογισμό: α) ο τύπος κατά την έννοια του άρθρου 14 παρ. 2 εδ. α' Συντ. περιλαμβάνει όλα τα έντυπα που είναι κατάλληλα και προορισμένα για διάδοση, κατά δε το άρθρο 1 εδ. α' του ΑΝ 1092/1938 «τύπος και έντυπον είναι παν ό,τι εκ τυπογραφίας ή οιοδήποτε άλλου μηχανικού ή χημικού μέσου παράγεται εις όμοια αντίτυπα και χρησιμεύει εις πολλαπλασιασμόν ή διάδοσιν χειρογράφων, εικόνων ή παραστάσεων μετά ή άνευ σημειώσεων [...]»¹⁷, ενώ ο ορισμός που κρατεί πλέον είναι ότι έντυπο είναι κάθε κείμενο, το οποίο έχει παραχθεί με μηχανική ή φυσικοχημική ή ηλεκτρονική διαδικασία κατάλληλη για παραγωγή σημαντικού αριθμού αντιτύπων και προορίζεται για διάδοση¹⁸.

13. ΑΠ 1425/2017 ΔιΜΕΕ 2017, 590· ΑΠ 1701/2013 ΧρΙΔ 2014, 519· ΕφΘεσσ 1511/2020 Qualer· ΕφΑΘ 1057/2020 ΔιΜΕΕ 2020, 351· ΕφΑΘ 1204/2017 Ισοκράτης· ΕφΑΘ 1065/2016 ΔιΜΕΕ 2016, 398 (401)· ΕφΑΘ 963/2016 ΔιΜΕΕ 2016, 478 (487)· ΕφΠειρ 429/2016 Νόμος· ΕφΑΘ 164/2011 ΔιΜΕΕ 2011, 504· ΕφΔωδ 36/2011 Νόμος· ΠΠρΑΘ 643/2020 Ισοκράτης· ΠΠρΘεσσ 8680/2019 ΕφΑΔ 2019, 1184 (1188)· ΠΠρΑΘ 4544/2017 ΔιΜΕΕ 2018, 61 (62). Υπέρ της αναλογικής εφαρμογής του Ν. 1178/1981 στο διαδίκτυο: Αδαμίδης, Προσβολή της προσωπικότητας διά του τύπου και στοιχειοθέτηση ηθικής βλάβης, 2016, σ. 60· μάλλον και Καράκωστας, Δίκαιο & Ίντερνετ, 2009, σ. 81 και 86· βλ. όμως ΑΠ 848/2019 Νόμος.

14. ΠΠρΑΘ 1767/2015 ΔιΜΕΕ 2016, 562 (563)· ΠΠρΘεσσ 15188/2015 Αρμ 2016, 832· ΠΠρΑΘ 6411/2013 ΕλλΔνη 2014, 821· ΠΠρΑΘ 6148/2013 Νόμος· βλ. και ΑΠ 1752/2007 ΧρΙΔ 2008, 521· Βαθρακοκοίλη, Διαδικασία διαφορών από προσβολές με δημοσιεύματα ή ραδιοτηλεοπτικές εκπομπές (681Δ ΚΠολΔ), 2008, σ. 17.

15. ΑΠ 576/2015 Νόμος· ΕφΠειρ 680/2009 Ισοκράτης· ΕφΑΘ 8962/2006 Ισοκράτης· ΠΠρΑΘ 2718/2017 Ισοκράτης· ΠΠρΠειρ 27/2009 ΔιΜΕΕ 2009, 65· βλ. επίσης ΜΠρΑΘ 1721/2014 Ισοκράτης· ΑΠ 1596/2011 ΔιΜΕΕ 2012, 360, η οποία επικυρώνει την ΕφΠειρ 680/2009.

16. ΑΠ 1652/2013 ΝοΒ 2014, 616· πρβλ. Καράκωστας, ό.π., σ. 69: «[...] στις ηλεκτρονικές εφημερίδες ή περιοδικά, τα οποία κατά κύριο λόγο δεν διαφέρουν σε τίποτα από την εφημερίδα ή το περιοδικό [...]»· τον ίδιο, Το Δίκαιο των ΜΜΕ, 2013, σ. 513· Αναστασιάδου, ό.π., ΔιΜΕΕ 2018, 476 (477).

17. Ενδεικτικά: ΠΠρΠειρ 27/2009 ΔιΜΕΕ 2009, 65· πρβλ. και Βαθρακοκοίλη, ό.π., σ. 12· βλ. επίσης Καράκωστας, Το Δίκαιο των ΜΜΕ, 2013, σ. 509: «[...] ένα σημαντικό τμήμα του υλικού που διακινείται στο Διαδίκτυο συνιστά τύπο με την έννοια του άρθρου 14 παρ. 2 εδ. 1 Σ».

18. Δαγτόγλου, Ατομικά Δικαιώματα, 1991, τομ. Ι, σ. 451 επ.· βλ. και

β) το διαδίκτυο συνδυάζει το στοιχείο της μαζικότητας, καθώς απευθύνεται σε μεγάλο και κατ' αρχήν απροσδιόριστο αριθμό προσώπων, αλλά και το στοιχείο της ενημέρωσης, αφού παρέχει γνώμες, πληροφορίες, γνώσεις και ψυχαγωγία στους αποδέκτες· γ) για τις διαδικτυακές προσβολές δεν υπάρχει ιδιαίτερο νομικό πλαίσιο και η αντιμετώπισή τους δεν μπορεί να γίνει παρά μόνο με την αναλογική εφαρμογή της ήδη υπάρχουσας νομοθεσίας περί αστικής ευθύνης του τύπου και δ) πως η πληροφόρηση μέσω του διαδικτύου είναι η εξέλιξη της ηλεκτρονικής πληροφόρησης μέσω του ραδιοφώνου και της τηλεόρασης, αφού η διαδικτυακή πληροφόρηση δεν διαφέρει ως προς τα ουσιαστικά στοιχεία από εκείνη που παρέχεται με τον ηλεκτρονικό τύπο. Συνεπώς, ο Ν. 1178/1981 εφαρμόζεται αναλογικά και στα δημοσιεύματα του διαδικτύου.

β. Στα ιστολόγια (blogs)

Η νομολογία, προκειμένου να συμπεριλάβει και τα ιστολόγια στην έννοια του τύπου, αναφέρει πως ο Ν. 1178/1981 εφαρμόζεται πέρα από τις «ιστοσελίδες και στα ιστολόγια»¹⁹ ή με διαφορετική διατύπωση: σε προσβολές που πραγματοποιούνται «[...] μέσω ηλεκτρονικών ιστοσελίδων ή άλλων ιστοτόπων (όπως blogs) [...]»²⁰. Ως εκ τούτου, έχει γίνει δεκτή από τη νομολογία η αναλογική εφαρμογή του νόμου περί αστικής ευθύνης του τύπου και σε blogs, με την αιτιολογία ότι το σύνολο των ιστολογίων έχουν ειδησεογραφικό/ενημερωτικό περιεχόμενο, μη αρκούντως εκ του σκοπού τους μόνο σε ανταλλαγή απόψεων, ιδεών, σκέψεων και αναλύσεων μέσω διαδραστικής επικοινωνίας των χρηστών τους²¹.

γ. Στα μέσα κοινωνικής δικτύωσης (social media)

Η νέα τάση της νομολογίας²², ερειδόμενη στις παλαιότερες αποφάσεις της περί αναλογίας στο διαδίκτυο και στα ιστολόγια, επεκτείνει το πεδίο εφαρμογής του Ν. 1178/1981 και στα μέσα κοινωνικής δικτύωσης (social media)²³, όπως Facebook²⁴, Twitter²⁵, αλλά και σε ιστοσελίδες, όπως το YouTube²⁶. Σε αυτές

άρθρο 2 παρ. 4 περ. α' Ν. 3310/2005: «[...] την έκδοση [ή εκτύπωση ή διανομή] εφημερίδων ή περιοδικών, [...] συμπεριλαμβανομένης της ηλεκτρονικής [...]»· πρβλ. και Βαθρακοκοίλη, ό.π., σ. 9-10. Για τη θεωρία εικονικού αντιτύπου βλ. Καράκωστας, Δίκαιο & Ίντερνετ, 2003, σ. 45· ΠΠρΑΘ 855/2016 Νόμος· ΠΠρΘεσσ 25552/2010 Ισοκράτης· ΠΠρΠειρ 4980/2009 ΔιΜΕΕ 2010, 101.

19. ΕφΑΘ 1143/2016 Ισοκράτης· ΕφΑΘ 1065/2016 ΔιΜΕΕ 2016, 398 (398)· ΠΠρΑΘ 3712/2020 ΧρΙΔ 2021, 103· ΜΠρΑΘ 6827/2018 δημ. σε loukadounoslawfirm.gr (τελευταία είσοδος 13.12.2020)· ΜΠρΑΘ 2082/2017 δημ. σε vagenaslaw.gr (τελευταία είσοδος 13.12.2020)· ΜΠρΑΘ 497/2017 ΔιΜΕΕ 2017, 568 (570).

20. ΕφΘεσσ 2116/2020 Νόμος· ΕφΑΘ 1442/2015 Ισοκράτης· ΕφΑΘ 3071/2014 Ισοκράτης· ΕφΔωδ 220/2013 ΔιΜΕΕ 2014, 198 (199)· ΠΠρΑΘ 3938/2019 Ισοκράτης· ΠΠρΑΘ 1101/2018 ΕφΑΔΠολΔ 2018, 750 (752)· ΠΠρΘεσσ 10144/2016 Αρμ 2017, 192· ΠΠρΑΘ 61/2016 Νόμος· ΠΠρΒερ 25/2014 Νόμος· ΠΠρΑΘ 2644/2013 Νόμος· Ειρ-Κρωπίας 255/2017 Ισοκράτης.

21. ΕφΑΘ 963/2016 ΔιΜΕΕ 2016, 478· ΕφΑΘ 1204/2017 Ισοκράτης· ΕφΑΘ 1143/2016 Ισοκράτης· ΕφΑΘ 1065/2016 ΔιΜΕΕ 2016, 398 (398)· ΕφΑΘ 1442/2015 Ισοκράτης· πρβλ. και Κατερινόπουλο, Η άμυνα των θιγομένων από πληροφορίες που αναμεταδίδονται/αναρτώνται αυτόματα σε ιστολόγια, ΔιΜΕΕ 2008, 485, ο οποίος θεωρεί ότι τα ιστολόγια επιτελούν λειτουργία όμοια με αυτή του τύπου και ότι επέχουν θέση οιονεί εφημερίδας.

22. Έτσι και Άνθιμος, ό.π., ΔιΜΕΕ 2017, 359 (367).

23. Για την έννοια των ιστοσελίδων κοινωνικής δικτύωσης βλ. Πισκοπάνη, σε Μήτρου/Πισκοπάνη/Τάσση/Καρύδα/Κοκολάκη, ό.π., σ. 21.

24. ΕφΑΘ 1057/2020 ΔιΜΕΕ 2020, 351· ΠΠρΑΘ 1101/2018 ΕφΑΔΠολΔ 2018, 750.

25. ΠΠρΑΘ 1767/2015 ΔιΜΕΕ 2016, 562.

26. ΠΠρΑΘ 643/2020 Ισοκράτης.

τις αποφάσεις δεν αναφέρονται, όμως, επιπλέον επιχειρήματα· η νομολογία απλώς υπάγει τα αναφερόμενα μέσα κοινωνικής δικτύωσης και το YouTube στον νόμο περί αστικής ευθύνης του τύπου, χρησιμοποιώντας τις διατυπώσεις της ήδη υπάρχουσας νομολογίας.

3. Η αποκλίνουσα άποψη της νομολογίας

Διαφορετική στάση κρατεί η νομολογία σε ορισμένες αποφάσεις, η οποία, αν και δεχόμενη καταρχήν την αναλογική εφαρμογή του Ν. 1178/1981 στο διαδίκτυο γενικότερα²⁷, θεωρεί πως αυτός δεν εφαρμόζεται στην περίπτωση των ιστολογίων και άρα εφαρμοστέες είναι οι κοινές διατάξεις του ΑΚ (57, 59, 914 επ.)²⁸. Η θέση αυτή εδράζεται στα εξής επιχειρήματα: α) το ιστολόγιο είναι διαδραστικό μέσο²⁹ και στο σημείο αυτό διαφέρει από τις ιστοσελίδες που διατηρούν τα μέσα ενημέρωσης στο διαδίκτυο, διότι η διαμόρφωσή του περιεχομένου του δεν αποφασίζεται μόνο από τον κύριο και τους δημοσιογράφους του μέσου ενημέρωσης, αλλά από όλους τους χρήστες του ιστολογίου, οι οποίοι είναι αναγνώστες αυτού· β) ο κάτοχος – διαχειριστής του ιστολογίου δεν επιλέγει τους αναγνώστες του, ούτε μπορεί να επιλέγει κατά κανόνα ποιοι από αυτούς μπορούν να δημοσιεύουν σχόλια (συνήθως ανωνύμως), ενώ η επέμβασή του σε σχόλια, στα οποία εκ των πραγμάτων δεν μπορεί να γνωρίζει το αληθές ή μη του περιεχομένου τους, είναι συνήθως κατασταλτική· γ) ο σκοπός δημιουργίας και ο προορισμός της λειτουργίας των blogs δεν είναι η μαζική ενημέρωση και η διάδοση, στοιχεία απαραίτητα για τον χαρακτηρισμό ενός εντύπου ως τύπου³⁰. δ) το περιεχόμενο των ιστολογίων να μην είναι προσβάσιμο σε απεριόριστο αριθμό ατόμων, αυτό όμως δεν αποτελεί τον αυτοσκοπό του διαχειριστή και κατόχου τους καθώς και των αναγνωστών τους· ε) αν και υφίσταται ομοιότητα ως προς το ότι και στα ιστολόγια, όπως και στον τύπο, το περιεχόμενο είναι προσβάσιμο σε απεριόριστο αριθμό ατόμων, αξιολογικά σπουδαιότερη και νομικά κρισιμότερη κρίνεται στην προκειμένη περίπτωση η υφιστάμενη μεταξύ αυτών διαφορά ως προς το γεγονός ότι στις περιπτώσεις διατάξεις απαιτείται σκοπός και προορισμός του κειμένου προς διάδοση και μαζική ενημέρωση και στ) το επικουρικό επιχείρημα πως τα ιστολόγια δεν εμφανίζουν την επιχειρηματική διάρθρωση των παραδοσιακών εντύπων, συνεπεία της οποίας ο ιδιοκτήτης ενός εντύπου, ως οικονομικά ισχυρότερος είναι σε θέση να ανταπεξέλθει στην καταβολή υψηλών αποζημιώ-

σεων (αρχή επιχειρηματικής ευθύνης)³¹, υπέχοντας μάλιστα αντικειμενική ευθύνη κατά την παρ. 1 του μόνου άρθρου του Ν. 1178/1981 για προσβλητικά δημοσιεύματα των συντακτών του· συνακόλουθα, τυχόν αναλογική εφαρμογή θα οδηγούσε στο κοινωνικά αφόρητο αποτέλεσμα³², τέτοια υπέρογκα ποσά να καταβάλλονται από τον διαχειριστή – κάτοχο του ιστολογίου, δηλαδή από έναν απλό πολίτη που ουδεμία σχέση με τη δημοσιογραφία έχει³³. Ας μην λησμονείται ότι η παγκόσμια εμβέλεια του διαδικτύου μεγεθύνει την προ(σ)βολή³⁴ εκείνου που θίγεται, πράγμα το οποίο λαμβάνεται υπόψη στον υπολογισμό του ύψους της αποζημίωσης³⁵.

Πρέπει, βέβαια, να σημειωθεί ότι σε αρκετές περιπτώσεις³⁶ τα δικαστήρια έχουν προχωρήσει στην εκδίκαση αγωγών με αντικείμενο προσβλητικά διαδικτυακά δημοσιεύματα βάσει των κοινών διατάξεων του ΑΚ, δίχως να έχουν προβεί –στη μείζονα σκέψη– σε (προ)εξέταση του ζητήματος περί αναλογικής ή μη εφαρμογής του Ν. 1178/1981 στην εκάστοτε διαδικτυακή πλατφόρμα που αναρτήθηκε το επίδικο δημοσίευμα, γεγονός το οποίο μάλλον μπορεί να εκληφθεί ως σιωπηρή απόρριψη της άποψης ότι εφαρμόζεται αναλογικά ο Ν. 1178/1981 στις εκεί κρινόμενες υποθέσεις. Αυτό μπορεί να συνέβη διότι ο δικαστής να μην έλεγξε, σε επίπεδο προκατανόησης, την τυχόν ύπαρξη κενού δικαίου, θεώρησε όμως ότι δεν υφίσταται τέτοιο και άρα προέβη σε ευθεία εφαρμογή των κοινών διατάξεων του ΑΚ³⁷.

31. Για επίκληση της αρχής της επιχειρηματικής ευθύνης βλ. ΠΠρΑθ 855/2016 Νόμος· ΠΠρΑθ 3799/2015 ΔιΜΕΕ 2016, 77 (80)· ΠΠρΘεσσ 22228/2011 ΔιΜΕΕ 2011, 379· ΠΠρΘεσσ 25552/2010 Ισοκράτης. Για την αρχή αυτή γενικότερα βλ. *Καράκωστα*, Δίκαιο & Ίντερνετ, 2009, σ. 88-89.

32. Αυτό το επιχείρημα είχε μεγαλύτερη σημασία όταν ήταν ακόμα σε ισχύ οι προηγούμενες μορφές της παρ. 2 του Ν. 1178/1981, οι οποίες προέβλεπαν ελάχιστα όρια αποζημίωσης. Η νομοθετική όμως αυτή πρόβλεψη κρίθηκε αντισυνταγματική: ΕΔΔΑ, Λιοναράκης κατά Ελλάδας, προσβάσιμη σε: [33. Για τα επιχειρήματα αυτά βλ. νομολογία σε υποσημ. 28.](https://hudoc.echr.coe.int/eng#(τελευταία%20είσοδος%2013.12.2020):%20ΟΛΑΠ%206/2011%20ΧρΙΔ%202011,%20731-%20ΑΠ%2065/2013%20Νόμος.%20ΑΠ%20531/2014%20Νόμος.%20βλ.%20και%20αιτιολογική%20έκθεση%20παρ.%201%20άρθρου%2037%20Ν.%204356/2015,%20ΚΝοΒ,%202015,%201806-1807-%20βλ.%20όμως%20και%20Καράκωστα,%20Δίκαιο%20&%20Ίντερνετ,%202009,%20σ.%20101,%20ο%20οποίος%20θεωρούσε%20δικαιολογημένη%20τη%20νομοθετική%20πρόβλεψη%20κατώτατων%20ορίων%20αποζημίωσης.%20Σε%20κάθε%20περίπτωση%20δεν%20μπορεί%20έναν%20απλός%20πολίτη%20να%20κληθεί%20να%20καταβάλει%20ίδιου%20ύψους%20αποζημίωση%20για%20προσβλητικό%20δημοσίευμα%20με%20αυτή%20που%20θα%20κατέβαλλε%20έναν%20δημοσιογράφο,%20δεδομένου%20ότι%20ο%20τελευταίος%20βαρύνεται%20με%20την%20υποχρέωση%20αναζήτησης%20της%20αλήθειας,%20όταν%20ασκεί%20το%20κοινωνικό%20λειτούργημα%20της%20δημοσιογραφίας%20και%20άρα%20το%20πταίσμα%20του%20είναι%20ο%20«βαρύτερο»,%20όταν%20λ.χ.%20προβαίνει%20σε%20συκοφαντικό%20δημοσίευμα.</p>
</div>
<div data-bbox=)

34. Πρβλ. νομολογία, η οποία χρησιμοποιεί είτε τη λέξη «προβολή» είτε τη «προβολή»: ΕφΑθ 1204/2017 Ισοκράτης (προσβολή)· ΕφΑθ 1065/2016 ΔιΜΕΕ 2016, 398 (398) (προσβολή)· ΕφΑθ 1143/2016 Ισοκράτης (προσβολή)· ΕφΑθ 3071/2014 Νόμος (προβολή)· ΕφΔωδ 220/2013 Νόμος (προβολή)· ΠΠρΑθ 643/2020 Ισοκράτης (προβολή).

35. Έτσι: *Αναστασιάδου*, σχόλιο σε ΜΠλημΒολ 1456/2018 ΔιΜΕΕ 2019, 213 (217).

36. ΕφΘεσσ 398/2020 δημ. σε *vagenaslaw.gr* (τελευταία είσοδος 13.12.2020)· ΕφΘεσσ 1960/2014 ΔιΜΕΕ 2015, 487· ΠΠρΑθ 272/2019 ΔιΜΕΕ 2019, 78· ΜΠρΑθ 2888/2020 ΔιΜΕΕ 2020, 361· ΜΠλημΒολ 1456/2018 ΔιΜΕΕ 2019, 213· ΜΠρΘεσσ 1024/2015 ΕλλΔνη 2015, 1456· ΜΠρΘεσσ 34697/2010 Νόμος· ΜΠρΘεσσ 16790/2009 ΔιΜΕΕ 2009, 400. Ρητά περί μη αναλογικής εφαρμογής στο Facebook: ΠΠρΑθ 3667/2020 αδημ.· ΠΠρΑθ 1122/2014 Νόμος. Τις κοινές διατάξεις (§§ 823, 1004 BGB) φαίνεται να εφαρμόζει και η γερμανική νομολογία στα social media: OLG Oldenburg, Urt. v. 16.03.2018 - 13U 77/17, BeckRS 2018, 11487· LG Frankfurt/M., Urt. v. 05.12.2019 - 2-03 O 194/19, MMR 2020, 256· LG Frankfurt/M., Urt. v. 13.09.2018 - 2-03 O 283/18, ZUM-RD 2019, 164.

37. Στην περίπτωση βέβαια που ο εναγόμενος είχε προβάλει ισχυρισμό περί αναλογικής εφαρμογής του Ν. 1178/1981, ο δικαστής

27. «Ευχερώς δύναται να συναχθεί ότι οι προαναφερόμενες περί τύπου διατάξεις μπορούν να εφαρμοστούν αναλογικά και επί προσβολών προσωπικότητας, οι οποίες συντελούνται στο διαδίκτυο, μέσω ηλεκτρονικών ιστοσελίδων [...]»: έτσι: ΠΠρΑθ 855/2016 Νόμος· ΠΠρΑθ 3799/2015 ΔιΜΕΕ 2016, 77 (77)· ΠΠρΘεσσ 22228/2011 ΔιΜΕΕ 2011, 379· ΠΠρΘεσσ 25552/2010 Ισοκράτης· ΠΠρΠειρ 4980/2009 ΔιΜΕΕ 2010, 101.

28. ΕφΘρακ 91/2012 ΔιΜΕΕ, 2012, 230· ΠΠρΑθ 855/2016 Νόμος· ΠΠρΑθ 457/2016 ΔιΜΕΕ 222 (223)· ΠΠρΑθ 3799/2015 ΔιΜΕΕ 2016, 77, (81)· ΠΠρΑθ 1122/2014 Νόμος· ΠΠρΘεσσ 22228/2011 ΔιΜΕΕ 2011, 379· ΠΠρΘεσσ 25552/2010 Ισοκράτης· ΠΠρΠειρ 4980/2009 ΔιΜΕΕ 2010, 101· ΜΠρΑθ 9118/2014 ΔιΜΕΕ 2015, 236· ΜΠρΑθ 11339/2012 ΔιΜΕΕ 2013, 268· ΜΠρΑθ Ροδόπης 44/2008 ΔιΜΕΕ 2009, 204 (206)· βλ. και ΑΠ 192/2017 (ποινική) ΔιΜΕΕ 2017, 240, κατά την οποία δυσφημιστικό δημοσίευμα στο διαδίκτυο δεν συνιστά αδίκημα τελούμενο διά του τύπου (241)· έτσι σύσσωμη η ποινική νομολογία: ΑΠ 307/2018 ΠοινΧρ 2019, 340· ΑΠ 192/2017 Νόμος· ΑΠ 726/2010 ΠοινΧρ 2012, 212· ΑΠ 1030/2009 Νόμος· ΑΠ 345/2002 ΝοΒ 2002, 1522· ΑΠ 136/2000 ΠοινΧρ 2000, 412.

29. Για τη διάδραση ως στοιχείο καθοριστικό για την εφαρμογή ή μη του Ν. 1178/1981 βλ. *Σωτηρόπουλο*, ό.π., Ραδαμάνθους 2009-2010, 33 (39).

30. Για αυτή τη διαφοροποίηση στον σκοπό των ιστολογίων, που οδηγεί στην έλλειψη αναγκαίας αξιολογικής βάσης της αναλογίας δικαίου βλ. και *Στρατηλάτη*, ό.π., ΕφημΔΔ 2014, 94.

4. Οι πρακτικές συνέπειες της κρατούσας θέσης της νομολογίας – Η αναλογική εφαρμογή της διάταξης περί υποχρέωσης αποστολής εξώδικης πρόσκλησης

Πρόσφατα, δικαστήρια απέρριψαν αγωγές που αφορούσαν σε προσβλητικά δημοσιεύματα ιδιωτών χρηστών του Facebook³⁸ και προσβλητικό βίντεο στην ιστοσελίδα YouTube³⁹ ως απαράδεκτες, διότι δεν είχε τηρηθεί η προδικαστική δικονομική προϋπόθεση αποστολής εξώδικης πρόσκλησης κατά την παρ. 5 του άρθρου μόνου του Ν. 1178/1981. Ειδικότερα, στην υπ' αρ. ΕφΑθ 1057/2020 εξεταστέο ζήτημα ήταν –κατά τους ισχυρισμούς των εναγόντων– προσβλητική και συκοφαντική ανάρτηση στον προσωπικό λογαριασμό που διατηρεί στο Facebook πρώην Αναπληρωτής Υπουργός Υγείας κατά δευτεροβάθμιας συνδικαλιστικής οργάνωσης και του προέδρου της. Επίσης, η υπ' αρ. ΠΠρΑθ 1101/2018 απόφαση αφορούσε σε δημοσίευμα-βίντεο, το οποίο αναρτήθηκε από φιλοζωική ομάδα που διατηρεί προφίλ (profile) στο Facebook κατά φαρμακοποιού, χωρίς τη συγκατάθεσή του, στο οποίο αυτός εμφανιζόταν να πετάει νερό σε αδέσποτο σκύλο, ενώ παράλληλα τον χαρακτήριζε ως ύποπτο κακοποίησης αδέσποτου ζώου, καθώς στο δημοσίευμα αναφέρθηκε⁴⁰ ότι το νερό που πέταξε περιείχε χλωρίνη, πράγμα που κατά τους ισχυρισμούς του ενάγοντα είναι ψευδές. Τέλος, η υπ' αρ. ΠΠρΑθ 643/2020 πραγματεύτηκε βίντεο, το οποίο αναρτήθηκε σε κανάλι (channel) που διατηρούν στο YouTube τρία μέλη χορωδίας μεσαιωνικής μουσικής, στο οποίο εμφανίζονται ένα άλλο μέλος της ίδιας χορωδίας επί το έργο σε αποσπάσματα από συναυλία, τα οποία όμως αποσπάσματα ήταν παραποιημένα με εμβόλιμους ειρωνικούς υπότιτλους και διάφορους κακόφωνους λαρυγγισμούς με σκοπό να γελοιοποιήσουν την ψαλτική τέχνη του ενάγοντος, προσβάλλοντας έτσι την προσωπικότητά του.

Τα δικαστήρια και στις τρεις περιπτώσεις δεν προχώρησαν στην ουσία της υπόθεσης⁴¹, αλλά στάθηκαν στο ζήτημα πως δεν είχε αποσταλεί προδικαστικά εξώδικη πρόσκληση⁴², με την οποία οι ενάγοντες να ζητούν άρση της προσβολής και υπόδειξη κειμένου προς αποκατάσταση της τρωθείσας τιμής.

Αξιοσημείωτο είναι ότι και στις τρεις αποφάσεις δεν αιτιολογείται για ποιο λόγο είναι επιβεβλημένη εν προκειμένω η αναλογική εφαρμογή του Ν. 1178/1981 στο Facebook και στο YouTube. Τα δικαστήρια αρκούνται στις γενικές διατυπώσεις στις οποίες έχει προβεί πολλάκις στο παρελθόν η νομολογία⁴³. Πού έγκειται

θα ήταν υποχρεωμένος να αιτιολογήσει στη μείζονα σκέψη για ποιο λόγο απορρίπτει (ή δέχεται) την αναλογική εφαρμογή αυτού του νόμου.

38. ΕφΑθ 1057/2020 ΔιΜΕΕ 2020, 351· ΠΠρΑθ 1101/2018 ΕφΑΔΠολΔ 2018, 750 (μερικώς).

39. ΠΠρΑθ 643/2020 Ισοκράτης.

40. Με μορφή συνοδευτικού σχολίου («λεζάντα»).

41. Για την ακρίβεια στην υπ' αρ. ΠΠρΑθ 1101/2018 ΕφΑΔΠολΔ 2018, 750, το δικαστήριο απέρριψε ως απαράδεκτο μόνο το μέρος που αφορούσε στο επίδικο δημοσίευμα για το οποίο δεν τηρήθηκε η προϋπόθεση της αποστολής εξώδικης κλήσης (753), ενώ προχώρησε στην εξέταση της ουσίας για το ίδιο δημοσίευμα υπό τη νομική βάση, όμως, της παραβίασης των προσωπικών δεδομένων, για την οποία δεν προϋποτίθεται η αποστολή εξώδικης κλήσης.

42. Βέβαια, η απόρριψη αγωγών ως απαράδεκτων δημιουργεί «τυπικό» δεδικασμένο, το οποίο εκτείνεται μόνο στο δικονομικό ζήτημα που εξετάστηκε (άρθρ. 322 παρ. 1 εδ. β' ΚΠολΔ) και το θιγόμενο πρόσωπο δύναται να επανέλθει με νέα αγωγή, έχοντας αυτή τη φορά επιδώσει εξώδικη κλήση (ή θεωρώντας την πρώτη αγωγή ως εξώδικη δήλωση).

43. ΕφΑθ 1057/2020 ΔιΜΕΕ 2020, 351: «[...] εφαρμόζονται αναλόγως και επί προσβολών της προσωπικότητας οι οποίες συντελούνται στο διαδίκτυο (internet) μέσω ηλεκτρονικών ιστοσελίδων [...]»· ΠΠρΑθ 1101/2018 ΕφΑΔΠολΔ 2018, 750 (752): «[...] εφαρμόζονται αναλόγως και επί προσβολών της προσωπικότητας οι οποίες συντελούνται στο διαδίκτυο (internet), μέσω ηλεκτρονικών ιστοσελίδων ή

στις τρεις περιπτώσεις το στοιχείο του μαζικού ειδησεογραφικού σκοπού ενημέρωσης και διάδοσης· Με το ίδιο σκεπτικό, μάλιστα, κρίθηκε⁴⁴ ότι εφαρμόζεται αναλογικά ο νόμος περί αστικής ευθύνης του τύπου και σε δημοσιεύματα που είχαν αναρτηθεί από πρύτανη σε ιστοσελίδα πανεπιστημιακού ιδρύματος!

IV. Η εσφαλμένη εφαρμογή του Ν. 1178/1981 από τη νομολογία σε περιπτώσεις που ενάγεται μόνο ο συντάκτης

Όπως αναφέρθηκε ανωτέρω (βλ. υπό II 2), ο Ν. 1178/1981 θεσπίζει στην παρ. 1 του άρθρου μόνου αντικειμενική ευθύνη του ιδιοκτήτη για δημοσιεύματα του συντάκτη (ή όταν αυτός είναι άγνωστος ο εκδότης ή ο διευθυντής σύνταξης) και εφόσον ο τελευταίος βαρύνεται με πταίσμα. Σκοπός είναι η πλήρης προστασία του θιγόμενου προσώπου, αφού ο ιδιοκτήτης⁴⁵ κατά κανόνα θα είναι οικονομικά πιο εύρωστος από τον συντάκτη⁴⁶. Η διάταξη αυτή είναι σαφές ότι αναφέρεται μόνο στην ευθύνη του ιδιοκτήτη του εντύπου και όχι στον συντάκτη του επιλήψιμου δημοσιεύματος ή τον εκδότη του εντύπου (αν αυτός δεν ταυτίζεται με τον ιδιοκτήτη) ή τον διευθυντή συντάξεως, η ευθύνη των οποίων θα ρυθμίζεται από τις κοινές διατάξεις⁴⁷. Έτσι, όταν ο ιδιοκτήτης ενάγεται για δημοσίευμα του συντάκτη του μέσου ενημέρωσης –ακόμα και αν δεν ενάγεται ταυτόχρονα και ο συντάκτης– θα ευθύνεται αντικειμενικά, εφόσον συντρέχει υπαιτιότητα στο πρόσωπο του τελευταίου.

Σύμφωνα λοιπόν με τα ανωτέρω, όταν ενάγεται μόνο ο συντάκτης, αποκλείεται σε κάθε περίπτωση η εφαρμογή του Ν. 1178/1981 εν συνόλω, τόσο ευθέως σε έντυπα όσο και αναλογικά στο διαδίκτυο⁴⁸. Η δημοσιογραφική ιδιότητα του συντάκτη δεν παίζει κάποιο ρόλο, αφού προϋπόθεση εφαρμογής του νόμου αυτού είναι η αγωγή να στρέφεται και κατά του ιδιοκτήτη, ο οποίος ευθύνεται αντικειμενικά. Ελλείψει αυτής της προϋπόθεσης δεν υφίσταται ιδιοκτήτης, προκειμένου να τεθούν σε εφαρμογή οι αυστηρές διατάξεις για την αντικειμενική ευθύνη αυτού και να «εγγυηθεί» εκείνος για το πταίσμα του συντάκτη (ή των λοιπών προσώπων)⁴⁹ και άρα δεν πληρούται καν το πραγματικό του κανόνα δικαίου που θεσπίζει η παρ. 1. Επιπλέον, ελλείπει ο δικαιολογητικός σκοπός θέσπισης του νόμου.

Ως εκ τούτου, όταν ενάγεται για διαδικτυακό δημοσίευμα μόνο ο συντάκτης, όπως στις ως άνω υποθέσεις (βλ. υπό III 3), εφαρμόζονται οι κοινές διατάξεις του ΑΚ, χωρίς να εφαρμόζεται η παρ. 5 περί υποχρεωτικής εξώδικης αποκατάστασης της τιμής αναλογικά⁵⁰. Μία διαφορετική παραδοχή, κατά την οποία εφαρμόζεται αναλογικά η υποχρέωση αποστολής εξώδικης πρόσκλησης και στην περίπτωση που ενάγεται μόνο ο συντάκτης του επίμαχου δημοσιεύματος, οδηγεί στο παράδοξο αποτέλεσμα να επιλέγεται μία ειδική ρύθμιση από έναν ολόκληρο –μη εφαρμοστέο εν προκειμένω– νόμο, η οποία θα οδηγούσε σε μία αδικαιολόγητη προστασία του προσβάλλοντος⁵¹. Σε ένα

άλλων ιστοτόπων (όπως blogs) [...]»· ΠΠρΑθ 643/2020 Ισοκράτης: «[...] εφαρμόζονται ανάλογα και επί προσβολών της προσωπικότητας, οι οποίες συντελούνται στο διαδίκτυο (internet), μέσω ηλεκτρονικών ιστοσελίδων ή άλλων διαδικτυακών ιστοτόπων, όπως το «YouTube», που πραγματοποιεί διανομή οπτικοακουστικού υλικού –βίντεο, με τη μέθοδο streaming [...]».

44. ΑΠ 1596/2011 ΔιΜΕΕ 2012, 360· ΕφΠειρ 680/2009 Ισοκράτης.

45. Κατ' ανάλογη εφαρμογή του νόμου, ιδιοκτήτης μπορεί να θεωρηθεί, όπως θα αναλυθεί κατωτέρω, και ο κάτοχος ιστοσελίδας ή ομάδας λ.χ. στο Facebook.

46. Για τη ratio της ρύθμισης αυτής βλ. υπό V 3 β.

47. ΑΠ 292/2020 Νόμος· ΑΠ 129/2020 Νόμος· ΑΠ 271/2012 ΝοΒ 2012, 864· ΑΠ 378/2005 Νόμος.

48. Έτσι ΠΠρΑθ 3667/2020 αδημ.

49. Για αυτό το συμπέρασμα βλ. ΠΠρΑθ 3667/2020 αδημ.

50. ΠΠρΑθ 3667/2020 αδημ.

51. Εύλογη εδώ κατ' αρχήν η σκέψη περί δυσμενούς μεταχείρισης του συντάκτη, ο οποίος ενάγεται μόνος του κατά τις κοινές διατά-

τέτοιο νομικό παράδοξο κατέληξαν οι ανωτέρω αναφερόμενες αποφάσεις. Πέραν τούτου, στην περίπτωση που δεχόμασταν ότι εφαρμόζεται ο Ν. 1178/1981 και όταν ενάγεται ο συντάκτης μόνος του, για να αποφευχθεί το ως άνω παράδοξο της μεμονωμένης εφαρμογής της παρ. 5, θα έπρεπε να εφαρμοστεί ο νόμος εν συνόλω. Αυτό όμως θα επέφερε σύγχυση των ιδιοτήτων του ιδιοκτήτη και συντάκτη στο ίδιο πρόσωπο, με αποτέλεσμα, λόγω ακριβώς της πρώτης ιδιότητας, να καταφάσκει αντικειμενική ευθύνη του «συντάκτη-ιδιοκτήτη»⁵² για κάθε δημοσίευσή του, χωρίς να υφίσταται υποχρέωση απόδειξης υπαιτιότητας από τον ενάγοντα.

Συνεπώς, και στις τρεις αυτές υποθέσεις ήταν εσφαλμένη η εφαρμογή του Ν. 1178/1981, αφού εναγόμενοι ήταν μόνο συντάκτες διαδικτυακών δημοσιευμάτων. Ακόμη όμως και αν δεχτούμε ότι ο Ν. 1178/1981 εφαρμόζεται και σε περιπτώσεις που ενάγονται μόνο οι συντάκτες, η αναλογική εφαρμογή του Ν. 1178/1981 από τα δικαστήρια στις ανωτέρω τρεις υποθέσεις ήταν εσφαλμένη, αφού όπως θα αναλυθεί κατωτέρω, καταρχήν δεν συντρέχουν οι προϋποθέσεις της αναλογικής εφαρμογής του ως άνω νόμου στα μέσα κοινωνικής δικτύωσης και στο YouTube.

Ν. Η καταρχήν απουσία των προϋποθέσεων της αναλογίας στα μέσα κοινωνικής δικτύωσης

1. Εισαγωγή

Αν και, όπως εξηγήθηκε ανωτέρω, πρέπει να αποκλείεται σε κάθε περίπτωση η εφαρμογή του Ν. 1178/1981 (είτε ευθέως είτε αναλογικά) όταν η αγωγή στρέφεται μόνο κατά του συντάκτη, η κατωτέρω ανάλυση περί αναλογίας θα επιχειρηθεί βάσει όσων δέχθηκαν τα δικαστήρια στις άνω τρεις υποθέσεις, δηλαδή ότι αυτός ο νόμος εφαρμόζεται αναλογικά σε συντάκτες δημοσιευμάτων στα μέσα κοινωνικής δικτύωσης και στο YouTube, οι οποίοι ενάχθηκαν ατομικά και δεν ήταν δημοσιογράφοι. Στη συνέχεια (υπό VI) θα αναφερθούν και περιπτώσεις όπου ο Ν. 1178/1981 μπορεί να εφαρμοστεί σε διαδικτυακά δημοσιεύματα αναλογικά, πάντοτε υπό τον όρο ότι δεν ενάγεται μόνο ο συντάκτης.

2. Το κενό δικαίου

Όπως είναι γνωστό, για να υπάρξει βάση για την αναλογική εφαρμογή νόμου ή δικαίου⁵³ πρέπει να υφίσταται: α) ρυθμιστικό κενό, β) το οποίο να είναι ακούσιο και γ) η ομοιότητα των συγκρινόμενων περιπτώσεων να είναι αξιολογικά ουσιώδης⁵⁴.

Ξεις του ΑΚ, δίχως να έχει προηγουμένως κληθεί σε εξώδικη αποκατάσταση της τιμής (απευθείας άσκηση αγωγής), σε αντίθεση με τον συντάκτη, ο οποίος, από τη στιγμή που ενάγεται μαζί με τον ιδιοκτήτη, υπάγεται στις ρυθμίσεις του Ν. 1178/1981 και συνεπώς «προειδοποιείται» μέσω της εξώδικης πρόσκλησης για την επικείμενη αγωγή. Ωστόσο, μία τέτοια σκέψη μπορεί να αποκρουστεί με την αιτιολογία ότι κατά την παρ. 5 του ως άνω νόμου η υποχρέωση αποστολής εξώδικης πρόσκλησης αναφέρεται ρητά μόνο στον ιδιοκτήτη (ή στον εκδότη ή στον διευθυντή) και όχι στον συντάκτη. Επομένως, δεν μπορεί να γίνει αντιληπτό για ποιο λόγο πρέπει μέσω αναλογικής εφαρμογής να επεκταθεί μία ευνοϊκή ρύθμιση (εξώδικη προειδοποίηση) στον συντάκτη που ενάγεται μόνος του, από τη στιγμή που ο νόμος τον εξαιρεί από το πεδίο εφαρμογής του (συναγόμενη αρνητική αξιολόγηση ως προς την επέκταση της έννομης συνέπειας μέσω αναλογίας).

52. Αυτό το πρόβλημα ταύτισης φαίνεται να εντοπίζει η ΠΠΡΑΘ 3667/2020 αδημ.

53. Για διάκριση σε αναλογία νόμου και δικαίου πρβλ. Παπανικολάου, Μεθοδολογία Ιδιωτικού Δικαίου και Ερμηνεία Δικαιοπραξιών, 2000, αρ. 365.

54. Έτσι: ΠΠΡΑΘ 855/2016 Νόμος· ΠΠΡΑΘ 3799/2015 ΔιΜΕΕ 2016, 77 (78)· ΠΠΡΘεσσ 25552/2010 Ισοκράτης· ΠΠΡΠειρ 4980/2009 ΔιΜΕΕ 2010, 101· πρβλ. επίσης Παπανικολάου, ό.π., αρ. 361· Σταμά-

Είναι προφανές πως ρυθμιστικό κενό στα δημοσιεύματα του διαδικτύου υπάρχει. Θα μπορούσε, όμως, να υποστηριχτεί πως αυτό το κενό είναι εκούσιο και μάλιστα επιγενόμενο⁵⁵. Οι προσβολές διά του τύπου έχουν ρυθμιστεί νομοθετικά ήδη από το 1981 με τον Ν. 1178/1981. Στη σύγχρονη εποχή και δη πριν το 2015, η νομολογία εφήρμοζε τον ανωτέρω νόμο εξ απόψεως ουσιαστικού δικαίου αναλογικά στα δημοσιεύματα του διαδικτύου, ενώ εξ απόψεως δικονομικού δικαίου υπήγε τις διαφορές που προέκυπταν από διαδικτυακά δημοσιεύματα στο προϊσχύσαν άρθρο 681Δ ΚΠολΔ. Ο νομοθέτης σαφώς γνώριζε αυτή τη θέση της νομολογίας περί αναλογικής εφαρμογής του Ν. 1178/1981⁵⁶. Εντούτοις, το 2015 με τον Ν. 4335/2015 εισήγαγε τη διάταξη του άρθρου 614 παρ. 7 ΚΠολΔ, με την οποία όμως ρύθμισε μόνο το δικονομικό ζήτημα της εφαρμοστέας διαδικασίας (περιουσιακές διαφορές) στις προσβολές μέσω διαδικτύου. Αλλά και λίγο αργότερα, με την παρ. 2 του άρθρου 37 του Ν. 4356/2015 εισήγαγε τη διάταξη περί υποχρέωσης αποστολής εξώδικης δήλωσης πριν την έγερση αγωγής, δίχως να επιλύει και πάλι το θολό ζήτημα περί ταύτισης ή μη του τύπου με τα διαδικτυακά δημοσιεύματα ως προς το νομοθετικό καθεστώς, ενώ παρενέβη στον ουσιαστικό νόμο. Μήπως αυτή η εσκεμμένη επιλογή του νομοθέτη να ρυθμίσει μόνο τη διαδικασία και να εισαγάγει μόνο την υποχρέωση αποστολής εξώδικης δήλωσης στα έντυπα μπορεί να εκληφθεί ως περίπτωση εκουσίου κενού όσον αφορά στις ουσιαστικού δικαίου εφαρμοστέες διατάξεις στις προσβολές μέσω διαδικτυακών δημοσιευμάτων⁵⁷; Η απάντηση ενδεχομένως να μην είναι ξεκάθαρη. Μολαταύτα, ακόμα και αν θεωρηθεί πως υπάρχει ακούσιο κενό, δεν υφίσταται σε κάθε περίπτωση καταρχήν αξιολογικά ουσιώδης ομοιότητα μεταξύ του τύπου και των μέσων κοινωνικής δικτύωσης για τους κατωτέρω αναφερόμενους λόγους.

3. Έλλειψη αξιολογικά ουσιώδους ομοιότητας

α. Έλλειψη σκοπού μαζικής ενημέρωσης

Όπως αναφέρθηκε ανωτέρω⁵⁸ το άρθρο 14 παρ. 2 εδ. α' Συντ. περιλαμβάνει όλα τα έντυπα που είναι κατάλληλα και προορισμένα για διάδοση, ενώ κατά το άρθρο 1 εδ. α' του ΑΝ 1092/1938 τύπος και έντυπο είναι ό,τι παράγεται σε όμοια αντίτυπα και χρησιμεύει σε πολλαπλασιασμό ή διάδοση. Ομοίως, η τελολογία του Ν. 1178/1981 προϋποθέτει την έννοια της μαζικής ενημέρωσης και διάδοσης⁵⁹. Στοιχεία επιβεβαιωτικά αυτού του σκοπού μαζικής ενημέρωσης και διάδοσης του Ν. 1178/1981 αποτελεί η διατύπωση του άρθρου 5, όπου γίνεται λόγος για «επόμενο τεύχος», αλλά και οι αρχικές διατυπώσεις

της, Η Θεμελίωση των Νομικών Κρίσεων (επιτομή), 2009, σ. 294· βλ. και Τσάτσο, ό.π., σ. 210: «εκ των ομοίων τέμνεσθαι διὰ τὰ περί των ου κείται νόμος» με παραπομπή σε Βασιλικά.

55. Για διάκριση αρχικών και επιγενόμενων κενών βλ. Παπανικολάου, ό.π., αρ. 341.

56. Στην ίδια κατεύθυνση και Μπαμπινιώτης, ό.π., ΕΠολΔ 2014, 222: «ο νομοθέτης [...] ορθά, γνωρίζοντας προφανώς το ζήτημα της διάκρισης ή μη που έχει ανακύψει στη νομολογία και στη θεωρία, αλλά και αντιλαμβανόμενος τον δυναμισμό του διαδικτύου ως μέσου, απέφυγε να αναγάγει την ομοιότητα σε ταύτιση και να προβλέψει λ.χ. ότι ως τύπος νοείται και το διαδίκτυο κ.ο.κ.».

57. Βλ. επίσης και άρθρο 37 παρ. 4 ν. 4356/2015, το οποίο ναι μεν κατήργησε το 4ο και 5ο εδάφιο της παρ. 10 του άρθρου 4 του Ν. 2328/1995 και διατήρησε τη φράση: «Στα κατά το ν. 1178/1981 «δημοσιεύματα», περιλαμβάνονται και οι τηλεοπτικές και οι ραδιοφωνικές εκπομπές», χωρίς να την εκσυγχρονίζει προσθέτοντας στη φράση αυτή και τα διαδικτυακά δημοσιεύματα.

58. Βλ. υπό II 1 και III 1 α.

59. Έτσι και Βαθρακοκόλης, ό.π., σ. 12.

του νόμου που έκαναν λόγο για έντυπα που κυκλοφορούσαν ανά την επικράτεια⁶⁰.

Είναι εμφανές, επομένως, πως στην έννοια του Τύπου και σε όλο το νομοθετικό πλέγμα που τον αφορά, ενυπάρχει ο σκοπός διάδοσης⁶¹ και μαζικής ενημέρωσης, προϋπόθεση απαραίτητη και εύλογη για το λειτούργημα της δημοσιογραφίας και γενικότερα της λειτουργίας των ΜΜΕ⁶².

Λαμβάνοντας ως βάση το Facebook για την εξέταση των προϋποθέσεων της αναλογίας στα social media, επισημαίνεται ότι το Facebook αποτελεί μέσο κοινωνικής δικτύωσης, το οποίο χρησιμοποιεί την τεχνολογία του διαδικτύου προκειμένου οι εγγεγραμμένοι χρήστες, μέσω των προσωπικών τους λογαριασμών (profiles), αλλά και μέσω ορισμένων ομάδων (groups), να μοιράζονται σκέψεις και απόψεις, να συνομιλούν μέσω προσωπικής συνομιλίας (messenger), να σχολιάζουν αναρτήσεις, να μεταφορτώνουν (upload) εικόνες/βίντεο/ειδήσεις και γενικότερα να ενημερώνονται και να ψυχαγωγούνται. Ο κάθε χρήστης έχει τη δυνατότητα έτσι να αλληλεπιδρά με τους «διαδικτυακούς του φίλους» (friends), είτε εκφράζοντας μια δική του άποψη δημοσιεύοντας ένα κείμενό του στο προσωπικό του προφίλ, είτε πραγματοποιώντας «σχόλιο» (comment) σε αναρτήσεις τρίτων είτε κοινοποιώντας μια δημοσιευμένη είδηση. Εγγενές λοιπόν στοιχείο και σκοπός χρήσης του Facebook είναι αυτός της ιδιωτικής διαδικτυακής συναναστροφής μεταξύ των χρηστών και της ιδιωτικής ψυχαγωγίας⁶³.

Σε αυτό το σημείο πρέπει να γίνει η εξής διάκριση: Το Facebook παρέχει τη δυνατότητα στον χρήστη να διαλέξει αν οι αναρτήσεις του θα είναι ορατές μόνο στους «φίλους» που έχει επιλέξει να έχει ή αν οι αναρτήσεις του θα είναι δημόσιες και συνεπώς ορατές σε οποιονδήποτε τρίτο πληκτρολογεί το όνομα του χρήστη στο Facebook, ανεξαρτήτως αν αυτός ο τρίτος κατέχει ή όχι λογαριασμό στο Facebook⁶⁴.

Στη μεν πρώτη περίπτωση η ανάρτηση που μοιράζεται ο χρήστης μπορεί να είναι ορατή ακόμα και σε μεγάλο αριθμό ατόμων, πλην όμως ο χρήστης έχει προσδιορίσει εξαρχής το κοινό για το οποίο προορίζεται η ανάρτησή του. Συνεπώς, ο χρήστης σε αυτή την περίπτωση δεν έχει ως αυτοσκοπό τη μαζική ενημέρωση και διάδοση κατά την έννοια του Ν. 1178/1981, του ΑΝ 1092/1938 και 14 παρ. 2 του Συντάγματος.

Αλλά και στη δεύτερη περίπτωση, η δυνατότητα της «δημόσιας ανάρτησης» δεν συνιστά άνευ ετέρου στοιχείο που προσδίδει την ιδιότητα του δημοσιογράφου σε έναν χρήστη. Αν και το αναρτηθέν δημοσίευμα σε αυτή την περίπτωση μπορεί δυνητικά να υποπέσει στην αντίληψη απροσδιόριστου αριθμού ατόμων, πλην όμως αυτό –καταρχήν⁶⁵– δεν αποτελεί τον αυτοσκοπό και την πρόθεση του χρήστη. Ο χρήστης μπορεί να επέλεξε να προβαίνει σε δημόσιες αναρτήσεις είτε γιατί δεν είναι τόσο «ευαίσθητος» με το στοιχείο της ιδιωτικότητας, είτε γιατί νοιώθει πως θέλει να εκφράσει λ.χ. μία σκέψη ή μία είδηση δημόσια, χωρίς να στερεί από μια ορισμένη κατηγορία

ανθρώπων την πρόσβαση σε αυτή την είδηση ή σκέψη, είτε για λόγους αύξησης της δημοφιλίας του, χωρίς να επιδιώκει κάποια ενημέρωση ή διάδοση πληροφοριών προς το κοινό του⁶⁶. Διαφορετική παραδοχή θα οδηγούσε στο συμπέρασμα ότι κάθε φορά που ένας χρήστης προβαίνει σε δημόσια ανάρτηση πρέπει να θεωρείται αυτομάτως δημοσιογράφος! Κάτι τέτοιο κείται ασφαλώς εκτός των ορίων της κοινωνικής πραγματικότητας, δεν συνάδει με τη ratio legis των ανωτέρω νομοθετημάτων ούτε με την πρόθεση του ίδιου του χρήστη. Η δημοσιογραφία αποτελεί ένα λειτούργημα, στο οποίο ο δημοσιογράφος τηρεί έναν κώδικα δεοντολογίας⁶⁷, προβαίνει ανά τακτά χρονικά διαστήματα σε δημοσιεύματα με σκοπό τη μαζική ενημέρωση του κοινού, ενώ αμείβεται για το λειτούργημα αυτό καθώς αποτελεί ταυτόχρονα και το επάγγελμά του.

β. Αντίθεση με τη ratio legis των αυστηρών διατάξεων του Ν. 1178/1981

Κατά τον έλεγχο της βάσης της αναλογίας, θα πρέπει επίσης να διαγνωστεί, αν από τη σκοπιά της ίσης μεταχείρισης, η νομοθετική αξιολόγηση, δηλαδή η ratio legis της υπάρχουσας νομοθετικής ρύθμισης, ευσταθεί και αναφορικά με την αρρύθμιστη περίπτωση⁶⁸. Οι διατάξεις του Ν. 1178/1981 είναι αυστηρές. Και αυτό δικαιολογείται, διότι η προσβολή που επέρχεται στο πρόσωπο του θιγόμενου καθίσταται γνωστή σε δυνητικά απροσδιόριστο αριθμό ατόμων. Λόγω αυτής της μεγέθυνσης της προσβολής που επέρχεται με την κυκλοφορία ενός εντύπου και της μαζικής διάδοσής της, ο νομοθέτης δημιουργεί ένα προστατευτικό πλαίσιο για τον θιγόμενο, με τη θέσπιση αντικειμενικής ευθύνης στο πρόσωπο του ιδιοκτήτη, εφόσον βαρύνεται με πταίσμα ο συντάκτης του δημοσιεύματος (ή όταν αυτός είναι άγνωστος, ο εκδότης ή ο διευθυντής σύνταξης). Βασικός δικαιολογητικός λόγος θέσπισης της αντικειμενικής ευθύνης είναι ότι κατά την κοινή πείρα και τα διδάγματα της κοινής λογικής, ο ιδιοκτήτης του εντύπου είναι οικονομικά πολύ ισχυρότερος από τα υπόλοιπα πρόσωπα, η δε οικονομική ευρωστία του θα πρέπει να οδηγεί σε ολοσχερή και γρήγορη αποκατάσταση της τρωθείσας τιμής του προσβληθέντος. Η πρόβλεψη της αντικειμενικής ευθύνης βρίσκεται, συνεπώς, σε συνάρτηση με την επιχειρηματική και ιεραρχική διάρθρωση που παρουσιάζουν τα παραδοσιακά μέσα ενημέρωσης⁶⁹.

Πέραν των ανωτέρω, η αναλογική εξομοίωση του χρήστη ενός μέσου κοινωνικής δικτύωσης με έναν δημοσιογράφο οδηγεί στο αποτέλεσμα ο παραπάνω χρήστης να είναι εξαιρετικά δύσκολο να επικαλεστεί και να αποδείξει την καταλυτική της αγωγής⁷⁰ ένσταση δικαιολογημένου ενδιαφέροντος⁷¹. Ένσταση

60. Βλ. αρχική μορφή παρ. 2 άρθρου μόνου Ν. 1178/1981: «[...] δι' εφημερίδας και περιοδικά εκδιδόμενα εις την περιφέρειαν τῶς διοικήσεως Πρωτευούσης ή εις Θεσσαλονίκην και των 50.000 δραχμῶν δι' εκδιδόμενα εις την λοιπὴν Χώραν, [...]».

61. ΠΠρΑθ 855/2016 Νόμος· ΠΠρΑθ 3799/2015 ΔιΜΕΕ 2016, 77 (79)· ΠΠρΑθ 1122/2014 Νόμος· ΠΠρΘεσσ 22228/2011 ΔιΜΕΕ 2011, 379· ΠΠρΠειρ 4980/2009 ΔιΜΕΕ 2010, 101· ΜΠρΑθ 11339/2012 ΔιΜΕΕ 2013, 268 (269)· Αναστασιάδου, ό.π., ΔιΜΕΕ, 2018, 476 (478).

62. Πρβλ. και άρθρο 5 παρ. 5 Ν. 3592/2007 (Ιδιωτική Ραδιοτηλεόραση) για διάκριση σε ενημερωτικά και μη μέσα.

63. Πρβλ. ΠΠρΑθ 3667/2020 αδημ.· ΠΠρΑθ 1122/2014 Νόμος.

64. Για «ανοιχτό» και «κλειστό» προφίλ βλ. ΕφΘεσσ 2116/2020 Νόμος· ΠΠρΑθ 3667/2020 αδημ.· ΜΠρΘεσσ 1024/2015 ΕλλΔνη 2015, 1456· Μήτρου, σχόλιο σε ΜΠρΘεσσ 16790/2009 ΔιΜΕΕ 2009, 400, υποσημ. 5· Πισκοπάνη, ό.π., ΔιΜΕΕ 2009, 338.

65. ΠΠρΑθ 3667/2020 αδημ. Για τις εξαιρέσεις βλ. κατωτέρω υπό VI.

66. Βλ. ομοίως Καράκωστα, Προστασία της ιδιωτικότητας στην κοινωνία της πληροφορίας, ΔιΜΕΕ 2004, 54: «Κάθε άνθρωπος είναι ελεύθερος να κρίνει ποιες πτυχές της προσωπικότητάς του θα αποκαλύψει στους τρίτους, να επιλέγει την εικόνα με την οποία θα εμφανιστεί στον κοινωνικό του περίγυρο, να αποφασίζει πότε προσβάλλεται η προσωπικότητά του»· τον ίδιο, Το Δίκαιο των ΜΜΕ, 2013, σ. 515, 518· ΕφΘεσσ 2116/2020 Νόμος: «Αφ' ης στιγμής ο χρήστης διαδικτύου καθιστά πτυχές της ιδιωτικής του ζωής δημοσίως γνωστές [...] αποδέχεται την ένταξη στοιχείων της ιδιωτικής του ζωής στο δημόσιο βίο».

67. Πρβλ. ΠΔ 77/2003: Κώδικας Δεοντολογίας δημοσιογραφικών εκπομπών. Για εφαρμογή του ΠΔ στο διαδίκτυο βλ. ΕφΠειρ 429/2016 Ισοκράτης.

68. Βλ. Παπανικολάου, ό.π., αρ. 361.

69. Βλ. όμως νομολογία κατά την οποία η έλλειψη επιχειρηματικής διάρθρωσης δεν εμποδίζει την αναλογική εφαρμογή του Ν. 1178/1981: ΕφΑθ 1065/2016 ΔιΜΕΕ 2016, 398 (401)· ΕφΔωδ 36/2011 Νόμος· ΜΠρΑθ Ροδόπης 44/2008 ΔιΜΕΕ 2009, 204 (206).

70. ΑΠ 129/2020 Νόμος· ΑΠ 848/2019 Νόμος· ΑΠ 309/2016 Νόμος.

71. Για την εύστοχη αυτή παρατήρηση της νομολογίας, την οποία χρησιμοποιεί –μεταξύ άλλων– ως λόγο περί μη αναλογικής εφαρμογής στα blogs βλ. ΠΠρΑθ 855/2016 Νόμος· ΠΠρΑθ 3799/2015 ΔιΜΕΕ 2016, 77 (81)· ΠΠρΘεσσ 22228/2011 ΔιΜΕΕ 2011, 379. Για

την οποία μπορεί πολύ πιο ευχερώς να αποδείξει ένας επαγγελματίας δημοσιογράφος που επιτελεί το κοινωνικό λειτουργήμα⁷² της δημοσιογραφίας βαρυνόμενος με το ηθικό χρέος της έγκυρης ενημέρωσης και πληροφόρησης του κοινού⁷³, χρησιμοποιώντας μάλιστα ορισμένες φορές και οξεία κριτική⁷⁴. Έτσι, οδηγούμαστε στο παράδοξο αποτέλεσμα, να μην να εφαρμόζονται αναλογικά οι αυστηρές περί τύπου διατάξεις σε έναν απλό χρήστη του Facebook, οι οποίες τον αντιμετωπίζουν σαν δημοσιογράφο, ωστόσο ο χρήστης κατ' ουσίαν να μην δύναται να χρησιμοποιήσει με την ίδια ευχέρεια τα ίδια νομικά όπλα που έχει στη φαρέτρα του ένας δημοσιογράφος, κάτι το οποίο παραβιάζει την αρχή της εξισωτικής δικαιοσύνης⁷⁵.

Επομένως, είναι εμφανές πως και η αυστηρή τελολογία του Ν. 1178/1981 δεν φαίνεται πως συνάδει με περιπτώσεις που ένας καθημερινός χρήστης προβαίνει σε δημοσιεύματα στα μέσα κοινωνικής δικτύωσης.

γ. Η ιδιαίτερη φύση των μέσων κοινωνικής δικτύωσης – Ο αλυσιτελής χαρακτήρας της υποχρέωσης αποστολής εξώδικης πρόσκλησης

Όπως προαναφέρθηκε, στην παρ. 5 του Ν. 1178/1981⁷⁶ προβλέπεται η υποχρέωση του θιγόμενου να προσκαλέσει τον ιδιοκτήτη (ή τον εκδότη ή τον διευθυντή) για εξώδικη αποκατάσταση της τιμής, προκειμένου ο πρώτος να εγείρει αγωγή. Στη συνέχεια της παρ. 5 γίνεται λόγος για το αποκαταστατικό κείμενο, το οποίο, εφόσον δημοσιευτεί στο «επόμενο τεύχος», σε «ανάλογη θέση και φύλλο αντίστοιχης ημέρας κυκλοφορίας» και σε «ανάλογη έκταση και μέγεθος», οδηγεί στην απόσβεση της αντίστοιχης αξίωσης.

Είναι εμφανές πως η συγκεκριμένη νομοθετική πρόβλεψη αφορά σε ηθική βλάβη που επέρχεται μέσω δημοσιοποίησης και διάδοσης προσβλητικών δημοσιευμάτων σε γραπτά έντυπα, η αποκατάσταση της οποίας επέρχεται *mutatis mutandis* κατά τον ίδιο τρόπο με τον οποίον επήλθε η προσβολή (βλ. αποκαταστατικό δημοσίευμα στην ίδια θέση και έκταση στο επόμενο τεύχος). Από τα παραπάνω, επομένως, προκύπτει πως η εν λόγω ρύθμιση αφορά σε έντυπα τα οποία ενέχουν το στοιχείο της προγραμματισμένης περιοδικότητας⁷⁷. Μια τέτοια

δικαιολογημένο ενδιαφέρον βλ. επίσης: ΑΠ 574/2019 Νόμος: Καράκωστα, Το Δίκαιο της Προσωπικότητας, 2012, σ. 234-237· τον ίδιο, Δίκαιο & Ίντερνετ, 2009, σ. 91· τον ίδιο, στον ΑΚ Γεωργιάδη/Σταθόπουλου², άρθρο 57 αρ. 159.

72. Για κοινωνικό λειτουργήμα βλ. ΑΠ 1652/2013 ΝοΒ 2014, 616· ΠΠρΒερ 25/2014 Νόμος: ΠΠρΑθ 3938/2010 Ισοκράτης· Κονταξή, Τα ΜΜΕ και η Προσβολή της Προσωπικότητας, 2011, σ. 128.

73. Πρβλ. Εφαθ 1143/2016 ΔιΜΕΕ 2016, 216 (218)· Ακριβοπούλου, σχόλιο σε ΠΠρΑθ 4544/2017 ΔιΜΕΕ 2018, 61 (68): «[...] παραβιάζοντας το καθήκον αλήθειας που βρίσκεται στο επίκεντρο της αποστολής του τύπου.»· πρβλ. επίσης Καράκωστα, Προσωπικότητα και Τύπος, 2000, σ. 166: «Η ανάγκη ικανοποίησης του ενδιαφέροντος της κοινής γνώμης περιορίζεται στις αληθείς πληροφορίες [...]».

74. Εφαθ 1143/2016 ΔιΜΕΕ 2016, 216 (218): «Γι' αυτό μπορούν να δημοσιευθούν ειδήσεις και σχόλια για τη σχετική πληροφόρηση και ενημέρωση του κοινού και με οξεία ακόμα κριτική ή δυσμενείς χαρακτηρισμούς των προσώπων στα οποία αναφέρονται». Για αρχή αναλογικότητας και αντικειμενικότητας ως στοιχεία προσδιοριστικά της δυνατότητας οξείας κριτικής βλ. και Προστασία Προσωπικότητας – Πρακτικά επιστημονικής φαιτητικής διημερίδας, 10-11 Μαΐου 2005, 2008, σ. 49.

75. Για παραβίαση εξισωτικής δικαιοσύνης βλ. ΠΠρΑθ 855/2016 Νόμος: ΠΠρΑθ 3799/2015 ΔιΜΕΕ 2016, 77 (81)· ΠΠρΘεσσ 2555/2010 Ισοκράτης· ΠΠρΠειρ 4980/2009 ΔιΜΕΕ 2010, 101.

76. Για την παρ. 5 του Ν. 1178/1981, η οποία εφαρμόζει τη συνταγματική επιταγή του άρθρου 14 παρ. 5 βλ. αιτιολογική έκθεση Ν. 4356/2015, ΚΝοΒ, 2015, 1807. Για αντίστοιχο δικαίωμα επανόρθωσης σε ραδιοτηλεοπτικά μέσα βλ. άρθρο 9 ΠΔ 100/2000.

77. Για το ότι στην έννοια του δημοσιεύματος στην προϊσχύσασα

διαδικασία καταρχήν δεν συνάδει με τη φύση και τον τρόπο λειτουργίας των δημοσιευμάτων στο διαδίκτυο και δη στα μέσα κοινωνικής δικτύωσης, όπως το Facebook, για τους κάτωθι λόγους: α) ο προσβάλλων δύναται να προβαίνει πολλάκις καθημερινώς⁷⁸ σε προσβλητικές αναρτήσεις «με το πάτημα ενός κουμπιού» και επομένως θα ματαιωνόταν ο σκοπός της διάταξης αν ο αδικηθείς ήταν υποχρεωμένος κάθε μέρα (ή έστω κατά πολύ τακτά χρονικά διαστήματα) να αποστέλλει εξώδικες προσκλήσεις με τις οποίες να καλεί τον προσβάλλοντα επανειλημμένως, για κάθε δημοσίευση ξεχωριστά, να «κατεβάσει» τη δημοσίευση και να άρει την προσβολή⁷⁹ και β) η δυνατότητα του συντάκτη του προσβλητικού δημοσιεύματος (ή τρίτου) να προβεί σε αναδημοσίευση αυτού σε πλήθος ιστοσελίδων, έχει ως αποτέλεσμα την –εκ νέου– προσβολή του θιγόμενου, χωρίς να μπορεί με ασφάλεια να γνωρίζει ο ίδιος (ο θιγόμενος) σε ποιες ιστοσελίδες (μπορεί να) έχει αναρτηθεί το προσβλητικό δημοσίευμα. Αυτό συμβαίνει διότι ο αριθμός των ιστοσελίδων είναι υπερόγκος και η εμβέλεια του διαδικτύου παγκόσμια και ως εκ τούτου η διάχυση της πληροφορίας πάρα πολύ ευχερής, σε αντίθεση με τα ραδιοτηλεοπτικά κανάλια και τα έντυπα, που είναι ορισμένα κατ' αριθμό και σπανίως είναι προσιτά σε πρόσωπα εκτός της χώρας κυκλοφορίας και μετάδοσης αντίστοιχα αυτών. Είναι άρα εκ των πραγμάτων δυσχερής ο εντοπισμός των ιστοσελίδων, μέσων των οποίων έχει λάβει χώρα η προσβολή με ανάρτηση προσβλητικού δημοσιεύματος και συνεπώς είναι αλυσιτελής να απαιτηθεί από τον θιγόμενο, κατ' ανάλογη εφαρμογή της παρ. 5 του Ν. 1178/1981, πριν εγείρει αγωγή να ζητήσει εξωδίκως από τον ιδιοκτήτη της ιστοσελίδας ή όταν αυτός είναι άγνωστος, από τον συντάκτη του προσβλητικού δημοσιεύματος έμπρακτη αποκατάσταση⁸⁰.

διάταξη του άρθρου 681Δ ΚΠολΔ εννοείται μόνο αυτή του τύπου με το στοιχείο της περιοδικότητας βλ. Βαθρακοκόηλη, ό.π., σ. 13-14. Για στοιχείο περιοδικότητας σε ΑΝ 1092/1938 βλ. Αναστασιάδου, ό.π., ΔιΜΕΕ, 2018, 476 (478).

78. Πράγμα το οποίο δεν μπορεί να συμβεί με την ίδια ευχέρεια σε φύλλα εφημερίδων για παράδειγμα.

79. Βοήθεια σε αυτό το πρόβλημα μπορεί να προσφέρει η νομολογία περί ενιαίου βιοτικού συμβάντος, έτσι ώστε να θεωρηθεί ότι μία εξώδικη πρόσκληση μπορεί να καταλαμβάνει πολλαπλές προσβολές, ακόμα και μεταγενέστερες. Για ενιαίο βιοτικό συμβάν βλ. ΑΠ 865/2020 Νόμος: ΑΠ 518/2008 Ισοκράτης· ΑΠ 14/2007 ΝοΒ 2007, 1172· Εφαθ 476/2019 Νόμος: ΕφΠειρ 429/2016 Νόμος: βλ. ωστόσο και νομολογία που φαίνεται να θέτει ως προϋπόθεση οι πολλαπλές προσβολές να αφορούν στο ίδιο δυσφημιστικό γεγονός για να θεωρηθούν ενιαίο βιοτικό συμβάν: ΑΠ 1854/2017 Νόμος: «το αυτό βιοτικό συμβάν»· ΑΠ 1406/2015 Νόμος: «[...] προσβολών μέσω δύο τηλεοπτικών εκπομπών στις οποίες διατυπώθηκαν τα ίδια περιστατικά σε σχέση με τη συμπεριφορά του ενάγοντος [...]»· ΑΠ 1595/2013 ΧρΙΔ 2014, 497: «[...] εφόσον αφορούν τα ίδια σε βάρος του ενάγοντα περιστατικά που έχουν όμοιο περιεχόμενο [...]»· ΕφΔωδ 36/2011 Νόμος: «[...] το ίδιο δυσφημιστικό γεγονός [...]»· ΠΠρΑθ 3106/2011 Νόμος: «[...] έχοντας ως αφορμή το ίδιο δυσφημιστικό γεγονός [...]».

80. Για το υπό β επιχείρημα βλ. ΜΠρΑθ 2082/2017 δημ. σε vagenaslaw.gr (τελευταία είσοδος 13.12.2020)· ΜΠρΑθ 497/2017 ΔιΜΕΕ 2017, 568 (570), οι οποίες, παρά την αποδοχή περί αναλογικής εφαρμογής του Ν. 1178/1981 σε ιστοσελίδες και ιστολόγια, κρίνουν εύστοχα πως η υποχρέωση επίδοσης εξώδικης πρόσκλησης της παρ. 5 στο διαδίκτυο είναι αλυσιτελής: βλ. Φουντεδάκη, ό.π., σ. 364, κατά την οποία, άπαξ και αναρτηθεί προσβλητική δημοσίευση οι συνέπειές της ουσιαστικά δεν μπορούν να αρθούν, χωρίς πραγματική δυνατότητα διαγραφής ή διόρθωσης, αφού η πληροφορία «ταξιδεύει» και αποθηκεύεται πολύ γρήγορα και ποικιλοτρόπως· Μήτρου, σχόλιο σε ΜΠρΘεσσ 16790/2009 ΔιΜΕΕ 2009, 400: «Το Διαδίκτυο μεταλλάσσει τον τρόπο και την ταχύτητα διάδοσης της πληροφορίας αλλά ταυτόχρονα η ευχέρεια διανομής πληροφοριών και πρόσβασης στις πληροφορίες αυτές περιορίζει δραστικά τον έλεγχο που έχουν τα άτομα επί της φήμης/υπόληψής τους [...] Στο Διαδίκτυο δεν υπάρχει λήθη»· πρβλ. επίσης Καράκωστα, Δίκαιο

Η υποχρέωση αποστολής εξώδικης πρόσκλησης στο διαδίκτυο και συγκεκριμένα στα μέσα κοινωνικής δικτύωσης δημιουργεί ποικίλα, επομένως, πρακτικά ερωτήματα. Ένα προβληματικό δημοσίευμα σε ένα μέσο κοινωνικής δικτύωσης μπορεί να διαγραφεί από τον αναρτήσαντα χρήστη με την ίδια ευχέρεια με την οποία αναρτήθηκε. Αυτό έχει μεν ως αποτέλεσμα να εκλείψει η πηγή της προσβολής – πάντοτε υπό την επιφύλαξη ότι αυτή δεν έχει κοινοποιηθεί/αναδημοσιευτεί περαιτέρω–, ωστόσο η ζημία έχει ήδη επέλθει αφού το προσβλητικό δημοσίευμα κατέστη ορατό από καταρχήν απροσδιόριστο αριθμό ατόμων πριν τη διαγραφή του. Και εδώ προκύπτει το εξής ερώτημα: στην περίπτωση που ο προσβάλλων π.χ. ανήρτησε υβριστικό δημοσίευμα το 2018, το οποίο το διέγραψε μετά από λίγες εβδομάδες και το θιγόν πρόσωπο έλαβε γνώση της εν λόγω δημοσίευσης το 2020, πρέπει και πάλι να αποσταλεί εξώδικη πρόσκληση, με την οποία όμως αυτή τη φορά να ζητείται μόνο⁸¹ η δημοσίευση αποκαταστατικού κειμένου; Έχει άραγε νόημα η αποστολή εξώδικης πρόσκλησης σε αυτή την περίπτωση κατά την οποία ο προσκαλών θα ζητάει από τον προσβάλλοντα να προβεί σε νέα αποκαταστατική δημοσίευση, αναφερόμενος σε δημοσίευμα του παρελθόντος, το οποίο οι τρίτοι χρήστες κατά πάσα πιθανότητα θα αγνοούν ή δεν θα θυμούνται; Στην περίπτωση που το αγνοούν, ματαιώνεται ο σκοπός της αποκατάστασης της τρωθείσας τιμής και εικόνας, αφού το περιεχόμενο και ο λόγος της νέας ανακλητικής δημοσίευσης δεν μπορούν να γίνουν με ευκολία αντιληπτά από το κοινό, για το οποίο κιόλας προορίζονται. Ο σκοπός της αποκατάστασης της τιμής ματαιώνεται κατά μείζονα λόγο και επειδή θεωρείται ότι δεν επέρχεται καν προσβολή της τιμής όταν το δημοσίευμα δεν έγινε ποτέ αντιληπτό από τρίτους. Στην περίπτωση δε που το γεγονός «έχει ξεχαστεί», η ανάκληση της προσβολής διά του αποκαταστατικού κειμένου μπορεί να επιφέρει νέα τρώση της τιμής του θιγόμενου, διότι το προσβλητικό γεγονός ανασύρεται από τη λήθη και παράλληλα «ανακυκλώνεται» και σε άτομα που το αγνοούσαν εξ ολοκλήρου. Αλλά ακόμα και καταφατική να είναι η απάντηση, είναι, παρ' όλα αυτά, ορατό ότι ο νομοθέτης στην παρ. 5 αναφέρεται σε έντυπο δημοσίευμα π.χ. σε εφημερίδα, στο οποίο δεν υπάρχει αυτή η δυνατότητα της διαγραφής «με το πάτημα ενός κουμπιού». Ένα έντυπο τεύχος με προσβλητικό δημοσίευμα εκδίδεται και κυκλοφορεί άπαξ, ενώ είναι πρακτικά αδύνατο να «διαγραφεί» το επίμαχο δημοσίευμα με επιστροφή όλων των πωληθέντων αντιτύπων. Γι' αυτό άλλωστε γίνεται λόγος στην παρ. 5 για αποκατάσταση της ζημίας στο «αμέσως επόμενο τεύχος».

Πάντως, είναι εμφανές ότι και από νομοτεχνικής άποψης ο νόμος εμφανίζει ατέλειες και δημιουργεί και άλλα ερωτήματα. Στην παρ. 5 προβλέπεται ότι στο υποδεικνυόμενο κείμενο ο προσκαλών πρέπει να αναφέρει επί λέξει τις φράσεις που θεωρήθηκαν προσβλητικές. Αυτό σημαίνει ότι είναι πιθανό να δημοσιεύσουν και πάλι αυτολεξεί λ.χ. υβριστικές φράσεις, με αποτέλεσμα να επέρχεται κατ' ουσίαν νέα τρώση της τιμής. Συνεπώς, μπορεί να ανασυρθεί στη μνήμη των τρίτων ή αυτοί να λάβουν για πρώτη φορά γνώση όχι απλώς ενός δυσφημιστικού

γεγονότος του παρελθόντος αλλά και των αυτούσιων υβριστικών χαρακτηρισμών, με αποτέλεσμα να διευρύνεται το εύρος του αναγνωστικού κοινού και άρα της προσβολής.

Επιπλέον, δεδομένου ότι στο διαδίκτυο δεν υπάρχει «επόμενο τεύχος», ο νόμος δεν προβλέπει για πόσο χρονικό διάστημα θα πρέπει να μείνει ανηρτημένο το αποκαταστατικό κείμενο έτσι ώστε να γίνει λόγος για αποκατάσταση της τιμής. Πρέπει, άραγε, να παραμείνει δημοσιευμένο για μία μέρα, για ένα εύλογο χρονικό διάστημα ή ες αεί; Σε αυτό πάντως το ερώτημα, αν γίνει δεκτή η αναλογική εφαρμογή της υποχρέωσης αποστολής εξώδικης πρόσκλησης στο διαδίκτυο, ορθή κρίνεται μάλλον η λύση να παραμένει το αποκαταστατικό κείμενο ανηρτημένο για εύλογο χρονικό διάστημα, ανάλογα με τη σοβαρότητα και την ένταση της εκάστοτε προσβολής⁸². Συνεπώς, τυχόν παραπλανητική και καταχρηστική συμπεριφορά του προσβάλλοντα, ο οποίος αναρτά το αποκαταστατικό κείμενο, λ.χ. στο Facebook, για ελάχιστο χρονικό διάστημα, προκειμένου να περιορίσει όσο το δυνατόν περισσότερο τα άτομα που θα λάβουν γνώση αυτού, κρίνεται ότι ισοδυναμεί με αρνητική απάντηση στην εξώδικη κλήση, καθώς δεν επέρχεται πλήρης και ορθή αποκατάσταση της τιμής. Σκοπός κατάχρησης στην συμπεριφορά του προσβάλλοντα εντοπίζεται και στην περίπτωση, στην οποία αυτός να μην δημοσιεύει το αποκαταστατικό κείμενο στον προσωπικό του λογαριασμό στο Facebook, παρ' όλα αυτά προβαίνει συνεχώς σε νέες πολλαπλές – άσχετες με το αντικείμενο της προσβολής– αναρτήσεις, προκειμένου αυτές να «επισκιάσουν» το δημοσιευθέν ανακλητικό κείμενο. Κάτι τέτοιο θα έχει ως αποτέλεσμα το ανακλητικό κείμενο αφενός να μην εμφανιστεί στην αρχική σελίδα της ροής δημοσιεύσεων/ειδήσεων, αφετέρου αυτό να μην καταστεί με ευκολία ορατό από τους τρίτους ακόμα και αν αυτοί μεταβούν στο προσωπικό χρονολόγιο του προσβάλλοντα, αφού το ανακλητικό κείμενο θα έχει τοποθετηθεί λόγω χρονολογικής σειράς «πιο κάτω» από τις πιο πρόσφατες αναρτήσεις. Γι' αυτό τον λόγο, ως μέσο για την ορθή και αποτελεσματική αποκατάσταση της τιμής – στο βαθμό που αυτή είναι δυνατή– πρέπει να θεωρηθεί η δημοσίευση του ανακλητικού κειμένου, η οποία όμως προτάσσεται στο προσωπικό χρονολόγιο του προσβάλλοντα για ένα εύλογο χρονικό διάστημα με την αξιοποίηση της δυνατότητας «καρφιστώματος» της δημοσίευσης που παρέχει το Facebook. Αυτονόητο είναι ότι δεν επέρχεται αποκατάσταση της τιμής και στην περίπτωση, κατά την οποία ο καθ' ου η επίδοση προβεί μόνο σε διαγραφή των προσβλητικών δημοσιευμάτων αλλά δεν δημοσιεύσει το αποκαταστατικό κείμενο.

Η τυχόν παραπλανητική συμπεριφορά του προσβάλλοντα, ως προς τον τρόπο αναρτήσεως του αποκαταστατικού κειμένου, εντοπίζεται και στο ακόλουθο παράδειγμα. Ο καθ' ου η επίδοση μπορεί να έχει προβεί σε ανάρτηση, λ.χ. στο Facebook, στην οποία, όμως, δεν έχει πληκτρολογήσει το υποδεικνυόμενο κείμενο, αλλά έχει μόνο τοποθετήσει υπερσύνδεσμο (link), ο οποίος παραπέμπει σε άλλη ιστοσελίδα (λ.χ. Google Photos), όπου είναι ανηρτημένο το αποκαταστατικό κείμενο σε μορφή φωτογραφίας. Και εδώ είναι προφανής ο σκοπός καταστρατηγήσεως της νομοθετικής επιλογής για εξώδικη αποκατάσταση της τιμής, αφού λίγοι θα είναι αυτοί που θα «κλικάρουν» πάνω σε έναν άγνωστο σύνδεσμο, ο οποίος δεν συνοδεύεται από μία περιγραφή του περιεχομένου του και ενδέχεται εκ του λόγου αυτού οι τρίτοι χρήστες να διατηρούν την όποια εύλογη αμφιβολία για το περιεχόμενό του. Ούτως ή άλλως, σε μία τέτοια περίπτωση δεν θα έχει προβεί καν ο προσβάλλων σε ίδια δημοσίευση του υποδεικνυόμενου κειμένου, με αποτέλεσμα να μην είναι ορατό προς τους τρίτους ότι υφίστατο υποχρέωση

82. Η λύση να παραμένει το ανακλητικό κείμενο στο Facebook ανηρτημένο ες αεί, όπως ακριβώς παραμένει το ανακλητικό κείμενο για πάντα δημοσιευμένο στο «αμέσως επόμενο τεύχος» ενός εντύπου, ίσως να θεωρείται ιδιαίτερα επιβαρυντική για τον προσβάλλοντα και μετά από ένα σημείο και αλυσιστελής.

& Ίντερνετ, 2009 για την ευχέρεια επανάληψης της προσβολής μέσω αναδημοσίευσης: Παπακωνσταντίνου, ό.π., ΔιΜΕΕ 2018, 31 (37) για εγγενή αδυναμία διαπίστωσης σε πόσες και σε ποιες ιστοσελίδες έχει αναρτηθεί το δημοσίευμα· τον ίδιο, σε ΔιΜΕΕ, 2004, 54, ο οποίος θεωρεί το δικαίωμα απάντησης στο διαδίκτυο ως τον προσφορότερο και ευκολότερο τρόπο ενημέρωσης του κοινού σχετικά με την προσβολή· Παναγοπούλου-Κουντατζή, Κοινωνικά δίκτυα και προσωπικότητα Ι, ΔιΜΕΕ 2012, 186: «Ο,τι καταγράφεται στο διαδίκτυο παραμένει εκεί ες αεί και μας συνοδεύει για πάντα».

81. Αν και η παρ. 5 κάνει λόγο μόνο για υπόδειξη (νέου) ανακλητικού κειμένου, πρέπει να γίνει δεκτό ότι η εξώδικη πρόσκληση που αναφέρεται σε προσβλητική ανάρτηση σαφώς και μπορεί να περιλαμβάνει σωρευτικά και αίτημα διαγραφής αυτής (άρση προσβολής), εφαρμοζόμενης συμπληρωματικά της ΑΚ 57.

επανόρθωσης και άρα να μην θεωρείται ότι συμμορφώνεται με το αίτημα του θιγομένου.

Τι συμβαίνει, επίσης, στο παράδειγμα κατά το οποίο ο Α αποστέλλει εξώδικη πρόσκληση προς τον Β και την 9η ημέρα από την επίδοση αυτής ασκεί αγωγή, ο δε Β λόγω της επίδοσης της αγωγής διαγράφει τη δημοσίευση και ανακαλεί, αλλά προβαίνει ξανά σε νέα δημοσίευση λ.χ. μετά από 20 μέρες από την πρώτη; Είναι υποχρεωμένος ο Α να αποστείλει –υπό το φόβο της απόρριψης της αγωγής ως απαράδεκτης– νέα εξώδικη πρόσκληση για το δεύτερο δημοσίευμα προκειμένου να προβεί σε κατάθεση αγωγής ή θεωρείται ότι η πρώτη πρόσκληση καταλαμβάνει και οποιαδήποτε μελλοντική προσβολή⁸³, με συνέπεια να μπορεί ο θιγόμενος να προβεί απευθείας σε (νέα) κατάθεση αγωγής αυτή τη φορά; Επισημαίνεται στο σημείο αυτό ότι δεν μπορεί να γίνει αποδεκτό, η τυχόν διαγραφή κάθε φορά των επίδικων δημοσιευμάτων μετά από επίδοση εξώδικης πρόσκλησης να παρακωλύει την άσκηση αγωγής⁸⁴, προκειμένου ο προσβάλλων, ο οποίος κάθε φορά πετυχαίνει βέβαια τον –έστω προσωρινό– συκοφαντικό και υβριστικό σκοπό του, να αποφεύγει τυχόν καταβολή χρηματικής ικανοποίησης για ηθική βλάβη στην οποία θα υποχρεωθεί βάσει δικαστικής αποφάσεως. Το 9ο εδάφιο της παρ. 5 δεν μπορεί να προσφέρει κάποια λύση, διότι κάνει λόγο για περιουσιακή και όχι για ηθική ζημία. Βοήθεια σε ένα τέτοιου είδους αδιέξοδο ίσως μπορεί να παράσχει η ρύθμιση του 8ου εδαφίου της παρ. 5. Αλλά και με βάση αυτή τη ρύθμιση η λύση στο πρόβλημα δεν είναι δεδομένη, λαμβανομένης υπόψιν της υποχρεωτικής υπάρξεως «μείζονος σημασίας γεγονότος». Έτσι, στο παραπάνω παράδειγμα των πολλαπλών δημοσιευμάτων, τα οποία αν και προσβλητικά, μπορεί να μην αφορούν σε μείζονος σημασίας γεγονότα για το θιγόμενο πρόσωπο, αυτό δεν μπορεί να προσφύγει δικαστικά εάν πρώτα δεν έχει αποστείλει εξώδικη πρόσκληση. Θα ήταν, βέβαια, εύλογο να σκεφτεί κανείς πως πολλαπλά προσβλητικά δημοσιεύματα θεμελιώνουν στο σύνολό τους «γεγονός μείζονος σημασίας», έστω και αν κατά μόναν συνιστούν μικρότερης απασίας προσβολές.

Προβληματική είναι επίσης η περίπτωση κατά την οποία ο θιγόμενος αποστέλλει το αποκαταστατικό κείμενο και ο καθ' ου η επίδοση απενεργοποιεί («κλείνει») τον λογαριασμό του στο μέσο κοινωνικής δικτύωσης. Σε αυτή την περίπτωση φαίνεται ορθό να ερμηνεύσουμε την πράξη του χρήστη ως σιωπηρή άρνηση και επομένως ο θιγόμενος μπορεί να προχωρήσει στην άσκηση της αγωγής. Κάτι αντίστοιχο μπορεί να συμβεί όταν η εκδοθείσα δικαστική απόφαση υποχρεώνει τον χρήστη να αναρτήσει στο προφίλ του περίληψη αυτής προς αποκατάσταση της τρωθείσας τιμής του ενάγοντα⁸⁵, αλλά ο εναγόμενος, μη αποδεχόμενος την ήττα του και μη θέλοντας να πληγεί το γόητρό του, διαγράφει το προφίλ του, προκειμένου να μην αναρτήσει την απόφαση. Και σε αυτή την περίπτωση θα ήταν σωστό να θεωρηθεί πως ο ηττηθείς διάδικος αρνείται να συμμορφωθεί με το διατακτικό της απόφασης.

Όλες οι παραπάνω πρακτικές δυσχέρειες μπορεί να μην είναι οι συνηθισμένες περιπτώσεις, ωστόσο δεν είναι αδύνατο να προκύψουν δεδομένου του αριθμού των χρηστών στα μέσα κοινωνικής δικτύωσης, του καθημερινού όγκου των δη-

μοσιευμάτων και της ευκολίας με την οποία αυτά αναρτώνται, διαγράφονται, κοινοποιούνται κ.λπ. Είναι, μάλιστα, δηλωτικές μιας καταρχήν έλλειψης ουσιώδους ομοιότητας, η οποία κατ' επέκταση οδηγεί σε απόρριψη της άποψης περί αναλογικής εφαρμογής της ρύθμισης για την υποχρέωση αποστολής εξώδικης δήλωσης προπαντός στα μέσα κοινωνικής δικτύωσης, λόγω ακριβώς της ιδιαίτερης φύσης και λειτουργίας αυτών. Αλλά και ορώμενη δικαιοπολιτικά, δεν μπορεί να γίνει αποδεκτή η πραγματική κατάσταση, κατά την οποία ένας χρήστης social media, ο οποίος προβαίνει επανειλημμένως σε ζημιογόνα για το θιγόμενο πρόσωπο δημοσιεύματα, χαίρει μίας ήπιας μεταχείρισης με την αποφυγή καταβολής χρηματικής ικανοποίησης, εφόσον συμμορφώνεται με το περιεχόμενο των εξωδίκων δηλώσεων⁸⁶, ενώ παράλληλα το θιγόμενο πρόσωπο προβαίνει συνεχώς σε έξοδα εις μάτην (νομικές συμβουλές, σύνταξη και επίδοση εξώδικης δήλωσης κ.ά.). Ας μην λησμονείται ότι σε όλες τις παραπάνω περιπτώσεις δεν επιτυγχάνεται ο σκοπός της νομοθετικής ρύθμισης, δηλαδή η εξώδικη αποκατάσταση της τιμής και υπόληψης του θιγομένου προσώπου.

Θα ήταν εύλογο, άρα, να διερωτηθεί κανείς αν η υποχρέωση αποστολής εξώδικης πρόσκλησης εφαρμόζεται αναλογικά όταν υπάρχει προσβλητικό άρθρο σε ηλεκτρονική εφημερίδα ή όταν αυτό είναι ανηρτημένο στο προφίλ που διαθέτει η εφημερίδα στο Facebook κατά πλήρη αντιστοιχία με ένα άρθρο σε μία έντυπη εφημερίδα. Καταρχήν, φαίνεται σε αυτή την περίπτωση ότι η υποχρέωση αποστολής εξώδικης δήλωσης συμβαδίζει με τη λειτουργία των ηλεκτρονικών ειδησεογραφικών δημοσιευμάτων. Σκοπός, όμως, δεν είναι να διαπιστωθεί αν μπορεί σε μία μεμονωμένη περίπτωση να «ταιριάζει» η ratio της εξώδικης προσκλήσεως, αλλά να διερευνηθεί ένα γενικότερο κριτήριο ελέγχου της επαλήθευσης της τελολογίας της αναφορικά με αναρτήσεις στο διαδίκτυο. Ας μην παροράται ότι ακόμα και σε αυτό το παράδειγμα του ειδησεογραφικού άρθρου σε ηλεκτρονική εφημερίδα, ελλοχεύει πάντοτε ο κίνδυνος, όπως πολύ εύστοχα παρατηρεί η νομολογία, ο θιγόμενος να «μην γνωρίζει με ασφάλεια σε ποιές ιστοσελίδες έχει αναρτηθεί το προσβλητικό δημοσίευμα», γεγονός που πάλι επιβεβαιώνει το αλυσιτελές της εξώδικης προσκλήσεως στο διαδίκτυο εν γένει. Βεβαίως και ένα θιγόμενο πρόσωπο δικαιούται να αποστείλει εξώδικη διαμαρτυρία εναντίον του ιδιοκτήτη της ηλεκτρονικής εφημερίδας ή του χρήστη στο Facebook που αναρτά προσβολές, ωστόσο κρίνεται εν προκειμένω τελολογικά άστοχο και δικαιοπολιτικά μη ορθό να υφίσταται –επ' απειλή απαραδέκτου– δικονομική υποχρέωση αποστολής εξώδικης πρόσκλησης σε δημοσίευμα μέσω κοινωνικής δικτύωσης και του διαδικτύου γενικότερα.

Αξίζει, βέβαια, να αναφερθεί ότι στις υπ' αρ. ΠΠρΑθ 3667/2020 και ΠΠρΑθ 1122/2014 αποφάσεις ρητά απορρίφθηκε η αναλογική εφαρμογή του Ν. 1178/1981 στο Facebook⁸⁷, ενώ όπως αναφέρθηκε και παραπάνω⁸⁸, η νομολογία σε αρκετές περιπτώσεις προσβλητικών δημοσιευμάτων στο Facebook προχώρησε κατευθείαν στην εκδίκαση των υποθέσεων με βάση τις κοινές διατάξεις και δεν εξέτασε το ζήτημα περί αναλογικής εφαρμογής του Ν. 1178/1981⁸⁹, πράγμα το οποίο σημαίνει

86. Υπενθυμίζεται ότι επέρχεται αποκατάσταση της προσβολής με τη δημοσίευση ανακλητικού κειμένου και άρα αποσβέννεται η οποιαδήποτε αγωγή αξίωση για ηθική βλάβη κατά το 7ο εδάφιο της παρ. 5.

87. ΠΠρΑθ 1122/2014 Νόμος: «[...] θα πρέπει και παράλληλα και η κατά προορισμό χρήση της να είναι η διάδοση, γεγονός που κατά κανόνα δεν συντρέχει στις υπηρεσίες κοινωνικής δικτύωσης, όπως είναι αυτή του Facebook»· έτσι και ΠΠρΑθ 3667/2020 αδημ.

88. Υπό ΙΙΙ 2.

89. ΕφΘεσσ 398/2020 δημ. σε vagenaslaw.gr (τελευταία είσοδος 13.12.2020). ΕφΘεσσ 1960/2014 ΔιΜΕΕ 2015, 487. ΠΠρΑθ 272/2019 ΔιΜΕΕ 2019, 78. ΜΠλημΒολ 1456/2018 ΔιΜΕΕ 2019, 213. ΜΠρΘεσσ 1024/2015 ΕλλΔνη 2015, 1456. ΜΠρΘεσσ 34697/2010 Νόμος. ΜΠρΘεσσ 16790/2009 ΔιΜΕΕ 2009, 400. βλ. όμως και α-

83. Για το αν η μελλοντική προσβολή θα πρέπει να αναφέρεται στο ίδιο βιοτικό συμβάν με την πρώτη, έτσι ώστε να καλύπτεται από την πρώτη εξώδικη πρόσκληση (λ.χ. εξύβριση στο πρώτο δημοσίευμα, συκοφαντική δυσφήμιση όμως στο δεύτερο δημοσίευμα που αναφέρεται πάλι στο ίδιο γεγονός) βλ. υποσημ. 79.

84. Για απόσβεση αξίωσης βλ. 7ο εδάφιο παρ. 5· πρβλ. και αιτιολογική έκθεση άρθρου 37 παρ. 2 Ν. 4356/2015, ΚΝοΒ, 2015, 1807.

85. Για δημοσίευση περίληψης δικαστικής απόφασης στο Facebook βλ. ΠΠρΑθ 1101/2018 ΕφΑΔΠολΔ 2018, 750 (756). ΠΠρΑθ 122/2014 Νόμος. βλ. και ΠΠρΑθ 6148/2013 Νόμος (ηλεκτρονικό περιοδικό). Για υποχρέωση διαγραφής σχολίων στο Facebook βλ. ΜΠρΘεσσ 34697/2010 Νόμος.

ότι ένα μέρος της νομολογίας παίρνει –εμμέσως πλην σαφώς– θέση υπέρ του ότι ο Ν. 1178/1981 δεν επεκτείνεται και στα μέσα κοινωνικής δικτύωσης.

VI. Το προτεινόμενο κριτήριο του τρέχοντος σκοπού χρήσης του διαδικτυακού ιστοτόπου

Οι πολλαπλές και ολοένα αυξανόμενες δυνατότητες του διαδικτύου καθιστούν δυσχερές το έργο του εφαρμοστή του δικαίου σχετικά με την εύρεση των εφαρμοστέων κάθε φορά διατάξεων⁹⁰. Όσον αφορά, όμως, στην αναλογική εφαρμογή του νόμου περί αστικής ευθύνης του τύπου στο διαδίκτυο συλλήβδην, μπορεί, με βάση τις παραπάνω σκέψεις και ορισμένα από τα επιχειρήματα της νομολογίας, να εξαχθεί ένα γενικό⁹¹ κριτήριο ελέγχου συνδρομής της ανάγκης αναλογικής εφαρμογής του Ν. 1178/1981. Τονίζεται ότι η κατωτέρω ανάλυση ισχύει πάντοτε υπό τον όρο ότι δεν ενάγεται μόνο ο συντάκτης.

Συγκεκριμένα, αυτό που θα πρέπει να προσδιορίζεται από τον εφαρμοστή του δικαίου σε ένα πρώτο στάδιο είναι το είδος του διαδικτυακού ιστοτόπου, στον οποίο είναι ανηρτημένο το επίδικο δημοσίευμα. Πρόκειται για ηλεκτρονική εφημερίδα/περιοδικό, για ιστολόγιο⁹², για μέσο κοινωνικής δικτύωσης ή για άλλη κατηγορία ιστοσελίδας όπως το YouTube⁹³. Σε ένα δεύτερο στάδιο, θα πρέπει να γίνεται κατανοητή η φύση και ο τρόπος λειτουργίας του εκάστοτε διαδικτυακού ιστοτόπου⁹⁴. Αφού διερευνηθούν τα ανωτέρω, ο εφαρμοστής του δικαίου φτάνει στο σημείο που οφείλει να ελέγξει ποιος είναι ο σκοπός χρήσης της διαδικτυακής πλατφόρμας, στην οποία βρίσκεται ανηρτημένο το επίμαχο δημοσίευμα. Τα δικαστήρια στις αποφάσεις περί ιστολογίων εκκινούν από σωστή βάση, διατυπώνοντας τη θέση ότι ο σκοπός δημιουργίας και ο προορισμός λειτουργίας αυτών δεν είναι η διάδοση πληροφοριών με σκοπό τη μαζική

ντίθεση νομολογία: ΕφΑθ 1057/2020 ΔιΜΕΕ 2020, 351 (Facebook)· ΠΠΡΑθ 1101/2018 ΕφΑΔΠολΔ 2018, 750 (Facebook)· ΠΠΡΑθ 1767/2015 ΔιΜΕΕ 2016, 562 (Twitter)· ΠΠΡΑθ 643/2020 Ισοκράτης (YouTube).

90. ΜΠΡΘεσσ 16709/2009 ΔιΜΕΕ 2009, 400: «Το κεντρικό ερώτημα αφορά στη φύση των νέων μέσων και «τόπων» και τη δυνατότητα του προσδιορισμού και εφαρμογής των δικαϊκών κανόνων [...]»· Γιαννόπουλος, ό.π., ΔιΜΕΕ 2017, 494 (501): «[...] η εύρεση του αρμοδίου δικαστηρίου και του εφαρμοστέου δικαίου μπορεί να καταλήξει σε δυσεπίλυτους γρίφους»· πρβλ. και Πισκοπάνη, ό.π., ΔιΜΕΕ 2009, 338. Για απουσία συνεκτικού και ολοκληρωμένου νομοθετικού πλαισίου για την αντιμετώπιση των ζητημάτων που τίθενται από την χρήση του διαδικτύου βλ. Παπακωνσταντίνου, ό.π., ΔιΜΕΕ 2018, 31 (36).

91. Πρβλ. και Στρατηλάτης, ό.π., ΕφημΔΔ 2014, 94: «Οι κρίσεις που παρατέθηκαν παραπάνω αφορούν ειδικά στα ιστολόγια και θα μπορούσαν ενδεχομένως να επεκταθούν και σε άλλες χρήσεις/εφαρμογές (λ.χ. τα μέσα κοινωνικής δικτύωσης) [...]».

92. Για επιμέρους διακρίσεις των ιστολογίων βλ. Αναστασιάδου, ό.π., ΔιΜΕΕ 2018, 476 (477) υποσημ. 2· Κατερινόπουλο, ό.π., ΔιΜΕΕ 2008, 485.

93. Σημειώνεται ότι όλα τα παραπάνω συνιστούν «ιστοσελίδες». Επομένως, η γενικευμένη χρήση του όρου «ιστοσελίδα» από τη νομολογία, είναι δυνατόν να οδηγήσει σε όμοια αντιμετώπιση διαφορετικών ειδών ιστοσελίδων, όπως μίας ηλεκτρονικής εφημερίδας με ένα μέσο κοινωνικής δικτύωσης, προκαλώντας παράλληλα και μία εννοιολογική σύγχυση· πρβλ. λ.χ. ΕφΑθ 963/2016 ΔιΜΕΕ 2016, 478: «ιστότοπος κοινωνικής δικτύωσης» (479), «ιστοσελίδα Facebook» (481), «ιστοσελίδα εφημερίδας» (481), «ιστοσελίδα στο διαδίκτυο, στην οποία η εφεσίβλητη διατηρούσε λογαριασμό με ψευδώνυμο» (485)· ΕφΔωδ 36/2011 Νόμος, η οποία στην αρχή κάνει λόγο για ιστολόγιο, ενώ μετά για ιστοσελίδα και ηλεκτρονικό περιοδικό.

94. Ομοίως Στρατηλάτης, ό.π., ΕφημΔΔ 2014, 94 με παραπομπή σε Δεληγιάννη: «[...] είναι αναγκαία η διαφοροποίηση της ευθύνης των χρηστών του Διαδικτύου με βάση τις ιδιαίτερες συνθήκες κάθε επικοινωνιακού ενεργήματος ξεχωριστά».

ενημέρωση⁹⁵. Πιο ασφαλές, όμως, κριτήριο ελέγχου είναι αυτό του τρέχοντος σκοπού χρήσης της εκάστοτε ιστοσελίδας, διότι είναι πολύ πιθανό μία ιστοσελίδα όταν δημιουργήθηκε να μην είχε ως σκοπό δημιουργία τη μαζική ειδησεογραφική ενημέρωση και διάδοση, αλλά να απέκτησε στην πορεία αυτή την ειδησεογραφική ταυτότητα⁹⁶. Κατά τον προσδιορισμό δε του τρέχοντος σκοπού χρήσης, ο εφαρμοστής του δικαίου οφείλει να καταλήξει στην όποια κρίση με βάση τη διάκριση, στην οποία έχει ήδη προβεί ανάλογα με το είδος του χώρου φιλοξενίας και του τρόπου λειτουργίας αυτού.

Ειδικότερα, αν πρόκειται για ιστολόγιο, θα πρέπει να διαπιστωθεί εάν ο διαχειριστής-ιδιοκτήτης του ιστολογίου⁹⁷, στο οποίο λαμβάνει χώρα η επίδικη δημοσίευση (όχι όμως από ανωνύστες μέσω σχολίων)⁹⁸, είναι επαγγελματίας δημοσιογράφος που κατέχει προσωπικό ιστολόγιο ή μέσο ενημέρωσης που δραστηριοποιείται στον χώρο της δημοσιογραφίας (π.χ. αθλητική εφημερίδα διατηρεί ιστολόγιο, στο οποίο φιλοξενεί ηλεκτρονικά άρθρα των δημοσιογράφων της)⁹⁹ και το δημοσίευμα αποσκοπεί στη μαζική, ειδησεογραφική ενημέρωση και διάδοση¹⁰⁰. Αν η απάντηση είναι καταφατική, τότε υφίσταται βάση για αναλογική εφαρμογή του Ν. 1178/1981¹⁰¹.

95. Ενδεικτικά: ΠΠΡΑθ 457/2016 ΔιΜΕΕ 2016, 222 (223)· ΠΠΡΑθ 3799/2015 ΔιΜΕΕ 2016, 77 (79)· ΠΠΡΠειρ 4980/2009 ΔιΜΕΕ 2010, 101· ΜΠΡΑθ 9118/2014 ΔιΜΕΕ 2015, 236 (236).

96. Έτσι και Κατερινόπουλος, ό.π., ΔιΜΕΕ 2008, 485: «[...] δ) τι θα γίνει σε περίπτωση που ενώ ξεκίνησαν τη λειτουργία τους με άλλο χαρακτήρα στην πορεία λάβουν και ένα ενημερωτικό χαρακτήρα [...]»· Υπέρ αυτού του διαχωρισμού σε ενημερωτικές και μη ιστοσελίδες και Στρατηλάτης, ό.π., ΕφημΔΔ 2014, σ. 94.

97. Όπως λ.χ. σε ΕφΑθ 1143/2016 ΔιΜΕΕ 2016, 216.

98. Πρέπει σε αυτό το σημείο να τονιστεί ιδιαίτερος ότι το νομοθετικό καθεστώς αλλάζει όταν ενάγεται κάτοχος-διαχειριστής ιστοσελίδας για προσβλητικά σχόλια χρηστών στην ιστοσελίδα του. Σε αυτή την περίπτωση εφαρμόζεται το ΠΔ 131/2003 και ο κάτοχος-διαχειριστής καταρχήν απαλλάσσεται με βάση το άρθρο 13 για τυχόν προσβλητικά σχόλια των χρηστών-αναγνωστών του, οι οποίοι αναρτούν σχόλια κατά κύριο λόγο ανωνύμως και ο διαχειριστής-κάτοχος δεν μπορεί να γνωρίζει το αληθές ή μη την σχολίων, ενώ η επέμβασή του είναι συνήθως κατασταλτική. Για το νομοθετικό καθεστώς των ιστολογίων και ιστοσελίδων γενικότερα σε περίπτωση προσβλητικών σχολίων από χρήστες αυτών αλλά και τα προβλήματα ανωνυμίας που δημιουργούνται, θέματα τα οποία βρίσκονται εκτός των ορίων της παρούσας μελέτης, βλ. ενδεικτικά: ΕΔΔΑ, Δelfi AS κατά Εσθονίας ΔιΜΕΕ 2013, 560· ΑΠ 1425/2017 ΔιΜΕΕ 2017, 590· ΕφΘεσσ 2116/2020 Νόμος· ΠΠΡΘεσσ 10144/2016 Αρμ 2017, 192· ΠΠΡΑθ 457/2016 ΔιΜΕΕ 2016, 222· Γιαννόπουλο, ό.π., ΔιΜΕΕ 2017, 494· τον ίδιο, σχόλιο σε ΕΔΔΑ, Δelfi AS κατά Εσθονίας ΔιΜΕΕ 2013, 566· Ιγγλεζάκη, Ελευθερία έκφρασης και ανωνυμία στο Διαδίκτυο: το παράδειγμα των ιστολογίων, ΔιΜΕΕ 2011, 317· Μαρίνο, ό.π., ΕλλΔνη 1998, 1· Πισκοπάνη, σχόλιο σε ΜΠΡΑθ 9118/2014 ΔιΜΕΕ 2015, 239· Σωτηρόπουλο, ό.π., Ραδαμάνθους, 2009-2010, 33· Τάσση, Διαδίκτυο και ελευθερία έκφρασης – Το πρόβλημα των Blogs (1), ΔιΜΕΕ 2006, 518.

99. Βλ. και ΕφΡοδοπ 44/2008 ΔιΜΕΕ 2009, 204, το οποίο ορθά έκρινε ότι, αν και υφίσταται ιστολόγιο, εφαρμόζεται αναλογικά ο Ν. 1178/1981, επειδή ο διαχειριστής του ιστολογίου διατηρούσε μέσο αυτού διαδικτυακή εφημερίδα.

100. Πρβλ. νομολογία που ορθά έλεγξε αν υφίστατο ειδησεογραφικός σκοπός ενημέρωσης και διάδοσης: ΕφΑθ 1143/2016 ΔιΜΕΕ 2016, 216 (216) (άρθρα από δημοσιογράφο σε ιστολόγιο)· ΕφΑθ 1442/2015 Ισοκράτης (δημοσιεύματα σε αθλητικό ιστολόγιο)· βλ. αντίθετα ΠΠΡΘεσσ 22228/2011 ΔιΜΕΕ 2011, 379, στην οποία εσφαλμένα δεν εφαρμόστηκε αναλογικά ο Ν. 1178/1981, ενώ συνέτρεχε περίπτωση αθλητικού ειδησεογραφικού ιστολογίου. Για πρόταση νομοθετικής ρύθμισης το έτος 2008 που θα διέκρινε σε ενημερωτικά και μη ιστολόγια πρβλ. και Κατερινόπουλο, ό.π., ΔιΜΕΕ 2008, 485 (485)· πρβλ. και Αναστασιάδου, ό.π., ΔιΜΕΕ 2018, 476 (480).

101. Έτσι και Σωτηρόπουλος, ό.π., Ραδαμάνθους 2009-2010, 33 (43). Προς αυτή την κατεύθυνση και Γιαννόπουλος, ό.π., ΔιΜΕΕ 2017, 494

Αν πρόκειται για μέσο κοινωνικής δικτύωσης (Facebook, Twitter, Instagram, TikTok κ.ά.), στο οποίο δημοσιεύονται άρθρα/ειδήσεις/σχόλια ενός μέσου ενημέρωσης, με προφανή σκοπό άσκησης του κοινωνικού λειτουργήματος της μαζικής ειδησεογραφικής ενημέρωσης, εξαιτίας δε των δημοσιευθέντων κειμένων επέρχεται ζημία σε ένα πρόσωπο, εφαρμόζεται και πάλι ο Ν. 1178/1981 αναλογικά. Αυτό συμβαίνει π.χ. όταν ένα μέσο ενημέρωσης, πέρα από τη λειτουργία τηλεοπτικού σταθμού, την έκδοση έντυπης εφημερίδας και τη λειτουργία ηλεκτρονικής ιστοσελίδας (ηλεκτρονική εφημερίδα)¹⁰², διαθέτει και λογαριασμό στο Facebook, στο Twitter, στο Instagram, στο YouTube, όπου είτε δημοσιεύει ειδήσεις είτε κοινοποιεί (αναδημοσιεύει)¹⁰³ τις ήδη υπάρχουσες στην ιστοσελίδα του (ή λ.χ. στο ημερήσιο δελτίο ειδήσεων), με σκοπό την περαιτέρω διάδοση και μαζική ενημέρωση, έτσι ώστε η προσβασιμότητα στις αναρτηθείσες ειδήσεις να μην αποκλείεται από το γεγονός ότι κάποιος χρήστης του διαδικτύου μπορεί να διαθέτει π.χ. μόνο λογαριασμό στο Instagram και όχι στο Facebook. Σε τέτοια, επομένως, δεν διαφέρει στις παραπάνω περιπτώσεις ένα δημοσιευθέν στον τύπο κείμενο από ένα δημοσίευμα, το οποίο αντί να δημοσιευτεί στην έντυπη έκδοση της εφημερίδας, αναρτήθηκε στην ηλεκτρονική έκδοση αυτής ή κοινοποιήθηκε στο Facebook από τον «επαγγελματικό» λογαριασμό του μέσου ενημέρωσης· συνεπώς θα εφαρμόζονται αναλογικά οι διατάξεις του Ν. 1178/1981, με την εξαίρεση πάντοτε της υποχρέωσης αποστολής εξώδικης πρόσκλησης λόγω της ιδιότητας λειτουργίας του διαδικτύου (υπό V 3 γ). Έτσι, ο συντάκτης-δημοσιογράφος που προβαίνει σε προσβλητικές της προσωπικότητας εκφράσεις στην ψηφιακή μορφή του άρθρου που έχει αναρτηθεί λ.χ. και στο Facebook από το προφίλ του μέσου ενημέρωσης στο οποίο εργάζεται (ή φιλοξενείται), ευθύνεται μαζί με τον ιδιοκτήτη του μέσου αυτού κατά τις διατάξεις περί αστικής ευθύνης του τύπου, εφαρμοζόμενες αναλογικά¹⁰⁴.

Πράγματι, σε αυτές τις περιπτώσεις η ψηφιακή δημοσίευση άρθρων, σχολίων, ειδήσεων κ.λπ. σε τίποτα δεν διαφέρει από την έντυπη μορφή αυτών, έτσι ώστε η αναλογική μορφή των διατάξεων περί τύπου να κρίνεται επιβεβλημένη σε αυτές τις περιπτώσεις και για να αποφευχθεί τυχόν ελάφρυνση της ευθύνης των δημοσιογράφων με την παράκαμψη των αυστηρών διατάξεων περί τύπου μέσω της διαδικτυακής διατύπωσης των απόψεών τους αλλά προπαντός επειδή υφίσταται περίπτωση αξιολογικά ουσιώδους ομοιότητας, καθώς τα ηλεκτρονικά δημοσιεύματα: α) αναπαράγονται από δημοσιογραφικά μέσα ενημέρωσης και δημοσιογράφους, β) προορίζονται για μαζική ενημέρωση και διάδοση και γ) αυτός είναι ο τρέχων σκοπός χρήσης του αντίστοιχου ιστολογίου ή λογαριασμού στο αντίστοιχο μέσο κοινωνικής δικτύωσης (ή στο YouTube).

Κατ' επέκταση, εφαρμόζεται αναλογικά ο Ν. 1178/1981 και σε οποιαδήποτε ιστοσελίδα, η οποία δημιουργήθηκε και λειτουργεί με σκοπό τη μαζική ενημέρωση και διάδοση πληροφοριών, ακόμα και αν ο κάτοχος της ιστοσελίδας (ο οποίος θεωρείται αναλογικά ιδιοκτήτης) και οι συντάκτες των δημοσι-

ευμάτων σε αυτή δεν είναι επαγγελματίες δημοσιογράφοι¹⁰⁵. Ο κάτοχος της ιστοσελίδας αυτής θα ευθύνεται αντικειμενικά για τις δημοσιεύσεις των συντακτών του (εφόσον αυτοί βαρύνονται με πταίσμα). Μια τέτοια κρίση συμβαδίζει και με την τεχνολογία του Ν. 1178/1981 και συγκεκριμένα με την επικινδυνότητα που δημιουργεί η μαζική ενημέρωση, την οποία προφανώς αποδέχονται τα μέρη που δημιουργούν μια ιστοσελίδα¹⁰⁶, έναν λογαριασμό σε social media ή ένα κανάλι στο YouTube εν είδει επαγγελματικού ειδησεογραφικού μέσου ενημέρωσης¹⁰⁷.

Μπορεί, επομένως, με βάση το οργανικό κριτήριο, δηλαδή αυτό κατά το οποίο ελέγχεται αν η δημοσίευση προέρχεται από επαγγελματία δημοσιογράφο ή μέσο ενημέρωσης, να τεκμαίρεται κατ' αρχήν ο ειδησεογραφικός σκοπός ενημέρωσης¹⁰⁸, ωστόσο πρόκειται περί μαχητού τεκμηρίου¹⁰⁹. Αντιθέτως, ο τρέχων ειδησεογραφικός σκοπός χρήσης (ουσιαστικό κριτήριο) είναι το πιο ασφαλές κριτήριο ελέγχου της αναλογικής εφαρμογής του Ν. 1178/1981. Συνεπώς, όταν η νομολογία περί ιστολογίων επισημαίνει ότι ο Ν. 1178/1981 δεν εφαρμόζεται αναλογικά υπό τον όρο ότι αυτά δεν έχουν ειδησεογραφικό σκοπό μαζικής ενημέρωσης¹¹⁰ και ότι κατά κανόνα τα κείμενα αυτών δεν προορίζονται για διάδοση¹¹¹, συνάγεται εξ αντιδια-

105. Βλ. και Στρατηλάτη, ό.π., ΕφημΔΔ 2014, 94: «Σε κάθε περίπτωση, η διάκριση ανάμεσα στους επαγγελματίες δημοσιογράφους και τους πολίτες δημοσιογράφους δεν θα ήταν ευχερής». Για το ότι στην έννοια των προστηθέντων στον Ν. 1178/1981 υπάγονται και οι «ελεύθεροι δημοσιογράφοι» ή συντάκτες, είτε εργάζονται επί παραγγελία με ελεύθερη συνεργασία, είτε λαμβάνουν εντολές βλ. ΠΠΡΑΘ 855/2016 Νόμος, ΠΠΡΘεσσ 25552/2010 Ισοκράτης· ΜΠΡΟδοπ 44/2008 ΔιΜΕΕ 2009, 204 (205)· Καράκωστα, Δίκαιο & Ίντερνετ, 2009, σ. 89.

106. Πρβλ. και σκέψη 76 σε ΕΔΔΑ, Delfi AS κατά Εσθονίας, ΔιΜΕΕ, 2013, 560: «76. [...] η προσφεύγουσα εταιρία ήταν σε θέση να αξιολογήσει τους κινδύνους που σχετίζονται με τις δραστηριότητές της και ότι έπρεπε να μπορούσε να προβλέψει, σε έναν λογικό βαθμό, τις συνέπειές τους»· βλ. αντίστοιχα ΠΠΡΑΘ 855/2016 Νόμος, κατά την οποία η αποκομιδή κερδών από τον ιδιοκτήτη σε μέσο ενημέρωσης έχει ως αυτονόητο αποτέλεσμα την ανάληψη ευθύνης για τις δραστηριότητές του· ΠΠΡΠειρ 27/2009 ΔιΜΕΕ 2009, 65: «τα sites στο internet που φιλοξενούν δελτία τύπου ή ειδήσεις που αφορούν στην επιχειρηματική δραστηριότητα του ιδιοκτήτη τους συνιστούν και αυτά τύπο, ο δε ιδιοκτήτης του διαδικτυακού τόπου όπου καταχωρήθηκε το δυσφημιστικό δημοσίευμα φέρει αντίστοιχη ευθύνη με τον ιδιοκτήτη της εφημερίδας» [...]· ομοίως και Καράκωστα, Δίκαιο & Ίντερνετ, 2009, σ. 68· ο ίδιος, Το Δίκαιο των ΜΜΕ 2013, 513· βλ. αντίστοιχα και Κονταξή, ό.π., σ. 126.

107. Βλ. Καράκωστα, Το Δίκαιο των ΜΜΕ, 2013, σ. 513: «Όλες οι σχετικές διατάξεις που αφορούν στις υποχρεώσεις του τύπου εφαρμόζονται ευθέως, καθώς ο κάθε χρήστης που χρησιμοποιεί το Διαδίκτυο ως μέσο μαζικής ενημέρωσης και επικοινωνίας δεν ασκεί μόνο το συνταγματικό του δικαίωμα για πληροφόρηση, αλλά αναλαμβάνει και την εκπλήρωση καθηκόντων αναλόγων μ' αυτά που επιβάλλει η θεσμική εγγύηση του άρθρου 14 παρ. 2 στον τύπο».

108. Ομοίως και Τάσσης, σχόλιο σε ΠΠΡΘεσσ 22228/2011 ΔιΜΕΕ 2011, 379.

109. Βλ. και Στρατηλάτη, ό.π., ΕφημΔΔ 2014, σ. 94, κατά τον οποίο το πρόβλημα δεν μπορεί να επιλυθεί με μία γενική διάκριση μεταξύ ιστολογίων που τα διαχειρίζονται «επαγγελματίες» δημοσιογράφοι και ιστολογίων «πολιτών δημοσιογράφων».

110. ΠΠΡΑΘ 457/2016 ΔιΜΕΕ 2016, 222 (223): «[...] ιδίως μάλιστα όσων δεν έχουν ειδησεογραφικό περιεχόμενο [...]». Με όμοια διατύπωση: ΜΠΡΑΘ 9118/2014 ΔιΜΕΕ 2015, 236 (236)· ΜΠΡΑΘ 11339/2012 ΔιΜΕΕ 2013, 268 (269). Προς αυτή την κατεύθυνση διάκρισης Στρατηλάτη, ΕφημΔΔ 2014, 94· Δελιγιάννη, Δίκαιο και Επικοινωνία στα Ιστολόγια (Blogs) και στα Νέα Μέσα, 2012, passim.

111. ΠΠΡΑΘ 855/2016 Νόμος: «[...] η κατά προορισμό χρήση του [ανηρτημένου κειμένου] να είναι η διάδοση, γεγονός που κατά κανόνα δεν συντρέχει στα διαδικτυακά ημερολόγια [...]»· βλ. επίσης ΠΠΡΘεσσ 25552/2010 Ισοκράτης· ΠΠΡΘεσσ 22228/2011 ΔιΜΕΕ 2011, 379· ΜΠΡΑΘ 9118/2014 ΔιΜΕΕ 2015, 236· ΜΠΡΑΘ 11339/2012

(501).

102. Π.χ. όπως στην ΑΠ 1652/2013 ΝοΒ 2014, 616.

103. Για αναγνώριση δυνατότητας «upload» ενός ήδη δημοσιευμένου άρθρου σε ένα μέσο κοινωνικής δικτύωσης βλ. ΠΠΡΒερ 25/2014 Νόμος.

104. Αυτονόητο είναι ότι σε όλες αυτές τις περιπτώσεις η αντικειμενική ευθύνη του ιδιοκτήτη δεν ενεργοποιείται στην περίπτωση που επαγγελματίας δημοσιογράφος, ο οποίος, μολονότι εργάζεται στο μέσο ενημέρωσης του πρώτου, προβαίνει σε προσβλητικές δημοσιεύσεις σε προσωπικό του ιστολόγιο ή στο προσωπικό του προφίλ σε μέσο κοινωνικής δικτύωσης, χωρίς αυτές να έχουν δημοσιευτεί στο μέσο ενημέρωσης του ιδιοκτήτη. Και αυτό διότι ο ιδιοκτήτης ευθύνεται αντικειμενικά για δημοσίευμα συντάκτη που δημοσιεύτηκε σε (ηλεκτρονικό ή μη) έντυπο που ανήκει στον ίδιο, δηλαδή στην επιχείρησή του.

στολής πως υπάρχουν ιστολόγια με ειδησεογραφικό σκοπό ενημέρωσης και διάδοσης, γεγονός που φανερώνει και πάλι την ανάγκη ελέγχου του τρέχοντος σκοπού χρήσης στην εκάστοτε κρινόμενη περίπτωση.

Μολαταύτα, υφίστανται ορισμένες πολύ οριακές περιπτώσεις, όπου ακόμα και μετά από εξέταση των παραπάνω κριτηρίων, η διάκριση καθίσταται αρκετά δυσχερής: Ο ιδιώτης Α διατηρεί δημόσια ομάδα (group) στο Facebook (αναλογικά «διοκτική»), στην οποία μαζί με τον Β κοινοποιούν –μεταξύ άλλων– σε μόνιμη βάση ειδήσεις, τις οποίες εντοπίζουν στο διαδίκτυο και που θεωρούν ότι ενδιαφέρουν τους διαδικτυακούς τους φίλους. Ομοίως, το ιστολόγιο Γ, διαχειριζόμενο από ερασιτέχνη κάτοχο-ιδιοκτήτη και χρήστες, έχει ως κύρια ενασχόληση την αναδημοσίευση/κοινοποίηση ειδήσεων. Θα μπορούσε κάποιος να θεωρήσει ότι εφαρμόζεται αναλογικά ο Ν. 1178/1981 και στην περίπτωση των Α και Β, με το σκεπτικό ότι υφίσταται τρέχων ειδησεογραφικός σκοπός ενημέρωσης, αφού ο Α με τον Β κοινοποιούν ειδήσεις σε μόνιμη βάση και επιπλέον η ομάδα είναι δημόσια, πράγμα το οποίο προσδίδει το στοιχείο της μαζικότητας. Στην προκειμένη περίπτωση είναι όμως σαφές ότι αξιολογικά δεν πρέπει να εφαρμοστεί αναλογικά ο Ν. 1178/1981. Ναι μεν ο Α και ο Β κοινοποιούν ειδήσεις, ακόμα και σε «ανοιχτή» ομάδα, ωστόσο είναι προφανές ότι ο Α και Β δεν χαρακτηρίζονται από την ενδιάθετη βούληση μαζικής ειδησεογραφικής ενημέρωσης και διάχυσης της πληροφορίας στο διαδίκτυο και στο κοινό. Άλλωστε, η κοινοποίηση των ειδήσεων, πολλές φορές επέχει η ίδια θέση σχολίου για τα τεκταινόμενα σε μία κοινωνία. Ο Α και ο Β ασκούν ένα άλλο επαγγελμα, απλώς τυχαίνει να τους αρέσει να ενημερώνονται, να ενημερώνουν και να σχολιάζουν τα κοινωνικά δρώμενα, επιλέγοντας για τα παραπάνω τις δυνατότητες του διαδικτύου. Η ιδιωτική ψυχαγωγία και ενασχόληση είναι εμφανές ότι χαρακτηρίζουν την περίπτωση των χρηστών Α και Β. Αντιθέτως, στο ιστολόγιο Γ, το οποίο έχει οργανωθεί και λειτουργεί υπό αυτό το πρίσμα της κοινοποίησης ειδήσεων σε μόνιμη, συγκροτημένη και οργανωμένη βάση, θα πρέπει να εφαρμοστεί αναλογικά ο Ν. 1178/1981, αφού αυτή είναι η κύρια δραστηριότητά του: υφίσταται δηλαδή δημοσιογραφική συνείδηση, ακόμα και αν το ιστολόγιο δεν παράγει δημοσιογραφία πρωτογενώς αλλά αρκείται στην κοινοποίηση ειδήσεων. Συνεπώς, επιπρόσθετη βοήθεια σε αυτή την οριακή περίπτωση μπορεί να προσφέρει είτε το κριτήριο της βιοποριστικής απασχόλησης, είτε της ενασχόλησης, κατά την οποία εξωτερικεύεται η ενδιάθετη δημοσιογραφική συνείδηση του δημοσιεύοντος (animus), ο οποίος θα γίνεται αντιληπτός από το κοινό ως δημοσιογράφος επιφορτισμένος με την κοινωνική αποστολή της δημοσιογραφίας βάσει ορισμένων ενδείξεων (π.χ. λόγω της συχνότητας και του ειδησεογραφικού σκοπού των δημοσιεύσεών του).

Τέλος, πρέπει να τονιστεί –προς αποφυγή τυχόν παρερμηνειών– ότι στις περιπτώσεις που κρίνεται, σύμφωνα με τα ανωτέρω, πως δεν υφίσταται κενό δικαίου (και άρα δεν εφαρμόζεται ο Ν. 1178/1981 αναλογικά), αυτό θα συμβαίνει διότι εφαρμοστέες θα τυχάνουν ευθέως οι κοινές διατάξεις περί προσβολής προσωπικότητας του ΑΚ. Οι εν λόγω διατάξεις παρέχουν ένα πλήρες και ισχυρό πλέγμα προστασίας για τον θιγόμενο, με το οποίο μπορεί να ζητήσει την αποκατάσταση της οποίας προσβολής¹¹².

ΔιΜΕΕ 2013, 268.

112. Η προστασία με τις κοινές διατάξεις δεν χάνεται: ΠΠρΑθ 855/2016 Νόμος: ΠΠρΑθ 3799/2015 ΔιΜΕΕ 2016, 77 (81)· ΠΠρΘεσσ 22228/2011 ΔιΜΕΕ 2011, 379· ΠΠρΘεσσ 25552/2010 Ισοκράτης: ΠΠρΠειρ 4980/2009 ΔιΜΕΕ 2010, 101· σχόλιο Μήτρου σε ΜΠρΘεσσ 16790/2009 ΔιΜΕΕ 2009, 400· Σωτηρόπουλος, ό.π., Ραδαμάνθυς 2009-2010, 33 (42)· πρβλ. και Φουντεδάκη, ό.π., 273: «[...] η ιδιαιτερότητα των νομικών προβλημάτων που δημιουργεί το Διαδίκτυο δεν αντανάκλα σημαντικά στη γενική θεωρία για την αστική προστασία της προσωπικότητας· δεν δημιουργεί δογματικά ζητήματα ούτε ανα-

VII. Συμπεράσματα

Αρχικά, τονίζεται ότι ο Ν. 1178/1981 δεν βρίσκει πεδίο εφαρμογής στην περίπτωση που ενάγεται μόνο ο συντάκτης, είτε πρόκειται για έντυπο είτε για διαδικτυακό δημοσίευμα. Σε μια τέτοια περίπτωση δεν πληρούται καν το πραγματικό του κανόνα δικαίου που θεσπίζει η παρ. 1 του ως άνω νόμου, αφού δεν υπάρχει ιδιοκτήτης μέσου ενημέρωσης ούτε κάτοχος ιστοσελίδας-ιδιοκτήτης αντίστοιχα, για να αποζημιώσουν πλήρως το θιγόμενο πρόσωπο για πταίσμα του συντάκτη. Δευτερευόντως, ελλείπει και ο δικαιολογητικός σκοπός θέσπισης του νόμου. Σε μία τέτοια περίπτωση, η προστασία θα παρέχεται με τις κοινές διατάξεις του ΑΚ.

Όσον αφορά στην αναλογική εφαρμογή του νόμου, η ανωτέρω αναφερόμενη περιπτώσιολογία και τα πρακτικά προβλήματα που ανακύπτουν (βλ. υπό V 3 γ), φανερώνουν την καταρχήν ασυμβατότητα μεταξύ της υποχρέωσης αποστολής εξώδικης προσκλήσεως και του διαδικτύου, ιδίως σε ό,τι αφορά στα μέσα κοινωνικής δικτύωσης. Φανερώνουν, μάλιστα επιπροσθέτως, πως ο νομοθετικός σκοπός της αποκατάστασης της τρωθείσας τιμής στην πραγματικότητα δεν εκπληρώνεται και συνεπώς αποδεικνύεται πως, στις περισσότερες περιπτώσεις, δεν υφίσταται αξιολογικά ουσιώδης ομοιότητα μεταξύ των συγκρινόμενων περιπτώσεων, ως βάση για την αναλογία.

Ως εκ τούτου, αποδοτικό εργαλείο ελέγχου της βάσεως για αναλογία κρίνεται το ουσιαστικό κριτήριο του τρέχοντος σκοπού χρήσης του εκάστοτε διαδικτυακού τόπου, επικουρούμενου από το οργανικό κριτήριο της προέλευσης του επίδικου δημοσιεύματος. Κατ' αυτόν τον τρόπο, η σταδιακή, βήμα προς βήμα, εξέταση των ειδών και του τρόπου λειτουργίας των διαδικτυακών ιστοτόπων, ως στοιχείων εξέτασης της ύπαρξης της αξιολογικά ουσιώδους ομοιότητας, φαίνεται να οδηγεί σε ασφαλή και δίκαια συμπεράσματα. Σε ορισμένες, όμως, δυσδιάκριτες περιπτώσεις, επιπρόσθετη βοήθεια μπορεί να προσφέρει το κριτήριο της βιοποριστικής ενασχόλησης και της ενδιάθετης δημοσιογραφικής συνείδησης.

Η απόρριψη αγωγών για δημοσιεύματα στο Facebook και στο YouTube ως απαράδεκτων λόγω μη τήρησης της προϋπόθεσης της παρ. 5, πολλώ δε μάλλον σε περιπτώσεις που οι αγωγές στράφηκαν μόνο κατά του συντάκτη ατομικά, φαίνεται να είναι και τελολογικά με τη λειτουργία του διαδικτύου ασύμβατη και δικαιολογικά άστοχη. Δεν πρέπει να παραβλέπεται το γεγονός, πως ο ενάγων στην πράξη προβαίνει σε μία σειρά εξόδων (δικαστικό ένσημο, ένορκες βεβαιώσεις, επιδόσεις, δικηγορικές αμοιβές κ.ά.), τα οποία εν τέλει καταβάλλονται εις μάτην, εφόσον η αγωγή απορρίπτεται ως απαράδεκτη για τον ως άνω «τυπικό» λόγο. Έτσι, οδηγούμαστε σε ένα αποτέλεσμα ευεργετικό για τον εναγόμενο-προσβάλλοντα, ο οποίος δείχνει να προστατεύεται πίσω από αυτή την αναλογικά εφαρμοζόμενη εξώδικη υποχρέωση αποκατάστασης της τιμής, και ζημιόγνο για τον ενάγοντα-θιγόμενο, ο οποίος επιζητούσε μέσω των κοινών διατάξεων του ΑΚ μια άμεση αποκατάσταση της φήμης και της εικόνας του με τη μεγαλύτερη δυνατή αποφυγή περαιτέρω (ηθικής) ζημίας¹¹³ διά της παραμονής της προσβλητικής ανάρτησης δημοσιευμένης.

Ασφαλώς είναι πάντοτε ευκαία η εξώδικη επίλυση των διαφορών, προς αποσυμφόρηση των δικαστηρίων και προς ταχύτερη απονομή της δικαιοσύνης, ωστόσο, πρέπει να σημειωθεί πως τα δικαστήρια οφείλουν να εξετάζουν κάθε περίπτωση ατομικά και ειδικά, αναλύοντας και μελετώντας τα εκάστοτε εισφερόμενα νομικά ζητήματα και πραγματικά περιστατικά. Δεν θα πρέπει να προβαίνουν σε χρήση του όρου «ηλεκτρο-

δαικνύει κάποια νέα προστατευόμενη έκφραση της προσωπικότητας».

113. Για ανάγκη ταχείας εκδίκασης των προσβλητικών δημοσιευμάτων βλ. και άρθρο 14 παρ. 7 του Συντ.· αιτιολογική έκθεση Ν. 4335/2015, ΚΝοΒ, 2015, 765· πρβλ. επίσης ΕφΑθ 1065/2016 ΔιΜΕΕ 2016, 398 (398)· ΕφΑθ 1442/2015 Ισοκράτης.

νικός τύπος» αδιακρίτως¹¹⁴, αναφερόμενα σε όλο το διαδίκτυο γενικότερα, αλλά να διαπιστώνουν πως οι διαδικτυακοί τόποι μεταξύ τους διαφέρουν, πόσο μάλλον τα μέσα κοινωνικής δικτύωσης από τις ιστοσελίδες που διατηρούν τα ΜΜΕ στο διαδίκτυο. Μια τέτοια ενδελεχρή ανάλυση και διάκριση της εκάστοτε ατομικής περίπτωσης, ως δίκαιη ερμηνευτική εκδοχή, προσαρμοζόμενη στις εκάστοτε κοινωνικές και τεχνολογικές εξελίξεις,

114. Το πρόβλημα της αδιάκριτης χρήσης του όρου «ηλεκτρονικός τύπος» είχε ήδη εντοπιστεί από την ΜΠρΡοδον 44/2008 ΔιΜΕΕ 2009, 204 (206). Για ειδησεογραφικό σκοπό ενημέρωσης στα ιστολόγια εν τη γενέσει τους βλ. ΕφΑθ 963/2016 ΔιΜΕΕ 2016, 478· ΕφΑθ 1204/2017 Ισοκράτης· ΕφΑθ 1143/2016 Ισοκράτης· ΕφΑθ 1065/2016 ΔιΜΕΕ 2016, 398 (398)· ΕφΑθ 1442/2015 Ισοκράτης· ομοίως αδιάκριτα στο διαδίκτυο: ΕιρΚρωπίας 225/2017 Ισοκράτης.

επιτάσσει η αρχή της εξισωτικής δικαιοσύνης και η αρχή της ορθής και αποτελεσματικής απονομής της δικαιοσύνης, αρχές θεμελιωτικές του κράτους δικαίου¹¹⁵. Είναι, βεβαίως, σε τελική ανάλυση έργο του νομοθέτη η επίλυση του ανωτέρω προβλήματος με τη θέσπιση ενός ασφαλούς νομοθετικού πλαισίου¹¹⁶, το οποίο θα διακρίνει και θα ρυθμίζει τις επιμέρους περιπτώσεις επί τη βάσει αξιολογικών κριτηρίων.

115. Αντίστοιχα: ΠΠρΠειρ 4980/2009 ΔιΜΕΕ 2010, 101· Παπανικολάου, ό.π., αρ. 295-312.

116. ΠΠρΑθ 855/2016 Νόμος· ΠΠρΑθ 3799/2015 ΔιΜΕΕ 2016, 77 (81)· ΠΠρΑθ 25552/2010 Ισοκράτης.

ΝΟΜΟΛΟΓΙΑ

ΑΣΤΙΚΟ ΔΙΚΑΙΟ

ΓΕΝΙΚΕΣ ΑΡΧΕΣ

Πολυμελές Πρωτοδικείο Αθηνών Αριθμ. 989/2020

Πρόεδρος: Κ. Αλεξίου, Πρόεδρος Πρωτοδικών
Εισηγήτρια: Γ. Κιουλέπογλου, Πρωτοδίκη
Δικηγόροι: Πολ.-Μ. Ζιάκα – Αλκ.-Κ. Ψαρράς

Προσβολή της προσωπικότητας τεθνεώτος. Με την ΑΚ 57 παρ. 1 εδ. β' προστατεύεται στην πραγματικότητα η προσωπικότητα των οικείων του αποθανόντος. Αξιώσεις των ως άνω θιγόμενων προσώπων και προϋποθέσεις θεμελίωσής τους. Έννοια της «τιμής» ως έκφανσης της προσωπικότητας. Αδικοπρακτική διάσταση της προσβολής της προσωπικότητας. Ευθύνη λόγω προσβολής της προσωπικότητας μέσω του τύπου. Αυξημένη συνταγματική κατοχύρωση της ελευθερίας της τέχνης· όρια αυτής. Σε περίπτωση σύγκρουσης της προστασίας της ελευθερίας της τέχνης με την προστασία της προσωπικότητας τρίτων, η σύγκρουση επιλύεται με in concreto στάθμιση των συμφερόντων των μερών. Δεν συνιστά προσβολή της μνήμης τεθνεώτος ιστορικού προσώπου η καλόπιστη εξιστόρηση γεγονότων και η κριτική ανασκόπηση της ζωής του· αντιθέτως συνιστά προσβολή η παράθεση αναληθών γεγονότων και η ηθελημένη διαστρέβλωσή τους.

Διατάξεις: ΑΚ 57, 59, 914· άρθρ. μόνο ν. 1178/1981· άρθρ. 14, 16 Σ

[...Σύμφωνα με τη διάταξη του άρθρου 57 § 1 ΑΚ, όποιος προσβάλλεται παράνομα στην προσωπικότητά του, δικαιούται να απαιτήσει την άρση της προσβολής και την παράλειψη της στο μέλλον (εδ. α'). Εάν η προσβολή αφορά την προσωπικότητα αποθανόντος, το δικαίωμα αυτό έχουν ο σύζυγος, οι κατιόντες, οι ανιόντες, οι αδελφοί και οι κληρονόμοι από διαθήκη (εδ. β'). Η ως άνω διάταξη του άρθρου 57 § 1 εδ. β' ΑΚ, αφορά προσβολές που είναι δυνατές μετά το θάνατο του προσώπου, όπως είναι η προσβολή της τιμής του (π.χ. μέσω δημοσιεύματος ή βιβλίου) ή η αποκάλυψη ευαίσθητων προσωπικών δεδομένων και κατά την κρατούσα και ορθότερη άποψη δεν προστατεύει την (ανύπαρκτη πλέον) προσωπικότητα του νε-

κρού, ούτε κάποια μεταθανάτια «προέκταση» ή υπολειμματική μορφή της, αλλά την προσωπικότητα των ίδιων των οικείων προσώπων του αποβιώσαντος, η οποία υφίσταται αντανakλαστικές συνέπειες από την προσβολή που αφορά στο πρόσωπο που έχει πεθάνει (βλ. Φουντεδάκη, σε Α. Γεωργιάδη «ΣΕΑΚ», Τόμος Ι, άρθρο 57 αριθμ. 52-53, σελ. 146-147). Ειδικότερα, από την εν λόγω διάταξη προκύπτει ότι το προστατευόμενο αγαθό είναι η προσωπικότητα των ανωτέρω προσώπων, στο μέτρο που η προσβολή της μνήμης του νεκρού προσβάλλει το αίσθημα σεβασμού τους προς τη μνήμη του, το οποίο συνιστά και αυτό έκφανση της προσωπικότητάς τους (ΠΠρΘεσ 7342/2010 ΤΝΠ ΔΣΑ «Ισοκράτης»). Καθένα από τα πρόσωπα αυτά που αναφέρει το άρθρο 57 ΑΚ δικαιούται να ζητήσει την άρση της προσβολής της μνήμης του νεκρού και ενδεχομένως αποζημίωση ή χρηματική ικανοποίηση αν υπέστη και περιουσιακή ή ηθική βλάβη αντίστοιχα (ΕφΑθ 1121/2011 ΤΝΠ Νόμος, ΠΠρΑθ 6472/2003 ΧρίΔ 2004, 120· βλ. και Παπαντωνίου, Γενικές Αρχές, έκδοση 1983, παρ. 28 σελ. 136, 137, Σημαντήρας, Γενικές Αρχές, παρ. 31, σελ. 298). Οι αξιώσεις αυτές για άρση της προσβολής και παράλειψή της στο μέλλον δεν είναι αποτιμητές σε χρήμα και οι σχετικές δίκες υπάγονται στην καθ' ύλην αρμοδιότητα του Πολυμελούς Πρωτοδικείου (βλ. Φουντεδάκη σε Α. Γεωργιάδη «ΣΕΑΚ», Τόμος Ι, άρθρο 57, αριθμ. 47, σελ. 146). Επιπλέον δε, κατά το άρθρο 59 ΑΚ, το δικαστήριο με την απόφασή του, ύστερα από αίτηση αυτού που έχει προσβληθεί και αφού λάβει υπόψη το είδος της προσβολής, μπορεί να καταδικάσει τον υπαίτιο και σε ικανοποίηση της ηθικής βλάβης του προσβληθέντος και ειδικότερα να τον υποχρεώσει σε πληρωμή χρηματικού ποσού, σε δημοσίευμα ή σε στιδήποτε άλλο επιβάλλεται από τις περιστάσεις. Προστατεύεται έτσι με τα παραπάνω άρθρα η προσωπικότητα και κατ'επέκταση η αξία του ανθρώπου ως ατομικό δικαίωμα κατοχυρωμένο από το άρθρο 2 § 1 του Συντάγματος (ΑΠ 1216/2014, ΑΠ 1735/2009 ΤΝΠ Νόμος), αποτελεί δε η προσωπικότητα πλέγμα αγαθών που συνθέτουν την υπόσταση του προσώπου και είναι αναπόσπαστα συνδεδεμένα μαζί του. Τα αγαθά αυτά δεν αποτελούν μεν αυτοτελή δικαιώματα, αλλά επί μέρους εκδηλώσεις-εκφάνσεις (πλευρές) του ενιαίου δικαιώματος επί της προσωπικότητας, όμως η προσβολή της προσωπικότητας σε σχέση με οποιαδήποτε από τις εκδηλώσεις αυτές, συνιστά προσβολή της συνολικής έννοιας της προσωπικότητας. Τέτοια προστατευόμενα αγαθά είναι, μεταξύ άλλων, η τιμή και η υπόληψη κάθε ανθρώπου. Ως τιμή νοείται η εκτίμηση που απολαμβάνει το άτομο στην κοινωνία με βάση την ηθική αξία που έχει λόγω της συμμόρφωσής του

με τις νομικές και ηθικές του υποχρεώσεις, ενώ υπόληψη είναι η εκτίμηση που απολαμβάνει το άτομο στην κοινωνία με βάση την κοινωνική του αξία, συνεπεία των ιδιοτήτων και ικανοτήτων του για την εκπλήρωση των ιδιαίτερων κοινωνικών του έργων ή του επαγγέλματός του. Προϋποθέσεις για την προστασία της προσωπικότητας με τις διατάξεις των παραπάνω άρθρων είναι: α) η ύπαρξη προσβολής της προσωπικότητας με πράξη ή παράλειψη άλλου που διαταράσσει μια ή περισσότερες εκδηλώσεις της σωματικής, ψυχικής, πνευματικής και κοινωνικής ατομικότητας του βλαπτόμενου, κατά τη στιγμή της προσβολής, β) η προσβολή να είναι παράνομη, που συμβαίνει όταν γίνεται χωρίς δικαίωμα ή με βάση δικαίωμα, το οποίο όμως είτε είναι μικρότερης σπουδαιότητας στο πλαίσιο της έννομης τάξης είτε ασκείται καταχρηστικά κατά την έννοια των άρθρων 281 ΑΚ και 25 § 3 του Συντάγματος, γ) υπαιτιότητα (παισμά) του προσβολέα, όταν πρόκειται ειδικότερα για επιδίκαση χρηματικής ικανοποίησης λόγω ηθικής βλάβης εξαιτίας της παράνομης προσβολής της προσωπικότητας εκδηλούμενη είτε με τη μορφή του δόλου, είτε με τη μορφή της αμέλειας, η οποία υπάρχει, όταν δεν καταβάλλεται η επιμέλεια, που απαιτείται στις συναλλαγές (άρθρο 330 § 2 ΑΚ), όπως προαναφέρθηκε, και δ) επέλευση ηθικής βλάβης στον προσβληθέντα, τελούσα σε αιτιώδη σύνδεσμο με την παράνομη και υπαίτια προσβολή (ΟΛΑΠ 2/2008, ΑΠ 1394/2017, ΑΠ 1085/2014, ΑΠ 284/2012 ΤΝΠ Νόμος). Στην περίπτωση αυτή, η παράνομη και συγχρόνως υπαίτια προσβολή της προσωπικότητας συνιστά ασφαλώς ειδικότερη μορφή αδικοπραξίας, οπότε συνδυαστικά εφαρμόζονται και οι διατάξεις των άρθρων 914, 919, 920 και 932 ΑΚ, ιδίως για την αποκατάσταση της τυχόν υλικής ζημίας του προσβληθέντος (άρθρο 57 § 2 ΑΚ), ενώ αδιάφορη για το χαρακτήρα της προσβολής ως παράνομης είναι η φύση της διάταξης που ενδέχεται με την προσβολή να παραβιάζεται και η οποία έτσι μπορεί να ανήκει σε οποιοδήποτε κλάδο ή τμήμα του δικαίου. [...]

Επίσης, κατά το άρθρο μόνο § 1 του Ν. 1178/1981 «περί αστικής ευθύνης του τύπου και άλλων τινών διατάξεων», όπως ισχύει, ο ιδιοκτήτης κάθε εντύπου υποχρεούται σε πλήρη αποζημίωση για την παράνομη περιουσιακή ζημία, καθώς και σε χρηματική ικανοποίηση για την ηθική βλάβη που προξενήθηκαν υπαίτια με δημοσίευμα, το οποίο θίγει την τιμή ή την υπόληψη κάθε ατόμου, έστω και αν η κατά το άρθρο 914 ΑΚ υπαιτιότητα, η κατά το άρθρο 919 ΑΚ πρόθεση και η κατά το άρθρο 920 ΑΚ γνώση ή υπαίτια άγνοια συντρέχουν στον συντάκτη του δημοσιεύματος ή αν ο τελευταίος είναι άγνωστος για τον εκδότη ή τον διευθυντή σύνταξης του εντύπου. Η ευθύνη των εκδότη και διευθυντή σύνταξης, εφόσον βέβαια δεν ταυτίζονται ως πρόσωπα με τον ιδιοκτήτη του εντύπου, ρυθμίζεται από τις κοινές διατάξεις (ΑΠ 271/2012 ΤΝΠ Νόμος).

Περαιτέρω, σύμφωνα με το άρθρο 14 § 1 του Συντάγματος, καθένας μπορεί να εκφράζει και να διαδίδει προφορικά, γραπτά και δια του τύπου τους στοχασμούς του, τηρώντας τους νόμους του Κράτους. Κατά δε το άρθρο 10 § 1 εδ. α' και β' της Ευρωπαϊκής Σύμβασης για την προάσπιση των δικαιωμάτων του ανθρώπου, που κυρώθηκε με το Ν.Δ. 53/1974, κάθε πρόσωπο έχει δικαίωμα στην ελευθερία έκφρασης. Το δικαίωμα αυτό περιλαμβάνει την ελευθερία γνώμης και την ελευθερία λήψης ή μετάδοσης πληροφοριών ή ιδεών, χωρίς επέμβαση των δημοσίων αρχών και ανεξάρτητα από σύνορα. Στην παράγραφο 2 του ιδίου ως άνω άρθρου προβλέπεται η δυνατότητα περιορισμού της ελευθερίας του τύπου, ορίζοντας ότι η άσκηση του δικαιώματος της ελεύθερης έκφρασης συνεπάγεται καθήκοντα και ευθύνες καθώς και ότι μπορεί να υπαχθεί σε περιορισμούς ή κυρώσεις, που προβλέπονται από το νόμο και αποτελούν σε κάθε δημοκρατική κοινωνία αναγκαία μέτρα για την προστασία μεταξύ άλλων της υπόληψης και των δικαιωμάτων τρίτων (Δαγτόγλου, Συνταγματικό Δίκαιο, Ατομικά Δικαιώματα Α', 1991, παρ. 754 έως 766, σελ. 522, Γιάννη Καράκωστα, Το δίκαιο

των ΜΜΕ, σελ. 21-22). Επιπροσθέτως, κατά το άρθρο 16 § 1 του Συντάγματος «η τέχνη ... είναι ελεύθερη, η δε ανάπτυξη και προαγωγή αυτής αποτελεί υποχρέωση του κράτους». Τέχνη κατά την έννοια της διάταξης αυτής είναι κάθε δημιουργική έκφραση της ανθρώπινης φαντασίας. Η ελευθερία της τέχνης περιλαμβάνει την ελευθερία δημιουργίας και κυκλοφορίας έργων τέχνης, καθώς και πρόσβασης του κοινού στα έργα τέχνης. Φορείς της ελευθερίας της τέχνης είναι κατ' αρχήν φυσικά πρόσωπα ημεδαπά και αλλοδαπά, τα οποία μόνα είναι σε θέση να δημιουργήσουν, παρουσιάσουν, εκτελέσουν, κυκλοφορήσουν και απολαύσουν έργα τέχνης. Φορείς της ελευθερίας της τέχνης είναι και τα πρόσωπα που απολαμβάνουν (ή εμποδίζονται να απολαύσουν) ένα έργο τέχνης. Την ελευθερία της τέχνης μπορεί δηλαδή να επικαλεστεί όχι μόνο ο καλλιτεχνικός δημιουργός, αλλά και το κοινό του (ακροατές, θεατές, αναγνώστες, αγοραστές κ.ο.κ.). Το άρθρο 16 § 1 του Συντάγματος δεν υπάγει την ελευθερία της τέχνης σε κανενός είδους περιορισμό. Επομένως, ο καλλιτέχνης υπόκειται στο γενικώς ισχύον δίκαιο. Οι γενικοί περιορισμοί των νόμων ισχύουν και για τους δημιουργούς έργων τέχνης. Η ελευθερία της τέχνης περιορίζεται από τους γενικούς νόμους, τους νόμους δηλαδή εκείνους που προστατεύουν ένα έννομο αγαθό χωρίς να στρέφονται ούτε κατά ορισμένου προσώπου, ούτε κατά ορισμένης καλλιτεχνικής δημιουργίας ή τεχνολογίας, ούτε να καθιστούν αδύνατη ή να δυσχεραίνουν δυσανάλογα την άσκηση της τέχνης, της οποίας η ανάπτυξη και προαγωγή αποτελεί κατά το Σύνταγμα υποχρέωση του κράτους. Η κατοχύρωση της ελευθερίας της τέχνης από το Σύνταγμα δεν υπόκειται, όπως αναφέρθηκε, σε ειδικούς περιορισμούς σε αντίθεση με την ελευθερία του Τύπου. Η αυξημένη αυτή προστασία της τέχνης υπερισχύει ως ειδική ρύθμιση άλλων διατάξεων του Συντάγματος με αντικείμενα που μπορούν απλώς στη συγκεκριμένη περίπτωση να αποτελούν μέσα έκφρασης της τέχνης, όπως π.χ. ο Τύπος (Δαγτόγλου, όπ. π., παρ. 922, 924 έως 926). Στην Ευρωπαϊκή Σύμβαση Δικαιωμάτων του Ανθρώπου (ΕΣΔΑ) δεν κατοχυρώνεται ειδικά η ελευθερία της τέχνης παρά μόνο στο πλαίσιο της ελευθερίας της έκφρασης (άρθρο 10), που υπόκειται πάντως σε περιορισμούς (άρθρο 10 § 2). Αντίθετα, ρητή αναφορά σε αυτήν την ελευθερία υπάρχει στην Οικουμενική Διακήρυξη των Δικαιωμάτων του Ανθρώπου (άρθρο 27), στο Διεθνές Σύμφωνο για τα Ατομικά και Πολιτικά Δικαιώματα (άρθρο 19 § 2 του Ν. 2462/1997) και στο Χάρτη των Θεμελιωδών Δικαιωμάτων της Ευρωπαϊκής Ένωσης. Οι συγκρούσεις που δημιουργούνται από την εμπλοκή διαφόρων προστατευόμενων εκφάνσεων της προσωπικότητας στην άσκηση της ελευθερίας της τέχνης επιλύονται, κατά βάση, με την *in concreto* στάθμιση. Ειδικότερα, θα πρέπει να σταθμίζονται και να αξιολογούνται στην συγκεκριμένη περίπτωση τα συγκρινόμενα έννομα αγαθά και συμφέροντα για τη διακρίβωση της ύπαρξης προσβολής του δικαιώματος της προσωπικότητας και του παρανόμου χαρακτήρα της (ΑΠ 1897/2006 ΕΛΛΔνη 2007, 860). Προκειμένου δε να διαπιστωθεί αν υπάρχει ή όχι παράνομη προσβολή της μνήμης νεκρού, είναι απαραίτητο να λάβει χώρα στάθμιση των συγκρουόμενων έννομων αγαθών και συμφερόντων. Αφετηρία της σταθμίσεως μπορούν να αποτελέσουν η διαφύλαξη της καλής μνήμης του αποβιώσαντος και των δημοσίων συμφερόντων προς ενημέρωση και εξακρίβωση της ιστορικής αλήθειας. Έτσι, η περιγραφή γεγονότων της ζωής του αποβιώσαντος προσώπου της σύγχρονης ιστορίας που δεν ανταποκρίνονται στην αλήθεια και η ηθελγμένη διαστροφή τους πρέπει να απαγορεύεται. Αντίθετα δεν πρέπει να θεωρείται απαγορευμένη η καλόπιστη εξιστόρηση και κριτική της ζωής κ.λπ. αποθανόντος προσώπου της σύγχρονης ιστορίας και επομένως τα πρόσωπα που αναφέρονται στην ΑΚ 57 § 1 εδ. β' οφείλουν να ανεχθούν την ενασχόληση του ιστορικού, του δημοσιογράφου κ.λπ. με την εν γένει προσωπικότητα του θανόντος ακόμη και στην σφαίρα του ιδιωτικού βίου αυτού (ΕφΠατρ 388/2008 ΤΝΠ ΔΣΑ «Ισοκράτης»

βλ. Στ. Πατεράκη, «Χρηματική Ικανοποίηση λόγω ηθικής βλάβης», έκδοση 1995, σελ. 144). [...]

Κατά τους ισχυρισμούς των εναγόντων, η αφαίρεση των προαναφερομένων αποσπασμάτων από τη μαρτυρία του Χ.Κ., προσέβαλε τη μνήμη του διότι αναίρεσε την εκφραστική και συγγραφική του δεινότητα και υποβάθμισε την αξία του έργου του. Ειδικότερα, ισχυρίζονται ότι μέσω αυτών των αποσπασμάτων αναδεικνυόταν η εντιμότητα του, η πίστη του στη θρησκεία και στην πατρίδα, η αφοσίωσή του στην οικογένεια, η φιλευσπλαχνία του, η αγάπη του για τα γράμματα και η φιλομάθειά του, η έφεσή του στις ξένες γλώσσες, καθώς και ο σεβασμός που απολάμβανε από τους ανωτέρους του αλλά και από τους λοιπούς στρατιώτες. Πλην όμως, η αφαίρεση των ανωτέρω αποσπασμάτων εκ μέρους του πρώτου εναγομένου, ουδόλως συνιστά προσβολή της μνήμης του αποβιώσαντος Χ.Κ., δεδομένου ότι ήδη από τις πρώτες σελίδες του βιβλίου του, ο πρώτος εναγόμενος έχει αναφέρει προς τους αναγνώστες ότι θα παραθέσει την μαρτυρία του ως άνω συγγενούς των εναγόντων, όπως αυτή παρουσιάστηκε στο αρχικό βιβλίο του Α.Α., μετά από δικές του προσαρμογές, εντός του πλαισίου του ρόλου του ως επιμελητή και σχολιαστή του εν λόγω κειμένου. Επιπλέον, ο πρώτος εναγόμενος δεν είχε πρόθεση να προσβάλει τη μνήμη του παραπάνω αποβιώσαντος και να υποβαθμίσει την αξία της μαρτυρίας του ή του τρόπου έκφρασής του. Αντιθέτως, στο πλαίσιο της επιμέλειας του αρχικού κειμένου που πραγματοποιήθηκε, αφαίρεσε τα ανωτέρω χωρία, διότι θεώρησε ότι δεν ήταν ουσιώδη για το σκοπό της αφήγησης και δεν εξυπηρετούσαν τη συνοχή των αποσπασμάτων και όχι διότι είχε πρόθεση να υποτιμήσει την προσωπικότητα του θανόντος. Εξάλλου, όπως προαναφέρθηκε, ήδη από τις πρώτες σελίδες του βιβλίου του (σελ. 14-15), ο πρώτος των εναγομένων εκθειάζει το Χ.Κ., αναφέροντας χαρακτηριστικά ότι ήταν «αυτοδίδακτος στα γράμματα, πιστός στην πατρίδα, στην οικογένεια και στην θρησκεία», καθώς και ότι «...υπηρετεί την πατρίδα με πίστη και υπατάχνηση». Περαιτέρω, τα προεκτεθέντα αποσπάσματα που δεν υπήρχαν στο αρχικό κείμενο του Χ.Κ. και προστέθηκαν στην αφήγησή του από τον πρώτο εναγόμενο δεν προσέβαλαν παρανόμως τη μνήμη του, ούτε εμφάνισαν αυτόν στο αναγνωστικό κοινό ως αμόρφωτο χωριάτη, βλάσφημο, φυγόπονο, αγενή και υπερόπτη, ως αβασίμως ισχυρίζονται οι ενάγοντες. Ειδικότερα, χωρίς να αλλοιωθεί η αυθεντικότητα της αρχικής αφήγησης, ο πρώτος εναγόμενος, ως επιμελητής του ως άνω βιβλίου, με τις ανωτέρω προσθήκες έδωσε έμφαση στα σημεία εκείνα που θα ήθελε να εστιάσει το κοινό. Και αυτά τα σημεία ήταν η σκληρότητα και οι κακουχίες του πολέμου και οι συνέπειες στην ψυχολογία αλλά και στην συμπεριφορά των ανθρώπων που προσπαθούν να επιβιώσουν. Επισημαίνεται δε, ότι ο πρώτος εναγόμενος με το ανωτέρω βιβλίο αντιμετώπισε την μαρτυρία του Χ.Κ., ως πρωτογενές ιστορικό υλικό εκείνης της περιόδου και μάλιστα από την οπτική του Έλληνα στρατιώτη και προσπάθησε να αναδείξει την αξία της, κατόπιν επιστημονικής έρευνας και εξακριβώνοντας την ακρίβεια των αναφερομένων σε αυτήν γεγονότων και ημερομηνιών με τη μελέτη και τη σύγκριση και άλλων ιστορικών πηγών. Ειδικότερα, προσέθεσε 170 υποσελίδια σχόλια τα οποία συνέτειναν στην ανάδειξη του κειμένου και ως υποστηρικτικό και επεξηγηματικό πλαίσιο του κειμένου επιχείρησαν να διευκρινίσουν αναφορές τόπων, γεγονότων και καταστάσεων. Φυσικά, μέσα από την επιμέλεια και την παρουσίαση της προαναφερομένης μαρτυρίας ως ιστορικής πηγής εξέφρασε και το δικό του συγγραφικό ύφος, δίχως όμως να θίγεται ή να αλλοιώνεται το γενικότερο ύφος ή η προσωπικότητα του αποβιώσαντος συγγενούς των εναγόντων. Επιπροσθέτως, αποδείχθηκε ότι ο πρώτος εναγόμενος προέβη και σε τροποποιήσεις ή συμπληρώσεις του αρχικού κειμένου της μαρτυρίας του Χ.Κ., κατά την περιγραφή των ιστορουμένων γεγονότων, δίχως όμως να προσβάλλει τη μνήμη του, αφού οι εν λόγω συμπληρώσεις απέδιδαν πράγματα

και καταστάσεις σε συνέχεια όσων είχε γράψει ο Κ., χωρίς να έρχονται σε σύγκρουση με όσα εκείνος εξέφραζε. Συγκεκριμένα, παρατίθενται παρακάτω, ενδεικτικά, κάποια αποσπάσματα του αρχικού κειμένου σε αντιπαραβολή με τα αντίστοιχα, τροποποιημένα, αποσπάσματα του βιβλίου του πρώτου εναγομένου, ήτοι: α) «Δεν θέλω να κάμω το συγγραφέα που έλαβα το θάρρος και την τόλμη και σημείωσα λεπτομερώς όλες τις στρατιωτικές περιπέτειες, διότι δυστυχώς ήμουν ένας αμόρφωτος και αγράμματος αλλά έτσι μου πέρασε από το φτωχό μυαλό μου να φροντίσω και να φορτωθώ επιπλέον από όλα τα απαραίτητα βάρη και τόσα άλλα τευτέρια και τετράδια. Ναι το παραδέχομαι και ομολογώ πως γεννήθηκα σε ένα ορεινό χωριό που πλησίαζε τους κεντρικούς πρόποδες του όρους Ελικών και ονομάζεται Σ. και οι γονείς μου ήταν πολύ πτωχοί μάλιστα εξασκούναν το επάγγελμα του ποιμένου. Μ' όλο που ήμουν μικρός αγαπούσα τα γράμματα και το επέμενα στο συγχωρεμένο πάτερ μου να με έστελνε στον Κ., το δάσκαλο του χωριού μας για να μάθω γράμματα αλλά η απάντησή του ασυγχώρητου πατέρα μου ήταν ότι εσύ είσαι το δεξί μου χέρι ... όταν έγινα 12 χρονών άρχισα να ζηλεύω τα άλλα συγχωριανά μου παιδιά που διάβαζαν όλα έξω στο χωριό στα αλώνια μεγαλοφώνως. Μάλιστα λίγα παιδιά που με συμπαθούσανε με συναντούσανε και μου δώσανε ένα μικρό βιβλιαράκι με λίγες γραμμές και μέσα στο μικρό βιβλιαράκι αυτό ήταν γραμμένα τα 24 γράμματα της ελληνικής γλώσσας, όπου τα ίδια συνομήλικα και συμπαθητικά παιδιά του σχολείου μου έδειξαν τα 24 γράμματα και μου είπαν πως αυτά τα γράμματα είναι τα κεφαλαία. Στο δάσκαλο στον Κ. του χωριού μας έστελνα διάφορα μικρά πουλάκια που έπινα κάθε μέρα πάνω στις κορυφές των βουνών για να τα βάζει στο κλουβί και για να αποκτήσω την ευνοία του μήπως κατάφερνε τον πατέρα μου και με στείλει και μένα σχολείο. Κι έτσι άρχισα μόνος μου συλλαβίζοντας και γράφοντας και κάθε βιβλίο και το κάθε κομματάκι χαρτί που έβρισκα, έσκυβα το έπαιρνα με ευλάβεια και χαρά.» (το απόσπασμα από το αρχικό βιβλίο) και «Γεννήθηκα από άμυπητη οικογένεια ... Από μικρός ήμουν για τα πρόβατα μόνο, δεν πήγαινα σχολείο. "Είσαι το δεξί μου χέρι" έλεγε ο πατέρας μου ... Έστηνα ξόβεργες εκεί που φύλαγα τα πρόβατα και έπινα πουλάκια, τα πήγαινα στο δάσκαλο, Κ. τον έλεγαν. Είχε στο σπίτι του κλουβιά και ασχολιόταν. Όταν είχε συνηθίσει να μου ανοίγει την πόρτα του σπιτιού του και να παίρνει τα πουλάκια, του είπα πως ήθελα να μάθω γράμματα ... όταν ο πατέρας μου με βρήκε την πρώτη φορά σκυμμένο πάνω από το τετράδιο να γράφω φράσεις, λογάρισε πως δεν είχα το νου μου στα πρόβατα, μου πήρε το τετράδιο, αλλά δεν με ένοιαζε, επειδή μου είχε μείνει το μολύβι. Με τον καιρό βρήκα χαρτιά να γράφω, βρήκα και μολύβι, καλύτερο.» (το απόσπασμα από το βιβλίο του πρώτου εναγομένου), β) «9 Σεπτέμβρη. Σήμερα πρωί-πρωί μας επισκέφθηκαν τα εχθρικά αεροπλάνα και μας καθήλωσαν 1 ώρα. Αλλά τα αντιαεροπορικά πυροβόλα έδρασαν όπου ένα από τα βομβαρδιστικά εχθρικά χτυπήθηκε σοβαρά κι έπεσε στην άκρη της λίμνης Αχινός, στο έδαφος μας, μόλις προσγειώθηκαν οι δύο αεροπόροι βάλανε φωτιά στο αεροσκάφος και πέσανε στη λίμνη με την κολύμβηση να περάσουν στην άλλη ακτή. Δυστυχώς, όμως τους πρόλαβαν άντρες δικοί μας του μεταγωγικού και τους σκότωσαν. Εξακριβώσαμε το βαθμό τους, τη φυλή τους. Ο ένας ήταν Γερμανός κι ο άλλος Βούλγαρος» (το απόσπασμα από το αρχικό βιβλίο) και «Για τη μέρα που ξημέρωσε ο Θεός μας επισκέφθηκαν τα εχθρικά αεροπλάνα και μας καθήλωσαν 1 ώρα: η γη ανακατευόταν σαν να ήταν σε τέντζερη που κουνιόταν. Τα αντιαεροπορικά μας έδρασαν αμέσως και ο εχθρός υποχωρούσε, όταν ένα βομβαρδιστικό του επλήγη κι έπεσε στην άκρη της λίμνης Αχινού. Οι δύο αεροπόροι πρόλαβαν και βγήκαν από το αεροσκάφος, του έβαλαν μάλιστα φωτιά να το κάψουν. Εμείς πεταχτήκαμε σαν ελατήρια, τους κυνηγήσαμε. Έτρεχαν κι εκείνοι, τους χτυπούσαν όμως και οι μεταγωγικοί από την άλλη όχθη. Γύρισαν λοιπόν προς το μέρος μας, φώναζα «παραδοθείτε», δεν στάθηκαν, πυ-

ροβόλησα και τους σκότωσα. Εξακριβώσαμε το βαθμό τους και τη φυλή τους: ο ένας ήταν Γερμανός αξιωματικός κι ο άλλος Βούλγαρος λοχίας. Ο Γερμανός ήταν όμορφος ... ο Βούλγαρος ήταν αξύριστος ... Χριστιανός ήταν, μα ο Θεός τον είχε εγκαταλείψει» (το απόσπασμα από το βιβλίο του πρώτου εναγομένου), γ) «Μεγάλη Παρασκευή. Γυρίζοντας από τα γυμνάσια βρήκαμε συσσίτιο μαγειρεμένο κατεψυγμένο κρέας, όλοι οι συνάδελφοι στρωθήκαμε σαν πάντα πεινασμένοι και παραπονούμενοι πως δεν μας έφτανε η κουραμάνα, και τη μέρα της Μεγάλης Παρασκευής φάγαμε, που σα σήμερα κρεμάστηκε ο Ιησούς Χριστός, επί ξύλου. Εγώ έχυσα το συσσίτιό μου κρυφά», (το απόσπασμα από το αρχικό βιβλίο) και «Στο στρατόπεδο μας βρήκαμε συσσίτιο μαγειρεμένο κατεψυγμένο κρέας και όσες κουραμάνες θέλαμε. Να πάμε χορτασμένοι, σκέφτηκα.» (το απόσπασμα από το βιβλίο του πρώτου εναγομένου), δ) «...Είναι απερίγραπτη η σημερινή διασκέδαση που έγινε με τούτους τους καλόκαρδους Άγγλους. Φοράνε χάκινες φουστανέλες με πολλά λαγιόλια, μαύρες κάλτσες που φτάνουν ως τα γόνατα. Αλλά το πιο σπουδαιότερο και διασκεδαστικό ήταν τούτο, δεν φορούσαν σώβρακα, καθόλου και καθώς ήταν όλοι ψηλοί με πρώτο ανάστημα και σαν καναν να σκύψουν φαίνονταν τα απόκρυφα μέλη τους. Μόλις τους πήραν μυρωδιά οι Έλληνες πως ήταν ξεβράκωτοι τους σήκωναν τις φουστανέλες και στους χτυπούσαν στα πισινά και κείνοι όλα τα δεχόντουσαν μάλιστα ξεκαρδιζόντουσαν στα γέλια» (το απόσπασμα από το αρχικό βιβλίο) και «Είναι απερίγραπτη η διασκέδαση που έγινε με εκείνους τους καλόκαρδους ανθρώπους που μιλούσαν Αγγλικά και φορούσαν φουστανέλες με διπλές, μαύρες κάλτσες που έφταναν ως τα γόνατα και κάτι αρβύλες με τακούνια. Το σπουδαιότερο ήταν πως δεν φορούσαν σώβρακο. Και καθώς ήταν ψηλοί με πρώτο ανάστημα, πλάτες σαν ντουλάπες, μουστάκες κατακίτρινες και μαλλιά μακριά, έτσι και έσκυβαν φαίνονταν τα απόκρυφα μέλη τους, καλοφτιαγμένα. Μόλις το πήραμε χαμπάρι, το ρίξαμε στο χορό και σηκώνονταν οι φουστανέλες τους και γινόταν ραβαϊσι» (το απόσπασμα από το βιβλίο του πρώτου εναγομένου), ε) «Στο δεύτερο σπίτι πήρα εγώ σειρά. Μόλις μπήκα μέσα αντίκρισα στο εσωτερικό έναν νέο άνδρα ψηλό να κάθεται στο τραπέζι του και να τρώει. Επίσης πιο πέρα ήταν μια νέα γυναίκα. Πάταγε το πόδι της στην καρέκλα και διόρθωνε την κάλτσα. Δεν ήθελα να αγριέψω και να δείξω μια βαρβαρότητα κι έτσι παρακλητικός του ένευσα να σηκωθεί ... Τον ευχαρίστησα χωρίς να πιω. Δίστασα να τον βιάσω τον άνθρωπο, κι αναγκάστηκα να τον περιμένω» (το απόσπασμα από το αρχικό βιβλίο) και «Στο δεύτερο σπίτι πήρα εγώ σειρά ως πιο έμπειρος. Έσπρωξα την πόρτα, μπήκα και είδα έναν νέο άνδρα να κάθεται στο τραπέζι και να τρώει. Πιο πέρα μια νέα γυναίκα με το πόδι πάνω στην καρέκλα, επειδή έστρωνε την κάλτσα της. Δεν ήθελα να αγριέψω και να δείξω βαρβαρότητα και του ένευσα να σηκωθεί.» (το απόσπασμα από το βιβλίο του πρώτου εναγομένου), στ) «...Γιατί οι αξιωματικοί ρωτήθηκαν αν θέλουν να πάνε στη Ρωσία. Αν δεν θέλανε να παράμεναν στην Ελλάδα κι όσοι δήλωσαν ν' ακολουθήσουν την εκστρατεία κατά των Ρώσων μπολσεβίκων τους έδωσε το κράτος 1.000 δραχμές αμοιβή επιπλέον του τακτικού των μισθού» (το απόσπασμα από το αρχικό βιβλίο) και «Πήρα την άδεια να γράψω στη γυναίκα μου πως αναχωρούσα, ούτε τόπος, ούτε διαμονή, ούτε σε ποιο μέτωπο. Και το μέτωπό μου έκαψε: είχα βάλει φαρδιά πλατιά την υπογραφή μου ότι επιθυμούσα να μεταβίω στην εκστρατεία της Ρωσίας κι επιθυμούσα να δοθούν εννιακόσιες δραχμές στη σύζυγό μου, κράτησα εκατό για ανάγκη» (το απόσπασμα από το βιβλίο του πρώτου εναγομένου), ζ) «...στο τέλος συνελήφθη ένας Βούλγαρος από μια ελληνική περίπολο που είχε μαζί του τα παιδιά και μόλις τα απομάκρυνε από την πόλη τα σφάζει και τα πουλούσε τα μικρά αθώα στους Σενεγαλλέζους. Συνελήφθη επ' αυτοφώρω τον περάσανε από δίκη και τον εκτέλεσαν» (το απόσπασμα από το αρχικό βιβλίο) και «...Τους είπαμε ας είναι, εμείς άλογο δεν τρώμε. Κι εκείνοι

μας είπαν πως το έτρωγαν οι Σενεγαλλέζοι, άνθρωποι ευγενικοί που μας μοίραζαν γαλέτες και σοκολάτα ρόφημα, αλλά ήταν ολόμαυροι, δηλαδή ανθρωποφάγοι, που μιλούσαν όμως Γαλλικά. Απόδειξη της ανθρωποφαγίας, ότι πολλά ρώσικα παιδιά είχαν χαθεί εκεί γύρω, τριάντα είχε μαζέψει ένας Βούλγαρος και τους τα είχε πουλήσει να τα φάνε ψητά. Κι αν δεν ήταν η ελληνική περίπολος που τον έπιασε με δέκα παιδιά, τα οποία οδηγούσε στο θάνατο, εκείνη η εκατόμβη δεν θα είχε τέλος. Τον πιάσαμε και τον στήσαμε στον τοίχο και τον εκτελέσαμε. Μπαμ και κάτω» (το απόσπασμα από το βιβλίο του πρώτου εναγομένου), η) «Μερικοί πιο πέρα λένε πως πρόκειται να φύγει όλη η Μεραρχία η 13^η κι ίσως κατέβουμε στη Σμύρνη προς ανάπαυση» (το απόσπασμα από το αρχικό βιβλίο) και «...έλεγαν πως όλη η 13^η Μεραρχία θα έφευγε και πως θα φτάναμε στη Σμύρνη για ανάπαυση. Απόδειξη πως είχαν έρθει πουτανιάρηδες με άσεμνες φωτογραφίες» (το απόσπασμα από το βιβλίο του πρώτου εναγομένου), θ) «...Αλλά τι να δω; Είδα ένα ανθρωπίνο σώμα διαλυμένο. Το ένα του πόδι είχε αποσυνδεθεί απ' τη λεκάνη από το τράβηγμα των κορακιών είχε απομακρυνθεί από το σώμα του. Το κεφάλι ήταν με ένα μάτι και χωρίς μύτη. Τάχανε φάει τα πουλιά. Στο μεσιανό δάχτυλο του αριστερού χεριού φορούσε δαχτυλίδι όπου το δαχτυλίδι δεν διακρίνεται καλά γιατί τα δάχτυλα του ήταν πρησμένα» (το απόσπασμα από το αρχικό βιβλίο) και «Είδα ένα κορμί διαλυμένο: το ένα πόδι είχε αποσυνδεθεί από τη λεκάνη από το τράβηγμα των κορακιών και είχε απομακρυνθεί από το σώμα. Το κεφάλι ήταν με ένα μάτι και δίχως μύτη. Στο μεσιανό δάχτυλο του αριστερού χεριού φορούσε δαχτυλίδι, όπου το δαχτυλίδι δεν διακρινόταν καλά, επειδή τα δάχτυλα είχαν πρηστεί. Πιο πέρα ήταν στο χώμα ένας σταυρός, στο πίσω μέρος έγραφε: "ο νονός σου Διονύσιος". Δεν είχε φυλάξει το μακαρίτη ο σταυρός» (το απόσπασμα από το βιβλίο του πρώτου εναγομένου), ι) «...τους βάλαμε τότε και κάτσανε χάμω πάνω στους σκοτωμένους και τους σκοτώσαμε και τους 6» (το απόσπασμα από το αρχικό βιβλίο) και «Εβλεπα πως έτρεμαν. Τους είπα να καθίσουν δίπλα στους σκοτωμένους και τους τινάξαμε τα μυαλά στον αέρα.» (το απόσπασμα από το βιβλίο του πρώτου εναγομένου).

Από την παράθεση των ανωτέρω, ενδεικτικά αναφερομένων τροποποιήσεων ουδόλως αποδείχθηκε ότι με αυτές ο πρώτος των εναγομένων προσέβαλε παρανόμως την μνήμη του Χρήστου Καραγιάννη και συνεπώς και την προσωπικότητά των εναγόντων, κατιόντων του. Αντιθέτως, με το ανωτέρω βιβλίο του, ο πρώτος εναγόμενος ανέδειξε την αξία της μαρτυρίας του αποβιώσαντος, ως μοναδικής ιστορικής πηγής της συγκεκριμένης χρονικής περιόδου και σεβάστηκε πλήρως τη μνήμη του, παρουσιάζοντάς τον ως μία αυθεντική προσωπικότητα, δυνατή, έντιμη, με εθνικό προσανατολισμό και πίστη στο καθήκον. Επίσης, δόθηκε έμφαση στο αίσθημα τιμής και ανθρωπιάς που τον διακατείχε, καθώς και στο έντονο θρησκευτικό του συναίσθημα, ενώ ο βασικός πυρήνας των ιστορούμενων γεγονότων παρέμεινε αναλλοίωτος. Η κρίση αυτή του Δικαστηρίου ενισχύεται και από το γεγονός ότι μέσω του βιβλίου του πρώτου των εναγομένων, η μαρτυρία του στρατιώτη Χ.Κ. κατέστη χρήσιμο εργαλείο ιστοριογραφικής μελέτης και μέρος της ελληνικής και διεθνούς βιβλιογραφίας για τα ιστορικά γεγονότα εκείνης της χρονικής περιόδου (βλ. προσκομιζόμενο και επικαλούμενο από τους εναγόντες αντίγραφο του εξωφύλλου της της χρησιμοποιηθείσας βιβλιογραφίας του βιβλίου με τίτλο «[...]» που συνέγραψε ο συγγραφέας R.G. και στο οποίο αναφέρεται ως βιβλιογραφική πηγή το επίδοκο βιβλίο του πρώτου εναγομένου). Επιπροσθέτως, η προπεριγραφόμενη συμπεριφορά των εναγομένων δεν αποδείχθηκε ότι συνιστά συμπεριφορά που τυποποιείται ποινικά (άρθρο 365 ΠΚ) με βάνουση ή κακόβουλη εξύβριση του θανόντος, ούτε ομοίως προέκυψε ότι ο αποκλειστικός ή έστω ο κύριος σκοπός του πρώτου εναγομένου ήταν όχι η καλλιτεχνική και επιστημονική έκφραση αλλά η προσβολή της μνήμης του αποβιώσαντος, Χ.Κ. Συνεπώς, με βά-

ση τα προεκτεθέντα, δεν προέκυψε ότι ο πρώτος εναγόμενος, με τις προαναφερόμενες αφαιρέσεις, προσθήκες και τροποποιήσεις αποσπασμάτων που επέφερε στη μαρτυρία του αποβιώσαντος συγγενούς των εναγόντων, όπως αυτή παρουσιάστηκε από το αρχικό βιβλίο, εκδόσεως του Α.Α., απέβλεψε προεχόντως στην προσβολή, δυσφήμιση ή περιφρονητική υποτίμηση του θανόντος, οπότε το έργο αυτό δεν θα καλυπτόταν από τη συνταγματική εγγύηση της ελευθερίας της τέχνης και της επιστήμης και θα έπρεπε να κατισχύσει η προστασία της μνήμης του αποβιώσαντος. Ακολούθως, η κρινόμενη αγωγή πρέπει να απορριφθεί στο σύνολό της ως ουσιαστικά αβάσιμη...]

Άρειος Πάγος (Α' 2 Τμήμα)

Αριθμ. 745/2020

Προεδρεύουσα: **Αβρ. Θούα**, Αρεοπαγίτης
Εισηγτήρια: **Κ. Μαυρικοπούλου**, Αρεοπαγίτης
Δικηγόροι: **Ν. Διαμαντόπουλος** – **Ν. Σύρμας**

Προϋποθέσεις ακύρωσης δικαιοπραξίας που καταρτίστηκε συνεπεία απειλής. Πότε η απειλή χαρακτηρίζεται ως παράνομη ή ανήθικη. Η απειλή άσκησης αγωγής ή άλλων εννόμων βοηθημάτων προσλαμβάνει αθέμιτο χαρακτήρα, όταν ο απειλών αποβλέπει να αντλήσει από τη χρήση τους πλεονεκτήματα διαφορετικά και ουσιαστικά άσχετα με την αποστολή τους. Αγωγή ακύρωσης δικαιοπραξίας. Ενεργητική και παθητική νομιμοποίηση. Απόσβεση του δικαιώματος ακύρωσης λόγω παραίτησης του δικαιούχου. Παραίτηση εκ των προτέρων από το δικαίωμα ακύρωσης δεν είναι δυνατή, διότι προϋποθέτει γνώση του ελαττώματος. Η παραίτηση από το δικαίωμα ακύρωσης είναι άτυπη και μπορεί να λάβει χώρα και σιωπηρώς, ακόμα και όταν αφορά σε τυπική δικαιοπραξία, εκτός αν ορίζεται στον νόμο διαφορετικά. Η σύμβαση χρηματοδοτικής μίσθωσης καταρτίζεται εγγράφως. Έλλειψη ή έκλειψη δικαιοπρακτικού θεμελίου. Η αρχική έλλειψη του δικαιοπρακτικού θεμελίου αποτελεί ειδική περίπτωση ουσιώδους πλάνης περί τα παραγωγικά αίτια, η συνδρομή της οποίας θεμελιώνει δικαίωμα ακύρωσης της σχετικής δικαιοπραξίας. Η επιγενόμενη έκλειψή του ρυθμίζεται από την ΑΚ 388 που αποτελεί διάταξη αναγκαστικού δικαίου. Εκ των προτέρων γενική παραίτηση του οφειλέτη από την προστασία του άρθρου 388 ΑΚ δεν χωρεί. Η ειδική, ωστόσο, πρόβλεψη σε αμφοτεροβαρή σύμβαση της πιθανότητας επέλευσης συγκεκριμένης μελλοντικής μεταβολής και η αντίστοιχη ανάλυση από έναν εκ των συμβαλλομένων του κινδύνου που συνέχεται με τη μεταβολή αυτή δεν συνιστά ανεπίτρεπτη παραίτηση από την προστασία της ΑΚ 388.

Διατάξεις: ΑΚ 140 επ., 143, 150, 151, 154, 155, 156, 200, 281, 288, 388

[...Περαιτέρω, κατά την έννοια των διατάξεων των άρθρων 150-151 του ΑΚ, απειλή είναι η εξαγγελία κάποιου κακού για τον απειλούμενο, με την οποία ο τελευταίος περιάγεται σε κατάσταση ψυχολογικής πίεσης και συνεπεία της οποίας αυτός φρονεί ότι πρέπει να προβεί στην υπό του απειλούντος επιδιωκόμενη δήλωση βουλήσεως, προκειμένου να αποφύγει την επέλευση του κακού. Για την εφαρμογή δε των ως άνω διατάξεων απαιτείται: α) απειλή επικείμενου κακού για τη ζωή, τη σωματική ακεραιότητα, την ελευθερία, την τιμή και την περιουσία του απειλούμενου ή των προσώπων, που συνδέονται στενά με αυτόν, β) ο κίνδυνος επελεύσεως του κακού να είναι άμεσος και σπουδαίος, δηλαδή επικείμενος και πραγματικός και να είναι ικανός και προκαλέσει φόβο σε έμφρονα άνθρωπο, γ) η απειλή να έγινε προς τον σκοπό να εξαναγκάσει τον απειλούμενο σε δήλωση, να οδήγησε πράγματι στη δήλωση

βουλήσεως και μάλιστα παράνομη ή εναντίον των χρηστών ηθών (ΑΠ 1912/2008). Επιπλέον, η απειλή πρέπει να είναι παράνομη, δηλαδή το εξαγγελόμενο κακό πρέπει να αντίκειται σε απαγορευτική διάταξη νόμου. Επομένως, δεν μπορεί να συνίσταται στην άσκηση νόμιμου δικαιώματος. Εναλλακτικά, όμως, μπορεί να πρόκειται για ανήθικη απειλή, όταν το εξαγγελόμενο κακό αντίκειται στα χρηστά ήθη ή δεν τελεί σε συνάφεια η απειλή με την επιδιωκόμενη δήλωση βούλησης, παρότι αποτελεί άσκηση νόμιμου δικαιώματος ή όταν το απειλούμενο κακό δεν αποτελεί το κατάλληλο μέσο για τον σκοπό που επιδιώκεται και ο επιδιωκόμενος ή ο απειλούμενος σκοπός είναι αντίθετος προς τα χρηστά ήθη (ΑΠ 1272/2004). Η κρίση δε για αντίθεση της απειλούμενης πράξης στα χρηστά ήθη θα πρέπει να αναζητείται στις κρατούσες για την ηθική αντιλήψεις της δεδομένης εποχής, του δεδομένου τόπου και στη συγκεκριμένη περίπτωση (ΑΠ 214/1972). Συνακόλουθα τούτων, δεν πρόκειται περί απειλής, στην περίπτωση απλών υποδείξεων ή προειδοποιήσεων, αναφερομένων είτε σε κάποια υφιστάμενη ήδη δυσμενή κατάσταση για τον απειλούμενο, είτε σε γεγονός, τα οποία θα επέλθουν ούτως ή άλλως και χωρίς οποιαδήποτε ανάμειξη του απειλούντος. Σύμφωνα με τα παραπάνω, η απειλή άσκησης αγωγής ή χρησιμοποίησης άλλων εννόμων βοηθημάτων (αναφοράς, μήνυσης κ.λπ.), και για αληθεύοντα ακόμη περιστατικά, προσλαμβάνει πρόδηλα αθέμιτο χαρακτήρα, όταν ο απειλών αποβλέπει με τη χρησιμοποίησή τους σε άλλα πλεονεκτήματα ουσιαστικά άσχετα προς εκείνα, στα οποία εξ αντικείμενου τείνουν τα εν λόγω έννομα βοηθήματα (ΑΠ 1040/2018). Από δε τις διατάξεις των άρθρων 154 και 155 ΑΚ, που ορίζουν αντίστοιχα ότι «Η ακύρωση δικαιοπραξίας λόγω πλάνης, απάτης ή απειλής επέρχεται με δικαστική απόφαση, την ακύρωση έχουν το δικαίωμα να ζητήσουν μόνον αυτός που πλανήθηκε ή απατήθηκε ή απειλήθηκε και οι κληρονόμοι τους» και ότι «Η αγωγή για ακύρωση απευθύνεται κατά του άλλου συμβαλλόμενου· αν πρόκειται για μονομερή δικαιοπραξία, απευθύνεται κατά εκείνου που αντλεί άμεσα από αυτήν έννομο συμφέρον», συνάγονται, μεταξύ άλλων, τα ακόλουθα: α) Η ακύρωση επέρχεται με τελεσίδικη δικαστική απόφαση, η οποία ισχύει αναδρομικά και αναπτύσσει συνέπειες erga omnes. Μέχρι τότε η ακυρώσιμη δικαιοπραξία αναπτύσσει πλήρη νομική ενέργεια και μόνο μετά την απαγγελλόμενη με, όπως προαναφέρθηκε, τελεσίδικη δικαστική απόφαση ακύρωσή της εξομοιώνεται με την εξαρχής άκυρη λογιζόμενη ως μη γενόμενη. Μάλιστα, ακόμη και στην περίπτωση που η ακύρωση ακυρώσιμης δικαιοπραξίας ασκείται με ένσταση, απλή επίκληση της ακυρώσιμης της δικαιοπραξίας, χωρίς ταυτόχρονη άσκηση του δικαιώματος ακύρωσης, δεν αρκεί και έτσι δεν μπορεί καν να εξετασθεί παρεμπιπτόντως ως απλή ακυρώσιμη (δυνατότητα ακύρωσης), εφόσον η ακύρωση, κατά τα ανωτέρω, απαγγέλλεται με δικαστική απόφαση, β) Ενάγοντες, κατά τη διάταξη του άρθρου 154 εδ. β' ΑΚ, μπορούν να είναι μόνον αυτός που πλανήθηκε, απατήθηκε ή απειλήθηκε, ενώ, σχετικά με τα πρόσωπα εναντίον των οποίων ζητείται η ακύρωση, η ΑΚ 155 διακρίνει ανάμεσα σε συμβάσεις και μονομερείς δικαιοπραξίες και έτσι, όταν η ακυρώσιμη δικαιοπραξία είναι σύμβαση, εναγόμενος είναι ο αντισυμβαλλόμενος του πλανηθέντος, απατηθέντος ή απειληθέντος και οι κληρονόμοι του, όταν η ακυρώσιμη δικαιοπραξία είναι μονομερής απευθυντέα, εναγόμενος είναι ο λήπτης της δήλωσης και, σε περίπτωση που είναι μη απευθυντέα, εναγόμενος είναι αυτός που αντλεί άμεσα έννομο συμφέρον από τη δικαιοπραξία. Προκειμένου περί δικαιοπραξίας καταρτισθείσας δι' αντιπροσώπου πλανηθέντος, απατηθέντος ή απειληθέντος, ενάγων είναι όχι ο αντιπρόσωπος αλλά ο αντιπροσωπευόμενος, διότι η δικαιοπραξία ως ρύθμιση ανήκει σε αυτόν. Κατά τη διάταξη του άρθρου 156 ΑΚ «Η παραίτηση του δικαιούχου επιφέρει απόσβεση του δικαιώματος για ακύρωση. Η παραίτηση, ρητή ή σιωπηρή, δεν είναι αναγκαία να απευθυνθεί σε άλλον». Από τη διάταξη αυτή συνάγεται ότι η δήλωση

παραίτησης από δικαιώματος (ρητή ή σιωπηρά) μπορεί να συναχθεί και από δηλώσεις ή πράξεις που γίνονται κυρίως για άλλο σκοπό, ενέχουν όμως συμπερασματικώς και άλλη δικαιοπρακτική βούληση, εκείνη της παραίτησης (ΑΠ 95/2010, ΑΠ 232/2005). Η παραίτηση προϋποθέτει γνώση του ελαττώματος και, συνεπώς, παραίτηση εκ των προτέρων δεν είναι δυνατή. Αν αφορά σε τυπική δικαιοπραξία, δεν απαιτείται η τήρηση του τύπου, εκτός αν ορίζεται άλλως ειδικώς. [...]

Εξάλλου κατά το άρθρο 143 ΑΚ δεν είναι ουσιώδης η πλάνη που αναφέρεται αποκλειστικά στα παραγωγικά αίτια της βούλησης και δεν επιφέρει ακύρωση της δικαιοπραξίας, εκτός αν τα παραγωγικά αυτά αίτια που συζητήθηκαν πριν από την κατάρτιση της δικαιοπραξίας και αποτέλεσαν τη βάση αυτής, κατά τη θέληση αμφοτέρων των μερών, σύμφωνα με την καλή πίστη και τα συναλλακτικά ήθη κατά τα άρθρα 200, 281 και 288 ΑΚ, οπότε η πλάνη ως προς τα αίτια αυτά είναι ουσιώδης και μπορεί να επιφέρει την ακύρωση της δικαιοπραξίας, επειδή τα περιστατικά επί των οποίων τα μέρη κυρίως στήριξαν την κατάρτιση της σύμβασης (δικαιοπρακτικό θεμέλιο) δεν συνέτρεχαν ή εκ των υστέρων ανετράπησαν (ΟΛΑΠ 35/1998, ΟΛΑΠ 5/1990, ΑΠ 576/2017, ΑΠ 80/2007). Η παροχή δικαιώματος ακύρωσης της δικαιοπραξίας κατά τα άρθρα 140 επ. ΑΚ οδηγεί σε αδυναμία εφαρμογής της θεωρίας της έλλειψης του δικαιοπρακτικού θεμελίου λόγω της ύπαρξης των ειδικότερων διατάξεων. Η αρχική έλλειψη του δικαιοπρακτικού θεμελίου ως αιτία ακύρωσης της σύμβασης αφορά προεχόντως στην περίπτωση που τα δύο μέρη σχημάτισαν δικαιοπρακτική βούληση βάσει περιστατικού, του οποίου η ύπαρξη ή η επέλευση αποτέλεσε αμφιμερώς σιωπηρή προϋπόθεση ισχύος της δικαιοπραξίας ή την περίπτωση έστω που το ένα μόνο μέρος απέδωσε ιδιαίτερη σημασία στη συνδρομή ορισμένου περιστατικού, στηρίζοντας σε αυτό τη δικαιοπρακτική του βούληση και τούτο μπορούσε να διαγνωσθεί από το άλλο μέρος βάσει του συνόλου των συνθηκών. Το δικαιοπρακτικό θεμέλιο, δηλαδή, τυχάνει το σύνολο των πραγματικών συνθηκών που τα μέρη θεωρούσαν ότι υπάρχουν ή πρόκειται να επέλθουν οπωσδήποτε στο μέλλον και στις οποίες (συνθήκες) στήριξαν τη δικαιοπραξία, μολονότι δεν τις περιέλαβαν ρητά στο περιεχόμενό της. Με το άρθρο 388 ΑΚ ορίζεται ότι «Αν τα περιστατικά στα οποία, κυρίως, ενόψει της καλής πίστης και των συναλλακτικών ηθών, τα μέρη στήριξαν τη σύναψη αμφοτεροβαρούς σύμβασης, μεταβλήθηκαν ύστερα από λόγους που ήταν έκτακτοι και δεν μπορούσαν να προβλεφθούν, και από τη μεταβολή αυτή η παροχή του οφειλέτη, ενόψει και της αντιπαροχής, έγινε υπέρμετρα επαχθής, το δικαστήριο μπορεί κατά την κρίση του με αίτηση του οφειλέτη να την αναγάγει στο μέτρο που αρμόζει και να αποφασίσει τη λύση της σύμβασης εξολοκλήρου ή κατά το μέρος που δεν εκτελέστηκε ακόμη ...». Με τη διάταξη αυτή, που αποτελεί ειδική εφαρμογή στις αμφοτεροβαρείς συμβάσεις των αρχών της καλής πίστης και των συναλλακτικών ηθών που καθιερώνονται με τα άρθρα 200 και 288 του Α.Κ., διασπάται εν μέρει η γενικότερη αρχή της ελευθερίας των συμβάσεων και της υποχρεωτικής εκτέλεσής τους και καθιερώνεται κανόνας αναγκαστικού δικαίου, από τον οποίο είναι άκυρη κάθε εκ των προτέρων γενική παραίτηση του οφειλέτη, συντελούμενη είτε ρητώς, με την καταχώρηση στερεότυπης περί παραιτήσεως ρήτρας στη σύμβαση, είτε σιωπηρώς, με την αποδοχή συμβατικών όρων που έχουν την έννοια αυτή. Δεν αποτελεί, όμως, παραίτηση του οφειλέτη από την παρεχόμενη σ' αυτήν με το άρθρο 388 του ΑΚ προστασία η πλασιώση της αμφοτεροβαρούς σύμβασης με ειδική συμφωνία, με την οποία προβλέπεται ειδικώς η επέλευση μελλοντικής συγκεκριμένης μεταβολής, δυνάμενης να επέλθει από συγκεκριμένους λόγους, και συνολολογείται η ανάληψη από κάποιο συμβαλλόμενο του κινδύνου από τη μεταβολή αυτή, διότι αληθώς με την ειδική αυτή συμφωνία, που κατατείνει στον τονισμό της αστικής ευθύνης του οφειλέτη και δεν αντίκειται στην καλή πίστη, αίρεται το

απρόβλεπτο ως απαραίτητη προϋπόθεση εφαρμογής του άρθρου 388 ΑΚ και παρέχεται στον οφειλέτη η δυνατότητα έγκαιρης κάλυψής του έναντι συγκεκριμένου μελλοντικού κινδύνου (ΟΛΑΠ 350/1985, ΑΠ 1225/2015).

Με τον έκτο λόγο της αίτησης αναίρεσης προσάπτεται στην προσβαλλόμενη απόφαση η πλημμέλεια από το άρθρο 559 αριθμ. 1 και 19 ΚΠολΔ, αναφορικά με το ότι συντρέχουν εν προκειμένω οι προϋποθέσεις των διατάξεων επί των οποίων στηρίζεται η θεωρία της ελλείψεως ή της ανατροπής του δικαιοπρακτικού θεμελίου (άρθρα 288 και 388 ΑΚ σε συνδυασμό με τις διατάξεις των άρθρων 281 και 200 ΑΚ). Στην προκειμένη περίπτωση, το Εφετείο με την προσβαλλόμενη απόφασή του δέχτηκε, κατά το μέρος που ενδιαφέρει την αναιρετική διαδικασία, τα ακόλουθα: «... οι εναγόμενες όχι μόνο δεν στήριξαν τη βούλησή τους στα ίδια με τους ενάγοντες ιδιαίτερως σημαντικά περιστατικά που εξ αρχής έλειπαν ή εκ των υστέρων έπασαν να υφίστανται (άρθρα 288 και 388 ΑΚ), αλλά αντιθέτως φέρονται να παραπλάνησαν τους ενάγοντες και δη μετελθούσες αστικής απάτης, προκειμένου να επιτύχουν την κατάρτιση των συμβάσεων. Με τα δεδομένα αυτά, όμως, δεν συντρέχει έδαφος εφαρμογής της θεωρίας της έλλειψης του δικαιοπρακτικού θεμελίου λόγω της ύπαρξης των ειδικότερων διατάξεων, απορριπτομένων ως νόμω αβασίμων των αγωγικών αιτημάτων περί ακύρωσης των ένδικων ως άνω συμβάσεων, στο μέτρο που για τη στήριξή τους γίνεται επίκληση (πέραν της ουσιώδους πλάνης και της απάτης, που ερείδονται στο νόμο) της θεωρίας της έλλειψης ή ανατροπής του δικαιοπρακτικού θεμελίου ...». Από τα εκτιθέμενα στον λόγο αναίρεσης, η επικαλούμενη ανατροπή του δικαιοπρακτικού θεμελίου στο οποίο οι συμβαλλόμενοι στήριξαν την κατάρτιση της επίδικης αμφοτεροβαρούς σύμβασης προήλθε από τη βούληση των εναγομένων και ήδη ανααιρεσιβλήτων και όχι από εξωτερικά περιστατικά και μάλιστα απρόβλεπτα που να επιφέρουν δυσαναλογία παροχής και αντιπαροχής. Επομένως ελλείπει η απαραίτητη προϋπόθεση, σύμφωνα με τα προεκτεθέντα στη μείζονα σκέψη, εφαρμογής της ουσιαστικής διάταξης του άρθρου 388 ΑΚ και η αγωγική βάση αποβαίνει μη νόμιμη, ως τέτοια δε απορρίφθηκε και με την προσβαλλόμενη απόφαση. Επομένως ο σχετικός λόγος με τον οποίο αποδίδεται αναιρετική πλημμέλεια από το άρθρο 559 αριθμ. 1 (και όχι από το 19) ΚΠολΔ είναι αβάσιμος...]

ΕΝΟΧΙΚΟ ΔΙΚΑΙΟ

Άρειος Πάγος (Α' 2 Τμήμα) Αριθμ. 917/2020

Πρόεδρος: Γ. Κοντός, Αντιπρόεδρος ΑΠ
Εισηγητής: Θ. Κανελλόπουλος, Αρεοπαγίτης
Δικηγόροι: Αρ. Οικονόμου – Γ.-Μαρ. Αχουζαρίδης

Η σύμβαση παροχής πίστωσης (με ανοιχτό λογαριασμό) συνιστά υποσχετική σύμβαση δανείου, προϊόν της ελευθερίας των συμβάσεων. Δικαιώματα και υποχρεώσεις των μερών. Μορφές χορήγησης της πίστωσης εκ μέρους της Τράπεζας. Εφόσον η σύμβαση πίστωσης καταρτίστηκε ως σύμβαση πλαίσιο, βάσει της οποίας ο πιστολήπτης δύναται να λαμβάνει τμηματικά το ποσό της πίστωσης κατόπιν εκδόσεως σχετικών εγκριτικών αποφάσεων της πιστοδότριας τράπεζας, η μη άμεση εκταμίευση ολόκληρου του πιστωτικού ορίου δεν στοιχειοθετεί ενδοσυμβατική ούτε αδιοπρακτική ευθύνη της τράπεζας.

Διατάξεις: ΑΚ 361, 806, 809, 914 επ. άρθρ. 35 εδ. α', 47, 48 εδ. δ', 64, 65, 66 ν.δ. 17.7/13.8.1923- ΕισΝΑΚ 112

[...Κατά το άρθρο 806 του Α. Κ. «με τη σύμβαση του δανεί-

ου ο ένας από τους συμβαλλομένους μεταβιβάζει στον άλλον κατά κυριότητα χρήματα ή άλλα αντικαταστατά πράγματα και αυτός έχει υποχρέωση να αποδώσει άλλα πράγματα της ίδιας ποσότητας και ποιότητας». Από τη διάταξη αυτή προκύπτει ότι η σύμβαση δανείου, η οποία είναι ετεροβαρής, καταρτίζεται με τη μεταβίβαση της κυριότητας του δανείου στον οφειλέτη (re καταρτιζόμενη). Η διάταξη, όμως, αυτή δεν είναι αναγκαστικού δικαίου και συνεπώς με βάση την αρχή της ελευθερίας των συναλλαγών (άρθρο 361 ΑΚ) οι συμβαλλόμενοι μπορούν να καταρτίσουν το δάνειο με μόνη τη συναίνεσή τους (solo consensu), οπότε στην περίπτωση αυτή πρόκειται για σύμβαση υποσχετική δανείου (άρθρο 809 ΑΚ, ΑΠ 1833/2011, 878/2011). Τέτοια υποσχετική σύμβαση είναι και η σύμβαση ανοίγματος πίστωσης, με την οποία η συμβαλλόμενη ανώνυμη, τραπεζική συνήθως, εταιρία, ονομαζόμενη πιστώτρια, αναλαμβάνει την υποχρέωση να θέσει στη διάθεση του αντισυμβαλλόμενου πελάτη, που ονομάζεται πιστούχος, ένα ορισμένο συμφωνούμενο μεταξύ τους χρηματικό ποσό (plafon), το οποίο αυτός μπορεί να αναλαμβάνει είτε εφάπαξ είτε διαδοχικά (τμηματικά), με τη συμφωνία να καταχωρίζονται οι εκατέρωθεν απαιτήσεις από τις μεταξύ τους συναλλαγές, ονομαζόμενες και αποστολές, σε ενιαίο λογαριασμό με τη μορφή χρεωπιστωτικών κονδυλίων, ώστε να οφείλεται μόνο το μέλλον να προκύψει κατάλοιπο κατά το οριστικό κλείσιμο του λογαριασμού, με συνέπεια το ότι κάθε τέτοια απαίτηση του ενός ή του άλλου μέρους από την καταχώριση της στο λογαριασμό χάνει την αυτοτέλειά της, χωρίς μάλιστα να καθίσταται απαιτητή μετά το οριστικό κλείσιμο του λογαριασμού, και τούτο λόγω της συγχωνεύσεώς της με τις λοιπές καταχωρισμένες απαιτήσεις, καθώς και το ότι δανειστής θεωρείται εκείνο το συμβαλλόμενο μέρος υπέρ του οποίου προκύπτει το οριστικό πιστωτικό κατάλοιπο. Έτσι, χαρακτηριστικά γνωρίσματα της εν λόγω συμβάσεως είναι η παροχή της πιστώσεως και ο ανοικτός λογαριασμός (ΑΠ 1081/2015, ΑΠ 1790/2008, ΑΠ 1458/2006). Στη σύμβαση αυτή, η οποία διέπεται από τους όρους τους οποίους τα μέρη συμφώνησαν (άρθρο 361 ΑΚ), τις διατάξεις περί δανείου (άρθρα 806 επ. ΑΚ), οι οποίες έχουν ευθεία εφαρμογή, σε συνδυασμό με εκείνες των άρθρων 35 εδ. α', 47, 48 εδ. δ', 64, 65 και 66 του ΝΔ 17.7/13.8.1923 «Περί ειδικών διατάξεων επί ανωνύμων εταιρειών» και 112 του ΕισΝΑΚ, γεννώνται υποχρεώσεις σε βάρος αμφοτέρων των συμβαλλομένων και δη σε βάρος μεν του δανειζόντος η υποχρέωση προς παροχή του δανείου, σε βάρος δε του δανειζομένου η υποχρέωση προς απόδοση αυτού, η οποία, όμως, τελεί υπό την αναβλητική (νομική) αίρεση της δόσεως τούτου υπό του δανειζόντος. Το ζεύγμα όμως αυτών των υποχρεώσεων, παρά την αντιστοιχία και αμοιβαιότητα τους, δεν μπορεί να αποτελεί τις δύο παροχές (παροχή και αντιπαροχή) αμφοτεροβαρούς συμβάσεως, γιατί δεν συνυπάρχουν. Η δεύτερη (υποχρέωση απόδοσης του δανείου) γεννιέται με τη δόση του δανείου, που συνιστά εκπλήρωση και άρα επιφέρει απόσβεση της πρώτης (ΑΠ 1081/2015). Για να θεωρηθεί, όμως, καταρτισμένη η σύμβαση πιστώσεως με ανοικτό λογαριασμό, ειδικότερα αν πρόκειται για σύμβαση μεταξύ τράπεζας και φυσικού ή νομικού προσώπου, πρέπει, εκτός από το ύψος του δανειζόμενου ποσού, να συμφωνηθεί ο τρόπος και ο χρόνος καταβολής του ποσού από την τράπεζα, δηλαδή ο τρόπος με τον οποίο θα γίνεται η χρήση της πίστωσης από τον πιστούχο (πράξεις παραχώρησης πίστωσης), ο τρόπος και ο χρόνος αποπληρωμής, το ύψος του οφειλομένου επιτοκίου και τα επιμέρους δικαιώματα και υποχρεώσεις των συμβαλλομένων (ΑΠ 878/2011, ΑΠ 1734/2009). Επομένως, η κατά το άρθρο 361 ΑΚ ελευθερία των συμβάσεων αναδεικνύεται ως η κύρια νομική βάση της προαναφερόμενης σύμβασης, η λειτουργία της οποίας συμφωνείται για ορισμένο ή, συνήθως, για αόριστο χρόνο. Στο πλαίσιο αυτό, η πίστωση μπορεί να συνίσταται είτε στην παροχή αυτοουσίων χρημάτων (δάνειο) ή την εξόφληση από την Τράπεζα υποχρεώσεων του πιστούχου προς τρίτους ή προς

την ίδια την Τράπεζα (άμεση πίστωση) είτε στην εκ μέρους της τράπεζας παροχή ή διάθεση υπέρ του πιστούχου πίστης (έμμεση πίστωση), όπως είναι η παροχή από την τράπεζα εγγυήσεων ή εγγυοδοσιών υπέρ του πιστούχου προς τρίτους, η αποδοχή εκ μέρους της τράπεζας συναλλαγματικών εις διαταγήν του πιστούχου κ.λπ., με τις οποίες ενισχύεται η φερεγγυότητα αυτού έναντι των τρίτων. Η πίστωση μπορεί να χορηγηθεί από την τράπεζα, εφόσον ασφαλίζεται εμπραγματικώς ή ενοχικώς ή, ακόμη, και χωρίς να ασφαλίζεται, κατά την κρίση της παρέχουσας την πίστωση τράπεζας. Εξάλλου, στη σύμβαση μπορεί να προβλέπεται η δυνατότητα πολλαπλών εκ μέρους της τράπεζας χορηγήσεων και πολλαπλών εκ μέρους του πιστούχου καταβολών, δηλαδή να υπάρχει δυνατότητα επαναχορηγήσεων ώστε η πίστωση να ανακυκλώνεται. Μπορεί, επίσης, να έχει συμφωνηθεί ότι για εκάστη χορήγηση της πίστωσης θα γίνεται ιδιαίτερη συμφωνία των συμβαλλομένων και να ορίζεται συγκεκριμένος χρόνος επιστροφής ή εξόφλησης του χορηγούμενου ποσού. Μπορεί ακόμη η πίστωση να έχει εξ αρχής ως σκοπό τη χορήγηση ενός και μόνου ποσού, ίσου ή μικρότερου του ορίου της πίστωσης και την εκ μέρους του πιστούχου ισόποση, εφ' άπαξ ή με δόσεις, καταβολή αυτού (πλέον των τόκων). Κατά κανόνα, το άνοιγμα και μόνον της πίστωσης δίνει τη δυνατότητα στον πιστούχο να προσφύγει στη χρήση της πίστωσης για να αντλήσει αμέσως, εάν και όταν χρειαστεί, το απολύτως αναγκαίο γι' αυτόν ποσό, η καταβολή του οποίου τελεί υπό την αναβλητική εξουσιαστική αίρεση αυτού (πιστούχου), υποβάλλοντας απλή αίτηση προς την τράπεζα, για την οποία δεν ακολουθούνται οι χρονοβόρες διαδικασίες έγκρισης των χορηγήσεων για κάθε μεμονωμένο πιστωτικό αίτημα, αφού οι διαδικασίες αυτές ακολουθήθηκαν κατά το άνοιγμα της πίστωσης, σε κάθε δε περίπτωση η έγκριση της τράπεζας είναι τυπική. Ωστόσο, και στην περίπτωση αυτή, μπορούν να τεθούν στη σύμβαση πίστωσης επί πλέον όροι και προϋποθέσεις χρήσης της ανοίγσεως πίστωσης από τον πιστούχο. Όμως, ουδόλως αποκλείεται η πίστωση να έχει, ουσιαστικά, το χαρακτήρα σύμβασης πλαισίου, χωρίς να προβλέπονται συμφωνίες που αφορούν τις μορφές χορηγήσεων (κεφάλαιο κίνησης, πάγιες εγκαταστάσεις κ.λπ.), το ύψος του επιτοκίου κ.λπ., οπότε τα στοιχεία αυτά καθορίζονται στη συνέχεια με πρόσθετες συμφωνίες (πράξεις), με δυνατότητα της τράπεζας, στην περίπτωση αυτή, να εγκρίνει ή να απορρίπτει τη σχετική αίτηση του πιστούχου ή, συνήθως, να εγκρίνει αυτή με τροποποιήσεις. Δηλαδή, στην περίπτωση αυτή, η σύμβαση πλαίσιο αποτελεί την αιτία επί μέρους πιστωτικών συμβάσεων, η δε έγκριση της τράπεζας αποκτά ουσιαστικό περιεχόμενο, καθόσον συνιστά απαραίτητο στοιχείο για την ολοκλήρωση της πρόσθετης πράξης, η οποία αποτελεί συμπλήρωμα της αρχικής σύμβασης που καλύπτει τη συγκεκριμένη χορήγηση. Ανάλογα, και οι ασφάλειες στη πίστωση μπορεί να παρέχονται είτε άπαξ, επί του ποσού της πίστωσης (ορίου) για όσο χρόνο αυτή θα βρίσκεται σε λειτουργία, οσοδήποτε φορές κι εάν ο πιστούχος κάνει χρήση του ορίου της πίστωσης, είτε να παρέχονται κάθε φορά που ο πιστούχος κάνει χρήση των επί μέρους δανειακών συμβάσεων, δηλαδή να παρέχεται νέα προσημείωση ή υποθήκη σε ασφάλεια εκάστου νέου δανείου. Κατά συνέπεια, πέραν των πιο πάνω αναφερομένων γενικών αρχών, που πρέπει να περιέχονται στη σύμβαση ανοίγματος πίστωσης με ανοικτό λογαριασμό, οι ειδικότερες συμφωνίες που τίθενται σε αυτή από τους συμβαλλομένους είναι εκείνες που καθορίζουν, κατά τα λοιπά, το περιεχόμενο και τη μορφή της εν λόγω σύμβασης, καθώς και τον τρόπο και τον χρόνο καταβολής της πίστωσης από την τράπεζα, και, συνακόλουθα, τα δικαιώματα και τις υποχρεώσεις των συμβαλλομένων σύμφωνα με τις διατάξεις που αφορούν την επιλεγείσα συμβατική μορφή. Περαιτέρω, ως μη εκπλήρωση της σύμβασης από τον οφειλέτη νοείται, κατά τη γενική θεωρία περί μη εκπληρώσεως της σύμβασης, είτε η αδυναμία παροχής (άρθρα 335-336 ΑΚ), είτε η καθυστέρηση εκπληρώσεως, που όταν ευ-

θύνεται γι' αυτήν ο οφειλέτης αποτελεί υπερημερία αυτού (άρθρο 340 ΑΚ), είτε τέλος η πλημμελής εκπλήρωση (ΑΠ 1708/2017). [...] Παράνομη συμπεριφορά, η οποία κατά τα άρθρα 914 και 932 ΑΚ δημιουργεί υποχρέωση του υπαιτίου σε αποζημίωση, συνιστά προεχόντως κάθε ενέργεια αντικείμενη σε απαγορευτικό ή επιτακτικό κανόνα δικαίου, όπως είναι και ο περιεχόμενος στο άρθρο 281 ΑΚ, αφού απαγορεύει την άσκηση του δικαιώματος όταν γίνεται κατά προφανή υπέρβαση των ορίων που επιβάλλουν η καλή πίστη ή τα χρηστά ήθη ή ο κοινωνικός ή οικονομικός σκοπός του δικαιώματος (ΑΠ 547/2015). Επίσης, παράνομη είναι η συμπεριφορά και όταν αντίκειται στην αρχή της καλής πίστης, που απορρέει από τις διατάξεις των άρθρων 200, 281 και 288 ΑΚ. Κατά την έννοια των διατάξεων αυτών, καλή πίστη είναι η συναλλακτική ευθύτητα και εντιμότητα που δείχνει ο έντιμος και εχέφρων συναλλασσόμενος, σύμφωνα με τις κοινωνικές αντιλήψεις που επικρατούν. Η καλή πίστη, με την έννοια αυτή, αποτελεί κριτήριο συμπεριφοράς, το οποίο έχει αναχθεί σε κανόνα δικαίου, γι' αυτό και η συμπεριφορά που αντιτίθεται στο κριτήριο αυτό, εφόσον συντρέχουν και οι λοιπές νόμιμες προϋποθέσεις, αποτελεί αδικοπραξία με την παραπάνω έννοια και γεννά υποχρέωση για αποζημίωση (ΑΠ 516/2014). Εξάλλου, κατά το άρθρ. 919 ΑΚ, όποιος με πρόθεση ζημίωσε άλλον κατά τρόπο αντίθετο προς τα χρηστά ήθη έχει υποχρέωση να τον αποζημιώσει. Τα προβλεπόμενα στη διάταξη αυτή χρηστά ήθη αποτελούν αόριστη νομική έννοια, για τη συγκεκριμενοποίηση της οποίας κριτήρια είναι οι ιδέες του εκάστοτε κατά τη γενική αντίληψη με χρηστότητα και σωφροσύνη σκεπτόμενου κοινωνικού ανθρώπου, για την κρίση δε της υπάρξεως ή μη υπάρξεως αντιθέσεως της συγκεκριμένης συμπεριφοράς προς τα χρηστά ήθη εκτιμάται όχι μεμονωμένο στοιχείο, όπως το αίτιο ή ο σκοπός του δράστη, αλλά το σύνολο των συνθηκών και περιστάσεων που συνοδεύουν την προσβαλλόμενη ως επιλήψιμη συμπεριφορά. Από όλες τις παραπάνω διατάξεις, σε συνδυασμό με αυτές των άρθρων 178, 298, 361, 806 και 807 ΑΚ, προκύπτει ότι η εκ μέρους τραπεζικού οργανισμού παραβίαση της υποχρέωσής αυτού, που απορρέει από σύμβαση ανοίγματος πίστωσης με ανοικτό αλληλόχρεο λογαριασμό, η οποία καταρτίστηκε για συγκεκριμένο σκοπό, προς παροχή της αναγκαίας πίστωσης στον πιστούχο στο χρονικό διάστημα που είχε συμφωνηθεί, στοιχειοθετεί κατ' αρχήν καταχρηστική συμπεριφορά αντίθετη στα χρηστά ήθη και, συνακόλουθα, αδικοπραξία, η οποία ιδρύει ευθύνη του τραπεζικού οργανισμού προς περιουσιακή αποζημίωση, καθώς και προς χρηματική ικανοποίηση για την ηθική βλάβη, που του προξένησε η συμπεριφορά εκείνου (πρβλ. ΑΠ 1734/2009, ΑΠ 1346/2000) [...]

Στην προκειμένη περίπτωση, το Εφετείο δέχθηκε, με την προσβαλλόμενη απόφασή του, κατά το ενδιαφέρον τον αναιρετικό έλεγχο μέρος, τα ακόλουθα πραγματικά περιστατικά: «[...] Σύμφωνα με όσα κατά τα ανωτέρω αποδείχθηκαν, καταρτίστηκε μεταξύ των διαδίκων η .../1997 σύμβαση ανοίγματος πίστωσης σε ανοικτό λογαριασμό, με σκοπό να χρηματοδοτηθεί το νέο, σε σχέση με τις προηγούμενες δραστηριότητες, επιχειρηματικό σχέδιο της εναγούσης, περί αγοράς δηλαδή και λειτουργίας του εργοστασίου ..., σκοπός που δεν τέθηκε μεν ως όρος στη σύμβαση πίστωσης, ήταν γνωστός όμως στην εναγομένη Τράπεζα, που είχε παράσχει σχετικές εγγυητικές επιστολές για τη συμμετοχή στο διαγωνισμό, την προσωρινή λειτουργία του εργοστασίου και τη μελέτη του φακέλου βιωσιμότητας. Με τη σύμβαση αυτή συμφωνήθηκε το ανώτατο πιστωτικό όριο, αλλά και ο τρόπος που θα γίνει η χρήση του από την ενάγουσα, δηλαδή με ειδικές επιταγές που θα της χορηγηθούν ή με εντολές προς πληρωμή ή για άνοιγμα ενέγγυας πίστωσης ή για έκδοση εγγυητικών επιστολών ή με αποδείξεις λήψης χρημάτων (χωρίς οι τρόποι αυτοί να είναι περιοριστικοί), σύμφωνα με τον 4ο όρο της σύμβασης. Επομένως από τον όρο αυτό σαφώς συνάγεται ότι η παροχή της πίστωσης προς την πι-

στούχο ενάγουσα γίνεται μεν κατόπιν αιτήσεώς της, όχι όμως μόνο με την καταβολή χρηματικών ποσών, αλλά με άλλες μορφές παροχής πίστωσης, όπως ενδεικτικά αναφέρεται η ενέγγυα πίστωση και η έκδοση εγγυητικών επιστολών, μέσα στο καθορισμένο ανώτατο όριο πίστωσης, η οποία έτσι επιτελεί τον ρόλο της ως σύμβασης πλαισίου, κατά τα ανωτέρω. Επίσης, συμφωνήθηκε ότι η πιστούχος θα λαμβάνει τα εκάστοτε ποσά της πίστωσης κατόπιν εκδόσεως σχετικών εγκριτικών αποφάσεων της εναγομένης, όπως προκύπτει από τον 10ο όρο της σύμβασης. Στα πλαίσια αυτής της σύμβασης, κατόπιν εκδόσεως κατά τη συμφωνία τους της σχετικής εγκριτικής απόφασης της εναγομένης για παροχή δανείου ύψους 750.000.000 δρχ., καταρτίστηκε η πρόσθετη στη βασική σύμβαση πίστωσης σύμβαση δανείου και καταβλήθηκαν 400.000.000 δρχ. για τη χρηματοδότηση μέρους της αγοράς παγίων (εργοστασίου) από την ενάγουσα, ενώ το υπόλοιπο μέρος του εγκριθέντος δανείου κάλυψε τα χορηγηθέντα κεφάλαια κίνησης του εργοστασίου και τις εγγυητικές επιστολές. Η άμεση εκταμίευση και χορήγηση στην ενάγουσα σε χρήματα ολόκληρου του πιστωτικού ορίου της σύμβασης αυτής, ούτε από τη φύση και λειτουργία της σύμβασης πίστωσης σε ανοικτό λογαριασμό, ..., ούτε από τη συγκεκριμένη σύμβαση και τους όρους της προκύπτει. Αντιθέτως, σαφώς προκύπτει από αυτή ότι η πίστωση θα χορηγηθεί με διάφορες μορφές και όχι μόνο με καταβολή μετρητών. Άλλωστε στον προαναφερόμενο τρόπο χρηματοδότησης (χορήγηση δανείου 750.000.000 δρχ. στα πλαίσια της σύμβασης πίστωσης, με κατανομή αυτού σε κεφάλαια για αγορά παγίων, κίνησης και για χορήγηση εγγυητικών επιστολών), τον οποίο τρόπο αποδέχθηκε η ενάγουσα λαμβάνοντας γνώση της εγκριτικής απόφασης, η εναγομένη κατέληξε κατόπιν δικής της μελέτης και ακολουθώντας πάγια τραπεζική τακτική περί μη χρηματοδοτήσεως της αγοράς, ειδικότερα των παγίων στοιχείων εξ ολοκλήρου, αλλά συνήθως σε ποσοστό 70%, προκειμένου ο πιστούχος να αναλαμβάνει τον επιχειρηματικό κίνδυνο των αποφάσεών του, αλλά και για να μην επιβαρύνεται, αμέσως μετά την έναρξη λειτουργίας της, η χρηματοδοτούμενη επιχείρηση με μεγάλο χρηματοοικονομικό κόστος (τόκους). Η ενάγουσα δεν προσδιορίζει κάποιο συγκεκριμένο όρο της σύμβασης, ο οποίος έχει κενά και ασάφειες, ώστε να χρήζει ερμηνείας, σύμφωνα με τα άρθρα 173, 200 ΑΚ, κατά την οποία ερμηνεία να προκύπτει ότι συμφωνήθηκε η άμεση κατά την κατάρτιση αυτής εκταμίευση και χορήγηση όλου του ποσού της πίστωσης, όπως ισχυρίζεται. Εξάλλου, ούτε προφορικά αποδείχθηκε ότι συμφωνήθηκε η άμεση εκταμίευση και καταβολή όλου του ποσού της πίστωσης μεταξύ των διαδίκων και μάλιστα πριν την υπογραφή των συμβάσεων και με μόνη την προοπτική συμμετοχής της στο διαγωνισμό, όπως ισχυρίζεται η ενάγουσα. Τούτο δεικνύει και η αναφορά της ίδιας της εναγούσης στην αίτησή της προς χορήγηση εγγυητικής κατά τα ανωτέρω επιστολής για τη συμμετοχή στο διαγωνισμό, περί του ότι δηλαδή της επισημάνθηκε από πλευράς εναγομένης ότι δεν δεσμεύεται να χρηματοδοτήσει την αγορά της ..., πριν εξετάσει τη μελέτη του επενδυτικού φακέλου, που τυχόν υποβληθεί και αξιολογήσει τον βαθμό κάλυψης των πιστοδοτικών κριτηρίων. Άλλωστε, οι διάδικοι είναι αμφότερες ανώνυμες εταιρίες, που συμβάλλονται και δεσμεύονται από δηλώσεις βουλήσεως προσώπων, που κατά νόμο τις εκπροσωπούν και οι οποίες εκφράζονται κατά κανόνα εγγράφως, ενώ για την εξαιρετικώς επικαλούμενη δέσμευση αυτών με προφορική συμφωνία, τέτοιας μάλιστα σημασίας, όπως είναι η άμεση καταβολή ενός δισεκατομμυρίου δραχμών, η ενάγουσα ούτε επικαλείται ούτε αποδεικνύει μεταξύ ποίων εκπροσώπων των διαδίκων συμφωνήθηκε κάτι τέτοιο, ώστε να μπορούν να αξιολογηθούν αποδεικτικά οι ισχυρισμοί αυτοί ως αληθείς, ενόψει του ότι οι εκπρόσωποι ειδικότερα της εναγομένης και οι αρμόδιοι υπάλληλοί της για τη λήψη απόφασης, που αφορά τη χορήγηση πίστωσης τόσο μεγάλου ύψους, όσο η επίδικη, βρίσκονται στο κεντρικό κατάστημα αυτής στην ... και όχι στο Υ-

ποκατάστημα αυτής στην ..., όπου εδρεύει η ενάγουσα. Εξάλλου, αν υπήρχε τέτοια προφορική συμφωνία και η ανάγκη για άμεση λήψη του πιο πάνω ποσού, δεν εξηγείται επαρκώς από την ενάγουσα για ποιο λόγο δεν υπογράφηκε εξ αρχής μια σύμβαση δανείου του ύψους που αυτή επιθυμούσε, αλλά καταρτίστηκε μια σύμβαση πλαίσιο με παροχή πιστώσεων διαφόρων ειδών, όπως η κατόπιν μελέτης έγκριση δανείου, που κάλυπτε διαφορετικά μέρη του επιχειρηματικού σχεδίου (πάγια, κεφάλαια κίνησης, εγγυήσεις). Επίσης, εφόσον υπήρχε η ανάγκη άμεσης λήψης όλου του ποσού και η ενάγουσα διαπίστωσε ότι η εναγομένη δεν θα προβεί στην καταβολή του, δεν εξηγείται γιατί δεν προέβη σε άμεσο δανεισμό από άλλη Τράπεζα (δανεισμό που επικαλείται ως ζημία της από την μη άμεση εκταμίευση της πίστωσης), αλλά προέβη σε τέτοιο δανεισμό από την ... Τράπεζα ύψους 370.000.000 δρχ., τρία έτη περίπου μετά την κατάρτιση της σύμβασης το έτος 2000. Σύμφωνα με όσα κατά τα ανωτέρω αποδείχθηκαν, η εναγομένη κατέβαλε στην ενάγουσα το σύνολο σχεδόν της πίστωσης που συμφωνήθηκε με την .../1997 σύμβαση, μέσα σε διάστημα δύο ετών περίπου και όχι μόνο ποσό 400.000.000 δρχ. που ισχυρίζεται η ενάγουσα, ενώ δεν αποδείχθηκε η κατάρτιση σύμβασης «ακριβόχρονης εκτέλεσης», με την άμεση εκταμίευση, δηλαδή όλου του πιστωτικού ορίου κατά την κατάρτιση της σύμβασης, όπως επίσης ισχυρίζεται η ενάγουσα ... Συνεπώς, ουδεμία αντισυμβατική ή αντίθετη στην καλή πίστη και τα χρηστά ήθη συμπεριφορά επέδειξε κατά την εκπλήρωση της παροχής της, ούτε άσκησε δικαιώματα κατά τρόπο που να υπερβαίνουν τα τασσόμενα από το άρθρο 281 ΑΚ όρια και συνεπώς παράνομα, κατά τα άρθρα 914, 919 ΑΚ, παρέχοντας την πίστωση κατά τον τρόπο που προαναφέρθηκε μετά την προηγούμενη εκάστοτε έκδοση εγκριτικής για κάθε χορήγηση αποφάσεως, όπως είχε συμφωνηθεί. Επομένως, η επικαλούμενη ζημία της από τη διακοπή λειτουργίας του εργοστασίου κατά το έτος 2000, συνιστάμενη στο δανεισμό της από τρίτους και στα κέρδη που απώλεσε, τόσο κατά την πρώτη πενταετία λειτουργίας του, όσο και κατά τα υπόλοιπα 43 έτη διάρκειας της ίδιας, που θα εξακολουθούσε να λειτουργεί το εργοστάσιο, δεν συνδέεται αιτιωδώς με αντισυμβατική ή παράνομη συμπεριφορά της εναγομένης, ώστε να υποχρεούται αυτή να την ανορθώσει, καταβάλλοντας αποζημίωση και χρηματική ικανοποίηση λόγω ηθικής βλάβης. Εξάλλου, από την εκτίμηση του περιεχομένου της αγωγής προκύπτει ότι τη ζημία της αυτή η ενάγουσα σαφώς συνδέει με την μη αποδείχθείσα παράλειψη άμεσης εκταμίευσης σε χρήμα όλου του πιστωτικού ορίου της σύμβασης, αλλά και στην πλημμελή χρηματοδότηση της με την καταβολή μέρους μόνο της πίστωσης από 400.000.000 δρχ., που επίσης δεν αποδείχθηκε και όχι στην άκαιρη καταγγελία της σύμβασης πίστωσης και το κλείσιμο του τηρουμένου λογαριασμού κατά το έτος 2000, ώστε να κριθεί αν το συμβατικό δικαίωμα εναγομένης περί μονομερούς λύσεως της σύμβασης με καταγγελία και κηρύξεως του δανείου ληξιπρόθεσμου και απαιτητού, με τις αναφερόμενες στη σύμβαση προϋποθέσεις, είναι επίσης γενικός όρος των συναλλαγών, που διαταράσσει υπέρμετρα την ισορροπία των δικαιωμάτων και υποχρεώσεων των συμβαλλομένων και συνεπώς άκυρος κατά το άρθρο 2 Ν. 2251/1994, περί προστασίας των καταναλωτών. Ομοίως, δεν ελέγχεται η εγκυρότητα κατά τον ίδιο νόμο, αλλά και κατά τις διατάξεις των άρθρων 179 ΑΚ περί ακυρότητας δικαιοπραξίας, που επιτεύχθηκε με την εκμετάλλευση της ανάγκης άλλου, και 372 ΑΚ περί προσδιορισμού της παροχής κατά την απόλυτη κρίση ενός των συμβαλλομένων, του 11ου όρου της σύμβασης πίστωσης κατά τον οποίο η εναγομένη έχει δικαίωμα να κλείνει ή να αναστέλλει τη χρήση της χορηγηθείσας πίστωσης ή και να περιορίζει την πίστωση οποτεδήποτε, εφόσον στην προκειμένη περίπτωση η εναγομένη δεν έκανε χρήση του όρου αυτού της σύμβασης, περιορίζοντας το πιστωτικό της όριο, το οποίο αντίθετα εξάντλησε σχεδόν ολοσχερώς. Με βάση τις παραδοχές αυτές, το Εφετείο α-

πέρριψε την έφεση της αναιρεσεύουσας (ενάγουσας) και τους προσθέτους αυτής λόγους, επικυρώνοντας έτσι την πρωτόδικη απόφαση, η οποία είχε κρίνει ομοίως και είχε απορρίψει την αγωγή της αναιρεσεύουσας, με συμπλήρωση και εν μέρει αντικατάσταση των αιτιολογιών της. Έτσι που έκρινε το Εφετείο, ορθά ερμήνευσε και εφάρμοσε τις ανωτέρω αναφερόμενες ουσιαστικού δικαίου διατάξεις, τις οποίες δεν παραβίασε ευθέως, ενόψει του ότι στην απόφασή του υπάρχει νομική ακολουθία μεταξύ των ως άνω πραγματικών γεγονότων που έγιναν δεκτά και υπήχθησαν στις παραπάνω διατάξεις, όπως η έννοια τους αναλύθηκε στις νομικές σκέψεις που προαναφέρθηκαν, και του συμπεράσματος του δικανικού συλλογισμού, ότι η μη άμεση εκταμίευση ολόκληρου του πιστωτικού ορίου της ένδικης σύμβασης εκ μέρους της αναιρεσίβλητης τράπεζας, δεν στοιχειοθετεί ενδοσυμβατική ούτε και αδικοπρακτική ευθύνη αυτής. Και τούτο, διότι, ενόψει των ανελέγκτως γενομένων δεκτών ως άνω πραγματικών περιστατικών, ότι δηλαδή η ένδικη σύμβαση πίστωσης με ανοικτό λογαριασμό καταρτίστηκε ως σύμβαση πλαίσιο με σκοπό τη χρηματοδότηση της αγοράς και λειτουργίας του προαναφερόμενου εργοστασίου, χωρίς όμως να υπάρξει συμφωνία για την άμεση εκταμίευση ολόκληρου του πιστωτικού ορίου, αλλά η αναιρεσεύουσα μπορούσε, εκάστοτε, να λαμβάνει ποσά της πίστωσης κατόπιν εκδόσεως σχετικών εγκριτικών αποφάσεων της αναιρεσίβλητης, η προαναφερόμενη συμπεριφορά της τελευταίας δεν υπήρξε αντισυμβατική ούτε και παράνομη, κατά τα άρθρα 914 και 919 ΑΚ λόγω αντίθεσης αυτής προς την καλή πίστη και τα χρηστά ήθη ή λόγω άσκησης από την αναιρεσίβλητη του δικαιωμάτος της κατά τρόπο που υπερβαίνει τα τασσόμενα από το άρθρο 281 ΑΚ όρια και, συνεπώς, η αναιρεσίβλητη δεν υπέχει υποχρέωση αποζημιώσεως της αναιρεσεύουσας. Εξάλλου, με τις προεκτεθείσες παραδοχές του το Εφετείο δεν στέρησε την απόφασή του από νόμιμη βάση, αφού διέλαβε σ' αυτή την επιβαλλόμενη αιτιολογία που καθιστά εφικτό τον αναιρετικό έλεγχο περί της ορθής ή μη εφαρμογής των ανωτέρω ουσιαστικών δικαίων διατάξεων, τις οποίες έτσι δεν παραβίασε ούτε εκ πλαγίου, καθόσον, όπως προκύπτει από το προπαρατεθέν ουσιαστικό περιεχόμενο της, αναφέρονται με σαφήνεια, επάρκεια και χωρίς αντιφάσεις τα πραγματικά περιστατικά, που θεμελιώνουν το σαφώς διατυπούμενο αποδεικτικό της πόρισμα. Ειδικότερα δε, δικαιολογούσαν την απόρριψη της ένδικης αγωγής οι παραδοχές του Εφετείου α) ότι η ένδικη σύμβαση ανοίγματος πίστωσης με ανοικτό λογαριασμό καταρτίστηκε με σκοπό τη χρηματοδότηση του επιχειρηματικού σχεδίου της αναιρεσεύουσας για την αγορά και λειτουργία του εργοστασίου, πλην όμως καταρτίστηκε ως σύμβαση πλαίσιο για την κάλυψη πιστώσεων κάθε είδους (δάνεια, εγγυητικές επιστολές κ.λπ.), δηλαδή ότι η σύμβαση και το συμφωνηθέν πιστωτικό όριο του ενός δισεκατομμυρίου δραχμών δεν αφορούσε τη χορήγηση ισόποσου δανείου αλλά αφορούσε τόσο άμεση όσο και έμμεση πίστωση, β) ότι δεν υπήρξε συμφωνία για άμεση εκταμίευση και χορήγηση στην ενάγουσα σε χρήματα ολόκληρου του πιστωτικού ορίου, καθόσον ούτε η σύμβαση καταρτίστηκε ως σύμβαση «ακριβόχρονης εκτέλεσης» ούτε και προφορικά καταρτίστηκε τέτοια συμφωνία περί άμεσης εκταμίευσης, αλλά, αντιθέτως, η πιστούχος αναιρεσεύουσα θα ελάμβανε το ποσό ή τα επί μέρους ποσά της πίστωσης με βάση αίτησή της, κατόπιν εκδόσεως σχετικών εγκριτικών αποφάσεων της αναιρεσίβλητης, γ) ότι στο πλαίσιο λειτουργίας της ανωτέρω σύμβασης, κατόπιν εκδόσεως της από 10-3-1997 απόφασης της αναιρεσίβλητης, εγκρίθηκε η πιστοδότηση της ενάγουσας με το συνολικό ποσό των 750.000.000 δρχ., από το οποίο ποσό 400.000.000 δρχ. αφορούσε την αγορά παγίων στοιχείων (εργοστασίου), 100.000.000 δρχ. κεφάλαια κίνησης και 250.000.000 δρχ. την έκδοση εγγυητικών επιστολών για τη λειτουργία του εργοστασίου, η δε αναιρεσεύουσα αποδέχθηκε την εγκριτική αυτή απόφαση και στις 14-3-1997 καταρτίστηκε μεταξύ των διαδίκων

πρόσθετη πράξη, με την οποία συμφωνήθηκε και χορηγήθηκε σ' αυτή δάνειο 400.000.000 δρχ. για την αγορά του εργοστασίου, ενώ το υπόλοιπο μέρος του εγκριθέντος ποσού κάλυψε τα χορηγηθέντα κεφάλαια κίνησης του εργοστασίου και τις εγγυητικές επιστολές, και δ) ότι η αναιρεσίβλητη σε διάστημα δύο ετών περίπου από την κατάρτιση της σύμβασης πίστωσης χορήγησε στην αναιρεσείουσα το συνολικό ποσό των 770.226.136 δρχ., επίσης άλλο δάνειο σε ξένο νόμισμα ύψους 250.182.426 δρχ., καθώς και εγγυητικές επιστολές συνολικού ποσού 233.704.000 δρχ., καταβάλλοντας έτσι στην αναιρεσείουσα το ανώτατο σχεδόν ποσό του πιστωτικού ορίου της σύμβασης πίστωσης. Οι προβαλλόμενες με τον πρώτο λόγο του αναιρετηρίου ελλείψεις, ότι δηλαδή δεν αναφέρονται στην απόφαση τυχόν καταβολές εκ μέρους της αναιρεσείουσας ούτε και προσδιορίζεται σαφώς πώς προκύπτει το προσωρινό κατάλοιπο του αλληλόχρεου λογαριασμού δύο έτη μετά την υπογραφή της σύμβασης και, συνακόλουθα, ότι η αναιρεσίβλητη κατέβαλε στην αναιρεσείουσα το ανώτατο σχεδόν ποσό του πιστωτικού ορίου της σύμβασης πίστωσης, δεν ανάγονται στον νομικό χαρακτηρισμό των πραγματικών περιστατικών που έγιναν δεκτά, αλλ' αναφέρονται αποκλειστικά στην εκτίμηση των αποδείξεων, η οποία όμως εκφεύγει από τον αναιρετικό έλεγχο, καθώς και στην αιτιολόγηση του εξαγόμενου από αυτές πορίσματος, το οποίο, όπως προκύπτει από την προσβαλλόμενη απόφαση, κατά τα αναφερόμενα και στο αναιρετήριο, εκτίθεται σαφώς, δεδομένου μάλιστα ότι η υπό κρίση διαφορά δεν απορρέει από αμφισβήτηση του ύψους του καταλοίπου του τηρηθέντος για τη λειτουργία της σύμβασης πιστώσεως αλληλόχρεου λογαριασμού. Ανεξαρτήτως αυτών, η παραδοχή ότι η αναιρεσίβλητη κατέβαλε στην αναιρεσείουσα «το ανώτατο σχεδόν ποσό του πιστωτικού ορίου» της σύμβασης πίστωσης ουδεμία ασάφεια προκαλεί, αφού αναφέρονται συγκεκριμένα ποσά, το ακριβές ύψος των οποίων προκύπτει με απλό αριθμητικό υπολογισμό. Εξάλλου, ούτε τις ουσιαστικού δικαίου διατάξεις του άρθρου 2 παρ. 6 και 7 του ν. 2251/1994 παραβίασε το Εφετείο με κακή εφαρμογή, αφού με βάση τα συγκροτούμενα το αποδεικτικό πόρισμα της αναιρεσιβαλλομένης πραγματικά περιστατικά, αυτές δεν ήταν εφαρμοστέες, ενόψει και της ιστορικής βάσης της αγωγής, κατά την οποία η ζημία της αναιρεσείουσας οφείλεται στην παράλειψη άμεσης εκταμίευσης ολόκληρου του πιστωτικού ορίου της σύμβασης και όχι στην άκαιρη καταγγελία της σύμβασης πίστωσης και το κλείσιμο του τηρουμένου για τη λειτουργία αυτής λογαριασμού. Επομένως, οι πρώτος (κατά το πρώτο σκέλος), δεύτερος (κατά το δεύτερο σκέλος), τέταρτος (κατά το δεύτερο σκέλος), πέμπτος (κατά το πρώτο σκέλος) και έκτος (κατά το τρίτο σκέλος) λόγοι του κυρίως δικογράφου, καθώς και οι τρίτος, πέμπτος και έκτος (κατά το δεύτερο σκέλος) λόγοι του δικογράφου των προσθέτων λόγων, με τους οποίους αποδίδονται οι από τους αριθμούς 1 και 19 του άρθρου 559 ΚΠολΔ πλημμέλειες, είναι αβάσιμοι...]

Άρειος Πάγος (Α' 1 Τμήμα) Αριθμ. 827/2020

Πρόεδρος: Αλτ. Κοκκοβού, Αντιπρόεδρος ΑΠ
Εισηγητής: Γ. Χριστοδούλου, Αρεοπαγίτης
Δικηγόροι: Αδ. Δήμου – Π. Βρεττός, Μ. Δημητρακόπουλος

Πώση κτίσματος ή άλλου έργου. Γνήσια αντικειμενική ευθύνη (ευθύνη από διακινδύνευση) του κυρίου ή του νομέα κτίσματος ή έργου λόγω πτώσης που οφείλεται σε ελαττωματική κατασκευή ή πλημμελή συντήρησή του. Η συνδρομή του ως άνω αιτιώδους συνδέσμου τεκμαίρεται μαχητώς. Ο κύριος ή ο νομέας ευθύνονται ακόμα και αν η ελαττωματική κατασκευή ή η πλημμελής συντήρηση του κτίσματος οφείλεται στον δικαιοπάροχό τους.

Διατάξεις: ΑΚ 925

[...Περαιτέρω, κατά τη διάταξη του άρθρου 925 ΑΚ, ο κύριος ή ο νομέας κτίσματος ή άλλου έργου που συνεχεται με το έδαφος ευθύνεται για τη ζημία που προξενήθηκε σε τρίτον εξαιτίας ολικής ή μερικής πτώσεως, εκτός αν αποδείξει ότι η πτώση δεν οφείλεται σε ελαττωματική κατασκευή ή σε πλημμελή συντήρησή του. Με τη διάταξη αυτή καθιερώνεται γνήσια αντικειμενική ευθύνη του κυρίου ή νομέα του κτίσματος ή άλλου έργου που συνεχεται με το έδαφος για τη ζημία που προκάλεσε σε τρίτομη πτώση του, απαλλάσσεται δε ο κύριος ή νομέας, αν αποδείξει ότι η πτώση δεν οφειλόταν σε ελαττωματική κατασκευή ή πλημμελή συντήρηση. Πρόκειται δηλαδή εδώ για τυπική περίπτωση ευθύνης από διακινδύνευση. Ο λόγος της ευθύνης αυτής είναι ότι έχοντας αυτός την εκμετάλλευση του κτίσματος, πρέπει να φέρει και τους κινδύνους από την πτώση του. Επομένως, αν αυτή οφείλεται σε ελαττωματική κατασκευή ή πλημμελή συντήρηση του κτίσματος, ο κύριος ή ο νομέας αυτού ευθύνεται ασχέτως αν τον βαρύνει οποιοδήποτε πταίσμα περί την ύπαρξη και διατήρηση των καταστάσεων αυτών του κτίσματος, ευθύνεται δηλαδή και αν δεν είχε ενεργήσει αυτός την ελαττωματική κατασκευή του κτίσματος αλλά άλλος, από τον οποίο αγόρασε το κτίσμα, ή αν η πλημμελής συντήρηση οφείλεται επίσης στον δικαιοπάροχό του (ΑΠ 1878/2013, ΑΠ 755/2009, ΑΠ 839/2000) [...]

Στην προκειμένη περίπτωση το Εφετείο με την προσβαλλόμενη απόφασή του ως προς το ζήτημα των συνθηκών του ενδίκου ατυχήματος δέχθηκε τα ακόλουθα: «Στις 16/5/2013, στην περιοχή «...» του ..., Δ. Δ. Φιλιατρών, που βρίσκεται στο δρόμο από ..., και περί ώρα 14.00 με 15.00 εκδηλώθηκε πυρκαγιά. Τη φωτιά αντιλήφθηκε, αρχικώς, η Ε. Φ. ... η οποία εκείνη την ώρα βρισκόταν στην οικία της, μαζί με τον, τότε ανάπηρο και ήδη θανόντα, σύζυγο της, Γ. Φ. Αμέσως μόλις είδε από το παράθυρο της κουζίνας της πυκνά σύννεφα καπνού να κατευθύνονται προς το αγροτεμάχιο, ιδιοκτησίας του συζύγου της, με τα εντός αυτού ελαιόδεντρα, το οποίο βρίσκεται σε μικρή απόσταση (περί τα διακόσια πενήντα μέτρα) από την οικία τους, έσπευσε προς το σημείο της φωτιάς, προκειμένου να διαπιστώσει τι συνέβαινε. Όταν έφθασε εκεί αντίκρισε την πυρκαγιά να βρίσκεται στο ανατολικό σύνορο της ιδιοκτησίας τους, με το αγρόκτημα ιδιοκτησίας Χ. Μ. Διαπιστώνοντας δε ότι εξαπλωνόταν με ταχύτητα και προς αποτροπή της εξαπλώσεως αυτής, όχι μόνο προς το ελαιοπερίβολό τους αλλά και προς την οικία τους, όπου βρισκόταν ο ανάπηρος σύζυγος της, έκοψε ένα κλαδί από τις ελιές και άρχισε να χτυπά τα φλεγόμενα χόρτα κατά μήκος του ορίου των δύο αγροτεμαχίων, προκειμένου να περιορίσει τη φωτιά, ώστε να μην επεκταθεί και εντός του δικού τους αγροτεμαχίου. Καθ' όλη τη διάρκεια της προσπάθειάς της αυτής η ατμόσφαιρα ήταν αποπνικτική από τους καπνούς και η ορατότητά της περιορισμένη. Το τελευταίο πράγμα που αντιλήφθη ήταν να τη διαπερνά και να την τινάζει ένα απίστευτα δυνατό ρεύμα και κατόπιν αυτού έχασε τις αισθήσεις της και έπεσε στο έδαφος, ενώ η φωτιά συνέχιζε να καίει. Την ίδια, περίπου, ώρα, ο Δ. Φ. ..., ανιψιός της Ε. Φ., ο οποίος εκτελούσε εργασίες εντός του αγροτεμαχίου του, που βρίσκεται στην ίδια περιοχή, αντιλήφθηκε κι εκείνος την ύπαρξη καπνού στο παρακείμενο, όμορο, αγροτεμάχιο ιδιοκτησίας Χ. Μ. και κατευθύνθηκε προς το σημείο της φωτιάς. Φθάνοντας εκεί, αντιλήφθηκε τη θεία του Ε. Φ., που ήταν πεσμένη στο έδαφος σε λιποθυμική κατάσταση και προσέτρεξε να την βοηθήσει. Εκτιμώντας ότι η θεία του είχε λιποθυμήσει από τις αναθυμιάσεις, προσπάθησε να την μετακινήσει, σπρώχνοντας την μέχρι το πλησιέστερο ελαιόδεντρο για να την τοποθετήσει με την πλάτη στο δέντρο και να την συνεφέρει. Στην προσπάθειά του αυτή αισθάνθηκε ένα έντονο σωματικό κλονισμό και έχασε κι αυτός τις αισθήσεις του. Συνήλθε μετά από απροσδιόριστο χρονικό διάστημα και κατάφερε να περπατήσει προς τον κεντρικό δρό-

μο, προκειμένου να αναζητήσει βοήθεια από διερχόμενους οδηγούς. Πράγματι, τον αντελήφθη ο, διερχόμενος από εκεί με το αυτοκίνητο του, Σ. Τ., ο οποίος και τον μετέφερε στο Κέντρο Υγείας Φιλιατρών. Σχεδόν ταυτόχρονα, στο σημείο της πυρκαγιάς έσπευσε με τη μοτοσυκλέτα του και ο Θ. Φ., αδελφός του Δ. Φ. και ανιψιός της Ε. Φ., ο οποίος είχε δει κι εκείνος τους καπνούς και πλησίασε να δει τι συμβαίνει. Κατευθυνόμενος στην, εν λόγω, περιοχή, δέχθηκε τηλεφώνημα από τον Χ. Α., κάτοικο της ίδιας περιοχής, ο οποίος του είπε να τρέξει γιατί «κινδυνεύουν δύο άνθρωποι». Φθάνοντας ο Θ. Φ. πλησίον της φωτιάς, άκουσε γυναικεία φωνή να καλεί σε βοήθεια και προσπάθησε να πλησιάσει με τη μηχανή του, πλην, όμως, μια δύναμη τον πέταξε λίγα μέτρα προς τα πίσω. Συνερχόμενος, αμέσως αντιλήφθηκε ότι η γυναίκα που καλούσε σε βοήθεια, ήταν η θεία του, Ε. Φ., την οποία, στη συνέχεια, με τη βοήθεια και του Η. Χ., κατάφερε να απομακρύνει από το σημείο της φωτιάς και την μετέφερε στο Νοσοκομείο Κυπαρισσίας. Κατά την εξέτασή τους από τους θεράποντες ιατρούς, οι παθόντες έμαθαν ότι είχαν υποστεί ηλεκτροπληξία. Η ηλεκτροπληξία, δε, που υπέστησαν οι Δ. και Ε. Φ. προκλήθηκε εκ του γεγονότος ότι προσέγγισαν ηλεκτροφόρο αγωγό, που είχε «κρεμάσει» και βρισκόταν λίγο πάνω από το έδαφος, από τον οποίο και ηλεκτροδοτήθηκαν, εξαιτίας του ηλεκτρικού τόξου (ηλεκτρικού πεδίου), που είχε δημιουργηθεί μεταξύ αυτών και του αγωγού. Ειδικότερα, αμέσως μετά το συμβάν διενεργήθηκε, κατόπιν σχετικής εισαγγελικής παραγγελίας, προκαταρκτική εξέταση από την Πυροσβεστική Υπηρεσία Γαργαλιάνων, για την διακρίβωση των αιτιών της πυρκαγιάς και των συνθηκών επέλευσης του ανωτέρω συμβάντος που είχε ως αποτέλεσμα την πρόκληση σοβαρών σωματικών βλαβών στους παθόντες. Όπως διαπιστώθηκε, η αρχή του κακού ήταν η χαλάρωση και το «κρέμασμα» ενός ηλεκτροφόρου αγωγού. Συγκεκριμένα, στην προαναφερθείσα περιοχή υπάρχουν ξύλινες κολώνες, οι οποίες στηρίζουν εναέριους ηλεκτροφόρους αγωγούς. Μια τέτοια ξύλινη κολώνα υπήρχε και πλησίον του αγροτεμαχίου ιδιοκτησίας Χ. Μ., από την οποία διέρχονταν τρεις εναέριοι ηλεκτροφόροι αγωγοί μέσης τάσης (20.000 βολτ), οι οποίοι στηρίζονταν, μέσω μονωτήρων, σε δύο οριζόντιες ξύλινες τραβέρσες, σχηματίζοντας με εκείνες ένα νοητό σχήμα «Τ» σε απόσταση περίπου επτά μέτρων από το έδαφος. Κάτω από τις τραβέρσες αυτές, υπήρχε ακόμα μια οριζόντια τραβέρσα, σε ύψος περίπου έξι μέτρων από το έδαφος, πάνω στην οποία στηρίζονταν, μέσω μονωτήρων, άλλοι εναέριοι ηλεκτροφόροι αγωγοί, επίσης μέσης τάσης (20.000 βολτ), οι οποίοι τροφοδοτούσαν μετασχηματιστή που ηλεκτροδοτούσε την γύρω περιοχή. Τμήμα (μήκους περί τα 25 εκατοστά) του άκρου της προαναφερόμενης (μονής) οριζόντιας τραβέρσας, η οποία, όπως προαναφέρθηκε, χρησιμοποιείτο για τη στήριξη των αγωγών προς το μετασχηματιστή, έσπασε και έτσι ο ηλεκτροφόρος αγωγός, που στηριζόταν στο ίδιο άκρο, σχημάτισε καμπύλη τροχιά («κοιλιά»), στο ενδιάμεσο διάστημα με την επόμενη κολώνα και «κρέμασε» σε πολύ μικρή απόσταση από το έδαφος, όχι μεγαλύτερη του ενός μέτρου. Κατά το «κρέμασμα» και την ταλάντωσή του ο αγωγός από τη σπασμένη τραβέρσα ήλθε σε επαφή με κλαδιά υποκείμενων ελαιοδέντρων και σχηματίστηκε ηλεκτρικό τόξο, με αποτέλεσμα να προκληθεί πυρκαγιά. [...] Περαιτέρω αποδείχθηκε ότι η θραύση της ξύλινης τραβέρσας, που είχε ως επακόλουθο τη δημιουργία καμπύλης του αγωγού, οφείλεται αφενός μεν στην παλαιότητα και τη φθορά αυτής, αφετέρου δε στην, κατά την ημερομηνία του ατυχήματος, έλλειψη δεύτερης τραβέρσας, η ύπαρξη της οποίας είναι αναγκαία προκειμένου να κρατάει «κόντρα» και να ενισχύει την άλλη τραβέρσα στις δυνάμεις που ασκούν πάνω της οι οριζόντιοι αγωγοί (που συνδέονται μέσω μονωτήρων στις τραβέρσες), λόγω του βάρους τους και του τεντώματός τους, ειδικά όταν υπάρχει άνεμος. Σημειώνεται, επίσης, ότι ... πριν το ατύχημα και πάντως έως τις 10/12/2012 υπήρχε στην κολώνα και δεύτερη τραβέρσα ..., ενώ τέτοια ε-

πανατοποθέτησε η πρώτη εναγομένη αμέσως μετά το ατύχημα. Η κρίση του Δικαστηρίου για τις συνθήκες υπό τις οποίες προκλήθηκε το επίδικο συμβάν, που είχε ως αποτέλεσμα την ηλεκτροπληξία των Δ. και Ε. Φ., στηρίζεται στο σύνολο του αποδεικτικού υλικού και ιδίως ... Από όλα όσα αναφέρθηκαν ανωτέρω, συνάγεται το συμπέρασμα ότι, η πρώτη εναγομένη (... ΑΕ), η οποία εκμεταλλεύεται τον ξύλινο στύλο απ' όπου διέρχονταν το ηλεκτροφόρο καλώδιο που «κρέμασε» σε καμπύλη τροχιά, λόγω της θραύσης της μονής ξύλινης τραβέρσας που το στήριζε, ευθύνεται, κατ' αρχήν αντικειμενικώς, για τη ζημία που προκλήθηκε, καθώς η –έστω– μερική πτώση της τραβέρσας που στηρίζεται σε στύλο που είναι στερεωμένος σε έδαφος και η συνακόλουθη δημιουργία καμπύλης του ηλεκτροφόρου αγωγού, συνιστά «πτώση άλλου έργου» κατά την έννοια της διάταξης του άρθρου 925 ΑΚ, που τεκμαίρεται –και εν προκειμένω αποδείχθηκε– ότι προκλήθηκε, πρωτίστως, από τη φθορά, παλαιότητα και πλημμελή συντήρηση του στύλου και ειδικότερα της τραβέρσας που έσπασε. Η αντικειμενική δε ευθύνη της πρώτης εναγομένης ενισχύεται και από το γεγονός ότι από την επίδικη εγκατάσταση (στύλος-τραβέρσα-αγωγός) εκπορεύεται ένας ιδιαίτερος κίνδυνος που, αφενός δεν μπορεί να ελεγχθεί με την καταβολή της απαιτούμενης στις συναλλαγές επιμέλειας και αφετέρου απειλεί τη σωματική βλάβη και την περιουσία των ατόμων που είναι υποχρεωμένα να εκτίθενται σ' αυτόν. Τούτο σημαίνει ότι η πρώτη εναγομένη ως κάτοχος και εξουσιαστής μιας τέτοιας πηγής ιδιαίτερων κινδύνων ευθύνεται έναντι τρίτων για τις ζημιές που προκαλούνται από τη λειτουργία της, αφού, άλλωστε, αυτή αντλεί οφέλη από την επίδικη εγκατάσταση, ανεξάρτητα από το αν η πρόκληση της ζημίας οφείλεται ή όχι σε υπαιτιότητα κάποιου υπαλλήλου ή οργάνου της. Εξάλλου, ανεξαρτήτως της αντικειμενικής της ευθύνης από την διάταξη του άρθρου 925 ΑΚ, η πρώτη εναγομένη ευθύνεται για τη θραύση της μονής τραβέρσας και την πτώση του ηλεκτροφόρου αγωγού (συνακόλουθα δε και για την ηλεκτροπληξία που υπέστησαν οι Δ. και Ε. Φ. και τις περαιτέρω συνέπειες αυτής, όπως θα αναφερθούν αναλυτικά κατωτέρω) και με βάση τις γενικές περί αδικοπραξιών διατάξεις (ΑΚ 922, 914), ως προσήσασα τα άτομα εκείνα που είχαν αναλάβει την επίβλεψη και συντήρηση των αγωγών. Ειδικότερα, οι προστηθέντες της πρώτης εναγομένης από αμέλειά τους, ήτοι από έλλειψη της προσοχής και επιμέλειας που μπορούσαν και οφείλαν κατά τις περιστάσεις να καταβάλουν, (α) δεν μερίμνησαν για την αντικατάσταση της πιο πάνω παλαιάς και φθαρμένης τραβέρσας, (β) δεν μερίμνησαν για την έγκαιρη επανατοποθέτηση της δεύτερης τραβέρσας που θα παρείχε στήριξη στην πρώτη και (γ), μολονότι υπήρξε διαρροή ρεύματος στην περιοχή της πτώσης του αγωγού, αφενός μεν παρέλειψαν να δώσουν εντολή για την άμεση διακοπή του ηλεκτρικού ρεύματος στον πεσμένο αγωγό, αφετέρου δε παρέλειψαν να εγκαταστήσουν σύστημα ασφαλείας που θα διέκοπτε αυτομάτως τη ροή του ρεύματος και θα απαγόρευε την επάνοδο αυτής πριν τη διαπίστωση του λόγου διαρροής και της αποκατάστασης της βλάβης ... Η πρώτη εναγομένη αρνείται την υπαιτιότητά της, καθώς και την ύπαρξη αιτιώδους συνδέσμου μεταξύ του ζημιογόνου γεγονότος και του επιζήμιου αποτελέσματος (ηλεκτροπληξία των παθόντων), ισχυριζόμενη αφενός μεν ότι υπήρχε και δεύτερη τραβέρσα, αφ' ετέρου δε ότι η πτώση της τραβέρσας δεν οφείλεται σε ελαττωματική κατασκευή ή πλημμελή συντήρηση του έργου, αλλά σε γεγονότα για τα οποία δεν υπέχει ευθύνη (πτώση κεραυνού, καύτρες φωτιάς). Ωστόσο, οι ισχυρισμοί της αυτοί δεν αποδείχθηκαν. [...] Ακόμη, όμως, κι αν ήθελε υποτεθεί ότι υπήρχε και την ημέρα του ατυχήματος δεύτερη τραβέρσα, ο ισχυρισμός αυτός προβάλλεται αλυσιτελώς εκ μέρους της πρώτης εναγομένης, αφού η ύπαρξη της δεύτερης τραβέρσας δεν θα αναιρούσε την ευθύνη της για την πτώση, τελικά, του ηλεκτροφόρου αγωγού, η οποία (πτώση) τεκμαίρεται κατ' άρθρο 925 ΑΚ ότι οφείλεται στην πλημμελή συ-

ντήρηση των τραβερσών, ενώ δεν προέκυψε ανταποδεικτικός ότι οφείλεται σε ανωτέρα βία ή ενέργεια τρίτου. Σε κάθε περίπτωση, η ... ΑΕ όφειλε και μπορούσε, δια των προστηθέντων της, να έχει λάβει όλα τα απαραίτητα μέτρα ώστε να στερεωθεί επαρκώς ο αγωγός πάνω στην ξύλινη κολώνα και έτσι να αποτραπεί η πτώση του και επομένως –και υπό την εκδοχή ότι υπήρχαν κατά την ημέρα του ατυχήματος δύο τραβέρσες– διατηρείται λόγω της, από αμέλεια της, παράλειψης λήψης των ανωτέρω μέτρων, η ευθύνη της κατά τα άρθρα 914 και 922 ΑΚ. Όσον αφορά τον ισχυρισμό της πρώτης εναγομένης περί θραύσης της τραβέρσας από πτώση κεραυνού ή από καύτρες φωτιάς, από κανένα στοιχείο της δικογραφίας δεν αποδείχθηκε κάτι τέτοιο. Ειδικότερα, από ουδέν αποδεικτικό μέσο προέκυψε ότι υπήρξε πτώση κεραυνού στην κολώνα την ημέρα του ατυχήματος, αφού δεν υπήρξαν αντίστοιχα καιρικά φαινόμενα, όχι μόνο την ημέρα εκείνη (βλ. το από 21/6/2013 πιστοποιητικό της Ε.Μ.Υ.), αλλά ούτε και τις προηγούμενες ημέρες. Ούτε, όμως, αποδείχθηκε ότι η θραύση της τραβέρσας οφείλεται σε καύτρες φωτιάς που επικάθισαν σ' αυτήν και άρχισαν να τη «σιγοκαίουν», όπως υποστηρίζει η πρώτη εναγομένη, αφού από ουδέν αποδεικτικό στοιχείο της δικογραφίας προέκυψε ότι είχε υπάρξει την ίδια ημέρα (πριν το επίδικο ατύχημα) φωτιά πλησίον της κολώνας, αλλά ούτε και τις προηγούμενες ημέρες, δεδομένου, άλλωστε, ότι σε μια τέτοια περίπτωση θα είχαν δημιουργηθεί στην κολώνα ίχνη από τη φερόμενη φωτιά, πλην όμως, τέτοια ίχνη δεν διαπιστώθηκαν. Εξάλλου και με βάση τα διδάγματα της κοινής πείρας δεν μπορεί να γίνει αποδεκτό ότι είναι δυνατόν να «σιγοκαίει» φωτιά στις τραβέρσες και ακολούθως, μετά από μία ή περισσότερες ημέρες, να κάψει τις τραβέρσες, χωρίς, στο μεταξύ, η φωτιά αυτή να έχει γίνει αντιληπτή, είτε από την οσμή, είτε με την εκδήλωση καπνού κ.λπ. ... Σημειώνεται, επίσης, ότι η φωτιά που, κατά τους ισχυρισμούς της ενάγουσας Ε. Φ., εκδηλώθηκε στις 10:00 το πρωί της ίδιας ημέρας, δεν έχει σχέση με την επίδικη πυρκαγιά, όπως απρόσφορα επιχειρεί να συσχετίσει η πρώτη εναγομένη, αφού η πρωινή αυτή φωτιά ήταν μικρής έκτασης και εκδηλώθηκε κατά μήκος της εθνικής περιφερειακής οδού ..., ήτοι σε σημείο διαμετρικά αντίθετο από τον τόπο του επίδικου συμβάντος ... Περαιτέρω, η πρώτη εναγομένη προβάλλει και ισχυρισμό περί συνυπαίτιότητας (άρθρο 300 ΑΚ) των παθόντων, Δ. και Ε. Φ., για την ηλεκτροπληξία που υπέστησαν. Την συνυπαίτιότητα αυτή θεμελιώνει: α) στο γεγονός ότι δεν ειδοποίησαν την Πυροσβεστική Υπηρεσία αλλά πλησίασαν στην περιοχή που είχε εκδηλωθεί ο καπνός για να διαπιστώσουν τι συμβαίνει, και β) στο γεγονός ότι οι παθόντες υπέστησαν την ηλεκτροπληξία όχι από το ηλεκτρικό τόξο που, όπως ισχυρίζονται, είχε δημιουργηθεί, αλλά επειδή ακούμπησαν τον ηλεκτροφόρο αγωγό, που είχε πλησιάσει στο έδαφος. Όσον αφορά το πρώτο σκέλος του ισχυρισμού της πρώτης εναγομένης, η μη ειδοποίηση από τους παθόντες της Πυροσβεστικής Υπηρεσίας και η προσπάθεια της Ε. Φ. να την περιορίσει, με ίδιες δυνάμεις καθώς και η απόφαση του Δ. Φ. να προστρέξει σε βοήθεια της θείας του δεν μπορεί να θεμελιώσει αμελή συμπεριφορά τους και συνακόλουθα συνυπαίτιότητά τους στο ατύχημα που συνέβη. Τούτο διότι, με τον ίδιο τρόπο θα ενεργούσε κάθε μέσος συνετός άνθρωπος που θα βρισκόταν κάτω από τις ίδιες συνθήκες, δεδομένου ότι, αν γίνει αντιληπτή η φωτιά στην έναρξή της και είναι μικρής έκτασης, μπορεί να αντιμετωπισθεί από τους περίοικους ώστε να περιορισθεί, τουλάχιστον, η έκτασή της. Έτσι και η Ε. Φ. εύλογα θεώρησε ότι, εφόσον η φωτιά δεν είχε ακόμα λάβει μεγάλη έκταση θα μπορούσε να την περιορίσει, με τη συνδρομή μάλιστα και άλλων κατοίκων της περιοχής (που προφανώς θα αντιλαμβάνονταν και εκείνοι την πυρκαγιά και θα προσέτρεχαν), προκειμένου να μην απειληθεί το αγροτεμάχιο της και συνακόλουθα η οικία της. Όσον αφορά δε τον Δ. Φ. έπραξε, ότι ακριβώς θα έπραττε κάθε πολίτης που θα έβλεπε ένα συνάνθρωπό του (και μάλιστα συγγενή του) να κινδυνεύει. Έτσι, προσέτρεξε σε βοή-

θεια της θείας του και προσπάθησε να την συνεφέρει και να την μετακινήσει, πιστεύοντας, εύλογα, ότι είχε λιποθυμήσει από τις αναθυμιάσεις. Όσον αφορά, εξάλλου, το δεύτερο σκέλος του ισχυρισμού της πρώτης εναγομένης δεν αποδείχθηκε ότι η ηλεκτροπληξία που υπέστησαν οι παθόντες οφείλεται στο ότι ακούμπησαν τον ηλεκτροφόρο αγωγό ... Εξάλλου, ακόμα κι αν οι παθόντες ακούμπησαν τον αγωγό και πάλι δεν μπορεί να τους αποδοθεί οποιασδήποτε μορφής υπαιτιότητα (αποκλειστική ή έστω συντρέχουσα). Και τούτο διότι, αφενός μεν εξαιτίας, κυρίως, των πυκνών καπνών, αλλά και του χρώματος (αλουμινίου) που είχε ο αγωγός, ήταν αδύνατον να τον αντιληφθούν και να τον εντοπίσουν ανάμεσα στα κλαδιά των δέντρων, αφετέρου δε, με κριτήριο την επιμέλεια του μέσου συνετού ανθρώπου, δεν μπορούσαν ούτε όφειλαν να προβλέψουν την προηγούμενη πτώση του ηλεκτροφόρου αγωγού και τον κίνδυνο ηλεκτροπληξίας που συνεπαγόταν το άγγιγμα του καλωδίου ... [...] Επομένως ... αποκλειστικώς υπαίτια για τη ζημία που προκλήθηκε στους ενάγοντες είναι η πρώτη εναγομένη. Με βάση τις παραδοχές αυτές το Εφετείο με την προσβαλλόμενη απόφασή του, αφού απέρριψε τις ενστάσεις της ήδη αναιρεσείουσας περί συνυπαίτιότητας των ήδη αναιρεσιβλήτων και περί ύπαρξης ανωτέρας βίας, δεχόμενο την ύπαρξη αποκλειστικής υπαιτιότητας της πρώτης απέρριψε ως αβάσιμο τον σχετικό πρώτο λόγο αμφοτέρων των εφέσεων αυτής. Έτσι που έκρινε και με αυτά που δέχθηκε το Εφετείο με την προσβαλλόμενη απόφαση δεν παραβίασε, ευθέως, είτε με εσφαλμένη ερμηνεία ή εφαρμογή είτε με εσφαλμένη υπαγωγή είτε με παραβίαση των διδαγμάτων της κοινής πείρας, κατά την υπαγωγή των προαναφερόμενων πραγματικών περιστατικών στις νομικές διατάξεις των άρθρων 330, 334, 914, 922, 925, 926 ΑΚ και μάλιστα κατά την εξειδίκευση των αόριστων νομικών εννοιών της υπαιτιότητας (αμέλειας), αιτώδους συνάφειας και ανώτερης βίας για το επίδικο ατύχημα. Τούτο δε διότι οι προαναφερόμενες ουσιαστικές παραδοχές του πληρούσαν το πραγματικό τους και δικαιολογούσαν την εφαρμογή τους, ενώ δεν συνέτρεχαν οι προϋποθέσεις για την εφαρμογή των διατάξεων των άρθρων 4 και 5 του ν. 1936/1983 «περί μέτρων ασφαλείας σε οικοδομές και ιδιωτικά τεχνικά έργα» και του ν. 551/1915 «περί εργατικών ατυχημάτων». Ειδικότερα, στην προσβαλλόμενη απόφαση κατά τις ως άνω παραδοχές αυτής αναφέρεται ότι συντρέχουν όλες οι προϋποθέσεις για τη θεμελίωση της αδικοπρακτικής ευθύνης της αναιρεσείουσας, τόσο κατά τη διάταξη του άρθρου 925 ΑΚ (αντικειμενική ευθύνη) με βάση την αναφερόμενη πτώση του ξύλινου στύλου που εκμεταλλεύεται αυτή και συνιστά «πτώση άλλου έργου», όσο και με βάση τις γενικές περί αδικοπραξιών διατάξεις (922, 914 ΑΚ), ως προστήσασα τα άτομα εκείνα που είχαν αναλάβει την επίβλεψη και συντήρηση των ηλεκτροφόρων αγωγών. Εξάλλου, το Εφετείο ούτε και εκ πλαγίου παραβίασε τις ως άνω ουσιαστικού δικαίου διατάξεις, ούτε στέρησε την απόφασή του νόμιμη βάση, καθόσον περιέλαβε σ' αυτήν σαφείς, επαρκείς και χωρίς αντιφάσεις αιτιολογίες, που καθιστούν εφικτό τον αναιρετικό έλεγχο ως προς την εφαρμογή των ανωτέρω διατάξεων. Ειδικότερα, στην προσβαλλόμενη απόφαση με πληρότητα και σαφήνεια εκτίθενται όλα τα πραγματικά περιστατικά που είναι αναγκαία στη συγκεκριμένη περίπτωση για την κρίση του δικαστηρίου περί της συνδρομής των ως άνω νόμιμων όρων και προϋποθέσεων των διατάξεων που εφαρμόστηκαν, ενώ δεν υφίστανται ελλείψεις και ανεπάρκεια στις αιτιολογίες αυτής σχετικά με το χαρακτηρισμό των ως άνω περιστατικών που έγιναν δεκτά και έχουν ουσιώδη επιρροή στην έκβαση της δίκης. Επίσης, δεν ήταν αναγκαία η παράθεση επιπλέον αιτιολογιών, διότι οι πιο πάνω παραδοχές της προσβαλλόμενης απόφασης στηρίζουν πλήρως την κρίση του Εφετείου για την αποκλειστική υπαιτιότητα της αναιρεσείουσας στην πρόκληση του ενδίκου ατυχήματος. Επομένως, είναι αβάσιμος ο από τους αριθ. 1 και 19 του άρθρου

559 ΚΠολΔ πρώτος λόγος της αίτησης αναίρεσης, με τον οποίο η αναίρεσέιουσα προβάλλει σχετικές αιτιάσεις...]

Άρειος Πάγος (Α' 1 Τμήμα) **Αριθμ. 791/2020**

Πρόεδρος: **Αλτ. Κοκκοβού**, Αντιπρόεδρος ΑΠ
Εισηγητής: **Χρ. Τζανεττίκος**, Αρεοπαγίτης
Δικηγόροι: **Σπ. Πουλής** – **Κ. Παπακωνσταντίνου**

Σύμβαση έργου. Δικαίωμα υπαναχώρησης του εργοδότη σε περίπτωση υπερημερίας του εργολάβου. Ο εργοδότης δεν έχει δικαίωμα υπαναχώρησης αν η επιβράδυνση της εκτέλεσης του έργου οφείλεται σε υπαιτιότητά του. Ο σχετικός ισχυρισμός του εργολάβου συνιστά ένσταση που καταλύει το δικαίωμα υπαναχώρησης. Τα παραπάνω ισχύουν και επί μερικής υπερημερίας με ανάλογη εφαρμογή των ΑΚ 383 και 385. Συνέπειες της υπαναχώρησης.

Διατάξεις: ΑΚ 383-385, 686 εδ. β'

[...Τέλος, κατά τη διάταξη του εδ. β' του άρθρ. 686 του ΑΚ σε περίπτωση υπερημερίας του εργολάβου, ο εργοδότης μπορεί να υπαναχωρήσει από τη σύμβαση κατά τους όρους των άρθρων 383-385 του ΑΚ, δηλαδή αφού τάξει στον εργολάβο εύλογη προθεσμία εκπλήρωσης, συνοδευόμενη και από τη σαφή δήλωση ότι μετά την πάροδο της προθεσμίας αποκρούει την παροχή, και παρέλθει πράγματι άπρακτη η παροχή, εκτός αν από την όλη στάση του υπερήμερου οφειλέτη προκύπτει χωρίς αμφιβολία ότι το μέτρο να ταχθεί σε αυτόν προθεσμία θα ήταν άσκοπο. Η υπαναχώρηση επιφέρει την απόσβεση των υποχρεώσεων για παροχή που πηγάζουν από τη σύμβαση και οι συμβαλλόμενοι έχουν την υποχρέωση να αποδώσουν τις παροχές που έλαβαν κατά τις διατάξεις του αδικαιολόγητου πλουτισμού (Ολ. ΑΠ 568/1975). Ωστόσο, οι συνέπειες της παραπάνω διατάξεως δεν επέρχονται και ο εργοδότης δεν δικαιούται να υπαναχωρήσει από τη σύμβαση, στην περίπτωση κατά την οποία η επιβράδυνση της εκτέλεσης του έργου οφείλεται σε αποκλειστική υπαιτιότητα του εργοδότη, και συγκεκριμένα σε δόλο ή βαριά αμέλεια του, ο δε συναφής ισχυρισμός του εργολάβου, ενόψει της ενδοσυμβατικής ευθύνης του και της τεκμαιρόμενης υπαιτιότητάς του, συνιστά ένσταση που καταλύει το δικαίωμα του εργοδότη να υπαναχωρήσει, κατά τα ανωτέρω, από τη σύμβαση έργου (ΑΠ 533/2009, ΑΠ 1460/2005). Ό,τι ισχύει στην ολική ισχύει και στη μερική υπερημερία του εργολάβου, ύστερα από ανάλογη εφαρμογή των άρθρων 383 και 385 ΑΚ (ΑΠ 1551/2009).

Στην προκειμένη περίπτωση, το Εφετείο, όπως προκύπτει από την επισκόπηση της προσβαλλόμενης απόφασης (άρθρο 561 παρ. 2 ΚΠολΔ), κατ' ακριβή αντιγραφή αυτής, δέχθηκε τα εξής: «... Από την επανεκτίμηση της καταθέσεως του μάρτυρα, που εξετάστηκε ενόρκως με επιμέλεια της εναγόμενης-ενάγουσας και ήδη εφεσίβλητης, και της ανωμοτί εξέτασης του νομίμου εκπροσώπου της ενάγουσας-εναγόμενης και ήδη εκκαλούσας, που περιέχονται στα ταυτάριθμα με την εκκαλούμενη πρακτικά συνεδριάσεως του πρωτοβάθμιου δικαστηρίου, την με αριθμό .../2016 ένορκη βεβαίωση του Ι. Κ. ενώπιον του Ειρηνοδίκη Πειραιά, η οποία ελήφθη μετά από νομότυπη κλήτευση της εναγόμενης-ενάγουσας ..., η οποία παραδεκτως λαμβάνεται υπόψη από το Δικαστήριο τούτο ως νέο αποδεικτικό μέσο, κατ' άρθρον 529 παρ. 1 εδ. α' του ΚΠολΔ ... και όλα τα με επίκληση προσκομιζόμενα από τους διαδίκους έγγραφα, μεταξύ των οποίων και οι φωτογραφίες, των οποίων η γνησιότητα δεν αμφισβητείται, λαμβανομένων υπόψη αυτεπαγγέλτως και των διδαγμάτων της κοινής πείρας (άρθρ. 336 ΚΠολΔ) αποδείχτηκαν τα ακόλουθα πραγματικά περιστατικά: Τον Μάιο

του έτους 2012 η εφεσίβλητη κατήρτισε με την εκκαλούσα, κατασκευάστρια εταιρία οικοδομών, προφορική σύμβαση έργου, με την οποία η τελευταία ανέλαβε να κατασκευάσει σε οικόπεδο ιδιοκτησίας της πρώτης, στη θέση ... και στη διασταύρωση των οδών ..., μια διώροφη οικία, σύμφωνα με την υπ' αριθ. ... 2012 οικοδομική άδεια της Υπηρεσίας Δόμησης του Δήμου Σαλαμίνας. Ειδικότερα, η εν λόγω διώροφη οικία θα αποτελείτο από υπόγειο επιφάνειας 106,10 τ.μ., ισόγειο επιφάνειας 59,74 τ.μ., πρώτο πάνω από το ισόγειο όροφο επιφάνειας 59,74 τ.μ., ημιυπαίθριους χώρους στο ισόγειο επιφάνειας 17,78 τ.μ., εξώστες στον πρώτο όροφο επιφάνειας 5,83 τ.μ., δώμα επιφάνειας 9,40 τ.μ. και πέργολα στον πρώτο όροφο από υποστυλώματα και δοκούς από οπλισμένο σκυρόδεμα επιφάνειας 17,78 τ.μ. Αρχικά η αμοιβή της εκκαλούσας ορίστηκε στο ποσό των 128.000 ευρώ, σύμφωνα και με την από 30-6-2012 προσφορά της, την οποία είχε αποδεχθεί η εφεσίβλητη, στη συνέχεια δε και κατά τη διάρκεια των οικοδομικών εργασιών τα μέρη αποτύπωσαν και εγγράφως τη συμφωνία τους στο από 1-10-2012 ιδιωτικό συμφωνητικό, με το οποίο τελικώς συμφώνησαν την αμοιβή αυτής στο συνολικό ποσό των 185.000 ευρώ. Ειδικότερα, σύμφωνα με το τελευταίο το ως άνω ποσό περιελάμβανε το κόστος της αγοράς των οικοδομικών υλικών, την αμοιβή της κατασκευής και το εργολαβικό κέρδος, πληρωμή ΙΚΑ, ΦΠΑ και ΕΚΚΟ και οιαδήποτε άλλη επιβάρυνση απαιτείτο για την άρτια και πλήρη ολοκλήρωση του έργου και την παράδοση του στην εργοδότρια με το «κλειδί στο χέρι». Περαιτέρω δε, σε αυτό αναφέρονται ρητώς τα κάτωθι: α) ότι το έργο συμφωνήθηκε να καταρτισθεί σε τρεις φάσεις, εκ των οποίων η πρώτη φάση περιελάμβανε «διαμόρφωση, μάντρα, κτισίματα, ηλεκτρολογικά και υδραυλικά», η δεύτερη φάση «επιχρίσματα, τζάκι, ελαιοχρωματισμούς, μάρμαρα, πλακάκια, κάγκελα» και η τρίτη φάση «αλουμίνια, γκαραζόπορτες, πόρτα ασφαλείας, είδη υγιεινής, μαραγκό, εξοπλισμό, θέρμανση, ηλιακό θερμοσίφωνα, δάπεδο υπογείου και ελαιοχρωματισμούς», β) ότι ήδη κατά την υπογραφή του η εργοδότρια είχε καταβάλει όλη την εργολαβική αμοιβή, πλην του ΦΠΑ και του ΕΚΚΟ για την ολοκλήρωση της πρώτης φάσης, οι εργασίες της οποίας είχαν ολοκληρωθεί μερικώς, καθώς υπολειπόταν η ολοκλήρωση των ηλεκτρολογικών και υδραυλικών εγκαταστάσεων, και γ) ότι διαπιστώθηκαν κακοτεχνίες αναφορικά με την κατασκευή της εσωτερικής κλίμακας, που ανέλαβε να αποκαταστήσει η εργολάβος εταιρία με δικές της δαπάνες, ενώ δεν είχε κατασκευασθεί το παράθυρο στην ανατολική πλευρά του κλιμακοστασίου του πρώτου ορόφου. Επιπλέον σε αυτό ορίζονται και οι επιμέρους εργασίες της δεύτερης και τρίτης φάσης του έργου και οι αμοιβές για κάθε μία εξ αυτών ως εξής: [...], η δαπάνη δε κάθε εργασίας ορίστηκε προκαταβλητέα, πλην τον αναλογούντος ΦΠΑ και ΕΚΚΟ, που θα καταβαλλόταν μετά το πέρας της εκτέλεσης και κατόπιν σχετικού ελέγχου της εργοδότριας για την καλή εκτέλεση του έργου. Τέλος, συμφωνήθηκε ρητά με τον υπό στοιχείο Δ όρο ότι με την ολοκλήρωση του έργου ποσό 20.000 ευρώ θα παραμείνει στα χέρια της εργοδότριας ως εγγύηση, προκειμένου να χρησιμοποιηθεί για την τακτοποίηση των εκκρεμοτήτων για το κλείσιμο του φακέλου της οικοδομής με ευθύνη του εργολάβου, ο οποίος αναλαμβάνει την υποχρέωση να προσφέρει προς τούτο ένα εύλογο χρονικό περιθώριο στην εργοδότρια. Συγκεκριμένος χρόνος παράδοσης του έργου καταρχήν δεν ορίστηκε με το ως άνω συμφωνητικό, αν και τον Μάιο του έτους 2012 με την έναρξη των οικοδομικών εργασιών ο νόμιμος εκπρόσωπος της εκκαλούσας, Λ. Κ., είχε εκτιμήσει γενικώς το χρόνο ολοκλήρωσης τους σε έξι περίπου μήνες ... Εν τούτοις τον Φεβρουάριο η εκκαλούσα ζήτησε από την εφεσίβλητη να αποπληρώσει το εργολαβικό αντάλλαγμα παρά το γεγονός ότι συνέχιζαν να υπολείπονται εργασίες και από τις τρεις φάσεις του έργου (κατά τα κατωτέρω ειδικότερα αναφερόμενα), προκειμένου να προχωρήσουν παράλληλα οι εργασίες από τα διάφορα συνεργεία και να επιταχυνθεί η εκτέλεσή του, με την πα-

ράλληλη δέσμευση αυτής (εκκαλούσας) να της παραδώσει το έργο στις 31-3-2013 ... Κατόπιν τούτου, η εφεσίβλητη, που μέχρι τότε είχε καταβάλει τμηματικά στην εκκαλούσα το ποσό των 147.000 ευρώ, κατέβαλε έως τις 8-2-2013 και το ποσό των 18.000 ευρώ, δηλαδή αυτή κατέβαλε συνολικά για εργολαβική αμοιβή το ποσό των 165.000 ευρώ, όπως συνομολογείται εξάλλου και από την εκκαλούσα. Επομένως, δεν έσφαλε η εκκαλούμενη που ομοίως έκρινε ότι είχε συμφωνηθεί η ως άνω ημερομηνία παράδοσης του έργου και για τον λόγο αυτό ο πρώτος λόγος της έφεσης, με τον οποίο η εκκαλούσα υποστηρίζει ότι δεν είχε συμφωνηθεί συγκεκριμένος χρόνος αποπεράτωσης του έργου, είναι αβάσιμος και απορριπτέος. Περαιτέρω αποδείχθηκε ότι στις 24-3-2013 ο ως άνω νόμιμος εκπρόσωπος της εκκαλούσας, επικαλούμενος έλλειψη οικονομικής ρευστότητας της εταιρίας ζήτησε από την εφεσίβλητη να καταβάλει και το ποσό των 12.000 ευρώ από τη συμφωνηθείσα εργολαβική αμοιβή, ενώ μετέθεσε μονομερώς την ημερομηνία παράδοσης τον έργο στις 30-4-2013. Η τελευταία επικαλούμενη τον σχετικό όρο της μεταξύ τους έγγραφης συμφωνίας αρνήθηκε την καταβολή του αιτούμενου ποσού και ακολούθως η εκκαλούσα εγκατέλειψε ημιτελές το έργο, ενώ στις 30-4-2013 ο νόμιμος εκπρόσωπός της σε νεότερη προσωπική συνάντηση που είχε με το σύζυγο της εφεσίβλητης, Χ. Κ., δήλωσε, παρουσία και του επιβλέποντος μηχανικού της οικοδομής, Ι. Κ., ότι δεν θα συνέχιζε το έργο. Για τα ανωτέρω κατέθεσε μετά λόγου γνώσεως ο τελευταίος (Χ. Κ.), ο οποίος περαιτέρω αρνήθηκε κατηγορηματικά ότι το αιτηθέν από την εκκαλούσα ποσό των 12.000 ευρώ αφορούσε σε πρόσθετη αμοιβή της για επιπλέον εργασίες που εκτέλεσε κατ' απαίτηση της εφεσίβλητης, όπως η ίδια ισχυρίζεται, η οποία άλλωστε ουδέποτε μέχρι τότε είχε θέσει ζήτημα τέτοιας οικονομικής μεταξύ τους εκκρεμότητας. Περαιτέρω αποδείχθηκε ότι ενόψει της ανωτέρω συμπεριφοράς της εκκαλούσας η εφεσίβλητη με την από 7-5-2013 εξώδικη πρόσκλησή της, που της κοινοποίησε νόμιμα στις 9-5-2013, την κάλεσε να της παραδώσει το έργο αποπερατωμένο έως 15-5-2013, σε διαφορετική περίπτωση θα απέκρουε την εκ μέρους της συνέχιση των εργασιών στο ακίνητό της και θα προέβαινε σε αυτές με άλλο εργολάβο, ενώ θα αναζητούσε ακολούθως τις όποιες δαπάνες της από την ίδια. Η τελευταία, ωστόσο, άφησε να παρέλθει άπρακτη η τεθείσα προς τούτο προθεσμία δίχως να κάνει οιαδήποτε προσπάθεια επανέναρξης των οικοδομικών εργασιών, ακολούθως δε η εφεσίβλητη με την ως άνω αγωγή της δήλωσε ότι υπαναχωρεί από τη σύμβαση έργου λόγω υπερμερείας αυτής (εργολάβου). Εξάλλου, δεν αποδείχθηκε ότι στην εκκαλούσα οφείλεται επιπλέον αμοιβή για πρόσθετες εργασίες που εκτέλεσε, κατ' απαίτηση της εφεσίβλητης στην ως άνω οικοδομή της. Ειδικότερα αυτή ισχυρίζεται ότι τον Δεκέμβριο του έτους 2012 μετά από απαίτηση της εφεσίβλητης πραγματοποίησε επιπλέον [...]. Προς απόδειξη δε των ισχυρισμών της, πέραν των όσων κατέθεσε ανωμοτί εξεταζόμενος ο νόμιμος εκπρόσωπός της, προσκομίζει σχετικά το από 10-5-2013 έγγραφο κοστολόγησης του επιβλέποντος μηχανικού Ι. Κ., όπου οι εν λόγω κοστολογούμενες εργασίες αναφέρονται ως «οι κατά τη δική σας εκτίμηση επιπλέον ποσοτικά εργασίες που έγιναν από την εταιρία σας», ενώ στην με αριθμό .../2016 ένορκη βεβαίωσή του ο ίδιος επιβλέπων μηχανικός αναφέρει ότι οι εργασίες αυτές έχουν πράγματι εκτελεσθεί από την εργοληπρία και δεν συμπεριλαμβάνονται στην από 30-6-2012 προσφορά της. Σύμφωνα, όμως, με τα προεκτεθέντα, στο από 1-10-2012 συμφωνητικό των διαδίκων αναφέρεται με σαφήνεια ότι η πρώτη φάση εργασιών, στην οποία περιλαμβάνονται και οι μάντρες, είχε ήδη ολοκληρωθεί πλην των ηλεκτρολογικών και υδραυλικών εγκαταστάσεων, η δε εργοδότης έχει καταβάλει το σύνολο της δαπάνης (πλην του ΦΠΑ) που αντιστοιχεί σε αυτήν, πράγμα που σημαίνει ότι οι εργασίες της θεμελίωσης των μαντρότοιχων είχαν ολοκληρωθεί και αποπληρωθεί μέχρι τότε, δηλαδή πριν τον φερόμενο χρόνο (Δεκέμβριο έτους

2012) της συμφωνίας για πρόσθετες εργασίες. Επιπλέον, ο πολιτικός μηχανικός Θ. Μ. στην από Απρίλιο έτους 2015 έκθεσή του, που προσκομίζεται νόμιμα, αναφέρει ότι σύμφωνα με τα εγκεκριμένα σχέδια της πολεοδομικής αδείας δεν μπορούσε εξ αρχής να τοποθετηθεί μονοφασικός πίνακας παρά μόνον τριφασικός και ότι δεν έχει πραγματοποιηθεί καν η πρωταρχική εγκατάσταση και η καλωδίωση για να τοποθετηθεί ο πίνακας, ούτως ώστε να μην μπορεί να γίνει λόγος για επαύξηση του ηλεκτρολογικού δικτύου, η επαύξηση του ύψους των κιγκλιδωμάτων οφείλεται στο γεγονός ότι το ύψος των στηθαίων κατασκευάστηκε χαμηλότερα των εγκεκριμένων σχεδίων της αδείας, ώστε να υπάρχει ένα *minimum* ασφαλές ύψος, και συνεπώς ουδεμία επιπλέον δαπάνη υφίσταται λόγω της χρησιμοποίησης μεγαλύτερης ποσότητας κιγκλιδωμάτων καθόσον αυτή εξοικονομήθηκε από τη μικρότερη ποσότητα των υλικών που χρησιμοποιήθηκε για το στηθαίο, ενώ, τέλος, καταλήγει ότι δεν εγκαταστάθηκε εφεδρικό δίκτυο ύδρευσης από το δώμα του κτιρίου, οι δε βάνες εξακολουθούν να είναι τρεις και η εργοδότης με δικές της δαπάνες τοποθέτησε τη δεξαμενή στο δώμα, που τροφοδοτείται νερό από την παροχή του ηλιακού, όπως προκύπτει και από τα σημάδια των μετέπειτα εργασιών. Πέραν των ανωτέρω διαπιστώσεων, στις οποίες ο ανωτέρω μηχανικός κατέληξε ανενδοίαστα μετά από αυτοψία στο ακίνητο δεν προσκομίζονται τιμολόγια αγοράς των περσίδων και των ερμαρίων που τελικώς τοποθετήθηκαν, ώστε να προκύπτει με σαφήνεια η διαφορά στη δαπάνη σε σχέση με τα αρχικώς συμφωνηθέντα, δεδομένου ότι στην ως άνω έκθεση του πολιτικού μηχανικού Θ. Μ. γίνεται λόγος για τοποθέτηση ερμαρίων κουζίνας δευτέρας διαλογής. Τέλος, αναφορικά με τις επιπλέον εργασίες μετά των υλικών οπλισμένου σκυροδέματος για τους μαντρότοιχους περίφραξης η εκτιμώμενη ποσότητα είναι αυτή των 7,50 κ.μ., με μέσο όρο ύψους 1,00 μ., πάχος 0,12 εκ. και συνολικό μήκος πλευρών προς τα όμορα οικοπέδα 12,84 + 15,85 + 15,70 + 3,75 + 13,14 = 61,28 μ., και όχι των 22,50 κ.μ., αξίας 2.000 ευρώ, και όχι 6.100 ευρώ, όπως διατείνεται η εκκαλούσα, το ποσό δε αυτό της κατεβλήθη ως επιπλέον αμοιβή άμεσα από την εφεσίβλητη, όπως κατέθεσε και ο σύζυγός της ... Σύμφωνα με τα ανωτέρω, η εργολάβος εκκαλούσα κατέστη υπερήμερη ως προς την παράδοση του έργου, καθόσον αυτή δεν είχε κατά της εργοδότης εφεσίβλητης αξίωση συναφή και ληξιπρόθεσμη από καταβολή αμοιβής για πρόσθετες εργασίες, ώστε να αρνηθεί νομίμως στα πλαίσια άσκησης ένστασης επίσχεσης την παράδοση του έργου στην εργοδότη, ούτε αποδείχθηκε ότι η μη εκτέλεση αυτού οφείλεται σε αποκλειστική υπαιτιότητα της τελευταίας, η οποία συνακόλουθα νομίμως υπαναχώρησε από σύμβαση έργου λόγω υπερμερείας της εκκαλούσας. Επομένως το πρωτοβάθμιο Δικαστήριο που έκρινε ομοίως, δεν έσφαλε και ο δεύτερος λόγος της έφεσης με τον οποίο υποστηρίζονται τα αντίθετα πρέπει να απορριφθεί ως αβάσιμος. Περαιτέρω, ενόψει της νόμιμης αυτής υπαναχώρησης, που σε κάθε περίπτωση συντελέστηκε με την άσκηση της ως άνω αγωγής, αποσβέστηκαν αναδρομικά οι απορρέουσες από τη σύμβαση έργου εκατέρωθεν υποχρεώσεις των μερών, οι δοθείσες παροχές ως άνευ αιτίας αναζητούνται και οι οφειλόμενες έως την άσκηση της υπαναχώρησης δεν οφείλονται στο εξής. Κατά συνέπεια, η εκκαλούσα δεν έχει καταρχήν απαίτηση για το υπόλοιπο ποσό της αμοιβής της ποσού 20.000 ευρώ με βάση τις διατάξεις από τη σύμβαση έργου, στις οποίες στηρίζει και τη σχετική αγωγική της αξίωση, το οποίο εξάλλου και σε κάθε περίπτωση η εφεσίβλητη νομίμως παρακράτησε σύμφωνα με τον όρο Δ του συμφωνητικού, δεδομένου ότι δεν αποδείχθηκε ότι έχουν κλείσει οι εκκρεμότητες του φακέλου. Συνεπώς και το πρωτοβάθμιο Δικαστήριο, που με την εκκαλουμένη έκρινε ομοίως έστω και με διάφορη εν μέρει αιτιολογία που αντικαθίσταται και συμπληρώνεται αντιστοίχως με την παρούσα, δεν έσφαλε και ο σχετικός τρίτος λόγος της έφεσης πρέπει να απορριφθεί ως αβάσιμος. Αντιθέτως, αποδείχθηκε ότι η ε-

φεσίβλητη κατέβαλε σε αυτήν μέχρι τον χρόνο εκείνο το συνολικό ποσό των 165.000 ευρώ, δηλαδή ποσό που υπερβαίνει την αξία των εργασιών που είχαν εκτελεσθεί μέχρι τότε στην οικοδομή της, δεδομένου ότι όπως ειδικότερα αναφέρεται στην από 2-05-2013 έκθεση του επιβλέποντος μηχανικού Ι. Κ., η εκκαλούσα δεν προέβη στις κάτωθι εργασίες: [...] Την μη εκτέλεση των ανωτέρω εργασιών η εκκαλούσα ουδολως αμφισβητεί, το πρωτοβάθμιο δε Δικαστήριο επιδίκασε για τον λόγο αυτό στην ενάγουσα της δεύτερης αγωγής (εφεσίβλητη) με βάση τις διατάξεις περί αδικαιολόγητου πλουτισμού το ποσό των 11.450 ευρώ, που δέχθηκε ότι αντιστοιχεί στην καταβληθείσα εκ μέρους της εργολαβική αμοιβή για μη εκτελεσθείσες εργασίες, ως προς το οποίο ουδέν παράπονο προβάλλεται ειδικώς από την εκκαλούσα. Ακόμη, δεν αποδείχθηκε ότι η εφεσίβλητη υπεξαίρεσε τα αναφερόμενα στην αγωγή της εκκαλούσας εργαλεία της και δη μια ηλεκτρική μπετονιέρα αξίας 600 ευρώ, ικριώματα μήκους 150 μέτρων αξίας 2.500 ευρώ, δύο καρότσια μεταφοράς υλικών συνολικής αξίας 100 ευρώ και 30 μαδέρια διαστάσεων 30 εκ. Χ 400 εκ., αξίας εκάστου 25 ευρώ, και συνολικά 750 ευρώ, που η τελευταία είχε αφήσει αφύλακτα στο εργοτάξιο της οικοδομής κατά την αποχώρησή της, και τα οποία έκτοτε, κατά τα υποστηριζόμενα από αυτήν, ο σύζυγός της εφεσίβλητης παρακρατεί στο υπόγειο της οικίας τους, ενώ απείλησε και τον νόμιμο εκπρόσωπο της εκκαλούσας να μην τα αναζητήσει. Αντίθετα, όπως προέκυψε τα εν λόγω μηχανήματα η εκκαλούσα το πρώτον ζήτησε να της αποδοθούν με την ως άνω αγωγή της, δηλαδή δύο έτη μετά την παύση των εργασιών στην οικοδομή της εφεσίβλητης, δίχως ποτέ μέχρι τότε να την οχλήσει σχετικά ούτε να την καταγγείλει για την παράνομη ιδιοποίησή τους. Κατά συνέπεια, και το πρωτοβάθμιο Δικαστήριο που δέχθηκε τα ίδια πραγματικά περιστατικά δεν έσφαλε και ο σχετικός τέταρτος λόγος της έφεσης με τον οποίο υποστηρίζονται τα αντίθετα πρέπει να απορριφθεί ως αβάσιμος. Κατόπιν τούτου είναι άνευ αντικειμένου η έρευνα του έκτου λόγου της έφεσης, αναφορικά με τον οποίο προβάλλεται η αίτηση περί εσφαλμένης απόρριψης ως αόριστου του αγωγικού κονδυλίου για επιδίκαση χρηματικής ικανοποίησης λόγω ηθικής βλάβης της εκκαλούσας λόγω της υπεξαίρεσής των ως άνευ αντικειμένου ...». Με τις σκέψεις του αυτές, το Εφετείο απέρριψε, στο σύνολό της, την ένδικη έφεση της αναιρεσείουσας, ως ουσιαστικά αβάσιμη και επικύρωσε την πρωτόδικη απόφαση, που είχε απορρίψει την αγωγή της αναιρεσείουσας, με αίτημα να της επιδικασθεί το υπόλοιπο ποσό της συμφωνηθείσας εργολαβικής της αμοιβής και είχε δεχθεί, εν μέρει, την αγωγή της αναιρεσίβλητης, με αίτημα να της επιδικασθεί, κατά τις διατάξεις του αδικαιολόγητου πλουτισμού, το μέρος της εργολαβικής αμοιβής που είχε προκαταβάλει στην αντίδικό της για εργασίες που έμειναν ανεκτέλεστες. Έτσι, που έκρινε το Εφετείο και δέχθηκε ότι: 1) Ως χρόνος παραδόσεως του ενδίκου έργου συμφωνήθηκε (μετασυμβατικά), μεταξύ των διαδίκων, η 31-3-2013. 2) Η αναιρεσείουσα εγκατέλειψε χωρίς να ολοκληρώσει εμπρόθεσμα το έργο και στις 30-4-2013 ο νόμιμος εκπρόσωπός της δήλωσε στην αναιρεσίβλητη ότι δεν θα το συνέχιζε. 3) Η τελευταία με την από 7-5-2013 εξώδικη πρόσκληση της, που κοινοποίησε νόμιμα στην αναιρεσείουσα, στις 9-5-2013 την κάλεσε να της παραδώσει το έργο αποπερατωμένο έως τις 15-5-2013 και ταυτόχρονα της δήλωσε ότι, σε διαφορετική περίπτωση, θα απέκρουε την εκ μέρους αυτής συνέχιση των εργασιών στο ακινήτό της και θα προέβαινε σε αυτές με άλλο εργολάβο, ενώ θα αναζητούσε, ακολούθως, από αυτή τις σχετικές δαπάνες της. 4) Η προθεσμία αυτή παρήλθε άπρακτη και έτσι η αναιρεσείουσα κατέστη υπερήμερη, ως προς το μέρος αυτού, που έμεινε ανεκτέλεστο. 5) Η μη εκτέλεση του ως άνω μέρους του ενδίκου έργου δεν οφείλεται σε υπαιτιότητα της αναιρεσίβλητης εργοδότριας. 6) Η αναιρεσίβλητη νομίμως υπαναχώρησε, με την άσκηση της ένδικης αγωγής της, ως προς αυτό (ανεκτέλεστο μέρος του έργου), λόγω της υπερημερίας της αναιρεσεί-

ουσας (εργολάβου). Και 7) Μέχρι τότε η αναιρεσίβλητη εργοδότρια είχε καταβάλει στην αναιρεσείουσα για την εργολαβική της αμοιβή το ποσό των 165.000 ευρώ και από το ποσό αυτό εκείνο των 11.450 ευρώ αντιστοιχούσε σε μέρος του έργου που δεν εκτελέστηκε, ορθά ερμήνευσε και εφάρμοσε και δεν παραβίασε, ευθέως, με εσφαλμένη εφαρμογή, την ως άνω εφαρμοσθείσα και εφαρμοστέα, εν προκειμένω, διάταξη ουσιαστικού δικαίου του άρθρου 686 εδ. β' ΑΚ, καθόσον τα ως άνω πραγματικά περιστατικά που δέχθηκε το Εφετείο, ανελέγκτως, ότι αποδείχθηκαν, δικαιολογούν την εφαρμογή της. Περαιτέρω, η προσβαλλόμενη απόφαση δεν στερείται νόμιμης βάσης, αφού έχει την απαιτούμενη αιτιολογία, καθόσον καλύπτεται χωρίς λογικά κενά και αντιφάσεις, με πληρότητα και σαφήνεια, το πραγματικό της ως άνω, εφαρμοστέας και εφαρμοσθείσας, εν προκειμένω, διατάξεως ουσιαστικού δικαίου (686 εδ. β' ΑΚ), την οποία, συνεπώς, το Εφετείο δεν παραβίασε ούτε εκ πλαγίου, ενώ δεν ήταν αναγκαία η παράθεση στην απόφασή του και άλλων αιτιολογιών πέραν των όσων ως άνω διέλαβε. Επομένως, η περί του αντιθέτου πρώτος και δεύτερος λόγοι αναίρεσης, με τους οποίους αποδίδονται στο Εφετείο, αντίστοιχα, οι από τους αριθμούς 1 και 19 του άρθρου 559 ΚΠολΔ αιτιάσεις, για ευθεία και εκ πλαγίου παραβίαση της προειρημένης ουσιαστικού δικαίου διατάξεως, του άρθρου 686 εδ. β' ΑΚ, είναι αβάσιμοι...]

Άρειος Πάγος (Δ' Τμήμα) Αριθμ. 597/2020

Πρόεδρος: Ειρ. Καλού, Αντιπρόεδρος ΑΠ
Εισηγητής: Γ. Χοϊμές, Αρεοπαγίτης
Δικηγόροι: Αλ. Κρυσταλλίδης – Γ. Παπαδογιάννης

Ποινική ρήτρα. Η γνώσια ποινική ρήτρα αποτελεί παρεπόμενη συμφωνία, εξαρτώμενη από την εξέλιξη της κύριας ενοχής. Δικαστική μείωση υπέρμετρης ποινικής ρήτρας. Κριτήρια που λαμβάνει υπόψη του το δικαστήριο της ουσίας και έκταση αναιρετικού ελέγχου της κρίσης του. Οι τυχόν μεταβληθείσες, μετά τη συνομολόγηση της ποινικής ρήτρας, συνθήκες, εφόσον επιδρούν στον δυσανάλογο χαρακτήρα της, θα πρέπει επίσης να συνεκτιμηθούν από το δικαστήριο. Το ύψος του ποσού κατά το οποίο κρίθηκε ότι πρέπει να μειωθεί η ποινική ρήτρα δεν ελέγχεται αναίρετικά (ούτε για παραβίαση της αρχής της αναλογικότητας). Αποζημιωτικές ρήτρες. Οι αποζημιωτικές ρήτρες απόλυτης δεσμευτικότητας, εκείνες δηλαδή που δεν καταλείπουν περιθώριο ανταπόδειξης μικρότερης ζημίας εκ μέρους του οφειλέτη, συνιστούν στην πραγματικότητα ποινικές ρήτρες.
Χρονομεριστική μίσθωση. Νομική φύση και εφαρμοστέες διατάξεις. Η σύμβαση χρονομεριστικής μίσθωσης υποβάλλεται στον τύπο του συμβολαιογραφικού εγγράφου και πρέπει να μεταγραφεί.
Ειδικές διαδικασίες. Η εκδίκαση υπόθεσης από καθ' ύλην αρμόδιο δικαστήριο κατά διαδικασία διαφορετική από την οριζόμενη στον νόμο δεν αποτελεί λόγο ακυρότητας ή απαράδεκτου της διαδικασίας, εκτός αν δεν εφαρμόστηκε δικονομικός κανόνας που έπρεπε να εφαρμοστεί με συνέπεια τη βλάβη ενός από τους διαδίκους.

Διατάξεις: άρθρ. 1 §§ 1 και 2, 5 ν. 1652/1986· άρθρ. 2 § 3 π.δ. 182/1999· ΑΚ 288, 388, 404 επ., 405, 409, 574 επ.· ΚΠολΔ 159, 559 αρ. 1, 14 και 19, 591 § 2· άρθρ. 1 άρθρ. τέταρτο, άρθρ. ένατο § 2 και 4 ν. 4335/2015

[...ΙΙΙ. Επί της πρώτης, από 3-12-2018, αίτησης αναίρεσεως της «εταιρείας».

Α. Σύμφωνα με το άρθρο 1 παρ. 1 και 2 του ν. 1652/1986 «Σύμβαση χρονομεριστικής μίσθωσης ...», όπως ίσχυε κατά

τον κρίσιμο χρόνο, με τη σύμβαση χρονομεριστικής μίσθωσης ο εκμισθωτής αναλαμβάνει την υποχρέωση να παραχωρεί κατ' έτος στον μισθωτή, κατά τη διάρκεια της σύμβασης, τη χρήση τουριστικού καταλύματος και να παρέχει σ' αυτόν συναφείς υπηρεσίες για καθορισμένο από τη σύμβαση χρονικό διάστημα και ο μισθωτής να καταβάλλει το μίσθωμα που συμφωνήθηκε. Ως τουριστικά καταλύματα για την εφαρμογή του νόμου αυτού νοούνται ξενοδοχειακές μονάδες και γενικά τουριστικές εγκαταστάσεις που λειτουργούν με άδεια του Ελληνικού Οργανισμού Τουρισμού (Ε.Ο.Τ.) και έχουν υπαχθεί στις διατάξεις του νόμου με απόφαση του Γενικού Γραμματέα του Ε.Ο.Τ. Η χρονομεριστική μίσθωση συνομολογείται για χρονικό διάστημα πέντε (5) [και σύμφωνα με το άρθρο 2 παρ. 3 π.δ/τος 182/1999, που στη συνέχεια καταργήθηκε, τριών (3)] έως 60 ετών. Η χρονομεριστική σύμβαση καταρτίζεται με συμβολαιογραφικό έγγραφο και υποβάλλεται σε μεταγραφή. Επίσης, με το άρθρο 5 του ίδιου νόμου ορίζεται ότι οι διατάξεις του ΑΚ που αναφέρονται στη μίσθωση πράγματος εφαρμόζονται και στη χρονομεριστική μίσθωση για θέματα που δεν ρυθμίζονται από τις διατάξεις του νόμου αυτού. Από τον συνδυασμό των διατάξεων αυτών προκύπτει ότι η σύμβαση χρονομεριστικής μίσθωσης είναι σύμβαση, με την οποία ο εκμισθωτής αναλαμβάνει την υποχρέωση, έναντι μισθώματος, να παραχωρεί για μεγάλο χρονικό διάστημα (5-60 έτη), κάθε χρόνο και για ορισμένο χρονικό διάστημα, στον μισθωτή τη χρήση τουριστικού καταλύματος και, συνάμα, να του παρέχει και συναφείς υπηρεσίες. Όπως προκύπτει από τη διατύπωση του εδ. α' της παρ. 1, πρόκειται για ξενοδοχειακή σύμβαση, η οποία συνδυάζει μίσθωση πράγματος και συναφών υπηρεσιών, με προέχοντα τον χαρακτήρα της μίσθωσης πράγματος. Έτσι, σ' αυτή εφαρμόζονται, συμπληρωματικά, οι διατάξεις για τη μίσθωση πράγματος των άρθρων 574 επ. ΑΚ, κατά το άρθρο 5 του εν λόγω νόμου. Το συμβολαιογραφικό έγγραφο, με το οποίο καταρτίζεται η χρονομεριστική μίσθωση και το οποίο υποβάλλεται σε μεταγραφή, αποτελεί συστατικό τύπο και η μίσθωση αυτή είναι έγκυρη από τη μεταγραφή του σχετικού συμβολαίου (ΑΠ 1281/2009). Εξάλλου, από το συνδυασμό των διατάξεων των άρθρων 591 παρ. 2 (που εφαρμόζεται στην προκείμενη υπόθεση, ως εκ του χρόνου κατάθεσης, στις 15-10-2014, της ένδικης αγωγής, πριν αντικατασταθεί με το άρθρο 1 άρθρο τέταρτο του ν. 4335/2015, του οποίου οι διατάξεις, σύμφωνα με τη λιτή διατύπωση της μεταβατικής διάταξης του άρθρου 1 άρθρου ένατου παρ. 2 και 4 αυτού, καταλαμβάνουν όσες αγωγές κατατίθενται κατά την ειδική διαδικασία μετά την 1η-1-2016, όχι, όμως, και τις προγενέστερες, έστω και αν επιδόθηκαν ή συζητήθηκαν μεταγενέστερα, ακόμη και αν ενδεχόμενη κλήση για συνέχιση της συζήτησης, π.χ. μετά από ματαίωση, κατατέθηκε μετά την 1η-1-2016), 159 και 559 αριθμ. 14 ΚΠολΔ προκύπτει ότι η εκδίκαση υπόθεσης που υπάγεται στην καθ' ύλην αρμοδιότητα του δικαστηρίου, το οποίο δικάζει με διαδικασία διαφορετική από την προσήκουσα (που δεν αποτελεί διαδικαστική προϋπόθεση της δίκης) δεν συνεπάγεται ακυρότητα ή απαράδεκτο, εκτός αν δεν εφαρμόστηκε, με βλάβη του διαδικού, δικονομικός κανόνας που έπρεπε να εφαρμοστεί και που, προφανώς, περιέχει ή ευνοϊκότερες για τον εναγόμενο ή αυστηρότερες για τον ενάγοντα διατάξεις (ΑΠ 1355/2012, ΑΠ 14/2007).

Στην παρούσα περίπτωση, με τον πρώτο λόγο της αναίρεσης, η αναιρεσείουσα αποδίδει στο Εφετείο την πλημμέλεια από τον αριθμό 1 και, κατ' εκτίμηση του νοηματικού περιεχομένου του, από τον αριθμό 14 του ΚΠολΔ, που συνίσταται στο ότι η υπόθεση εκδικάστηκε (και στα δύο δικαστήρια) με την ειδική διαδικασία των μισθωτικών διαφορών, ενώ έπρεπε να εκδικαστεί κατά την τακτική διαδικασία, αφού η διαφορά προέρχεται από χρονομεριστική μίσθωση που δεν είναι καθαρή σύμβαση μίσθωσης αλλά μικτή. Ο λόγος αυτός είναι, προεχόντως, απα-

ράδεκτος, διότι, σύμφωνα με όσα προεκτέθηκαν, η εκδίκαση της υπόθεσης, από το καθ' ύλην αρμόδιο δικαστήριο, κατά διαδικασία διαφορετική από την προσήκουσα, δεν συνεπάγεται ακυρότητα ή απαράδεκτο, εκτός αν δεν εφαρμόστηκε δικονομικός κανόνας που έπρεπε να εφαρμοστεί, με βλάβη του διαδικού, γεγονός το οποίο δεν επικαλείται η αναιρεσείουσα, η οποία απλώς περιορίζεται να αναφέρει τις ουσιώδεις αποκλίσεις μεταξύ των δύο αυτών διαδικασιών. [...]

Στην υπό κρίση περίπτωση οι αναιρεσείοντες, με τους πρώτο και δεύτερο λόγους της αναίρεσής τους, από τους αριθμούς 1 και 19 του άρθρου 559 ΚΠολΔ, μέμφονται το Εφετείο ότι παραβίασε, ευθέως, με εσφαλμένη ερμηνεία και εφαρμογή, αλλά και εκ πλαγίου, τις διατάξεις ουσιαστικού δικαίου των άρθρων 361, 404 επ., 409, 173 και 200 ΑΚ, ενώ διέλαβε και αντιφατικές και ασαφείς αιτιολογίες που καθιστούν ανέφικτο τον ανααιρετικό έλεγχο για το αν εφαρμόστηκαν ορθά οι διατάξεις αυτές και, έτσι, στέρησε την απόφασή του από νόμιμη βάση, καθόσον 1) σε ορισμένα σημεία της προσβαλλόμενης απόφασής του δέχεται ότι η πιο πάνω ρήτρα της σύμβασης χρονομεριστικής μίσθωσης έχει χαρακτήρα ποινικής ρήτρας και σε άλλα σημεία της απόφασής του αναφέρει ότι πρόκειται για συμφωνημένη αποζημίωση κατά τους σχετικούς 11ο και 18ο συμβατικούς όρους και, με τον τρόπο αυτόν, επέρχεται σύγχυση μεταξύ των εννοιών της αποζημίωσης και της ποινικής ρήτρας που, βέβαια, δεν ταυτίζονται, και 2) εν πάση περιπτώσει, με το να δεχθεί, τελικά, ότι η αναφερόμενη στη σύμβαση ειδική συμφωνία για καταβολή της οριζόμενης αποζημίωσης αποτελεί στην πραγματικότητα συνομολόγηση ποινικής ρήτρας, οπωσδήποτε ερμήνευσε, σιωπηρά, τους παραπάνω 11ο και 18ο όρους της σύμβασης, χωρίς, όμως, να καταφύγει, όπως ήταν υποχρεωμένο, στους ερμηνευτικούς κανόνες των άρθρων 173 και 200 ΑΚ. Οι λόγοι αυτοί είναι, κυρίως, απαράδεκτοι. Ειδικότερα, όπως έχει εκτεθεί στη σκέψη II της παρούσας, το πρωτοβάθμιο δικαστήριο δέχθηκε με την απόφασή του ότι η επίμαχη συμβατική ρήτρα έχει τον χαρακτήρα ποινικής ρήτρας, προχωρώντας, ακολούθως, στη μείωση αυτής κατ' άρθρ. 409 ΑΚ. Η κρίση αυτή του δικαστηρίου για τον χαρακτήρα της εν λόγω συμβατικής ρήτρας ως ποινικής δεν προσβλήθηκε ενώπιον του δευτεροβάθμιου δικαστηρίου με την έφεση της εναγόμενης εταιρείας, η οποία παραπονέθηκε μόνο, με τον πέμπτο λόγο της έφεσής της, για το μη καθορισμό της μείωσης στο μέτρο που, κατά την άποψή της, αρμόζει, ούτε εξάλλου προσβλήθηκε με αντίθετη έφεση (έστω επικουρική) ή αντέφεση από τους ενάγοντες και ήδη αναιρεσείοντες. Κατά συνέπεια, εφόσον στο δευτεροβάθμιο δικαστήριο (το οποίο, πάντως, δέχθηκε, ρητά –και ιδίως στο 4ο φύλλο, β' όψη της απόφασής του, αλλά και όπως προκύπτει και από το όλο περιεχόμενό της– ότι η παραπάνω ρήτρα έχει το χαρακτήρα ποινικής) δεν προβλήθηκε από τους αναιρεσείοντες, παραδεκτά και νόμιμα, ούτε, σε κάθε περίπτωση, και με τις (εφετειακές), από 16-2-2018, προτάσεις τους, ως εφεσιβλητών, αντίθετος ισχυρισμός για το ότι εσφαλμένα η πρωτόδικη απόφαση δέχθηκε ότι πρόκειται για ποινική ρήτρα, δεν μπορεί να θεμελιωθεί λόγος αναίρεσης που περιέχει αιτιάσεις για εσφαλμένη κρίση του Εφετείου ως προς το ζήτημα αυτό. Άλλωστε «αποζημιωτικές ρήτρες» ή «ρήτρες κατ' αποκοπή αποζημίωσης», όπως χαρακτηρίζονται αυτές με τις οποίες τα μέλη επιχειρούν να προκαθορίσουν την οφειλόμενη αποζημίωση για την περίπτωση που δεν εκπληρωθεί η σύμβαση, ήτοι η αποζημίωση αυτή ορίζεται ως ένας εκ των προτέρων αφηρημένος υπολογισμός του ύψους της ζημίας και, συνακόλουθα, της αποζημίωσης που θα προκύψει και αντίστοιχα θα οφείλεται σε περίπτωση μελλοντικής και ενδεχόμενης αθέτησης συμβατικής υποχρέωσης, χωρίς δικαίωμα ανταποδοτικής του οφειλέτη (ρήτρες απόλυτης δεσμευτικότητας), ως αντίθετες στις διατάξεις των άρθρων 3 και 298 ΑΚ, δεν συνιστούν τίποτε άλλο παρά την ποινική ρήτρα των άρθρων 404 επ. ΑΚ (ΑΠ 845/2019, ΑΠ 2049/2017).

Β. Η προβλεπόμενη από τις διατάξεις των άρθρων 404 επ. ΑΚ σύμβαση γνήσιας ποινικής ρήτηρας, με την οποία ο ένας των συμβαλλομένων υπόσχεται στον άλλο ότι, αν δεν εκπληρώσει ή δεν εκπληρώσει προσηκόντως την οφειλόμενη σ' αυτόν παροχή από άλλη ενοχή, θα του καταβάλει ένα χρηματικό ποσό ή κάτι άλλο, αποτελεί παρεπόμενη συμφωνία. Δηλαδή, στη γνήσια ποινική ρήτρα υπάρχει κύρια ενοχική υποχρέωση, την εκπλήρωση της οποίας ασφαρίζει η ποινική ρήτρα. Σύμφωνα δε με τη διάταξη του άρθρου 405 ΑΚ, «η ποινή καταπίπτει αν ο οφειλέτης αδυνατεί υπαίτια να εκπληρώσει την παροχή ή αν περιέλθει σε υπερημερία. Η κατάπτωση της ποινής επέρχεται και αν ακόμη ο δανειστής δεν έχει υποστεί καμία ζημία». Εξάλλου, κατά τη διάταξη του άρθρου 409 ΑΚ, «αν η ποινή που συμφωνήθηκε είναι δυσανάλογα μεγάλη, μειώνεται, ύστερα από αίτηση του οφειλέτη, από το δικαστήριο στο μέτρο που αρμόζει. Αντίθετη συμφωνία δεν ισχύει». Από τη διάταξη αυτή προκύπτει ότι το δικαστήριο της ουσίας, για τη μόρφωση της δικαστικής του κρίσης σε σχέση με τον προσδιορισμό του περιεχομένου της αόριστης νομικής έννοιας της «δυσανάλογα μεγάλης ποινής» και του «μέτρου που αρμόζει», λαμβάνει υπόψη τα περιστατικά που σε κάθε συγκεκριμένη περίπτωση συντρέχουν και ιδίως το μέγεθος της ποινής σε σύγκριση με την αξία της αντιπαροχής του δανειστή, την οικονομική κατάσταση των μερών, τα συμφέροντα του δανειστή που επλήγησαν από την αθέτηση της σύμβασης, την έκταση της συμβατικής παράβασης του οφειλέτη, τον βαθμό του πταίσματός του, την ενδεχόμενη ωφέλειά του από τη μη εκπλήρωση της παροχής, τα απώτερα επιβλαβή αποτελέσματα και κάθε δικαιολογημένο συμφέρον του δανειστή. Οι τυχόν μεταβαλλόμενες συνθήκες, μετά τη συνομολόγηση της ποινικής ρήτηρας, που μπορεί να έχουν επίπτωση στο δυσανάλογο, θα πρέπει, επίσης, να ληφθούν υπόψη (πρβλ. και άρθρ. 388 και 288 ΑΚ). Η κρίση του δικαστηρίου της ουσίας ελέγχεται, κατά το άρθρο 559 αριθμ. 1 και 19 ΚΠολΔ, για την ορθή υπαγωγή στα παραπάνω κριτήρια του άρθρου 409 ΑΚ των περιστατικών που έγιναν, ανελέγκτως, δεκτά. Δεν ελέγχεται, όμως, ο προσδιορισμός του ποσού κατά το οποίο κρίθηκε ότι πρέπει να μειωθεί η ποινική ρήτρα (ΑΠ 892/2019, ΑΠ 981/2018, ΑΠ 869/2017, ΑΠ 98/2017), ούτε και για παραβίαση της αρχής της αναλογικότητας (ΑΠ 892/2019). Για τη σχετική κρίση του δικαστηρίου λαμβάνεται υπόψη ο χρόνος έκδοσης της οριστικής απόφασης του πρωτοβάθμιου δικαστηρίου, δηλαδή της συζήτησης, μετά την οποία αυτή εκδόθηκε, ανεξάρτητα από το αν, κατά τις περιστάσεις, λαμβάνονται υπόψη περιστατικά αναγόμενα σε προγενέστερο χρόνο (ΑΠ 869/2017, ΑΠ 1439/2012, ΑΠ 605/2010). [...]

Στην εξεταζόμενη περίπτωση, το Εφετείο, αναφορικά με το κεφάλαιο μείωσης της ποινικής ρήτηρας, αφού προηγουμένως έκρινε ότι η ρήτρα αυτή είναι δυσανάλογα μεγάλη, στη συνέχεια, προέβη στη μείωσή της, με την αιτιολογία που έχει παρατεθεί στη σκέψη ΙΙ της παρούσας. Έτσι, όμως, που έκρινε το Εφετείο, περιέλαβε στην απόφασή του ανεπαρκείς αιτιολογίες, ως προς την εξειδίκευση του περιεχομένου της αόριστης νομικής έννοιας της «δυσανάλογα μεγάλης ποινής» και του προσήκοντος μέτρου της ποινής («στο μέτρο που αρμόζει»), εξαιτίας των οποίων καθίσταται ανέφικτος ο αναιρετικός έλεγχος, ως προς την ορθή ή όχι εφαρμογή της διάταξης του άρθρου 409 ΑΚ. Ειδικότερα, το Εφετείο στην αναιρεσιβαλλόμενη απόφασή του: α) δεν διευκρινίζει ποιο χρόνο έλαβε υπόψη για να προσδιορίσει το «δυσανάλογα μεγάλο» της ποινικής ρήτηρας και, συνακόλουθα, δεν αποσαφηνίζει αν οι συνθήκες (ιδίως οικονομικές), κατά τον κρίσιμο, εν προκειμένω, χρόνο της (πρώτης) συζήτησης της αγωγής που έπρεπε να ληφθεί υπόψη για να προσδιοριστεί αν η συμφωνημένη ποινή είναι ή όχι «δυσανάλογα μεγάλη», ήταν ίδιες με εκείνες του χρόνου που συνομολογήθηκε η ποινική ρήτρα, αλλά περιορίζεται να αναφέρει γενικόλογα την οικονομική κρίση «... ιδιαίτερα από το έτος 2012», β) δεν διέλαβε πραγματικά περιστατικά για την οικονομική κα-

τάσταση των διαδίκων μερών, και γ) δεν εξειδικεύεται η έκταση της παράβασης της συμβατικής υποχρέωσης της εκμισθώτριας εταιρείας, αλλά και ο βαθμός του πταίσματός της, αν ληφθεί υπόψη και η υποχρέωσή της, κατ' άρθρ. 575 ΑΚ, να διατηρεί κατάλληλο το μίσθιο για τη συμφωνημένη χρήση σ' όλη τη διάρκεια της μίσθωσης. Επομένως, ο τρίτος λόγος της αίτησης αναίρεσής, από τον αριθμό 19 του άρθρου 559 του ΚΠολΔ, με τον οποίο αποδίδεται στην προσβαλλόμενη απόφαση η πλημμέλεια της έλλειψης νόμιμης βάσης εξαιτίας ανεπαρκούς αιτιολογίας, είναι βάσιμος, ενώ παρέλκει η έρευνα των υπόλοιπων τέταρτου έως και όγδοου λόγων της αναίρεσης, από τους αριθμούς 1 και 8 εδάφ. α' του άρθρου 559 ΚΠολΔ που αναφέρονται στο ίδιο κεφάλαιο της εφετειακής απόφασης, καθώς η αναιρετική εμβέλεια του τρίτου λόγου, που έγινε δεκτός, καταλαμβάνει το κεφάλαιο τούτο και καθιστά αλυσιτελή την εξέταση των λόγων αυτών που διατυπώνονται με την ερευνώμενη αίτηση αναίρεσης και οδηγούν στο ίδιο αποτέλεσμα (εξαφάνιση της πληττόμενης απόφασης, ως προς το κεφάλαιο της μείωσης της ποινικής ρήτηρας).

Γ. Μετά από αυτά, αφού η δεύτερη κρινόμενη αίτηση αναιρέσης γίνει δεκτή κατά παραδοχή ως βάσιμου του τρίτου λόγου της, πρέπει να αναιρεθεί η προσβαλλόμενη απόφαση, κατά το κεφάλαιό της που προεκτέθηκε και, ακολούθως, να παραπεμφθεί η υπόθεση για περαιτέρω εκδίκαση, κατά το αναιρούμενο κεφάλαιό της, στο ίδιο δικαστήριο, αφού είναι δυνατή η σύνθεσή του από άλλον δικαστή, εκτός από εκείνον που δίκασε προηγουμένως (άρθρ. 580 παρ. 3 ΚΠολΔ), ενώ πρέπει να διαταχθεί η επιστροφή του παραβόλου, που έχουν καταθέσει οι αναιρεσείοντες, σε αυτούς (άρθρο 495 παρ. 3 του ΚΠολΔ, όπως ισχύει)...

ΠΑΡΑΤΗΡΗΣΕΙΣ

Ι. Πολλά ζητήματα άξια σχολιασμού θέτει η απόφαση ΑΠ 597/2020¹. Οι παρούσες παρατηρήσεις, ωστόσο, θα περιορισθούν σε ένα κομβικό σημείο του δικαίου του ποινικής ρήτηρας, με το οποίο η απόφαση ασχολείται, ήτοι τον κρίσιμο χρόνο, ως προς τον οποίο θα γίνει η εφαρμογή των κριτηρίων, ώστε να χωρήσει ενδεχόμενη μείωση κατά το άρ. 409 ΑΚ.

ΙΙ. Εριζόμενο, αλλά ταυτοχρόνως σημαντικό ζήτημα αποτελεί ο προσδιορισμός του χρονικού σημείου, κατά το οποίο θα κριθεί η δυσαναλογία του ύψους της ποινής². Η κατάσταση καθίσταται

1. Βλ. λ.χ. για τη σύμβαση χρονομεριστικής μίσθωσης ενδεικτικά Παπαρσενίου, Κοινοτικές οδηγίες και δικαιώματα ιδιωτών. Ένα παράδειγμα: η σύμβαση χρονομεριστικής μίσθωσης (time sharing) (2002), *passim*. Απ. Γεωργιάδη, Νέες μορφές συμβάσεων (6^η έκδ. 2015), § 52 επ.: Σταθόπουλο, Προβλήματα από την εφαρμογή του νόμου για τις χρονομεριστικές μισθώσεις (γνμδ.), ΝοΒ 1994, 961 επ.: Μάζη, Χρονομεριστικές μισθώσεις σε ξενοδοχειακά ακίνητα (γνμδ.), ΝοΒ 1998, 316 επ.: Κοτρώνη, Η χρονομεριστική μίσθωση και συναφείς συμβάσεις διακοπών στην Οδηγία 2008/122/ΕΚ, ΕφΑΔ 2009, 25 επ. Ομοίως, για το ζήτημα της διάκρισης της ποινικής ρήτηρας από την κατ' αποκοπή αποζημίωση, την οποία (διάκριση) η σχολιαζόμενη, όπως και προηγούμενες αποφάσεις του ΑΠ (λ.χ. 845/2019, 2049/2017), δεν δέχεται, βλ. τις κριτικές αναπτύξεις του Χασάπη, Η προβληματική της διάκρισης της κατ' αποκοπή αποζημίωσης από την ποινική ρήτρα. Σκέψεις με αφορμή την απόφαση ΑΠ 2049/2017, ΧρΙΔ 2018, 544 επ. με περαιτέρω παραπομπές. 2. Το σημείο αυτό θα πρέπει να αναφέρεται στην απόφαση, διότι διαφορετικά γεννάται λόγος αναίρεσης, όπως δέχεται και η εδώ σχολιαζόμενη απόφαση, συντασσόμενη έτσι με προηγούμενη νομολογία. Βλ. λ.χ. ΑΠ 605/2010 ΧρΙΔ 2011, 263 επ. («Έτσι, όμως που έκρινε το Εφετείο, περιέλαβε στην απόφασή του ανεπαρκείς αιτιολογίες, ως προς την εξειδίκευση της έννοιας του προσήκοντος μέτρου της ποινής, εξαιτίας των οποίων καθίσταται ανέφικτος ο αναιρετικός έλεγχος, ως προς την ορθή ή όχι εφαρμογή της διατάξεως του άρθρου 409 ΑΚ, διότι, ειδικότερα: α) δεν καθορίζεται, με την προσβαλλόμενη απόφασή του, ποιος χρόνος λήφθηκε υπ' όψη από αυτό, ως προσδι-

δυσχερέστερη σε περιπτώσεις, όπως η εδώ κριθείσα, όταν η εκ των υστέρων μεταβολή των συνθηκών (π.χ. μια ριζική χρηματοοικονομική κρίση, οι διοικητικοί περιορισμοί, που εξαρτούν τη συνέχιση παροχής άδειας από συγκεκριμένη συμμόρφωση του διοικούμενου, για να έχει π.χ. ειδικό σήμα λειτουργίας), δηλαδή μετά τη συνομολόγηση της ποινικής ρήτρας και μάλιστα κατόπιν της παρέλευσης ικανού χρονικού διαστήματος, μπορεί να αλλάξει τη διάγνωση της δυσαναλογίας.

Για τον καθορισμό ποιο χρονικό σημείο είναι το ουσιώδες για τον δικαστή προτείνονται καταρχάς οι ακόλουθες λύσεις: ο χρόνος της συνομολόγησης της ρήτρας, της κατάπτωσής της, της άσκησης της αξίωσης από τον δανειστή και της (τελευταίας, αλλά πλέον δικονομικά μόνης) συζήτησης επ' ακροατηρίου. Οι απόψεις αυτές εδράζονται σε διάφορα επιχειρήματα.

Η πρώτη άποψη (χρόνος της συμφωνίας περί ποινικής ρήτρας)³ δεν βρίσκει ιδιαίτερη υποστήριξη, διότι, όταν ο δικαστής εξετάζει το εύλογο ύψος της ποινής σε ένα μεταγενέστερο χρονικό σημείο (μετά την κατάπτωση), αλλά πρέπει ταυτοχρόνως να αναχθεί σε ένα προγενέστερο σημείο (αυτό της συνομολόγησης), δεν έχει τη δυνατότητα να αξιολογήσει την ενδεχόμενη μεταβολή των συνθηκών, που έλαβε στο μεταξύ χώρα.

Άλλοι εκπρόσωποι της θεωρίας ανάγονται στον χρόνο κατάπτωσης της ρήτρας, από την οποία αυτή κατά βάση καθίσταται απαιτητή, διότι ο χρόνος συζήτησης της αγωγής μπορεί να εξαρτάται από τυχαία γεγονότα⁴. Τμήμα της θεωρίας ανάγεται στον χρόνο έγερσης της αξίωσης για καταβολή της ποινικής ρήτρας εκ μέρους του δανειστή (κατά βάση με άσκηση αγωγής)⁵. Κρατούσα, πάντως, σε νομολογία⁶ και επιστήμη⁷ είναι η άποψη ότι κρίσιμος για τη μείωση της ποινής είναι ο χρόνος της έκδοσης της οριστικής απόφασης του πρωτοβάθμιου δικαστηρίου, αλλά μπορεί να ληφθούν υπόψη και προγενέστερα γεγονότα, όπως ο χρόνος κατάρτισης προσυμφώνου. Ως χρόνος έκδοσης της απόφασης πρέπει να νοηθεί στην πραγματικότητα ο χρόνος της συζήτησης στο ακροατήριο ή, όταν η διαδικασία είναι μόνο γραπτή, ο χρόνος, στον οποίο λήγει η προθεσμία υποβολής των προτάσεων των διαδίκων, διότι αυτό είναι το τελευταίο βήμα, στο οποίο οι διάδικοι μπορούν να εισφέρουν τα πραγματικά περιστατικά πριν από την έκδοση της

οριστικής του υπερμέτρου της ποινής»· ΑΠ 1941/1986 ΝοΒ 1987, 1227 επ.: ΑΠ 50/1986 ΝοΒ 1986, 1240.

3. Τούσης, Ενοχικών Δικαιον, Α. Μέρους Γενικών (1973), σ. 411 υποσημ. 2: «Η δυσαναλογία της ποινής δέον να υφίσταται κατά τον χρόνο της κατατίσεως της συμβάσεως». Βλ. κριτική της θέσης αυτής από Bötticher, Wesen und Arten der Vertragsstrafe sowie deren Kontrolle, ZfA 1970, 3, 25.

4. Έτσι η Λιώση, Η αξίωση από την ποινική ρήτρα και η σχέση της με τις αξιώσεις εκπλήρωσης και αποζημίωσης (1993), σ. 157 επ., η οποία επισημαίνει ότι ήδη κατά τον χρόνο αυτόν έχουν εμφανισθεί όλα τα στοιχεία, που θεμελιώνουν τον δυσανάλογο χαρακτήρα της, έχει διαμορφωθεί το προσήκον – σύμφωνα με τις επιταγές της καλής πίστης – μέτρο και απλώς απαιτείται η δικαστική παρέμβαση για τη διάπλαση του μεγέθους της ποινής. Από τη γερμανική θεωρία βλ. Fuld, Die Vertragsstrafen nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch, SächsArch 9 (1899), 337, 345· Siber, Der Rechtszwang im Schuldverhältnis nach deutschem Reichsrecht (1903), σ. 152 επ.: Bötticher (υποσημ. 3), ZfA 1970, 3, 25. Βλ. και RG, απόφ. από 01.05.1912, Das Recht 1912, αρ. 1761.

5. Βλ. Sieg, Korrektur von Rechtsgeschäften durch den Prozessrichter, NJW 1951, 506, 508.

6. ΑΠ 1472/1984 ΝοΒ 1985, 1006· ΑΠ 340/1983 ΝοΒ 1983, 1579· ΑΠ 303/1982 ΝοΒ 1983, 45· ΑΠ 1525/1980 ΝοΒ 1981, 871· ΑΠ 920/1976 ΝοΒ 1977, 351· ΑΠ 407/1975 ΝοΒ 1975, 1172· ΕφΑθ 5669/2001 ΕλλΔνη 2002, 247· ΕφΑθ 10479/1999 ΕλλΔνη 2002, 1491· ΕφΑθ 6884/1990 ΕλλΔνη 1990, 1534.

7. Μπαλής, Ενοχικών Δικαιον κατά τον Κώδικα. Γενικό Μέρος (3^η έκδ. 1969), § 105 αρ. 4· Ταμπάκης, σε: ΑΚ Γεωργιάδη/Σταθόπουλου, Αστικός Κώδιξ, Ερμηνεία κατ' άρθρο, τόμ. ΙΙ, Γενικό Ενοχικό (1979), αρ. 409 αρ. 16· Ατσαλάκης, Παρατηρήσεις στην ΕφΘεσ 86/1953, Θ 1953, 621.

απόφασης⁸. Η τελευταία αυτή θέση εδράζεται στη λειτουργία του αρ. 409 ΑΚ (ή της αντίστοιχης § 343 γερμΑΚ) να διασφαλίσει έναν ευρύτερο έλεγχο της ρήτρας ως ειδικότερης διάταξης σε σύγκριση με τον γενικό κανόνα της καλής πίστης του αρ. 288 ΑΚ (ή της § 242 γερμΑΚ)⁹. Δεν απουσιάζει, τέλος, και η άποψη ότι πρέπει να αναγνωρισθεί στον δικαστή ένα ευρύτερο περιθώριο, στην ουσία μια διακριτική ευχέρεια να προσδιορίσει εκείνος τον κρίσιμο χρόνο, αφού ο ιστορικός νομοθέτης απέσχε από μια ρητή και σαφή λύση του προβλήματος¹⁰. Κατά την άποψη αυτή δεν πρέπει να αναγνωρισθεί σε καμία από τις προαναφερθείσες λύσεις αξιολογικό προβάδισμα. Ο δικαστής έχει την εξουσία να επιλέξει είτε τη μία είτε την άλλη λύση είτε έναν συνδυασμό των προτεινόμενων χρονικών σημείων¹¹.

Τα επιχειρήματα υπέρ κάθε πρότασης έχουν το δικό τους βάρος, αλλά τα αποτελέσματα, στα οποία καθεμία εξ αυτών άγει, είναι ορισμένες φορές προβληματικά. Ορθό είναι, πράγματι, να αναγνωρισθεί προβάδισμα στον χρόνο έκδοσης της απόφασης, χωρίς, όμως, ο χρόνος της κατάπτωσης να μείνει εκτός της προσοχής του δικαστή. Το χρονικό σημείο της επ' ακροατηρίου συζήτησης έχει το χαρακτηριστικό ότι τότε είναι διαθέσιμα όλα τα κριτήρια, τα οποία δύνανται να ληφθούν υπόψη από το δικαστήριο, ώστε

8. Η θέση αυτή είναι κρατούσα και στη γερμανική θεωρία. Βλ. σχετικά Schottländer, Die Vertragsstrafe nach dem BGB (Diss. Leipzig 1907), σ. 40 επ.: Hölder, Die richterliche Herabsetzung der Vertragsstrafe, Das Recht 1900, 161, 163 επ.: Oertmann, Bürgerliches Gesetzbuch, Zweites Buch, Recht der Schuldverhältnisse (3^η και 4^η έκδ. 1910), § 343 αρ. 2· Schollmeyer, Recht der Schuldverhältnisse, I. Hälfte, Allgemeiner Theil des Rechts der Schuldverhältnisse (§§ 241-432) (1900), § 343 αρ. 2 c· Gernhuber, Handbuch des Schuldrechts, Bd. VIII, Das Schuldverhältnis – Begründung und Änderung, Pflichten und Strukturen, Drittwirkungen (1989), § 34 IV 4· Gottwald, σε: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. III, Schuldrecht – Allgemeiner Teil II (8^η έκδ. 2019), § 343 αρ. 19· Rieble, σε: Staudinger, BGB-Kommentar, Buch 2. Recht der Schuldverhältnisse, §§ 328-345 (2020), § 343 αρ. 141· Steltmann, Die Vertragsstrafe in einem europäischen Privatrecht. Möglichkeiten einer Rechtsvereinheitlichung auf der Basis eines Rechtsvergleichs der Rechtsordnungen Deutschlands, Frankreichs, Englands und Schwedens (2000), σ. 145· M. Stürner, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Schuldvertragsrecht. Zur Dogmatik einer privatrechtsimmanenten Begrenzung von vertraglichen Rechten und Pflichten (2010), σ. 154. Βλ. και Chasapis, Die Herabsetzung der unverhältnismäßig hohen Vertragsstrafe. Ein Beispiel richterlichen Schutzeingriffs in Privatrechtsverhältnisse (2014), σ. 189 επ. Από τη νομολογία βλ. OLG München, απόφ. από 24.10.2018 - 20 U 2963/17, TNP juris.

9. Gernhuber (υποσημ. 8), § 34 IV 4.

10. Π. Φίλιος, Ενοχικό δίκαιο, Γενικό Μέρος (6^η έκδ. 2011), σ. 405. Βλ. επί τούτου το δεύτερο Σχέδιο του γερμΑΚ, ήτοι τα Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs im Auftrage des Reichs-Justizamts, bearbeitet von Achilles, Gebhard, Spahn, Bd. I, Allgemeiner Theil und Recht der Schuldverhältnisse, Abschn. I, Abschn. II Tit. I (1897), σ. 784: «Der Zeitpunkt der Vereinbarung könne nicht immer entscheidend sein. (...) Auch auf den Zeitpunkt der Verwirkung der Strafe könne es nicht unter allen Umständen ankommen. Es sei denkbar, daß der Schuldner in Folge der Nichterfüllung Vortheile gehabt habe, deren Nichtberücksichtigung bei Schätzung der zulässigen Höhe der Strafe zu unbilligen Ergebnissen führen könne. Daher werde der Richter häufig eine noch spätere Zeit, die der Klagerhebung oder des Urtheils zu Grunde legen müssen».

11. RG, απόφ. από 23.4.1932, HRR 1932 αρ. 1645· RG, απόφ. από 16.11.1906, RGZ 64, 291. Από τη γερμανική θεωρία βλ. Nirschl, Die Herabsetzung der Vertragsstrafe (Diss. Erlangen 1912), σ. 9 επ.: Janoschek, σε: Bamberger/Roth, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. I, §§ 1-610, CISG (3^η 2012), § 343 αρ. 9· Schaub, σε: Erman, Bürgerliches Gesetzbuch. Handkommentar, Bd. I (13^η έκδ. 2011), § 343 αρ. 4· Enneccerus/Lehmann, Recht der Schuldverhältnisse (15^η έκδ. 1958), § 37 υποσημ. 16.

αυτό να διακρίνει τη δυσαναλογία του ύψους της ποινικής ρήτρας. Το δικαστήριο, που κρίνει τη μείωση της ρήτρας ως δυσανάλογα μεγάλης, όπως δέχεται θεωρία και νομολογία, δεν λαμβάνει υπόψη του απλώς την ποινή με την αξία της αντιπαροχής, αλλά συνεκτιμά τα περιστατικά, που συντρέχουν σε κάθε συγκεκριμένη περίπτωση, δηλαδή (ενδεικτικά και όχι περιοριστικά) την έκταση της συμβατικής παράβασης του οφειλέτη, τον βαθμό του πταίσματός του, την ωφέλειά του από τη μη εκπλήρωση της παροχής, τα απώτερα επιβλαβή αποτελέσματα της αθέτησης, κάθε δικαιολογημένο συμφέρον του δανειστή (π.χ. να μην πληρωθεί ο κίνδυνος επανάληψης της παράβασης) και την οικονομική κατάσταση των μερών. Στο χρονικό αυτό σημείο είναι, επίσης, δυνατό να εκπληρωθεί αποτελεσματικά ο πρωταρχικός σκοπός της ποινικής ρήτρας, δηλαδή η άσκηση πίεσης στον οφειλέτη να εκπληρώσει την υποχρέωσή του ή γενικότερα να επιδείξει ορισμένη συμπεριφορά έναντι του δανειστή. Όπως καταδεικνύει και η σχολιαζόμενη απόφαση, κάποια εκ των κριτηρίων αυτών αναπτύσσουν την έντασή τους σταδιακά και σε βάθος χρόνου (λ.χ. η οικονομική κρίση, που επηρεάζει και την οικονομική κατάσταση των μερών). Οι συνέπειες της παράβασης του οφειλέτη για τα δύο μέρη και η βλαπτική για τον δανειστή κατάσταση, που διαμορφώνεται εξαιτίας της παράβασης, η οποία συνάμα επιφέρει και την κατάπτωση της ποινής, μπορούν να εξετασθούν μόνο με την πάροδο του χρόνου, αφού ο δικαστής διαθέτει πια τα αναγκαία πραγματικά δεδομένα τότε (δηλαδή στην επ' ακροατηρίου συζήτηση), ώστε να δυναθεί να κρίνει ποιο ύψος ποινής είναι πλέον εύλογο υπό την έννοια ότι ούτε τα συμφέροντα του δανειστή αφήνει απροστάτευτα ούτε τον οφειλέτη εξουθενώνει δραματικά. Μόνο τότε ο έλεγχος της αναλογικότητας του ύψους της ποινικής ρήτρας μπορεί να λάβει το μέγιστο δυνατό εύρος και να συμπεριλάβει όλα τα προαναφερθέντα κριτήρια, χωρίς να αφήνει εκτός προσοχής της δικαστικής κρίσης πραγματική εξέλιξη, που ενδεχομένως έλαβε χώρα στο διάστημα από τη συνολομολόγηση της και μέχρι τη διεξαγωγή του δικαστικού αγώνα.

Πίσω από τη σκέψη, που τάσσεται υπέρ του χρόνου της κατάπτωσης, κρύπτεται ο κίνδυνος διασάλευσης της ασφάλειας δικαίου, που απαιτεί ο καθορισμός ενός κρίσιμου χρονικού σημείου. Ο χρόνος κατάπτωσης δεν είναι πάντοτε διαγνώσιμος με σαφήνεια και ευχέρεια, όπως συνήθως συμβαίνει στην περίπτωση των πολλαπλών παραβάσεων των ασφαλιζόμενων με την ποινική ρήτρα υποχρεώσεων. Τούτο είναι ο κανόνας στις συμφωνίες μη ανταγωνισμού, οι οποίες για κάθε παράβαση προβλέπουν και κατάπτωση ποινής. Καθώς, λοιπόν, γεννάται αμφιβολία εάν κάθε πράξη ή παράλειψη του οφειλέτη αποτελεί αυτοτελή λόγο κατάπτωσης ή εντάσσεται σε ένα κοινό πραγματικό, που καταλήγει σε μια ενιαία κατάπτωση, δεν είναι εφικτό να προσδιορισθεί ένας χρόνος κατάπτωσης με απόλυτη νομική ασφάλεια και βεβαιότητα.

Εάν ακολουθηθεί η εδώ υποστηριζόμενη άποψη, καθίσταται πρόδηλο ότι τα μέρη μπορούν να προσκομίσουν τα πραγματικά περιστατικά, τα οποία στηρίζουν τους ισχυρισμούς τους, μέχρι το πέρας της συζήτησης επ' ακροατηρίου ανεξαρτήτως του χρόνου της κατάπτωσης. Ένα αντεπιχείρημα είναι, βέβαια, ότι ο δικαστής είναι έτσι αναγκασμένος να λάβει υπόψη του κατά τον χρόνο έκδοσης της απόφασης προγενέστερα γεγονότα. Ορθό είναι, ωστόσο, ότι η έννοια της αναλογικότητας πρέπει να κρίνεται και να μετράται κατά τον χρόνο της προβολής των πραγματικών ισχυρισμών. Στον πυρήνα του ελληνικού, όπως και του γερμανικού δικονομικού δικαίου εντοπίζεται η αρχή της συγκέντρωσης ή του άνευ επικουρίας δικάζεσθαι, κατά την οποία όλα τα μέσα επίθεσης και άμυνας των διαδίκων πρέπει να προτείνονται ήδη μέχρι το πέρας της (μόνης πλέον) συζήτησης στο ακροατήριο. Η αρχή αυτή αποβλέπει αφενός μεν να διευκολύνει τη συγκέντρωση όλου του διαγνωστέου υλικού ήδη κατά τη συζήτηση, ώστε το δικαστήριο εξαρχής να έχει πλήρη και σαφή εικόνα, που είναι απαραίτητη στο πλαίσιο του κατ'άρ. 236 ΚΠολΔ καθήκοντός του προς διασάφηση της υπόθεσης και τελικώς προς αναζήτηση της αντικειμενικής αλήθειας· αφετέρου δε αποβλέπει το σύστημα της προβολής όλων των μέσων επίθεσης ή άμυνας κατά τη συζήτηση στην αποφυγή της παρέλκυσης

των δικών, η οποία ασφαλώς θα ήταν αναπόφευκτη, εάν δεν συγκεντρώνονταν όλα τα αποδεικτέα γεγονότα σε μια διαδικασία, αλλά οι διάδικοι είχαν την ευχέρεια να προβάλλουν πραγματικούς ισχυρισμούς και να προσκομίζουν αποδεικτικά μέσα στο διηνεκές. Η σκέψη αυτή είναι ιδιαίτερος σημαντική, επειδή το (διαπλαστικό) δικαίωμα μείωσης της ποινικής ρήτρας ασκείται συνήθως με ένσταση του εναγόμενου οφειλέτη (αν όχι με αγωγή αυτού κατά του δανειστή), δηλαδή έχει έντονα δικονομικό χαρακτήρα (Gestaltungsklagerecht). Καθώς τα μέρη έχουν δικαίωμα να προβάλλουν νέους ισχυρισμούς, να επικαλούνται πραγματικά γεγονότα και να προσκομίζουν αποδεικτικά μέσα μέχρι τη συζήτηση (με τις προτάσεις τους και στις προθεσμίες, τις οποίες ο ΚΠολΔ ανάλογα με τη διαδικασία προβλέπει, δηλαδή είτε προ της συζήτησης είτε κατ' αυτήν), η εξέταση γεγονότων, που συνέτρεχαν αποκλειστικά μέχρι τον χρόνο κατάπτωσης της ποινής, θα περιέστελλε δραστικά τις δυνατότητες επίθεσης και άμυνας των διαδίκων, αφού θα άφηνε εκτός προσοχής γεγονότα, που εντωμεταξύ θα είχαν συμβεί (λ.χ. μεταβολή της περιουσιακής κατάστασης των μερών, απώτερες επιβλαβείς συνέπειες της αθέτησης, που οδήγησε στην κατάπτωση, σε βάθος χρόνου). Αλλά και το επιπλέον αντεπιχείρημα ότι δήθεν και ο χρόνος έκδοσης της απόφασης εξαρτάται από τυχαιότητα δεν μπορεί να γίνει δεκτό¹². Τυπικό, αν και πολυέριστο παράδειγμα αποτελεί ο προσδιορισμός του κρίσιμου χρόνου για τον υπολογισμό της ζημίας και της αποζημίωσης. Κρατεί τόσο στη νομολογία¹³ όσο και στη θεωρία¹⁴ η λεγόμενη δικονομική προσέγγιση, δηλαδή αυτή που αναγνωρίζει ως κρίσιμο χρόνο εκείνον της παροχής έννομης προστασίας, άρα της έκδοσης της δικαστικής απόφασης, που εντέλει ανάγεται στον χρόνο της πρώτης ή μόνης επ' ακροατηρίου συζήτησης¹⁵. Ακόμη και αν η λύση του εριζόμενου ζητήματος του προσδιορισμού του κρίσιμου χρόνου υπολογισμού της αποζημίωσης εκφεύγει των ορίων αυτού του σύντομου σχολιασμού, δεν μπορεί να παραβλεφθεί ότι η κρατούσα αυτή προσέγγιση παρέχει ένα επιχείρημα υπέρ του χρόνου έκδοσης της απόφασης. Εάν ληφθεί, μάλιστα, υπόψη ότι και η ποινική ρήτρα έχει ως ένα σημείο και ανορθωτικό-αποκαταστατικό χαρακτήρα, δεν δικαιολογείται η διαφορετική αντιμετώπιση των δύο μορφωμάτων¹⁶. Και οι δύο περιπτώσεις προσδιορισμού του ύψους (της αποζημίωσης και της ποινικής ρήτρας) συνδέονται με την εξουσία του δικαστή, ο οποίος διαθέτει την ευχέρεια να προβαίνει στον προσδιορισμό αυτόν μέχρι το πέρας της διαδικασίας. Προϋπόθεση της εφαρμογής του

12. Έτσι ο *Siber* (υποσημ. 4), σ. 152 επ.

13. Βλ. π.χ. ΟΛΑΠ 23/1994 ΕλλΔνη 1995, 577· ΑΠ 213/2017, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ· ΑΠ 144/2015, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ· ΑΠ 640/2014, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ· ΑΠ 1382/2011 ΝοΒ 2012, 673· ΑΠ 1401/2005 ΕλλΔνη 2006, 132· ΑΠ 44/1996 ΝοΒ 1997, 451· ΑΠ 38/1996 ΕλλΔνη 1997, 41· ΑΠ 1765/1988 ΝοΒ 1990, 624· ΑΠ 853/1983 ΕλλΔνη 1983, 1399· ΑΠ 485/1967 ΝοΒ 1968, 30.

14. Βλ. π.χ. *Μπαλή* (υποσημ. 7), § 31 3· *Ζέπο*, Ενοχικών Δίκαιον. Γενικών Μέρων, τόμ. Ι (2^η έκδ. 1955), σ. 295· *Απ. Γεωργιάδη*, Ενοχικό Δίκαιο. Γενικό Μέρος (2^η έκδ. 2015), § 11 αρ. 46· *Αστ. Γεωργιάδη*, Ενοχικό Δίκαιο. Γενικό Μέρος, τόμ. Ι (5^η έκδ. 2007), § 5 VI 1· *τον ίδιο*, Ο χρόνος υπολογισμού της ζημίας, σε: Τιμ. Τόμ. Γαζή (1994), σ. 111, 115 επ· *Σπυριδάκη*, Ενοχικό Δίκαιο. Γενικό Μέρος (2^η έκδ. 2018), σ. 287 επ.

15. Με τον Ν. 4335/2015 ο απώτατος χρόνος προσαγωγής πραγματικών ισχυρισμών και εγγράφων κατά κανόνα είναι ο χρόνος λήξης της προθεσμίας των εκατό (100) ημερών από την κατάθεση της αγωγής (άρ. 237 παρ. 1 ΚΠολΔ) τουλάχιστον στην τακτική διαδικασία ενώπιον των πρωτοβάθμιων δικαστηρίων. Πάντως, αυτή η δικονομική θέαση του ζητήματος βρίσκεται και αντίλογο. Έτσι, υποστηρίζονται και οι απόψεις, που αναζητούν λύση στο ουσιαστικό δίκαιο, θεωρώντας κρίσιμο είτε τον χρόνο επέλευσης της ζημίας [βλ. λ.χ. *Σταθόπουλο*, Γενικό Ενοχικό Δίκαιο (5^η έκδ. 2018), § 9 αρ. 22 επ.] είτε τον χρόνο πληρωμής της αποζημίωσης ή της τυχόν προγενέστερης αποκατάστασης της ζημίας [έτσι οι *Νίκας*, Ο κρίσιμος χρόνος υπολογισμού της ζημίας στις αδικοπραξίες, Αρμ 2001, 3 επ., 17 επ· *Π. Κορνηλάκης*, Ειδικό Ενοχικό Δίκαιο, τόμ. Ι (2^η έκδ. 2012), σ. 603 επ.].

16. Βλ. σχετικά *Χασάπη* (υποσημ. 1), ΧρΔ 2018, 544 επ.

άρ. 409 ΑΚ είναι η κατάπτωση της ποινής¹⁷. Τούτου δοθέντος και επιπλέον ότι η γραμματική διατύπωση της διάταξης χρησιμοποιεί ενεστώτα χρόνο («είναι δυσανάλογα μεγάλη», «μειώνεται ... από το δικαστήριο») υπονοείται μια σχέση πρωθύστερου, δηλαδή ότι ο δικαστής εξετάζει το δυσανάλογα μεγάλο ύψος σε μεταγενέστερο χρόνο από την κατάπτωσή της. Έτσι, ενδέχεται ορισμένα από τα ουσιώδη κριτήρια, όπως η βαρύτητα της παράβασης ή ο βαθμός του πταίσματος του οφειλέτη, να μπορούν να εξετασθούν κατά τη φύση τους μόνο μετά τη στιγμή της κατάπτωσης. Ο δικαστής υποχρεώνεται, εντέλει, να ενεργήσει έναν έλεγχο εκ των υστέρων (ex post), ο οποίος, όμως, δεν είναι άγνωστος στο ελληνικό δίκαιο (βλ. λ.χ. το άρ. 288 ΑΚ).

III. Ορθώς, επομένως, κατά την εδώ υποστηριζόμενη άποψη η σχολιαζόμενη απόφαση απέβλεψε στον χρόνο έκδοσης της οριστικής απόφασης του πρωτοβάθμιου δικαστηρίου, δηλαδή της συζήτησης, μετά την οποία αυτή εκδόθηκε, ανεξάρτητα από το αν, κατά τις περιστάσεις, λαμβάνονται υπόψη (αναδρομικά) περιστατικά αναγόμενα σε προγενέστερο χρόνο. Κατ' αυτόν τον τρόπο, επιφυλάσσεται στον δικαστή μια εξουσία ευρείας παρέμβασης στη σχέση ιδιωτικού δικαίου εκ της ποινικής ρήτηρας.

Χρήστος Σ. Χασάπης

Μεταδιδακτορικός ερευνητής Νομικής Σχολής Ε.Κ.Π.Α., LL.M.
(LMU München) – Δικηγόρος

Μονομελές Εφετείο Θράκης Αριθμ. 29/2021

Προεδρεύων: **Κ. Κουτσογεώργος**, Εφέτης
Δικηγόροι: **Δ. Μαυρομάτης – Χρ. Κούτρας**

Δικαιώματα αγοραστή ελαττωματικού πράγματος. Νομική φύση και περιεχόμενό τους. Έκταση της αξίωσης αποζημίωσης του αγοραστή. Προθεσμία άσκησης των δικαιωμάτων και των αξιώσεων του αγοραστή και χρόνος έναρξης αυτής. Αν έχει συνομολογηθεί ρήτρα εγγύησης της καλής κατάστασης και λειτουργίας του πράγματος (εμπορική εγγύηση), η ως άνω προθεσμία εκκινεί από το χρονικό σημείο εκδήλωσης του ελαττώματος, εφόσον αυτό εμπίπτει στο χρονικό διάστημα εγγυοδοτικής ευθύνης του πωλητή. Οι δευτερογενείς αξιώσεις που γεννώνται ως συνέπεια άσκησης του δικαιώματος υπαναχώρησης υπόκεινται στη συνήθη εικοσαετή παραγραφή, χωρίς να θεωρούνται παρεπόμενες κατά την έννοια του άρθρου 274 ΑΚ. Επιμήκυνση της προθεσμίας σε εικοσαετή επί δόλιας απόκρυψης του ελαττώματος εκ μέρους του πωλητή· έννοια δόλιας απόκρυψης. Ο ισχυρισμός του αγοραστή ότι συντρέχει επιμήκυνση της προθεσμίας άσκησης των δικαιωμάτων του αποτελεί αντένσταση στην ένσταση του πωλητή ότι ο εν λόγω χρόνος (παραγραφή ή αποσβεστική προθεσμία ανάλογα με τη φύση του δικαιώματος) έχει συμπληρωθεί.

Διατάξεις: ΑΚ 249, 274, 513, 522, 534, 535, 540, 547, 554, 556, 559· ΚΠολΔ 527 αρ. 4, 5

[...Από τις διατάξεις των άρθρων 513, 522, 534, 535, 540, 547 και 559 ΑΚ, προκύπτει, ότι σε περίπτωση πώλησεως κινητού πράγματος, το οποίο κατά το χρόνο της παραδόσεώς του από τον πωλητή στον αγοραστή δεν έχει τις συμφωνηθείσες ιδιότητες ή έχει πραγματικά ελαττώματα, παρέχεται στον αγοραστή το δικαίωμα να ζητήσει τη διόρθωση ή αντικατάσταση του πράγματος με άλλο, να μειώσει το τίμημα ή να υπαναχωρήσει από τη σύμβαση. Επιπλέον, εάν η έλλειψη συνομολογημένης ιδιότητας ή η ελαττωματικότητα του πράγματος οφείλεται

σε υπαιτιότητα του πωλητή, ο αγοραστής σωρευτικά, με τα ανωτέρω δικαιώματα δεν αποκλείεται να απαιτήσει αποζημίωση για τη ζημία, που δεν καλύπτεται από την άσκησή τους. Η αξίωση αποζημίωσης του αγοραστή καλύπτει κάθε ζημία που εμφανίζεται με την μορφή του θετικού διαφέροντος και του διαφυγόντος κέρδους και προκαλείται λόγω της πώλησης πράγματος ελαττωματικού ή στερούμενου της συνομολογημένης ιδιότητας. Επίσης, καλύπτεται και κάθε άλλη περαιτέρω ζημία που δεν αποδίδεται στην εκπλήρωση της παροχής, προκαλείται όμως εξαιτίας της επιβλαβούς επίδρασης της ελαττωματικότητας ή της έλλειψης συνομολογημένης ιδιότητας σε άλλα αγαθά του αγοραστή (βλ. Ρούσσο, σε: Παναγιώτη Παπανικολάου / Κλεάνθη Ρούσσο / Κωνσταντίνο Χριστοδούλου / Αντώνιο Καραμπάτσο, Το νέο δίκαιο της ευθύνης του πωλητή, αριθμ. 618-632, σελ. 438-451). [...] Το δικαίωμα υπαναχώρησης από τη σύμβαση της πώλησης είναι διαπλαστικό, ασκούμενο άτυπα με μονομερή δήλωση του δικαιούχου προς τον αντισυμβαλλόμενο, αλλά και με εξώδικη δήλωση, αγωγή, ανταγωγή, ένσταση, καθώς και με συμφωνία των μερών. Η ενέργεια της υπαναχώρησης είναι αναδρομική και προκαλεί την απόσβεση των αμοιβαίων υποχρεώσεων (άρθρο 389 επ. ΑΚ). Λόγω της υπαναχώρησης διαμορφώνεται μεταξύ των μερών μια σχέση εκκαθάρισης με περιεχόμενο την υποχρέωση του κάθε συμβαλλόμενου μέρους της σύμβασης πώλησης να αποδώσει την παροχή που έχει εκπληρωθεί. Περαιτέρω, από τις διατάξεις των άρθρων 554 και 555 εδ. α' ΑΚ προκύπτει, ότι τα δικαιώματα του αγοραστή λόγω πραγματικού ελαττώματος ή έλλειψης συνομολογημένης ιδιότητας παραγράφονται μετά την πάροδο πέντε ετών για τα ακίνητα και δύο ετών για τα κινητά, ενώ η παραγραφή αρχίζει από την παράδοση του πράγματος στον αγοραστή, χωρίς να ερευνάται το χρονικό σημείο που ο αγοραστής διέγινωσε ότι υφίσταται το ελάττωμα ή η έλλειψη της ιδιότητας. Η ανωτέρω έναρξη του χρόνου παραγραφής της ευθύνης συντελείται, εφόσον έχει εκτελεστεί η αποδιδόμενη με τον όρο εγγύησης σε σχέση με τα κινητά, υλική παράδοση (κατ' άρθρο 976 εδ. α' και β' ΑΚ), η οποία επιτρέπει στον αγοραστή να υποβάλλει σε εξέταση το αντικείμενο της σύμβασης και να αντιληφθεί το ελάττωμα ή την έλλειψη της ιδιότητας. Επομένως, ο αγοραστής που ασκεί δικαίωμα υπαναχώρησης ή μείωσης του τιμήματος με εξώδικη δήλωση είναι υποχρεωμένος να απευθύνει την τελευταία στον πωλητή εντός της προθεσμίας του άρθρου 554 ΑΚ. Η σκοπούμενη διάπλαση θα επέλθει, εφόσον ο αγοραστής είχε το αντίστοιχο δικαίωμα και σε περίπτωση αμφισβήτησης εκ μέρους του πωλητή η διαφορά θα κριθεί από το δικαστήριο μετά από άσκηση σχετικής αναγνωριστικής ή καταψηφιστικής αγωγής από τον αγοραστή ή από τον πωλητή. Οι ανωτέρω αγωγές δεν αποκλείεται να ασκηθούν, αφού παρέλθει η προθεσμία του άρθρου 554 ΑΚ. Στην περίπτωση όμως που ο αγοραστής ασκεί το δικαίωμα της υπαναχώρησης ή της μείωσης του τιμήματος με αγωγή, αυτή πρέπει να ασκηθεί εντός της πενταετίας για τα ακίνητα και της διετίας για τα κινητά (βλ. ΑΠ 560/2017 Νόμος). Ο ερμηνευτικός κανόνας της ρύθμισης του άρθρου 556 ΑΚ επιτρέπει την χρονική μετάθεση του σημείου έναρξης της προθεσμίας του άρθρου 554 ΑΚ, ώστε αυτό να συμπίπτει με το χρόνο εκδήλωσης των ελαττωμάτων, που εμφανίζονται εντός του διαστήματος κατά το οποίο ο πωλητής δήλωσε, ότι εγγυάται την κατάσταση και λειτουργία του πράγματος που πωλείται, εφόσον η δήλωση αυτή αποτέλεσε περιεχόμενο ειδικής εγγυοδοτικής σύμβασης μεταξύ του ως άνω εγγυώμενου και του αγοραστή. Υπό τους όρους αυτούς και στην περίπτωση αυτή κρίσιμος δεν είναι ο χρόνος κατά το οποίο ο αγοραστής αντιλήφθηκε το ελάττωμα ή την έλλειψη της συνομολογημένης ιδιότητας, άλλα το χρονικό σημείο που αυτό εκδηλώθηκε εντός της προθεσμίας ευθύνης (βλ. ΑΠ 874/2000 ΕλλΔνη 41, σελ. 1659). Η προθεσμία παραγραφής της ευθύνης του πωλητή ως προς τα διαπλαστικά δικαιώματα της μείωσης του τιμήματος και της υπαναχώρησης έχει χαρακτήρα αποσβεστικής προθεσμίας και

17. Βλ. Βαρελά, σε: Σύντομη Ερμηνεία Αστικού Κώδικα (ΣΕΑΚ), άρ. 1-946, τόμ Ι (2010), άρ. 409 αρ. 2.

ισχύει σε σχέση με το πρωτογενές δικαίωμα του αγοραστή για υπαναχώρηση λόγω της ύπαρξης των πραγματικών ελαττωμάτων ή έλλειψης συνομολογημένης ιδιότητας. Οι δευτερογενείς αξιώσεις του άρθρου 547 ΑΚ, που προέρχονται από την άσκηση του δικαιώματος της υπαναχώρησης, όπως είναι η απόδοση του τιμήματος υποβάλλονται στη συνήθη παραγραφή, εφόσον ασκήθηκε εμπρόθεσμα, κατά τα ανωτέρω, το πρωτογενές δικαίωμα της υπαναχώρησης, του οποίου η νόμιμη άσκηση προκαλεί την ανατροπή των εννόμων συνεπειών της σύμβασης της πώλησης, λόγω λύσης αυτής, ώστε να αναιρείται η νόμιμη αιτία παραμονής του τιμήματος στην περιουσία του πωλητή. Από τη διάταξη του άρθρου 274 ΑΚ προκύπτει, ότι η παραγραφή της κύριας αξίωσης, ισχύει και σε σχέση με τις παρεπόμενες σε αυτήν αξιώσεις, και αν δεν συμπληρώθηκε η παραγραφή που ισχύει γι' αυτές. Οι προϋποθέσεις εφαρμογής της διάταξης αυτής είναι να έχει παραγραφεί η κύρια αξίωση και να υφίστανται παρεπόμενες αξιώσεις υπό την έννοια ότι η διαμόρφωσή τους εξαρτάται από αυτήν. Οι δευτερογενείς αξιώσεις όμως του άρθρου 547 ΑΚ δεν υποβάλλονται στην παραπάνω ρύθμιση, διότι συνιστούν κύριες αξιώσεις προερχόμενες από την ενοχή που διαμορφώνεται λόγω της ανάγκης εκκαθάρισης της σύμβασης πώλησης που λύθηκε με τη νόμιμη άσκηση υπαναχώρησης (βλ. ΑΠ 663/2016 Νόμος). Σύμφωνα με το άρθρο 557 ΑΚ αποκλείεται η σύντομη παραγραφή της ευθύνης του πωλητή κατά το άρθρο 554 ΑΚ, εάν ο πωλητής απέκρυψε ή αποσιώπησε με δόλο το ελάττωμα ή την έλλειψη της συνομολογημένης ιδιότητας. Στην περίπτωση αυτή η παραγραφή είναι διάρκειας είκοσι ετών κατά τη γενική διάταξη του άρθρου 249 ΑΚ. Η γνώση του ελαττώματος ή της έλλειψης της συνομολογημένης ιδιότητας από τον πωλητή δεν αρκεί, αλλά απαιτείται και η έμπρακτη εκδήλωση του δόλου εκ μέρους του, με ενέργεια ή παράλειψη, η οποία συνιστά παραβίαση υποχρέωσης του πωλητή. Με την έννοια αυτή δόλια απόκρυψη εκδηλώνεται από τον πωλητή, ο οποίος κατά τον χρόνο μετάθεσης του κινδύνου στον αγοραστή, γνωρίζει ή βασίμως υποπτεύεται την εμφάνιση ουσιαστών ελαττωμάτων ή την έλλειψη της συνομολογημένης ιδιότητας που αγνοεί ο αντισυμβαλλόμενός του και χρησιμοποιεί μεθόδους που δεν επιτρέπουν στον τελευταίο να αντιληφθεί ορθά την κατάσταση. Δόλια αποσιώπηση είναι η παράλειψη παροχής της σχετικής πληροφόρησης που παραβιάζει την επιβαλλόμενη από τη συναλλακτική καλή πίστη υποχρέωση ανακοίνωσης του πωλητή (βλ. ΑΠ 177/2012 Νόμος). Οι ισχυρισμοί, με τους οποίους προβάλλεται ότι υφίσταται περίπτωση μετάθεσης του χρονικού σημείου έναρξης της προθεσμίας ευθύνης του πωλητή εξαιτίας συνδρομής των όρων που θέτει ο ερμηνευτικός κανόνας που περιέχεται στη ρύθμιση του άρθρου 556 ΑΚ ή προβάλλεται ότι σύμφωνα με το άρθρο 557 ΑΚ συντρέχει νόμιμος λόγος εφαρμογής του άρθρου 249 ΑΚ, διαμορφώνουν το περιεχόμενο σχετικής αντένστασης του αγοραστή, την οποία επιβάλλεται να προτείνει αυτός έναντι της προβαλλόμενης από τον πωλητή ένστασης ότι συμπληρώθηκε ο χρόνος της ως άνω προθεσμίας. [...]

Με τον σχετικό λόγο έφεσης προβάλλεται ότι το πρωτοβάθμιο Δικαστήριο έσφαλε, διότι απέρριψε την αγωγή λόγω παραγραφής της αξίωσης, ενώ συνέτρεχε νόμιμος λόγος χρονικής μετάθεσης της έναρξης αλλά και διαδοχικής διακοπής της προθεσμίας παραγραφής της ευθύνης του πωλητή κατά την περίοδο ισχύος της υφιστάμενης εγγυοδοτικής σύμβασης διάρκειας 36 μηνών, κατά την οποία ο ενάγων και ήδη εκκαλών αντιλαμβανόταν τα διάφορα ελαττώματα του οχήματος και ενήμερων σχετικά τους εναγομένους σε χρονικά σημεία που μνημονεύονται εκ μέρους του ιδίου. Ο ισχυρισμός που προβάλλεται με τον ανωτέρω λόγο έφεσης κατά το μέρος αυτού με το οποίο ο εκκαλών επικαλείται ότι συντελέστηκε μετάθεση της έναρξης προθεσμίας παραγραφής με αναγωγή στα χρονικά σημεία που ο ίδιος αντιλήφθηκε τα ελαττώματα και ενημέρωσε του εναγομένους είναι απορριπτέος προεχόντως ως μη

νόμιμος, διότι εκτέθηκε σχετικώς στην προηγούμενη νομική σκέψη, ότι η μεταγενέστερη έναρξη της ως άνω προθεσμίας συνδέεται με τον χρόνο εκδήλωσης των ελαττωμάτων κατά τη διάρκεια της σύμβασης εγγυοδοσίας, ανεξαρτήτως του χρονικού σημείου κατά το οποίο τα αντιλήφθηκε ο αγοραστής. Όπως όμως εκτίθεται ειδικώς στην ιστορική βάση της αγωγής τα επικαλούμενα ελαττώματα και η προβαλλόμενη έλλειψη συνομολογημένης ιδιότητας συνέτρεχαν κατά το χρόνο παράδοσης του οχήματος και ανάγονται στον τρόπο κατασκευής αυτού. Υπό τους όρους αυτούς αποκλείεται η χρονική μετάθεση της έναρξης της προθεσμίας παραγραφής της ευθύνης σε χρονικό σημείο μεταγενέστερο της παράδοσης του οχήματος. Περαιτέρω, απορριπτέος ως μη νόμιμος είναι ο ίδιος λόγος έφεσης κατά το μέρος του με το οποίο προβάλλεται ότι έχει συντελεστεί διαδοχική διακοπή του χρόνου παραγραφής της ευθύνης του πωλητή δεδομένου ότι, όπως αναπτύχθηκε στο σχετικό τμήμα της προηγούμενης νομικής σκέψης, η σύμβαση εγγυοδοσίας που παρέχεται από τον πωλητή δεν συνδέεται με κάποια προκαλούμενη κατά την διάρκεια αυτής διακοπή της προθεσμίας παραγραφής της ευθύνης αυτού, αλλά με την μετάθεση του χρονικού σημείου έναρξης αυτής σε σχέση με τα συγκεκριμένα ελαττώματα και τις ελλείψεις συμφωνημένης ιδιότητας που εμφανίστηκαν κατά την διάρκειά της.

Με τον αντίστοιχο λόγο έφεσης προβάλλεται ότι συντρέχει περίπτωση διακοπής της παραγραφής λόγω αναγνώρισης της αξίωσης από τους εναγομένους, με τους οποίους ο ενάγων και ήδη εκκαλών μέχρι τον Δεκέμβριο του έτους 2007 επικοινωνούσε και αυτοί επιχειρούσαν να άρουν τα ελαττώματα. Από την έρευνα των δικογράφου των προτάσεων και της προσθήκης-αντίκρουσης που εκ μέρους του ενάγοντος και ήδη εκκαλούντος κατατέθηκαν ενώπιον του πρωτοβαθμίου δικαστηρίου προκύπτει, ότι η σχετική ένσταση διακοπής της παραγραφής λόγω αναγνώρισης της αξίωσης δεν προβλήθηκε ενώπιον του πρωτοβαθμίου δικαστηρίου. Περαιτέρω, στον εξεταζόμενο λόγο έφεσης δεν προβάλλεται ότι συντρέχει κάποια από τις περιπτώσεις του άρθρου 527 αριθμ. 4 ή 5 ΚΠολΔ ώστε να προβληθεί παραδεκτώς ενώπιον του παρόντος δικαστηρίου ο ως άνω νέος ισχυρισμός. Συνακόλουθα, ο ανωτέρω ισχυρισμός και ο λόγος έφεσης που τον περιέχει θα πρέπει να απορριφθεί ως απαραδέκτως προβαλλόμενος.

Με τον προβαλλόμενο σχετικώς πρόσθετο λόγο έφεσης ισχυρίζεται ο εκκαλών ότι το πρωτοβάθμιο δικαστήριο έσφαλε, διότι απέρριψε την αγωγή σε σχέση με την βάση που ανάγεται στη έλλειψη της συνομολογημένης ιδιότητας με την αιτιολογία που αναφέρεται στην εκκαλούμενη απόφαση σύμφωνα με την οποία αναφέρεται ότι: «Σημειώνεται ότι η έλλειψη συνομολογημένης ιδιότητας, ως προς την υποδύναμη του πωληθέντος αυτοκινήτου, δεν επιστηρίζει αυτοτελή αγωγική βάση ή αξίωση αλλά έχει αμιγώς διηγηματικό χαρακτήρα, καθώς δεν προσδιορίζεται συγκεκριμένη ζημία του ενάγοντος εξ αυτής ούτε κατά μείζονα λόγο συγκεκριμένη αξίωση αποτιμητή σε χρήμα με βάση αυτήν». Όμως προκύπτει από όσα αναπτύχθηκαν στην αντίστοιχο τμήμα της προηγούμενης νομικής σκέψης, ότι σε κάθε περίπτωση η συνδρομή πραγματικών ελαττωμάτων και ελλείψεων συνομολογημένων ιδιοτήτων, διαμορφώνει το συγκεκριμένο περιεχόμενο μιας ενιαίας βάσης της αγωγής, με την οποία προβάλλεται η συνδρομή της αντιστοίχου περιεχομένου ευθύνης του πωλητή λόγω της επικαλούμενης παραβίασης εκ μέρους του της σχετικής υποχρέωσης εκπλήρωσης της σύμβασης πώλησης. Υπό την ανωτέρω έννοια η ανωτέρω αναφορά της εκκαλούμενης δεν αποτελεί διάταξη με την οποία απορρίπτεται κάποια αυτοτελής βάση της αγωγής. Συνακόλουθα, ο σχετικώς προβαλλόμενος πρόσθετος λόγος έφεσης είναι απορριπτέος ως προβαλλόμενος αλυσιτελώς.

Εξάλλου η αγωγή κατά το μέρος της που μεταβιβάζεται ενώπιον του παρόντος δικαστηρίου, με το οποίο προβάλλεται αξίωση καταβολής αποζημίωσης ύψους 240,30 ευρώ που κα-

ταβλήθηκε ως αμοιβή για την σύνταξη τεχνικής έκθεσης από τον Κ.Κ. και 1800 ευρώ λόγω καταβολής ετησίως 300 ευρώ για την μίσθωση χώρου φύλαξης του οχήματος κατά την περίοδο των ετών 2009 έως 2014 είναι απορριπτέα ως μη νόμιμη, διότι οι σχετικές δαπάνες δεν αποτελούν θετικό διαφέρον ή διαφυγόν κέρδος αναγόμενο στην εκπλήρωση της σύμβασης από τον πωλητή, ούτε προέρχονται από προσβολές αγαθών προερχόμενες από την ελαττωματικότητα του οχήματος και την έλλειψη συνομολογημένης ιδιότητας αυτού. Υπό την έννοια αυτή οι δαπάνες αυτές σύμφωνα με όσα εκτέθηκαν στο σχετικό τμήμα την νομική σκέψης δεν διαμορφώνουν το περιεχόμενο της προβαλλόμενης αξίωσης αποζημίωσης του αγοραστή λόγω της επικαλούμενης παραβίασης της σύμβασης από τον πωλητή. Δεδομένου ότι το πρωτοβάθμιο Δικαστήριο έκρινε νόμιμη την αγωγή κατά μέρος της αυτό και ακολούθως απέρριψε αυτή ως αβάσιμη από ουσιαστική άποψη λόγω παραγραφής της αξίωσης του ενάγοντος δεν συντρέχει περίπτωση αντικατάστασης των αιτιολογιών, αφού μεταβάλλεται η έκταση του δεδικασμένου. Συνακόλουθα, εφόσον η διάγνωση στην οποία καταλήγει το Δικαστήριο είναι επωφελέστερη για τον ενάγοντα θα πρέπει να γίνει δεκτή η έφεση, χωρίς ειδικό παράπονο και να εξαφανιστεί η εκκαλούμενη απόφαση κατά το ως άνω μέρος της που απέρριψε την αγωγή. Ακολούθως, πρέπει, αφού κρατηθεί η υπόθεση από το παρόν Δικαστήριο και ερευνηθεί η υπ' αριθμ. [...] /2015 αγωγή κατά το ως άνω μέρος της που απορρίφθηκε ως αβάσιμη από ουσιαστική άποψη, να απορριφθεί αυτή ως μη νόμιμη...]

ΕΙΔΙΚΟΙ ΑΣΤΙΚΟΙ ΝΟΜΟΙ

Άρειος Πάγος (Ολομέλεια) Αριθμ. 6/2020

Πρόεδρος: Ιωσ. Τσαλαγανίδης, Πρόεδρος ΑΠ
Εισηγήτρια: Αγγ. Τζαβάρα, Αρεοπαγίτης
Δικηγόροι: Στ. Σταματόπουλος, Π. Στήνιος – Ευ. Κατσιγιάννη

Ομολογιακά δάνεια. Η προσωπική αμοιβή του έμμισθου ή άμισθου υποθηκοφύλακα για την εγγραφή υποθήκης ή προσημείωσης υποθήκης που ασφαρίζει απαίτηση από ομολογιακό δάνειο οποιασδήποτε κατηγορίας εμπεριέχεται (και περιορίζεται) στα νόμιμα πάγια τέλη ύψους 100 ευρώ· επιπλέον αναλογικά τέλη δεν εισπράττονται.

Άμισθοι υποθηκοφύλακες. Τρόπος επιμερισμού και εκκαθάρισης των εισπραττόμενων από αυτούς πάγιων και αναλογικών τελών. Αν μεταξύ των εισπραχθέντων και υπό εκκαθάριση τελούστων δικαιωμάτων περιλαμβάνεται και αχρεώστητο κονδύλιο, το ποσό αυτό περιέρχεται στην περιουσία του υποθηκοφύλακα και συνεπώς είναι αποδοτέο κατά τις διατάξεις του αδικαιολόγητου πλουτισμού στον καταβαλόντα από τον ίδιο τον υποθηκοφύλακα, ο οποίος θεωρείται ως πλούτισας χωρίς την παρεμβολή της περιουσίας του Δημοσίου. Ο προσδιορισμός του μέρους του αχρεωστήτως εισπραχθέντος ποσού που αποδόθηκε στο Δημόσιο και εκείνου που παρέμεινε στον υποθηκοφύλακα για την κάλυψη της αμοιβής του και των λοιπών υποχρεώσεων λειτουργίας του Υποθηκοφυλακείου του είναι ζήτημα πραγματικό, εξεταζόμενο στο πλαίσιο της έρευνας ισχυρισμού του εναγομένου-υποθηκοφύλακα περί μη διάσωσης του πλουτισμού του.

Αναίρεση. Εξουσίες του δικαστηρίου της παραπομπής ανάλογα με την έκταση της αναίρεσης. Αν το δικαστήριο εξετάσει μεν, ενώ δεν έπρεπε, κεφάλαιο της προσβαλλόμενης απόφασης που δεν αναιρέθηκε, η απόφασή του όμως δεν διαφέρει από την απόφαση του δευτεροβάθμιου δικαστηρίου που παράγει δεδικασμένο, δεν υφίσταται έννομο συμφέ-

ρον επίκλησης του λόγου αναίρεσης του άρθρου 559 αρ. 16 ΚΠολΔ.

Αδικαιολόγητος πλουτισμός. Δομή του κανόνα του άρθρου 904 ΑΚ. Προϋποθέσεις θεμελίωσης της αξίωσης, ιδίως επί αλυσίδας πλουτισμών.

Διατάξεις: ΚΠολΔ 332, 559 αρ. 16· ΑΚ 904 επ· ν. 3156/2003· άρθρ. 56 κ.δ. 19/23.7.1941

[...Κατά το άρθρο 579 παρ. 1 ΚΠολΔ, αν αναιρεθεί η απόφαση, οι διάδικοι επανέρχονται στην κατάσταση που υπήρχε πριν από την απόφαση που αναιρέθηκε και η διαδικασία πριν από την απόφαση αυτή ακυρώνεται μόνον εφόσον στηρίζεται στην παράβαση, για την οποία έγινε δεκτή η αναίρεση, κατά δε το άρθρο 581 παρ. 1 και 2 του ίδιου Κώδικα, στο δικαστήριο της παραπομπής η υπόθεση εισάγεται και συζητείται με κλήση, μέσα στα όρια που διαγράφονται με την ανααιρετική απόφαση και αφού κατατεθούν προτάσεις κατά το άρθρο 524 παρ. 1 εδ. β'. Παράλληλα, κατά τη διάταξη του άρθρου 580 παρ. 3 του ΚΠολΔ, αν ο Άρειος Πάγος αναιρέσει την απόφαση για οποιονδήποτε άλλο λόγο, εκτός από εκείνους που αναφέρονται στις παρ. 1 και 2 (δηλαδή για υπέρβαση δικαιοδοσίας ή παράβαση των διατάξεων των σχετικών με την αρμοδιότητα), παραπέμπει την υπόθεση για περαιτέρω εκδίκαση σε άλλο δικαστήριο ισόβαθμο και ομοειδές προς εκείνο το οποίο εξέδωσε την απόφαση που αναιρέθηκε ή στο ίδιο, αν είναι δυνατή η σύνθεσή του από άλλους δικαστές. Αν, όμως, αναιρεθεί η απόφαση του τελευταίου αυτού δικαστηρίου, δικάζει αυτός την ουσία της υπόθεσης. Στην περίπτωση αυτή η υπόθεση εισάγεται με κλήση στο ίδιο τμήμα. Από τις διατάξεις αυτές προκύπτει ότι η αναίρεση της απόφασης και επομένως και η εξαφάνισή της μπορεί να είναι ολική ή μερική, Τούτο θα εξαρτηθεί από το κατά πόσο έχουν προσβληθεί όλα ή κάποια από τα περισσότερα κεφάλαια αυτής. Ειδικότερα, η απόφαση αναιρείται κατά το μέτρο παραδοχής της αναίρεσης, δηλαδή κατά τα κεφάλαια (αιτήσεις παροχής έννομης προστασίας), τα οποία αφορά ο δεκτός γενόμενος λόγος αναίρεσης, καθώς και εκείνα που συνάπτονται αρρήκτως προς τα αναιρεθέντα. Η έκταση αυτή της αναίρεσης προκύπτει από το συγκεκριμένο περιεχόμενο της ανααιρετικής αποφάσεως, κατισχύει κάθε αντίθετης γενικής διατυπώσεως αυτής και μάλιστα του τυχόν χαρακτηρισμού της από αυτήν της εκτάσεως της αναίρεσης της προσβαλλόμενης αποφάσεως ως ολικής. Επομένως, στο δικαστήριο της παραπομπής η υπόθεση συζητείται μέσα στα όρια που διαγράφονται με την ανααιρετική απόφαση. Αν η απόφαση αναιρεθεί μερικώς, ως προς ορισμένο μόνο κεφάλαιο της όλης δίκης, τότε μόνο ως προς αυτό εξαφανίζεται η απόφαση και η εξουσία του δικαστηρίου της παραπομπής δεν εκτείνεται στα άλλα κεφάλαια, ως προς τα οποία διατηρείται το δεδικασμένο της απόφασης, το οποίο λαμβάνεται υπόψη και αυτεπαγγέλτως από το δικαστήριο, εκτός από τα κεφάλαια που συνδέονται, αρρήκτως με τα αναιρεθέντα, οπότε συναναιρούνται και αυτά. Συνακόλουθα τούτων, το δικαστήριο της παραπομπής δεν μπορεί να εξετάσει λόγους εφέσεως, που αναφέρονται στα λοιπά κεφάλαια, ως προς τα οποία δεν αναιρέθηκε η απόφαση, διότι διαφορετικά θα προσέβαλε το δεδικασμένο, το οποίο, όπως προαναφέρθηκε, λαμβάνεται υπόψη από το δικαστήριο αυτεπαγγέλτως, κατά το άρθρο 332 ΚΠολΔ. Ωσαύτως, όταν η απόφαση αναιρέθηκε εν μέρει, οπότε κατά το μέρος, κατά το οποίο δεν αναιρέθηκε παράγει δεδικασμένο, εάν το δικαστήριο της παραπομπής εξετάσει εκ νέου και το κεφάλαιο, ως προς το οποίο δεν αναιρέθηκε η απόφαση, παραβιάζει το δεδικασμένο της απόφασης αυτής κατά τη θετική του λειτουργία, αν κρίνει διαφορετικά από την υφιστάμενη από το δεδικασμένο δέσμευση, οπότε ιδρύεται ο προβλεπόμενος από τη διάταξη του άρθρου 559 αριθ. 16 ΚΠολΔ λόγος, διότι κατά παράβαση του νόμου δέχτηκε ότι δεν υπάρχει δεδικασμένο. Αν, όμως, ως προς το κεφάλαιο αυ-

τό η απόφαση του δικαστηρίου της παραπομπής δεν διαφέρει από την προηγούμενη απόφαση, οπότε κατ' αποτέλεσμα έγινε σεβαστό το δεδικασμένο κατά τη θετική του λειτουργία, δεν υπάρχει έννομο συμφέρον προς επίκληση λόγου αναιρέσης από το άρθρο 559 αριθ. 16 του ΚΠολΔ, παρότι παραβιάστηκε η αρνητική λειτουργία του δεδικασμένου. [...]

Ήδη, με τον πρώτο λόγο της αίτησής του, ο αναιρεσείων, υπό την επίκληση του άρθρου 559 αρ. 16 ΚΠολΔ, αποδίδει στην προσβαλλόμενη απόφαση την πλημμέλεια της παρά το νόμο αναγνώρισης ισχύος δεδικασμένου σε ολικώς αναιρεθείσα τελεσίδικη απόφαση, επειδή, κατά τους ισχυρισμούς του, ενώ η αναίρεση της 2864/2013 εφετειακής απόφασης, δυνάμει της ΑΠ 1204/2015, υπήρξε ολική, ώστε αυτή απώλεσε την ισχύ δεδικασμένου, με την οποία ήταν εξοπλισμένη, το Εφετείο, ως Δικαστήριο παραπομπής, με την προσβαλλόμενη απόφασή του, έκρινε ότι: «... Κατά την επανεκδίκαση της εφέσεως οι διατάξεις που δεν αναιρέθηκαν διατηρούν την ισχύ τους και δεσμεύουν το δικαστήριο της παραπομπής, διότι υπάρχει δεδικασμένο που δεν ανατράπηκε με την αναίρεση, από την ήδη αμετάκλητη απόφαση του Δικαστηρίου αυτού και τα κεφάλαια της διαφοράς που αντιστοιχούν σ' αυτές δεν εξετάζονται...», υπολαμβάνοντας εσφαλμένα ότι πρόκειται περί μερικής αναίρεσης και ως εκ τούτου, παρέλειψε να ερευνήσει (άλλως σιωπηρώς δέχτηκε), πρωτίστως τη συνδρομή δικαιοδοσίας των πολιτικών δικαστηρίων για την εκδίκαση της ένδικης διαφοράς, υπεισερχόμενο απευθείας, ως μη ειδικού, στην έρευνα της ουσίας της υπόθεσης, υπολαμβάνοντας επίσης εσφαλμένα ότι εξακολουθεί να είναι εξοπλισμένο με ισχύ δεδικασμένου, μεταξύ άλλων, και το σκέλος της αναιρεθείσας 2864/2013 απόφασης του Εφετείου Αθηνών, με την οποία είχε κριθεί, ότι «η ένδικη διαφορά δεν υπάγεται στη δικαιοδοσία των τακτικών διοικητικών δικαστηρίων, αλλά στη δικαιοδοσία των πολιτικών δικαστηρίων». Ο λόγος αυτός αναίρεσης είναι απαράδεκτος ως επί ανακριβούς προϋποθέσεως, καθόσον, ανεξαρτήτως του ότι στην προσβαλλόμενη απόφαση δεν γίνεται οποιαδήποτε μνεία περί υπάρξεως δεδικασμένου από την 2864/2013 απόφαση του Εφετείου Αθηνών για τη δικαιοδοσία των πολιτικών δικαστηρίων προς εκδίκαση της προκείμενης υπόθεσης, με την ανωτέρω απόφαση του Αρείου Πάγου δεν αναιρέθηκε η εν λόγω απόφαση του Εφετείου (2864/2013) κατά το μέρος που είχε απορρίψει τη σχετική περί ελλείψεως δικαιοδοσίας των πολιτικών δικαστηρίων ένσταση του εναγομένου (ήδη αναίρεσέοντος), καθώς και κατά το κεφάλαιο αυτής που δέχτηκε την ένδικη αγωγή της αναίρεσίβλητης σε βάρος του (εναγομένου), αφού ο τελευταίος δεν την προσέλαβε με αντίστοιχη αίτηση αναίρεσης. Επομένως, η απόφαση αυτή κατά το μη αναιρούμενο μέρος της, όπως είναι και το δικονομικό ζήτημα της δικαιοδοσίας των πολιτικών δικαστηρίων, που έκρινε οριστικά σε σχέση με το μη προσβαλλόμενο ουσιαστικό αντικείμενο της δίκης, κατέστη αμετάκλητη, παράγονσα αντίστοιχο δεδικασμένο με συνέπεια, εάν το δικαστήριο της παραπομπής ήθελε εξετάσει εκ νέου και τα κεφάλαια, ως προς τα οποία δεν αναιρέθηκε η προηγούμενη απόφαση, θα παραβίαζε το δεδικασμένο της απόφασης αυτής κατά τη θετική του λειτουργία, αν έκρινε διαφορετικά από την υφιστάμενη από το δεδικασμένο δέσμευση, σύμφωνα με όσα έχουν εκτεθεί στην ανωτέρω μείζονα σκέψη της παρούσας. [...]

Κατά το άρθρο 904 εδ. α' του ΑΚ, όποιος έγινε πλουσιότερος χωρίς νόμιμη αιτία από την περιουσία ή με ζημία άλλου, έχει υποχρέωση να αποδώσει την ωφέλεια, ενώ κατά το εδ. β' του ίδιου άρθρου, η υποχρέωση αυτή γεννιέται ιδίως σε περίπτωση παροχής αχρεώστητης, δηλαδή εκείνης που επέρχεται χωρίς δόση ανταλλάγματος από τον λήπτη και που δεν μπορεί να στηριχθεί σε ισχυρή σύμβαση, δικαιολογούσα τον πλουτισμό, ούτε σε νόμιμη υποχρέωση. Έτσι, η έννοια της γενικής απαιτήσεως ή ρήτρας από τον αδικαιολόγητο πλουτισμό, προκύπτει από τη διάταξη του πρώτου εδαφίου του άρθρου 904

ΑΚ, ενώ στο δεύτερο εδάφιο του ίδιου άρθρου σημειώνονται ενδεικτικώς ορισμένες ειδικές από τον αδικαιολόγητο πλουτισμό απαιτήσεις, με τη μορφή παραλλαγών της άνω γενικής απαιτήσεως, οι οποίες δεν έχουν σημασία, παρά μόνο για τα όρια εφαρμογής των ειδικών διατάξεων των άρθρων 905 έως 907 και 909, 911, 912 του ΑΚ. Κατά την ως άνω διάταξη, προϋποθέσεις αξίωσης αδικαιολόγητου πλουτισμού είναι: α) ο πλουτισμός του υπόχρεου, β) η επέλευση του πλουτισμού από την περιουσία ή με ζημία του άλλου, γ) αιτιώδης συνάφεια μεταξύ πλουτισμού και ζημίας (επιβάρυνσης), έτσι ώστε το ένα να αποτελεί την αιτία του άλλου, και δ) η έλλειψη νόμιμης αιτίας. Συνακόλουθα τούτων, βασική προϋπόθεση της απαίτησης από αδικαιολόγητο πλουτισμό είναι η ύπαρξη άμεσης περιουσιακής μετακίνησης μεταξύ του πλουτισμού του λήπτη και της ζημίας άλλου, δηλαδή για να στηριχθεί αγωγή από αδικαιολόγητο πλουτισμό, πρέπει να υφίσταται άμεση αιτιώδης συνάφεια μεταξύ της παροχής ή της ζημίας του εναγόντος και του πλουτισμού του εναγομένου, η οποία δεν υφίσταται στην περίπτωση που παρεμβάλλεται και άλλη, τρίτη περιουσία, υπό την έννοια ότι η περιουσιακή μετακίνηση πρέπει να πραγματοποιείται από την περιουσία του ζημιωθέντος στην περιουσία του πλουτισάντος, χωρίς την παρεμβολή τρίτου προσώπου, που να ενεργεί για δικό του λογαριασμό. Επιπλέον, πρέπει να υφίσταται αιτιώδης συνάφεια μεταξύ του πλουτισμού του εναγομένου και της ζημίας του εναγόντος και να μην υφίσταται νόμιμη αιτία της περιουσιακής μετακινήσεως. Στερείται δε νόμιμης αιτίας και επομένως είναι αδικαιολόγητος ο πλουτισμός που δεν καλύπτεται από έγκυρη βούληση του ζημιωθέντος ή κατ' εξαίρεση από τη θέληση του νομοθέτη, συναγόμενη σαφώς από συγκεκριμένες διατάξεις ή και από το γενικότερο πνεύμα του νόμου, ενώ νόμιμη αιτία δικαιολόγησης του πλουτισμού, εκτός από τη βούληση του ζημιωθέντος ή του νομοθέτη, είναι και το αντάλλαγμα που τυχόν παρέχει ο λήπτης του πλουτισμού, δηλαδή η οικονομική θυσία του έναντι του αποκτήσαντος πλουτισμού, η οποία, αν είναι ισάξια μ' αυτόν, ανταποκρίνεται πλήρως στην εξισωτική αποστολή του θεσμού του αδικαιολόγητου πλουτισμού. Επίσης, κατά την έννοια της παραπάνω διατάξεως, στην περίπτωση της λεγομένης αλυσίδας πλουτισμών, η οποία υφίσταται στις περιπτώσεις αλληπάλληλων μεταβιβάσεων του πλουτισμού από τον πρώτο λήπτη σε δεύτερο κ.ο.κ., όταν και οι δύο μεταβιβάσεις, μεταξύ του πρώτου και του δεύτερου και του δεύτερου και του τρίτου, είναι αδικαιολόγητες, ο αρχικός μεταβιβάσας έχει αξίωση κατά του τελικώς αποκτήσαντος, καθόσον ζημιωθείς και πλουτίσας και συνεπώς δανειστής και οφειλέτης της αξίωσης αδικαιολόγητου πλουτισμού είναι τα δύο αυτά πρόσωπα αντίστοιχα. Δηλαδή, νέος οφειλέτης στις περιπτώσεις αυτές καθίσταται ο περαιτέρω λήπτης που δεν έχει να επιδείξει νόμιμη αιτία στο πρόσωπό του για διατήρηση του πλουτισμού. Εξάλλου, κατά τη διάταξη του άρθρου 1 παρ. 1 εδ. α' του ν. 3156/2003: «Ομολογιακό είναι το δάνειο που εκδίδεται από ανώνυμη εταιρία που εδρεύει στην Ελλάδα (εκδότρια) και διαιρείται σε ομολογίες, οι οποίες αντιπροσωπεύουν δικαιώματα των ομολογιούχων έναντι της εκδότριας κατά τους όρους του δανείου». Ο νόμος αυτός προβλέπει στα άρθρα 6, 7, 8 και 9 κατηγορίες ομολογιακών δανείων, που είναι το κοινό ομολογιακό δάνειο, το ομολογιακό δάνειο με ανταλλάξιμες ομολογίες, το ομολογιακό δάνειο με μετατρέψιμες ομολογίες και το ομολογιακό δάνειο με δικαίωμα συμμετοχής στα κέρδη, ενώ τα άρθρα 10 και 11 του ίδιου νόμου αναφέρονται στις ειδικές συμβάσεις τιτλοποιήσεως επιχειρηματικών απαιτήσεων και απαιτήσεων από ακίνητα. Κατά το άρθρο 12 του ίδιου νόμου: «1. Οι απαιτήσεις από ομολογιακά δάνεια του νόμου αυτού μπορεί να ασφαρίζονται κατά κεφάλαιο, τόκους και έξοδα με κάθε είδους εμπράγματα ασφάλεια ή εγγύηση. Η ασφάλεια αυτή μπορεί να λαμβάνεται είτε κατά την έκδοση του ομολογιακού δανείου είτε μεταγενέστερα. 2. Η εγγύηση παρέχεται με έγγραφη δήλωση του εγγυητή που πρέπει να περιέχεται στο πρόγραμμα του

ομολογιακού δανείου. Οι κάθε μορφής εμπράγματα ασφαλείες παραχωρούνται στο όνομα του εκπροσώπου των ομολογούχων και για λογαριασμό των ομολογούχων, με σύμβαση μεταξύ του παρέχοντος την ασφάλεια και του εκπροσώπου. Όπου απαιτείται για τη σύσταση εμπράγματος ασφαλείας η καταχώριση οποιουδήποτε εγγράφου ή της ανωτέρω σύμβασης σε οποιαδήποτε αρχή ή μητρώο ή κτηματολόγιο, η καταχώριση πραγματοποιείται στο όνομα του εκπροσώπου με ρητή μνεία ότι η ασφάλεια χορηγείται για την εξασφάλιση απαιτήσεων από ομολογιακό δάνειο». Επίσης, κατά το άρθρο 14 του ίδιου ως άνω νόμου: «1. Η έκδοση ομολογιακού δανείου του νόμου αυτού, η παροχή κάθε είδους ασφαλειών, όλες οι συμβάσεις που προβλέπονται στο νόμο αυτό, καθώς και κάθε σχετική ή παρεπόμενη σύμβαση ή πράξη και η καταχώριση αυτών σε δημόσια βιβλία όπου απαιτείται, οι προσωρινοί και οριστικοί τίτλοι ομολογιών, η διάθεση και κυκλοφορία αυτών, η εξόφληση του κεφαλαίου από ομολογίες και από επιχειρηματικές απαιτήσεις που τις καλύπτουν και εν γένει η άσκηση δικαιωμάτων που απορρέουν από ομολογίες που εκδίδονται σύμφωνα με το νόμο αυτόν και από επιχειρηματικές απαιτήσεις που τις καλύπτουν, η μεταβίβαση ομολογιών εντός ή εκτός οργανωμένης αγοράς ή χρηματιστηρίου απαλλάσσονται από κάθε άμεσο ή έμμεσο φόρο, περιλαμβανομένου και του φόρου υπεραξίας, τέλος, ανταποδοτικό ή μη, τέλος χαρτοσήμου, εισφορά, εισφορά του Ν. 128/1975, προμήθεια, δικαίωμα ή άλλη επιβάρυνση υπέρ του Δημοσίου ή τρίτων με την επιφύλαξη των διατάξεων που αφορούν το Κεντρικό Αποθετήριο Αξιών. 2. Για κάθε εγγραφή σύστασης ή μεταβίβασης ή άρση ή διαγραφή εμπραγμάτων δικαιωμάτων ή σημειώσεων σε οποιοδήποτε δημόσιο βιβλίο, μητρώο ή κτηματολόγιο και για την καταχώριση των συμβάσεων των άρθρων 10 και 11 καταβάλλονται μόνο πάγια δικαιώματα εμίσθων ή αμίσθων υποθηκοφυλάκων εκατό (100) ευρώ, αποκλεισμένης οποιασδήποτε άλλης επιβάρυνσης ή τέλους». Ο περιορισμός αυτός δεν αφορά μόνο τα εισπραττόμενα από τον υποθηκοφύλακα δικαιώματα υπέρ τρίτων (Δημόσιο, ΤΑΧΔΙΚ), αλλά και τα δικά του δικαιώματα, δηλαδή την αμοιβή του, που αντιδιαστέλλεται από τα υπέρ τρίτων δικαιώματα, εμπίπτει δε στην ανωτέρω ατέλεια και συνεπώς δεν υπόκειται στα οριζόμενα στον ν. 325/1976 αναλογικά δικαιώματα, αλλά σε πάγιο μόνο τέλος 100 ευρώ και η εγγραφή υποθήκης ή προσημειώσεων υποθήκης, όταν με αυτές ασφαρίζονται απαιτήσεις από ομολογιακό δάνειο οποιασδήποτε κατηγορίας και όχι μόνο όταν πρόκειται για απαιτήσεις από συμβάσεις των άρθρων 10 και 11 του ν. 3156/2003. Περαιτέρω, από το συνδυασμό των διατάξεων των άρθρων: α) 92 παρ. 4 και 5 του Συντάγματος, β) 1, 3, 5 παρ. 1, 8, 11, 12, 15 παρ. 1 (όπως τροπ. με το άρθρο μόνο παρ. 2 του π.δ. 616/1980, 35 παρ. 1, 39 (όπως τροπ. σε συνδυασμό με το άρθρο 13 παρ. 1 έως 7 του ν. 2993/2002), 45 παρ. 7 (όπως αντικ. με την παρ. 2 του άρθρου 15 ν.δ. 4201/1961), 53, 54, 55, 56 (όπως αντικ. με το άρθρο 1 του α.ν. 153/1967 και άρθρο 1 ν.δ. 811/1971), του Καν. Δ/τος της 19/23-7-1941 «Περί Οργανισμού των Υποθηκοφυλακείων του Κράτους», γ) 23 παρ. 5 του Ν. 2664/1998 «Εθνικό Κτηματολόγιο και άλλες διατάξεις», δ) 1, 2 - 9, 16, 19, 25 ν. 325/1976, ε) 20 παρ. 5 ν. 2145/1993, στ) 2 α.ν. 153/1967, ζ) 2 ν.δ. 811/1971 και η) 48 παρ. 1 ν. 2238/1994, προκύπτουν τα εξής: Το σύστημα Μεταγραφών και Υποθηκών για την καταχώριση και δημοσιότητα των εμπράγματων δικαιωμάτων επί των ακινήτων αποτελεί έργο που σχετίζεται άμεσα με την εκτέλεση δημόσιας υπηρεσίας και την εξυπηρέτηση σκοπών δημόσιου συμφέροντος, που ανάγονται στην ασφάλεια των συναλλαγών, το οποίο διενεργείται από τα έμμισθα υποθηκοφυλακεία, που αποτελούν οργανικές μονάδες-υπηρεσίες του Υπουργείου Δικαιοσύνης και τα άμισθα υποθηκοφυλακεία, που αποτελούν δημόσιες υπηρεσίες υπό λειτουργική έννοια ή δημόσιες υπηρεσίες σε περιορισμένο βαθμό κατά παραχώρηση υπαγόμενα στην αρμοδιότητα του Υπουργείου Δικαιοσύνης, με σκοπό τη διασφάλιση της εύ-

ρυθμης και αποτελεσματικής λειτουργίας τους, στα οποία ο μισθός υποθηκοφύλακα, χαρακτηριζόμενος ως «άμισθος δημόσιος λειτουργός», προΐσταται του Υποθηκοφυλακείου, το δε προσωπικό, που αυτό προσλαμβάνει, υπόκειται σε έντονη κανονιστική ρύθμιση (ΣΤΕ 217/2019, ΣΤΕ 2573/2015). Οι άμισθοι υποθηκοφύλακες, κατά την εγγραφή κάθε πράξης στα τηρούμενα στο Υποθηκοφυλακείο τους βιβλία, εισπράττουν «δικαιώματα», πάγια και αναλογικά, όπως αυτά καθορίζονται, κατά βάση, στα άρθρα 2 έως 9 του ν. 325/1976. Από τα ανωτέρω «δικαιώματα», τόσο τα υπέρ του Δημοσίου απευθείας εισπραττόμενα (σύμφωνα με το άρθρο 4 του ν. 325/1976 επί των αναφερόμενων στο άρθρο 3 του ίδιου νόμου πράξεων), όσο και από τα υπέρ των άμισθων υποθηκοφυλάκων καταβαλλόμενα (σύμφωνα με τα άρθρα 2 και 5 του ίδιου ως άνω νόμου), εκείνα που υπερβαίνουν αφενός τα οριζόμενα στο άρθρο 16 του ν. 325/1976 ποσά, τα οποία αυτός δικαιούται να παρακρατήσει ως αμοιβή του και για την αντιμετώπιση των γενικών εξόδων κανονικής λειτουργίας του Υποθηκοφυλακείου του (όπως τα ποσά αυτά ισχύουν κάθε φορά αναπροσαρμοζόμενα διαδοχικά με κοινές αποφάσεις των Υπουργών Δικαιοσύνης και Οικονομικών, εκδοθείσες βάσει της εξουσιοδοτικής διάταξης του άρθρου 19 παρ. 2 ν. 325/1976), αφετέρου τα οριζόμενα στην παρ. 4 του άρθρου 56 του Καν. Δ/τος της 19/23.7.1941 (άρθρο 1 ν.δ. 811/1971), ποσά των νόμιμων δαπανών μισθοδοσίας και ασφάλισης του απασχολούμενου από τον υποθηκοφύλακα προσωπικού κ.τ.λ., αποτελούν έσοδα του Δημοσίου, που ανήκουν στη διαχείριση του οικείου άμισθου υποθηκοφύλακα, ο οποίος υποχρεούται να τα αποδίδει στο Δημόσιο Ταμείο, σύμφωνα με τα ειδικότερα οριζόμενα στο άρθρο 2 του α.ν. 153/1967 και την 28771/20.3.1971 απόφαση του Υπουργού Δικαιοσύνης, τιμωρούμενος κατά τις διατάξεις του άρθρου 258 ΠΚ σε περίπτωση παράλειψης της υποχρέωσης του αυτής, κατ' άρθρο 3 ν. 153/1967. Συναφώς, η 28771/1971 απόφαση του Υπουργού Δικαιοσύνης «Περί καθορισμού των αναγκαίων λειτουργικών δαπάνων δια την εφαρμογήν του Α.Ν. 153/1967, ως ετροποποιήθη και συνεπληρώθη υπό του Ν.Δ. 811/1971», η οποία εκδόθηκε κατ' εξουσιοδότηση των άρθρων 2 παρ. 3 του α.ν. 153/1967 και 56 παρ. 8 του Καν. Δ/τος της 19/23.7.1941, ορίζει (παρ. 3 έως 5) ότι οι άμισθοι υποθηκοφύλακες τηρούν και «βιβλίο εισοδημάτων», στο οποίο καταχωρίζονται και αθροίζονται ανά τρίμηνο, κατά τον αναλυτικώς παρατιθέμενο στην απόφαση αυτή τρόπο, αφενός το σύνολο των εισπραττόμενων ποσών των δικαιωμάτων που προκύπτουν από το «βιβλίο εισαγομένων εγγραφών» και το «βιβλίο εκδόσεως πιστοποιητικών και αντιγράφων» και αφετέρου τα ποσά υπέρ του άμισθου υποθηκοφύλακα (άρθρο 16 ν. 325/1976), τα καταβαλλόμενα για τη μισθοδοσία των απασχολούμενων στο άμισθο υποθηκοφυλακείο υπαλλήλων-βοηθών και για την εργοδοτική εισφορά του άμισθου υποθηκοφύλακα στο ΙΚΑ ή σε άλλο ασφαλιστικό ταμείο, καθώς και οι αναλογούσες υπέρ του Ταμείου Νομικών εισφορές του. Το προκύπτον υπόλοιπο από τα ποσά αυτά κατατίθεται από τον άμισθο υποθηκοφύλακα στο δημόσιο ταμείο, ως δημόσιο έσοδο, ανά τρίμηνο και εντός του πρώτου δεκαημέρου του επόμενου μήνα της λήξεως του τριμήνου. Εκ των ανωτέρω παρέπεται ότι ο άμισθος υποθηκοφύλακας, κατά τη διαχείριση των ως άνω ποσών, έχει, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 54 παρ. 1 του ν. 2362/1995 (ήδη άρθρου 150 Ν. 4270/2014), την ιδιότητα του δημόσιου υπολόγου, ακόμη και όταν εισπράττει, παρ' ανόμω, τέτοια δικαιώματα, ως διαχειριζόμενος, έστω και χωρίς νόμιμη εξουσιοδότηση, χρήματα που ανήκουν στο Δημόσιο. Η παράλειψη κατάθεσης του συνόλου ή μέρους των δικαιωμάτων τούτων στο Δημόσιο Ταμείο, όπως και η καθυστερημένη κατάθεση αυτών, συνιστά, κατά την έννοια του άρθρου 56 του ν. 2362/1995 (ήδη άρθρου 152 Ν. 4270/2014), έλλειμμα δημόσιας χρηματικής διαχείρισης, καταλογιστέο σε βάρος του υπολόγου άμισθου υποθηκοφύλακα. Ωσαύτως, έλλειμμα καταλογιστέο στον υποθηκοφύλακα μπο-

ρεί να δημιουργηθεί και από πληρωμές από αυτόν μη νομίμων δαπανών σε βάρος των «δικαιωμάτων» του Δημοσίου (ΟΛ. ΕΣ 877/2016). Συνακόλουθα τούτων, από τα δικαιώματα που εισπράττει ο άμισθος Υποθηκοφύλακας για τις διενεργούμενες πράξεις, με αναλογικά ή πάγια τέλη, ένα μέρος αποτελούν εκείνα που εξ αρχής εισπράττονται απευθείας ως δημόσιο έσοδο (δικαιώματα υπέρ Δημοσίου και ΤΑΧΔΙΚ). Αυτά ο άμισθος υποθηκοφύλακας δεν τα διαχειρίζεται ως ίδια «κέρδη», ούτε δύναται να τα διαθέτει κατά βούληση. Αντιθέτως, τα εισπραττόμενα ως άνω δικαιώματα αποτελούν χρήματα του Δημοσίου και για τον λόγο αυτό, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 56 Καν. Δ/τος της 19/23.7.1941, οφείλει να τα αποδώσει χωρίς καθυστέρηση στο Δημόσιο. Ωστόσο, τα υπόλοιπα δικαιώματα (αναλογικά και πάγια), που εισπράττει ο υποθηκοφύλακας υπέρ αυτού για τις διενεργούμενες πράξεις, δεν παραμένουν όλα υπέρ του ιδίου, αλλά γίνεται ο εξής επιμερισμός: Στο τέλος κάθε τριμήνου πραγματοποιείται εκκαθάριση των εισπραχθέντων χρημάτων με βάση τη συνολική κίνηση του Υποθηκοφυλακείου και, αφού ο υποθηκοφύλακας παρακρατήσει τα ποσά που απαιτούνται: α) για την αντιμετώπιση των γενικών εξόδων κανονικής λειτουργίας του υποθηκοφυλακείου, β) για τις υπέρ του Ταμείου Νομικών εισφορές, γ) για τις δαπάνες μισθοδοσίας των απασχολούμενων υπαλλήλων και τις αντίστοιχες κοινωνικοασφαλιστικές εισφορές αυτών, και δ) για την από το νόμο ορισμένη τελική αμοιβή του (έσοδα υποθηκοφύλακα), το προκύπτον υπόλοιπο της καθαρής τριμηνιαίας εισπραχθείς, έχει υποχρέωση να καταθέσει στο Δημόσιο Ταμείο ως δημόσιο έσοδο, υποβάλλοντας σε αυτό ανά τρίμηνο και εντός του πρώτου δεκαημέρου του επόμενου μήνα της λήξης του τριμήνου, αντίστοιχη εκκαθαριστική δήλωση απόδοσης στο Δημόσιο των δικαιωμάτων του. Το ποσό αυτό του προκύπτοντος υπολοίπου της τριμηνιαίας εκκαθάρισης, που ποικίλει κατά περίπτωση, εισπράττεται μεν ως δικαίωμα του Υποθηκοφύλακα, πλην όμως, αν υπάρξει διαφορά μεταξύ του συνόλου των εισπραχθέντων και των ανωτέρω παρακρατούμενων κονδυλίων, το ποσό της διαφοράς και μόνον προσλαμβάνει εκ των υστέρων το χαρακτήρα δημόσιου εσόδου. Επομένως, το αρχικό σύνολο των ποσών που εισπράττει ο άμισθος υποθηκοφύλακας ως νόμιμα αυτού δικαιώματα, πριν ακόμη εκκαθαριστούν κατά τα ανωτέρω, περιέχονται άμεσα στην περιουσία του, έχοντας όμως νόμιμη υποχρέωση να αποδώσει στο Δημόσιο την ως άνω διαφορά, αν φυσικά υπάρξει. Αν λοιπόν μεταξύ των εισπραχθέντων και υπό εκκαθάριση τελούντων δικαιωμάτων περιλαμβάνεται και κάποιο που εισπράχθηκε αχρεωστήτως (λ.χ. ως μη προβλεπόμενο από το νόμο ή καθ' υπέρβαση του προβλεπόμενου) και επομένως συνιστά αποδοτέο κατά τα άρθρα 904 επ. ΑΚ αδικαιολόγητο πλουτισμό, το ποσό αυτό περιέχεται στην περιουσία του υποθηκοφύλακα και για τούτο είναι εφαρμοστέες οι διατάξεις του αδικαιολόγητου πλουτισμού, αφού συντρέχει η προϋπόθεση της αμεσότητας της περιουσιακής μετακίνησης. Ο πλούσιος (υποθηκοφύλακας) αποκόμισε τον αδικαιολόγητο πλουτισμό αμέσως από την περιουσία του ζημιωθέντος, χωρίς την παρεμβολή της περιουσίας τρίτου, και εν προκειμένω του Δημοσίου. Σε περίπτωση που, μετά την εκκαθάριση, ένα μέρος του αποδίδεται ως πλεονάζον στο Δημόσιο, είναι ζήτημα πραγματικό, εξεταζόμενο στο πλαίσιο της έρευνας ισχυρισμού του εναγομένου, περί του αν σώζεται και σε ποια έκταση ο πλουτισμός του, να ευρεθεί η επί του αχρεωστήτως εισπραχθέντος ποσού αναλογία εκείνου του μέρους, που αποδόθηκε στο Δημόσιο και εκείνου του μέρους που παρέμεινε στον Υποθηκοφύλακα για την κάλυψη της αμοιβής του και των λοιπών υποχρεώσεων λειτουργίας του Υποθηκοφυλακείου του. [...]

Στην προκειμένη περίπτωση, με τον τρίτο λόγο της αίτησης αναιρέσης αποδίδεται στην προσβαλλόμενη απόφαση η πλημμέλεια ότι παραβίασε εκ πλαγίου την ουσιαστικού δικαίου διάταξη του άρθρου 904 ΑΚ (άρθρο 559 αρ. 19 ΚΠολΔ), επειδή, κατά τους ισχυρισμούς του αναιρεσείοντος, το Εφετείο που την

εξέδωσε διέλαβε σ' αυτή ανεπαρκείς και αντιφατικές αιτιολογίες αναφορικά με τη συνδρομή των προϋποθέσεων του πλουτισμού του υπό την έννοια του άρθρου 904 ΑΚ, εξ απόψεως αμεσότητας της μετακίνησης της παροχής (του μείζονος τμήματος του επίδικου ποσού 103.022,11 ευρώ), από την περιουσία της αναιρεσίβλητης στην περιουσία των (μόνων πράγματι πλουτισάντων) τρίτων δημόσιων φορέων (Δημοσίου και ΤΑΧΔΙΚ), για λογαριασμό των οποίων εισπράχθηκε το ως άνω ποσό και στους οποίους αποδόθηκε, δυνάμει ειδικών διατάξεων νόμου, ήτοι, αν αυτός (αναιρεσείων), κατά την εισπραξη των επίδικων αναλογικών δικαιωμάτων συνολικού ποσοστού 7,75%, ενήργησε για ίδιο αυτού λογαριασμό, εισπράττοντας αυτά (εν όλω ή εν μέρει), ως προσωπική αμοιβή του, ή για λογαριασμό των «τρίτων δημόσιων φορέων», ως «δημόσια έσοδα». Ο λόγος αυτός αναιρέσης είναι βάσιμος, καθόσον, όπως προκύπτει από τις ως άνω παραδοχές του, το Εφετείο με την προσβαλλόμενη απόφασή του, αφού έκρινε ότι το συνολικό ποσό των 110.404,53 ευρώ (συμπεριλαμβανομένου μάλιστα και εκείνου των 4.157,87 ευρώ, για το οποίο έχει γίνει ήδη αμετάκλητα δεκτική η ένδικη αγωγή), εισέπραξε πράγματι ο εναγόμενος άμισθος Υποθηκοφύλακας ως αμοιβή του επιπλέον του νομίμου παγίου των 100 ευρώ, στη συνέχεια, το μεν αντιφατικώς το δε ασαφώς δέχεται ότι το ίδιο ποσό το απέδωσε δυνάμει των προαναφερόμενων ειδικών διατάξεων σε τρίτους δημόσιους φορείς και συγκεκριμένα: α) για αναλογικά δικαιώματα υπέρ του Δημοσίου, ποσοστό 3% επί της αξίας της εγγραπτεάς πράξης (μείον 58,70 ευρώ), ποσό 42.749,83 ευρώ (=14.250.000 - 58,70 X 3%, το οποίο απέδωσε την 22-6-2009, β) για αναλογικά δικαιώματα υπέρ του ΤΑΧΔΙΚ, ποσοστό 1,75% επί της αξίας της εγγραπτεάς πράξης, πλέον παγίων δικαιωμάτων 3,60 ευρώ, το ποσό 24.941,10 ευρώ (=14.250.000 X 1,75% + 3,60 ευρώ), το οποίο απέδωσε την 22-6-2009, γ) για αναλογικά δικαιώματα υπέρ Υποθηκοφύλακα, ποσοστό 3% επί της αξίας της εγγραπτεάς πράξης πλέον παγίων δικαιωμάτων ποσού 5,40 ευρώ και ποσού 11,22 ευρώ, το ποσό 42.766,62 ευρώ (=14.250.000 X 3% + 5,40 + 11,22), εκ του οποίου απέδωσε στο Δημόσιο την 10-7-2009, δυνάμει της διάταξης του αριθ. 16 του Ν. 325/1976 σε συνδυασμό με την ΥΑ 265/2002, ποσό 35.431,12 ευρώ, ενώ ο ίδιος παρακράτησε ποσά που αντιστοιχούν στο ανώτατο όριο αμοιβής του, ήτοι το επιμέρους ποσό των 4.157,87 ευρώ, για δαπάνη βελτίωσης και εκσυγχρονισμού των συνθηκών λειτουργίας του υποθηκοφυλακείου και για την εισαγωγή συστήματος πληροφορικής ...». Ειδικότερα, το Εφετείο, ενώ ως προς τα υπό στοιχ. α) και β) κονδύλια των 42.749,83 ευρώ και 24.941,10 ευρώ, τα οποία αποδόθηκαν στις 22-6-2009 στο Ελληνικό Δημόσιο και στο ΤΑΧΔΙΚ, αντίστοιχα, δέχθηκε ότι ο αναιρεσείων τα εισέπραξε ως μέρος της αμοιβής του, στη συνέχεια αντιφατικώς αναφέρει ότι τα εν λόγω ποσά τα απέδωσε αυτός σε τρίτους δημόσιους φορείς δυνάμει των προαναφερόμενων ειδικών διατάξεων, σύμφωνα με τις οποίες όμως, όπως εκτέθηκε στη μείζονα πρόταση, τα ως άνω ποσά συνιστούν εξαρχής δημόσιο έσοδο και ως τέτοια εισπράχθηκαν από τον Υποθηκοφύλακα, ο οποίος και δεν τα διαχειρίστηκε ως ίδια κέρδη, ούτε τα διέθεσε κατά βούληση. Εξάλλου, αναφορικά με το υπό στοιχ. γ) κονδύλιο των 42.766,62 ευρώ, τα οποία εισπράχθηκαν ως αναλογικά δικαιώματα του Υποθηκοφύλακα, ποσό το οποίο, σύμφωνα με τα όσα εκτέθηκαν στη μείζονα σκέψη, μέχρι την τριμηνιαία εκκαθάρισή του περιέρχεται στην περιουσία του Υποθηκοφύλακα και υπόκειται στη διαχείρισή του, δεν διευκρινίζεται επαρκώς στην προσβαλλόμενη απόφαση, αν το μέρος του ποσού τούτου ύψους 35.431,12 ευρώ, που αποδόθηκε στο Δημόσιο στις 10-7-2009, ως επιγενόμενο δημόσιο έσοδο, αποτελεί το προκύπτον υπόλοιπο της τριμηνιαίας εκκαθάρισης με βάση τη συνολική κίνηση του Υποθηκοφυλακείου Σπάτων κατά την αντίστοιχη περίοδο. Κατά συνέπεια, ενόψει των ως άνω αντιφατικών και ασαφών παραδοχών του για την αιτία εισπραχθείς από τον εναγόμενο Υποθηκοφύλακα και από-

δοσης προς το Δημόσιο και ΤΑΧΔΙΚ των προαναφερόμενων χρηματικών ποσών, αποδυναμώνεται η κρίση του Εφετείου ότι ο εναγόμενος πλούτισε παράνομα κατά το συνολικό ποσό των 110.404,53 ευρώ, που εισέπραξε ως αμοιβή του, όπως δέχεται, ανεξαρτήτως εάν από αυτό απέδωσε στο Ελληνικό Δημόσιο τα αναλογούντα ως άνω ποσά και για τον λόγο αυτό είναι αδύνατος ο αναιρετικός έλεγχος της ορθής ή μη εφαρμογής των διατάξεων του άρθρου 904 ΑΚ σχετικά με το κρίσιμο ζήτημα της συνδρομής των προϋποθέσεων του αδικαιολόγητου πλουτισμού του, όπως η ύπαρξη άμεσης αιτιώδους συνάφειας μεταξύ της παροχής ή ζημίας της ενάγουσας αναιρεσίβλητης και της αντίστοιχης ωφέλειας του αναιρεσείοντος εναγομένου, σύμφωνα με όσα έχουν εκτεθεί στην προηγούμενη μείζονα σκέψη της παρούσας. Κατ' ακολουθία των ανωτέρω, πρέπει να γίνει δεκτή η κρινόμενη αίτηση, να αναιρεθεί η προσβαλλόμενη απόφαση κατά το μέρος που δέχτηκε την ένδικη αγωγή της αναιρεσίβλητης ως κατ' ουσία βάσιμη, υποχρεώνοντας τον εναγόμενο-αναιρεσείοντα να της καταβάλλει το συνολικό ποσό των 110.404,53 ευρώ νομιμοτόκως από 11-6-2009 και να διαταχθεί σύμφωνα με το άρθρο 495 παρ. 3 ΚΠολΔ, η επιστροφή στον αναιρεσείοντα του παραβόλου που κατέθεσε αυτός για την άσκηση της αίτησης αναιρέσης, όπως ορίζεται στο διατακτικό. Περαιτέρω, μετά την αναίρεση της προσβαλλόμενης υπ' αριθμ. 761/2019 απόφασης του Εφετείου Αθηνών, που επιλήφθηκε μετ' αναιρέση της προηγούμενης υπ' αριθμ. 2864/2013 απόφασής του, κατόπιν παραπομπής από τον Άρειο Πάγο με την υπ' αριθμ. 1204/2015 απόφασή του, πρέπει η υπόθεση να κρατηθεί και να δικαστεί, κατά το παραπάνω κεφάλαιο της για το οποίο αναίρεθηκε, από τον Άρειο Πάγο στην ουσία, κατ' άρθρο 580 παρ. 3 ΚΠολΔ, σε νέα όμως προς το σκοπό αυτό συζήτηση, όχι ενώπιον της Ολομέλειας του Αρείου Πάγου, έστω και αν αυτή επιλήφθηκε της υποθέσεως κατόπιν κοινής πράξεως του Προέδρου και της Εισαγγελέας του Αρείου Πάγου, αλλά ενώπιον του αρμόδιου αναιρετικού Τμήματος, που θα ορίσει ο Πρόεδρος του Αρείου Πάγου, ύστερα από κλήση του επιμελές-στερου των διαδίκων, ώστε κατ' αυτή οι διάδικοι, σύμφωνα με τις προβλέψεις της διάταξης του άρθρου 581 ΚΠολΔ, η οποία εφαρμόζεται και στην περίπτωση αυτή, γνωρίζοντας επακριβώς το εύρος της αναιρετικής απόφασης, να διαμορφώσουν ανάλογα τους ισχυρισμούς και τις προτάσεις τους (άρθρα 581 παρ. 2 και 570 παρ. 2 ΚΠολΔ), όπως ορίζεται ειδικότερα στο διατακτικό...]

Άρειος Πάγος (Α' 2 Τμήμα) Αριθμ. 858/2020

Πρόεδρος: Γ. Κοντός, Αντιπρόεδρος ΑΠ
Εισηγήτρια: Αικ. Κρυσταλλίδου-Μωρέση, Αρεοπαγίτης
Δικηγόροι: Αικ. Βρώτσου – Κ. Αυγέρης

Έγγραφος συστατικός τύπος των συμβάσεων που συνάπτονται από νομικά πρόσωπα δημοσίου δικαίου όταν έχουν αντικείμενο αξίας άνω των 2.500 ευρώ. Απόλυτη ακυρότητα της σύμβασης και των τροποποιήσεών της λόγω μη τήρησης του ως άνω έγγραφου τύπου. Η ακυρότητα, που λαμβάνεται υπόψη από το δικαστήριο αυτεπαγγέλτως, καλύπτεται αν η σύμβαση εκτελεσθεί, εφόσον όμως έχει προηγηθεί τουλάχιστον έγγραφη, πλήρης και ορισμένη πρόταση για την κατάρτισή της. Η ακυρότητα μπορεί να προβληθεί και από αυτόν που γνώριζε ότι απαιτείται τύπος. Αξίωση αδικαιολόγητου πλουτισμού των μερών σε περίπτωση εκτέλεσης της άκυρης σύμβασης. Προϋποθέσεις θεμελίωσης της αξίωσης.

Διατάξεις: άρθρ. 41 ν.δ. 496/1974· ΑΚ 192, 904

[...Όπως προκύπτει από το άρθρο 41 του ν.δ. 496/1974

«περί λογιστικού των ν.π.δ.δ.», κάθε σύμβαση που καταρτίζεται από ν.π.δ.δ. και έχει αντικείμενο πάνω από 10.000 δρχ. αρχικά, από 150.000 δρχ. στη συνέχεια και ήδη 2.500 ευρώ υποβάλλεται εκ του νόμου σε έγγραφο τύπο, χωρίς την τήρηση του οποίου η δικαιοπραξία είναι άκυρη. Η ακυρότητα της συμβάσεως από την έλλειψη του απαιτούμενου τύπου, ο οποίος είναι συστατικός και όχι αποδεικτικός, τόσο για την αρχική σύμβαση όσο και για την τυχόν τροποποίησή της, είναι απόλυτη και λαμβάνεται υπόψη αυτεπαγγέλτως από το Δικαστήριο, εφόσον προκύπτει από τα εκτιθέμενα πραγματικά περιστατικά (ΑΠ 348/2017). Η παραπάνω ακυρότητα από τη μη τήρηση του τύπου καλύπτεται σε περίπτωση εκτέλεσεως της συμβάσεως, εφόσον όμως είχε προηγηθεί έγγραφη πρόταση για την κατάρτισή της, χωρίς να επακολουθήσει και έγγραφη αποδοχή, όχι όμως και όταν δεν τηρήθηκε καθόλου τύπος για την πρόταση, η οποία επειδή είναι μονομερής και απευθυντέα σε τρίτον δήλωση βουλήσεως και αποτελεί ουσιώδες κατά το άρθρο 192 ΑΚ στοιχείο της συμβάσεως, πρέπει να είναι πλήρης κατά περιεχόμενο και ορισμένη, οπότε δεν καταρτίζεται σύμβαση, αφού δεν νοείται αποδοχή χωρίς πρόταση. Στις ανωτέρω περιπτώσεις ακυρότητας της σύμβασης, τα συμβαλλόμενα μέρη δεν μπορούν να προβάλουν αξιώσεις στηριζόμενες στη σύμβαση, αλλά μόνο στηριζόμενες στις αρχές του αδικαιολόγητου πλουτισμού και ειδικότερα στο άρθρο 904 ΑΚ. Την ακυρότητα δε από την έλλειψη του τύπου μπορεί να προτείνει και αυτός που ενώ γνώριζε ότι απαιτείται τύπος, προέβη στη σύναψη παράτυπης σύμβασης, αλλά και το Δικαστήριο λαμβάνει αυτήν υπόψη αυτεπαγγέλτως κατά τα άνω, γιατί οι διατάξεις περί τύπου είναι δημόσιας τάξης (ΑΠ 91/2016). Κατά το άρθρο 904 εδ. α' ΑΚ, «Όποιος έγινε πλουσιότερος χωρίς νόμιμη αιτία από την περιουσία ή με ζημία άλλου, έχει υποχρέωση να αποδώσει την ωφέλεια». Κατά την έννοια δε του εδαφίου β' περ. α' του ίδιου άρθρου, η υποχρέωση αυτή γεννιέται και σε περίπτωση παροχής αχρεώστητης, δηλαδή εκείνης που επέρχεται χωρίς δόση ανταλλάγματος από τον λήπτη και που δεν μπορεί να στηριχθεί σε ισχυρή σύμβαση δικαιολογούσα τον πλουτισμό, ούτε σε νόμιμη υποχρέωση. Βασική προϋπόθεση της απαίτησης από αδικαιολόγητο πλουτισμό είναι η ύπαρξη άμεσης περιουσιακής μετακίνησης μεταξύ του πλουτισμού του λήπτη και της ζημίας άλλου, δηλαδή για να στηριχθεί αγωγή από αδικαιολόγητο πλουτισμό πρέπει να υφίσταται άμεση αιτιώδης συνάφεια μεταξύ της παροχής ή της ζημίας του ενάγοντος και του πλουτισμού του εναγομένου, η οποία δεν υφίσταται στην περίπτωση που παρεμβάλλεται και άλλη, τρίτη περιουσία, υπό την έννοια ότι η περιουσιακή μετακίνηση πρέπει να πραγματοποιείται από την περιουσία του ζημιωθέντος στην περιουσία του πλουτίσαντος, χωρίς την παρεμβολή τρίτου προσώπου, που να ενεργεί για δικό του λογαριασμό. Πρέπει δε επιπλέον να υφίσταται αιτιώδης συνάφεια μεταξύ του πλουτισμού του εναγομένου και της ζημίας του ενάγοντος και να μην υφίσταται νόμιμη αιτία της περιουσιακής μετακινήσεως (ΑΠ 1325/2012, ΑΠ 1316/2011, ΑΠ 917/2011). [...]

Στην προκειμένη περίπτωση το Μονομελές Πρωτοδικείο Τρικάλων, δικάζοντας ως Εφετείο, δέχθηκε, κατά το ενδιαφέρον την αναιρετική διαδικασία μέρος, τα ακόλουθα: «... οι εφεσίβλητοι-ενάγοντες ... (αναιρεσίβλητοι) λειτουργούν στα Τρίκαλα καταστήματα οπτικών ειδών. Στις 15-12-2008 καταρτίστηκε μεταξύ του εκκαλούντος (ΝΠΔΔ, στη θέση του οποίου υπεισήλθε το αναιρεσείον) και της «...» (...) σύμβαση προμήθειας οπτικών ειδών, χρονικής διάρκειας από 1.1.2009 μέχρι 31.12.2010, με δυνατότητα περαιτέρω ανανέωσής της, σύμφωνα με την οποία τα μέλη της ..., μεταξύ των οποίων και οι ενάγοντες, θα προμήθευαν στους ασφαλισμένους και τους συνταξιούχους του εκκαλούντος, γυαλιά όρασης και άλλα οπτικά είδη, εισπράττοντας από αυτούς το 25% της αξίας των πωλουμένων ειδών, πλέον του αναλογούντος ΦΠΑ, το δε υπόλοιπο 75% της αξίας αυτών, πλέον του αναλογούντος ΦΠΑ, θα το εισέ-

πρατταν από το εκκαλούν, υποβάλλοντας στην αρμόδια υπηρεσία αυτού τα σχετικά τιμολόγια και συγκεντρωτικές καταστάσεις των ασφαλισμένων και αντίστοιχα των χορηγηθέντων οπτικών ειδών. Από την 7-1-2011 μέχρι και 6-5-2011 με προφορικές συμβάσεις πώλησης που συνάφθηκαν στα ... μεταξύ των εφεσιβλήτων και των ασφαλισμένων του εκκαλούντος που αναφέρονται στις προσκομιζόμενες σχετικές συγκεντρωτικές καταστάσεις χορηγηθέντων οπτικών ειδών, τις οποίες συμβάσεις δεν αμφισβητεί το εκκαλούν, οι ενάγοντες-εφεσίβλητοι πώλησαν και παρέδωσαν σ' αυτούς τα αναφερόμενα στις ίδιες καταστάσεις κατά είδος και αξία οπτικά είδη, βάσει των όρων της προϋφισταμένης συλλογικής σύμβασης που είχε συναφθεί μεταξύ του εναγομένου ΙΚΑ και της «...» (...), η δε συμμετοχή του εκκαλούντος κατά ποσοστό 75% στη δαπάνη αγοράς οπτικών ειδών των ασφαλισμένων του για το ως άνω χρονικό διάστημα ανέρχονταν, όπως προκύπτει από τα αντίγραφα των τιμολογίων πώλησης-δελτίων αποστολής που προσκομίζονται οι εφεσίβλητοι, στα οποία συμπεριλαμβάνεται και ο ΦΠΑ από 23% ... στο ποσό των 7.818,66 (...) ευρώ για την πρώτη εφεσίβλητη εταιρεία, στο ποσό των 8.836,12 (...) ευρώ για το δεύτερο εφεσίβλητο, στο ποσό των 2.2551,50 (...) ευρώ για την τρίτη εφεσίβλητη, στο ποσό των 12.476,10 (...) ευρώ για τέταρτη εφεσίβλητη, στο ποσό των 4.563,27 (...) ευρώ για τον πέμπτο εφεσίβλητο και στο ποσό των 9.630,32 (...) ευρώ για την έκτη εφεσίβλητη εταιρεία ... μετά την πάροδο του συμβατικού χρόνου της ως άνω συλλογικής σύμβασης προμήθειας οπτικών υλικών (30-4-2010), που υπεγράφη μεταξύ του εκκαλούντος και της ..., η σύμβαση αυτή ανανεώθηκε προφορικά, τα δε αρμόδια όργανα του ... υπόσχονταν στην ..., μέχρι τον Απρίλιο του 2011, ότι θα ακολουθήσει και έγγραφη ανανέωση της σύμβασης, οι δε υπάλληλοι του εκκαλούντος συνέχιζαν και μετά την 30-4-2010 να τηρούν τους όρους της ανωτέρω σύμβασης και να παραλαμβάνουν τα προβλεπόμενα δικαιολογητικά (υποβληθείσες καταστάσεις και τιμολόγια πώλησης) των συμβεβλημένων οπτικών. Με το με αριθμ. .../19.4.2011 σχετικό έγγραφο, του οποίου η ημεροχρονολογία κοινοποίησε προς την ... δεν προέκυψε, το εκκαλούν οριστικοποίησε τη μη ανανέωση της ως άνω σύμβασης προμήθειας οπτικών υλικών και ανακάλεσε τις εγκυκλίους με τις οποίες δίνονταν οδηγίες σχετικά με τη χορήγηση οπτικών ειδών στους ασφαλισμένους του μέσω της από 15-12-2008 σύμβασης που είχε συνάψει με την ... Η σχετική συμφωνία προμήθειας των οπτικών υλικών κατά το επίδικο διάστημα ήταν εξ ολοκλήρου προφορική, χωρίς την τήρηση έγγραφου συστατικού τύπου και επομένως οι εν λόγω συμβάσεις πώλησης με συμμετοχή του εκκαλούντος σε ποσοστό 75% επί της δαπάνης αγοράς οπτικών υλικών, αν και συνάφθηκε πράγματι με τους ασφαλισμένους του ΙΚΑ, ήταν άκυρες, αφού δεν υπήρχε έγγραφη σύμβαση προμήθειας οπτικών υλικών μεταξύ της ... και εκκαλούντος. Παρ' όλα αυτά, ανεξαρτήτως της ακυρότητάς τους, οι ενάγοντες εκτέλεσαν αυτές και παρέδωσαν τα οπτικά υλικά στους ασφαλισμένους του εναγομένου. Ωστόσο, παρά την εκτέλεση των σχετικών συμβάσεων από τους ενάγοντες και την κατάθεση των απαραίτητων δικαιολογητικών στην αρμόδια υπηρεσία του ΙΚΑ και παρά τις επανειλημμένες οχλήσεις τους, το εναγόμενο δεν έχει καταβάλει μέχρι σήμερα σ' αυτούς τα ανωτέρω χρηματικά ποσά, ως συμμετοχή του στις δαπάνες αγοράς των οπτικών ειδών των ασφαλισμένων του, ισχυριζόμενο ότι επειδή δεν υφίστατο μεταξύ αυτού και της ... έγγραφη και νομότυπη σύμβαση προμήθειας οπτικών υλικών δεν μπορούσε να χωρήσει κατά τις επιβαλλόμενες περί λογιστικού των ΝΠΔΔ διατάξεις η εξόφληση του χρέους του. Οι ενάγοντες διατηρούν την αξίωσή τους κατά του εναγομένου με βάση τις διατάξεις του αδικαιολόγητου πλουτισμού, αφού το εκκαλούν έχει καταστεί πλουσιότερο χωρίς νόμιμη αιτία και με ζημία των εφεσιβλήτων, αφού ωφελήθηκε κατά τα παραπάνω ποσά, τα οποία θα κατέβαλε στους εφεσίβλητους ή σε άλλους διπλωματούχους οπτικούς αν ήταν έγκυ-

ρη η εν λόγω σύμβαση προμήθειας οπτικών υλικών λόγω τήρησης του έγγραφου συστατικού τύπου της και συνεπώς πρέπει σύμφωνα με το άρθρο 904 ΑΚ να καταδικαστεί να αποδώσει την ωφέλεια από την εξοικονόμηση της παραπάνω δαπάνης ... με το νόμιμο τόκο από την επίδοση της αγωγής ... απορριπτομένων των ... λόγω έφεσης του εκκαλούντος ... εκ του γεγονότος ότι λόγω της έλλειψης του έγγραφου τύπου της ... η ανωτέρω σύμβαση δεν είναι δεσμευτική για το εκκαλούν και δεν παράγει έννομες συνέπειες εξ αυτού του λόγου ..., δεν συνάγεται ότι δεν μπορεί να τύχουν εφαρμογής ... οι διατάξεις των άρθρων 904 επ. ΑΚ περί αδικαιολόγητου πλουτισμού, καθόσον το εκκαλούν ... κατέστη πλουσιότερο χωρίς νόμιμη αιτία και με ζημία των εφεσιβλήτων, αφού ωφελήθηκε κατά τα παραπάνω ποσά, τα οποία θα κατέβαλε στους εφεσίβλητους ή σε άλλους διπλωματούχους οπτικούς, αν ήταν έγκυρη η εν λόγω σύμβαση προμήθειας οπτικών υλικών λόγω τήρησης του έγγραφου συστατικού τύπου της. Ειδικότερα αποδείχθηκε ότι οι εφεσίβλητοι χορήγησαν τα αναφερόμενα στην αγωγή οπτικά είδη στους ασφαλισμένους του εκκαλούντος, εν τούτοις το εκκαλούν δεν κατέβαλε στους εφεσίβλητους τα οφειλόμενα ποσά, παρά τις διαβεβαιώσεις και υποσχέσεις των αρμοδίων οργάνων του υποκαταστήματος Τρικάλων, με αποτέλεσμα να καταστεί αυτό πλουσιότερο χωρίς νόμιμη αιτία, καθόσον οι ασφαλισμένοι του έλαβαν τα χορηγηθέντα οπτικά είδη και αυτό δεν κατέβαλε τη συμμετοχή του στους εφεσίβλητους, παρόλο που ήταν υποχρεωμένο να πράξει τούτο ...». Με τις ως άνω παραδοχές το Εφετείο απέρριψε με την υπ' αριθμ. 22/2017 απόφασή του την έφεση του εναγομένου-εκκαλούντος και επικύρωσε την υπ' αριθμ. 85/2016 απόφαση του πρωτοβαθμίου δικαστηρίου με την οποίαν η ένδικη αγωγή έγινε δεκτή κατ' ουσίαν ως προς την εκ του αδικαιολόγητου πλουτισμού επικουρική της βάση. Έτσι που έκρινε και με αυτά που δέχθηκε το Εφετείο, ορθά ερμήνευσε και εφάρμοσε την ουσιαστικού δικαίου διάταξη του άρθρου 904 ΑΚ, καθόσον τα δεκτά γενόμενα ως αποδειχθέντα πραγματικά περιστατικά πληρούν το πραγματικό της ως άνω διατάξεως και δικαιολογούν την παραδοχή της αγωγής των αναιρεσιβλήτων, αφού με σαφήνεια και πληρότητα εκτίθενται σ' αυτήν ο πλουτισμός του αναιρεσιβλήτου, η επέλευση αυτού σε βάρος της περιουσίας των αναιρεσιβλήτων, ο αιτιώδης σύνδεσμος μεταξύ του πλουτισμού και της ζημίας αυτών και η έλλειψη νομίμου αιτίας. Ειδικότερα δικαιολογούσαν την παραδοχή της ενδίκου αγωγής, ως προς την επικουρική βάση της από τον αδικαιολόγητο πλουτισμό, τα κατωτέρω δεκτά γενόμενα με την προσβαλλόμενη απόφαση πραγματικά περιστατικά, δηλαδή ότι το εναγόμενο μη καταβάλλοντας τη συμμετοχή του για τα χορηγηθέντα στους ασφαλισμένους του από τους ενάγοντες οπτικά είδη κατέστη πλουσιότερο χωρίς νόμιμη αιτία και με ζημία των εφεσιβλήτων, αφού ωφελήθηκε τα εν λόγω ποσά τα οποία θα κατέβαλε σ' αυτούς ή σε άλλους διπλωματούχους οπτικούς, αν ήταν έγκυρη η εν λόγω σύμβαση, δεχόμενο ότι υπήρξε άμεση αιτιώδης συνάφεια μεταξύ της παραχής των εναγόντων και του πλουτισμού του εναγομένου και εντεύθεν αδικαιολόγητος πλουτισμός του τελευταίου. Σύμφωνα δε με τα περιστατικά αυτά, δεν υπήρξε άμεση περιουσιακή μετακίνηση από την περιουσία των εναγόντων στην περιουσία τρίτων, αλλά πλουτισμός του εναγομένου, συνιστάμενος στην ωφέλεια που αποκόμισε από τη μη καταβληθείσα αναλογία της συμμετοχής του στην αγορά των εν λόγω ειδών, την οποίαν θα είχε επί εγκύρου συμβάσεως καταβάλει, ευθέως συνδεόμενος με τη ζημία της περιουσίας των εναγόντων που διέθεσαν τα συγκεκριμένα είδη στους ασφαλισμένους του, καθόσον η αμεσότητα της περιουσιακής μετακίνησης δεν αναιρείται στην περίπτωση που ο δότης παρέδωσε σε τρίτο πρόσωπο, το οποίο όμως συνδέεται με ειδική έννομη σχέση με τον εναγόμενο. Δυνάμει δε αυτής ακριβώς της σχέσεως (της ασφαλιστικής καλύψεως) ο τρίτος (ασφαλισμένος) δέχεται τη συγκεκριμένη παροχή από τον προμηθευτή (δότη), το δε εναγόμενο (ταμείο) καθί-

σταται ευθέως ο λήπτης του πλουτισμού, ωφελούμενο από την εξοικονόμηση της βαρύνουσας αυτό δαπάνης για την ως άνω παροχή στους ασφαλισμένους του, την οποίαν άλλως (επί εγκύρου συμβάσεως) ώφειλε να καταβάλει στον δότη (προμηθευτή). Εν όψει των παραπάνω δεν υπήρξε παρεμβολή τρίτης περιουσίας από την οποίαν διήλθε ο πλουτισμός πριν φθάσει στο εναγόμενο. Επομένως, ο πρώτος λόγος της αιτήσεως αναιρέσεως, με τον οποίον το αναιρεσείον μέμφεται την προσβαλλομένη απόφαση ότι υπέπεσε στην πλημμέλεια εκ του άρθρου 560 αρ. 1 ΚΠολΔ, με την αιτίαση ότι εσφαλμένως ερμήνευσε και εφάρμοσε το άρθρο 904 ΑΚ, διότι δεν υπήρξε άμεση περιουσιακή μετακίνηση από την περιουσία των αναιρεσιβλήτων στην περιουσία του αναιρεσειόντος, αλλ' ότι η περιουσιακή μετακίνηση πραγματοποιήθηκε από την περιουσία των αναιρεσιβλήτων σε τρίτους και δη τους ασφαλισμένους του αναιρεσειόντος, είναι αβάσιμος. Περαιτέρω το Εφετείο, υπό τις προεκτεθείσες παραδοχές του, δεν στέρησε την προσβαλλομένη απόφαση του νομίμου βάσεως, καθόσον διέλαβε σ' αυτήν την απαιτούμενη αιτιολογία που ανταποκρίνεται στο πραγματικό της προαναφερομένης ουσιαστικού δικαίου διατάξεως και καθιστά εφικτό τον αναιρετικό έλεγχο περί της ορθής εφαρμογής αυτής, την οποίαν έτσι δεν παραβίασε ούτε εκ πλαγίου. Τούτο δε, διότι αναφέρονται στην απόφαση με σαφήνεια και επάρκεια τα πραγματικά περιστατικά που θεμελιώνουν το σαφώς διατυπούμενο αποδεικτικό της πόρισμα και ειδικότερα, ότι οι συμβάσεις που κατήρτισε προφορικώς με το εναγόμενο ασφαλιστικό ταμείο η επαγγελματική ένωση των αναιρεσιβλήτων προμηθευτών ήταν άκυρες λόγω παραλείψεως του εγγράφου τύπου και ότι με τη μη καταβολή της αναλογούσας συμμετοχής του στα οπτικά προϊόντα που παρείχαν οι αναιρεσιβλήτοι στους ασφαλισμένους του, ποσό που θα κατέβαλε το αναιρεσείον στους ίδιους ή σε άλλους οπτικούς, εάν κατήρτιζε έγκυρη σύμβαση προμηθείας, ωφελήθηκε κατά το αντίστοιχο ποσό με ζημία των αναιρεσιβλήτων. Επομένως ο δεύτερος λόγος της αιτήσεως αναιρέσεως, με τον οποίον το αναιρεσείον κατ' επίκληση πλημμελείας εκ του άρθρου 560 αρ. 6 ΚΠολΔ, μέμφεται την προσβαλλομένη απόφαση για εκ πλαγίου παραβίαση, με ανεπαρκείς αιτιολογίες, της εφαρμοσθείσας ως άνω διατάξεως είναι αβάσιμος...]

Άρειος Πάγος (Δ' Τμήμα) Αριθμ. 756/2020

Πρόεδρος: Ειρ. Καλού, Αντιπρόεδρος ΑΠ
Εισηγήτρια: Μ. Τζανακάκη, Αρεοπαγίτης
Δικηγόροι: Γ. Παπαδάκος – Φ. Σαρρής, Π. Σαραντόπουλος

Ρύθμιση οφειλών υπερχρεωμένων φυσικών προσώπων. Υποκειμενικό πεδίο εφαρμογής του Ν. 3869/2010. Κατ' εξαίρεση υπάγονται στο ευνοϊκό καθεστώς του νόμου και μικροέμποροι, ως προς τους οποίους το κέρδος από την άσκηση εμπορικών πράξεων αποτελεί ανταμοιβή για τον σωματικό τους μόχθο και όχι προϊόν κερδοσκοπικής δραστηριότητας. Ο συγκύριος ταξί, ο οποίος το οδηγεί επαγγελματικά ο ίδιος, χωρίς την χρήση βοηθητικού προσωπικού, είναι μικροέμπορος. Η λήψη δανείου για την αγορά της άδειας του ταξί δεν συνιστά ανάληψη εκ μέρους του οδηγού επιχειρηματικού κινδύνου με την προσδοκία σημαντικών κερδών, η οποία θα του προσέδιδε την εμπορική ιδιότητα.

Διατάξεις: άρθρ. 1 § 1 ν. 3869/2010· άρθρ. 2 ν. 3588/2007· ΕμπΝ 1· άρθρ. 8 § 2 β.δ. του 1835

[...Σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 1 παρ. 1 του Ν. 3869/2010, «φυσικά πρόσωπα που δεν έχουν πτωχευτική ικανότητα και έχουν περιέλθει, χωρίς δόλο, σε μόνιμη αδυναμία

πληρωμής ληξιπρόθεσμων χρηματικών οφειλών τους (εφεξής οφειλέτες), δικαιούνται να υποβάλουν στο αρμόδιο δικαστήριο την αίτηση που προβλέπεται στην παράγραφο 1 του άρθρου 4 για τη ρύθμιση των οφειλών τους και απαλλαγή». Η προϋπόθεση της έλλειψης πτωχευτικής ικανότητας διατυπώνεται από τον νομοθέτη αρνητικά. Το σχετικό αρνητικό γεγονός δεν είναι κατ' αρχήν απαραίτητο να διαλαμβάνεται στην αίτηση ως στοιχείο ενεργητικής νομιμοποίησης. Σύμφωνα με τον σκοπό του νόμου, στη ρύθμιση του νόμου υπάγονται μόνο φυσικά πρόσωπα, και μάλιστα πρόσωπα που δεν ασκούν αυτοτελή οικονομική δραστηριότητα, που να τους προσδίδει την ιδιότητα του εμπόρου. Προσθέτως, υπάγονται και όσοι ήταν έμποροι, έπαψαν όμως την εμπορία ή την οικονομική τους δραστηριότητα, χωρίς κατά την παύση αυτή να έχουν παύσει τις πληρωμές τους (άρθρ. 2 παρ. 3 ΠτΚ), δηλαδή, εντάσσονται στον Ν. 3869/2010, αν έπαυσαν να έχουν εμπορική ιδιότητα, συνέχισαν τις πληρωμές και έπειτα περιήλθαν σε αδυναμία πληρωμών. Επίσης, υπάγονται και οι «μικροέμποροι», για τους οποίους το κέρδος από την άσκηση εμπορικών πράξεων αποτελεί αμοιβή του σωματικού τους μόχθου και κόπου και όχι κερδοσκοπικής δραστηριότητας (ΑΠ 947/1995), όπως είναι π.χ. η μοδίστρα, ο υπαίθριος μικροπωλητής σε πάγκους, αγορές και πανηγύρια, ο γυρολόγος, ο πλανόδιος λαχειοπώλης κ.λπ., καθώς αυτοί είναι βιοπαλαιστές έτοιμοι να τραπούν σε άλλα βιοποριστικά επαγγέλματα από εποχή σε εποχή και επομένως δεν έχουν κατά τα ισχύοντα στον ΠτΚ πτωχευτική ικανότητα. Αντιθέτως δεν υπάγονται στη ρύθμιση του Ν. 3869/2010 οι οφειλέτες που κατά τον χρόνο της παύσεως των πληρωμών είχαν την εμπορική ιδιότητα (αν έπαυσαν τις πληρωμές όταν ήταν ακόμα έμποροι, τότε απορρίπτεται η αίτηση). Η εμπορική ιδιότητα, είτε υφιστάμενη, είτε αναγόμενη στο παρελθόν, κατά το χρονικό όμως σημείο κατά το οποίο έπαυσαν οι πληρωμές, είναι η προϋπόθεση που προσδίδει πτωχευτική ικανότητα στο φυσικό πρόσωπο, αποκλείοντας την υπαγωγή του στο πεδίο εφαρμογής του νόμου. Κατά τη διάταξη του άρθρου 2 παρ. 1 του ΠτΚ (Ν. 3588/2007) πτωχευτική ικανότητα έχουν οι έμποροι. Σύμφωνα με το άρθρο 1 του ΕμπΝ και τη διδασκαλία του εμπορικού δικαίου, έμπορος είναι ο κατά σύνηθες επάγγελμα ασκών εμπορικές πράξεις. Οι έμποροι επομένως, για τους οποίους μάλιστα βάσει του άρθρου 8 παρ. 2 του Διατάγματος 1835 περί της αρμοδιότητας των εμποροδικείων ισχύει το τεκμήριο της εμπορικότητας, σύμφωνα με το οποίο όλες οι συναλλαγές που γίνονται από τον έμπορο τεκμαίρεται ότι γίνονται χάριν της εμπορίας του, αποκλείονται από την εφαρμογή του Ν. 3869/2010, στη ρύθμιση του οποίου, συνεπώς, δεν υπάγονται, ούτε τα ιδιωτικά χρέη του εμπόρου. Γι' αυτούς, σε περίπτωση αδυναμίας εκπληρώσεως των ληξιπρόθεσμων χρηματικών υποχρεώσεών τους, κατά τρόπο γενικό και μόνιμο (παύση πληρωμών), ισχύουν οι ρυθμίσεις του Ν. 3588/2007 (ΠτΚ) και όχι αυτές του Ν. 3869/2010 (ΑΠ 804/2019, ΑΠ 550/2019, ΑΠ 803/2017). [...]

Στην προκειμένη περίπτωση με τον 1ο λόγο της αίτησης αναίρεσης, κατά το Α' σκέλος αυτού, ο αναιρεσείων αποδίδει στην προσβαλλόμενη απόφαση την πλημμέλεια εκ του άρθρου 560 αρ. 1 περ. α' ΚΠολΔ (αντί του εσφαλμένου από προφανή παραδρομή 559 αρ. 1α ΚΠολΔ, εφόσον πρόκειται για απόφαση που εκδόθηκε επί έφεσης κατά απόφασης Ειρηνοδείου) με την αιτίαση ότι το ως Εφετείο δικάσαν Δικαστήριο, με το να δεχθεί ότι ο αναιρεσείων αρχικά ως ιδιοκτήτης και κατόπιν ως συνιδιοκτήτης TAXI ήταν έμπορος, Α) αξίωσε περισσότερα στοιχεία από όσα απαιτεί η ουσιαστικού κανόνα δικαίου διάταξη του άρθρου 1 παρ. 1 περ. α' του Ν. 3869/2010, την οποία παραβίασε ευθέως με εσφαλμένη ερμηνεία και μη εφαρμογή, αν και τα πραγματικά περιστατικά που δέχτηκε ότι αποδείχθηκαν αρκούσαν για να πληρωθεί το πραγματικό της ανωτέρω διάταξης νόμου και έτσι κατέληξε στο εσφαλμένο αποδεικτικό πόρισμα ότι ο αναιρεσείων είναι έμπορος και έχει πτωχευτική

ικανότητα, ενώ θα έπρεπε να δεχθεί ότι αυτός είναι μικρέμπορος, ως οδηγός TAXI, του οποίου είναι συγκύριος σε ποσοστό 1/2 εξ αδιαιρέτου, χωρίς να έχει οποιαδήποτε επαγγελματική οργάνωση και βοηθητικό προσωπικό, παρέχοντας την προσωπική του εργασία με αντίτιμο του σωματικού του μόχθου την αμοιβή του κομίστρου και χωρίς να συμβάλλει κερδοσκοπικά στην διακίνηση αγαθών, καθώς επίσης Β) αρκέστηκε σε λιγότερα στοιχεία από όσα απαιτούν οι ουσιαστικού κανόνα δικαίου διατάξεις των άρθρων 2 παρ. 1 του Ν. 3588/2007 (Πτωχευτικός Κώδικας) και 2 και 3 του ΒΔ 2/14-5-1835 περί εμποροδικείων, τους οποίους εσφαλμένα ερμήνευσε και εφάρμοσε και συνεπώς παραβίασε ευθέως, διότι τα περιστατικά που δέχθηκε ότι αποδείχθηκαν δεν πληρούσαν το πραγματικό των ανωτέρω ουσιαστικών κανόνων δικαίου περί δήθεν εμπορικής ιδιότητας και πτωχευτικής ικανότητας του αναιρεσείοντα. Με το συναφές Β' σκέλος του ίδιου 1ου αναιρετικού λόγου ο αναιρεσείων αποδίδει στην προσβαλλόμενη απόφαση την πλημμέλεια εκ του άρθρου 560 αρ. 1 περ. β' ΚΠολΔ (αντί του εσφαλμένου 559 αρ. 1β ΚΠολΔ) με την αιτίαση, ότι το ως Εφετείο δικάσαν Δικαστήριο παραβίασε ευθέως το δίδαγμα της κοινής πείρας, σύμφωνα με το οποίο δεν είναι έμπορος, αλλά μικρέμπορος, ως επαγγελματίας οδηγός TAXI, του οποίου είναι συγκύριος και το οδηγεί ο ίδιος χωρίς την πρόσληψη βοηθητικού προσωπικού. Επίσης, με τον συναφή 2ο αναιρετικό λόγο ο αναιρεσείων αποδίδει στην προσβαλλόμενη απόφαση την πλημμέλεια εκ του άρθρου 560 αρ. 6 ΚΠολΔ (αντί του εσφαλμένου 559 αρ. 19 ΚΠολΔ), με την αιτίαση ότι το ως Εφετείο δικάσαν Δικαστήριο παραβίασε και εκ πλάγιου τους ανωτέρω ουσιαστικούς κανόνες δικαίου με ανεπαρκή και αντιφατική αιτιολογία ως προς την κατάγνωση σε βάρος του αναιρεσείοντα της εμπορικής ιδιότητας και συνακόλουθα, πτωχευτικής ικανότητας, που αποκλείει την υπαγωγή του στις προστατευτικές διατάξεις του Ν. 3869/2010 και έτσι στέρησε την απόφασή του από νόμιμη βάση, διότι δεν είναι εφικτός ο αναιρετικός έλεγχος για την ορθή ή μη υπαγωγή των αποδειχθέντων περιστατικών στο πραγματικό των παραβιασθεισών ουσιαστικών διατάξεων. Πιο συγκεκριμένα, σύμφωνα με τις αιτιάσεις του αναιρεσείοντα η προσβαλλόμενη απόφαση διέλαβε ελλιπή αιτιολογία, διότι το ως Εφετείο δικάσαν Δικαστήριο δεν προσδιορίζει το είδος της εργασίας αυτού και τα εισοδήματά του πριν και μετά το έτος 2014, που, κατά τις παραδοχές, αυτός διέκοψε την εργασία του ως οδηγός TAXI, ούτε εάν αυτός είχε προσλάβει προσωπικό κατά τη λειτουργία του TAXI, ούτε αποτιμά χρηματικά την αξία του προηγούμενου TAXI, αποκλειστικής αυτού κυριότητας, του οποίου την άδεια λειτουργίας πούλησε μετά την ολοσχερή καταστροφή του σε τροχαίο ατύχημα που συνέβη το έτος 2010, για να το επενδύσει δήθεν ως κεφάλαιο για την αγορά του TAXI, κατά ποσοστό 1/2 εξ αδιαιρέτου, το οποίο ο αναιρεσείων εκμεταλλευόταν δήθεν, κατά τις παραδοχές, με ριψοκίνδυνη κερδοσκοπική διαμεσολάβηση ως δήθεν έμπορος. Περαιτέρω, από την προσβαλλόμενη απόφαση και τα λοιπά διαδικαστικά έγγραφα της δίκης που επιτρεπτά επισκοπούνται κατ' άρθρ. 561 αρ. 2 ΚΠολΔ για τις ανάγκες των ερευνώμενων ως άνω αναιρετικών λόγων, προκύπτει ότι το ως Εφετείο δικάσαν Δικαστήριο δέχθηκε κατά την ανέλεγκτη περί των πραγμάτων κρίση του τα ακόλουθα: «... Ο αιτών και ήδη εφεσίβλητος ήταν κατά την άσκηση της ένδικης αίτησης 47 ετών. Στην ένδικη αίτηση ο αιτών εκθέτει ότι το έτος 2006 έλαβε από την ... Τράπεζα ένα επαγγελματικό δάνειο ποσού 50.000,00 ευρώ για την αγορά εξοπλισμού και εν γένει διαμόρφωση ενός καταστήματος παροχής υπηρεσιών πλυσίματος, στεγνώματος και σιδερώματος ρούχων, το οποίο λειτουργεί η σύζυγός του, το δε έτος 2007 έλαβε δύο επαγγελματικά δάνεια από την τράπεζα ... (ήδη εκκαλούσα) συνολικού ποσού 116.000,00 ευρώ, με τα οποία εξόφλησε το προηγούμενο επαγγελματικό δάνειο που είχε λάβει από την ... Τράπεζα (45.000,00 ευρώ περίπου) και με τα υπόλοιπα χρήματα (71.000,00 ευρώ) αγόρασε ολόκληρη την άδεια κυκλοφορίας

ενός δημόσιας χρήσης επιβατικού αυτοκινήτου-ταξί, ότι εκμεταλλεύθηκε το ταξί μέχρι το έτος 2010, οπότε λόγω ατυχήματος και των έκτακτων εξόδων που προέκυψαν πώλησε το ήμισυ της άδειας του ταξί και αγόρασε νέο αυτοκίνητο (Mercedes) σε αντικατάσταση του καταστραφέντος στο ατύχημα, και ότι από τότε εκμεταλλεύεται το ταξί αυτό, κατά το ήμισυ. Αναφέρεται, επίσης, στην αίτηση ότι ο αιτών από τον Οκτώβριο του 2012 έχει περιέλθει σε μόνιμη αδυναμία πληρωμής των χρεών του, συνολικού ύψους 150.310,76 ευρώ. Περαιτέρω, ο αιτών ισχυρίζεται ότι οδηγεί ο ίδιος το ανωτέρω ταξί και ότι για τον λόγο αυτόν πρέπει να θεωρηθεί μικρέμπορος και ως εκ τούτου να θεωρηθεί ότι δεν έχει εμπορική και πτωχευτική ικανότητα και δύναται να υπαχθεί στις διατάξεις του ν. 3869/2010. Πλην όμως, πέραν του ότι από κανένα έγγραφο αποδεικτικό στοιχείο δεν προέκυψε ο τρόπος που πράγματι ο αιτών εκμεταλλευόταν το εν λόγω ταξί (σημειωτέον ότι ήδη από το έτος 2014 έχει γίνει διακοπή των εργασιών του αιτούντος ως οδηγού ταξί) και ότι καταστράφηκε το όχημά του σε ατύχημα το έτος 2010, κατά την κρίση του παρόντος Δικαστηρίου, η αναφορά στην ένδικη αίτηση των ανωτέρω κεφαλαίων που διακινήθηκαν για τις αγοραπωλησίες των ταξί, που αποδεικνύονται από έγγραφα, σε συνδυασμό με την ανωμοτί κατάθεση του ίδιου του αιτούντος στο ακροατήριο του πρωτοβάθμιου Δικαστηρίου ότι για την αγορά της άδειας του πρώτου ταξί κατέβαλε στην πραγματικότητα το ποσό των 170.000,00 ευρώ, καταδεικνύουν επένδυση εκ μέρους του αιτούντος κεφαλαίου σημαντικής κλίμακας, που συνδέθηκε και με ανάληψη τραπεζικού κινδύνου-δανείων από την εκκαλούσα και επομένως ανάληψη εκ μέρους του αιτούντος επιχειρηματικού κινδύνου με την προσδοκία προφανώς σημαντικών κερδών. Επομένως, δεν αποδείχθηκε ότι ο αιτών ήταν μικρέμπορος, με την έννοια της μη δραστηριοποίησης σε ριψοκίνδυνη κερδοσκοπική διαμεσολάβηση και με σκοπό απλώς την αμοιβή του σωματικού του μόχθου και κόπου, αλλά αντίθετα αρχικά ως μόνος ιδιοκτήτης και κατόπιν ως συνιδιοκτήτης ταξί επένδυσε, ρίσκαρε και διακίνησε κεφάλαιο σημαντικής κλίμακας με σκοπό το μεγαλύτερο κέρδος και για τον λόγο αυτό ήταν έμπορος. Με δεδομένο, δε, όπως αναφέρεται στην ένδικη αίτηση, ότι κατά τον χρόνο παύσης των πληρωμών του (Οκτώβριος 2012) ο αιτών είχε την ιδιότητα του εμπόρου και επομένως είχε πτωχευτική ικανότητα, αποκλείεται η υπαγωγή του στο πεδίο εφαρμογής του νόμου 3869/2010, σύμφωνα με την ανωτέρω νομική σκέψη, δεκτού γενομένου του πρώτου λόγου της ένδικης έφεσης ως ουσία βασίμου, ενώ παρέλκει η εξέταση των λοιπών λόγων της έφεσης. Ως εκ τούτου, το πρωτοβάθμιο Δικαστήριο, που με την εκκαλούμενη απόφαση έκρινε ότι ο αιτών δεν είχε πτωχευτική ικανότητα και ακολούθως δέχθηκε εν μέρει την αίτηση, έσφαλε στην εφαρμογή του νόμου και την εκτίμηση των αποδείξεων. Συνεπώς, πρέπει η έφεση να γίνει δεκτή ως και κατ' ουσίαν βάσιμη, να εξαφανιστεί η πρωτόδικη απόφαση, να κρατήσει το παρόν Δικαστήριο την υπόθεση για να δικάσει την αίτηση, η οποία πρέπει να απορριφθεί ως ουσία αβάσιμη ...». Κρίνοντας έτσι το ως Εφετείο δικάσαν Δικαστήριο για να καταλήξει στο αποδεικτικό του πόρισμα ότι ο αναιρεσείων ήταν έμπορος κατά το χρόνο υποβολής της αίτησής του για την υπαγωγή του στο Ν. 3869/2010 και ότι συνεπώς δεν υπάγεται στην προστασία του ανωτέρω νόμου, εσφαλμένα ερμήνευσε και εφάρμοσε τις ουσιαστικού κανόνα δικαίου διατάξεις των άρθρων 2 παρ. 1 Πτωχευτικού Κώδικα (Ν. 3588/2007) και άρθρο 2 ΒΔ 2/14-5-1835 «περί εμποροδικείων», ενώ επίσης εσφαλμένα ερμήνευσε και δεν εφάρμοσε το άρθρο 1 παρ. 1 περ. α' Ν. 3869/2010, αν και τα περιστατικά που δέχθηκε ανελέγκτως αναιρετικά ότι αποδείχθηκαν, αρκούσαν για πληρωθεί το πραγματικό της τελευταίας ως άνω ουσιαστικής διάταξης για την υπαγωγή του αναιρεσείοντα στις προστατευτικές διατάξεις του ανωτέρω νόμου, ο οποίος προϋποθέτει την έλλειψη πτωχευτικής ικανότητας για την άσκηση της αίτησης του δανειολήπτη. Συγχρό-

ως, το Εφετείο διέλαβε ελλιπή και αντιφατική αιτιολογία ως προς το ζήτημα της εμπορικής ιδιότητας του αναιρεσείοντα, που ήταν ουσιώδες για την υπαγωγή του στην προστασία του Ν. 3869/2010 και έτσι στέρησε την απόφασή του από νόμιμη βάση. Πιο συγκεκριμένα, Α) αν και σύμφωνα με τις παραδοχές ο αναιρεσείων είχε λάβει από την 1η αναιρεσίβλητη τράπεζα, το έτος 2007, δύο επαγγελματικά δάνεια συνολικού ποσού 116.000 ευρώ, από το οποίο ποσό 45.000 ευρώ αναλώθηκε για να εξοφλήσει προηγούμενο επαγγελματικό δάνειο της ... Τράπεζας και με το υπόλοιπο ποσό των 71.000 ευρώ αγόρασε ολόκληρη την άδεια κυκλοφορίας ενός TAXI, που εκμεταλλεύτηκε έως το έτος 2010, οπότε λόγω καταστροφής του οχήματος σε τροχαίο ατύχημα αναγκάστηκε να πουλήσει το ήμισυ της άδειας του TAXI και να αγοράσει νέο αυτοκίνητο TAXI, το οποίο εκμεταλλεύτηκε κατά το ήμισυ έως το έτος 2014, εντούτοις το ως Εφετείο δικάσαν Δικαστήριο, δέχτηκε ότι ο αναιρεσείων για την αγορά του προηγούμενου TAXI κατέβαλε το ποσό των 170.000 ευρώ, που κατά τις παραδοχές αποτελεί σημαντική επένδυση με ανάληψη τραπεζικού κινδύνου, που προσδίδει σ' αυτόν την εμπορική ιδιότητα, χωρίς όμως να παραθέτει, όπως θα έπρεπε, πώς κατέληξε στο ανωτέρω συμπέρασμα, εφόσον το συνολικό ποσό των δανείων που του χορήγησε η 1η αναιρεσίβλητη τράπεζα ανέρχεται κατά τις παραδοχές του (όπως εκτίθενται σε άλλο σημείο της απόφασής του) σε 116.000 ευρώ, Β) αν και το ως Εφετείο δικάσαν Δικαστήριο δέχτηκε ότι αποδείχθηκε ο ισχυρισμός του αναιρεσείοντα ότι το προηγούμενο TAXI καταστράφηκε ολοσχερώς σε ατύχημα το έτος 2010 και ότι αυτός αναγκάστηκε να πουλήσει το ήμισυ της αξίας της άδειας λειτουργίας του, για να αγοράσει άλλο TAXI κατά ποσοστό 1/2 εξ αδιαιρέτου, το οποίο εκμεταλλεύτηκε έως το έτος 2014, οπότε, κατά τις παραδοχές, ο αναιρεσείων διέκοψε τις εργασίες του ως οδηγός TAXI, εντούτοις δεν προσδιορίζει τα εισοδήματα του αναιρεσείοντα από την εκμετάλλευση του TAXI από το έτος 2010 έως 2014, σύμφωνα με τις φορολογικές του δηλώσεις, από τις οποίες άλλωστε θα προκύπτουν και οι μεταβολές των περιουσιακών του στοιχείων, ώστε να διαπιστωθεί εάν το κέρδος που αυτός αποκόμιζε από την εκμετάλλευση του TAXI αφορούσε την αμοιβή της προσωπικής του εργασίας ως οδηγού και ανταποκρίνεται στον καθημερινό του μόχθο, ή αντιθέτως, εάν το κέρδος αυτό αποτελούσε υψηλή κερδοσκοπική εκμετάλλευση (υψηλό τζίρο) με ριψοκίνδυνη διαμεσολάβηση στην εμπορία αγαθών, που προσδίδει σ' αυτόν την εμπορική ιδιότητα, Γ) αν και η προσβαλλόμενη απόφαση δέχεται, ότι δεν αποδείχθηκε ο τρόπος εκμετάλλευσης του TAXI, δηλαδή, όπως ορθά εκτιμάται η ανωτέρω παραδοχή, εάν ο αναιρεσείων διέθετε οργανωμένη επιχείρηση και εγκατάσταση με χρησιμοποίηση βοηθητικού προσωπικού, εντούτοις αναπιλολόγητα δέχεται, ότι αποδείχθηκε σημαντική επένδυση κεφαλαίου με ριψοκίνδυνη δραστηριότητα, την οποία στηρίζει μόνο στο γεγονός της χορήγησης των δύο ανωτέρω επιχειρηματικών δανείων, χωρίς όμως συγχρόνως να προσδιορίζει την χρηματική αποτίμηση αγοράς του δεύτερου TAXI, που κατά τις παραδοχές αποτελούσε επένδυση σημαντικού κεφαλαίου, αν και τούτο είχε αγοραστεί το έτος 2010 κατά ποσοστό 1/2 εξ αδιαιρέτου, δηλαδή κατά την περίοδο της οικονομικής κρίσης, που είχε επηρεάσει μειωτικά τις αξίες των αδειών λειτουργίας των TAXI, Δ) επίσης η προσβαλλόμενη δεν προσδιορίζει τα ετήσια εισοδήματα και τις οικογενειακές υποχρεώσεις του αναιρεσείοντα, ώστε, συγκρινόμενα με τα ανωτέρω, να κριθεί εάν το κέρδος που αυτός αποκόμιζε από την εκμετάλλευση του TAXI αποτελούσε ριψοκίνδυνη εμπορική διαμεσολάβηση, που του προσδίδει την εμπορική ιδιότητα ή εάν αντιθέτως αποτελούσε την αμοιβή του για την καθημερινή εργασία αυτού, ώστε να χαρακτηριστεί ως μικρέμπορος, που εμπίπτει στην προστασία του Ν. 3869/2010. Με τις ελλείψεις και εν μέρει αντιφατικές ως άνω παραδοχές το ως Εφετείο δικάσαν Δικαστήριο στέρησε την απόφασή του από νόμιμη βάση, διότι δεν είναι εφικτός ο

αναιρετικός έλεγχος, εάν τα περιστατικά που δέχθηκε ότι αποδείχθηκαν πληρούσαν το πραγματικό των ουσιαστικών διατάξεων που εφάρμοσε (άρθρο 2 παρ. 1 ΠτΚ και 2 ΒΔ/1835) κρίνοντας, ότι ο αναιρεσείων έχει εμπορική ιδιότητα και άρα πτωχευτική ικανότητα ή αρκούσαν για να πληρωθεί το πραγματικό της ουσιαστικής διάταξης του άρθρου 1 παρ. 1 περ. α' Ν. 3869/2010, την οποία δεν εφάρμοσε. Επομένως, ιδρύεται η αναιρετική πλημμέλεια εκ του άρθρου 560 αρ. 1α και 6 ΚΠολΔ για την ευθεία και εκ πλαγίου παραβίαση των ανωτέρω ουσιαστικών κανόνων δικαίου και συνεπώς, πρέπει να γίνουν δεκτοί ο 1ος κατά το Α' σκέλος του αναιρετικού λόγος εκ του άρθρου 560 αρ. 1 περ. α' ΚΠολΔ και ο 2ος εκ του άρθρου 560 αρ. 6 ΚΠολΔ και να αναιρεθεί η προσβαλλόμενη απόφαση, ενώ παρέλκει η έρευνα του Β' σκέλους του 1ου αναιρετικού λόγου εκ του άρθρου 560 αρ. 1 περ. β' ΚΠολΔ για την ευθεία παραβίαση των διδασμάτων κοινής πείρας λόγω της αναιρετικής εμβέλειας των ανωτέρω γενόμενων δεκτών αναιρετικών λόγων, ανεξάρτητα από το γεγονός ότι ο λόγος αυτός είναι απαράδεκτος, διότι δεν αφορά την ερμηνεία κανόνος δικαίου, αλλά υπό την επίφαση της πλημμέλειας εκ του άρθρου 560 αρ. 1 περ. β' ΚΠολΔ ο αναιρεσείων επιδιώκει να πλήξει την αναιρετικά ανέλεγκτη κρίση του Δικαστηρίου ουσίας αναφορικά με την εκτίμηση του αποδεικτικού υλικού ως προς την κατάγνωση της εμπορικής ιδιότητας...

ΔΙΚΟΝΟΜΙΚΟ ΔΙΚΑΙΟ

Άρειος Πάγος (Γ' Τμήμα)
Αριθμ. 819/2020

Πρόεδρος: **Ασπ. Μαγιάκου**, Αντιπρόεδρος ΑΠ
Εισηγήτρια: **Μ. Μουλιανιτάκη**, Αρεοπαγίτης
Δικηγόροι: **Σπ. Λάλας – Δ. Τσικρικάς**

Περιεχόμενο της θετικής και της αρνητικής αναγνωριστικής αγωγής. Όταν ο ενάγων επιδιώκει να αναγνωρισθεί η ανυπαρξία δικαιώματος κυριότητας (ή άλλου εμπραγμάτου δικαιώματος) του εναγομένου σε ακίνητο, πρέπει να επικαλεστεί τον τρόπο με τον οποίο κατέστη νόμιμα κύριος του ακινήτου, ο δε εναγόμενος οφείλει να επικαλεσθεί και αποδείξει ότι μεταγενέστερα απέκτησε ο ίδιος την κυριότητα. Ο ισχυρισμός του εναγομένου ότι ο ενάγων δεν κατέστη ποτέ κύριος του ακινήτου, το οποίο ανήκε εξ αρχής στον ίδιο, αποτελεί άρνηση του εννόμου συμφέροντος του ενάγοντος.

Διατάξεις: ΚΠολΔ 70· ΑΚ 973

[...1.Α. Από τη διάταξη του άρθρου 70 ΚΠολΔ, συνάγεται ότι μπορεί να αναγνωρισθεί, κατόπιν αγωγής, η ύπαρξη ή ανυπαρξία έννομης σχέσης, η οποία τελεί σε αβεβαιότητα, εφόσον συντρέχει προς τούτο έννομο συμφέρον. Το εμπράγματο δικαίωμα της κυριότητας (άρθρο 973 ΑΚ) αποτελεί έννομη σχέση, η οποία ρυθμίζεται από το εξ αντικειμένου δικαίο (ΑΠ 886/2001). Για τη θεμελίωση της θετικής αναγνωριστικής αγωγής είναι απαραίτητο να προσδιορίζεται η αμφισβητούμενη έννομη σχέση και να αναφέρονται τα παραγωγικά αυτής γεγονότα. Αντίθετα, για τη θεμελίωση της αρνητικής αναγνωριστικής αγωγής αρκεί μόνο η αντιτασσόμενη από τον ενάγοντα κατά του προβαλλομένου δικαιώματος του εναγομένου γενική άρνηση και δεν είναι υποχρεωμένος ο ενάγων να επικαλεσθεί και αποδείξει την αναλήθεια των πραγματικών περιστατικών, που στηρίζουν το προσβαλλόμενο από τον εναγόμενο δικαίωμα, τα οποία αυτός οφείλει να προτείνει και αποδείξει (ΑΠ 1551/2010, 385/1999). Ειδικότερα, επί αγωγής, με την οποία επιδιώκεται η αναγνώριση ανυπαρξίας δικαιώματος κυριότητας ή άλλου εμπραγμάτου δικαιώματος του εναγομένου σε α-

κίνητο, ο ενάγων, όταν θεμελιώνει το έννομο συμφέρον για την άσκησή της σε δικαίωμα κυριότητας επί του επιδικίου ακινήτου, πρέπει αυτός να επικαλεσθεί στο δικόγραφο της αγωγής ότι με κάποιο νόμιμο τρόπο έγινε κύριος του ακινήτου και να εκθέσει τα στοιχειοθετούντα τον ισχυρισμό αυτό περιστατικά και, αν αμφισβητηθούν, να τα αποδείξει, αλλιώς απορρίπτεται η αγωγή χωρίς άλλη έρευνα. Ο εναγόμενος οφείλει, προς απόρριψη της αγωγής, να επικαλεσθεί και αποδείξει ότι μεταγενεστέρως έγινε αυτός κατά νόμιμο τρόπο κύριος του ακινήτου. Αν όμως ο εναγόμενος ισχυρισθεί ότι ο ενάγων ποτέ δεν έγινε κύριος του ακινήτου, του οποίου αυτός από την αρχή ήταν κύριος, τούτο αποτελεί άρνηση του αγωγικού ισχυρισμού περί εννόμου συμφέροντος του ενάγοντος (ΑΠ 1551/2010, 1391/1991).

Στην προκείμενη περίπτωση, ο αναιρεσείων, με τον πρώτο αναιρετικό λόγο, κατά το 1ο, 2ο και 3ο σκέλος του προσάπτει στην αναιρεσιβαλλόμενη απόφαση τις από τους αριθμούς 1, 8 και 14 του άρθρου 559 ΚΠολΔ, αντίστοιχα, πλημμέλειες, επικαλούμενος ότι το Εφετείο εσφαλμένα δεν απέρριψε ως αόριστη την προς απόκρουση της ένδικης αγωγής ένσταση ιδίας κυριότητας (κατά τους ισχυρισμούς του) των εναγομένων-εφεσιβλήτων και ήδη αναιρεσιβλήτων, αφορώσα στο 1ο από τα επίδικα ακίνητα. Η ανωτέρω αιτίαση είναι αβάσιμη, διότι στηρίζεται σε εσφαλμένη προϋπόθεση, τούτο δε διότι ο προβαλλόμενος, προς απόκρουση της ένδικης αρνητικής αναγνωριστικής της κυριότητας ακινήτου αγωγής, στο πρωτοβάθμιο δικαστήριο, ισχυρισμός των εναγομένων ήδη αναιρεσιβλήτων ότι οι ενάγοντες (μόνο ο 1ος από τους οποίους ασκεί την κρίσιμη αίτηση αναιρέσεως) δεν έγιναν συγκύριοι του επιδικίου, διότι ο δικαιοπάροχος πατέρας τους Π. Μ. δεν ήταν συγκύριος τούτου (επιδίκου) κατά τον επισυμβάντα το έτος 1966 θάνατό του, ενόψει της άτυπης διανομής που είχε συνάψει το έτος 1925 με τον αδελφό του Ι. Μ., απώτερο δικαιοπάροχο των εναγομένων Ν. Μ., στο πλαίσιο της οποίας το επίδικο περιήλθε στον τελευταίο, και ότι αντίθετα αυτές (εναγόμενες) ήσαν (συγ)κυρίες του, καθώς επίσης και ότι αποκλειστικός κύριος ήταν ο δικαιοπάροχός τους Κ. Μ., συνιστά, σύμφωνα με τα αναφερόμενα στην μείζονα πρόταση, αιτιολογημένη άρνηση της αγωγής και όχι ένσταση ιδίας κυριότητας, όπως εσφαλμένα υπολαμβάνει ο αναιρεσείων, ως άρνηση δε εκτιμήθηκε και από την αναιρεσιβαλλόμενη. Εξάλλου, σε κάθε περίπτωση, η άνω αιτίαση είναι απαράδεκτη, ως αόριστη, καθόσον δεν εκτίθεται στο αναιρετήριο το ακριβές περιεχόμενο του εν λόγω ισχυρισμού των εναγομένων ήδη αναιρεσιβλήτων και, ειδικότερα, τα προταθέντα πρωτοδικώς και επαναφερθέντα νομίμως στο Εφετείο πραγματικά περιστατικά που οι τελευταίοι επικαλέστηκαν για τη θεμελίωσή του (ΑΠ 667/2016, 791/2015). Τέλος, οι διαλαμβανόμενες στον ίδιο ως άνω αναιρετικό λόγο και στο πρώτο σκέλος αυτού λοιπές αιτιάσεις είναι απαράδεκτες, διότι, υπό την επίφαση της αναιρετικής πλημμέλειας από τον αριθμό 1 του άρθρου 559 ΑΚ, πλήττεται η αναιρετικά ανέλεγκτη εκτίμηση των αποδείξεων (άρθρο 561 παρ. 1 του ίδιου Κώδικα)...

Άρειος Πάγος (Γ' Τμήμα) Αριθμ. 717/2020

Πρόεδρος: **Ασπ. Μαγιάκου**, Αντιπρόεδρος ΑΠ
Εισηγήτρια: **Αν. Περιστεράκη**, Αρεοπαγίτης
Δικηγόροι: **Αγγ. Πάρσαλης – Ευ. Πέτρου**

Αποδεικτική δύναμη των ιατρικών βεβαιώσεων και των γνωμοδοτήσεων ιατρών που ασκούν δημόσιο λειτουργήμα. Οι επιστημονικές εκτιμήσεις και γνώμες του συντάκτη των ως άνω βεβαιώσεων, σχετικά με τις επιπτώσεις που έχουν τα καταγραφόμενα σε αυτές ευρήματα στην πνευματική και σωματική κατάσταση εκείνου στον οποίο αναφέρονται, εκτιμώνται ελεύθερα από το δικαστήριο.

Διατάξεις: ΚΠολΔ 340, 387, 390, 438, 440

[...Περαιτέρω, όπως προκύπτει από τις διατάξεις των άρθρων 438 και 440 του ΚΠολΔ οι ιατρικές γνωματεύσεις ή βεβαιώσεις και αν εκδίδονται από ιατρό που ασκεί δημόσια λειτουργία, μέσα στα πλαίσια των αρμοδιοτήτων του έχουν δεσμευτική αποδεικτική δύναμη και ειδικότερα, αποτελούν πλήρη απόδειξη, χωρίς να επιτρέπεται ανταπόδειξη, παρά μόνο με την προσβολή τους ως πλαστών, για όσα βεβαιώνονται σε αυτές ότι έγιναν από το συντάκτη τους ή ότι έγιναν ενώπιον του και επίσης πλήρη απόδειξη, κατά της οποίας όμως επιτρέπεται ανταπόδειξη, ως προς όσα βεβαιώνονται σ' αυτά, την αλήθεια των οποίων οφείλε να διαπιστώσει ο συντάκτης τους. Ως προς τις περιεχόμενες, όμως, σε αυτές επιστημονικές εκτιμήσεις και γνώμες του συντάκτη τους, ακόμη και σχετικά με τις επιπτώσεις που τα αναφερόμενα σε αυτές ευρήματα έχουν στην πνευματική και σωματική κατάσταση εκείνου στον οποίο αναφέρονται, οι εν λόγω ιατρικές βεβαιώσεις και γνωμοδοτήσεις εκτιμώνται ελεύθερα από το δικαστήριο, σύμφωνα με τον κανόνα του άρθρου 340 του ΚΠολΔ, όπως άλλωστε ισχύει, σύμφωνα με τα άρθρα 387 και 390 ΚΠολΔ, και για τις γνωμοδοτήσεις των ιατρών πραγματογνωμόνων που διόρισε το δικαστήριο ή με τις γνωμοδοτήσεις, που συντάχθηκαν με αίτηση κάποιου διαδίκου και προσκομίζονται από αυτόν, από ιατρούς, ως πρόσωπα με ειδικές γνώσεις επιστήμης (ΑΠ 1843/2013).

Με το τρίτο σκέλος του δεύτερου λόγου της αναιρέσεως προβάλλεται από τον αναιρεσείοντα η από το άρθρο 559 αρ. 12 ΚΠολΔ αιτίαση με την επίκληση ότι η προσβαλλόμενη απόφαση παραβίασε τους ορισμούς του νόμου σχετικά με τη δύναμη των αποδεικτικών μέσων και, ειδικότερα, ότι δεν δέχθηκε την, σύμφωνα με το άρθρο 438ΚΠολΔ, προκύπτουσα από απόδειξη από το νομίμως επικληθέν και προσκομισθέν από τον ίδιο ενώπιον του δευτεροβάθμιου δικαστηρίου από 1-7-2016 έγγραφο με τίτλο ... Ε.Κ. ΤΟΥ Ν., της Διευθύντριας του πνευμονολογικού τμήματος του ... Νοσοκομείου, Α. Ξ., που αποτελεί δημόσιο έγγραφο, με πλήρη έναντι όλων απόδειξη σχετικά με τα αναφερόμενα σ' αυτό ζητήματα και, ειδικότερα, για το ότι η διαθήκη κατά τον κρίσιμο χρόνο σύνταξης της ιδιόγραφης διαθήκης δεν είχε νοητική και φυσική δυνατότητα να συντάξει διαθήκη. Όπως προκύπτει από την επισκόπηση της προσβαλλόμενης απόφασης, το Εφετείο, εκτιμώντας τα έγγραφα αυτά ελεύθερα με τις υπόλοιπες αποδείξεις, κατέληξε σε πόρισμα διαφορετικό από εκείνο που θεωρεί ορθό ο αναιρεσείων, κρίνοντας ότι η διαθήκη κατά τον ως άνω κρίσιμο χρόνο είχε τη νοητική και φυσική ικανότητα να συντάξει διαθήκη και κατόπιν τούτου απέρριψε τη σχετική αγωγή αναγνώρισης της ακυρότητας ιδιόγραφης διαθήκης. Συνεπώς, με το να μην αποδώσει το δικαστήριο της ουσίας, ως προς το ζήτημα αυτό, δεσμευτική αποδεικτική δύναμη στο πιο πάνω έγγραφο το οποίο περιέχει επιστημονικές εκτιμήσεις και γνώμες της συντάκτριας ιατρού του άνω νοσοκομείου, αλλά με το να το εκτιμήσει ελεύθερα μαζί με άλλες αποδείξεις δεν παραβίασε τους ορισμούς του νόμου, σχετικά με τη δύναμη των αποδεικτικών μέσων και, ειδικότερα, τους ορισμούς των άρθρων 438 και 440 ΚΠολΔ, σχετικά με την αποδεικτική δύναμη των δημοσίων εγγράφων. Επομένως, τα αντίθετα προβαλλόμενα με το τρίτο σκέλος του άνω λόγου αναιρέσεως είναι αβάσιμα και απορριπτέα...]

ΕΜΠΟΡΙΚΟ ΔΙΚΑΙΟ**ΕΤΑΙΡΕΙΕΣ**

Άρειος Πάγος (Α' 1 Τμήμα)
Αριθμ. 807/2020

Πρόεδρος: Γ. Λέκκας, Αντιπρόεδρος ΑΠ
 Εισηγήτρια: Αλτ. Κοκκοβού, Αρεοπαγίτης
 Δικηγόροι: Κ. Κυπρούλη – Στ. Ποταμίτης, Γ. Τιμαγένης

Ναυτική εταιρεία. Αυτοδίκαιη ακυρότητα απόφασης του διοικητικού συμβουλίου λόγω αντίθεσής της σε απαγορευτικές διατάξεις του Αστικού Κώδικα (στις οποίες συμπεριλαμβάνεται και η ΑΚ 281). Ακυρότητα (λόγω καταχρηστικότητας) απόφασης περί αύξησης του εταιρικού κεφαλαίου, όταν με αυτήν επιδιώκεται αποκλειστικά η ενίσχυση της θέσης ορισμένων μετόχων με αποκλεισμό άλλων από την άσκηση του δικαιώματος προτίμησης. Από το χρονικό σημείο της κάλυψης του νέου κεφαλαίου θεωρείται ότι αποκτώνται (κατά τρόπο πρωτότυπο) οι νέες μετοχές και δημιουργούνται τα μετοχικά δικαιώματα. Η μεταγενέστερη έκδοση του τίτλου της μετοχής έχει δηλωτικό και όχι συστατικό χαρακτήρα. Η μη καταβολή της αξίας των νέων μετοχών, παρά την ανάληψη της σχετικής ενοχικής υποχρέωσης, δεν αναιρεί την ίδρυση μετοχικής σχέσης. Αξίωση των μετόχων, μετά την καταβολή του αντιτίμου, να εκδοθούν και να παραδοθούν σ' αυτούς οι τίτλοι των μετοχών που τους ανήκουν. Σχετική υπέρ των παλαιών μετόχων ακυρότητα της απόφασης για αύξηση του εταιρικού κεφαλαίου, αν δεν τηρηθούν όλες οι νόμιμες διατυπώσεις που τους επιτρέπουν να ασκήσουν προσηκόντως το δικαίωμα προτίμησης επί των νέων μετοχών. Πράξεις καταχωριστέες στο μητρώο ναυτικών εταιρειών. Η σχετική καταχώριση άλλοτε έχει συστατική ενέργεια και άλλοτε απαιτείται προκειμένου οι καταχωριζόμενες πράξεις ή τα γεγονότα να αντιτάσσονται σε τρίτους.

Διατάξεις: άρθρ. 1 § 1, 2 §§ 1 και 2, 3 § 1 περ. β', 7 § 1 και 2, 11 §§ 1, 2 και 3, 52, 54 ν. 759/1979: ΑΚ 3, 70, 174, 175, 180, 281

[...Η ακυρότητα μιας απόφασης διοικητικού συμβουλίου ναυτικής εταιρείας, που συνιστά δικαιопραξία συλλογικού οργάνου, ενόψει ότι ο Ν. 759/1979 «περί ναυτικής εταιρείας» σιωπά, μπορεί να θεμελιώνεται και στην παραβίαση των κοινών διατάξεων, όπως όταν η συγκεκριμένη απόφαση έρχεται σε αντίθεση προς απαγορευτικές διατάξεις του Αστικού Κώδικα, μεταξύ των οποίων περιλαμβάνεται και η διάταξη του άρθρου 281 ΑΚ περί απαγόρευσης της καταχρηστικής άσκησης του δικαιώματος, όταν, δηλαδή, η απόφαση του διοικητικού συμβουλίου, παρότι δεν αντίκειται στις διατάξεις του νόμου ή του καταστατικού της εταιρείας, ως δικαιопραξία υπερβαίνει κατά το περιεχόμενο, την αιτία και το σκοπό προφανώς τα ακραία αξιολογικά όρια που διαγράφονται από την καλή πίστη, τα χρηστά ήθη και τον κοινωνικό και οικονομικό σκοπό του δικαιώματος. Η ακυρότητα αυτή επέρχεται αυτοδίκαια, κατά τα άρθρα 3, 174 και 180 ΑΚ, και καθέναν που έχει έννομο συμφέρον δικαιούται να προβάλλει την ακυρότητα αυτή είτε κατ'ένσταση είτε να ασκήσει και αναγνωριστική αγωγή σύμφωνα με το άρθρο 70 ΑΚ και να ζητήσει την αναγνώριση της ακυρότητας. Τέτοια ακυρότητα της απόφασης του διοικητικού συμβουλίου ναυτικής εταιρείας μπορεί να συντρέχει και στην περίπτωση της καταχρηστικής αύξησης του εταιρικού κεφαλαίου της, οσάκις έρχεται σε αντίθεση προς το συμφέρον της εταιρείας και συγκεκριμένα όταν δεν στοιχειοθετείται αιτιολογημένα η ανάγκη αύξησης του εταιρικού κεφαλαίου και αποκλειστικός σκοπός αυτής είναι η ενίσχυση της θέσης ορισμένων μετόχων στην εταιρεία με αποκλεισμό των άλλων μετόχων από την άσκηση

του δικαιώματος προτίμησης (σχ. ΑΠ 982/1980). Για την πληρότητα δε του παραπάνω από τη διάταξη του άρθρου 281 ΑΚ ισχυρισμού απαιτείται να γίνεται επίκληση των συγκροτούντων την κατάχρηση περιστατικών.

Στην προκειμένη περίπτωση, οι αναιρεσιδόντες, με τον δεύτερο πρόσθετο λόγο της αίτησης αναίρεσης, προβάλλουν ότι, ενώ στην αγωγή τους είχαν ισχυρισθεί και ότι, τόσο η από 5-1-2004 πρόσκληση του διοικητικού συμβουλίου της πρώτης εναγομένης, με την οποία καλούσε τους τρίτους (νέους υποψηφίους μετόχους) να συμμετάσχουν στην αύξηση του εταιρικού κεφαλαίου αυτής, όσο και η υπ' αριθ. ...-6-2004 απόφαση αυτού (διοικητικού συμβουλίου), με την οποία πιστοποιήθηκε ότι είχε ολοκληρωθεί η αύξηση του εταιρικού κεφαλαίου κατά το ποσό των 391.960 ευρώ, συμπεριλαμβανομένων και των δικών τους καταβολών, και ότι το ποσό αυτό είχε καταβληθεί, είναι άκυρες ως καταχρηστικές, διότι υπερβαίνουν τα όρια της καλής πίστης και των χρηστών ηθών και του κοινωνικοοικονομικού σκοπού του δικαιώματος και έρχονται σε αντίθεση με το συμφέρον της εταιρείας, καθόσον ελήφθησαν αποκλειστικά για την εξυπηρέτηση των μελών του διοικητικού συμβουλίου και προς βλάβη της περιουσίας αυτών (αναιρεσιδόντων), αφού έρχονται σε αντίθεση προς την υπ' αριθ. 3/31-12-2003 απόφαση αυτού (διοικητικού συμβουλίου), η οποία προέβλεπε την άσκηση του δικαιώματος προτίμησης από τους παλαιούς μετόχους και την αύξηση του εταιρικού κεφαλαίου κατά 552.000 ευρώ, χωρίς να περιλαμβάνει και σχετική απόφαση με τη μερική καταβολή της αύξησης του κεφαλαίου, τη δυνατότητα πιστοποίησης της μερικής αύξησης σε περίπτωση μη κάλυψης του συνολικού ποσού της αύξησης, καθώς και τη μη εμπρόθεσμη καταβολή του, το Εφετείο παρέλειψε, παρά το νόμο, να λάβει υπόψη του προταθέντα από τους αναιρεσιδόντες πράγματα που ασκούν ουσιώδη επίδραση στην έκβαση της δίκης και ειδικότερα παρέλειψε να λάβει υπόψη του την από το άρθρο 281 ΑΚ βάση της αγωγής τους. Όπως όμως προκύπτει από την παραδεκτή, κατ' άρθρο 561 παρ. 2 ΚΠολΔ, επισκόπηση του περιεχομένου της αγωγής, που αναφέρεται στον ήδη εξετασθέντα πρώτο λόγο της αίτησης αναίρεσης, δεν περιλαμβάνεται σ' αυτή βάση από τη διάταξη του άρθρου 281 ΑΚ, η οποία το πρώτον περιλήφθηκε στο δεύτερο πρόσθετο λόγο αυτής, αφού δεν περιέχονται σ' αυτή τα απαιτούμενα στοιχεία, καθόσον ουδώς γίνεται επίκληση προκύπτουσας από τις άνω αποφάσεις κατάχρησης και ειδικότερα εάν αυτές έρχονται σε αντίθεση με το συμφέρον της εταιρείας και για ποιο λόγο, καθώς και εάν προκαλείται βλάβη σε μετοχική ιδιοκτησία των εναγόντων και ήδη αναιρεσιδόντων και με ποιο τρόπο, ενόψει και ότι, κατά τα ιστορούμενα, κατά το χρόνο αύξησης του εταιρικού κεφαλαίου της πρώτης εναγομένης και ήδη αναιρεσιβλητής, αυτοί δεν ετύγχαναν μέτοχοι της πρώτης εναγομένης και ήδη αναιρεσιβλητής εταιρείας. Η αναφορά δε στην αγωγή και μόνον ότι το διοικητικό συμβούλιο της πρώτης εναγομένης με την άνω από 5-1-2004 πρόσκλησή του δεν έδωσε δικαίωμα προτίμησης στην ίδια την εταιρεία με την επωνυμία «... Α.Ε.», που ήταν μέτοχος της πρώτης εναγομένης εταιρείας, όπως είχε αποφασισθεί με την από 31-12-2003 απόφασή του, αλλά στους μετόχους αυτής («... Α.Ε.»), στους οποίους περιλαμβάνονται και οι ίδιοι οι ενάγοντες και ήδη αναιρεσιδόντες, καθώς και ότι με την υπ' αριθ. 6/23-6-2004 απόφασή του πιστοποίησε ότι η αύξηση του εταιρικού της κεφαλαίου είχε ολοκληρωθεί κατά 391.960 ευρώ και ότι είχε, κατά το χρόνο της πιστοποίησης, καταβληθεί, ενώ οι ενάγοντες και ήδη αναιρεσιδόντες κατέβαλαν το ποσό της συμμετοχής τους μετά την πιστοποίηση, δεν αποτελούν περιστατικά που μπορούν να θεμελιώσουν αγωγική βάση από τη διάταξη του άρθρου 281 ΑΚ. Επομένως, το Εφετείο, που δεν ασχολήθηκε με τέτοια βάση, δεν παρέλειψε παρά το νόμο να λάβει υπόψη του προταθέντα από τους αναιρεσιδόντες πράγματα που ασκούν ουσιώδη επίδραση στην έκβαση της δίκης, γι' αυτό και ο άνω δεύτερος πρόσθετος λόγος αναίρεσης από

τον αριθ. 8 του άρθρου 559 ΚΠολΔ, όπως εκτιμάται, κατά την αληθή νοηματική του έννοια, με τον οποίο υποστηρίζονται τα αντίθετα, είναι αβάσιμος. [...]

Περαιτέρω, από το συνδυασμό των διατάξεων των άρθρων 1 παρ. 1, 2 παρ. 1 και 2, 3 παρ. 1 περ. β', 7 παρ. 1 και 2, 11 παρ. 1, 2 και 3, 52 και 54 του Ν 959/1979 «περί ναυτικής εταιρείας», προκύπτουν τα ακόλουθα: Η ναυτική εταιρεία είναι η εταιρεία που συνιστάται κατά τις διατάξεις του νόμου αυτού και έχει ως αποκλειστικό σκοπό την κυριότητα, εκμετάλλευση ή διαχείριση ελληνικών εμπορικών πλοίων. Για τη σύσταση της απαιτείται σύμβαση, που πρέπει να καταρτισθεί εγγράφως, έστω και με ιδιωτικό έγγραφο, και να καταχωρηθεί στο μητρώο ναυτικών εταιρειών, οπότε και αποκτά νομική προσωπικότητα. Η σύμβαση ναυτικής εταιρείας πρέπει, επί ποινή ακυρότητας, πλην άλλων, να περιέχει και διατάξεις περί του εταιρικού κεφαλαίου και των μετοχών στις οποίες διαιρείται το εταιρικό κεφάλαιο, οι οποίες θα πρέπει να είναι είτε όλες ονομαστικές είτε όλες ανώνυμες. Η έννομη σχέση που συνδέει τον εταίρο με το νομικό πρόσωπο της ναυτικής εταιρείας εκφράζεται με τη μετοχή, η οποία δηλώνει το μερίδιο του εταιρικού κεφαλαίου, το δικαίωμα συμμετοχής στην εταιρεία και τον τίτλο στον οποίο ενσωματώνεται το δικαίωμα αυτό. Η κτήση της μετοχής κατά κυριότητα προσδίδει και αποδεικνύει την ιδιότητα του κομιστή ως μετόχου. Η γένεση όμως του μετοχικού δικαιώματος δεν εξαρτάται από την έκδοση του τίτλου της μετοχής, ο οποίος έχει δηλωτικό και όχι δημιουργικό χαρακτήρα (ΑΠ 275/1997). Περαιτέρω, η αύξηση του εταιρικού κεφαλαίου ναυτικής εταιρείας πραγματοποιείται με απόφαση του αρμοδίου οργάνου αυτής, που με την εταιρική σύμβαση μπορεί να ορισθεί είτε το διοικητικό συμβούλιο είτε η γενική συνέλευση. Για τη δημιουργία των νέων μετοχών επί αύξησης του εταιρικού κεφαλαίου, για να επέλθει, δηλαδή, η μεταβολή στη σύνθεση της εταιρείας, απαιτείται επιπρόσθετα να γίνει και κάλυψη του νέου κεφαλαίου, ήτοι ανάληψη ενοχικής υποχρέωσης εκ μέρους παλαιών μετόχων ή τρίτων για καταβολή της αξίας των νέων μετοχών. Από του χρονικού αυτού σημείου θεωρείται ότι αποκτώνται οι νέες μετοχές και δημιουργούνται τα μετοχικά δικαιώματα (πρβλ. ΑΠ 1530/2001). Η ανάληψη των νέων μετοχών από παλαιούς μετόχους ή τρίτους, κατά την αύξηση του εταιρικού κεφαλαίου, συνιστά πρωτότυπο τρόπο κτήσης της μετοχικής ιδιότητας από αυτούς και της κυριότητας αυτών επί των τίτλων των μετοχών και όχι παράγωγο τρόπο, ο οποίος λαμβάνει χώρα, ειδικότερα, επί ανωνύμων μετοχών, με παράδοση του σχετικού τίτλου και συμφωνία μεταξύ αυτού που μεταβιβάζει και αυτού που αποκτά, κατά τους κανόνες δηλαδή για τη μεταβίβαση κινητού πράγματος (άρθρ. 1034 ΑΚ). Η μη εκπλήρωση δε ή η μη εμπρόθεσμη εκπλήρωση της ως άνω αναληφθείσας ενοχικής υποχρέωσης με την καταβολή της αξίας των νέων μετοχών δεν συνεπάγεται έλλειψη δημιουργίας της μετοχικής σχέσης, καθόσον η μετοχική σχέση εκείνου που ανέλαβε (κάλυψε), αλλά δεν κατέβαλε ή δεν κατέβαλε εμπρόθεσμα την εισφορά του έχει ήδη ιδρυθεί. Ούτε η έκδοση και η παράδοση των νέων μετοχών ως αξιογράφων αποτελεί προϋπόθεση για τη δημιουργία της μετοχικής σχέσης, αφού και οι νέοι τίτλοι δεν έχουν δημιουργικό, αλλά δηλωτικό χαρακτήρα. Απλώς από την ανάληψη των νέων μετοχών και τη δημιουργία της μετοχικής σχέσης οι κατ' ιδίαν μέτοχοι ναυτικής εταιρείας, μέχρι την καταβολή του αντιτίμου αυτών, δεν μπορούν να ασκήσουν τα δικαιώματα που απορρέουν από αυτήν. Μετά την καταβολή του αντιτίμου τους έχουν αγωγή αξίωση κατά της εταιρείας και υφίσταται αντίστοιχα υποχρέωση αυτής για την έκδοση και παράδοση σ' αυτούς των τίτλων των μετοχών και μπορούν έκτοτε να ασκήσουν τα εξ αυτών απορρέοντα δικαιώματα. Εξάλλου, για την αύξηση του εταιρικού κεφαλαίου της ναυτικής εταιρείας ο νόμος δεν επιβάλλει πλαίσιο όρων και προϋποθέσεων, αλλά οι σχετικές με αυτή ρυθμίσεις επαφίενται στις διατάξεις της εταιρικής σύμβασης, καθόσον ορίζεται

ότι είναι δυνατόν να περιέχεται στην εταιρική σύμβαση πρόβλεψη αύξησης του εταιρικού κεφαλαίου μετά από απόφαση του διοικητικού συμβουλίου ή της γενικής συνέλευσης, χωρίς τροποποίησή της (εταιρικής σύμβασης), μέχρι του ποσού το οποίο αναγράφεται σ' αυτή, με έκδοση νέων μετοχών. Η μόνη προϋπόθεση που επιτάσσεται από το νόμο για την αύξηση του εταιρικού κεφαλαίου είναι εκείνη που αφορά στην προστασία των δικαιωμάτων των υφισταμένων μετόχων και γι' αυτό ορίζεται ότι επί ολοκλήρου του νέου κεφαλαίου παρέχεται δικαίωμα προτίμησης των κατά τον χρόνο της αύξησης μετόχων, κατ' αναλογία της μέχρι τότε συμμετοχής του κάθε μετόχου στο παλαιό κεφάλαιο και περαιτέρω ότι πρέπει να περιέχεται σε διάταξη της εταιρικής σύμβασης σχετική με την αύξηση του εταιρικού κεφαλαίου προθεσμία για την άσκηση του δικαιώματος προτίμησης και, εάν τούτο δεν προβλεφθεί, μπορεί να καθορισθεί με την απόφαση του οργάνου που έλαβε την απόφαση για την αύξηση του εταιρικού κεφαλαίου. Στην περίπτωση δε που μέτοχος ή μέτοχοι δεν άσκησαν το δικαίωμα αυτό εμπροθέσμως, οι νέες μετοχές προσφέρονται στους μετόχους που άσκησαν το δικαίωμα αυτό και το τυχόν αδιάθετο υπόλοιπο διатиθεται ελεύθερα από το διοικητικό συμβούλιο της εταιρείας. Από τα παραπάνω σε συνδυασμό προς τη διάταξη του άρθρου 175 ΑΚ, προκύπτει ότι, εάν το αρμόδιο για την αύξηση του εταιρικού κεφαλαίου ναυτικής εταιρείας όργανο παραβιάσει τις διατάξεις του νόμου και ιδίως αν δεν απευθύνει ή δεν απευθύνει σύμφωνα με τη νόμιμη διαδικασία πρόσκληση, και έτσι οι παλαιοί μέτοχοι δεν ασκήσουν το δικαίωμα προτίμησης ή εάν το αρμόδιο όργανο διαθέσει τις νέες μετοχές σε τρίτους πριν την πάροδο της προθεσμίας άσκησης του δικαιώματος προτίμησης από τους παλαιούς μετόχους, η οποία, σημειωτέον, έχει αφητηρία τη γνωστοποίηση της σχετικής απόφασης και όχι την τυχόν ορισθείσα σ' αυτή προγενέστερη, η πράξη του πάσχει από ακυρότητα. Η ακυρότητα όμως αυτή με βάση το άρθρο 175 εδ. 2 ΑΚ, που πλήττει με ακυρότητα τη διάθεση αντικειμένου, εκτός ορισμένου κύκλου προσώπων, όπως στην προκειμένη περίπτωση είναι οι παλαιοί μέτοχοι, είναι σχετική και δύναται να προβληθεί μόνον από τους δικαιούχους προτίμησης παλαιούς μετόχους (πρβλ. ΑΠ 1300/2006, ΑΠ 1082/1991). Τέλος, στο μητρώο ναυτικών εταιρειών καταχωρίζονται, ύστερα από τον έλεγχο νομιμότητας που διενεργεί αυτός που τηρεί το μητρώο, καταρχήν η σύσταση της ναυτικής εταιρείας και στη συνέχεια οι πράξεις και τα γεγονότα που συνδέονται με αυτή, μεταξύ των οποίων το κεφάλαιο της εταιρείας, καθώς και μεταγενέστερες μεταβολές αυτού, όπως η αύξηση και η πράξη πιστοποίησης εκ μέρους του διοικητικού συμβουλίου της καταβολής του σχετικού κεφαλαίου. Η καταχώριση έχει άλλοτε συστατική ενέργεια (άρθρ. 52 παρ. 2, 3) και άλλοτε απαιτείται μόνο, για την αντίταξη των πράξεων και γεγονότων σε τρίτους (άρθρ. 54).

Στην προκειμένη περίπτωση από την παραδεκτή, κατ' άρθρο 561 παρ. 2 ΚΠολΔ, επισκόπηση της προσβαλλόμενης απόφασης, προκύπτει ότι το Εφετείο δέχτηκε ότι η αγωγή των εναγόντων (ήδη αναιρεσιόντων), με την οποία, όπως έχει προαναφερθεί στον εξετασθέντα παραπάνω πρώτο λόγο της αίτησης αναίρεσης, ζητούσαν να αναγνωρισθεί ότι οι εναγόμενες (ήδη αναιρεσίβλητες) οφείλουν να τους καταβάλουν με τον νόμιμο τόκο από 20-8-2005, άλλως από την επίδοση της αγωγής, εις ολόκληρον η καθεμία, η δεύτερη δε, διότι, μετά τη δημιουργία του άνω χρέους, απέκτησε από την πρώτη, κατά κυριότητα, το αναφερόμενο σ' αυτή πλοίο, γνωρίζοντας, ότι αυτό αποτελούσε το μοναδικό περιουσιακό στοιχείο της πρώτης, το ποσό των διακοσίων (200.000) ευρώ και ειδικότερα το ποσό των εκατό (100.000) ευρώ στον πρώτο και το ποσό των πενήντα (50.000) ευρώ σε καθένα από τους δεύτερο και τρίτη από αυτούς, που αντιστοιχεί στο αντίτιμο που κατέβαλαν για την αύξηση του κεφαλαίου-αγορά μετοχών, κατά τις διατάξεις περί αδικαιολογήτου πλουτισμού, διότι η αύξηση αλλά και η συμμετοχή τους σ' αυτή ήταν άκυρη και ουδέποτε κατέστησαν μέτο-

χοι αυτής, αλλά και ούτε απέκτησαν τις αντίστοιχες μετοχές, ήταν μη νόμιμη και περαιτέρω (προκύπτει, ότι το Εφετείο), αφού δέχτηκε τις εφέσεις των εναγομένων (ήδη αναιρεσίβλητων), εξαφάνισε την πρωτόδικη απόφαση που είχε δεχτεί τα αντίθετα και απέρριψε την αγωγή. Ειδικότερα, δέχτηκε το Εφετείο, ότι η απόφαση του διοικητικού συμβουλίου της πρώτης εναγομένης (ήδη αναιρεσίβλητης), με την οποία, κατά τα εκτιθέμενα στο δικόγραφο της αγωγής, έδωσε δικαίωμα να συμμετάσχουν στην αύξηση του μετοχικού της κεφαλαίου τρίτα, φυσικά πρόσωπα, με μόνη την ιδιότητά τους ως μετόχων της εταιρείας, η οποία ήταν η κυρία μέτοχος (...), αφορά απόφαση που ουδέποτε ακυρώθηκε και ότι οι ενάγοντες (ήδη αναιρεσείοντες) απέκτησαν πρωτότυπα τη μετοχική τους ιδιότητα με την ανάληψη ενοχικής υποχρέωσης εκ μέρους τους για την καταβολή της αξίας των νέων μετοχών, ανεξάρτητα από την κατοχή του αναλόγου τίτλου και αν η πρώτη εναγομένη (ήδη αναιρεσίβλητη) κατέστη υπερήμερη ως προς την έκδοση και παράδοση των τίτλων αυτών και επιπλέον, ότι η καταχώριση της πιστοποίησης περί καταβολής της αύξησης του εταιρικού κεφαλαίου στο μητρώο ναυτικών εταιρειών, έστω και αν η καταβολή εκ μέρους αυτών πραγματοποιήθηκε σε μεταγενέστερο χρόνο από την πιστοποίηση (εκπρόθεσμα), η οποία (πράξη πιστοποίησης) ουδέποτε ανακλήθηκε, είχε ως συνέπεια η πρώτη εναγομένη και ήδη αναιρεσίβλητη να φέρεται έναντι τρίτων, ότι έχει επιπλέον κεφάλαιο, ίσο με τη μερική αύξηση, και οι ενάγοντες και ήδη αναιρεσείοντες να είναι μέτοχοί της. Οι αναιρεσείοντες, με το δεύτερο λόγο της αίτησης αναίρεσης, από τον αριθ. 1 του άρθρου 559 ΚΠολΔ, αιτιώνται την προσβαλλόμενη απόφαση για παραβίαση με εσφαλμένη ερμηνεία και εφαρμογή των ουσιαστικού δικαίου διατάξεων των άρθρων 174, 180 και 904 ΑΚ και 7, 11, 31 και 54 του Ν. 959/1979. Ειδικότερα, προβάλλουν με τα υπό στοιχ. (Α) και (Β) σκέλη του, ότι, ενώ η από 5-1-2004 ανακοίνωση-πρόσκληση του διοικητικού συμβουλίου της πρώτης εναγομένης (ήδη αναιρεσίβλητης), με την οποία δόθηκε δικαίωμα προτίμησης για τη συμμετοχή στην αύξηση του μετοχικού κεφαλαίου της σε τρίτα πρόσωπα και όχι στους μετόχους της, κατά παραβίαση της σειράς προτεραιότητας των εχόντων δικαίωμα προτίμησης και ορίσθηκε προθεσμία για την κάλυψη του εταιρικού κεφαλαίου όχι 40 ημερών, που προβλέπει η εταιρική σύμβαση, αλλά 35, ήταν απολύτως και αυτοδικαίως άκυρη, σύμφωνα με τα άρθρα 174 και 180 ΑΚ, ως αντιβαίνουσα στο άρθρο 11 του Ν. 759/1979 και στο άρθρο 3 παρ. 1.6 της από 3-11-2003 σύμβασης σύστασης ναυτικής εταιρείας και συνεπώς και η αύξηση του εταιρικού κεφαλαίου και δεν απαιτείτο να ακυρωθεί με δικαστική απόφαση, το Εφετείο δέχτηκε ότι η απόφαση αυτή ουδέποτε ακυρώθηκε, κρίνοντας έτσι εφαρμοστέα και για ακύρωση αποφάσεων διοικητικού συμβουλίου ναυτικής εταιρείας τη διάταξη του άρθρου 31 του Ν. 759/1979, που αφορά όμως ακύρωση απόφασης γενικής συνέλευσης ναυτικής εταιρείας, με το υπό στοιχ. (Γ) σκέλος του, ότι, ενώ, κατά τα αναφερόμενα στην αγωγή, το ποσό των 200.000 με το οποίο αυτοί συμμετείχαν στην αύξηση του εταιρικού κεφαλαίου καταβλήθηκε, μετά την πιστοποίηση της αύξησης του εταιρικού κεφαλαίου της πρώτης εναγομένης (ήδη αναιρεσίβλητης), το Εφετείο δέχτηκε ότι υπήρξε έγκυρη πιστοποίηση της συμμετοχής τους στην αύξηση του μετοχικού κεφαλαίου και ότι κατέστησαν μέτοχοι αυτής, αν και οι συνέπειες της μη εμπρόθεσμης πλήρους καταβολής είναι η ματαίωση της αύξησης του μετοχικού κεφαλαίου και η επιστροφή των τυχόν καταβληθεισών εισφορών, κατά τις διατάξεις του αδικαιολογήτου πλουτισμού, με το υπό στοιχ. (Δ) σκέλος, ότι, ενώ από τη διάταξη του άρθρου 54 του Ν. 959/1979 προκύπτει ότι οι καταχωρίσεις στο μητρώο ναυτικών εταιρειών προσδίδουν αποδεικτικό και όχι συστατικό χαρακτήρα και μάλιστα, απέναντι στους τρίτους και όχι στους μετόχους ή στους μετέχοντες στην αύξηση του εταιρικού κεφαλαίου, το Εφετείο δέχτηκε ότι η ψευδής πιστοποίηση περί καταβολής της αύξησης του μετοχικού κεφα-

λαίου της πρώτης εναγομένης (ήδη αναιρεσίβλητης), ενώ η εκ μέρους τους καταβολή της αύξησης πραγματοποιήθηκε σε μεταγενέστερο της πιστοποίησης χρόνο, καθίσταται έγκυρη και αυτοί κατέστησαν μέτοχοι «δεδομένου ότι η πιστοποίηση καταχωρήθηκε στο μητρώο ναυτικών εταιρειών και πλέον έναντι τρίτων η πρώτη εναγομένη (ήδη αναιρεσίβλητη) φερόταν να έχει κεφάλαιο ίσο με τη μερική αύξησή του, ενώ στη συνέχεια ουδέποτε ανακλήθηκε (η πράξη πιστοποίησης)», με το υπό στοιχ. (Ε) σκέλος, ότι, ενώ με τη διάταξη του άρθρου 7 του Ν. 759/1979 ορίζεται, ότι οι ανώνυμες μετοχές ναυτικής εταιρείας μεταβιβάζονται με παράδοση του τίτλου, το Εφετείο δέχτηκε, ότι αυτοί κατέστησαν μέτοχοι της πρώτης εναγομένης εταιρείας (ήδη αναιρεσίβλητης), ανεξάρτητα από την κατοχή του αναλόγου τίτλου και ανεξάρτητα αν η τελευταία κατέστη υπερήμερη ως προς την έκδοση και παράδοση των τίτλων αυτών, και τέλος με το υπό στοιχ. (ΣΤ) σκέλος, ότι αυτοί, αφού η αύξηση του εταιρικού κεφαλαίου ήταν εξ υπαρχής άκυρη και δεν κατέβαλαν και εμπρόθεσμα το αντίτιμο για τη συμμετοχή τους σ' αυτή, δεν απέκτησαν μετοχικά δικαιώματα και δικαιούνται την επιστροφή των καταβληθέντων υπ' αυτών ποσών με τις διατάξεις του αδικαιολογήτου πλουτισμού. Ο άνω δεύτερος λόγος της αίτησης αναίρεσης από τον αριθ. 1 του άρθρου 559 ΚΠολΔ, καθόλα τα σκέλη του, είναι απορριπτέος. Πιο συγκεκριμένα, κατά τα σκέλη του (Α) και (Β) είναι αβάσιμος, διότι η απόφαση του διοικητικού συμβουλίου της πρώτης εναγομένης και ήδη αναιρεσίβλητης για την αύξηση του εταιρικού της κεφαλαίου, με την οποία δόθηκε δικαίωμα συμμετοχής στην αύξηση όχι στους μετόχους της (ΑΕ ... και Μ. Τ.), όπως έπρεπε, κατ' αρχήν, αλλά σε τρίτα πρόσωπα (μετόχους της μετόχου ΑΕ ...), μεταξύ των οποίων και οι ενάγοντες και ήδη αναιρεσείοντες, ήτοι χωρίς να απευθύνει προηγουμένως πρόσκληση προς τους παλαιούς μετόχους, προκειμένου αυτοί να ασκήσουν, εάν επιθυμούν, το δικαίωμα προτίμησης τους επί της αύξησης του εταιρικού κεφαλαίου, είναι άκυρη, η ακυρότητα όμως αυτή, κατά τα αναφερόμενα στη μείζονα σκέψη, δεν είναι απόλυτη και δεν ισχύει υπέρ και κατά παντός, αλλά σχετική, καθόσον έχει τεθεί προς προστασία μόνο ορισμένων προσώπων και στην προκειμένη περίπτωση υπέρ των δικαιούχων προτίμησης παλαιών μετόχων. Επομένως, το Εφετείο, που δέχτηκε, ότι οι ενάγοντες και ήδη αναιρεσείοντες με τη συμμετοχή τους στην αύξηση του εταιρικού κεφαλαίου της πρώτης εναγομένης και ήδη αναιρεσίβλητης απέκτησαν τη μετοχική τους ιδιότητα, αφού η άνω απόφαση ουδέποτε ακυρώθηκε (εννοείται από τους δικαιουμένους προς τούτο) δεν παραβίασε τις διατάξεις των άρθρων 174 και 180 ΑΚ και 11 του Ν. 759/1979, αλλ' ούτε και τη διάταξη του άρθρου 31 του Ν. 959/1979, που αναφέρεται στην κήρυξη της ακυρότητας απόφασης γενικής συνέλευσης ναυτικής εταιρείας λόγω αντίθεσής της στο νόμο ή την εταιρική σύμβαση, δεδομένου ότι το Εφετείο, δεχόμενο ότι η άνω απόφαση του διοικητικού συμβουλίου της πρώτης εναγομένης δεν ακυρώθηκε, δεν εφάρμοσε τη διάταξη αυτή (άρθ. 31 Ν. 959/1979), όπως εσφαλμένως υποστηρίζουν οι αναιρεσείοντες. Περαιτέρω, κατά τα σκέλη του (Γ), (Ε) και (ΣΤ), είναι αβάσιμος, διότι, κατά τα αναφερόμενα στη μείζονα σκέψη, επί αύξησης του εταιρικού κεφαλαίου ναυτικής εταιρείας, η απόκτηση των νέων μετοχών και η δημιουργία των μετοχικών δικαιωμάτων, που αποτελεί πρωτότυπο τρόπο κτήσης κυριότητας αυτών, γίνεται με την κάλυψη του νέου κεφαλαίου, με την ανάληψη, δηλαδή, της ενοχικής υποχρέωσης είτε από τους παλαιούς μετόχους είτε από τρίτους για καταβολή της αξίας των νέων μετοχών, η μη εμπρόθεσμη δε εκπλήρωση της ως άνω αναληφθείσας ενοχικής υποχρέωσης με την καταβολή της αξίας των νέων μετοχών, δεν συνεπάγεται έλλειψη δημιουργίας της μετοχικής σχέσης και ματαίωση της αύξησης, καθόσον η μετοχική σχέση εκείνου που ανέλαβε (κάλυψε), αλλά δεν κατέβαλε εμπρόθεσμα την εισφορά του έχει ήδη ιδρυθεί. Ούτε αποτελεί προϋπόθεση για τη δημιουργία της μετοχικής σχέσης η έκδοση και η παράδοση των νέων με-

τοχών ως αξιογράφων, αφού και οι νέοι τίτλοι δεν έχουν δημιουργικό, αλλά δηλωτικό χαρακτήρα, από την ανάληψη δε των νέων μετοχών οι κατ' ιδίαν μέτοχοι ναυτικής εταιρείας, εάν κατέβαλαν και το αντίτιμο αυτών, έχουν αγωγή αξίωση κατά της εταιρείας και υφίσταται αντίστοιχα υποχρέωση αυτής, για την έκδοση και παράδοση σ' αυτούς των τίτλων των μετοχών. Απλώς από την ανάληψη των νέων μετοχών και τη δημιουργία της μετοχικής σχέσης οι κατ' ιδίαν μέτοχοι ναυτικής εταιρείας, μέχρι την καταβολή του αντίτιμου αυτών, δεν μπορούν να ασκήσουν τα δικαιώματα που απορρέουν από αυτήν. Μετά την καταβολή του αντίτιμου τους έχουν αγωγή αξίωση κατά της εταιρείας και υφίσταται αντίστοιχα υποχρέωση αυτής, για την έκδοση και παράδοση σ' αυτούς των τίτλων των μετοχών και περαιτέρω μπορούν να ασκήσουν τα εξ αυτών απορρέοντα δικαιώματα. Επομένως, το Εφετείο, δεχόμενο, ότι οι ενάγοντες και ήδη αναιρεσείοντες απέκτησαν πρωτότυπα τη μετοχική τους ιδιότητα, ανεξάρτητα από την κατοχή του ανάλογου τίτλου και αν η πρώτη εναγομένη και ήδη αναιρεσίβλητη κατέστη υπερήμερη ως προς την έκδοση και παράδοση των τίτλων αυτών, αλλά και (ανεξάρτητα) από την επικαλούμενη από αυτούς εκπρόθεσμη εκ μέρους τους καταβολή του κεφαλαίου της αύξησης, σε μεταγενέστερο της πιστοποίησης χρόνο, αφού ουδέποτε ανακλήθηκε η πράξη πιστοποίησης, ώστε να καταλυθεί η κατά τα άνω ιδρυθείσα μετοχική σχέση των εναγόντων και ήδη αναιρεσιδόντων, δεν παραβίασε τις διατάξεις των άρθρων 174, 180, 904 ΑΚ και 11 του Ν. 759/1979, αλλ' ούτε και τη διάταξη του άρθρου 7 του Ν. 759/1979, που αναφέρεται στον παράγωγο τρόπο κτήσης μετοχών, και δεν ήταν εφαρμοστέα, όπως εσφαλμένα υποστηρίζουν οι αναιρεσείοντες. Τέλος, οι παραδοχές του Εφετείου σε σχέση με το άνω υπό στοιχ. (Δ) σκέλος του δευτέρου από τον αριθ. 1 του άρθρου 559 ΚΠολΔ λόγου της αίτησης αναίρεσης, σύμφωνα με τις οποίες, «επιπλέον η ψευδής πιστοποίηση περί καταβολής του κεφαλαίου, ενώ αυτή πραγματοποιήθηκε σε μεταγενέστερο χρόνο (από την πιστοποίηση), δεδομένου ότι η πιστοποίηση καταχωρήθηκε στο μητρώο ναυτικών εταιρειών και πλέον έναντι τρίτων η πρώτη εναγομένη φερόταν να έχει κεφάλαιο ίσο με τη μερική αύξησή του ...», καθίσταται έγκυρη και αυτοί κατέστησαν μέτοχοι, αποτελούν επάλληλη αιτιολογία προς την κύρια, σύμφωνα με την οποία οι ενάγοντες και ήδη αναιρεσείοντες απέκτησαν τη μετοχική ιδιότητα, κατά πρωτότυπο τρόπο, με την ανάληψη των μετοχών της πρώτης εναγομένης και ήδη αναιρεσίβλητης, που κάθε μία στηρίζει αυτοτελώς το διατακτικό της προσβαλλόμενης απόφασης και συνεπώς, εφόσον η κύρια, κατά τα παραπάνω, δεν επλήγη αποτελεσματικά [αιτιάσεις προσβαλλόμενες με τα σκέλη (Γ), (Ε) και (ΣΤ)], ο δεύτερος λόγος της αίτησης αναίρεσης, κατά το σκέλος (Δ), με τον οποίο βάλλεται η άνω επάλληλη αιτιολογία της προσβαλλόμενης απόφασης του Εφετείου, είναι απορριπτός προεχόντως ως αλυσιτελής. Μετά όλα τα παραπάνω, ο δεύτερος λόγος της αίτησης αναίρεσης είναι στο σύνολό του απορριπτός. Κατ' ακολουθίαν, η υπό κρίση αίτηση αναίρεσης καθώς και οι πρόσθετοι λόγοι αυτής πρέπει να απορριφθούν. Περαιτέρω πρέπει να διαταχθεί, κατά την παρ. 4 του άρθρου 495 ΚΠολΔ, η εισαγωγή του παραβόλου που καταβλήθηκε από τους αναιρεσείοντες στο Δημόσιο Ταμείο. Τέλος, τα δικαστικά έξοδα της καθεμιάς των αναιρεσίβλητων, που κατέθεσαν προτάσεις και παρέστησαν με διαφορετικούς δικηγόρους, καθόσον η εκπροσώπηση αυτή ήταν αναγκαία, διότι υπηρετούσαν ίδιον συμφέρον η καθεμιά, πρέπει, κατά το σχετικό αίτημά τους, να επιβληθούν σε βάρος των αναιρεσιδόντων, λόγω της ήττας τους (άρθ. 176, 180, 183, 189 και 191 παρ. 2 ΚΠολΔ), όπως ειδικότερα αναφέρεται στο διατακτικό...]

ΒΙΟΜΗΧΑΝΙΚΗ ΚΑΙ ΠΝΕΥΜΑΤΙΚΗ ΙΔΙΟΚΤΗΣΙΑ – ΔΙΚΑΙΟ ΑΝΤΑΓΩΝΙΣΜΟΥ

Ευρωπαϊκό Δικαστήριο Δικαιωμάτων του Ανθρώπου (Δεύτερο τμήμα)

**Απόφαση της 8ης.12.2020 – Αρ. προσφυγής 47384/07
Υπόθεση AsDAC κατά Δημοκρατίας της Μολδαβίας**

Περίληψη*: Άρθρο 1 του Πρωτοκόλλου αρ. 1 ΕΣΔΑ – Στέρηση ιδιοκτησίας – Ελεύθερη χρήση από την κεντρική τράπεζα σχεδίων που προστατεύονται από πνευματικά δικαιώματα, χωρίς σύμβαση και χωρίς καταβολή αμοιβής στον αιτούντα – Προσβολή των δικαιωμάτων των δημιουργών και του αιτούντος οργανισμού συλλογικής διαχείρισης – Δεν τηρούνται οι προϋποθέσεις νόμιμης στέρησης των πνευματικών δικαιωμάτων – Παρέμβαση σε δικαίωμα που δεν προβλέπεται από τον νόμο – Συνδρομή γενικού συμφέροντος για την έκδοση αναμνηστικών κερμάτων για σκοπούς νομισματικής πολιτικής – Δεν υφίσταται κανένας επιτακτικός λόγος για τη χρήση τους σε συγκεκριμένα έργα ή εμπόδιο στη χρήση άλλων σχεδίων για τον ίδιο σκοπό – Δυνατότητα σύναψης σύμβασης χωρίς εμπόδια – Απουσία εξαιρετικών περιστάσεων που θα μπορούσαν να δικαιολογήσουν τη συνολική απουσία αποζημίωσης – Δυσανάλογη και υπερβολική επιβάρυνση για τον αιτούντα οργανισμό.

Διατάξεις: άρθρο 1 του Πρωτοκόλλου αρ. 1 ΕΣΔΑ

Αποσπάσματα της απόφασης

[...] Εισαγωγή

1. Η παρούσα υπόθεση αφορά την χρήση χωρίς αντάλλαγμα από κρατικές αρχές έργων, που φέρεται να προστατεύονται από πνευματικά δικαιώματα, τα οποία δημιουργήθηκαν από μέλη της αιτούσας ένωσης. Προκαλεί κυρίως ερωτήματα σχετικά με την ιδιότητα του προσφεύγοντος ως θύματος καθώς και σχετικά με τη συμμόρφωση με το άρθρο 1 του πρωτοκόλλου αριθ. 1 της σύμβασης. [...]

18. Στηριζόμενη στο άρθρο 1 του Πρωτοκόλλου Αρ. 1 της Σύμβασης, ο προσφεύγων οργανισμός διαμαρτύρεται για την άρνηση, παράνομη σύμφωνα με αυτόν, του Ανωτάτου Δικαστηρίου να της χορηγήσει αποζημίωση μετά την εικαζόμενη παραβίαση από το κράτος των δικαιωμάτων πνευματικής ιδιοκτησίας δύο μελών του. Η εν λόγω διάταξη έχει ως εξής:

«Κάθε φυσικό ή νομικό πρόσωπο έχει δικαίωμα σεβασμού της περιουσίας του. Κανείς δεν μπορεί να στερηθεί την περιουσία του εκτός από λόγους δημόσιας χρησιμότητας και υπό τους όρους που προβλέπονται από το νόμο και τις γενικές αρχές του διεθνούς δικαίου.

Οι προαναφερθείσες διατάξεις δεν επηρεάζουν το δικαίωμα των κρατών να θέσουν σε ισχύ τους νόμους που θεωρούν απαραίτητους για τη ρύθμιση της χρήσης ακινήτων σύμφωνα με το γενικό συμφέρον ή για τη διασφάλιση της πληρωμής φόρων ή άλλων εισφορών ή προστίμων.»

Α. Για το παραδεκτό της προσφυγής

1) Σχετικά με την εφαρμογή του άρθρου 1 του πρωτοκόλλου αριθ. 1 της Σύμβασης και σχετικά με την ιδιότητα του θύματος: [...]

36. Βάσει των ανωτέρω, το Δικαστήριο θεωρεί ότι, ιδίως

* Η περίληψη συνιστά μετάφραση από τα γαλλικά της περίληψης που έχει αναρτηθεί στην Ιστοσελίδα του Δικαστηρίου. Η μετάφραση τόσο της περίληψης όσο και των παρατιθέμενων αποσπασμάτων της απόφασης έχει γίνει από τον σχολιαστή.

στο βαθμό που η προσφεύγουσα ένωση δικαιούνταν βάσει του νόμου να αφαιρεί ένα ορισμένο ποσοστό των εισπραχθέντων τελών, η τελευταία είχε δικά της ουσιώδη περιουσιακά συμφέροντα που αφορούσαν, μεταξύ άλλων, την εκμετάλλευση των επίμαχων έργων του L.C. και του O.C. Θεωρεί, επίσης, ότι αυτά τα συμφέροντα έχουν θεσπιστεί επαρκώς βάσει της εθνικής νομοθεσίας και ότι το ενδιαφερόμενο μέρος θα μπορούσε να βασιστεί σε μια «νόμιμη προσδοκία» που εμπίπτει στην έννοια της «περιουσίας» κατά την έννοια του άρθρου 1 του πρωτοκόλλου αριθ. 1 της Σύμβασης. Θεωρεί, επίσης, ότι η άρνηση των εθνικών δικαστηρίων να χορηγήσουν αποζημίωση για την εικαζόμενη παράνομη χρήση των έργων του L.C. και του O.C. ήταν άμεσα αντίθετη στα οικονομικά συμφέροντα της προσφεύγουσας ένωσης και ότι, ως εκ τούτου, η προσφεύγουσα μπορεί να ισχυριστεί ότι είναι θύμα σύμφωνα με την έννοια του Άρθρου 34 της Σύμβασης (σε σύγκριση με τα προαναφερθέντα SIA AKKA / LAA, §§ 49 και 55, και αντίθετα, για παράδειγμα, με την εν λόγω κατάσταση στην Kalfagiannis και Pospert κατά Ελλάδας (dec.), αρ. 74435 / 14, §§ 49 50, 9 Ιουλίου 2020).

37. Κατά συνέπεια, το Δικαστήριο απορρίπτει την ένσταση της Κυβέρνησης σχετικά με τη μη εφαρμογή στην παρούσα υπόθεση του Άρθρου 1 του Πρωτοκόλλου Αρ. 1 της Σύμβασης. Θεωρεί, επίσης, ότι η παρούσα προσφυγή δεν μπορεί να απορριφθεί ως ασυμβίβαστη *ratione personae* με τις διατάξεις της Σύμβασης. [...]

Β. Επί της ουσίας

41. Το Δικαστήριο παραπέμπει στην σταθερή νομολογία του σχετικά με τις τρεις νομικές αρχές που περιλαμβάνονται στο άρθρο 1 του πρωτοκόλλου αριθ. 1 (βλ., μεταξύ άλλων, Lekić κατά Σλοβενίας [GC], αριθ. 36480/07, § 92, 11 Δεκεμβρίου 2018). Υπενθυμίζει επίσης ότι, για να προσδιοριστεί εάν υπήρξε στέρηση ιδιοκτησίας κατά την έννοια της δεύτερης «αρχής», είναι απαραίτητο όχι μόνο να εξεταστεί εάν υπήρξε τυπικά αποξένωση ιδιοκτησίας ή απαλλοτρίωση, αλλά και να κοιτάξουμε πέρα από το πως εμφανίζονται τα γεγονότα και να αναλύσουμε τις πραγματικότητες της επίδικης κατάστασης. Δεδομένου ότι η Σύμβαση στοχεύει στην προστασία «συγκεκριμένων και αποτελεσματικών» δικαιωμάτων, είναι σημαντικό να καθοριστεί εάν η εν λόγω κατάσταση ισοδυναμούσε με εκ των πραγμάτων απαλλοτρίωση (βλέπε, μεταξύ άλλων, Depalle κατά Γαλλίας [GC], αριθ. 34044/02, § 78, ECHR 2010, και Khizanishvili and Kandelaki κατά Γεωργίας, αρ. 25601/12, § 48, 17 Δεκεμβρίου 2019).

42. Εν προκειμένω, το Δικαστήριο παρατηρεί ότι δεν αμφισβητείται από τους διαδίκους ότι υπήρξε παρέμβαση στην άσκηση από την προσφεύγουσα ένωση του δικαιώματός της για ειρηνική απόλαυση της περιουσίας της. Παρατηρεί ότι, μετά την απόφαση της BNM [Κεντρικής Τράπεζας] να χρησιμοποιήσει τα έργα των L.C. και O.C., αυτά δεν προστατεύονταν πλέον από πνευματικά δικαιώματα. Συγκεκριμένα, το Ανώτατο Δικαστήριο θεώρησε ότι τα εν λόγω έργα είναι σημεία πάνω σε νομίσματα και τα ενέταξε σε ένα ειδικό νομικό καθεστώς το οποίο τα εξαιρεί από το πεδίο προστασίας της πνευματικής ιδιοκτησίας. Τίποτα στα δεδομένα της υπόθεσης δεν υποδεικνύει ότι, στη συνέχεια, οι L.C. και O.C. καθώς και ο προσφεύγων οργανισμός κατάφεραν να εκμεταλλευτούν αυτά τα έργα ως δικαιούχοι των δικαιωμάτων πνευματικής ιδιοκτησίας. Συνεπώς, το Δικαστήριο θεωρεί ότι έχουν χάσει οριστικά το δικαίωμα ελεύθερης διάθεσης των εν λόγω έργων. Ούτε αυτό το σημείο δεν αμφισβητείται από τα μέρη. Επομένως, τα δικαιώματα των L.C. και O.C. και εκείνων της προσφεύγουσας ένωσης παραβιάστηκαν στην ουσία τους.

43. Όσον αφορά το συμπέρασμα του Ανώτατου Δικαστηρίου ότι οι L.C. και O.C. δέχτηκαν εν γνώσει τους ότι τα έργα τους δεν υπόκεινται σε πνευματικά δικαιώματα, το Δικαστήριο

θεωρεί ότι δεν αντιτίθεται καθ' εαυτό στην ύπαρξη παρέμβασης στην παρούσα υπόθεση. Ωστόσο, δεν προκύπτει από τα δεδομένα της υπόθεσης ότι οι δύο δημιουργοί ή η προσφεύγουσα ένωση συμφώνησαν ρητά ή σιωπηρά στη χρήση αυτών των έργων χωρίς αμοιβή. Πρώτον, το Δικαστήριο σημειώνει ότι τα μέρη δεν παρείχαν λεπτομέρειες σχετικά με τους πιθανούς όρους του διαγωνισμού που διοργάνωσε η BNM για την επιλογή του σχεδιασμού των κερμάτων και ότι, επιπλέον, τα εθνικά δικαστήρια δεν το ανέφεραν. Δεύτερον, υπογραμμίζει ότι οι L.C. και O.C. απαιτούσαν σαφώς, ακόμη και πριν από την έκδοση των κερμάτων, την καταβολή αμοιβής (βλ. ανωτέρω σκέψη 8). Στις απαντήσεις της σε αυτούς τους ισχυρισμούς, η BNM δεν επικαλέστηκε με κανέναν τρόπο την ύπαρξη πιθανής αρχικής συμφωνίας με τους δημιουργούς σχετικά με την ελεύθερη εκμετάλλευση των έργων (*ibidem*). Επιπλέον, τα εθνικά δικαστήρια δεν απέδειξαν την ύπαρξη τέτοιας συμφωνίας.

44. Υπό τις συνθήκες αυτές, το Δικαστήριο θεωρεί ότι υπήρξε πράγματι παρέμβαση στα δικαιώματα της προσφεύγουσας ένωσης που κατοχυρώνονται από το άρθρο 1 του πρωτοκόλλου αριθ. 1. Παρόλο που δεν υπήρξε τυπικά πράξη αποξένωσης ιδιοκτησίας, θεωρεί ότι το γεγονός του αποκλεισμού των επίδικων έργων από την προστασία που προσφέρει το δικαίωμα πνευματικής ιδιοκτησίας είχε συνέπειες τόσο σοβαρές που μπορούν να εξομοιωθούν με στέρηση ιδιοκτησίας κατά την έννοια της δεύτερης πρότασης της πρώτης παραγράφου αυτού του άρθρου (σύγκριση με Stan κατά Ρουμανίας, αριθ. 24362/11 και 52339 / 12, § 43, 30 Ιουνίου 2015). [...]

47. Ωστόσο, παρατηρεί ότι το Ανώτατο Δικαστήριο δεν εξέτασε εάν πληρούνται εν προκειμένω οι νομικές προϋποθέσεις για την αποξένωση των πνευματικών δικαιωμάτων. Αφενός, το Δικαστήριο υπογραμμίζει ότι ούτε το Ανώτατο Δικαστήριο ούτε η Κυβέρνηση παρέπεμψαν σε οποιαδήποτε νομική διάταξη η οποία θα όριζε ρητά τις πιθανές προϋποθέσεις που πρέπει να τηρηθούν προκειμένου να αποκλειστεί ένα έργο από το πεδίο εφαρμογής των πνευματικών δικαιωμάτων. Δεύτερον, σημειώνει ότι, σύμφωνα με τα άρθρα 19, 24 και 25 του νόμου αριθ. 293 (βλ. Σκέψη 17 ανωτέρω), ο μόνος τρόπος για να εκμεταλλευτεί ένα τρίτο μέρος τα έργα ενός δημιουργού ήταν η σύναψη γραπτής σύμβασης με αυτόν ή με τους διαδόχους του (σύγκριση με Balan κατά Μολδαβίας, αριθ. 19247/03, § 41, 29 Ιανουαρίου 2008). Παρατηρεί, επίσης, ότι ένας από τους υποχρεωτικούς όρους της σύμβασης έπρεπε να ήταν το ποσό της αμοιβής του δημιουργού ή η μέθοδος υπολογισμού της. Ωστόσο, σημειώνει ότι η BNM χρησιμοποίησε τα επίδικα έργα ελλείψει γραπτής σύμβασης με τους δημιουργούς ή την προσφεύγουσα ένωση και χωρίς να συμφωνήσει μαζί τους σχετικά με το ποσό της αμοιβής.

48. Οι ανωτέρω σκέψεις αρκούν για να επιτραπεί στο Δικαστήριο να καταλήξει στο συμπέρασμα ότι η παρέμβαση δεν είχε προβλεφθεί από το νόμο. Ωστόσο, η παρέμβαση εγείρει ερωτήματα τόσο σοβαρά ως προς την αναλογικότητά της που το Δικαστήριο θεωρεί απαραίτητο να συνεχίσει την εξέτασή του (σε σύγκριση με Mozer κατά Δημοκρατίας της Μολδαβίας και της Ρωσίας [GC], αριθ. 11138/10, §§ 194 196, 23 Φεβρουάριος 2016, και Baka κατά Ουγγαρίας [GC], αριθ. 20261/12, § 157, 23 Ιουνίου 2016). [...]

50. Όσον αφορά την αναλογικότητα του μέτρου, το Δικαστήριο υπενθυμίζει ότι, χωρίς την καταβολή ενός ποσού που είναι λογικά ανάλογο προς την αξία του αγαθού, η στέρηση περιουσιακών στοιχείων συνιστά συνήθως υπερβολική παρέμβαση και η πλήρης απουσία αποζημίωσης δεν μπορεί να δικαιολογηθεί βάσει του 1 του πρωτοκόλλου αριθ. 1 παρά μόνο σε εξαιρετικές περιστάσεις (πρώην βασιλεύς της Ελλάδας κ.λπ. κατά Ελλάδας [GC], αρ. 25701/94, § 89, ECHR 2000 XII, και Khizanishvili και Kandelaki, προαναφερθείσα, § 50). [...]

Κατά συνέπεια, υπήρξε παραβίαση του άρθρου 1 του πρωτοκόλλου αριθ. 1.

ΠΑΡΑΤΗΡΗΣΕΙΣ

Πνευματική ιδιοκτησία και πνευματική... «απαλλοτρίωση»

I. Εισαγωγικά

Γιατί υπάρχει η πνευματική ιδιοκτησία; Η ερώτηση αυτή, φαινομενικά και εσφαλμένα απλή, παραμένει, δυόμιση αιώνες μετά την θέσπιση αυτού του καθεστώτος, επίκαιρη. Τρεις βασικές σχολές που αιτιολογούν την ύπαρξη του θεσμού μπορούν να διακριθούν, η εκτενής ανάπτυξη των οποίων υπερβαίνει το πεδίο του παρόντος σχολίου. Επιγραμματικά, η πνευματική ιδιοκτησία αποτελεί ένα νομικό κατασκεύασμα, απαραίτητο για την ενθάρρυνση της πολιτιστικής παραγωγής. Υπό μια άλλη οπτική, θα ήταν δυνατό να ειπωθεί ότι η πνευματική ιδιοκτησία υφίσταται διότι πρόκειται για ένα ανθρώπινο δικαίωμα, αλλά ποιο; Έχει υποστηριχθεί ότι τόσο το δικαίωμα στην προσωπικότητα όσο και το δικαίωμα στον πολιτισμό (το δικαίωμα στην έκφραση και στην τέχνη), καθώς και το δικαίωμα προστασίας της ιδιοκτησίας αποτελούν τον δικαιολογητικό λόγο της χορηγούμενης προστασίας¹.

Η απόφαση του Ευρωπαϊκού Δικαστηρίου προστασίας των ανθρωπίνων δικαιωμάτων (ΕΔΔΑ) στην υπόθεση AsDAC κατά της Δημοκρατίας της Μολδαβίας της 8ης Δεκεμβρίου 2020 προσθέτει σημαντικά στοιχεία σε αυτό το ζήτημα. Εν προκειμένω, η κυβέρνηση της Μολδαβίας αποφάσισε το 2006 ότι η Εθνική Τράπεζα της Μολδαβίας («ETM») θα πρέπει να παραγάγει τέσσερα αναμνηστικά ασημένια νομίσματα. Στη συνέχεια, η ETM διοργάνωσε διαγωνισμό για την επιλογή του σχεδιασμού των κερμάτων. Τα μέρη δεν έχουν παράσχει λεπτομέρειες σχετικά με τους όρους αυτού του διαγωνισμού. Τον Φεβρουάριο του 2006, η ETM επέλεξε τα σχέδια και τα γραφικά μοντέλα που παρουσίασαν οι προσφεύγοντες (τυπικά προσφυγή κάνει μια ένωση συλλογικής διαχείρισης δικαιωμάτων πνευματικής ιδιοκτησίας, η οποία εκπροσωπεί τους δικαιούχους) και έθεσε σε κυκλοφορία τρία αναμνηστικά κέρματα με αυτά τα σχέδια. Οι προσφεύγοντες ζήτησαν από την BNM να τους καταβάλει αμοιβή για τη χρήση των έργων τους. Στην τελευταία επιστολή τους ζήτησαν επίσης τη σύναψη γραπτών συμβάσεων καθώς και μια αμοιβή την οποία είπαν ότι είχαν διαπραγματευτεί με την ETM. Στο μεταξύ, η κρατική υπηρεσία πνευματικής ιδιοκτησίας εξέδωσε πιστοποιητικό στους προσφεύγοντες, η οποία επιβεβαιώνει ότι ήταν οι φορείς των πνευματικών δικαιωμάτων στις επίμαχες δημιουργίες.

Το 2007, το Ανώτατο Δικαστήριο της Μολδαβίας διευκρίνισε ότι, σύμφωνα με την εθνική νομοθεσία, τα νομίσματα δεν θα μπορούσαν να αποτελέσουν αντικείμενο πνευματικών δικαιωμάτων. Υποστήριξε ότι, ενόψει αυτού, δεν απαιτείται η συναίνεση των προσφευγόντων για την κυκλοφορία των κερμάτων. Ακολούθως, το Ανώτατο Δικαστήριο ανέτρεψε την απόφαση του δικαστηρίου της ουσίας και απέρριψε την αγωγή για αποζημίωση ως αβάσιμη, εκτός από το μέρος που διατάζει την επιστροφή των έργων. Το ΕΔΔΑ διαπίστωσε παραβίαση του δικαιώματος σεβασμού της περιουσίας (άρθρο 1 του Πρώτου Πρόσθετου Πρωτοκόλλου) και επέδωσε ποσό 3.000 ευρώ για ηθική βλάβη.

Πρέπει πρώτα να σημειωθεί ότι η απόφαση AsDAC ενσωματώνεται σε μια συγκεκριμένη τάση αυξημένης επέμβασης του ΕΔΔΑ σε θέματα διανοητικής ιδιοκτησίας². Η απόφαση χρήζει σχολιασμού σε τρία επίπεδα: το ένα, πιο πρακτικό και άμεσο, αφορά τον χαρακτηρισμό της πνευματικής ιδιοκτησίας ως περιουσίας (II). Σε δεύτερο επίπεδο, η απόφαση ανοίγει μια συζήτηση σχετικά με την αλληλοεπίδραση μεταξύ δικαίου των συμβάσεων και πνευματικής ιδιοκτησίας (III). Διαπιστώνεται μια σύγκλιση απόψεων μεταξύ της απόφασης και της πρόσφατης ευρωπαϊκής οδηγίας 790/2019 για

τα δικαιώματα πνευματικής ιδιοκτησίας στην ενιαία ψηφιακή αγορά, σχετικά με την ανάγκη της κατοχύρωσης της αμοιβής του δημιουργού. Τέλος, πρέπει να ερευνηθούν οι λόγοι για τους οποίους αναγνωρίστηκε τελικά η προστασία της πνευματικής ιδιοκτησίας στα έργα των προσφευγόντων (IV).

II. Η πνευματική ιδιοκτησία ως περιουσία: μια σταθερή νομολογία

Η προστασία της πνευματικής ιδιοκτησίας υπό το πρίσμα του ανθρωπίνου δικαιώματος στην περιουσία επιβεβαιώνεται με σαφήνεια από το ΕΔΔΑ. Ωστόσο, δεν αποτελεί έκπληξη. Το Δικαστήριο της Ευρωπαϊκής Ένωσης (ΔΕΕ) ανέφερε ήδη στην υπόθεση *Laserdisken*³, λακωνικά, ότι η πνευματική ιδιοκτησία περιλαμβάνεται στο δικαίωμα ιδιοκτησίας γενικώς. Επαναλαμβάνει την θέση του στην υπόθεση *Promusicae*⁴, όπου δηλώνει ότι «το θεμελιώδες δικαίωμα ιδιοκτησίας, του οποίου μέρος αποτελούν τα δικαιώματα πνευματικής ιδιοκτησίας, όπως το δικαίωμα του δημιουργού, και το θεμελιώδες δικαίωμα αποτελεσματικής ένδικης προστασίας συνιστούν γενικές αρχές του κοινοτικού δικαίου»⁵. Έχει μάλιστα υποστηριχθεί ότι η αναφορά στο δικαίωμα ιδιοκτησίας σε θέματα πνευματικής ιδιοκτησίας αποτελεί στοιχείο μιας ενσυνείδητης προσπάθειας εκ μέρους του ΔΕΕ για μεγαλύτερη εναρμόνιση του δικαίου της πνευματικής ιδιοκτησίας⁶.

Το ίδιο το ΕΔΔΑ είχε ήδη σημειώσει σε αρκετές αποφάσεις ότι η διανοητική ιδιοκτησία προστατεύεται υπό την αιγίδα του δικαιώματος ιδιοκτησίας. Για παράδειγμα, στην απόφαση *Anheuser-Busch κατά Πορτογαλίας*⁷, σχετικά με ένα εμπορικό σήμα, κρίνει ότι η διανοητική ιδιοκτησία γενικώς αποτελεί όντως περιουσία. Στο ίδιο συμπέρασμα καταλήγει σχετικά με ευρεσιτεχνίες η απόφαση *Smith Kline*⁸.

Συγκεκριμένα όσον αφορά την πνευματική ιδιοκτησία, το ΕΔΔΑ ανέλυσε ήδη στην υπόθεση *Tekin κατά Τουρκίας*⁹ το παραδεκτό μιας προσφυγής βάσει του πρώτου άρθρου του πρώτου πρωτοκόλλου. Περαιτέρω, στην θεμελιώδη υπόθεση *Balan κατά Μολδαβίας*¹⁰, το ΕΔΔΑ επιβεβαιώνει ότι η παραβίαση του δικαιώματος πνευματικής ιδιοκτησίας αναλύεται στο φως του πρώτου άρθρου του πρώτου προσθετού πρωτοκόλλου. Εξηγήθηκε εκεί ότι «η έννοια της 'κατοχής' ή οποία αναφέρεται στο πρώτο μέρος του άρθρου 1 του πρώτου πρωτοκόλλου αποτελεί αυτόνομη έννοια η οποία δεν περιορίζεται στην ιδιοκτησία φυσικών αγαθών και είναι ανεξάρτητη από την τυπική κατάταξη στο εσωτερικό δίκαιο: ορισμένα άλλα δικαιώματα και συμφέροντα που συνιστούν περιουσιακά στοιχεία μπορούν επίσης να θεωρηθούν ως 'δικαιώματα ιδιοκτησίας' και συνεπώς ως 'ιδιοκτησία' για τους σκοπούς αυτής της διάταξης»¹¹.

3. ΔΕΕ, C-479/04, *Laserdisken*, απόφ. της 12ης Σεπτεμβρίου 2006, ECLI:EU:C:2006:549, σκέψη 65.

4. ΔΕΕ, C-275/06, *Productores de Música de España (Promusicae)* κατά *Telefónica de España SAU*, απόφ. της 29ης Ιανουαρίου 2008, ECLI:EU:C:2008:54.

5. Παρ. 62 της απόφασης.

6. *Griffiths Jonathan*, *Constitutionalising or Harmonising? The Court of Justice, the Right to Property and European Copyright Law* (2013), (2013) 38 *European Law Review* 65-78, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2217562>.

7. ΕΔΔΑ, *Anheuser-Busch inc* κατά Πορτογαλίας, αρ. προσφ. 73049/01, 11 Ιανουαρίου 2007.

8. ΕΔΔΑ (επιτροπή), *Smith Kline & French Lab. Ltd. v. the Netherlands* (dec.), αρ. προσφ. 12633/87, 4 Οκτωβρίου 1990. Κρίθηκε συγκεκριμένα ότι: «The Commission finds therefore that the decisions of the Patent Office, conferring on Centrafarm a right of compulsory licence in respect of the applicant's patent, constituted a control of the use of property.».

9. ΕΔΔΑ (επιτροπή), *Aral, Tekin and Aral v. Turkey* (dec.), αρ. προσφ. 24563/94, 14 Ιανουαρίου 1998.

10. ΕΔΔΑ, *Balan* κατά Μολδαβίας, αρ. προσφ. 19247/03, 29 Ιανουαρίου 2008.

11. Παρ. 32 της απόφασης: «The concept of "possessions" referred

1. Κωνσταντίνος Χριστοδούλου, Δίκαιο Πνευματικής Ιδιοκτησίας (2018), Νομική Βιβλιοθήκη, σ. 11.

2. *Geiger Christophe & Izzyumenko Elena*, *Intellectual Property before the European Court of Human Rights*, 2018, SSRN Electronic Journal. 10.2139/ssrn.3116752, Center for International Intellectual Property Studies Research Paper No. 2018-01.

Η απόφαση AsDAC ωστόσο δεν περιορίζεται στην επιβεβαίωση μιας ήδη γνωστής γενικής αρχής. Εδώ, σημασία έχει επίσης και ο φορέας του δικαιώματος, ο οποίος δεν είναι ο ίδιος ο δημιουργός αλλά ένας οργανισμός συλλογικής διαχείρισης πνευματικών δικαιωμάτων, με την οποία ο δημιουργός σύναψε σύμβαση. Το δικαστήριο κρίνει εδώ ότι «Ειδικότερα, στο βαθμό που η προσφεύγουσα ένωση εξουσιοδοτήθηκε από το νόμο να αφαιρέσει ένα ορισμένο ποσοστό των δικαιωμάτων που ήταν ειδικά γι' αυτήν και που αφορούσαν, μεταξύ άλλων, την εκμετάλλευση των επίμαχων έργων των LC et OC. [Το δικαστήριο] θεωρεί επίσης ότι αυτά τα συμφέροντα έχουν τεκμηριωθεί επαρκώς βάσει της εθνικής νομοθεσίας και ότι ο αιτών θα μπορούσε να βασιστεί σε μια «νόμιμη εμπιστοσύνη» που εμπίπτει στην έννοια της «ιδιοκτησίας» κατά την έννοια του άρθρου 1 του πρώτου πρωτοκόλλου της σύμβασης»¹². Δηλαδή, δεν τελείται διάκριση μεταξύ των διαφόρων μορφών εξουσιοδότησης του οργανισμού συλλογικής διαχείρισης. Είτε στο πλαίσιο αντιπροσώπευσης είτε στο πλαίσιο εκχώρησης, το γεγονός ότι ο οργανισμός απολαμβάνει δικαίωμα είσπραξης τον καθιστά αυτόματα «ιδιοκτήτη» με την έννοια του πρώτου άρθρου του πρώτου πρωτοκόλλου, με αποτέλεσμα να νομιμοποιείται η προσφυγή στο ΕΔΔΑ.

III. Διαγωνισμοί και μεταβίβαση πνευματικής ιδιοκτησίας

Στην υπό εξέταση υπόθεση δεν υπήρχε πρόνοια σχετικά με την μεταβίβαση δικαιωμάτων πνευματικής ιδιοκτησίας στην σύμβαση συμμετοχής στον δημόσιο διαγωνισμό. Το γεγονός αυτό καθιστά την κρίση των δικαστών εύκολη: Δεν επιτρέπεται προφανώς η εκμετάλλευση του έργου χωρίς την άδεια του δημιουργού. Ωστόσο, το λεκτικό της απόφασης επιτρέπει πιο γενικές διατυπώσεις. Το δικαστήριο απορρίπτει το επιχείρημα ότι η συμμετοχή στον διαγωνισμό προϋποθέτει γνώση της μελλοντικής εκμετάλλευσης του σχεδίου και συνεπάγεται την συναίνεση σε αυτήν.

Στην απόφαση Tekin το ΕΔΔΑ θεώρησε ότι η ύπαρξη σύμβασης αναιρεί εκ φύσεως την βασιμότητα επιχείρηματος περί παρέμβασης στην ιδιοκτησία. Χαρακτηριστικά, ειπώθηκε ότι «δεν υπάρχει παρέμβαση στο δικαίωμα ειρηνικής απόλαυσης των περιουσιών όταν, σύμφωνα με την εθνική νομοθεσία και στο πλαίσιο μιας σύμβασης που ρυθμίζει τη σχέση μεταξύ των διαδίκων, ένας δικαστής διατάσσει ένα μέρος της εν λόγω σύμβασης να παραδώσει μια κατοχή σε άλλο, εκτός εάν στερείται αυθαίρετα και αδικαιολόγητα αυτό το πρόσωπο της ιδιοκτησίας υπέρ άλλου»¹³.

Πρακτικά, το σκεπτικό της σχολιαζόμενης απόφασης αφορά περιπτώσεις όπου ερμηνεύεται η συμπεριφορά ενός δημιουργού ως βούληση παραίτησης από τα δικαιώματά του. Είναι πλέον δεδομένο ότι η συναγωγή ενός τέτοιου συμπεράσματος δεν επιτρέπεται. Ωστόσο, το σκεπτικό δεν καλύπτει τις περιπτώσεις όπου ρητά

και οικειοθελώς ο δημιουργός δηλώνει ότι δεν επιθυμεί το έργο του να προστατεύεται από την πνευματική ιδιοκτησία. Η περίπτωση αυτή παραμένει ασαφής. Από την μια πλευρά, θα μπορούσε να γίνει δεκτό, στο μοντέλο της δωρεάς, ότι κάποιος μπορεί να παραχωρήσει την περιουσία του ακόμα και χωρίς αντάλλαγμα. Από την άλλη, είναι επίσης αρκετά πιθανό να ερμηνευτεί η νομοθεσία περί πνευματικής ιδιοκτησίας ως ένα θεσμός αναγκαστικού δικαίου, στον οποίο παραίτηση από την προστασία δεν χωρεί. Για παράδειγμα, η σύμβαση «creative commons zero» εμπεριέχει μια γενική παραίτηση από τα δικαιώματα πνευματικής ιδιοκτησίας, εκ μέρους του δημιουργού¹⁴. Η άδεια «CC0» χρησιμοποιείται, για παράδειγμα, από τη βάση δεδομένων «Europeana» για τα μεταδεδομένα της (είναι, ωστόσο, αρκετά αμφίβολο εάν τα μεταδεδομένα συνιστούν έργα με την έννοια της πνευματικής ιδιοκτησίας). Στο πρότυπο της Γερμανίας, οι περισσότερες χώρες της ΕΕ δεν αναγνωρίζουν καθολική μεταβίβαση των δικαιωμάτων πνευματικής ιδιοκτησίας¹⁵. Συνεπώς, η παραίτηση από τα δικαιώματα θεωρείται άκυρη¹⁶. Επομένως, η άδεια «CC0» δεν δύναται να παράγει νομικά αποτελέσματα όσον αφορά την παραίτηση από τα δικαιώματα στην Ελλάδα. Ως δικλείδα ασφαλείας η άδεια προβλέπει διαζευκτικά ότι πρόκειται για απλή άδεια χρήσης¹⁷. Αντιθέτως, μια απλή άδεια χρήσης προς το κοινό θα είναι έγκυρη, με την διαφορά όμως ότι είναι δυνατό κατά κανόνα η απλή άδεια να ανακληθεί ανά πάσα στιγμή.

Σε αυτό το σημείο μπορεί να συναχθεί ότι η εξάρτηση του δικαίου πνευματικής ιδιοκτησίας από το δίκαιο των συμβάσεων αποτελεί την αχίλλειο πτέρνα για την προστασία των δημιουργών για διάφορους λόγους. Πρώτα, η έλλειψη εναρμόνισης του δικαίου των συμβάσεων σε ενωσιακό επίπεδο εμποδίζει την ολοκλήρωση της μακρόχρονης προσπάθειας ενοποίησης του θεσμού στην Ευρώπη. Δεύτερο, το δόγμα της ιδιωτικής αυτονομίας αφήνει έκθετους πρακτικά τους δημιουργούς, οι οποίοι συχνά βρίσκονται σε μια θέση η οποία προσομοιάζει με τον καταναλωτή όσον αφορά την σύγκριση της διαπραγματευτικής και οικονομικής τους δύναμης με αυτή του αντισυμβαλλομένου. Ωστόσο, αντιθέτως με τον καταναλωτή, ο δημιουργός δεν απολαμβάνει την ειδική και ισχυρή προστασία, μεταξύ άλλων, του θεσμού των καταχρηστικών ρητρών.

Η πρόσφατη Οδηγία 790/2019 για την ψηφιακή ενιαία αγορά¹⁸ αποτελεί σημαντικό βήμα προς την μερική διόρθωση αυτού του προβλήματος. Εισάγονται τρεις μηχανισμοί οι οποίοι αξίζουν ειδικά να αναφερθούν εδώ. Στο άρθρο 18 προστίθεται η αρχή της δέουσας και αναλογικής αμοιβής. Το άρθρο προβλέπει ότι «1. Τα κράτη μέλη εξασφαλίζουν ότι όταν δημιουργοί και ερμηνευτές παρέχουν άδεια ή μεταβιβάζουν τα αποκλειστικά τους δικαιώματα για την εκμετάλλευση των έργων τους ή άλλων αντικειμένων προστασίας, δικαιούνται να λαμβάνουν δέουσα και αναλογική αμοιβή. 2. Κατά την εφαρμογή στο εθνικό δίκαιο της αρχής που αναφέρεται στην παράγραφο 1, τα κράτη μέλη είναι ελεύθερα να χρησιμοποιούν διαφορετικούς μηχανισμούς και να λαμβάνουν υπόψη την αρχή της συμβατικής

to in the first part of Article 1 of Protocol No. 1 has an autonomous meaning which is not limited to ownership of physical goods and is independent from the formal classification in domestic law: certain other rights and interests constituting assets can also be regarded as "property rights", and thus as "possessions" for the purposes of this provision».

12. Παρ. 36 της απόφασης: «dans la mesure notamment où l'association requérante était habilitée par la loi à déduire un certain pourcentage des redevances perçues, celle-ci détenait des intérêts patrimoniaux substantiels qui lui étaient propres et qui se rattachaient, entre autres, à l'exploitation des œuvres litigieuses de L.C. et O.C. Elle juge également que ces intérêts étaient suffisamment établis au regard du droit national et que l'intéressée pouvait se prévaloir d'une «espérance légitime» relevant de la notion de «bien» au sens de l'article 1 du Protocole no 1 à la Convention.»

13. «There is no interference with the right to peaceful enjoyment of possessions when, pursuant to the domestic law and a contract regulating the relationship between the parties, a judge orders one party to that contract to surrender a possession to another, unless it arbitrarily and unjustly deprives that person of property in favour of another».

14. Βλ. «CC0, no rights reserved», <https://creativecommons.org/share-your-work/public-domain/cc0/>

15. BGH [Federal Court of Justice] GRUR 1995, 673, 676 – Berliner Mauer· Wandtke/Bullinger-Wandtke/Grunert, Urheberrecht, § 29 n. 15· Schricker/Loewenheim-Nordemann, Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, § 23, n. 6.

16. Till Kreutzer, Validity of the Creative Commons. Zero 1.0 Universal Public Domain Dedication and its usability for bibliographic metadata from the perspective of German Copyright Law, Büro für information rechtliche expertise, <https://www.rd-alliance.org/sites/default/files/cc0-analysis-kreutzer.pdf>.

17. Ρήτρα 3 της Αδείας, με τίτλο «Public license fallback». Βλ. <https://creativecommons.org/publicdomain/zero/1.0/legalcode>.

18. Οδηγία (ΕΕ) 2019/790 του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 17ης Απριλίου 2019, για τα δικαιώματα πνευματικής ιδιοκτησίας και τα συγγενικά δικαιώματα στην ψηφιακή ενιαία αγορά και την τροποποίηση των οδηγιών 96/9/EK και 2001/29/EK (Κείμενο που παρουσιάζει ενδιαφέρον για τον ΕΟΧ), ΟJ L 130, 17.5.2019, p. 92–125, ELI: <http://data.europa.eu/eli/dir/2019/790/oj>.

ελευθερίας και τη δίκαιη ισορροπία μεταξύ δικαιωμάτων και συμφερόντων».

Είναι σαφές, παρά τις επιφυλάξεις της δεύτερης παραγράφου, ότι ο μηχανισμός εδώ είναι διορθωτικός των καταχρήσεων της αρχής της συμβατικής ελευθερίας. Επιβάλλεται όχι μόνο αναλογική αμοιβή, κανόνας που τα κράτη-μέλη της ΕΕ έχουν ήδη θεσπίσει στην πλειοψηφία (κυρίως στις χώρες του ηπειρωτικού δικαίου), αλλά και δέουσα! Το άρθρο 18 καταλαμβάνει την αποκλειστική σύμβαση εκμετάλλευσης και την μεταβίβαση δικαιωμάτων. Ο θεσμός βασίζεται στην λογική της ύπαρξης εμπορικής εκμετάλλευσης του έργου και επιτρέπει εύλογα να εξαιρεθεί από την εφαρμογή αυτής της αρχής η περίπτωση όπου δεν τίθεται ζήτημα εμπορικής εκμετάλλευσης, όπως μια γονική παροχή η οποία περιλαμβάνει πνευματικά δικαιώματα¹⁹.

Συμπληρωματικά, αξίζει να σημειωθεί ότι το άρθρο 20 της Οδηγίας 790/2019 εισάγει επίσης έναν μηχανισμό αναπροσαρμογής των συμβάσεων, στο πλαίσιο του οποίου οι δημιουργοί δικαιούνται «να αξιώνουν πρόσθετη, κατάλληλη και δίκαιη αμοιβή». Ο μηχανισμός αυτός λειτουργεί διαζευκτικά, σε περίπτωση δηλαδή έλλειψης συλλογικής διαπραγμάτευσης. Τέλος, το άρθρο 22 προβλέπει επιπλέον και ένα δικαίωμα ανάκλησης υπέρ του δημιουργού σε περίπτωση απουσίας εμπορικής εκμετάλλευσης του έργου.

IV. Η έννοια του έργου και οι περιορισμοί της

Η Μολδαβία προφανώς δεν ανήκει στην Ευρωπαϊκή Ένωση· παρόλα αυτά η υπόθεση προσελκύει το ενδιαφέρον όσον αφορά το ευρωπαϊκό δίκαιο της πνευματικής ιδιοκτησίας, κυρίως σε σχέση με την έννοια της επέκτασης της προστασίας. Το Ανώτατο Δικαστήριο της Μολδαβίας, βασιζόμενο στην εθνική νομοθεσία, έκρινε ότι στα σχέδια δεν αρμόζει προστασία από την πνευματική ιδιοκτησία, δηλαδή ότι δεν συνιστούσαν προστατευόμενα έργα. Τι είδος έργου όμως προστατεύεται; Στην ηπειρωτική παράδοση της πνευματικής ιδιοκτησίας δεν ορίζεται η έννοια του έργου, καθώς προστατεύεται κάθε πνευματική δημιουργία η οποία κρίνεται πρωτότυπη. Στο κοινοδικαίο αντιθέτως επιβάλλεται παραδοσιακά μια κλειστή –αν και αρκετά αόριστη, καθώς περιλαμβάνει κάθε επιστημονικό, λογοτεχνικό και καλλιτεχνικό έργο– λίστα προστατευόμενων έργων.

Το άρθρο 2 της Σύμβασης της Βέρνης αποτελεί την βασική πηγή αναφοράς σε σχέση με την έννοια του έργου. Ο Ενωσιακός νομοθέτης, εκτιμώντας ότι η Σύμβαση της Βέρνης ήδη δεσμεύει το σύνολο των κρατών μελών, δεν θεώρησε σκόπιμο να επέμβει σε αυτόν τον τομέα²⁰. Ωστόσο, ενώπιον του κινδύνου κατακερματισμού του θεσμού στην ΕΕ, το ΔΕΕ έλαβε θέση επί του θέματος. Στο πλαίσιο αυτό, η απόφαση του ΔΕΕ στην υπόθεση Levola²¹ επιβάλλει μια ενιαία αντιμετώπιση της έννοιας του έργου στην ΕΕ. Εν προκειμένω κρίθηκε ότι η έννοια του «έργου» «συνεπάγεται κατ' ανάγκη έκφραση του προστατευόμενου βάσει του δικαιώματος του δημιουργού αντικειμένου η οποία να το προσδιορίζει με επαρκή ακρίβεια και αντικειμενικότητα, έστω και αν η έκφραση αυτή δεν είναι κατ' ανάγκη μόνιμη»²².

Ωστόσο, η υπόθεση Levola δεν επιλύει όλα τα ζητήματα σχετικά με την οριοθέτηση της έννοιας του έργου²³. Στο άρθρο 2 (4) της

Σύμβασης της Βέρνης προστίθεται ο πιο βασικός περιορισμός στην έννοια του έργου, καθώς βάσει αυτού επιτρέπεται στα κράτη μέλη να αποκλείουν από την προστασία επίσημα κείμενα νομοθετικής, διοικητικής ή νομικής φύσεως. Θα μπορούσε ευλόγως να θεωρηθεί κανείς ότι ένα νόμισμα –ακόμα και συλλεκτικό– αποτελεί επίσημο έργο. Ωστόσο, η αναφορά σε «κείμενο» στο άρθρο 2 (4) σημαίνει ότι αυτός ο περιορισμός αφορά λογοτεχνικά έργα. Περαιτέρω, το άρθρο 2 (2) της Σύμβασης της Βέρνης απλώς επιτρέπει να περιοριστεί η έννοια του έργου, δηλαδή να προστεθεί το κριτήριο της υλικής ενσωμάτωσης, το οποίο είναι γνωστό στις χώρες του κοινοδικαίου ως «fixation». Στο άρθρο 2bis επίσης προβλέπεται περιορισμός ή ακόμα και αποκλεισμός της προστασίας αναφορικά με μια αρκετά σύντομη (κλειστή) λίστα έργων, όπως οι πολιτικές ή δικαστικές ομιλίες. Η Ελλάδα ενσωμάτωσε αυτούς του περιορισμούς στο άρθρο 2 (5) του Ν. 2121/1993. Όπως έχει ευστόχως σημειωθεί, «Ο αποκλεισμός αυτός δικαιολογείται είτε από το συμφέρον της Πολιτείας, είτε γιατί υπάρχουν πρακτικές δυσκολίες εφαρμογής των σχετικών διατάξεων, είτε γιατί ελλείπουν τα απαιτούμενα στοιχεία του έργου»²⁴.

Ένα από τα πιο σημαντικά ερμηνευτικά ζητήματα που ανακύπτουν εν προκειμένω αφορά το κατά πόσο τα σχέδια των νομισμάτων προστατεύονται όντως από την πνευματική ιδιοκτησία. Το Ανώτατο Δικαστήριο της Μολδαβίας βασίστηκε κυρίως στην νομοθεσία, η οποία αρνείται στα νομίσματα την προστασία της πνευματικής ιδιοκτησίας, ώστε να απορρίψει την θέση των δημιουργών. Το ΕΔΔΑ, όμως, παρατηρεί ότι, επί της αρχής, η νομοθεσία της Μολδαβίας αναγνωρίζει την οικονομική αρχή της αυτοδικαίως προστασίας των έργων από την στιγμή της δημιουργίας²⁵. Το ΕΔΔΑ δεν αντιτίθεται στην λογική η εθνική νομοθεσία να δύναται να περιορίσει εκ φύσεως την προστασία σε ορισμένες κατηγορίες έργων (αν και, όπως είδαμε, η σύμβαση της Βέρνης δεν αφήνει στα Κράτη μέλη μεγάλο περιθώριο εκτίμησης). Εξάλλου, επαναλαμβάνει την πάγια θέση όσον αφορά το δικαίωμα στην ιδιοκτησία, σύμφωνα με την οποία το δικαίωμα αυτό, όπως κατοχυρώνεται από το πρώτο άρθρο του πρώτου πρωτόκολλου, δεν καλύπτει την πρόσβαση στην ιδιοκτησία²⁶.

Ωστόσο, το Δικαστήριο θεωρεί ότι η μεταγενέστερη στέρηση της εξομοιώνεται με μια μορφή απαλλοτρίωσης. Την παραδοχή αυτή το Ανώτατο Δικαστήριο της Μολδαβίας την βάσισε στο γεγονός ότι οι δημιουργοί σιωπηρά παραιτήθηκαν από τα δικαιώματά τους εφόσον συμμετείχαν στον διαγωνισμό. Ο νομικός αυτός συλλογισμός στερείται ορθότητας για το ΕΔΔΑ.

Πρέπει να υπενθυμιστεί ότι το ΕΔΔΑ έχει ασχοληθεί ξανά με την έννοια του έργου και με τους περιορισμούς του. Στην υπόθεση Balan κατά της Μολδαβίας, στην οποία έγινε αναφορά προηγουμένως, το ΕΔΔΑ εξέτασε το ζήτημα της προστασίας μιας εικόνας η οποία έχει ενσωματωθεί σε διαβατήριο. Παρόλο που το Ανώτατο Δικαστήριο θεώρησε ότι η εικόνα στερείται προστασίας από την πνευματική ιδιοκτησία, καθώς το διαβατήριο αποτελεί επίσημο έγγραφο, το ΕΔΔΑ έκρινε ότι η εικόνα αποτελεί ξεχωριστό (από το διαβατήριο) έργο, το οποίο και πρέπει να προστατευτεί.

Περαιτέρω, πρέπει να σημειωθεί ότι το ΕΔΔΑ έδωσε πρακτικά μεγάλη βαρύτητα στο γεγονός ότι οι δημιουργοί εξασφάλισαν ένα πιστοποιητικό από την κρατική οργάνωση πνευματικής ιδιοκτησίας, το οποίο αναγνώρισε την ιδιότητά τους ως δημιουργών και δικαιούχων δικαιωμάτων πνευματικής ιδιοκτησίας²⁷. Η σύμβαση της Βέρνης βεβαίως απαγορεύει την επιβολή διατυπώσεων στην πνευματική ιδιοκτησία²⁸. Νέες τεχνολογίες όπως η blockchain, οι οποίες διευκολύνουν την δημιουργία και την συντήρηση μεγάλων βάσεων

European Intellectual Property Review, no 12 (2018).

24. Διονυσία Καλλινίκου, Πνευματική ιδιοκτησία & συγγενικά δικαιώματα, 3^η έκδοση (2008), Δίκαιο & Οικονομία, Π.Ν. Σάκουλας, σ. 52.

25. Παρ. 27 της απόφασης.

26. ΕΔΔΑ, Kopecký v. Slovakia [GC], no. 44912/98, § 35, ECHR 2004-IX και Van der Mussele v. Belgium, judgment of 23 November 1983, Series A no. 70, p. 23, § 48.

27. Παρ. 29 της απόφασης.

28. Άρθρο 5 (2) της Σύμβασης.

19. Yannos Paramythiotis, Fairness in Copyright Contract Law - Remuneration for authors and performers under the Copyright in the Digital Single Market Directive, in Synodinou T., Jouglaux P., Markou C., Prastitou-Merdi T. (Eds.) "EU Internet Law in the Digital Single Market", Springer International Publishing, 2021.

20. Ευρωπαϊκή Επιτροπή (1988), Communication 'Green Paper on copyright and the challenge of technology', COM(88) 172 final, 4 and 10-11.

21. ΔΕΕ, C-310/17, Levola Hengelo BV v. Smilde Foods BV, 11/13/18, ECLI:EU:C:2018:899.

22. Παρ. 40 της απόφασης Levola.

23. Sganga C., The Notion of 'Work' in EU Copyright Law After Levola Hengelo: One Answer Given, Three Question Marks Ahead.

δεδομένων έργων, θα μπορούσαν να αποτελέσουν αφετηρία για μια αναθεώρηση αυτής της αρχής²⁹. Από την άλλη πλευρά, εξηγείται ότι στην ψηφιακή εποχή η ανάγκη για ένα ευέλικτο σύστημα προστασίας της πνευματικής ιδιοκτησίας καθίσταται επιτακτική³⁰. Σε κάθε περίπτωση, η τοποθέτηση του δικαστηρίου επιβεβαιώνει εδώ την μεγάλη πρακτική σημασία των ανεπίσημων μηχανισμών καταχώρησης. Το πιστοποιητικό στην σχολιαζόμενη υπόθεση δεν παράγει άμεσα νομικά αποτελέσματα. Ωστόσο, όχι μόνο αποτελεί αποδεικτικό στοιχείο της πατρότητας και του χρόνου δημιουργίας του έργου, αλλά βλέπουμε ότι για το ΕΔΔΑ αποτελεί επίσης και τεκμήριο αναγνώρισης ενός έργου. Σε αυτό το πλαίσιο, υπενθυμίζεται ότι ο Οργανισμός Πνευματικής Ιδιοκτησίας προτείνει πλέον ένα ηλεκτρονικό σύστημα χρονοσήμανσης των έργων στην ιστοσελίδα του³¹.

V. Συμπέρασμα

Ένας νομικός κανόνας που αφαιρεί αυτόματα έργα από το πεδίο προστασίας των πνευματικών δικαιωμάτων και τα κατατάσσει στον δημόσιο τομέα όταν χρησιμοποιούνται σε κάποιο είδος δημοσίου εγγράφου ή ενσωματώνονται σε ένα επίσημο άυλο αγαθό του Κράτους, όπως νομίσματα, συνιστά παρέμβαση στο δικαίωμα ιδιοκτησίας³². Όσον αφορά την κατάταξη της πνευματικής ιδιοκτησίας ως ανθρώπινο δικαίωμα προστασίας της περιουσίας, η κατάληξη της απόφασης δεν εκπλήσσει, καθώς επιβεβαιώνει μια σταθερή νομολογία σε αυτόν τον τομέα. Ωστόσο, όπως σημειώθηκε, η απόφαση επεκτείνει αυτήν την προστασία, περιλαμβάνοντας και τους οργανισμούς συλλογικής διαχείρισης. Περαιτέρω, διαπιστώνεται μια σύγκλιση μεταξύ αυτής της θέσης και της πρόσφατης μεταρρύθμισης της πνευματικής ιδιοκτησίας στην ΕΕ, με κύρια αξίωση την βούληση να επιβληθεί η χορήγηση μιας δέουσας αμοιβής στον δημιουργό. Τέλος, η απόφαση έμμεσα συμβάλλει στην διαχρονική αναζήτηση της έννοιας του έργου στο δίκαιο πνευματικής ιδιοκτησίας.

Philippe Jougoux

Αναπληρωτής Καθηγητής Νομικής Σχολής του
Ευρωπαϊκού Πανεπιστημίου Κύπρου

Δικαστήριο της Ευρωπαϊκής Ένωσης (τμήμα μείζονος συνθέσεως)

Απόφαση της 19ης.12. 2019

Υπόθεση C-263/18 – *Nederlands Uitgeversond, Groep Algemeene Uitgevers κατά Tom Kabinet Internet BV, κ.λπ.*

Πρόεδρος: K. Lenaerts, Πρόεδρος ΔικΕΕ

Εισηγητής: M. Ilešič, Δικαστής

Γενικός εισαγγελέας: M. Szpunar

Πνευματική ιδιοκτησία. Η παροχή στο κοινό, μέσω μεταφορτώσεως και για μόνιμη χρήση, ενός ηλεκτρονικού βιβλίου εμπίπτει στην έννοια της «παρουσίασης στο κοινό», και ειδικότερα στο δικαίωμα των δημιουργών να καθιστούν προσιτά τα έργα τους στο κοινό κατά τέτοιο τρόπο, ώστε οποιο-

δήποτε να έχει πρόσβαση σε αυτά όπου και όταν επιλέγει ο ιδιος.

Διατάξεις: άρθρ. 3 παρ. 1 Οδηγίας 2001/29

[Προδικαστικά ερωτήματα]

30. Υπό τις συνθήκες αυτές, το rechtbank Den Haag (πρωτοδικείο Χάγης) αποφάσισε να αναστείλει την ενώπιόν του διαδικασία και να υποβάλει στο Δικαστήριο τα ακόλουθα προδικαστικά ερωτήματα: «1) Έχει το άρθρο 4, παράγραφος 1, της οδηγίας [2001/29] την έννοια ότι η “διανομή [του πρωτοτύπου ή αντιγράφου των έργων τους] στο κοινό με οποιαδήποτε μορφή μέσω πώλησης ή άλλως”, κατά τα οριζόμενα στη διάταξη αυτή, περιλαμβάνει επίσης τη διάθεση προς χρήση, εξ αποστάσεως μέσω μεταφορτώσεως, για απεριόριστο χρονικό διάστημα ηλεκτρονικών βιβλίων (ήτοι ψηφιακών αντιγράφων βιβλίων προστατευόμενων από το δικαίωμα του δημιουργού) έναντι της καταβολής τιμήματος μέσω του οποίου ο κάτοχος του δικαιώματος του δημιουργού λαμβάνει αμοιβή αντίστοιχη της οικονομικής αξίας του αντιγράφου του έργου που του ανήκει;

2) Σε περίπτωση καταφατικής απαντήσεως στο πρώτο ερώτημα, έχει αναλωθεί εντός της Ένωσης το δικαίωμα διανομής του πρωτοτύπου ή των αντιγράφων ενός έργου κατά την έννοια του άρθρου 4, παράγραφος 2, της οδηγίας [2001/29], όταν η πρώτη πώληση ή κατ’ άλλον τρόπο μεταβίβαση του έργου αυτού, στην οποία περιλαμβάνεται επίσης η διάθεση προς χρήση, εξ αποστάσεως μέσω μεταφορτώσεως, για απεριόριστο χρονικό διάστημα ηλεκτρονικών βιβλίων (ήτοι ψηφιακών αντιγράφων βιβλίων προστατευόμενων από το δικαίωμα του δημιουργού) έναντι της καταβολής τιμήματος μέσω του οποίου ο κάτοχος του δικαιώματος του δημιουργού λαμβάνει αμοιβή αντίστοιχη της οικονομικής αξίας του αντιγράφου του έργου που του ανήκει, πραγματοποιείται στην Ένωση από τον κάτοχο του δικαιώματος ή με τη συγκατάθεσή του;

3) Έχει το άρθρο 2 της οδηγίας [2001/29] την έννοια ότι η μεταβίβαση μεταξύ διαδοχικών αποκτώντων ενός νομίμως αποκτηθέντος αντιτύπου ως προς το οποίο το δικαίωμα διανομής έχει αναλωθεί εμπεριέχει συγκατάθεση για τις διαλαμβανόμενες στο άρθρο αυτό πράξεις αναπαραγωγής, στο μέτρο κατά το οποίο οι εν λόγω πράξεις αναπαραγωγής είναι αναγκαίες για τη νόμιμη χρήση του αντιτύπου αυτού και, σε περίπτωση καταφατικής απαντήσεως, ποιες προϋποθέσεις ισχύουν συναφώς;

4) Έχει το άρθρο 5 της οδηγίας [2001/29] την έννοια ότι ο κάτοχος του δικαιώματος του δημιουργού δεν μπορεί πλέον να αντιταχθεί στις αναγκαίες για τη μεταβίβαση μεταξύ διαδοχικών αποκτώντων πράξεις αναπαραγωγής του νομίμως αποκτηθέντος αντιτύπου ως προς το οποίο το δικαίωμα διανομής έχει αναλωθεί και, σε περίπτωση καταφατικής απαντήσεως, ποιες προϋποθέσεις ισχύουν συναφώς;»

Επί των προδικαστικών ερωτημάτων

Επί του πρώτου ερωτήματος

31. Υπενθυμίζεται εκ προοιμίου ότι, στο πλαίσιο της διαδικασίας συνεργασίας μεταξύ των εθνικών δικαστηρίων και του Δικαστηρίου την οποία θεσπίζει το άρθρο 267 ΣΛΕΕ, στο Δικαστήριο απόκειται να δώσει στο εθνικό δικαστήριο χρηστική απάντηση η οποία να του παρέχει τη δυνατότητα επιλύσεως της διαφοράς της οποίας έχει επιληφθεί. Υπό το πρίσμα αυτό, το Δικαστήριο μπορεί να αναδιατυπώσει, εφόσον είναι αναγκαίο, τα ερωτήματα που του έχουν υποβληθεί. Συγκεκριμένα, αποστολή του Δικαστηρίου είναι η ερμηνεία όλων των διατάξεων του δικαίου της Ένωσης που τα εθνικά δικαστήρια έχουν ανάγκη προκειμένου να αποφαινούνται επί των διαφορών των οποίων επιλαμβάνονται, ακόμη και όταν τα ερωτήματα που τα εθνικά

δικαστήρια υποβάλλουν δεν περιέχουν ρητή αναφορά στις εν λόγω διατάξεις (απόφαση της 13ης Σεπτεμβρίου 2016, Rendón Marín, C-165/14, EU:C:2016:675, σκέψη 33 και εκεί μνημονευόμενη νομολογία).

32. Προς τούτο, το Δικαστήριο δύναται να αντλήσει από το σύνολο των παρασχεθέντων από το εθνικό δικαστήριο στοιχείων και, ιδίως, από το σκεπτικό της αποφάσεως περί παραπομπής εκείνα τα στοιχεία του δικαίου της Ένωσης τα οποία χρήζουν ερμηνείας, λαμβανομένου υπόψη του αντικειμένου της διαφοράς (απόφαση της 13ης Σεπτεμβρίου 2016, Rendón Marín, C-165/14, EU:C:2016:675, σκέψη 34 και εκεί μνημονευόμενη νομολογία).

33. Εν προκειμένω, μολοντί, με το πρώτο προδικαστικό ερώτημα, το αιτούν δικαστήριο ζητεί, κατ' ουσίαν, από το Δικαστήριο να διευκρινίσει αν η φράση «διανομή [του πρωτοτύπου ή αντίγραφου των έργων των δημιουργών] στο κοινό με οποιαδήποτε μορφή μέσω πώλησης ή άλλως» του άρθρου 4, παράγραφος 1, της οδηγίας 2001/29 καλύπτει «τη διάθεση προς χρήση, εξ αποστάσεως μέσω μεταφορτώσεως, για απεριόριστο χρονικό διάστημα, ηλεκτρονικών βιβλίων [...] έναντι της καταβολής τιμήματος», εντούτοις από το σκεπτικό της αποφάσεως περί παραπομπής προκύπτει ότι με το ερώτημα ζητείται να διευκρινισθεί, στο πλαίσιο της διαφοράς που εκκρεμεί ενώπιον του αιτούντος δικαστηρίου, κατά πόσον η παροχή μέσω μεταφορτώσεως, για μόνιμη χρήση, ενός ηλεκτρονικού βιβλίου αποτελεί πράξη διανομής κατά την έννοια του άρθρου 4, παράγραφος 1, ή αν μια τέτοια παροχή εμπίπτει στην έννοια της «παρουσίασης στο κοινό» του άρθρου 3, παράγραφος 1, της οδηγίας αυτής. Βάσει της απαντήσεως στο ερώτημα αυτό, θα κριθεί στη διαφορά της κύριας δίκης το ζήτημα αν μια τέτοια παροχή υπόκειται στον κανόνα αναλώσεως του δικαιώματος διανομής ο οποίος προβλέπεται στο άρθρο 4, παράγραφος 2, της εν λόγω οδηγίας ή εάν, αντιθέτως, δεν εμπίπτει στον κανόνα αυτόν, όπως τούτο ρητώς προβλέπεται στο άρθρο 3, παράγραφος 3, της ίδιας οδηγίας όσον αφορά το δικαίωμα παρουσιάσεως στο κοινό.

34. Κατόπιν των ανωτέρω σκέψεων, το πρώτο υποβληθέν ερώτημα πρέπει να αναδιατυπωθεί υπό την έννοια ότι, με το ερώτημα αυτό, το αιτούν δικαστήριο ερωτά, κατ' ουσίαν, αν η παροχή μέσω μεταφορτώσεως, για μόνιμη χρήση, ηλεκτρονικού βιβλίου εμπίπτει στην έννοια της «παρουσίασης στο κοινό» του άρθρου 3, παράγραφος 1, της οδηγίας 2001/29 ή στην έννοια της «διανομής στο κοινό» του άρθρου 4, παράγραφος 1, της οδηγίας αυτής.

35. Όπως προκύπτει από το άρθρο 3, παράγραφος 1, της οδηγίας 2001/29, οι δημιουργοί έχουν το αποκλειστικό δικαίωμα να επιτρέπουν ή να απαγορεύουν κάθε παρουσίαση στο κοινό των έργων τους, ενσυρμάτως ή ασυρμάτως, καθώς και να καθιστούν προσίτα τα έργα τους στο κοινό κατά τρόπο ώστε οποιοσδήποτε να έχει πρόσβαση σε αυτά όπου και όταν επιλέγει ο ίδιος.

36. Το δε άρθρο 4, παράγραφος 1, της οδηγίας αυτής προβλέπει ότι οι δημιουργοί έχουν το αποκλειστικό δικαίωμα να επιτρέπουν ή να απαγορεύουν, όσον αφορά το πρωτότυπο ή αντίγραφο των έργων τους, τη διανομή τους στο κοινό με οποιαδήποτε μορφή, μέσω πώλησεως ή άλλως, το δε δικαίωμα αυτό, κατ' εφαρμογήν του άρθρου 4, παράγραφος 2, της εν λόγω οδηγίας, αναλώνεται σε περίπτωση πρώτης πώλησεως ή κατ' άλλον τρόπο μεταβιβάσεως της κυριότητας του πρωτοτύπου ή αντιγράφου του έργου αυτού εντός της Ένωσης από τον δικαιούχο ή με τη συγκατάθεσή του.

37. Ούτε οι διατάξεις αυτές ούτε κάποια άλλη διάταξη της οδηγίας 2001/29 καθιστούν δυνατό, με βάση το γράμμα τους και μόνον, να προσδιορισθεί αν η παροχή μέσω μεταφορτώσεως, για μόνιμη χρήση, ηλεκτρονικού βιβλίου συνιστά παρουσίαση στο κοινό, και ιδίως διάθεση στο κοινό ενός έργου κατά τρόπο ώστε οποιοσδήποτε να έχει πρόσβαση σε αυτό όπου και

όταν επιλέγει ο ίδιος, ή πράξη διανομής κατά την έννοια της οδηγίας αυτής.

38. Κατά πάγια νομολογία, για την ερμηνεία διατάξεως του δικαίου της Ένωσης επιβάλλεται η συνεκτίμηση όχι μόνον του γράμματός της, αλλά και του πλαισίου στο οποίο αυτή εντάσσεται, καθώς και των σκοπών που επιδιώκονται με τη ρύθμιση της οποίας αποτελεί μέρος και, εφόσον παρίσταται ανάγκη, του ιστορικού της θεσπίσεώς της (πρβλ. αποφάσεις της 20ής Δεκεμβρίου 2017, Acacia και D'Amato, C-397/16 και C-435/16, EU:C:2017:992, σκέψη 31 καθώς και της 10ης Δεκεμβρίου 2018, Wightman κ.λπ., C-621/18, EU:C:2018:999, σκέψη 47 και εκεί μνημονευόμενη νομολογία). Εξάλλου, οι ρυθμίσεις του δικαίου της Ένωσης πρέπει, στο μέτρο του δυνατού, να ερμηνεύονται υπό το πρίσμα του διεθνούς δικαίου, ιδίως όταν σκοπός τους είναι η εκτέλεση διεθνών συμφωνιών που έχει συνυπολογίσει η Ένωση (αποφάσεις της 7ης Δεκεμβρίου 2006, SGAE, C-306/05, EU:C:2006:764, σκέψη 35, της 13ης Μαΐου 2015, Dimensione Direct Sales και Labianca, C-516/13, EU:C:2015:315, σκέψη 23, και της 19ης Δεκεμβρίου 2018, Syed, C-572/17, EU:C:2018:1033, σκέψη 20 και εκεί μνημονευόμενη νομολογία).

39. Πρώτον, επισημαίνεται ότι, όπως προκύπτει από την αιτιολογική σκέψη 15 της οδηγίας 2001/29, η οδηγία αυτή αποσκοπεί, μεταξύ άλλων, στην εκπλήρωση ορισμένων από τις υποχρεώσεις που υπέχει η Ένωση από τη Συνθήκη του ΠΟΔΙ. Συνεπώς, οι έννοιες της «παρουσίασης στο κοινό» και της «διανομής στο κοινό» του άρθρου 3, παράγραφος 1, και του άρθρου 4, παράγραφος 1, της οδηγίας αυτής αντιστοίχως, πρέπει, στο μέτρο του δυνατού, να ερμηνεύονται συμφώνως προς τους ορισμούς που διατυπώνονται στο άρθρο 8 και στο άρθρο 6, παράγραφος 1, της Συνθήκης του ΠΟΔΙ αντιστοίχως (πρβλ. αποφάσεις της 17ης Απριλίου 2008, Peek & Cloppenburg, C-456/06, EU:C:2008:232, σκέψη 31, καθώς και της 19ης Δεκεμβρίου 2018, Syed, C-572/17, EU:C:2018:1033, σκέψη 21 και εκεί μνημονευόμενη νομολογία).

40. Συναφώς, το άρθρο 6, παράγραφος 1, της Συνθήκης του ΠΟΔΙ ορίζει το δικαίωμα διανομής ως το αποκλειστικό δικαίωμα των δημιουργών να επιτρέπουν τη διάθεση στο κοινό του πρωτοτύπου και των αντιτύπων των έργων τους μέσω πωλήσεως ή άλλης μεταβιβάσεως της κυριότητας. Πάντως, από το ίδιο το κείμενο των κοινών δηλώσεων σχετικά με τα άρθρα 6 και 7 της Συνθήκης του ΠΟΔΙ προκύπτει ότι «οι εκφράσεις “αντίτυπα” και “πρωτότυπα και αντίτυπα” σε σχέση με το δικαίωμα διανομής και το δικαίωμα μίσθωσης που προβλέπονται στα εν λόγω άρθρα αναφέρονται αποκλειστικά στα υλικά ενσωματωμένα αντίτυπα τα οποία μπορούν να τεθούν σε κυκλοφορία ως ενσώματα αντικείμενα», οπότε το άρθρο 6, παράγραφος 1, δεν είναι δυνατόν να καλύπτει τη διανομή άυλων έργων όπως τα ηλεκτρονικά βιβλία.

41. Η αιτιολογική έκθεση της προτάσεως οδηγίας του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου σχετικά με την εναρμόνιση ορισμένων θεμάτων πνευματικής ιδιοκτησίας και συγγενικών δικαιωμάτων στην κοινωνία των πληροφοριών, της 10ης Δεκεμβρίου 1997 [COM(97) 628 τελικό, στο εξής: πρόταση οδηγίας], από την οποία προήλθε η οδηγία 2001/29, αποτελεί προέκταση της διαπιστώσεως αυτής. Συγκεκριμένα, επισημαίνεται ότι η φράση «περιλαμβανομένης της διάθεσης στο κοινό των έργων [των δημιουργών] κατά τρόπο ώστε τα μέλη του κοινού να μπορούν να έχουν πρόσβαση σ' αυτά από τον τόπο και κατά το χρόνο της ατομικής επιλογής τους», που περιλαμβάνεται στο άρθρο 8 της Συνθήκης του ΠΟΔΙ και επαναλαμβάνεται κατ' ουσίαν στο άρθρο 3, παράγραφος 1, της εν λόγω οδηγίας, απηχεί την πρόταση που είχε γίνει επί του σημείου αυτού από την Ευρωπαϊκή Κοινότητα και τα κράτη μέλη της κατά τη διάρκεια των διαπραγματεύσεων, και αφορά τις «δραστηριότητες με διαλογική μορφή».

42. Δεύτερον, στην ίδια αιτιολογική έκθεση της προτάσεως οδηγίας, η Ευρωπαϊκή Επιτροπή υπογράμμισε επίσης ότι η

πρόταση αυτή «αντιπρο[σώπευε] μια ευκαιρία για να εναρμονισθεί κατά συνεκτικό τρόπο η ηλεκτρονική διανομή και η υλική διανομή προστατευόμενου υλικού και για να διαχωριστούν σαφώς η μία από την άλλη».

43. Στο πλαίσιο αυτό, η Επιτροπή επισήμανε ότι η κατ' αίτησιν μετάδοση με διαλογική μορφή συνιστούσε μια νέα μορφή εκμεταλλεύσεως της πνευματικής ιδιοκτησίας, για την οποία τα κράτη μέλη είχαν τη γνώμη ότι έπρεπε να καλύπτεται από το δικαίωμα ελέγχου της παρουσίσεως στο κοινό, διευκρινίζοντας συγχρόνως ότι γινόταν εν γένει δεκτό ότι το δικαίωμα διανομής, το οποίο έχει εφαρμογή αποκλειστικώς στη διανομή υλικών αντιγράφων, δεν καλύπτει μια τέτοια μετάδοση.

44. Πάντοτε στην εν λόγω αιτιολογική έκθεση, η Επιτροπή προσέθεσε ότι η φράση «παρουσίαση στο κοινό» ενός έργου καλύπτει τις κατ' αίτησιν πράξεις μεταδόσεως με διαλογική μορφή, επιβεβαιώνοντας ως εκ τούτου ότι το δικαίωμα παρουσιάσεως στο κοινό είναι το κρίσιμο δικαίωμα και όταν περισσότερα, άσχετα μεταξύ τους πρόσωπα, μέλη του κοινού, δύνανται να έχουν ατομικά πρόσβαση, από διαφορετικούς τόπους και σε διαφορετικά χρονικά σημεία, σε έργο το οποίο είναι προσιτό στο κοινό σε ιστότοπο, ενώ διευκρινίζει ότι το δικαίωμα αυτό καλύπτει κάθε παρουσίαση «πλην της διανομής υλικών αντιγράφων», δεδομένου ότι τα υλικά αντίγραφα που μπορούν να τεθούν σε κυκλοφορία ως ενσώματα αντικείμενα εμπίπτουν στο δικαίωμα διανομής.

45. Επομένως, από την ίδια την αιτιολογική έκθεση προκύπτει ότι η πρόθεση του νομοθέτη, στο στάδιο της πρότασης οδηγίας, ήταν να μην εμπίπτει οποιαδήποτε άλλη παρουσίαση έργου στο κοινό, πλην της διανομής υλικών αντιγράφων του, στην έννοια της «διανομής στο κοινό» του άρθρου 4, παράγραφος 1, της οδηγίας 2001/29, αλλά στην έννοια της «παρουσίασης στο κοινό» του άρθρου 3, παράγραφος 1, της οδηγίας αυτής.

46. Τρίτον, επισημαίνεται ότι η ερμηνεία αυτή επιρρωννύεται τόσο από τον σκοπό της οδηγίας, όπως διατυπώνεται στο προοίμιο της, καθώς και όσο από το πλαίσιο στο οποίο εντάσσονται το άρθρο 3, παράγραφος 1, και το άρθρο 4, παράγραφος 1, της εν λόγω οδηγίας.

47. Συγκεκριμένα, από τις αιτιολογικές σκέψεις 2 και 5 της οδηγίας 2001/29 προκύπτει ότι η οδηγία αυτή αποσκοπεί στη δημιουργία ενός γενικού και ευέλικτου πλαισίου στο επίπεδο της Ένωσης που θα ευνοεί την ανάπτυξη της κοινωνίας της πληροφορίας, καθώς και στην προσαρμογή και τη συμπλήρωση των ισχυόντων κανόνων περί του δικαιώματος πνευματικής ιδιοκτησίας και των συγγενικών δικαιωμάτων ώστε να ληφθεί υπόψη η τεχνολογική εξέλιξη, χάρη στην οποία εμφανίστηκαν νέες μορφές εκμεταλλεύσεως των προστατευόμενων έργων (απόφαση της 24 Νοεμβρίου 2011, *Circul Globus București*, C-283/10, EU:C:2011:772, σκέψη 38).

48. Περαιτέρω, από τις αιτιολογικές σκέψεις 4, 9 και 10 της ίδιας οδηγίας προκύπτει ότι πρωταρχικός σκοπός της είναι η καθιέρωση υψηλού επιπέδου προστασίας υπέρ των δημιουργών και η διασφάλιση εύλογης αμοιβής για τη χρήση των έργων τους, ιδίως στην περίπτωση παρουσιάσεως στο κοινό (πρβλ. απόφαση της 19ης Νοεμβρίου 2015, *SBS Belgium*, C-325/14, EU:C:2015:764, σκέψη 14 και εκεί μνημονευόμενη νομολογία).

49. Για να επιτευχθεί αυτός ο σκοπός αυτός, η έννοια της «παρουσίασης στο κοινό» πρέπει, όπως τονίζει και η αιτιολογική σκέψη 23 της οδηγίας 2001/29, να ερμηνεύεται υπό ευρεία έννοια, ως καλύπτουσα κάθε παρουσίαση σε κοινό το οποίο δεν παρίσταται στον τόπο της παρουσιάσεως και, ως εκ τούτου, κάθε σχετική μετάδοση ή αναμετάδοση ενός έργου στο κοινό με ενσώματα ή ασύρματα μέσα, συμπεριλαμβανομένης της ραδιοηλεκτρονικής εκπομπής (πρβλ. αποφάσεις της 7ης Δεκεμβρίου 2006, *SGAE*, C-306/05, EU:C:2006:764, σκέψη 36, καθώς και της 13ης Φεβρουαρίου 2014, *Svensson κ.λπ.*, C-466/12, EU:C:2014:76, σκέψη 17 και εκεί μνημονευόμενη νομολογία).

50. Η αιτιολογική σκέψη 25 της οδηγίας αυτής προσθέτει ότι οι κάτοχοι των δικαιωμάτων που αναγνωρίζονται από την εν λόγω οδηγία έχουν το αποκλειστικό δικαίωμα να θέτουν τα έργα τους στη διάθεση του κοινού μέσω κατ' αίτησιν μεταδόσεων με διαλογική μορφή, οι δε μεταδόσεις αυτές χαρακτηρίζονται από το γεγονός ότι το κοινό δύναται να έχει πρόσβαση σε αυτές από τόπο και χρόνο που επιλέγει ατομικώς.

51. Εξάλλου, οι αιτιολογικές σκέψεις 28 και 29 της οδηγίας 2001/29, σχετικά με το δικαίωμα διανομής, διαλαμβάνουν, αντιστοίχως, ότι το δικαίωμα αυτό περιλαμβάνει το αποκλειστικό δικαίωμα ελέγχου της «της διανομής έργων που ενσωματώνονται σε υλικό φορέα» και ότι το ζήτημα της αναλώσεως του δικαιώματος δεν τίθεται στην περίπτωση των υπηρεσιών, και ιδιαίτερα των υπηρεσιών ανοικτής γραμμής, με τη διευκρίνιση ότι, σε αντίθεση με τα CD-ROM ή τα CD-I, όπου η πνευματική ιδιοκτησία ενσωματώνεται σε υλικό φορέα, ήτοι σε εμπόρευμα, κάθε υπηρεσία ανοικτής γραμμής αποτελεί στην πραγματικότητα ενέργεια για την οποία θα πρέπει να ζητείται άδεια, όταν έτσι ορίζει το δικαίωμα του δημιουργού ή το συγγενικό δικαίωμα.

52. Τέταρτον, η ερμηνεία του δικαιώματος διανομής του άρθρου 4, παράγραφος 1, της οδηγίας 2001/29 υπό την έννοια ότι το δικαίωμα αυτό ισχύει μόνο για τη διανομή έργων που ενσωματώνονται σε υλικό φορέα απορρέει επίσης από το άρθρο 4, παράγραφος 2, της οδηγίας αυτής, όπως έχει ερμηνευθεί από το Δικαστήριο, σε σχέση με την ανάλωση του δικαιώματος αυτού, δεδομένου ότι το Δικαστήριο έχει αποφανθεί ότι ο νομοθέτης της Ένωσης, χρησιμοποιώντας στην αιτιολογική σκέψη 28 της εν λόγω οδηγίας τους όρους «υλικό αγαθό» και «το αντικείμενο αυτό» θέλησε να αφήσει στους δημιουργούς τον έλεγχο της πρώτης κυκλοφορίας στην αγορά της Ένωσης κάθε υλικού αντικειμένου το οποίο ενσωματώνει την πνευματική τους δημιουργία (απόφαση της 22ας Ιανουαρίου 2015, *Art & Allposters International*, C-419/13, EU:C:2015:27, σκέψη 37).

53. Βεβαίως, όπως επισημαίνει το αιτούν δικαστήριο, το Δικαστήριο έχει αποφανθεί, όσον αφορά την ανάλωση του δικαιώματος διανομής των αντιγράφων προγραμμάτων ηλεκτρονικού υπολογιστή στην οποία αναφέρεται το άρθρο 4, παράγραφος 2, της οδηγίας 2009/24, ότι δεν προκύπτει από τη διάταξη αυτή ότι η εν λόγω ανάλωση περιορίζεται αποκλειστικώς και μόνο στα αντίγραφα προγραμμάτων ηλεκτρονικών υπολογιστών που ενσωματώνονται σε υλικό φορέα δεδομένων, αλλά ότι, αντιθέτως, πρέπει να γίνει δεκτό ότι η συγκεκριμένη διάταξη, καθόσον κάνει λόγο, χωρίς περαιτέρω διευκρινίσεις, για «πώληση ενός αντιγράφου προγράμματος ηλεκτρονικού υπολογιστή», δεν καθιερώνει διάκριση των αντιγράφων ανάλογα με την υλική ή άυλη μορφή τους (απόφαση της 3ης Ιουλίου 2012, *UsedSoft*, C-128/11, EU:C:2012:407, σκέψη 55).

54. Εντούτοις, όπως ορθώς επισημαίνει το αιτούν δικαστήριο και υπογράμμισε ο γενικός εισαγγελέας στο σημείο 67 των προτάσεων του, ένα ηλεκτρονικό βιβλίο δεν αποτελεί πρόγραμμα ηλεκτρονικού υπολογιστή, οπότε δεν τυγχάνουν εφαρμογής στην περίπτωση του οι ειδικές διατάξεις της οδηγίας 2009/24.

55. Συναφώς, αφενός, όπως ρητώς επισήμανε το Δικαστήριο στις σκέψεις 51 και 56 της αποφάσεως της 3ης Ιουλίου 2012, *UsedSoft* (C-128/11, EU:C:2012:407), η οδηγία 2009/24, που αφορά ειδικώς την προστασία των προγραμμάτων ηλεκτρονικών, συνιστά *lex specialis* σε σχέση προς την οδηγία 2001/29. Από δε τις σχετικές διατάξεις της οδηγίας 2009/24 προκύπτει σαφώς η βούληση του νομοθέτη της Ένωσης να εξομοιώσει, στο πλαίσιο της παρεχόμενης από την οδηγία 2009/24 προστασίας, τα υλικά και τα άυλα αντίγραφα των προγραμμάτων ηλεκτρονικών υπολογιστών, με αποτέλεσμα η ανάλωση του δικαιώματος διανομής που προβλέπει το άρθρο 4, παράγραφος 2, της οδηγίας 2009/24 να αφορά το σύνολο των αντιγράφων αυτών (πρβλ. απόφαση της 3ης Ιουλίου 2012, *UsedSoft*, C-128/11, EU:C:2012:407, σκέψεις 58 και 59).

56. Αντιθέτως, βούληση του νομοθέτη της Ένωσης κατά τη θέσπιση της οδηγίας 2001/29 δεν ήταν μια τέτοιου είδους εξομίσωση των υλικών και άυλων αντιγράφων των έργων που προστατεύονται βάσει των σχετικών διατάξεων της οδηγίας αυτής. Πράγματι, όπως υπομνήσθηκε στη σκέψη 42 της παρούσας αποφάσεως, από τις προπαρασκευαστικές εργασίες της προκύπτει η βούληση σαφούς διακρίσεως μεταξύ της ηλεκτρονικής διανομής και της υλικής διανομής προστατευόμενων περιεχομένων.

57. Αφετέρου, το Δικαστήριο επισήμανε, στη σκέψη 61 της αποφάσεως της 3ης Ιουλίου 2012, *UsedSoft* (C-128/11, EU:C:2012:407), ότι, από οικονομικής απόψεως, η πώληση προγράμματος ηλεκτρονικού υπολογιστή επί υλικού φορέα και η πώληση προγράμματος ηλεκτρονικού υπολογιστή μέσω μεταφορτώσεως από το Διαδίκτυο είναι παρεμφερείς, δεδομένου ότι η διαδικτυακή μετάδοση είναι το λειτουργικό ισοδύναμο της παραδόσεως ενός υλικού φορέα, οπότε η ερμηνεία του άρθρου 4, παράγραφος 2, της οδηγίας 2009/24 υπό το πρίσμα της αρχής της ίσης μεταχειρίσεως δικαιολογεί την παρόμοια μεταχείριση των δύο αυτών τρόπων μεταδόσεως.

58. Εντούτοις, δεν μπορεί να γίνει δεκτό ότι η παροχή ενός βιβλίου επί υλικού φορέα και η παροχή ενός ηλεκτρονικού βιβλίου είναι ισοδύναμες από οικονομικής και λειτουργικής απόψεως. Πράγματι, όπως επισήμανε ο γενικός εισαγγελέας στο σημείο 89 των προτάσεων του, τα άυλα ψηφιακά αντίγραφα, αντιθέτως προς τα βιβλία σε υλικό φορέα, δεν φθιίνουν με τη χρήση, οπότε τα μεταχειρισμένα αντίγραφα υποκαθιστούν πλήρως τα καινούργια αντίγραφα. Επιπλέον, οι ανταλλαγές των αντιγράφων αυτών δεν απαιτούν ούτε προσπάθεια ούτε πρόσθετα έξοδα, οπότε μια παράλληλη αγορά μεταχειρισμένων έργων ενδέχεται να θίγει το συμφέρον των δικαιούχων να λαμβάνουν εύλογη αμοιβή για τα έργα τους κατά τρόπο πολύ σημαντικότερο απ' ό,τι η αγορά για μεταχειρισμένα ενσώματα αντικείμενα, κατά παράβαση του σκοπού που υπενθυμίζεται στη σκέψη 48 της παρούσας αποφάσεως.

59. Ακόμη και στην περίπτωση που γινόταν δεκτό ότι το ηλεκτρονικό βιβλίο αποτελεί ένα σύνθετο υλικό (πρβλ. απόφαση της 23ης Ιανουαρίου 2014, *Nintendo κ.λπ.*, C-355/12, EU:C:2014:25, σκέψη 23), το οποίο περιλαμβάνει τόσο ένα προστατευόμενο έργο όσο και ένα πρόγραμμα ηλεκτρονικού υπολογιστή που μπορεί να τύχει της προστασίας της οδηγίας 2009/24, επιβάλλεται η διαπίστωση ότι ένα τέτοιο πρόγραμμα έχει μόνον παρακολουθηματικό χαρακτήρα σε σχέση προς το έργο που περιέχεται σε ένα τέτοιο βιβλίο. Συγκεκριμένα, όπως επισήμανε ο γενικός εισαγγελέας στο σημείο 67 των προτάσεων του, ένα ηλεκτρονικό βιβλίο προστατεύεται λόγω του περιεχομένου του, το οποίο, επομένως, πρέπει να θεωρηθεί ως το ουσιαστικό στοιχείο του, οπότε το γεγονός ότι ένα πρόγραμμα ηλεκτρονικού υπολογιστή μπορεί να αποτελεί μέρος ηλεκτρονικού βιβλίου προκειμένου να καταστήσει δυνατή την ανάγνωσή του δεν συνεπάγεται την εφαρμογή τέτοιων ειδικών διατάξεων.

60. Το αιτούν δικαστήριο εκθέτει ακόμη ότι η παροχή ηλεκτρονικού βιβλίου, υπό περιστάσεις όπως οι επίμαχες στην κύρια δίκη, δεν πληροί τις προϋποθέσεις που έχει θέσει το Δικαστήριο προκειμένου να χαρακτηριστεί ως παρουσίαση στο κοινό, κατά την έννοια του άρθρου 3, παράγραφος 1, της οδηγίας 2001/29. Ειδικότερα, το αιτούν δικαστήριο επισημαίνει, αφενός, ότι, ελλείψει παρουσιάσεως του ίδιου του περιεχομένου του προστατευόμενου έργου στην προσφορά προς πώληση του ηλεκτρονικού βιβλίου στην πλατφόρμα της λέσχης αναγνώσεως, δεν μπορεί να γίνει λόγος για πράξη παρουσιάσεως. Αφετέρου, δεν υφίσταται κοινό, δεδομένου ότι το ηλεκτρονικό βιβλίο τίθεται μόνο στη διάθεση ενός και μόνον μέλους της λέσχης αναγνώσεως.

61. Συναφώς, από το άρθρο 3, παράγραφος 1, της οδηγίας 2001/29 προκύπτει ότι η έννοια της «παρουσίασης στο κοινό» απαρτίζεται από δύο σωρευτικά στοιχεία, ήτοι μια πράξη πα-

ρουσιάσεως του έργου και την παρουσίαση του έργου αυτού σε κοινό (απόφαση της 14ης Ιουνίου 2017, *Stichting Brein*, C-610/15, EU:C:2017:456, σκέψη 24 και εκεί μνημονευόμενη νομολογία).

62. Όσον αφορά, πρώτον, το ζήτημα εάν μια παροχή ηλεκτρονικού βιβλίου όπως η επίμαχη στην κύρια δίκη συνιστά πράξη παρουσιάσεως κατά την έννοια του άρθρου 3, παράγραφος 1, της οδηγίας 2001/29, πρέπει να επισημανθεί, όπως υπομνήσθηκε στη σκέψη 49 της παρούσας αποφάσεως, ότι η έννοια της «παρουσίασης στο κοινό» της διατάξεως αυτής καλύπτει κάθε μετάδοση ή αναμετάδοση έργου σε κοινό που δεν παρίσταται στον τόπο της παρουσιάσεως, με ενσύρματα ή ασύρματα μέσα.

63. Περαιτέρω, όσον αφορά την έννοια της φράσεως «να καθιστούν προσίτα τα έργα τους στο κοινό» η οποία χρησιμοποιείται στην ίδια διάταξη και εντάσσεται στην ευρύτερη έννοια της «παρουσίασης στο κοινό», το Δικαστήριο έχει αποφανθεί ότι μια πράξη, για να χαρακτηριστεί ως πράξη με την οποία ένα έργο καθίσταται προσίτο στο κοινό, πρέπει να πληροί σωρευτικώς τις δύο προϋποθέσεις που διαλαμβάνονται στη διάταξη αυτή, ήτοι να παρέχει τη δυνατότητα στο ενδιαφερόμενο κοινό να αποκτά πρόσβαση στο επίμαχο προστατευόμενο αντικείμενο όπου και όταν επιλέγει το ίδιο (πρβλ. απόφαση της 26ης Μαρτίου 2015, *C More Entertainment*, C-279/13, EU:C:2015:199, σκέψεις 24 και 25), χωρίς να έχει σημασία εάν τα πρόσωπα που αποτελούν το κοινό αυτό κάνουν χρήση ή όχι της δυνατότητας αυτής (πρβλ. απόφαση της 14ης Ιουνίου 2017, *Stichting Brein*, C-610/15, EU:C:2017:456, σκέψη 31 και εκεί μνημονευόμενη νομολογία).

64. Όσον αφορά, ειδικότερα, τη θέση προστατευόμενου έργου ή αντικειμένου στη διάθεση του κοινού κατά τρόπο ώστε οποιοσδήποτε να έχει πρόσβαση σε αυτά όπου και όταν επιλέγει ο ίδιος, από την αιτιολογική έκθεση της προτάσεως οδηγίας προκύπτει ότι «η καθοριστική πράξη είναι αυτή που συνίσταται στη θέση του έργου στη διάθεση του κοινού και, επομένως, στην προσφορά του σε προσβάσιμο στο κοινό δικτυακό τόπο, πράξη που προηγείται του σταδίου της πραγματικής κατ' αίτησιν μεταδόσεως» και ότι «δεν έχει σημασία το αν ένα πρόσωπο πράγματι μεταφόρτωσε το έργο αυτό ή όχι».

65. Εν προκειμένω, δεν αμφισβητείται ότι η *Tom Kabinet* θέτει τα εν λόγω έργα στη διάθεση οποιουδήποτε προσώπου εγγράφεται στον δικτυακό τόπο της λέσχης αναγνώσεως, καθόσον το πρόσωπο αυτό μπορεί να έχει πρόσβαση σε αυτά όπου και όταν επιλέγει το ίδιο, οπότε η παροχή μιας τέτοιας υπηρεσίας πρέπει να θεωρηθεί ως παρουσίαση έργου κατά την έννοια του άρθρου 3, παράγραφος 1, της οδηγίας 2001/29, χωρίς να απαιτείται το εκάστοτε πρόσωπο να χρησιμοποιεί τη δυνατότητα αυτή μεταφορτώνοντας όντως το ηλεκτρονικό βιβλίο από την ιστοσελίδα αυτή.

66. Δεύτερον, προκειμένου να εμπίπτουν στην έννοια της «παρουσίασης στο κοινό» της διατάξεως αυτής, τα προστατευόμενα έργα πρέπει να παρουσιάζονται πράγματι σε κοινό (πρβλ. απόφαση της 14ης Ιουνίου 2017, *Stichting Brein*, C-610/15, EU:C:2017:456, σκέψη 40 και εκεί μνημονευόμενη νομολογία) και η παρουσίαση να απευθύνεται σε ακαθόριστο αριθμό δυνητικών αποδεκτών (απόφαση της 7ης Δεκεμβρίου 2006, *SGAE*, C-306/05, EU:C:2006:764, σκέψη 37 και εκεί μνημονευόμενη νομολογία).

67. Από δε την αιτιολογική έκθεση της προτάσεως οδηγίας προκύπτει επίσης, αφενός, όπως υπομνήσθηκε στη σκέψη 44 της παρούσας αποφάσεως, ότι το δικαίωμα παρουσιάσεως στο κοινό είναι το κρίσιμο δικαίωμα και όταν περισσότερα, άσχετα μεταξύ τους πρόσωπα, μέλη του κοινού, δύνανται να έχουν ατομικά πρόσβαση, από διαφορετικούς τόπους και σε διαφορετικά χρονικά σημεία, σε έργο το οποίο είναι προσίτο στο κοινό σε ισότοπο και, αφετέρου, ότι το κοινό αποτελείται από τα επιμέρους μέλη του.

68. Συναφώς, το Δικαστήριο είχε ήδη την ευκαιρία να διευκρινίσει, αφενός, ότι η έννοια του «κοινού» προϋποθέτει ένα ελάχιστο όριο, πράγμα που αποκλείει από την έννοια αυτή έναν πολύ μικρό αριθμό προσώπων και, αφετέρου, ότι πρέπει να λαμβάνονται υπόψη τα σωρευτικά αποτελέσματα που προκύπτουν από τη διάθεση ενός προστατευόμενου έργου, μέσω μεταφορτώσεως, στους δυνητικούς αποδέκτες. Συνεπώς, πρέπει να συνεκτιμάται, μεταξύ άλλων, ο αριθμός των προσώπων που μπορούν να έχουν ταυτόχρονα πρόσβαση στο ίδιο έργο, αλλά και ο αριθμός των προσώπων που μπορούν να έχουν διανομικά πρόσβαση σε αυτό (πρβλ. απόφαση της 14ης Ιουνίου 2017, Stichting Brein, C-610/15, EU:C:2017:456, σκέψη 41 και εκεί μνημονευόμενη νομολογία).

69. Εν προκειμένω δε, λαμβανομένης υπόψη της περιστάσεως, η οποία τονίστηκε στη σκέψη 66 της παρούσας αποφάσεως, ότι οποιοσδήποτε ενδιαφερόμενος μπορεί να γίνει μέλος της λέσχης αναγνώσεως, και ότι δεν υφίσταται κάποιο τεχνικό μέτρο, στο πλαίσιο της πλατφόρμας της λέσχης αυτής, δυνάμει να διασφαλίσει ότι ένα μόνον αντίγραφο του έργου μπορεί να μεταφορτωθεί κατά τη διάρκεια της περιόδου κατά την οποία ο χρήστης ενός έργου έχει πράγματι πρόσβαση σε αυτό και ότι, άμα τη λήξει της περιόδου αυτής, το αντίγραφο που έχει μεταφορτωθεί από τον εν λόγω χρήστη δεν μπορεί πλέον να χρησιμοποιηθεί από αυτόν (βλ., κατ' αναλογία, απόφαση της 10ης Νοεμβρίου 2016, Vereniging Openbare Bibliotheken, C-174/15, EU:C:2016:856), πρέπει να γίνει δεκτό ότι ο αριθμός των προσώπων που μπορούν να έχουν, ταυτόχρονα ή διαδοχικά, πρόσβαση στο ίδιο έργο, μέσω της πλατφόρμας αυτής, είναι σημαντικός. Ως εκ τούτου, υπό την επιφύλαξη της εξακριβώσεως από το αιτούν δικαστήριο του συνόλου των κρίσιμων στοιχείων, το επίμαχο έργο πρέπει να θεωρηθεί ότι παρουσιάζεται σε κοινό, κατά την έννοια του άρθρου 3, παράγραφος 1, της οδηγίας 2001/29.

70. Τέλος, το Δικαστήριο έχει επίσης αποφανθεί ότι, για να συντρέχει παρουσίαση στο κοινό, πρέπει ένα προστατευόμενο έργο να παρουσιάζεται με ειδικό τεχνικό τρόπο, διαφορετικό από όσους έχουν χρησιμοποιηθεί μέχρι πρότινος ή, άλλως, σε νέο κοινό, ήτοι κοινό το οποίο δεν είχε ήδη ληφθεί υπόψη από τους κατόχους του δικαιώματος πνευματικής ιδιοκτησίας όταν επέτρεψαν την αρχική παρουσίαση του έργου τους στο κοινό (απόφαση της 14ης Ιουνίου 2017, Stichting Brein, C-610/15, EU:C:2017:456, σκέψη 28 και εκεί μνημονευόμενη νομολογία).

71. Εν προκειμένω, εφόσον η διάθεση ενός ηλεκτρονικού βιβλίου συνοδεύεται εν γένει, όπως επισήμαναν η NUJ και η GAU, από άδεια χρήσεως βάσει της οποίας επιτρέπεται μόνον η ανάγνωσή του από τον χρήστη που έχει μεταφορτώσει το οικείο ηλεκτρονικό βιβλίο, με τον δικό του τεχνικό εξοπλισμό, πρέπει να θεωρηθεί ότι μια παρουσίαση όπως αυτή της Tom Kabinet πραγματοποιείται σε κοινό το οποίο δεν είχε ήδη ληφθεί υπόψη από τους κατόχους του δικαιώματος πνευματικής ιδιοκτησίας και, ως εκ τούτου, σε ένα νέο κοινό, κατά την έννοια της νομολογίας που παρατίθεται στην προηγούμενη σκέψη της παρούσας αποφάσεως.

72. Λαμβανομένου υπόψη του συνόλου των προεκτεθέντων, στο πρώτο προδικαστικό ερώτημα πρέπει να δοθεί η απάντηση ότι η παροχή στο κοινό μέσω μεταφορτώσεως, για μόνιμη χρήση, ενός ηλεκτρονικού βιβλίου καλύπτεται από την έννοια της «παρουσίασης στο κοινό» και, ειδικότερα, από το δικαίωμα των δημιουργών «να καθιστούν προσιτά τα έργα τους στο κοινό κατά τρόπο ώστε οποιοσδήποτε να έχει πρόσβαση σε αυτά όπου και όταν επιλέγει ο ίδιος», όπως ορίζεται στο άρθρο 3, παράγραφος 1, της οδηγίας 2001/29.

Επί του δευτέρου, του τρίτου και του τετάρτου ερωτήματος

73. Κατόπιν της απαντήσεως στο πρώτο προδικαστικό ε-

ρώτημα, παρέλκει η απάντηση στα λοιπά προδικαστικά ερωτήματα...]

ΠΑΡΑΤΗΡΗΣΕΙΣ

I. Η σχολιαζόμενη απόφαση Tom Kabinet από επιχειρηματική άποψη είναι εν πρώτοις ένα σχολικό παράδειγμα όπου καινοτομικά επιχειρηματικά μοντέλα στο ψηφιακό περιβάλλον πλατφορμών μπορούν να απαγορευθούν με νομική ερμηνεία. Εκ δευτέρου, συνιστά ένα «δείγμα γραφής» σχετικά με πώς το δίκαιο μπορεί να εμποδίσει να δημιουργηθεί μια δευτερογενής αγορά ψηφιακού περιεχομένου, σε αντίθεση με ό,τι ισχύει για τα υλικά πράγματα. Τα υλικά πράγματα είναι αυτονόητο ότι μεταβιβάζονται ελεύθερα. Η δε ελεύθερη μεταβίβαση υλικών πραγμάτων είναι μια βασική αρχή των οικονομικών συναλλαγών. Όποιος έχει αποκτήσει μέσω αγοράς λ.χ. ένα αυτοκίνητο από τον κατασκευαστή ή τον εξουσιοδοτημένο διανομέα του, ελεύθερα το μεταβιβάζει περαιτέρω. Το ενοχικό και εμπράγματο δίκαιο συνεργάζονται για να επιτευχθεί αυτό το αποτέλεσμα (πρβλ. π.χ. άρθρα 177 και 1036 επ. ΑΚ). Με όρους βαθμίδων αγοράς ο αγοραστής ελεύθερα κινείται μεταξύ της πρωτογενούς και δευτερογενούς αγοράς μεταχειρισμένων πραγμάτων. Έτσι ο έμπορος-πωλητής δεν μπορεί να επηρεάσει εμπραγμάτως τη δευτερεύουσα αγορά αυτοκινήτων, είτε το αυτοκίνητο ενσωματώνει δικαιώματα διανοητικής ιδιοκτησίας π.χ. ευρεσιτεχνία, σχέδιο και υπόδειγμα είτε όχι.

Η απόφαση Tom Kabinet, στο παράδειγμα ενός ηλεκτρονικού βιβλίου (e-book), διευκρινίζει εμφατικά ότι τούτο δεν ισχύει πλέον για το ψηφιακό περιεχόμενο, στο μέτρο που αυτό προστατεύεται από το δίκαιο της πνευματικής ιδιοκτησίας. Δεν μπορεί και δεν πρέπει να υπάρξει μια αγορά «μεταχειρισμένων ψηφιακών αγαθών», μεταβιβαζόμενων με μεταφόρτωση (downloading), εκτός αν αυτά είναι αποθηκευμένα σε έναν υλικό φορέα. Το νομικό αυτό αποτέλεσμα, που αποκλίνει από τον αναλογικό, εμπράγματο κόσμο, στηρίζεται σε ιστορικά, συστηματικά και τεολογικά επιχειρήματα, έστω και αν η απόφαση έχει ορισμένες αντιφάσεις και κενά, ιδίως δικαιοπολιτικά. Όμως η θέση του Δικαστηρίου διαμορφώνει αποφασιστικά το ισχύον δίκαιο των ψηφιακών αγαθών και της ψηφιακής οικονομίας, όπου ένα έργο σε ψηφιακή μορφή «μεταβιβάζεται» μέσω μεταφόρτωσης (downloading).

II. Μέχρι την σχολιαζόμενη απόφαση ήταν αμφίβολο αν η αρχή της ανάλωσης συνδέεται συμβιωτικά με υλικά αντίγραφα ενός έργου που τίθενται σε κυκλοφορία με τη συναίνεση του δημιουργού δικαιούχου ή αν εφαρμόζεται σε ψηφιακά αντίγραφα που τίθενται στη διάθεση του χρήστη με άλλο, μη υλικό τρόπο, όταν δηλ. προσφέρονται προς καταφόρτωση (download) από έναν ιστότοπο ή το υπολογιστικό νέφος (e-cloud) για διαρκή χρήση (το λεγόμενο μοντέλο download-to-own). Στην απόφαση UsedSoft / . Oracle (αποφ. από 3.7.2012, C-128/11, ΔιΜΕΕ 2012, 403 επ. με παρατηρ. Ιγ-γλεζάκη = ΔΕΕ 2013, 35 με παρατηρ. Κινινή), το Δικαστήριο εφάρμοσε την αρχή της ανάλωσης στο μοντέλο αυτό, αλλά μόνον ως προς προγράμματα ηλεκτρονικών υπολογιστών, χαρακτηρίζοντας τη ρύθμιση της κωδικοποιητικής Οδηγίας 2009/24 για τη νομική προστασία των προγραμμάτων η/υ και ιδιαίτερα το άρθρο 4 παράγρ. 2 της Οδηγίας αυτής lex specialis σε σχέση με τη γενική Οδηγία 2001/29 για την εναρμόνιση ορισμένων πτυχών του δικαιώματος του δημιουργού και συγγενικών δικαιωμάτων στην κοινωνία της πληροφορίας (βλ. το ίδιο στη σκέψη 55 σχολιαζόμενης απόφασης).

III. Ο πυρήνας της απόφασης UsedSoft / . Oracle εντοπίζεται στη σκέψη 61: «Η ερμηνεία του άρθρου 4, παράγραφος 2, της οδηγίας 2009/24 υπό το πρίσμα της αρχής της ίσης μεταχειρίσεως επιβεβαιώνει ότι ο προβλεπόμενος στην εν λόγω διάταξη κανόνας της αναλώσεως του δικαιώματος διανομής παράγει αποτελέσματα μετά την πρώτη πώληση ενός αντιγράφου προγράμματος ηλεκτρονικού υπολογιστή εντός της Ένωσης από τον δικαιούχο ή με τη συγκατάθεσή του, ανεξαρτήτως του ζητήματος αν το αντικείμενο της πωλήσεως είναι υλικό ή άυλο αντίγραφο του οικείου προγράμματος», διότι «από οικονομικής απόψεως, η πώληση

προγράμματος ηλεκτρονικού υπολογιστή με τη μορφή CD-ROM ή DVD και η πώλησή του μέσω μεταφορτώσεως από το Διαδίκτυο είναι παρεμφερείς». Η απόφαση UsedSoft ./ Oracle δημιούργησε τον δικαιολογημένο προβληματισμό, αν η αρχή της ανάλωσης μπορεί να μεταφερθεί σε άλλα έργα με την έννοια της πνευματικής ιδιοκτησίας και στο ψηφιακό περιβάλλον («ψηφιακή ανάλωση»), δεδομένου ότι το Δικαστήριο στην απόφαση UsedSoft μεταφέρει την αξιολόγηση του αναλογικού περιβάλλοντος στο ψηφιακό. Αυτό φαίνεται εύλογο, διότι αναλογικό και ψηφιακό αντίγραφο επιτελούν την ίδια λειτουργία, επιπλέον δε σε αυξανόμενο βαθμό τα ψηφιακά αντίγραφα βαθμιαία υποκαθιστούν τα αναλογικά. Υπό το πρίσμα αυτό, το πόρισμα ότι αυτό που ισχύει στα προγράμματα η/υ ισχύει και σε άλλα ψηφιακά έργα ήταν αναμενόμενο.

IV. Με τη σχολιαζόμενη απόφαση το Δικαστήριο λαμβάνει σαφή θέση κατά της εφαρμογής της αρχής της ανάλωσης στο ψηφιακό περιβάλλον υπό το μοντέλο της «καταφόρτωσης» (download model). Η ανάλωση της εξουσίας διάθεσης σε πρώτη κυκλοφορία περιόριζεται αποκλειστικά και μόνον στη θέση σε κυκλοφορία υλικών φορέων, συνδέεται δε συμβιωτικά με τον τιθέμενο σε κυκλοφορία υλικό φορέα ή υλικό υπόθεμα (ΔικΕΕ, αποφ. 22.1.2015, C-419/13 Art & Allposters International BV, σκέψεις 33 επ.). Στο κείμενο της απόφασης Tom Kabinet εντοπίζει κανείς πολλά από τα επιχειρήματα των αντιπάλων της ψηφιακής ανάλωσης (σκέψεις 56 επ.)· ομοίως και στις Προτάσεις του Γεν. Εισαγγελέα (σκέψεις 58 επ.). Ένα ψηφιακό αντίγραφο, εν προκειμένω ηλεκτρονικό βιβλίο, δεν επιτρέπεται να «μεταπωληθεί» χωρίς την άδεια του δημιουργού μέσω μιας ψηφιακής πλατφόρμας. Ένα ηλεκτρονικό βιβλίο (e-book) δεν αποτελεί πρόγραμμα ηλεκτρονικού υπολογιστή, οπότε δεν τυγχάνουν εφαρμογής στην περίπτωση του οι ειδικές διατάξεις της οδηγίας 2009/24 (σκέψη 54). Η απόφαση UsedSoft χαρακτηρίζεται ως έκφανση μιας ειδικής ρύθμισης (lex specialis), ανεπίδεκτη γενίκευσης (σκέψεις 55, 56), αντίθετα προς τις προσδοκίες των υπερασπιστών της ψηφιακής ανάλωσης.

V. Το Δικαστήριο εμμένει στην κρατούσα άποψη. Χωρίς την ύπαρξη υλικού αντιγράφου δεν μπορεί να υπάρξει αγορά «μεταχειρισμένων» ψηφιακών αντιγράφων. Μια αγορά για «χρησιμοποιημένα» (second hand e-books) θα κατέστρεφε την αγορά για νέα ηλεκτρονικά βιβλία (Προτάσεις Γεν. Εισαγγελέα από 10.9.2019 στην υπόθεση C-263/18, Tom Kabinet, σκέψη 89), επιχείρημα που αβίαστα μεταφέρεται και στη ψηφιακή μουσική ή στις ψηφιακές φωτογραφίες. Σε αυτό συνηγορεί, κατά τη γνώμη του Γεν. Εισαγγελέα, η ευκολία παραγωγής άοριστου αριθμού ψηφιακών αντιγράφων (Προτάσεις Γεν. Εισαγγελέα από 10.9.2019 στην υπόθεση C-263/18, Tom Kabinet, σκέψη 91). Ταυτόχρονα όμως ο ίδιος παραδέχεται ότι ο κίνδυνος αυτός δεν συνδέεται με την ανάλωση αλλά με την ίδια τη διαδικασία της ψηφιοποίησης (Προτάσεις Εισαγγελέα από 10.9.2019 στην υπόθεση C-263/18, Tom Kabinet, σκέψη 93) και τον κίνδυνο πειρατείας (Προτάσεις Γεν. Εισαγγελέα από 10.9.2019 στην υπόθεση C-263/18, Tom Kabinet, σκέψη 94).

Το κρίσιμο στοιχείο της διαφοροποίησης μεταξύ υλικού και ψηφιακού αντιγράφου περιέχεται στη σκέψη 58 της σχολιαζόμενης απόφασης: «Δεν μπορεί να γίνει δεκτό ότι η παροχή ενός βιβλίου επί υλικού φορέα και η παροχή ενός ηλεκτρονικού βιβλίου είναι ισοδύναμες από οικονομικής και λειτουργικής απόψεως. Πράγματι, όπως επισήμανε ο γενικός εισαγγελέας στο σημείο 89 των προτάσεων του τα άυλα ψηφιακά αντίγραφα, αντίθετως προς τα βιβλία σε υλικό φορέα, δεν φθείρονται με τη χρήση, οπότε τα μεταχειρισμένα αντίγραφα υποκαθιστούν πλήρως τα καινούργια αντίγραφα. Επιπλέον, οι ανταλλαγές των αντιγράφων αυτών δεν απαιτούν ούτε προσπάθεια ούτε πρόσθετα έξοδα, οπότε μια παράλληλη αγορά μεταχειρισμένων έργων ενδέχεται να θίγει το συμφέρον των δικαιούχων να λαμβάνουν εύλογη αμοιβή για τα έργα τους κατά τρόπο πολύ σημαντικότερο απ' ό,τι η αγορά για μεταχειρισμένα ενσώματα αντικείμενα, κατά παράβαση του σκοπού που υπενθυμίζεται στη σκέψη 48 της παρούσας αποφάσεως» (βλ. και Προτάσεις Γεν. Εισαγγελέα από 10.9.2019 στην υπόθεση C-263/18, Tom Kabinet, σκέψη 89). Η δυνατότητα φθοράς ως κριτήριο της

διαφορετικής οικονομικής αντιμετώπισης των υλικών πραγμάτων και των ψηφιακών αγαθών, βασική θέση της οικονομικής θεωρίας, αναγνωρίζεται πλέον και από την ενωσιακή νομολογία. Αυτή ακριβώς η δυνατότητα είναι που αποκλείει τη δημιουργία μιας δευτερογενούς αγοράς ψηφιακού περιεχομένου (digital resale market), όταν το περιεχόμενο δεν περιέχεται σε υλικό φορέα.

VI. Η απόφαση Tom Kabinet επιπρόσθετα επικαλείται, εκτός από τη διαφορετική υφή υλικού και ψηφιακού αντιγράφου, τη βούληση του ιστορικού υπερεθνικού (Διεθνής Σύμβαση WTC) και του ενωσιακού νομοθέτη (σκέψεις 41 επ.) κατά τη θέσπιση της οδηγίας 2001/29. Μάλιστα από τις προπαρασκευαστικές εργασίες της Οδηγίας 2001/29 «προκύπτει η βούληση σαφούς διακρίσεως μεταξύ της ηλεκτρονικής διανομής και της υλικής διανομής προστατευόμενων περιεχομένων» (σκέψη 56). Κατά τα λοιπά συντρέχουν τα δύο στοιχεία που συνθέτουν την έννοια της παρουσίας στο κοινό, ήτοι μια πράξη παρουσίας του έργου και η παρουσίαση του έργου στο κοινό (σκέψεις 61-68 και 70).

VII. Το Δικαστήριο στηρίζει δογματικά την επιχειρηματολογία όχι στην εξουσία θέσης σε κυκλοφορία υλικού αντιγράφου, σύμφωνα με το προδικαστικό ερώτημα, το οποίο τροποποιεί, αλλά στην εξουσία παρουσίας στο κοινό (άρθρο 3 παραγρ. 1 Οδηγίας 2001/29, η οποία είναι ανεπίδεκτη ανάλωσης (εξάντλησης) (σκέψεις 33 επ., 61 επ.). Υπό την σκοπιά αυτή κρίνει τη νομιμότητα των online μορφών χρήσης στο δικαίωμα της παρουσίας στο κοινό, ακολουθώντας την πάγια νομολογία του (ενδεικτικά αποφ. από 7.8.2018, C-161/17, Dirk Renckhoff (Cordoba), σκέψεις 19 επ.).

Επειδή δε η ισχύς της ανάλωσης συνδέεται μόνον με τη θέση σε κυκλοφορία υλικών φορέων, έπεται ότι αποκλείεται κάθε δυνατότητα μεταφοράς της με αναλογική εφαρμογή στην εξουσία της online παρουσίας στο κοινό (άρθρο 3 παραγρ. 2 Οδηγίας 2001/29, ΔικΕΕ αποφ. από 7.8.2018, C-161/17, Dirk Renckhoff (Cordoba) σκέψεις 32 επ.). Η προσέγγιση του Δικαστηρίου τελεί υπό το πάγιο τελολογικό πρόσημό του, ήτοι το υψηλό επίπεδο προστασίας του δημιουργού το οποίο επιδιώκει η Οδηγία 2001/29 (ενδεικτικά η σχολιαζόμενη απόφαση, σκέψη 48· επίσης αποφ. από 22.1.2015, C-419/13, Art & Allposters International BV, σκέψη 41· αποφ. από 7.12.2006, C-306/05, SGAE, σκέψη 36, αποφ. από 17.4.2008, C-456/06, Peek & Cloppenburg, σκέψη 37· αποφ. από 4.10.2011, C-403/08, Football Association Premier League, σκέψη 186).

Υπό το πρίσμα αυτό η απόφασή του πείθει. Η επέκταση της αρχής της ανάλωσης στην online κτήση ψηφιακών αντιγράφων δεν ενδείκνυται και για έναν άλλο λόγο, που δεν θίγει το Δικαστήριο. Ο αποκτών ένα αναλογικό αντίτυπο, π.χ. έγχαρτο βιβλίο, το οποίο στη συνέχεια χρησιμοποιεί για την προσωπική του χρήση (ανάγνωση), δεν υπόκειται στην κανονιστική εμβέλεια των εξουσιών του δικαιούχου. Η απόλαυση του έργου, με άλλα λόγια η κατά προορισμό χρήση του, είναι «ουδέτερη» πράξη από την σκοπιά της πνευματικής ιδιοκτησίας, κείμενη εκτός των περιουσιακών εξουσιών του δημιουργού (αντιπροσωπευτικά για την κρατούσα άποψη *Μαρίνος*, Πνευματική ιδιοκτησία, 2^η εκδ. 2004, αρ. 305). Η ανάγνωση ενός βιβλίου δεν προσβάλλει κάποια περιουσιακή εξουσία του δημιουργού. Μόνον η μεταβίβαση μέσω πώλησης του υλικού φορέα στον αγοραστή του εκδοτικού αντιγράφου οδηγεί σε μια στιγμιαία επαφή με το δίκαιο της πνευματικής ιδιοκτησίας (εξουσία θέσης σε κυκλοφορία του συγκεκριμένου αντιγράφου). Σε μια τέτοια περιουσιακή σύγκρουση είναι λογικό και αναμενόμενο να θεσπισθεί εξαίρεση από την εξουσία θέσης σε κυκλοφορία, πολλών δε μάλλον όταν συντρέχουν λόγοι δημοσίου συμφέροντος (ελευθερία εμπορίου και ελευθερία ανταγωνισμού, ήτοι αποφυγή μερισμού αγορών).

Σε ψηφιακά όμως αντίγραφα η κατά προορισμό χρήση του έργου («απόλαυση») συνδέεται με την αναπαραγωγή του, π.χ. του βιβλίου σε έναν e-reader, ιδιαιτερότητα που επιβάλλει εξαίρεση από περισσότερες περιουσιακές εξουσίες, ενώ παράλληλα αποσυνδέεται από τον υλικό φορέα μέσω της διαδικασίας της καταφόρτωσης (downloading).

VIII. Οι συνέπειες της απόφασης Tom Kabinet είναι καθοριστικές στην αγορά ψηφιακού υλικού/ψηφιακών αντιγράφων που

προστατεύονται με δικαιώματα πνευματικής ιδιοκτησίας. Ειδικότερα η απόφαση Tom Kabinet:

1. Προσθέτει μια σημαντική ψηφίδα στη νομική αντιμετώπιση ψηφιακού περιεχομένου και τη δυνατότητα ψηφιακής μεταβίβασής του. Τούτο δεν μπορεί να μεταβιβασθεί χωρίς τη συναίνεση του δικαιούχου, εφόσον επ' αυτού υπάρχει δικαίωμα πνευματικής ιδιοκτησίας, συγγενικό ή *sui generis* δικαίωμα (π.χ. δικαίωμα επί βάσης δεδομένων).

2. Αναβαθμίζει τη θέση των δημιουργών και των εκδοτών ψηφιακού περιεχομένου καθώς και των σχετικών online πλατφορμών σε βάρος του χρήστη/“αγοραστή” ψηφιακού περιεχομένου. Επειδή η εξουσία δημοσίας παρουσίας στο κοινό δεν υπόκειται σε ανάλυση, μπορεί ο δικαιούχος των δικαιωμάτων πνευματικής ιδιοκτησίας επί του ψηφιακού υλικού ή αντιγράφου να ελέγξει τη μεταπώληση των ψηφιακών προϊόντων του.

3. Κάθε «μεταπώληση» του ψηφιακού περιεχομένου απαιτεί στο μέλλον τη συναίνεσή του δημιουργού/δικαιούχου, η οποία κατά κανόνα δίδεται με τη άδεια χρήσης τελικού χρήστη (EULA, End User License Agreement).

4. Οι δικαιούχοι δικαιωμάτων πνευματικής ιδιοκτησίας δύναται με ΓΟΣ, παράλληλα προς τεχνικά μέσα προστασίας που μπορεί να εφαρμόσουν, να αποκλείσουν συμβατικά τη δυνατότητα μεταπώλησης («μεταφόρτωσης»), χωρίς να διατρέχουν τον κίνδυνο η σχετική ενοχική ρήτρα να κριθεί καταχρηστική.

5. Η απόφαση αποτρέπει τη δημιουργία μιας δευτερογενούς αγοράς έργων με την έννοια της πνευματικής ιδιοκτησίας, με εξαίρεση τα προγράμματα ηλεκτρονικών υπολογιστών σύμφωνα με την απόφαση *UsedSoft* / *Oracle*. Στον υλικό (αναλογικό) κόσμο όσο περισσότερο κυκλοφορεί ένα υλικό αντίγραφο, π.χ. ένα βιβλίο ή ένα μουσικό CD, τόσο περισσότερο φθείρεται, λόγος που εξηγεί, μαζί με την ελευθερία του εμπορίου και την αποφυγή περιορισμών του ανταγωνισμού, την αρχή της ανάλωσης της εξουσίας διάθεσης / θέσης σε κυκλοφορία των υλικών αντιτύπων/αντιγράφων του έργου. Η φθορά αυτή δεν υπάρχει στα ψηφιακά αντίγραφα, ενώ ανοικτό παραμένει το ζήτημα αν με την απόφαση θίγεται η ελευθερία του εμπορίου και του μερισμού των αγορών, ερωτήματα που το Δικαστήριο απέφυγε με την αλλαγή της νομικής βάσης.

6. Η επίδραση της απόφασης δεν περιορίζεται μόνο στην ηλεκτρονική έκδοση βιβλίων (e-books), αλλά επεκτείνεται και στην ψηφιακή εκμετάλλευση οπτικοακουστικών έργων, μουσικής και φωτογραφίας.

7. Η θεωρία της ανάλωσης στο δίκαιο της πνευματικής ιδιοκτησίας περιορίζεται πλέον οριστικά στο αναλογικό περιβάλλον, διότι συνέχεται συμβιωτικά με αυτό και τον υλικό φορέα.

8. Σε ψηφιακά επιχειρηματικά μοντέλα, στα οποία ο τελικός χρήστης έχει ένα απλό δικαίωμα χρήσης στο ψηφιακό υλικό (download-to-rent) ή αποκτά μια χρονικά περιορισμένη χρήση («απόλαυση») του έργου (μοντέλο συνεχούς online ροής (streaming)), δεν εφαρμόζεται η αρχή της ανάλωσης ελλείψει υλικού φορέα. Η απόφαση Tom Kabinet θα ενισχύσει ακόμη περισσότερο την τάση αυτή.

9. Φαίνεται ότι το δίκαιο της πνευματικής ιδιοκτησίας οδηγείται σε μια διχοτόμηση: σε αναλογικό και ψηφιακό δίκαιο πνευματικής ιδιοκτησίας.

10. Η κατά προορισμό χρήση ενός έργου ενσωματωμένο σε υλικό φορέα είναι πράξη ουδέτερη από την σκοπία της παραδοσιακής πνευματικής ιδιοκτησίας όχι όμως πλέον στο ψηφιακό περιβάλλον, εφόσον έχει χειραφετηθεί από τον υλικό φορέα.

Μιχ.-Θεοδ. Δ. Μαρίνος
Καθηγητής ΔΠΘ – Δικηγόρος

Ρυθμιστική Αρχή Ενέργειας Απόφαση 942/17.10.2019

[Επί καταγγελίας ενεργειοβόρου εταιρίας κατανάλωσης Υψηλής Τάσης ηλεκτρικής ενέργειας κατά του πρώην μονοπωλίου η/ε (incumbent)]

Προεδρεύων: Ν. Μπουλαξής

Σύμβαση προμήθειας ηλεκτρικής ενέργειας. Διαδικασία διεξαγωγής διαπραγματεύσεων με Μεγάλο Πελάτη. Βάση για τη διεξαγωγή των διαπραγματεύσεων αποτελεί η πρόταση που υποβάλει ο Προμηθευτής (ΔΕΗ Α.Ε.) σχετικά με τους όρους της επικείμενης σύμβασης προμήθειας, οι οποίοι έχουν διατυπωθεί κατ' αρχήν σύμφωνα με τις Βασικές Αρχές Τιμολόγησης. Η παράλειψη της προμηθευόμενης εταιρείας να προσφέρει σαφή και ολοκληρωμένη εικόνα του καταναλωτικού της προφίλ, έτσι ώστε να διαμορφωθούν όροι προμήθειας ενέργειας που να αποκλίνουν από το ισχύον ενιαίο τιμολόγιο, αποτελεί αδυναμία που βαρύνει την ίδια και δεν συνιστά άρνηση ουσιαστικής και καλόπιστης διαπραγμάτευσης εκ μέρους της ΔΕΗ ΑΕ. Η συνέχιση της ηλεκτροδότησης μετά τη λήξη της προηγούμενης σύμβασης και μέχρι τη σύναψη νέας λαμβάνει χώρα εκτός συμβατικού πλαισίου, με συνέπεια να μην ισχύουν πλέον τυχόν ειδικά συμβατικά προνόμια (εκπτώσεις) που είχαν συμφωνηθεί μεταξύ των μερών στο πλαίσιο της σύμβασης που έληξε. Επομένως, η εκ μέρους της ΔΕΗ διακοπή χορήγησης των εν λόγω προνομίων για το μεταβατικό χρονικό διάστημα δεν επιφέρει μονομερή τροποποίηση της (ανύπαρκτης) σύμβασης. Απαγόρευση διάκρισης μεταξύ πελατών με τα ίδια χαρακτηριστικά. Προκειμένου να συμφωνηθεί η εφαρμογή εξατομικευμένης τιμολόγησης που ήδη ισχύει για άλλο πελάτη, η ενδιαφερόμενη εταιρεία πρέπει να επικαλεστεί και να τεκμηριώσει ότι πληροί τα ίδια ηλεκτρικά χαρακτηριστικά με τον πελάτη που απολαύει της αιτούμενης προνομιακής τιμολόγησης. Εφόσον δεν το επιτύχει, η τήρηση και ως προς την αιτούσα του γενικώς ισχύοντος τιμολογίου δεν θεωρείται δυσμενής διακριτική μεταχείριση.

Διατάξεις: ΑΚ 197-198· ν. 4001/2011

[...V. Κρίση της ΡΑΕ επί των προβαλλόμενων ισχυρισμών και νομική υπαγωγή]

1. Επί του ισχυρισμού περί έλλειψης διαπραγμάτευσης

Επειδή, σύμφωνα με τα ανωτέρω, η Καταγγέλλουσα ισχυρίζεται ότι η ΔΕΗ ΑΕ αρνείται να διαπραγματευθεί ουσιαστικά, ειλικρινώς και καλόπιστα ένα εξατομικευμένο τιμολόγιο ΥΤ, αντίστοιχο με τα καταναλωτικά χαρακτηριστικά των διύλιστηρίων. Η εν λόγω άρνηση διαπραγμάτευσης προκύπτει από (α) τη μη απάντηση της ΔΕΗ «σε επιστολές ούτε σε συγκεκριμένες ειδικά τεκμηριωμένες προτάσεις της προμηθευόμενης εταιρείας», (β) την επιμονή «σε προσχεδιασμένα και έναντι πάντων τιμολόγια ΥΤ [...], τα οποία έχει η ίδια διαμορφώσει» και τα οποία «δεν αποδεικνύεται ούτε καν τεκμηριώνεται ότι αντιστοιχούν σε πραγματικά δεδομένα (πραγματικό κόστος, πραγματικές ώρες αιχμής κ.λπ.)», (γ) την έλλειψη ενιαίας διαπραγματευτικής στάσης εκ μέρους της Διοίκησης της ΔΕΗ, η οποία εντοπίζεται με την παραπομπή του ζητήματος της τιμολόγησης στη Γενική Συνέλευση.

Επειδή, κατά τις γενικές αρχές του αστικού δικαίου και ιδίως τα άρθρα 197 και 198 ΑΚ ως διαπραγματεύσεις νοούνται οι παρασκευαστικές συζητήσεις που διεξάγουν τα ενδιαφερόμενα μέρη για την κατάρτιση οριστικής συμβάσεως. Αυτές μπορεί να είναι έγγραφες ή προφορικές ανταλλαγές απόψεων, με τις

οποίες επιδιώκεται η βαθμιαία προσέγγισή τους μέχρι την τελική τους σύμπτωση ή η οριστική διατύπωση της αδυναμίας συμπτώσεώς τους (βλ. *Ιωάννη Καράκωστα*, Αστικός Κώδικας, Γενικές Αρχές, Τόμος Δεύτερος, Νομική Βιβλιοθήκη, 2005, υπό τις διατάξεις των άρθρων 197-198 ΑΚ, σελ. 376 επ., όπου και σχετική νομολογία). Σκοπός των διαπραγματεύσεων είναι ο καθορισμός των όρων με τους οποίους θα καταρτισθεί η σύμβαση.

Το στάδιο των διαπραγματεύσεων λήγει είτε με την οριστική διακοπή τους, με την άρνηση δηλαδή του ενός μερών να συμπράξει στην κατάρτιση της συμβάσεως είτε με την οριστική κατάρτιση της συμβάσεως με τον απαιτούμενο τύπο, εφόσον αυτό απαιτείται (βλ. σχετική νομολογία ό.π., σελ. 379).

Επειδή, περαιτέρω, ο Κώδικας Προμήθειας Ηλεκτρικής Ενέργειας σε Πελάτες στα άρθρα 1 και 14 έως και 17, περιέχει σαφείς διατάξεις αναφορικά με την προσυμβατική διαδικασία, στην οποία εντάσσεται η διαδικασία διαπραγμάτευσης για τη σύναψη σύμβασης προμήθειας προβλέποντας ειδικότερα την περίπτωση των Μεγάλων Πελατών.

Συγκεκριμένα, για την περίπτωση των Μεγάλων Πελατών η διάταξη της παρ. 3 του άρθρου 16 του ΚΠΗΕ ειδικώς προβλέπει ότι η διαδικασία εκκινεί με την υποβολή από τον Πελάτη Αίτησης Προσφοράς Προμήθειας, στην οποία οφείλει να ανταποκριθεί ο Προμηθευτής με την αποστολή πρότασης σχετικά με τους όρους της Σύμβασης Προμήθειας, καταρτισμένους σύμφωνα με τις Βασικές Αρχές Τιμολόγησης. *Η εν λόγω πρόταση του Προμηθευτή αποτελεί τη βάση για ουσιαστικές διαπραγματεύσεις μεταξύ των μερών*. Περαιτέρω, ορίζεται ότι οι διαπραγματεύσεις συνίστανται σε προφορικές ή έγγραφες ανταλλαγές προτάσεων και απόψεων, με σκοπό τη βαθμιαία προσέγγιση των αρχικών θέσεων, και την παροχή διασαφητικών πληροφοριών («υποχρέωση διαφώτισης και προστασίας»).

Επειδή, από την υπό κρίση Καταγγελία, τα υποβληθέντα έγγραφα και τις απόψεις των μερών προκύπτουν τα ακόλουθα:

Η συμβατική σχέση προμηθευόμενης εταιρίας - ΔΕΗ, κατά τα τελευταία έτη, διαμορφώθηκε στη βάση των από 6.10.2014 Συμβάσεων Προμήθειας Μεγάλου Πελάτη, οι οποίες τροποποιήθηκαν με τα από 27.4.2016 Συμπληρώματα Σύμβασης Προμήθειας Ηλεκτρικής Ενέργειας Μεγάλου Πελάτη. Με τις εν λόγω τροποποιήσεις παρατάθηκε η διάρκεια ισχύος των ανωτέρω Συμβάσεων έως τις 31.12.2017 και, σε συνέχεια νέας παράτασης, έως τις 28.2.2018, ενώ περαιτέρω συμφωνήθηκε η τροποποίηση του Παραρτήματος Α' των εν λόγω συμβάσεων, που αφορά στους όρους τιμολόγησης, προκειμένου για την περίοδο καταναλώσεων από 1.1.2016 έως 31.12.2017.

Αναλυτικότερα, οι Συμπληρωματικές Συμβάσεις που ίσχυαν έως τις 28.2.2018 προέβλεπαν:

(α) την εφαρμογή οποιουδήποτε εκ των 7 νέων τιμοκαταλόγων ΥΤ,

(β) κίνητρα μέσω εκπτώσεων για υψηλή κατανάλωση (ενέργεια) στη Ζώνη Ελαχίστου Ισχύος (βράδυ, Σαββατοκύριακα, αργίες). Η εν λόγω έκπτωση ήταν κλιμακωτή και έφθανε έως 8%, ανάλογα με το ποσοστό κατανάλωσης στη ζώνη αυτή.

(γ) ειδική συμφωνία για –υπό προϋποθέσεις– τιμολόγηση επί της ενοποιημένης καμπύλης ζήτησης και σε 10ήμερη βάση και υπολογισμού του ποσοστού έκπτωσης για υψηλή κατανάλωση (ενέργεια) στη Ζώνη Ελαχίστου Ισχύος βάσει της ενοποιημένης καμπύλης ζήτησης,

(δ) έκπτωση όγκου 12% επί του ανταγωνιστικού σκέλους ενέργειας και ισχύος, λαμβάνοντας υπόψη τη συνολική κατανάλωση και των 3 εγκαταστάσεων της προμηθευόμενης εταιρίας (κλιμάκιο ετήσιας συνολικής κατανάλωσης 700-1000 GWh),

(ε) έκπτωση συνέπειας 7%.

Σε συνέχεια της λήξης των ανωτέρω Συμβάσεων, με την παρέλευση της 28^{ης}.2.2018, φαίνεται ότι πραγματοποιήθηκε τεχνική συνάντηση των μερών στις 15.3.2018, κατά την οποία οι εκπρόσωποι της ΔΕΗ ΑΕ ενημέρωσαν τους εκπροσώπους της προμηθευόμενης εταιρίας για την αναδιαμόρφωση της

εμπορικής πολιτικής της εταιρείας, στη βάση των διεργασιών στην αγορά προμήθειας και τη λήψη απόφασης επί των όρων τιμολόγησης σε επίπεδο Γενικής Συνέλευσης.

Περαιτέρω, όπως προκύπτει από το 27.4.2018 ηλεκτρονικό έγγραφο της ΔΕΗ ΑΕ, η καθ' ης ανακοίνωσε ότι –δεδομένης της από 28.2.2018 λήξης των συμβάσεων– η τιμολόγηση της κατανάλωσης της Καταγγέλλουσας επρόκειτο να συνεχίσει να γίνεται βάσει των (προηγούμενων) τιμοκαταλόγων, αλλά χωρίς να εφαρμόζονται εκπτώσεις. Περαιτέρω, αποσαφηνίζεται ότι το εν λόγω καθεστώς τιμολόγησης (ήτοι εφαρμογή των τιμοκαταλόγων αλλά μη χορήγηση εκπτώσεων) έχει προσωρινό χαρακτήρα και συγκεκριμένα μέχρι τη λήψη απόφασης από τη Γενική Συνέλευση, οπότε θα ακολουθήσει αναδρομική ρύθμιση και εκκαθάριση των χρεώσεων από την 1^η Μαρτίου 2018. Όπως δε σαφώς αναφέρεται: «*η εν λόγω τιμολογιακή πολιτική εφαρμόζεται προς το παρόν σε όλους τους πελάτες της ΥΤ*».

Πράγματι, προκύπτει ότι η τιμολόγηση των Πελατών Υψηλής Τάσης διαμορφώθηκε εν πρώτοις εν συνόλω και όχι κατά Πελάτη, καθώς αποτέλεσε αντικείμενο γενικού χαρακτήρα απόφασης του Διοικητικού Συμβουλίου της ΔΕΗ ΑΕ (βλ. την υπ' αρ. 62/8.6.2018), που εγκρίθηκε από την Έκτακτη Γενική Συνέλευση της Εταιρείας της 26^{ης}.6.2018.

Σχετικώς, συνάγεται ότι η Καταγγέλλουσα ήταν ενήμερη των γενικών γραμμών της τιμολογιακής πολιτικής της καθ' ης και του πλαισίου λήψης απόφασης επί κατάρτισης σύμβασης.

Επομένως, παρίστανται ως εύλογοι οι ισχυρισμοί της ΔΕΗ ΑΕ περί ύπαρξης επικοινωνιών και διαβουλεύσεων μεταξύ των μερών μέχρι την από 2.10.2018 έγγραφη αποτύπωση της πρότασης της ΔΕΗ προς την προμηθευόμενη εταιρία. Άλλωστε, και η Καταγγέλλουσα αναγνωρίζει ότι τόσο στις 11.9.2018 όσο και στις 18.9.2018 πραγματοποιήθηκαν επικοινωνίες (με φυσική παρουσία και μέσω τηλεφώνου, αντιστοίχως) με εκπροσώπους της ΔΕΗ ΑΕ, κατά τις οποίες παρασχέθηκαν καταρχήν δεσμεύσεις ή/και διευκρινίσεις για τη διατήρηση των υφιστάμενων τιμολογίων και έκπτωσης όγκου.

Συνεπώς, κατόπιν των ως άνω προπαρασκευαστικών συνεννοήσεων και ενεργειών, η κατάθεση από τη ΔΕΗ ΑΕ της από 2.10.2018 πρότασης θεωρείται ότι συνιστά «*τη βάση για ουσιαστικές διαπραγματεύσεις μεταξύ των μερών*» κατά τα οριζόμενα στο άρθρο 16 παρ. 3 ΚΠΗΕ.

Όπως διαφαίνεται, η από 2.10.2018 πρόταση της ΔΕΗ ΑΕ κινείται στη βάση του ήδη ανακοινωμένου πλαισίου τιμολόγησης της ΥΤ (βλ. τις ανωτέρω Αποφάσεις του Διοικητικού Συμβουλίου και της Γενικής Συνέλευσης) και κινείται προς την κατεύθυνση της διατήρησης των ισχυόντων όρων. Συγκεκριμένα, προκύπτει ότι διατηρείται η ίδια τιμολογιακή πολιτική (ίδια τιμολόγια, ίδια έκπτωση όγκου, ίδια έκπτωση χρέωσης προκειμένου για κατανάλωση στη ζώνη ελάχιστου ισχύος, και μάλιστα ανεξαρτήτως παρόχου), με εξαίρεση την παύση της έκπτωσης συνέπειας. Αναφορικά με την έκπτωση συνέπειας, δεν καθίσταται σαφές από τα υποβληθέντα, αν ο λόγος της μη χορήγησής της συναρτάται με το γεγονός της αμφισβήτησής από την Καταγγέλλουσα των λογαριασμών της που αφορούν σε καταναλώσεις Μαρτίου 2018 και επέκεινα. Λαμβάνοντας υπόψη ότι η έκπτωση συνέπειας συνδέεται αναγκαστικά με το πραγματικό γεγονός της εμπρόθεσμης καταβολής, η συνολολογημένη από την Καταγγέλλουσα παρακράτηση των ποσών που αντιστοιχούσαν σε εκπτώσεις, όπως η ίδια τις υπολόγιζε, ενδέχεται να συντέλεσε στη μη χορήγηση έκπτωσης συνέπειας.

Σε κάθε περίπτωση, ακόμη και μετά την από 2.10.2018 πρόταση της ΔΕΗ για κατάρτιση σύμβασης, συνεχίστηκαν οι διαπραγματευτικές διαδικασίες. Όπως η Καταγγέλλουσα αναγνωρίζει, στις 25.10.2018 πραγματοποιήθηκε νέα συνάντηση των μερών.

Ακολούθως στις 12.11.2018, η Καταγγέλλουσα υπέβαλε αντιπρόταση προς την καθ' ης σχετικά με τους όρους τιμολόγησής της. Συναφώς, η προμηθευόμενη εταιρία αιτήθηκε την

εφαρμογή μίας ενιαίας χρέωσης ενέργειας και μιας διακριτής χρέωσης CO₂, χωρίς χρέωση ισχύος. Περαιτέρω, η Καταγγέλλουσα επισημαίνει επιγραμματικά τις παραδοχές που έλαβε υπόψη, χωρίς όμως να προσκομίζει ή άλλως να προσδιορίζει συγκεκριμένα και αναλυτικά στοιχεία, προς τεκμηρίωση των ισχυρισμών της. Στη βάση των ανωτέρω γενικών παραδοχών, όπως η ίδια δηλώνει, προσδιόρισε το «βέλτιστο μέσο σταθμισμένο κόστος για τα διύλιστήρια» σε 56,1 ευρώ/MWh. Το εν λόγω ποσό η Καταγγέλλουσα το συνδέει ευθέως με την ενιαία χρέωση ενέργειας που αντιστοιχεί στο τιμολόγιο ΥΤ1 (55,57 ευρώ/MWh). Περαιτέρω, η Καταγγέλλουσα πρότεινε –χωρίς να παραθέτει συγκεκριμένα στοιχεία– την εφαρμογή των 3 ειδών έκπτωσης (όγκου, ελαχίστου ισχύος και συνέπειας), η συνολική επίπτωση των οποίων θα συντελούσε ώστε το «βέλτιστο μέσο σταθμισμένο κόστος για τα διύλιστήρια» να διαμορφωθεί στο επίπεδο των 45,6 ευρώ/MWh. Περαιτέρω, η προμηθευόμενη εταιρία, αν και αρχικώς αναφέρει ότι «θεωρήθηκε ότι το σύνολο της κατανάλωσης καλύπτεται από τη ΔΕΗ, χωρίς παράλληλη προμήθεια από έτερο πάροχο», εν συνεχεία δηλώνει πως «είναι εφικτή [...] περαιτέρω μείωση του κόστους προμήθειας σε επίπεδο κάτω από 44 ευρώ/MWh, αξιοποιώντας τη δυνατότητα συμπληρωματικής προμήθειας από εναλλακτικούς παρόχους». Στη βάση αυτή, η Καταγγέλλουσα εντέλει καταλήγει να προτείνει στην καθ' ης τη διαμόρφωση «εξατομικευμένης προσφοράς με ενιαία τιμή χρέωσης σε όλες τις ζώνες κοντά στα 44€/MWh».

Όπως συνάγεται από την από 12.11.2018 επιστολή της Καταγγέλλουσας, η προμηθευόμενη εταιρία δεν ανέπτυξε με τρόπο συγκροτημένο και τεκμηριωμένο τις απόψεις της επί της πρότασης της ΔΕΗ ΑΕ, Αντιθέτως, κατά τρόπο γενικό και αόριστο η οποία αποτελούσε –κατά το κείμενο πλαισίου– τη βάση διεξαγωγής διαπραγματεύσεων, επικαλέστηκε το «βέλτιστο μέσο σταθμισμένο κόστος για τα διύλιστήρια» και αιτήθηκε διαδοχικώς (α) τη διαμόρφωση της αρχικής χρέωσης κατ' αντιστοιχία με τη χρέωση προμήθειας του ΥΤ1, (β) την εφαρμογή των 3 σχημάτων έκπτωσης και (γ) τη διαμόρφωση της ενιαίας τιμής χρέωσης σε όλες τις ζώνες σε επίπεδο έτι κατωτέρω εκείνου που προέκυπτε με την εφαρμογή των ανωτέρω υπό (α) και (β) υπολογισμών. Πράγματι, αν και η Καταγγέλλουσα αιτείται την υποβολή εξατομικευμένης προσφοράς, ωστόσο δεν παρέχει ολοκληρωμένη και τεκμηριωμένη εικόνα του καταναλωτικού της προφίλ και της καταναλωτικής της συμπεριφοράς, ώστε να διαμορφωθούν προσηκόντως οι όροι προμήθειας, σύμφωνα και με τα προβλεπόμενα στο κείμενο πλαίσιο (άρθρο 11 παρ. 4 ΚΠΗΕ, καθώς και άρθρα 2 παρ. 3-4 και 3 του Παραρτήματος II ΚΠΗΕ).

Παρά την ανωτέρω προφανή διάσταση των απόψεων των μερών ως προς τη μεθοδολογία καθορισμού των όρων τιμολόγησης, προκύπτει ότι οι διαπραγματεύσεις συνεχίστηκαν. Μάλιστα, ακόμη και μετά την υποβολή της παρούσας Καταγγελίας, συνέχισαν να πραγματοποιούνται συναντήσεις (επί παραδείγματι στις 28.5.2019), με σκοπό την εξεύρεση μίας αμοιβαίας αποδεκτής συμφωνίας.

Εκ των ανωτέρω, δεν επιβεβαιώνεται ο ισχυρισμός της Καταγγέλλουσας περί άρνησης της ΔΕΗ ΑΕ σε ουσιαστικές, ειλικρινείς και καλόπιστες διαπραγματεύσεις. Συγκεκριμένα, δεν φαίνεται να προκύπτει μία ριζική ή αιφνίδια μεταβολή του πλαισίου τιμολόγησης της προμηθευόμενης εταιρίας, αλλά αντιθέτως φαίνεται να επιχειρείται η συνέχιση της ίδιας τιμολογιακής προσέγγισης. Περαιτέρω, προκύπτει ότι έχουν διεξαχθεί πλήθος συναντήσεων ή/και επικοινωνιών των στελεχών των δύο εταιριών, τόσο πριν την υποβολή της Προσφοράς της ΔΕΗ όσο και κατόπιν αυτής. Το γεγονός της συνέχισης των προσπαθειών εξεύρεσης συμβιβαστικής λύσης, ακόμη και μετά την υποβολή καταγγελίας από μέρους της προμηθευόμενης εταιρίας, ενισχύει την από μέρους της ΔΕΗ ΑΕ καλόπιστη διεξαγωγή των διαπραγματεύσεων. Επιπροσθέτως, το γεγονός ότι η ΔΕΗ ΑΕ φαίνεται να αποφάσισε τη συνέχιση της ίδιας τιμολογιακής πολιτικής,

προκειμένου για το σύνολο της ΥΤ, παραμερίζει την ανάγκη της εξαρχής επεξήγησης και τεκμηρίωσης του τρόπου διαμόρφωσης των τιμολογίων ΥΤ και των εκπαιδωτικών παραμέτρων. Αντιθέτως, τυχόν (όψιμη) αντίθεση της Καταγγέλλουσας στη διατήρηση του ίδιου τιμολογιακού καθεστώτος και επιθυμία της για εφαρμογή διαφοροποιημένης προσέγγισης θα έπρεπε να υποστηρίζεται με συγκεκριμένα οικονομοτεχνικά στοιχεία. Στο πλαίσιο αυτό, η δήλωση μίας «τιμής-στόχου» δεν φαίνεται να επαρκεί για τη διαφώτιση του άλλου μέρους ως προς τη μεθοδολογία διαμόρφωσης των όρων τιμολόγησης.

Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, συνάγεται ότι η ΔΕΗ ΑΕ δεν παραβίασε τις υποχρεώσεις της εκ του κείμενου πλαισίου κατά την προσυμβατική διαδικασία και οι σχετικές προβαλλόμενοι ισχυρισμοί της Καταγγέλλουσας δέον να απορριφθούν.

2. Επί του ισχυρισμού περί μονομερούς τροποποίησης των συμβάσεων προμήθειας ηλεκτρικής ενέργειας

Επειδή, η Καταγγέλλουσα ισχυρίζεται ότι επήλθε μονομερής ανατροπή του προϊσχύσαντος και συμφωνημένου τιμολογιακού πλαισίου, όπως αυτό είχε καθοριστεί συμβατικά και συνέχισε να ισχύει σιωπηρά με τη λήξη της σχετικής σύμβασης. Η εν λόγω μονομερής ανατροπή έγκειται κατά την προμηθευόμενη εταιρία: (α) στη μονομερή διακοπή της εφαρμογής των συμφωνημένων εκπτώσεων όγκου και συνέπειας, (β) στην αναδρομική εφαρμογή της διακοπής από τις καταναλώσεις του Μαρτίου 2018 και (γ) στην επιβολή τόκων υπερημερίας επί των ποσών που δεν εξοφλούνται από την προμηθευόμενη εταιρία λόγω της αμφισβήτησής τους.

Επειδή, από την υπό κρίση Καταγγελία, τα υποβληθέντα έγγραφα και τις απόψεις των μερών προκύπτουν τα ακόλουθα:

Όπως αναφέρει η Καταγγέλλουσα, η ΔΕΗ ΑΕ της απέστειλε την από 21.12.2017 επιστολή, με την οποία πρότεινε την παράταση για δύο μήνες, ήτοι έως τις 28.2.2018, της συμβατικής τους σχέσης και την επικείμενη έναρξη διαπραγματεύσεων προς τον σκοπό της κατάρτισης νέας σύμβασης.

Ακολούθως στις 28.2.2018, έληξε η παράταση της ισχύος των Συμπληρωματικών Συμβάσεων Προμήθειας, οι οποίες παρέχον το πλαίσιο τιμολόγησης των μερών κατά το χρονικό διάστημα από 1.1.2016 έως 31.12.2017.

Ως έπεται, από την 1.3.2018, δεν υφίσταται πλέον συμβατικός δεσμός μεταξύ της Καταγγέλλουσας και της καθ' ης. Συναφώς δε, η ΔΕΗ ΑΕ γνωστοποίησε στην Καταγγέλλουσα ότι, από την ημερομηνία αυτή (1.3.2018), η τιμολόγηση των καταναλώσεων της θα πραγματοποιείται μεν βάσει των προϊσχύσαντων τιμοκαταλόγων, ωστόσο δεν θα εφαρμόζονται οι ειδικές εκπτώσεις. Μάλιστα, η καθ' ης διευκρίνισε ότι, κατόπιν επικείμενης απόφασης της Γενικής της Συνέλευσης, θα επαναπροσδιοριστεί η τιμολόγηση της Εταιρείας, με αναδρομική ισχύ από 1.3.2018. Όπως μάλιστα σημείωσε, η εν λόγω προσέγγιση εφαρμόζοταν αδιακρίτως σε όλους τους (πρώην) Πελάτες ΥΤ.

Εξαρχής, επισημαίνεται ότι η ανωτέρω επιστολή της ΔΕΗ ΑΕ δεν αφορά σε αναδρομική (από 1.3.2018) εφαρμογή διαφορετικών τιμολογιακών όρων αλλά σε ρύθμιση μίας νέας κατάστασης η οποία προκύπτει de facto από την ύπαρξη «κενού» ως προς τον συμβατικό δεσμό.

Συναφώς, δέον να λαμβάνεται υπόψη ότι η έλλειψη σύμβασης καθιστά αφ' εαυτής μετέωρη τη διατήρηση των συμβατικών προνομίων, στα οποία περιλαμβάνεται η χορήγηση εκπτώσεων επί της τιμολόγησης. Πράγματι, η προνομιακή τιμολόγηση εκ της φύσης της συνέχεται με την ύπαρξη συμβατικού δεσμού. Επομένως, η έλλειψη ισχύουσας σύμβασης επιφέρει την έλλειψη της γενεσιουργού αιτίας χορήγησης πρόσθετων εκπτώσεων. Υπό αυτό το πρίσμα, ο Πελάτης «αναγκαστικά» περιέρχεται σε διαφορετικό καθεστώς τιμολόγησης, σε σύγκριση με αυτό που θα απολάμβανε ισχυούσης της σύμβασης. Ευλόγως δε αναμένεται ότι το τιμολογιακό καθεστώς του

εξωσυμβατικού πλαισίου είναι δυσμενέστερο του συμβατικού πλαισίου.

Σε συνέχεια των ανωτέρω, η μη εφαρμογή εκπτώσεων μετά την παρέλευση της παρατεινόμενης διάρκειας της Σύμβασης δεν δύναται να θεωρείται ως «μονομερής ανατροπή του συμφωνημένου πλαισίου». Καθότι μάλιστα η έννοια της συμφωνίας, έστω και σιωπηρής όπως υποστηρίζει η Καταγγέλλουσα, έχει την έννοια της σύμπτωσης των βουλήσεων των μερών, εν προκειμένω ουδόλως προκύπτει οποιαδήποτε κοινή δήλωση βούλησης των μερών. Εσφαλμένως δε υποστηρίζει η Καταγγέλλουσα ότι το συμφωνημένο τιμολογιακό πλαίσιο συνέχιζε να ισχύει σιωπηρά με τη λήξη της σχετικής σύμβασης (31.12.2017), καθώς παρ'όλα τα γεγονότα ότι η ΔΕΗ γραπτώς αιτήθηκε την παράτασή του (βλ. την από 21.12.2017 επιστολή ΔΕΗ) και η προμηθευόμενη εταιρία γραπτώς συναίνεσε στην εν λόγω παράταση (βλ. την από 10.1.2017 επιστολή). Ομοίως, η Καταγγέλλουσα ατυχώς επιχειρεί να προσδώσει στοιχεία «σιωπηρής συμφωνίας» στην από μέρους της ΔΕΗ ΑΕ καλόπιστη συνέχιση της προμήθειας ηλεκτρικής ενέργειας (βλ. την από 12.6.2018 επιστολή της προμηθευόμενης εταιρίας).

Περαιτέρω, λαμβάνοντας υπόψη ότι η ΔΕΗ ΑΕ δεν μετέβαλε συνολικά το προηγούμενο τιμολογιακό καθεστώς, αλλά διατήρησε σε εφαρμογή τους (λήξαντες) τιμοκαταλόγους και ανέστειλε μόνον τις εκπώσεις, δεν θεωρείται δόκιμο να υποστηρίζεται ότι επήλθε ανατροπή του τιμολογιακού πλαισίου. Σε κάθε δε περίπτωση, η καθ' ης υπογράμμισε τόσο τον προσωρινό χαρακτήρα της εν λόγω διευθέτησης όσο και την επικείμενη αναδρομική και οριστική τιμολόγηση, κατόπιν απόφασης της Γενικής Συνέλευσης της ΔΕΗ ΑΕ.

Ωστόσο, όπως η Καταγγέλλουσα συνομολογεί, η προμηθευόμενη εταιρία αγνόησε το πραγματικό γεγονός, αλλά και τις έννομες συνέπειές του, της μη ύπαρξης σύμβασης και ενέμεινε στη διατήρηση των τιμολογιακών όρων και προνομίων που της είχαν χορηγηθεί δυνάμει των Συμπληρωματικών Συμβάσεων Προμήθειας. Στη βάση αυτή, προέβη μονομερώς σε υπολογισμούς περί των οφειλόμενων ποσών και εν τέλει δεν κατέβαλε στη ΔΕΗ ΑΕ εμπροθέσμως και προσηκόντως τα τιμολογούμενα ποσά. Η μονομερής και αδικαιολόγητη παρακράτηση των οφειλόμενων ποσών, που η Καταγγέλλουσα εκκίνησε να εφαρμόζει τον Ιούνιο 2018 (βλ. την από 12.6.2018 επιστολή της προμηθευόμενης εταιρίας) και συνέχισε τουλάχιστον μέχρι τον Φεβρουάριο 2019 (βλ. την από 12.2.2019 επιστολή της προμηθευόμενης εταιρίας), αποτέλεσε και την αιτία της επιβολής από τη ΔΕΗ ΑΕ τόκων υπερημερίας.

Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, συνάγεται ότι η ΔΕΗ ΑΕ δεν προέβη μονομερώς σε ανατροπή του συμφωνημένου τιμολογιακού πλαισίου, όπως υποστηρίζει η Καταγγέλλουσα, και επομένως δεν προκύπτει η παραβίαση από την καθ' ης των υποχρεώσεων της εκ του κείμενου πλαισίου. Συνεπώς, οι σχετικώς προβαλλόμενοι ισχυρισμοί της Καταγγέλλουσας δέον να απορριφθούν.

3. Επί του ισχυρισμού της Καταγγέλλουσας περί διακριτικής μεταχείρισης

Επειδή, η Καταγγέλλουσα επικαλείται τη διακριτική δυσμενή της μεταχείριση, καθότι, αφενός οι λοιποί πελάτες ΥΤ συνεχίζουν να απολαμβάνουν τις εκπώσεις όγκου και συνέπειας, ενώ στην προμηθευόμενη εταιρία μονομερώς επιβλήθηκε η διακοπή τους (π.χ. οι Εταιρείες «[...] Α.Ε.», «[...] Α.Ε.» και «[...] Α.Ε.», όπως προκύπτει από την υπ' αρ. 105/2019 Απόφαση ΠΑΕ), αφετέρου, «κατά δημοσιογραφικές πληροφορίες», η ΔΕΗ φέρεται να συνήψε το τρέχον έτος 2019 διετή σύμβαση με την εταιρεία «[...]» με σχεδόν ταυτόσημη τιμή με αυτήν που πρότεινε η προμηθευόμενη εταιρία και προκειμένου για αντίστοιχη κατανάλωση ηλεκτρικής ενέργειας.

Επειδή, από την υπό κρίση Καταγγελία, τα υποβληθέντα έγγραφα και τις απόψεις των μερών προκύπτουν τα ακόλουθα:

Κατά πρώτον, η διακοπή της χορήγησης εκπτώσεων δεν αποτέλεσε ένα δυσμενές μέτρο που επιβλήθηκε από τη ΔΕΗ ΑΕ μόνο στην Καταγγέλλουσα. Όπως ρητώς αναφέρεται στην από 27.4.2018 επιστολή της ΔΕΗ ΑΕ και αναλυτικά εκτέθηκε ανωτέρω, η εν λόγω διακοπή συνιστά απόρροια της λήξης του συμβατικού δεσμού και εφαρμόζεται αδιακρίτως και ομοίως σε όλους τους Πελάτες ΥΤ.

Περαιτέρω, όπως εναργώς διαπιστώθηκε στο πλαίσιο της εξέτασης της υπ' αριθ. πρωτ. ΠΑΕ Ι[...]/29.10.2018 Καταγγελίας των εταιριών «[...] Α.Ε.», «[...] Α.Ε.» και «[...] Α.Ε.» κατά της «ΔΕΗ Α.Ε.» για το παρεμφερές ζήτημα της τιμολόγησης και καταγράφηκε στην υπ' αρ. 105/2019 Απόφαση ΠΑΕ, η ΔΕΗ ΑΕ ομοίως εξέδωσε τον λογαριασμό καταναλώσεων Μαρτίου 2018 χωρίς να συμπεριλαμβάνει τις εκπώσεις όγκου και συνέπειας. Ακολούθως δε, σε συνέχεια της λήψης απόφασης εκ της από 26.6.2018 Έκτακτης Γενικής Συνέλευσης της ΔΕΗ ΑΕ και σε τήρηση των από 27.4.2018 δεσμεύσεών της, η καθ' ης προέβη σε αναδρομική εφαρμογή των εν λόγω εκπτώσεων για κάθε μήνα κατανάλωσης αρχής γενομένης από το Μάρτιο 2018 και μάλιστα στο ύψος που είχε συμφωνηθεί και εφαρμοστεί μέχρι τότε στις συμβάσεις παροχής ηλεκτρικής ενέργειας με τις καταγγέλλουσες, ενώ στη συνέχεια συνέχισε να εκδίδει τιμολόγια και για τους επόμενους μήνες κατανάλωσης χωρίς μεταβολή του ύψους των ως άνω εκπτώσεων.

Ως προκύπτει και από την 2.10.2018 Πρόταση της ΔΕΗ ΑΕ, η καθ' ης δεν σκοπούσε τη διακοπή της χορήγησης των εκπτώσεων όγκου και ελαχίστου ισχύος. Ωστόσο, η τακτική της μη εμπρόθεσμης και προσήκουσας εξόφλησης, που μονομερώς εφάρμοσε η Καταγγέλλουσα, φαίνεται να συντέλεσε στην απώλεια της έκπτωσης συνέπειας.

Περαιτέρω, αναφορικά με τον ισχυρισμό της Καταγγέλλουσας περί διακριτικής της μεταχείρισης σε σχέση με την τιμολόγηση της «[...]», λεκτέα τα εξής:

Από το σύνολο των διατάξεων που ανωτέρω αναφέρονται, προκύπτει ότι τόσο ο Ν. 4001/2011 όσο και ο Κώδικας Προμήθειας δεν επιβάλλουν μεν την αδιάκριτη και αδιαφοροποίητη εφαρμογή των αυτών όρων και εκπτώσεων σε όλους τους Πελάτες, επιτάσσουν όμως την τήρηση των ακόλουθων αρχών: πρέπει αφενός τα προσφερόμενα τιμολόγια να μη δημιουργούν διακρίσεις μεταξύ καταναλωτών της ίδιας κατηγορίας και με ανάλογα ηλεκτρικά χαρακτηριστικά (άρθρο 1 παρ. 2 στοιχ. β' του Παραρτήματος ΙΙ του ΚΠΗΕ), αφετέρου οι προσφερόμενες εκπώσεις να συνάδουν με τη βασική αρχή της μη διακριτικής μεταχείρισης μεταξύ Πελατών της ίδιας κατηγορίας (άρθρο 2 παρ. 5 περ. δ' του Παραρτήματος ΙΙ).

Ειδικότερα, η κατάρτιση των τιμολογίων και χρεώσεων που προσφέρουν οι Προμηθευτές στους Πελάτες τους πρέπει να συνάδει με τις Βασικές Αρχές Τιμολόγησης Ηλεκτρικής Ενέργειας του Κώδικα Προμήθειας, οι οποίες περιλαμβάνουν, μεταξύ άλλων:

(α) Την ανάκτηση του πραγματικού κόστους της προσφερόμενης υπηρεσίας, ώστε να διασφαλιστεί μακροχρονίως η δυνατότητα παροχής των υπηρεσιών αυτών (βλ. αναλυτικότερα το άρθρο 1 του Παραρτήματος ΙΙ).

(β) Την απαγόρευση διακριτικής μεταχείρισης Πελατών που παρουσιάζουν ανάλογα καταναλωτικά χαρακτηριστικά.

Αναφορικά με την απαγόρευση διάκρισης μεταξύ καταναλωτών, ο Κώδικας Προμήθειας ρητώς εισάγει τη δυνατότητα διαφοροποίησης των προσφερόμενων τιμολογίων ανά κατηγορία Πελάτη, με συνέπεια μια κατηγορία Πελατών να δύναται να έχει έκπτωση στην τιμή εάν έχει κάποια χαρακτηριστικά που τη διαφοροποιούν από τις λοιπές κατηγορίες Πελατών.

Ειδικότερα, το άρθρο 1 παρ. 2 στοιχ. β' του Παραρτήματος ΙΙ του Κώδικα Προμήθειας αναφέρεται σε καταναλωτές «της ίδιας κατηγορίας και με ανάλογα ηλεκτρικά χαρακτηριστικά», ενώ

το άρθρο 1 παρ. 4 του αυτού Παραρτήματος, που αφορά σε Μεγάλους Πελάτες, προβλέπει τη δυνατότητα για «εξειδικευμένες χρεώσεις, προσαρμοσμένες στα συγκεκριμένα χαρακτηριστικά και τις προσφερόμενες υπηρεσίες που έχουν συμφωνηθεί μεταξύ Προμηθευτή και Πελάτη, τηρούμενων των αρχών του ελεύθερου ανταγωνισμού και της αποφυγής σταυροειδών επιδοτήσεων, και ως αποτέλεσμα ουσιαστικών διαπραγματεύσεων μεταξύ των δύο μερών». Περαιτέρω, το άρθρο 2 παρ. 3 του Παραρτήματος II του Κώδικα Προμήθειας επιτρέπει διαφοροποιήσεις των προσφερόμενων τιμολογίων ανά Πελάτη με βάση τέσσερις κύριες παραμέτρους ήτοι (α) την καμπύλη φορτίου, (β) τα συντελεστή φορτίου, (γ) τη μεταβλητότητα του φορτίου και, τέλος, (δ) τον τρόπο εξόφλησης των λογαριασμών. Αντίστοιχη πρόβλεψη εισάγεται και στο άρθρο 11 παρ. 4 του Κώδικα, που αναφέρεται σε Χρεώσεις Προμήθειας προσαρμοσμένες στα χαρακτηριστικά κατανάλωσης της εγκατάστασης του Πελάτη και τις υπηρεσίες που έχουν συμφωνηθεί μεταξύ Προμηθευτή και Πελάτη στο πλαίσιο των μεταξύ τους διαπραγματεύσεων, τηρούμενων των αρχών του ελεύθερου ανταγωνισμού και της αποφυγής σταυροειδών επιδοτήσεων.

Ως εκ τούτου, καθίσταται πρόδηλο ότι η τυχόν εξομοίωση δεν καταλαμβάνει την τιμολόγηση *in toto*, αλλά σχετίζεται με τα ηλεκτρικά χαρακτηριστικά του εκάστοτε πελάτη, ιδίως μάλιστα των Μεγάλων Πελατών, τα οποία αξιολογούνται συνολικά και *ad hoc*.

Λαμβάνοντας υπόψη τα ανωτέρω, η Καταγγέλλουσα όφειλε να αποδείξει, εν πρώτοις στη ΔΕΗ ΑΕ και κατά δεύτερον στη ΡΑΕ, τη θεώρησή της περί του ότι εμπίπτει στην ίδια κατηγορία και ότι έχει ανάλογα ηλεκτρικά χαρακτηριστικά με την «[...]». Συναφώς, όφειλε να επικαλεσθεί και να τεκμηριώσει την αντίστοιχη θέση της, λαμβάνοντας υπόψη πλήθος παραμέτρων, όπως ενδεικτικά είναι η καμπύλη φορτίου, ο συντελεστής φορτίου, η μεταβλητότητα του φορτίου, ο όγκος κατανάλωσης κ.λπ. Ωστόσο, η Καταγγέλλουσα *μονοσήμαντα υποστήριξε* ότι «η [...] έχει αντίστοιχο καταναλωτικό προφίλ με την προμηθευόμενη εταιρία. Ειδικώς, σε επίπεδο κατανάλωσης, η ετήσια κατανάλωση της προμηθευόμενης εταιρίας *E κατά τα έτη 2017 και 2018 φαίνεται να είναι απολύτως εφάμιλλη με την συμφωνηθείσα βάσει των δημοσιευμάτων κατανάλωση της Ω στη σύμβασή της με την ΔΕΗ*». Ο εν λόγω ισχυρισμός της Καταγγέλλουσας ευχερώς αντικρούσθηκε από την καθ' ης, η οποία υποστήριξε ότι «*υπάρχει ουσιαστική διαφορά εν αναφορά προς τον όγκο κατανάλωσης της καταγγέλλουσας και της [...]. Ειδικότερα, η ετήσια μέση κατανάλωση ηλεκτρικής ενέργειας κατά τα τελευταία τρία έτη ανέρχεται για την [...] σε περίπου 1.100.000.000 KWh, ενώ για όλες τις παροχές της προμηθευόμενης εταιρίας διαμορφώνεται σε περίπου 750.000.000 KWh*». Ως εκ τούτου, η θέση της ΔΕΗ ΑΕ ότι οι εταιρείες [...] και η προμηθευόμενη εμφανίζουν *ανόμοια ηλεκτρικά χαρακτηριστικά* δεν έχει αποκρουστεί από την Καταγγέλλουσα. Επιπρόσθετα, η ΔΕΗ επισημαίνει ότι οι τιμολογιακοί όροι της [...] περιέχουν και ρήτρα προσαύξησης της τιμής χρέωσης ηλεκτρικής ενέργειας συνδεδεμένη με την τιμή νικελίου, ενώ αντίστοιχη ρήτρα δεν προτάθηκε στην προμηθευόμενη.

Σε κάθε περίπτωση, το γεγονός ότι η Καταγγέλλουσα *ενέμεινε* στην εφαρμογή των όρων τιμολόγησης άλλου Πελάτη και δεν επικεντρώθηκε στην καταγραφή και οροθέτηση του οικείου της καταναλωτικού προφίλ, αφενός εξασθένησε εν τοις πράγμασι το αίτημά της για παροχή «εξατομικευμένης τιμολόγησης», αφετέρου ήταν αλυσιτελές στον βαθμό που δεν τεκμηριώσε τους λόγους για τους οποίους εμπίπτει στην ίδια κατηγορία Πελάτη ή εμφανίζει ανάλογα χαρακτηριστικά.

Τα ανωτέρω επιρρωννύονται και από την πρόσφατη κρίση της Επιτροπής Ανταγωνισμού (υπ' αρ. πρωτ. 7960/24.12.2018 επιστολή), που διατυπώθηκε στο πλαίσιο συναφούς διαφοράς της ΔΕΗ ΑΕ με την εταιρεία [...]. Συγκεκριμένα η Επιτροπή, εξετάζοντας την επικαλούμενη από την [...] διακριτική τιμολόγηση, ως περίπτωση ενδεχόμενης κατάχρησης δεσπόζουσας

θέσης, επεσήμανε ότι «*μία επιχείρηση θεωρείται ότι προβαίνει σε διακρίσεις όταν συμπεριφέρεται διαφορετικά σε αντίστοιχες/ισοδύναμες συναλλαγές*» και κατέληξε ότι «*δεν προέκυψε ότι η συμπεριφορά που περιγράφεται είναι αποτέλεσμα κατάχρησης δεσπόζουσας θέσης κατά παράβαση του άρθρου 2 ν. 3959/2012*».

Τέλος, οι προβαλλόμενες από την Καταγγέλλουσα εικασίες περί του λόγου που υπαγόρευσε την –ατεκμηρίωτη– διακριτική της μεταχείριση δεν χρήζουν εξέτασης, καθότι προβάλλονται *όλως αορίστως* και αναπόδεικτα.

Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, δεν αποδεικνύεται η δυσμενής διακριτική μεταχείριση της Καταγγέλλουσας, μέσω διακριτικής τιμολόγησης, οι σχετικώς προβαλλόμενοι ισχυρισμοί της προμηθευόμενης εταιρίας δέον να απορριφθούν.

Επειδή, από την εξέταση των προβαλλόμενων ισχυρισμών και στοιχείων, διαπιστώνεται ότι η Καταγγελία στερείται βασιμότητας.

Αποφασίζει

1. Την απόρριψη της υπ' αρ. πρωτ. ΡΑΕ [...] Καταγγελίας και Αίτησης λήψης ειδικών ρυθμιστικών μέτρων της προμηθευόμενης εταιρείας με την επωνυμία [...] κατά της ανώνυμης εταιρείας με την επωνυμία «ΔΗΜΟΣΙΑ ΕΠΙΧΕΙΡΗΣΗ ΗΛΕΚΤΡΙΣΜΟΥ Α.Ε.».

2. Την κοινοποίηση της παρούσας απόφασης στην καταγγέλλουσα –προμηθευόμενη εταιρεία «...», καθώς και στην καθ' ης η καταγγελία «ΔΕΗ ΑΕ.»

Κατά της παρούσας απόφασης δύναται να ασκηθεί αίτηση αναθώρησης κατά τα οριζόμενα στις διατάξεις των αρ. 32-33 Ν. 4001/2011, όπως ισχύει.

ΠΑΡΑΤΗΡΗΣΕΙΣ

Η σχολιαζόμενη απόφαση αντιμετωπίζει με αναλυτικό και δογματικό συνεπή τρόπο το ζήτημα της «διατήρησης» ή της «μετενέργειας» του υφιστάμενου συμβατικού δεσμού στην περίπτωση προμήθειας ηλεκτρικής ενέργειας σε πελάτες της επονομαζόμενης «Υψηλής Τάσης».

Εισαγωγικά επισημαίνεται ότι δύναμι της εξουσιοδοτικής διατάξης ιδίως των άρθρων 51 και 138 Ν. 4001/2011 έχει εκδοθεί η Υπουργική Απόφαση με τίτλο «*Κώδικας Προμήθειας Ηλεκτρικής Ενέργειας σε Πελάτες*» (εφεξής χάριν συντομίας: «*Κώδικας*»)¹. Η εν λόγω κανονιστική πράξη αποδελτιώνει τις υποχρεώσεις των επιμέρους προμηθευτών ηλεκτρικής ενέργειας, λαμβάνοντας υπόψη τις ιδιαιτερότητες των διαφορετικών κατηγοριών πελατών ως προς την κατανάλωση, τις οικονομικές και διαπραγματευτικές τους δυνατότητες. Προς τούτο, ρυθμίζει με τρόπο λεπτομερή και αναλυτικό την προσυμβατική διαδικασία, το περιεχόμενο, τους όρους, τη διάρκεια και την τροποποίηση της σύμβασης προμήθειας ηλεκτρικής ενέργειας, τα δικαιώματα και τις υποχρεώσεις των μερών, την προστασία των καταναλωτών, καθώς επίσης τη διαδικασία τιμολόγησης, αλλαγής προμηθευτή, αλλά και την καταγγελία της σύμβασης και την επακόλουθη διακοπή της προμήθειας. Στο πλαίσιο αυτό, οι αντισυμβαλλόμενοι του προμηθευτή ηλεκτρικής ενέργειας διακρίνονται αφενός με κριτήριο τον σκοπό τελικής χρήσης της παρεχόμενης ηλεκτρικής ενέργειας σε Οικιακούς και Μη Οικιακούς και αφετέρου ανάλογα με την ισχύ παροχής και το μέγεθός τους σε Μικρούς και Μεγάλους. Επιπροσθέτως, με κριτήριο το επίπεδο της τάσης σύνδεσης στο σύστημα ή το δίκτυο κατατάσσονται σε Πελάτες Υψηλής, Μέσης ή Χαμηλής Τάσης.

Αφετηρία για την κατανόηση της σχολιαζόμενης απόφασης αποτελεί η απαίτηση του άρθρου 6 του Κώδικα για υφιστάμενη σύμβαση, η οποία θα ρυθμίζει όσα ζητήματα άπτονται της προμήθειας ηλεκτρικής ενέργειας. Το κύριο ζήτημα που αναφύεται, αφορά στη

1. ΦΕΚ Β' 832/09.04.2013. Βλ. σχετικά Μ. Τοντόροβιτς/Λ. Σιδηρόπουλος, Ζητήματα Εφαρμογής του Κώδικα Προμήθειας Ηλεκτρικής Ενέργειας, *Ενέργεια & Δίκαιο* 2015, σ. 56.

δέουσα συμπεριφορά του προμηθευτή στην περίπτωση λήξης της ισχύος της υφιστάμενης σύμβασης άνευ παρατάσεως αυτής και άνευ κατάρτισης νεότερης σύμβασης. Στο πλαίσιο αυτό, πρωταγωνιστικό ρόλο διαδραματίζει το γεγονός ότι η διακοπή της προμήθειας αποτελεί σε κάθε περίπτωση την «έσχατη» λύση, αφού η εν θέματι συμπεριφορά έχει αναπόδραστα ευρείες οικονομικοκοινωνικές προεκτάσεις, δεδομένου οι μεγάλοι πελάτες της υψηλής τάσης αποτελούν τη βαριά βιομηχανία της χώρας που απασχολεί άμεσα ή έμμεσα πολλές εκατοντάδες εργαζομένων.

Υπό το συγκεκριμένο πρίσμα, η ΡΑΕ εξετάζει προκριματικές την τήρηση της προσυμβατικής διαδικασίας διαπραγμάτευσης, η οποία ελέγχεται τόσο με βάση τις ΑΚ 197 και 198, όσο και με τις διατυπώσεις του Κώδικα. Στο πλαίσιο αυτό, έμφαση δίνεται στην ειδικότερη διάταξη του άρθρου 18 παρ. 3 του Κώδικα, η οποία καταλαμβάνει τους μεγάλους πελάτες και απαιτεί την υποβολή αίτησης προσφοράς προμήθειας², η οποία ενεργοποιεί την υποχρέωση του προμηθευτή για την υποβολή –χωρίς υπαίτια καθυστέρηση– συγκεκριμένης πρότασης σχετικά με τους όρους της σύμβασης προμήθειας σύμφωνα με τις Βασικές Αρχές Τιμολόγησης, που προβλέπει ο Κώδικας. Η ΡΑΕ διαπιστώνει την τήρηση της εν θέματι διαδικασίας, αλλά και της απαίτησης ουσιαστικής διαπραγμάτευσης, μνημονεύοντας με τρόπο ειδικό τις προφορικές ή έγγραφες ανταλλαγές συγκεκριμένων προτάσεων και απόψεων των μερών για τη σύναψη σύμβασης. Από το περιεχόμενο των εν λόγω προτάσεων διαγιγνώσκεται ευλόγως η τήρηση της «υποχρέωσης διαφώτισης και προστασίας», η οποία ευνοεί, ωστόσο δεν εγγυάται την προσέγγιση των μερών προς τον σκοπό κατάρτισης σύμβασης.

Η ως άνω προσέγγιση –παρότι ευχερώς υποστηρίξιμη και από την σκοπιά των γενικών αρχών της καλής πίστης και των συναλλακτικών ηθών του ΑΚ– οδηγεί στην ανάγκη αξιολόγησης του ακανθώδους ζητήματος της τιμολόγησης του αντισυμβαλλομένου κατά τον χρόνο της εν θέματι διαπραγμάτευσης, κατά το οποίο η υφιστάμενη σύμβαση δεν βρίσκεται πλέον εν ισχύ. Ασφαλώς, η συγκεκριμένη απουσία συμβατικού δεσμού δεν είναι εύλογο, ούτε δικαίως ανεκτό να απολήγει στη διαιώνιση των υφιστάμενων συμβάσεων δια της αυτούσιας διατήρησης της υφιστάμενης τιμολόγησης, αφού τούτο αντίκειται τόσο στη διασφάλιση υγιούς ανταγωνισμού στην αγορά ενέργειας, όσο και στο αίτημα απελευθέρωσης της αγοράς ηλεκτρικής ενέργειας³. Για τον λόγο αυτό, η ΡΑΕ κάνει εύστοχα λόγο για «ρύθμιση μίας νέας κατάστασης η οποία προκύπτει *de facto* από την ύπαρξη «κενού» ως προς τον συμβατικό δεσμό». Στο πλαίσιο, λοιπόν, αυτό, το τιμολογιακό καθεστώς του εξωσυμβατικού πλαισίου είναι άνευ ετέρου δυσμενέστερο του προγενέστερου συμβατικού πλαισίου, αφού καθίσταται μετέωρη η διατήρηση των

συμβατικών προνομίων, στα οποία περιλαμβάνεται η χορήγηση εκπτώσεων επί της τιμολόγησης. Προς τούτο, πειστικά υποστηρίζεται ότι η προνομιακή τιμολόγηση εκ της φύσεώς της συνέχεται με την ύπαρξη συμβατικού δεσμού. Με τον τρόπο αυτό, αφενός εξασφαλίζεται προβλεψιμότητα ως προς ένα μη ρυθμιζόμενο από τον Κώδικα ζήτημα, ήτοι την κατάσταση που επακολουθεί τη λήξη του χρόνου ισχύος του συμβατικού δεσμού, και αφετέρου δημιουργούνται κίνητρα για την κινητικότητα⁴ πελατών σε έτερους εναλλακτικούς προμηθευτές. Υπό το πρίσμα της συγκεκριμένης ρυθμιστικής επιδίωξης, καταδικάζεται ρητώς η εμμονή διατήρηση των αυτών τιμολογιακών όρων και των αυτών προνομίων που είχαν χορηγηθεί δυνάμει της λήξασας σύμβασης προμήθειας.

Υπό το φως των ανωτέρω διαπιστώσεων, η ΡΑΕ υπεισέρχεται και στο ζήτημα της συμβατότητας της υφιστάμενης τιμολόγησης της καταγγέλλουσας εταιρείας με την αρχή της απαγόρευσης διακρίσεων και δη σε σχέση με τα ισχύοντα για έτερους μεγάλους πελάτες της υψηλής τάσης⁵. Εν προκειμένω, χρήζει μνείας το γεγονός ότι ο Κώδικας δεν επιβάλλει την αδιάκριτη και αδιαφοροποίητη εφαρμογή των αυτών όρων και εκπτώσεων σε όλους τους πελάτες. Ειδικότερα, στο άρθρο 1 παρ. 2 στοιχ. β' του Παρατήματος II του Κώδικα γίνεται λόγος για καταναλωτές «της ίδιας κατηγορίας και με ανάλογα ηλεκτρικά χαρακτηριστικά», ενώ στο ίδιο πνεύμα το άρθρο 1 παρ. 4, που αφορά σε Μεγάλους Πελάτες, ομιλεί για «εξειδικευμένες χρεώσεις, προσαρμοσμένες στα συγκεκριμένα χαρακτηριστικά και τις προσφερόμενες υπηρεσίες που έχουν συμφωνηθεί μεταξύ Προμηθευτή και Πελάτη, τηρουμένων των αρχών του ελεύθερου ανταγωνισμού και της αποφυγής σταυροειδών επιδοτήσεων, και ως αποτέλεσμα ουσιαστικών διαπραγματεύσεων μεταξύ των δύο μερών». Ομοίως, το άρθρο 11 παρ. 4 ομιλεί για χρεώσεις προμήθειας προσαρμοσμένες στα χαρακτηριστικά κατανάλωσης της εγκατάστασης του πελάτη και τις υπηρεσίες που έχουν συμφωνηθεί, τηρουμένων των αρχών του ελεύθερου ανταγωνισμού και της αποφυγής σταυροειδών επιδοτήσεων. Ως εκ τούτου, ευχερώς εξάγεται το συμπέρασμα ότι η τυχόν εξομοίωση δεν καταλαμβάνει την τιμολόγηση *in toto*, αλλά σχετίζεται με τα ηλεκτρικά χαρακτηριστικά του εκάστοτε πελάτη, ιδίως μάλιστα των Μεγάλων Πελατών, τα οποία αξιολογούνται συνολικά και *ad hoc*. Η εν λόγω διάγνωση αποτυπώνει την αριστοτελική αρχή «Δεν υπάρχει τίποτα πιο άνιστο από την ίση μεταχείριση των άνισων», η οποία διαπνέει τόσο τη συνταγματική αρχή της ισότητας, όσο και το δίκαιο προστασίας του ανταγωνισμού.

Δημήτριος-Παναγιώτης Λ. Τζάκας
Δ.Ν. – Δικηγόρος

2. Βλ. επ' αυτής το άρθρο 14 του Κώδικα.

3. Επί των εν λόγω δικαιοπολιτικών στόχων, βλ. Ν. Κεραμίδα, Ο διαχωρισμός δραστηριοτήτων μεταφοράς σύμφωνα με τον Οδηγία 2009/72/ΕΚ – Το ελληνικό μοντέλο του Ανεξάρτητου Διαχειριστή Μεταφοράς (ΑΔΜ) και ο λειτουργός της αγοράς στην ελληνική αγορά ηλεκτρικής ενέργειας, ε & δ 15/2011, 40· Ν. Κορομπέλη, Μορφές εφαρμογής της Οδηγίας 2009/72 για το νομικό διαχωρισμό των δικτύων ηλεκτρισμού στην ΕΕ, ε & δ 18/2012, 69· Δ. Λελοβίτη, Ο διαχωρισμός στην Τρίτη δέσμη, ε & δ 12/2009, 21· Χ. Συνοδινό, Συνδρομή του αναδυόμενου ενεργειακού δικαίου στο δυναμικά εξελισσόμενο εμπορικό δίκαιο, ε & δ 2012, 60.

4. Επί του αιτήματος απελευθέρωσης της ελληνικής αγοράς ενέργειας, βλ. Ε. Αδαμαντίδου, Απελευθέρωση της αγοράς ηλεκτρικής ενέργειας: Η Οδηγία 96/92/ΕΚ και η ενσωμάτωσή της στην ελληνική έννομη τάξη, σε: ΚΔΕΟΔ, Απελευθέρωση της αγοράς ηλεκτρικής ενέργειας, Πρακτικά Ημερίδας, 2001, σ. 13· Μ.-Θ. Μαρίνο, Η πρόσβαση σε ενεργειακό δίκτυο – Η απελευθέρωση της αγοράς ηλεκτρικής ενέργειας, 2003, σ. 35 επ· Μ. Μενγκ-Παπαντώνη, Το δίκαιο της Ενέργειας, 2003, σ. 23 επ.

5. Αναφορικά με την εφαρμογή της αρχής της απαγόρευσης διακρίσεων στον ενεργειακό κλάδο, βλ. ενδεικτικά ΔΕΚ C-439/06, *citiworks AG*, 22.05.2008, ECLI:EU:C:2008:298, σκ. 38-40· ΔΕΚ C-239/07, *Julius Sabatauskas*, 09.10.2008, ECLI:EU:C:2008:551, σκ. 31-33.

ΝΟΜΙΚΑ ΖΗΤΗΜΑΤΑ

Ζητήματα από την πώληση μέσω της επιχειρηματικής δραστηριότητας dropshipping

ΓΕΩΡΓΙΑΣ Α. ΣΑΓΡΗ

Μ.Δ.Ε. Ιδιωτικού Δικαίου – Μεταπτυχιακής Υποτροφίας

Το dropshipping είναι ένα επιχειρηματικό μοντέλο το οποίο σήμερα ακμάζει στην Αμερική και την Ευρώπη αποτελώντας πλέον μία από τις πιο γρήγορα αναπτυσσόμενες τάσεις στο χώρο του διασυννοριακού ηλεκτρονικού εμπορίου. Εμφανίζεται με μορφή τριγωνικής πώλησης και αποστολής προϊόντων. Ο κάτοχος ενός dropshipping ηλεκτρονικού καταστήματος μπορεί να δεχτεί παραγγελίες από τους πελάτες του, χωρίς να έχει καθόλου απόθεμα. Αυτό πρακτικά σημαίνει πως το κατάστημα λειτουργεί κανονικά, χωρίς να έχει αποθήκη ή στοκ προϊόντων. Ο κάτοχος ενός τέτοιου ηλεκτρονικού καταστήματος, μετά την παραγγελία του προϊόντος από τον πελάτη, επικοινωνεί με τον χονδρέμπορο, ο οποίος του το παρέχει· ο τελευταίος μάλιστα το αποστέλλει στον πελάτη στο όνομα του πωλητή. Το κέρδος για τον ιδιοκτήτη του dropshipping καταστήματος προκύπτει από τη διαφορά της χονδρικής τιμής του προϊόντος και της τιμής που αναγράφεται στη σελίδα του. Στην παρούσα μελέτη παρουσιάζεται το νομικό πλαίσιο που διέπει την επιχειρηματική δραστηριότητα dropshipping. Επιπλέον καταβάλλεται μία πρώτη προσπάθεια διερεύνησης της νομικής φύσης των συμβάσεων που συνάπτονται στο πλαίσιο αυτής της συναλλαγής, οι οποίες κινούνται στο χώρο μεταξύ του αστικού και εμπορικού δικαίου. Το στοιχείο του διεθνούς χαρακτήρα της συναλλαγής οδηγεί και στην εξέταση προβλημάτων που σχετίζονται με το εφαρμοστέο δίκαιο, καθώς και δικονομικών ζητημάτων που αφορούν τη διεθνή δικαιοδοσία, τη νομιμοποίηση και τα μέσα επίλυσης των διαφορών που διαθέτουν οι συμβαλλόμενοι.

I. Εισαγωγή

Το dropshipping συνιστά τεχνική ηλεκτρονικής πώλησης η οποία επιτρέπει στον πωλητή να διαφημίζει και να πωλεί σε λιανική τιμή προϊόντα της προμηθεύτριας drop ship εταιρείας σε υποψήφιους πελάτες μέσα από το ηλεκτρονικό της κατάστημα – e-shop (eBay Store, e-shop, Amazon Estore), τα οποία η ίδια αγοράζει σε χονδρική τιμή. Αναλυτικότερα, ο πωλητής λαμβάνει παραγγελίες χωρίς να διαθέτει αποθήκη ή στοκ και τις διαβιβάζει στην drop ship εταιρεία, η οποία αναλαμβάνει την αποστολή της παραγγελίας προς τον πελάτη με αναγραφόμενο αποστολέα τον ίδιο τον πωλητή. Ταυτόχρονα ο πωλητής προωθεί στην drop ship εταιρεία τα σχετικά στοιχεία του αγοραστή με ταυτόχρονη καταβολή αντιτίμου του προϊόντος σε χονδρική τιμή¹.

II. Νομοθετικό πλαίσιο

Η πώληση μέσω dropshipping εντάσσεται στις υπηρεσίες «που συνήθως παρέχονται έναντι αμοιβής, με ηλεκτρονικά μέσα, εξ αποστάσεως και κατόπιν προσωπικής επιλογής ενός αποδέκτη υπηρεσιών» [άρθρα 1 (α) ΠΔ 131/2003 και 2 παρ. 2 ΠΔ 39/2001]. Η επιχειρηματική δραστηριότητα στα πλαίσια του λιανικού (B2C) ηλεκτρονικού εμπορίου διέπεται από το γενικό δίκαιο προστασίας του καταναλωτή (Ν. 2251/1994) και την ειδικότερη νομοθεσία για τη ρύθμιση του ηλεκτρονικού εμπορίου (ΠΔ 131/2003, που ενσωμάτωσε την Οδηγία 2000/31/ΕΚ για το ηλεκτρονικό εμπόριο, ΚΥΑ Ζ1-891/13-06-2013, που ενσωμάτωσε την Οδηγία 2011/83/ΕΕ για τα δικαιώματα των καταναλωτών) σε συνδυασμό με τις διατάξεις του Αστικού Κώδικα περί πώλησης, μίσθωσης, παραγγελίας κ.λπ., του ΕμπΝ και σειράς συναφών νομοθετημάτων, νόμων, προεδρικών διαταγμάτων και υπουργικών αποφάσεων. Στους παραπάνω κανόνες δικαίου προβλέπεται ρητά η ελεύθερη και άνευ προηγουμένης άδειας παροχή υπηρεσιών ηλεκτρονικού εμπορίου καθώς και η δυνατότητα κατάρτισης έγκυρων συμβάσεων με ηλεκτρονικά μέσα οποιουδήποτε είδους (άρθρ. 3 και 8 παρ. 1 ΠΔ 131/2003).

III. Ηλεκτρονικό εμπόριο – Εφαρμοστέο δίκαιο – Διασυννοριακές ενδοκοινοτικές συναλλαγές – Σύμβαση CISG

Αναφορικά με τα θέματα εφαρμοστέου δικαίου στις διασυννοριακές διαφορές, σύμφωνα με το άρθρο 1 παρ. 4 της Οδηγίας 2000/31 ΕΚ «Για ορισμένες πτυχές των υπηρεσιών της κοινωνίας της πληροφορίας και του ηλεκτρονικού εμπορίου στην εσωτερική αγορά», οι διαφορές που θα προκύψουν σε ενδοκοινοτικό επίπεδο κατόπιν εφαρμογής της αρχής της χώρας προέλευσης, ως αρχής που πρέπει να διέπει τις διασυννοριακές συναλλαγές (άρθρο 3 παρ. 1 της Οδηγίας) που συνάπτονται με ηλεκτρονικά μέσα, επιλύονται σύμφωνα με το δίκαιο του κράτους μέλους στο οποίο έχει τη μόνιμη εγκατάσταση του ο φορέας παροχής των υπηρεσιών². Κάθε πάροχος υπηρεσιών κοινωνίας της πληροφορίας υπόκειται στο δίκαιο του κράτους μέλους της ΕΕ στο οποίο είναι εγκατεστημένος, και όχι στις διάφορες νομοθεσίες των κρατών μελών της ΕΕ όπου παρέχονται οι υπηρεσίες του.

Επιπλέον οι διατάξεις του Κανονισμού ΕΚ/1215/2012³ (αναγνώριση και εκτέλεση δικαστικών αποφάσεων σε αστικές και εμπορικές διαφορές) και του Κανονισμού ΕΚ/593/2008 (Ρώμη Ι) για το εφαρμοστέο δίκαιο στις συμβατικές ενοχές, δεν θίγονται. Επισημαίνεται ότι οι δύο παραπάνω Κανονισμοί περιλαμβάνουν ειδική ρύθμιση για τη διεθνή δικαιοδοσία και το εφαρμοστέο δίκαιο, όταν πρόκειται για διαφορές σε συμβάσεις με καταναλωτές⁴.

Επιπρόσθετα, εξαιτίας της ιδιότητας του αντικειμένου της Ε-

2. Χ. Αποστολόπουλος, Η ερμηνεία της αρχής της χώρας προέλευσης στην Οδηγία για το ηλεκτρονικό εμπόριο ως κανόνας σύγκρουσης του ιδιωτικού διεθνούς δικαίου, ΔΕΕ 3/2004, 269 (με παραπομπή του ιδίου σε Ahrens, CR 2000, 835 (841): αναλυτικότερα Ελ. Αλεξανδρίδου, Δίκαιο Προστασίας καταναλωτή, 3^η έκδοση (2018), σ. 294 επ.

3. Όπως αυτός ισχύει από 10.1.2015 μετά την κατάργηση του κανονισμού ΕΚ/44/2001 (βλ. άρθρο 80 του κανονισμού 1215/2012). Ο κανονισμός 44/2001 συνεχίζει να διέπει αποφάσεις που εκδίδονται σε αγωγές που ασκήθηκαν πριν τη 10^η Ιανουαρίου 2015, ανεξαρτήτως της ημερομηνίας επίδοσης της επιταγής προς εκτέλεση, βλ. Ι. Δεληκωστόπουλο, Ζητήματα από την εφαρμογή του κανονισμού 1215/2012 για τη διεθνή δικαιοδοσία και εκτέλεση αποφάσεων, (2019), σ. 2.

4. Ελ. Αλεξανδρίδου, Δίκαιο Προστασίας καταναλωτή, 3^η έκδοση (2018), σ. 294.

1. Rheude Jake (May 17, 2016), "Drop Shipping Fulfillment: Complete Guide", RedStag fulfillment. Retrieved December 28 (2017).

δώ εξεταζόμενης σύμβασης, ανακύπτει το ερώτημα εάν δύναται να εφαρμοστεί επ' αυτής η Σύμβαση της Βιέννης για τη Διεθνή Πώληση Κινητών Πραγμάτων (εξής CISG)⁵. Η εφαρμογή της σύμβασης της Βιέννης εξαρτάται εξ ολοκλήρου από τις προθέσεις των δύο συμβαλλόμενων μερών, με την επιφύλαξη ότι η πώληση μέσω dropshipping γίνεται για εξυπηρέτηση επαγγελματικού σκοπού και δεν συνιστά καταναλωτική σύμβαση⁶, εκτός εάν ο πωλητής οποτεδήποτε πριν ή κατά τη σύναψη της σύμβασης πώλησης δεν γνώριζε ούτε όφειλε να γνωρίζει ότι τα πράγματα αγοράστηκαν για τέτοια χρήση [βλ. άρθρο 2 (α) CISG] ή όταν ο ορισμός που δίδεται από την εθνική νομοθεσία προστασίας του καταναλωτή είναι ευρύς, με αποτέλεσμα ορισμένες συμβάσεις πώλησης σε καταναλωτή να εμπίπτουν και στη Σύμβαση της Βιέννης⁷. Με την «αυτόνομη» ερμηνεία της έννοιας της καταναλωτικής σύμβασης της Σύμβασης της Βιέννης να συμπίπτει, τιθέμενη αντιστρόφως, σε εννοιολογικό εύρος με την καθιερωμένη, ειδικότερη, στενή έννοια του καταναλωτή του άρθρου 2(α) της Οδηγίας 2011/83/ΕΕ για τις συμβάσεις εκτός εμπορικού καταστήματος, αποκλείεται η εφαρμογή της CISG όταν ορίζεται ο αγοραστής ως καταναλωτής κατά τον ν. 2251/1994⁸.

Είναι δυνατό όμως να συντρέξει η περ. (α) του άρθρου 2 της CISG και τελικά να τύχουν εφαρμογής οι διατάξεις της σύμβασης, καθώς στην περίπτωση της πώλησης μέσω dropshipping, αν ο αγοραστής μέσω διαδικτύου αγοράζει κινητά πράγματα για προσωπική, οικογενειακή ή οικιακή χρήση, αλλά ο πωλητής δεν γνώριζε ούτε όφειλε να γνωρίζει το σκοπό της χρήσεως, τότε φυσικά η CISG εφαρμόζεται⁹. Μάλιστα η υπαγωγή στη σχετική εξαίρεση φαίνεται στην υπό έρευνα περίπτωση να αποτελεί τον κανόνα, δεδομένου ότι στο ηλεκτρονικό εμπόριο κυριαρχεί το στοιχείο της ευκαιριακής και ταχύτατης συναλλαγής. Τελολογικά πάντως ο περιορισμός του ρυθμιστικού της πεδίου της CISG τέθηκε προς αποτροπή σύγκρουσης με τους εκάστοτε κανόνες που ρυθμίζουν την προστασία των καταναλωτών των επιμέρους εθνικών δικαίων. Είναι σύνθετες φαινόμενο λοιπόν, οι επιχειρήσεις που πωλούν διεθνώς μέσω διαδικτύου να εξαιρούν από τις συμβάσεις ηλεκτρονικής πώλησης την εφαρμογή της CISG. Χαρακτηριστική

είναι η απόφαση του ΔΕΕ στη υπόθεση C-191/2015 (Verein für Konsumenteninformation/Amazon EU Sàrl), στην οποία, με αφορμή ηλεκτρονική πώληση, το ΔΕΕ ασχολήθηκε με το ζήτημα της επιλογής του εφαρμοστέου δικαίου σε διαδικτυακές συναλλαγές εντός του κοινοτικού χώρου¹⁰.

Τα μέρη επιπλέον δύνανται είτε να αποκλείσουν την εφαρμογή της CISG συνολικά είτε να την εφαρμόσουν μερικώς. Η επιλογή του δικαίου της ίδιας της Συμβάσεως CISG δεν είναι δυνατή, καθώς ο Κανονισμός Ρώμη Ι δεν επιτρέπει την επιλογή ως εφαρμοστέου μη εθνικού δικαίου. Συνεπώς, οι διατάξεις της CISG θα πρέπει να ενσωματωθούν στη σύμβαση διεθνούς πώλησης δια παραπομπής, ήτοι ως συμβατικές ρήτρες, ενώ το εφαρμοστέο δίκαιο θα εντοπιστεί βάσει του άρθρου 4 ή 6 του Κανονισμού. Αυτό έχει ως αποτέλεσμα τον αποκλεισμό της εφαρμογής των συμβατικών, πλέον, ρητρών της ενσωματωθείσας CISG, όταν αυτές συγκρούονται με το *jus cogens* του εκάστοτε εφαρμοστέου δικαίου¹¹. Η αρχή της ιδιωτικής αυτονομίας χαρακτηρίζει, ομοίως, και τον Κανονισμό Ρώμη Ι για το εφαρμοστέο εθνικό δίκαιο στις συμβατικές ενοχές, τον οποίο τα μέρη δύνανται να επιλέξουν ως δίκαιο που θα ρυθμίζει τις μεταξύ τους σχέσεις. Όταν η πώληση μέσω dropshipping διέπεται από την CISG, τα κενά της σύμβασης θα ρυθμίζονται από τις εθνικές διατάξεις για την προστασία του καταναλωτή, στις οποίες παραπέμπει το ιδιωτικό διεθνές δίκαιο του *forum*. Εν τούτοις σε πωλήσεις που διέπονται από την CISG, και για τα ζητήματα που εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής της (άρθρο 4), οι διατάξεις της υπερισχύουν των σχετικών διατάξεων για την προστασία του καταναλωτή σε περίπτωση που κάποιο Συμβαλλόμενο Κράτος έχει υιοθετήσει μία ευρύτερη έννοια για την καταναλωτική σύμβαση από αυτή της Σύμβασης (CISG)¹².

Σε περίπτωση που τα μέρη δεν επιλέξουν εφαρμοστέο δίκαιο, αυτό θα προσδιοριστεί βάσει του άρθρου 6. παρ. 1 (α) και (β) του Κανονισμού Ρώμη Ι, εφόσον η σύμβαση πώλησης συνάπτεται για σκοπό που μπορεί να θεωρηθεί ξένος προς την επαγγελματική δραστηριότητα του αγοραστή. Συγκεκριμένα, η σύμβαση πωλήσεως θα ρυθμίζεται από το δίκαιο της χώρας όπου ο καταναλωτής έχει τη συνήθη διαμονή του, εφόσον ο πωλητής ως επαγγελματίας με ηλεκτρονικά μέσα κατευθύνει τις δραστηριότητές του στη χώρα αυτή, και όχι το δίκαιο της χώρας στην οποία ο πωλητής έχει τη συνήθη διαμονή του. Σε περίπτωση δε που ο αγοραστής δεν διαθέτει την ιδιότητα του καταναλωτή, εφαρμοστέο δίκαιο είναι αυτό της συνήθους διαμονής του πωλητή κατά το άρθρο 4 (α) του Κανονισμού Ρώμη Ι.

Η ακόλουθη ανάλυση θέτει ως βάση ότι η μόνιμη εγκατάσταση του αγοραστή-καταναλωτή βρίσκεται στην Ελλάδα και εφαρμοστέο είναι το ελληνικό δίκαιο.

IV. Νομική φύση

A. Γενικά

Με βάση τα ανωτέρω χαρακτηριστικά, το dropshipping εντάσσεται στις μορφές ηλεκτρονικού εμπορίου και ειδικότερα στις πωλήσεις (άρθρο 1 (α) παρ. 7 ν. 2251/1994) εξ αποστάσεως¹³

10. Συγκεκριμένα, στη σύμβαση που καταρτίστηκε η Amazon.de προέβλεπε στην υπ' αριθμ. 12 ρήτρα αυτής ότι «12. Εφαρμοστέο είναι το δίκαιο του Λουξεμβούργου, αποκλεισμένης της Συμβάσεως των Ηνωμένων Εθνών για τις διεθνείς πωλήσεις κινητών πραγμάτων (ΔΠΚΠ)». Βλ. συναφώς και J. Mowbray, The application of the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods to E-Commerce transactions: The implications for Asia, *Vindobona Journal of International Commercial Law & Arbitration* 7, (2003), 133-134.

11. Σ. Λοΐζου, Μέθοδος προσέγγισης διαφορών από συμβάσεις διεθνούς πώλησης κινητών πραγμάτων, ΕφΑΔ 11/2012, 990.

12. Γ. Νικολαΐδης, Η διεθνής πώληση κινητών κατά τη Σύμβαση της Βιέννης, (2000), σ. 33.

13. Σύμφωνα με τους ορισμούς του άρθρου 4 του ν. 2251/1994,

5. Η Συνθήκη της Βιέννης, που καταστρώθηκε υπό την αιγίδα των Ηνωμένων Εθνών, ρυθμίζει το διεθνές εμπόριο και την ανταλλαγή των εμπορευμάτων. Υπογράφηκε τον Απριλίου του 1980 και μετρά σήμερα 57 συμβαλλόμενες χώρες. Εφαρμόζεται αποκλειστικά στην περίπτωση των προβλημάτων που συνδέονται με τη διατύπωση μιας σύμβασης πώλησης και ρυθμίζει τα καθήκοντα και τις υποχρεώσεις των συμβαλλόμενων μερών. Στην πραγματικότητα, οι επιχειρήσεις που επιθυμούν να αναπτύξουν μια διεθνή δραστηριότητα, πρέπει να λάβουν γνώση τόσο του νομικού συστήματος στη χώρα-στόχο όσο και τη Συνθήκη της Βιέννης. Η Ελλάδα ενέταξε τη Σύμβαση της Βιέννης στο εσωτερικό της δίκαιο με το Ν. 2532/1997 (ΦΕΚ Α' 227/11.11.97).

6. Δ. Φλάμπουρας, Η Διεθνής Πώληση, σε Δίκαιο Διεθνών Συναλλαγών, επιμ. Χ. Παμπούκη (2010), Κεφ. 2, Παρ. 1, σ. 303 περ. 605-Α. Βαλτουόδης, Το πρόβλημα της συρροής της ευθύνης για πραγματικά ελαττώματα κατά τη Σύμβαση της Βιέννης (CISG) με το εθνικό εξωσυμβατικό δίκαιο, Αρμ ΝΓ (1999), 330. Για τους σκοπούς της Σύμβασης, ως «καταναλωτικές» νοούνται οι πωλήσεις αγαθών που προορίζονται για ιδιωτική χρήση του αγοραστή. Επίσης με δεδομένο ότι η εξαίρεση εφαρμογής αφορά μόνο τις περιπτώσεις εκείνες, όπου το πράγμα εξυπηρετεί αποκλειστικά την προσωπική-ιδιωτική χρήση του αγοραστή, η CISG θα εφαρμόζεται και σε περιπτώσεις όπου ο αγοραστής πρόκειται να χρησιμοποιήσει το πράγμα, τόσο για επαγγελματική, όσο και για προσωπική-ιδιωτική χρήση.

7. Δ. Φλάμπουρας, Δίκαιο Διεθνών Συναλλαγών (2010), σ. 305.

8. Όπως αυτός τροποποιήθηκε και ισχύει με το Ν. 4512/2018. Πλέον, υιοθετείται η «στενή» έννοια του όρου καταναλωτή. Συγκεκριμένα, το άρθρο 1α περ. 1 ορίζει τον καταναλωτή ως εξής: «καταναλωτής: κάθε φυσικό πρόσωπο το οποίο ενεργεί για λόγους οι οποίοι δεν εμπίπτουν στην εμπορική, επιχειρηματική, βιοτεχνική ή ελεύθερα επαγγελματική του δραστηριότητα».

9. Δ. Φλάμπουρας, ό.π., σ. 304.

και εκτός καταστήματος¹⁴, καθώς αποτελεί μορφή τριγωνικής πώλησης και αποστολής προϊόντων μέσα από την ίδρυση ηλεκτρονικού εμπορικού καταστήματος διασυνοριακά. Αντικείμενο πώλησης συνιστούν αγαθά που εντάσσονται μόνο στην κατηγορία των ενσώματων κινητών πραγμάτων (άρθρο 1 παρ. 6 ν. 2251/1994).

Ειδικότερα, η ηλεκτρονική σύμβαση που συνάπτεται μέσω της εμπορικής δραστηριότητας drop shipping εντάσσεται στις συμβάσεις τυποποιημένου μηνύματος – Ηλεκτρονικής Ανταλλαγής Δεδομένων – EDI (electronic data interchange)¹⁵. Το σύστημα αυτοματοποιεί τόσο τη διαδικασία παραγγελίας και σύναψης της σύμβασης όσο και την πληρωμή, η οποία καθίσταται εφικτή λόγω της ακολουθούμενης τυποποίησης των μηνυμάτων. Οι συμβάσεις αυτές είναι γνωστές με τον διεθνή όρο «interchange agreements» και ρυθμίζουν τεχνικά και νομικά ζητήματα¹⁶.

Β. Νομικός χαρακτηρισμός των συμβάσεων που καταρτίζονται κατά την άσκηση επιχειρηματικής δραστηριότητας drop shipping σύμφωνα με το ελληνικό δίκαιο

1. Ηλεκτρονική σύμβαση πώλησης

Ο αγοραστής-καταναλωτής διαβιβάζει στον πωλητή με τα μέσα της ηλεκτρονικής τεχνολογίας τη δήλωση βούλησής του δηλ. την παραγγελία του προϊόντος. Όταν η δήλωση περιέλθει στον πωλητή, εκείνος αποστέλλει στον καταναλωτή χωρίς καθυστέρηση και με ηλεκτρονικά μέσα, ένα αποδεικτικό

όπως τροποποιήθηκε με το άρθρο 102 ν. 4512/2018, «1. σύμβαση από απόσταση [είναι]: κάθε σύμβαση η οποία συνάπτεται μεταξύ του προμηθευτή και του καταναλωτή στο πλαίσιο ενός οργανωμένου συστήματος πωλήσεων από απόσταση ή παροχής υπηρεσιών χωρίς την ταυτόχρονη φυσική παρουσία του προμηθευτή και του καταναλωτή, με αποκλειστική χρήση ενός ή περισσότερων μέσων επικοινωνίας από απόσταση, όπως το ηλεκτρονικό ταχυδρομείο, το τηλέφωνο, η τηλεομοιοτυπία ή το διαδίκτυο, μέχρι και τη στιγμή σύναψης της σύμβασης».

14. Σύμφωνα με το άρθρο 3 του ν. 2251/1994, όπως τροποποιήθηκε με το άρθρο 102 ν. 4512/2018, «σύμβαση εκτός εμπορικού καταστήματος είναι κάθε σύμβαση μεταξύ του προμηθευτή και του καταναλωτή η οποία πληροί διαζευκτικά τις εξής προϋποθέσεις: α) συνάπτεται με ταυτόχρονη φυσική παρουσία του προμηθευτή και του καταναλωτή σε χώρο που δεν είναι το εμπορικό κατάστημα του προμηθευτή, β) συνάπτεται κατόπιν προσφοράς από τον καταναλωτή, γ) συνάπτεται στο εμπορικό κατάστημα του προμηθευτή ή με χρήση οποιουδήποτε μέσου επικοινωνίας από απόσταση αμέσως μετά από προσωπική και ατομική επαφή με τον καταναλωτή σε χώρο που δεν είναι το εμπορικό κατάστημα του προμηθευτή, με την ταυτόχρονη φυσική παρουσία του προμηθευτή και του καταναλωτή, δ) συνάπτεται στη διάρκεια εκδρομής που έχει οργανωθεί από τον προμηθευτή με σκοπό ή αποτέλεσμα τη διαφήμιση και πώληση αγαθών ή υπηρεσιών στον καταναλωτή».

15. Βλ. Οδηγία 2001/115/ΕΚ του Συμβουλίου της 20ής Δεκεμβρίου 2001 για την τροποποίηση της οδηγίας 77/388/ΕΟΚ με στόχο την απλοποίηση, τον εκσυγχρονισμό και την εναρμόνιση των όρων που επιβάλλονται στην τιμολόγηση όσον αφορά το φόρο προστιθέμενης αξίας. Ηλεκτρονική ανταλλαγή δεδομένων (EDI), όπως αυτή ορίζεται στο άρθρο 2 του παραρτήματος Ι της σύστασης 94/820/ΕΚ της Επιτροπής, της 19ης Οκτωβρίου 1994, σχετικά με τις νομικές πτυχές της ηλεκτρονικής ανταλλαγής δεδομένων, λαμβάνει χώρα όταν η συμφωνία σχετικά με αυτήν την ανταλλαγή προβλέπει τη χρησιμοποίηση διαδικασιών που να εξασφαλίζουν τη γνησιότητα της προέλευσης και την ακεραιότητα των δεδομένων.

16. Οι συμβάσεις στο Διαδίκτυο λαμβάνουν συνήθως δυο μορφές: α) συνθήκες ηλεκτρονικές συμβάσεις μη τυποποιημένου μηνύματος β) συμβάσεις τυποποιημένου μηνύματος – Ηλεκτρονικής Ανταλλαγής Δεδομένων – EDI (electronic data interchange). Οι συμβάσεις EDI περιέχουν τυποποιημένες πληροφορίες, προσφέροντας έτσι τη δυνατότητα αυτοματοποίησης, τόσο της διαδικασίας παραγγελίας και σύναψης της σύμβασης, όσο και της πληρωμής.

παραλαβής της¹⁷. Η σύμβαση θεωρείται καταρτισθείσα όταν καταναλωτής και πωλητής έχουν δυνατότητα πρόσβασης στην παραγγελία και στο αποδεικτικό παραλαβής με ηλεκτρονικά μέσα αντίστοιχα (άρθρο 10 παρ. 1 ΠΔ 131/2003).

Σε περίπτωση που το πωλούμενο πράγμα έχει πραγματικό ελάττωμα ή έλλειψη συνομολογημένης ιδιότητας, ο αγοραστής έχει κατά το άρθρο 540 ΑΚ δικαίωμα να ζητήσει διόρθωση του πράγματος χωρίς δική του επιβάρυνση ή αντικατάσταση του πράγματος με άλλο, εκτός αν αυτό συνεπάγεται δυσανάλογες δαπάνες ή είναι αδύνατο¹⁸. Ο αγοραστής έχει επίσης δικαίωμα μείωσης τιμήματος και εναλλακτικά υπαναχώρησης σε περίπτωση ουσιώδους ελαττώματος¹⁹. Η ευθύνη του πωλητή είναι αντικειμενική. Τέλος, ο αγοραστής δικαιούται αποζημίωσης υπό τους όρους του άρθρου 543 ΑΚ²⁰. Σύμφωνα, εξάλλου, με τη νομοθεσία για τις συμβάσεις από απόσταση (άρθρο 4θ παρ. 1 ν. 2251/94, όπως ισχύει) προβλέπεται εκτενής υποχρέωση ενημέρωσης του καταναλωτή-αγοραστή (άρθρο 4θ παρ. 2 ν. 2251/94, όπως ισχύει).

Η πώληση ολοκληρώνεται με άμεση καταβολή της αξίας του προϊόντος και τυχόν πρόσθετων εξόδων, τα οποία πρέπει να έχουν σαφή εμπορικό σκοπό και να περιγράφονται κατά τρόπο ευκρινή και κατανοητό στη σύμβαση (και με τα μέσα που αρμόζουν στο διαδίκτυο). Εάν δεν προϋπάρξει αυτή η πληροφόρηση ο καταναλωτής μπορεί να ισχυριστεί ότι η σύμβαση είναι άκυρη (άρθρο 4θ Δ και άρθρο 4θ παρ. 4 ν. 2251/1994 όπως ισχύει) (σχετική ακυρότητα υπέρ του καταναλωτή). Στον αγοραστή επιπρόσθετως, παρέχεται το δικαίωμα υπαναχώρησης με βάση το άρθρο 3 (ε) ν. 2251/1994, καθώς αυτός ως καταναλωτής απαιτείται να έχει τη δυνατότητα να υπαναχωρήσει από την ηλεκτρονική σύμβαση αζημίως μέσα σε προθεσμία 14 ημερών (cooling-off period) χωρίς να χρειάζεται να αιτιολογήσει την απόφασή του²¹. Το δικαίωμα αναίτιολογησης υπαναχώρησης εντός ορισμένης προθεσμίας προβλέπεται και στο άρθρο 6 της Οδηγίας 97/7/ΕΚ.

2. Ηλεκτρονική σύμβαση μεταξύ πωλητή και τρίτου προμηθευτή (drop shipper)

Ο πωλητής κατά την παραγγελία του προϊόντος καταχωρεί στο πεδίο του αποστολέα τα δικά του στοιχεία και όχι τα στοιχεία του προμηθευτή. Λαμβάνοντας υπόψη τα ιδιαίτερα χαρακτηριστικά της σύμβασης που συνάπτεται μεταξύ εμπόρου και drop ship εταιρείας, όπως αναλύθηκαν, καταλήγουμε στο συμπέρασμα ότι η νομική της φύση προσιδιάζει στη σύμβαση πρακτορείας²² καθώς πληροί τα εννοιολογικά της στοιχεία²³. Η dropship εταιρεία κατά την εκτέλεση της υλικής πράξης²⁴, ενεργεί στο όνομα του

17. Λεπτομερώς Ελ. Αλεξανδρίδου, Το δίκαιο του ηλεκτρονικού εμπορίου, 2^η έκδοση (2010), παρ. 5, αρ. 27 επ.

18. Παπανικολάου/Ρούσσος/Χριστοδούλου/Καραμπατζός, Το νέο δίκαιο της ευθύνης του πωλητή, άρθρο 540, σ. 376 επ. Απ. Γεωργιάδης, Το νέο δίκαιο της ευθύνης του πωλητή για ελαττώματα του πράγματος, ΧρΔ 2004, 5 και 13.

19. Παπανικολάου/Ρούσσος/Χριστοδούλου/Καραμπατζός, Το νέο δίκαιο της ευθύνης του πωλητή, (2003), άρθρα 543-545, σ. 378-379. Κλ. Ρούσσος, Τα δικαιώματα του αγοραστή, σε: Η πρόσφατη τροποποίηση του δικαίου των πραγματικών ελαττωμάτων στην πώληση (ν. 3043/2002), 2004, σ. 69.

20. Ελ. Αλεξανδρίδου, Δίκαιο Προστασίας καταναλωτή, 3^η έκδοση (2018), σ. 284· Παπανικολάου/Ρούσσος/Χριστοδούλου/Καραμπατζός, ό.π., σ. 377-379, 428-430, αρ. 606-608.

21. Ελ. Αλεξανδρίδου, ό.π., σ. 115· Β. Χριστιανός, Κοινοτικό Δίκαιο Προστασίας Καταναλωτή (1997), αρ. 137.

22. Για τη σύμβαση πρακτορείας αναλυτικότερα Ε. Περάκης, Γενικό Μέρος Εμπορικού Δικαίου (2000), σ. 190· Γ. Τριανταφυλλάκης, Εισηγήσεις Εμπορικού Δικαίου² (2018), σ. 40· Κ. Παπαδιαμάντης, σε Δίκαιο Διεθνών Συναλλαγών (2010), σ. 622.

23. Γ. Βελέντζας, Επίτομο εμπορικό δίκαιο (2007), σ. 42· Ε. Περάκης, ό.π., σ. 187· Σπ. Ψυχράκης, Εμπορικό δίκαιο, Γενικό μέρος, (2004), σ. 116· Ι. Ρόκας, Εμπορικό δίκαιο, γενικό μέρος, (1999), σ. 7-58.

24. Αθ. Λιακόπουλος, Ζητήματα Εμπορικού Δικαίου, Τ. ΙΙ, Γενικό μέ-

πωλητή (πρακτορευόμενου) και όχι στο δικό της όνομα²⁵. Ως προς την εσωτερική σχέση στο πλαίσιο της σύμβασης πρακτορείας, εφαρμογή έχουν οι διατάξεις για την εντολή (άρθρα 713 επ. ΑΚ)²⁶ ή τη μίσθωση έργου (άρθρα 681 επ. ΑΚ), χωρίς να λείπουν και εδώ οι αμφισβητήσεις. Ως προς την εξωτερική δράση του πράκτορα, εφαρμόζονται οι διατάξεις για την αντιπροσωπεία (άρθρο 211 ΑΚ).

Ορθότερο πάντως στη συγκεκριμένη περίπτωση είναι να δεχθούμε πως εφαρμόζονται οι διατάξεις για τη σύμβαση έργου (άρθρο 681 επ. ΑΚ)²⁷, καθώς ο πράκτορας (εταιρεία dropship) ενεργεί ως βοηθητικό πρόσωπο του εμπόρου και ως στόχο έχει ένα ορισμένο αποτέλεσμα (εκτέλεση έργου), δηλαδή εν προκειμένω την επιλογή²⁸ και αποστολή του προϊόντος στον αγοραστή στο όνομα και για λογαριασμό του πωλητή²⁹.

Όσον αφορά την εσωτερική σχέση μεταξύ πωλητή-αγοραστή και drop ship εταιρείας ερμηνευτικά (άρθρα 173, 200 Α-Κ)³⁰ προκύπτει ότι πρόκειται για μία μη γνήσια σύμβαση υπέρ τρίτου³¹ (άρθρο 410 και 411 ΑΚ), καθώς στην περίπτωση της πώλησης μέσω της τεχνικής drop shipping, καθίσταται σαφές ότι αγοραστής και dropship εταιρεία απέβλεψαν³² ακριβώς στην διατήρηση της μυστικότητας όσον αφορά την ταυτότητα του προμηθευτή. Ολόκληρη η φιλοσοφία της επιχειρηματικής δραστηριότητας drop shipping και η ειδοποιός διαφορά της σε σχέση με άλλες μορφές πώλησης που αναπτύσσονται στο ηλεκτρονικό εμπόριο εντοπίζεται και συμπυκνώνεται στη διατήρηση της ανωνυμίας του προμηθευτή. Η διατήρηση της μυστικότητας των στοιχείων του προμηθευτή: α) εξασφαλίζει το ζητούμενο κέρδος στον πωλητή και β) εξυπηρετεί τα συμφέροντα της dropship εταιρείας η οποία επωφελείται από την διαφήμιση και την πώληση των προϊόντων της στο ηλεκτρονι-

ρος – Εμπορικές Συμβάσεις (1997), σ. 82.

25. Βλ. σχετικώς: Έννοια της σύμβασης πρακτορείας και διάκρισή της από τη σύμβαση παραγγελίας. Ζήτημα αναλογικής εφαρμογής του άρθρου 9 Π.Δ. 219/1991 για την αποζημίωση πελατείας του εμπορικού αντιπροσώπου και στον εμπορικό πράκτορα. Άρθρο: 9 Π.Δ. 219/1991, Ε.ΝΟ.Β.Ε 2019, τεύχος 102, ιστότοπος: www.nomikaxronika.gr.

26. Θ. Λιακόπουλος, Ζητήματα Εμπορικού Δικαίου II, Γενικό Μέρος, Τομ. II, Εμπορικές Συμβάσεις (1997), σ. 79· Δ. Βερβεσός, ΕΕμπΔ 2006, 553.

27. Π. Κορνηλάκης, Ειδικό Ενοχικό Δίκαιο II (2013), σ. 318-320, ειδικότερα για τους τρόπους καθορισμού αμοιβής βλ. σ. 323 επ.· Ι. Δεληγιάννης, Ειδικό Ενοχικό Δίκαιο (1992), σ. 31.

28. Αρα εφαρμόζεται το άρθρο 289 ΑΚ σε περίπτωση ενοχής γένους.

29. Ο Δ. Βερβεσός, ό.π., σ. 551, σημειώνει ότι «εάν η αμοιβή καταβάλλεται στον πράκτορα μόνο για την προσπάθειά του, τότε πρόκειται για σύμβαση παροχής ανεξάρτητων υπηρεσιών, εάν καταβάλλεται για το αποτέλεσμα τότε έχουμε σύμβαση έργου».

30. Βλ. σχετ. ΑΠ 3/2018, ΑΠ 1154/1998, ΑΠ 1017/1990, όλες σε Νόμος.

31. Βλ. σχετ. ΑΠ 1424/2013, Νόμος: «Η ενοχική σχέση, με την οποία συνδέεται ενιαία η υπόσχεση υπέρ τρίτου, μπορεί να είναι οποιαδήποτε αμοιβαία ή ετεροβαρής σύμβαση, όπως αγοραπωλησία, μίσθωση πράγματος ή υπηρεσίας ή έργου, εταιρία, εντολή, εκχώρησης, δωρεάς, παρακαταθήκης κ.α. Η υπέρ τρίτου σύμβαση, όπως κάθε δικαιοπραξία, είναι κατά κανόνα αιτιώδης και απαραίτητος για το κύρος και την ισχύ αυτής όρος είναι να περιέχεται σ' αυτήν η αιτία, εξ αφορμής της οποίας καταρτίζεται. Ως αιτία (causa) νοείται ο άμεσος σκοπός, για τον οποίο γίνεται η συντελούμενη επίδοση δια της συμβάσεως, ήτοι η δημιουργία περιουσιακού πλεονεκτήματος για τον λήπτη· αποτελεί τον ψυχολογικό παράγοντα, ο οποίος στη σειρά των σκοπών του δικαιοπρακτούντος είναι ο εγγύτερος προς αυτήν, προσδιορίζοντας τη θέληση προς ενέργεια της επιδόσεως και δίδει τον νομικό χαρακτήρα στη δικαιοπραξία αναλόγως των ιδιαίτερων χαρακτηριστικών τα οποία έχει και τα οποία ανάγει το δίκαιο σε ορισμένους τύπους πράξεων. Η ύπαρξη αιτίας μεταξύ του υποσχεθέντος και δεχθέντος την υπόσχεση είναι απαραίτητος όρος για το κύρος και την ισχύ της συμβάσεως υπέρ τρίτου, διότι στην περίπτωση που δεν υφίσταται τέτοια αιτία, δεν γεννάται η προς τον τρίτον υποχρέωση του υποσχεθέντος».

32. Βλ. σχετ. ΑΠ 3/2018, ό.π. και ΑΠ 1613/1999, Νόμος.

κό κατάσταση του λιανοπωλητή. Όπως θα προκύπτει συνεπώς από τη σύμβαση, τα συμβαλλόμενα μέρη δεν αποβλέπουν³³ να προσπορίσουν απευθείας στον τρίτο (αγοραστή) ίδιο δικαίωμα, δυνάμει του οποίου να μπορεί αυτός, στρεφόμενος κατά του υποσχεθέντος, να ζητήσει την παροχή³⁴.

V. Δικονομικά ζητήματα

A. Εναλλακτικοί τρόποι επίλυσης διαφορών

Σε αντιστοιχία με ό,τι ισχύει για τις διαφορές που ανακύπτουν στο διασυνοριακό- ενδοκοινοτικό ηλεκτρονικό εμπόριο, και στην περίπτωση της πώλησης με την τεχνική dropshipping εφαρμόζονται mutatis mutandis οι εξής εναλλακτικοί τρόποι επίλυσης διαφορών:

1) Ο Ευρωπαϊκός θεσμός της Ηλεκτρονικής Επίλυσης Διαφορών που εισήχθη με τον Κανονισμό (ΕΕ) 524/2013. Εξυπηρετεί την ανάγκη καταναλωτών και προμηθευτών να μπορούν να επιλύουν τις μεταξύ τους διαφορές από εγχώριες και διασυνοριακές (εντός Ευρωπαϊκής Ένωσης) αγορές που έχουν πραγματοποιηθεί ηλεκτρονικά μέσω της πλατφόρμας Ηλεκτρονικής Επίλυσης Διαφορών (πλατφόρμα Η.Ε.Δ.)³⁵.

2) Η Ευρωπαϊκή διαδικασία μικροδιαφορών³⁶ (Κανονισμός (ΕΚ) 861/2007) ως εναλλακτική λύση αντί των εθνικών διαδικασιών, με την οποία προβάλλεται αξίωση κατά προσώπου, οργανισμού ή επιχείρησης με έδρα σε άλλη χώρα της ΕΕ για ποσό έως 5.000 ευρώ.

B. Αρμόδιο δικαστήριο

Η διεθνής δικαιοδοσία του επιληφθέντος δικαστηρίου θα κριθεί σύμφωνα με τον Κανονισμό 1215/2012 για τη διεθνή δικαιοδοσία, αναγνώριση και εκτέλεση αποφάσεων σε αστικές και εμπορικές διαφορές. Η ιδιότητα του καταναλωτή³⁷ συνιστά καταλυτικό παράγοντα όχι μόνο για τον προσδιορισμό του εφαρμοστέου δικαίου που διέπει τη σύμβαση, όπως αναλύθηκε ανωτέρω, αλλά και για την ενεργοποίηση ή μη της ειδικής δικαιοδοτικής βάσης για τις συμβάσεις καταναλωτών³⁸.

Η σύμβαση πωλήσεως μέσω της τεχνικής dropshipping υπάγεται στο άρθρο 17 παρ. 1 (γ) του Κανονισμού ως δραστηριότητα κατευθυνόμενη³⁹ σε κάποιο κράτος μέλος, όπως επιτάσσει το σχετικό άρθρο για το ηλεκτρονικό εμπόριο. Στην υπό έρευνα περίπτωση δεν εγείρεται προβληματισμός όσον αφορά τον καθορισμό της έννοιας της «κατευθυνόμενης δραστηριότητας» του πωλητή, δεδομένου ότι το αποφασιστικό στοιχείο

33. Α. Γεωργιάδης, Η σύμβαση ανέγερσης πολυώροφης οικοδομής με αντιπαροχή, ΕλλΔνη 2000, 586, 591-592 (αναλογικά με ό,τι ισχύει για τη μη γνήσια σύμβαση μεταξύ οικοπεδούχου και εργολάβου): βλ. σχετ. ΑΠ 1424/2013 και ΑΠ 1017/1990, ΕφΑθ 3682/1988, όλες Νόμος.

34. Τούτο είναι ζήτημα πραγματικό, αναγόμενο στην ερμηνεία της συμβάσεως και ως τέτοιο εκφεύγει από τον έλεγχο του Αρείου Πάγου, εκτός αν παραβιάσθηκαν συναφώς οι ερμηνευτικοί κανόνες: βλ. σχετ. ΕφΑρ 193/2015, Νόμος· ΑΠ 1424/2013 ΧρίΔ 2014 187.

35. Βλ. σχετ. ιστότοπο : <https://ec.europa.eu/consumers/>.

36. Βλ. σχετ. ιστότοπο : <https://e-justice.europa.eu/>.

37. Σύμφωνα με το Δικαστήριο της Ένωσης (ΔΕΚ, 3.7.1997, Benincasa/Dentalkit, C-269/95, σκέψη 15) η ιδιότητα του καταναλωτή προϋποθέτει ιδιώτη ο οποίος δεν εμπλέκεται σε εμπορική ή επαγγελματική δραστηριότητα· άλλως απαιτείται (ΔΕΕ, 14.2.2019, Anica Milocenic, C-630/17, σκέψη 91) ο σύνδεσμος με την επαγγελματική δραστηριότητα του εν λόγω προσώπου να είναι τόσο ισχυρός ώστε να καθίσταται περιθωριακός.

38. Ι. Δεληκωστόπουλος, Ζητήματα από την εφαρμογή του Κανονισμού 1215/2012 για τη Διεθνή Δικαιοδοσία και Εκτέλεση αποφάσεων (2019), σ. 172.

39. Βλ. σχετ. εφαρμογή ΔΕΕ, 17.10.2013, Lokman Emrek, C-218/12 και Ι. Δεληκωστόπουλο, Εναλλακτικοί δικαιοδοτικοί σύνδεσμοι για διαφορές στο διαδίκτυο, ΕλλΔνη 2012, 1228.

της βούλησης του πωλητή να συνάψει εμπορικές σχέσεις με υποψήφιους αγοραστές εντός ενός ή πλειόνων κρατών μελών μέσα από το ηλεκτρονικό εμπορικό του κατάστημα συντρέχει και είναι αναμφισβήτητο⁴⁰. Συνεπώς, στις διαφορές που ενδεχομένως ανακύψουν σχετικά με τη σύμβαση πωλήσεως μεταξύ εμπόρου και αγοραστή, ενεργοποιείται η ειδική βάση διεθνούς δικαιοδοσίας του τόπου κατοικίας του καταναλωτή (forum actoris) με βάση το άρθρο 18 παρ. 1 του Κανονισμού, προς άμβλυνση των τεκμαιρόμενων ανισοτήτων εις βάρος του.

1. Δωσιδικία ελληνικού δικαστηρίου και νομιμοποίηση του δέκτη της υπόσχεσης για έγερση αγωγής κατά το ελληνικό δίκαιο

Ωστόσο, με δεδομένο ότι κατά το ελληνικό δίκαιο η σχέση που συνδέει πωλητή και drop ship εταιρεία είναι αυτή της συμβάσεως υπέρ τρίτου, όπως αναλύθηκε, ανακύπτει η προβληματική της νομιμοποίησης του πωλητή προς έγερση αγωγής κατά του προμηθευτή. Έστω ότι εφαρμοστέο δίκαιο είναι το ελληνικό· τότε σε περίπτωση μη εκπληρώσεως της σύμβασης έργου ο πωλητής δύναται να ασκήσει αγωγή ως δέκτης της υπόσχεσης κατά της drop ship εταιρείας στον τόπο όπου κατά το άρθρο 7 παρ. 1 στοιχείο α' του κανονισμού 1215/2012 όφειλε να εκπληρωθεί η παροχή (τόπος κατοικίας του αγοραστή) αιτούμενος:

(α) να διαγνωστεί η ισχύς της υποχρέωσης του εναγόμενου υποσχεθέντα να καταβάλει τη συμφωνημένη παροχή στον τρίτο δυνάμει της μη γνήσιας σύμβασης υπέρ τρίτου,

(β) να διαγνωστεί το (ενοχικό) δικαίωμα του ενάγοντα δέκτη της υπόσχεσης να αξιώσει από τον εναγόμενο υποσχεθέντα την εκπλήρωση των συμφωνημένων δηλ. την εκπλήρωση του έργου.

Ο δέκτης της υπόσχεσης νομιμοποιείται προς έγερση της σχετικής αγωγής ως δικαιούχος διάδικος. Ο τρίτος στη μη γνήσια σύμβαση υπέρ τρίτου στερείται ενεργητικής νομιμοποίησης καθώς μόνο ο δέκτης της υπόσχεσης δικαιούται να απαιτήσει την εκτέλεση της προς τον τρίτο παροχής⁴¹.

Η τελεσίδικη απόφαση, που δέχεται ως παραδεκτή και βásiσιμη την αγωγή του δέκτη της υπόσχεσης κατά της drop ship εταιρείας, δημιουργεί δεδικασμένο, αφ' ενός για το γεγονός ότι ο ενάγων έχει το κριθέν δικαίωμα κατά του εναγόμενου οφειλέτη να τον εξαναγκάσει σε τήρηση των συμφωνημένων (άρθρο 324 ΚΠολΔ). Αφ' ετέρου η ίδια απόφαση αναπτύσσει δεδικασμένο (υπέρ του ενάγοντα δέκτη της υπόσχεσης) ότι ο εναγόμενος οφειλέτης έχει την κριθείσα υποχρέωση να εκπληρώσει την οφειλόμενη παροχή προς τον τρίτο. Το δεδικασμένο, αναφορικά μ' αυτήν την ειδική υποχρέωση του εναγόμενου οφειλέτη, στηρίζεται επίσης, ως κύριο αντικείμενο της δίκης, στο άρθρο 324 ΚΠολΔ. Αν τυχόν κρινόταν ότι η έναντι του τρίτου υποχρέωση του εναγομένου δεν συνιστά κύριο αντικείμενο της δίκης που ανοίγει με την αγωγή του δέκτη της υπόσχεσης, τότε το δεδικασμένο, αναφορικά μ' αυτήν την άλλη υποχρέωση του εναγόμενου οφειλέτη, θα έπρεπε να στηριχθεί στο άρθρο 331 ΚΠολΔ, ως προδικαστικό ζήτημα του κρινόμενου αυτοτελούς επίδικου δικαιώματος του δέκτη της υπόσχεσης⁴².

2. Αγωγή αγοραστή για μη εκπλήρωση παροχής – Η δικονομική θέση της dropship εταιρείας – Διεθνής Δικαιοδοσία

Σε περίπτωση εγέρσεως αγωγής από τον αγοραστή κατά του

πωλητή με αίτημα την καταβολή αποζημίωσης εξ αιτίας της μη εκπλήρωσης της παροχής (άρθρα 382 και 383 ΑΚ), ο ίδιος ως δέκτης της υπόσχεσης δύναται να προσεπικαλέσει⁴³ στη δίκη την drop ship εταιρεία με την ιδιότητά της ως δικονομικού εγγυητή, σωρεύοντας και παρεμπόπτουσα αγωγή αποζημίωσης⁴⁴ εξ αιτίας της προϋφιστάμενης ενοχικής σχέσης που τους συνδέει. Σε αυτή την περίπτωση η διεθνής δικαιοδοσία του δικαστηρίου θεμελιώνεται όχι στην ειδική συντρέχουσα δωσιδικία που αφορά συμβάσεις καταναλωτών κατά το άρθρο 18 παρ. 1 του Κανονισμού 1215/2012 αλλά στο άρθρο 8 παρ. 2, δηλαδή έχει ως βάση τον τόπο κατοικίας του καταναλωτή λόγω συνάφειας⁴⁵, η οποία συνιστά θεμελιωτικό στοιχείο διεθνούς δικαιοδοσίας⁴⁶. Συνάφεια μεταξύ των δύο υποθέσεων συντρέχει, καθώς σύμφωνα με την αυτόνομη ερμηνεία⁴⁷ της έννοιας της συνάφειας κατά το Δικαστήριο της ΕΕ, υφίσταται στενός σύνδεσμος μεταξύ των αξιώσεων· επομένως πιθανός διαχωρισμός των αγωγών θα ενείχε τον κίνδυνο έκδοσης αντιφατικών αποφάσεων. Συνεπώς, η dropship εταιρεία θα καθίσταται απλός ομόδικος του πωλητή όταν ασκήσει πρόσθετη παρέμβαση⁴⁸. η τελευταία θα φέρει το χαρακτήρα της απλής, και όχι της αυτοτελούς πρόσθετης⁴⁹, αφού η ισχύς της απόφασης της κυρίας δίκης δεν εκτείνεται και στις σχέσεις μεταξύ του δικονομικού εγγυητή (παρεμβαίνοντος) και του αντιδίκου του⁵⁰.

43. Με την προϋπόθεση ότι η drop ship εταιρεία υπάγεται στον Κανονισμό 1215/2012 ως διαθέτουσα κατάστημα ή υποκατάστημα εντός κράτους μέλους και όχι εντός τρίτου Κράτους. Δε βρίσκει εφαρμογή σε αυτή την περίπτωση το άρθρο 18 παρ. 1 του Κανονισμού (forum actoris), με δεδομένο ότι ο πωλητής δεν διαθέτει την ιδιότητα του καταναλωτή κατά τον Κανονισμό. Συνεπώς, συνάγεται ότι σε περίπτωση που η dropship εταιρεία εδρεύει σε τρίτο κράτος βρίσκεται εκτός χωρικής εμβέλειας του Κανονισμού.

44. Για την εκδίκαση της διαφοράς αυτής απαιτείται καθ' ύλην αρμοδιότητα του δικαστηρίου και ταυτότητα διαδικασίας· σε περίπτωση μάλιστα μη συνδρομής αυτών διατάσσεται χωρισμός και παραπομπή στο αρμόδιο δικαστήριο, βλ. σχετ. ΕφΑθ 3052/2008 ΕλλΔνη 2009, 271· ΠΠρΑθ 859/2016, Νόμος· ΠΠρΑθ 932/2011, Νόμος· ΜΠρΘεσ 25772/2004 Αρμ 2005, 1029.

45. Το άρθρο 6 σημείο 1 του Κανονισμού 1215/2012, το οποίο περιλαμβάνεται στο τμήμα 2, που φέρει τον τίτλο «Ειδικές δικαιοδοσίες», του κεφαλαίου II, ορίζει τα εξής: «Πρόσωπο που κατοικεί εντός κράτους μέλους μπορεί να εναχθεί επίσης: 1) αν υπάρχουν πολλοί εναγόμενοι, ενώπιον του δικαστηρίου της κατοικίας ενός εξ αυτών, εφόσον υπάρχει τόσο στενή συνάφεια μεταξύ των αγωγών ώστε να ενδείκνυται να συνεκδικασθούν και να κριθούν συγχρόνως, προκειμένου να αποφευχθεί ο κίνδυνος έκδοσης ασυμβίβαστων αποφάσεων που θα μπορούσαν να προκύψουν από την χωριστή εκδίκασή τους». Βλ. επίσης ΔΕΕ, 12.7.2012, Solvay, C-616/10, σκέψεις 18-19. «... Επιπλέον, το Δικαστήριο έχει αποφανθεί ότι απόκειται στο εθνικό δικαστήριο να εκτιμήσει την ύπαρξη συνάφειας μεταξύ των διαφόρων αξιώσεων που έχουν προβληθεί ενώπιόν του, δηλαδή την ύπαρξη κινδύνου εκδόσεως ασυμβίβαστων αποφάσεων στην περίπτωση χωριστής εκδικάσεως των αξιώσεων αυτών, λαμβάνοντας, προς τούτο, υπόψη το σύνολο των αναγκαίων στοιχείων της δικογραφίας» (βλ. ΔΕΚ, 11.10.2007, Freeport plc, C-98/06, σκέψη 41, και ΔΕΕ, 12.04.2011, C-145/10, Painer, Προτάσεις Γενικής Εισαγγελέως, σκέψη 83).

46. Ι. Δεληκωστόπουλος, ό.π., σ. 269· Π. Αρβανιτάκης, Διεθνής δικαιοδοσία στις σύνθετες δίκες κατά τη Σύμβαση των Βρυξελλών, Liber Amicorum Κεραμέως (2000), σ. 109-112, 125-136.

47. Ν. Νίκας, Εκκρεμοδικία και συνάφεια κατά τον Κανονισμό 44/2001 (Βρυξέλλες Ι)- Φ. Τριανταφύλλου-Αλμπανίδου, Η δωσιδικία της συνάφειας (2008), σ. 150-152. Βλ. σχετ. ΔΕΚ, 6.12.1994, Tatry, C-406-92, σκέψη 91· ΔΕΕ, 12.07.2012, Solvay, C-616/10, σκέψη 23 και την εκεί παρατιθέμενη νομολογία.

48. Βλ. σχετ. ΕφΑθ 2941/1991 ΕλλΔνη 1994, σ. 485.

49. Βλ. σχετ. ΑΠ 982/1982 ΝοΒ 1983, 998· ΕφΘεσ 1/2017 ΕλλΔνη 2017, 858.

50. Βλ. σχετ. ΑΠ 1741/2012 ΧρΙΔ 2013, 367. Αντίθετα, βλ. ΕφΠατρ 869/2004, Νόμος, υπέρ της αυτοτελούς πρόσθετης παρέμβασης.

ΑΛΦΑΒΗΤΙΚΟ ΕΥΡΕΤΗΡΙΟ 3ου ΤΕΥΧΟΥΣ 2021

Αγωγή**αναγνωριστική 214**

- περιεχόμενο της θετικής και της αρνητικής αναγνωριστικής ~ης 214
- όταν ο ενάγων επιδιώκει να αναγνωρισθεί η ανυπαρξία δικαιώματος κυριότητας (ή άλλου εμπραγμάτου δικαιώματος) του εναγομένου σε ακίνητο, πρέπει να επικαλεστεί τον τρόπο με τον οποίο κατέστη νόμιμα κύριος του ακινήτου, ο δε εναγόμενος οφείλει να επικαλεσθεί και αποδείξει ότι μεταγενέστερα απέκτησε ο ίδιος την κυριότητα 214
- ο ισχυρισμός του εναγομένου ότι ο ενάγων δεν κατέστη ποτέ κύριος του ακινήτου, το οποίο ανήκε εξ αρχής στον ίδιο, αποτελεί άρνηση του εννόμου συμφέροντος του εναγόντος 214

Αδικαιολόγητος πλουτισμός (ἔσθ και Ἄμισθοι υποθηκοφύλακες)**αξίωση ~ού των μερών σε περίπτωση εκτέλεσης της άκυρης σύμβασης 210
δομή του κανόνα του άρθρου 904 ΑΚ 206****προϋποθέσεις θεμελίωσης της αξίωσης, ιδίως επί αλυσίδας πλουτισμών 206, 210****Αδικοπραξία****πώση κτίσματος ή άλλου έργου 194**

- γνήσια αντικειμενική ευθύνη (ευθύνη από διακινδύνευση) του κυρίου ή του νομέα κτίσματος ή έργου λόγω πώσης που οφείλεται σε ελαττωματική κατασκευή ή πλημμελή συντήρησή του 194
- η συνδρομή του ως άνω αιτιώδους συνδέσμου τεκμαίρεται μαχητώς 194
- ο κύριος ή ο νομέας ευθύνονται ακόμα και αν η ελαττωματική κατασκευή ή η πλημμελής συντήρηση του κτίσματος οφείλεται στον δικαιοπάροχο τους 194

Ακύρωση**δικαιοπραξίας που καταρτίστηκε συνεπεία απειλής 189**

- αγωγή ~ης 189
- απόσβεση του δικαιώματος ~ης λόγω παραίτησης του δικαιούχου 189
- η παραίτηση από το δικαίωμα ~ης είναι άτυπη και μπορεί να λάβει χώρα και σιωπηρώς, ακόμα και όταν αφορά σε τυπική δικαιοπραξία, εκτός αν ορίζεται στον νόμο διαφορετικά 189
- παραίτηση εκ των προτέρων από το δικαίωμα ~ης δεν είναι δυνατή, διότι προϋποθέτει γνώση του ελαττώματος 189
- ενεργητική και παθητική νομιμοποίηση 189

– πότε η απειλή χαρακτηρίζεται ως παράνομη ή ανήθικη 189

- η απειλή άσκησης αγωγής ή άλλων εννόμων βοηθημάτων προσλαμβάνει αθέμιτο χαρακτήρα, όταν ο απειλών αποβλέπει να αντλήσει από τη χρήση τους πλεονεκτήματα διαφορετικά και ουσιαστικά άσχετα με την αποστολή τους 189

Ἄμισθοι υποθηκοφύλακες (ἔσθ και Ομολογιακά δάνεια)**τρόπος επιμερισμού και εκκαθάρισης των εισπραττόμενων από αυτούς πάγιων και αναλογικών τελών 206**

- αν μεταξύ των εισπραχθέντων και υπό εκκαθάριση τελούντων δικαιωμάτων περιλαμβάνεται και αχρεώστητο κονδύλιο, το ποσό αυτό περιέρχεται στην περιουσία του υποθηκοφύλακα και συνεπώς είναι αποδοτέο κατά τις διατάξεις του αδικαιολόγητου πλουτισμού στον καταβαλόντα από τον ίδιο τον υποθηκοφύλακα, ο οποίος θεωρείται ως πλουτίας χωρίς την παρεμβολή της περιουσίας του Δημοσίου 206
- ο προσδιορισμός της αναλογίας του μέρους του αχρεωστήτως εισπραχθέντος ποσού που αποδόθηκε στο Δημόσιο και εκείνου που παρέμεινε στον Υποθηκοφύλακα για την κάλυψη της αμοιβής του και των λοιπών υποχρεώσεων λειτουργίας του Υποθηκοφυλακείου του είναι ζήτημα πραγματικό, εξεταζόμενο στο πλαίσιο της έρευνας ισχυρισμού του εναγομένου-υποθηκοφύλακα περί μη διάσωσης του πλουτισμού του 206

Αναίρεση**εξουσίες του δικαστηρίου της παραπομπής ανάλογα με την έκταση της ~ης 206**

- αν το δικαστήριο εξετάσει μεν, ενώ δεν έπρεπε, κεφάλαιο της προσβαλλόμενης απόφασης που δεν αναίρεθηκε, η απόφασή του όμως δεν διαφέρει από την απόφαση του δευτεροβάθμιου δικαστηρίου που παράγει δεδικασμένο, δεν υφίσταται έννομο συμφέρον επίκλησης του λόγου ~ης του άρθρου 559 αρ. 16 ΚΠολΔ 206

Απόδειξη**αποδεικτική δύναμη των ιατρικών βεβαιώσεων και των γνωμοδοτήσεων ιατρών που ασκούν δημόσιο λειτουργήμα 215**

- οι επιστημονικές εκτιμήσεις και γνώμες του συντάκτη των ως άνω βεβαιώσεων σχετικά με τις επιπτώσεις που έχουν τα καταγραφόμενα σε αυτές ευρήματα στην πνευματική και σωματική κατάσταση εκείνου στον οποίο α-

ναφέρονται, εκτιμώνται ελεύθερα από το δικαστήριο 215

Αποζημιωτικές ρήτρες

οι ~ απόλυτης δεσμευτικότητας, εκείνες δηλαδή που δεν καταλείπουν περιθώριο ανταπόδειξης μικρότερης ζημίας εκ μέρους του οφειλέτη, συνιστούν στην πραγματικότητα ποινικές ρήτρες 199

ΔΕΗ**απαγόρευση διάκρισης μεταξύ πελατών με τα ίδια χαρακτηριστικά 230**

- προκειμένου να συμφωνηθεί η εφαρμογή εξατομικευμένης τιμολόγησης που ήδη ισχύει για άλλο πελάτη, η ενδιαφερόμενη εταιρεία πρέπει να επικαλεστεί και να τεκμηριώσει ότι πληροί τα ίδια ηλεκτρικά χαρακτηριστικά με τον πελάτη που απολαύει της αιτούμενης προνομιακής τιμολόγησης 230
- εφόσον δεν το επιτύχει, η τήρηση και ως προς την αιτούσα του γενικής ισχύοντος τιμολογίου δεν θεωρείται δυσμενής διακριτική μεταχείριση 230
- σύμβαση προμήθειας ηλεκτρικής ενέργειας 230**
- διαδικασία διεξαγωγής διαπραγματεύσεων με Μεγάλο Πελάτη 230
- βάση για τη διεξαγωγή των διαπραγματεύσεων αποτελεί η πρόταση που υποβάλλει ο Προμηθευτής (ΔΕΗ Α.Ε.) σχετικά με τους όρους της επικείμενης σύμβασης προμήθειας, οι οποίοι έχουν διατυπωθεί κατ' αρχήν σύμφωνα με τις Βασικές Αρχές Τιμολόγησης 230
- η παράλειψη της προμηθευόμενης εταιρίας να προσφέρει σαφή και ολοκληρωμένη εικόνα του καταναλωτικού της προφίλ, έτσι ώστε να διαμορφωθούν όροι προμήθειας ενέργειας που να αποκλίνουν από το ισχύον ενιαίο τιμολόγιο, αποτελεί αδυναμία που βαρύνει την ίδια και δεν συνιστά άρνηση ουσιαστικής και καλόπιστης διαπραγματεύσεως εκ μέρους της ΔΕΗ ΑΕ 230
- η συνέχιση της ηλεκτροδότησης μετά τη λήξη της προηγούμενης σύμβασης και μέχρι τη σύναψη νέας λαμβάνει χώρα εκτός συμβατικού πλαισίου, με συνέπεια να μην ισχύουν πλέον τυχόν ειδικά συμβατικά προνόμια (εκπτώσεις) που είχαν συμφωνηθεί μεταξύ των μερών στο πλαίσιο της σύμβασης που έληξε 230
- επομένως, η εκ μέρους της ~ διακοπή χορήγησης των εν λόγω προνομίων για το μεταβατικό χρονικό διάστημα δεν επιφέρει μονομερή τροποποίηση της (ανύπαρκτης) σύμβασης 230

**Δικαιοπρακτικό θεμέλιο
έλλειψη ή έκλειψη ~ου 189**

- η αρχική έλλειψη του ~ου αποτελεί ειδική περίπτωση ουσιώδους πλάνης περί τα παραγωγικά αίτια, η συνδρομή της οποίας θεμελιώνει δικαίωμα ακύρωσης της σχετικής δικαιοπραξίας **189**
- η επιγενόμενη έκλειψη του ~ου του ρυθμίζεται από την ΑΚ 388 που αποτελεί διάταξη αναγκαστικού δικαίου **189**
 - εκ των προτέρων γενική παραίτηση του οφειλέτη από την προστασία του άρθρου 388 ΑΚ δεν χωρεί **189**
 - η ειδική, ωστόσο, πρόβλεψη σε αμφοτεροβαρή σύμβαση της πιθανότητας επέλευσης συγκεκριμένης μελλοντικής μεταβολής και η αντίστοιχη ανάληψη από έναν εκ των συμβαλλομένων του κινδύνου που συνεχεται με τη μεταβολή αυτή δεν συνιστά ανεπίτρεπτη παραίτηση από τα δικαιώματα της ΑΚ 388 **189**

Ειδικές διαδικασίες

η εκδίκαση υπόθεσης από καθ' ύλην αρμόδιο δικαστήριο κατά διαδικασία διαφορετική από την οριζόμενη στον νόμο δεν αποτελεί λόγο ακυρότητας ή απαραδέκτου της διαδικασίας, εκτός αν δεν εφαρμόστηκε δικονομικός κανόνας που έπρεπε να εφαρμοστεί με συνέπεια τη βλάβη ενός από τους διαδίκους 199

Έργο

δικαίωμα υπαναχώρησης του εργοδότη σε περίπτωση υπερημερίας του εργολάβου 197

- ο εργοδότης δεν έχει δικαίωμα υπαναχώρησης αν η επιβράδυνση της εκτέλεσης του ~ου οφείλεται σε υπαιτιότητα του **197**
 - ο σχετικός ισχυρισμός του εργολάβου συνιστά ένσταση που καταλύει το δικαίωμα υπαναχώρησης **197**
 - τα παραπάνω ισχύουν και επί μερικής υπερημερίας με ανάλογη εφαρμογή των ΑΚ 383 και 385 **197**
- συνέπειες της υπαναχώρησης **197**

**Εταιρείες (☞ και Μετοχή)
ναυτική εταιρεία 216**

- αυτοδίκαιη ακυρότητα απόφασης του διοικητικού συμβουλίου λόγω αντίθεσής της σε απαγορευτικές διατάξεις του Αστικού Κώδικα (στις οποίες συμπεριλαμβάνεται και η ΑΚ 281) **216**
 - ακυρότητα (λόγω καταχρηστικότητας) απόφασης περί αύξησης του εταιρικού κεφαλαίου, όταν με αυτή επιδιώκεται αποκλειστικά η ενίσχυση της θέσης ορισμένων μετόχων με αποκλεισμό άλλων από την άσκηση του δικαιώματος προτίμησης **216**
- πράξεις καταχωριστέες στο μητρώο ναυτικών εταιρειών **216**
 - η σχετική καταχώριση άλλοτε έχει συστατική ενέργεια και άλλοτε απαιτείται προκειμένου οι καταχωρι-

ζόμενες πράξεις ή τα γεγονότα να αντιτάσσονται σε τρίτους **216**

Μετοχή (☞ και Εταιρείες)

έκδοση νέων ~ών σε περίπτωση αύξησης του μετοχικού κεφαλαίου 216

- από το χρονικό σημείο της κάλυψης του νέου κεφαλαίου θεωρείται ότι αποκτώνται (κατά τρόπο πρωτότυπο) οι νέες ~ές και δημιουργούνται τα μετοχικά δικαιώματα **216**
 - η μεταγενέστερη έκδοση του τίτλου της ~ής έχει δηλωτικό και όχι συστατικό χαρακτήρα **216**
- η μη καταβολή της αξίας των νέων ~ών, παρά την ανάληψη της σχετικής ενοχικής υποχρέωσης, δεν αναιρεί την ίδρυση μετοχικής σχέσης **216**
 - αξίωση των μετόχων, μετά την καταβολή του αντιτίμου, να εκδοθούν και να παραδοθούν σ' αυτούς οι τίτλοι των ~ών που τους ανήκουν **216**
- σχετική υπέρ των παλαιών μετόχων ακυρότητα της απόφασης για αύξηση του εταιρικού κεφαλαίου, αν δεν τηρηθούν όλες οι νόμιμες διατυπώσεις που τους επιτρέπουν να ασκήσουν προσηκόντως το δικαίωμα προτίμησης επί των νέων ~ών **216**

Ομολογιακά δάνεια

η προσωπική αμοιβή του έμμισθου ή άμισθου υποθηκοφύλακα για την εγγραφή υποθήκης ή προσημείωσης υποθήκης που ασφαρίζει απαίτηση από ~ οποιασδήποτε κατηγορίας εμπεριέχεται (και περιορίζεται) στα νόμιμα πάγια τέλη ύψους 100 ευρώ· επιπλέον αναλογικά τέλη δεν εισπράττονται 206

Πιστωτική σύμβαση

η σύμβαση παροχής πίστωσης (με ανοιχτό λογαριασμό) συνιστά υποσχετική σύμβαση δανείου, προϊόν της ελευθερίας των συμβάσεων 190

- δικαιώματα και υποχρεώσεις των μερών **190**
- μορφές χορήγησης της πίστωσης εκ μέρους της Τράπεζας **190**
 - εφόσον η ~ καταρτίστηκε ως σύμβαση πλαίσιο, βάσει της οποίας ο πιστολήπτης δύναται να λαμβάνει τμηματικά το ποσό της πίστωσης κατόπιν εκδόσεως σχετικών εγκριτικών αποφάσεων της πιστοδότριας τράπεζας, η μη άμεση εκταμίευση ολόκληρου του πιστωτικού ορίου δεν στοιχειοθετεί ενδοσυμβατική ούτε αδικοπρακτική ευθύνη της τράπεζας **190**

Πνευματική ιδιοκτησία

ελεύθερη χρήση από την κεντρική τράπεζα σχεδίων που προστατεύονται από πνευματικά δικαιώματα, χωρίς σύμβαση και χωρίς καταβολή αμοιβής στον αιτούντα-προσβολή του άρθρου 1 του Πρώτου Πρωτοκόλλου της ΕΣΔΑ 219
η παροχή στο κοινό, μέσω μεταφορτώσεως και για μόνιμη χρήση, ενός ηλε-

κτρονικού βιβλίου εμπίπτει στην έννοια της «παρουσίασης στο κοινό», και ειδικότερα στο δικαίωμα των δημιουργών να καθιστούν προσιτά τα έργα τους στο κοινό κατά τέτοιο τρόπο, ώστε οποιοσδήποτε να έχει πρόσβαση σε αυτά όπου και όταν επιλέγει ο ίδιος 224

Ποινική ρήτρα (☞ και Αποζημιωτικές ρήτρες)

δικαστική μείωση υπέρμετρης ~ας 199

- κριτήρια που λαμβάνει υπόψη του το δικαστήριο της ουσίας και έκταση αναιρετικού ελέγχου της κρίσης του **199**
 - οι τυχόν μεταβληθείσες, μετά τη συνομολόγηση της ~ας, συνθήκες, εφόσον επιδρούν στον δυσανάλογο χαρακτήρα της, θα πρέπει επίσης να συνεκτιμηθούν από το δικαστήριο **199**
 - το ύψος του ποσού κατά το οποίο κρίθηκε ότι πρέπει να μειωθεί η ~ δεν ελέγχεται ανααιρετικά (ούτε για παραβίαση της αρχής της αναλογικότητας) **199**

η γνήσια ~ αποτελεί παρεπόμενη συμφωνία, εξαρτώμενη από την εξέλιξη της κύριας ενοχής 199

Προσβολή προσωπικότητας

αδικοπρακτική διάσταση της προσβολής της προσωπικότητας 185

αυξημένη συνταγματική κατοχύρωση της ελευθερίας της τέχνης· όρια αυτής 185

- σε περίπτωση σύγκρουσης της προστασίας της ελευθερίας της τέχνης με την προστασία της προσωπικότητας τρίτων, η σύγκρουση επιλύεται με in concreto στάθμιση των συμφερόντων των μερών **185**

έννοια της «τιμής» ως έκφανσης της προσωπικότητας 185

ευθύνη λόγω προσβολής της προσωπικότητας μέσω του τύπου 185

~ τεθνεώτος 185

- με την ΑΚ 57 παρ. 1 εδ. β' προστατεύεται στην πραγματικότητα η προσωπικότητα των οικείων του αποθανόντος **185**

– αξιώσεις των ως άνω θιγόμενων προσώπων και προϋποθέσεις θεμελίωσής τους 185

- δεν συνιστά προσβολή της μνήμης τεθνεώτος ιστορικού προσώπου η καλόπιστη εξιστόρηση γεγονότων και η κριτική ανασκόπηση της ζωής του· αντιθέτως συνιστά προσβολή η παράθεση αναληθών γεγονότων και η ηθελημένη διαστρέβλωσή τους **185**

Πώληση

δικαιώματα αγοραστή ελαττωματικού πράγματος 204

- νομική φύση και περιεχόμενό τους· ειδικά η έκταση της αξίωσης αποζημίωσης **204**
- προθεσμία άσκησης των δικαιωμάτων

και των αξιώσεων του αγοραστή και χρόνος έναρξης αυτής **204**

– αν έχει συνολοκληρωθεί ρήτρα εγγύησης της καλής κατάστασης και λειτουργίας του πράγματος (εμπορική εγγύηση), η ως άνω προθεσμία εκκινεί από το χρονικό σημείο εκδήλωσης του ελαττώματος, εφόσον αυτό εμπίπτει στο χρονικό διάστημα εγγυοδοτικής ευθύνης του πωλητή **204**

– επιμήκυνση της προθεσμίας σε εικοσαετή επί δόλιας απόκρυψης του ελαττώματος εκ μέρους του πωλητή· έννοια δόλιας απόκρυψης **204**

– ο ισχυρισμός του αγοραστή ότι συντρέχει επιμήκυνση της προθεσμίας άσκησης των δικαιωμάτων του αποτελεί αντένσταση στην ένσταση του πωλητή ότι ο εν λόγω χρόνος (παραγραφή ή αποσβεστική προθεσμία ανάλογα με τη φύση του δικαιώματος) έχει συμπληρωθεί **204**

– οι δευτερογενείς αξιώσεις που γεννώνται ως συνέπεια άσκησης του δικαιώματος υπαναχώρησης υ-

πόκεινται στη συνήθη εικοσαετή παραγραφή, χωρίς να θεωρούνται παρεπόμενες κατά την έννοια του άρθρου 274 ΑΚ **204**

Τύπος

έγγραφος συστατικός ~ των συμβάσεων που συνάπτονται από νομικά πρόσωπα δημοσίου δικαίου όταν έχουν αντικείμενο αξίας άνω των 2.500 ευρώ 210

– απόλυτη ακυρότητα της σύμβασης και των τροποποιήσεών της λόγω μη τήρησης του ως άνω έγγραφου ~ου **210**

– η ακυρότητα, που λαμβάνεται υπόψη από το δικαστήριο αυτεπαγγέλτως, καλύπτεται αν η σύμβαση εκτελεσθεί, εφόσον όμως έχει προηγηθεί τουλάχιστον έγγραφη, πλήρης και ορισμένη πρόταση για την κατάρτιση της **210**

– η ακυρότητα μπορεί να προβληθεί και από αυτόν που γνώριζε ότι απαιτείται ~ **210**

Χρέος

ρύθμιση οφειλών υπερχρεωμένων φυσικών προσώπων 212

– υποκειμενικό πεδίο εφαρμογής του Ν. 3869/2010 **212**

– κατ' εξαίρεση υπάγονται στο ευνοϊκό καθεστώς του νόμου και μικροέμποροι, ως προς τους οποίους το κέρδος από την άσκηση εμπορικών πράξεων αποτελεί ανταμοιβή για τον σωματικό τους μόχθο και όχι προϊόν κερδοσκοπικής δραστηριότητας **212**

– ο συγκύριος ταξί, ο οποίος το οδηγεί επαγγελματικά ο ίδιος, χωρίς την χρήση βοηθητικού προσωπικού, είναι μικροέμπορος **212**

Χρηματοδοτική μίσθωση

η σύμβαση ~ης καταρτίζεται εγγράφως 189

Χρονομεριστική μίσθωση

νομική φύση και εφαρμοστέες διατάξεις 199

η σύμβαση ~ης υποβάλλεται στον τύπο του συμβολαιογραφικού εγγράφου και πρέπει να μεταγραφεί 199

Ν Ε Ε Σ Ε Κ Δ Ο Σ Ε Ι Σ

ΓΙΩΡΓΟΣ Ν. ΤΡΙΑΝΤΑΦΥΛΛΟΥ

ΤΟ ΠΟΙΝΙΚΟ ΔΙΚΑΙΟ ΤΗΣ ΕΠΙΧΕΙΡΗΣΗΣ

ΑΤΟΜΙΚΗ ΠΟΙΝΙΚΗ ΕΥΘΥΝΗ
ΣΤΙΣ ΜΕΓΑΛΕΣ ΕΠΙΧΕΙΡΗΣΕΙΣ

Π.Ν.
ΣΑΚΚΟΥΛΑΣ

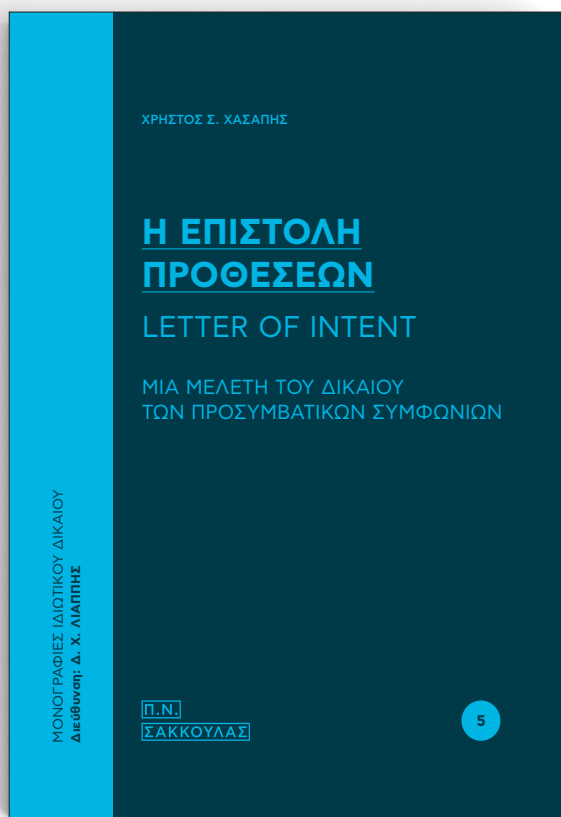
ΤΟ ΠΟΙΝΙΚΟ ΔΙΚΑΙΟ ΤΗΣ ΕΠΙΧΕΙΡΗΣΗΣ

Ατομική ποινική ευθύνη στις μεγάλες επιχειρήσεις

Γιώργος Ν. Τριανταφύλλου

Αθήνα 2021, σελ. 447, ISBN 978-618-203-027-1
τιμή 48,00 €

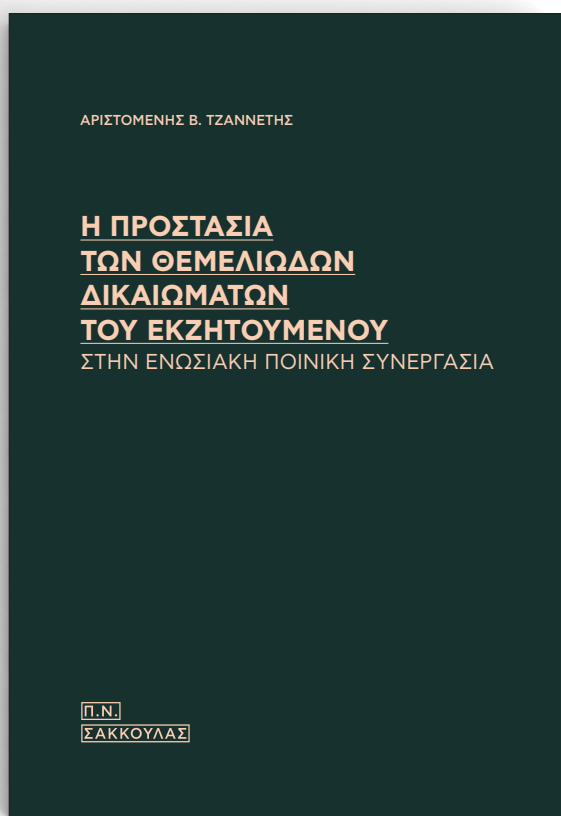
Η λειτουργία των μεγάλων επιχειρήσεων συνδέεται με ευρείας έκτασης προσβολές ατομικών και υπερατομικών εννόμων αγαθών. Χαρακτηριστικά παραδείγματα αποτελούν οι προσβολές της υγείας και της ζωής λόγω εργατικών ατυχημάτων ή της κυκλοφορίας ελαττωματικών προϊόντων, οι ρυπάνσεις του περιβάλλοντος, εγκλήματα διαφθοράς, χρηματιστηριακά αδικήματα κ.ά. Η τέλεση των εγκλημάτων αυτών εντός μιας μεγάλης επιχείρησης εγείρει συχνά ιδιαίτερες αποδεικτικές δυσχέρειες ως προς τον εντοπισμό των υπευθύνων, που οφείλονται στον οριζόντιο και κάθετο καταμερισμό έργου μεταξύ περισσότερων προσώπων. Ο καταμερισμός αυτός εγείρει όμως και πολλά δογματικά ζητήματα, που εντάσσονται συστηματικά στο γενικό μέρος του ποινικού δικαίου, όπως είναι η αυτοουγκική ή συμμετοχική ευθύνη των διοικητών της επιχείρησης για ποινικά άδικες πράξεις εργαζομένων τους, η διά παραλείψεως ευθύνη τους για τα αποτελέσματα των πράξεων αυτών, η ποινική ευθύνη μελών συλλογικών οργάνων κ.ά. Η προσέγγιση των ζητημάτων αυτών υπό το πρίσμα της οργανωμένης επιχειρηματικής δραστηριότητας αποτελεί το βασικό αντικείμενο του παρόντος έργου.



Η ΕΠΙΣΤΟΛΗ ΠΡΟΘΕΣΕΩΝ (LETTER OF INTENT)
Μια μελέτη του δικαίου των προσυμβατικών συμφωνιών
Χρήστος Σ. Χασάπης

Αθήνα 2021, σελ. 630, ISBN 978-618-203-010-3
 τιμή 58,00 €

Έχει γραφεί ότι η επιστολή προθέσεων (letter of intent) είναι «εφεύρεση του διαβόλου» ("invention of the devil") και πρέπει να αποφεύγεται με κάθε κόστος. Το μόρφωμα αυτό, μια πολύ χαρακτηριστική προσυμβατική συμφωνία, η οποία εμφανίζεται και με το όνομα μνημόνιο κατανόησης (memorandum of understanding), προέρχεται από τη συναλλακτική πρακτική του αγγλοαμερικανικού χώρου. Με την πάροδο του χρόνου αυτό το δημιουργήμα της πράξης, χωρίς να ανάγεται σε θεσμό δικαίου, έχει κυριεύσει το στάδιο των διαπραγματεύσεων και στις έννομες τάξεις της ηπειρωτικής Ευρώπης, ιδίως στο πλαίσιο σύνθετων συναλλακτικών εγχειρημάτων, όπως είναι η πώληση και η συγχώνευση επιχειρήσεων/εταιριών. Η παρούσα μονογραφία φιλοδοξεί να αποτελέσει την πρώτη σε βάθος μελέτη του διαπραγματευτικού αυτού φαινομένου στην ελληνική βιβλιογραφία. Αντικείμενο του ανά χείρας έργου είναι να προσφέρει ένα δογματικά θεμελιωμένο εργαλείο τόσο στον θεωρητικό του δικαίου όσο και στον νομικό της πράξης σχετικά με την εν λόγω προκαταρκτική συμφωνία. Το πόνημα φωτίζει αφενός το ζήτημα της συμβατικής δεσμευτικότητας της επιστολής προθέσεων και δε επιμέρους όρων της και αφετέρου την ευθύνη, που θεμελιώνεται λόγω της αθέτησης των όποιων υποχρεώσεων αυτή ιδρύει. Η μελέτη ανοίγει διάλογο με την ελληνική και την αλλοδαπή θεωρία και νομολογία και επιχειρεί μια εκτεταμένη δικαιολογική τεσσάρων εννόμων τάξεων (ελληνική, γερμανική, αγγλική, αμερικανική) με στόχο να αντιμετωπίσει με επιστημονικά τεκμηριωμένο τρόπο τις προκλήσεις και τις αμφισημίες, που πράγματι γεννά η πράξη.



Η ΠΡΟΣΤΑΣΙΑ ΤΩΝ ΘΕΜΕΛΙΩΔΩΝ ΔΙΚΑΙΩΜΑΤΩΝ ΤΟΥ ΕΚΖΗΤΟΥΜΕΝΟΥ ΣΤΗΝ ΕΝΩΣΙΑΚΗ ΠΟΙΝΙΚΗ ΣΥΝΕΡΓΑΣΙΑ

Αριστομένης Β. Τζαννετής

Αθήνα 2020, σελ. 362, ISBN 978-618-203-003-5
 τιμή 35,00 €

Στο βιβλίο εξετάζεται συστηματικά το ζήτημα της προστασίας των θεμελιωδών δικαιωμάτων του εκζητουμένου στην ενωσιακή ποινική συνεργασία, η οποία στηρίζεται στο μηχανισμό του Ευρωπαϊκού Εντάλματος Σύλληψης. Με σημείο αναφοράς τη νομολογία Ανωτάτων Εθνικών Δικαστηρίων, του ΕΔΔΑ και του ΔΕΕ, η προστασία του εκζητουμένου εξετάζεται σε τρία επίπεδα: α) Την εθνική έννομη (πρωτίστως συνταγματική) τάξη των Κρατών Μελών της ΕΕ, β) την ΕΣΔΑ και γ) το (πρωτογενές και δευτερογενές) ενωσιακό δίκαιο. Τα δικαιώματα του εκζητουμένου που διακυβεύονται κατά την ενωσιακή ποινική συνεργασία είναι, κατά κύριο λόγο, η απαγόρευση απάνθρωπης και εξευτελιστικής μεταχείρισης λόγω των συνθηκών κράτησης στο εκζητούν Κράτος και η παραβίαση της αρχής της δίκαιης δίκης λόγω συστημικών ελλείψεων στο εκζητούν Κράτος, όπως είναι λ.χ. η έλλειψη ανεξαρτησίας των δικαστηρίων του Κράτους αυτού, χωρίς πάντως και αποκλείεται η προσβολή και άλλων δικαιωμάτων, όπως του δικαιώματος στην ελευθερία ή του δικαιώματος στην ιδιωτική και οικογενειακή ζωή. Το βιβλίο πραγματεύεται, τέλος, και το ζήτημα της παραβίασης του δικαιώματος ελεύθερης κυκλοφορίας εντός της ΕΕ (άρθρο 21 ΣΛΕΕ), όταν πρόκειται για την έκδοση Ευρωπαϊών πολιτών από ένα Κράτος Μέλος της ΕΕ σε ένα τρίτο (εκτός ΕΕ) Κράτος.