

Ιωάννης-Αλέξανδρος Φαρχούντ

Δικηγόρος, ΔΜΣ Αστικού Δικαίου & Πολιτικής Δικονομίας

## Η προσωρινή ένδικη προστασία του χρηματοδοτικού «εκμισθωτή»



Η προσωρινή ένδικη προστασία του χρηματοδοτικού «εκμισθωτή»  
Ιωάννης-Αλέξανδρος Φαρχούντ

ISBN 978-960-562-578-8

Σύμφωνα με το Ν. 2121/93 για την Πνευματική Ιδιοκτησία απαγορεύεται η αναδημοσίευση και γενικά η αναπαραγωγή του παρόντος έργου, η αποθήκευσή του σε βάση δεδομένων, η αναμετάδοσή του σε ηλεκτρονική ή οποιαδήποτε άλλη μορφή και η φωτοανατύπωσή του με οποιονδήποτε τρόπο, χωρίς γραπτή άδεια του εκδότη.

#### ΔΗΛΩΣΗ ΕΚΔΟΤΙΚΟΥ ΟΙΚΟΥ

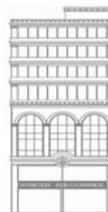
Το περιεχόμενο του παρόντος έργου έχει τύχει επιμελούς και αναλυτικής επιστημονικής επεξεργασίας. Ο εκδοτικός οίκος και οι συντάκτες δεν παρέχουν διά του παρόντος νομικές συμβουλές ή παρεμφερείς συμβουλευτικές υπηρεσίες, ουδεμία δε ευθύνη φέρουν για τυχόν ζημία τρίτου λόγω ενέργειας ή παράλειψης που βασίστηκε εν όλω ή εν μέρει στο περιεχόμενο του παρόντος έργου.

Art Director: Γιάννης Μαμαλούκος  
Υπεύθυνος Παραγωγής: Ανδρέας Μενούνος  
Φωτοστοιχειοθεσία: Θεώνη Χαραλαμπίκη  
Παραγωγή: NB Production AM290616M23



ΝΟΜΙΚΗ ΒΙΒΛΙΟΘΗΚΗ

Μαυρομιάλη 23, 106 80 Αθήνα  
Τηλ.: 210 3678 800 • Fax: 210 3678 819  
<http://www.nb.org> • e-mail: [info@nb.org](mailto:info@nb.org)  
Αθήνα: Μαυρομιάλη 2, 106 79 • Τηλ.: 210 3607 521  
Πειραιάς: Φίλωνος 107-109, 185 36 • Τηλ: 210 4184 212  
Πάτρα: Κανάρη 15, 262 22 • Τηλ.: 2610 361 600  
Θεσ/νίκη: Φράγκων 1, 546 26 • Τηλ.: 2310 532 134





# ΣΕΙΡΑ ΜΕΛΕΤΩΝ ΑΣΤΙΚΟΥ ΔΙΚΑΙΟΥ

Διεύθυνση σειράς:

Ιωάννης Κ. Καράκωστας, Ομ. Καθηγητής Πανεπιστημίου Αθηνών

**Ιωάννης-Αλέξανδρος Φαρχούντ**

Δικηγόρος, ΔΜΣ Αστικού Δικαίου & Πολιτικής Δικονομίας

## Η προσωρινή ένδικη προστασία του χρηματοδοτικού «εκμισθωτή»



ΝΟΜΙΚΗ ΒΙΒΛΙΟΘΗΚΗ

**The provisional protection of the financial “lessor”  
according to Greek procedural law**

**Ioannis-Alexandros Farchount,**  
Attorney-at-law, LL.M

Abstract: In the existing Greek law theory and legal practice, it is regarded as an almost self-evident axiom that under a leasing agreement, in case of a material breach by the lessee, the lessor can submit an interlocutory petition and ask for the eviction of the lessee. Greek legal practice shows that the courts all too often restrict themselves to examining if the contract has validly been terminated or otherwise ended. In doing so, they seem to consider -sometimes expressly but all too often tacitly- that the unlawful hindrance inflicted to the exercise of the lessor's property rights constitutes in itself a case of emergency or special urgency which can justify the eviction of the lessee through provisional protection. The argument found in the core of this book holds in essence that the eviction of the lessee through provisional protection is fundamentally incompatible with various provisions of both the Greek Civil Code and the Civil Procedure Code. By treating a financial lessor like any kind of lessor whose property rights are unlawfully being hindered, the existing legal practice seems to neglect the -in reality- pecuniary nature of the lessor's “grievance”. The main question can be summarized as follows: Since the compulsory auction of the debtor's assets is considered to be the ultima ratio of enforcement proceedings, how can such an assumption be reconciled with a legal practice which allows for the removal of leased objects at the early stages of provisional protection?

ISBN 978-960-562-578-8

**COPYRIGHT**

All rights reserved. No part of this publication may be reproduced, stored in a retrieval system, or transmitted, in any form or by any means, without the prior permission of NOMIKI BIBLIOTHIKI S.A., or as expressly permitted by law or under the terms agreed with the appropriate reprographic rights organisation. Enquiries concerning reproduction which may not be covered by the above should be addressed to NOMIKI BIBLIOTHIKI S.A. at the address below.

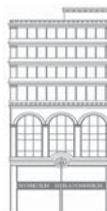
**DISCLAIMER**

The content of this work is intended for information purposes only and should not be treated as legal advice. The publication is necessarily of a general nature; NOMIKI BIBLIOTHIKI S.A. makes no claim as to the comprehensiveness or accuracy of the information provided; Information is not offered for the purpose of providing individualized legal advice. Professional advice should therefore be sought before any action is undertaken based on this publication. Use of this work does not create an attorney-client or any other relationship between the user and NOMIKI BIBLIOTHIKI S.A. or the legal professionals contributing to this publication.



**NOMIKI BIBLIOTHIKI**

23, Mavromichali Str., 106 80 Athens Greece  
Tel.: +30 210 3678 800 • Fax: +30 210 3678 819  
<http://www.nb.org> • e-mail: [info@nb.org](mailto:info@nb.org)



© 2016, NOMIKI BIBLIOTHIKI S.A.

*Στον αδερφό μου*



## ΠΡΟΛΟΓΟΣ

Στη θεωρία και τη νομολογία του ημεδαπού δικαίου εμφανίζεται περίπου ως δεδομένο ότι στις περιπτώσεις ανώμαλης εξέλιξης της σύμβασης χρηματοδοτικής μίσθωσης παρέχεται από την ημεδαπή έννομη τάξη στο χρηματοδοτικό «εκμισθωτή» η δυνατότητα να αιτηθεί την απόδοση της νομής κατά τη διαδικασία των ασφαλιστικών μέτρων. Το εάν κάτι τέτοιο -και σε ποιο βαθμό- όντως επιδοκιμάζεται από το ημεδαπό κανονιστικό πλαίσιο είναι σε κάθε περίπτωση το μεθοδολογικό ζητούμενο και το θεματικό κέντρο βάρους του παρόντος βιβλίου.

Ερώτημα που εν προκειμένω τίθεται είναι το ακόλουθο: Πώς συμβιβάζεται η κοινή παραδοχή ότι στο πλαίσιο της κατάσχεσης, ο εκπλειστηριασμός των κατασχεμένων αποτελεί την *ultima ratio* της διαδικασίας με την παραδοχή ότι σε μια κατ' ουσία χρηματοδοτική σύμβαση «αυτονόητο» είναι ότι μπορεί να ζητηθεί η απόδοση του «μισθίου» μέσω του πρώιμου διαδικαστικά σταδίου των ασφαλιστικών μέτρων; Γιατί στο ισχύον δίκαιο είναι τόσο «προφανές» ότι ο μιν πλειστηριασμός είναι το «έσχατο» μέσο για την ικανοποίηση χρηματικών απαιτήσεων, αλλά η αφαίρεση των χρηματοδοτικά «εκμισθωθέντων» πραγμάτων είναι το «πρώτο» μέσο στη διάθεση του «εκμισθωτή»; Αφετηρία της ερμηνευτικής προσπάθειας είναι η νομολογία. Σε αυτή, άξιο παρατήρησης είναι πως το ζήτημα της συνδρομής «επικείμενου κινδύνου» θεωρείται αυτονόητο και το κέντρο βάρους της διαδικασίας βρίσκεται στο ζήτημα της εγκυρότητας της καταγγελίας. Σε κάθε άλλη περίπτωση -ακόμα και όταν απειλείται η υγεία- η νομολογία επιδεικνύει σημαντική αυτοσυγκράτηση κατά τη συγκεκριμενοποίηση της έννοιας αυτής. Αντίθετα, στο πλαίσιο της παρούσας προβληματικής, πρέπει να παρατηρηθεί ότι αιτιολογίες γίνονται όλο και πιο ελλειπτικές, η προσέγγιση των νομικών διατάξεων γίνεται όλο και πιο αφαιρετική και τα λογικά «άλματα» ανάμεσα στο ερώτημα της λήξης της σύμβασης και της ανάγκης προσωρινής ένδικης προστασίας καθίστανται όλο και πιο εμφανή. Πού οφείλεται αυτή η στάση;

Όπως καταδεικνύεται στο πλαίσιο της παρούσας μελέτης, η αιτία της στάσης αυτής πρέπει να αναζητηθεί α) στην έλλειψη εξοικείωσης με το συμβατικό μηχανισμό της χρηματοδοτικής «μίσθωσης» και με τους σκοπούς που αυτός υπηρετεί, β) στη μη συνειδητοποίηση του υποκρυπτόμενου χαρακτήρα του χρηματοδοτικού «εκμισθωτή» ως δανειστή χρηματικής απαίτησης, γ) στη μη συσχέτιση του στοιχείου αυτού με το σύστημα της ικανοποίησης χρηματικών απαιτήσεων και τις εμπεριεχόμενες σε αυτό θεμελιώδεις επιλογές του Έλληνα νομο-

θέτη και δ) στην ταύτιση των εννοιών της «ποιότητας» της εμπράγματης εξασφάλισης του χρηματοδοτικού «εκμισθωτή» με την «ταχύτητα» της ικανοποίησής του. Επιπρόσθετα, δεν πρέπει να παραγνωριστεί ότι σε σημαντικό μέρος της νομολογίας κρατεί η αντίληψη, σύμφωνα με την οποία, η προσβολή απόλυτων δικαιωμάτων -όπως το δικαίωμα κυριότητας- θεμελιώνει «αναγκαία» εκ του σκοπού τους τη συνδρομή του δικαιολογούντος τη λήψη των ασφαλιστικών μέτρων στοιχείου του «επικείμενου» κινδύνου. Με άλλα λόγια, κατά την άποψη αυτή, η προσβολή απόλυτου δικαιώματος πληροί -δίχως συνεκτίμηση κανενός άλλου παράγοντα- την ανάγκη προσωρινής ένδικης προστασίας. Στο παρόν σύγγραμμα τίθεται και η ανωτέρω παραδοχή σε κριτική βάση.

Στο σημείο αυτό θα ήθελα εκφράσω τις θερμές ευχαριστίες μου στον καθηγητή κ. *Χιωτέλλη* για το ενδιαφέρον του και την ενθάρρυνσή του για τη δημοσίευση της υπό κρίση μελέτης.

Η παρούσα μελέτη εκπονήθηκε στο πλαίσιο του μεταπτυχιακού προγράμματος της Πολιτικής Δικονομίας του ΕΚΠΑ υπό την επίβλεψη και καθοδήγηση του καθηγητή κ. *Δεληκωστόπουλου*, στον οποίο εκφράζω τις θερμές ευχαριστίες μου.

Τέλος, ευχαριστίες οφείλονται και στον εκδοτικό οίκο της Νομικής Βιβλιοθήκης για το ευχάριστο κλίμα συνεργασίας και την ξεχωριστή φροντίδα που επέδειξαν για την επιμέλεια της έκδοσης.

Το παρόν βιβλίο έλαβε υπόψη τις τροποποιήσεις που επέφερε ο Ν 4335/2015 στις διατάξεις του ΚΠολΔ.

Αυτονόητο είναι ότι ενδεχόμενες παραλείψεις βαρύνουν αποκλειστικά το συγγραφέα.

**Ιωάννης-Αλέξανδρος Φαρχούντ**

## ΠΕΡΙΕΧΟΜΕΝΑ

ΠΡΟΛΟΓΟΣ .....	VII
----------------	-----

### I. Εισαγωγικές παρατηρήσεις

1. Ο σκοπός και οι περιορισμοί της παρούσας μελέτης ενόψει της τοποθέτησης της προβληματικής στο ουδέτερο έδαφος «no man's land» μεταξύ δικονομικού και ουσιαστικού δικαίου ..... 1
2. Η σημασία της ερμηνευτικής οριοθέτησης του περιεχομένου της προσωρινής ένδικης προστασίας του χρηματοδοτικού «εκμισθωτή» στο περιβάλλον της οικονομικής κρίσης ..... 9
3. Η μεθοδολογική διάρθρωση του αντικειμένου της έρευνας με αφετηρία την τυπολογική θεώρηση της προβληματικής ..... 10
  - 3.1. Η προσωρινή ένδικη προστασία στην περίπτωση αντιποίησης της νομής από το μισθωτή ή από πρόσωπο μη συνδεδεμένο συμβατικά με το νομέα ..... 12
  - 3.2. Η προσωρινή ένδικη προστασία στην περίπτωση «αποβολής» του χρηματοδοτικού «εκμισθωτή» από τη «νομή» ..... 19

### II. Ο συμβατικός μηχανισμός της χρηματοδοτικής μίσθωσης και η αποτυπωμένη στο σύστημα περί προνομίων του ΚΠολΔ θεμελιώδης νομοθετική επιλογή

1. Η διάκριση μεταξύ αφενός της διαδικασίας για την αναγκαστική εκτέλεση μη χρηματικών αξιώσεων και αφετέρου της διαδικασίας για την ικανοποίηση χρηματικών απαιτήσεων στο σύστημα του ΚΠολΔ και η αποτυπωμένη σε αυτές στάθμιση συμφερόντων ..... 35
2. Η αντανάκλαση των εμπειριχόμενων στα επιτρεπόμενα μέσα εκτέλεσης νομοθετικών αξιολογήσεων στις διατάξεις περί προσωρινής επιδίκασης απαίτησης και συντηρητικής κατάσχεσης ..... 47
3. Η αναγκαστική εκτέλεση για την ικανοποίηση χρηματικών απαιτήσεων και η σαφής νομοθετική επιλογή για τη συμμετοχή όλων των δανειστών στην «κοινή θυσία» ..... 58
4. Ο συμβατικός μηχανισμός της χρηματοδοτικής «μίσθωσης» και η διαμόρφωσή του ως απάντηση στην «ανεπάρκεια» επαρκούς εξασφάλισης του ενυπόθηκου ή ενεχυρούχου δανειστή ..... 78

### III. Η προβληματική των ασφαλιστικών μέτρων νομής και η ερμηνευτική προσέγγιση των ανακυπτουσών αξιολογικών αντινομιών

1. Το ζήτημα της μη εφαρμογής του άρθρου 734 § 2 ΚΠολΔ ως πρόβλημα άρνησης θεώρησης του χρηματοδοτικού «εκμισθωτή» ως νομέα ..... 93
2. Το ζήτημα της προσωρινής ένδικης προστασίας του χρηματοδοτικού «εκμισθωτή» ενόψει της κατ' άρθρο 692 § 5 ΚΠολΔ απαγόρευσης προσβολής των δικαιωμάτων τρίτων - δανειστών του χρηματοδοτικού «μισθωτή» ..... 109
3. Το ζήτημα της απόδοσης της νομής στον χρηματοδοτικό «εκμισθωτή» ενόψει αφενός της κατ' άρθρο 692 § 4 ΚΠολΔ απαγόρευσης ικανοποίησης του δικαιώματος και αφετέρου της εν προκειμένω εξασφαλιστικής λειτουργίας της κυριότητας ..... 117
4. Το μεθοδολογικά συνεπές με το σύστημα του ΚΠολΔ εύρος προστασίας του χρηματοδοτικού «εκμισθωτή» και η εναρμόνισή του με τις συνταγματικές περιωπής επιταγές της ημεδαπής έννομης τάξης ..... 143
5. Η αόριστη έννοια του «επικείμενου κινδύνου» και η συγκεκριμενοποίηση αυτής με αναγωγή στην ειδική προστασία του χρηματοδοτικού εκμισθωτή ..... 147

### IV. Συμπερασματικές παρατηρήσεις

1. Σύνοψη των πορισμάτων της έρευνας ..... 161
2. Κριτική αποτίμηση ..... 172

### ΒΙΒΛΙΟΓΡΑΦΙΑ

- A. Ελληνόγλωσση ..... 179
- B. Ξενόγλωσση ..... 183

- ΑΛΦΑΒΗΤΙΚΟ ΕΥΡΕΤΗΡΙΟ ..... 185

### III. Η προβληματική των ασφαλιστικών μέτρων νομής και η ερμηνευτική προσέγγιση των ανακυπτουσών αξιολογικών αντινομιών

#### 1. Το ζήτημα της μη εφαρμογής του άρθρ. 734 § 2 ΚΠολΔ ως πρόβλημα άρνησης θεώρησης του χρηματοδοτικού «εκμισθωτή» ως νομέα

Στο πλαίσιο της υπό II.2 προβληματικής είδαμε ότι προστατευτική εμβέλεια του άρθρ. 734 § 2 ΚΠολΔ, καταλαμβάνει αυτοτελώς τη φυσική εξουσίαση ενός πράγματος, ανεξάρτητα από το εάν αυτή συνοδεύεται και από σχετικό εμπράγματο δικαίωμα. Άξιο παρατήρησης είναι με άλλα λόγια πως ο νομοθέτης -σε αντίθεση με τη δικαστική μεσεγγύηση των άρθρ. 725 επ. ΚΠολΔ- προϋποθέτει για την έκδοση των εν λόγω ασφαλιστικών μέτρων διαφορά σχετική με τη νομή ή την κατοχή αλλά όχι την κυριότητα. Ένας κύριος, ο οποίος δεν διαθέτει ταυτόχρονα και την ιδιότητα του νομέα δεν εμπίπτει στο ρυθμιστικό πεδίο του άρθρ. 734 § 2 ΚΠολΔ. Ειδικότερα, μέσω της εδώ σχολιαζόμενης διαδικασίας προστατεύεται αποκλειστικά η κατοχή ή η νομή αυτοτελώς και όχι ως εκδήλωση της απορρέουσας από το δικαίωμα κυριότητας αφηρημένης δυνατότητας φυσικής εξουσίασης. Ποια σημασία έχει αυτή η διαπίστωση για το χρηματοδοτικό «εκμισθωτή», του οποίου το ουσιαστικό «παράπονο»<sup>181</sup> είναι η μη καταβολή χρηματικής απαίτησης και ο οποίος αφενός ούτε επιθυμεί και αφετέρου ούτε αντλεί κάποιο συμφέρον από τη φυσική εξουσίαση του πράγματος και «περιορίζεται» απλώς στην εξασφαλιστική λειτουργία του δικαιώματος κυριότητας; Η διαπίστωση της «χαλαρής» σχέσης του χρηματοδοτικού «εκμισθωτή» με το πράγμα επηρεάζει την οριοθέτηση του εύρους της προσωρινής ένδικης προστασίας του; Ο χρηματοδοτικός «εκμισθωτής» είναι αδιαμφισβήτητα και κύριος του μισθίου. Είναι όμως νομέας αυτού κατά την έννοια των άρθρ. 974 επ. ΑΚ; Ακόμα όμως και εάν υποθεθεί ότι στην ανωτέρω ερώτηση αρμόζει καταφατική απάντηση, η παραδοχή αυτή συνεπάγεται άνευ ετέρου ότι ο ίδιος πρέπει να λογίζεται και ως «νομέας» κατ' άρθρο 734 § 2 ΚΠολΔ; Μήπως στο εν λόγω άρθρο υποκρύπτεται μια αποκλείουσα την προστασία του χρηματοδοτι-

---

181. Βλ. ανωτέρω υπό II.4 της παρούσας.

κού «εκμισθωτή» αξιολόγηση; Τα ανωτέρω ερωτήματα θα μας απασχολήσουν στο πλαίσιο της παρούσας ανάπτυξης.

Ενόψει της ανωτέρω ερωτηματοθεσίας αναγκαία κρίνεται η προηγούμενη συνοπτική<sup>182</sup> διερεύνηση του περιεχομένου των εννοιών «νομέας» και «κάτοχος», όπως αυτοί προσδιορίζονται στον ΑΚ. Σύμφωνα με το άρθρ. 974 ΑΚ, «*Όποιος απέκτησε τη φυσική εξουσίαση πάνω στο πράγμα (κατοχή) είναι νομέας του, αν ασκεί την εξουσία αυτή με διάνοια κυρίου*». Από τον ανωτέρω ορισμό προκύπτει ότι η κατοχή αποτελεί έννοια «γένους» και η νομή έννοια «είδους». Και τούτο γιατί η τελευταία περιέχει όχι μόνο όλα τα πληρούντα την κατοχή στοιχεία («γένος») αλλά και ένα επιπρόσθετο χαρακτηριστικό: τη διάνοια κυρίου. Έτσι, ως νομή εν ευρεία έννοια νοείται η φυσική εξουσίαση και ως νομή εν στενή έννοια νοείται η φυσική εξουσίαση με «διάνοια κυρίου». Κατ' ακολουθία ένας απλός μισθωτής λογίζεται ως απλός κάτοχος στο μέτρο που κατά την ενάσκηση της κατοχής, αναγνωρίζοντας το δικαίωμα κυριότητας του αντισυμβαλλομένου του, λειτουργεί με διάνοια δικαιούχου, με πεποίθηση δηλαδή ότι η σχετική υλική εξουσίαση εδράζεται σε προσωρινής διάρκειας συμβατική σχέση. Όπως πυκνά σημειώνεται «*[...] η βούληση εξουσίασης είναι κάτι λιγότερο σε σχέση με τη διάνοια κυρίου. Αυτή η θέληση είναι [...] εννοιολογικό στοιχείο της κατοχής, την έχει ο μισθωτής, ο θεματοφύλακας, ο χρησάμενος κ.λ.π. Ενώ η διάνοια κυρίου έχει ως περιεχόμενο την εξουσίαση του πράγματος «διαρκώς, απεριορίστως και αποκλειστικώς», περιεχόμενο της θέλησης του κατόχου είναι να εξουσιάζει το πράγμα είτε για θεραπεία δικού του συμφέροντος [...] είτε για εκπλήρωση ανειλημμένης υποχρέωσης [...], οπωσδήποτε όμως περιορισμένα ως προς τον χρόνο, τον τρόπο και την έκταση της εξουσίας [...]*»<sup>183</sup>. Πράγματι, στο πλαίσιο μιας κοινής σύμβασης μίσθωσης, ο μισθωτής λειτουργεί με την πεποίθηση αφενός ότι έλκει το δικαίωμά του από υφιστάμενο και προϋπάρχον δικαίωμα του εκμισθωτή και αφετέρου ότι αντικείμενο της σύμβασης είναι η έναντι ανταλλάγματος χρήση του πράγματος. Κατ' αρχήν δεν διαχειρίζεται το πράγμα ως κύριος αλλά ως δικαιούχος. Εάν δε πράξει με αρμόζοντα σε κύριο τρόπο κατά κανόνα θα δρα και αντισυμβατικά. Η εκ της σύμβασης εξουσία του περιορίζεται στην άντληση ωφελημάτων από την εκμετάλλευση του μισθωμένου πράγματος κατά τρόπο μη παρεμβατικό στη φυσική ιδιοσυστασία του μισθίου. Το δε καταβαλλόμενο από αυτόν μίσθωμα θα αντιστοιχεί στην κατά τη βούληση των μερών αξία της χρήσης του μισθίου. Συνακόλουθα, η παροχή

182. Η αναλυτική διερεύνηση του εννοιολογικού πλάτους των εδώ σχολιαζόμενων εννοιών εκφεύγει των στενών ορίων της παρούσας μελέτης. Για το ζήτημα βλ. αναλυτικά Γεωργιάδη, Απ., Εμπράγματο Δίκαιο, σελ. 165 επ. για την κατοχή και σελ. 168 επ. για τη νομή.

183. Γεωργιάδης, Απ., Εμπράγματο Δίκαιο, σελ. 169.

του εκμισθωτή -και το εξ αυτής απορρέον δικαίωμα χρήσης του μισθίου- και η αντιπαροχή του μισθωτή (καταβολή μισθωμάτων) αφενός βρίσκονται σε σχέση στενής εξάρτησης και αφετέρου είναι δηλωτικές αναγνώρισης του περιορισμένου -ποιοτικά και χρονικά- χαρακτήρα της σχέσης του μισθωτή με το μίσθιο.

Το ίδιο δεν συμβαίνει στο πλαίσιο της χρηματοδοτικής «μίσθωσης». Με αναφορά στο κλασικό leasing, ο «εκμισθωτής» προβαίνει στην απόκτηση του περιουσιακού στοιχείου από τον τρίτο καθ' υπόδειξη αποκλειστικά του «μισθωτή». Δεν ενδιαφέρεται παρά ελάχιστα για τις ιδιότητες ή την ποιότητα αυτού. Αρκείται στην κρίση του «μισθωτή» για την καταλληλότητα αυτού και τη σκοπιμότητα ένταξής του στην περιουσιακή σφαίρα του τελευταίου στο πλαίσιο του γενικού ελέγχου βιωσιμότητας της από τον «εκμισθωτή» επένδυσης. Χαρακτηριστικό της αποξένωσης του «εκμισθωτή» από την αναμενόμενη από ένα κύριο συμπεριφορά είναι ότι στη συναλλακτική πρακτική συνηθίζεται και η συμφωνία για την εκχώρηση στον «μισθωτή» των αξιώσεων της εταιρίας leasing έναντι του προμηθευτή λόγω απόκλισης των ιδιοτήτων του πράγματος από τις συμφωνημένες (πραγματικά ή νομικά ελαττώματα ή έλλειψη συνομολογημένων ιδιοτήτων). Αν και τα σχετικά δικαιώματα εντάσσονται συστηματικά στην ύλη του ενοχικού δίκαιου, δεν μπορεί να παραγνωριστεί ότι αναγνώριση αυτών στο πρόσωπο του αποκτώντος ανταποκρίνεται σε ένα νομοθετικό ορίζοντα αντίληψης: κατά κανόνα ο αγοραστής ενός πράγματος θα έχει τη φυσική εξουσίαση του πράγματος. Ο αποκτών δηλαδή θα προορίζει το πράγμα για προσωπική χρήση<sup>184</sup> και από τη φυσική αυτή εξουσίαση θα προκύψει η ελαττωματικότητα του πωληθέντος. Συνακόλουθα σε αυτόν θα αρμόζει η άσκηση των σχετικών δικαιωμάτων. Στο πλαίσιο της σύμβασης sale and lease back η προβληματική αυτή αποκτά αυξημένη ένταση καθώς τρίτος «προμηθευτής» δεν υφίσταται. Ο «εκμισθωτής» αποκτά την κυριότητα από το «μισθωτή» και ταυτόχρονα παραχωρεί τη χρήση του στον πρώην κύριο - «μισθωτή».

Συνεπώς και στις δύο ανωτέρω βασικές κατηγορίες leasing, ο «εκμισθωτής» δεν εκδηλώνει κανένα ενδιαφέρον σε κανένα στάδιο -πριν ή κατά ή μετά την κατάρτιση- της σύμβασης για τη χρήση του πράγματος. Ενδιαφέρεται αποκλειστικά για την επιστροφή του καταβεβληθέντος από αυτόν κεφαλαίου. Το δε καταβαλλόμενο για την αγορά ποσό αντιστοιχεί αποκλειστικά στην υποχρέωση σταδιακής αποπληρωμής του από το «μισθωτή» μέσω των περιοδικά

---

184. Εάν ο αποκτών προορίζει το πράγμα για την περαιτέρω διάθεση ή παραχώρηση της χρήσης του, η ακαταλληλότητα του πράγματος για την ανωτέρω χρήση δεν μπορεί να καταλογιστεί στον πωλητή, εάν δεν ήταν -ή δεν μπορούσε να είναι διαγνωστή- από αυτόν. Συνακόλουθα, η ακαταλληλότητα αυτή αποτελεί παραβίαση της σύμβασης εκμισθωτή-μισθωτή και όχι πωλητή-αγοραστή.

καταβαλλόμενων «μισθωμάτων». Τα «μισθώματα» αθροιζόμενα αντιστοιχούν στο καταβλημένο από τον «εκμισθωτή» κεφάλαιο με τους τόκους, έξοδα και το σχετικό κέρδος του. Μόλις δε εξοφληθεί το ανωτέρω ποσό τότε επέρχεται είτε η «ανανέωση» της σύμβασης με σημαντικά χαμηλότερο μίσθωμα ή η εκποίηση του μισθίου στο «μισθωτή» έναντι συμβολικού τιμήματος. Το σημαντικά χαμηλότερο μίσθωμα θα αντιστοιχεί στην πραγματική αξία της παραχώρησης της χρήσης. Το στοιχείο αυτό προδίδει ότι η σύμβαση πριν την «ανανέωση» της είχε καθαρά χρηματοδοτικό χαρακτήρα.

Επιπρόσθετα, στο πλαίσιο της «κοινής μίσθωσης», η τυχαία καταστροφή του μισθωμένου πράγματος οδηγεί κατ' αρχήν στην αμοιβαία απαλλαγή των μερών. Συνακόλουθα, λοιπόν, τον κίνδυνο τυχαίας καταστροφής του πράγματος φέρει ο εκμισθωτής καθώς αφενός καταστρέφεται το πράγμα και αφετέρου δεν οφείλεται πλέον το συμφωνηθέν τίμημα. Αντίθετα, στο πλαίσιο της χρηματοδοτικής «μίσθωσης» είναι σχεδόν αυτονόητος ο όρος της ανάληψης από το «μισθωτή» των βαρών και δαπανών για τη διατήρηση ακεραίου του μισθίου αλλά της ευθύνης του για την τυχαία ή λόγω ανωτέρας βίας καταστροφή του μισθίου. Με άλλα λόγια ακόμα και εάν καταστραφεί συνεπεία τυχαίου γεγονότος (κατά κύριο λόγο κατόπιν πράξης ή παράλειψης τρίτου προσώπου, μη συνδεδεμένου με το «μισθωτή»), εκείνος οφείλει να καταβάλει κανονικά τα «μισθώματα». Ο κίνδυνος τυχαίας καταστροφής, όμως, αρμόζει<sup>185</sup> κατά κανόνα στον κύριο ενός πράγματος (*casum sentit dominus*) και όχι στο χρήστη του. Αν και είναι αυτονόητα κατ' αρχήν δυνατή η συμβατική κατανομή του κινδύνου, ο στερεότυπος σχετικός όρος είναι δηλωτικός της αποξένωσης του «εκμισθωτή» από το πράγμα. Είναι επιπρόσθετα χαρακτηριστικό ότι δυνάμει του άρθρ. 5 του Ν 1665/1986 «*Ο μισθωτής οφείλει να διατηρεί ασφαλισμένο το πράγμα κατά του κινδύνου τυχαίας καταστροφής ή χειροτέρευσής του σε όλη τη διάρκεια της σύμβασης χρηματοδοτικής μίσθωσης*». Εύλογα θα μπορούσε να παρατηρηθεί ότι μια τέτοια ευθύνη δεν αρμόζει στον κύκλο επιμέλειας ενός απλού χρήστη. Αρμόζει σε ένα κύριο. Ο νομοθέτης, εν προκειμένω, μοιάζει να έχει συνείδηση των ιδιαιτεροτήτων της υπό κρίση σύμβασης.

Η ανωτέρω «υποψία» επιβεβαιώνεται και από την πρόβλεψη του άρθρ. 1 § 1 του Ν 1665/1986, το οποίο ορίζοντας το δυνατό<sup>186</sup> περιεχόμενο της εν λόγω σύμβασης προβλέπει ότι «*[...] ο εκμισθωτής υποχρεούται να παραχωρεί έναντι μισθώματος τη χρήση πράγματος [...], παρέχοντας στον αντισυμβαλλόμενο*

185. Βλ. όλως ενδεικτικά σχετικά *Κορνηλάκη, Π.*, Ειδικό Ενοχικό Δίκαιο, Ι, σελ. 320.

186. Για το ερμηνευτικό ζήτημα του δικαιώματος του «μισθωτή» να αγοράσει το πράγμα ή να ανανεώσει τη «μίσθωση» βλ. ενδεικτικά *Γεωργιάδη, Απ.*, Νέες μορφές συμβάσεων της σύγχρονης οικονομίας, σελ. 59 επ.

νό του συγχρόνως το δικαίωμα να αγοράσει το πράγμα είτε να ανανεώσει τη μίσθωση για ορισμένο χρόνο [...]». Με βάση την ανωτέρω νομοθετική πρόβλεψη περί του υποχρεωτικού χαρακτήρα της ύπαρξης δυνατότητας αγοράς, εύλογα μπορεί κανείς να αναρωτηθεί ποιος η εξουσία είναι στην πραγματικότητα περιορισμένη «[...] ως προς τον χρόνο, τον τρόπο και την έκταση της εξουσίας [...]»<sup>187</sup>, όπως απαιτεί η κατάφαση της διάνοιας δικαιούχου; Του «εκμισθωτή» ή του «μισθωτή»; Αρμόζει η ανωτέρω πνευματική στάση του «εκμισθωτή» με το ελάχιστο δυνατό περιεχόμενο της «διάνοιας κυρίου»; Διακατέχεται ο χρηματοδοτικός «εκμισθωτής» από διάνοια κυρίου ή αντίθετα από διάνοια δικαιούχου; Για τη διαπίστωση αυτή δεν αρκεί το -αδιαμφισβήτητο- γεγονός της ύπαρξης δικαιώματος κυριότητας. Απαιτείται ορισμένη σχέση του δικαιούχου με το πράγμα. Μια σχέση μάλιστα, η οποία κατά τη σαφή νομοθετική βούληση αποσυνδέεται κατ' αρχήν από το στηρίζον αυτή δικαίωμα. Εύλογα μπορεί να αναρωτηθεί κανείς τι είδους διάνοια κυρίου έχει ένας συμβαλλόμενος, όπως ο χρηματοδοτικός «εκμισθωτής», ο οποίος δεν ενδιαφέρεται καθόλου για τις ιδιότητες του παραχωρούμενου από αυτόν πράγματος, δεν φέρει ευθύνη για αυτές, δεν αναλαμβάνει το κίνδυνο της τυχαίας καταστροφής του πράγματος και της -υποτιθέμενης- βασικής παροχής του και υποχρεώνει τον αντισυμβαλλόμενο του να ασφαλίσει το δικό του πράγμα; Μάλλον, ένας κύριος, ο οποίος δεν θέλει να έχει καμία σχέση με ανήκον σε αυτόν πράγμα πλην της καταβολής του τιμήματος για την αγορά του. Μια στενότερη σχέση, μάλιστα, δεν είναι μόνο ασυνήθιστη για αυτού του είδους τη σύμβαση. Είναι ασυμβίβαστη με τη βασική στοχοθεσία της. Ο δε «εκμισθωτής» έχει απόλυτη συνείδηση του σε περίπτωση ομαλής εξέλιξης χρονικά πεπερασμένου της κυριότητάς του.

Η ανωτέρω ανάλυση επιτρέπει την ακόλουθη διαπίστωση: ο χρηματοδοτικός «εκμισθωτής» αποκτά την κυριότητα ως μέσο εξασφάλισής του, δίχως να ενδιαφέρεται ούτε για τη χρήση του πράγματος ούτε για οποιαδήποτε άλλη έκφανση του δικαιώματος κυριότητας. Αποτέλεσμα της υπό κρίση σύμβασης είναι, με άλλα λόγια, η διάσταση μεταξύ του νομικού τύπου και της οικονομικής πραγματικότητας που αυτός αποτυπώνει<sup>188</sup>. Πράγματι, το ενδιαφέρον του «εκμισθωτή» έγκειται σχεδόν αποκλειστικά στην έντοκη επιστροφή του δανείου και μάλλον καθόλου στην απόκτηση κυριότητας και στην περαιτέρω αξιοποίηση του ακινήτου. Αυτή είναι απλώς μέσο προς το σκοπό εξασφάλισης. Αντιθέτως μάλιστα- η διατήρηση της κυριότητας για τον «εκμισθωτή» θα ήταν

187. Γεωργιάδης, Απ., Εμπράγματο Δίκαιο, σελ. 169.

188. Με αφορμή τη διαπίστωση συνηθίζεται η χρησιμοποίηση των ανακριβών όρων «οικονομικός» κύριος και «νομικός» κύριος. Στο πλαίσιο της παρούσας μελέτης και προς το σκοπό κατάδειξης της ιδιαιτερότητας αυτής προκρίνονται οι ακριβέστεροι όροι «νομέας» για το χρηματοδοτικό «μισθωτή» και «κύριος» για το χρηματοδοτικό «εκμισθωτή».

μια ανεπιθύμητη<sup>189</sup> εξέλιξη. Τα μέρη με τη συμφωνία για την «πώληση» εμφανίζονται<sup>190</sup> στον εξωτερικό κόσμο να συμφωνούν κάτι παραπάνω από αυτό που πραγματικά θέλουν καθώς εξωτερικά μεν μεταβιβάζεται ολόκληρη η κυριότητα αλλά στις εσωτερικές τους σχέσεις συμφωνείται η επαναμεταβίβαση αυτής σε περίπτωση εξόφλησης του δανείου. Ο σκοπός που επιδιώκουν τα μέρη είναι «κάτι» λιγότερο από τα αποτελέσματα της σύμβασης που τελικά καταρτίζουν. Ουσιαστικό αντικείμενο της σύμβασης είναι η χρηματοδότηση του «μισθωτή» για την πραγματοποίηση της από αυτόν σχεδιασθείσας επένδυσης. Κανένα άλλο ενδιαφέρον δεν έχει ο χρηματοδοτικός «εκμισθωτής».

Ένας τέτοιος «εκμισθωτής» δεν είναι νομέας. Είναι απλώς κύριος. Δεν ασκεί τη φυσική εξουσίαση επί του πράγματος ούτε λειτουργεί με διάνοια κυρίου. Λειτουργεί με διάνοια δικαιούχου χρηματικής απαίτησης. Η κυριότητα είναι για αυτόν απλώς μέσο προς το σκοπό. Και αυτό γιατί η διάνοια κυρίου του χρηματοδοτικού «εκμισθωτή» «ενεργοποιείται» μόνο σε περίπτωση λήξης της σύμβασης. Τότε μόνο λειτουργεί με την πεποίθηση ότι είναι κύριος. Σε αυτή την περίπτωση, όμως, δεν νοείται «αποβολή» από τη νομή. Ο εκμισθωτής ουδέποτε είχε τη νομή έτσι ώστε να αποβληθεί από αυτή. Ο δε «μισθωτής» ουδέποτε ήταν «αντιπρόσωπος» του νομέα (δηλαδή κάτοχος) κατ' άρθρο 982 ΑΚ. Η νομή δεν ασκείται «μέσω άλλου» σύμφωνα με το άρθρ. 980 ΑΚ. Ασκείται από το «μισθωτή» για την άμεση εξυπηρέτηση δικών του συμφερόντων και τη μέσω αυτής εκπλήρωση των έναντι του «εκμισθωτή» χρηματικών υποχρεώσεών του. Ο «εκμισθωτής», κατά την αληθινή του βούληση<sup>191</sup>, δεν επιθυμούσε καμία περαιτέρω σχέση με το πράγμα. Αντιθέτως, ο «μισθωτής» -αν και δεν είναι κύριος- λειτουργεί με την πεποίθηση ότι είναι κύριος. Σε αυτόν παρέχεται συμβατικά κάθε δυνατότητα εκμετάλλευσης του «μισθίου», η οποία οδηγεί στην εξόφληση του «εκμισθωτή». Ο δε «μισθωτής» ευελπιστεί -κατά κανόνα- στην μετά τη λήξη της σύμβασης ταύτιση της υποκειμενικής του στάσης με τη νομική κατάσταση του πράγματος. Επομένως, η νομή δεν ασκείται διαμέσου του χρηματοδοτικού «μισθωτή». Ασκείται από τον ίδιο το χρηματοδοτικό «μισθωτή». Το

189. Μια τέτοια εξέλιξη μάλλον θα είναι ανεπιθύμητη για το χρηματοδοτικό «εκμισθωτή», καθώς εκείνος ενδιαφέρεται αποκλειστικά για την επιστροφή του κεφαλαίου και των τόκων. Η κυριότητα για αυτόν δεν είναι τίποτα άλλο παρά μέσο προς αυτό τον σκοπό. Η διατήρησή της συχνά θα συνοδεύεται -ειδικά για τα πιστωτικά ιδρύματα- από μια οικονομική και υλικοτεχνική επιβάρυνση (παρακολούθηση, προστασία από καταπατήσεις, έξοδα συντήρησης, φορολογική επιβάρυνση), η οποία δεν θα συμβιβάζεται με τον κύριο σκοπό τους. Ο κύριος σκοπός των πιστωτικών ιδρυμάτων δεν είναι σε κάθε περίπτωση η συντήρηση και πώληση ακινήτων.

190. Δίχως όμως να μπορεί να γίνει λόγος για εικονικότητα, καθώς προκύπτει αληθινή βούληση των μερών να επιτευχθεί το «μείζον» αυτό αποτέλεσμα.

191. Ανεξάρτητα δηλαδή από τη χρησιμοποιούμενη στο κείμενο της σύμβασης ορολογία.

ανωτέρω συμπέρασμα επιβεβαιώνεται και από το άρθρ. 37 του Ν 3588/2007, σύμφωνα με το οποίο «*Επί καταπιστευτικής μεταβίβασης κυριότητας κινητού με διατήρηση της νομής από τον οφειλέτη, ο πιστωτής, ως κύριος του πράγματος, δικαιούται σε αποχωρισμό του [...]*». Ενδιαφέρον, εν προκειμένω, προκαλεί το γεγονός ότι ο νομοθέτης, ρυθμίζοντας το συγγενές ζήτημα του πτωχευτικού αποχωρισμού, μοιάζει να θεωρεί ότι κάθε περίπτωση καταπιστευτικής μεταβίβασης κυριότητας δικαιολογεί τη θεώρηση του μεν μεταβιβάζοντος ως νομέα (και όχι κατόχου) και του δε αποκτώντος ως απλού κυρίου. Η διαπίστωση αυτή, αν και δεν αφορά άμεσα στις εκτός πεδίου εφαρμογής του ανωτέρω νομοθέτηματος περιπτώσεις αφερεγγυότητας, δεν μπορεί να είναι ερμηνευτικά αδιάφορη. Και τούτο, γιατί, όπως καταδείχθηκε ανωτέρω, οι δύο βασικοί τύποι του leasing εμφανίζουν αν όχι ταύτιση τότε σημαντικότερη ομοιότητα με την καταπιστευτική μεταβίβαση κυριότητας. Καθόσον, λοιπόν, τα θεμελιώδη ποιοτικά χαρακτηριστικά της εν λόγω σύμβασης παραμένουν αναλλοίωτα ανεξαρτήτως έντασης της αφερεγγυότητας του «μισθωτή», το ίδιο «αναλλοίωτη» θα πρέπει να είναι και η αποτυπωμένη στο άρθρ. 37 του Ν 3588/2007 αξιολόγηση. Καθόσον, λοιπόν, η θεώρηση του μεν καταπιστευτικά αποκτώντος ως κυρίου και του δε καταπιστευτικά μεταβιβάζοντος ως νομέα δεν υπηρετεί κάποια ειδική τελολογία στο πλαίσιο της πτώχευσης, ο ερμηνευτής κατά τη συγκεκριμενοποίηση της έννοιας της νομής στις εκτός πεδίου εφαρμογής του Ν 3588/2007 περιπτώσεις καταπίστευσης δεν νομιμοποιείται να υποθέσει ότι υπάρχουν καταπιστευτικά αποκτώντες δύο ταχυτήτων. Και αυτό γιατί, στο πλαίσιο του ειδικού κανονιστικού πλαισίου, ο νομοθέτης δίνει βάρος στον προσδιορισμό του πλάτους της ένδικης προστασίας του καταπιστευτικά αποκτώντος. Αντίθετα, η έννοια αυτού μοιάζει να λαμβάνεται ως δεδομένη. Το συμπέρασμα αυτό απορρέει από την ίδια τη διατύπωση της διάταξης καθώς τόσο το πρόσωπο του πιστωτή (υποκείμενο της πρότασης) όσο και το δικαίωμα αυτού προς αποχωρισμό («δικαιούται») συνθέτουν το νοηματικό κέντρο βάρους της ρύθμισης. Πρόθεση του νομοθέτη άλλωστε, δεν μπορεί να είναι ο επαναπροσδιορισμός των εννοιολογικών στοιχείων της σύμβασης καταπίστευσης. Τούτο θα διέφευγε της αποκλειστικής ύλης του πτωχευτικού δικαίου. Πρόθεση του, αντίθετα, είναι η κατοχύρωση του πιστωτή στο περιβάλλον της πτώχευσης. Η διαπίστωση αυτή, αποκτά μεγαλύτερη ένταση, εάν αναλογιστούμε ότι θα αποτελούσε λογική «παραφωνία» να δεχθούμε ότι η υποκειμενική στάση του πιστωτή - καταπιστευτικά αποκτώντος στη μεν περίπτωση απλής αφερεγγυότητας του οφειλέτη αρμόζει σε κύριο, ενώ στη δε περίπτωση γενικευμένης και απόλυτης αφερεγγυότητας αυτού περιορίζεται στη διάνοια δικαιούχου. Θα ανέμενε κανείς το ακριβώς αντίθετο ενόψει του εξασφαλιστικού σκοπού της καταπίστευσης. Εφόσον, λοιπόν, στο πλαίσιο της πτώχευσης, η έννομη τάξη αποδίδει το χαρακτηρισμό του απλού κυρίου στον καταπιστευτικά αποκτώντα,

το ίδιο θα πρέπει να γίνει δεκτό και σε κάθε άλλη περίπτωση ελάσσονος αφερεγγυότητας. Σε κάθε περίπτωση, όμως, η απάντηση στο υπό κρίση ερώτημα -είτε αρνητική είτε θετική- δεν μπορεί παρά να είναι κοινή.

Από το σύνολο των ανωτέρω επιχειρημάτων προκύπτει ότι δεν πληρούται το πραγματικό του άρθρου 987 ΑΚ και ειδικότερα η εκεί περιεχόμενη προϋπόθεση της προηγούμενης της αποβολής ύπαρξης «νομής» («*Ο νομέας που αποβλήθηκε από τη νομή [...]*»). Συνεπώς δεν υφίσταται περιθώριο ένδικης προστασίας του «εκμισθωτή» κατά τις διατάξεις περί νομής. Υφίσταται μόνο κατά τις διατάξεις περί κυριότητας (άρθρ. 1094 επ. ΑΚ). Είδαμε, όμως, ήδη ανωτέρω ότι ασφαλιστικά μέτρα «κυριότητας» δεν<sup>192</sup> υφίστανται. Συνακόλουθα, η δυνατότητα του δικαστηρίου περιορίζεται απλώς στην κατ' άρθρο 731 ΚΠολΔ προσωρινή ρύθμιση κατάστασης. Τα δε, σύμφωνα με το ανωτέρω άρθρο, διατασσόμενα ασφαλιστικά μέτρα δεν μπορούν να οδηγούν εμμέσως στην προσβολή της νομής του «μισθωτή», καθώς τούτο θα ισοδυναμούσε με μια εν τοις πράγμασι καθιέρωση ασφαλιστικών μέτρων κυριότητας, κατά παρέκκλιση της εμπειριεχόμενης στο άρθρ. 734 § 2 ΚΠολΔ στοχοθεσίας<sup>193</sup> περί μη προσβολής της παγιωθείσας υπέρ του νομέα πραγματικής κατάστασης. Η ανωτέρω ανάλυση δεν περιορίζεται μόνο στο πλαίσιο της χρηματοδοτικής «μίσθωσης», αλλά αφορά σε κάθε άλλη περίπτωση καταπιστευτικής μεταβίβασης κυριότητας, εφόσον<sup>194</sup> γίνει δεκτή η εγκυρότητα της εμπειριεχόμενης σε αυτή αιτίας.

Ακόμα όμως και εάν γίνει εσφαλμένα δεκτό ότι η εδώ υποστηριζόμενη ερμηνευτική εκδοχή περί μη υπαγωγής του χρηματοδοτικού «εκμισθωτή» στην έννοια του κατ' άρθρο 974 ΑΚ «νομέα» είναι αποκρουστέα, όπως θα καταδειχθεί ακολούθως, η απόδοση του «μισθίου» δυνάμει της διαδικασίας του άρθρ. 734 § 2 ΚΠολΔ πρέπει να αποκλειστεί. Και αυτό γιατί ακόμα και εάν αυτός θεωρηθεί «νομέας» κατ' άρθρο 974 ΑΚ, τούτο δε συνεπάγεται άνευ ετέρου ότι είναι και «νομέας» κατ' άρθρο 734 § 2 ΚΠολΔ. Η απόδοση του νομικού χαρακτηρισμού του «νομέα» στο χρηματοδοτικό «εκμισθωτή» δεν αρκεί για την εφαρμογή κάθε διάταξης εμπειριεχουσας τον όρο αυτό στο πραγματικό της. Είναι σαφές ότι ο χαρακτηρισμός της νομικής φύσης της σχέσης του χρηματοδοτικού «εκμισθωτή» με το πράγμα δεν στερείται ερμηνευτικής αξίας. Ωστόσο, είναι αδιαμ-

192. Στο πλαίσιο της εδώ εξεταζόμενης προβληματικής, περιθώριο εφαρμογής των διατάξεων περί μεσεγγύησης (άρθρ. 725 επ.) δεν υφίσταται καθώς σε περίπτωση λήξης της σύμβασης χρηματοδοτικής «μίσθωσης» -και στο μέτρο που δεν αμφισβητείται η κυριότητα του «εκμισθωτή»- δεν ανακύπτει διαφορά «*σχετική με την κυριότητα*». Σχετικά βλ. Πίψου, Δικαστική Μεσεγγύηση ως ασφαλιστικό μέτρο κατά τον ΚΠολΔ, σελ. 33 επ. Η άρνηση θεώρησης του «εκμισθωτή» ως νομέα ή κατόχου αποκλείει επιπρόσθετα και τη δυνατότητα θεμελίωσης διαφοράς «*από τη νομή ή την κατοχή*».

193. Βλ. υπό ΙΙ.2 της παρούσας.

194. Βλ. υπό ΙΙ.4 της παρούσας.

φισβήτητα ότι οποιοσδήποτε νομικός χαρακτηρισμός και εν προκειμένω ο χαρακτηρισμός του χρηματοδοτικού «εκμισθωτή» ως «νομέα» δεν έχει την κανονιστική ποιότητα ενός κανόνα δικαίου. Αποτελεί «[...] απλώς ένα μέσο μεθοδολογικής προσέγγισης του ζητήματος και θα πρέπει συνεπώς, όταν γίνεται χρήση του από τον ερμηνευτή, να αντανακλάται η υποβοηθητική και μόνο λειτουργία του στην ερμηνεία και να μην εκλαμβάνεται ως οιονεί κανόνας δικαίου που παρέχει μόνος του το αναγκαίο έρεισμα για τη λύση του εξεταζόμενου εδώ ζητήματος [...]»<sup>195</sup>. Ακολούθως, όπως με εξαιρετική πυκνότητα σημειώνεται «[...] η εννοιοκρατική απομόνωση του νομικού χαρακτηρισμού από τη συναρτημένη με την κοινωνική πραγματικότητα και τα πρακτικά της προβλήματα τελολογία του, δημιουργεί τον κίνδυνο να μεταπέσει αυτός, από μεθοδολογικό εργαλείο υποβοήθησης του ερμηνευτή στο έργο του, σε μέσο συσκότισης του προβλήματος [...]»<sup>196</sup>. Αυτού του είδους η συσκότιση μοιάζει να παρατηρείται και στην υπό κρίση προβληματική. Το ζήτημα της οριοθέτησης του εύρους της προσωρινής ένδικης προστασίας του χρηματοδοτικού «εκμισθωτή» απαιτεί ερμηνευτική προσπάθεια. Για κάθε ερμηνευτική προσπάθεια, κρίσιμη είναι η αποκάλυψη της εμπειροχόμενης στην ερμηνευόμενη διάταξη ratio legis μέσω των θεμελιωδών αξιολογήσεων της ratio iuris. Είναι εμφανές ότι η ανωτέρω μεθοδολογικά επιβαλλόμενη διαδρομή δεν πληρούται επαρκώς με μόνη την αξιωματική αναφορά στον δήθεν «σαφή» χαρακτήρα μιας διάταξης. Με άλλα λόγια στο μέτρο που in concreto η ratio legis ή η ratio iuris επιβάλλει τη διασταλτική ή συσταλτική οριοθέτηση της ερμηνευόμενης διάταξης, το επιχείρημα του νομικού χαρακτηρισμού της σχέσης του «εκμισθωτή» με το πράγμα, ακόμα και αληθές υποτιθέμενο, έχει από μόνο του μάλλον ελάχιστη πειστικότητα.

Σε ένα πρώτο επίπεδο ανάλυσης θα μπορούσε να υποστηριχθεί ότι η διεξοδικότερη διερεύνηση της έννοιας του κατ' άρθρο 734 § 2 ΚΠολΔ «νομέα» περιτεύει καθώς το γράμμα της εν λόγω διάταξης είναι «σαφές». Όπως όμως απολύτως ορθά αντιπαρατηρείται «[...] εδώ το μόνο που μπορούμε να απαντήσουμε είναι πως πέρα από το γράμμα υπάρχει και το πνεύμα του νόμου: λέμε «το μόνο», γιατί μια τετριμμένη γενική άποψη μπορεί να αντιμετωπιστεί με μια τετριμμένη γενική ανασκευή [...]»<sup>197</sup>. Το εάν μια διάταξη είναι σαφής ή όχι αποτελεί αποτέλεσμα και όχι δεδομένη αφετηρία του ερμηνευτικού συλλογισμού. Το ρωμαϊκής προέλευσης αξίωμα «Cum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis quaestio» εμπεριέχει ένα σαφές λογικό σφάλμα. Ακόμα και η

195. Δωρής, Περιορισμοί της συμβατικής ελευθερίας στις ρήτρες αποκλειστικής διεθνούς δικαιοδοσίας, σελ. 201.

196. Δωρής, Περιορισμοί της συμβατικής ελευθερίας στις ρήτρες αποκλειστικής διεθνούς δικαιοδοσίας, σελ. 203.

197. Καλλιμόπουλος, Η μη γνήσια διοίκηση αλλοτρίων, σελ. 201.

κρίση περί δήθεν «σαφήνειας» του γράμματος προϋποθέτει από τον ερμηνευτή -έστω και ασυνείδητα- την καταβολή ορισμένης ερμηνευτικής προσπάθειας<sup>198</sup>. Η «σαφήνεια» της διάταξης δεν είναι συνήθως προϊόν του ύψιστου βαθμού ευκρίνειας της ερμηνευόμενης διάταξης, αλλά της προκατανόησης του ερμηνευτή του ορίζοντα προσδοκίας του σχετικά με το «αληθές» νόημα της «σαφούς» διάταξης. Τούτο μοιάζει να συμβαίνει και στην υπό κρίση περίπτωση<sup>199</sup>. Ενόψει της θεώρησης της διάταξης του άρθρου 734 § 2 ΚΠολΔ ως σιωπηρά παραπέμπουσας στην έννοια του κατ' άρθρο 974 ΑΚ «νομέα», ο ερμηνευτής εισέρχεται στον ερμηνευτικό κύκλο<sup>200</sup> με μια ισχυρή προκατάληψη: ότι ο νομοθέτης επιθυμεί την ομοειδή μεταχείριση κάθε είδους νομέα.

Η έννοια του «νομέα» δεν πρέπει -και δεν μπορεί κατ' αρχήν- να νοηθεί μονοσήμαντα<sup>201</sup> καθώς άλλη τελολογία εξυπηρετούν τα άρθρ. 974 επ. ΑΚ και άλλη το άρθρ. 734 § 2 ΚΠολΔ. Στην μεν πρώτη κρίνεται εάν θα πρέπει να αποδοθεί μομφή στον προσβάλλοντα για την προσβολή της νομής. Στη δεύτερη περίπτωση, το κρίσιμο νομικό ζήτημα έγκειται στη δυνατότητα απόδοσης της προσβληθείσας νομής μέσω της διαδικασίας των ασφαλιστικών μέτρων. Το ότι η απάντηση στα ερωτήματα του εννοιολογικού πλάτους της έννοιας του «νομέα» στις ανωτέρω διατάξεις θα είναι συνήθως όμοια, δεν σημαίνει ότι πρόκειται περί του ίδιου ερωτήματος. Και αυτό, γιατί ακόμα και διαφορετικά ερωτήματα μπορεί να έχουν όμοια απάντηση.

Καθόσον «[...] το γράμμα του κανόνα δικαίου έχει διπλή αποστολή: Είναι το σημείο εκκίνησης για τη δικαστική έρευνα του νοήματος του κανόνα δικαίου και θέτει ταυτόχρονα τα όρια της ερμηνευτικής του δράσης [...]»<sup>202</sup>, αφετηρία της

198. Βλ. σχετικά όλως ενδεικτικά Παπανικολάου, Μεθοδολογία του Ιδιωτικού δικαίου και ερμηνεία των δικαιοπραξιών, σελ. 46 επ.

199. Για αυτό το λόγο άλλωστε κρίθηκε απαραίτητη η διερεύνηση αφενός της αξίας του νομικού χαρακτηρισμού για την ερμηνευτική προσπάθεια και αφετέρου της ορθότητας του υπό κρίση χαρακτηρισμού.

200. Για την έννοια του ερμηνευτικού κύκλου βλ. Παπανικολάου, Μεθοδολογία του Ιδιωτικού δικαίου και ερμηνεία των δικαιοπραξιών, σελ. 49 επ.

201. Όπως ορθά παρατηρείται «[...] και μεταξύ των επί μέρους κλάδων δικαίου -καμιά φορά ακόμη και σε διατάξεις του ίδιου κλάδου- χρησιμοποιούνται οι ίδιοι όροι με διαφορετική σημασία, όπως π.χ. ο όρος «ενοχή» στο ποινικό και στο αστικό δίκαιο. Το φαινόμενο αυτό οφείλεται σε ότι σε κάθε κλάδο δικαίου διαμορφώνεται σε βάθος χρόνου κάποια ειδικότερη γλωσσική παράδοση. Παράλληλα οφείλεται σε ότι, όπως στην καθομιλουμένη έτσι και στη νομική γλώσσα μεγάλος αριθμός όρων περικλείει πολλαπλές δυνατές χρήσεις, που δεν μπορούν να προσδιορισθούν πάντα με ακρίβεια εκ των προτέρων [...]» (Σταμάτης Κ., Η θεμελίωση των νομικών κρίσεων, σελ. 106).

202. Meier-Hayoz, A., Der Richter als Gesetzgeber, Eine Besinnung, σελ. 42. Το πλήρες κείμενο έχει ως εξής: «[...] Der Wortlaut hat danach eine doppelte Aufgabe: Er ist Ausgangspunkt für die richterliche Sinnesermittlung und steckt zugleich die Grenzen

ερμηνευτικής προσπάθειας θα είναι κατά νομική αναγκαιότητα η διερεύνηση της γραμματικής διατύπωσης του άρθρ. 734 § 2 ΚΠολΔ. Σύμφωνα με το ανωτέρω άρθρο, «[...] Το ειρηνοδικείο για την προσωρινή ρύθμιση της νομής ή της κατοχής δικαιούται να διατάξει οποιοδήποτε ασφαλιστικό μέτρο κρίνει πρόσφορο και ιδίως [...] να επιδικάσει τη νομή ή την κατοχή σε κάποιον από τους διαδίκους [...]». Η έννοια της «νομής» όμως δεν θα αναζητηθεί σε κάποιο νομικό λεξικό. Θα αναζητηθεί σε ολόκληρο το κείμενο της διάταξης, στο σκοπό που αυτή υπηρετεί και στη συστηματική ένταξή της στο κεφάλαιο περί ασφαλιστικών μέτρων. Με αφετηρία, τη γραμματική διατύπωση της διάταξης μπορούν να σημειωθούν τα εξής: Ο όρος «νομή» απαντάται γλωσσικά με δύο διαφορετικές έννοιες: α) Ως φυσική εξουσίαση με διάνοια κυρίου κατ' άρθρο 974 ΑΚ, η άσκηση της οποίας μπορεί να ανατεθεί σε τρίτο δυνάμει ορισμένης σύμβασης και β) ως φυσική εξουσίαση με διάνοια κυρίου, η άσκηση της οποίας δεν μπορεί να ανατεθεί σε τρίτο δίχως απώλεια της ιδιότητας του νομέα. Σε αντίθεση με την έννοια της κατ' άρθρο 974 ΑΚ «νομής», η οποία δεν βρίσκει έρεισμα στην καθομιλουμένη και συναντάται περισσότερο στη νομική τεχνική γλώσσα, η δεύτερη έννοια της νομής μοιάζει να ανταποκρίνεται περισσότερο στο κοινό γλωσσικό αίσθημα. Και αυτό γιατί, στο πλαίσιο της καθομιλουμένης, δύσκολα θα μπορούσε να ειπωθεί ότι λ.χ. μια εταιρία χρηματοδοτικών μισθώσεων στο κέντρο της Αθήνας ασκεί «νομή» σε ένα ακίνητο στη Θεσσαλονίκη, το οποίο κατέχεται από τον αντισυμβαλλόμενο της. Τούτο θα ήταν δυνατό να ειπωθεί μόνο στο πλαίσιο της τεχνικής ορολογίας. Σε κάθε περίπτωση, αυτό που πρέπει να κρατήσουμε από την ανωτέρω ανάλυση είναι ότι τα νομοθετικά κείμενα αξιώνουν συμμόρφωση από όλους τους αποδέκτες αυτών. Λογική υποθετική πρόταση κάθε ερμηνευτικής προσπάθειας αλλά και δικαιοηθική επιταγή<sup>203</sup> της ημεδαπής έννομης τάξης είναι τα νομοθετικά παραγγέλματα στο μέτρο που απευθύνονται στους «μέσους κοινωνούς» και αξιώνουν από αυτούς συμμόρφωση<sup>204</sup> να διατυπώνονται κατά βάση<sup>205</sup> στην καθομιλουμένη γλώσσα, δηλα-

*seiner Auslegungstätigkeit ab. Vom Wortlaut hat der Richter auszugehen und durch den Wortlaut wird ihm der Raum abgegrenzt, innerhalb dessen seine Auslegung sich bewegen muss [...]*. Βλ. και τον ίδιο, *Der Richter als Gesetzgeber, zur rechtspolitischen Komponente richterlicher Tätigkeit*, σελ. 189 επ.

203. Αποβλέπουμε στην προάσπιση της ασφάλειας δικαίου, της ισότητας αλλά και των αξιολογήσεων του κατ' αρχήν νομιμοποιούμενου να προβαίνει σε αυτές νομοθέτη.
204. Βλ. *Engisch, K.*, *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*, σελ. 97 επ. Επιβεβαιωτικό της ανωτέρω ηθικής «αναγκαιότητας» είναι και το εξαιρετικά παραστατικό παράδειγμα του τυράννου των Συρακουσών Διονύσιου, ο οποίος είχε κρεμάσει τους νόμους της πολιτείας τόσο ψηλά, ώστε κανείς πολίτης δεν μπορούσε να τους διαβάσει.
205. Βλ. σχετικά *Σταμάτη Κ.*, *Η θεμελίωση των νομικών κρίσεων*, σελ. 170 επ., *Σούρλα Π.*, *Θεμελιώδη ζητήματα της μεθοδολογίας του δικαίου*, σελ. 87 επ., *Δωρή*, *Εισαγωγή στο Αστικό Δίκαιο, Α'*, σελ. 166 επ.

δή στη χρησιμοποιούμενη στην καθημερινότητα γλώσσα. Ορθά γίνεται δεκτό ότι «[...] η γλωσσική έκφραση του νομοθέτη (σ.σ. πρέπει) να είναι προσανατολισμένη στον ορίζοντα κατανόησης» του μέσου κοινωνού [...]<sup>206</sup>.

Εκ των ανωτέρω προκύπτει ότι με βάση τη γραμματική διατύπωση του άρθρ. 734 § 2 ΚΠολΔ θα μπορούσαν να υποστηριχθούν δύο ερμηνευτικές εκδοχές: α) Αποδοτέα είναι η «νομή», καμία διάκριση ως προς τον τρόπο άσκησης της ή β) Αποδοτέα είναι η νομή μόνο εφόσον ο αιτών ασκεί ο ίδιος τη φυσική εξουσία του πράγματος. Ποια από τις δύο εκδοχές είναι προτιμητέα; Αξίζει να σημειωθεί ότι ενόψει της αμφίσημης διατύπωσης του άρθρ. 734 § 2 ΚΠολΔ, κατά την εδώ υποστηριζόμενη άποψη, η ερμηνευτική προσπάθεια βρίσκεται στο πεδίο της *stricto sensu* ερμηνείας και συνεπώς περιττεύει η εξέταση της συνδρομής των προϋποθέσεων διαπίστωσης και πλήρωσης κενού.

Άξιο παρατήρησης είναι πως κέντρο βάρους της ερμηνευόμενης διάταξης δεν είναι το πρόσωπο του «νομέα» ή του «κατόχου» αλλά η κατάσταση της «νομής» ή «κατοχής». Ο νομοθέτης μοιάζει συντακτικά να προσδίδει βάρος περισσότερο στην προστασία της νομής ή της κατοχής παρά στην προστασία του νομέα ή κατόχου -όπως και εάν νοούνται αυτοί. Αντιθέτως, στο πλαίσιο του άρθρ. 974 ΑΚ κέντρο βάρους είναι το ίδιο το πρόσωπο του νομέα. Η διαφοροποιημένη γραμματική διατύπωση στο πλαίσιο του άρθρ. 734 § 2 ΚΠολΔ προσανατολίζει τον ερμηνευτή στην κατεύθυνση της διερεύνησης της πραγματικής κατάστασης και ειδικότερα στο ερώτημα: ποιος διάδικος έχει διαμορφώσει υπέρ αυτού μια πραγματική κατάσταση χρήζουσα ρύθμισης; και όχι ποιος διάδικος έχει δικαίωμα να νέμεται το πράγμα κατά το ουσιαστικό δίκαιο.

Είδαμε ανωτέρω<sup>207</sup> ότι μέσω της διαδικασίας των ασφαλιστικών μέτρων για την απόδοση της νομής σκοπείται η αποκατάσταση της τρωθείσας σχέσης του νομέα ή κατόχου με το πράγμα. Δεν σκοπείται αφηρημένα η προστασία του δικαιώματος κυριότητάς του, αλλά η δυνατότητα άντλησης ωφέλειας από τη χρήση του πράγματος. Με συνέπεια από την ανωτέρω παραδοχή ότι η ταχύτητα της διαδικασίας των ασφαλιστικών μέτρων αντικατοπτρίζει -την κατά τεκμήριο- ανάγκη αποκατάστασης της απορρέουσας από τη σχέση με το πράγμα ωφέλειας που αντλεί ο νομέας ή κάτοχος. Η ανωτέρω τελολογία συντρέχει, όμως, μόνο στην περίπτωση που ο νομέας ασκεί ο ίδιος τη φυσική εξουσία του πράγματος ή έστω εάν χρησιμοποιεί προς τούτο «βοηθούς νομής»<sup>208</sup>,

206. Παπανικολάου, Μεθοδολογία του Ιδιωτικού δικαίου και ερμηνεία των δικαιοπραξιών, σελ. 40.

207. Υπό ΙΙ.2 της παρούσας.

208. Για την έννοια του κατ' άρθρο 986 ΑΚ βοηθού νομής βλ. Γεωργιάδη, Απ., Εμπράγματο Δίκαιο, σελ. 189 επ.

δηλαδή πρόσωπα, τα οποία βρίσκονται σε σχέση υπηρεσιακής εξάρτησης προς το νομέα (λ.χ. εργαζόμενος). Η ίδια τελολογία δεν συντρέχει στις περιπτώσεις άσκησης νομής «μέσω άλλου»<sup>209</sup>, δηλαδή μέσω προσώπων, των οποίων η σχέση με το νομέα δεν εξαντλείται στη λήψη οδηγιών και επιτρέπει την ανάπτυξη αυτόνομης δραστηριότητας (λ.χ. μισθωτής). Και αυτό γιατί στη δεύτερη περίπτωση η ωφέλεια που αντλεί ο νομέας δεν απορρέει από την ίδια τη νομή του πράγματος αλλά από την ύπαρξη ενοχικής σχέσης (λ.χ. μίσθωσης), αντικείμενο της οποίας είναι η καταβολή χρημάτων (ωφέλεια). Στην ανωτέρω περίπτωση, με άλλα λόγια, η χρήζουσα προστασίας ωφέλεια του νομέα έγκειται όχι στην ίδια τη νομή και στο προϊόν της, αλλά στην μη εμπίπτουσα στην τελολογία του άρθρ. 734 § 2 ΚΠολΔ παροχή του μισθωτή.

Επιβεβαιωτική της ανωτέρω ερμηνευτικής εκδοχής είναι η διαπίστωση περί του ελάχιστου κοινού παρανομαστή μεταξύ του νομέα και του κατόχου: αυτός είναι η φυσική εξουσία επί του πράγματος. Άξια σχολιασμού ως δηλωτική της ρυθμιστικής πρόθεσης του νομοθέτη είναι, με άλλα λόγια, η εξίσωση της προστασίας του κατόχου και του νομέα, η εξίσωση δηλαδή ενός κατόχου «ανώτερης» φαινομενικά ποιότητας με έναν κάτοχο «κατώτερης» φαινομενικά ποιότητας. Αν πρόκειται για ποιοτικά ουσιωδώς ανόμοιες ιδιότητες γιατί εξισώνονται εν προκειμένω από το νομοθέτη; Εάν έπρεπε να αποτυπωθούν σχηματικά τα απαρτίζοντα την έννοια της νομής στοιχεία υπό τη μορφή μαθηματικού τύπου, αυτός θα ήταν ο ακόλουθος:  $(N)^{210} = (K) + (\Delta)$ . Εάν έπρεπε να αποτυπωθεί μαθηματικά η στο πλαίσιο του άρθρ. 734 § 2 ΚΠολΔ σχέση, αυτή θα ήταν η ακόλουθη:  $(N) = (K)$ . Αυτή η εξίσωση ως προς το παρεχόμενο εύρος προστασίας δεν θα είχε νόημα παρά μόνο εάν δεχθούμε ότι για το νομοθέτη κρίσιμο είναι το στοιχείο της φυσικής εξουσίας. Εφόσον δεχθούμε, όμως, ότι είναι κρίσιμο το στοιχείο αυτό, τότε η παραδοχή αυτή συνεπάγεται αναγκαία την μη υπαγωγή στο ρυθμιστικό πεδίο του 734 § 2 ΚΠολΔ του χρηματοδοτικού «εκμισθωτή» αλλά και κάθε άλλου προσώπου, το οποίο ασκεί τη νομή -εφόσον υποτεθεί νομέας- «μέσω άλλου». Αυτοί δεν ασκούν τη φυσική εξουσία και συνεπώς δεν χρήζουν της μέσω της διαδικασίας των ασφαλιστικών μέτρων αποκατάστασης της σχέσης τους με το πράγμα. Αξίζει να σημειωθεί ότι στο συγγενές γερμανικό δίκαιο, η έννοια της κατοχής και η έννοια της νομής ταυτίζονται. Ο γερμανός νομοθέτης αρκείται<sup>211</sup> για την κατάφαση της νομής στο στοιχείο της φυσικής εξουσίας δίχως να απαιτεί περαιτέρω και διάνοια κυρίου. Η ανω-

209. Για την έννοια της «μέσω άλλου» άσκησης της νομής βλ. Γεωργιάδη, Απ., Εμπράγματο Δίκαιο, σελ. 191 επ.

210. Όπου N είναι η νομή, K η κατοχή και Δ η διάνοια κυρίου.

211. Βλ. Μπαλή, Εμπράγματο Δίκαιο, §2, 8/9.

τέρω επιλογή αποτυπώνει την αναγκαιότητα αυτοτελούς προστασίας της φυσικής εξουσίας και αποσύνδεσής της από υποκειμενικά στοιχεία. Καταδεικνύει τον υπέρτερο έναντι της διάνοιας κυρίου χαρακτήρα της πραγματικής κατάστασης εξουσίασης. Η διαπίστωση αυτή δεν είναι αδιάφορη στο πλαίσιο ερμηνείας του άρθρ. 734 § 2 ΚΠολΔ. Και αυτό γιατί ενώ στο πλαίσιο του ΑΚ, η νομή διακρίνεται με σαφήνεια από την κατοχή, στο πλαίσιο του ΚΠολΔ, μέσω της διαζευκτικής παράθεσης, επιφυλάσσεται κατ' αρχήν όμοια αντιμετώπιση. Τούτο δεν μπορεί παρά να αποτυπώνει βούληση εξίσωσης των δύο για τους σκοπούς της εν λόγω διάταξης. Εν προκειμένω, δηλαδή, το κοινό στοιχείο του πραγματικού, δηλαδή η έννοια της κατοχής ως φυσικής εξουσίασης, καταδεικνύει και την κοινή ρυθμιστική ratio: την ανάγκη προστασίας των αντλούμενων από μια de facto κατάσταση υλικής σχέσης ωφελειών.

Η διαπίστωση αυτή αποκτά νέα δυναμική λόγω και της χρονικής απόστασης από την καθιέρωση του άρθρ. 734 § 2 ΚΠολΔ. Την εποχή καθιέρωσης του ΚΠολΔ, η σύμβαση χρηματοδοτικής «μίσθωσης»<sup>212</sup> ήταν απολύτως άγνωστη. Σε μια εποχή απλούστερων μέσων χρηματοδότησης<sup>213</sup>, στην εποχή δηλαδή κατάστρωσης του ΚΠολΔ, η θεώρηση της κυριότητας ως μέσου εξασφάλισης ήταν αφενός απολύτως περιθωριακή. Και τούτο γιατί παγίως γινόταν δεκτό ότι η καταπιστευτική μεταβίβαση της κυριότητας είναι άκυρη<sup>214</sup>. Συνακόλουθα, ο οικονομικός «κύριος»<sup>215</sup> (ο αξιοποιών με συμπεριφορά που αρμόζει σε κύριο) ενός πράγματος ταυτιζόταν με τον κατά το νόμο κύριο. Εύλογα τότε λοιπόν ο νομοθέτης υπέθεσε ότι οι ιδιότητες του νομέα (οικονομικός «κύριος») και του κυρίου κατά κανόνα θα ταυτίζονται. Η δε ταχύτατη διαδικασία των ασφαλιστικών μέτρων νομής αποδίδει την αναγκαιότητα υλικής επανασύνδεσης του αποβληθέντος νομέα με το αξιοποιούμενο από αυτόν πράγμα. Είναι εμφανές ότι αυτή η εσωτερική τελλογία του άρθρ. 734 § 2 ΚΠολΔ -δεδομένης της ιδιότητάς του ως φορέα κατ' ουσία χρηματικής απαίτησης- δεν καταλαμβάνει και το χρηματοδοτικό «εκμισθωτή». Μάλλον το αντίθετο. Εάν κάποιος χρήζει της προστασίας του άρθρ. 734 § 2 ΚΠολΔ, αυτός είναι ο χρηματο-

212. Για την ιστορία του υπό κρίση συμβατικού μηχανισμού βλ. Σχετικά *Μάζη*, Η χρηματοδοτική μίσθωση, σελ. 7 επ.

213. Για το ζήτημα της «κατάστασης του νόμου» (Normsituation), του συνόλου δηλαδή των πραγματικών δεδομένων, τα οποία στήριξαν τις αξιολογικές αποφάσεις του νομοθέτη και για την επιρροή της μεταβολής αυτού στο ερμηνευτικό αποτέλεσμα βλ. *Παπανικολάου*, Μεθοδολογία του Ιδιωτικού δικαίου και ερμηνεία των δικαιοπραξιών, σελ. 171 επ.

214. Βλ. υπό II.4 της παρούσας.

215. Στη θεωρία συνηθίζεται η χρησιμοποίηση των ανακριβών όρων «οικονομικός» κύριος και «νομικός» κύριος. Στο πλαίσιο της παρούσας μελέτης και προς το σκοπό κατάδειξης της ιδιαιτερότητας αυτής προκρίνονται οι ακριβέστεροι όροι «νομέας» για το χρηματοδοτικό «μίσθωτή» και «κύριος» για το χρηματοδοτικό «εκμισθωτή».

δοτικός «μισθωτής». Αυτός αντλεί άμεσα οφέλη από τη σχέση του με το πράγμα. Ενδεικτική της «αληθούς» στοχοθεσίας της σύμβασης χρηματοδοτικής «μισθωσης» είναι η σχεδόν αυτονόητη πρόβλεψη της σε περίπτωση καταγγελίας της σύμβασης υποχρέωσης καταβολής των λοιπών μη ληξιπρόθεσμων «μισθωμάτων», δήθεν ως αποζημίωση της εταιρίας leasing λόγω της απώλειας μελλοντικών εσόδων. Τα μη ληξιπρόθεσμα μισθώματα όμως δεν αντιστοιχούν πάντα στη ζημία του «εκμισθωτή». Σε περίπτωση παραβίασης συμβατικής υποχρέωσης, κατ' αρχήν αποκαθίσταται η θετική<sup>216</sup> ζημία και τα διαφυγόντα κέρδη<sup>217</sup>, η περιουσιακή ζημία δηλαδή, του θιγόμενου μέρους. Ο ανωτέρω συμβατικός όρος δεν αποτελεί τίποτε άλλο παρά ποινική ρήτρα. Μέσω της σχετικής συμφωνίας, εφόσον υποτεθεί έγκυρη<sup>218</sup>, ο «εκμισθωτής» απαλλάσσεται από

216. Ως θετική ζημία νοείται η μείωση του ενεργητικού ή η αύξηση του παθητικού του ζημιωθέντος. Βλ. σχετικά Σταθόπουλο, Γενικό ενοχικό δίκαιο, σελ. 455.
217. Ως διαφυγόν κέρδος ή αποθετική ζημία ορίζεται η αποτροπή της αύξησης της περιουσίας του ζημιωθέντος. Βλ. σχετικά Σταθόπουλο, Γενικό ενοχικό δίκαιο, σελ. 455.
218. Η εκάστοτε κρινόμενη ποινική ρήτρα, εφόσον εμπεριέχεται σε προδιατυπωμένους όρους από την «εκμισθώτρια», μπορεί να ελεγχθεί ως καταχρηστική και συνεπώς άκυρη σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρ. 1 § 4 και άρθρ. 2 § 6, 7 στ. λ' του Ν 2251/1994 περί καταναλωτών, εφόσον η ρήτρα αυτή οδηγεί σε μια υπέρμετρη οικονομική επιβάρυνση. Σύμφωνα με το άρθρ. 1 § 4 του Ν 2251/1994 ως «καταναλωτής» νοείται «[...] κάθε φυσικό ή νομικό πρόσωπο ή ενώσεις προσώπων χωρίς νομική προσωπικότητα για τα οποία προορίζονται τα προϊόντα ή οι υπηρεσίες που προσφέρονται στην αγορά και τα οποία κάνουν χρήση των προϊόντων ή των υπηρεσιών αυτών, εφόσον αποτελούν τον τελικό αποδέκτη τους [...]». Προστατευτέος, κατά την αντίληψη του έλληνα νομοθέτη, είναι και ο έμπορος και ο επαγγελματίας, ακόμη και όταν η προς αυτόν παροχή του «προμηθευτή» συναρτάται με την άσκηση της επαγγελματικής του δραστηριότητας. Αρκεί αυτός, κατά τη συγκεκριμένη εκάστοτε συναλλαγή με τον «προμηθευτή», να είναι ο «τελικός αποδέκτης» της προς αυτόν παροχής. Η παραπάνω έννοια του «καταναλωτή» κατά τον Ν 2251/1994 συνιστά επιδοκιμαστέα δικαιολογητικά επιλογή του έλληνα νομοθέτη, η οποία αποσκοπεί στη διεύρυνση του υποκειμενικού πεδίου εφαρμογής των εν λόγω προστατευτικών κανόνων, ώστε να παρέχεται η προβλεπόμενη ανωτέρω προστασία και στον έμπορο και στον επαγγελματία -φυσικό ή νομικό πρόσωπο-, όταν αυτός είναι ο τελικός αποδέκτης της παροχής. Η παρεχόμενη με τον Ν 2251/1994 προστασία αποκλείεται μόνο, όταν τα ανωτέρω πρόσωπα είναι αποδέκτες «ενδιάμεσοι» και όχι «τελικοί», όταν δηλαδή διαμεσολαβούν απλώς στη διακίνηση των αγαθών που αποκτούν από τον προμηθευτή. Όπως είναι προφανές, ο χρηματοδοτικός «μισθωτής» είναι, σε κάθε περίπτωση, ο τελικός αποδέκτης του μισθωμένου πράγματος. Η θεώρηση του χρηματοδοτικού «μισθωτή», ο οποίος είναι εξ ορισμού επαγγελματίας, ως «καταναλωτή» κατά το Ν 2251/1994 δεν θα πρέπει να μας ξενίζει. Από το σχετικό νόμο δεν προστατεύονται μόνο οι καταναλωτές αλλά και η ελευθερία της ιδιωτικής αυτονομίας ως μηχανισμός συγκαθορισμού του ουσιαστικού περιεχομένου της σύμβασης. Στις μαζικές συναλλαγές, το κανονιστικό περιεχόμενο των συμβατικών ρυθμίσεων δεν συνδιαμορφώνεται από τα μέρη, καθώς αυτές καταρτίζονται με την προσχώρηση του διαπραγματευτικά ασθενούς μέρους στο προδιατυπωμένο από το ισχυρό μέρος κείμενο. Ενόψει της πραγματικότητας αυτής, ένα στοιχειώδες επίπεδο προστασίας για τους επαγγελματίες - τελικούς αποδέκτες δεν είναι αδικαιολόγητο. Ενδεικτικά για το ζήτημα

την υποχρέωση απόδειξης ζημίας του (η οποία στο μέτρο που διατηρεί την κυριότητα και θα μπορούσε να εκμισθώσει σε άλλον συμβαλλόμενο το πράγμα δεν είναι καθόλου αυτονόητη<sup>219</sup>) και έχει το πλεονέκτημα, κατ' αρχήν ανεξάρτητα από την ύπαρξη ζημίας, να ζητήσει απλώς την κατάπτωση της ποινής. Η ύπαρξη τέτοιων όρων καταδεικνύει ότι το ενδιαφέρον του «εκμισθωτή» έγκειται αποκλειστικά και μόνο στην επιστροφή -με οποιονδήποτε τρόπο- του δανειοδοτηθέντος κεφαλαίου και όχι στην άντληση ωφελειών απευθείας από το πράγμα. Εάν ίσχυε το δεύτερο, τότε το ενδεχόμενο της λήξης της σύμβασης λόγω καταγγελίας δεν θα αποτελούσε μια τόσο ανεπιθύμητη εξέλιξη, ώστε να δικαιολογούσε την ύπαρξη ποινικής ρήτρας καταλαμβάνουσας το σύνολο του οφειλόμενου από το «μισθωτή» χρηματικού ποσού. Η ύπαρξη τέτοιων όρων δεν μπορεί να αποδοθεί στις ιδιαιτερότητες του εκάστοτε «εκμισθωτή» -όπως μπορεί να συμβαίνει σε συμβάσεις άλλου τύπου. Συνδέεται αναπόσπαστα με τον υπηρετούμενο από τη σύμβαση σκοπό. Και αυτό γιατί ένας τέτοιος όρος απολύτως εύλογα αρμόζει στην υποκειμενική στάση ενός δανειοδότη. Ο ίδιος όρος, όμως, δεν αρμόζει σε έναν «απλό» «νομέα», ο οποίος αξιοποιεί το πράγμα.

Εκ των ανωτέρω επιχειρημάτων συνάγεται ότι ακόμη και εάν υποθέσουμε ότι χρηματοδοτικός «εκμισθωτής» διακατέχεται από διάνοια κυρίου, δεδομένης της ratio του άρθρ. 734 § 2 ΚΠολΔ, πρέπει να γίνει δεκτό ότι ο όρος «νομή» εν προκειμένω δεν νοείται με την τεχνική έννοια των άρθρ. 974 επ. ΑΚ αλλά με την στενότερη έννοια της αυτοπρόσωπης (ή έστω με τη χρήση βοηθών νομής) άσκησης της φυσικής εξουσίας. Ενόψει του ρυθμιστικού αντικειμένου των ασφαλιστικών μέτρων νομής, η έννοια της νομής θα πρέπει να νοηθεί στενά. Και τούτο γιατί αυτό που χαρακτηρίζει την ανωτέρω διαδικασία είναι η επιβάλλουσα την άμεση αποκατάσταση της φυσικής εξουσίας του αιτούντος σχέση αυτού με το εκ του πράγματος -και όχι της εκ της σύμβασης- απορρέον προϊόν. Τέτοιας ποιότητας σχέση με το πράγμα δεν έχει ο χρηματοδοτικός «εκμισθωτής».

αυτό βλ. Δωρή, Ο χαρακτηρισμός αντισυμβαλλόμενων τραπεζών ως καταναλωτών ως προϋπόθεση για την προστασία τους από καταχρηστικούς γενικούς όρους συναλλαγών, ΝοΒ 2004,47 επ.

219. Βλ. αναλυτικά υπό ΙΙΙ.3 της παρούσας.

ISBN: 978-960-562-567-2



15733