

ΤΙΜΗΤΙΚΟΣ ΤΟΜΟΣ
ΚΩΝΣΤΑΝΤΙΝΟΥ Δ. ΚΕΡΑΜΕΩΣ

ESSAYS
IN HONOUR OF
KONSTANTINOS D. KERAMEUS

II

ΕΠΙΜΕΛΕΙΑ ΕΚΔΟΣΕΩΣ:

**ΕΘΝΙΚΟ ΚΑΙ ΚΑΠΟΔΙΣΤΡΙΑΚΟ
ΠΑΝΕΠΙΣΤΗΜΙΟ ΑΘΗΝΩΝ**

ΤΜΗΜΑ ΝΟΜΙΚΗΣ

**ΕΡΕΥΝΗΤΙΚΟ ΙΝΣΤΙΤΟΥΤΟ
ΔΙΚΟΝΟΜΙΚΩΝ ΜΕΛΕΤΩΝ**

EDITED BY:

**NATIONAL AND KAPODISTRIAN
UNIVERSITY OF ATHENS**

FACULTY OF LAW

**RESEARCH INSTITUTE OF
PROCEDURAL STUDIES**



**ANT. N. ΣΑΚΚΟΥΛΑΣ
ΑΘΗΝΑ - ΚΟΜΟΤΗΝΗ 2010**

**ANT. N. SAKKOULAS PUBLISHERS
ATHENS - KOMOTHNH 2010**

*Αχιλλέας Γ. Κουτσογράδης**

ΤΑ ΝΟΜΙΚΑ ΑΠΟΛΙΘΩΜΑΤΑ
ΣΤΟ ΔΙΚΑΙΟ ΤΗΣ ΔΙΕΚΔΙΚΗΣΗΣ ΠΡΑΓΜΑΤΟΣ
-Μια ιστορικο-δογματική προσέγγιση του άρθρου 1094 ΑΚ-

Η κατά ακαδημαϊκή παράδοση επιλογή θέματος από τον κύκλο των επιστημονικών ενδιαφερόντων του Τιμωμένου καθίσταται εξαιρετικά δύσκολο εγχείρημα, όταν πρόκειται για τον *Κωνσταντίνο Κεραμέα*, τον Συνάδελφο, τον Μέντορα και Φίλο, που η γραφίδα του άφησε ανεξίτηλα ίχνη σε ευρείες περιοχές της επιστήμης του Δικαίου.

Του αφιερώνω με χαρά και τιμή τις παρακάτω σκέψεις μου, που κινούνται σε ένα πεδίο που τολμώ να πω ότι βρίσκεται και αυτό, όπως και πλήθος άλλων, εντός του ερευνητικού του πεδίου, που με τόση επιτυχία καλλιεργεί¹.

Ι. ΠΡΟΕΙΣΑΓΩΓΙΚΑ

1. Προσδιορισμός του ερευνητικού πεδίου

Η λεγόμενη «Διεκδικητική Αγωγή» στο ουσιαστικό μας δίκαιο, παρά τα δύο νομικά απολιθώματα που περιλαμβάνει στη βασική ρύθμιση του άρθρου 1094 ΑΚ, δηλαδή τον *παράτιτλο* και το *αναγνωριστικό αίτημα*, με τα οποία θα ασχοληθώ παρακάτω, αποτυπώνει την εξέλιξη του δικαίου σε κρίσιμα δογματικά θέματα: Την αποκρυστάλλωση της έννοιας του απόλυτου (εμπράγματος) δικαιώματος, την σχέση του με την αξίωση του ουσιαστικού δικαίου και την σαφή διάκριση της τελευταίας από την δικονομική της επιδίωξη, με την άσκηση αγωγής (κυρίως).

Όμως ακόμη και αν δοκιμάζεται η νομική μας αισθητική, διατάξεις, όπως αυτή (και η συναφής του άρθρου 1035 ΑΚ σε εντονότερο βαθμό μάλιστα² ή α-

* *Αχιλλέας Γ. Κουτσογράδης*, Καθηγητής Αριστοτελείου Πανεπιστημίου Θεσσαλονίκης.

1. Βλ. ειδικά για την διεκδικητική αγωγή, *Γεωργιάδη/Κεραμέα*, Γνμδ., ΝοΒ 33 (1985), 296 επ. Πρβλ. επίσης *Κεραμέα*, *Σχέσεις αναγνωριστικής και καταψηφιστικής αγωγής κατά το ελληνικό δίκαιο*. Νομικές Μελέτες ΙΙ, Αθήνα-Κομοτηνή 1994, 164 επ., αλλά και την υφηγετική του διατριβή, *Δεδικασμένον επί προδικαστικών ζητημάτων*. Οριακά προβλήματα πολιτικής δικονομίας και αστικού δικαίου. Θεσσαλονίκη 1967.

2. Αφού, κατά γράμμα λαμβανόμενη υπόψη, επιτάσσει κάτι που στο δικονομικό επίπεδο είναι αδιανόητο.

κόμη του άρθρου 1047 ΑΚ³), αποτελούν αυτό που στα Γερμανικά προσφυώς αποδίδεται με την έκφραση: *Schoenheitsfehler* (Λάθη ομορφιάς), τονίζουν και αναδεικνύουν την ομορφιά του μνημειώδους έργου, του Αστικού μας Κώδικα, αλλά και διατηρούν σε διαρκή εγρήγορση τα νομικά μας αντανάκλαστικά, δίδοντάς μας συχνά αφορμή για νέες σκέψεις.

Στο επίκεντρο της ανάλυσης που ακολουθεί βρίσκεται η διεκδίκηση του πράγματος εκ μέρους του κυρίου του, από τα χέρια εκείνου που του το *αφαίρεσε* ή, έχοντάς το ήδη στην κατοχή του, δυνάμει κάποιας προηγηθείσας και εν τω μεταξύ ληξιάσης συναλλαγής, το *κατακρατεί* και δεν το αποδίδει⁴, με επικέντρωση στα θέματα που ανακύπτουν από την «Διεκδικητική αγωγή» στον παράτιτλο και την «Αναγνώριση της κυριότητας» στο κείμενο του άρθρου 1094 ΑΚ.

2. Προεισαγωγικές ιστορικές αναφορές

Η λεγόμενη Διεκδικητική Αγωγή αποτελεί την πληρέστερη μορφή ενδίκου προστασίας του εμπραγμάτου δικαιώματος της κυριότητας επί καθολικής⁵ προσβολής του, και δίδεται, όπως χαρακτηριστικά είχε υπογραμμίσει, από τον προπερασμένο αιώνα, ο *Heinrich Dernburg*⁶, αν η νομή συγκρουσθεί με την κυριότητα, αφού με αυτήν ενασκούνται τα δικαιώματα του κυρίου μη νομέα κατά του νομέα (ή κατόχου) μη κυρίου (*“Klage des nicht besitzenden Eigentumers gegenueber dem besitzenden Nichteigentümer”*)⁷.

3. Στο άρθρο 1049 εδ. 1 ΑΚ, όμως η χρήση του όρου «διεκδικητική αγωγή» είναι σωστή, αν την δει κανείς σε συνδυασμό προς το άρθρο 261 ΑΚ.

4. Βλ. συναφώς την ρύθμιση του άρθρου 1108 ΑΚ, που στο σημείο αυτό είναι ακριβέστερα διατυπωμένη από την αντίστοιχη του άρθρου 1094 ΑΚ. Πρβλ. και *Σπυριδάκη*, ΕμπρΔ. Τόμ. Γ. Αθήνα-Κομοτηνή 2001, 2 επ.

5. Ένδικη προστασία επί μερικής προσβολής της κυριότητας παρέχει ο νόμος με την *actio negatoria* του άρθρ. 1108 ΑΚ. Αντιθέτως η *actio publiciana* του άρθρ. 1112 ΑΚ, (που σημειωτέον δεν αναγνωρίζεται στο σύγχρονο γερμανικό, γαλλικό και ελβετικό δίκαιο, ενώ στο αυστριακό ισχύει νομολογιακά. Βλ. *Coing*, *Europaeisches Privatrecht*. Bd. II Muenchen 1985, 387) δεν συγκαταλέγεται στις αγωγές προστασίας της κυριότητας, αλλά της νομής του χρησιδεσπόζοντα ακίνητο (*possessor ad usucapionem*). Βλ. αντι άλλων *Ράμμο*, Ερμ ΑΚ Εισαγ. άρθρ. 1094-1112. αρ. 1. Βλ. όμως και αντίθετα, στο προϊσχύσαν δίκαιο, *Οικονομίδη*, Στοιχεία του αστικού δικαίου. Εμπράγματα δίκαια. Β. Έκδ. (ανατύπωσης), Εν Αθήναις 1912, 204, που δέχεται *a fortiori* την άσκηση της αγωγής αυτής και από τον κύριο. Σε καθαρά νομοτεχνικό πεδίο, θα μπορούσε να ενταχθεί η αξίωση αυτή στο πλέγμα των ρυθμίσεων για την χρησικτησία, όπου λειτουργικά ανήκει. Η Ένταξη της ρύθμισης στο κεφάλαιο για την προστασία της κυριότητας ίσως μπορεί να εκληφθεί ως παρενέργεια της άποψης του *Οικονομίδη*, που ασπάστηκε, άθελά του, ο ιστορικός νομοθέτης.

6. *Dernburg* (*Δνοβονιώτη*) Σύστημα ρωμαϊκού δικαίου. Εμπράγματον δίκαιον. Έκδ. Β. Εν Αθήναις 1912, 238. Βλ. έτσι και *Βάλληνα*, Αστικός Κώδιξ. Ερμηνεία κατ' άρθρον. Εμπράγματον δίκαιον. Σημ. υπό άρθρ. 1094, σ. 103.

7. Βλ. και *Haas/Berner Komm. Allgem. Bestimmungen. Art. 641. Rdnr. 34*, όπου και σχετική κριτική αυτής της κοινοδικαίας τοποθέτησης, εν όψει του άρθρ. 920 ελβΑΚ.

Ακόμη και σήμερα, υπό το κράτος του ΑΚ και του ΚΠολΔ δεν έχουν αλλάξει τα πράγματα: Η ουσιαστική αξίωση του προσβληθέντα (αποβληθέντα) κυρίου μη νομέα⁸ κατά του (μη δικαιωματικού) νομέα⁹ μη κυρίου¹⁰ πραγματώνεται, και στο σύγχρονο δίκαιο, ενδίκως και κατά κύριο λόγο με την *Διεκδικητική Αγωγή*.

Υποστηρίζεται πως η Διεκδικητική Αγωγή έχει τις ρίζες της στη Δωδεκάδελο (legis actio sacramento in rem)¹¹. Εγώ θα πήγαινα όμως ακόμη πολύ πιο πίσω, όπου ήδη στον αποκαλούμενο «*Κώδικα του Χαμουραμί*» καταγράφεται μια παρόμοια διαδικασία διεκδίκησης πράγματος¹². Είναι λογικό συνεπώς, ένας πανάρχαιος δικαϊκός θεσμός με έντονη, ανέκαθεν, την διαπλοκή ουσιαστικού και δικονομικού (παλαιότερα δε του ποινικού) δικαίου, πράγμα που αποκαλύπτεται και από τον ίδιο το χρησιμοποιούμενο στο αστικό μας δίκαιο νομικό τεχνικό όρο, να προσφέρει το ερέθισμα για μια πολλαπλή μελέτη του.

Τον κλασικό ορισμό της Διεκδικητικής Αγωγής οφείλουμε, όπως είναι γνωστό, στον *Ουλπιανό*^{13,14}: «*Actionum genera sunt duo; in rem quae dicitur*

8. Ανάλογη αξίωση έχει, κατά ρητή νομοθετική παραπομπή, ο επικαρπωτής (άρθρ. 1173 ΑΚ), ο ενεχυρούχος δανειστής (άρθρ. 1236), ο φορέας του εμπραγμάτου δικαιώματος της οίκησης (άρθρ. 1173, 1187 ΑΚ) και ο δικαιούχος περιορισμένης προσωπικής δουλείας (άρθρ. 1191 ΑΚ). Στην περίπτωση αντίθετα της πραγματικής δουλείας, ο νόμος προβλέπει στο άρθρο 1132 ΑΚ ειδική αξίωση, ανάλογη με την αξίωση του άρθρου 1108. Πρβλ. *Γεωργιάδη*, Ποια η έννοια της εμπράγματης αγωγής, σε: Οι εμπράγματα αγωγές, 23ο πανελλήνιο συνέδριο Ελλήνων Δικονομολόγων, Αθήνα-Κομοτηνή 1999, 64.

9. Βλ. για την δικαιωματική νομή ή κατοχή, αντί πολλών, *Φίλιος*, ΕμπρΔ Ι. Αθήνα-Κομοτηνή 2000, 178. Την δικαιωματική νομή ο εναγόμενος πρέπει να προτείνει με σχετική ένσταση. Βλ. ΑΠ 611/1999 ΕλλΔνη 41, 44.

10. Σε περίπτωση που ο μη δικαιωματικός νομέας έχει παραδώσει το πράγμα σε άλλον, π.χ. σε μισθωτή του, τότε ο κύριος μπορεί με την διεκδικητική αγωγή του να ζητήσει την έκταξη της νομής. Βλ. *Φίλιος*, ΕμπρΔ Ι. Αθήνα-Κομοτηνή 2000, 183, όπου και παρ. παραπ.

11. *Haumanniger/Selb*, Roemisches Privatrecht. 8te Aufl. Wien. 1997, 231επ. Πρβλ. από την εγχώρια βιβλιογραφία, αντί άλλων, *Πετρόπουλο*, Εισηγήσεις του ρωμαϊκού δικαίου. Αθήνα 1936, 214 επ.

12. Βλ. σε αγγλική μετάφραση, από τον *L. W. King*, Hammurabi's Code of laws, (<http://eawc.evansville.edu>) την επίμαχη πρόβλεψη, που κινείται στο χώρο, θα λέγαμε σήμερα, του αστικού, του δικονομικού και του ποινικού δικαίου: *No. 9 If any one lose an article, and find it in the possession of another: if the person in whose possession the thing is found say "A merchant sold it to me, I paid for it before witnesses", and if the owner of the thing say, "I will bring witnesses who know my property", then shall the purchaser bring the merchant who sold it to him, and the witnesses before whom he bought it, and the owner shall bring witnesses who can identify his property. The judge shall examine their testimony -- both of the witnesses before whom the price was paid, and of the witnesses who identify the lost article on oath. The merchant is then proved to be a thief and shall be put to death. The owner of the lost article receives his property, and he who bought it receives the money he paid from the estate of the merchant.*

13. D. 44, 7, 25.

14. Στη διεκδικητική αγωγή είναι εξάλλου αφιερωμένο ολόκληρο το 6ο Βιβλίο των Πανδε-

vindicatio, et in personam, quae condictio appellatur. In rem actio est, per quam rem nostram petimus, et semper adversus eum qui possidet. In personam actio est, qua cum eo agimus, qui obligatus est nobis ad faciendum aliquid vel dandum. Et semper adversus eundem locum habet¹⁵».

Το χωρίο αυτό των Πανδεκτών έδωσε, λανθασμένα, όπως αποδείχθηκε, στους Πανδεκτιστές την εντύπωση, πως απέδιδε τη διάκριση των δικαιωμάτων σε ενοχικά και εμπράγματα, που την εποχή εκείνη όμως, από την οποία προήλθε το ενταχθέν στην Ιουστινιάνειο νομοθεσία χωρίο, ήταν άγνωστη, όπως και αυτή η ίδια η έννοια του δικαιώματος, όπως θα αναπτυχθεί. Η διάκριση όμως σε actio in rem και σε actio in personam στον Πανδέκτη είχε μια άλλη διάσταση, όχι πάντως συστηματική, αλλά πρακτική-δικαστηριακή. Η σημασία της Ουλπιάνειας διάκρισης αναδεικνυόταν σε δικονομικό πεδίο, όπου η διαδικασία διαφοροποιούνταν. Στο πλαίσιο της rei vindicatio, ο εναγόμενος δεν είχε υποχρέωση να παραστεί στη δίκη, αλλά στην περίπτωση αυτή όφειλε να αποδώσει το πράγμα (restitutio) ή εν ανάγκη να καταβάλει την αξία του (condemnatio pecuniaria)¹⁶. Αντίθετα στην «προσωπική» αγωγή η παρουσία του εναγομένου ήταν αναγκαία και η μη εμφάνισή του συνδεόταν με δυσμενέστερες συνέπειες. Ειδικότερα: Στο ρωμαϊκό δίκαιο¹⁷ η ουσία και λειτουργία της rei vindicatio συνίστατο στην διαπίστωση της υπάρξεως κυριότητας του ενάγοντα στο διεκδικούμενο πράγμα. Ο δικαστής διαπίστωνε δηλαδή κατά κύριο λόγο την ύπαρξη κυριότητας του ενάγοντα (Pronuntiatio rem actoris esse) και υποχρέωνε στη συνέχεια τον εναγόμενο να αποκαταστήσει in natura τα πράγματα στην προτέρα κατάστασή τους (restitutio), να αποδώσει δηλαδή το πράγμα ή να δώσει ασφάλεια (cautio). Και αν μεν ο εναγόμενος εκπλήρωνε την υποχρέωσή του αυτή οικειοθελώς, ο ενάγων αποκτούσε εκ νέου το αφαιρεθέν πράγμα, στην αντίθετη όμως περίπτωση

κτών «Περί διεκδικήσεως πράγματος» καθώς και το 3ο βιβλίο του Ιουστινιάνειου Κώδικα.

15. *Αγωγών δύο υπάρχουν είδη, η εμπράγματος ήτις λέγεται διεκδίκησις, και η προσωπική ήτις καλείται απαιτήσις. Εμπράγματος αγωγή είναι εκείνη δι' ης πράγμα ημέτερον, υπ' άλλον κατεχόμενον απαιτούμεν, πάντοτε δε εγείρεται εναντίον εκείνου, όστις νέμεται το πράγμα. Προσωπική δε αγωγή είναι εκείνη δι' ης ενάγομεν κατ' εκείνου, όστις ενέχεται απέναντι ημών να ποιήση τι ή να δώσει, πάντοτε δε εναντίον του ιδίου λαμβάνει χώραν.*

16. Βλ. αντί πολλών Honsell, Roemisches Recht. 3te Aufl. Berlin. Heidelberg. New York. 1997, 64 επ. Hausmaniger/Selb, Roemisches Privatrecht. 8te Aufl. Wien. 1997, 233. Πρβλ. επίσης Windscheid/Kipp (Αργυρό), Σύστημα του ρωμαϊκού δικαίου. 8η Έκδ. Τόμ. Β. Αθήναι 1915, 394, όπου και εκτενείς αναφορές στην εξελικτική πορεία του θεσμού. Βλ. επίσης την D. 6. 1. 68, για την οποία υπάρχει υπόνοια ύπαρξης παρεμβλήματος. Βλ. σχετικά αντι άλλων: Jors/Kunkel / Wenger, Roemisches Recht. 3te Aufl. Berlin. Heidelberg. New York. 1949, 142.

17. Βλ. Πετρόπουλο, Εισηγήσεις του ρωμαϊκού δικαίου. Αθήναι 1936, 218 επ. Οικονομίδη, Στοιχεία του αστικού δικαίου. Εμπράγματα δίκαια. Β. Έκδ. (ανατύπωσης), Εν Αθήναις 1912, 209 επ. με παρ. παραπ.

δεν υπήρχε, τουλάχιστον στο προϊουστινιάνειο στάδιο¹⁸, δυνατότητα άμεσου καταναγκασμού για απόδοσή του, αλλά προβλεπόταν μια μορφή εμμέσου αναγκαστικής εκτελέσεως, θα λέγαμε σήμερα, αφού ο εναγόμενος καταδικαζόταν στην καταβολή στον ενάγοντα της αξίας του κατακρατούμενου πράγματος, που προσδιοριζόταν μετά από ένορκη εκτίμηση της αξίας του από τον ενάγοντα (*jus iurandum in litem*). Το πράγμα όμως παρέμενε στον εναγόμενο, που αποκτούσε κυριότητα, για την οποία οι Πηγές θεωρούσαν αναλογικά εφαρμοζόμενες τις ρυθμίσεις για κτήση κυριότητας επί πωλήσεως¹⁹.

II. ΜΙΑ ΓΕΝΙΚΟΤΕΡΗ (ΠΡΟΚΑΤΑΡΚΤΙΚΗ) ΑΝΑΜΟΧΛΕΥΣΗ ΤΗΣ ΣΥΖΗΤΗΣΗΣ
ΓΙΑ ΤΟ ΑΠΟΛΥΤΟ ΔΙΚΑΙΩΜΑ ΚΑΙ ΤΗΝ ΟΥΣΙΑΣΤΙΚΗ ΑΞΙΩΣΗ
ΩΣ ΣΗΜΕΙΟ ΕΚΚΙΝΗΣΗΣ

1. Το απόλυτο δικαίωμα ως σημείο εκκίνησης

Μια από τις χαρακτηριστικότερες, παραδοσιακές, τουλάχιστον από την εποχή των ύστερων γερμανών Πανδεκτιστών²⁰, διακρίσεις των ιδιωτικών δικαιωμάτων, που επεκτάθηκε σε όλες σχεδόν τις έννομες τάξεις²¹, με κριτήριο την δράση τους έναντι των τρίτων, είναι αυτή που τα κατηγοριοποιεί σε απόλυτα και σχετικά. Η δομική αυτή διαφοροποίηση, που μέχρι τουλάχιστον τις αρχές του 20^{ου} αιώνα επικαλυπτόταν από την, ρωμαϊκής προέλευσης²², διάκριση (των αγωγών) σε «προσωπικές» και «εμπράγματατες», είναι η πιο σημαντική στο πεδίο των ιδιωτικών δικαιωμάτων²³.

Απόλυτο δικαίωμα είναι αυτό, που κατά τον καθιερωμένο (τρέχοντα) ορισμό

18. Στο ιουστινιάνειο ρωμαϊκό δίκαιο αντίθετα εντοπίζεται και η δυνατότητα αναγκαστικής εκτελέσεως για απόδοση του ίδιου του πράγματος στον νικήσαντα ενάγοντα και μάλιστα με τους καρπούς και αποζημιώσεις (*cum omni causa*).

19. Βλ. D. 25. 2. 22.

20. Η διάκριση δεν απαντάται στους παλαιότερους Πανδεκτιστές, όπως π.χ. στους *Savigny*, *Puchta*, *Keller* και *Wangerow*, ο οποίος παρέμειναν προσκολλημένοι στη διάκριση ανάμεσα σε εμπράγματα και προσωπικά-ενοχικά δικαιώματα, που εκπληρούσε την ίδια αποστολή. Πρβλ. *Bucher*, *Das subjektive Recht als Normsetzungsbefugnis*. Tuebingen 1965, 132 με παρ. παραπ., που σημειώνει, επιπρόσθετα, ότι η χρήση ιδίως από τον *Savigny* του όρου «*absolutes Recht*», στο έργο του, *System des heutigen roemischen Rechts* Bd. I, 57 επ., δεν σχετιζόταν με την ανωτέρω διάκριση των ιδιωτικών δικαιωμάτων, αλλά απέδιδε την έννοια του αναγκαστικού χαρακτήρα ορισμένων διατάξεων.

21. Ακόμη και στον χώρο του αγγλοσαξονικού δικαίου, που δεν έχει να επιδείξει στο σημείο αυτό ιδιαίτερη δογματική επίδοση, εντοπίζει κανείς την διάκριση των δικαιωμάτων σε απόλυτα και σχετικά στην αρχή του *privity of contract*, καθώς και στο ζεύγος των ενδίκων βοηθημάτων *chose in action* και *chose in possession*. Πρβλ. *Bucher*, *Das subjektive Recht als Normsetzungsbefugnis*. Tuebingen 1965, 135 σημ. 7.

22. *Actiones in personam-actiones in rem*.

23. *Bucher*, *Das subjektive Recht als Normsetzungsbefugnis*. Tuebingen 1965, 131, 135.

στρέφεται κατά πάντων (erga omnes). «Απόλυτα (δικαιώματα) είναι τα κατευθυνόμενα κατά παντός», καταγράφεται π.χ. από τον Γ. Μπαλή²⁴, που απηχεί την τρέχουσα ήδη από τον 19^ο αιώνα αντίληψη, όπως αναφέρεται π.χ. από τον Β. Οικονομίδη²⁵, που, εξειδικεύοντας, θεωρεί με την σειρά του τα εμπράγματα δικαιώματα, απόλυτα, «ως παρά πάσι σεβαστά», ενώ τα ενοχικά (προσωπικά), σχετικά, «ως επιβάλλοντα υποχρεώσεις εις ρητά μόνον πρόσωπα».

Με βάση τον παραπάνω ορισμό, το αποφασιστικό κριτήριο της διάκρισης είναι ο κύκλος των προσώπων-υποχρέων προς τους οποίους *ευθέως* κατευθύνεται ή απλά απευθύνεται η εξουσία του δικαιούχου. Αν αυτός είναι απεριόριστος, θα πρόκειται για απόλυτο δικαίωμα, ενώ, αν είναι αντίθετα περιορισμένος (καθορισμένος), έχουμε να κάνουμε με σχετικά δικαιώματα. Με μια διαφορετική διάτωση θα έλεγε κανείς πως το απόλυτο δικαίωμα (φαίνεται ότι) υποχρεώνει τους πάντες (κάθε δυνατό νοητά υποκείμενο δικαίου) σε μια συγκεκριμένη (αποθετική) συμπεριφορά, ενώ το σχετικό ένα ορισμένο (συνηθέστερα) ή ορισμένα (ή κατά τις περιστάσεις οριστά²⁶) πρόσωπα μόνο, για τήρηση μιας θετικής ή αποθετικής συμπεριφοράς. Μια πρώτη συνέπεια του ανωτέρω διαχωρισμού είναι πως μόνο δικαιώματα που εισάγουν υποχρεώσεις τήρησης κάποιας συμπεριφοράς μπορούν να ενταχθούν στο σχήμα: *Απόλυτα - Σχετικά*. Για τον λόγο αυτό τα διαπλαστικά δικαιώματα αποκλείονται από αυτήν την κατηγοριοποίηση^{27,28}.

Με βάση τα παραπάνω, λογικά, τα απόλυτα και τα σχετικά δικαιώματα βρίσκονται σε σχέση *αυστηρής διάζευξης* μεταξύ τους. Ένα (εξουσιαστικό-σε αντι-

24. Γενικαί Αρχαί. Έκδ. 6η. Αθήναι 1951, 82. Πρβλ. και *Λιτζερόπουλο*, Εισηγήσεις ρωμαϊκού δικαίου. Αθήναι 1943, 159.

25. Στοιχεία του αστικού δικαίου. Βιβλίων πρώτον. Γενικαί Αρχαί. Έκδ. Β. Εν Αθήναις 1893, 225 επ.

26. Όπως συμβαίνει π.χ. στις λεγόμενες πραγματοπαγείς ενοχές (in rem scriptae). Βλ. παραδείγματα σε *Σταθόπουλο*, ΓενΕνοχΔ. 4η Έκδ. Αθήνα/Θεσσαλονίκη 2004, 183. Και στην περίπτωση αυτή δεν έχουμε άρση της σχετικότητας των ενοχικών δικαιωμάτων. Βλ. ήδη *Οικονομίδη*, Στοιχεία του αστικού δικαίου. Βιβλίων πρώτον. Γενικαί Αρχαί. Έκδ. Β. Εν Αθήναις 1893, 226 σημ. 7. Πρβλ. επίσης *Bucher*, Das subjektive Recht als Normsetzungsbefugnis. Tuebingen 1965, 139.

27. Βλ. αντί άλλων *Γεωργιάδη*, ΓενΑρχΑστΔ 3η Έκδ. Αθήνα 2002, 232 επ., που αποκλείει τα διαπλαστικά δικαιώματα από την διάκρισή τους σε απόλυτα και σχετικά και προτείνει άλλης μορφής διαφοροποίησή τους.

28. Όμως και τα διαπλαστικά δικαιώματα μπορεί να διακρίνονται σε απόλυτα και σχετικά, ανάλογα με το εάν οι έννομες συνέπειες της δήλωσης βούλησης του δικαιούχου κατευθύνονται προς ένα συγκεκριμένο αποδέκτη ή προς την Ολότητα. Με βάση το κριτήριο αυτό, η παραίτηση από την κυριότητα (derelictio) αποτελεί απόλυτο διαπλαστικό δικαίωμα, αφού αυτή ενεργεί έναντι πάντων, γιατί παραίτηση από την κυριότητα υπέρ ορισμένου προσώπου δεν αποτελεί παραίτηση κατά τα άρθρα 972 και 1076, αλλά στην πράξη μεταβίβαση της κυριότητας. Βλ. *Γεωργιάδη*, ΕμπρΔ Ι, 459 με παρ. παραπ. Πρβλ. επίσης *Bucher*, Das subjektive Recht als Normsetzungsbefugnis. Tuebingen 1965, 133. Αντίθετα το διαπλαστικό δικαίωμα υπαναχώρησης είναι αναμφίβολα σχετικό και αφορά στον αντισυμβαλλόμενο του υπαναχωρούντα.

διαστολή προς το διαπλαστικό) δικαίωμα συνεπώς μπορεί να είναι είτε σχετικό είτε απόλυτο. *Tertium non datur!* Κανένα εξουσιαστικό δικαίωμα δεν μπορεί εξάλλου να αποφύγει την ταξινόμησή του σε απόλυτα ή σχετικά, ούτε και μπορεί να είναι ταυτόχρονα και τα δύο, ούτε και υπάρχει χώρος για ενδιάμεσες μορφές δικαιωμάτων^{29,30}. Αυτή η βασική τοποθέτηση δεν αποκλείει όμως περιπτώσεις, όπου φαίνεται ότι ανάμεσα σε απόλυτα και σχετικά δικαιώματα υπάρχει αρκετός ενδιάμεσος χώρος.

Η Σχετικότητα των ενοχικών δικαιωμάτων κατά κάποιο τρόπο μπορεί να «απολυτοποιείται», χωρίς να αίρεται η βασική διάκριση. Έτσι λοιπόν ένα σχετικό (ενοχικό) δικαίωμα μπορεί να προσβληθεί, κατά κανόνα, όχι μόνο από τον υπόχρεο-οφειλέτη, αλλά ενδεχομένως και από τυχόντα Τρίτο. Ο τρίτος προσβάλλει ένα ενοχικό-σχετικό δικαίωμα π.χ. όταν επέμβει στον σύνδεσμό του με τον φορέα του (δανειστή) και θίξει την ένταξή του στην περιουσία του, πράγμα που γεννά υπέρ του φορέα, εξ αντιδράσεως, όπως γίνεται και στα απόλυτα δικαιώματα, εδώ αποκλειστικά αδικοπρακτικές αξιώσεις, οπότε μπορεί κανείς να πει πως πρόκειται όντως για ανάπτυξη *ex post* απόλυτης ενέργειας³¹. Δεν παύει όμως και εδώ να έχει κανείς ενώπιόν του ένα σχετικό δικαίωμα, που η άσκηση-ικανοποίησή του στρέφεται κατά του οφειλέτη και που *ενδεχόμενα* μπορεί αυτή να αναιρεθεί από Τρίτο αμέτοχο του ενοχικού δεσμού, πράγμα όμως που δεν μπορεί να άρει τον βασικό *σχετικό* χαρακτήρα, εκτός και εάν κινηθεί πια κανείς στις αμφίβολης πειστικότητας δογματικές ατραπούς, όπως της ύπαρξης (εμπραγμάτου) δικαιώματος κυριότητας σε ενοχικές απαιτήσεις ή μέσω της διέγερσης της προστασίας της προσωπικότητας του δανειστή, ώστε να καταλαμβάνει και τις ενοχικές του απαιτήσεις ή άλλες παρακινδυνευμένες απόψεις³².

Αντίθετα τώρα από ένα δικαίωμα μπορούν να προκύψουν θυγατρικά του που δεν ανήκουν στην ίδια με αυτό κατηγορία, αλλά που περιορίζονται στα ίδια υποκείμενα. Από ένα δηλαδή απόλυτο δικαίωμα μπορούν π.χ. να γεννηθούν σχετικά. Ένα χαρακτηριστικό παράδειγμα αποτελούν τα λεγόμενα περιορισμένα εμπράγματα δικαιώματα, που είναι μεν απόλυτα, αλλά και που περιλαμβάνουν σχετικά (αρνητικού περιεχομένου) δικαιώματα κατά του φορέα του πλήρους δικαιώματος να τα σεβαστεί³³ ή και αντίστροφα σχετικά δικαιώματα του κυρίου

29. Βλ. *Bucher*, Das subjektive Recht als Normsetzungsbefugnis. Tuebingen 1965, 134.

30. Οι γνωστές εξαιρέσεις από την αρχή της σχετικότητας των ενοχών δεν επηρεάζουν την παραπάνω θέση. Βλ. και *Σταθόπουλο*, ΓενΕνοχΔ. 4η Έκδ. Αθήνα/Θεσσαλονίκη 2004, 154 επ.

31. Βλ. αντί πολλών, *Σταθόπουλο*, ΓενΕνοχΔ. 4η Έκδ. Αθήνα/Θεσσαλονίκη 2004, 163, 179 επ. Πρβλ. από την πλουσιότερη διεθνή βιβλιογραφία, εντελώς ενδεικτικά, *Zulliger*, Eingriffe Dritter in Forderungsrechte. Zuerich 1987, 62 επ., 145 επ. και passim.

32. Βλ. *Zulliger*, Eingriffe Dritter in Forderungsrechte. Zuerich 1987, 62 επ., 100 επ. *Γεωργιάδη*, ΕμπρΔ Ι, 258 σημ. 3, όπου και εκτενείς αναφορές σε άλλους συγγραφείς.

33. *Bucher*, Das subjektive Recht als Normsetzungsbefugnis. Tuebingen 1965, 137.

έναντι του φορέα του περιορισμένου δικαιώματος, όπως π.χ. στην περίπτωση της επικαρπίας (άρθρ. 1155, 1159). Το χαρακτηριστικότερο πάντως παράδειγμα, που θα αναπτυχθεί λεπτομερώς παρακάτω, αποτελούν οι ποικίλες αξιώσεις (ως σχετικά δικαιώματα) που γεννώνται σε περίπτωση προσβολής εμπραγμάτου δικαιώματος (πλήρους ή περιορισμένου) ή και άλλου δικαιώματος απόλυτου χαρακτήρα, π.χ. δικαιώματος στην προσωπικότητα (άρθρ. 57-59 ΑΚ).

Στο χώρο τέλος των αξιογράφων εντοπίζει κανείς εναργέστατα την αρμονική λειτουργική συνύπαρξη απόλυτων και σχετικών δικαιωμάτων, όπου υπάρχει αφενός το απόλυτο (εμπράγματο) δικαίωμα κυριότητας στο έγγραφο και αφετέρου το σχετικό (ενοχικό δικαίωμα), που ενσωματώνεται στο έγγραφο («εγχαρτώνεται»), ώστε για την ενάσκησή (ιδίως δε την μεταβίβασή) του να είναι απαραίτητη η κατοχή του υλικού του φορέα (πράγματος-εγγράφου). Το ίδιο συμβαίνει (αντίστροφα) και στην περίπτωση των εμπραγμάτων ασφαλειών, π.χ. του ενεχύρου, όπου, εξαιτίας της αδιάστικτης ισχύος της αρχής του παρεπομένου³⁴, η ύπαρξη του εμπράγματος-απόλυτου δικαιώματος εξαρτάται από την ύπαρξη του σχετικού-ενοχικού.

2. Το απόλυτο δικαίωμα κυριότητας - μερικές ιστορικές αναφορές

Α) Γενικά

Το δικαίωμα κυριότητας (άρθρ. 973, 999, 1000 ΑΚ) αποτελεί στο δίκαιο του Αστικού Κώδικα το κατ' εξοχήν πρότυπο απόλυτου δικαιώματος. Ως τέτοιο έχει τύχει της εκτενέστερης ρύθμισης που επιφυλάσσεται σε ένα απλό, κατά τα άλλα, περιουσιακό δικαίωμα (ουσίας και αξίας). Οι σχετικές διατάξεις, μόνο του εμπραγμάτου δικαίου (άρθρ. 999-1117 ΑΚ), εκτείνονται σε τέσσερα κεφάλαια, πράγμα λογικό, αν αναλογιστεί κανείς ότι συνιστά το πιο περιεκτικό δικαίωμα, που παρέχει άμεση εξουσία πάνω σε ένα πράγμα.

Τον πρώτο ορισμό του δικαιώματος κυριότητας, που τόσο προσομοιάζει με τους σύγχρονους³⁵, οφείλουμε στον κατ' εξοχήν εκπρόσωπο των Μεταγλωσσογράφων *Bartolus de Saxo Ferrato* σε σημείωμα που έγραψε στην D. 41. 2. 17³⁶ (“*Dominium est jus de re corporali perfecte disponendi si rei copiam habeas, sin minus, vendicandi, nisi vel lege vel conventione prohibearis*”)^{37,38}. Οι Ρωμαίοι,

34. Άρθρ. 1210 ΑΚ.

35. Βλ. άρθρ. 1000 ΑΚ. Πρβλ. επίσης § 903 εδ. 1 γερμΑΚ. άρθρ. 544 γαλλΑΚ. Άρθρ. 641 I ελβΑΚ §§ 353-354 αυστρΑΚ.

36. Ουλπιανός: «Διαφορά δε μεταξύ κυριότητος και νομής είναι η εξής: ότι η μεν κυριότης μένει ουδέν ήττον εκείνου, όστις δεν ήθελεν να είναι κύριος, η νομή όμως αποβάλλεται, άμα τις εξεδήλωσεν ότι δεν θέλει να νέμηται. Εάν τις λοιπόν με τοιαύτην πρόθεσιν παρέδωκεν νομήν, ίνα κατόπιν αποκατασταθή αυτό, παύει νέμηται».

37. *Balthasar*, Vom “Knastbruder” zum Professor der Rechte. Johann Apel zur Unterschei-

όπως είναι γνωστό, υπήρξαν «Εμπειρικοί του Δικαίου»³⁹. Το νομικό οικοδόμημα που κατέλειψαν δεν χαρακτηρίζεται από Συστηματικότητα ούτε Αφαιρετικότητα⁴⁰, στοιχεία όχι πάντως απαραίτητα για το περιπτωσιολογικό τους δικαιοσύστημα. Δεν είναι δε τυχαίο ότι στο πλαίσιο αυτό απέφυγαν τους νομοθετικούς ορισμούς⁴¹. Στα θέματα που ερευνώνται εδώ δεν μπορεί μεν να αποσιωπηθεί η συμβολή τους στη θεμελιώδη μέχρι και σήμερα διάκριση⁴² ανάμεσα στη Νομή (possessio) και την Κυριότητα (dominium-remum dominium-proprietas), αλλά ούτε και το γεγονός ότι απέφυγαν (για λόγο που θα εκτεθεί παρακάτω) να δώσουν τον ορισμό της Κυριότητας⁴³, αντίθετα με ό,τι έπραξαν με την Νομή⁴⁴. Δεν διαμόρφωσαν επίσης γενική θεωρία περί Δικαιώματος (αρκούμενοι στην τριμερή διάκριση του *Γαΐου*, για Personae-Res-Actiones⁴⁵), πράγμα που έγινε κατά την εποχή του *Usus Modernus Pandectarum* με την καθοριστική συμβολή του *Johannes Apel*, που, όπως απέδειξε σχετική έρευνα, πρώτος διέκρινε ανάμεσα σε εμπράγματα και ενοχικά δικαιώματα (Sunt ergo duo universae jurisprudentiae capita, Dominium et Obligatio)⁴⁶, που στη συνέχεια οριστικοποιήθηκαν στις δύο κλασικές ομάδες, δηλαδή στα jura in re (απόλυτα-εμπράγματα) και στα jura ad rem (σχετικά-ενοχικά)⁴⁷, ούτε φυσικά και για το δικαίωμα κυριότητας.

dung zwischen obligatorischen und dinglichen Rechten. Σε: Zivilrechtliche Entdecker. (Hrsg. Th. Hoeren) Muenchen 2001, 52. Coing, Europaeisches Privatrecht. Bd. I Muenchen 1985, 292.

38. Βλ και C. 4, 35, 21. «...Διότι του μεν ιδίου πράγματος εις έκαστος ιθυντής και διαιτητής ων, ουχί μεν πάντα τα πράγματα αλλά τα πλείστα από οικείας προαιρέσεως ποιεί...».

39. Balthasar, Vom “Knastbruder” zum Professor der Rechte. Johann Apel zur Unterscheidung zwischen obligatorischen und dinglichen Rechten, σε: Zivilrechtliche Entdecker. (Hrsg. Th. Hoeren) Muenchen 2001, 37 επ., 47.

40. Επρεπε να μεσολαβήσουν, μετά την επανακάλυψη των Πανδεκτών, οι Γλωσσογράφοι, ο jusus modernus pandectarum και οι Πανδεκτιστές του 19ου αιώνα, για να αποτελέσει το ρωμαϊκό δίκαιο την βάση του σύγχρονου ευρωπαϊκού αστικού δικαίου.

41. Βλ. D. 50. 17. 202 (Ιαβολένος) “Omnis definitio in jure civili periculosa est”.

42. Πρβλ. D. 41. 2. 12. 1 (Ουλιανός) «Ουδέν κοινόν έχει κυριότητης μετά νομής».

43. Πρβλ.. D. 29. 5. 1 και D 41. 1. 13 και σχετικά Windscheid/Kipp (Αργυρό), Σύστημα ρωμαϊκού δικαίου. Τόμος Β. Εν Αθήνας 1915, 213, όπου και παραπ.

44. Βλ. D 41. 2. 1 (Παύλος) «Possessio εκλήθη, ως και ο Λαβέων λέγει, από των sedes οιοει positio, καθόσον φυσικώς υπόκειται το πράγμα, εις εκείνον, όστις περί αυτό διατρίβει, όπερ οι Έλληνες κατοχήν ονομάζουσιν».

45. Gaius, Inst. I. 8.

46. Balthasar, Vom “Knastbruder” zum Professor der Rechte. Johann Apel zur Unterscheidung zwischen obligatorischen und dinglichen Rechten, σε: Zivilrechtliche Entdecker. (Hrsg. Th. Hoeren) Muenchen 2001, 53.

47. Coing, Europaeisches Privatrecht. Bd. I Muenchen 1985, 173 επ. Πρβλ. επίσης Coing, Zur Geschichte des Privatrechtssystems. Frankfurt 1962, 38 επ.

B) Η κυριότητα ως δικαίωμα

Ο πολὺς *Andreas von Tuhr* διαπίστωνε το 1910⁴⁸ “*Der zentrale Begriff des Privatrechts.... ist das subjektive Recht.... Die roemischen Juristen haben sich fuer das Problem nicht interessiert*”. (Η κεντρική έννοια του ιδιωτικού δικαίου ... είναι ... το Δικαίωμα ... Οι ρωμαίοι Νομικοί δεν ενδιαφέρθηκαν για το πρόβλημα). Όντως, κατά παγιωμένη στη σχετική Φιλολογία άποψη, για τους Ρωμαίους νομομαθείς⁴⁹ ήταν άγνωστη η έννοια του δικαίωματος (*Jus*)^{50,51} και συνεπώς αδιανόητο πέρα από το πράγμα (*res*) να υφίσταται και δικαίωμα κυριότητας (*dominium*) πάνω σε αυτό⁵². Απλά στο πράγμα ενσωματωνόταν και αυτή η εξουσία, που αργότερα θα αποτελούσε το απόλυτο δικαίωμα του κυρίου (*jus in re, cuius species dominium est*). Ο κύριος δεν είχε δικαίωμα (κυριότητας), αλλά απλά κατείχε το ίδιο το πράγμα (*rem habere*)⁵³. Πράγματι η έννοια του (εμπραγματού) δικαίωματος κυριότητας δεν ήταν, τουλάχιστον όπως την αντιλαμβανόμαστε σήμερα, ταυτόσημη με τις αντίστοιχες ρωμαϊκές αντιλήψεις, όπου επικρατούσε η απλοϊκή (για τα σημερινά δεδομένα) αντίληψη πως ο κύριος έχει το πράγμα στην εξουσία του και όχι δικαίωμα πάνω στο πράγμα. Για τον ίδιο λόγο αντιλαμβάνονταν οι Ρωμαίοι και την μεταβίβαση, ως μεταβίβαση του ίδιου του πράγματος και όχι του δικαίωματος κυριότητας σε αυτό⁵⁴. Η *lex Aquilia*, που προσέφερε τα αδιοπρακτικά ένδικα βοηθήματά της σε περίπτωση βλάβης ή αφαίρεσης, δεν προστάτευε έτσι το δικαίωμα στο πράγμα, αλλά αυτό το ίδιο⁵⁵.

48. *Andreas v. Tuhr*, *Der allgemeiner Teil des deutschen buergerlichen Rechts*. Bd. 1 1910, 53.

49. Την αδυναμία διαχωρισμού του πράγματος (ως αντικειμένου του δικαίωματος) από το δικαίωμα κυριότητας σε αυτό εξέφραζε η διαπίστωση του Νομικού του Μεσαίωνα, *Feldenus*, ότι δεν έχει κανείς συμφέρον πέραν από το πράγμα που κατέχει να έχει (επιπρόσθετα) και δικαίωμα κυριότητας σε αυτό: “*negotium dominium esse jus quod in res suas nemo jus habere queat*”. Βλ. *Balthasar*, Vom “*Knastbruder*” zum Professor der Rechte. *Johann Apel zur Unterscheidung zwischen obligatorischen und dinglichen Rechten*. Σε: *Zivilrechtliche Entdecker*. (Hrsg. Th. *Hoeren*) Muenchen 2001, 50, όπου και παραπ.

50. *Coing*, *Zur Geschichte des Privatrechtssystems*. Frankfurt 1962, 32 επ.

51. Βλ. D. 1. 1. 11. για την σημασία του όρου *Jus*.

52. Πρβλ. ενδεικτικά D (*Γάιος*), 39. 2. 19 και D (*Ουλπιανός*), 39. 2. 13. 1, που διαχωρίζουν ρητά τον κύριο του πράγματος από τον έχοντα σε αυτό (κάποιο) δικαίωμα.

53. Η αντίληψη αυτή φαίνεται να επιβίωσε μέχρι και την εποχή των πρώιμων γερμανών Πανδεκτιστών, όπου μερικοί διέκριναν μεταξύ δικαίωματος κυριότητας και κυριότητας (ως φυσικής δυνατότητας αποκλειστικής απόλαυσης του πράγματος). Βλ. για την σχετική συζήτηση, *Windscheid/Kipp (Αργυρό)*, Σύστημα ρωμαϊκού δικαίου. Τόμος Β. Εν Αθήναις 1915, 221 σημ. 1, όπου και πλήθος παραπομπών.

54. Βλ. και *Coing*, *Zur Geschichte des Privatrechtssystems*. Frankfurt 1962, 37.

55. *Balthasar*, Vom “*Knastbruder*” zum Professor der Rechte. *Johann Apel zur Unterscheidung zwischen obligatorischen und dinglichen Rechten*. Σε: *Zivilrechtliche Entdecker*. (Hrsg. Th. *Hoeren*) Muenchen 2001, 49. *Coing*, *Zur Geschichte des Privatrechtssystems*. Frankfurt 1962, 37.

Γ) Κυριότητα ως απόλυτο δικαίωμα

Από την στιγμή που αναγνωρίστηκε πια (βασικά από τα τέλη του 15^{ου} αιώνα, στην ισπανική θεωρία του φυσικού δικαίου αρχικά)⁵⁶ το δικαίωμα κυριότητας, αναγκαία θα έπρεπε να αναζητηθεί η σχέση του προς το απόλυτο δικαίωμα⁵⁷. Η σχέση μεταξύ τους είναι αναντίρρητα σχέση *Γένους προς Είδος*. Το εμπράγματο δικαίωμα δεν ταυτίζεται με το απόλυτο. Απλά αποτελεί, όπως και άλλα, που εμφανίζουν τα ίδια δογματικά χαρακτηριστικά, που σκιαγραφήθηκαν παραπάνω (Δικαίωμα στην προσωπικότητα, στην πνευματική ιδιοκτησία, οικογενειακά, κληρονομικά κλπ.)⁵⁸, μια στενότερη κατηγορία απολύτων δικαιωμάτων, δηλαδή τέτοιων που δεν είναι σχετικά⁵⁹, ενώ τα τελευταία (αν και ποσοτικά περισσότερα) δεν αποτελούν φυσικά Γένος έναντι των απολύτων. Σε ό, τι αφορά τώρα στη σχέση ανάμεσα στον απόλυτο χαρακτήρα αφενός του εμπραγμάτου δικαιώματος και στην αποκλειστική-άμεση εξουσίαση του αντικειμένου του (πράγματος) εκ μέρους του φορέα του, μπορεί κανείς να δει μια σχέση αλληλεξάρτησης. Έτσι είναι δυνατόν να θεωρήσει κανείς στην άμεση εξουσίαση του πράγματος την δικαιολογία για τον απόλυτο χαρακτήρα, ή ακόμη να δεχθεί κανείς (αντίστροφα) την «Απολυτότητα» ως μέσο για την πραγματοποίηση της άμεσης εξουσίασης⁶⁰.

3. Ποια είναι η έννοια (ίσως και η σκοπιμότητα) της λεγόμενης *erga omnes* ισχύος του απόλυτου δικαιώματος

Η *erga omnes* ισχύς των απολύτων δικαιωμάτων φαίνεται να απαντά *prima facie* μόνο στο ερώτημα σχετικά με τον κύκλο των υποχρέων. Με αυτή την έν-

56. *Hattnhauer*, Grundbegriffe des buergerlichen Rechts. Muenchen 1982, 116.

57. Βλ. για την εξελίξη της έννοιας του δικαιώματος και ειδικά του δικαιώματος κυριότητας, μέχρι την οριστικοποίηση της σχετικής συζήτησης στην § 903 γερμΑΚ, *Hattnhauer*, Grundbegriffe des buergerlichen Rechts. Muenchen 1982, 124 επ.

58. Η Νομική επιστήμη οφείλει στον γάλλο νομομαθή της Αναγέννησης, *Hugo Donellus*, την υπέρβαση της αποκλειστικής διάκρισης των δικαιωμάτων σε ενοχικά και εμπράγματα, που επέτρεψε τελικά την αναγνώριση και άλλων απολύτων δικαιωμάτων, ιδίως μάλιστα αυτού στην Προσωπικότητα. Κατά το σχήμα που πρότεινε, τα δικαιώματα διακρίνονταν σε εκείνα που έχουν ως αντικείμενο ό,τι μας οφείλεται (*quod nobis debetur*) και σε εκείνα που έχουν ως αντικείμενο ό,τι μας ανήκει (*jus vere et proprie nostrum*). Στη δεύτερη κατηγορία κατέτασσε όχι μόνο την κυριότητα (*Dominium-proprietas*), αλλά και ό,τι αργότερα θα αποτελούσε ιδιαίτερο απόλυτο δικαίωμα, δηλαδή (το δικαίωμα στη) ζωή, σωματική ακεραιότητα, ελευθερία και υπόληψη (*vita, incolumitas corporis, libertas, existimatio*). *Balthasar*, Vom "Knastbruder" zum Professor der Rechte. Johann Apel zur Unterscheidung zwischen obligatorischen und dinglichen Rechten. Σε: *Zivilrechtliche Entdecker*. (Hrsg. Th. *Hoeren*) Muenchen 2001, 56. Βλ. επίσης *Coing*, *Europaeisches Privatrecht*. Bd. I Muenchen 1985, 173 επ. για την διεύρυνση των *jura in re*.

59. *Bucher*, *Das subjektive Recht als Normsetzungsbefugnis*. Tuebingen 1965, 136.

60. *Zulliger*, *Eingriffe Dritter in Forderungsrechte*. Zuerich 1987, 143, όπου και αναφορές σε άλλους συγγραφείς για τις υποστηριζόμενες σχετικά απόψεις.

νοια, η διάκριση έχει ένα τυπικό-φορμαλιστικό χαρακτήρα⁶¹. Ποιο είναι όμως το ουσιαστικό περιεχόμενο αυτής της λεγόμενης έναντι πάντων ισχύος; Ο νόμος, φυσικά, ρητά δεν την επιβάλλει, ούτε και δίδει, αμέσως τουλάχιστον, απάντηση ως προς το περιεχόμενό της. Θα μπορούσε έτσι να υποστηριχθεί πως, αν η εξουσία του φορέα του δικαιώματος έγκειται, ασκώντας το, στο να επιβάλει στον υπόχρεο (συγκεκριμένο ή απροσδιόριστο, ανάλογα με το εάν το δικαίωμα είναι σχετικό ή απόλυτο) να προβεί σε μια πράξη ή μια παράλειψη (ή ανοχή), θα μπορούσε να βρει την έκφρασή της, στα απόλυτα δικαιώματα, με την υποχρέωση όλων να σεβαστούν το δικαίωμα, δηλαδή να παραλείπουν διαρκώς να το προσβάλουν. Αυτό όμως είναι η μια πλευρά του νομίσματος, αφού στην υποχρέωση σεβασμού εκ μέρους των τρίτων («*Διά τούτο επί εμπραγμάτων δικαίων, ο δικαιούχος κατά τούτο σχετίζεται προς τα λοιπά πρόσωπα, καθόσον οφείλουσιν ταύτα να μην παρενοχλώσιν αυτόν περί την άσκησιν του δικαίου του ...*»)⁶², που θα εκδηλώνεται με διαρκή παράλειψη, θα πρέπει να αντιπαραβληθεί η εξουσία του φορέα του δικαιώματος να την επιβάλει. Κάτι τέτοιο είναι μεν θεωρητικά σωστό, αλλά δεν συνεισφέρει καθόλου σε μια ρεαλιστική προσέγγιση.

Με βάση την κυριαρχούσα αντίληψη πως το απόλυτο δικαίωμα στρέφεται κατά παντός, θα μπορούσαμε να θεωρήσουμε, για παράδειγμα, ότι το (απόλυτο) δικαίωμα από την κυριότητα συναπαρτίζεται από το (άπειρο) σύνολο των εννόμων σχέσεων-αξιώσεων που συνδέουν τον φορέα-κύριο με όλους τους άλλους ανθρώπους, απανταχού της Γης! Για την ιστορική πληρότητα θα πρέπει να επισημανθεί πως ήδη ο *Dernburg*⁶³, αλλά και άλλοι σύγχρονοί του (*Thon, Kohler*), είχε εκφράσει κατά ιδιαίτερα εναργή τρόπο την αντίθεσή του σε αυτή την αντίληψη για την *erga omnes* ισχύ του απόλυτου δικαιώματος: «... *Ανόητον κηρύσσεται το να επιτάσσει το ημέτερον δίκαιον εις πάντας της υδρογείου σφαίρας τους ανθρώπους, να απέχουσιν πάσης επενεργείας επί ορισμένου πράγματος (μας)*». Αν όλοι οι άνθρωποι έχουν υποχρέωση (ακόμη και αν δεν το γνωρίζουν ή τους είναι αδιάφορο) να σεβαστούν το απόλυτο δικαίωμα, τότε και αντίστροφα ο κύριος θα πρέπει να έχει αξιώσεις εναντίον όλων αυτών. Ο Α, κάτοικος Αθηνών, θα έχει έτσι π.χ. αξίωση κατά του άγνωστου του Β, κατοίκου Θεσσαλονίκης (όπως και εναντίον οποιουδήποτε άλλου, όπου αυτός βρίσκεται), για σεβασμό της κυριότητάς του στο αυτοκίνητό του, δηλαδή για αποφυγή (παράλειψη) προσβολής, ακόμη και αν ποτέ δεν ήλθε ούτε θα έλθει σε επαφή μαζί του. Αλλά και ακόμη παραπέρα, διερωτάται κανείς για την χρησιμότητα μιας τέτοιας αξίωσης, αν ο Β

61. *Zulliger*, *Eingriffe Dritter in Forderungsrechte*. Zuerich 1987, 141 με παρ. παραπ.

62. *Οικονομίδης*, *Στοιχεία του αστικού δικαίου*. Βιβλίον πρώτον. Γενικά Αρχαί. Έκδ. Β. Εν Αθήναις 1893, 225.

63. *Dernburg* (*Δοκτριώνων*) Σύστημα ρωμαϊκού δικαίου. Γενικά Αρχαί. Έκδ. Β. Εν Αθήναις 1911, 137.

όχι μόνο αγνοεί την ύπαρξη της κυριότητας του Α, αλλά και ούτε σκέφτεται να την προσβάλει ποτέ αδιαφορώντας γενικά για το δικαίωμα του Α⁶⁴.

Η αντίληψη, πως το εμπράγματο-απόλυτο δικαίωμα επιβάλλει υποχρέωση σε κάθε τρίτο να μην παρενοχλεί τον δικαιούχο κατά την άσκηση των απορρεουσών από αυτό εξουσιών, είναι μεν συνεπής με την γενικότερη δογματική αντίληψη για την φύση του δικαιώματος, ως απονεμόμενης από το δίκαιο εξουσίας για ικανοποίηση άξιων προστασίας συμφερόντων, η οποία δεν είναι νομικά μετέωρη, αλλά πάντοτε κατευθυνόμενη προς ένα υπόχρεο, όμως εδώ θα πρέπει κανείς να συνδυάσει την Δογματική με την πρακτική σκοπιμότητα, στο τέλος δε και με το θετικό δίκαιο.

Θα πρέπει λοιπόν να σκεφτεί κανείς μια άλλη εννοιολογική προσέγγιση του απόλυτου δικαιώματος. Ο Windscheid⁶⁵ έσπειρε ήδη από την εποχή του τον σπόρο της αμφισβήτησης και προσπάθησε με την σειρά του να φέρει τα πράγματα πιο κοντά στην πραγματικότητα, υποστηρίζοντας πως αληθώς τα εμπράγματα δικαιώματα δεν απευθύνονται γενικά κατά πάντων⁶⁶, αλλά μόνο κατά ορισμένων αβέβαιων προσώπων (*incertae perosnae*), και κυρίως μόνο έναντι εκείνων τους οποίους το δικαίωμα «ορά», δηλαδή κατά εκείνων μόνο που βρίσκονται σε τέτοια θέση, ώστε να μπορούν να το προσβάλουν.

Το απόλυτο δικαίωμα δεν περιέχει όντως a priori αξιώσεις κατά πάντων για παράλειψη προσβολών. Ούτε φυσικά υπάρχει αξίωση που δεν θα στρέφεται εναντίον κάποιου συγκεκριμένου υποχρέου σύμφωνα με την βασική ρύθμιση του άρθρου 247 ΑΚ⁶⁷.

Ο φορέας του απόλυτου δικαιώματος έχει απλά τις εξουσίες που απορρέουν από αυτό (π.χ. για χρήση, κάρπωση, διάθεση κλπ.) και τις ασκεί κατά το δοκούν, στα όρια της έννομης τάξης.

Οι τρίτοι, χωρίς να είναι υπόχρεοι σε σχετική αξίωση του κυρίου, στο πλαίσιο της γενικής δικαιοκτικής αρχής του *naeminem laedere*, πρέπει να απέχουν από

64. Schwab, Einführung in das Zivilrecht. 16te Aufl. Heidelberg 2005, 86 επ. Στο ίδιο πνεύμα ήδη και Dernburg (Δοβουνιώτης) Σύστημα ρωμαϊκού δικαίου. Γενικά Αρχαί. Έκδ. Β. Εν Αθήναις 1911, 137 σημ. 8, όπου και άλλες παραπομπές σε σύγχρονους του συγγραφείς.

65. Windscheid/Kipp (Αργυρό), Σύστημα ρωμαϊκού δικαίου. Τόμος Α. Εν Αθήναις 1915. 230 σημ. 2.

66. Με την ρητή ρύθμιση της § 194 I γερμΑΚ (πρβλ. άρθρ 247 ΑΚ) η συζήτηση στην πανδεκτιστική Φιλολογία για την ύπαρξη αξιώσεων κατά πάντων, έχασε το νόημά της. Βλ. Windscheid / Kipp (Αργυρό), Σύστημα ρωμαϊκού δικαίου. Τόμος Α. Εν Αθήναις 1915, 255 σημ. 3, όπου και αναφορές σε άλλους συγγραφείς της Εποχής. Dernburg (Δοβουνιώτης) Σύστημα ρωμαϊκού δικαίου. Γενικά Αρχαί. Έκδ. Β. Εν Αθήναις 1911, 136 σημ. 8.

67. Μόνο με την αποδοχή της ύπαρξης αξίωσης κατά πάντων (που είναι απορριπτέα πάντως λόγω του άρθρου 247 ΑΚ, κατά τα λεχθέντα παραπάνω) θα μπορούσε κανείς να δεχθεί πως το απόλυτο δικαίωμα στρέφεται όντως κατά πάντων. Βλ. και Dernburg (Δοβουνιώτης) Σύστημα ρωμαϊκού δικαίου. Γενικά Αρχαί. Έκδ. Β. Εν Αθήναις 1911, 137 σημ. 8 in fine.

προσβλητικές δράσεις, σεβόμενοι απλά το δικαίωμα, αν συμβεί να έλθουν σε επαφή μαζί του^{68,69}.

Έννομες σχέσεις και αξιώσεις (καθώς και δυνατότητα αυτοδύναμης προστασίας στα όρια του νόμου) δημιουργούνται μόλις λάβει χώρα η (απευκταία) προσβολή⁷⁰, που αποτελεί σιωπηρή *condictio juris* για την δημιουργία αξιώσεων. Απομυθοποιώντας τα απόλυτα δικαιώματα και, ιδίως, αφαιρώντας τους μια εξουσία που ούτε έχουν ούτε μπορούν να αποκτήσουν, μπορεί κανείς άφοβα να επαναλάβει την διαπίστωση: «*Τα σχετικά δικαιώματα είναι αξιώσεις, τα απόλυτα δικαιώματα τίκτουσιν αξιώσεις, εν συνδυασμό προς την Εξουσία*»⁷¹ και παραπάνω θα έλεγε κανείς λοιπόν ότι το απόλυτο δικαίωμα, ως μη περιέχον *per se* αξίωση, δεν στρέφεται κατά άλλου προσώπου, και πολύ περισσότερο κατά πάντων⁷², μια που δεν υπάρχει αξίωση στρεφόμενη επίσης κατά πάντων. Αποτελεί μόνο μια *εν δυνάμει* πηγή αξιώσεων κατά προσώπων, αγνώστων μεν τώρα αλλά γνωστών μόλις αυτά το προσβάλουν. Το σωστό είναι, λοιπόν, πως το απόλυτο δικαίωμα είναι απλά, *κατά κανόνα, από την φύση του δηλαδή*⁷³, *δεκτικό προσβολής υπό πάντων*. Το απόλυτο δικαίωμα δημιουργεί δηλαδή από μόνη την ύπαρξή του μια *λανθάνουσα κατάσταση ενδεχόμενης προσβολής* του. Όταν αυτή λάβει χώρα, γεννάται αξίωση κατά του (άγνωστου μέχρι τότε) προσβολέα. Ο απόλυτος χαρακτήρας εδώ, λοιπόν, ακριβώς εντοπίζεται στον άγνωστο στην αρχή αλλά συγκεκριμενοποιήσιμο στη συνέχεια υπόχρεο, εναντίον του οποίου ο φορέας θα έχει, μόλις λάβει χώρα (ή επαπειλείται σοβαρά

68. Με αυτή την προσεγγιση δικαιολογείται και η επιβαλλόμενη *Δημοσιότητα* ιδίως στα εμπράγματα δικαιώματα, αλλά και στα ενοχικά που προικοδοτούνται με ενέργεια έναντι τρίτων. Για να μπορεί να απαιτήσει κανείς από έναν ακαθόριστο αριθμό προσώπων τον σεβασμό του δικαιώματος και να τους επιβάλει την απαγόρευση προσβολής του, πρέπει να τους κάνει γνωστή την ύπαρξή του. Δεν μπορεί να απαιτήσει κάποιος τήρηση μιας συγκεκριμένης συμπεριφοράς από κάποιον σε σχέση με κάτι που αυτός το αγνοεί.

69. *Windscheid/Kipp (Αργυρό)*, Σύστημα ρωμαϊκού δικαίου. Τόμος Α. Εν Αθήναις 1915, 255 σημ. 3: «Προ της αθετήσεως (Πριν δηλαδή από την προσβολή, που γεννά την αξίωση), ουδέν άλλο υπάρχει ή το παράγγελμα (Imperativ), του εξ αντικειμένου δικαίου.»

70. *Schwab*, Einführung in das Zivilrecht. 16te Aufl. Heidelberg 2005, 87.

71. *Windscheid/Kipp (Αργυρός)*, Σύστημα ρωμαϊκού δικαίου. 8η Έκδ. Τόμος Α. Εν Αθήναις 1915, 254 σημ. 2.

72. Ενδεικτική της σύγχυσης είναι και η εξής επισήμανση του *Γ. Μπαλή* (ΓενΑρχ. § 133, σ. 347 in fine): «...*τουναντίον η in rem αξίωσις (η απορρέουσα δηλαδή από απόλυτο δικαίωμα) στηρίζεται επί δικαιώματος μη κατευθυνομένου εξ υπαρχής καθ' ορισμένου προσώπου, αλλά απλώς ενεργούντος έναντι παντός όστις εναντιούται προς το δικαίωμα, χωρίς όμως τούτο να σημαίνει ότι παράγει εξ υπαρχής και αξίωσιν κατά παντός...*».

73. Κατ' εξαίρεση δεκτικό προσβολής από Τρίτο, πέραν του οφειλέτη, γίνεται γενικά δεκτό, χωρίς ρητή ρύθμιση, ότι είναι και το σχετικό (ενοχικό) δικαίωμα. Για τον λόγο όμως αυτό ο νόμος δεν προβλέπει ειδικά ένδικα βοηθήματα ή αξιώσεις αποκαταστατικές, όπως πράττει στα απόλυτα δικαιώματα, αλλά όπως ειπώθηκε αρκείται κανείς σε αδικοπρακτικές αξιώσεις (άρθρ. 914, 919 ΑΚ). Πρβλ. και *Λιτζερόπουλο*, Στοιχεία Ενοχικού Δικαίου. Αθήναι 1960, 14 επ.

και συγκεκριμένα⁷⁴) η προσβολή, τα ειδικά αλλά και γενικά ένδικα βοηθήματα (αξιώσεις) που στο πλαίσιο του αρνητικού (αμυντικού) στοιχείου του απόλυτου δικαιώματος⁷⁵ τού χορηγεί η έννομη τάξη, χωρίς να αποκλείεται φυσικά και η σύννομη αυτοδύναμη προστασία.

Συνοψίζοντας: Η αντίληψη για την *erga omnes* ισχύ του απόλυτου δικαιώματος προέκυψε, ιστορικά, σε μια εξελικτική φάση του δόγματος, όπου δεν είχε ακόμη ξεκαθαριστεί η έννοια της αξίωσης του ουσιαστικού δικαίου, όπως νομοθετικά κατοχυρώθηκε από την 1.1.1900, στη Γερμανία αρχικά^{76,77,78,79}.

Επομένως το να συζητά κανείς σήμερα πια, υπό το κράτος της αδιάσπικτης διατύπωσης του άρθρου 247 ΑΚ, για ισχύ έναντι πάντων, είναι τουλάχιστον αμφίβολης πειστικότητας. Το απόλυτο δικαίωμα δεν στρέφεται από την γέννησή του κατ' ουδενός. Ούτε ακόμη και κατ' εκείνου του αγνώστου (*incertus*), που είναι σε θέση να το προσβάλει, εφόσον δεν προβαίνει σε προσβολή του.

Η ειδοποιός διαφορά ανάμεσα στα σχετικά και τα απόλυτα δικαιώματα τελι-

74. Οπότε θα έχει την, με βάση αναλογία δικαίου, προληπτική αξίωση για παράλειψη, εναντίον όμως συγκεκριμένου προσώπου από το οποίο προέρχεται η συγκεκριμένη απειλή. Βλ. Κορνηλάκη, ΕιδΕνοχΔ Ι. Αθήνα/Θεσσαλονίκη 2002, 664 επ. Σταθόπουλο, ΓενΕνοχΔ. 4η Έκδ. Αθήνα / Θεσσαλονίκη 2004, 116 επ.

75. Βλ. Άρθρ. 1000 ΑΚ («... και να αποκλείει κάθε ενέργεια άλλου πάνω σ' αυτό». Βλ. σχετικά αντί άλλων Γεωργιάδη, ΕμπρΔ Ι, 264 επ. Πρβλ. επίσης άρθρ. 57 εδ. 1 ΑΚ «Όποιος προσβάλλεται παράνομα.»).

76. Αυτό συνέβη μετά την αποδοχή της διδασκαλίας του *B. Windscheid*, που το 1856, στη γνωστή Μονογραφία του «Die actio des roemischen Civilrechts» διαχώρισε την ρωμαϊκή *actio* ανάμεσα σε ένα δικαίωμα του ουσιαστικού δικαίου, την «αξίωση» (*Anspruch*), ως ιδιαίτερη μορφή εξουσιαστικού-σχετικού δικαιώματος, και σε ένα δικονομικό βοήθημα, την αγωγή (*Klage*). Η νομοθετική επιβεβαίωση ήλθε μερικες δεκαετίες αργότερα, με την συμπερίληψη στον γερμΑΚ, ως νομοθετικού ορισμού (*Legaldefinition*) πια στην § 194 Ι, χάρις στον ίδιο τον *B. Windscheid*, που διετέλεσε το 1874 μέλος της λεγόμενης πρώτης επιτροπής (*Erste Kommission*) σύνταξης του γερμΑΚ, της έννοιας της αξίωσης του ουσιαστικού δικαίου. Χάριν της πληρότητας πρέπει πάντως να αναφερθεί πως κατά τον *Dernburg* (*Dernburg* (*Δοβοννιώτης*) Σύστημα ρωμαϊκού δικαίου. Γενικά Αρχαί. Έκδ. Β. Εν Αθήναις 1911, 453 σημ. 3), με επιστήριξη στη D. 48, 7, 7, ήταν γνωστή η διάκριση μεταξύ αγωγής (*actio*) και αξιώσεως (*petitio*). «*Si quas tu putas te habere petitiones, actionibus experiaris*».

77. *Raiser*, Der Stand der Lehre vom subjektiven Recht im deutschen Zivilrecht. JZ 1961, 466.

78. Με την εισαγωγή του ΚΠολΔ εξωβελίστηκε από το νομοθέτημα αυτό ο τεχνικός όρος *αξίωση* και αντικαταστάθηκε από τον όρο *απαίτηση*, κατά πλειοψηφία, και παρά τις αντιρρήσεις του *Γ. Μητσόπουλου*. Με τον όρο *απαίτηση* αποδίδεται συνήθως το δικαίωμα του δανειστή, που στρέφεται κατά του οφειλέτη του, συμπίπτον έτσι με την ενοχική αξίωση. Ο όρος *αξίωση*, στο δικονομικό δίκαιο, έχει άλλο περιεχόμενο, όταν φυσικά γίνεται λόγος ή υπονοείται η λεγόμενη *δικονομική αξίωση*. Πρβλ. αντί άλλων *Γαζή*, Τροποποιήσεις του αστικού κώδικος υπό του κώδικος πολιτικής δικονομίας. Εισ: *Α. Γαζή*, Μελέτες και Άρθρα. Τόμος Ι. 1937-1997. Αθήνα-Κομοτηνή 1998, 401 επ., ιδίως 446 επ., με παρ. παραπ.

79. Για το αντίθετο όμως θέμα, αν δηλαδή στοιχείο της αξιώσεως του ουσιαστικού δικαίου πρέπει να είναι το αγωγήμο, βλ. *Αστ. Γεωργιάδη*, ΓενΕνοχΔ Ι, Β' Έκδ. Θεσσαλονίκη 1991, 27 με παρ. παραπ.

κά συνίσταται στο ότι στα πρώτα (επειδή *ενυπάρχει ήδη αξίωση σε αυτά*⁸⁰) ο υπόχρεος είναι εξαρχής *προσδιορισμένος* ή κατά περίπτωση *προσδιορισίμος*, ενώ στα απόλυτα, που δεν περιέχουν *rei se* αξίωση, ο «υπόχρεος» είναι άγνωστο-τυχαίο πρόσωπο, που θα ταυτοποιηθεί όταν λάβει χώρα προσβολή, εκ μέρους του, του δικαιώματος (υπάρξει δηλαδή ενέργεια-επέμβαση τρίτου στο αρνητικό περιεχόμενο του απόλυτου δικαιώματος⁸¹), οπότε και θα γεννηθεί ακαριαία κατ' αυτού και αξίωση.

4. *Μερικές εισαγωγικές επισημάνσεις σχετικά με την αξίωση (απόδοσης) στο ουσιαστικό (εμπράγματο) δίκαιο*

Η ουσία της διακρίσεως του Ρωμαϊκού από τα σύγχρονα Δίκαια συνίσταται στο γεγονός ότι οι Ρωμαίοι δεν (φαίνεται να) γνώριζαν, όχι μόνο την έννοια του Δικαιώματος, όπως ήδη παραπάνω λέχθηκε, αλλά φυσικά ούτε και την επάλληλη (συνεχόμενη) διάκριση μεταξύ Αξιώσεως και Δικαιώματος⁸². Συνεπώς δεν επιδιωκόταν με την *rei vindicatio* η δικαστική ενάσκηση της αξιώσεως αποδόσεως του πράγματος, όπως θα λέγαμε σήμερα, αλλά η γυμνή αποκατάσταση (*restitutio*) της προτέρας κατάστασης (*rem habere*)⁸³.

Με την σημερινή λειτουργική μορφή της *διεκδικητικής αγωγής* (αξίωσης και στη συνέχεια κατανηφιστικής αγωγής), εξ αντιδράσεως, προστατεύεται σήμερα πια στο δίκαιό μας το απόλυτο δικαίωμα της κυριότητας που προσβλήθηκε καθολικά με την αφαίρεση ή κατακράτηση του πράγματος, έτσι ώστε να μην μπορεί ο φορέας του να ασκήσει (όλες)⁸⁴ τις εξουσίες που το χαρακτηρίζουν (βλ. άρθρ. 973 και 1000 ΑΚ). Όλα αυτά τα αποδίδει πολύ παραστατικά ο *Peters*⁸⁵, που παρομοιάζει το απόλυτο δικαίωμα της κυριότητας με την επιφάνεια ενός κύκλου. Η περιφέρεια του κύκλου, η καμπύλη δηλαδή, που τα άκρα της ενών-

80. Βλ. για την ταύτιση της ενοχικής αξίωσης με το ενοχικό δικαίωμα, αντί άλλων *Σταθόπουλο*, ΓενΕνοχΔ. 4η Έκδ. Αθήνα/Θεσσαλονίκη 2004, 55 επ. Πρβλ. επίσης *Γεωργιάδη*, Ποια η έννοια της εμπράγματης αγωγής. Σε: Οι εμπράγματες αγωγές. 23ο πανελλήνιο συνέδριο Ελλήνων Δικονομολόγων. Αθήνα-Κομοτηνή 1999, 63 επ., 65 επ.

81. *Γεωργιάδης*, ΕμπρΔ Ι, 265.

82. Αν και την ύπαρξη κάποιας συγγένειας μεταξύ αγωγής και δικαιώματος (αξιώσεως) τείνει να δεχτεί κανείς από τον γνωστό ορισμό του *Κέλσου* στη D. 44, 7, 51: *Nihil aliud est actio quam ius persequendi in iudicio quod sibi debetur*.

83. *Joers/Kunkel/Wenger*, Roemisches Recht 3te Aufl. Berlin. Heidelberg. New York, 1978, 141.

84. Η εξουσία διάθεσης (εκποίησης) για κινητό μπορεί να ασκηθεί μέσω του άρθρου 1035 ΑΚ. Για τα ακίνητα αντίθετα η διάθεση κάθε μορφής (εκποίηση, επιβάρυνση) δεν απαιτεί οπωσδήποτε την ύπαρξη νομής στο πρόσωπο του διαθέτοντα κυρίου. Βλ. συναφώς και άρθρ. 225 Ι ΚΠολΔ, που επιτρέπει διαθετικές δικαιοπραξίες στη διάρκεια της εκκρεμοδικίας, όπου βέβαια την φυσική εξουσία έχει ο εναγόμενος-μη κύριος.

85. Der Stand der Lehre vom subjektiven Recht im deutschen Zivilrecht. JZ 1961, 460.

νται, και ως γραμμή και αυτή αποτελείται από άπειρο αριθμό σημείων, που κατά την ευκλείδειο γεωμετρία απέχουν το ίδιο από ένα σημείο (το κέντρο), παριστά τις άπειρες δυνατότητες δημιουργίας αξιώσεων (Anspruchsmoeglichkeiten), αφού το εμπράγματο δικαίωμα, θεωρητικά, μπορεί επομένως να προσβληθεί και από οποιονδήποτε. Η μετατροπή αυτής της δυνατότητας δημιουργίας αξιώσεως σε δικαίωμα-αξίωση γίνεται εκεί, που κάποιος τυχαίος Τρίτος θα τάμει τον κύκλο σε κάποιο σημείο του. Στο σημείο αυτό η λανθάνουσα δυνατότητα προσβολής αλλά και δημιουργίας αξιώσεως μετατρέπεται πια σε πραγματική αξίωση, στρεφόμενη κατ' αυτού συγκεκριμένως με περιεχόμενο ανάλογο με τις έννομες συνέπειες που παριστά η μορφή της παρεμβάσεως στο εσωτερικό πια του κύκλου.

Κατά την διάκριση που προτείνει ο Γ. Μιχαηλίδης-Νουάρος^{86,87}, η λεγόμενη «εμπράγματη» αξίωση θα είναι *δικαίωμα εξ αντιδράσεως ή δευτερογενές*, αφού η γέννησή του είναι καθυστερημένη, ή έμμεση συνέπεια προηγηθείσας προσβολής ενός πρωτογενούς ή αυθυπόστατου δικαιώματος, όπως είναι το εμπράγματο δικαίωμα της κυριότητας⁸⁸. Αν δηλαδή τελικά το εμπράγματο δικαίωμα συνίσταται σε *εξουσία επί πράγματος* (jus in rem), η ενδεχομένως προκύπτουσα από αυτό, σε περίπτωση δηλαδή προσβολής του, αξίωση συνίσταται σε *εξουσία επί της βουλήσεως* πια συγκεκριμένου προσώπου (jus in personam), να προβεί σε μια θετική πράξη, δηλαδή εδώ στην απόδοση του πράγματος⁸⁹. Η αξίωση επομένως του κυρίου κατά του αποβαλόντος αυτόν από το πράγμα συνιστά, όπως λέχθηκε, την έκφραση της αντιδράσεως της εννόμου τάξεως κατά της προηγηθείσας παραβάσεως των κανόνων της⁹⁰, και επί του προκειμένου, εκδήλωση σε αστικό (ουσιαστικό) πεδίο, της προστασίας που απολαμβάνει κατά το άρθρ. 17 Σ η ιδιοκτησία⁹¹.

86. Η νεωτέρα εξέλιξις της εννοίας του δικαιώματος και αι φιλοσοφικά και κοινωνιολογικά βάσεις αυτής. Εις: Δίκαιον και κοινωνική συνείδησις. Οκτώ μελέται. Αθήναι 1972, 187 επ., 208.

87. Βλ. όμως προηγουμένως στην ίδια κατεύθυνση και Raiser, Der Stand der Lehre vom subjektiven Recht im deutschen Zivilrecht. JZ 1961, 466.

88. Βλ. γενικότερα για τις λειτουργίες της αξιώσεως, Larenz/Wolf, AllgTbuergR 8te. Aufl. Muenchen 1997, 303.

89. Βλ. και Μπέη, Εμπράγματατες αγωγές-παρεμβάσεις στις συζητήσεις. Σε: Οι εμπράγματατες αγωγές. 23ο πανελλήνιο συνέδριο Ελλήνων Δικονομολόγων. Αθήνα-Κομοτηνή 1999, 91 επ., 93.

90. Larenz/Wolf, AllgTbuergR 8te. Aufl. Muenchen 1997, 303.

91. Πρβλ. πρόσφατα για την επίκληση συνταγματικών ρυθμίσεων, κατά την ερμηνεία και εφαρμογή του αστικού δικαίου, Παπανικολάου, Σύνταγμα και αυτοτέλεια του αστικού δικαίου. Αθήνα - Κομοτηνή 2006. Πρβλ. και ειδικά για την συνταγματική προστασία της εμπράγματης αγωγής (και συναφούς αξιώσεως), αυτής δηλαδή που απορρέει από την προσβολή εμπραγματικού δικαιώματος, Χορομίδη, Η εμπράγματη αγωγή στα ακίνητα και η οικιστική νομοθεσία. Σε: Οι εμπράγματατες αγωγές. 23ο πανελλήνιο συνέδριο Ελλήνων Δικονομολόγων. Αθήνα-Κομοτηνή 1999, 71 επ., 73 επ. Βλ. επίσης Μπέη, Εμπράγματατες αγωγές (παρεμβάσεις στις συζητήσεις). Σε: Οι εμπράγματατες αγωγές. 23ο πανελλήνιο συνέδριο Ελλήνων Δικονομολόγων. Αθήνα-Κομοτηνή

Έτσι π.χ. η αξίωση του κυρίου για απόδοση της νομής του πράγματός του κατ' άρθρ. 1094 ΑΚ γεννάται μόλις προσβληθεί το απόλυτο δικαίωμα της κυριότητας από τον συγκεκριμένο τρίτο, και υπόκειται, τουλάχιστον στο ελληνικό και γερμανικό δίκαιο⁹², αμέσως σε παραγραφή⁹³, όχι όμως και το ίδιο το δικαίωμα της κυριότητας, από την προσβολή του οποίου πήγασε αυτή, άσχετα, βέβαια, αν σε μια τέτοια περίπτωση (παραγραφής της αξιώσεως) το δικαίωμα της κυριότητας έχει μειωμένη σημασία για τον φορέα του⁹⁴, αφού θα είναι πια, όπως πολύ χαρακτηριστικά διατυπώθηκε στην αιτιολογική έκθεση του Εισηγητή του Προσχεδίου των Γενικών Αρχών του Αστικού Κώδικα, Γ. Μαριδάκη⁹⁵, *dominium sine re*, χωρίς δηλαδή ουσιαστική (οικονομική) αξία, λόγω ακριβώς της διαρκούς πια φυσικής εξουσίσεως του πράγματος από τον νομέα-μη κύριο, από τον οποίο δεν μπορεί να αναζητηθεί⁹⁶, αν δεν συντρέξουν στη χειρότερη περίπτωση εν τω μεταξύ στο πρόσωπο του νομέα-μη κυρίου (ή των ειδικών και καθολικών διαδόχων του, κατά το άρθρ. 1051 ΑΚ) οι προϋποθέσεις της εκτάκτου χρησικτησίας, οπότε συμπαρασύρεται σε νομική εξαφάνιση και το ίδιο το δικαίωμα^{97,98}. Αν φυσικά δεν μπορεί να γίνει λόγος για χρησικτησία (γιατί το πράγμα εξαιρείται ή είναι ανεπίδεκτο χρησικτησίας), τότε η παραγραφή της αξίωσης απόδοσης, λόγω της δημιουργίας πια της ένστασης του άρθρου 272 Ι ΑΚ, δημιουργεί μια εξόχως συγκεκριμένη κατάσταση, αφού ο κύριος δεν χάνει μεν το δικαίωμά του, αλλά και δεν μπορεί πια να το προστατεύσει, ούτε και να

1999, 102.

92. Στο ελβετικό αντίθετα δίκαιο (όπως και στο γαλλικό), η αξίωση του κυρίου κατά του κατέχοντος το πράγμα, κατ' άρθρ. 641 Π ελβΑΚ, είναι απαράγραπτη. Βλ. BGE 48 II 47. Πρβλ. επίσης HAAB/Berner Komm. Allgem. Bestimmungen. Art. 641. Rdnr. 37.

93. Αυτό είναι και το αληθινό νόημα του όρου «διεκδικητική αγωγή» του άρθρου 1047 ΑΚ. Η αναστολή της παραγραφής αφορά στην αξίωση απόδοσης του πράγματος και όχι φυσικά στην αγωγή.

94. Εκτός αν το πράγμα περιέλθει σε τρίτο που δεν είναι καθολικός ή ειδικός διάδοχος του αρχικώς αποβαλόντος τον κύριο από την νομή, οπότε δεν μπαίνει θέμα προσμέτρησης χρόνου, αλλά θα αρχίζει νέα παραγραφή. Βλ. άρθρ. 271, 1051-1052 ΑΚ.

95. Σχέδιον Αστικού Κώδικος εκπονηθέν υπό της συντακτικής επιτροπής. Δίκαιον των προσώπων. Γενικά Αρχαί. Εν Αθήναις. Εκ του εθνικού τυπογραφείου. 1936, 240.

96. Βλ. *Τούση*, ΕμπρΔ. 4η Έκδ. Αθήναι 1988, 584. Βλ. και ΑΠ 260/1933 Θ ΜΔ, 518.

97. Πρβλ. *Γεωργιάδη*, Ποια η έννοια της εμπράγματης αγωγής. Σε: Οι εμπράγματες αγωγές. 23ο πανελλήνιο συνέδριο Ελλήνων Δικονομολόγων. Αθήνα - Κομοτηνή 1999, 66. Ακόμη όμως και στον χώρο των ενοχικών δικαιωμάτων, όπου η αξίωση και το δικαίωμα συμπίπτουν (ή καλύτερα η ενοχική αξίωση αποτελεί το κύριο περιεχόμενο του ενοχικού δικαιώματος-απαίτησης), η παραγραφή της αξίωσης δεν καταργεί και το δικαίωμα, αλλά το διατηρεί «απονευρωμένο» ως φυσική ενοχή.

98. Βλ. και *Γεωργιάδη*, σε: ΑΚ Γεωργιάδη/Σταθόπουλου. Άρθρ. 1094 αρ. 35. Βλ. και τις ενδιφερούσες παρατηρήσεις του *Μπέη*, Εμπράγματες αγωγές (παρεμβάσεις στις συζητήσεις). Σε: Οι εμπράγματες αγωγές. 23ο πανελλήνιο συνέδριο Ελλήνων Δικονομολόγων. Αθήνα-Κομοτηνή 1999, 91 επ., 93 επ.

το απολαύσει⁹⁹. Εδώ, μάλιστα, ούτε η αναγνωριστική αγωγή θα έλθει συνεπίκουρή του, αφού, λόγω της παραγραφής της αξίωσης, θα απορριφθεί λόγω έλλειψης εννόμου συμφέροντος, όπως γίνεται παγίως δεκτό^{100,101}!

Ευθύς λοιπόν μόλις συντρέξουν οι νόμιμοι όροι για την γένεση της αποκαταστατικής αξίωσης (στους οποίους δεν περιλαμβάνεται ειδικά εδώ το *παιίσμα* ή η *κακοπιστία* του προσβολέα)^{102,103}, δημιουργηθεί δηλαδή αυτό που αποκαλείται *Κατάσταση διεκδίκησης*¹⁰⁴, αυτή (η αξίωση), ως όργανο της τεχνικής του δικαίου, που υπηρετεί την προστασία και την πραγμάτωση των έννομων σχέσεων¹⁰⁵, εισέρχεται αυτοδυνάμως στον κόσμο των νομικών εννοιών, *δίπλα* στο μητρικό εμπράγματο δικαίωμα κυριότητας (την *mater actionum*), ακολουθούσα όμως αυτόνομη ως προς το τελευταίο πορεία, ιδίως σε σχέση με τον χρόνο, όπως προ ολίγου αναφέρθηκε¹⁰⁶.

Αν θα ασκήσει ο κύριος την διεκδικητική αγωγή, ή αν θα κάνει (ένδικη) χρήση των πολλών άλλων ενοχικών αξιώσεων, με τις οποίες τον προικοδοτεί ο νομοθέτης, ή αν ακόμη θα προστρέξει στα *inderdicta* της νομής (λόγω της αποδεικτικής διευκόλυνσης)¹⁰⁷, ή, τέλος, αν θα περιοριστεί σε καθαρά δικονομικά

99. Βλ. *Μπέη*, *Εμπράγματος αγωγές (παρεμβάσεις στις συζητήσεις)*. Σε: *Οι εμπράγματος αγωγές*. 23ο πανελλήνιο συνέδριο Ελλήνων Δικονομολόγων. Αθήνα-Κομοτηνή 1999, 93.

100. Πρβλ. αντί πολλών, *Νίκα*, σε: *Κεραμέα/Κονδύλη/Νίκα*, ΕρμηνΚΠολΔ. Άρθρ. 70 αρ. 7, όπου και παραπ.

101. Από πλευράς θετού δικαίου θα έπρεπε, όπως συμβαίνει στο γαλλικό και ελβετικό δίκαιο, να μην υποκύπτει σε παραγραφή η αξίωση για απόδοση του πράγματος, στο πλαίσιο του άρθρου 1094 ΑΚ. Είναι δύσκολο να κατανοήσει κανείς τον λόγο της διατήρησης του παραγράψιμου της αξίωσης, όταν ταυτόχρονα «τρέχει» υπέρ του νομέα (ή των καθολικών-ειδικών διαδόχων του κατά τα άρθρα 271, 1051 ΑΚ) η «κτητική» παραγραφή της χρησικτησίας, που κατά νομοθετική επιλογή είναι ποσοτικά η ίδια (20ετία). Άλλωστε με τον θεσμό της διακοπής της παραγραφής ή της δικαστικής αναγνώρισης της αξίωσης έχουμε τέτοια επιμήκυνση του χρόνου, που ουσιαστικά καταλήγουμε στο *απαράγραπτο*.

102. Τόσο το *παιίσμα* όσο και η ύπαρξη, στο πρόσωπο του προσβολέα, καλής ή κακής πίστης έχουν σημασία για τις αδελφές ενοχικές αξιώσεις για αποζημίωση (άρθρ. 1097, 1098, 1099, 1100) ή για απόδοση των ωφελημάτων (άρθρ. 1096, 1098, 1100 ΑΚ). *Γεωργιάδη*, Ποια η έννοια της εμπράγματος αγωγής. Σε: *Οι εμπράγματος αγωγές*. 23ο πανελλήνιο συνέδριο Ελλήνων Δικονομολόγων. Αθήνα-Κομοτηνή 1999, 65.

103. Η καλή πίστη του εναγομένου σε απόδοση κινητού αποκλείει την διεκδίκηση, αν αυτός απέκτησε το πράγμα με σύμβαση από μη δικαιούχο, οπότε έχουμε περίπτωση πρωτότυπης κτήσης της κυριότητας από μη κύριο, που συμπαρασύρει σε απόσβεση το δικαίωμα κυριότητας του ενάγοντα.

104. *Φίλιος*, ΕμπρΔ Ι. Αθήνα-Κομοτηνή 2000, 177.

105. *Raiser*, *Der Stand der Lehre vom subjektiven Recht im deutschen Zivilrecht*. JZ 1961, 466.

106. Αν μπορεί να εκχωρηθεί αυτοτελώς η αξίωση για απόδοση του πράγματος, είναι αμφισβητούμενο. Βλ. *Σπυριδάκη*, ΕμπρΔ. Τόμ. Γ. Αθήνα-Κομοτηνή 2001, 4.

107. Βλ. *απαρίθμηση των ενοχικών αξιώσεων, που μπορεί να ασκήσει ο κύριος, καθώς και τις δυνατότητες από το δίκαιο της προστασίας της νομής επί αποβολής*, *Γεωργιάδη*, Ποια η έννοια της

ένδικα βοηθήματα, κυρίως στην άσκηση αναγνωριστικής αγωγής της κυριότητας του κατά το άρθρο 70 ΚΠολΔ^{108,109}, είναι κάτι που επαφίεται στην κρίση του (ή κατά περίπτωση στην επιλογή που θα κάνει ο πλαγιαστικά ενεργών δανειστής του, οι τυχόν άλλοι ενεργητικά νομιμοποιούμενοι τρίτοι, όπως π.χ. ο σύνδικος, ο κηδεμόνας σχολάζουσας κληρονομιάς, ο εκκαθαριστής κληρονομιάς, ο εκτελεστής διαθήκης κ.ά.)¹¹⁰.

5. Ορολογικές επισημάνσεις στη λεγόμενη «εμπράγματα» αξίωση ως *filia domini* για απόδοση του πράγματος

Είναι ο ευρέως χρησιμοποιούμενος *Terminus εμπράγματα αξίωση* στη Θεωρία και την Νομολογία, αλλά και από τον Νομοθέτη¹¹¹, ορθός; Όντως, όπως ορθά υποστηρίζεται¹¹², ο χαρακτηρισμός μιας αξιώσεως του ουσιαστικού δικαίου ως εμπραγμάτου¹¹³ ενέχει μια ορολογική αντίφαση. Αν η έννοια του *επιθέτου* «εμπράγματα» έχει ως εννοιολογικό περιεχόμενο την *απόλυτη ισχύ*¹¹⁴, αυτό δύσκολα μπορεί να συνδυαστεί με την έννοια του *ουσιαστικού* «αξίωση», που κατά νόμο (άρθρ. 247 ΑΚ) είναι *σχετικό* δικαίωμα, με ορισμένα υποκείμενα (δικαιούχο και υπόχρεο). Αφού εξάλλου η αξίωση του ουσιαστικού δικαίου είναι και αυτή δικαίωμα, η διατήρηση της ορολογίας (*εμπράγματα αξίωση*) μπορεί να οδηγήσει ακόμη και στην αντίληψη ότι τα εμπράγματα δικαιώματα δεν είναι μόνο αυτά που αναφέρονται περιοριστικά στο άρθρ. 973 ΑΚ, αλλά, κατά παράβαση του *numerus clausus*, θα συμπεριλαμβάνουν και τις λεγόμενες εμπράγματα αξιώσεις.

Οι αξιώσεις επομένως δεν θα πρέπει να χρωματίζονται από πλευράς νομικού

εμπράγματης αγωγής. Σε: Οι εμπράγματα αγωγές. 23ο πανελλήνιο συνέδριο Ελλήνων Δικονομολόγων. Αθήνα-Κομοτηνή 1999, 63. Βλ. επίσης *Μπέη*, Εμπράγματα αγωγές (παρεμβάσεις στις συζητήσεις). Σε: Οι εμπράγματα αγωγές. 23ο πανελλήνιο συνέδριο Ελλήνων Δικονομολόγων. Αθήνα-Κομοτηνή 1999, 101 επ.

108. Βλ. και σχετικά παρακάτω υπό III. 3. Γ.

109. Στο γερμανικό δίκαιο, όπως αναγνώριζε ήδη ο εισηγητής του Προσχεδίου του εμπραγματικού δικαίου, ανήκε ανέκαθεν μέσω της § 256 γερμΚΠολΔ, η αναγνωριστική (βεβαιωτική) αγωγή στα ένδικα βοηθήματα προστασίας του κυρίου. Βλ. Σχέδιον ΑΚ, Εκπονηθέν υπό της Συντακτικής Επιτροπής. Εμπράγματων Δίκαιον. Εν Αθήναις 1936, 190.

110. Βλ. ενδεικτικά, *Σποριδάκη*, ΕμπρΔ. Τόμ. Γ. Αθήνα - Κομοτηνή 2001, 3 επ.

111. Ο έλληνας νομοθέτης έχει ρητά αποδεχθεί αυτόν τον όρο, όπως π.χ. φαίνεται στο άρθρ. 271 ΑΚ. Βλ. έτσι επίσης και την αντίστοιχη § 221 γερμΑΚ.

112. *Peters*, Die Ansprueche aus dem Eigentum. AcP 153 (1954), 456 επ.

113. Τον όρο «εμπράγματα αξίωση» χρησιμοποίησε και ο *B. Windscheid*. Βλ. έτσι *Windscheid/Kipp* (*Αργυρό*), Σύστημα ρωμαϊκού δικαίου. Τόμος Α. Εν Αθήναις 1915, 255. Πρβλ. επίσης *Ruemelin*, AcP LXVIII, 204 επ.

114. Και όχι ότι η αξίωση ανάγεται στη ρυθμιστέα ύλη του εμπραγματικού δικαίου, όπου ως γνωστόν υπάρχει και πλήθος ενοχικών αξιώσεων, που γεννώνται *ex lege* π.χ. επί προσβολής εμπραγματικού δικαίματος.

τεχνικού όρου ως «εμπράγματες», αφού κοινός παρονομαστής όλων (και των ενοχικών επομένως, όπως και των οικογενειακών και κληρονομικών) είναι η εξουσία που παρέχουν στον δικαιούχο, να ζητήσει από συγκεκριμένο υπόχρεο να προβεί σε κάποια πράξη, παράλειψη ή ανοχή.

Το θέμα είναι να προτιμηθεί κάποιος άλλος, συμβατός προς τα παραπάνω, *terminus technicus*, για αυτές τις αξιώσεις, που σε τελική ανάλυση δεν αποτελούν και αναγκαίο δομικό στοιχείο του εμπραγμάτου δικαιώματος, αφού το δικαίωμα μπορεί κάλλιστα να υπάρξει (στην ευκατία περίπτωση), χωρίς ποτέ να γεννηθεί από αυτό «εμπράγματη» αξίωση, πράγμα που θα συμβεί, αν και μόνο όταν αυτό προσβληθεί και τότε μόνο, όπως ήδη τονίστηκε παραπάνω¹¹⁵.

Αν ξεκινήσει κανείς λοιπόν με το δεδομένο, ότι με τις λεγόμενες εμπράγματες αξιώσεις (*actiones in rem*) αποσκοπείται η αποκατάσταση του άμεσου δεσμού του προσώπου προς το πράγμα, δεσμού που προσεβλήθη από τον υπόχρεο της αξιώσεως, ή γενικότερα η αποκατάσταση των εξουσιών του φορέα του εμπραγμάτου δικαιώματος¹¹⁶, που είτε αφαιρέθηκαν είτε διαταράχθηκαν, τότε θα μπορούσε να τις ονομάσει κανείς γενικά *αξιώσεις αποκαταστατικές εμπραγμάτου δικαιώματος*, ή ακόμη, ακολουθώντας εδώ και την ορολογία που καταγράφηκε στον παράτιτλο του άρθρ. 139 του Σχεδίου της Συντακτικής Επιτροπής του ΑΚ, ως *διεκδικητικές-αποκαταστατικές αξιώσεις*.

III. Η ACTIO REALIS SIVE REI VINDICATIO

1. Γενικά

Ο Αστικός μας Κώδικας κατά την κατάστροψη των σχετικών ρυθμίσεων είχε ως διακηρυγμένο πρότυπό του τον *γερμανικό Αστικό Κώδικα*^{117,118}. Στο νομοθέτημα όμως αυτό, όπως και στον *αυστριακό*¹¹⁹, αλλά και στον *ελβετικό*¹²⁰ Κώδικα,

115. Πρβλ. και *Γεωργιάδη*, Ποια η έννοια της εμπράγματης αγωγής. Σε: Οι εμπράγματες αγωγές. 23ο πανελλήνιο συνέδριο Ελλήνων Δικονομολόγων. Αθήνα-Κομοτηνή 1999, 63 επ., 65.

116. Βλ. και τον ορισμό του *Γεωργιάδη*, ΕμπρΔ Ι, 71: «*Εμπράγματη λέγεται η αξίωση, η οποία αφενός πηγάζει από την προσβολή εμπραγμάτου δικαιώματος και αφετέρου τείνει στην αποκατάσταση της άμεσης εξουσίας του δικαιούχου πάνω στο πράγμα.*».

117. Βλ. Σχέδιον ΑΚ, Εκπονηθέν υπό της Συντακτικής Επιτροπής. Εμπράγματων Δίκαιον. Εν Αθήναις 1936, 190.

118. Βλ. Σχέδιον ΑΚ, Εκπονηθέν υπό της Συντακτικής Επιτροπής. Εμπράγματων Δίκαιον. Εν Αθήναις 1936, 191 και 357 αντιστοίχως.

119. Βλ. § 366 ABGB: "*Mit dem Rechte des Eigentumers, jeden andern von dem Besitze seiner Sache auszuschliessen, ist auch das Recht verbunden, seine ihm vorenthaltene Sache von jedem Inhaber durch die Eigentumsklage gerichtlich zu fordern. Doch steht dieses Recht demjenigen nicht zu, welcher eine Sache zur Zeit, da er noch nicht Eigentuer war, in seinem eigenen Name veräußert, in der Folge aber das Eigentum derselben erlangt hat.*"

120. Art. 641 Abs. II ZGB: Er hat das Recht, sie von jedem, der sie im vorenthalt, herauszuver-

η προστασία της κυριότητας επί καθολικής προσβολής της εκφράζεται νομοθετικά ως αξίωση με αντικείμενο την απόδοση απλώς του πράγματος από τον κατέχοντα νομέα στον κύριό του¹²¹. Το γαλλικό δίκαιο αντίθετα, που είναι ανεπηρέαστο από την προαναφερθείσα περί ουσιαστικής αξιώσεως θεωρία του *B. Winscheid*, δεν γνωρίζει την αξίωση (ως είδος δικαιώματος), δηλαδή την έννοια εκείνη που συνιστά τον αναγκαίο συνδετικό κρίκο μεταξύ του δικαιώματος (*jus*) και της αγωγής (*actio*), και εκφράζει κατά τα λοιπά την αποδέσμευση του δικονομικού δικαίου από το ουσιαστικό. Είναι χαρακτηριστικό, πως στο δίκαιο αυτό δεν υπάρχει σχετική *ad hoc* διάταξη, όπως αυτή του άρθρου 1094 ΑΚ, που να προβλέπει δικαίωμα (αξίωση) του προσβληθέντα κυρίου, που αποβλήθηκε από την νομή του πράγματός του, για επιστροφή του. Αυτό δεν σημαίνει βέβαια ότι αυτός (ο κύριος) μένει απροστάτευτος. Η δικαστική αναζήτηση του πράγματος (ακινήτου) θεμελιώνεται σε μια σειρά διατάξεων του γαλλΑΚ, που κάνουν λόγο για “*Revendication*”, όπως π.χ. τα άρθρα 526, 549 και 1653 αλλά και εθιμικά (ως κανόνας του Κοινοδικαίου). Ιδίως αξίζει αναφοράς η ρύθμιση του άρθρου 526 γαλλ ΑΚ, όπου γίνεται λόγος για: «... *les actions, qui tendent à revendiquer un immeuble*», από την οποία γίνεται δεκτό, πως ο νομοθέτης προϋποθέτει την ύπαρξη ενός ενδίκου βοηθήματος του κυρίου, το οποίο όμως παραλείπει να ρυθμίσει, όπως γίνεται π.χ. σε μας με τα άρθρα 1095-1107 ΑΚ. Συνέπεια αυτών είναι ότι την αγωγή για απόδοση (*action de revendiquer*) αντιλαμβάνεται ο Γάλλος νομοθέτης (ελλείψει ρητής αξιώσεως) ως μορφή δικαστικής προστασίας του ίδιου του δικαιώματος της κυριότητας, και όχι ως δικαστική άσκηση μιας αξιώσεως, που, όπως στο δικαίό μας, θα πηγάζει από την προσβολή της κυριότητας¹²². Συνέπεια αυτής της βασικής τοποθέτησης είναι κατά πρώτο λόγο, ότι η υποχρέωση του εναγομένου για απόδοση θεωρείται ως δευτερεύουσα ενέργεια της καταδικαστικής απόφασης, που κατά κύριο λόγο διαπιστώνει την κυριότητα του ενάγοντα και κατά δεύτερο λόγο ότι η άσκηση της *Revendication* δεν υποκύπτει αυτοτελώς σε παραγραφή, αφού απαράγραπτο είναι και το δικαίωμα κυριότητας.

Η διεκδικητική αγωγή ως *remedium juris* αποτελεί σήμερα πια την δικονομική εμφάνιση (μετεξέλιξη) της αξιώσεως του ουσιαστικού δικαίου (άρθρ. 247, 1094 ΑΚ), που γεννιάται με την προσβολή (με την μορφή εδώ της αφαίρεσης ή

langen und jede ungerechtfertigte Einwirkung abzuwehren. Βλ. και Abs. I: Inhalt des Eigentums. Wer Eigentümer einer Sache ist, kann in den Schranken der Rechtsordnung, über sie nach seinem Belieben verfügen.

121. Βλ. χαρακτηριστικά § 985 γερμΑΚ: “*Herausgabeanspruch. Der Eigentümer kann von dem Besitzer die Herausgabe der Sache verlangen.*”

122. *Ferid*, Das franzoesische Zivilrecht, Bd. II. Frankfurt. Berlin. 1971. Rdnr. 3. C. 290.

κατακράτησης του πράγματος)¹²³ και κατατείνει, ακόμη και με τα μέσα της αναγκαστικής εκτέλεσης, αν δεν υπάρξει οικειοθελής συμμόρφωση με το διατακτικό της σχετικής απόφασης, μέσω της απόδοσης του πράγματος, στην αποκατάσταση των εξουσιών (ιδίως της χρήσεως και καρπώσεως, γενικότερα της απολαύσεως¹²⁴) του δικαιώματος της Κυριότητας (άρθρ. 1000 ΑΚ) στην κατάσταση που ήταν πριν από την αποβολή-κατακράτηση^{125,126}. Η ιδιότητα του πράγματος ως κινητού ή ακινήτου, επί ουσιαστικού πεδίου, δεν παίζει ρόλο για την διεκδίκησή του^{127,128}, εκτός και αν το διεκδικούμενο κινητό καταστεί εν τω μεταξύ συστατικό άλλου πράγματος¹²⁹ ή αν εκποιηθεί ή επιβαρυνθεί υπό τους όρους των άρθρων 1036 επ., 1215 ΑΚ¹³⁰. Αντίθετα, κατά την δικαστική ενάσκηση της

123. Παπαστερίου, ΕγχειρΕμπρΔ ΙΙΙβ. Αθήνα/Θεσσαλονίκη 2005, 240 επ.

124. Για την διάθεση του δικαιώματος, π.χ. την μεταβίβασή του, δεν είναι στο δικαίό μας πάντοτε απαραίτητη η ύπαρξη φυσικής εξουσίας (νομή) του κυρίου στο πράγμα, αφού μπορεί να λάβει χώρα έγκυρη μεταβίβαση της κυριότητας κινητού και κατά τον υποκατάστατο τρόπο του άρθρ. 1035 ΑΚ. Βλ. σχετικά Γεωργιάδη, σε ΑΚ Γεωργιάδη/Σταθόπουλου Άρθρ. 1035 αρ. 5. Στα ακίνητα εξάλλου δεν είναι στοιχείο της εμπράγματης δικαιοπραξίας του άρθρ. 1033 ΑΚ και η κοινή μεταβίβαση της νομής, ούτε καν η ύπαρξη φυσικής εξουσίας του μεταβιβάζοντος σε αυτό. Βλ. αντί άλλων Μαγγίβα, σε ΑΚ Γεωργιάδη/Σταθόπουλου Άρθρ. 513 αρ. 22. Επομένως έγκυρη μεταβίβαση της κυριότητας ακινήτου μπορεί να λάβει χώρα, και αν αυτό κατέχεται από τρίτο, χωρίς να είναι απαραίτητο να λάβει οπωσδήποτε χώρα και εκχώρηση της διεκδικητικής αξιώσεως. Άλλο θέμα βέβαια είναι η ευθύνη του μεταβιβάζοντος λόγω μη εκπληρώσεως κύριας υποχρεώσεώς του (π.χ. στο πλαίσιο του άρθρ. 513 ΑΚ, ή λόγω νομικού ελαττώματος. Πρβλ. αντί άλλων Κορνηλάκη, ΕιδΕνοχΔ Ι, Αθήνα/Θεσσαλονίκη 2002, 186 επ.). Βλ. κατά τα λοιπά και άρθρ. 225 και 325 ΚΠολΔ.

125. Βλ. έτσι και Ρούσσο, Η αρνητική αγωγή μεταξύ rei vindicatio και αποζημιώσεως. Σε: Αφιέρωμα στον Ανδρέα Γαζή, Αθήνα-Κομοτηνή 1994, 593 επ., 596.

126. Η έννομη συνέπεια τώρα της γενικής ρύθμισης του άρθρου 247 ΑΚ εξειδικεύεται στην περίπτωση μας από την ρύθμιση του άρθρου 249 ΑΚ, που υποβάλλει στην 20ετή παραγραφή την ειδική αξίωση από το άρθρο 1094 ΑΚ.

127. Βλ. Σχέδιον ΑΚ, Εκπονηθέν υπό της Συντακτικής Επιτροπής. Εμπράγματων Δίκαιον. Εν Αθήναις 1936, 191.

128. Ειδικά για κινητά πράγματα ο ΑΚ εισάγει επιπρόσθετα ένα ειδικό ένδικο βοήθημα, την λεγόμενη (όχι φυσικά και στο κείμενο του νόμου) παραστατική αγωγή στο άρθρο 1109 (που εξειδικεύει αξίωση για ανοχή) και την πουβλικιανή αγωγή στο άρθρο 1112 ΑΚ, που προστατεύει, καθ' όμοιο τρόπο με τον κύριο μη νομέα, τον χρησιδεσπόζοντα νομέα ακινήτου με τα προσόντα της τακτικής χρησικτησίας. Βλ. και Γεωργιάδη, Ποια η έννοια της εμπράγματης αγωγής. Σε: Οι εμπράγματα αγωγές. 23ο πανελλήνιο συνέδριο Ελλήνων Δικονομολόγων. Αθήνα-Κομοτηνή 1999, 65. Παπαστερίου, ΕγχειρΕμπρΔ ΙΙΙβ. Αθήνα/Θεσσαλονίκη 2005, 241.

129. Άρθρ. 953-954 ΑΚ.

130. Βλ. και άρθρ. 325 εδ. 2 ΚΠολΔ, που ακριβώς θέλει να τονίσει, σε συστοίχιση προς το ουσιαστικό δίκαιο, πως η ύπαρξη μάλιστα δεδικασμένου (όχι απλά μόνο εκκρεμοδικίας) δεν εμποδίζει την καλόπιστη κτήση. Βλ. ακόμη εναργέστερα το άρθρο 225 ΚΠολΔ, που ρητά επιτρέπει την διάθεση του δικαιώματος κατά την διάρκεια της εκκρεμοδικίας σε δίκη που το αφορά. Η ρύθμιση αυτή αποκτά ιδιαίτερη σημασία, αν συσχετιστεί με το άρθρο 1035 ΑΚ, που εισαγει ένα υποκατάστατο (σε σχέση με το άρθρ. 1034 ΑΚ) τρόπο μεταβίβασης της κυριότητας. Βλ. Γεωργιάδης, ΕμπρΔ Ι, 481, όπου και παραπ.

αξίωσης, η ιδιότητα του πράγματος ως κινητού ή ακινήτου είναι κρίσιμη για μια σειρά από θέματα, όπως της διεθνούς δικαιοδοσίας, της δωσιδικίας, της εγγραφής στα βιβλία διεκδικήσεων και της αναγκαστικής εκτέλεσης. Δυσμενής για τον κύριο διεκδικούμενου κινητού είναι έτσι η κατάσταση, όχι μόνο στο θέμα της κατά τόπο αρμοδιότητας, όπου θα πρέπει να εναγάγει τον νομέα στην κατοικία του με βάση τις γενικές ρυθμίσεις, αλλά υπάρχει και ο φόβος μήπως εν τω μεταξύ το κινητό, υπό τους όρους του άρθρου 1036, ή ακόμη 1215, εκποιηθεί σε τρίτο κλπ. Η προστατευτική για τον κύριο (και κυρίως τους ειδικούς διαδόχους του λόγω της επέκτασης σε αυτούς της ισχύος του ουσιαστικού δεδικασμένου¹³¹) ρύθμιση της εγγραφής στα βιβλία διεκδικήσεων, που προληπτικά προστατεύει τον επίδοξο κτήτορα και παράλληλα «καταστρέφει» την καλή πίστη του αποκτώντα, είναι προνόμιο μόνο των ακινήτων.

2. Η «διεκδικητική αγωγή» στον παράτιτλο του άρθρου 1094

A) Η νομοτεχνική προϊστορία της διάταξης

Σε σχέση με την διεκδικητική αξίωση (αγωγή) έχουμε, σε ουσιαστικό πεδίο, το ειδικό νομοθετικό πλαίσιο των άρθρων 1094-1107, που ρυθμίζουν (εκτός από την αξίωση απόδοσης), με αφορμή την προσβολή (με την ειδική μορφή της *αφαίρεσης* ή *κατακράτησης* του αντικειμένου του δικαιώματος) του απόλυτου δικαιώματος κυριότητας, εξαντλητικά την *ex lege* ενοχική έννομη σχέση που δημιουργείται ανάμεσα στον κύριο, μη νομέα, και στον νομέα ή κάτοχο μη κύριο (εδώ η υπαιτιότητα και η καλή ή μη πίστη παίζουν οπωσδήποτε κρίσιμο ρόλο). Σε *δικονομικό πεδίο* αντίθετα δεν υπάρχει μεν αντίστοιχο συγκροτημένο ρυθμιστικό πλαίσιο, αλλά διασπαρμένοι ειδικοί κανόνες που εφαρμόζονται στην περίπτωση που θα ασκηθεί η αγωγή¹³².

Ο παράτιτλος ειδικά τώρα του άρθρου 1094 ΑΚ¹³³, όπως γίνεται ευρέως δεκτό¹³⁴, αποτελεί μόνο ιστορικό κατάλοιπο¹³⁵. Συναφώς προτείνεται ως δικαιολο-

131. Άρθρ. 325 εδ. 1 ΚΠολΔ. Πρβλ. και *Φίλιο*, ΕμπρΔ Ι. Αθήνα-Κομοτηνή 2000, 185.

132. Βλ. π.χ. άρθρ. 29, 216 Ι περ. β, 220, 941-944 ΚΠολΔ. Άρθρ. 22 Ι Κανονισμού 44/2001. Πρβλ. για τα δικονομικά θέματα της διεκδικητικής αγωγής, *Γεωργιάδης*, ΕμπρΔ Ι, 556 επ. *Φίλιος*, ΕμπρΔ Ι. Αθήνα-Κομοτηνή 2000, 183 επ. Πρβλ. επίσης αναλυτικά *Πίψου*, Αρμοδιότητα, εκκρεμοδικία και δεδικασμένο στις εμπράγματες αγωγές. Σε: *Οι εμπράγματες αγωγές*. 23ο πανελλήνιο συνέδριο Ελλήνων Δικονομολόγων. Αθήνα-Κομοτηνή 1999, 157 επ.

133. Όπως π.χ. και αυτός των άρθρων 1108 (Αρνητική αγωγή), 1112 (Πουβλικιανή αγωγή) και ο τίτλος του 9ου Κεφαλαίου του 5ου βιβλίου του Κώδικα (Αγωγή περί κλήρου), για να περιοριστεί κανείς σε μερικά χαρακτηριστικά μόνο παραδείγματα.

134. Βλ. αντί πολλών *Γεωργιάδη*, Ποια η έννοια της εμπράγματης αγωγής. Σε: *Οι εμπράγματες αγωγές*. 23ο πανελλήνιο συνέδριο Ελλήνων Δικονομολόγων. Αθήνα-Κομοτηνή 1999, 64.

135. Σε αρμονία προς την χρησιμοποιούμενη εδώ ορολογία, κάνει λόγο ο νομοθέτης και στο άρθρο 1035 ΑΚ για «εκχώρηση της διεκδικητικής αγωγής». Όμως και εδώ θα πρέπει να θεωρη-

γία για την συνειδητή γλωσσική παραδρομή του ιστορικού νομοθέτη η ομοιότητα των αξιώσεων του ουσιαστικού δικαίου με τις *actiones* του προϊσχύσαντος δικαίου και ο αναπόφευκτος εθισμός των Νομικών μας της περιόδου του Μεσοπολέμου (και του χρόνου της τελικής σύνταξης του Αστικού Κώδικα) με την αντίστοιχη Ορολογία. Αν ανατρέξει κανείς στη προϊστορία της ρύθμισης, θα κατέγραφε την εξής εικόνα. Κατ' αρχήν, ο εισηγητής του προσχεδίου εμπραγμάτου δικαίου του Κώδικα, Πέτρος Θηβαίος, δεν έχανε την ευκαιρία να δηλώνει σε κάθε περίπτωση, ότι οι προτεινόμενες διατάξεις για την προστασία της Κυριότητας ακολουθούν το γερμανικό δίκαιο και συναφώς συστοιχίζονται με την ρωμαϊκή νομική παράδοση: «*Το σχέδιον οφείλει κατ' ανάγκην, εν τω τίτλω της προστασίας της κυριότητος, να ακολουθήση τον γερμανικόν κώδικα... προς τούτο συντρέχει επί πλέον και ο λόγος, ότι οι εν τω τίτλω διατάξεις του εν λόγω κώδικος, ολίγον αφίστανται του ρωμαϊκού δικαίου*»¹³⁶. Στο προταθέν απ' αυτόν άρθρο 147 ΠρσχδΕισηγ., που διαμορφώθηκε με βάση την § 985 γερμΑΚ κυρίως (αλλά και το άρθρο 577 του ελληνικού Νομοσχεδίου του 1874¹³⁷), δεν υπάρχει παράτιτλος (πράγμα λογικό, αφού δεν πρόκειται για ολοκληρωμένη νομοθετική πρόταση, νομοτεχνικά επεξεργασμένη) και η ρύθμιση απλά προέβλεπε ότι: «*Ο κύριος του πράγματος δύναται να απαιτήση παρά του νομέως την απόδοσιν αυτού*».

Στο σχέδιο, στη συνέχεια, της Συντακτικής Επιτροπής στο αντίστοιχο άρθρο 139 επαναλήφθηκε με ανεπαίσθητες γλωσσικές διαφοροποιήσεις η πρόταση του Προσχεδίου: «*Ο κύριος πράγματος δύναται να διεκδικήση αυτό παρά παντός νομέως*»¹³⁸. Πέραν από την αντικατάσταση του ρήματος «*να απαιτήση*» με «*να διεκδικήση*», εμφανίζεται πια και παράτιτλος στη διάταξη. Στον παράτιτλο αυτό της προταθείσας διατάξεως αναφέρεται απλά, και για πρώτη φορά, η λέξη «*Διεκδικητική*». Θα ήταν πρόωρο, αν όχι οπωσδήποτε παρακινδυνευμένο, να προσδώσει κανείς αυτόν τον «μετέωρο» εκ πρώτης όψεως επιθετικό προσδιορισμό σε νομοτεχνική αμηχανία. Σίγουρο είναι πάντως πως οι συντάκτες της προτεινόμενης ρύθμισης δεν ήθελαν να κάνουν λόγο, σε ένα νομοθέτημα ουσιαστικού δι-

σομε ότι θα πρέπει να εννοείται το δικαίωμα (αξίωση) απόδοσης του πράγματος. Βλ. Γεωργιάδης, ΕμπρΔ Ι, 481. Παπαστερίου, ΕγχειρΕμπρΔ ΙΙβ. Αθήνα/Θεσσαλονίκη 2005, 43 επ., με παρ. παραπ. Ορθότερη ήταν και εδώ η διατύπωση του προσχεδίου του εισηγητή (άρθρ. 96. «*Εάν το πράγμα διατελή εν τη νομή τρίτου, την παράδοσιν αυτού δύναται να αντικαταστήση εκχώρησις υπό του κυρίου προς τον κτώμενον της αξιώσεως προς απόδοσιν αυτού*». Βλ. με ανεπαίσθητες γλωσσικές διαφοροποιήσεις και άρθρ. 92 του Σχεδίου της Συντακτικής Επιτροπής.

136. Βλ. Σχέδιον ΑΚ, Εκπονηθέν υπό της Συντακτικής Επιτροπής. Εμπράγματον Δίκαιον. Εν Αθήναις 1936, 190, και *passim*.

137. Η σχετική ρύθμιση είχε την ακόλουθη διατύπωση: «*Ο κύριος του πράγματος δύναται να διεκδικήσει αυτό παρά παντός νομέως ή κατόχου, αν εις τούτο δεν αντίκειται ειδική του νόμου εξαιρέσις*».

138. Βλ. Σχέδιον ΑΚ, Εκπονηθέν υπό της Συντακτικής Επιτροπής. Εμπράγματον Δίκαιον, Εν Αθήναις 1936, 357.

καίου, για «αγωγή» και απέφυγαν με τον τρόπο αυτό την σχετική αναφορά. Αν το επίθετο «Διεκδικητική» συνδυαστεί με τον τίτλο του 4^{ου} κεφαλαίου του σχεδίου Εμπραγμάτου Δικαίου της Συντακτικής Επιτροπής: «Αξιώσεις εκ της κυριότητας», καθίσταται, κατά την γνώμη μου, σαφές ότι το επίθετο *διεκδικητική*, στον παράτιτλο του άρθρου 139, αναφέρεται στο ουσιαστικό «αξιώσεις» (εκ της κυριότητας), στο οποίο είναι αφιερωμένο το κεφάλαιο. Οι συντάκτες δηλαδή ήθελαν (και) στο σημείο αυτό να μιμηθούν τον Γερμανό νομοθέτη, που ως παράτιτλο της αντίστοιχης § 985 γερμΑΚ χρησιμοποιεί τον όρο «*Herausgabeanspruch*», που θα τον μετέφραζε κανείς ως «Αξίωση αποδόσεως», χωρίς όμως να το επιτύχουν πλήρως. Η (ημιτελής γλωσσικά) επιλογή παρατίτλου, αν δεν έκρυβε κάποια αμφιβολία (να χρησιμοποιηθεί ή όχι ο όρος «Διεκδικητική αγωγή»), ίσως ήθελε να αποδώσει τον όρο «Διεκδικητική αξίωση», ως ονομασία στην αξίωση του κυρίου κατά του νομέα για απόδοση του (αφαιρεθέντος ή κατακρατηθέντος) πράγματος.

Στο ισχύον τώρα κείμενο του Κώδικα διαπιστώνεται η στροφή του τελικού συντάκτη προς την ρωμαϊοδικαϊκή ορθοδοξία. Το αντίστοιχο 5ο κεφάλαιο του τρίτου βιβλίου του Αστικού Κώδικα τιλοφορείται πλέον «Προστασία της κυριότητας», με έκδηλο τον τονισμό της ένδικης προστασίας της, που υπερβαίνει την απλή αναγνώριση και εισαγωγή μιας θυγατρικής αξιώσεως του ουσιαστικού δικαίου. Ότι το κέντρο βάρους μετακινείται πια από το ουσιαστικό στο δικονομικό πεδίο, θυσιαζομένης της δογματικής-νομοτεχνικής συνέπειας¹³⁹ από την πανηγυρική αναγνώριση της αξίωσης (στη θέση της αγωγής) στο άρθρο 247 ΑΚ και του σεβασμού στο γερμανικό πρότυπο, εξηγεί ο ίδιος ο τελικός ιστορικός συντάκτης¹⁴⁰: «*Προσβολή της κυριότητας υπάρχει άμα εκ της επεμβάσεως τρίτου επί του πράγματος γεννηθή πραγματική κατάσταση ουδαμώς συνάδουσα προς την εξουσίαν του κυρίου επί του πράγματος. Άμα δηλαδή διά της επεμβάσεως ταύτης αποστερείται ο κύριος της σωματικής εξουσίας επί του πράγματος. Από της στιγμής ταύτης γεννάται κατά του προσβολέως η εκ της κυριότητος αξίωσις και η ταύτην προστατεύουσα διεκδικητική αγωγή.*» Η απόφαση έχει λοιπόν ληφθεί.

Στον παράτιτλο γίνεται πλήρως χρήση πια του όρου «Διεκδικητική αγωγή», που όχι μόνο τονίζει την επιστροφή στις ρίζες, την πρόταξη της ένδικης προστασίας σε βάρος της εξώδικης, αλλά και που δικαιολογεί (εν μέρει) και το αναγνωριστικό της κυριότητας αίτημα. Αυτό ήταν ιδιαίτερα έντονο στα πρώτα χρόνια ισχύος του ΑΚ. *Η διά του άρθρου 1094 παρεχόμενη αγωγή είναι αυτή αυτή η κατά το ρωμαϊκό δίκαιο rei vindicatio, περιλαμβάνουσα ως η τελευταία αυτή και*

139. Αξιοσημείωτη είναι πάντως η συνέπεια με την οποία χρησιμοποιεί ο ιστορικός νομοθέτης τον όρο αυτό, άλλοτε βέβαια ορθά και άλλοτε λανθασμένα. Βλ. π.χ. άρθρ. 1049 και αντίστοιχα 1035 ΑΚ.

140. Μπαλής, ΕμπρΔ. Έκδ. Β. Αθήναι 1951, 214.

το αίτημα αναγνώρισεως της κυριότητας¹⁴¹.

Β) Κριτική

Οι λίγες γραμμές που προηγήθηκαν δεν μπορούν να δικαιολογήσουν, σήμερα πια, την νομοθετική πρόταξη της (διεκδικητικής) αγωγής έναντι της ουσιαστικής αξίωσης για διεκδίκηση του πράγματος. Με την άσκηση κατανηφιστικής αγωγής, της ιστορικά αρχαιότερης μορφής αγωγής¹⁴², ο ενάγων διώκει την καταδίκη του εναγομένου, κατά περίπτωση, ανάλογα δηλαδή με την (προηγούμενη) ουσιαστική αξίωση που ασκεί ενδίκως, σε κάποια συγκεκριμένη πράξη, παράλειψη ή ανοχή. Η κατανηφιστική αγωγή είναι δηλαδή το δικονομικό σύστοιχο της αξίωσης του ουσιαστικού δικαίου¹⁴³, πράγμα που σημαίνει πως ό,τι δεν αποτελεί περιεχόμενο ουσιαστικής αξίωσης (έννομη συνέπεια δηλαδή κανόνα του ουσιαστικού δικαίου που εξειδικεύει την γενική μορφή της αξίωσης, που αποδίδεται με την ρύθμιση του άρθρου 247 ΑΚ) δεν μπορεί να αποτελέσει και αντικείμενο κατανηφιστικής αγωγής¹⁴⁴.

Ομιλούντες με όρους του ουσιαστικού δικαίου θα λέγαμε ότι η αξίωση (και όχι η αγωγή) του άρθρου 1094 ΑΚ, ως αποτελούσα ειδική μορφή της αξίωσης του άρθρου 247 ΑΚ, εμπίπτει δηλαδή πλήρως τόσο στο γενικό «πραγματικό» όσο και στην έννομη συνέπεια της γενικής ρύθμισης, η χρησιμότητα της οποίας αναδεικνύεται στο ότι εκφράζει την εξουσία προβολής ορισμένου αιτήματος (για πράξη ή παράλειψη) και σαφώς την δυνατότητα ικανοποίησής του με κατανηφιστική αγωγή¹⁴⁵. Ειδικότερα η οφειλόμενη από τον υπόχρεο της αξίωσης πράξη ή παράλειψη εδώ εξειδικεύεται σε *απόδοση του πράγματος*, σε μια θετική δηλαδή ενέργεια (που σημαίνει όχι ανοχή της αφαίρεσης από την σφαίρα του εναγομένου αλλά μεταβίβαση της κατοχής στον κύριο και μάλιστα στον τόπο που βρίσκεται το πράγμα)¹⁴⁶. Επιπρόσθετο δικαιοσυγκριτικό επιχείρημα αντλεί κανείς από τη ρύθμιση της § 1004 I εδ. 2 γερμΑΚ (που αφορά γενικά στη λεγό-

141. Βάλληνας, Αστικός Κώδιξ και εισαγωγικός νόμος. Ερμηνεία κατ' άρθρον. Τόμ. 3ος Εμπράγματον Δίκαιον. Σημ. υπό άρθρ. 1094 σ. 102.

142. Που ο συντάκτης του ΚΠολΔ δεν θεώρησε αναγκαίο, καθόσον αυτονοήτο, να την αναφέρει ρητά δίπλα στην αναγνωριστική και την διαπλαστική, που τις μνημονεύει στα άρθρα 70-71 ΚΠολΔ.

143. Η στοίχιση του δικονομικού δικαίου με τους θεσμούς του ουσιαστικού δεν είναι όμως και απόλυτη. Αυτό φαίνεται στην περίπτωση της αναγνωριστικής αγωγής, αλλά και στα ασφαλιστικά μέτρα, όπου η αιτούμενη δικαστική προστασία είναι αποσυνδεδεμένη από ουσιαστικούς θεσμούς. Πρβλ. επίσης Μητσόπουλο, Η αναγνωριστική αγωγή, 90 επ. με παρ. παραπ.

144. Βλ. και Νίκας, ΠολΔ. Ι. Αθήνα/Θεσσαλονίκη 2003, 438.

145. Γεωργιάδη, Ποια η έννοια της εμπράγματης αγωγής. Σε: Οι εμπράγματες αγωγές. 23ο πανελλήνιο συνέδριο Ελλήνων Δικονομολόγων. Αθήνα-Κομοτηνή 1999, 65.

146. Γεωργιάδης, ΕμπρΔ Ι, 560, όπου και παραπ.

μενη στο δίκαιό μας ακόμη «αρνητική αγωγή»), όπου γίνεται μεν ρητά λόγος για αγωγή, επί παραλείπει, του κυρίου κατά του διαταράσσοντος το δικαίωμά του¹⁴⁷, θυσιαζομένης εδώ της ακριβολόγου διατυπώσεως, που τηρήθηκε στην περίπτωση της § 985 γερμΑΚ, όμως χωρίς καμιά αντίρρηση γίνεται δεκτό¹⁴⁸, πως δεν περιορίζει ο νόμος τον κύριο μόνο στην ενάσκηση ενός δικονομικού ένδικου βοηθήματος, αλλά ουσιαστικά αναφέρεται στο ουσιαστικό δικαίωμα (αξίωση) κατά του υποχρέου, συνιστάμενο σε παράλειψη, που μπορεί να ασκηθεί και δικαστικά.

Και κάτι ακόμη: Ότι δεν μπορεί να αποτελέσει περιεχόμενο οφειλόμενης θετικής πράξης στο πλαίσιο της ένδικης ενάσκησης της αξίωσης και η (πανηγυρική) αναγνώριση της κυριότητας, *verbis vel literis*, είναι πασιφανές¹⁴⁹. Η αρχή *beati possidentes* ισχύει κατά μείζονα λόγο και για τον κύριο, που αποκαθιστά την νομή του πάνω στο πράγμα, με την απόδοσή του σε αυτόν εκ μέρους του μέχρι τούδε νομέα, ακόμη και *manu militari*, εν ανάγκη, ώστε να παρέλκει και πανηγυρική δήλωση αναγνωρίσεως της κυριότητάς του, εκ μέρους του αντιπάλου του, που άλλωστε δεν θα τον εμποδίζει (τον τελευταίο) να αμφισβητήσει εκ νέου την κυριότητα, λόγω ή και έργω.

Το τελευταίο (η διαπίστωση δηλαδή της κυριότητας) ανήκει (ανέκαθεν) στην αποκλειστική αρμοδιότητα του δικαστή, σε κάθε περίπτωση (είτε δηλαδή υπάρχει στην αγωγή σχετικό αίτημα είτε όχι), να διαγνώσει προηγουμένως την κυριότητα του ενάγοντα-φορέα της αξίωσης και στη συνέχεια να διατάξει την απόδοση. Για τον λόγο αυτό σωστά γίνεται δεκτό, πως δεν έχουμε προ οφθαλμών αντικειμενική σύρρευση αγωγών, όταν ο ενάγων σφραγίζει στο ίδιο το αγωγικό του δικόγραφο (αρνητικό) αναγνωριστικό αίτημα για την κυριότητα του εναγομένου και κατανηφιστικό (διεκδικητικό)¹⁵⁰. Η ευόδωση μιας κατανηφιστικής αγωγής (όπως και εδώ) θα περιλαμβάνει έτσι αναγκαία δύο σκέλη: Την αναγνώριση της ύπαρξης της αξίωσης του ουσιαστικού δικαίου και την επιταγή στον ηττηθέντα διάδικο να καταβάλει την αιτούμενη παροχή (να προβεί δηλαδή στην ανάλογη κατά περίπτωση πράξη, παράλειψη, δήλωση βούλησης κλπ.)¹⁵¹.

Η αυτονόητη αυτή δικονομική προσέγγιση δεν μπορεί όμως να δικαιολογήσει πια την «διεκδικητική αγωγή», και δίπλα σε αυτήν και την «αρνητική αγω-

147. "Sind weitere Beeinträchtigungen zu besorgen, so kann der Eigentüemer auf Unterlassung klagen".

148. Βλ. αντί άλλων, *Koehler*, Unterlassungsanspruch, Unterlassungsklage und Unterlassungsvollstreckung am Beispiel der Eigentumsbeeinträchtigung. Σε *Festschrift fuer Apostolos Georgiades* Athen/Komotini-Muenchen-Bern. 2006. Bd. I, 223 επ., 223 σημ. 2, όπου και παραπ.

149. Βλ. όμως *Φίλιος*, ΕμπρΔ Ι. Αθήνα-Κομοτηνή 2000, 183, που θεωρεί περιεχόμενο της αξίωσης (και) την αναγνώριση της κυριότητας.

150. *Γεωργιάδης*, ΕμπρΔ Ι, 560 σημ. 24.

151. *Νίκας*, ΠολΔ. Ι. Αθήνα/Θεσσαλονίκη 2003, 438.

γή», για τον ίδιο λόγο, στο σώμα του αστικού κώδικα. Το ουσιαστικό δίκαιο εισάγει αξιώσεις, που ασκούνται κατά την βούληση του φορέα τους είτε εξώδικα είτε δικαστικά. Ακόμη και αν το συνήθως συμβαίνουν είναι η δικαστική ενάσκηση, δεν μπορεί ο νομοθέτης να το επιβάλει¹⁵². Είναι επομένως αμφίβολο ότι, σήμερα πια, αγνοώντας τον παράτιτλο, μπορούμε να θεωρήσουμε ότι εισάγεται με την διάταξη του άρθρου 1094 ΑΚ αξίωση, που να χορηγεί στον φορέα της εξουσία να απαιτήσει δύο θετικές ενέργειες, την απόδοση του πράγματος και την αναγνώριση της κυριότητάς του.

Τα παραπάνω επιβεβαιώνονται και δικαιοσυγκριτικά, από την μελέτη του γερμανικού προτύπου. Αν θα έμενε κανείς μάλιστα προσκολλημένος στενά στο ουσιαστικό δίκαιο, θα θεωρούσε ακριβέστερη για παράδειγμα την επιλεγείσα διατύπωση στην § 985 γερμΑΚ, ή ακόμη καλύτερα και αυτή την νομοθετική πρόταση, που διαμορφώθηκε κατά την προεργασία σύνταξης του αστικού κώδικα, όπως έγινε ήδη λόγος. Ο γερμανός τουλάχιστον νομοθέτης παρέμεινε τουλάχιστον στο σημείο αυτό¹⁵³ σταθερά συνεπής στο πεδίο του ουσιαστικού δικαίου, εξειδικεύοντας απλώς το περιεχόμενο μιας κοινής αστικής αξιώσεως συνισταμένης σε κάποια θετική πράξη¹⁵⁴.

152. Διαφορετική είναι η περίπτωση, όπου ένα διαπλαστικό δικαίωμα ασκείται, κατά ρητή νομοθετική βούληση, μόνο με την άσκηση διαπλαστικής αγωγής (Gestaltungsklagerecht), όπως π.χ. επιτάσσεται στα άρθρα 154 εδ. 1, 1438 ΑΚ.

153. Βλ. όμως την περίπτωση της § 1004 I εδ. 2 γερμΑΚ, όπου δεν υπάρχει η ίδια νομοτεχνική συνέπεια.

154. Στο *ιταλικό* δίκαιο υπάρχει διάταξη αντίστοιχη με αυτή του άρθρ. 1094 ΑΚ, και μάλιστα ο παράτιτλος του άρθρ. 948 *ιταλ.* ΑΚ αναφέρεται ρητά στην διεκδικητική αγωγή (Azione di rivendicazione). Η διαφορά του *ιταλικού* όμως δικαίου από το δικό μας έγκειται στο γεγονός, ότι το αίτημα για αναγνώριση της κυριότητας αναγράφεται όχι στην παραπάνω διαταξη, αλλά στο πλαίσιο του άρθρ. 949 *παρ. Ι* *ιταλ*ΑΚ, που είναι όμως αφιερωμένο στην αρνητική αγωγή (Azione negatoria). Προφανώς ο *ιταλός* νομοθέτης, ίσως εκ λόγων δικονομικών, θεώρησε ότι η *verbis* διατάραξη της κυριότητας (προφορική αντιποίηση) συνιστά διατάραξη της κυριότητας, που γεννά αξίωση για άρση της προσβολής και παράλειψη στο μέλλον. Στο *ελληνικό* δίκαιο η *προφορική* διατάραξη, λεκτική αμφισβήτηση δηλαδή του δικαιώματος του κυρίου, πιστεύω ότι θεμελιώνει απλώς το έννομο συμφέρον για άσκηση απλής αναγνωριστικής αγωγής κατ' άρθρ. 70 ΚΠολΔ. Βλ. και *Γεωργιάδη*, σε ΑΚ *Γεωργιάδη/Σταθόπουλου* Άρθρ. 1108 *αρ. 12*, όπου και σχετικές αναφορές σε άλλους συγγραφείς. Το πρόβλημα συγκεκριμένα της οριοθέτησεως της καταψηφιστικής αγωγής (αρνητικής αγωγής) από την απλή αναγνωριστική θα πρέπει να λυθεί με βάση ποιοτικά κριτήρια. Αν δηλαδή η *προφορική* διατάραξη δεν υπερβαίνει τα όρια της απλής αμφισβήτησεως έναντι του κυρίου ή έναντι τρίτων, του δικαιώματος κυριότητας, τότε έχει έδαφος εφαρμογής η απλή αναγνωριστική (θετική ή αρνητική) της κυριότητος αγωγή του άρθρ. 70 ΚΠολΔ. Δεν υπάρχει δηλαδή στην περίπτωση αυτή έδαφος για άσκηση της καταψηφιστικής (διεκδικητικής) αγωγής. Βλ. έτσι *Τούση*, *ΕμπρΔ*, 559. Αν όμως η λεκτική αμφισβήτηση φθάνει στα όρια της παρακωλύσεως της ασκήσεως των εξουσιών του κυρίου (π.χ. εμπειρέχει απειλές, ή δυσφημιστικές κρίσεις με σκοπό την αποθάρρυνση υποψηφίων αγοραστών, μισθωτών, δανειστών κλπ.), τότε βέβαια έχουμε να κάνουμε με διατάραξη, που στοιχειοθετεί την αξίωση του άρθρ. 1108 ΑΚ, και βέβαια και την συναρτημένη με αυτή αξίωση αποζημιώσεως από αδικοπραξία.

Πόρισμα: Με την τελικά επιλεγείσα ανεπτυγμένη διατύπωση του άρθρου 1094 ΑΚ θέλησε ο συντάκτης της, κατ' απόκλιση τόσο από το γερμανικό του πρότυπο, όσο και από την προταθείσα διάταξη του Εισηγητή του προσχεδίου ΑΚ, αλλά και του σχεδίου της Συντακτικής επιτροπής του ΑΚ, να περιγράψει το *πλήρες αίτημα* της διεκδικητικής αγωγής, ενός δηλαδή ενδίκου βοηθήματος, και όχι να εξειδικεύσει το *περιεχόμενο της αξιώσεως* του ουσιαστικού δικαίου του κυρίου κατά του προσβάλλοντος καθολικά το δικαίωμα της κυριότητάς του. Αν δεν θέλουμε να καταδικάσουμε λοιπόν σε νομική ανυποληψία τον παράτιτλο: «Διεκδικητική αγωγή», αγνοώντας τον εντελώς, θα πρέπει, δικαιολογώντας ιστορικά κατ' αρχήν την ύπαρξή του¹⁵⁵, να τον ερμηνεύσουμε συσταλτικά-διορθωτικά, έτσι ώστε να θεωρήσουμε ότι ο απρόσωπος νομοθέτης εκφράστηκε ευρύτερα από ό,τι ήθελε (αγωγή αντί αξίωση), έχοντας υπόψη το συνηθέστερα συμβαίνον (την δικαστική δηλαδή ενάσκηση των αξιώσεων, ή, με άλλη διατύπωση που ανάγεται στους Πανδεκτιστές, την «προβληματική» αξίωση¹⁵⁶), καταγράφοντας την ανεπτυγμένη μορφή του αιτήματος της κατανηφιστικής αγωγής και υπομιμήσκοντας ταυτόχρονα στον ενάγοντα (αλλά κυρίως στον δικαστή) την ανάγκη για προηγούμενη αναγνώριση, με την δύναμη του δεδικασμένου, της ύπαρξης του προσβληθέντος δικαιώματος.

3. Το αναγνωριστικό της κυριότητας αίτημα στο άρθρο 1094 ΑΚ

Α) Η Δικαιολογία κατά τον ιστορικό νομοθέτη

Ήδη υπό το κράτος του ρωμαϊκού δικαίου γινόταν δεκτό, όπως λέχθηκε και παραπάνω, πως ο σκοπός της rei vindicatio ήταν η αναγνώριση της κυριότητας, δυνάμει δε τούτου, η απόδοση της νομής, δηλαδή η αποκατάσταση του κατακρατούμενου πράγματος, καθόσον αυτό ανήκε στον ενάγοντα¹⁵⁷. «*Το καθήκον του δικαστού επί ερίδων περί κυριότητος είναι ίνα ασφαλίζει και αναγνωρίζει το υφιστάμενον δικαίωμα, ουχί δε ίνα δημιουργεί νέον δικαίωμα*»¹⁵⁸.

Η σημασία της προσθήκης στον νόμο και της αναγνωρίσεως της κυριότητας,

155. Δεν πρέπει να ξεχνάμε ότι ο Γ. Μπαλής, στο έργο που φέρει αποκλειστικά την προσωπική του σφραγίδα, δηλαδή στον ΕισΝ ΑΚ, θεώρησε πως θεράπευσε μια χρόνια αδυναμία του δικονομικού δικαίου μας, με την εισαγωγή της αναγνωριστικής αγωγής, ως άρθρο 125 ΕισΝ ΑΚ. Φαίνεται έτσι λογικό, μέσα από την διατύπωση του άρθρου 1094 ΑΚ, να θέλει να υπομνήσει πως υπάρχει πλέον η δυνατότητα για αναγνώριση της κυριότητας τόσο αυτοτελώς, όσο και στο πλαίσιο της κατανήφισης.

156. Βλ. Windscheid/Kipp (*Αργυρό*), Σύστημα ρωμαϊκού δικαίου. Τόμος Α. Εν Αθήναις 1915, 255 σημ. 2.

157. *Φρεαρίτης*, Πολιτική ρωμαϊκή νομοθεσία. Αθήνησι 1854, 671.

158. *Dernburg (Δοβονιώτη)* Σύστημα ρωμαϊκού δικαίου. Εμπράγματον δικαίον. Έκδ. Β. Εν Αθήναις. 1912, 212. Βλ. και C 3. 32. 28 “Res alienas possidens licet justam causam nullam habeat tenendi, non nisi suam intentionem implenti restituere cogitur”.

από την στιγμή που δεν αποτελεί περιεχόμενο της ουσιαστικής αξίωσης, πρέπει να αναζητηθεί αναγκαστικά στο δικονομικό πεδίο. Αυτό ενισχύεται καταρχάς από το δεδομένο, ότι στον Κώδικα, όπου ως παράτιτλος του άρθρ. 1094 ΑΚ τίθεται, όπως μόλις παραπάνω εξετέθη, ο όρος *διεκδικητική αγωγή*, *sine qua non* στοιχείο της σχετικής, επ' αυτής, απόφασης είναι η διαπίστωση της κυριότητας του ενάγοντα. Ο εισηγητής του Προσχεδίου του εμπραγμάτου δικαίου, Π. Θηβαίος, καταρχήν, στις συνοδεύουσες παρατηρήσεις του υπομνήματός του¹⁵⁹ δικαιολόγησε, επί λέξει, την μη αναφορά στο προτεινόμενο από τον ίδιο άρθρ. 147 του αιτήματος για αναγνώριση της κυριότητας με τη σκέψη πως: *Το γεγονός, ότι δεν αναφέρεται εν αυτό ως ουσιαστικές στοιχείον το αίτημα της αναγνώρισεως της κυριότητας, άνευ του οποίου δεν ηδύνατο να νοηθή εν τω Ρωμαϊκώ δικαίω, έχει δογματικήν εντελώς σημασίαν, κατά τους ερμηνευτάς του Γερμανικού Κώδικος, πάντως δε δεν έχει ουσιαστικήν αξίαν, αφού το αποτέλεσμα της επιτυχίας της αγωγής ταύτης και κατά το εν και κατά το έτερον δίκαιον θα είναι η απόδοσις του πράγματος».*

Αυτός υπήρξε λοιπόν ο λόγος, που κατά τον Εισηγητή συνηγόρησε στην πρόταση της σχετικής διατάξεως *κατά το πρότυπο του γερμΑΚ*, δηλαδή ως κανόνα του ουσιαστικού δικαίου, που αναγνωρίζει την αξίωση του αποβληθέντος από την νομή ή κατοχή κυρίου για απόδοση σε αυτόν του πράγματος, χωρίς καμία αναφορά και στην ανάγκη προηγούμενης αναγνώρισης της κυριότητάς του. Η άποψη αυτή, που την χαρακτηρίζει δογματική καθαρότητα και συνέπεια, πρυτάνευσε και κατά την διατύπωση του σχεδίου της συντακτικής επιτροπής, όπου επίσης στο άρθρο 139 δεν γίνεται καμία σχετική μνεία για αναγνώριση της κυριότητας.

Η «δικονομική» διατύπωση του άρθρ. 1094 ΑΚ, από τον τελικό συντάκτη της διάταξης, είναι επομένως δικαιολογημένη μόνο εφόσον ενταχθεί στα συγκεκριμένα ιστορικοδικονομικά δεδομένα της εποχής συντάξεως του τελικού κειμένου του Κώδικα. Δεν πρέπει να ξεχνάμε, αφενός ότι υπό το καθεστώς της δικονομίας του *v. Maurer* δεν υπήρχε, σε αντίθεση προς το γερμανικό δίκαιο, ρητή πρόβλεψη της αναγνωριστικής (βεβαιωτικής) αγωγής, ως μορφής αιτήσεως παροχής ενδίκου προστασίας, και αφετέρου ότι η ρωμαϊκή παράδοση της *rei vindicatio* έριχνε, όπως ήδη λέχθηκε, το κύριο βάρος στην διαπίστωση από τον δικαστή της κυριότητας του ενάγοντα (*Pronunciatio*)¹⁶⁰, και που η επιρροή της

159. Βλ. Σχέδιον ΑΚ, Εκπονηθέν υπό της Συντακτικής Επιτροπής. Εμπράγματων Δίκαιον. Εν Αθήναις 1936, 191.

160. «...ως αγωγή εμπράγματος (εννοείται η διεκδικητική αγωγή) σκοπόν έχει την τε αναγνώρισιν της ιδιοκτησίας του ενάγοντος και την κατανήφισιν του εναγομένου, εις την απόδοσιν του διεκδικουμένου πράγματος μετά πάντων των παρεπομένων αυτό...». Έτσι *Οικονομίδης*, Στοιχεία του αστικού δικαίου. Βιβλίον δεύτερον. Εμπράγματα δίκαια. Έκδ. Β. Εν Αθήναις 1912, 209.

υπήρξε έκδηλη στην κατάστροφη των ρυθμίσεων, όπως παραδεχόταν ρητά και ο ιστορικός νομοθέτης¹⁶¹.

Αναζητώντας την βούληση αυτού του ιστορικού νομοθέτη βρίσκει κανείς, εκτός από αυτές τις ιστορικές δεσμεύσεις, και τις αδυναμίες του τότε ισχύοντος, δικονομικού πλαισίου, ως την κατεξοχήν δικαιολογία, για την (τελική) διατύπωση του άρθρ. 1094 ΑΚ, κατ' απόκλιση από τα προταθέντα στις προπαρασκευαστικές εργασίες του ΑΚ και τα αλλοδαπά πρότυπα. Όμως την κυριότερη, και πειστικότερη συνάμα, δικαιολογία για την τελική μορφή που πήρε το άρθρ. 1094 ΑΚ προσφέρει πάλι ο ίδιος ο ιστορικός συντάκτης της, και πάλι για δικονομικούς λόγους. Υποστηρίζει επί λέξει ο Γ. Μπαλής¹⁶², πως: «*Η πρακτική σημασία του πλήρους αιτήματος, ως τούτο καθορίζεται εν άρθρω 1094, έγκειται εις την έκτασιν του εκ της αποφάσεως μέλλοντος να προκύψη δεδικασμένου. Διότι υπό το πλήρες αίτημα του άρθρου 1094 η εκδιδόμενη αντίστοιχος απόφασις αποτελεί εφεξής δεδικασμένον περί της κυριότητος (έναντι του εναγομένου). Ενώ αν η αγωγή ζητή απλώς την απόδοσιν του πράγματος, ναι μεν παρεμπιπτόντως εν τη δίκη θα εξετασθή (examinatio) το δικαίωμα της κυριότητος, ουχ' ήττον τούτο δεν θα αποφασισθή (pronunciatio) και συνεπώς αμφίβολον θα είναι αν εκ της τοιαύτης αποφάσεως, παρεμπιπτόντως κρινάσης την κυριότητα, γεννάται περί ταύτης δεδικασμένον*».

Η έλλειψη δηλαδή ειδικής απάντησης στην τότε ισχύουσα Πολιτική Δικονομία, ως προς το ερώτημα της επεκτάσεως των αντικειμενικών ορίων του ουσιαστικού δεδικασμένου και στα προδικαστικά θέματα¹⁶³, όπως εδώ στο θέμα της κυριότητος του ενάγοντα στην διεκδικητική αγωγή, υπήρξε η κατεξοχήν ιστορική ratio legis για την αποκλίνουσα, από τις προπαρασκευαστικές εργασίες του Κώδικα και το γερμανικό πρότυπο, τελική διατύπωση του άρθρ. 1094 ΑΚ^{164,165}.

161. Βλ. Μπαλή, ΕμπρΔ, 214 επ.: «...*Εν τω ρωμαϊκώ δικαίω... αφενός μεν ελαμβάνετο απόφασις περί της κυριότητος του ενάγοντος, αφετέρου δε διετάσσετο η απόδοσις του πράγματος. Υπό την έννοιαν ταύτην εδέχετο την διεκδικητικήν αγωγήν το προϊσχύσαν δικαίον, υπό την αυτήν δε έννοιαν διατυπούται και το άρθρον 1094...*».

162. ΕμπρΔ, 215.

163. Βλ. αντί άλλων Κεραμέα, Ουσιαστικών δεδικασμένων επί προδικαστικών ζητημάτων. Οριακά προβλήματα πολιτικής δικονομίας και αστικού δικαίου. Θεσσαλονίκη 1967, 147 με παρ. παραπ.

164. Βλ. αντί άλλων Κεραμέα, Ουσιαστικών δεδικασμένων, 22 επ. Πίψου, Αρμοδιότητα, εκκρεμοδικία και δεδικασμένο στις εμπράγματες αγωγές. Σε: Οι εμπράγματες αγωγές. 23ο πανελλήνιο συνέδριο Ελλήνων Δικονομολόγων. Αθήνα-Κομοτηνή 1999, 213 επ., όπου και παραπ.

165. Η συγκριτική μελέτη του ελβετικού δικαίου επιβεβαιώνει (από την αντίστροφη πλευρά) αυτήν την δικαιολογία και εκφράζει ταυτόχρονα την επίδραση που μπορεί να ασκήσει το δικονομικό δίκαιο, στο πεδίο του ουσιαστικού δικαίου. Πράγματι, η rei vindicatio, στα πλαίσια αυτού του συγγενούς κατά τα άλλα δικαίου, όπως στοιχειοθετείται στο προαναφερθέν σε άλλο σημείο άρθρ. 641 II ελβΑΚ, περιλαμβάνει μόνο την κατανήφισις, δηλαδή την απόδοση του πράγματος στον κύριο. Η αναγνώριση της κυριότητος δεν υπονοείται, ούτε και απαιτείται, αφού κατά την

Υπό την προϋσχύσασα πράγματι Πολιτική Δικονομία δεν υπήρχε στον νόμο ειδική ρύθμιση, ως προς την μεταχείριση των προδικαστικών θεμάτων σε θέματα επεκτάσεως των ορίων του δεδικασμένου σε αυτά, και η όλη σχετική φιλολογία στρεφόταν γύρω από την ερμηνεία του άρθρ. 274 ΠολΔ. Παρά το γεγονός όμως ότι η νομολογία, ακόμη και χωρίς την υπαρξη ρυθμίσεως στον νόμο, επεξεύρινε στις αστικές διαφορές το ουσιαστικό δεδικασμένο και στα παρεμπιπτότως κριθέντα θέματα, που είχαν έννομη επιρροή στη διάγνωση του κυρίου αντικειμένου της διαφοράς, εφόσον η κρίση για το παρεμπίπτον θέμα ήταν αναγκαία για την απόφαση και το δικαστήριο ήταν αρμόδιο να κρίνει και επί τούτου, σε σημείο μάλιστα που να μπορεί να γίνει λόγος και για δημιουργία συναφούς άγραφου (εθιμικού) κανόνα¹⁶⁶, κρίθηκε παρά ταύτα από τον ιστορικό συντάκτη του ΑΚ, ότι η διατύπωση του διπλού αιτήματος της διεκδικητικής αγωγής θα απέκλειε τον κίνδυνο να μην καλυφθεί από το δεδικασμένο και το θέμα της κυριότητας.

πάγια κρατούσα, σε θεωρία και νομολογία, γνώμη, αλλά και κατά τις ρητές ρυθμίσεις τοπικών κωδίκων, όπως της ΠολΔ του Καντονίου της Ζυρίχης (§ 191 I), δεν καλύπτεται από το δεδικασμένο της εκδοθισόμενης απόφασης. Το δεδικασμένο καταλαμβάνει μόνο το διατακτικό (Dispositiv) της αποφάσεως. Βλ. αντί άλλων *Habscheid*, Schweizerisches Zivilprozess- und Gerichtsorganisationsrecht. 2. Aufl. Basel / Frankfurt. 1990, 279 επ., με παρ. παραπ. *Walder*, Zivilprozessrecht. 4te Aufl. Zuerich, 1996, 253 επ., BGE 24 II 601, 110 II 50, 105 II 272, με το οποίο ο εναγόμενος υποχρεούται σε απόδοση του πράγματος, κατ' επιτυχή δικαστική ενάσκηση της αξιώσεως που του χορηγεί ο νόμος για προστασία της κυριότητός του, και όχι και αυτή καθαυτή την κυριότητα, για την δεσμευτική διαπίστωση της υπάρξεως της οποίας, αν έχει έννομο συμφέρον, μπορεί να ασκήσει αναγνωριστική αγωγή είτε αυτοτελώς είτε στα πλαίσια αντικειμενικής σωρεύσεως. Βλ. *Haab / Berner Komm. Allgem. Bestimmungen. Art. 641. Rdnr. 36. Meier-Hayoz / Berner, Komm. Art. 641 Rdnr. 43*. Το δεδικασμένο καταλαμβάνει δηλαδή μόνο την κυρίως κριθείσα έννομη συνέπεια, η διάγνωση της οποίας ζητήθηκε με την διεκδικητική αγωγή του άρθρ. 641 II ελβΑΚ, και δεν επεκτείνεται στις προδικαστικώς κριθείσες έννομες σχέσεις, δηλαδή στην διαπίστωση της κυριότητος του ενάγοντα, που περιλαμβάνεται στις αιτιολογίες της απόφασης. *Habscheid*, Schweizerisches Zivilprozess- und Gerichtsorganisationsrecht. 2. Aufl. Basel/Frankfurt. 1990, 280. ("Die Vindication geht nicht auf richterliche Feststellung des Eigentums, sondern auf Leistung. Dementsprechend wird durch das Urteil, anders als im gemeinen Recht, nicht etwa Existenz des klagerischen Eigentums rechtskräftig festgestellt, sondern nur der geltend gemachte Herausgabeanspruch gutgeheissen oder abgewiesen"). *Meier-Hayoz*, ό.π., Art. 641 Rdnr. 43. Σε διαφορετική περίπτωση, υποστηρίζεται στη σχετική φιλολογία, θα μπορούσε να αναγνωρισθεί δεσμευτικά η κυριότης υπέρ του ενάγοντα, και όταν ακόμη ο δικαστής θα ήταν υποχρεωμένος να απορρίψει την (καταψηφιστική) αγωγή του κυρίου, σε περίπτωση που προβαλλόταν επιτυχώς ένσταση ιδίας κατοχής ή νομής του εναγομένου. *Haab/Berner Komm. Allgem. Bestimmungen. Art. 641. Rdnr. 36*. Βλ. όμως και *Walder*, Zivilprozessrecht. 4te Aufl. Zuerich, 1996, 257 επ., που υποστηρίζει, σε ορισμένες περιπτώσεις, την δέσμευση του δεύτερου δικαστή από τα κριθέντα παρεμπιπτότως στο πλαίσιο της πρώτης δίκης (Vorfragewirkung).

166. *Κεραμεύς*, Ουσιαστικόν δεδικασμένον, 85 επ. Βλ. επίσης *Ποδηματά*, Δεδικασμένο. Αντικειμενικά όρια ιδίως επί ενστάσεων. I, Θεσσαλονίκη 1995, 101 με παρ. παραπ.

Τα παραδείγματα των άρθρ. 127 ΕισΝΑΚ (ως γενική ρύθμιση)¹⁶⁷ και 1094 ΑΚ (ως ειδικότερη ρύθμιση) είναι χαρακτηριστικά των προσπαθειών του Γ. Μπαλή να επιλύσει, με ρητές διατάξεις, δικονομικής φύσεως προβλήματα, που είχαν ανακύψει υπό το καθεστώς της προϊσχυσάσης ΠολΔ. Αξιοσημείωτο είναι, πως ο ίδιος, που υπήρξε εισηγητής του κληρονομικού δικαίου, κατά τις προπαρασκευαστικές εργασίες του Κώδικα, είχε διατυπώσει το άρθρ. 149 Προσχ ΕισηγΚληρΔ κατά παρόμοιο τρόπο¹⁶⁸, αποφεύγοντας όμως ταυτόχρονα να δικαιολογήσει στην αιτιολογική έκθεση του εισηγητή την διατύπωση που πρότεινε¹⁶⁹. Μάλιστα δε πέτυχε την αποδοχή της νομοθετικής του πρότασης, στο άρθρ. 150 του σχεδίου της Συντακτικής Επιτροπής, που επαναλαμβάνει κατά γράμμα την διατύπωση του προσχεδίου του εισηγητή. Η ανάθεση σε αυτόν της τελικής διατύπωσης ολόκληρου πια του ΑΚ τού έδωσε την ευκαιρία να επέμβει κατά τον ίδιο τρόπο και στη διατύπωση του αιτήματος της διεκδικητικής αγωγής, επιφέροντας έτσι και νομοτεχνικό εναρμονισμό, σε ό,τι αφορούσε στη διατύπωση του αιτήματος των δύο αγωγών.

Ο ζήλος του ιστορικού νομοθέτη είναι μεν αξιοπρόσεκτος και δικαιολογημένος για τα μέτρα της εποχής του, όμως αποδεικνύεται ημιτελής η σχετική προσπάθειά του, αφού την περιόρισε στη διεκδίκηση του πράγματος και της κληρονομιάς. Όπως στην περίπτωση της αρνητικής αγωγής του άρθρου 1108 ΑΚ, ο τελικός συντάκτης της, ενώ δεν δίστασε και εδώ να χρησιμοποιήσει ως παράτιτλο έναν, ρωμαϊκής προέλευσης, (δικονομικό) όρο, παρέλειψε (ανεξήγητα) εντελώς το απαραίτητο και εδώ, για την ταυτότητα του νομικού λόγου, αναγνωριστικό αίτημα, ενώ δεν μπόρεσε καν στον κόπο, να προσθέσει έστω μια παραπεμπτική αναφορά στις διατάξεις για την διεκδικητική αγωγή, όπως έκανε π.χ. στην περίπτωση της πουβλικιανής αγωγής¹⁷⁰. Ουδείς αμφιβάλει όμως ότι προϋπόθεση της σχετικής αξίωσης επί παραλείψει είναι και πάλι, αφού πρόκειται για αδελφή αξίωση, η κυριότητα του ενάγοντα στο πράγμα. Στην αγωγή γίνεται σωστά δεκτό, ότι περιλαμβάνεται και αναγνωριστικό της κυριότητας αίτημα. Από την άλλη πλευρά η κυριότητα αποτελεί και εδώ προδικαστικό ζήτημα, έτσι

167. «Ο έχων έννομον συμφέρον προς δικαστικήν αναγνώρισιν της υπάρξεως ή μη υπάρξεως εννόμου τινός σχέσεως δύναται να εγείρη περί τούτου αγωγήν (αναγνωριστική αγωγή) και αν έτι η εκ τούτης υφισταμένης εννόμου σχέσεως αξίωσις δεν είναι γεγεννημένη».

168. Άρθρ. 149 ΠροσχΕισηγΚληρΔ: «Ο κληρονόμος δικαιούται να απαιτήσει παρά του κατακρατούντος ως κληρονόμου αντικείμενα της κληρονομιάς (νομέυς κληρονομιάς), την αναγνώρισιν του κληρονομικού του δικαιώματος, και την απόδοσιν της κληρονομιάς ή αντικειμένων τινων εξ αυτής».

169. Βλ. Σχέδιον ΑΚ, Εκπονηθέν υπό της Συντακτικής Επιτροπής. Κληρονομικόν Δίκαιον. Εν Αθήναις 1936, 126, όπου περιέχεται δικαιολογία μόνο σε σχέση με την παθητική νομιμοποίηση στην περί κλήρου αγωγή.

170. Άρθρ. 1112 ΙΑΚ.

ώστε το δικαστήριο να μην μπορεί να κρίνει επί της προσβολής της κυριότητας με την μορφή της διατάραξης, αν δεν αποφανθεί προηγουμένως (με δύναμη δεδικασμένου) για την ύπαρξή της στο πρόσωπο του ενάγοντα¹⁷¹.

Β) Η σχέση του αναγνωριστικού προς το καταψηφιστικό αίτημα

Είναι σαφές, πως η επιτασσύμενη στο άρθρο 1094 ΑΚ αναγνώριση της κυριότητας δεν αποτελεί περιεχόμενο της αξίωσης του προσβληθέντα φορέα του δικαιώματος κυριότητας, αλλά ειδικό (προαιρετικό) αίτημα του ενάγοντα, σε κάθε δε περίπτωση, δικονομικό προαπαιτούμενο για την καταψήφιση¹⁷². Συναφώς έτσι, από πλευράς ορολογίας, γίνεται και η αντίστοιχη διάκριση μεταξύ *απλής* και *πλήρους* διεκδικητικής αγωγής, όπου η μεν πρώτη ακινδύνως περιορίζεται στο καταψηφιστικό αίτημα, και αναγκαία έστω και σιωπηρώς εμπεριέχει και το αναγνωριστικό, ενώ η δεύτερη αποτελεί την ανεπτυγμένη μορφή, που αποτυπώνεται, όπως λέχθηκε, στον κανόνα του άρθρ. 1094 ΑΚ^{173· 174· 175}.

Ειδικότερα: Η αξίωση για απόδοση της νομής του πράγματος, όπως άλλωστε γίνεται και παγίως δεκτό σε θεωρία και νομολογία, ασκούμενη δικαστικώς (με καταψηφιστική αγωγή), δεν είναι αναγκαίο να συνοδεύεται και από το επιτασσύμενο από τον κανόνα του άρθρου 1094 ΑΚ αίτημα για αναγνώριση της κυριότητας, αφού η αιτούμενη απόδοση της νομής του πράγματος, κατά νομική και λογική αναγκαιότητα, *προϋποθέτει* την ύπαρξη κυριότητας στο πρόσωπο του ενάγοντα, που αποτελεί ταυτόχρονα φορέα δύο δικαιωμάτων, δηλαδή του (μη-

171. Βλ. αντί πολλών *Γεωργιάδης*, ΕμπρΔ Ι, 623 επ., όπου και παραπ.

172. Το ορισμένο αίτημα, που απαιτεί το δικονομικό δίκαιο στο άρθρ. 216 παρ. Ι περ. γ ΚΠολΔ, δεν πρέπει να εκλαμβάνεται ως κατά γράμμα συμμόρφωση με την επιτασσύμενη έννομη συνέπεια του άρθρ. 1094 ΑΚ.

173. *Κεραμέας*, Σχέσεις αναγνωριστικής και καταψηφιστικής αγωγής κατά το ελληνικό δίκαιο. Νομικές Μελέτες ΙΙ Αθήνα-Κομοτηνή 1994, 173, ιδίως σημ. 47, όπου και παραπ.

174. Η δικαιοματική νομή ή κατοχή του εναγομένου-ενιστάμενου συνιστά, με βάση και όσα λέχθηκαν, αυτοτελή λόγο για να απορριφθεί η καταψηφιστική αγωγή. Πρόβλημα βέβαια δημιουργείται, ως προς το αν δημιουργείται δεδικασμένο ως προς την κυριότητα του ενάγοντα, αν ασκηθεί διεκδικητική αγωγή όχι σε ανεπτυγμένη μορφή, αλλά μόνο με καταψηφιστικό αίτημα, και απορριφθεί κατόπιν προβολής επιτυχώς της ενστάσεως του άρθρ. 1095 ΑΚ. Βλ. και *Ποδηματά*, Δεδικασμένο. Αντικειμενικά όρια ιδίως επί ενστάσεων. Ι Θεσσαλονίκη 1995, 211. *Κονδύλη*, Το δεδικασμένον κατά τον Κώδικα Πολιτικής Δικονομίας, Αθήνα 1983, 266 επ.

175. Το ερώτημα αυτό έχει και άλλη διατύπωση. Είναι υποχρεωμένο το δικαστήριο, όταν προβληθεί η ένσταση του άρθρ. 1095 ΑΚ μόνο, να προβεί και σε διάγνωση της κυριότητος του ενάγοντα; Το δίλημμα έχει μια σημαντική πρακτική διάσταση, που συναρτάται με την επέκταση των αντικειμενικών ορίων του δεδικασμένου σε προδικαστικά θέματα, αλλά και γενικότερα με το πρόβλημα αν, σε περίπτωση κατ' ουσία αποδοχής ή απορρίψεως προβληθείσας ενστάσεως, αναπτύσσεται δεδικασμένο και ως προς το δικαίωμα επί του οποίου αυτή στηρίζεται, υπό την προϋπόθεση βέβαια ότι συντρέχουν και οι υπόλοιποι όροι του άρθρ. 331 ΚΠολΔ. Βλ. γενικά *Κονδύλη*, ό.π., 266 επ., ιδίως όμως για το θέμα αυτό, *Γεωργιάδη/Κεραμέας*, Γνμδ., ΝοΒ 33 (1985), 296 επ.

τρικού) δικαιώματος κυριότητας, επί του οποίου εδράζεται αναπόσπαστα το (θυγατρικό) δικαίωμα (αξίωση), να ζητήσει την απόδοσή του από αυτόν που του το προσέβαλε¹⁷⁶. Ο δικαστής είναι δηλαδή υποχρεωμένος, *ex officio*, να ερευνήσει σε κάθε περίπτωση το νόμο βάσιμο του καταψηφιστικού αιτήματος, δηλαδή αν ο ενάγων είναι φορέας αξιώσεως αποδόσεως του πράγματος, που γεννήθηκε μετά την προσβολή του απόλυτου δικαιώματος κυριότητας, αν δηλαδή είναι (ακόμη) κύριος του πράγματος¹⁷⁷. Ο δικαστής δεν μπορεί δηλαδή, ακόμη και αν δεν υπάρχει στην αγωγή αναγνωριστικό της κυριότητας αίτημα, να διατάξει την απόδοση της νομής στον ενάγοντα, αν δεν διαγνώσει προηγουμένως (ακόμη και χωρίς να του ζητηθεί) την ύπαρξη κυριότητας του ενάγοντα στο επίδικο πράγμα. Το καταψηφιστικό (αποκαταστατικό) αίτημα *συνδέεται* με το αναγνωριστικό (εφόσον το περιλάβει στο αίτημα της αγωγής ο ενάγων) κατά τέτοιο τρόπο, ώστε χωρίς την προηγούμενη αναγνώριση να μην μπορεί να ακολουθήσει η καταδίκη του εναγομένου σε απόδοση¹⁷⁸. Κάθε άλλη εκδοχή θα κατέληγε στη δημιουργία *ex iudicio* εμπραγμάτου δικαιώματος κυριότητας με σαθρή βάση. Η ρύθμιση του άρθρου 1094 ΑΚ απλά εξύψωσε μια τυπική περίπτωση προδικαστικού ζητήματος (που θα απασχολούσε έτσι και αλλιώς τον δικαστή) σε ρητό αίτημα αγωγής, για να καλυφθεί μια έλλειψη στο τότε ισχύον δικονομικό πλαίσιο¹⁷⁹. Σήμερα όμως με την ρητή πλέον λύση που δόθηκε στο γενικότερο πρόβλημα της επέκτασης του ουσιαστικού δεδικασμένου στα προδικαστικά ζητήματα με την διάταξη του άρθρ. 331 ΚΠολΔ, που μετουσίωσε σε θετικό δίκαιο την καταφατική απάντηση, έχει, πιστεύω, εκλείψει και η ιστορική δικαιολογία για την σημερινή διατύπωση του άρθρ. 1094 ΑΚ, αφού προδικαστικό θέμα, κατά την εν λόγω διάταξη, είναι η κυριότητα του ενάγοντα, δηλαδή στοιχείο του

176. Βλ. ενδεικτικώς από την νομολογία ΑΠ 1015/1976 ΝοΒ 25 (1977), 371 επ. και από την θεωρία, *Γεωργιάδη*, ό.π., Άρθρ. 1094 αρ. 20 με παρ. παραπ.

177. Άλλωστε ο ενάγων είναι κατ' άρθρ. 216 § 1 εδ. α ΚΠολΔ υποχρεωμένος στο εισαγωγικό δικόγραφο του, προκειμένου αυτό να μην πάσχει από αοριστία, να εκθέσει όχι απλά την ιδιότητά του ως κυρίου, αλλά και να μνημονεύσει με ποιο τρόπο απέκτησε το δικαίωμά του. Έτσι θα δοθεί η ευκαιρία στο δικαστήριο να ελέγξει ήδη από το δικόγραφο, *in abstracto*, αν ο ενάγων είναι κύριος και συνεπώς φορέας της αξίωσης για απόδοση του πράγματος.

178. Αποτελεί αδιαμφισβήτητη, σε θεωρία και νομολογία, γνώμη, πως, όταν ασκείται διεκδικητική αγωγή, δεν είναι απαραίτητο να περιλαμβάνεται στο δικόγραφο και το αναγνωριστικό της κυριότητας αίτημα, αντίθετα από ό,τι αναφέρεται στο άρθρ. 1094 ΑΚ. Ο ΑΠ μάλιστα σε μια χαρακτηριστική του απόφαση (ΑΠ 1015/1976 ΝοΒ 25 (1977), 371), ξεκάθαρα τόνισε πως, παρά το γράμμα του άρθρ. 1094 ΑΚ, προϋποτίθεται μεν κυριότης του ενάγοντα, δεν συνδέεται όμως κατά νομική αναγκαιότητα το καταψηφιστικό του αίτημα με την (ταυτόχρονη) διατύπωση και αναγνωριστικού, έτσι ώστε, αν αυτό (το αναγνωριστικό) λείπει ή αστοχεί, για αιτία μη αναγομένη σε ανυπαρξία κυριότητας, να καθίσταται εξ αυτού και μόνου του λόγου αβάσιμη ή απαράδεκτη η αγωγή.

179. *Πίψου*, Αρμοδιότητα, εκκρεμοδικία και δεδικασμένο στις εμπράγματες αγωγές. Σε: Οι εμπράγματες αγωγές. 23ο πανελλήνιο συνέδριο Ελλήνων Δικονομολόγων, Αθήνα - Κομοτηνή 1999, 213.

«πραγματικού» του κανόνα του ουσιαστικού δικαίου, επί του οποίου θεμελιώνεται το κύριο (ουσιαστικό επί του προκειμένου) ζήτημα, δηλαδή εδώ η απόδοση της νομής^{180,181,182}.

Η κατανηφιστική δηλαδή αγωγή περιλαμβάνει πάντα στους κόλπους της και το αναγνωριστικό αίτημα ως προς την κυριότητα του ενάγοντα¹⁸³ (Η ύπαρξη της εννόμου σχέσεως κυρίου προς πράγμα είναι λογικό προαπαιτούμενο για την εν συνεχεία έρευνα των εννόμων συνεπειών που προσαρτώνται σε αυτή, όπως εδώ της αξιώσεως για αποκατάσταση των εξουσιών του κυρίου σε αυτό, με την απόδοση της νομής του εκ μέρους του αφαιρέσαντα) και συνιστά την εντονότερη μορφή παροχής εννόμου προστασίας, αφού προσφέρει στον ενάγοντα και εκτελεστό τίτλο. Το ίδιο συμβαίνει άλλωστε και στην περίπτωση της περί κλήρου αγωγής, όπου ο νομοθέτης, στο άρθρ. 1871 ΑΚ, επίσης κάνει λόγο για αναγνώριση του κληρονομικού δικαιώματος του ενάγοντα και απόδοση της κληρονομιάς ή αντικειμένου της σε αυτόν. Όπως εξάλλου γίνεται δεκτό, και μόνο το κατανηφιστικό αίτημα αρκεί για να χαρακτηριστεί η αγωγή ως αγωγή περι κλήρου, αφού άλλωστε η αναγνώριση της ύπαρξης στο πρόσωπο του ενάγοντα του *jus hereditarium* αποτελεί προδικαστικό ζήτημα, για την καταδίκη του νομέα της κληρονομιάς, και συνεπώς η σχετική δικαστική κρίση καλύπτεται από το δεδικασμένο κατά το άρθρ. 331 ΚΠολΔ¹⁸⁴.

Επιπροσθέτως θα μπορούσε να σημειωθεί, πως η «υποβάθμιση» του αναγνωριστικού αιτήματος του άρθρ. 1094 ΑΚ υποδεικνύεται κατά κάποιο τρόπο και από το επόμενο άρθρ. 1095 ΑΚ, που χορηγεί, τουλάχιστον κατά την κρατούσα στο δίκαιό μας άποψη, στον εναγόμενο γνήσια αναβλητική ένσταση¹⁸⁵,

180. Βλ. από την άποψη του ελληνικού δικαίου την ενδιαφέρουσα γνωμοδότηση των *Γεωργιάδη/Κεραμέως*, ΝοΒ 33 (1985), 296 επ. = *Κεραμέως*, Νομικές Μελέτες II Αθήνα-Κομοτηνή 1994, 267, ως προς το πρόβλημα της επεκτάσεως του δεδικασμένου, επί παραδοχής της εστάσεως του άρθρ. 1095 ΑΚ, εν σχέσει προς την αναγνώριση της κυριότητας. Βλ. επίσης ΑΠ 8935/1984 ΝοΒ 33 (1985), 293 επ.

181. Βλ. *Κονδύλη*, ό.π., 262. *Πίψου*, Αρμοδιότητα, εκκρεμοδικία και δεδικασμένο στις εμπράγματατες αγωγές. Σε: *Οι εμπράγματατες αγωγές*. 23ο πανελλήνιο συνέδριο Ελλήνων Δικονομολόγων. Αθήνα-Κομοτηνή 1999, 213, που θεωρεί περιττή πια την ρύθμιση στο άρθρο 1094 ΑΚ.

182. Βλ. όμως και *Σπυριδάκη/Περάκη*, ΑΚ άρθρ. 1094, που εκφράζει αμφιβολίες ως προς την επέκταση του δεδικασμένου και στο θέμα της αναγνώρισης της κυριότητας.

183. Διαφορετικά, θα ζητούσαμε από τον δικαστή να επιδικάσει κάτι (αναγνώριση της κυριότητας), που δεν ζητήθηκε, κατά σαφή δηλαδή παράβαση της δικονομικής αρχής του άρθρου 106 ΚΠολΔ.

184. Βλ. αντί άλλων *Φίλιο*, ΚληρΔΓενΜ. Β Έκδ. Αθήνα-Κομοτηνή 1994, 167. *Κουσόλη*, σε: ΑΚ Γεωργιάδη/Σταθόπουλου άρθρ. 1871 αρ. 16, όπου και παραπ.

185. Βλ. αντί άλλων, *Ποδηματά*, Δεδικασμένο. Αντικειμενικά όρια ιδίως επί ενστάσεων. Ι Θεσσαλονίκη 1995, 208 επ. με παρ. παραπ. *Γεωργιάδη*, Η συμβολή του ουσιαστικού δικαίου στη διαμόρφωση των ενστάσεων. Εισ: Μελέτες αστικού δικαίου και πολιτικής δικονομίας. ΙΙ. Θεσσαλονίκη 1991, 17 επ., 26.

έναντι του ενάγοντα κυρίου, μόνο σε ό,τι αφορά στην απόκρουση της αξιώσεώς του για απόδοση του πράγματος. Για τον λόγο αυτό άλλωστε και δεν έχει θέση στο οπλοστάσιο του εναγομένου, όταν ασκείται καθαρά αναγνωριστική αγωγή για διαπίστωση της κυριότητας του ενάγοντα¹⁸⁶. Επίσης θα πρέπει να υπογραμμισθεί πως ο περιορισμός του εναγομένου μόνο στην προβολή αυτής της ενστάσεως του άρθρ. 1095 κατ' ουσία περιέχει ομολογία της κυριότητας του ενάγοντα (αν έχει έναντι του κυρίου δικαίωμα να νέμεται ή να κατέχει το πράγμα)¹⁸⁷. Όπως δηλαδή η προβολή και ενδεχομένως η δικαστική ενάσκηση της αξιώσεως για απόδοση της νομής του πράγματος εμπεριέχει αναγκαία (ακόμη και σιωπηρά) και την αναγνώριση της κυριότητας, έτσι αντίστροφα, από την πλευρά του υποχρέου/εναγομένου, η ένσταση απλά ίδιας νομής ή κατοχής εμπεριέχει κατάφαση της κυριότητάς του. Η ένσταση του άρθρ. 1095 ΑΚ, που αποτελεί κατά κάποιο τρόπο επιβίωση της ενστάσεως του ρωμαϊκού δικαίου *exertio rei venditae et traditae*¹⁸⁸, έχει τελικώς τεθεί, κατά την άποψή μου, με λήψη υπ' όψη ότι το κύριο αίτημα της αγωγής θα είναι η απόδοση της νομής του πράγματος στον κύριο. Παραλύει μόνο την «εμπράγματη» αξίωση για απόδοση του πράγματος, αφήνοντας ανέπαφη την κυριότητα, από την προσβολή της οποίας, κατά τα λεχθέντα στην αρχή, πήγασε η αξίωση.

Συμπερασματικά: Η κατανηφιστική αγωγή (στο πλαίσιο της άσκησης της σύγχρονης *rei vindicatio*) υπερκαλύπτει την αναγνωριστική¹⁸⁹, έτσι ώστε να μην είναι απαραίτητο, όταν ασκείται αγωγή με αίτημα την αποδόση της νομής στον ενάγοντα-κύριο, να περιέχεται οπωσδήποτε και αναγνωριστικό αίτημα ως προς την κυριότητά του¹⁹⁰. Σε ό,τι αφορά έτσι στη δυνατότητα παράλειψης από τον ενάγοντα του αναγνωριστικού αιτήματος, ο ίδιος ο Γ. Μπαλής¹⁹¹ υποδείκνυε ότι

186. Βλ. Κεραμέα, ό.π., 184. *Ποδηματά*, Δεδικασμένο. Αντικειμενικά όρια ιδίως επί ενστάσεων. Ι Θεσσαλονίκη 1995, 211, ιδίως σημ. 272 με παρ. παραπ.

187. Έτσι και Γεωργιάδης, ό.π., Άρθρ. 1095 αρ. 21 με παραπ. ιδίως στην νομολογία.

188. Βλ. Πετρόπουλο, Εισηγήσεις του ρωμαϊκού δικαίου. Αθήναι 1936, 218.

189. Βλ. και Νίκα, Η ένσταση εκκρεμοδικίας στην πολιτική δίκη. Θεσσαλονίκη 1991, 204.

190. Η αμφισβήτηση εκ μέρους του εναγομένου της κυριότητος του ενάγοντα ανάγεται σε άρνηση (απλή ή αιτιολογημένη κατά τις περιστάσεις) της βάσεως της αγωγής και δεν είναι πάντοτε (βλ. σχετικά Γεωργιάδη, σε ΑΚ Γεωργιάδη/Σταθόπουλου. Άρθρ. 1095 αρ. 15 επ., που διαφοροποιεί με κριτήριο αν τα ισχυριζόμενα γεγονότα είναι προγενέστερα, σύγχρονα (άρνηση) ή μεταγενέστερα από τα εκτιθέμενα στην αγωγή (ένσταση) ένσταση του ουσιαστικού δικαίου. Αν τώρα δεν σιωπήσει ως προς αυτό ο εναγόμενος, αλλά αρνηθεί την ύπαρξη της κυριότητος στο πρόσωπο του αντιδίκου του (απλά ή αιτιολογημένα), τότε βέβαια θα ανακύψουν θέματα που έχουν σχέση με την κατανομή του βάρους της αποδείξεως, και την υποχρέωση του δικαστηρίου για απάντηση στον ισχυρισμό (ένσταση). Βλ. σχετικά Γεωργιάδη, ΑΚ Γεωργιάδη/Σταθόπουλου Άρθρ. 1095 αρ 18. Αν αντίθετα σιωπήσει, ή αμυνθεί γενικότερα με άλλο τρόπο (π.χ. προτείνοντας δικονομικές ενστάσεις ή την ουσιαστική ένσταση της παραγραφής), το θέμα της κυριότητος θα ελεγχθεί μόνο στα πλαίσια του νόμου βασίμου της αγωγής, και δεν θα ταχθούν, ως προς αυτό, αποδείξεις.

191. ΕμπρΔ έκδ. Β. Αθήναι 1951, 215.

σε τέτοια περίπτωση το δικόγραφο της διεκδικητικής αγωγής δεν θα έπασχε από αοριστία ούτε θα ήταν γενικότερα απαράδεκτο, και πρότεινε, για την περίπτωση που ο ενάγων θα ήθελε να αρκεστεί, για δικούς του λόγους, μόνο στην αναγνώριση της κυριότητάς του, να ασκήσει ευθέως την εισαχθείσα από τον ίδιο, με την ρύθμιση του άρθρ. 127 ΕισΝΑΚ, αναγνωριστική (βεβαιωτική) αγωγή, ένδικο βοήθημα που αγνοούσε, ρητά τουλάχιστον¹⁹², η Πολιτική Δικονομία της εποχής του¹⁹³. Τα πράγματα στο σημείο αυτό δεν έχουν διαφοροποιηθεί υπό το καθεστώς του ΚΠολΔ. Κατά το άρθρ. 218 ΚΠολΔ θα πρέπει στα στοιχεία του δικογράφου της αγωγής να περιλαμβάνεται ειδικότερα στο σημείο που αφορά στην ιστορική βάση και η έκθεση των νομικών και πραγματικών περιστατικών που θεμελιώνουν την έννομη συνέπεια του επικαλούμενου κανόνα δικαίου, δηλαδή του άρθρ. 1094 ΑΚ, τουτέστιν η *κυριότητα* του ενάγοντα και ο *τρόπος* με τον οποίο την απέκτησε, και φυσικά η *αφαίρεση ή κατακράτηση* της νομής από τον εναγόμενο¹⁹⁴. Τα απαραίτητα αυτά στοιχεία στο αγωγικό δικόγραφο θα επιτρέψουν στο δικαστήριο να κρίνει *ex officio* το νόμω βάσιμο της αγωγής και, σε περίπτωση απλής ή αιτιολογημένης αρνήσεως της βάσεως της αγωγής, να τάξει αποδείξεις για την κυριότητα του ενάγοντα.

Γ) Η απλή αναγνωριστική της κυριότητας αγωγή, ως νεώτερο ένδικο βοήθημα

Η αποκατάσταση των εξουσιών του κυρίου πάνω στο πράγμα επιτυγχάνεται με την τελεσίδικη απόφαση που διατάσσει την απόδοση της νομής του, που αφαιρέθηκε ή κατακρατούνταν, στον κύριό του, αν συμμορφωθεί εννοείται οικοειθελώς, ή με την ενδεχόμενη στη συνέχεια αναγκαστική εκτέλεση σε βάρος του εναγομένου, κατά τα άρθρα 941 επ. ΚΠολΔ, αν δεν στέρξει προς τούτο. Άλλωστε, ύψιστος σκοπός της (κάθε) κατανηφιστικής αγωγής είναι η δημιουργία εκτελεστού τίτλου¹⁹⁵.

Ο φορέας του δικαιώματος της κυριότητας, όπως και κάθε άλλου δικαιώματος, εξαιρουμένων των λειτουργικών (Droits - fonctions) του οικογενειακού δι-

192. Βλ. γενικότερα για την αναγνωριστική αγωγή κατά την ΠολΔ του *Maurer, Μητσόπουλο*, Η αναγνωριστική αγωγή. Αθήνα 1947, 94 επ., που υποδείκνυε, υπό το προϊσχύσαν καθεστώς, την θεμελίωση της αναγνωριστικής αγωγής, στην διευρυμένη έννοια της δικονομικής αξιώσεως. Πρβλ. επίσης από την γερμανόφωνη βιβλιογραφία, *Kadel*, Zur Geschichte und Dogmengeschichte der Feststellungsklage nach § 256 der ZPO. 1967.

193. Πρβλ. *Dernburg (Δουβουνιώτης)* Σύστημα ρωμαϊκού δικαίου. Εμπράγματων δίκαιον. Έκδ. Β. Εν Αθήναις. 1912, 240 επ. με παρ. παραπ. Βλ. και *Οικονομίδης*, Στοιχεία του αστικού δικαίου. Βιβλίων πρώτον. Γενικά αρχαί. Έκδ. Β. Εν Αθήναις 1893, 318 επ.

194. Βλ. αντί πολλών άλλων *Γεωργιάδη*, σε: ΑΚ Γεωργιάδη/Σταθόπουλου Άρθρ. 1094 αρ. 42 επ. με παρ. παραπ.

195. *Νίκας*, ΠολΔ. Ι. Αθήνα/Θεσσαλονίκη 2003, 438.

καίου, δεν έχει όμως μόνο ελευθερία στο εάν, πότε και πώς θα το ασκήσει¹⁹⁶, αλλά και στο ποιας μορφής προστασία θα επιλέξει, αν αποφασίσει βέβαια προηγουμένως να το προστατεύσει¹⁹⁷. Η προστασία δηλαδή της κυριότητας δεν επέρχεται αποκλειστικά και μόνο με την διεκδικητική (κατανηφιστική) αγωγή, αλλά και με την αναγνωριστική¹⁹⁸, στην θετική ή την αρνητική μορφή της, εφόσον υπάρχει έννομο συμφέρον προς αναγνώριση, το οποίο δεν αίρεται από το γεγονός ότι υπάρχει η δυνατότητα άσκησης κατανηφιστικής αγωγής¹⁹⁹. Όταν διώκεται με αγωγή αποκλειστικά η αναγνώριση της κυριότητας του ενάγοντα σε κάποιο πράγμα, ή αντίστροφα η ανυπαρξία κυριότητας του εναγομένου, δεν έχουμε να κάνουμε, επί ουσιαστικού πεδίου²⁰⁰, με μια μερική (φαλκιδευμένη) μορφή διεκδικητικής αγωγής του άρθρ. 1094 ΑΚ, αλλά με καθαρή αναγνωριστική αγωγή του άρθρ. 70 ΚΠολΔ^{201,202}.

Τίποτε δηλαδή δεν εμποδίζει τόσο τον προσβληθέντα καθολικά κύριο (αλλά ακόμη και τον μη προσβληθέντα, του οποίου όμως απλά αμφισβητείται το δι-

196. Στηριζόμενος σε μια σκέψη που διατύπωσε, ήδη τον περασμένο αιώνα, ο Β. Οικονομίδης (Στοιχεία του αστικού δικαίου. Βιβλίον πρώτον. Γενικά Αρχαία. Έκδ. Β. Εν Αθήναις 1893, 252), θα μπορούσα να υποστηρίξω, πως ο Κώδικας εισάγει μια έμμεση μορφή πίεσης ασκήσεως των δικαιωμάτων, με την απειλή δηλαδή επέλευσης δυσμενών συνεπειών. Η επαπειλούμενη δυσμενής συνέπεια στην έννομη σφαίρα του δικαιούχου, από την μη άσκηση, συνίσταται, στις μεν αξιώσεις, στην παραγραφή τους (άρθρ. 247, 272 επ. ΑΚ), στα δε άλλα δικαιώματα στην απόσβεση ή στην αποδυνάμωσή τους στο πλαίσιο του άρθρ. 281 ΑΚ. Η απλή δικαστική αναγνώριση της ύπαρξης δικαιώματος δεν πρέπει συναφώς να υποτιμάται και αυτή, αφού το νομοθετικό «δέλεαρ» είναι η διακοπή της παραγραφής κατά το άρθρο 261 εδ. 1 ΑΚ.

197. Υποχρέωση για λήψη μέτρων προστασίας των προσβαλλόμενων, ή επαπειλούμενων με προσβολή δικαιωμάτων, ή για εξασφάλισή τους, δεν προβλέπει ο νόμος. Μόνο αν η αδράνεια του φορέα έχει σκοπό να βλάψει τρίτους, προβλέπεται η «σωστική» επέμβασή τους, προς ίδιο βέβαια συμφέρον τους, όπως λ.χ. με την πλαγιαστική άσκηση αγωγής του άρθρ. 72 ΚΠολΔ, ή με άλλα μέσα του ουσιαστικού δικαίου, για παράδειγμα με το δικαίωμα σε προσφορά και υποκατάσταση του άρθρ. 319 ΑΚ.

198. Βλ. και Σπυριδάκη, ΕμπρΔ Ι. Αθήνα-Κομοτηνή 2001, 49, που εντάσσει την αναγνωριστική αγωγή, γενικά, στο πλαίσιο της ένδικης προστασίας των εμπραγμάτων δικαιωμάτων.

199. Μητσόπουλος, Παρατηρήσεις στην ΠρΧαλκ. 910/1946 ΕΕΝ 15, 138 = Μελέται γενικής θεωρίας δικαίου και αστικού δικονομικού δικαίου. Αθήναι-Κομοτηνή 1983, 759 επ., 760.

200. Επί δικονομικού αντίθετα πεδίου, υπάρχει ταυτότης μεταχειρίσεως. Έτσι η δωσιδικία του ακινήτου (άρθρ. 29 παρ. 1 ΚΠολΔ) διατηρείται, αφού έχουμε διαφορά που αφορά σε εμπράγματο δικαίωμα (αμφισβήτηση του δικαιώματος της κυριότητας, επιλύομενη με την άσκηση αναγνωριστικής αγωγής), και υποχρέωση εγγραφής στα βιβλία διεκδικήσεων, κατά ρητή εδώ επιταγή του νόμου (άρθρ. 220 παρ. 1 ΚΠολΔ).

201. Βλ. ΑΠ 243/1996 σε: Κατρά, Αστικός Κώδικας με νομολογιακή επεξεργασία. Αθήνα - Κομοτηνή 2001, άρθρ. 1094 σημ. 2.

202. Αυτό φαίνεται εξάλλου και από το γεγονός, πως, εναντίον τέτοιας αγωγής (αναγνωριστικής), δεν μπορεί να προβληθεί η ένσταση του άρθρ. 1095 ή ακόμη 1106 ΑΚ. Βλ. ΕφΑθ 3177/1982 Αρμ. 37, 113.

καίωμα²⁰³), να επιλέξει αυτό το λιγότερο δραστικό, αλλά οικονομικότερο, ένδικο βοήθημα²⁰⁴. Στο πλαίσιο του άρθρ. 1094 ΑΚ, και γενικότερα της ενδίκου προστασίας της κυριότητας, η προτίμηση της αναγνωρίσεως αντί της καταψηφίσεως βρίσκεται σε σχέση ελάσσονος προς μείζον. *Cui majus conceditur, et minus concedi videtur!* Άλλωστε αυτό ενισχύεται, εκτός από όσα αναφέρθηκαν παραπάνω, με αφορμή και την ένσταση του άρθρ. 1095 ΑΚ, και από το άρθρ. 223 ΚΠολΔ. Έτσι ενώ το καταψηφιστικό αίτημα της διεκδικητικής αγωγής μπορεί παραδεκτά να μεταβληθεί σε αναγνωριστικό²⁰⁵, δεν είναι αντιθέτως νόμιμη η μεταβολή της εκκρεμούς αναγνωριστικής αγωγής σε καταψηφιστική, εκτός και αν με μεταγενέστερη αίτηση σωρεύσει ο ενάγων το καταψηφιστικό αίτημα σε παρεμπίπτον αγωγικό αίτημα και τηρηθεί η προδικασία²⁰⁶.

Τα πλεονεκτήματα είναι αρκετά δελεαστικά. Δεν αποκλείεται δηλαδή με την άσκηση της αναγνωριστικής της κυριότητας αγωγής να συμβεί και το ευκαίιο. Δηλαδή ο εναγόμενος, μετά την δυσμενή για αυτόν δικαστική άρση της αμφισβητήσεως ως προς την κυριότητα, να συμμορφωθεί «έργω» προς την τελεσίδικη βεβαίωση της ύπαρξης δικαιώματος κυριότητας στο πρόσωπο του ενάγοντα, και να αποδώσει «αμαχητί» το πράγμα, χωρίς να είναι έτσι απαραίτητη στη συνέχεια άσκηση οπωσδήποτε καταψηφιστικής αγωγής (καλυμμένης πια από το δεδικασμένο της αναγνωριστικής) και ενδεχομένως επίσπευση αναγκαστικής εκτελέσεως. Ειδικά η επιλογή της αναγνωριστικής αγωγής, επί προσβολής της κυριότητας, έχει την λειτουργία αιτήματος για προληπτική, κατά κάποιο τρόπο, έννομη (δικαστική) προστασία, αφού η εκδοθησόμενη απόφαση, που θα κάνει δεκτή την αγωγή, θα βεβαιώνει δεσμευτικά το περιεχόμενο ενστάσεως (ύπαρξη κυριότητας στο πρόσωπο του ενάγοντα), που πρόκειται να προβληθεί αργότερα, στο πλαίσιο άλλης δίκης με αντικείμενο πια την διεκδίκηση του πράγματος²⁰⁷.

Αναγνώριση της κυριότητας, αντί για καταψήφιση, είναι όμως και μονόδρομος στις περιπτώσεις όπου ο εναγόμενος δεν βρίσκεται στην νομή ή κατοχή του πράγματος, π.χ. γιατί αμφισβητείται από τον ενάγοντα η ιδιότητά του (του εναγομένου) ως ψιλού κυρίου. Ο ενάγων εδώ, ως οιονεί νομέας του πράγματος (συ-

203. Χωρίς να υπάρξει περίπτωση διατάραξης, οπότε βρίσκει έδαφος εφαρμογής η αρνητική αγωγή.

204. *Κεραμεύς*, Σχέσεις αναγνωριστικής και καταψηφιστικής αγωγής, 164 επ., 167 επ.

205. Βλ. *Μπέη*, ΠολΔικ. Ερμην. κατ άρθρ. Άρθρ. 223 Π. 3 σ. 1014. ΕφΑθ. 3771/1970 Αρμ. 25, 350. ΑΠ 442/1977 ΑρχΝ 28, 638.

206. Έτσι και *Μπέης*, ό.π. Βλ. ειδικά για την προδικασία σε περίπτωση ασκήσεως διεκδικητικής αγωγής έναντι του δημοσίου, άρθρ. 8 Α. Ν. 1539/1938 και ΑΠ 931/1996 ΕλλΔνη 38, 1044. Βλ. παραπέρα για το ίδιο θέμα, *Κατρά*, Αστικός Κώδικας με νομολογιακή επεξεργασία. Αθήνα-Κομοτηνή 2001, άρθρ. 1094, αρ. 5 και 8-10, όπου και παραπομπές στη νομολογία.

207. *Κεραμεύς*, ό.π., 183.

νήθως στην πράξη ακινήτου), καθόσον επικαρπωτής του²⁰⁸, δεν μπορεί να ασκήσει (κατανηφιστική) διεκδικητική αγωγή, αφού δεν είναι κύριος και δεν έχει αποβληθεί από την νομή^{209,210}. Η απλή αναγνώριση της πλήρους κυριότητάς του (π.χ. γιατί επικαλείται ότι η μεταβίβαση της ψιλής κυριότητας στον εναγόμενο ήταν εικονική) δεν μπορεί εδώ συνεπώς να στηριχθεί στο άρθρ. 1094 ΑΚ, αλλά μόνο στο άρθρ. 70 ΚΠολΔ. Δεν υπάρχει άλλωστε, όπως έχει υποστηριχθεί και σε άλλο σημείο, αυτοτέλεια μεταξύ των δύο αιτημάτων του άρθρ. 1094 ΑΚ, αφού στο δεύτερο εμπεριέχεται σε κάθε περίπτωση το πρώτο, ώστε να μπορεί ακινδύνως και να παραλείπεται από το εισαγωγικό δικόγραφο, ενώ δεν συμβαίνει το αντίθετο. Στο ίδιο συμπέρασμα καταλήγει κανείς και με την έρευνα της εκκρεμοδικίας και του εννόμου συμφέροντος. Έτσι αν ασκηθεί πρώτα απλά κατανηφιστική αγωγή του άρθρ. 1094 ΑΚ για απόδοση του πράγματος, και επακολουθήσει αναγνωριστική αγωγή κατ' άρθρ. 70 ΚΠολΔ, η πρόοδος της δεύτερης δίκης θα ανασταλεί, λόγω εκκρεμοδικίας, αφού το αίτημα αναγνώρισεως της κυριότητας αποτελεί προδικαστικό θέμα, που αναγκαία, κατά τα προεκτεθέντα, θα επιλυθεί αναγκαστικά στο πλαίσιο της κατανηφιστικής αγωγής και της πρώτης δίκης συνεπώς²¹¹. Επιπρόσθετα η δεύτερη αγωγή θα πάσχει και από έλλειψη εννόμου συμφέροντος, αφού ο εναγόμενος έχει την δυνατότητα, όπως ήδη υπογραμμίστηκε, να περιορίσει²¹² το κατανηφιστικό του αίτημα, στο πλαίσιο της πρώτης δίκης, σε αναγνωριστικό. Αντίθετα η άσκηση πρώτα της αναγνωριστικής αγωγής για την ύπαρξη κυριότητας δεν εμποδίζει τον ενάγοντα, στη συνέχεια, να ασκήσει αυτοτελώς και κατανηφιστική αγωγή, χωρίς να τίθεται θέμα ούτε εκκρεμοδικίας ή ελλείψεως εννόμου συμφέροντος.

4) Η αναγνώριση της διεκδικητικής αξίωσης. Minus ή alliid?

Η αναγνωριστική αγωγή για την κυριότητα είναι μεν ένα ενδιαφέρον όπλο στα χέρια του κυρίου-μη νομέα, αλλά έχει και ένα σοβαρό μειονέκτημα: Αν η

208 Βλ. άρθρ. 996, 1142, ιδίως 1147 ΑΚ.

209. Για τον ίδιο λόγο εξάλλου, την έλλειψη δηλαδή νομής της εναγομένης, δεν προβλήθηκε, σωστά εκ μέρους της, η κτήση κυριότητος με τακτική χρησικτησία. Βλ. κατ' αρχάς για το πότε η δισχυριζόμενη κτήση κυριότητος με χρησικτησία αποτελεί ένσταση ή αιτιολογημένη άρνηση της αγωγής. *Γεωργιάδη*, ό.π. Άρθρ. 1095 αρ. 5 όπου και παραπ. Για το επίσης ενδιαφέρον θέμα του άκυρου τίτλου κυριότητος λόγω εικονικότητας, στα πλαίσια της τακτικής χρησικτησίας, βλ. *Αλεξανδροπούλου-Αιγυπτιάδου*, Ο τίτλος (Νόμιμος και Νομιζόμενος) στην τακτική χρησικτησία. Διδ. διατρ. Θεσσαλονίκη 1993, 62 επ. με παραπ. στις υποστηριζόμενες απόψεις.

210. Ο ψιλός κύριος μπορεί με διεκδικητική αγωγή να ζητήσει την απόδοση του πράγματος από τον κατέχοντα, μη επικαρπωτή, τρίτο, μη έχοντα έναντί του (του ψιλού κυρίου), από κάποια άλλη σχέση δικαίωμα νομής ή κατοχής. Βλ. *Τούση*, ΕμπρΔ. 4η Έκδ. Αθηνά 1988, 558 σημ. 22.

211. *Νίκας*, ό.π., 204 με παρ. παραπ.

212. Βλ. άρθρ. 259 I 1 ΚΠολΔ. *Κεραμέα*, ό.π., 173.

κατανηφιστική αγωγή δεν έχει νόημα να ασκηθεί γιατί η «εμπράγματα» αξίωσή του έχει υποκύψει σε παραγραφή, τότε, όπως και σε άλλο σημείο τονίστηκε, ελλείπει και το έννομο συμφέρον για την άσκηση της αναγνωριστικής της κυριότητας αγωγής, που «συμπαράσύρεται» έτσι από την κατανηφιστική²¹³. Ο κίνδυνος για *dominium sine re* μπορεί να αποσοβηθεί αν ζητηθεί, εντός εννοείται του χρόνου της παραγραφής της αποκαταστατικής αξίωσης, δηλαδή εντός της 20ετίας, η αναγνώριση όχι πια της κυριότητας, αλλά της αξίωσης του άρθρου 1094, που και αυτή είναι δικαίωμα, δεκτικό δικαστικής βεβαίωσης της ύπαρξής του. Η αξίωση γενικά είναι αδιαμφισβήτητα ένα σχετικό, εξουσιαστικό δικαίωμα, που κατά κανόνα (άρθρ. 247 ΑΚ) υποκύπτει σε παραγραφή. Θα μπορούσα συνεπώς να σκεφτώ, πως από την στιγμή, που στο πλαίσιο είτε διεκδικητικής αγωγής (σε ανεπτυγμένη ή όχι μορφή) είτε απλής αναγνωριστικής αγωγής, μπορεί, με την δύναμη του δεδικασμένου (ως προδικαστικό θέμα στην πρώτη περίπτωση), να διαπιστωθεί η ύπαρξη του δικαιώματος κυριότητας, δεν θα πρέπει να αποκλείεται και η δυνατότητα δικαστικής αναγνώρισης της ύπαρξης ενός θυγατρικού δικαιώματος, δηλαδή εδώ της αξίωσης για απόδοση του άρθρου 1094.

Με την άσκηση αυτής της αγωγής, που εμπλουτίζει το οπλοστάσιο του προσβληθέντα κυρίου, επιτυγχάνονται τρεις στόχοι: α) Διακόπτεται η παραγραφή της παραπάνω αξίωσης σύμφωνα με το άρθρο 261 εδ. 1 ΑΚ²¹⁴, αφού η αναγνωριστική αγωγή αποτελεί στο πλαίσιο αυτής της διάταξης ένα προφανές επιθετικό μέσο που χρησιμοποιεί ο δικαιούχος για να εμποδίσει την (παραπέρα) βλαπτική ενέργεια του χρόνου. Βέβαια εδώ η αναγνωριστική αγωγή διακόπτει την παραγραφή (και συνεπώς αρχίζει να τρέχει νέα 20ετία)²¹⁵ με την προϋπόθεση ότι η έννομη σχέση, την οποία αφορά, αποτελεί την βάση της μη ασκηθείσας κατανηφιστικής αγωγής²¹⁶. β) Εφόσον βεβαιωθεί με την έκδοση τελεσίδικης αναγνωριστικής απόφασης η ύπαρξη της αξίωσης, αυτή υπόκειται πια σε νέα 20ετή παραγραφή κατά το άρθρο 268 εδ. 1 ΑΚ²¹⁷, επιμηκυνόμενης ουσιαστικά της αρχικής, στο διπλάσιο, αν θεωρητικά η απόφαση εκδοθεί στο τέλος της πρώτης εικοσαετίας από την προσβολή του δικαιώματος και την γένεση συναφώς της αξίωσης^{218,219}. γ) Θα κριθεί και στην περίπτωση αυτή, με δύναμη δεδικασμένου

213. Βλ. ΕφΘεσσ. 789/1990 Αρμ. 34 (1990), 33.

214. Πρβλ. Γεωργιάδη, ΓενΑρχΑστΔ. 3η έκδ. Αθήνα-Κομοτηνή 2002, 307.

215. Βλ. γενικότερα για την παραγραφή της αξίωσης από το άρθρο 1094 ΑΚ, ΑΠ 1429/1995 ΕλλΔνη 39, 595. ΑΠ 817/1994, ΕλλΔνη 38, 559.

216. Πρβλ. Γεωργιάδη, ΓενΑρχΑστΔ. 3η έκδ. Αθήνα-Κομοτηνή 2002, 307, όπου και παραπ.

217. Πρβλ. και Γεωργιάδη, ΓενΑρχΑστΔ. 3η έκδ. Αθήνα-Κομοτηνή 2002, 313 επ.

218. Η λύση της δικαστικής βεβαίωσης της αξίωσης έχει βέβαια μεγαλύτερη χρησιμότητα, όταν πρόκειται για αξίωση που υπόκειται σε συντομότερη παραγραφή, αφού με τον τρόπο αυτό επιμηκύνεται ο χρόνος της παραγραφής. Εδώ βέβαια η παραγραφή είναι 20ετής (άρθρ. 247, 249 ΑΚ) και θα μπορούσε κανείς να θεωρήσει το χρονικό κέρδος μικρό, αφού έτσι και αλλιώς με την

(ως προδικαστικό θέμα), η κυριότητα. Το μειονέκτημα όντως είναι πως μια τέτοια αναγνωριστική απόφαση δεν θα μπορέσει φυσικά να εκτελεστεί αναγκαστικά²²⁰ ούτε εκ πλαγίου, μέσω της έκδοσης διαταγής πληρωμής, που θα στηρίζεται στην αναγνωριστική απόφαση, ως δημόσιο έγγραφο, κατά τα άρθρα 623, 631 ΚΠολΔ, αφού εδώ δεν έχουμε χρηματική απαίτηση²²¹.

Και κλείνω με μια σύγκριση. Είναι τελικά η αναγνώριση της ύπαρξης αξίωσης απόδοσης της νομής του πράγματος στον κύριο κάτι έλασσον σε σχέση με την αναγνώριση της κυριότητάς του είτε κάτι διαφορετικό (επιπρόσθετο); Θα τολμούσε κανείς να υποστηρίξει την δεύτερη εκδοχή. Κατά της πρώτης έρχεται συνήγορος το δικονομικό δίκαιο, αφού, όπως έχει υποστηριχθεί, η παραγραφή της αξίωσης θα συμπαρασύρει σε απόρριψη την αναγνώριση της ύπαρξης του δικαιώματος, λόγω έλλειψης εννόμου συμφέροντος. Άρα, μάλλον πρόκειται για *allium*, και μάλιστα με ιδιαίτερα ενισχυμένη θέση. Σε τι ωφελεί η απλή αναγνώριση της ύπαρξης ενός (απολύτου) δικαιώματος, αν δεν μπορεί ο νικητής στον δικαστικό αγώνα να εκτελέσει; Βέβαια και στην περίπτωση της αναγνώρισης της αξίωσης απόδοσης δεν τίθεται θέμα εκτελεστότητας, αλλά, τουλάχιστον, παίρνει ο φορέας της μια, θα λέγαμε, «βαθιά ανάσα» από τον κίνδυνο της παραγραφής!

IV. ΜΕΡΙΚΕΣ ΤΕΛΙΚΕΣ ΣΚΕΨΕΙΣ

Η περίπτωση της διεκδικητικής αγωγής στο σύγχρονο αστικό μας δίκαιο αποτελεί ένα εναργέστατο παράδειγμα αποτύπωσης μιας κρίσιμης εξέλιξής του, που προέκυψε μετά από μακρά πορεία, που χαρακτηρίζεται, κατά τους τελευταίους δύο αιώνες, από δύο σημαντικά χρονικά ορόσημα. Την δημοσίευση το 1856 της Μονογραφίας του *Bernhard Windscheid*, *Die actio des roemischen Civilrechts*, και την θέση σε ισχύ την 1.1.1900 του γερμανικού αστικού κώδικα. Σε αυτά θα πρέπει να προστεθεί, ειδικά για μας, η θέση σε ισχύ του ΚΠολΔ το 1967/1971, που έδωσε νέα διάσταση στον συναφή προβληματισμό.

Συστηματικά και τελολογικά το δικονομικό δίκαιο επιτελεί, έναντι του ουσιαστικού δικαίου, υποβοηθητική λειτουργία. Με την σύγχρονη μορφή της *rei*

άσκηση της (αναγνωριστικής) αγωγής διακόπτεται η παραγραφή και αρχίζει νέα 20ετία. Όμως εδώ το μειονέκτημα είναι ότι μπορεί στο μεταξύ να υποκύψει σε παραγραφή εν επιδικία, κίνδυνος που δεν υπάρχει, αν εκδοθεί τελεσίδικη απόφαση που αναγνωρίζει την αξίωση.

219. Βλ. και Νίκας, ΠολΔ. Ι. Αθήνα/Θεσσαλονίκη 2003, 448, ιδίως σημ. 17.

220. Πρβλ. αντί πολλών, Γέσιου-Φαλτσή, Δίκαιο αναγκαστικής εκτελέσεως. ΓενΜ. Αθήνα / Θεσσαλονίκη 1998, 226 επ. Νικολόπουλος, σε: Κεραμέα/Κονδύλη/Νίκα, ΕρμηνΚΠολΔ. Άρθρ. 904 αρ. 4 επ.

221. Γέσιου-Φαλτσή, Δίκαιο αναγκαστικής εκτελέσεως. ΓενΜ. Αθήνα/Θεσσαλονίκη 1998, 227 σημ. 3.

vindicatio αποκαλύπτεται η λειτουργική συνάφεια του ουσιαστικού προς το δικονομικό δίκαιο. Ιστορικά, όπως αποδεικνύει το παράδειγμα της αγωγής αυτής, μερικές πτυχές της οποίας προσπάθησα να αναδείξω, τα πράγματα ίσως αντιστρέφονται, ενώ οι σχέσεις των δύο δικαιοκλών κλάδων πέρασαν οπωσδήποτε από ποικίλες φάσεις²²².

Η διαπλοκή ουσιαστικού και δικονομικού δικαίου αναδείχθηκε στην περίπτωση της διαμόρφωσης της ρύθμισης του δικαίου της διεκδικητικής αγωγής. Ιδίως μάλιστα καταφάνηκε, πως οι δικονομικές αδυναμίες της εποχής εκείνης, όταν κυφορούνταν ο Αστικός Κώδικας, έπαιξαν κρίσιμο ρόλο στη διατύπωση των ρυθμίσεών του. Αξίζει να αναφερθεί, για την ιστορία, η παρέμβαση του πρωθυπουργού *Ελευθερίου Βενιζέλου* κατά την συνεδρίαση της αναθεωρητικής επιτροπής σύνταξης του Αστικού Κώδικα, στις 20 Ιανουαρίου 1931, όταν ακριβώς συζητούνταν τα θέματα της Κυριότητας²²³: «... διότι ελπίζω, ότι και τα της Δικονομίας δεν θα μείνουν έτσι επί μακρόν χρόνον, διότι είναι βέβαιον ότι έχουν ανάγκην ταχύτερας ρυθμίσεως παρά το αστικόν δίκαιον. Είναι περισσότερον καθυστερημένη η Δικονομία μας, ως προς τας σημερινάς αντιλήψεις, παρά το ρωμαϊκόν δίκαιον, το οποίον επέτυχεν διά της επεξεργασίας αυτού εν Γερμανία και εδώ, να προσαρμοσθή προς τας σημερινάς αντιλήψεις, περισσότερον από την Δικονομίαν». Αν ο ουσιαστικός νομοθέτης, προλαβαίνοντας τον δικονομικό, διαμόρφωσε το άρθρο 1094 ΑΚ κατά τρόπο που να καλύψει, κατά την γνώμη του, τις δικονομικές αδυναμίες της εποχής του (έλλειψη αναγνωριστικής αγωγής-δεδικασμένο επί προδικαστικού ζητήματος), ο δικονομικός νομοθέτης δεν άπντησε στην πρόκληση όταν συνέτασσε τον ΚΠολΔ. Πράγματι, ενώ οι επεμβάσεις του στο ουσιαστικό δίκαιο ήταν πολλές και σημαντικές²²⁴, στο εμπράγματο δίκαιο, η διστακτικότητά του τον περιόρισε σε επτά μόνο αλλαγές, επικεντρωμένες οι περισσότερες σε θέματα συναφή με την υποθήκη²²⁵. Αλλά και νεώτερες παρεμβάσεις στην ύλη του εμπραγμάτου δικαίου²²⁶, μέχρι και τα πρόσφατα νομοθετικά βήματα που σχετίζονται με το Κτηματολόγιο, άφησαν ανέγγιχτα τα ιστορικά κατάλοιπα στο σώμα του Κώδικα. Δεν θα χαρακτήριζα οπωσδήποτε ως νομοθετική αβλεψία ή οκνηρία ή υπερβάλλοντα σεβασμό προς τον αστικό κώ-

222. Βλ. *Κεραμέα*, Διαδικασία και ουσία. Πρόσφατες εκφάνσεις του προβλήματος. Σε: *Κεραμέα*, Νομικές Μελέτες IV, Αθήνα-Κομοτηνή 2006, 16 επ., 35.

223. Σχέδιον ΑΚ, Εκπονηθέν υπό της Συντακτικής Επιτροπής. Εμπράγματον Δίκαιον. Εν Αθήναις 1936, 30.

224. Πρβλ. *Γαζή*, Τροποποιήσεις του αστικού κώδικος υπό του κώδικος πολιτικής δικονομίας. Σε: *Γαζή*, Μελέτες και άρθρα. Τόμ. Ι. Αθήνα-Κομοτηνή 1998, 401 επ.

225. *Γαζής*, Τροποποιήσεις του αστικού κώδικος υπό του κώδικος πολιτικής δικονομίας. Σε: *Γαζή*, Μελέτες και άρθρα. Τόμ. Ι. Αθήνα-Κομοτηνή 1998, 417 επ.

226. Βλ. π.χ. *Βαβούσκο*, Ο Νόμος 1562/16.9.1985 και αι επιπτώσεις του εις το εμπράγματον και το δικονομικόν δίκαιον. Σε: Τιμ. Τόμ. *Γ. Μητσόπουλου*, Τόμ. Ι Αθήνα-Κομοτηνή 1993, 1 επ.

δικα την παράλειψη διορθωτικής επέμβασης στο άρθρο 1094, που ίσως δεν είναι απόλυτα αναγκαία (ακόμη και για λόγους ιστορικής παράδοσης). Η θεωρία και η πράξη έχουν επιτελέσει ευσυνείδητα το ερμηνευτικό-διορθωτικό καθήκον τους και σε αυτές προσμετράται και η συμβολή του Τιμωμένου.