



ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΔΗΜΟΚΡΑΤΙΑ
Εθνικόν και Καποδιστριακόν
Πανεπιστήμιον Αθηνών
— ΙΔΡΥΘΕΝ ΤΟ 1837 —

ΝΟΜΙΚΗ ΣΧΟΛΗ

ΠΡΟΓΡΑΜΜΑ ΜΕΤΑΠΤΥΧΙΑΚΩΝ ΣΠΟΥΔΩΝ
ΤΟΜΕΑ Α' ΙΔΙΩΤΙΚΟΥ ΔΙΚΑΙΟΥ
ΠΑΝΕΠΙΣΤΗΜΙΑΚΟ ΕΤΟΣ: 2015-2016

ΔΙΠΛΩΜΑΤΙΚΗ ΕΡΓΑΣΙΑ
της Μαρίας Αθ. Τριανταφύλλου
Α.Μ.: 1382

**Απρόβλεπτη μεταβολή των συνθηκών κατά το ελληνικό και
αγγλικό δίκαιο**

Επιβλέποντες:

Γεώργιος Λέκκας
Μιχαήλ Αυγουστιανάκης
Ελισάβετ Πούλου

Αθήνα, 2017

Copyright © [Ονοματεπώνυμο, χρονολογία]

Με επιφύλαξη παντός δικαιώματος. All rights reserved.

Απαγορεύεται η αντιγραφή, αποθήκευση και διανομή της παρούσας εργασίας, εξ ολοκλήρου ή τμήματος αυτής, για εμπορικό σκοπό. Επιτρέπεται η ανατύπωση, αποθήκευση και διανομή για σκοπό μη κερδοσκοπικό, εκπαιδευτικής ή ερευνητικής φύσης, υπό την προϋπόθεση να αναφέρεται η πηγή προέλευσης και να διατηρείται το παρόν μήνυμα.

Οι απόψεις και θέσεις που περιέχονται σε αυτήν την εργασία εκφράζουν τον συγγραφέα και δεν πρέπει να ερμηνευθεί ότι αντιπροσωπεύουν τις επίσημες θέσεις του Εθνικού και Καποδιστριακού Πανεπιστημίου Αθηνών.

ΠΕΡΙΕΧΟΜΕΝΑ

ΕΙΣΑΓΩΓΙΚΑ ΖΗΤΗΜΑΤΑ	6
I. Η φύση της προβληματικής της απρόοπτης μεταβολής των συνθηκών στην αμφοτεροβαρή σύμβαση – Ένα ζήτημα κατανομής του κινδύνου	6
II. Αντικείμενο της εργασίας-Μεθοδολογικές επισημάνσεις	8
ΚΕΦΑΛΑΙΟ ΠΡΩΤΟ : Η διαμόρφωση του θεσμού της απρόοπτης μεταβολής των συνθηκών.....	14
III. Ιστορική θεώρηση: Η γένεση του προβλήματος και οι επιστημονικές διεργασίες για την αντιμετώπισή του.....	14
1. Ελληνική έννομη τάξη	14
2. Αγγλική έννομη τάξη:.....	18
3. Ενδιάμεσο συμπέρασμα.....	21
IV. Η υιοθετούμενη λύση στο πρόβλημα από την σκοπιά της ελληνικής και αγγλικής έννομης τάξης.....	23
1. Ο διορθωτικός μηχανισμός του αρ. 388 ΑΚ - Η ειδική νομοθετική αξιολόγηση των αντιμαχόμενων συμφερόντων	23
2. Η νομολογιακή καθιέρωση του θεσμού της Frustration - Οι αμφιγνομίες για το δικαϊκό της θεμέλιο	27
3. Ενδιάμεσο συμπέρασμα.....	38
V. Κοινωνικό-οικονομικό και πολιτικό πλαίσιο ανάπτυξης της προβληματικής – Ο αποκλίνων ιδεολογικός προσανατολισμός του δικαίου των συμβάσεων στον ηπειρωτικό και αγγλοσαξωνικό χώρο.....	42
ΚΕΦΑΛΑΙΟ ΔΕΥΤΕΡΟ: Ο διορθωτικός μηχανισμός της ΑΚ 388 και ο θεσμός της frustration σε συγκριτική επισκόπηση από άποψη προϋποθέσεων και εννόμων συνεπειών.....	50
VI. Οι αρνητικές προϋποθέσεις.....	50
1. Ρύθμιση του ζητήματος από κάποια διάταξη του θετού δικαίου.....	50
2. Η συμβατική κατανομή του κινδύνου	52
α. Η γενική ρήτρα παραιτήσεως απ' την έννομη προστασία	52
αα. Ενδιάμεσο συμπέρασμα	54
β. Οι ρήτρες κατανομής συγκεκριμένων κινδύνων/ Force majeure Clauses –	55
Ο επικουρικός χαρακτήρας της δικαστικής παρέμβασης.....	55
γ. Η παρά τη συμβατική κατανομή του κινδύνου ενεργοποίηση του μηχανισμού της 388/ Frustration	59
γα. Ακυρότητα των σχετικών ρητρών κατά το στάδιο κατάρτισης της σύμβασης	59
γβ. Η πρακτική της συστατικής ερμηνείας των ρητρών κατανομής κινδύνου....	61
3. Υπαιτιότητα / Self- induced Frustration	62

α. Ενδιάμεσο συμπέρασμα	66
VII. Οι θετικές προϋποθέσεις	68
1. Μεταβολή των κρίσιμων συνθηκών για τη σύναψη σύμβασης : Έκλειψη του δικαιοπρακτικού θεμελίου/ Supervening frustrating events	68
2. Ο απρόβλεπτος χαρακτήρας της μεταβολής/ Forseeability	70
3. Το ειδικότερο πραγματικό που συνιστά τη συνέπεια της μεταβολής.....	74
α. Αδυναμία Παροχής	74
β. Δυσχέρεια εκπλήρωσεως	75
βα. Η οριοθέτηση του πραγματικού από την έννοια της «υπέρμετρης επάχθειας» της παροχής	75
ββ. Η οριοθέτηση του πραγματικού από το κριτήριο της «ριζικής μεταβολής της φύσης της υποχρέωσης» (radical change in the obligation).....	79
βγ. Ενδιάμεσο συμπέρασμα	86
γ. Ματαίωση του σκοπού χρήσεως της παροχής – Frustration of purpose	89
γα. Ενδιάμεσο συμπέρασμα	94
VIII. Οι έννομες συνέπειες	97
1. Η Υποχρέωση αναδιαπραγμάτευσης	97
α. Ενδιάμεσο συμπέρασμα	103
2. Ο χαρακτήρας της έννομης προστασίας	104
3. Η έκταση της διαπλαστικής εξουσίας του δικαστή	108
α. Αναπροσαρμογή της σύμβασης	108
β. Λύση της σύμβασης	112
4. Τύχη παροχών που εκπληρώθηκαν πριν τη λύση.....	113
α. Η ΑΚ 388 § 2	113
β. Οι αυστηρές συνέπειες του case law και η άμβλυνση αυτών με τη ρύθμιση του Law Reform(Frustrated Contracts) Act 1943	113
5. Ενδιάμεσο Συμπέρασμα.....	120
IX. Σύγχρονες τάσεις και αξιολόγηση των υιοθετούμενων λύσεων.....	125
1. Ελληνική έννομη τάξη: Η τάση για αναγνώριση μιας ευρείας εξουσίας αναπροσαρμογής του δικαστή	125
α. Η εφαρμογή της γενικής ρήτρας της ΑΚ 288 αντί του ειδικού πραγματικού της ΑΚ 388	125
β. Ο κίνδυνος υπονόμησης της ασφάλειας των συναλλαγών.....	127
2. Αγγλική έννομη τάξη: Η περιορισμένη πρακτική αξία της frustration και οι εναλλακτικές προσεγγίσεις	129
X. Συμπεράσματα.....	132
BIBΛΙΟΓΡΑΦΙΑ	138

ΕΙΣΑΓΩΓΙΚΑ ΖΗΤΗΜΑΤΑ

Ι. Η φύση της προβληματικής της απρόοπτης μεταβολής των συνθηκών στην αμφοτεροβαρή σύμβαση – Ένα ζήτημα κατανομής του κινδύνου

Η λειτουργία της σύμβασης ως εργαλείου πραγμάτωσης των συναλλακτικών σκοπών των μερών, μπορεί να διαταραχθεί, όταν λόγω επιγενόμενων απρόβλεπτων γεγονότων μεταβληθούν τα δεδομένα επί των οποίων βασίστηκαν οι συναλλακτικές σταθμίσεις των συμβαλλομένων. Το πρόβλημα εκδηλώνεται κατ' εξοχήν στις διαρκείς συμβάσεις, που λόγω της αρχής της συμβατικής πίστης- *pacta sunt servanda*, δεσμεύουν τους συμβαλλομένους για απροσδιόριστο χρόνο, σε μία υπόσχεση που βασίστηκε στις παραστάσεις και τα δεδομένα του χρόνου σύναψης¹. Σε περίπτωση απρόβλεπτης μεταβολής των δεδομένων αυτών ενδέχεται να διαταραχθεί σημαντικά η αρχική υποκειμενική ισοδυναμία των παροχών, πλήττοντας καίρια κάποιον απ' τους συμβαλλομένους. Συνεπεία της διατάραξης αυτής, ο πληττόμενος συμβαλλόμενος χρειάζεται συχνά να υποβληθεί σε μια οικονομική θυσία προφανώς δυσανάλογη προς την αντιπαροχή που προσδοκά να λάβει².

Υπό τη μορφή αυτή μπορούν να πληγούν τόσο τα συμφέροντα του δανειστή, λ.χ. λόγω μιας απρόβλεπτης υποτίμησης του νομίσματος, της ζημίας συνιστάμενης στη μείωση της προσδοκώμενης από αυτόν αντιπαροχής, όσο και τα συμφέροντα του οφειλέτη της παροχής, λ.χ. λόγω της απρόβλεπτης αύξησης του κόστους της παραγωγής ή προμήθειας της παροχής³. Συχνότερη παρίσταται η δεύτερη περίπτωση, η οποία περιγράφεται με τον όρο «δυσχέρεια εκπληρώσεως» του οφειλέτη. Ωστόσο, μια απρόβλεπτη μεταβολή των συνθηκών μπορεί να επηρεάσει την εκπλήρωση και με τρόπους διαφορετικής φύσης και έντασης από τη δυσχέρεια εκπληρώσεως, καθιστώντας την παροχή αδύνατη, ή επιφέροντας ματαίωση του σκοπού χρήσεώς της.

Η ουσία της προβληματικής εντοπίζεται στον προσδιορισμό της δέουσας *κατανομής του κινδύνου*, ενός κινδύνου που συνίσταται στη «διάσταση ανάμεσα στην αρχική συμβατική ρύθμιση και την τωρινή πραγματικότητα, ανάμεσα στα δεδομένα σχεδιασμού και τα επιγενόμενα πραγματικά δεδομένα»⁴.

¹ Βλ. *Λιάπη*, Η διαμόρφωση των συμβάσεων, (2003), σ. 200.

² Πρβλ. *Λιτζερόπουλο*, Στοιχεία Ενοχικού Δικαίου, (1960), σ. 293.

³ Βλ. *Παπανικολάου*, Το μέτρο της επάχθειας της παροχής και η έκταση της διορθωτικής επεμβάσεως του δικαστή στη σύμβαση κατ' ΑΚ 388, σε Αφιέρωμα στον Α.Γαζή (1994), σ. 487.

⁴ Βλ. *Παπανικολάου*, όπ.π., σ. 487.

Λαμβανομένου υπ' όψη του νομιμοποιητικού λόγου ισχύος της σύμβασης, ήτοι της πραγμάτωσης της ιδιωτικής αυτονομίας των μερών, το πρώτο στάδιο στη διαδικασία καθορισμού της δέουσας κατανομής του κινδύνου συνίσταται στην ερμηνεία της ίδιας της σύμβασης. Επόμενο είναι ότι τα συμβαλλόμενα μέρη, προς αντιμετώπιση μιας ενδεχόμενης συμβατικής κρίσης οφειλόμενης στην μεταγενέστερη μεταβολή των συνθηκών, θα έχουν επιχειρήσει να προβλέψουν όσο το δυνατόν περισσότερα ενδεχόμενα μεταβολής, ορίζοντας συμβατικά τις επιθυμητές έννομες συνέπειες για κάθε ένα από τα ενδεχόμενα αυτά⁵.

Σε περίπτωση που η διαδικασία της ερμηνείας αποβεί άκαρπη, μη αποκαλύπτοντας έστω την υποθετική βούληση των μερών για την κατανομή του υπό κρίση κινδύνου, τότε καλούνται σε εφαρμογή οι διορθωτικοί μηχανισμοί της εκάστοτε έννομης τάξης. Κάθε έννομη τάξη καλείται να απαντήσει στο ερώτημα *αν επιτρέπεται ή αν επιβάλλεται, υπό ποιες προϋποθέσεις και με ποιο τρόπο*, να κατανεμηθεί η προκύπτουσα απ' τη μεταβολή των συνθηκών ζημία, στην περίπτωση που η σύμβαση δεν παρέχει σχετική λύση. Το τιθέμενο πρακτικό πρόβλημα έγκειται στο αν είναι δυνατή, αν επιβάλλεται και πότε, η απόκλιση από τους αρχικώς συμφωνηθέντες συμβατικούς όρους, προς το σκοπό της προσαρμογής της σύμβασης στις νέες συνθήκες, είτε με τη μορφή της αναδιαμόρφωσης του περιεχομένου της, είτε με τη μορφή της λύσης της.

Κάθε έννομη τάξη, προκρίνει έναν συγκεκριμένο «διορθωτικό μηχανισμό», που δίνοντας απάντηση στα ανωτέρω ερωτήματα, αποκαλύπτει τον τρόπο με τον οποίο αξιολογείται κατ' αυτήν η σχέση των θεμελιωδών δικαιοπολιτικών αρχών της ιδιωτικής αυτονομίας και περαιτέρω της υποχρεωτικότητας των συμβάσεων, με την αρχή της επιείκειας και της διορθωτικής συμβατικής δικαιοσύνης. Το δίκαιο θα πρέπει να αξιώνει από τον οφειλέτη σε κάθε περίπτωση την πιστή τήρηση των συμπεφωνημένων, υπολαμβάνοντας τη σύμβαση αποκλειστικά ως εργαλείο πραγμάτωσης της ιδιωτικής αυτονομίας ή θα επιτάσσει τη συνεκτίμηση εξωσυμβατικών αξιολογήσεων, σε μια πρόσδοση «κοινωνικής λειτουργίας» στη σύμβαση ;

Το ζήτημα αυτό προσλαμβάνει ακόμα μεγαλύτερη σημασία υπο τις νέες συνθήκες οικονομικής αποσταθεροποίησης, οι οποίες «επαναφέρουν» τα ανωτέρω

⁵ Βλ. *Mckendrick*, *Force Majeure and Frustration of Contract*, (1995), σ.43: "The one thing which we do know about the future is that it is uncertain...Contracting parties are expected to foresee and provide against many such possibilities when entering into a contract".

δικαιοπολιτικά ερωτήματα και δοκιμάζουν την ορθότητα των αξιολογήσεων και την αποτελεσματικότητα των υφιστάμενων λύσεων της εκάστοτε έννομης τάξης.

Η εξέταση των λύσεων της εκάστοτε έννομης τάξης από τη σκοπιά των προϋποθέσεων επέμβασης στη σύμβαση, λειτουργεί ως σκιαγράφηση των ορίων της δεσμευτικότητας των συμβατικών υποχρεώσεων⁶. Αντίστοιχα, η εξέταση των λύσεων από την έποψη των εννόμων συνεπειών, λειτουργεί ως σκιαγράφηση του προκρινόμενου τρόπου ετερόνομης επέμβασης στην αυτόνομη συμβατική ρύθμιση, και των σκοπούμενων αποτελεσμάτων.

Στην παρούσα εργασία επιχειρείται η προσέγγιση των ανωτέρω ζητημάτων υπό το πρίσμα της συγκριτικής αντιπαράθεσης των υιοθετούμενων λύσεων της ελληνικής έννομης τάξης, που είναι περισσότερο θετικά προσκείμενη σε «κοινωνιστικές αντιλήψεις», και της αγγλικής έννομης τάξης, που κηρύσσει τον «ιερό» χαρακτήρα της συμβατικής δέσμευσης. Φρονείται ότι η αντιπαράθεση σε μορφή διαλόγου των εκάστοτε προκρινόμενων λύσεων, από δύο έννομες τάξεις που διαπνέονται από διαφορετικές αξιολογήσεις, θα φωτίσει αποτελεσματικότερα την εδώ εξεταζόμενη προβληματική⁷.

II. Αντικείμενο της εργασίας-Μεθοδολογικές επισημάνσεις

Στόχος της παρούσας εργασίας είναι η προσέγγιση του προβλήματος της απρόοπτης μεταβολής των συνθηκών στην αμφοτεροβαρή σύμβαση και η κριτική θεώρηση των προσφερόμενων λύσεων του νομικού οπλοστασίου της ελληνικής έννομης τάξης. Για την πληρέστερη κατανόηση και αξιολόγηση των προσφερόμενων λύσεων, θα χρησιμοποιηθεί το «εργαλείο» της μικρο-συγκριτικής μεθόδου, ερμηνευτικού κριτηρίου με βοηθητική λειτουργία⁸.

Η ρύθμιση της αγγλικής έννομης τάξης, καθίσταται ελκυστική για την προκειμένη σύγκριση, ακριβώς επειδή αντιδιαστέλλεται από την (περισσότερο

⁶ Για την υπόμνηση της ευκαιρίας αυτής βλ. *Koffman, MacDonald*, *The law of contract*, (2007), σ. 517: «Frustration provides an important opportunity to define the strength of contractual obligations. How absolute are they?». Αντίστοιχα σ' εμάς, βλ. *Καραμπατζό*, *Απρόβλεπτη μεταβολή των συνθηκών στην αμφοτεροβαρή σύμβαση*, (2006), αρ. 5.

⁷ Ο προϋδεασμός για το πρόβλημα της απρόοπτης μεταβολής στο εισαγωγικό αυτό κεφάλαιο επιχειρήθηκε να γίνει με αφετηρία το ελληνικό δίκαιο αλλά κατά το δυνατόν αποχρωματισμένα από συγκεκριμένες τεχνικές έννοιες, ώστε να καθίσταται δυνατή η ενιαία θεώρηση του προβλήματος υπό το πρίσμα των συγκρινόμενων δικαίων. Η ανάγκη αυτή επισημαίνεται από τον *Δωρή*, ΝοΒ 31, Η μικρο-συγκριτική νομική έρευνα και η χρησιμότητά της στην ερμηνεία του ελληνικού ιδιωτικού δικαίου, σ. 618.

⁸ Για τη συστηματική κατάταξη του ερμηνευτικού αυτού κριτηρίου από μεθοδολογική άποψη βλ. *Παπανικολάου*, *Μεθοδολογία του Ιδιωτικού Δικαίου και Ερμηνεία των Δικαιοπραξιών*, (2000), σ. 205.

κοινωνικά ευαισθητοποιημένη⁹) ηπειρωτική-ευρωπαϊκή οικογένεια, με το δόγμα *pacta sunt servanda* να προσλαμβάνει θεμελιώδη ρόλο μέσα σε ένα πλαίσιο - συχνά ακραίου-φιλελευθερισμού¹⁰. Η αντιμετώπιση του προβλήματος υπό το πρίσμα δύο εννόμων τάξεων που δίνουν η κάθε μία διαφορετική βαρύτητα στις δύο ανταγωνιζόμενες αρχές, της υποχρεωτικότητας των συμβάσεων και της επιείκειας, θα φωτίσει την κατανόησή του, ξεπερνώντας τη σχετικότητα των ρυθμίσεων της ημεδαπής έννομης τάξης, μέσα από την παράλληλη παρουσίαση διαφορετικών αξιολογήσεων, σημείο προς σημείο, υπό μορφή διαλόγου, κατά τη διαδικασία της «ανάλυσης προς τη σύνθεση»¹¹

Η μικρο-συγκριτική μέθοδος έχει ως αντικείμενο τη σύγκριση επιμέρους κανόνων ή νομικών θεσμών περισσότερων εννόμων τάξεων που στοχεύουν στην αντιμετώπιση ενός όμοιου προβλήματος. Αντιδιαστέλλεται από τη μακρο-συγκριτική η οποία συνίσταται στη μελέτη εννόμων τάξεων στο σύνολό τους με στόχο την κατανόηση των αποφασιστικών δομών τους¹².

Αφετηρία της μικρο-συγκριτικής μεθόδου αποτελεί ένα *συγκεκριμένο κοινωνικό πρόβλημα που απαιτεί νομική ρύθμιση*. Δεδομένου ότι η λειτουργία του δικαίου έγκειται στη ρύθμιση πραγματικών κοινωνικών προβλημάτων, καθοριστικό ρόλο σε κάθε συγκριτική προσπάθεια έχει ο προσδιορισμός του συγκεκριμένου πραγματικού προβλήματος¹³, του τμήματος της βιοτικής πραγματικότητας που απαιτεί ρύθμιση. Εφόσον το πρόβλημα αυτό εμφανίζεται με την ίδια ποιότητα και δομή σε περισσότερες έννομες τάξεις ακόμα και αν διαφέρει ο βαθμός οξύτητάς της εμφάνισής του, οι έννομες τάξεις αυτές προσφέρονται για σύγκριση αναφορικά με την αξιολόγηση των χορηγούμενων λύσεων. Ακολουθείται μια τοπική-λειτουργική προσέγγιση: εξετάζονται ρυθμίσεις με όμοια λειτουργία, που αποσκοπούν στην επίλυση ενός όμοιου προβλήματος¹⁴. Η λειτουργική ισοδυναμία των συγκρινόμενων νομικών

⁹ Βλ. αναλυτικά ενότητα V.

¹⁰ Για μια παράθεση των ενδεικτικών κριτηρίων επιλογής των συγκρινόμενων δικαίων βλ. Δωρή, ό.π., σ. 619 επ.

¹¹ “De l’analyse vers la synthèse”: Jaluzot, *Méthodologie du droit comparé : bilan et prospective*, RIDC, (2005), τ.57, σ. 35

¹² Για τη διάκριση βλ. Constantinesco, *Traité de droit comparé*, τ.Ι , *Introduction au droit compare*, (1972), σ. 209· επίσης, Δωρή, ό.π., σ. 609 επ.

¹³ Van Reenen, *Major theoretical problems of modern comparative legal methodology*, *Comparative International Law Journal South Africa* , τ. 28 (1995) σ. 186· Για την σημασία του *προβλήματος* στον αριστοτέλειο συλλογισμό βλ. Αριστοτέλους, *Τοπικά Α΄*, 4 , 101b, 16-17 : «περι ὧν δὲ οἱ συλλογισμοί, τὰ προβλήματα ἔστι».

¹⁴ Παπανικολάου, ό.π., σ. 210, Δωρή, ό.π., σ. 609 επ.

ρυθμίσεων συνιστά το συνενωτικό κοινό στοιχείο που καθιστά δυνατή τη σύγκρισή τους¹⁵.

Η μικρο-σύγκριση, προσφέρει στον ερμηνευτή τη δυνατότητα να διευρύνει την αντίληψή του για τον ορίζοντα των δυνατών λύσεων, συνειδητοποιώντας τη σχετικότητα των ρυθμίσεων της δικής του έννομης τάξης, με στόχο την κριτική επανεκτίμησή τους και την βαθύτερη κατανόηση των ορίων και των δυνατοτήτων του συστήματος δικαίου απ' όπου ξεκινά¹⁶. Η εν λόγω μέθοδος εξυπηρετεί μια ελεγκτική λειτουργία, συνιστάμενη στον «έλεγχο της συμφωνίας της λύσεως της ημεδαπής έννομης τάξης, με λύσεις που αναγνωρίζονται ως δίκαιες αναφορικά με το ίδιο πρόβλημα, σε άλλες έννομες τάξεις»¹⁷. Ερευνώνται δηλαδή τα επιχειρήματα για την ουσιαστική δικαιοσύνη της λύσεως που προκρίνονται σε κάθε έννομη τάξη, συμβάλλοντας στη διαπίστωση ότι τελικά υφίστανται κάποιες κοινές θεμελιώδεις αρχές περί δικαιοσύνης, που διαπνέουν τις έννομες τάξεις και τις ειδικότερες νομικές αξιολογήσεις¹⁸.

Στην παρούσα εργασία μας απασχολεί το συγκεκριμένο *πρόβλημα* της απρόοπτης μεταβολής των συνθηκών στην αμοτεροβαρή σύμβαση, η φύση του οποίου προσδιορίστηκε ανωτέρω. Πρόκειται αναμφίβολα για ένα πραγματικό πρόβλημα που χρήζει νομικής ρύθμισης, καθώς, για να μπορέσει η σύμβαση να λειτουργήσει αποτελεσματικά ως συναλλακτικό εργαλείο, θα πρέπει να υφίσταται ασφάλεια στις συναλλαγές για τον προβλεπόμενο από την έννομη τάξη μηχανισμό κατανομής κινδύνων που δεν μπόρεσαν να προβλέψουν τα μέρη. Ακόμη, επιμετουσίωσης του κινδύνου σε ζημία, θα πρέπει η έννομη τάξη να προσφέρει απαντήσεις για το αν, πώς, και γιατί πρέπει αυτή να κατανεμηθεί μεταξύ των μερών.

Αντικείμενο της εργασίας είναι η, με αφετηρία το ανωτέρω πραγματικό πρόβλημα, συγκριτική θεώρηση των προσφερόμενων λύσεων της ελληνικής και αγγλικής έννομης τάξης. Πρόκειται για λύσεις που κατ' αρχήν παρουσιάζουν λειτουργική ισοδυναμία όπως απαιτεί η δικαιοσυγκριτική μέθοδος. Τόσο η ρητή διάταξη ΑΚ 388, όσο και ο νομολογιακός κανόνας της *frustration* στοχεύουν στον προσδιορισμό των ορίων των συμβατικών υποχρεώσεων όταν επισυμβούν γεγονότα

¹⁵ Πρόκειται για το δυσχερές ζήτημα καθορισμού ενός “*tertium comparationis*” το οποίο έχει απασχολήσει τους θεωρητικούς της συγκριτικής των δικαίων. Βασικοί υπέρμαχοι του εντοπισμού του “*tertium comparationis*” στη λειτουργική ταυτότητα, ομοιότητα ή ισοδυναμία των νομικών ρυθμίσεων είναι ο *Constantinesco* και οι *Zweigert – Kötz*, βλ. *Van Reenen*, όπ.π., σ. 180 και 185.

¹⁶ Βλ. *Δωρή*, όπ.π., σ. 615.

¹⁷ Βλ. *Παπανικολάου*, όπ.π., σ. 209-210.

¹⁸ Βλ. *Παπανικολάου-Καραμπατζό*, Το νέο δίκαιο της ευθύνης του πωλητή, σ. 188-189.

που ανατρέπουν τους υπολογισμούς των συμβαλλομένων. Στο σημείο αυτό θα πρέπει να επισημανθεί ότι η frustration λειτουργεί ως ευρύτερος απαλλακτικός λόγος, περιλαμβάνοντας (εκτός των περιπτώσεων της δυσχέρειας εκπληρώσεως και της ματαίωσης του σκοπού χρήσεως της παροχής που καλύπτονται και από την ΑΚ 388) , και τις περιπτώσεις της impossibility, ήτοι της αδυναμίας παροχής, κίνδυνος που στην ημεδαπή έννομη τάξη απολαύει ξεχωριστής ρύθμισης. Ωστόσο, η ανωτέρω διαφοροποίηση δεν αναιρεί την λειτουργική ισοδυναμία των λύσεων των συγκρινόμενων εννόμων τάξεων, με αποτέλεσμα να μην εμποδίζεται η αντιπαραβολή τους.

Στο σημείο αυτό θα πρέπει να επισημανθεί και η ορολογική αναντιστοιχία των νομικών εννοιών που χρησιμοποιούνται για την περιγραφή των λύσεων της κάθε έννομης τάξης. Ο όρος «Απρόοπτη μεταβολή των συνθηκών», παραπέμπει στο αρ. 388 ΑΚ, στον παράτιτλο του οποίου τίθεται, και χρησιμοποιείται συνήθως για να δηλώσει ότι αναφορικά με συγκεκριμένα πραγματικά περιστατικά πληρούνται οι *προϋποθέσεις* της διάταξης και άρα ενεργοποιείται ο διορθωτικός μηχανισμός της. Ο όρος frustration χρησιμοποιείται για να περιγράψει τον αντίστοιχο νομολογιακό κανόνα, που καλείται να επιλύσει κατ' αρχήν παρόμοια πρακτικά προβλήματα με την ΑΚ 388. Ωστόσο, σαν τεχνικός όρος, αναφέρεται στις *έννομες συνέπειες* μιας απρόοπτης μεταβολής των συνθηκών επί των συμβατικών υποχρεώσεων των μερών. Κατά κυριολεξία δηλώνει την έννομη συνέπεια της αυτόματης λύσης μιας συμβάσεως, όταν πληρούται οποιοδήποτε απ' τα περισσότερα πραγματικά που συνιστούν τις υποκατηγορίες του θεσμού¹⁹. Κατά κυριολεξία, κατά τη σχετική διατύπωση του *Treitel*, πρόκειται για το δόγμα της «απαλλαγής από τις συμβατικές υποχρεώσεις»²⁰.

Έχοντας επισημάνει την παραπάνω διαφορά, θα αναφερόμαστε για τους σκοπούς της σύγκρισης στον «θεσμό της απρόοπτης μεταβολής των συνθηκών», σε μια προσπάθεια ενιαίας ορολογικής αντιμετώπισης των λύσεων κάθε έννομης τάξης, τα ιδιαίτερα χαρακτηριστικά κάθε μιας από τις οποίες θα αναλύονται στη συνέχεια. Όσον αφορά στην απόδοση των αγγλικών νομικών όρων, για να αποτραπεί η σύγχυση ως προς το νόημά τους, θα αποφεύγεται η μετάφρασή τους και η ανάλυση θα βασίζεται στην επεξήγηση και κατανόηση του περιεχομένου τους .

¹⁹ Καραμπατζός, ό.π., αρ. 306.

²⁰ Βλ. *Treitel*, Frustration and Force Majeure, (2004), παρ. 2-045, 2-046 : «The expression “frustration of contract” refers to the whole doctrine of discharge by supervening events, irrespective of the type of which brings about discharge.»

Δεδομένου ότι αφετηρία κάθε συγκριτικής προσπάθειας είναι το συγκεκριμένο πραγματικό *πρόβλημα* που χρήζει συστηματικής νομοθετικής ρύθμισης, στην ενότητα III, θα προσεγγισθούν οι συγκεκριμένες ιστορικές συνθήκες που κατέστησαν αναγκαία την υιοθέτηση συγκεκριμένης νομικής λύσης για την αντιμετώπιση του πραγματικού της δυσχέρειας εκπληρώσεως, σε κάθε μία από τις συγκρινόμενες έννομες τάξεις.

Στη συνέχεια, η συγκριτική έρευνα θα διαρθρωθεί σε τρία στάδια, κατά το τρίπτυχο *connaître-comprendre-comparer* που προτείνει ο *L-J.Constantinesco*²¹. Στην ενότητα IV θα παρουσιαστεί ένα γενικό περίγραμμα του θεσμού της απρόοπτης μεταβολής των συνθηκών (AK 388 – Frustration), σε επίπεδο ορολογίας, νομικής ρύθμισης και δογματικής θεμελίωσης, σε κάθε μια από τις συγκρινόμενες έννομες τάξεις (*connaître*). Στη συνέχεια, στην ενότητα V, για το σκοπό της καλύτερης κατανόησης των λύσεων που παρατέθηκαν, θα γίνει μια προσπάθεια ένταξής τους στα ευρύτερα ιδεολογικά χαρακτηριστικά του δικαίου των συμβάσεων κάθε έννομης τάξης, και θα καταδειχθεί πώς οι υιοθετούμενες εκάστοτε λύσεις συναρτώνται με τη μεταβολή του κοινωνικοοικονομικού πλαισίου στο οποίο εντάσσονται²² (*comprendre*).

Στο κυρίως μέρος (κεφάλαιο 2^ο), θα επιχειρηθεί η σύγκριση των νομικών ρυθμίσεων, σημείο προς σημείο, αναφορικά με τις προϋποθέσεις και τις έννομες συνέπειες του διορθωτικού μηχανισμού της AK 388 και του απαλλακτικού λόγου της *frustration* και θα αναζητηθούν οι μεταξύ τους αποκλίσεις και ομοιότητες (*comparer*). Λόγω της πρωταρχικής διαφοροποίησης των πηγών δικαίου των δύο συγκρινόμενων εννόμων τάξεων η σύγκριση δεν θα δομηθεί γύρω από τα τεχνικά χαρακτηριστικά κάθε νομικής ρύθμισης (ρητή νομοθετική ρύθμιση της AK 388- νομολογιακός κανόνας της *frustration*), αλλά γύρω από μια κατηγοριοποίηση προϋποθέσεων και εννόμων συνεπειών που εμφανίζονται συνολικά στις δύο έννομες τάξεις. Λόγω της «αδυναμίας» της αγγλικής νομικής σκέψης να επεξεργαστεί συστηματικά τις διάφορες θέσεις της νομολογίας και να τις υπαγάγει σε ευρύτερες κατηγορίες²³, η διάρθρωση της σύγκρισης θα στηριχτεί σε κατηγοριοποιήσεις της ελληνικής νομικής σκέψης. Σε κάθε κατηγορία

²¹ *Traité de droit compare*, τ. II, *La méthode comparative*, (1975), σ. 120 επ. Η συλλογιστική ακολουθεί το εξής τρίπτυχο: “la règle de trois C: connaître-comprendre-comparer”.

²² Η μικρο-σύγκριση από μόνη της, δεδομένου ότι εξαντλείται στην αντιπαράβολή μεμονωμένων νομικών ρυθμίσεων οδηγεί αναπόφευκτα σε αποσπασματικά συμπεράσματα, στην αποκάλυψη διαφοροποιήσεων με τεχνικό μόνο χαρακτήρα, βλ. *Constantinesco Traité de droit comparé*, τ.Ι , *Introduction au droit compare*, σ. 209. Για να κατανοήσει και να μπορέσει να χρησιμοποιήσει ο ερμηνευτής τα πορίσματά της θα πρέπει να έχει συνείδηση ότι οι επί μέρους ρυθμίσεις αποτελούν τμήματα ενός ευρύτερου συνόλου εντασσόμενες τελολογικά σε μια έννομη τάξη με ιδιαίτερα κοινωνικά και οικονομικά χαρακτηριστικά. *Δωρή*, όπ.π., σ. 609. *Παπανικολάου* όπ.π., σ. 211

²³ Βλ. *Καραμπατζό*, όπ.π., αρ. 439, 440.

όπως αναφέρεται στον τίτλο του διαγράμματος, θα αναλύεται στο περιεχόμενο η ειδικότερη σχέση των ρυθμίσεων των δύο εννόμων τάξεων και κατά τη συλλογιστική διαδικασία της «ανάλυσης προς σύνθεση» θα διατυπώνεται όπου είναι δυνατόν αυτοτελές ενδιάμεσο πόρισμα με την επισήμανση ομοιοτήτων και αποκλίσεων των λύσεων που παρατέθηκαν.

Στη συνέχεια, θα γίνει ακροθιγής αναφορά στις σύγχρονες τάσεις αναφορικά με την εδώ εξεταζόμενη προβληματική, σε καινοφανή ζητήματα στα οποία καλείται να δώσει λύσεις το «οπλοστάσιο» έκαστης εκ των συγκρινόμενων εννόμων τάξεων και στην ασκηθείσα κριτική για την αποτελεσματικότητα των υφιστάμενων λύσεων. Τέλος, θα επιχειρηθεί μια συνολική προσέγγιση των λύσεων, με επισήμανση των βασικών σημείων σύγκλισης και απόκλισής τους, και τελική αναγωγή των ευρημάτων στην ιδιαίτερη αξιολογική αφετηρία της κάθε έννομης τάξης.

ΚΕΦΑΛΑΙΟ ΠΡΩΤΟ : Η διαμόρφωση του θεσμού της απρόοπτης μεταβολής των συνθηκών

III. Ιστορική θεώρηση: Η γένεση του προβλήματος και οι επιστημονικές διεργασίες για την αντιμετώπισή του

Κατ' ακολουθίαν όσων αναφέρθηκαν αμέσως ανωτέρω, αφετηρία της συγκριτικής έρευνας αποτελεί η πρακτική προσέγγιση του πραγματικού κοινωνικού προβλήματος που χρήζει νομικής αντιμετώπισης. Συνεπώς, για την επίτευξη των σκοπών της συγκεκριμένης εργασίας κρίνεται απαραίτητη η παρουσίαση της ιστορικής διάστασης των νομικών ρυθμίσεων καθενός από τα δίκαια στα οποία εκτείνεται η σύγκριση²⁴. Συγκεκριμένα, θα εξεταστούν τα συγκεκριμένα πραγματικά περιστατικά που αποτέλεσαν τους γενεσιουργούς λόγους του σχετικού προβληματισμού και έθεσαν την ανάγκη για νομική ρύθμιση και ο τρόπος με τον οποίο η επιστήμη ανταποκρίθηκε σ' αυτή την κοινωνική ανάγκη. Στο συγκεκριμένο κεφάλαιο θα επικεντρωθούμε μόνο στο πραγματικό της δυσχέρειας εκπληρώσεως (και όχι στους λοιπούς λόγους απαλλαγής που καλύπτει η frustration), καθώς φρονείται ότι εμφανίζει συγκριτική αξία η αντιπαράβολή της ανάπτυξης της συγκεκριμένης προβληματικής στα δύο δίκαια.

1. Ελληνική έννομη τάξη

Τα ελληνικά δικαστήρια φαίνεται να ήρθαν αντιμέτωπα με το πρόβλημα κατά τον Ελληνοτουρκικό πόλεμο του 1897, καθώς στη νομολογία της περιόδου παρατηρείται η τροποποίηση μισθωτικών ιδίως συμβάσεων, με ειδική κάθε φορά αιτιολογία αναγόμενη στην εχθρική εισβολή²⁵. Το ζήτημα τέθηκε με ακόμα πιο emphaticό τρόπο κατά τον Α΄ Παγκόσμιο Πόλεμο, λόγω της ραγδαίας υποτίμησης των εθνικών νομισμάτων, η οποία οδήγησε στην ανεπανόρθωτη ζημία των δανειστών χρηματικών παροχών και έλαβε τεράστιες διαστάσεις κατά τον Β΄ Παγκόσμιο Πόλεμο όταν η υποτίμηση της δραχμής έφτασε τα όρια πλήρους εκμηδένισης της αξίας της²⁶. Οι πολεμικές αναταραχές και η εντεύθεν αποδιοργάνωση των συναλλαγών ώθησαν το κράτος να παρέμβει πολλαπλώς στο καθεστώς της ελεύθερης οικονομίας και να λάβει

²⁴ Βλ. Δωρή, ό.π., σ. 612.

²⁵ Βλ. Ζέπο, Ενοχικό Δίκαιο, (1955), §30, σ. 580.

²⁶ Βλ. Λιτζερόπουλο, ό.π., σ. 294.

μέτρα ελέγχου της παραγωγής και κατανομής των αγαθών, ελέγχου των τιμών, ελέγχου των τραπεζικών πιστώσεων. Η έλλειψη ειδών συναλλαγής, η αύξηση των τιμών και η υποτίμηση του εθνικού νομίσματος αποτέλεσαν τις βασικές εκδηλώσεις του προβλήματος μεταβολής των συνθηκών υπο τις οποίες συνήφθησαν ιδιωτικές συμβάσεις σε καιρό ειρήνης²⁷.

Η στάση της επιστήμης έως την εμφάνιση των παραπάνω έντονων πρακτικών δυσχερειών, ακολουθούσε την παλαιά πανδεκτιστική²⁸ διδασκαλία, δεχόμενη ότι η δυσχέρεια εκπλήρωσης λόγω μεταγενέστερης μεταβολής των συνθηκών υπό τις οποίες καταρτίστηκε η σύμβαση, δεν έχει καμία επίδραση επί της ευθύνης του οφειλέτη. Μοναδικός λόγος βάσει του οποίου μπορούσε να επέλθει απαλλαγή του οφειλέτη ήταν η ανυπαίτια αδυναμία παροχής²⁹. Ωστόσο, με την επίταση των πρακτικών προβλημάτων από τον πόλεμο του 1914 και έπειτα, άρχισε να καλλιεργείται η πεποίθηση ότι το αίσθημα του δικαίου υπαγορεύει διαφορετική αντιμετώπιση. Πολλοί θεωρητικοί προσπάθησαν να αντιμετωπίσουν το νομικό ζήτημα μέσω της διεύρυνσης της έννοιας της αδυναμίας παροχής. Υποστηρίχθηκε ότι ο οφειλέτης απαλλάσσεται όχι μόνο επί φυσικής αδυναμίας αλλά και όταν η εκπλήρωση απαιτεί απ' αυτόν υπέρβαση του ανεκτού ορίου θυσίας, όπως το όριο αυτό τίθεται από τις αρχές της καλής πίστης και της επιείκειας, προς αποτροπή δυσανάλογων θυσιών του οφειλέτη κατά την εκπλήρωση της παροχής του³⁰. Οι αρχές αυτές είχαν ήδη μεγάλη απήχηση στις χώρες τις κεντρικής Ευρώπης και ιδίως στη Γερμανία και υποστηρίζονταν από την ελληνική θεωρία. Σε νομοθετικό επίπεδο, για την αντιμετώπιση των προβλημάτων που ανέκυψαν με τον πόλεμο ψηφίσθηκαν ειδικοί νόμοι που αναγνώριζαν την επιρροή της επιγενόμενης μεταβολής των συνθηκών επί των εκκρεμών συμβάσεων στις οποίες συμβαλλόμενο ήταν το Ελληνικό Δημόσιο³¹. Παρά τη στάση της θεωρίας και την ψήφιση των παραπάνω ειδικών νόμων, η νομολογία του ΑΠ δεν δέχθηκε τη λύση της διεύρυνσης της έννοιας της αδυναμίας παροχής, η οποία υιοθετήθηκε μόνο από κάποια κατώτερα δικαστήρια. Η αυστηρή προσέγγιση της απαλλαγής μόνο επί ανυπαίτιας αδυναμίας, ανεξάρτητα από την ένταση της δυσχέρειας εκπληρώσεως επικράτησε στη δικαστηριακή πρακτική ακόμα και κατά τον Β' Π.Π που όπως αναφέρθηκε, η

²⁷ Βλ. Μπαλή, ό.π., σελ. 310.

²⁸ Όπως η διδασκαλία αυτή αναπτύχθηκε κατά την επεξεργασία του ρωμαϊκού δικαίου, κατά το οποίο ο οφειλέτης στην περίπτωση αυτή έμενε απροστάτευτος, βλ. Αιτζερόπουλο, ό.π., σ. 293.

²⁹ Βλ. Zeros, Frustration of Contract in Comparative Law and in the new Greek Civil Code, M.L.R (1948), σ. 40.

³⁰ Βλ Αιτζερόπουλο ό.π., σ. 294.

³¹ Βλ. Ζέπο, ό.π., σ. 580 σημ. 3.

εκμηδένιση της αξίας του εθνικού νομίσματος απαιτούσε τη διαφορετική αντιμετώπιση του ζητήματος³².

Εκτός από την θεωρητική κατασκευή της διευρυμένης έννοιας της αδυναμίας παροχής, η επιστήμη επεδίωξε να αντιμετωπίσει το ζήτημα της σημαντικής δυσχέρειας εκπληρώσεως επικαλούμενη διάφορες θεωρίες³³. Στην αρχή της ασφάλειας των συναλλαγών θα μπορούσε να αντιπαρατεθεί, εκ πρώτης όψεως, η παλαιά θεωρία της *clausula rebus sic stantibus*, η άποψη ότι οι συμβάσεις περιέχουν ρήτρα, δυνάμει της οποίας η ισχύς τους εξαρτάται από τη διατήρηση και στο μέλλον των πραγματικών και οικονομικών συνθηκών που υφίσταντο κατά τη σύναψη τους. Ωστόσο, αποδοχή της θεωρίας αυτής θα οδηγούσε σε υπονόμηση της ασφάλειας των συναλλαγών λόγω της ευρύτητας της διατύπωσής της³⁴. Σχετική είναι και η «θεωρία της προϋποθέσεως» σύμφωνα με την οποία κάθε συμβαλλόμενος, διατυπώνοντας τη βούλησή του, επιθυμεί η βούληση αυτή να ισχύει μόνο υπό την «προϋπόθεση» της εξακολούθησης ή επέλευσης ορισμένου περιστατικού στο οποίο βασίζεται, αρκεί ο αντισυμβαλλόμενός του να γνώριζε ή να μπορούσε να γνωρίζει το περιστατικό αυτό. Η θεωρία αυτή αποτελεί βελτίωση της προηγούμενης, κατά το πρόσθετο στοιχείο της δυνατότητας γνώσης του αντισυμβαλλομένου. Σημαντικότερη όλων ήταν η γερμανικής προελεύσεως θεωρία του «Δικαιοπρακτικού θεμελίου»³⁵, σύμφωνα με την οποία, οι συμβαλλόμενοι στηρίζονται από κοινού στην ύπαρξη ορισμένων συνθηκών ή προσδοκούν την επέλευση ορισμένων γεγονότων τα οποία συνιστούν το δικαιοπρακτικό θεμέλιο της σύμβασης³⁶. Σε περίπτωση που οι συνθήκες αυτές μεταβληθούν ή αν δεν επέλθουν τα προσδοκώμενα γεγονότα, εκλείπει το δικαιοπρακτικό θεμέλιο και ανατρέπεται η σύμβαση. Για να μπορεί ένα περιστατικό να αναχθεί στο κοινό θεμέλιο της σύμβασης θα πρέπει εκτός από το να είναι διαγνωστό από αμφότερα τα μέρη, να μπορεί να θεωρηθεί κατά την καλή πίστη και τα συναλλακτικά ήθη ότι σ' αυτό θα μπορούσε να στηριχθεί κάθε συμβαλλόμενος εν όψει

³² Βλ. Zepos, ό.π., σ. 41.

³³ Βλ. Σταθόπουλο, *Γενικό Ενοχικό Δίκαιο*, (2004), σ.1227 – 1230, Λιτζερόπουλο, ό.π., σ. 294.

³⁴ Για την επίκριση της θεωρίας λόγω της γενικότητάς της από τον ιδρυτή της Σχολής του φυσικού δικαίου, Hugo Grotius, Βλ. Σταθόπουλο, ό.π., σ. 1228 σημ. 7. Για την ιστορική πορεία της και την οριστική απόρριψή της από τον ιστορικό νομοθέτη του BGB βλ. Καραπαμπιζό, ό.π., σ. 33 αρ 32.

³⁵ Η θεωρία αυτή, όπως διατυπώθηκε το 1921 από τον Oertmann, με τη μονογραφία «Die Geschäftsgrundlage» είχε αρχικά υποκειμενικό προσανατολισμό. Κατ' αυτήν το «δικαιοπρακτικό θεμέλιο» συνιστούσαν οι υποκειμενικές παραστάσεις ενός μέρους, αρκεί να μπορούσαν να γίνουν διαγνωστές και από το άλλο. Η υποκειμενική σύλληψη της θεωρίας επικρίθηκε, και διατυπώθηκαν ποικίλες θεωρητικές προσεγγίσεις που πρόσδωσαν σ' αυτό αντικειμενικό χαρακτήρα. Βλ. Καραπαμπιζό, ό.π., αρ. 200 επ.

³⁶ Βλ. σχετικά Λιτζερόπουλο, ό.π., σ. 295, Σταθόπουλο, ό.π., § 22 αρ. 8

της συγκεκριμένης σύμβασης. Η θεμελιώδης συμβολή της εν λόγω θεωρίας έγκειται στο ότι ανάγει το «δικαιοπρακτικό θεμέλιο» όχι στο (σιωπηρό) περιεχόμενο της σύμβασης όπως οι προηγούμενες θεωρίες αλλά στο «πραγματικό υπόβαθρο» της συναλλαγής, επιτρέποντας τη λήψη υπόψη εξωσυμβατικών κριτηρίων³⁷. Τέλος, σχετική είναι η θεωρία του απρόβλεπτου (*théorie de l'imprévision*), που αναπτύχθηκε απ' το Συμβούλιο της Επικρατείας στη Γαλλία αναφορικά με τις διοικητικές συμβάσεις, κατά την οποία, εάν συνεπεία απρόβλεπτης μεταβολής των συνθηκών υπό τις οποίες συνήφθη η σύμβαση, η εκτέλεση καθίσταται ιδιαίτερος επαχθής για κάποιον συμβαλλόμενο, επιβάλλεται αναθεώρηση των οικονομικών όρων της.

Η διστακτικότητα της νομολογίας να υιοθετήσει και να εφαρμόσει κάποια από τις παραπάνω θεωρητικές κατασκευές, ήταν φανερή³⁸. Ωστόσο, το πρόβλημα της δυσχέρειας εκπληρώσεως όπως εκδηλωνόταν στις συναλλαγές της εποχής απαιτούσε συστηματική ρύθμιση. Οι συντάκτες του ΑΚ είχαν συνείδηση της αναπόδραστης κοινωνικής ανάγκης για ρύθμιση³⁹, όπως αποδεικνύεται από το σχετικό παράθεμα της Αιτιολογικής Έκθεσης των Γενικών Αρχών: «*Η ανάγκη διατάξεως καμπτούσης τον εν άρθρω 93 κανόνα pacta sunt servanda υπό το πνεύμα υφ' ο εφηρμόσθη η clausula rebus sic stantibus κατά τους τελευταίους χρόνους είναι προφανής*»⁴⁰. Κρίθηκε ότι έπρεπε να περιληφθεί ρητή διάταξη στον Κώδικα, προς άρση κάθε αμφισβήτησης που προκαλούσε η έως τότε νομολογιακή αντιμετώπιση του ζητήματος⁴¹, που να στηρίζεται στα πορίσματα της δογματικής επεξεργασίας του θέματος στον ηπειρωτικό χώρο και ιδίως στη γερμανική θεωρία του δικαιοπρακτικού θεμελίου και τη γαλλική *théorie de l'imprévision*⁴². Έτσι, ενώ αρχικά εκδηλώθηκαν δισταγμοί για τη θέσπισή της⁴³, το τελικό κείμενο του ΑΚ συμπεριέλαβε ρητή διάταξη, αλλά μόνο για τις αμφοτεροβαρείς συμβάσεις. Αναμφισβήτητα επρόκειτο για μια πρωτοποριακή ρύθμιση για τα δεδομένα του ευρωπαϊκού-ηπειρωτικού χώρου, καθώς έως τότε μόνο η Πολωνία είχε προχωρήσει σε αντίστοιχη ειδική νομοθετική ρύθμιση⁴⁴.

³⁷ Hay, Frustration and its solution in German Law, Am. J. Comp. L., (1961), σ. 361.

³⁸ Αιτ.Εκθ.Γεν.Αρ σελ. 221 : «Παρ' ημίν η νομολογία ενέμεινεν εις τα παραδεδομένα».

³⁹ «Η αναγνώριση τοιαύτης εξουσίας...είναι απόρροια αναποτρέπτου ανάγκης της εξελίξεως της ζωής, έναντι ης τόσον ο ερμηνευτής όσο και ο εφαρμοστής του δικαίου δεν δύναται να κλείσωσι τους οφθαλμούς», Βλ. Θεοδωρόπουλο, Η εξουσία του δικαστού επι της απροβλέπτου μεταβολής των συνθηκών των συμβάσεων, ΕλλΔνη (1960), σ. 136.

⁴⁰ Αιτ.Εκθ.Γεν.Αρ, όπ.π.

⁴¹ Βλ. Θεοδωρόπουλο, όπ.π., σ. 135.

⁴² Βλ. Ζερος, όπ.π., σ.41

⁴³ Η σχετική διάταξη του ΠροσχΓΑ (αρ. 94) παραλείφθηκε στο ΣχΓΑ.

⁴⁴ Λιτζερόπουλος, όπ.π, σ. 296· Σταθόπουλος, όπ.π.,σ. 1225.

2. Αγγλική έννομη τάξη:

Όπως συνέβη και με την ελληνική έννομη τάξη, η προβληματική της επίδρασης της απρόοπτης μεταβολής των συνθηκών στην αμοτεροβαρή σύμβαση τίθεται με εμφατικό τρόπο στην Αγγλία κατά τον Α΄ Π.Π. Έως τότε, η αγγλική νομολογία διακήρυξε τον απόλυτο χαρακτήρα της αρχής της «ιερότητας των συμβάσεων», και κάμψη αυτού σε συγκεκριμένες περιπτώσεις αδυναμίας παροχής (με τη θεμελιώδη απόφαση *Taylor v. Caldwell*) καθώς και επί ματαίωσης του σκοπού χρήσεως της παροχής (*frustration of purpose*), ειδικού πραγματικού που καθιερώθηκε με μια σειρά υποθέσεων εξαιρετικού χαρακτήρα (*coronation cases*)⁴⁵. Το ξέσπασμα του πολέμου φέρνει τα δικαστήρια αντιμέτωπα με μια πληθώρα υποθέσεων καινοφανούς χαρακτήρα. Επρόκειτο για συμβάσεις η εκπλήρωση των οποίων είχε καταστεί ουσιαστικά δυσχερής ή αδύνατη (*commercially impractical or impossible*) λόγω της έκτακτης κρατικής νομοθεσίας, ή για συμβάσεις των οποίων η εμπορική βιωσιμότητα κλονίστηκε σημαντικά λόγω των γενικότερων αναταραχών που προκάλεσε η εμπόλεμη κατάσταση. Υποστηρίζεται ότι η επέκταση των περιπτώσεων εφαρμογής της *frustration* ήταν αποτέλεσμα του τρόπου με τον οποίο οι εσωτερικές νομικές δυνάμεις (επεξεργασία νομολογιακού προηγούμενου, έκτακτη νομοθεσία) ανταποκρίθηκαν στις απαιτήσεις ενός πολέμου παγκόσμιας κλίμακας⁴⁶.

Όταν ξέσπασε ο Α΄Π.Π, η Βρετανία ήταν το κέντρο μιας παγκόσμιας οικονομίας, λόγω της άνθησης του εμπορίου και της ανάπτυξης της τεχνολογίας και των μεταφορών. Οι νέες συνθήκες προκάλεσαν αναταραχή στους νομικούς και εμπορικούς κύκλους αναφορικά με την ισχύ των εκκρεμών συμβάσεων. Το βρετανικό κράτος δεν διεξήγαγε τον πόλεμο όπως είχε προγραμματισθεί, δηλαδή βάσει ναυτικών δυνάμεων μικρής κλίμακας, αλλά ωθήθηκε σε εκτεταμένη επιστράτευση, με αποτέλεσμα να μην αρκεί ο σχεδιασμός που είχε γίνει πριν τον πόλεμο για τις ανακύψασες ανάγκες εφοδιασμού, οι οποίες απαιτούσαν πλέον παρέμβαση στη λειτουργία της ελεύθερης οικονομίας, με την εφαρμογή ενός προγράμματος άμεσης κρατικής εποπτείας. Η κυβέρνηση στηρίχθηκε στη συνεργασία και οργάνωση του ιδιωτικού τομέα για την παραγωγή υλικών που έπρεπε να επιταχθούν. Οι απαιτήσεις

⁴⁵ Βλ. αναλυτική παρουσίαση της νομολογιακής εξέλιξης στην ενότητα IV.2.

⁴⁶ Για την άποψη αυτή και για την αναλυτική παράθεση της εξέλιξης του δόγματος της *frustration* κατά τον Α.Π.Π, βλ. *MacMillan, English Contract Law and the Great War : The Development of a Doctrine of Frustration, Comparative Legal History*, τ. 2, (2014), σ. 278 – 302.

αυτές κατέστησαν δυσχερή για τους συγκεκριμένους εμπόρους την εκπλήρωση των υποχρεώσεών τους απέναντι σε ιδιώτες αντισυμβαλλομένους.

Συνολικά, ο πόλεμος επηρέασε τη συμβατική εκπλήρωση με τους ακόλουθους τρόπους. Κατ' αρχήν, πληθώρα ειδικών έκτακτων νομοθετημάτων, απαγόρευαν ή ρύθμιζαν ορισμένα είδη συναλλαγών, όπως εκείνες που συνίσταντο στη «συναλλαγή με τον εχθρό» (trading with the enemy). Δεύτερον, το κράτος προχώρησε σε επίταξη ειδών, η προμήθεια των οποίων ήταν απαραίτητη για την εκπλήρωση προϋφιστάμενων ιδιωτικών συμβάσεων. Μια τρίτη κατηγορία περιπτώσεων αφορούσε τις συμβάσεις των οποίων η εκπλήρωση κατέστη εξαιρετικά δυσχερής λόγω των γενικών αναταραχών που προκλήθηκαν από την εμπόλεμη κατάσταση.

Η νομολογία αντιμετώπισε με διαφορετικό τρόπο καθένα από τα παραπάνω εμπόδια της ομαλής συμβατικής εκπλήρωσης. Στην περίπτωση της «συναλλαγής με τον εχθρό», το δικαστήριο αποφάσιζε τη λύση της σύμβασης για λόγους δημοσίου συμφέροντος και εθνικής ασφάλειας, για τη ματαίωση οποιασδήποτε διεθνούς συναλλαγής δυνάμενης να βοηθήσει τον εχθρό εν καιρώ πολέμου⁴⁷. Δυσχέρειες προκαλούσαν οι άλλες δύο περιπτώσεις κατά τις οποίες α) η εκτέλεση επηρεαζόταν άμεσα από την έκτακτη νομοθεσία, χωρίς όμως να πρόκειται για περίπτωση «συναλλαγής με τον εχθρό» και β) η εκτέλεση καθίστατο ουσιωδώς δυσχερής λόγω των εμπόλεμων συνθηκών. Στην απόφαση *Blackburn Bobbin Co Ltd v. TW Allen and Sons Ltd* (1918)⁴⁸ επιχειρείται μια κατηγοριοποίηση των ανωτέρω πραγματικών και υπογραμμίζεται ότι η έως τότε νομολογιακή γραμμή επιφυλάσσει διαφορετική αντιμετώπιση στο καθένα. Όσον αφορά στην υπο α' κατηγορία, τα δικαστήρια αποφάσιζαν τη λύση της συμβάσεως με την επέκταση του νομολογιακού

⁴⁷ Χαρακτηριστική η υπόθεση *Fibrosa*, η οποία αφορούσε την τύχη μιας σύμβασης πώλησης μηχανημάτων που έπρεπε να παραδοθούν στην πόλη Γκντίνια στην Πολωνία. Πριν την ολοκλήρωση της κατασκευής των μηχανημάτων, η Γκντίνια καταλήφθηκε από τον Γερμανικό στρατό. Κρίθηκε ότι η σύμβαση λύθηκε (the contract was frustrated), λόγω επιγενόμενης νομικής αδυναμίας (supervening illegality), βλ. *McKendrick, Contract Law*, σ. 260, 14.13· *Καραμπατζό*, όπ.π., σ. 246

⁴⁸ Πρόκειται για μια ασυνήθιστη υπόθεση, καθώς η δυσχέρεια εκπλήρωσης δεν σχετιζόταν με άμεσες κυβερνητικές ενέργειες. Έτσι κατά την *MacMillan*, όπ.π., σ. 295, η υπόθεση φανερώνει ότι προϋπόθεση για την κατάφαση της frustration στις υποθέσεις του πολέμου ήταν να εμποδίζεται η εκπλήρωση από κάποια κυβερνητική πράξη. Οι ενάγοντες, συμφώνησαν να αγοράσουν απ' τους εναγόμενους ποσότητες ξύλου συμήςδας, το οποίο οι τελευταίοι θα προμηθεύονταν από τη Φιλανδία. Με το ξέσπασμα του πολέμου η προμήθεια του ξύλου και περαιτέρω η εκπλήρωση της σύμβασης κατέστη αδύνατη καθώς γερμανικά πολεμικά πλοία απέκλεισαν τη Βαλτική. Οι εναγόμενοι ισχυρίστηκαν ότι η σύμβαση είχε λυθεί, αλλά το δικαστήριο δέχθηκε ότι η σύμβαση παραμένει ισχυρή, καθώς, η συνέχιση των συνήθων ναυτικών δρομολογίων δεν ήταν ουσιώδης για την ίδια την ύπαρξη της σύμβασης. Όπως επισημάνθηκε, δεν θα μπορούσε να γίνει δεκτό ότι όλες οι συμβάσεις που συνήφθησαν πριν τον πόλεμο περιείχαν ως σιωπηρό όρο τη συνέχιση της ειρήνης, η ανατροπή του οποίου θα σήμαινε και τη λύση της σύμβασης, βλ. *Andrews, Contract Law*, σ. 458

προηγούμενου, της *Taylor v. Caldwell* έως και των coronation cases, που παρείχαν μια οδό για παράκαμψη του κανόνα της absolute liability. Για την κατάφαση της λύσης της σύμβασης σ' αυτές τις περιπτώσεις γινόταν επίκληση και νομολογιακού προηγούμενου που αφορούσε στη λύση ναυλοσυμφώνων, λόγω υπέρμετρης καθυστέρησης εκμεταλλεύσεως του πλοίου για τον ναυλωτή και επομένως ματαίωσης των προσδοκιών του (frustration of commercial adventure)⁴⁹. Τα δικαστήρια εξίσωσαν τη νομική αντιμετώπιση των εξεταζόμενων περιπτώσεων, με την περίπτωση της επιγενόμενης νομικής αδυναμίας που ανέκυπτε από τη «συναλλαγή με τον εχθρό»⁵⁰.

Όσον αφορά όμως στην υπό β' κατηγορία, στις συμβάσεις εκείνες που επηρεάζονταν δυσμενώς όχι από κάποια άμεση κυβερνητική πράξη, αλλά από τις γενικές πολεμικές συνθήκες που προκαλούσαν δυσκολίες στην παράδοση αγαθών, αυξημένες τιμές, δυσχέρεια εκπλήρωσεως, τα δικαστήρια αρνούνταν να κηρύξουν τη λύση τους⁵¹. Οι δικαστές επεδίωκαν να αναιρέσουν την εντύπωση ότι όποιος αντιμετώπιζε δυσχέρεια στην εκπλήρωση λόγω των πολεμικών αναταραχών, θα μπορούσε να επικαλεστεί τη λύση της σύμβασης. Διακήρυσσαν με κάθε ευκαιρία ότι μια ανάλογη εφαρμογή του σκεπτικού της απόφασης *Krell v. Henry* σ' αυτές τις περιπτώσεις θα «ανέτρεπε τα θεμέλια του δικαίου των συμβάσεων» και ότι «το να τηρούν οι πωλητές τις συμβατικές τους δεσμεύσεις είναι υψίστης σημασίας για ένα έθνος που στηρίζεται στο εμπόριο»⁵². Τα δικαστήρια χρησιμοποιούσαν με φειδώ τη θεωρία του σιωπηρού όρου⁵³, και μόνο σε περιπτώσεις αναγκαιότητας, την οποία αναγκαιότητα φαίνεται ότι εντόπιζαν μόνο όταν η δυσχέρεια εκπλήρωσης είχε προκληθεί από άμεση κυβερνητική παρέμβαση⁵⁴.

Επομένως οι δικαστές επεδίωκαν να διατηρούν σε ισχύ τις υφιστάμενες συμβάσεις όπου αυτό ήταν δυνατό, και να προχωρούν στη λύση συμβάσεων, μόνο όπου υπήρχε άμεση σύγκρουση ιδιωτικών και κρατικών συμφερόντων. Ο εκτεταμένος χαρακτήρας του κρατικού παρεμβατισμού και η συνακόλουθη έλλειψη ρύθμισης για την επίλυση συγκρούσεων κρατικών-ιδιωτικών συμφερόντων, δημιούργησαν πρόσφορο έδαφος για την εξέλιξη του θεσμού της frustration. Η ανωτέρω περιγραφείσα προσέγγιση της αγγλικής νομολογίας φανερώνει ότι δεν επρόκειτο για

⁴⁹ Βλ. Καραμπατζό, ό.π.π., σ. 247.

⁵⁰ Βλ. MacMillan, ό.π.π., σ. 298.

⁵¹ Βλ. ενδεικτικά *Tennants v. CS Wilson* [1917] 1 AC 495 HL, *London & Northern Estates Co v Schlesinger* [1916] 1 KB 20 KBD

⁵² *Blackburn Bobbin Co Ltd v. TW Allen and Sons Ltd* (1918) (n 137) 552

⁵³ Όπως αυτή είχε θεμελιωθεί με την απόφαση *Taylor v. Caldwell*.

⁵⁴ Βλ. MacMillan, ό.π.π., σ. 300.

μια σκόπιμη και συνειδητή ανάπτυξη ενός νέου συμβατικού δόγματος, αλλά για τη χρησιμοποίηση μιας ήδη υπάρχουσας νομικής οδού προς το σκοπό της προσαρμογής στις μεταβαλλόμενες οικονομικές συνθήκες (και στο νέο φαινόμενο του κρατικού παρεμβατισμού), όπως αυτές εκδηλώνονταν κατά τη λειτουργία των ιδιωτικών συμβάσεων⁵⁵. Τα δικαστήρια χρησιμοποίησαν τη νομική οδό της frustration, ως τον θεσμό της απαλλαγής από τις συμβατικές υποχρεώσεις, όπως είχε διαμορφωθεί έως τότε, εξελίσσοντάς τον, για να λύσουν την ανωτέρω σύγκρουση συμφερόντων⁵⁶.

3. *Ενδιάμεσο συμπέρασμα*

Το ζήτημα της δυσχέρειας εκπληρώσεως, ως πραγματικό πρόβλημα που απαιτούσε επιτακτικά νομοθετική/ νομολογιακή επίλυση, τέθηκε με emphatic τρόπο σε περιόδους πολεμικών αναταραχών σε αμφότερες τις συγκρινόμενες έννομες τάξεις. Η άνοδος των τιμών, οι ελλείψεις ειδών και ο εκτεταμένος κρατικός παρεμβατισμός έθεσαν το ζήτημα προσδιορισμού των ορίων των συμβατικών υποχρεώσεων όταν επισυμβαίνουν έκτακτα και απρόβλεπτα γεγονότα που καθιστούν ουσιωδώς δυσχερή την εκπλήρωση των εκκρεμών συμβάσεων.

Οι συντάκτες του ΑΚ ανταποκρίθηκαν στην κοινωνική ανάγκη ρύθμισης του προβλήματος, η οποία είχε ήδη διαφανεί κατά τον ελληνοτουρκικό πόλεμο του 1897 και κατέστη ιδιαίτερα επιτακτική μετά τον Β.Π.Π, λόγω της εκμηδένισης της αξίας της δραχμής, δίνοντας πρακτική λύση με την θέσπιση της ρητής διάταξης ΑΚ 388.

Τα αγγλικά δικαστήρια ήρθαν αντιμέτωπα με την ίδια προβληματική κατά τον Α'Π.Π. Η έκτακτη νομοθεσία για τις ανάγκες του πολέμου και ο εκτεταμένος κρατικός παρεμβατισμός, δημιούργησαν μια νέα σειρά υποθέσεων κατά τις οποίες λόγω κρατικών μέτρων απαγορεύθηκαν οι «συναλλαγές με τον εχθρό» ή κατέστη αδύνατη η εκπλήρωση λόγω κρατικών επιτάξεων. Έτσι, η νομολογία χρησιμοποίησε τον απαλλακτικό λόγο της frustration ως τη νομική οδό κάμψης της απόλυτης υποχρεωτικότητας των συμβάσεων (όπως είχε διαμορφωθεί μέχρι τότε αναφορικά με

⁵⁵ Βλ. *MacMillan*, όπ.π., σ. 285.

⁵⁶ Για παράδειγμα, στην υπόθεση *Fibrosa* (βλ. παραπάνω, σημ. 43) βλ. τη χαρακτηριστική διατύπωση του *Mckendrick*, όπ.π., σελ 260 : «The public interest in ensuring that no assistance was given to the enemy in time of war outweighed the fact that it remained physically possible to manufacture and deliver the machines».

μια σειρά εξαιρετικών υποθέσεων), για να επιλύσει την ανακύψασα σύγκρουση κρατικών-ιδιωτικών συμφερόντων.

Στο πλαίσιο της ανωτέρω επέκτασης της χρήσης της frustration, συμβαλλόμενοι που αντιμετώπιζαν σημαντική δυσχέρεια εκπληρώσεως λόγω των πολεμικών συνθηκών (χωρίς όμως η εκπλήρωση να εμποδίζεται άμεσα από συγκεκριμένα κρατικά μέτρα), επικαλούνταν τη frustration για να απαλλαγούν από τις συμβατικές τους υποχρεώσεις. Ωστόσο, η στάση της νομολογίας ήταν αρνητική ως προς το αν η frustration θα μπορούσε ν' αποτελέσει δυνητικό λόγο απαλλαγής σ' αυτές τις περιπτώσεις⁵⁷.

Συνεπώς, η καθιέρωση του πραγματικού της impracticability ως λόγου ικανού να επιφέρει τη frustration, «δοκιμάστηκε» κατά την περίοδο του Α'Π.Π, αλλά απορρίφθηκε από τη νομολογία επιβεβαιώνοντας την «ιερότητα» του κανόνα *pacta sunt servanda* για ένα έθνος που στηρίζεται στο εμπόριο. Ενδεχομένως στη στάση αυτή να συνετέλεσε και το απρόσφορο δογματικά έδαφος στο οποίο θεμελιωνόταν έως τότε η frustration με τη θεωρία του «σιωπηρού όρου» (*implied term*), που ανήγαγε τη λειτουργία της στη βούληση των μερών και όχι σε εξωσυμβατικές αξιολογήσεις⁵⁸. Ακόμα και επί κατάφασης της ύπαρξης σιωπηρού όρου στις κρίσιμες συμβάσεις περι εξάρτησης της ισχύος τους από την εξακολούθηση ειρηνικών συνθηκών, θεωρήθηκε ότι δεν θα μπορούσε να ανάγεται στη βούληση των μερών η (αναπόφευκτη) έννομη συνέπεια της μετακύλισης της ζημίας στον δανειστή⁵⁹.

Συνεπώς, κατά μια αφαιρετική προσέγγιση θα μπορούσε να ειπωθεί ότι η ανάδειξη του πραγματικού προβλήματος της δυσχέρειας εκπληρώσεως κατά τις περιόδους πολεμικών αναταραχών αποτέλεσε την «αφορμή» για τη συνειδητή θέσπιση της διάταξης της ΑΚ 388, μετά από περίοδο μακράς δογματικής επεξεργασίας του ζητήματος, και κατ' αντιστοιχία της σχετικής τάσης που είχε εκδηλωθεί στον ηπειρωτικό χώρο. Στον αντίποδα, στην αγγλική έννομη τάξη, παρά την συχνή επίκληση της frustration για την αντιμετώπιση των ίδιων προβλημάτων, παρατηρήθηκε απροθυμία και διστακτικότητα στη νομολογία για την καθιέρωση ενός αντίστοιχου πραγματικού. Ναι μεν επήλθε διεύρυνση των περιπτώσεων εφαρμογής της frustration

⁵⁷ *MacMillan*, όπ.π., σ. 299 : «Absent such direct governmental intervention in private agreements, the courts remained unwilling to find that contracts were frustrated».

⁵⁸ Βλ. αναλυτικά κατωτέρω, ενότητα V.

⁵⁹ *F.A Tamplin Steamship Co. v. Anglo-Mexican Petroleum Products Co* (1916) 2 A.C 397 HL

ως απαλλακτικού λόγου, αλλά μόνο για την αντιμετώπιση περιπτώσεων άμεσης ή έμμεσης σύγκρουσης ιδιωτικών-κρατικών συμφερόντων.

IV. Η υιοθετούμενη λύση στο πρόβλημα από την σκοπιά της ελληνικής και αγγλικής έννομης τάξης

Στην παρούσα ενότητα⁶⁰ θα παρουσιασθεί το γενικό περίγραμμα της ρύθμισης της ΑΚ 388 και η δογματική της δικαιολόγηση. Στη συνέχεια θα εκτεθούν οι βασικές αποφάσεις που συντέλεσαν στη διαμόρφωση του νομολογιακού κανόνα της frustration και η αντιπαράθεση αναφορικά με το δογματικό της θεμέλιο. Στόχος της εν λόγω ανάλυσης, είναι να διαπιστωθεί στη συνέχεια με τη μορφή σύνθεσης των βασικών σημείων, ο τρόπος με τον οποίο η λύση κάθε έννομης τάξης προσδιορίζει τη σχέση των θεμελιωδών αρχών της συμβατικής πίστης και της διορθωτικής συμβατικής δικαιοσύνης.

1. Ο διορθωτικός μηχανισμός του αρ. 388 ΑΚ - Η ειδική νομοθετική αξιολόγηση των αντιμαχόμενων συμφερόντων

Με την νομοθετική ρύθμιση της ΑΚ 388, η ελληνική έννομη τάξη επιλύει ένα πρόβλημα που τότε εξακολουθεί να ταλανίζει τα ξένα δίκαια. Καταλύεται η προηγούμενη διστακτικότητα της νομολογίας να αποστεί από την αρχή της συμβατικής πίστης, καθώς τα δικαστήρια καλούνται πλέον να εφαρμόσουν ένα αυστηρά διατυπωμένο πραγματικό, με σαφείς προϋποθέσεις και έννομες συνέπειες⁶¹. Εάν ο νομοθέτης δεν είχε προχωρήσει σε δικαιοθετική ρύθμιση, η εφαρμογή της ΑΚ 288 θα μπορούσε να οδηγήσει σε όμοιες λύσεις. Ωστόσο η θέσπιση ρητής διάταξης, που αποτελεί ειδική εκδήλωση της καλής πίστης, δημιουργεί μεγαλύτερη ασφάλεια δικαίου, εκφράζοντας σαφέστερα τη νομοθετική βούληση για δικαιοπλαστική επέμβαση του δικαστή όταν το επιτάσσει η αρχή της επιείκειας⁶².

Με την ΑΚ 388 ο νομοθέτης προβαίνει σε μια αξιολόγηση των αντιτιθέμενων συμφερόντων δανειστή και οφειλέτη⁶³ προσδιορίζοντας τον τρόπο με τον οποίο συλλειτουργούν οι δικαιοηθικές αρχές της συμβατικής πίστης, της ιδιωτικής

⁶⁰ Στο πλαίσιο της «γνωριμίας» των συγκρινόμενων ρυθμίσεων, κατά το πρώτο στάδιο της προτεινόμενης από τον *Constantinesco* συλλογιστικής πορείας : «connaître- comprendre – comparer», βλ. τον ίδιο, όπ.π, σ. 120 επ.

⁶¹ Παπανικολάου, σε αφιέρωμα στον Α.Γαζή (1994), σ. 478.

⁶² Βλ. Σταθόπουλο, όπ.π., § 22 αρ. 3.

⁶³ Για την αξιολογική θεωρία περί νομικής επιστήμης βλ. Παπανικολάου, Μεθοδολογία... , αρ. 126 επ.

αυτονομίας και της εξισωτικής συμβατικής δικαιοσύνης⁶⁴. Το προβάδισμα κατ' αρχήν δίδεται στο συμφέρον του δανειστή έναντι του ζημιούμενου οφειλέτη και περαιτέρω στην αρχή *pacta sunt servanda* η οποία αποτελεί την αφετηρία της αξιολόγησης⁶⁵. Η υποσχετική σύμβαση, από τη σύναψή της, δεσμεύει τους συμβαλλόμενους (ΑΚ 361, ΑΚ 287). Η μεταβολή ή έκλειψη των δεδομένων στα οποία στηρίχθηκαν τα συμβαλλόμενα μέρη για τη σύναψη της σύμβασης είναι κάτι αναμενόμενο, ιδίως αν η ενέργεια της σύμβασης αναπτύσσεται στο μέλλον. Εάν η μεταβολή αυτή δεν έχει αποτελέσει περιεχόμενο της σύμβασης ώστε τα μέρη να μπορέσουν να επικαλεστούν το γράμμα της, τότε, οι αναληφθείσες υποχρεώσεις των μερών, κατ' αρχήν συνεχίζουν ν' αναπτύσσουν την πλήρη δεσμευτικότητα τους τηρούμενης απαρεγγλίτως της αρχής *pacta sunt servanda* που αποτελεί δομικό στοιχείο του συστήματος των ενοχικών συμβάσεων⁶⁶. Το προβάδισμα της αρχής της τήρησης των συμπεφωνημένων δηλώνει σεβασμό προς την βούληση των μερών όπως αυτή εκφράστηκε με τη σύναψη της σύμβασης, και άρα προς την αρχή της ιδιωτικής αυτονομίας (αρ. 5 § 1 Σ)⁶⁷.

Τυχόν αποδοχή περί της ύπαρξης μιας *clausula rebus sic stantibus* σε κάθε σύμβαση, θα οδηγούσε σε κατάλυση της ασφάλειας των συναλλαγών. Συνεπώς, η διατήρηση του περιεχομένου της σύμβασης στην αρχική του μορφή ισχύει ακόμα και αν συνεπεία της μεταβολής τα πράγματα δεν εξελιχθούν όπως είχαν υπολογίσει τα μέρη, λ.χ αν κάποιος εξ' αυτών υποστεί ζημία⁶⁸.

Κατά την εκφραζόμενη στην ΑΚ 388 αξιολόγηση, η αρχή *pacta sunt servanda* έχει το προβάδισμα και θα πρέπει να υποχωρήσει μόνο υπό πολύ συγκεκριμένες προϋποθέσεις. Ειδικότερα, όταν συνεπεία της απρόοπτης μεταβολής των συνθηκών, και χωρίς υπαιτιότητα κανενός μέρους, ανατρέπεται σημαντικά η ισορροπία των εκατέρωθεν παροχών, ώστε η παροχή του ενός συμβαλλομένου να καθίσταται υπέρμετρα επαχθής σε σχέση με την αντιπαροχή. Η ΑΚ 388 αναφέρεται στη διαταραχή της αρχικής υποκειμενικής ισοδυναμίας των εκατέρωθεν παροχών⁶⁹. Κρίσιμο είναι οι εκατέρωθεν παροχές να ήταν κατά τη σύναψη της σύμβασης ισοδύναμες κατά την ελεύθερη υποκειμενική εκτίμηση των μερών και όχι αντικειμενικά ισοδύναμες.

⁶⁴ Παπανικολάου, Μεθοδολογία..., αρ. 250, 405.

⁶⁵ Βλ. Καραμπατζό, ό.π., αρ. 42.

⁶⁶ Βλ. Μπαλή, ό.π., σ. 309 : «Η αρχή του απαραβάτου της συμβάσεως είναι απαρεγγλίτως τηρητέα καθότι αποτελούσα το βάθρον της εννόμου τάξεως».

⁶⁷ Πρβλ. Σταθόπουλο, ό.π., § 13 αρ. 5.

⁶⁸ Μπαλής, ό.π., σ. 310

⁶⁹ Αρκεί η αρχική σχέση των παροχών να ήταν «συναρέσασα εις τα μέρη», βλ. Μπαλή, ΕνΔικ §§ 87 και 88.

Νομιμοποιητικός λόγος της τυχόν διαμορφούμενης ανισότητας των παροχών θα είναι η ιδιωτική αυτονομία των μερών, εφόσον η σχετική απόφαση μπορεί να αποδοθεί στην ελεύθερη δικαιοπρακτική τους βούληση⁷⁰. Το περιεχόμενο της σύμβασης θα θεωρείται «ορθό» εφόσον ήταν πράγματι ηθελημένο, εφόσον τα μέρη είχαν τη δυνατότητα να επιτύχουν μέσω του συναλλακτικού εργαλείου της σύμβασης μια αυτόνομη επιδίωξη των συμφερόντων τους⁷¹. Εάν συνεπεία της μεταβολής των συνθηκών διαταραχθεί σημαντικά⁷² η αρχική υποκειμενική ισοδυναμία των παροχών τότε παρίσταται επιβεβλημένη η υποχώρηση της αρχής της συμβατικής πίστης και η επέμβαση της έννομης τάξης με τη μορφή της απονομής διαπλαστικής εξουσίας στον δικαστή.

Κατά τον Παπανικολάου⁷³, η διορθωτική επέμβαση του δικαστή στο περιεχόμενο της σύμβασης θα δικαιολογείται από τη «συνδυασμένη εφαρμογή των αρχών της ιδιωτικής αυτονομίας και της διορθωτικής συμβατικής δικαιοσύνης⁷⁴». Εφόσον η παροχή του οφειλέτη καταστεί υπέρμετρα επαχθής, το αρχικό περιεχόμενο της συμβατικής ρύθμισης παύει να είναι το πράγματι ηθελημένο απ' αυτόν, με αποτέλεσμα να επέρχεται διάψευση του τρόπου με τον οποίο λειτούργησε η ιδιωτική του αυτονομία. Έτσι, κατά την εκφραζόμενη στην ΑΚ 388 αξιολόγηση, η αρχή της εξισωτικής συμβατικής δικαιοσύνης καλείται να επιτελέσει τη διορθωτική της λειτουργία προς αποκατάσταση της διαβρωμένης ιδιωτικής αυτονομίας⁷⁵.

Η ΑΚ 388 αναπτύσσει τη λειτουργία ειδικής ρήτρας *επιείκειας*⁷⁶. Ειδικότερα, η αρχή της επιείκειας που επίσης ανάγεται στον Αριστοτέλη⁷⁷, εκφράζει την ανάγκη

⁷⁰ Βλ. αναλυτικά Παπανικολάου, σε αφιέρωμα στον Α.Γαζή (1994), σ. 484.

⁷¹ Για τη σύμβαση ως μηχανισμό «ορθής ρύθμισης» κατά τη διδασκαλία του Schmidt- Rimpler βλ. Παπανικολάου, Περί των ορίων της προστατευτικής παρεμβάσεως του δικαστή στη σύμβαση (1991) § 5 αρ.1.

⁷² Η απαίτηση σημαντικής διατάραξης της συμβατικής ισορροπίας εκφράζει τη γενικότερη αρχή favor contractus που διέπει τον ΑΚ, βλ. Καραμπατζό, ό.π., αρ.47-48.

⁷³ Βλ. Παπανικολάου, σε αφιέρωμα στον Α.Γαζή (1994), σ.486.

⁷⁴ Η αρχή αυτή, αναγόμενη στον Αριστοτέλη, έχει ως πεδίο εφαρμογής της τις ανταλλακτικές σχέσεις και υπαγορεύει την ίση μεταξύ των μερών κατανομή βαρών και πλεονεκτημάτων. Η ισότητα των ανταλασσόμενων παροχών έχει τη μορφή αριθμητικής αναλογίας. Επι αθέτησης των συμβατικών υποχρεώσεων, η ευθύνη δεν έγκειται στην αθέτηση της αναληφθείσας δέσμευσης (υποκειμενικό στοιχείο), αλλά σε κύρωση της άρσης της αντικειμενικής ισότητας παροχής-αντιπαροχής (αντικειμενικό στοιχείο). Βλ. Σούρλα, Φιλοσοφία του Δικαίου, Α' (2000), σ. 110-112. Στη στενή της έννοια, επιτάσσει την ισοδυναμία των ανταλασσόμενων παροχών από τη σκοπιά της αντικειμενικής τους αξίας, ενώ υπό μια ευρύτερη έννοια, πρεσβεύει ότι κριτήριο «ορθότητας» της κατανομής των συμφερόντων των μερών αποτελούν οι διατάξεις του ενδοτικού δικαίου με καθοδηγητική λειτουργία. Τυχόν απόκλιση απ' αυτές, θα είναι ισχυρή μόνο εφόσον αποτελεί προϊόν ελεύθερης δικαιοπρακτικής στάθμισης των μερών, βλ. Παπανικολάου, Περί των ορίων..., σελ. 254.

⁷⁵ Βλ. Παπανικολάου, Περί των ορίων..., σ. 274-276.

⁷⁶ Βλ. Καραμπατζό, ό.π., αρ. 553.

⁷⁷ Αριστοτέλους, Ηθικά Νικομάχεια Ε', 11, 1137b 10 επ : «τὸ ἐπιεικὲς δίκαιον μὲν ἔστιν, οὐ τὸ κατὰ νόμον δέ, ἀλλ' ἐπανόρθωμα νομίμου δικαίου» .

να λαμβάνονται υπ' όψη τα ιδιάζοντα χαρακτηριστικά κάθε συγκεκριμένης περίπτωσης για την απονομή ουσιαστικά δίκαιων λύσεων και τη γεφύρωση του αναγκαίου χάσματος της γενικότητας του νόμου και της ατομικότητας των κοινωνικών φαινομένων⁷⁸. Η συνεκτίμηση από τον δικαστή των ιδιαιτεροτήτων της ατομικής περίπτωσης, επιτυγχάνεται κατά την εξειδίκευση των αόριστων νομικών εννοιών που απαντούν στο πραγματικό και τις έννομες συνέπειες του κανόνα⁷⁹ και στην υπό κρίση προβληματική κατά την εξειδίκευση της έννοιας της «υπέρμετρης επάχθειας» και της «αναπροσαρμογής της παροχής στο προσήκον μέτρο»⁸⁰. Κατά την εξειδίκευση των όρων αυτών λαμβάνεται υπόψη η αρχική υποκειμενική ισοδυναμία των παροχών, για το σεβασμό της αυτόνομης αξιολόγησης των μερών αλλά κατά το στάδιο της αναπροσαρμογής, σπουδαίο ρόλο κατέχει και η εκτίμηση της αντικειμενικής ισοδυναμίας τους⁸¹, όπως επιτάσσει η αρχή της εξισωτικής συμβατικής δικαιοσύνης⁸²

Στην περίπτωση που η παροχή είναι σε τέτοιο βαθμό επαχθής, ώστε η εμμονή στην εκπλήρωση υπό τους αρχικούς όρους της σύμβασης να οδηγεί σε κοινωνικά αφόρητα αποτελέσματα, η εκφραζόμενη στην ΑΚ 388 αξιολόγηση, επιτάσσει την εύνοια προς τον οφειλέτη, υπό τη μορφή της αναπροσαρμογής ή της λύσης της σύμβασης⁸³. Η παράλληλη με την αρχή της επιείκειας επίκληση της αρχής της καλής πίστης δεν διαφοροποιεί ποιοτικά την εδώ γενόμενη αξιολόγηση, καθώς οι αρχές της καλής πίστης αποτελούν ειδικότερη έκφραση της έννοιας της επιείκειας⁸⁴. Γι' αυτό και γίνεται δεκτό ότι η ΑΚ 388 αποτελεί συγκεκριμενοποίηση της αρχής της καλής πίστης⁸⁵.

Η διορθωτική επέμβαση της έννομης τάξης πραγματοποιείται με την απονομή ευρείας διαπλαστικής εξουσίας στον δικαστή, ο οποίος, κατόπιν αίτησης του ενδιαφερόμενου μέρους, καλείται να δράσει ως «κατ' εύλογον κρίση αποφαινόμενος τρίτος» (reasonable third party)⁸⁶ και να αποκαταστήσει τη διαταραχθείσα σχέση των

⁷⁸ Βλ. Τσάτσο, Το πρόβλημα της ερμηνείας του δικαίου, (1978), σ. 214 επ. Αριστοτέλους, όπ.π., 1137b, 16 επ. «τὸ γὰρ ἀμάρτημα οὐκ ἐν τῷ νόμῳ οὐδ' ἐν τῷ νομοθέτῃ ἀλλ' ἐν τῇ φύσει τοῦ πράγματός ἐστιν».

⁷⁹ Βλ. Μπέη, Το πρόβλημα του δικαίου και των ηθικών αξιών, (1997), XIV, αρ. 11.

⁸⁰ Παπανικολάου, σε αφιέρωμα στον Α.Γαζή (1994), σ. 481, 489.

⁸¹ Βλ. Μπαλή, όπ.π.σ. 311: «Το άρθρον 388 είναι κράμα της θεωρίας περί ισορροπίας των παροχών (ως της ισορροπίας ταύτης παριστάσεως την στάθμην της συναλλακτικής καλής πίστεως) και της θεωρίας των συναρεσάντων εις τα μέρη θεμελιωτικών στοιχείων της συμβάσεως», Παπανικολάου, Μεθοδολογία, σ. 359.

⁸² Βλ. Παπανικολάου, όπ.π. σ. 486, Σταθόπουλο, όπ.π., § 1, αρ. 32.

⁸³ Βλ. Καραμπατζό, όπ.π., σ. 34, Ζερό, όπ.π., σ. 44.

⁸⁴ Βλ. Μπέη, όπ.π, XIV, αρ. 11, Καραμπατζό, όπ.π., αρ. 35.

⁸⁵ Έτσι, Σταθόπουλος, όπ.π., § 22 αρ. 3., Παπανικολάου, σε αφιέρωμα στον Α.Γαζή (1994), σ. 479.

⁸⁶ Βλ. Ζέπο, όπ.π., σ.583, τον ίδιο, Frustration of Contract in Comparative Law, σ. 44.

εκατέρωθεν παροχών, επιχειρώντας κατά τις επιταγές της εξισωτικής συμβατικής δικαιοσύνης, μια κατά το δυνατόν δίκαιη εξίσωση των επιδιωκόμενων με τη σύμβαση συμφερόντων⁸⁷. Ο δικαστής δεν υποχρεούται να αποκαταστήσει την αρχική αναλογία παροχής και αντιπαροχής κατά τρόπο που ν' ανταποκρίνεται ακριβώς στην αυτόνομη αξιολόγηση των μερών, αλλά να διαπλάσει το περιεχόμενο της σύμβασης, κατανέμοντας, κατά την καλή πίστη⁸⁸, τη ζημία μεταξύ των μερών⁸⁹.

Συμπερασματικά, η ΑΚ 388 εισάγει εξαιρετική ρύθμιση, προκρίνοντας, υπό αυστηρές προϋποθέσεις, την υποχώρηση της αρχής *pacta sunt servanda*, όχι προς αποκατάσταση της αυτόνομης συμβατικής αξιολόγησης των μερών, αλλά ως μέσο πραγμάτωσης *in concreto* των επιταγών της επιείκειας⁹⁰.

2. Η νομολογιακή καθιέρωση του θεσμού της Frustration - Οι αμφιγνωμίες για το δικαϊκό της θεμέλιο

Ένα από τα θεμελιώδη χαρακτηριστικά του αγγλικού δικαίου είναι η αρχή της αντικειμενικής ευθύνης σε περίπτωση αθέτησης της σύμβασης. Το μέρος που δεν εκπληρώνει για οποιοδήποτε λόγο τις συμβατικές του υποχρεώσεις, ενέχεται κατ' αρχήν σε αποζημίωση λόγω παραβίασης των συμβατικών του υποχρεώσεων (*breach of contract*). Η «εγγυητική» αυτή ευθύνη αντανακλάται στο δόγμα της «ιερότητας των συμβάσεων» (*sanctity of contracts*) το οποίο εξυπηρετεί την εμπορευματοποίηση των συναλλαγών⁹¹. Τα αγγλικά δικαστήρια διακήρυσσαν την υποχρεωτική τήρηση των συμπεφωνημένων ακόμη και εν όψει γεγονότων που καθιστούσαν αδύνατη την εκπλήρωση. Η αρχή αυτή αποτυπώνεται χαρακτηριστικά στο *dictum* της ακόλουθης απόφασης του 17^{ου} αιώνα.

Πρόκειται για την απόφαση *Paradine v. Jane* (1647)⁹², κατά την οποία ο εκμισθωτής μιας αγροικίας ενήγαγε τον μισθωτή για την καταβολή οφειλόμενων μισθωμάτων τριών ετών. Ο τελευταίος ισχυρίστηκε ότι δεν ενέχεται για την πληρωμή των μισθωμάτων, δεδομένου ότι για το υπό κρίση διάστημα είχε στερηθεί τη χρήση της αγροικίας, την οποία κατέλαβαν στρατιωτικές δυνάμεις του πρίγκιπα Ρουπέρτου κατά τη διάρκεια του αγγλικού εμφυλίου. Η απώλεια της χρήσης της αγροικίας και η

⁸⁷ Βλ. Παπανικολάου, Μεθοδολογία, αρ. 522, 523.

⁸⁸ Σταθόπουλος, ό.π., § 22 αρ.33.

⁸⁹ Βλ. Σακέττα, Ερμ ΑΚ, άρθρο 388, αρ. 61, Παπανικολάου, σε αφιέρωμα στον Α.Γαζή (1994), σ. 508.

⁹⁰ Παπανικολάου, ό.π., σ. 496, υπο γ'.

⁹¹ Βλ., Κορνηλάκη, Η αθέτηση της αμφοτεροβαρούς σύμβασης, (2009), σ. 10.

⁹² *Paradine v. Jane* (1647) Aleyn 26; 82 ER 897 Court of King's Bench

περαιτέρω έλλειψη δυνατότητας καλλιέργειάς της καθιστούσε, κατά το μισθωτή, τη σύμβαση λυθείσα. Το δικαστήριο απέρριψε τον ισχυρισμό του εναγομένου διακηρύσσοντας ότι όποιος αναλαμβάνει μια συμβατική δέσμευση είναι υποχρεωμένος να την τηρήσει, ακόμα και αν μεσολαβήσει ένα γεγονός εκτός της σφαίρας ελέγχου του, που εμποδίζει την εκπλήρωση. Ο κανόνας της «ιερότητας» των συμβάσεων (the rule of absolute contracts)⁹³ ισχύει, κατά την απόφαση, ακόμα και όταν το συγκεκριμένο εμπόδιο ήταν αναπόφευκτο (notwithstanding any accident by inevitable necessity) . Για την αιτιολόγηση της θέσης αυτής το δικαστήριο τόνισε ότι τα συμβαλλόμενα μέρη μπορούν σε κάθε περίπτωση να προβλέψουν ρητά στη σύμβαση περιστατικά για τα οποία δεν θα ευθύνονται⁹⁴. Στο μέτρο που δεν υπάρχει ειδική συμβατική πρόβλεψη που να εισάγει εξαίρεση στην ευθύνη τους, δεσμεύονται να εκπληρώσουν τις υποχρεώσεις τους ή να καταβάλλουν αποζημίωση για μη εκπλήρωση.

Οι μόνοι απαλλακτικοί λόγοι που αναγνωρίζονταν ήταν α) ο θάνατος του Οφειλέτη σε σύμβαση προσωπικής εκπλήρωσης⁹⁵ και β) η επιγενόμενη νομική αδυναμία (supervening illegality)⁹⁶.

Η κάμψη του αυστηρού κανόνα της *Paradine v. Jane* συντελέστηκε σχεδόν δύο αιώνες μετά⁹⁷, με τη διάσημη απόφαση *Taylor v. Caldwell* (1863)⁹⁸. Η απόφαση αυτή θεωρείται ο προάγγελος του θεσμού της frustration καθώς σηματοδοτεί την απομάκρυνση από την αυστηρή αρχή της «ιερότητας των συμβάσεων» και την πρώτη προσέγγιση του δόγματος της απαλλαγής απ' τις συμβατικές υποχρεώσεις λόγω επιγενόμενων απρόβλεπτων γεγονότων⁹⁹.

Σύμφωνα με τα πραγματικά περιστατικά, οι ενάγοντες νοίκιασαν τους κήπους του Σάρεϋ και την παρακείμενη αίθουσα συναυλιών από τους εναγόμενους προς τον σκοπό πραγματοποίησης τεσσάρων συναυλιών. Μετά τη σύναψη της σύμβασης και λίγες ημέρες πριν τη διεξαγωγή της πρώτης συναυλίας η αίθουσα συναυλιών

⁹³ Βλ. *Mckendrick*, Contract Law, Text, Cases and Materials, σ.868

⁹⁴ Βλ. *Koffman*, *MacDonald*, όπ.π., σ. 519. Στο επιχείρημα του δικαστηρίου αντέτειναν στη συνέχεια διάφοροι συγγραφείς το εξής αντεπιχείρημα: Πώς θα μπορούσαν τα μέρη να προνοήσουν στη σύμβαση για μελλοντικά γεγονότα και να απαλλαγούν απ'την ευθύνη τους όταν τα γεγονότα αυτά είναι μη δυνάμενα να προβλεφθούν;

⁹⁵ Βλ. *Mckendrick*, Force Majeure and Frustration of Contract, σ. 42: «There remained some scope for the development of a defence of supervening impossibility through Act of God, and this was allowed when Death, the most dramatic Act of God, intervened».

⁹⁶ Βλ. *Morgan*, Great Debates in Contract Law σ. 122.

⁹⁷ Χαρακτηριστικά αναφέρεται ότι η frustration εμφανίστηκε καθυστερημένα (doctrinal 'latecomer') στο αγγλικό συμβατικό δίκαιο, βλ. *Andrews*, όπ.π., σ. 448.

⁹⁸ *Taylor v. Caldwell* (1863) 3 B & S 826, Queen's Bench

⁹⁹ Πρβλ. *Treitel*, Frustration and Force Majeure, παρ. 2-022.

καταστράφηκε από πυρκαγιά που προκλήθηκε χωρίς υπαιτιότητα κανενός εκ των μερών, με αποτέλεσμα να μην μπορούν να πραγματοποιηθούν πλέον οι προγραμματισθείσες εκδηλώσεις. Οι ενάγοντες ζήτησαν αποζημίωση λόγω παραβίασης της σύμβασης, προκειμένου να καλύψουν τα έξοδα που πραγματοποίησαν για τη διαφήμιση. Το δικαστήριο απέρριψε το αίτημα, δεχόμενο ότι η σύμβαση υπόκειτο στον σιωπηρό όρο (implied term) ότι ο χώρος των συναυλιών θα εξακολουθούσε να υφίσταται. Δεδομένου ότι οι εναγόμενοι δεν εγγυήθηκαν τη διαθεσιμότητα του κτηρίου (ώστε να ευθύνονται αντικειμενικά σε κάθε περίπτωση), με την ανατροπή του ως άνω όρου, λύθηκε η σύμβαση και απαλλάχθηκαν απ' τις υποχρεώσεις τους¹⁰⁰. Το δικαστήριο κατέληξε στο συμπέρασμα αυτό ακολουθώντας έναν επαγωγικό συλλογισμό¹⁰¹. Στηριζόμενο στις ελάχιστες εξαιρέσεις¹⁰² του κανόνα των absolute contracts και με παραδείγματα εμπνευσμένα απ' το ηπειρωτικό-ευρωπαϊκό δίκαιο¹⁰³, εξήγαγε τη γενική αρχή ότι σε κάποιες περιπτώσεις, από τη φύση της σύμβασης προκύπτει ότι τα μέρη θεωρούσαν ότι δεν θα μπορούσε να εκπληρωθεί αν δεν συνέχιζε να υφίσταται ένα συγκεκριμένο αντικείμενο, έτσι κατά τη σύναψη της σύμβασης, θα πρέπει να εξέλαβαν αυτή τη συνεχιζόμενη ύπαρξη ως το θεμέλιο αυτού που έπρεπε να γίνει. («from the nature of the contract, it appears that the parties must... have known that it could not be fulfilled unless...some particular specified thing continued to exist...contemplated such continued existence as the foundation of what was to be done»).

Το dictum θεμελιώνεται στα ακόλουθα στοιχεία: Κατ' αρχήν ο συναυλιακός χώρος ήταν ουσιώδης για την εκπλήρωση. Ο χώρος αυτός καταστράφηκε, δηλαδή «σταμάτησε να υπάρχει» (ceased to exist) χωρίς υπαιτιότητα κανενός μέρους. Το δικαστήριο υποστήριξε ότι εφόσον η ύπαρξη του συναυλιακού χώρου ήταν ουσιώδης για την εκπλήρωση της σύμβασης, τα μέρη συμβλήθηκαν βασιζόμενα σ' αυτή. Δεν υπήρχε ρητός όρος να θεωρείται η σύμβαση λυθείσα σε περίπτωση καταστροφής του συναυλιακού χώρου, το δικαστήριο όμως συνήγαγε ερμηνευτικά έναν τέτοιο σιωπηρό όρο. Θεώρησε ότι εάν τα μέρη είχαν σκεφτεί το ενδεχόμενο καταστροφής του

¹⁰⁰ Βλ. *Καραπατζό*, όπ.π., σ. 241.

¹⁰¹ Πρβλ. *Treitel*, όπ.π., παρ. 2- 022.

¹⁰² Σε περίπτωση θανάτου ή μόνιμης ανικανότητας του οφειλέτη σε σύμβαση εκπλήρωσης προσωπικών υπηρεσιών, σε περίπτωση καταστροφής του αντικειμένου σύμβασης παρακαταθήκης ένεκα γεγονότος που βρισκόταν εκτός της σφαίρας ελέγχου του θεματοφύλακα.

¹⁰³ Κατά το σκεπτικό του *Λόρδου Blackburn* : «In Civil law such an exception is implied in every obligation of the class which they call obligation de certo corpore [...] Although the Civil law is not of itself authority in an English Court, it affords great assistance in investigating the principles on which the law is grounded ».

συναυλιακού χώρου, θα είχαν συμφωνήσει στην έννομη συνέπεια λύσης της σύμβασης. Αξιοσημείωτο είναι το ότι έννομη συνέπεια της καταστροφής του συναυλιακού χώρου ήταν η κοινή απαλλαγή των μερών απ' τις συμβατικές τους υποχρεώσεις. Με την απόφαση αυτή, το δικαστήριο έθεσε, για πρώτη φορά, τον κανόνα της κοινής απαλλαγής, όταν στο πλαίσιο μιας αμφοτεροβαρούς σύμβασης καθίσταται ανυπαίτιως αδύνατη η παροχή ενός συμβαλλομένου¹⁰⁴.

Το δικαστήριο θεμελίωσε το παραπάνω dictum με τρόπο ώστε να μην παρουσιάζεται ως κάμψη του κανόνα της *Paradine v. Jane* αλλά ως επιτρεπόμενη απόκλιση και περαιτέρω επιβεβαίωσή του¹⁰⁵. Αυτό επετεύχθη με δύο τρόπους : Κατ' αρχήν το δικαστήριο περιόρισε την αρχή των implied terms στις περιπτώσεις που το αντικείμενο της σύμβασης σταματούσε να υπάρχει για να αποφύγει την ευθεία σύγκρουση με την *Paradine v. Jane* (όπου το αντικείμενο της σύμβασης δεν είχε καταστραφεί) . Ωστόσο, αυτό το σημείο διαφοροποίησης δεν διατηρήθηκε καθώς το δόγμα της frustration επεκτάθηκε στη συνέχεια και σε περιπτώσεις όπου είναι φυσικώς δυνατή η εκπλήρωση¹⁰⁶. Ο δεύτερος τρόπος με τον οποίο το δικαστήριο επιχείρησε να μη διασπάσει τον κανόνα της «ιερότητας» των συμβάσεων, ήταν η απόδοση της λύσης της σύμβασης στη βούληση των μερών, με την ερμηνευτικά συναγόμενο σιωπηρό όρο της διαθεσιμότητας του συναυλιακού χώρου. Η *Taylor v. Caldwell*, ως προάγγελος της frustration, θέτει ως δογματικό θεμέλιο της frustration την υποθετική βούληση των μερών, θεωρία που θα δεχθεί στην πορεία δριμεία κριτική, όπως θα καταδειχθεί κατωτέρω.

Η θεωρία του implied term επεκτάθηκε πέρα από την καταστροφή του αντικειμένου της παροχής και σε περιπτώσεις όπου το επιγενόμενο γεγονός ματαίωνε, υπό μια εμπορική οπτική, το αντικείμενο της δέσμευσης των μερών, με μια σειρά αποφάσεων στις οποίες συναντάται για πρώτη φορά ο όρος frustration («the objects of the parties were frustrated»)¹⁰⁷. Οι αποφάσεις αυτές εισήγαγαν το πραγματικό της frustration of the adventure¹⁰⁸ και αφορούσαν την εκτέλεση ναυλοσυμφώνων, όπου ως σιωπηρά συναγόμενος όρος θεωρήθηκε η δυνατότητα εκμετάλλευσης του πλοίου από τον ναυλωτή σε εύλογο για τα συμφέροντά του χρόνο. Θεμελιώδης είναι η απόφαση

¹⁰⁴ Βλ. Καραμπατζό, όπ.π., αρ. 314.

¹⁰⁵ Βλ. Καραμπατζό, όπ.π., αρ. 316.

¹⁰⁶ Βλ. *Mckendrick*, Contract Law, Text Cases and Materials, σ. 872.

¹⁰⁷ Βλ. *Andrews*, όπ.π., σ. 449 αρ. [3].

¹⁰⁸ Για την απόδοση του περιεχομένου του όρου στα ελληνικά βλ. Καραμπατζό, όπ.π., σ. 231 αρ. 306 : Ο όρος αναφέρεται στην «ματαίωση των προσδοκιών του ναυλωτή ένεκα της μακράς καθυστέρησης στην εκτέλεση της συμβάσεως».

*Jackson v. Union Marine Insurance Co Ltd (1879)*¹⁰⁹ η οποία συνεισέφερε στην εξέλιξη της frustration τη διαπίστωση ότι η αδυναμία εκπλήρωσης θα πρέπει να αξιολογείται υπό το φως του σκοπού της σύμβασης¹¹⁰. Η υπόθεση αφορούσε σε ναυλοσύμφωνο που συνήφθη για τη μεταφορά σιδηρογραμμών από το Newport, όπου θα γινόταν η φόρτωση, στο San Fransisco. Πριν το πλοίο αφιχθεί στο Newport, βυθίστηκε και μεταφέρθηκε για επισκευή η οποία διήρκεσε τελικώς οκτώ μήνες. Στο μεταξύ ο ναυλωτής ναύλωσε άλλο πλοίο για να μεταφέρει το εμπόρευμα και αρνήθηκε να πληρώσει το ναύλο του υπό κρίση ταξιδιού. Το δικαστήριο έκρινε ότι το ναυλοσύμφωνο είχε λυθεί, υπαγόμενο στο σιωπηρό όρο ότι το πλοίο θα έπρεπε να είναι έτοιμο για τη φόρτωση σε εύλογο χρόνο για το προγραμματισθέν εαρινό ταξίδι. Η διάρκεια της καθυστέρησης ήταν τέτοια, που ξεπερνούσε τον εύλογο χρόνο ώστε η μη διαθεσιμότητα του πλοίου για την πραγματοποίηση του εαρινού ταξιδιού να ισοδυναμεί με ανατροπή του ως άνω όρου και λύση της σύμβασης.

Η απόφαση που σηματοδοτεί την περαιτέρω εξέλιξη του θεσμού της frustration ώστε να καταλαμβάνει και περιπτώσεις όπου παραμένει *δυνατή* η παροχή του οφειλέτη, είναι η *Krell v. Henry (1903)*¹¹¹. Πρόκειται για την πιο χαρακτηριστική περίπτωση μιας διάσημης σειράς υποθέσεων, γνωστών με τον όρο «υποθέσεις της ενθρονίσεως» (coronation cases) που ανέκυψαν στην Αγγλία στις αρχές του 20^{ου} αι. με αφορμή την αναβολή των εορτασμών της ενθρονίσεως του βασιλιά Εδουάρδου VII¹¹². Στην υπό κρίση υπόθεση, ο *Krell*, ιδιοκτήτης διαμερίσματος με θέα επί της οδού Pall Mall στο Λονδίνο απ' όπου θα διερχόταν η «βασιλική πομπή», αφού ανάρτησε σχετική διαφημιστική πινακίδα ότι το διαθέτει προς εκμίσθωση για τις μέρες της ενθρονίσεως, πέτυχε να το εκμισθώσει στον εναγόμενο *Henry* για τις 26 και 27/7, ημέρες στις οποίες είχε προγραμματισθεί η πομπή, και μόνο για τη διάρκεια της ημέρας. Ο εναγόμενος προκατέβαλλε για τη χρήση του διαμερίσματος 25 λίρες και συμφωνήθηκε να πληρώσει το υπόλοιπο των 50 λιρών στις 24/7. Αξιοσημείωτο είναι το ότι στα γράμματα που αντάλλαξαν τα μέρη για τη σύναψη της σύμβασης δεν γινόταν καμία αναφορά στη βασιλική πομπή. Με την ανακοίνωση της αναβολής των εκδηλώσεων, ο

¹⁰⁹ *Jackson v. Union Marine Insurance Co Ltd (1879)* LR 10 CP 125

¹¹⁰ Πρβλ. *Burrows*, A Casebook on Contract, σ. 657.

¹¹¹ *Krell v. Henry (1903)* 2. K.B. 740

¹¹² Στο πλαίσιο των εορτασμών είχαν προγραμματισθεί τριήμερες εκδηλώσεις: Την πρώτη ημέρα, πομπή από το ανάκτορο του Buckingham στο Αββαείο του Westminster, τη δεύτερη, βασιλική πομπή προς το City του Λονδίνου και την Τρίτη, επιθεώρηση του πολεμικού στόλου από τον βασιλιά στο Spithead. Ωστόσο, την παραμονή της ενθρονίσεως ο βασιλιάς αρρώστησε και αποφασίστηκε ότι θα έπρεπε να υποβληθεί σε εγχείρηση, με αποτέλεσμα την αναβολή της ενθρονίσεως. Βλ. αναλυτικά *Καραμπατζό*, ό.π., αρ. 330-331.

εναγόμενος θεώρησε ότι δεν δεσμευόταν πλέον από τη σύμβαση δεδομένου ότι δεν μπορούσε πλέον να εκπληρωθεί ο σκοπός για τον οποίο προέβη στη σύναψή της, δηλαδή να παρακολουθήσει τη βασιλική πομπή και επομένως αρνήθηκε να πληρώσει το υπόλοιπο ποσό. Ο εκμισθωτής, θεωρώντας ότι η σύμβαση ήταν ακόμη σε ισχύ, ενήγαγε τον Henry, αλλά το δικαστήριο απέρριψε το αίτημα του, με το ακόλουθο σκεπτικό:

Η προκείμενη σύμβαση δεν ήταν μια συνηθισμένη μίσθωση ενός διαμερίσματος¹¹³. Αντίθετα ήταν μίσθωση με έναν συγκεκριμένο σκοπό, την παρακολούθηση της βασιλικής πομπής. Η πραγματοποίηση της βασιλικής πομπής τις συγκεκριμένες ημέρες και κατά μήκος της οδού Pall Mall, συνιστούσε, κατά το δικαστήριο, το θεμέλιο της σύμβασης. Η παροχή δυνατότητας παρακολούθησης της πομπής ήταν εξίσου κρίσιμη τόσο για τον εκμισθωτή όσο και για τον μισθωτή, επρόκειτο δηλαδή για τον κοινό σκοπό των μερών¹¹⁴. Η αναβολή της πομπής οδήγησε στη ματαίωση του κοινού σκοπού, του θεμελίου της συμφωνίας των μερών, γι' αυτό και η σύμβαση έπρεπε να θεωρηθεί λυθείσα, παρά το γεγονός ότι η εκπλήρωση (παροχή χρήσης του διαμερίσματος) παρέμενε φυσικώς δυνατή.

Όπως αναφέρεται χαρακτηριστικά στο dictum της απόφασης : «Το δόγμα της frustration δεν περιορίζεται μόνο στις περιπτώσεις όπου το γεγονός που προκάλεσε την αδυναμία εκπλήρωσης είναι η καταστροφή του αντικειμένου της σύμβασης, αλλά επίσης σε περιπτώσεις όπου το γεγονός που καθιστά αδύνατη την εκπλήρωση είναι η μη ύπαρξη ενός ρητού όρου ή μιας κατάστασης πραγμάτων που βρίσκεται στα θεμέλια της σύμβασης και είναι ουσιώδης για την εκπλήρωσή της... πρώτα θα πρέπει να εξακριβωθεί, όχι απαραίτητα από τους όρους της σύμβασης, αλλά, αν χρειαστεί από τα απαραίτητα συμπεράσματα που προκύπτουν από τις συνοδεύουσες τη σύμβαση συνθήκες και αναγνωρίζονται και από τα δύο συμβαλλόμενα μέρη, ποιο είναι το θεμέλιο της σύμβασης και έπειτα...αν η σύμβαση θεμελιώνεται στην υπόθεση της ύπαρξης μιας συγκεκριμένης κατάστασης πραγμάτων». Θα μπορούσε να υποστηριχθεί ότι με τη φράση αυτή το δικαστήριο προσπαθεί να ακολουθήσει την αιτιολογία της

¹¹³ Βλ. *Treitel*, όπ.π., παρ. 7- 014 : «It was a contract to provide... “a room with a view”»

¹¹⁴ Για τον μισθωτή αυτό καθίσταται σαφές καθώς δεν θα μπορούσαμε να θεωρήσουμε ότι μίσθωσε το συγκεκριμένο διαμέρισμα, τις συγκεκριμένες ημερομηνίες για να παρακολουθήσει απλώς την καθημερινή κυκλοφορία στην οδό Pall Mall, πρβλ. *Treitel*, όπ.π., παρ. 7- 014. Όσον αφορά τον εκμισθωτή, υπερ του ότι θεμέλιο της σύμβασης και για εκείνον ήταν η πραγματοποίηση της πομπής, συνηγορεί το γεγονός ότι το μίσθωμα ήταν αξιοσημείωτα υψηλό, καθώς και το γεγονός ότι είχε διαφημίσει το διαμέρισμά του με αναφορά στη θέα που θα προσέφερε για την παρακολούθηση της πομπής, πρβλ. *Burrows*, όπ.π., σ. 660.

Taylor v. Caldwell χωρίς ωστόσο να αναφέρεται στην ύπαρξη ενός σιωπηρού όρου, αλλά στην έκλειψη μιας κατάστασης πραγμάτων που τα μέρη είχαν αναγάγει σε κοινό θεμέλιο της σύμβασης¹¹⁵.

Η *Krell v. Henry*, σηματοδοτεί ίσως την απώτατη έως τώρα εξέλιξη της frustration, καθώς οι μεταγενέστερες αποφάσεις υιοθετούν μάλλον αυστηρότερη αντιμετώπιση¹¹⁶. Ακόμη και η θεωρία την αντιμετωπίζει με επιφυλακτικότητα, εστιάζοντας στο στοιχείο της ματαίωσης του «κοινού» σκοπού των μερών, προκειμένου να μην γίνεται επίκλησή της όταν ένα μέρος επιθυμεί να αποδεσμευθεί από τη σύμβαση επειδή κατέστη λιγότερο επικερδής απ' ό,τι είχε αρχικώς υπολογίσει¹¹⁷. Η τελευταία παρατήρηση προσεγγίζει το τρίτο πραγματικό που εντάσσεται στη frustration, αυτό της δυσχέρειας εκπληρώσεως, το οποίο εμμέσως απορρίπτεται από τη νομολογία όπως θα καταδειχθεί στην συνέχεια¹¹⁸.

Αφού εξετάσθηκαν εν συντομία οι αποφάσεις- ορόσημο στην διαμόρφωση της frustration ως ευρύτερου απαλλακτικού λόγου, σειρά έχει η κατανόηση των δικαιολογητικών λόγων για τη διαμόρφωσή της, ο προσδιορισμός του δικαϊκού θεμελίου της (juristic basis). Η παρουσίαση των νομικών αξιολογήσεων στις οποίες εδράζεται η frustration, προσδιορίζει παράλληλα και τα όρια του θεσμού, δηλαδή απαντά στο ερώτημα, υπό ποιες προϋποθέσεις αναγνωρίζεται ότι μια σύμβαση πρέπει να λυθεί¹¹⁹.

Ο προσδιορισμός του δικαϊκού θεμελίου της frustration έχει αποτελέσει μέχρι και σήμερα αντικείμενο έντονων θεωρητικών αντιπαραθέσεων, προσδίδοντας στο δόγμα αυτό μια «εγγενή αβεβαιότητα», με μια σημαντική πρακτική συνέπεια: εφόσον δεν γνωρίζουμε με βεβαιότητα τη θεωρητική βάση του θεσμού, καθίσταται ανέφικτη και η ασφαλής πρόβλεψη των προϋποθέσεων υπό τις οποίες θα γίνει η κατάφασή του από το δικαστήριο¹²⁰. Θα πρέπει επιπλέον να επισημανθεί ότι η ανομοιογένεια των πραγματικών (αδυναμία παροχής, ματαίωση σκοπού χρήσεως της παροχής, δυσχέρεια εκπλήρωσης) που αποτελούν τις περισσότερες συνιστώσες του θεσμού καθιστούν

¹¹⁵ Βλ. αναλυτικά κατωτέρω, ενότητα VII 3 γ.

¹¹⁶ *Koffman, MacDonald*, όπ.π., σ.522

¹¹⁷ Στην επισήμανση αυτή προβαίνει χαρακτηριστικά ο *Mckendrick*, όπ.π., σ. 902.

¹¹⁸ Βλ. κατωτέρω, ενότητα VII 3 β.

¹¹⁹ *Treitel*, όπ.π., παρ. 16-005.

¹²⁰ *Mckendrick*, *Force Majeure and Frustration of Contract*, σ. 39.

ακόμα δυσκολότερη την ενιαία απάντηση περί της δικαιοθεωρητικής βάσης του, γεγονός που δεν έχει καταστεί ακόμη αντιληπτό στον αγγλοσαξωνικό χώρο¹²¹.

*Οι επιμέρους θεωρίες που προσπαθούν να απαντήσουν στο ανωτέρω ερώτημα, απηχούν τον ευρύτερο προβληματισμό περί του αν πρόκειται για έναν θεσμό επιβαλλόμενο απ' τις επιταγές της δικαιοσύνης, ανεξαρτήτως της βούλησης των μερών ή στηριζόμενο στην ίδια τη βούληση των μερών*¹²². Πράγματι, στις ήδη αναλυθείσες, παλαιότερες αποφάσεις που αποτέλεσαν τη βάση για τη διαμόρφωση του θεσμού¹²³, τα δικαστήρια επικαλούνται έναν «σιωπηρό όρο» της σύμβασης για να δικαιολογήσουν τη λύση της λόγω επιγενόμενων γεγονότων¹²⁴, παρουσιάζοντας έτσι την έννομη συνέπεια της λύσης ως καλυπτόμενη από τη βούληση των μερών¹²⁵. Έτσι, λ.χ για το ζήτημα της τυχαίας καταστροφής του αντικειμένου της σύμβασης πριν την ημερομηνία της εκπλήρωσης, όπως αναφέρεται χαρακτηριστικά, «εκεί που το ρωμαϊκό δίκαιο εφάρμοζε έναν κανόνα, το αγγλικό δίκαιο ανίχνευε μέσω της ερμηνείας, μια συμβατική πρόθεση»¹²⁶. Στην πράξη τα δικαστήρια απείχαν πολύ απ' το να προσεγγίζουν την αυτόνομη αξιολόγηση των μερών¹²⁷. Η μη λήψη υπ' όψη των ιδιαίτερων χαρακτηριστικών των συγκεκριμένων συναλασσομένων, της συναλλακτικής τους πείρας, των ιδιαίτερων περιστάσεων ή των προσδοκιών τους δεν μπορούσε να οδηγήσει στην ανεύρεση της αληθινής τους βούλησης για το συγκεκριμένο γεγονός. Τα δικαστήρια δεν θεμελιώναν την κρίση τους στο τι πραγματικά σκόπευαν τα μέρη, αλλά στο τι θα συμφωνούσαν δύο δίκαιοι και έμφρονες συναλασσόμενοι εάν είχαν υπολογίσει στην επέλευση του συγκεκριμένου γεγονότος. Συνεπώς η θεωρία του σιωπηρού όρου χρησιμοποιήθηκε για την υπεισέλευση ετερόνομων αξιολογήσεων στη σύμβαση και τελικά, για τη συγκάλυψη επιεικών κρίσεων¹²⁸.

¹²¹ Βλ. *Καραμπατζό*, όπ. π, σ. 291 αρ. 381, όπου επισημαίνει την ανάγκη «ξεχωριστής δικαιοθεωρητικής επεξεργασίας» του κάθε πραγματικού.

¹²² *Burrows*, όπ.π., σ. 677 : «Does the real debate as to the juristic basis boil down to whether it is a court-imposed or intention-based doctrine?»

¹²³ *Taylor v. Caldwell* (1863), *Jackson v. Union Marine Insurance* (1879), *Krell v. Henry* (1903)

¹²⁴ *Burrows*, όπ.π., σ. 674.

¹²⁵ *Λόρδος Radcliff, Davis Contractors v. Fareham UDC* (1956) : «This approach is in line with the tendency of English courts to refer all the consequences of a contract to the will of those who made it».

¹²⁶ *Ibbetson*, *A Historical Introduction to the Law of obligations*, (2001), σ. 224

¹²⁷ *Λόρδος Sumner, Hirji Mulji v Cheong Yue Steamship Co Ltd* (1926) AC 497 : «The decision must be given irrespective of the individuals concerned, their temperaments and failings, their interest and circumstances».

¹²⁸ *Λόρδος Radcliff, Davis Contractors v. Fareham UDC* : «It might seem that the parties themselves have become so far disembodied spirits that their actual persons should be allowed to rest in peace. In their places there rises the figure of fair and reasonable man».

Η πειστικότητα της θεωρίας του σιωπηρού όρου αμφισβητήθηκε έντονα από τους Λόρδους Radcliff και Reid στο πλαίσιο της απόφασης *Davis Contractors Ltd v. Fareham UDC* (1956)¹²⁹ . Η κριτική στηρίχθηκε αρχικά στο εξής επιχείρημα : Αν τα μέρη είχαν λάβει υπ' όψη τους το ενδεχόμενο να συμβεί το συγκεκριμένο επιγενόμενο περιστατικό, θεωρείται απίθανο να συμφωνούσαν στην έννομη συνέπεια της λύσης της σύμβασης. Αντίθετα, θα προσπαθούσαν με τον έναν ή τον άλλο τρόπο να επιφυλάξουν στον εαυτό τους αποζημιώσεις ή να κατοχυρώσουν άλλες εγγυήσεις. Η ερμηνεία του σιωπηρού όρου έχει επικριθεί αντίστοιχα και από τη θεωρία, ως επιφανειακή και πλασματική¹³⁰, καθώς, όπως λέγεται, σπάνια θα επιθυμούν και τα δύο μέρη τη λύση της σύμβασης όταν λάβει χώρα το κρίσιμο γεγονός. Ένα δεύτερο σημείο στο οποίο εστίασε την κριτική του ο Λόρδος Radcliff ήταν στην επισήμανση μιας λογικής ασυνέπειας : πώς θα μπορούσαν τα μέρη, έστω σιωπηρά να προβλέψουν την έννομη συνέπεια για ένα γεγονός που δεν είχαν καν προβλέψει ότι ενδέχεται να συμβεί; Κατ' αυτόν, η απόδοση της λειτουργίας της frustration στη βούληση των μερών, αποκρύπτει τον πραγματικό ρόλο του δικαστηρίου, που είναι να εφαρμόζει ένα αντικειμενικό δόγμα του δικαίου των συμβάσεων, στη συμβατική δέσμευση των μερών. Οι καταδειχθείσες αδυναμίες της θεωρίας του σιωπηρού όρου οδήγησαν στη σταδιακή εγκατάλειψή της τόσο από τη θεωρία όσο και απ' τη νομολογία¹³¹.

Μάλλον κρατούσα σήμερα είναι η θεωρία της ερμηνείας της σύμβασης (construction theory)¹³², όπως διατυπώθηκε από τον Λόρδο Radcliff στην ίδια απόφαση: «η frustration εφαρμόζεται όποτε ο νόμος αναγνωρίζει ότι χωρίς υπαιτιότητα κάποιου μέρους, μια συμβατική υποχρέωση δεν μπορεί πλέον να εκπληρωθεί, διότι οι συνθήκες στις οποίες καλείται το μέρος να εκπληρώσει θα καθιστούσαν (την εκπλήρωση) ουσιωδώς (ριζικά) διαφορετική από την υποχρέωση που αναλήφθηκε με τη σύμβαση. Non haec in foedera veni¹³³. Δεν ήταν αυτό που υποσχέθηκα να κάνω»¹³⁴. Η θεωρία αυτή έχει επίσης ως αφετηρία τη βούληση των μερών, υιοθετεί όμως μια πιο αντικειμενική προσέγγιση¹³⁵ καθώς το αληθινό νόημα της σύμβασης αποκαλύπτεται,

¹²⁹ *Davis Contractors Ltd v. Fareham UDC* (1956) AC 696

¹³⁰ Chitty , Beale, Chitty on contracts, παρ. 23- 007.

¹³¹ Mckendrick, ό.π., σ. 38, σημ. 31.

¹³² Έτσι, Mckendrick, ό.π., σ. 38, Burrows, ό.π., σ. 676-677.

¹³³ Όπως αναφέρει ο Λόρδος Rix στη απόφαση *The Sea Angel*, (2007), πρόκειται για ειρωνεία, να χρησιμοποιείται η εν λόγω ρήση πλέον ως «μότο» της frustration, καθώς πρόκειται για τα «άθλια» λόγια που χρησιμοποίησε ο Αινείας κατά την εγκατάλειψη της Διδούς, βασίλισσας της Καρχηδόνας. (*Βιργίλιος*, Αινειάδα, βιβλίο IV, στίχοι 338/339)

¹³⁴ Λόρδος Radcliff, *Davis Contractors Ltd v. Fareham UDC* (1956) AC 696 , σ. 729

¹³⁵ Βλ. *Καραμπατζό*, ό.π., σ. 296 αρ. 387

όχι με την προσθήκη ενός σιωπηρού όρου, αλλά με την ερμηνεία της υπό το φώς της φύσης της σύμβασης και των συνθηκών που υπήρχαν κατά τη σύναψή της¹³⁶. Το δικαστήριο θα πρέπει να διαπιστώσει μέσω της ερμηνείας την έκταση των περιστατικών που καλύπτονται από τη βούληση των μερών για να συναγάγει αν μπορούν να υπαχθούν σε αυτά οι νέες συνθήκες ή όχι. Αν η απάντηση είναι αρνητική, η σύμβαση λύεται¹³⁷. Η ερμηνεία ακολουθείται από μία σύγκριση¹³⁸ : το δικαστήριο θα πρέπει να αντιπαραβάλλει τον χαρακτήρα της εκπλήρωσης κατά τις νέες συνθήκες, με την υποχρέωση που αρχικώς αναλήφθηκε με τη σύμβαση. Αν η φύση της αναληφθείσας υποχρέωσης έχει μεταβληθεί ριζικά, τότε ενεργοποιείται ο απαλλακτικός λόγος της frustration¹³⁹.

Μια άλλη εκδοχή με ευρεία απήχηση για το δικαιοθεωρητικό θεμέλιο της frustration, είναι η «θεωρία της δίκαιης λύσεως» (just solution)¹⁴⁰. Η θεωρία αυτή απομακρύνεται από τον υποκειμενικό παράγοντα της συμβατικής βούλησης, και εδράζεται στις αντικειμενικές αρχές της επιείκειας και της δικαιοσύνης¹⁴¹. Πράγματι, πολλές σημαντικές αποφάσεις αναγάγουν την έννοια της δικαιοσύνης στην «καρδιά» του δόγματος. Χαρακτηριστικά είναι τα κάτωθι αποσπάσματα απ' τη νομολογία: Η frustration είναι « το μέσο με το οποίο οι κανόνες για την απόλυτη υποχρεωτικότητα των συμβάσεων, συμφιλιώνονται με μια ειδική εξαίρεση που απαιτεί η δικαιοσύνη»¹⁴², «ένα τέχνασμα για να διεκδικήσουμε τη δικαιοσύνη...που δικαιολογεί την απομάκρυνση απ' τους ρητούς όρους της σύμβασης »¹⁴³, ενώ κατά τον δικαστή *Bingham*, η frustration «λειτουργεί με σκοπό την άμβλυνση της αυστηρότητας της αρχής της αντικειμενικής ευθύνης» (to mitigate the rigour of absolute liability)¹⁴⁴. Ακόμα και σε μια από τις πιο σύγχρονες αποφάσεις για το θεσμό, την *Edwinton v. Tsavlis*, (*The Sea Angel*) (2007)¹⁴⁵ επισημαίνεται ότι η έννοια της δικαιοσύνης αποτελεί την αδιαμφισβήτητη δικαιολόγηση της frustration.

¹³⁶ *Λόρδος Reid*, *Davis Contractors Ltd v. Fareham UDC* (1956) AC 696 σ. 721

¹³⁷ *Λόρδος Reid*, όπ.π. Κατά την αγγλική αυθεντική διατύπωση: « The court asks whether the contract is... on its true construction, wide enough to apply to the new situation; If not, then it is at an end»

¹³⁸ *Mckendrick*, *Contract Law, Text Cases and Material*, σ. 877 και 928.

¹³⁹ Το κριτήριο της «ριζικής μεταβολής της φύσης της υποχρέωσης» που διατυπώθηκε στο πλαίσιο της construction theory από τον Λόρδο Radcliff, έχει γνωρίσει ευρεία απήχηση στη νομολογία, βλ *Burrows*, όπ.π., σ. 665

¹⁴⁰ *Burrows*, όπ.π., σ. 676, *Mckendrick*, *Force Majeure and Frustration of Contract*, σ. 39

¹⁴¹ Βλ. *Καραμπατζό*, όπ.π., σ. 297 αρ. 389.

¹⁴² *Λόρδος Sumner*, *Hirji Mulji v Cheong Yue Steamship Co Ltd* (1926) AC 497

¹⁴³ *Λόρδος Simon*, *National Carriers v. Panalpina (Northern)* (1981) AC 675, 701

¹⁴⁴ *J Lauritzen AS v. Wijsmuller BV* (*"The Super Servant Two"*) (1990) 1 Lloyd's Rep 1, 8.

¹⁴⁵ *Edwinton v. Tsavlis*, (*The Sea Angel*) (2007) 2 Lloyd's Rep 517

Αυτό που επισημαίνεται από τη θεωρία είναι ότι σε καμία από τις υποβλητικές διατυπώσεις δικαστών που τάσσονται υπέρ της θεμελίωσης αυτής δεν εντοπίζεται η θέσπιση συγκεκριμένων κριτηρίων με τα οποία θα καταφάσκει ότι η αρχή της δικαιοσύνης θα επιβάλλει κάθε φορά τη λύση της σύμβασης¹⁴⁶. Έτσι, έχει υποστηριχθεί στη νομολογία, ότι ενώ οι επιταγές της επιείκειας φαίνεται να «αποτελούν μια θαυμαστή θεμελίωση του σκοπού της frustration, αφήνουν το δόγμα χωρίς θεωρητική βάση»¹⁴⁷, αφού δεν υπάρχει σαφήνεια ως προς την ύπαρξη ορισμένων κριτηρίων για την εφαρμογή του. Επιπλέον, η αποδοχή αυτής της διακαιοθεωρητικής βάσης δεν επηρεάζει την άποψη για τις έννομες συνέπειες του θεσμού με αποτέλεσμα να γεννάται το ερώτημα: Πώς συμβαδίζει με τις επιταγές της δικαιοσύνης η έλλειψη της διαπλαστικής εξουσίας του δικαστηρίου και η αυτόματη λύση της σύμβασης ανεξάρτητα από τις επιθυμίες των μερών¹⁴⁸; Σε κάθε περίπτωση, η θεωρία της δίκαιης λύσης, παρά την ασκηθείσα κριτική, υποστηρίζεται από μεγάλο μέρος της θεωρίας¹⁴⁹.

¹⁴⁶ Βλ. σχετ. *Morgan*, όπ.π., σ. 14-15 : «The difficulty comes in defining these inevitably nebulous terms...In none of the copious statements do the eminent judges attempt to define what they say is the basis of the doctrine».

¹⁴⁷ Λόροδος *Hailsham, National Carriers v. Panalpina (Northern)* (1981) AC 675

¹⁴⁸ Για το πρώτο σκέλος του ερωτήματος βλ. *Treitel*, όπ.π., σ. 819-820, και για το δεύτερο βλ. *Morgan*, όπ.π., σ. 125.

¹⁴⁹ Βλ. *Mckendrick*, όπ.π., σ.39.

3. *Ενδιάμεσο συμπέρασμα*

Στο σημείο αυτό θα επιχειρηθεί η συσχέτιση της *δικαιολογητικής βάσης* των λύσεων που υιοθετούν οι συγκρινόμενες έννομες τάξεις, η οποία αποκαλύπτει και τη θέση της κάθε μιας στο βασικό ερώτημα , *αν και πως* δικαιολογείται η απόκλιση από το αρχικό περιεχόμενο της σύμβασης σε περίπτωση απρόβλεπτης μεταβολής των συνθηκών. Η στάση του Έλληνα νομοθέτη παρίσταται σαφής καθώς η ΑΚ 388 εμπεριέχει κριτήρια για τον προσδιορισμό της σχέσης της αρχών της συμβατικής πίστης, της ιδιωτικής αυτονομίας και της διορθωτικής συμβατικής δικαιοσύνης. Αντίθετα, ως προς το δογματικό θεμέλιο της frustration δεν υιοθετείται ενιαία στάση, η επεξεργασία όμως των επιμέρους θεωριών αποκαλύπτει τα βασικά χαρακτηριστικά της αγγλοσαξωνικής προσέγγισης.

Από την επεξεργασία των επιμέρους θεωριών που έχουν διατυπωθεί για την δικαιολόγηση της frustration και από την θεώρηση της εμπεριεχόμενης στην ΑΚ 388 ratio legis, προκύπτει ότι η απόκλιση από το συμβατικό πρόγραμμα παρίσταται ως επιβαλλόμενη άλλοτε από την αρχή της ιδιωτικής αυτονομίας, άλλοτε από την αρχή της διορθωτικής συμβατικής δικαιοσύνης, άλλοτε από τη συνδυασμένη δράση των παραπάνω αρχών και άλλες φορές με επίκληση της γενικής ιδέας περί δικαιοσύνης. Στην αγγλική νομολογία και θεωρία δεν γίνεται άμεση επίκληση των αρχών αυτών, ωστόσο κάθε μια από τις προτεινόμενες θεωρίες φαίνεται ότι εξυπηρετεί κάποια εκ των ανωτέρω αρχών (λ.χ η θεωρία της ερμηνείας εξυπηρετεί την πραγμάτωση της ιδιωτικής αυτονομίας). Στη συνέχεια επιχειρείται μια κατηγοριοποίηση των περισσότερων θεωριών ανάλογα με την δικαιοηθική αρχή που φαίνεται να υπαγορεύει την απόκλιση από την αρχή της συμβατικής πίστης, σε αντιπαράβολή με την εμπεριεχόμενη στην ΑΚ 388 αξιολόγηση.

Α) Η λύση της σύμβασης ως μέσο πραγμάτωσης της ιδιωτικής αυτονομίας των μερών και η παρείσφρηση αντικειμενικών κριτηρίων . Στην κατηγορία αυτή εντάσσεται κατ' αρχήν η θεωρία του «σιωπηρού όρου» (implied condition). Το δικαστήριο ερμηνεύοντας τη σύμβαση, διαπιστώνει ότι *τα μέρη* έχουν εξαρτήσει την ισχύ της από έναν σιωπηρώς συμφωνημένο όρο, λ.χ τη συνέχιση της ύπαρξης ενός αντικειμένου ουσιώδους για την εκπλήρωση ή μιας κατάστασης πραγμάτων. Η frustration λειτουργεί εδώ ως η έννομη συνέπεια της έκλειψης του εν λόγω όρου, άρα το αποτέλεσμα της

λύσης της σύμβασης υπαγορεύεται άμεσα από τη βούληση των μερών. Ο δικαστής απλά αναλαμβάνει την ευθύνη να εγγυηθεί την πραγμάτωση της ιδιωτικής αυτονομίας των μερών μέσω της ορθής συμβατικής ερμηνείας. Το ανωτέρω, αρχικά επαληθεύεται από τη χαρακτηριστική διατύπωση του δικαστή *Blackburn*¹⁵⁰ «...this implication tends to further the great object of making the legal construction such as to *fulfill the intention* of those who enter into the contract...». Ωστόσο, όπως προκύπτει από τη συνέχεια του ίδιου παραθέματος, η συναγωγή ενός σιωπηρού όρου μπορεί να μην ανταποκρίνεται τελικά στην πραγματική βούληση των συγκεκριμένων μερών, αλλά να εμπεριέχει συγκαλυμμένες αντικειμενικές αξιολογήσεις «...for, in the course of affairs, *men*, in making such contracts, *in general*, would, if it were brought to their minds, say that there should be such a condition».

Την ίδια λειτουργία φαίνεται να επιτελεί και η θεωρία της ερμηνείας της σύμβασης (construction theory). Η σύμβαση ερμηνεύεται με σκοπό να διαπιστωθεί αν μπορεί να εφαρμοσθεί και στις νέες συνθήκες. Η παρείσφρηση αντικειμενικών κριτηρίων είναι και εδώ εμφανής¹⁵¹. Τα χαρακτηριστικά της ερμηνείας βάσει των ανωτέρω δύο θεωριών θυμίζουν τη συμπληρωτική ερμηνεία του ελληνικού δικαίου κατά την οποία εκτός από την υποθετική βούληση των μερών λαμβάνονται υπόψη και τα αντικειμενικά αξιολογικά κριτήρια της καλής πίστης¹⁵².

Οι παραπάνω θεωρίες, που αποδίδουν τη λειτουργία της frustration στην εικαζόμενη βούληση των μερών, διαφοροποιούνται από τον τρόπο λειτουργίας της ΑΚ 388, η εφαρμογή της οποίας έπεται της ερμηνείας και προϋποθέτει ότι έχει ήδη διαγνωσθεί η συμβατική βούληση, έστω και με συμπληρωτική ερμηνεία¹⁵³.

Β) Η υποχώρηση της αρχής *pacta sunt servanda* ως επιβαλλόμενη προς αποκατάσταση της πληγείσης ιδιωτικής αυτονομίας. Μια από τις επικρατούσες θεωρίες στον αγγλοσαξωνικό χώρο είναι η θεωρία της «ριζικής μεταβολής της φύσης της υποχρέωσης» (radical change in the obligation), η οποία στην πράξη συνδυάζεται με τη θεωρία της ερμηνείας. Κατ' αυτήν, θα πραγματοποιείται μια κατά κύριο λόγο ερμηνευτική διεργασία : προσδιορισμός της έκτασης της αναληφθείσας υποχρέωσης και σύγκρισή της με την εκπλήρωση υπό τις νέες συνθήκες. Η σύμβαση θα λύεται μόνο σε περίπτωση υπαγωγής της εκπλήρωσης υπό τις νέες συνθήκες στην αόριστη έννοια

¹⁵⁰ *Blackburn J, Taylor v. Caldwell*, (1863) ό.π.π.

¹⁵¹ *Treitel*, The law of contract, σ. 923 «In what circumstances did the parties intend the contract to operate? In answering this question, the court no doubt applies an *objective test* ».

¹⁵² Βλ. Καραμπατζό, ό.π.π., αρ. 383, Παπανικολάου, Μεθοδολογία..., αρ. 522.

¹⁵³ Παπανικολάου, Μεθοδολογία, αρ. 534.

της «ριζικής μεταβολής της φύσης της υποχρέωσης». Θα μπορούσε να υποστηριχθεί ότι το εν λόγω κριτήριο εκφράζει την ανάγκη προστασίας του πληττόμενου συμβαλλομένου όταν η εκπλήρωση υπό τις νέες συνθήκες θα μετέβαλλε σε τέτοιο βαθμό τη φύση της αναληφθείσας υποχρέωσης ώστε να μπορεί να γίνει λόγος για διάψευση του τρόπου με τον οποίο λειτούργησε η ιδιωτική του αυτονομία. Υπέρ της προσέγγισης αυτής συνηγορεί και η χρησιμοποίηση κατά τη διατύπωση του κρίσιμου κριτηρίου¹⁵⁴, της φράσης «Non haec in foedera veni» (Δεν ήταν αυτό που υποσχέθηκα να κάνω) .

Γ) Η υποχώρηση της αρχής *pacta sunt servanda* ως επιβαλλόμενη από τη συνδυασμένη δράση της ιδιωτικής αυτονομίας και της συμβατικής δικαιοσύνης. Η αγγλική νομολογία συχνά συνδέει για την κατάφαση της frustration το κριτήριο της «ριζικής μεταβολής της φύσης της υποχρέωσης» με τη θεωρία της δίκαιης λύσεως (*just solution*). Κατά την προσέγγιση αυτή, τα αξιολογικά κριτήρια για τον υπαγωγή της ατομική περίπτωση στην αόριστη νομική έννοια της ριζικής μεταβολής, θα πρέπει να αντληθούν απ' την ιδέα της δικαιοσύνης. Συνεπώς, η λύση της σύμβασης δικαιολογείται μόνο όταν η εκπλήρωση της υποχρέωσης υπό τις νέες συνθήκες αποκλίνει σε τέτοιο βαθμό από την αρχικώς αναληφθείσα υποχρέωση, ώστε να παρίσταται «εξαιρετικά άδικη» η εμμονή στην εκπλήρωση¹⁵⁵.

Η δικαιολόγηση της υποχώρησης της αρχής της συμβατικής πίστης, προς αποφυγή «αφόρητων κοινωνικών αποτελεσμάτων» *επειδή* διαβρώθηκε σημαντικά η ιδιωτική αυτονομία (τουλάχιστον του ενός μέρους¹⁵⁶) υιοθετείται και κατά την ερμηνεία της ΑΚ 388¹⁵⁷. Υποστηρίζεται ότι καθιστάμενης της παροχής υπέρμετρα επαχθούς, το αρχικό περιεχόμενο της σύμβασης δεν είναι πλέον ηθελημένο (απ' τον πληττόμενο συμβαλλόμενο) σε τέτοιο βαθμό, ώστε να αίρεται η βάση ουσιαστικής νομιμοποίησής του (ιδιωτική αυτονομία). Κατά την προσέγγιση αυτή, η αρχή της ιδιωτικής αυτονομίας από κοινού με την αρχή της εξισωτικής συμβατικής δικαιοσύνης επιτάσσουν την υποχώρηση της αρχής *pacta sunt servanda*.

¹⁵⁴ Λόρδος Radcliff, *Davis Contractors v. Fareham*, ό.π.

¹⁵⁵ Λόρδος Denning, *The Eugenia*, (1964) 2 QB 226 : «Then you must see how different it is...It must be more than merely more onerous or more expensive. It must be positively unjust to hold the parties bound».

¹⁵⁶ Βλ. Καραμπατζό, ό.π., σ. 416, σημ. 138.

¹⁵⁷ Βλ. Παπανικολάου, Περί των ορίων..., σ. 113: « Δεν είναι άραγε το μη πραγματικά ηθελημένο της νέας σχέσεως παροχής και αντιπαροχής ο αληθινός λόγος (η ratio legis) που πρέπει να επικαλεστεί εκεί η αρχή της εξισωτικής συμβατικής δικαιοσύνης για να δικαιολογήσει τελικά τη διορθωτική επέμβαση του δικαστή στο περιεχόμενο της συμβάσεως;», *τον ίδιο*, σε Αφιέρωμα στον Α. Γαζή, σ. 483-485.

Δ) Η υποχώρηση της αρχής *pacta sunt servanda* ως επιβαλλόμενη από την επιείκεια και τη διορθωτική συμβατική δικαιοσύνη. Κατά την εμπεριεχόμενη στην ΑΚ 388 αξιολόγηση, ο δικαστής, σεβόμενος την αρχική συμβατική ρύθμιση κατά το μέτρο που είναι δυνατόν, εξειδικεύει τις αόριστες νομικές έννοιες της διάταξης, χρησιμοποιώντας και τα αξιολογικά κριτήρια της καλής πίστης, για την πραγμάτωση των επιταγών της επιείκειας και της εξισωτικής συμβατικής δικαιοσύνης¹⁵⁸.

Από τις κρατούσες θεωρίες για το θεμέλιο της frustration, η θεωρία της δίκαιης λύσεως (*just solution*), επικαλούμενη τις αρχές της επιείκειας και της δικαιοσύνης, στηρίζεται κατ' αρχήν στις ίδιες αρχές και λειτουργεί με παρόμοιο τρόπο. Παρουσιάζει την απόκλιση από τους αρχικούς συμβατικούς όρους ως επιβαλλόμενη σε εξαιρετικές περιπτώσεις για την επίτευξη δίκαιων αποτελεσμάτων. Ωστόσο, η έλλειψη καθορισμένων κριτηρίων (όπως κατ' αρχήν σ' εμάς οι αόριστες νομικές έννοιες της ΑΚ 388) που να προσανατολίζουν τον δικαστή και να δημιουργούν ασφάλεια στις συναλλαγές, καθώς και η μη απονομή σ' αυτόν εξουσίας αναπροσαρμογής, προσδίδουν μια ασάφεια και μια αντίφαση αντίστοιχα, στην εν λόγω δογματική βάση.

Εδώ η υποχώρηση της συμβατικής πίστης δεν δικαιολογείται από την επίκληση των μέσης τάξεως αρχών της διορθωτικής συμβατικής δικαιοσύνης και της καλής πίστης¹⁵⁹ όπως καθ' ημάς, η καλή πίστη άλλωστε δεν αναγνωρίζεται στο αγγλικό δίκαιο, αλλά από την επίκληση της απώτερης αρχής της δικαιοσύνης μη εξειδικευόμενης περαιτέρω. Ως σκοπός της frustration, η επίτευξη δίκαιων αποτελεσμάτων παρίσταται «ελκυστική» μεν, αλλά δεν συνιστά μια στέρεη βάση ικανή να εξειδικευτεί περαιτέρω και να βασισθεί σε συγκεκριμένα κριτήρια¹⁶⁰. Υποστηρίζεται χαρακτηριστικά, ότι ακόμα και αν αναγνωριζόταν η ειδικότερη αρχή της καλής πίστης ως θεμέλιο της frustration, αυτό θα συνεπαγόταν περαιτέρω ανασφάλεια στις συναλλαγές, καθώς θα άνοιγε νέο γύρο αντιπαραθέσεων σχετικά με το πώς ορίζεται η καλή πίστη¹⁶¹.

¹⁵⁸ Βλ. Παπανικολάου, σε Αφιέρωμα στον Α.Γαζή (1994) σ. 479-481· Μπέη, Το πρόβλημα του δικαίου και των ηθικών αξιών, XIV, αρ. 11, Σταθόπουλο, όπ.π., § 22 αρ. 33.

¹⁵⁹ Σχετικά με τη διάκριση των αντικειμενικών-τελολογικών κριτηρίων βλ. Παπανικολάου, Μεθοδολογία..., αρ. 244, 248.

¹⁶⁰ Όπως υποστήριξε ο *Lord Hailsham*, στην απόφαση *National Carriers v. Panalpina (Northern)*, (1981) για την ιδέα της δικαιοσύνης : «the weakness of the formulation,...is that, though it admirably expresses the purpose of the doctrine, it does not provide it with any theoretical basis at all».

¹⁶¹ *Mckendrick*, Good Faith in Contract and Property Law, ed. Forte, (1999).

V. Κοινωνικό-οικονομικό και πολιτικό πλαίσιο ανάπτυξης της προβληματικής – Ο αποκλίνων ιδεολογικός προσανατολισμός του δικαίου των συμβάσεων στον ηπειρωτικό και αγγλοσαξωνικό χώρο

Στο σημείο αυτό, για την καλύτερη κατανόηση¹⁶² της εξεταζόμενης προβληματικής προκρίνεται η θεώρησή της υπό το πρίσμα του *ιδεολογικού χαρακτήρα* του δικαίου των συμβάσεων της κάθε έννομης τάξης, όπως αυτός διαμορφώθηκε υπο το ευρύτερο κοινωνικό-οικονομικό και πολιτικό πλαίσιο κατά τον 19^ο και 20^ο αιώνα.

Οι θεωρητικές βάσεις του σύγχρονου δόγματος του συμβατικού δικαίου, τόσο στον ηπειρωτικό όσο και στον αγγλοσαξωνικό χώρο τέθηκαν με την κλασσική περί συμβάσεως θεωρία που αναπτύχθηκε τον 19^ο αι. στη Γερμανία. Πρόκειται για την πανδεκτιστική περί συμβάσεως θεωρία που αποτυπώνεται στο έργο των *Savigny*, *Puchta* και *Windscheid* και αργότερα βρίσκει έκφραση στις διατάξεις του νεοεισαχθέντος γερμανικού ΑΚ¹⁶³. Τα χαρακτηριστικά της κλασσικής συμβατικής θεωρίας «μεταγγίζονται» στην ελληνική έννομη τάξη, με την υιοθέτηση του ρυθμιστικού προτύπου του γερμανικού ΑΚ, τόσο ως προς τα νομοτεχνικά του χαρακτηριστικά, όσο και ως προς τον ιδεολογικό του προσανατολισμό¹⁶⁴. Αντίστοιχα, περί το 1870, τα έργα που συνέθεσαν τις αρχές της κλασσικής περί συμβάσεως θεωρίας, μεταφράζονται με μια σειρά σημαντικών πονημάτων Άγγλων ακαδημαϊκών, οι οποίοι επιχειρούν για πρώτη φορά να συστηματοποιήσουν κάποιους κανόνες για το δίκαιο των συμβάσεων¹⁶⁵. Χαρακτηριστικό παράδειγμα αποτελεί το έργο «*Principles of Contract*» (1875), του *Sir Frederick Pollock*, ο οποίος, ως έχων γερμανική νομική παιδεία, μεταφέρει στην αγγλική έννομη τάξη το έργο του *Savigny*¹⁶⁶.

Τις βασικές συνιστώσες της κλασσικής περί συμβάσεως θεωρίας αποτελούσαν η καντιανή φιλοσοφία, οι ιδέες του οικονομικού φιλελευθερισμού και η τάση για αφηρημένη σύλληψη των εννοιών και των κανόνων του συμβατικού δικαίου¹⁶⁷. Υπο την επίδραση της καντιανής διδασκαλίας, η συμβατική ελευθερία οικοδομείται στην έννοια της ελεύθερης βουλήσεως του προσώπου και την πίστη στην ιδέα της ελεύθερης

¹⁶² Για την κατανόηση της λειτουργίας του θεσμού στο ευρύτερο εξω-νομικό πλαίσιο του κάθε συστήματος, κατά το δεύτερο σκέλος του τριπτύχου «*connaître-comprendre-comparer*» που προτείνεται από τον *Constantinesco*, ό.π.

¹⁶³ Βλ. *Παπανικολάου*, Περί των ορίων..., σ. 97-98.

¹⁶⁴ Βλ. *Γαζή*, ΓενΑρχ § 5 III-IV, *Παπανικολάου*, ό.π., σ. 96-97, 113.

¹⁶⁵ Βλ. *Atiyah*, *The Rise and Fall of Freedom of Contract*, (1985), σ. 682.

¹⁶⁶ *Atiyah*, ό.π. Ήδη είχε προηγηθεί η επίδραση της διδασκαλίας του *Pothier*, του οποίου το έργο «*Traité des obligations*» μεταφράστηκε στα αγγλικά το 1806, βλ. *Ibbetson*, ό.π., σ. 220.

¹⁶⁷ Βλ. αναλυτικά *Παπανικολάου*, ό.π., σ.97 επ.

δικαιοπρακτικής επιλογής. Κατά την προσέγγιση αυτή, βάση της ουσιαστικής νομιμοποίησης της σύμβασης αποτελεί η *ιδιωτική αυτονομία* των μερών¹⁶⁸. Υπό την επίδραση της κλασσικής οικονομικής θεωρίας του *laissez-faire*, με εκπρόσωπο τον *Adam Smith* και τους διαδόχους του και ειδικότερα της αντίληψης ότι η αγορά διέπεται από μια φυσική τάξη που ωθεί το άτομο που δρα ατομικιστικά, να εξυπηρετεί παράλληλα και το γενικότερο συμφέρον, η συμβατική ελευθερία συλλαμβάνεται ως ατομικιστική αρχή και θεμελιώνεται στην αυτοπεποίθηση και την αυτοευθύνη¹⁶⁹. Στο πλαίσιο αυτό, δεν ευδοκιμούν ιδέες για ουσιαστική δικαιοσύνη στις συμβατικές σχέσεις καθώς υπάρχει πίστη στην ικανότητα των συμβαλλομένων να επιδιώκουν οι ίδιοι με τη σύμβαση τη δίκαιη εξίσωση των εκατέρωθεν συμφερόντων τους, εφόσον διασφαλίζεται η ανεμπόδιστη λειτουργία του ανταγωνισμού στην αγορά¹⁷⁰. Στο πλαίσιο αυτό, το κράτος δεν πρέπει να παρεμβαίνει στη φυσική αρμονία της αγοράς και έτσι, οι δικαστές περιορίζονται στην επίλυση των διαφωνιών αποκλειστικά με κριτήριο τη βούληση των μερών, χωρίς να αξιολογούν την ουσιαστική δικαιοσύνη της συμβατικής ρύθμισης, καθώς η τελευταία αντλεί την ισχύ της μόνο από το γεγονός ότι τη θέλησαν τα μέρη¹⁷¹. Όπως χαρακτηριστικά αναφέρεται, για τους δικηγόρους του *common law*, «*free dealing was fair dealing*»¹⁷². Εφόσον υπήρχε πίστη στη δικαιοσύνη του συμβατικού αποτελέσματος, η σύμβαση από τη στιγμή της σύναψής της ήταν «ιερή» και τα δικαστήρια έπρεπε να διασφαλίσουν την τήρησή της.

Υπο το κράτος των αντιλήψεων της κλασσικής θεωρίας, η ιδεολογική προσέγγιση της προβληματικής της *frustration* στην Αγγλία των αρχών του 19^{ου} αι. ήταν η ακόλουθη: Η πίστη στην ικανότητα των συμβαλλομένων να προβαίνουν σε μια δίκαιη εξίσωση των συμφερόντων τους πλαισιώνεται ιδεολογικά και με την ωφελιμιστική διδασκαλία του *Bentham*, κατά την οποία, το άτομο είναι ο καλύτερος γνώστης των αναγκών του και ο καλύτερος κριτής της ευτυχίας του¹⁷³. Συνεπώς, η σύμβαση λειτουργεί σαν ένας μηχανισμός για την εκπλήρωση των επιδιώξεων των μερών και τεκμαίρεται ότι κατά τη σύναψη, τα μέρη, ως οι καλύτεροι κριτές των

¹⁶⁸ Παπανικολάου, ό.π., σ. 101, 108.

¹⁶⁹ Παπανικολάου, ό.π., σ. 105 επ, *Atiyah*, ό.π., σ. 258.

¹⁷⁰ Βλ. Παπανικολάου, ό.π., σελ. 106-107, *Atiyah*, ό.π., σ. 437 : «Provided that the bargaining process was itself fair, the result must be deemed to be fair».

¹⁷¹ Βλ. *Atiyah*, ό.π., σ. 408 : «... the function of the Court was merely to resolve a dispute by working out the implications of what the parties had already chosen to do. The idea that the Court had an independent role to play as a forum for the adjustment of rights was plainly inconsistent with this new approach».

¹⁷² *Devlin*, *The enforcement of Morals*, σ. 47.

¹⁷³ Βλ. *Atiyah*, ό.π., σ. 226 επ, 292 επ. και 403· Παπανικολάου, ό.π., σ. 104.

αναγκών τους, έλαβαν υπόψη όλα τα ενδεχόμενα και τους κινδύνους που τυχόν συνέχονται με την εκπλήρωση και μπορεί να επηρεάσουν την αξία του αντικειμένου της. Κατά τον Atiyah¹⁷⁴, η πεμπτουσία της διαδικασίας διαπραγμάτευσης στην ελεύθερη αγορά, ήταν να ευνοήσει εκείνους που διέθεταν την ικανότητα και τη γνώση να σταθμίζουν καλύτερα τους κινδύνους και να λαμβάνουν τις σωστές αποφάσεις. Έτσι, η σύμβαση συλλαμβάνεται ως ένας μηχανισμός κατανομής κινδύνων, υπάρχει πίστη στην ικανότητα των μερών να προβαίνουν στην εκτίμησή τους και η δικαιοπρακτική απόφαση, εφόσον αποτέλεσε προϊόν ελεύθερης στάθμισης, θεωρείται δίκαιη. Κατά την προσέγγιση αυτή, απρόβλεπτα γεγονότα, είτε συμβούν πριν είτε μετά τη σύναψη, δεν επιτρέπεται να επηρεάσουν τη συναλλαγή των μερών. Συνεπώς, η επίδραση της κλασσικής περί συμβάσεως θεωρίας στην αγγλική έννομη τάξη κατά τα μέσα του 19^{ου} αι. άφηνε ελάχιστο περιθώριο για την ευδοκίμηση ενός απαλλακτικού λόγου σαν τη frustration. Για τους παραπάνω λόγους, ακόμα και όταν πραγματοποιήθηκε η κάμψη της αυστηρής νομολογίας της *Paradine v. Jane*, με την *Taylor v. Caldwell*, το αποτέλεσμα της λύσης της σύμβασης αποδόθηκε στη βούληση των συμβαλλομένων. Επρόκειτο για τη γενικότερη τάση της νομολογίας, στο πλαίσιο της κλασσικής περι συμβάσεως θεωρίας, να αποδίδει κάθε έννομη συνέπεια μιας σύμβασης στη βούληση των μερών¹⁷⁵.

Από τα τέλη του 19^{ου} αι. τα θεμέλια της κλασσικής συμβατικής θεωρίας κλονίζονται, λόγω της μεταβολής που επέφερε ο Β΄ Π.Π στις κοινωνικοοικονομικές συνθήκες, σε παγκόσμιο επίπεδο. Στην Αγγλία, μετά το 1870 επέρχονται ριζικές αλλαγές που επιδρούν σημαντικά στη σύλληψη της συμβατικής ελευθερίας. Οι δύο παγκόσμιοι πόλεμοι, η μεσολαβούσα παγκόσμια οικονομική ύφεση, ο κατακερματισμός της Βρετανικής Αυτοκρατορίας, η οικονομική αποσταθεροποίηση μεταξύ 1940-1970 θα συνηγορούσαν υπέρ μιας σταδιακής παρακμής του βρετανικού κράτους. Ωστόσο, επισυμβαίνει μια σειρά αλλαγών που δίνει πάλι ώθηση στη βρετανική οικονομία. Η διαμόρφωση μιας εύπορης εργατικής τάξης, η άφιξη της καταναλωτικής κοινωνίας, η ανάπτυξη ισχυρών εμπορικών ενώσεων, η ευδοκίμηση δημοκρατικών αντιλήψεων (one man, one vote), και η σταδιακή διαμόρφωση μιας «μικτής» οικονομίας αποτελούν αλλαγές-σταθμούς, προς αυτή την κατεύθυνση¹⁷⁶.

¹⁷⁴ όπ.π., σ. 437.

¹⁷⁵ Atiyah, όπ.π., σ. 405 : «One of the principal characteristics of the classical contract theory was the tendency to attribute all the consequences of the contract to the will of those who made it».

¹⁷⁶ Βλ. Atiyah, όπ.π., σ. 571-572.

Η αύξηση του οικονομικού μεγέθους των επιχειρήσεων, η εμφάνιση της καταναλωτικής κοινωνίας και η ανάγκη για μεγαλύτερη ρυθμιστική παρέμβαση του κράτους στην οικονομία μεταβάλλουν τον τρόπο με τον οποίο γινόταν αντιληπτή η συμβατική ελευθερία. Η πίστη στην ελεύθερη δικαιοπρακτική επιλογή και περαιτέρω στην ικανότητα των συμβαλλομένων να προβαίνουν μέσω αυτής σε μια δίκαιη εξίσωση των συμφερόντων τους αρχίζουν να *διαβρώνονται σημαντικά*¹⁷⁷. Δικαιολογητικός λόγος της αμφισβήτησης ήταν η διάψευση της παραδοχής περί τυπικής ισότητας των συμβαλλομένων και η συνειδητοποίηση ότι στην πράξη εμφανίζονταν μορφές διαπραγματευτικής ανισότητας ή έλλειψης πληροφόρησης που υποδήλωναν ότι το συμβατικό περιεχόμενο δεν μπορούσε να αποδοθεί τελικώς στην ελεύθερη βούληση των συμβαλλομένων¹⁷⁸. Οι δύο πόλοι της συμβατικής σχέσης φαίνεται να αποκτούν αντιστρόφως ανάλογη δύναμη, καθώς στη θέση του ανεξάρτητου επιχειρηματία που αποτελούσε το πρότυπο της κλασσικής θεωρίας, τίθεται ο απροστάτευτος καταναλωτής έχοντας απέναντί του μια ισχυρή επιχείρηση, συχνά μονοπωλιακού ή ολιγοπωλιακού χαρακτήρα και η συμβατική του ελευθερία συχνά εξαντλείται στο αν θα συνάψει ή όχι τη σύμβαση, καθώς το περιεχόμενο των όρων της αρχίζει να εμφανίζεται τυποποιημένο και εκτός πλαισίου ατομικής διαπραγμάτευσης¹⁷⁹. Η ιδιωτική αυτονομία παρέμεινε τυπικά το θεμέλιο του συμβατικού δικαίου, στην πράξη όμως είχε χάσει την παλιά της αίγλη¹⁸⁰.

Η διάβρωση της πίστης στην ελεύθερη δικαιοπρακτική επιλογή επηρέασε την εξέλιξη της προβληματικής της frustration με τον ακόλουθο τρόπο: Η έως τότε θεώρηση, βασιζόταν στην υπόθεση ότι κάθε συμβαλλόμενος γνώριζε και κατανοούσε όλα τα δεδομένα και μπορούσε να αντιληφθεί και να υπολογίσει όλους τους ενδεχόμενους κινδύνους και να διαμορφώσει με την ελεύθερή του βούληση το περιεχόμενο της σύμβασης κατά τρόπο που να παριστά την ιδανική αντιστάθμιση για τους κινδύνους που αναλάμβανε. Με την απομάκρυνση όμως από τις ιδέες του ατομικισμού και του ωφελιμισμού, τη διαμόρφωση σχέσεων διαπραγματευτικής ανισοδυναμίας καθώς και την αυξανόμενη πολυπλοκότητα των συναλλαγών, η παραδοχή αυτή διαψεύσθηκε τόσο ως προς την πληροφοριακή ισότητα και την ικανότητα πρόβλεψης, όσο και ως προς τον ελεύθερο χαρακτήρα της δικαιοπρακτικής

¹⁷⁷ Βλ. Atiyah, ό.π., σ. 726.

¹⁷⁸ Παπανικολάου, ό.π., σ. 117-118.

¹⁷⁹ Παπανικολάου, ό.π., σ. 120-127.

¹⁸⁰ Atiyah, ό.π., σ. 687.

στάθμισης. Όταν αμφισβητήθηκε η παραδοχή αυτή, κατέστη δυνατό να κλονισθεί η αντίληψη ότι όλοι οι πιθανοί κίνδυνοι κατανέμονται στην ίδια τη σύμβαση, ανοίγοντας δρόμο για την συνειδητοποίηση της αναγκαιότητας του απαλλακτικού λόγου της **frustration**¹⁸¹. Ακόμη, συντελείται μια ακόμη σημαντική εξέλιξη που επηρεάζει και την αντιμετώπιση της frustration. Ενώ η επίδραση των αρχών της equity φάνηκε να εξασθενεί μετά τα Judicature Acts το 1870¹⁸², σε «αντικατάσταση» της λειτουργίας τους, λειτουργεί στην πράξη η αυξανόμενη σημασία των περιπτώσεων της δικαστικής διακριτικής ευχέρειας (judicial discretion). Έτσι, ενώ οι discretions κερδίζουν έδαφος, η σημασία των αυστηρών κανόνων υποχωρεί, και στο πεδίο της frustration, παρατηρείται μια απομάκρυνση από την εφαρμογή άκαμπτων κανόνων (λ.χ sanctity of contracts) και στροφή στην εκτίμηση του δικαστή με βάση την ερμηνεία της σύμβασης(construction theory)¹⁸³.

Κατά τον ύστερο 19^ο και τις αρχές του 20^{ου} αι. η Αγγλία επηρεάζεται από ένα κύμα «κοινωνιστικών» αντιλήψεων¹⁸⁴ που επιδρούν στην σύλληψη της αξίας της συμβατικής ελευθερίας, αν και σε περιορισμένη κλίμακα σε σχέση με την αντίστοιχη τάση στη Γερμανία και τον ευρύτερο ηπειρωτικό χώρο. Η τάση αυτή οφειλόταν στην επικράτηση των δημοκρατικών πολιτικών δυνάμεων και στη δυσμενή μεταβολή των κοινωνικών συνθηκών μετά τους πολέμους. Η συμβατική ελευθερία σταματάει να χρησιμοποιείται ως σύνθημα για την επίτευξη πολιτικών στόχων και οι αρχές του laissez-faire χάνουν (πρόσκαιρα) την επιρροή τους στην κοινή γνώμη καθώς από την υιοθέτησή τους και μετά, η τύχη, η «μοίρα» της πλειοψηφίας, δεν είχε καν βελτιωθεί με την εφαρμογή τους¹⁸⁵. Όπως αναφέρει ο *W. Churchill* στη βιογραφία του πατέρα του¹⁸⁶ : «Trade was free. But hunger and squalor and cold were also free and the people demanded something more than liberty.» Ακόμη, στο ιδεολογικό πλαίσιο της εποχής, εντοπίζονται και αντιλήψεις του ηπειρωτικού χώρου, για τη θετική εκτός από την - υπερτονισμένη έως τότε-αμυντική διάσταση των ελευθεριών, προς την κατεύθυνση της επίτευξης στόχων που προσλαμβάνουν την αξία τους από την ιδιότητά τους ως κοινωνικών στόχων¹⁸⁷.

¹⁸¹ Atiyah, όπ.π., σ. 705

¹⁸² Κρατική νομοθεσία που επέφερε τη συγχώνευση των έως τότε χωριστών δικαστηρίων του common law και της equity.

¹⁸³ Atiyah, όπ.π., σ. 678.

¹⁸⁴ Πρβλ. Κορνηλάκη, όπ.π., σ. 10.

¹⁸⁵ Atiyah, όπ.π., σ. 587.

¹⁸⁶ *Rold Randolph Churchill* (London 1906), σ. 265.

¹⁸⁷ Βλ. Atiyah, όπ.π., σ. 585- 586

Στο πλαίσιο αυτό παρατηρήθηκε μια **ανάκαμψη των επιταγών της δικαιοσύνης και της επιείκειας**, που είχαν περιπέσει σχεδόν σε αχρησία κατά τον 19^ο αι. Άρχισε να υποστηρίζεται, ότι αναφορικά με το δίκαιο των συμβάσεων, τα δικαστήρια θα έπρεπε να βαίνουν πέρα από τη διασφάλιση της συμφωνίας των μερών, αποφαινόμενα προς την πραγμάτωση της δικαιοσύνης ή την αποφυγή της αδικίας. Προς αυτή την κατεύθυνση, συνετέλεσε η ανωτέρω μεταβολή ως προς την αντίληψη του περιεχομένου της συμβατικής ελευθερίας, η επιρροή κοινωνικών θεωριών, η αναδιαμόρφωση του συμβατικού δικαίου κατά τη νέα θεωρία του αδικαιολόγητου πλουτισμού, αλλά και το μεγάλο ρήγμα μεταξύ του αγγλοσαξωνικού χώρου και του ηπειρωτικού χώρου, όπου ρυθμιζόταν νομοθετικά η υποχρέωση καλόπιστης εκπλήρωσης των συμβατικών υποχρεώσεων¹⁸⁸. Οι ιδέες περί δικαιοσύνης στο δίκαιο των συμβάσεων αφορούσαν και το στάδιο της εκπλήρωσης της σύμβασης. Έτσι σε κάποιες περιπτώσεις, τα δικαστήρια αρνήθηκαν να διατηρήσουν σε ισχύ μια σύμβαση που ενώ το περιεχόμενό της ήταν κατά τη σύναψη «δίκαιο», επισυνέβησαν τέτοια γεγονότα που θα καθιστούσαν άδικη (inequitable) την εμμονή στην εκπλήρωση¹⁸⁹.

Συνεπώς, **κατά τον 20^ο αι, προβάλλεται πρώτη φορά ως δικαιодоγματικό θεμέλιο της frustration, η αρχή της δικαιοσύνης και της επιείκειας**¹⁹⁰. Κατά την υποβλητική διατύπωση του Ibbetson: «...το προσωπείο της συμβατικής βούλησης ράγισε, αποκαλύπτοντας τον υποκρυπτόμενο εφαρμοστέο κανόνα δικαίου». Ωστόσο, η προσέγγιση αυτή δεν ακολουθείται πιστά από τη νομολογία, αλλά αντίθετα, όπως επισημάνθηκε ανωτέρω, ακόμα και σήμερα, δεν υπάρχει ομοφωνία για το δικαιοϊκό θεμέλιο της frustration. Οι αντικρουόμενες αποφάσεις της νομολογίας για πολλά ζητήματα του δικαίου των συμβάσεων, τουλάχιστον κατά τον ύστερο 19^ο αι., αποδίδονται, κατά μια άποψη, στη διαφορετική προσέγγιση των δικαστών ως προς τις αρχές που διέπουν τη λειτουργία της αγοράς (market principles)¹⁹¹. Οι Adams, Brownsword ¹⁹² , επιχειρούν να εντάξουν σε ένα ερμηνευτικό ιδεολογικό πλαίσιο αντικρουόμενες αποφάσεις που αφορούν το δίκαιο των συμβάσεων, ξεκινώντας από την παραδοχή ότι οι δικαστές μπορούν να κατανεμηθούν σε δύο κατηγορίες, ανάλογα με την κατανόηση του ρόλου τους : οι φορμαλιστές, που εφαρμόζουν πιστά τους

¹⁸⁸ Βλ. Ibbetson, όπ.π., σ. 248-249.

¹⁸⁹ Βλ. Ibbetson, όπ.π., σ. 258.

¹⁹⁰ Ενδεικτικά, *Joseph Constantine SS Co v. Imperial Smelting Corp Ltd* (1942), *Hirji Mulji v Cheong Yue Steamship Co Ltd* (1926). Για περισσότερα παραδείγματα από τη νομολογία βλ. ανωτέρω, ενότητα IV.2.

¹⁹¹ Έτσι, Atiyah, όπ.π., σ. 673.

¹⁹² Adams, Brownsword, *The ideologies of Contract*, Legal Studies (1987) τ. 7 (2), σ. 205-223.

κανόνες του συμβατικού δικαίου, ανεξαρτήτως αποτελέσματος (rule-oriented approach) , και οι ρεαλιστές, που αποσκοπούν στην έκδοση αποδεκτών αποφάσεων (result-oriented approach), ανεξαρτήτως του «contract rule-book»¹⁹³ . Οι ρεαλιστές δικαστές θα πρόσκεινται σε ένα από τα κατωτέρω ιδεολογικά πλαίσια: είτε των φιλελεύθερων-ατομικιστικών αντιλήψεων που μεσουρανούσαν τον 19^ο αι (Market-Individualism), μαχόμενοι υπερ της ιερότητας των συμβάσεων, της ασφάλειας των συναλλαγών και κατακρίνοντας πατερναλιστικές παρεμβάσεις του δικαστή στη σύμβαση, είτε της κοινωνικής-προστατευτικής προσέγγισης (Consumer- Welfarism), μαχόμενοι υπερ των επιταγών της επιείκειας και της συμβατικής δικαιοσύνης και της ανάγκης προστασίας του καταναλωτή. Οι πρώτοι ακολουθούν μια αυστηρή γραμμή αναφορικά με την αποδοχή του απαλλακτικού λόγου της frustration, ενώ οι δεύτεροι την αντιμετωπίζουν με μεγαλύτερη δεκτικότητα¹⁹⁴. Συνακόλουθα, οι πρώτοι , εφόσον δεχθούν την frustration, θα θεμελιώνουν τη λειτουργία της στη βούληση των μερών , ενώ οι δεύτεροι στις επιταγές της δικαιοσύνης.

Θα πρέπει πάντως να σημειωθεί ότι η αγγλική έννομη τάξη επηρεάστηκε μόνο πρόσκαιρα από τις «κοινωνιστικές» αντιλήψεις του 20^{ου} αι., καθώς μετά το 1980 ανέσυρε πάλι τη φιλελεύθερη ιδεολογία¹⁹⁵.

Οι «κοινωνιστικές» αντιλήψεις του 20^{ου} αι. που, όπως αναπτύχθηκε, επηρέασαν έστω περιορισμένα την αγγλική έννομη τάξη, ευδοκιμούν την ίδια περίοδο στον **ηπειρωτικό χώρο**, και ιδιαίτερα στη Γερμανία, λόγω της μεγάλης κοινωνικο-οικονομικής αναταραχής που προκάλεσαν στη χώρα οι δύο Παγκόσμιοι Πόλεμοι¹⁹⁶. Την περίοδο αυτή πραγματοποιείται η σταδιακή αντικατάσταση του φιλελεύθερου οικονομικού μοντέλου από ένα σύστημα «μικτής οικονομίας» υπό το οποίο πραγματοποιείται μια νέα κατανόηση της συμβατικής ελευθερίας, θεμέλιο της οποίας παραμένει η ιδιωτική αυτονομία, στην οποία όμως επιβάλλονται περιορισμοί κοινωνικού χαρακτήρα με στόχο την «ηθικοποίηση» των συναλλαγών¹⁹⁷.

Η πρόσδοση κοινωνικής διάστασης στο περιεχόμενο της συμβατικής ελευθερίας στον ηπειρωτικό χώρο, αποτυπώνεται στο πνεύμα των θεσπιζόμενων κατά τον 20^ο αι. νομοθετημάτων. Το ίδιο το γερμανικό Σύνταγμα, περιλαμβάνει μια

¹⁹³ Για τη διάκριση αυτή και για τη δυσχέρεια κατάταξής τους βλ. και Atiyah, όπ.π., σ. 660-661.

¹⁹⁴ Βλ. Adams/Brownsword, όπ.π., σ. 211-213.

¹⁹⁵ Βλ. Κορνηλάκη, όπ.π.

¹⁹⁶ Βλ. Καραμπατζό, όπ.π., αρ. 302, 553.

¹⁹⁷ Μιχαηλίδης-Νουάρος, Η κοινωνική λειτουργία των συμβάσεων στο σύγχρονο δίκαιο, σε Τιμ. Τομ. Δεληγιάννη, Β' μέρος (1991), σ. 13, 32- 33.

διακηρυκτικού χαρακτήρα «ρήτρα κοινωνικού κράτους» αποτυπώνοντας το πνεύμα της εποχής στη Γερμανία και σε όλο τον ηπειρωτικό χώρο¹⁹⁸. Στο πεδίο του αστικού δικαίου, το αρ. 242 του BGB αποτελεί τη γενική ρήτρα με την οποία εισάγεται στο ιδιωτικό δίκαιο η αρχή της επιείκειας¹⁹⁹, λειτουργία την οποία επιτελεί στο δικό μας δίκαιο η ΑΚ 288. Η απαίτηση για καλόπιστη εκπλήρωση των συμβατικών υποχρεώσεων εμπλουτίζει το περιεχόμενο των συμβάσεων με πρόσθετες παρεπόμενες υποχρεώσεις, που ανταποκρίνονται στην κοινωνική λειτουργία της σύμβασης²⁰⁰.

Η προβληματική της απρόοπτης μεταβολής των συνθηκών, αντιμετωπιζόταν αρχικά στη Γερμανία με την παραδοχή ότι, στο πλαίσιο της κοινωνικής λειτουργίας της σύμβασης, οι επιταγές της ηθικής απαιτούν να εξεταστούν οι τυχόν συνέπειες των νέων συνθηκών στη φύση της αναληφθείσας υποχρέωσης και την οικονομική θέση του οφειλέτη²⁰¹. Έτσι, αναπτύχθηκε απ' τη γερμανική νομολογία η θεωρία της έκλειψης του δικαιοπρακτικού θεμελίου, η οποία αποτελούσε τη βάση για την ανακούφιση του οφειλέτη στην περίπτωση που η εμμονή στην εκπλήρωση θα ήταν αντίθετη στην καλή πίστη²⁰².

Ο ελληνικός ΑΚ, ακολούθησε κατ' αρχήν, το γερμανικό πρότυπο του BGB, υιοθετώντας τον ιδεολογικό του προσανατολισμό, αυτόν ενός ηθικά προσανατολισμένου φιλελεύθερου συμβατικού δικαίου²⁰³. Έτσι, παρά την φιλελεύθερη αφετηρία του ΑΚ, εμπεριέχονται σ' αυτόν και διατάξεις με κοινωνικό χαρακτήρα, όπως οι γενικές ρήτρες που εμπεριέχουν τα κριτήρια της καλής πίστης, των χρηστών ηθών, του κοινωνικού ή οικονομικού σκοπού του δικαιώματος, οι αόριστες νομικές έννοιες και οι διατάξεις αναγκαστικού δικαίου²⁰⁴. Ωστόσο, κατά τον Παπανικολάου, φαίνεται να «ενέχει περισσότερες σταγόνες κοινωνικού ελαίου» απ' ότι ο γερμανικός ΑΚ, όπως προδίδει, μεταξύ άλλων, η ρηζικέλευθη ΑΚ 388²⁰⁵.

Συνεπώς, καθίσταται σαφές, ότι σ' ένα κοινωνικά ευαισθητοποιημένο δίκαιο των συμβάσεων, όπως το ελληνικό, η κάμψη της αρχής της υποχρεωτικότητας των

¹⁹⁸ Βλ. Coester/ Markesinis, Liability of Financial Experts in German and American Law, 51 Am. J. Comp. L. (2003), σ. 308.

¹⁹⁹ Βλ. Hay, Frustration and its solution in German Law, Am. J. Comp. L. (1961), σ. 369.

²⁰⁰ Βλ. Μιχαηλίδη- Νουάρο, ό.π., σ. 33, Σταθόπουλο, ό.π., § 1, αρ. 29, 30.

²⁰¹ Βλ. Hay, ό.π., σ. 347, 372: «In attributing a social function to contract law, German courts have succeeded in establishing a far-reaching doctrine of frustration».

²⁰² Hay, ό.π., σ. 368.

²⁰³ Παπανικολάου, Περί των ορίων..., σ. 112.

²⁰⁴ Σταθόπουλος, ό.π., § 1, αρ. 29-31.

²⁰⁵ Παπανικολάου, ό.π., σ. 112-113.

συμβάσεων παρίσταται πιο θεμιτή απ' ότι στο αγγλικό δίκαιο που οικοδομείται κατά βάση επί φιλελεύθερων και ατομικιστικών αντιλήψεων²⁰⁶.

ΚΕΦΑΛΑΙΟ ΔΕΥΤΕΡΟ: Ο διορθωτικός μηχανισμός της ΑΚ 388 και ο θεσμός της frustration σε συγκριτική επισκόπηση από άποψη προϋποθέσεων και εννόμων συνεπειών

VI. Οι αρνητικές προϋποθέσεις

1. Ρύθμιση του ζητήματος από κάποια διάταξη του θετού δικαίου

Για να τεθεί σε εφαρμογή ο διορθωτικός μηχανισμός της ΑΚ 388 ή ο απαλλακτικός λόγος της frustration, θα πρέπει να μην υφίσταται κάποια διάταξη που να ρυθμίζει ειδικά την κατανομή του συγκεκριμένου κινδύνου για το συγκεκριμένο είδος σύμβασης.

Όσον αφορά την ΑΚ 388, γίνεται δεκτό από θεωρία και νομολογία, ότι η διάταξη έχει επικουρική λειτουργία, σε σχέση με ειδικότερους κανόνες που ρυθμίζουν τις συνέπειες τυχόν διάστασης της μεταγενέστερης πραγματικότητας από τις προσδοκίες των μερών²⁰⁷. Τέτοιες ειδικές ρυθμίσεις, εμπεριέχονται και στον ίδιο τον ΑΚ, λ.χ στις γενικές διατάξεις περί αδυναμίας παροχής, στα αρ. 522 (κίνδυνος καταστροφής πωληθέντος), αρ. 698 (κίνδυνος έργου), αρ. 809 § 1 (υπόσχεση δανείου σε αφερέγγυο οφειλέτη), αρ. 872 (διάρρηξη συμβιβασμού) κλπ. Σημαντικές ωστόσο είναι και οι διατάξεις ειδικών νομοθετημάτων που θέτουν εξειδικευμένους κανόνες για τις έννομες συνέπειες απρόοπτων μεταβολών σε συγκεκριμένα είδη συμβάσεων. Το αν η ρύθμιση της ΑΚ 388 θα ισχύει παράλληλα ή θα εκτοπίζεται από τον ειδικότερο κανόνα, εξαρτάται από την κρίσιμη νομοθετική αξιολόγηση που θα εκφράζεται μ' αυτόν, από το αν δηλαδή ο νομοθέτης επιθυμεί να επιφυλάξει διαφορετική ρύθμιση σε μια ομάδα περιπτώσεων ή να προσθέσει μια ρύθμιση ισχύουσα παράλληλα με τη γενική²⁰⁸.

Παράδειγμα ως προς την πρώτη περίπτωση, της έκφρασης ειδικής και άρα τελικής νομοθετικής αξιολόγησης, αποτελεί το αρ. 10 του ν. 1418/1984 που προβλέπει ειδικό τρόπο αναθεώρησης των τιμών στις συμβάσεις δημοσίων έργων και στην § 10

²⁰⁶ Βλ. Καραμπατζό, όπ.π., αρ. 301.

²⁰⁷ Έτσι, Καραμπατζός, όπ.π. αρ. 56, Σταθόπουλος, όπ.π., σ. 1247, Σακέττας, όπ.π αρ. 18, Φίλιος, ΕνΔικ § 274 Β.1, ΑΠ Ολ 927/1982 ΝοΒ 1983, 214.

²⁰⁸ Βλ. Λιάπη, , Η οικονομική κρίση και το δίκαιο των συμβάσεων, ΔΕΕ, 1/2011, σ. 17

αυτού, αποκλείει την επίκληση των άρθρων 288 ή 388 του ΑΚ, για αναπροσαρμογή του εργολαβικού ανταλλάγματος ή λύση της σύμβασης ένεκα της αυξομείωσης των τιμών. Επίκαιρο παράδειγμα ως προς τη δεύτερη περίπτωση, της θέσπισης ειδικής ρύθμισης ισχύουσας παράλληλα με τη γενική ρήτρα ΑΚ 388 αποτελεί το αρ. 17 του ν. 3853/2010²⁰⁹ για το δικαίωμα καταγγελίας σύμβασης εμπορικής μίσθωσης από τον μισθωτή. Το άρθρο αυτό, προς διευκόλυνση της αποδέσμευσης του μισθωτή, ενόψει της επιδείνωσης της οικονομικής κατάστασης που δυσχέρανε τη θέση πολλών επαγγελματιών, προβλέπει ότι οι μισθωτές μπορούν να καταγγείλουν τη μίσθωση με την παρέλευση ενός έτους από την έναρξη της μίσθωσης με την καταβολή αποζημίωσης ίσης μόνο με ένα μηνιαίο μίσθωμα. Στην αιτ. έκθεση του νόμου επισημαίνεται ότι η ρύθμιση αυτή λειτουργεί ως ένα μέσο πίεσης προς τους εκμισθωτές για αναπροσαρμογή των μισθωμάτων²¹⁰. Στόχος του νομοθέτη δεν είναι να αποκλείσει την προστασία των ΑΚ 288 και ΑΚ 388, αλλά να ενισχύσει τη διαπραγματευτική θέση των μισθωτών προσφέροντας ένα επιπλέον μέσο προστασίας²¹¹. Άλλο παράδειγμα αποτελεί το αρ. 7 του Π.Δ 34/1995 , για την αναπροσαρμογή των μισθωμάτων στην εμπορική μίσθωση, στην § 4 του οποίου ορίζεται ρητά ότι αναπροσαρμογή μπορεί να ζητηθεί πέραν των προβλεπόμενων στις § 1- 3 του εν λόγω άρθρου, «με τη συνδρομή του αρ. 388 του ΑΚ».

Όσον αφορά στη frustration, η θεωρία δεν αναγάγει την έλλειψη ειδικής νομοθετικής ρύθμισης σε αυτοτελή (αρνητική) προϋπόθεση της εφαρμογής του δόγματος. Αυτό είναι εν μέρει δικαιολογημένο δεδομένου ότι πρωτογενής πηγή δικαίου στην αγγλική έννομη τάξη είναι η νομολογία και συνεπώς στις δικές της αποφάσεις θα μπορούσε καταρχήν να εντοπίσει κανείς την επιφύλαξη ειδικής κατανομής κινδύνου για εξειδικευμένες κατηγορίες περιπτώσεων. Η αναφορά στην κατανομή κινδύνων στη νομολογία συνήθως συμπλέει με τους γενικούς κανόνες ότι λ.χ τον κίνδυνο χρήσης της παροχής τον φέρει ο δανειστής, τον κίνδυνο προμήθειας/ εισαγωγής του πωλούμενου πράγματος τον φέρει ο πωλητής²¹².

Στην πράξη, περιπτώσεις ειδικής κατανομής κινδύνου, εντοπίζονται σε μερικά από τα (περιορισμένα) ειδικά νομοθετήματα της αγγλικής έννομης τάξης. Στο Sale of

²⁰⁹ Με το οποίο τροποποιήθηκε η αντίστοιχη ρύθμιση του αρ. 43 του ΠΔ 34/1995.

²¹⁰ Γεωργιάδη, ΧρΙΔ 2010, σ. 591.

²¹¹ Βλ. Λιάπη, όπ.π., σ. 18.

²¹² *Blackburn Bobbin v tw Allen & Sons* (1918), *Amalgamated Investemnt and Property v John Walker* (1976).

Goods Act 1979, που ρυθμίζει τη σύμβαση πώλησης αγαθών²¹³, περιλαμβάνονται γενικές διατάξεις για τη μετάβαση του κινδύνου τυχαίας καταστροφής του πράγματος (Μέρους III , αρ. 20) καθώς και μια ειδική διάταξη, που προβλέπει τη λύση της σύμβασης σε περίπτωση που το αντικείμενό της ήταν κατ' είδος ορισμένο, και χαθεί ή καταστραφεί χωρίς υπαιτιότητα κανενός μέρους, μετά τη σύναψη της σύμβασης αλλά προτού ο κίνδυνος περάσει στον αγοραστή (Μέρους II, αρ.7). Ακόμη, στο Consumer Rights Act 2015 που ρυθμίζει τις καταναλωτικές συμβάσεις, περιλαμβάνονται επίσης ειδικές διατάξεις για τη μετάβαση του κινδύνου τυχαίας καταστροφής του αντικειμένου της σύμβασης στο Μέρος I, Κεφάλαιο II, αρ. 29.

Η πρόταξη τυχόν ειδικής ρύθμισης έναντι των διορθωτικών μηχανισμών της frustration και της ΑΚ 388 καταδεικνύει τον επικουρικό τους χαρακτήρα, ο οποίος εκδηλώνεται και αναφορικά με την έλλειψη συμβατικής κατανομής του υπό κρίση κινδύνου .

2. Η συμβατική κατανομή του κινδύνου

α. Η γενική ρήτρα παραιτήσεως απ' την έννομη προστασία

Κρατούσα στη θεωρία και τη νομολογία είναι η άποψη ότι η ΑΚ 388 εισάγει κανόνα αναγκαστικού δικαίου και κατά συνέπεια είναι άκυρη οποιαδήποτε γενική εκ των προτέρων παραίτηση από την προστασία που παρέχει η εν λόγω διάταξη²¹⁴. Η θέση αυτή στηρίζεται στο επιχείρημα ότι η ΑΚ 388 αποτελεί συγκεκριμενοποίηση των αρχών της καλής πίστης και των συναλλακτικών ηθών που εμπεριέχονται στις ΑΚ 200 και 288, διατάξεις αναγκαστικού δικαίου²¹⁵. Άκυρη ως εμπεριέχουσα ανεπίτρεπτη γενική παραίτηση θα είναι μια ρήτρα από την οποία θα προκύπτει συμφωνία περί μη εφαρμογής της ΑΚ 388 ακόμα και όταν θα συντρέχουν όλες οι προϋποθέσεις της²¹⁶. Η καταστρατήγηση του προστατευτικού σκοπού της ΑΚ 388 μπορεί όμως να επέλθει και εμμέσως , σε περίπτωση διαμόρφωσης μιας *αόριστης* ρήτρας ανάληψης συγκεκριμένου

²¹³ Όπως αυτή ορίζεται στο αρ.2 του 2^{ου} Μέρους του ίδιου νομοθετήματος (Part II , Section 2, “Contract of Sale”).

²¹⁴ Βλ. ενδεικτικά *Σταθόπουλο*, ό.π., § 22, αρ. 39 επ, *Μπαλή*, ό.π., § 88 αρ. 10, *Παπανικολάου*, σε Αφιέρωμα στον Α. Γαζή (1994), σ. 487, *Ξυπολιά*, Ο αναγκαστικός χαρακτήρας της ΑΚ 388, ΝοΒ 32, σ. 1687 επ, ΑΠ 1225/2015.

²¹⁵ Βλ. τους συγγραφείς στην παραπάνω υποσημείωση. Κατά τον *Παπανικολάου*, ό.π., ο αναγκαστικός χαρακτήρας της διάταξης οφείλεται στον προστατευτικό της σκοπό που από άποψη αρχών ενδιαφέρει τη δημόσια τάξη.

²¹⁶ Βλ. *Ξυπολιά*, ό.π.,σ. 1690.

κινδύνου. Ο αναγκαστικός χαρακτήρας της ΑΚ 388 εξασφαλίζει την προστασία των μερών από *απρόβλεπτες* μεταβολές, συνεπώς μια αόριστη ρήτρα από την οποία δεν προκύπτουν με σαφήνεια τα περιστατικά (λ.χ αύξηση τιμών) και οι συγκεκριμένοι λόγοι μεταβολής που προβλέπουν τα μέρη (λ.χ υποτίμηση του νομίσματος) , δεν μπορεί να αποκλείσει την εφαρμογή της ΑΚ 388²¹⁷.

Το αν η κρινόμενη μεταβολή των περιστατικών υπο τη μορφή που εκδηλώθηκε είχε πράγματι προβλεφθεί ή όχι με την ειδική ρήτρα ανάληψης κινδύνου είναι ζήτημα ερμηνείας κατά την οποία θα ληφθούν υπ' όψη το είδος της σύμβασης, ο σκοπός της, οι περιστάσεις κατά τη σύναψή της, και η συναλλακτική καλή πίστη²¹⁸. Έτσι, ο αναγκαστικός χαρακτήρας της ΑΚ 388 εκδηλώνεται για να προστατεύσει τον οφειλέτη από μια πραγματικά *απρόβλεπτη* ανατροπή του δικαιοπρακτικού θεμελίου.

Ομοίως, στο αγγλικό δίκαιο, τα μέρη δεν έχουν τη δυνατότητα να διαμορφώσουν μια συμβατική ρήτρα στην οποία θα προβλέπεται ότι «παραιτούνται» γενικώς απ' το δικαίωμα επίκλησης της *frustration* . Η συμβατική βούληση μπορεί να αποκλείσει την εφαρμογή της *frustration*, μόνο όταν προβλέπεται σε μια ειδική ρήτρα ανάληψης κινδύνου, ότι *συγκεκριμένα και επαρκώς εξειδικευμένα περιστατικά που κατά το common law θα συνιστούσαν frustrating event*, δεν θα επιφέρουν τη λύση της σύμβασης. Όπως έχει επισημανθεί στη νομολογία²¹⁹, ελλείψει εξειδικευμένης ρήτρας που να αναφέρεται στα συγκεκριμένα περιστατικά και να ορίζει διαφορετικά, η *frustration* ενεργεί ως αυτοδίκαιη έννομη συνέπεια και συνεπώς δεν τίθεται θέμα «παραίτησης» των μερών απ' την ενέργειά της. Κατά την αυθεντική διατύπωση: «If a contract is frustrated it is forthwith determined as a matter of law...It follows that, as a matter of law, the legal relationship between the parties...comes to an end, apart from any provision of the contract which may... be held to continue to apply in the events which have occurred...That being the case it is somewhat difficult to talk in terms of one party in such circumstances “waiving frustration of the agreement”».

Συνεπώς, μόνο επί εξειδίκευσης του συγκεκριμένου κινδύνου μπορεί μια ρήτρα να αποκλείσει την εφαρμογή της *frustration*. Στην περίπτωση αυτή, θα απαιτείται ικανός βαθμός εξειδίκευσης των περιστατικών που ενδέχεται να μεταβληθούν, ώστε να εκλείπει η προϋπόθεση του *απρόβλεπτου*. Μια αόριστη και ασαφής ρήτρα δεν θα

²¹⁷ Βλ. *Ξυπολιά*, όπ.π., σ. 1693.

²¹⁸ Βλ. *Ξυπολιά*, όπ.π.

²¹⁹ *Goff J, B.P Exploration Co. (Libya) Ltd v. Hunt* (1979) 1 WLR 783.

αποκλείει τη λειτουργία του θεσμού. Κατά τον *Mckendrick*²²⁰, ακόμα και η πιο ευρέως διατυπωμένη ρήτρα, μπορεί να θεωρηθεί ότι δεν καλύπτει ένα συγκεκριμένο γεγονός. Συνεπώς, η διαμόρφωση μιας ρήτρας που να αποκλείει εξ' ολοκλήρου την εφαρμογή της frustration είναι μάλλον δυσχερές. Όταν το γεγονός με τη μορφή που εκδηλώθηκε ήταν απρόβλεπτο, κατά τρόπο ώστε να μη μπορεί να συναχθεί ασφαλώς η κάλυψή του από τη ρήτρα, η νομολογία θεωρεί ότι η σύμβαση λύεται αυτοδικαίως, εφόσον πληρούνται και οι λοιπές προϋποθέσεις εφαρμογής του δόγματος. Η υιοθετούμενη απ' την αγγλική νομολογία πρακτική της συσταλτικής ερμηνείας των ρητρών ανωτέρας βίας απηχεί την απαίτηση ικανού βαθμού εξειδίκευσης των περιστατικών που θα αποκλείουν την εφαρμογή της frustration.

αα. *Ενδιάμεσο συμπέρασμα*

Σε αμφοτέρες τις έννομες τάξεις, οι συμβαλλόμενοι δεν δύνανται να διαμορφώσουν συμβατικές ρήτρες περί γενικής παραιτήσεως από το δικαίωμα επίκλησης της ΑΚ 388 αφενός, και περί αποκλεισμού επέλευσης της frustration αφετέρου, για την περίπτωση που θα επισυμβούν πραγματικά *απρόβλεπτοι* κίνδυνοι, ήτοι μη επαρκώς εξατομικευμένοι στη σχετική ρήτρα.

Στην ελληνική έννομη τάξη, εκ των προτέρων γενική παραίτηση από το δικαίωμα επίκλησης της ΑΚ 388 θεωρείται ανεπίτρεπτη, προσκρούοντας στον αναγκαστικό χαρακτήρα της διάταξης. Αντίστοιχα, στο αγγλικό δίκαιο, τα μέρη δεν δύνανται να αποκλείσουν γενικώς εκ των προτέρων την επέλευση της frustration, καθώς επί πλήρωσης, μεταξύ άλλων, της προϋπόθεσης του *απρόβλεπτου*, η τελευταία λειτουργεί ως αυτοδίκαιη έννομη συνέπεια, ανεξάρτητη από τη βούληση των μερών.

Εκτός από τις περιπτώσεις της *ρητής* γενικής παραίτησης απ' το δικαίωμα επίκλησης της ΑΚ 388 και του γενικού συμβατικού αποκλεισμού επέλευσης της frustration, αμφοτέρες οι έννομες τάξεις καταδικάζουν και τις *έμμεσες* καταστρατηγήσεις της προστασίας που προβλέπει η καθεμία για πραγματικά *απρόβλεπτους* κινδύνους. Μια ειδική ρήτρα περί ανάληψης συγκεκριμένου κινδύνου από την οποία όμως δεν προκύπτουν σαφώς τα κρίσιμα πραγματικά περιστατικά που θα μεταβληθούν, κατά το ελληνικό δίκαιο θα είναι άκυρη, κατά την εκδήλωση του αναγκαστικού χαρακτήρα της ΑΚ 388. Αντίστοιχα, η αγγλική νομολογία,

²²⁰ *Mckendrick*, Force Majeure and Frustration, σ. 36.

εφαρμόζοντας την πρακτική της συσταλτικής ερμηνείας των σχετικών ρητρών, κατά πάσα πιθανότητα θα αρνηθεί την υπαγωγή των συγκεκριμένων πραγματικών περιστατικών στη ρυθμιστική εμβέλεια της αόριστης ρήτρας.

Με τους παραπάνω «μηχανισμούς προστασίας» (αναγκαστικός χαρακτήρας της διάταξης ΑΚ 388, πρακτική της συσταλτικής ερμηνείας των *force majeure clauses* από την αγγλική νομολογία, λειτουργία της *frustration* ως αυτοδίκαιης έννομης συνέπειας και όχι ως «δικαιώματος») αμφότερες οι έννομες τάξεις επιτυγχάνουν την προστασία των μερών από τον καταλογισμό σε αυτά εννόμων συνεπειών που δεν θέλησαν, ήτοι από την επίρριψη της ζημίας σε κάποιο εξ' αυτών, για πράγματι απρόβλεπτους κινδύνους.

β. Οι ρήτρες κατανομής συγκεκριμένων κινδύνων/ *Force majeure* *Clauses* –

Ο επικουρικός χαρακτήρας της δικαστικής παρέμβασης

Προϋπόθεση για την λειτουργία των μηχανισμών της *frustration* και της ΑΚ 388 είναι η έλλειψη ειδικής συμβατικής πρόβλεψης για την κατανομή του συγκεκριμένου κινδύνου. Το επιτρεπτό της ανάληψης συγκεκριμένων κινδύνων με ειδικές συμφωνίες και η διάκρισή τους από την (ανεπίτρεπτη) γενική παραίτηση από την ΑΚ 388, επισημαίνεται τόσο από τη θεωρία όσο και απ' τη νομολογία²²¹. Κατά μια άποψη, η εγκυρότητα των ρητρών αυτών θεμελιώνεται στην άρση του απρόβλεπτου χαρακτήρα της μεταβολής των συνθηκών και άρα στην έλλειψη της οικείας προϋπόθεσης της διάταξης²²². Ωστόσο, ορθότερη παρίσταται η προσέγγιση που αναγάγει την έλλειψη μιας ειδικής ρήτρας κατανομής του κρινόμενου κινδύνου σε αυτοτελή αρνητική προϋπόθεση εφαρμογής της διάταξης²²³. Οι ειδικές αυτές συμφωνίες αποτελούν επιτρεπόμενη κατ' αρχήν επίταση της ευθύνης του αναλαμβάνοντος τον κίνδυνο μέρους, νομιμοποιούμενες ήδη από τις αρχές της ιδιωτικής αυτονομίας και της συμβατικής ελευθερίας²²⁴. Η θεώρηση αυτή αναδεικνύει

²²¹ Βλ. μεταξύ άλλων, *Καραμπατζό*, ό.π., αρ. 529, 530, 531, 572, *Σταθόπουλο*, ό.π., § 22 αρ. 12, 40, *Φίλιο*, ό.π., § 269.Β, 274.Α, ΑΠ 350/ 1985, ΑΠ 16/ 1983.

²²² Βλ. *Ξυπολιά*, ό.π., *Φίλιο*, ό.π., § 269.Β.2, ΑΠ 350/ 1985.

²²³ Βλ. σχολιασμό της ΑΠ 16/ 1983 και αντιδιαστολή της από την ΑΠ 350/ 1985 που θεμελιώνει το επιτρεπτό των ειδικών συμφωνιών στην έλλειψη της προϋπόθεσης του απρόβλεπτου, *Καραμπατζό*, ό.π. αρ. 529, 530. Έτσι, *Σακέττας*, ό.π., αρ. 388 αρ. 53.

²²⁴ Βλ. *Καραμπατζό*, ό.π., αρ. 530, 565, ΑΠ 187/1990, ΑΠ 16/1983 «Δεν αποτελεί όμως παραίτηση η ειδικότερη συμφωνία σε αμοιροβαρή σύμβαση, με την οποία προβλέπεται η εκπλήρωση των

τον επικουρικό χαρακτήρα της προστασίας του αρ. 388 ΑΚ και το προβάδισμα της αυτόνομης συμβατικής ρύθμισης και άρα της ιδιωτικής αυτονομίας που επιτρέπει, κατ' αρχήν, στα μέρη να κατανέμουν με τον τρόπο που θέλουν συγκεκριμένους και άρα προβλεπτούς κινδύνους²²⁵. Εξάλλου, προστατευτικός σκοπός της διάταξης είναι ο μη καταλογισμός σε κάποιον συμβαλλόμενο, εννόμων αποτελεσμάτων που δεν μπορούσε να προβλέψει, προσβάλλοντας έτσι την ιδιωτική του αυτονομία²²⁶. Από τη σκοπιά αυτή, η ανάληψη ενός ειδικά προβλεφθέντος και άρα πράγματι ηθελημένου κινδύνου, είναι κατ' αρχήν έγκυρη. Συνεπώς, το γεγονός ότι λείπει το απρόβλεπτο, ως όρος του πραγματικού της ΑΚ 388 αποτελεί μια «παράπλευρη-όχι όμως αμελητέα-συνέπεια»²²⁷.

Η ύπαρξη ειδικής συμβατικής ρύθμισης (*express provision*) για το κρινόμενο γεγονός (*alleged frustrating event*) αποτελεί κατά την αγγλική θεωρία²²⁸ και νομολογία²²⁹, παράγοντα που αποκλείει την εφαρμογή της *frustration*²³⁰. Η θεμελίωση της (αρνητικής) προϋπόθεσης αυτής γίνεται (όπως και κατά το ελληνικό δίκαιο) τόσο σε συσχετισμό με την σύνδεσή της με την προϋπόθεση του απρόβλεπτου, όσο και με την υπογράμμιση της ελευθερίας των μερών να προβαίνουν, κατ' αρχήν, στην κατά την κρίση τους κατανομή προβλεπόμενων κινδύνων. Όπως λέγεται, γεγονός ικανό να ενεργοποιήσει τη *frustration*, είναι ένα απρόβλεπτο γεγονός, και όχι κάτι που αναμένεται στο ίδιο το συμβατικό κείμενο²³¹. Ακόμη, κατά την ερειδόμενη στη συμβατική ελευθερία προσέγγιση, υπογραμμίζεται ότι τα μέρη είναι ελεύθερα να προβλέπουν και να κατανέμουν στη σύμβαση όπως επιθυμούν τους διάφορους κινδύνους²³². Η επισήμανση του επικουρικού χαρακτήρα της προστατευτικής

παροχών, όπως ακριβώς συμφωνήθηκαν, ακόμη και σε περίπτωση συγκεκριμένης μελλοντικής μεταβολής των συνθηκών εκτέλεσης της σύμβασης, διότι τότε με την ειδική αυτή συμφωνία, που βρίσκεται μέσα στα όρια της ελευθερίας των συμβάσεων και δεν αντίκειται χωρίς άλλο στη συναλλακτική καλή πίστη και εντιμότητα, αναλαμβάνεται από τον οφειλέτη ο σχετικός κίνδυνος και τονίζεται η ευθύνη του για την πιστή και στη συγκεκριμένη αυτή περίπτωση εκπλήρωση της παροχής του», ΑΠ 334/2015.

²²⁵ Βλ. Καραμπατζός, ό.π. αρ. 531.

²²⁶ Βλ. Παπανικολάου, σε Αφιέρωμα στον Α. Γαζή (1994), σ. 488.

²²⁷ Έτσι, Καραμπατζός, ό.π. Η διαπίστωση της ύπαρξης ειδικής συμφωνίας για τον υπό κρίση κίνδυνο θα αποτελεί πλήρωση της αρνητικής προϋπόθεσης εφαρμογής της διάταξης, με αποτέλεσμα να παρέλκει η έρευνα των λοιπών προϋποθέσεων, όπως της θετικής προϋπόθεσης του απρόβλεπτου.

²²⁸ Mckendrick, *Force Majeure and Frustration...*, σ. 35, *τον ίδιο*, *Contract Law*, σ. 260.

²²⁹ Βλ. ενδεικτικά *Λόρδο Brandon, The Hannah Blumenthal*, (1983) A.C. 854 : «The first essential factor (to frustrate a contract) is that there must be some outside event...not...provided for by the parties at the time of contracting».

²³⁰ Με την αντίθετη εκδοχή θα αναιρούταν η ίδια η θεωρία του *implied term* που αποτέλεσε την παραδοσιακή θεμελίωση της *frustration*, καθώς δεν τίθεται θέμα χρησιμοποίησής της για την πραγματοποίηση της εικαζόμενης βούλησης των μερών, εφόσον εκείνα έχουν ήδη ρυθμίσει το ζήτημα με ρητή ρύθμιση. Πρβλ. *Koffman, MacDonald*, ό.π., σ. 533.

²³¹ *The Hannah Blumenthal*, ό.π.

²³² *Burrows*, ό.π., σ. 672.

παρέμβασης της έννομης τάξης είναι ακόμα πιο έντονη κατά το αγγλικό δίκαιο, όπου όπως είδαμε, η στάση των δικαστηρίων είναι ιδιαίτερα επιφυλακτική με κάθε ετερόνομη επέμβαση στη σύμβαση, άρα και με τον ίδιο τον θεσμό της frustration.

Στο σημείο αυτό πρέπει να τονιστεί μια βασική διαφορά με το ελληνικό δίκαιο. Η πρόβλεψη ειδικών ρητρών, εκ των οποίων οι πιο χαρακτηριστικές είναι οι ρήτρες ανωτέρας βίας (force majeure clauses)²³³, πέρα από το να συνιστά μια αρνητική προϋπόθεση για την εφαρμογή της frustration, αποτελεί τον κανόνα στην συναλλακτική πρακτική στον αγγλοσαξονικό χώρο. Στη θεωρία τονίζεται ότι η κατανομή των κινδύνων είναι αποκλειστική αρμοδιότητα των μερών (It is not for the courts to make the contract), επιταγή που απορρέει ευθέως από την υψηλά ιεραρχούμενη σε μια φιλελεύθερη έννομη τάξη, συμβατική ελευθερία²³⁴. Για την αντιμετώπιση της προβληματικής της απρόοπτης μεταβολής των συνθηκών, το κέντρο βάρους δίδεται στην προληπτική νομική και η έννομη τάξη αξιώνει απ' τα μέρη να προβλέπουν και να αξιολογούν ενδεχόμενες μελλοντικές μεταβολές ενσωματώνοντάς τες στη σύμβαση²³⁵. Η αξίωση αυτή της έννομης τάξης είναι που δικαιολογεί και την περιορισμένη ανάπτυξη του θεσμού της frustration. Στην απόφαση *Paradine v. Jane*, που αντιπροσωπεύει την αυστηρή προσέγγιση πριν την ανάπτυξη του θεσμού, το δικαστήριο υπονόησε ότι εφόσον τα μέρη μπορούσαν να ενσωματώσουν ρήτρα για την τύχη της σύμβασης επί συγκεκριμένης μεταβολής και δεν το έκαναν, τίποτα δεν δικαιολογεί τη μετακύλιση της ζημίας με παρέμβαση της έννομης τάξης²³⁶. Η προσέγγιση αυτή μπορεί να μετριάστηκε αργότερα, αλλά εκφράζει μια γενικότερη νοοτροπία που δικαιολογεί την περιορισμένη ανάπτυξη της frustration. Όπως επισημαίνεται από τη θεωρία, οι πρόσφατες αποφάσεις υιοθετούν μια περιοριστική προσέγγιση, και η ευδοκίμηση της επίκλησης της frustration είναι εξαιρετικά δυσχερής²³⁷. Τα δικαστήρια, στηριζόμενα στην αυτοευθύνη και τον αυτοκαθορισμό του ατόμου, φρονούν ότι οι συμβαλλόμενοι δεν χρειάζονται τη βοήθεια της δικαιοσύνης για να εκπληρώσουν τους συναλλακτικούς τους σκοπούς²³⁸. Η θεώρηση

²³³ Η συναλλακτική πρακτική έχει καθιερώσει ποικίλα είδη ρητρών ανάλογα με τους σκοπούς των μερών. Ενδεικτικά, αναφέρονται οι ρήτρες δυσχέρειας εκπληρώσεως (hardship clauses), που προβλέπουν την υποχρέωση αναδιαπραγμάτευσης των μερών σε περίπτωση επέλευσης συγκεκριμένης οικονομικής δυσχέρειας. Για περισσότερα είδη ρητρών βλ. Καραμπατζό, όπ.π., αρ. 376, Mckendrick, όπ.π., σ. 255- 256.

²³⁴ Πρβλ. Morgan, όπ.π., σ. 132.

²³⁵ Mckendrick, όπ.π., σ. 43.

²³⁶ Πρβλ. Mckendrick, Contract Law, σ. 256.

²³⁷ Mckendrick, όπ.π.

²³⁸ Βλ. Καραμπατζό, όπ.π., αρ. 438.

αυτή αν και αναδεικνύει τη σημασία της προληπτικής νομικής, παρορά κάποια αδύνατα σημεία της. Το συναλλακτικό κόστος για την διαμόρφωση και επεξεργασία τέτοιων ρητρών είναι σημαντικό και δεν είναι δεδομένο ότι κάθε συμβαλλόμενος μπορεί ν' ανταποκριθεί σ' αυτό²³⁹. Ακόμη, δικαιολογητικός λόγος της καθιέρωσης της frustration είναι η προστασία από απρόβλεπτα γεγονότα. Η δυνατότητα πρόβλεψης και πρόληψης φτάνει μέχρι ορισμένου σημείου, και αυτό που μπορεί να αξιωθεί από τα μέρη είναι το αντικειμενικώς προβλέψιμο²⁴⁰. Συνεπώς, η επέμβαση της έννομης τάξης, προς προστασία όσων δεν έχουν τη δυνατότητα να εξασφαλίσουν εξειδικευμένες υπηρεσίες προληπτικής νομικής, αλλά και για περιπτώσεις όπου πράγματι δεν είναι δυνατή η πρόβλεψη μελλοντικών μεταβολών, καθίσταται απαραίτητη.

Ο κοινωνιστικός προσανατολισμός της ΑΚ 388²⁴¹, που με τον αναγκαστικό της χαρακτήρα εξασφαλίζει την προστασία κάθε συμβαλλομένου από την απρόβλεπτη ανατροπή του δικαιοπρακτικού θεμελίου, ακόμα και εκείνων που δεν μπορούν να ανταποκριθούν στο συναλλακτικό κόστος της προληπτικής νομικής και δεν αξιώνει από τα μέρη «την ικανότητα πρόβλεψης ενός προφήτη»²⁴², αναδεικνύει την ανάγκη επεξεργασίας του δόγματος της frustration ώστε να καταστεί αποτελεσματική η επίκλησή της στις περιπτώσεις που είναι αναγκαία η επέμβαση της έννομης τάξης. Αντίστροφα, η προώθηση του συμβατικού σχεδιασμού που γίνεται στον αγγλοσαξονικό χώρο, αποτελεί παράδειγμα προς μίμηση για την ημεδαπή έννομη τάξη όπου υποστηρίζεται ότι τάχα, με την επίκληση μιας σειράς ειδικών κινδύνων καταστρατηγείται έμμεσα ο αναγκαστικός χαρακτήρας της ΑΚ 388²⁴³. Οι συμβαλλόμενοι θα πρέπει να ενθαρρύνονται να εκφράζουν τη βούλησή τους για την τύχη της σύμβασης επί ενδεχόμενων ανατροπών²⁴⁴.

Ο αναγκαστικός χαρακτήρας της ΑΚ 388 επιτάσσει να συνάγεται σαφώς από τη διατύπωση της ρήτρας η ανάληψη κινδύνου που προκύπτει από συγκεκριμένο λόγο μεταβολής των συνθηκών, ώστε να μην επέρχεται καταστρατήγηση του

²³⁹ Mckendrick, Force Majeure and Frustration..., σ. 43.

²⁴⁰ Όπως χαρακτηριστικά αναφέρει ο Morgan, ό.π.: «Is it not self-contradictory to relegate to drafters what are by definition unforeseeable events?...One essential question, then, is how much foresight may reasonably be attributed to the parties.»

²⁴¹ Καραμπατζός, ό.π., αρ. 717.

²⁴² Βλ. Morgan, ό.π., «How realistic is it to leave risk allocation purely to the parties?... It would be expecting “the foresight of a prophet” if parties were expected to insert clauses for the unlikelyst of interruptions...»

²⁴³ Βλ. Ξυπολιά, ό.π., σ. 1690.

²⁴⁴ Βλ. Καραμπατζός, ό.π., αρ. 573.

προστατευτικού σκοπού της διάταξης²⁴⁵. Η απαίτηση για τον εξειδικευμένο χαρακτήρα των ρητρών αυτών εντοπίζεται και στο αγγλικό δίκαιο. Συγκεκριμένα, τα δικαστήρια απαιτούν η σχετική ρήτρα να είναι τόσο αναλυτική που να μπορεί να υπαχθεί με ευκολία το κρινόμενο γεγονός σ' αυτήν ώστε να μπορεί ν' αποκλειστεί η frustration²⁴⁶. Προς επίρρωση της προσέγγισης αυτής συνηγορεί και η πρακτική της συστατικής ερμηνείας των ειδικών ρητρών από τη νομολογία.

Οι ειδικές ρήτρες κατανομής συγκεκριμένων κινδύνων μπορεί να χρησιμοποιηθούν για την επίτευξη δύο, διαφορετικών μεταξύ τους στόχων: Είτε για τον αποκλεισμό εφαρμογής της ΑΚ 388/frustration σε περιπτώσεις που, ελλείπουσας της ρήτρας, θα πληρούνταν οι προϋποθέσεις ενεργοποίησής τους, είτε για να επιφέρουν λύση ή αναπροσαρμογή της σύμβασης σε περιπτώσεις που η έννομη τάξη, με τις αυστηρές προϋποθέσεις που θέτει για τους δύο αυτούς θεσμούς, δεν θα επέτρεπε αυτό το αποτέλεσμα²⁴⁷.

γ. Η παρά τη συμβατική κατανομή του κινδύνου ενεργοποίηση του μηχανισμού της 388/ Frustration

γα. Ακυρότητα των σχετικών ρητρών κατά το στάδιο κατάρτισης της σύμβασης

Η συμβατική ανάληψη κινδύνων είναι κατ' αρχήν έγκυρη, όπως είδαμε, κατ' ΑΚ 361, γνωρίζει όμως τους περιορισμούς των ΑΚ 178, 179, 281. Οι διατάξεις αυτές αντιμετωπίζουν την έλλειψη ισορροπίας των εκατέρωθεν παροχών που υφίσταται ήδη κατά το στάδιο κατάρτισης της σύμβασης²⁴⁸. Κατά το στάδιο αυτό, δεν καταλείπεται έδαφος εφαρμογής στην ΑΚ 388, η οποία αφορά στην επέμβαση του δικαστή προς αποκατάσταση της ισορροπίας των εκατέρωθεν παροχών που υπήρχε κατά την κατάρτιση, διαταράχθηκε όμως κατά τη λειτουργία της σύμβασης²⁴⁹. Είναι ωστόσο δυνατό, μια αόριστη ρήτρα ανάληψης ευθύνης για οποιοδήποτε γεγονός δύναται να

²⁴⁵ Βλ. *Ξυπολιά*, ό.π., σ. 1693.

²⁴⁶ Πρβλ. *Mckendrick*, Contract Law, σ. 261.

²⁴⁷ Βλ. *Καραμπατζό*, ό.π., αρ. 377, *Mckendrick*, ό.π., σ. 257. Για παράδειγμα, μια απροσδόκητη αύξηση των τιμών, που κατά τη νομολογία δεν συνιστά γεγονός ικανό να επιφέρει τη frustration, θα μπορούσε να επιφέρει τις επιθυμητές συνέπειες για τα μέρη, αν ενσωματωνόταν σε κατάλληλα διαμορφωμένη ρήτρα.

²⁴⁸ Βλ. *Ξυπολιά*, ό.π., σ. 1693.

²⁴⁹ Βλ. *Καραμπατζό*, ό.π., αρ. 565.

προκύψει κατά τη λειτουργία της σύμβασης, να είναι άκυρη τόσο λόγω του αναγκαστικού χαρακτήρα της ΑΚ 388 όσο και λόγω της ΑΚ 179²⁵⁰.

Ακόμη, αν οι ειδικοί κίνδυνοι αναλαμβάνονται από καταναλωτή, και οι σχετικές ρήτρες είναι ενταγμένες σε ΓΟΣ, που σημαίνει ότι δεν θα έχουν αποτελέσει αντικείμενο ατομικής διαπραγμάτευσης, ο έλεγχος του κύρους τους μπορεί να γίνει και με τις ειδικές διατάξεις του Ν.2251/1994²⁵¹. Για τη διαπίστωση τυχόν ακυρότητας το δικαστήριο θα εκτιμήσει τη διαπραγματευτική δύναμη κάθε μέρους, τη φύση και την έκταση των αναλαμβανόμενων κινδύνων, τυχόν ύπαρξη κάποιου αντισταθμίسمatos για την ανάληψή τους και τον βαθμό διαταραχής της ισορροπίας των εκατέρωθεν παροχών²⁵².

Η θέσπιση ορίων στους συμβατικώς αναλαμβανόμενους κινδύνους εντοπίζεται και στην αγγλική έννομη τάξη, σε περιορισμένο όμως βαθμό. Ειδικότερα, οι ρήτρες ανωτέρας βίας υπόκεινται στον έλεγχο ειδικών νομοθετημάτων ως προς τη δικαιοσύνη του περιεχομένου τους. Για συμβάσεις μεταξύ επιχειρήσεων, εφαρμοστέο είναι το Unfair Contract Terms Act 1977²⁵³ όπου ορίζεται ότι ένα μέρος μπορεί να επικαλεστεί (από τους τυποποιημένους όρους με τους οποίους συναλάσσεται) ρήτρα βάσει της οποίας απαλάσσεται από την εκπλήρωση, μόνο όταν η εν λόγω ρήτρα έχει «εύλογο» χαρακτήρα (satisfies the requirement of reasonableness)²⁵⁴. Για συμβάσεις μεταξύ επιχειρήσεων και καταναλωτών εφαρμοστέο είναι το Consumer Rights Act 2015²⁵⁵ στο άρθρο 62 του οποίου ορίζεται η απαίτηση για δίκαιους συμβατικούς όρους (Requirement for contract terms and notices to be fair). Ειδικότερα, στην παράγραφο 4 του ίδιου άρθρου ορίζεται ότι ένας συμβατικός όρος είναι «άδικος», όταν, αντίθετα με τις απαιτήσεις της καλής πίστης, προκαλεί σημαντική διατάραξη στα δικαιώματα και τις υποχρεώσεις των μερών, εις βάρος του καταναλωτή²⁵⁶.

²⁵⁰ Βλ. Καραμπατζό, όπ.π., αρ. 566.

²⁵¹ Ειδικότερα, με το αρ. 2 § 6, § 7 περ. ιη', βλ. Καραμπατζό, όπ.π αρ. 567.

²⁵² Βλ. Ξυπολιά, όπ.π., σ. 1692.

²⁵³ Άρθρο 3, παρ. (2)(b)(ii).

²⁵⁴ Υπερ της εφαρμογής της απαίτησης περί εύλογου περιεχομένου στις ρήτρες ανωτέρας βίας ο Mckendrick, Force Majeure and Frustration..., σ. 264. Όπως αναφέρει ο ίδιος, μια τυποποιημένη ρήτρα που προβλέπει τη λύση της σύμβασης εμπίπτει αναμφίβολα στο γράμμα της διάταξης και υπόκειται στον έλεγχο περί εύλογου περιεχομένου.

²⁵⁵ Με το νομοθέτημα αυτό επιχειρείται ενοποίηση της έως τότε αντιφατικής και διάσπαρτης νομοθεσίας για την προστασία του καταναλωτή σημαντικό μέρος της οποίας ήταν το Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1994 και 1999 που εκδόθηκε για τη συμμόρφωση στο ενωσιακό δίκαιο, βλ. Mckendrick, Contract Law, σ. 6.

²⁵⁶ Το περιεχόμενο της ρύθμισης αυτής είναι ουσιαστικά όμοιο με την αντίστοιχη γενική ρήτρα του αρ. 2 § 6 του ελληνικού ν. 2251/1994 για την προστασία του καταναλωτή καθώς και τα δύο νομοθετήματα εκδόθηκαν προς συμμόρφωση των εθνικών εννόμων τάξεων με τις επιταγές της Οδηγίας 93/13/ΕΟΚ για τις συμβάσεις που συνάπτονται με καταχρηστικές ρήτρες.

γβ. Η πρακτική της συσταλτικής ερμηνείας των ρητρών κατανομής κινδύνου

Το λεγόμενο ότι «η πρόβλεψη μιας ειδικής ρήτρας κατανομής κινδύνου δεν αποκλείει κατ' ανάγκη τη frustration»²⁵⁷ δεν αναιρεί όσα έγιναν δεκτά παραπάνω. Αντίθετα, υπονοεί ότι αποφασιστικό κριτήριο είναι τελικά η ερμηνεία της εκάστοτε ρήτρας, ο προσδιορισμός των γεγονότων που καταλαμβάνονται απ' αυτή και η τελική υπαγωγή σ' αυτή ή μη, του κρινόμενου γεγονότος υπό τη συγκεκριμένη μορφή που εκδηλώθηκε²⁵⁸. Όπως επισημαίνεται από τη θεωρία, το ότι μια ρήτρα αναφέρεται σε γεγονότα της ίδιας φύσης με το κρινόμενο γεγονός, δεν σημαίνει ότι καταλαμβάνει κάθε μεταβολή που υπάγεται σ' αυτή την κατηγορία²⁵⁹. Η νομολογία έχει υιοθετήσει μια πρακτική συσταλτικής ερμηνείας των σχετικών ρητρών, ώστε όσο πιο δραστικό είναι το κρινόμενο γεγονός, τόσο λιγότερο πιθανό είναι να καταλαμβάνεται από μια γενική ρήτρα που καλύπτει γεγονότα της ίδιας φύσης.

Υποστηρίζεται ότι η πρακτική της συσταλτικής ερμηνείας των ειδικών ρητρών ανάληψης κινδύνου, ενδεχομένως υπονομεύει τη βούληση των μερών²⁶⁰. Η υιοθέτησή της από μια έννομη τάξη που εμφορείται από την ανάγκη περιφρούρησης του «ιερού» χαρακτήρα των συμβάσεων, ξενίζει. Ίσως, η πρακτική της συσταλτικής ερμηνείας και η αυστηρότητα των δικαστηρίων ως προς την εξειδίκευση των ρητρών, να συνηγορεί υπέρ της άποψης ότι δογματικό θεμέλιο του θεσμού είναι οι επιταγές της δικαιοσύνης και της επιείκειας και όχι η πραγμάτωση της εικαζόμενης βούλησης των μερών²⁶¹.

Αντιπροσωπευτικό παράδειγμα της σχετικής νομολογίας αποτελεί η υπόθεση *Metropolitan Water Board v. Dick Kerr and Co*²⁶². Το 1914 συνήφθη μια σύμβαση έργου για την κατασκευή μιας δεξαμενής εντός προθεσμίας έξι ετών. Το 1916, εν μέσω πολέμου, εκδόθηκε κυβερνητικό διάταγμα που υποχρέωνε τους εργολάβους να σταματήσουν κάθε εργασία και να πουλήσουν το εργοστάσιο και έτσι εκείνοι, για να απαλλαγούν απ' τις υποχρεώσεις τους, υποστήριξαν ότι η σύμβαση είχε λυθεί λόγω frustration. Οι εργοδότες επικαλέστηκαν μια συμβατική ρήτρα που προέβλεπε ότι σε

²⁵⁷ Βλ. *Mckendrick*, ό.π., σ. 34.

²⁵⁸ Πρβλ. *Mckendrick*, *Contract Law, Texts Cases and Materials*, σ. 879.

²⁵⁹ Βλ. *Mckendrick*, *Force Majeure and Frustration...*, σ. 35.

²⁶⁰ Βλ. *Καραμπατζό*, ό.π., αρ. 351.

²⁶¹ Στη σύνδεση της πρακτικής της συσταλτικής ερμηνείας των ειδικών ρητρών, με την ανάγκη επίτευξης μιας δίκαιης λύσεως προβαίνει ο *Burrows*, ό.π., αρ. 2.

²⁶² Βλ. *Metropolitan Water Board v. Dick Kerr and Co.* (1918) A.C 854.

περίπτωση καθυστέρησης, ανεξαρτήτως του λόγου στον οποίο θα οφείλεται (delay whatsoever and howsoever occasioned), θα έπρεπε να δοθεί στους κατασκευαστές παράταση της προθεσμίας. Το δικαστήριο έκρινε ότι η συμβατική ρήτρα κάλυπτε μόνο προσωρινές καθυστερήσεις και όχι «περιπτώσεις κατά τις οποίες η διακοπή ήταν τέτοιου χαρακτήρα και διάρκειας ώστε να μεταβάλλονται ουσιωδώς οι συνθήκες της σύμβασης». Επομένως, ενώ το γράμμα της ρήτρας όριζε ότι παράταση προθεσμίας θα έπρεπε να χορηγείται για κάθε καθυστέρηση, ανεξαρτήτως της αιτίας της, το δικαστήριο προέβη σε μια τελεολογική συστολή του²⁶³, αποφαινόμενο ότι, λογικά, τα μέρη δεν θα μπορούσαν να έχουν υπόψη τους μια τέτοιας φύσεως καθυστέρηση όταν συνέτασσαν τη ρήτρα²⁶⁴.

Το δικαστήριο, δεχόμενο ότι οι κατασκευαστές δεν θα είχαν υπόψη τους μια τέτοιας φύσεως καθυστέρηση, επιδιώκει να τους προστατέψει από μια κατά τα φαινόμενα, απρόβλεπτη γι' αυτούς μεταβολή, υποβάλλοντας τη ρήτρα σε συσταλτική ερμηνεία. Η ανωτέρω «εύλογη» κρίση του αγγλικού δικαστηρίου, προς προστασία των μερών από πράγματι απρόβλεπτες μεταβολές, ομοιάζει με την, κατά την καλή πίστη κρίση του ελληνικού δικαστηρίου, όταν καλείται να ερμηνεύσει μια ειδική ρήτρα για να αποφασίσει αν πράγματι τα μέρη προέβλεψαν την κρινόμενη μεταβολή ή αν πρόκειται για μια γενική διατύπωση προς ματαίωση του προστατευτικού σκοπού της ΑΚ 388²⁶⁵.

3. Υπαιτιότητα / Self- induced Frustration

Η υπαίτια μη πρόβλεψη της μεταβολής των συνθηκών²⁶⁶ και η υπαίτια μη αποφυγή ή πρόκληση του γεγονότος που την επιφέρει²⁶⁷, αποκλείουν την εφαρμογή της ΑΚ 388. Έτσι, η έλλειψη υπαιτιότητας ανάγεται σε θεμελιώδη προϋπόθεση εφαρμογής της ΑΚ 388²⁶⁸. Στην πρώτη περίπτωση, της υπαιτίας μη πρόβλεψης της μεταβολής των συνθηκών θα αναφερθούμε εγγύτερα κατωτέρω²⁶⁹. Όσον αφορά τη δεύτερη περίπτωση, της υπαιτίας μη αποφυγής ή πρόκλησης του γεγονότος που

²⁶³ Έτσι, *Καραμπατζός*, ό.π., αρ. 378.

²⁶⁴ *Mckendrick*, ό.π., σ. 35 : «The magnitude of the delay was such that the clause could not reasonably have been intended to cover it».

²⁶⁵ Για τον αποφασιστικό ρόλο της καλής πίστης για την υπαγωγή ή μη της υπό κρίση μεταβολής στα περιστατικά που οι συμβαλλόμενοι είχαν υπ' όψη τους κατά την κατάρτιση της σύμβασης βλ. *Ξυπολιά*, ό.π. σ. 1693.

²⁶⁶ Βλ. *Σταθόπουλο*, ό.π., § 22 αρ. 24.

²⁶⁷ Βλ. *Σακέττα*, ό.π., αρ. 388 αρ. 43.

²⁶⁸ Έτσι, *Γεωργιάδης*, Γενικό Ενοχικό, § 33 αρ. 18.

²⁶⁹ Βλ. ενότητα VII . 2.

επιφέρει την μεταβολή, παρατηρούνται τα εξής: Κατ' αρχήν εδώ, το γεγονός θα κατέστη αντικειμενικώς προβλεπτό μετά τη σύναψη της σύμβασης, διαφορετικά η εφαρμογή της ΑΚ 388 θα αποκλειόταν ήδη λόγω της μη πλήρωσης της προϋπόθεσης του απρόβλεπτου κατά τον χρόνο της σύναψης. Εάν ο οφειλέτης συνετέλεσε με τη συμπεριφορά του στη διαμόρφωση της παροχής του ως υπέρμετρα επαχθούς, κατά κανόνα δεν θα μπορεί να επικαλεστεί την ΑΚ 388. Η διάταξη αυτή ως ειδική εκδήλωση της αρχής της καλής πίστης, επιβάλλει στον δικαστή να λάβει υπ' όψη του τυχόν πταίσμα του οφειλέτη και τη βαρύτητά του και ενδεχομένως ν' αρνηθεί την παροχή προστασίας²⁷⁰. Ειδικά στις περιπτώσεις της αμέλειας, όταν ο οφειλέτης μπορούσε, ενεργώντας εγκαίρως και επιμελώς να αποτρέψει την επέλευση ή τις συνέπειες του επιγενόμενου γεγονότος, η ευθύνη του θα πρέπει να κρίνεται με μέτρο την αξιόσιμη απ' αυτόν επιμέλεια, όπως αυτή κρίνεται σε αντικειμενικό αλλά και σε υποκειμενικό επίπεδο, με βάση τις ικανότητες και τη συναλλακτική πείρα του συγκεκριμένου οφειλέτη²⁷¹.

Στην αγγλική έννομη τάξη, όπως δέχεται σταθερά η νομολογία, σε περίπτωση που ο συμβαλλόμενος που επιθυμεί να απαλλαγεί από τις υποχρεώσεις του, προκάλεσε με δική του υπαιτιότητα (ή των προσώπων για τα οποία ευθύνεται) το γεγονός που ισχυρίζεται ότι εμποδίζει την εκπλήρωση, δεν μπορεί να επικαλεστεί τον θεσμό της frustration ²⁷². Το σύνολο των περιπτώσεων κατά τις οποίες ένας συμβαλλόμενος δεν μπορεί να επικαλεστεί τη frustration λόγω της δικής του συμπεριφοράς, αποδίδεται με τον όρο «self-induced frustration»²⁷³.

Παρότι το δόγμα της self-induced frustration θεμελιώνεται ξεκάθαρα στη νομολογία, τα δικαστήρια δεν έχουν προσδιορίσει τα ακριβή του όρια με σαφήνεια ²⁷⁴. Κάποιες περιπτώσεις υπάγονται καταφανώς σ' αυτή την κατηγορία ενώ άλλες έχουν προκαλέσει μεγαλύτερη σύγχυση. Τον πυρήνα της self-induced frustration συνιστά η περίπτωση της αθέτησης της σύμβασης (breach of contract). Πράγματι, ο εναγόμενος λόγω αθέτησης των συμβατικών του υποχρεώσεων, επικαλείται τη frustration προς απαλλαγή του. Όταν το δικαστήριο αποφανθεί ότι το γεγονός που την προκάλεσε

²⁷⁰ Πρβλ. Σταθόπουλο, όπ.π., § 22 αρ. 28.

²⁷¹ Βλ. Καραμπατζό, όπ.π., σελ. 95-97, Σακέττα, όπ.π., αρ. 388 αρ. 42 .

²⁷² *Hirji Mulji v Cheong Yue Steamship Co Ltd* (1926) AC 497 σ. 510, *Maritime National Fish Ltd v Ocean Trawlers Ltd* (1935) AC 524, σ. 530, *Joseph Constantine Steamship Ltd v. Imperial Smelting Corporation Ltd* (1942) AC 154 σ.170.

²⁷³ *Hobhouse J.*, στην υπόθεση *J Lauritzen AS v. Wijsmuller BV* (“*The Super Servant Two*”) (1990), όπ.π.

²⁷⁴ Βλ. *Mckendrick*, Contract Law, σ. 337.

οφειλόταν στον ίδιο τον εναγόμενο (self-induced), τότε, δεδομένου ότι εκείνος δεν θα μπορεί να την επικαλεστεί, και ελλείψει άλλου εννόμου βοηθήματος, θα τελεί σε αθέτηση της σύμβασης²⁷⁵.

Αντιπροσωπευτικό παράδειγμα από τη νομολογία συνιστά η υπόθεση *The Eugenia* (1964)²⁷⁶. Κατά τα περιστατικά της υπόθεσης²⁷⁷, οι εναγόμενοι είχαν ναυλώσει το ομώνυμο πλοίο για τη μεταφορά σιδήρου από την Γένοβα προς την Ινδία διαμέσου της Μαύρης Θάλασσας, όπου θα γινόταν η φόρτωση του εμπορεύματος. Το ναυλοσύμφωνο περιείχε μια γενική «ρήτρα πολέμου» που απαγόρευε στους ναυλωτές να επιτρέψουν ή να διατάξουν τον διάπλου σε επικίνδυνη ζώνη λόγω πολεμικών αναταραχών, χωρίς τη συγκατάθεση του εκναυλωτή. Το πλοίο οδηγήθηκε στον προορισμό του μέσω της διώρυγας του Σουέζ, παρότι διαφαινόταν, ήδη από τη σύναψη του ναυλοσυμφώνου, ότι η διώρυγα, που αποτελούσε τη σημαντικότερη αρτηρία για τη μετακίνηση πλοίων προς τη Μέση Ανατολή, υπήρχε περίπτωση να αποκλειστεί ως μέσο άσκησης πολιτικών πιέσεων προς τη Δύση²⁷⁸. Το πλοίο παγιδεύτηκε στη διώρυγα και οι ναυλωτές επιχείρησαν να απαλλαγούν απ' τις υποχρεώσεις τους εκ του ναυλοσυμφώνου, επικαλούμενοι ότι η σύμβαση είχε λυθεί λόγω frustration. Το δικαστήριο δέχθηκε ότι οι εναγόμενοι δεν μπορούσαν να επικαλεστούν την παγίδευση του πλοίου ως γεγονός που επιφέρει τη λύση της σύμβασης (frustrating event), καθώς προκλήθηκε από δική τους υπαιτιότητα, και συγκεκριμένα, από την παραβίαση της ανωτέρω ρήτρας. Συνεπώς, οι ναυλωτές ενέχονταν για αθέτηση της σύμβασης (breach of contract), καθώς δεν μπορούσαν να επικαλεστούν ως απαλλακτικό λόγο, το εμπόδιο που οι ίδιοι προκάλεσαν με τη συμπεριφορά τους²⁷⁹.

Η επεξεργασία πιο δύσκολων ως προς την υπαγωγή τους στην έννοια της self-induced frustration περιπτώσεων, συντελείται στην υπόθεση *The Super Servant Two* (1990)²⁸⁰. Η υπόθεση αφορούσε ναυλοσύμφωνο με το οποίο οι εναγόμενοι συμφώνησαν να μεταφέρουν το γεωτρύπανο των εναγόντων από την Ιαπωνία στο Ρότερνταμ, χρησιμοποιώντας, κατ' εκλογή τους, είτε το πλοίο Super Servant One είτε

²⁷⁵ Βλ. *Mckendrick*, ό.π.π.

²⁷⁶ *Ocean Tramp Tankers Corporation v. V/O Sovfracht, The Eugenia* (1964), 2 QB 226,

²⁷⁷ Βλ. *Burrows*, ό.π.π., σ. 666.

²⁷⁸ Για την αναλυτική παρουσίαση της αντιμετώπισης των «υποθέσεων της διώρυγας του Σουέζ» από τη νομολογία βλ. *Rapsomanikis*, Frustration of Contract in International Trade law and comparative law, 18 *Duquesne L.R.* (1979-1980) σ. 582 επ. και *Καραμπατζό*, ό.π.π., σ. 266 επ.

²⁷⁹ *Lord Denning, The Eugenia*, ό.π.π., : «The charterers cannot rely on the fact that the *Eugenia* was trapped in the canal; For that it was their own fault. They were in breach of the war clause in entering it. They cannot rely on a self-induced frustration».

²⁸⁰ *J Lauritzen AS v. Wijsmuller BV* (“The Super Servant Two”), ό.π.π.

το πλοίο Super Servant Two, τα οποία αμφότερα ανήκαν στον εμπορικό τους στόλο. Πριν το χρόνο εκπλήρωσης, οι εκναυλωτές αποφάσισαν να χρησιμοποιήσουν το πρώτο πλοίο για την εκτέλεση άλλων συμφωνιών και το δεύτερο, για το υπο κρίση ναυλοσύμφωνο. Ωστόσο, πριν χρησιμοποιηθεί για τη συγκεκριμένη σύμβαση, το πλοίο Super Servant Two βυθίστηκε κατά την εκτέλεση άλλου δρομολογίου. Δεδομένου ότι οι εκναυλωτές δεν μπορούσαν πλέον να διαθέσουν ούτε το πλοίο Super Servant One λόγω της δέσμευσής του σε άλλες συμβάσεις, ενημέρωσαν τους ναυλωτές ότι δεν θα μπορούσαν να εκτελέσουν τη μεταφορά και ενήχθησαν για αθέτηση της σύμβασης. Σε άμυνα προέβαλαν δύο ισχυρισμούς, εκ των οποίων ο ένας ήταν ότι το ναυάγιο του πλοίου επέφερε τη λύση της σύμβασης κατ' εφαρμογή του απαλλακτικού λόγου της frustration.

Οι ενάγοντες αντέτειναν ότι η αθέτηση της σύμβασης οφειλόταν σε ενέργεια των εναγομένων και επομένως επρόκειτο για self-induced frustration και οι τελευταίοι εξακολουθούσαν να ευθύνονται. Το δικαστήριο θεώρησε βάσιμο τον εν λόγω ισχυρισμό. Δέχθηκε ότι ακόμα και αν δεν υπήρχε αμέλεια των εναγομένων αναφορικά με την πρόκληση του ναυαγίου, η αθέτηση της σύμβασης στηριζόταν και μόνο στο γεγονός της επιλογής τους να δεσμεύσουν τελικά το πλοίο Super Servant One στην εκπλήρωση άλλων συμβάσεων²⁸¹. Το ναυάγιο του πλοίου δεν επέφερε την αυτοδίκαιη λύση της σύμβασης, καθώς η σύμβαση παρείχε εναλλακτική οδό, την επιλογή άλλου πλοίου. Το δικαστήριο τόνισε ότι αν η σύμβαση προέβλεπε ότι η μεταφορά θα γινόταν με το πλοίο Super Servant Two μη παρέχοντας εναλλακτική, και το πλοίο βυθιζόταν πριν το χρόνο της εκπλήρωσης χωρίς υπαιτιότητα των εκναυλωτών, τότε η σύμβαση θα είχε λυθεί λόγω frustration. Η απόφαση ήταν ιδιαίτερα αυστηρή, καθώς στην πράξη οι εναγόμενοι δεν είχαν πραγματικό περιθώριο επιλογής εφόσον ήταν πρακτικά αδύνατο να διαθέσουν το πλοίο Super Servant One για την εκπλήρωση όλων των συμβάσεών τους²⁸². Εφόσον το ένα πλοίο τους βυθίστηκε, εξ ανάγκης θα αθετούσαν μια από τις εκκρεμείς συμβάσεις.

Η εν λόγω απόφαση, πέρα από την παραπάνω διευρυμένη προσέγγιση της έννοιας της self-induced frustration, συμβάλλει στον προσδιορισμό των ορίων της, προσπαθώντας να εξηγήσει ποιες περιπτώσεις υπάγονται στην έννοια της υπαιτιότητας (fault) στο πλαίσιο της συγκεκριμένης προβληματικής. Το δικαστήριο δέχθηκε ότι

²⁸¹ Burrows, όπ.π., σ. 669.

²⁸² Mckendrick, όπ.π., σ. 338.

στην έννοια αυτή δεν περιλαμβάνεται μόνο η εκ προθέσεως πρόκληση του αποτελέσματος και η παραβίαση ενός καθήκοντος επιμέλειας απέναντι σε συγκεκριμένο πρόσωπο, αλλά και η περίπτωση της αμέλειας²⁸³. Απαιτείται να διαπιστωθεί, αν ο συμβαλλόμενος που επικαλείται ένα συγκεκριμένο γεγονός για την απαλλαγή του, ήταν υπεύθυνος γι' αυτό, δηλαδή αν είχε τα μέσα και την ευκαιρία να το αποτρέψει, αλλά παρά ταύτα, το άφησε να συμβεί²⁸⁴. Εξάλλου, εφόσον η αντικειμενική προβλεψιμότητα του κινδύνου²⁸⁵ καθιστά ατελέσφορη την επίκληση της frustration, το ίδιο θα πρέπει να ισχύει και για την αμέλεια ως προς την πρόκληση ή τη μη αποφυγή του κινδύνου. Η μη αποφυγή του κινδύνου παρά την προβλεψιμότητά του, συνιστά παράβαση του αντικειμενικώς επιβαλλόμενου καθήκοντος επιμελείας και άρα αμελή συμπεριφορά²⁸⁶.

Συνολικά, κατά την ανάλυση του *Hobhouse J* στην ίδια υπόθεση²⁸⁷, οι δυνατές περιπτώσεις της self-induced frustration είναι οι ακόλουθες: όταν το γεγονός που επικαλείται το πρόσωπο που επιθυμεί να απαλλαγεί προκλήθηκε από αθέτηση της σύμβασης, όταν μια πράξη του προσώπου αυτού διέκοψε τον αιτιώδη σύνδεσμο μεταξύ του υποτιθέμενου frustrating event και του γεγονότος που έκανε την εκπλήρωση αδύνατη και τέλος, όταν το υποτιθέμενο frustrating event βρισκόταν εντός της σφαίρας ελέγχου των μερών (και επομένως επρόκειτο για αμελή συμπεριφορά).

α. Ενδιάμεσο συμπέρασμα

Συνεπώς, η αντιμετώπιση των δύο εννόμων τάξεων ως προς τον ρόλο της υπαιτιότητας για την εδώ εξεταζόμενη προβληματική είναι, κατ' αρχήν, ουσιωδώς όμοια. Η υπαίτια μη πρόβλεψη ή η υπαίτια πρόκληση/ μη αποφυγή του γεγονότος που επιφέρει τη μεταβολή των συνθηκών, αποκλείουν τόσο την επίκληση της ΑΚ 388 όσο και της frustration. Στο πλαίσιο της ελληνικής έννομης τάξης, το γεγονός αυτό δικαιολογείται ευθέως από την αρχή της καλής πίστης, κάτι που δεν συμβαίνει στο πλαίσιο της frustration, όπου η διαμόρφωση της υπαιτιότητας ως αρνητικής προϋπόθεσης αποδίδεται στον ίδιο τον εξαιρετικό χαρακτήρα του θεσμού.

²⁸³ Βλ. *Burrows*, όπ.π., σ. 672· *Mckendrick*, *Contract Law, Texts Cases and Materials*, σ.893.

²⁸⁴ *Bingham LJ, The Super Servant Two*, όπ.π. : « The real question is ... whether the frustrating event is truly an outside event ... or whether it is an event which the party seeking to rely on it had the means and opportunity to prevent but nevertheless caused or permitted to come about.»

²⁸⁵ Βλ. κατωτέρω, ΙΙV, 2.

²⁸⁶ Έτσι, *Καραπατζός*, όπ.π., αρ. 369.

²⁸⁷ The “*Super Servant Two*” (1989) 1 Lloyd's Rep 148.

Ειδικότερα, στην αγγλική έννομη τάξη, οι περιπτώσεις κατά τις οποίες ο εναγόμενος για αθέτηση της σύμβασης, δεν μπορεί να επικαλεστεί τη frustration λόγω της δικής του συμβολής στην επέλευση του frustrating event, αποδίδονται με τον όρο self-induced frustration. Μπορεί να ειπωθεί ότι η self-induced frustration και η αθέτηση της σύμβασης (breach of contract), αποτελούν τις «δύο όψεις του ίδιου νομίσματος».

Η πρακτική διαφορά της προσέγγισης των δύο εννόμων τάξεων, εντοπίζεται εδώ στο φάσμα των περιπτώσεων που υπάγονται στην έννοια της «υπαίτιας συμπεριφοράς». Η ημεδαπή έννομη τάξη, κρίνει τις περιπτώσεις αμέλειας (και άρα υπαίτιας συμπεριφοράς που αποκλείει την εφαρμογή της ΑΚ 388) με μέτρο την αντικειμενικώς αξιόσιμη συμπεριφορά απ' τον συγκεκριμένο οφειλέτη. Αντίθετα, κατά το αγγλικό δίκαιο, το self-induced event ερμηνεύεται με ιδιαίτερη ευρύτητα (βλ. προπαρατεθέν παράδειγμα νομολογίας στην υπόθεση *The Super Servant Two*), περιλαμβάνοντας ακόμα και περιπτώσεις που ο οφειλέτης ενήργησε με βάση το αντικειμενικώς επιβαλλόμενο μέτρο επιμέλειας²⁸⁸. Η εν λόγω διαφοροποίηση ανάγεται ενδεχομένως στη θεμελιώδη αντίθεση του δικαίου των συμβάσεων των συγκρινόμενων εννόμων τάξεων ως προς τον ρόλο της υπαιτιότητας επι αθέτησης της σύμβασης. Στην ημεδαπή έννομη τάξη ισχύει η αρχή της υπαιτιότητας και ο οφειλέτης απαλλάσσεται αν αποδείξει ότι η αθέτηση οφείλεται σε γεγονός για το οποίο δεν έχει ευθύνη. Στον αντίποδα, στο αγγλικό δίκαιο, ισχύει το αντικειμενικό σύστημα της ευθύνης για αθέτηση της σύμβασης, ανεξαρτήτως υπαιτιότητας του οφειλέτη (contract liability is strict liability). Η διευρυμένη ερμηνεία της self induced frustration, με την υπαγωγή περιπτώσεων επιμελούς συμπεριφοράς στην έννοια της αθέτησης, και αντίστοιχα η εξαιρετικά περιορισμένη κατάφαση της frustration, αποτελούν εκδηλώσεις της συμβατικής ευθύνης ως strict liability, επιβεβαιώνοντας την αρχή της ιερότητας των συμβάσεων.

²⁸⁸ Σχολιάζοντας την ως άνω απόφαση, ο *Burrows*, όπ.π., σ. 671, επισημαίνει : « The defendants had no choice other than to break one contract or the other and they appeared to have acted reasonably in making the choice between the contracts.» Παρά ταύτα το δικαστήριο θεώρησε ότι πρόκειται για self-induced frustration.

VII. Οι θετικές προϋποθέσεις

1. Μεταβολή των κρίσιμων συνθηκών για τη σύναψη σύμβασης : Έκλειψη του δικαιοπρακτικού θεμελίου/ Supervening frustrating events

Ρητή προϋπόθεση εφαρμογής της ΑΚ 388 είναι η μεταβολή των περιστατικών «στα οποία κυρίως, εν όψει της καλής πίστης και των συναλλακτικών ηθών, τα μέρη στήριξαν τη σύναψη της σύμβασης». Θα πρόκειται για πραγματικά περιστατικά ή νομικά γεγονότα τα οποία είχαν και οι δύο συμβαλλόμενοι υπόψη τους και τα οποία έθεσαν σιωπηρά ως βάση της σύμβασης²⁸⁹. Η ύπαρξη ή η διατήρηση των περιστατικών αυτών θα πρέπει να επιτελούσε λογική προϋπόθεση ισχύος της σύμβασης κατά τρόπο διαγνωστό και από τα δύο μέρη, με την έννοια ότι αν γνώριζαν την επερχόμενη μεταβολή δεν θα προχωρούσαν σε σύναψη της σύμβασης²⁹⁰.

Τα κρίσιμα περιστατικά στα οποία στηρίχθηκαν οι συμβαλλόμενοι υπάγονται στην έννοια του δικαιοπρακτικού θεμελίου της σύμβασης. Αναφορικά με τις συνέπειες της έλλειψης ή έκλειψής του, η ΑΚ 388 με τις αυστηρές της προϋποθέσεις ρυθμίζει μόνο τις περιπτώσεις της εκ των υστέρων ανατροπής του δικαιοπρακτικού θεμελίου και αποκλειστικά για τις αμφοτεροβαρείς συμβάσεις. Συνεπώς θα πρέπει τα περιστατικά στα οποία στηρίχθηκαν οι συμβαλλόμενοι να υπήρχαν κατά τον χρόνο σύναψης της σύμβασης και να μεταβλήθηκαν εκ των υστέρων, μετά την κατάρτισή της.

Τα κρίσιμα περιστατικά που συνιστούν το κοινό θεμέλιο της σύμβασης θα πρέπει να διακρίνονται από εκείνα που αποτελούν ρητώς ή σιωπηρώς περιεχόμενό της, αναγόμενα έτσι είτε σε όρο εκπλήρωσης, η αθέτηση του οποίου επιφέρει τις συνέπειες της ανώμαλης εξέλιξης της ενοχής ή σε αίρεση, με συνέπεια η μεταβολή τους να ρυθμίζεται από τις αντίστοιχες διατάξεις²⁹¹.

Η διάκριση των κρίσιμων περιστατικών που εντάσσονται στο κοινό θεμέλιο της σύμβασης, από εκείνα που απλώς ανάγονται στα παραγωγικά αίτια της βούλησης των μερών θα γίνει αρχικά επί τη βάση υποκειμενικών κριτηρίων (περιστατικά στα οποία στηρίχθηκαν οι συμβαλλόμενοι) και στη συνέχεια επί τη βάση αντικειμενικών

²⁸⁹ Βλ. Γεωργιάδη, Ενοχικό Δίκαιο, Γενικό Μέρος, (2015), § 28 αρ. 4, § 33 αρ. 10, ΑΠ 1171/2004 ΕλλΔνη 46, 152, «Η διάταξη του αρ. 388 ΑΚ... έχει ως προϋπόθεση ότι τα μέρη κατά τον χρόνο σύναψης της σύμβασης έλαβαν υπόψη τους περιστατικά στα οποία, με βάση την καλή πίστη και τα συναλλακτικά ήθη, θεμελίωσαν το περιεχόμενο της σύμβασης γιατί απέβλεψαν σ' αυτά και αποτέλεσαν το βάθρο της».

²⁹⁰ Γεωργιάδης, ό.π., § 33 αρ. 10, Φίλιος, ό.π., § 271 Α.

²⁹¹ Βλ. Σταθόπουλο, ό.π., § 22, αρ. 17, Φίλιο, ό.π.

κριτηρίων θα κριθεί πρώτον εάν τα περιστατικά αυτά μπορούσαν να διαγνωσθούν και από το άλλο μέρος και δεύτερον εάν κατά την καλή πίστη μπορούν να θεωρηθούν ουσιώδη για τη συγκεκριμένη σύμβαση εν όψει του σκοπού της, μη αρκούμενης της υποκειμενικής σπουδαιότητάς τους²⁹².

Ενδεικτικά, κρίσιμα περιστατικά τα οποία μπορεί ν' αποτελέσουν θεμέλιο μιας σύμβασης είναι η νομισματική σταθερότητα, η νομοθετική σταθερότητα, η φερεγγυότητα του αντισυμβαλλομένου και λοιπές ιδιότητες του προσώπου οι οποίες μπορεί να θεωρούνται ουσιώδεις εν όψει του σκοπού της συγκεκριμένης σύμβασης²⁹³.

Κατά την αγγλική προσέγγιση, αυτονόητη προϋπόθεση της ενεργοποίησης της frustration είναι η μεταβολή των συνθηκών στις οποίες στηρίχθηκαν τα μέρη για τη σύναψη σύμβασης²⁹⁴. Ωστόσο, η προϋπόθεση αυτή δεν έχει τύχει ιδιαίτερης θεωρητικής επεξεργασίας ως προς τον χαρακτήρα των συνθηκών που πρέπει να μεταβλήθηκαν (όπως καθ' ημάς με την υπαγωγή ενός περιστατικού στην έννοια του αντικειμενικού δικαιοπρακτικού θεμελίου), αλλά αντίθετα προσεγγίζεται κατά κύριο λόγο εκ του αποτελέσματος. Ως frustrating events νοούνται τα επιγενόμενα γεγονότα²⁹⁵ που προκάλεσαν είτε αδυναμία παροχής, είτε δυσχέρεια εκπλήρωσης, είτε ματαίωση του σκοπού χρήσεως της παροχής²⁹⁶.

Η εισαγωγή στην αγγλική έννομη τάξη της έννοιας «foundation of the contract» πραγματοποιήθηκε με την απόφαση *F.A Tamplin Steamship Co. v. Anglo-Mexican Petroleum Products Co* (1916)²⁹⁷. Ο Λόρδος *Haldane*²⁹⁸ αναφέρει χαρακτηριστικά ότι «η μεταβολή των συνθηκών μπορεί να έχει τόσο δραστικές συνέπειες ώστε να εξαφανίζεται τόσο το θεμέλιο αυτού που φάνηκε να έχουν υπόψη τους τα μέρη (κατά τη σύναψη της σύμβασης) όσο και η ίδια η σύμβαση». Το περιεχόμενο της έννοιας του θεμελίου όπως αποδίδεται με την παραπάνω φράση, μπορεί να θεωρηθεί ανάλογο με

²⁹² Βλ. *Γεωργιάδη*, όπ.π., § 33 αρ. 11, *Σταθόπουλο*, όπ.π., § 22 αρ. 15, 16 *Μπαλή*, όπ.π. § 88, II, αρ. 2.

²⁹³ ΑΠ 1383/2013 ΝοΒ 62, ΑΠ 1138/1990 ΝοΒ 40, 77. Η υποτίμηση του νομίσματος θα πρέπει να έχει τέτοιο χαρακτήρα ώστε να συνιστά υπέρβαση του αναληφθέντος κινδύνου από τον οφειλέτη. Βλ. *Σταθόπουλο* όπ.π., § 22 αρ. 18, 42.

²⁹⁴ Βλ. ενδεικτικά Λόρδος Radcliff, *Davis Contractors v. Fareham*, όπ.π. «Special importance is necessarily attached to the occurrence of any unexpected event that changes the face of things».

²⁹⁵ Στην απόφαση *Gold Group Properties v. BDW Trading* (2010) EWHC 323, κρίθηκε ότι μόνη η πρόβλεψη περί δραματικής μείωσης των τιμών στην αγορά ακινήτων, δεν συνιστά «γεγονός».

²⁹⁶ Βλ. *Koffman, Macdonald*, όπ.π., σ. 517 : «After the parties have concluded a contract, events beyond their control may occur which frustrate the purpose of the contract, or render it very difficult, or impossible ...to perform».

²⁹⁷ *F.A Tamplin Steamship Co. v. Anglo-Mexican Petroleum Products Co* (1916) 2 A.C 397. Βλ. *Rapsomanikis*, όπ.π. σ. 557.

²⁹⁸ Λόρδος *Haldane*, όπ.π., : «the occurrence (of the event) itself may yet be of a character and extent so sweeping that the foundation of what the parties are deemed to have had in contemplation has disappeared, and the contract itself has vanished with that foundation».

την έννοια του δικαιοπρακτικού θεμελίου κατά τη θεωρία του *Oertmann*²⁹⁹ καθώς η αναφορά στις κοινές παραστάσεις των μερών παραπέμπει στην υποκειμενική θεώρηση του θεμελίου της σύμβασης κατά την εν λόγω θεωρία³⁰⁰. Η θεώρηση αυτή δεν επικράτησε στη νομολογία. Στην απόφαση *National Carriers v. Panalpina Ltd* (1961)³⁰¹ η θεωρία αυτή επικρίνεται ως αόριστη, «καθώς αφήνει ανοικτό το δυσχερές ζήτημα προσδιορισμού του θεμελίου της σύμβασης».

Η αντιμετώπιση της προϋπόθεσης της μεταβολής των συνθηκών υπό το πρίσμα της ανατροπής του θεμελίου της σύμβασης, μπορεί να γίνεται σε μεμονωμένες αποφάσεις³⁰², όχι όμως στο πλαίσιο μιας γενικά διατυπωμένης και αποδεκτής θεωρίας περί δικαιοπρακτικού θεμελίου κατά την οποία ορίζονται τα κριτήρια για την υπαγωγή ή μη συγκεκριμένων περιστατικών σε αυτό.

Εξ' άλλου, από τις περισσότερες θεωρίες στις οποίες έχει επιχειρηθεί να θεμελιωθεί η λειτουργία της frustration, εκείνη που επικράτησε δεν ήταν η θεωρία του θεμελίου (foundation of the contract) που εισήχθη με την ανωτέρω απόφαση, αλλά η θεωρία της «ριζικής μεταβολής της φύσης της υποχρέωσης» που διατυπώθηκε στην υπόθεση *Davis Contractors*. Επομένως, στην ερώτηση, *ποια είναι η κρίσιμη μεταβολή των συνθηκών*, η απάντηση δεν είναι «όταν εξέλιπε το δικαιοπρακτικό θεμέλιο», αλλά «όταν οι νέες συνθήκες υπό τις οποίες καλείται να εκπληρώσει ο οφειλέτης καθιστούν την υποχρέωση κάτι ριζικά διαφορετικό απ' αυτό που αναλήφθηκε με τη σύμβαση»³⁰³.

2. Ο απρόβλεπτος χαρακτήρας της μεταβολής/ Forseeability

Και οι δύο έννοιες τάξεις, για να θέσουν σε λειτουργία τους μηχανισμούς της ΑΚ 388 και της frustration, προϋποθέτουν να μην είχε προβλεφθεί ή να μην μπορούσε να προβλεφθεί κατά τη σύναψη της σύμβασης η συγκεκριμένη μεταβολή των περιστατικών στα οποία τα μέρη στηρίχθηκαν για την κατάρτισή της. Η προϋπόθεση αυτή αποτελεί ρητό στοιχείο του πραγματικού της ΑΚ 388 και η δικαιολόγησή της προκύπτει ευθέως από την καλή πίστη, η οποία δεν θα ανεχόταν να ζητά αναπροσαρμογή της σύμβασης ο συμβαλλόμενος εκείνος που πράγματι προέβλεψε ή

²⁹⁹ Έτσι, *Rapsomanikis*, ό.π. Η θεωρία του *Oertmann* διατυπώθηκε λίγα χρόνια αργότερα, το 1921.

³⁰⁰ Βλ. *Καραμπατζό*, ό.π., αρ. 388.

³⁰¹ *National Carriers v. Panalpina Ltd*, (1961) AC 675, House of Lords.

³⁰² *Λόρδος Williams, Krell v. Henry* «The taking place of those processions was regarded by both contracting parties as the foundation of the contract». Βλ. και την πρόσφατη *North Shore Ventures Ltd v. Anstead Holdings Inc*, (2010) EWHC 1485, όπου διατυπώθηκε το επιχείρημα ότι η διαθεσιμότητα του δανείσματος ανάγεται στο «θεμέλιο» της σύμβασης δανείου.

³⁰³ *Λόρδος Radcliffe, Davis Contractors v. Fareham*, (1956), ό.π. Πρβλ. *Andrews*, ό.π., σ. 447.

θα μπορούσε να προβλέψει την επέλευση των γεγονότων που κατέστησαν υπέρμετρα επαχθή την παροχή του και δεν έλαβε μέτρα για την πρόληψη του σχετικού κινδύνου³⁰⁴.

Η αγγλική θεωρία, για τη δικαιολόγηση της προϋπόθεσης αυτής, ανάγεται στην προσέγγιση της κατανομής του κινδύνου. Όπως υποστηρίζεται, εάν τα μέρη προέβλεψαν ότι μπορεί να συνέβαινε ένα συγκεκριμένο γεγονός που θα επηρέαζε την εκπλήρωση, κατά πάσα πιθανότητα (αλλά όχι κατ' ανάγκη), θα συναλλάχθηκαν έχοντας υπόψη τους τον κίνδυνο αυτό και κάποιο εξ' αυτών τελικώς θα τον ανέλαβε σιωπηρά³⁰⁵. Γι' αυτό, ενώ η κρατούσα άποψη υποστηρίζει ότι μόνη η προβλεψιμότητα (foreseeability) του κρίσιμου γεγονότος αποκλείει τη frustration³⁰⁶, έχει υποστηριχθεί και η άποψη ότι πραγματικό κριτήριο είναι η διαπίστωση του αν υπάρχει έστω σιωπηρή συμβατική ανάληψη του κινδύνου, και η προβλεψιμότητα είναι απλά ένα στοιχείο που υποβοηθά αυτή τη διαπίστωση³⁰⁷. Παρά τις παραπάνω αποκλίσεις, επικρατεί η αντιμετώπιση του απρόβλεπτου χαρακτήρα της μεταβολής, και της έλλειψης συμβατικής κατανομής του κινδύνου, ως δύο αυτοτελών προϋποθέσεων της frustration, όπως ακριβώς συμβαίνει και κατά το ελληνικό δίκαιο. Το γεγονός αυτό σημαίνει ότι θα πρέπει να πληρούνται σωρευτικά. Δεν αρκεί να μην υπάρχει συμβατική κατανομή του κινδύνου, θα πρέπει επιπλέον το γεγονός να ήταν απρόβλεπτο. Με βάση την προσέγγιση της κατανομής του κινδύνου, υποστηρίζεται ότι ειδικά όταν δεν υπάρχει συμβατική ρύθμιση, η προβλεψιμότητα του γεγονότος συνηγορεί υπέρ της σιωπηρής ανάληψης του κινδύνου.

³⁰⁴ Πρβλ. *Λιάπη*, ό.π., σ. 16.

³⁰⁵ Βλ. *Andrews*, ό.π., σ. 452 : «Foreseeability (and the connection with risk allocation) », σ. 453 « If an event is foreseen, it becomes likely, but not inevitable, that this is a risk borne by a party » · *Koffman, MacDonald*, ό.π., σ. 534: « If the parties foresee that a particular event might occur which may affect their performance of the contract, it will be assumed that they contracted in accordance with that risk ».

³⁰⁶ Έτσι, *Treitel*, *The law of contract*, (2003) 901-4, *Mckendrick*, ό.π., σ. 880, 884, *Walton Harvey Ltd v. Walker & Homfrays Ltd* (1931) 1 Ch. 274.

³⁰⁷ Η μη αυτοτέλεια του «απρόβλεπτου» ως προϋπόθεσης της frustration υποστηρίζεται από τον *Lord Denning MR*, στην υπόθεση *The Eugenia*, ό.π., ο οποίος ισχυρίζεται ότι αν τα μέρη προέβλεψαν τον κίνδυνο τεκμαίρεται ότι τον κατένειμαν σχετικά στη σύμβαση, και αυτό και μόνο το γεγονός αποκλείει τη frustration. Επικαλείται και μια απόφαση όπου τα μέρη πράγματι προέβλεψαν τον κίνδυνο, δεν συμπεριέλαβαν όμως σχετική ρήτρα και η σύμβαση τελικώς λύθηκε λόγω frustration. Πρόκειται για την υπόθεση *W.J. Tatem Ltd v. Gamboa* (1939) 1. K.B τα περιστατικά της οποίας εκτυλίσσονται κατά τον ισπανικό εμφύλιο, όταν ναυλώθηκε ένα πλοίο στη δημοκρατική κυβέρνηση για να απομακρύνει τους πρόσφυγες και τελικώς καταλήφθηκε απ' τους εθνικιστές. Τα μέρη είχαν προβλέψει την τελευταία πιθανότητα αλλά δεν συμπεριέλαβαν σχετική ρήτρα κατανομής κινδύνου. Σύμφωνα με την άποψη αυτή ο *Burrows*, ό.π., σ. 668 και ο *Andrews*, ό.π., σ. 453.

Χαρακτηριστικό παράδειγμα από τη νομολογία προσφέρει η υπόθεση *Davis Contractors*³⁰⁸ που αφορούσε μια σύμβαση έργου που συνήφθη λίγο μετά το ξέσπασμα του Β' Π.Π. Κατά το προσυμβατικό στάδιο, ο εργολάβος, μαζί με την υποβολή της προσφοράς, απηύθυνε ένα γράμμα στον εργοδότη, δηλώνοντας ότι η προσφορά του υπόκειται σε τροποποιήσεις λόγω της πιθανής έλλειψης διαθεσιμότητας πρώτων υλών. Το γράμμα ωστόσο δεν ενσωματώθηκε στη σύμβαση, ούτε καταρτίστηκε σχετική συμβατική πρόβλεψη. Το δικαστήριο έκρινε ότι ο κίνδυνος είχε προφανώς προβλεφθεί και ότι η μη συμπερίληψη σχετικής ρήτρας συνηγορεί υπέρ της σιωπηρής ανάληψής του από τον εργολάβο, επομένως δεν τίθεται θέμα εφαρμογής της frustration³⁰⁹.

Τα δύο δυσχερή ζητήματα που ανακύπτουν είναι πρώτον, ο προσδιορισμός της έννοιας της προβλεψιμότητας και δεύτερον, η ερμηνεία της σιωπής της σύμβασης ως προς έναν προβλέψιμο κίνδυνο³¹⁰. Η απάντηση στο πρώτο ερώτημα, έχει χαρακτηριστεί ως «a question of degree»³¹¹, δηλαδή ένα ζήτημα έντασης του βαθμού πλήρωσης του συγκεκριμένου κριτηρίου. Κατά τον *Treitel*³¹², προβλέψιμο θεωρείται το γεγονός εκείνο που η επέλευσή του θα αναμενόταν εύλογα να προβλεφθεί απ' τον μέσο άνθρωπο, όχι απλώς ως ενδεχόμενη αλλά ως πιθανή. Συνεπώς, αφενός απαιτείται ένας υψηλός βαθμός προβλεψιμότητας για ν' αποκλειστεί η frustration και αφετέρου κρίσιμη είναι η αντικειμενική προβλεψιμότητα του κινδύνου, όπως και για τον προσδιορισμό της ίδιας έννοιας κατά την ΑΚ 388³¹³. Κατά την ελληνική θεωρία, απρόβλεπτα είναι τα γεγονότα που δεν επέρχονται κατά την κοινή πορεία των πραγμάτων αλλά οφείλονται σε ασυνήθιστους και έκτακτους λόγους κατά τρόπο ώστε τα μέρη να δικαιολογούνται να εκλαμβάνουν ως σταθερή την παρούσα κατάσταση³¹⁴.

Ως προς το δεύτερο ζήτημα της συσχέτισης της προβλεψιμότητας με τη σιωπηρή ανάληψη του κινδύνου, εκτός από την αγγλική έννομη τάξη που εντοπίζει εδώ την ουσία της προβληματικής, η συσχέτιση των δύο αυτών στοιχείων γίνεται και

³⁰⁸ *Davis Contractors Ltd v. Fareham UDC*, όπ.π. Βλ. αναλυτικά κατωτέρω, ενότητα VII 3 β.

³⁰⁹ Βλ. σχολιασμό απόφασης από *Koffman, MacDonald*, όπ.π., σ. 534.

³¹⁰ Βλ. *Morgan*, όπ.π., σ. 133.

³¹¹ Βλ. *Mckendrick*, όπ.π., σ. 880. Βλ. και *Παπανικολάου*, σε Αφιέρωμα στον Α.Γαζή (1994), σ.494 που επισημαίνει ότι ο βαθμός πληρώσεως του στοιχείου του απρόβλεπτου είναι μεγαλύτερος επί γενικότερων κινδύνων (λ.χ πόλεμος, σεισμοί, πλημμύρες) και μικρότερος επί ατομικών κινδύνων (λ.χ μείωση τζίρου της επιχείρησης του οφειλέτη).

³¹² *Treitel*, *Frustration and Force Majeure* (2004), παρ. 13-012.

³¹³ Βλ. *Σταθόπουλο*, όπ.π., που επισημαίνει ότι ο καθορισμός του απρόβλεπτου θα γίνει με αντικειμενικά κριτήρια, δηλ. βάσει της καλής πίστης, λαμβανομένων υπ' όψη και των υποκειμενικών συνθηκών στις οποίες τελούσαν τα μέρη.

³¹⁴ Βλ. *Σταθόπουλο*, όπ.π.

από την ελληνική θεωρία³¹⁵. Κατά τον Σταθόπουλο³¹⁶, σε περίπτωση προβλεψιμότητας, θα πρέπει να εξακριβώνεται αν η λήψη υπ' όψη του ενδεχόμενου κινδύνου συνεπάγεται σιωπηρή ανάληψή του, ή αν τελικά πρόκειται για απλή υπόθεση και η δικαιοπρακτική βούληση διαμορφώνεται χωρίς συνεκτίμηση της σκέψης αυτής. Ο ίδιος συγγραφέας, επισημαίνει ότι η πρόβλεψη του κινδύνου μπορεί να μη συνεπάγεται σιωπηρή ανάληψή του, αλλά να πρέπει να θεωρηθεί ανεκτή κατά την καλή πίστη η επίρριψή του σ' αυτόν που παρά την πρόβλεψη, δεν φρόντισε για την ενσωμάτωσή του σε σχετική ρήτρα. Αντίστοιχα, κατά την αγγλική θεωρία υποστηρίζεται ότι για προβλέψιμα γεγονότα για τα οποία δεν έγινε συμβατική πρόβλεψη, «the risk lies where it falls», εφόσον τίποτα στη σύμβαση δεν δικαιολογεί να επέμβει η έννομη τάξη ανακατανέμοντας τη ζημία³¹⁷.

Συνεπώς, η προσέγγιση των δύο εννόμων τάξεων ομοιάζει ως προς την ενδεχόμενη «μετάφραση» της προβλεψιμότητας σε σιωπηρή ανάληψη του κινδύνου αλλά διαφέρει κατά την ευθεία επιστράτευση των επιταγών της καλής πίστης, οι οποίες μπορεί να επιτάσσουν την επίρριψή του κινδύνου στον συμβαλλόμενο που υπολόγισε τον κίνδυνο, αλλά δεν συνάγεται ότι τον ανέλαβε σιωπηρά.

Κατά την αγγλική θεωρία, το συμπέρασμα για το αν ένας προβλέψιμος κίνδυνος έχει κατανεμηθεί σιωπηρά σε ένα από τα δύο μέρη, είναι πάλι ζήτημα βαθμού πληρώσεως του συγκεκριμένου κριτηρίου. Όσο πιο πιθανή παρίσταται η πραγμάτωση του κινδύνου τόσο πιο ασφαλές θα είναι το συμπέρασμα για τη σιωπηρή ανάληψή του³¹⁸.

Τέλος, και στις δύο έννομες τάξεις επισημαίνεται η περίπτωση ο κίνδυνος που είχε αναληφθεί ρητά ή σιωπηρά υπο συγκεκριμένη μορφή, να πραγματώνεται τελικά υπό άλλη μορφή, με αποτέλεσμα να υφίσταται «υπέρβαση του αναληφθέντος κινδύνου³¹⁹» και για την έκταση των απρόβλεπτων συνεπειών του, να χωρεί εφαρμογή της AK 388 και της frustration. Όπως αναφέρεται σε πρόσφατη απόφαση της αγγλικής νομολογίας³²⁰, ακόμα και γεγονότα που αποτέλεσαν αντικείμενο ρητής συμβατικής πρόβλεψης μπορεί να οδηγήσουν σε frustration, εφόσον κατά την πραγμάτωσή τους βαίνουν πέραν του αναληφθέντος κινδύνου (beyond the risk assumed), και επομένως

³¹⁵ Βλ. Σακέττα, ό.π.π, αρ. 53.

³¹⁶ Βλ. Σταθόπουλο, ό.π.π., § 22, αρ. 25.

³¹⁷ Βλ. Treitel, ό.π.π, παρ. 13, Morgan, ό.π.π., σ. 136 : «...A foreseeable risk, if not otherwise allocated by the contract, is to lie where it falls ».

³¹⁸ Βλ. Treitel, ό.π.π.

³¹⁹ ΟΛΑΠ 927/1982, ΝοΒ 1983 σ. 214

³²⁰ Edwinton v. Tsavlis Russ, The "Sea Angel" (2007) EWCA 547

ήταν απρόβλεπτα όπως λ.χ μια απεργία ή ένας περιορισμός στις τιμές, που διήρκησε για απρόβλεπτα μακρό διάστημα.

3. Το ειδικότερο πραγματικό που συνιστά τη συνέπεια της μεταβολής

α. Αδυναμία Παροχής

Στο ελληνικό δίκαιο, η αδυναμία παροχής ρυθμίζεται στον ΑΚ ως ειδική περίπτωση ανώμαλης εξέλιξης της ενοχής. Συνεπώς, στις ειδικές εκείνες περιπτώσεις που λόγω της απρόβλεπτης μεταβολής των συνθηκών θα καθίσταται αδύνατη η παροχή, ο ΑΚ κατανέμει ρητά τον συγκεκριμένο κίνδυνο και η εφαρμογή της ΑΚ 388 παρέλκει.

Το πραγματικό της «impossibility» υπάγεται στον ευρύτερο απαλλακτικό λόγο της frustration και αποτέλεσε το πρώτο «ρήγμα» της αρχής *pacta sunt servanda*. Αναγνωρίστηκε με τη θεμελιώδη απόφαση *Taylor v. Caldwell* (1863)³²¹, που αφορούσε περίπτωση καταστροφής του αντικειμένου της σύμβασης, ήτοι φυσικής αδυναμίας. Στο ευρύτερο πραγματικό της impossibility υπάγονται και περιπτώσεις επιγενόμενης νομικής αδυναμίας (*supervening illegality*). Όπως επισημαίνεται από τη θεωρία³²², η λύση της σύμβασης στις περιπτώσεις αυτές επιβάλλεται για λόγους δημοσίου συμφέροντος και δεν σχετίζεται με την προβληματική της δέουσας κατανομής της ζημίας που ανέκυψε απ' την απρόβλεπτη μεταβολή των συνθηκών. Στην ευρύτερη προβληματική της αδυναμίας παροχής υπάγονται και περιπτώσεις που ανακύπτουν αναφορικά με την εκτέλεση ναυλοσυμφώνων, όταν λόγω απρόβλεπτης μεταβολής των συνθηκών, το πλοίο είναι προσωρινά μη διαθέσιμο, ώστε να καθυστερεί η εκμετάλλευσή του από τον ναυλωτή³²³. Η συντέλεση της frustration θα εξαρτάται από τη δυσαναλογία του χρόνου καθυστέρησης σε σχέση με τη συνολική διάρκεια της σύμβασης³²⁴.

³²¹ Για αναλυτική παράθεση των πραγματικών περιστατικών βλ. ανωτέρω, ενότητα IV. 2.

³²² *Mckendrick*, *Contract Law*, (2013), σ. 260.

³²³ Βλ. *Καραμπατζό*, ό.π. αρ. 326 επ.

³²⁴ *Mckendrick*, ό.π., σ. 259.

β. Δυσχέρεια εκπλήρωσεως

βα. Η οριοθέτηση του πραγματικού από την έννοια της «υπέρμετρης επάχθειας» της παροχής

Η σημαντική δυσχέρεια εκπλήρωσεως αποτελεί το βασικώς ρυθμιζόμενο με την ΑΚ 388 πραγματικό. Κατά τον Ζέπο³²⁵, ως υπερβολική δυσχέρεια νοείται η κατάσταση κατά την οποία η παροχή είναι μεν φυσικώς ή νομικώς δυνατή αλλά η εκπλήρωσή της είναι τόσο δυσχερής ώστε «κατά το κοινόν περί δικαίου αίσθημα και τον διαπνέοντα το δίκαιον Ηθικόν Κανόνα, να άγη εις θυσίαν του οφειλέτου μη ανεκτήν». Η δυσχέρεια εκπλήρωσης εκδηλώνεται με την σοβαρή διατάραξη της αρχικής (υποκειμενικής) ισοδυναμίας μεταξύ των παροχών³²⁶. Η αντιμετώπιση των περιπτώσεων αυτών επιχειρήθηκε αρχικά να γίνει με διεύρυνση της έννοιας της αδυναμίας παροχής, ενώ γρήγορα αναδείχθηκε η ανάγκη για μια πρακτικότερη λύση, που εκφράζεται με την ίδια τη ρύθμιση της ΑΚ 388³²⁷. Καλύπτει περιπτώσεις που υπολείπονται της αδυναμίας παροχής, είναι όμως ικανές να προκαλέσουν την απαλλαγή ή την ανακούφιση του οφειλέτη.

Η οριοθέτηση εκείνων των περιπτώσεων δυσχέρειας εκπλήρωσης που δικαιολογούν τη διαπλαστική επέμβαση του δικαστή κατ' ΑΚ 388, πραγματοποιείται με την θέσπιση στο πραγματικό του κανόνα της προϋπόθεσης της «υπέρμετρης επάχθειας» της παροχής. Πρόκειται για μια αόριστη νομική έννοια, η εξειδίκευση της οποίας απόκειται στην έμφρονα κρίση του δικαστή³²⁸. Η απαίτηση περί υπέρμετρης επάχθειας της παροχής, εκφράζει την νομοθετική αξιολόγηση των αντιμαχόμενων συμφερόντων των συμβαλλομένων και περαιτέρω τον τρόπο με τον οποίο συλλειτουργούν οι αρχές της συμβατικής ελευθερίας και της συμβατικής δικαιοσύνης³²⁹.

Η εν λόγω προϋπόθεση εκφράζει κατ' αρχήν το προβάδισμα που δίδει ο νομοθέτης στην αρχή της συμβατικής πίστης κατά τη στάθμιση των ανταγωνιζόμενων αρχών, καθώς η υποχώρηση της αρχής αυτής παρίσταται αναγκαία μόνο επί σοβαρών

³²⁵ Ενοχικό Δίκαιο, § 30, σ. 574.

³²⁶ Βλ. Σταθόπουλο, όπ.π., § 22 αρ. 26.

³²⁷ Βλ. Ζέπο, όπ.π., ΕνΔικ, § 30, σ. 574 επ, Λιτζερόπουλο, Στοιχεία Ενοχικού Δικαίου, σ. 292-294.

³²⁸ Βλ. Σακέττα, Ερμ ΑΚ, αρ.388, αρ. 52.

³²⁹ Για την οποία έγινε λόγος αναλυτικά ανωτέρω στην ενότητα IV.1.

ανατροπών της οικονομικής ισορροπίας της σύμβασης. Απλή δυσχέρεια εκπλήρωσης, που συνίσταται στην αντιμετώπιση των συνήθων εμπορικών κινδύνων, λ.χ διακυμάνσεις στις τιμές των αγαθών, δεν δικαιολογεί την επέμβαση του δικαστή³³⁰. Εξ' άλλου, εγγενές στοιχείο κάθε αμφοτεροβαρούς σύμβασης είναι η ετοιμότητα των συμβαλλομένων να υποβληθούν σε ορισμένες θυσίες³³¹, η οποία αντισταθμίζεται από το κερδοσκοπικό κίνητρο³³². Συνεπώς, συνήθεις δυσχέρειες στην εκπλήρωση δεν αρκούν, ούτε όμως απαιτείται να απειλείται η πλήρης οικονομική καταστροφή του οφειλέτη³³³. Ο προσδιορισμός του αναγκαίου μέτρου διατάραξης της συμβατικής ισορροπίας θα χωρήσει με την εξειδίκευση από τον δικαστή της έννοιας του *υπέρμετρου* χαρακτήρα της επάχθειας.

Στη θεωρία επισημαίνεται η ανάγκη εξειδίκευσης συγκεκριμένων κριτηρίων , η εφαρμογή των οποίων θα διευκολύνει τον έλεγχο της ορθής υπαγωγής της ατομικής περίπτωσης στην έννοια της υπέρμετρης επάχθειας³³⁴. Ανακύπτουν τα συναφή ερωτήματα, αν τα κριτήρια αυτά θα πρέπει να είναι αποκλειστικά συμβατικά ή θα μπορούν να αντλούνται και εκτός της σύμβασης και αναφορικά με τον χαρακτήρα τους, αν θα αρκεί ένα ενιαίο για όλες τις περιπτώσεις κριτήριο, λ.χ ποσοτικό ή περισσότερα αλληλοσυμπληρούμενα³³⁵.

Κατ' αρχήν, το ίδιο το πραγματικό της ΑΚ 388 επισημαίνει ότι για την εκτίμηση περί του υπέρμετρου ή μη χαρακτήρα της επάχθειας της παροχής, ο δικαστής θα πρέπει να σταθμίσει και την αξία της αντιπαροχής, λαμβάνοντας υπόψη το σύνολο της ενοχικής σχέσης³³⁶. Συνεπώς, αφετηρία της εν λόγω κρίσης θα είναι ο βαθμός διατάραξης της αρχικής υποκειμενικής ισοδυναμίας των παροχών, η ανατροπή των αρχικών υπολογισμών των συμβαλλομένων³³⁷. Στο πλαίσιο αυτό, ένα κρίσιμο κριτήριο μπορεί να είναι το προσδοκώμενο κέρδος του πληττόμενου από τη μεταβολή συμβαλλομένου³³⁸. Ωστόσο, δεδομένου ότι δογματικό θεμέλιο της διαπλαστικής εξουσίας του δικαστή κατ' ΑΚ 388 δεν είναι η ακριβής αναπαραγωγή της αρχικής

³³⁰ Κατά τον *Λιάπη*, Η οικονομική κρίση και το δίκαιο των συμβάσεων, ΔΕΕ, 1/2011, σ. 17, είναι ορθή η κριτική κατά αποφάσεων που αναπροσαρμόζουν μια συμβατική παροχή λόγω ανεπαίσθητων αυξήσεων των τελών χαρτοσήμου από 2,4 % σε 3,6 %, βλ. λ.χ ΑΠ 716/1992 . Αντίθετα η ΑΠ 250/1998.

³³¹ Βλ. *Καραμπατζό*, όπ.π., αρ. 6.

³³² Πρβλ. *Μπαλή*, όπ.π., § 88, αρ. 6.

³³³ Βλ. *Σταθόπουλο*, όπ.π., *Μπαλή*, όπ.π., *Σακέττα*, όπ.π., αρ. 49.

³³⁴ Βλ. αναλυτικά *Παπανικολάου*, σε Αφιέρωμα στον Α.Γαζή (1994) , σ. 479 επ, *Λιάπη*, όπ.π.

³³⁵ Βλ. *Παπανικολάου*, όπ.π., σ. 480.

³³⁶ Βλ. *Ζέπο*, όπ.π., § 30 αρ. δ, *Σταθόπουλο*, όπ.π.

³³⁷ Βλ. *Παπανικολάου*, *Μεθοδολογία...*, αρ. 534, *Φίλιο*, όπ.π., § 272 ,2.

³³⁸ Βλ. *Σακέττα*, όπ.π., αρ. 49, *Παπανικολάου*, σε Αφιέρωμα στον Α.Γαζή (1994) , σ. 496.

βούλησης των μερών, αλλά η με σεβασμό σ' αυτήν πραγμάτωση των επιταγών της επιείκειας, η διατάραξη της υποκειμενικής ισοδυναμίας των παροχών θα πρέπει να εξεταστεί υπό το φως της αντικειμενικής ισοδυναμίας παροχής και αντιπαροχής³³⁹.

Συνεπώς, η εξειδίκευση της εν λόγω αόριστης έννοιας και η επιλογή των κατάλληλων κριτηρίων θα χωρήσει τελολογικά³⁴⁰, επί τη βάση της ίδιας της δογματικής θεμελίωσης της διαπλαστικής επέμβασης του δικαστή, η οποία δικαιολογείται μόνο τότε, όταν η εκπλήρωση της παροχής παρίσταται ως μη αξιόσιμη κατά την καλή πίστη³⁴¹. Πρόσφορα κατά τη θεωρία κριτήρια είναι ο βαθμός του απρόβλεπτου χαρακτήρα της μεταβολής, το είδος και το περιεχόμενο της σύμβασης, και η περιουσιακή κατάσταση των μερών³⁴². Κατά μια άποψη, ο βαθμός του απρόβλεπτου χαρακτήρα της μεταβολής, έννοια που επίσης χρήζει εξειδίκευσης, θα πρέπει να εξετάζεται σε συνάρτηση με το στοιχείο της υπέρμετρης επάχθειας, κατά τρόπο ώστε ο απαιτούμενος βαθμός πληρώσεως καθενός να παραλάσσει, ανάλογα με τις συνθήκες της κρινόμενης ατομικής περίπτωσης, νοούμενων έτσι των δύο στοιχείων του πραγματικού ως αλληλοσυμπληρούμενων, κατά την διδασκαλία του *Wilburg* περί «κινητών» στοιχείων³⁴³. Κατά την προσέγγιση αυτή, όσο λιγότερο απρόβλεπτη ήταν η μεταβολή, τόσο εντονότερος θα πρέπει να είναι ο βαθμός της επάχθειας, και αντίστροφα³⁴⁴. Ωστόσο, ακόμα και υπό την εν λόγω θεώρηση της «ελαστικότητας» του πραγματικού της ΑΚ 388, το στοιχείο της υπέρμετρης επάχθειας διατηρεί την αποφασιστική σημασία του για την οριοθέτηση του πραγματικού της δυσχέρειας εκπλήρωσης, όπως προκύπτει και από τη σχετική νομολογία³⁴⁵ και συνεπώς δεν μπορεί σε καμία περίπτωση να παρακαμφθεί υπό την θεώρησή του ως «κινητού» στοιχείου.

Το είδος της κρινόμενης σύμβασης, εκδηλώνει τη σημασία του ως κριτήριο ενδεικτικό του απαιτούμενου ποσοστού επάχθειας της παροχής, καθώς σε εγγενώς κερδοσκοπικές συμβάσεις το ποσοστό αυτό θα διαγράφεται ως υψηλότερο, αντίθετα με τις συμβάσεις περισσότερου συντηρητικού χαρακτήρα³⁴⁶. Περαιτέρω, ενόψει της

³³⁹ Βλ. Παπανικολάου, όπ.π., Καραμπατζό, όπ.π., αρ. 37, Μπαλή, όπ.π., § 87, σ. 311 : «Το άρθρον 388 είναι κρίμα της θεωρίας περί ισορροπίας των παροχών και της θεωρίας περί των συναρεσάντων εις τα μέρη θεμελιωτικών στοιχείων της συμβάσεως».

³⁴⁰ Παπανικολάου, όπ.π., σ. 481.

³⁴¹ Βλ. Γεωργιάδη, όπ.π., § 33 Π 5, Φίλιο, όπ.π., § 272, 1.

³⁴² Βλ. Φίλιο, όπ.π., Παπανικολάου, όπ.π., σ. 489 επ.

³⁴³ Βλ. Παπανικολάου, Μεθοδολογία..., αρ. 138-141, τον ίδιο, σε Αφιέρωμα στον Α. Γαζή (1994), σ. 494, Καραμπατζό, όπ.π., αρ. 560.

³⁴⁴ Βλ. λ.χ ΕφΘεσ 768/1975 Αρμ 1976, 151.

³⁴⁵ Έτσι, Καραμπατζός, όπ.π. αρ. 71.

³⁴⁶ Βλ. Παπανικολάου, όπ.π., σ. 495-496.

δογματικής θεμελίωσης της διαπλαστικής επέμβασης του δικαστή, ήτοι της πραγμάτωσης των επιταγών της επιείκειας, η νομολογία κατά την εξειδίκευση της υπέρμετρης επάχθειας συνεκτιμά και εξωσυμβατικά κριτήρια όπως λχ την περιουσιακή κατάσταση των μερών, την εξυπηρετούμενη με τη σύμβαση ανάγκη του καθενός και τυχόν υποχρεώσεις τους έναντι τρίτων³⁴⁷.

Στην θεωρία, προτείνεται η υιοθέτηση ενός αριθμητικού κριτηρίου που συλλειτουργώντας με τα υπόλοιπα πρόσφορα κριτήρια, θα ενδεικνύει τον υπέρμετρα επαχθή χαρακτήρα της παροχής. Κατά τον *Παπανικολάου*³⁴⁸, η υπέρβαση της αξίας της παροχής κατά 50%, υποδηλώνει ότι ενδεχομένως η σύμβαση έχει απωλέσει τον ανταλλακτικό της χαρακτήρα και αποτελεί μια μάλλον ασφαλή ένδειξη υπέρ του υπέρμετρου χαρακτήρα της επάχθειας. Ο *Λιάππης*³⁴⁹, προτείνει ως κατευθυντήριο μέγεθος την ανατροπή της ισορροπίας των παροχών κατά ποσοστό 20%, ως επιταγή της καλής πίστης, συναρτώμενη με την τρέχουσα αποσταθεροποίηση της ελληνικής οικονομίας. Σε κάθε περίπτωση, οι ανωτέρω συγγραφείς επισημαίνουν τη σχετικότητα των εν λόγω κριτηρίων και την ανάγκη επαναπροσδιορισμού τους εν όψει των συνθηκών της εκάστοτε ατομικής περίπτωσης.

³⁴⁷ Βλ. *Καραμπατζό*, όπ.π., αρ. 557, *Παπανικολάου*, όπ.π. σ. 496-497, *Φίλιο*, όπ.π., ΑΠ 1252/1986 ΕΕΝ 1987, 448, ΑΠ 1138/1990 ΕλλΔνη 32, 808.

³⁴⁸ Όπ.π., σ. 491-493. Στη Γερμανία έχει προταθεί από τον *Wieacker* ως ενδεικτικό αριθμητικό κριτήριο η μείωση της αξίας της αντιπαροχής κατά 50%. Υπέρ της ασφάλειας που κατ' αρχήν παρέχει το εν λόγω ποσοστό επιχειρηματολογεί και ο *Καραμπατζός*, όπ.π., αρ. 548.

³⁴⁹ Βλ. *Λιάππη*, όπ.π., σ. 21-22.

ββ. Η οριοθέτηση του πραγματικού από το κριτήριο της «ριζικής μεταβολής της φύσης της υποχρέωσης» (radical change in the obligation)

Το πραγματικό της δυσχέρειας εκπλήρωσης στην αγγλική έννομη τάξη αποδίδεται ποικιλοτρόπως, λ.χ με χρήση των φράσεων «extreme financial hardship»³⁵⁰, «excessive onerousness» ή του όρου «impracticability» του αμερικανικού δικαίου³⁵¹. Στο εν λόγω πραγματικό υπάγονται περιπτώσεις κατά τις οποίες η εκπλήρωση είναι μεν θεωρητικά δυνατή αλλά λόγω της μεταβολής των συνθηκών έχει καταστεί πρακτικά ασύμφορη και εμπορικά μη βιώσιμη³⁵². Στην νομολογία εντοπίζονται μεν διάσπαρτα dicta υπερ της επάρκειας της δυσχέρειας εκπλήρωσης να επιφέρει τη frustration³⁵³, ωστόσο, δεν υπάρχει κάποια απόφαση που να τάσσεται ευθέως υπερ αυτής της θέσης, ενώ στη συντριπτική πλειονότητα των αποφάσεων η σχετική στάση της νομολογίας είναι αρνητική. Όπως θα καταδειχθεί κατωτέρω, η νομολογία δεν απορρίπτει μεν ευθέως το πραγματικό της δυσχέρειας εκπλήρωσης, αλλά διαγράφει με μεγάλη αυστηρότητα τα όρια των περιπτώσεων που θα μπορούσαν να ενεργοποιήσουν τη frustration επί τη βάση του.

Η δικαιοπολιτική και δικαιοδογματική θεμελίωση της σκληρής στάσης του common law που αναδείχθηκε αναλυτικά ανωτέρω, συνέχεται και με την έλλειψη νομιμοποίησης του δικαστή να επεμβαίνει διαπλαστικά στη σύμβαση, στο πεδίο των

³⁵⁰ Έτσι, *Coffman, MacDonald*, όπ.π., σ. 532.

³⁵¹ Το πραγματικό της impracticability αναγνωρίζεται ρητά τόσο στο Second Restatement of Contracts § 261 comment d, όπου δίδεται και σχετικός ορισμός του: «extreme and unreasonable difficulty, expense, injury or loss», όσο και στον Uniform Commercial Code, αρ. 2-615 comment 4.

³⁵² Βλ. *Mckendrick*, σε *Principles of the English Law of Obligations*, ed. *Burrows*, (2016) παρ. 1451, *Dahl v. Nelson* (1881), 6 A.C. 38, *Maule J*, «in matters of business a thing is said to be impossible when it is not practicable, and a thing is impracticable when it can only be done at an excessive or unreasonable cost».

³⁵³ Βλ. ενδεικτικά *Dahl v. Nelson* (1881), όπ.π., όπου ο Λόρδος *Blackburn* ανέφερε ως κανόνα γενικής ισχύος ότι εάν η καθυστέρηση στην εκπλήρωση ενός ναυλοσυμφώνου, που προκλήθηκε χωρίς υπαιτιότητα κανενός εκ των μερών, είναι τόσο έντονη και διαρκής ώστε να παρίσταται ως μη εύλογη η συνέχιση της εκπλήρωσης, τα μέρη δικαιούνται να θεωρήσουν ότι η σύμβαση έχει λυθεί. Ωστόσο, κατά τον *Treitel*, όπ.π., σ. 882, οι όποιες ενδείξεις στη νομολογία περί κατάφασης της frustration επί τη βάση της δυσχέρειας εκπλήρωσης θα πρέπει να θεωρηθούν μάλλον παραπλανητικές, καθώς προσεκτικότερη θεώρηση μπορεί ν' αποκαλύπτει ότι το στοιχείο της δυσχέρειας εκπλήρωσης συνδυαζόταν μ' εκείνο της επιγενόμενης νομικής αδυναμίας (λ.χ λόγω περιορισμών κατά τη διάρκεια του πολέμου) το οποίο ήταν και αποφασιστικό για τη λύση της σύμβασης. Καταλήγει ότι εάν ο ίδιος βαθμός δυσχέρειας είχε προκληθεί αποκλειστικά από εμπορικούς παράγοντες, θα ήταν μάλλον απίθανο να προκληθεί η λύση της σύμβασης.

εννόμων συνεπειών . Η σκοπιμότητα της εν λόγω αυστηρής στάσης αποδίδεται εύστοχα με τη φράση «law should accommodate commercial practice and not the other way round»³⁵⁴. Η frustration δεν θα έπρεπε να καταστεί η διέξοδος από ζημιογόνες εμπορικές συναλλαγές. Τυχόν παραδοχή της δυνατότητας αυτής θα δημιουργούσε έναν κανόνα ασαφών ορίων που θα προκαλούσε ανασφάλεια στις συναλλαγές και ενδεχομένως θα αποστερούσε από τον δανειστή τους καρπούς της καλής συμφωνίας που διαπραγματεύτηκε³⁵⁵. Όπως έχει επισημανθεί χαρακτηριστικά στη νομολογία το επιχείρημα ότι ένας συμβαλλόμενος μπορεί να απαλλαγεί από την εκπλήρωση όταν αυτή καταστεί οικονομικά επαχθής είναι ένας «επικίνδυνος ισχυρισμός που δεν θα έπρεπε να γίνει αποδεκτός εκτός εάν τα μέρη προέβλεψαν ρητά τη δυνατότητα αυτή στη σύμβαση»³⁵⁶.

Το ερώτημα που ανακύπτει είναι αν αποκλείεται η επίκληση της frustration σε κάθε περίπτωση δυσχέρειας εκπλήρωσης, ανεξαρτήτως διαβάθμισης της δυσχέρειας. Όπως έχει υποστηριχθεί στη νομολογία³⁵⁷, «δεν θα πρέπει να γίνεται επιπόλαια επίκληση της frustration για την ανακούφιση των συμβαλλομένων από τις συνέπειες συμβάσεων που συνήφθησαν με απερίσκεψία». Ερωτάται αν η frustration θα μπορούσε να γίνει δεκτή σε περιπτώσεις μη επιπόλαιης επίκλησής της, αλλά υπέρμετρης δυσχέρειας εκπλήρωσης. Σε πρόσφατη απόφαση της νομολογίας³⁵⁸ επισημάνθηκε ότι η επίκληση της frustration δεν μπορεί να ευδοκιμήσει ούτε σε περιπτώσεις κατά τις οποίες η εκπλήρωση κατέστη *δραματικά επαχθέστερη*. Το κριτήριο που έχει προταθεί από τη νομολογία για τη διάκριση εκείνων των περιπτώσεων που θα μπορούσαν ενδεχομένως να ενεργοποιήσουν τον κανόνα της frustration είναι εκείνο της «ριζικής μεταβολής της φύσης της υποχρέωσης».

Το κριτήριο αυτό προτάθηκε στην θεμελιώδη απόφαση *Davis Contractors Ltd v. Fareham Urban DC* (1956)³⁵⁹. Επρόκειτο για μια σύμβαση έργου με αντικείμενο την κατασκευή 78 σπιτιών σε διάστημα 8 μηνών, έναντι αμοιβής 94.000 λιρών. Λόγω ελλείψεων σε εργατικά χέρια και πρώτες ύλες που προκλήθηκαν από την αναταραχή

³⁵⁴ Βλ. *Adams, Brownsword*, όπ.π., σ. 207.

³⁵⁵ Βλ. *Mckendrick*, *Contract Law*, (2013), σ. 255.

³⁵⁶ *Λόρδος Loreburn, Tennants (Lancashire) Ltd v CS Wilson & Co Ltd* (1917) AC 495, 510.

³⁵⁷ *Λόρδος Roskill, "The Nema"*, (1982) AC 724, 752 : «Frustration is not lightly to be invoked to relieve contracting parties of the normal consequences of imprudent bargains».

³⁵⁸ *Clarke J, Thames Valley Power Ltd v. Total Gas & Power Ltd*. (2006) 1 Lloyd's Rep. 441: «The fact that a contract has become expensive to perform, even dramatically more expensive is not a ground to relieve a party...».

³⁵⁹ *Davis Contractors Ltd v. Fareham Urban DC* (1956) A.C 696. Βλ. σχετικά *Treitel*, όπ.π., σ. 881, *Mckendrick*, *Contract Law, Texts Cases and Materials*, σ. 873 επ, *Burrows*, όπ.π., σ. 662 επ.

που είχε προκαλέσει στις συναλλαγές ο Β'Π.Π. (η σύμβαση συνήφθη το 1946), οι εργασίες διήρκησαν 22 αντί για 8 μήνες και το κόστος εκπλήρωσης ανήλθε σε 115.000 λίρες. Αφού ολοκληρώθηκε το έργο και καταβλήθηκε η συμφωνηθείσα στη σύμβαση αμοιβή, η ομάδα εργολάβων, ισχυρίστηκε ότι λόγω της καθυστέρησης η οριζόμενη στη σύμβαση τιμή θα έπρεπε να έχει αναπροσαρμοσθεί και ότι η σύμβαση είχε λυθεί λόγω frustration. Το δεύτερο επιχείρημα προβλήθηκε για λόγους τακτικής³⁶⁰ προκειμένου να ασκηθεί στη συνέχεια αγωγή για την καταβολή πρόσθετης αμοιβής επί τη βάση της quantum meruit αξίωσης, ομοιάζουσας προς την δική μας αξίωση αδικαιολόγητου πλουτισμού³⁶¹, η οποία προϋποθέτει την εξαφάνιση τυχόν προϋφιστάμενης σύμβασης.

Η Βουλή των Λόρδων απέρριψε την αξίωση των εργολάβων, θεωρώντας ότι η διάψευση των προσδοκιών τους για το αποκτώμενο από τη σύμβαση κέρδος, ως εντασσόμενη στο πλαίσιο των συνήθων εμπορικών κινδύνων, δεν ήταν ικανή για να επιφέρει λύση της σύμβασης λόγω frustration³⁶². Η επιγενόμενη αύξηση του κόστους εκπλήρωσης όχι μόνο εκμηδένισε το περιθώριο κέρδους του εργολάβου αλλά κατέστησε και ζημιογόνα τη συναλλαγή γι' αυτόν, ωστόσο το δικαστήριο θεώρησε ότι εκείνος εξακολουθούσε να φέρει τον σχετικό κίνδυνο.

Ο Λόρδος Radcliffe, αιτιολογώντας την εν λόγω θέση, ανέφερε χαρακτηριστικά: « Η δυσχέρεια εκπλήρωσης, η ταλαιπωρία και η οικονομική ζημία δεν αρκούν από μόνες τους για την ενεργοποίηση της frustration. Απαιτείται επιπλέον να υπάρχει τέτοια μεταβολή στη σημασία της υποχρέωσης ώστε το αντικείμενό της, όταν εκπληρωθεί, να καθίσταται διαφορετικό από εκείνο που αναλήφθηκε με τη σύμβαση». Συνακόλουθα, ως πρόσφορο κριτήριο για τη διάκριση εκείνων των περιπτώσεων που ο επαχθέστερος λόγω της μεταβολής, χαρακτήρας της συναλλαγής, θα μπορούσε να επιφέρει τη λύση της σύμβασης, προτάθηκε εκείνο της «ριζικής μεταβολής της φύσης της υποχρέωσης». Η σημαίνουσα φράση του Λόρδου Radcliffe που έμελλε να έχει ιδιαίτερη απήχηση στη μεταγενέστερη νομολογία αποτυπώνει το εν λόγω κριτήριο ως εξής : «Frustration occurs whenever ...a contractual obligation has become incapable of being performed because the circumstances in which performance is called for would

³⁶⁰ Έτσι, Andrews, ό.π., σ. 455.

³⁶¹ Βλ. Καραμπατζό, ό.π., αρ. 348.

³⁶² Δεδομένης τόσο της προβλεψιμότητας του εν λόγω κινδύνου (η σύμβαση συνήφθη μετά το ξέσπασμα του πολέμου), όσο και του μειωμένου ποσοστού της αύξησης του κόστους εκπλήρωσης (23%), η απόφαση χαρακτηρίζεται ορθή από τη θεωρία και ενδεχομένως δεν θα ήταν διαφορετικό το αποτέλεσμα αν κρινόταν από τα αμερικανικά δικαστήρια που αναγνωρίζουν το πραγματικό της impracticability, Θεωρείται ωστόσο θεμελιώδης γιατί διακηρύσσει με χαρακτηριστικό τρόπο την στάση του common law. βλ. Treitel, Frustration..., παρ. 6-025.

render it a thing radically different from that which was undertaken under the contract. Non haec in foedera veni. It was not this that I promised to do ». Συνεπώς, για την συντέλεση της frustration, θα πρέπει η μεταβολή των συνθηκών να έχει καταστήσει το αντικείμενο της υποχρέωσης ριζικά/θεμελιωδώς διαφορετικό από εκείνο που αναλήφθηκε με τη σύμβαση. Η περίπτωση της απόφασης *Davis Contractors* αποτελεί χαρακτηριστικό παράδειγμα συναλλαγής που αποδείχθηκε εξαιρετικά ζημιογόνα λόγω απροσδόκητης αύξησης των τιμών, ωστόσο κατά τη νομολογία, η εκπλήρωση υπό τις νέες συνθήκες απείχε πολύ από το να οδηγήσει σε μια ριζική μεταβολή της φύσης της αναληφθείσας υποχρέωσης.

Από την απόφαση *Davis v. Fareham* και έπειτα, η νομολογία επικαλείται σταθερά το «κριτήριο της ριζικής μεταβολής της φύσης της υποχρέωσης»³⁶³. Ωστόσο, η εφαρμογή του έχει προκαλέσει κάποια σύγχυση στη νομολογία καθώς κατ' αρχήν, παρίσταται αβέβαιη η θεωρητική του βάση³⁶⁴. Η χρήση από τον *Λόρδο Radcliffe* της ρήσης «Non haec in foedera veni. It was not this that I promised to do », κατά τη διατύπωσή του, ενδεχομένως υποδηλώνει ότι η ριζική μεταβολή της φύσης της υποχρέωσης επιφέρει τη λύση της σύμβασης, λόγω της διάψευσης του τρόπου με τον οποίο λειτούργησε η ιδιωτική αυτονομία. Κατά την προσέγγιση αυτή, για τη διακρίβωση της έκτασης της αναληφθείσας υποχρέωσης και τη διαπίστωση τυχόν θεμελιωδούς μεταβολής της, και άρα προσβολής της ιδιωτικής αυτονομίας, ως πρόσφορο εργαλείο του δικαστή παρίσταται κατ' αρχήν η ερμηνεία της σύμβασης³⁶⁵. Με τη βοήθειά της, θα διαπιστώνεται η φύση και τα όρια της συμβατικώς αναληφθείσας υποχρέωσης, και στη συνέχεια η τελευταία θα συγκρίνεται με την εκπλήρωση της υποχρέωσης, όπως διαμορφώνεται υπό τις νέες συνθήκες. Ο κανόνας της frustration θα ενεργοποιείται μόνο στην περίπτωση της ριζικής διαφοροποίησης μεταξύ των δύο.

Η παραδοχή ότι ο δικαστής θα πρέπει κατ' αρχήν να βασισθεί στην ερμηνεία, επιβεβαιώνεται από τον ίδιο τον *Λόρδο Radcliffe*, ο οποίος, κατά τη διατύπωση του κριτηρίου, ισχυρίσθηκε ότι ο δικαστής θα πρέπει να βασισθεί αφ' ενός στους όρους και την ερμηνεία της σύμβασης, υπό το φως των συνθηκών που επικρατούσαν κατά τη σύναψή της, και αφ' ετέρου να εξετάσει τα νέα γεγονότα και τον τρόπο με τον οποίο μεταβάλλουν τη διαμορφωθείσα κατάσταση. Ωστόσο, από τη σχετική νομολογία

³⁶³ Βλ. και *Burrows*, όπ.π., σελ. 665, σημ.5

³⁶⁴ Βλ. *Rapsomanikis*, όπ.π., σ. 557.

³⁶⁵ Για τη σημασία της ερμηνείας της σύμβασης, για την διαπίστωση της πλήρωσης του εν λόγω κριτηρίου, βλ. *Mckendrick*, *Contract Law, Texts Cases and Materials*, (2005), σ. 877- 878, 928.

προκύπτει ότι το δικαστήριο λαμβάνει συχνά υπ' όψη και εξωσυμβατικά κριτήρια όπως λ.χ το ενδεχόμενο κέρδος του οφειλέτη από τη λύση της σύμβασης³⁶⁶, συνεπώς φαίνεται ότι δεν προσανατολίζεται μόνο στην προστασία της ιδιωτικής αυτονομίας αλλά ενδεχομένως κατευθύνεται προς μια δίκαιη ανεκτή από την έννομη τάξη αντιμετώπιση του ζητήματος.

Αφού διακριβωθεί η φύση της αναληφθείσας υποχρέωσης, κρίσιμο είναι το πώς θα διαπιστωθεί εάν υπό το φως των νέων γεγονότων, η μεταβολή της ήταν *ριζική*, ώστε να ικανοποιείται το κρίσιμο, κατά τη νομολογία, κριτήριο. Όπως διαπιστώνει ο *Λόρδος Hailsham*³⁶⁷, η πλήρωση του εν λόγω κριτηρίου και περαιτέρω η συντέλεση της frustration είναι ζήτημα *έντασης της μεταβολής* που επιφέρει το επιγενόμενο γεγονός και συνεπώς, σε έναν βαθμό, ζήτημα πραγματικό. Πράγματι, στη νομολογία εκφράζεται σύγχυση ως προς τον τρόπο διάκρισης μεταξύ απλής και ριζικής μεταβολής της φύσης της υποχρέωσης³⁶⁸. Από την εξέταση της οικείας νομολογίας, δεν προκύπτουν συγκεκριμένα κριτήρια, προκύπτει όμως αδιαμφισβήτητα η στενή ερμηνεία της εν λόγω προϋπόθεσης, η κατάφαση της οποίας γίνεται σπάνια δεκτή από τη νομολογία.

Ενδιαφέρον παρουσιάζει η ερμηνεία της εν λόγω προϋπόθεσης στις διάσημες υποθέσεις της διώρυγας του Σουέζ, που ανέκυψαν κατά την εκτέλεση ναυλοσυμφώνων, όταν η Αιγυπτιακή κυβέρνηση απαγόρευσε την πρόσβαση στην εν λόγω θαλάσσια αρτηρία, κατά τα έτη 1956 και 1967, ως μέσο πολιτικής πίεσης προς τη Δύση³⁶⁹. Στην υπόθεση *The Eugenia* (1964)³⁷⁰, το πλοίο που είχαν ναυλώσει οι εναγόμενοι για τη μεταφορά μεταλλευμάτων στην Ινδία μέσω της Μαύρης Θάλασσας, αποκλείστηκε εντός της διώρυγας για διάστημα 2μισι μηνών. Μετά την αποδέσμευσή του, οι εκναυλωτές φρόντισαν να εκτελεσθεί το δρομολόγιο μέσω του Ακρωτηρίου της Καλής Ελπίδας, και στην αγωγή τους για καταβολή του συμφωνηθέντος ναύλου, οι ναυλωτές

³⁶⁶ Βλ. *Tsakiroglou & Co. Ltd. v. Noble Thorl GmbH* (1962) κατά την οποία το δικαστήριο συνυπολόγισε το ενδεχόμενο κέρδος του οφειλέτη από τη λύση της σύμβασης καθώς θα μπορούσε να πωλήσει το δεσμευμένο για τη σύμβαση εμπόρευμα στη νέα σημαντικά αυξημένη αγοραία τιμή του, βλ. *Καραμπατζό*, όπ.π., αρ. 352-354.

³⁶⁷ *National Carriers v. Panalpina Ltd* (1981) AC 675, House of Lords : «Whether a supervening event is a frustrating event or not is, in a wide variety of cases, a question of degree and therefore to some extent at least, of fact».

³⁶⁸ Βλ. *Rapsomanikis*, όπ.π., σ. 593.

³⁶⁹ Βλ. αναλυτικά *Rapsomanikis*, όπ.π., σ. 582 επ.

³⁷⁰ *Ocean Tramp Tankers Corporation v. V/O Sovfracht, The Eugenia* (1964) 2 QB 226, CA. Για τα πραγματικά περιστατικά βλ. αναλυτικά ανωτέρω υπό VI. 3.

αντέτειναν ότι η σύμβαση είχε λυθεί λόγω frustration καθώς η εναλλακτική διαδρομή μετέβαλλε ουσιωδώς τα χαρακτηριστικά του συμφωνηθέντος ταξιδιού.

Ο Λόρδος *Denning*, τόνισε χαρακτηριστικά : «It must be more than merely more onerous or more expensive. It must be positively unjust to hold the parties bound». Στη συνέχεια για τη διαπίστωση περι του αν είχε συντελεστεί ή όχι frustration, εφάρμοσε το κριτήριο της ριζικής μεταβολής της φύσης της υποχρέωσης, όπως διατυπώθηκε στην απόφαση *Davis Contractors*. Με τα δεδομένα ότι το ταξίδι μέσω της Διώρυγας θα μπορούσε να γίνει σε 108 ημέρες ενώ μέσω του Ακρωτηρίου σε 138, το εναλλακτικό δρομολόγιο απαιτούσε δηλαδή 25% περισσότερο χρόνο και το εμπόρευμα, λόγω της φύσης του δεν θα αλλοιωνόταν από το μακρύτερο ταξίδι, το δικαστήριο έκρινε ότι το κλείσιμο της διώρυγας δεν προκαλούσε μια θεμελιωδώς διαφορετική κατάσταση ικανή να επιφέρει τη λύση της σύμβασης.

Η εφαρμογή του κριτηρίου της «ριζικής μεταβολής της φύσης της υποχρέωσης» στην ανωτέρω απόφαση παρίσταται ορθή³⁷¹. Ωστόσο, ακόμα και στην απόφαση *The Captain George K*(1970)³⁷², όπου αποδείχθηκε ότι το εναλλακτικό δρομολόγιο μέσω του Ακρωτηρίου της Καλής Ελπίδας θα απαιτούσε 77% περισσότερο χρόνο και 90% μεγαλύτερη απόσταση, το δικαστήριο δίστασε να δεχθεί ότι η υπόθεση διαφοροποιείται επί αυτή τη βάση, και θεωρώντας ότι δεσμεύεται από το προηγούμενο της υπόθεσης *The Eugenia*, απέρριψε τον ισχυρισμό περί frustration, καθιστώντας ουσιαστικά κενό γράμμα το κριτήριο της «ριζικής μεταβολής της φύσης της υποχρέωσης». Η απόφαση αυτή υποδηλώνει τη δύναμη του νομολογιακού προηγούμενου στο common law που μπορεί καμιά φορά να οδηγήσει συνειδητά τους δικαστές σε μη εύλογες κρίσεις³⁷³.

Μια πιο πρόσφατη προσέγγιση της απαιτούμενης έντασης της δυσχέρειας εκπλήρωσης προκειμένου να ενεργοποιήσει τη λύση της σύμβασης λόγω frustration, εντοπίζεται στην υπόθεση *National Carriers v Panalpina (Northern) Ltd* (1981)³⁷⁴. Ο Λόρδος *Simon* επεσήμανε ότι «για την συντέλεση της frustration θα πρέπει το επιγενόμενο γεγονός να μεταβάλλει τη φύση (και όχι απλά την επάχθεια) των

³⁷¹ Έτσι *Rapsomanikis*, ό.π., σ. 591.

³⁷² *The Captain George K*, (1970) 2 Lloyd's List L.R 21.

³⁷³ Βλ. *Rapsomanikis*, ό.π., σ. 593-594.

³⁷⁴ *National Carriers v Panalpina (Northern) Ltd* (1981) AC 675, House of Lords. Η διαφορά ανέκυψε από μια σύμβαση μακροχρόνιας μίσθωσης ακινήτου. Δεδομένου ότι το γειτονικό ακίνητο θα έπρεπε να κατεδαφισθεί βάσει διοικητικής απόφασης και η παρακείμενη μοναδική οδός, να αποκλειστεί, ο μισθωτής αποστερήθηκε τη χρήση του μισθίου για διάστημα 20 μηνών. Στον ισχυρισμό του ότι η σύμβαση είχε λυθεί λόγω frustration και άρα δεν εξακολουθούσε να οφείλει το μίσθωμα, το δικαστήριο αντέτεινε ότι ο χρόνος της διακοπής δεν ήταν δυσανάλογος προς τη συνολική (10ετή) διάρκεια της μίσθωσης και άρα δεν προσεγγίζει την απαιτούμενη βαρύτητα ενός frustrating event.

υφιστάμενων συμβατικών υποχρεώσεων, σε τέτοιο βαθμό ώστε να παρίσταται άδικη η εμμονή της έννομης τάξης στην εκπλήρωση υπο τις νέες συνθήκες»³⁷⁵. Στην περίπτωση αυτή τα μέρη απαλλάσσονται αυτοδικαίως από τις συμβατικές τους υποχρεώσεις.

Η παγκόσμια οικονομική κρίση του 2007-2008, όπως έγινε αντιληπτή στην αγγλική έννομη τάξη, αποτέλεσε αφορμή για επανεξέταση του καλά θεμελιωμένου κανόνα ότι η σημαντική δυσχέρεια εκπλήρωσης δεν αποτελεί ικανή δικαιολογία για την αποδέσμευση από τις συμβατικές υποχρεώσεις³⁷⁶. Ακόμα και επί συμβάσεων όπου οι συμβαλλόμενοι υπέστησαν βαρύτατες ζημιές λόγω των ουσιωδών διακυμάνσεων των τιμών της αγοράς, τα αγγλικά δικαστήρια δεν έδειξαν πρόθεση να αμβλύνουν τη στάση τους³⁷⁷. Αντίθετα, επιβεβαίωσαν ότι ο νομολογιακός κανόνας της frustration κινείται εντός στενών ορίων και δεν θα πρέπει να γίνεται «επιπόλαιη» επίκλησή του.

Ενδεικτικά αναφέρεται η υπόθεση *Gold Group Properties v. BDW Trading* (2010).³⁷⁸ Η αντιδικία προέκυψε από μια συμφωνία οικοδομικής ανάπτυξης μιας μεγάλης γεωγραφικής έκτασης στην περιοχή Surrey. Η εναγόμενη εταιρεία ανέλαβε την κατασκευή διαμερισμάτων σε όλη την υπό κρίση περιοχή τα οποία στη συνέχεια θα διατίθεντο στην αγορά, και οι συμβαλλόμενοι θα μοιράζονταν τα κέρδη. Μετά την υπογραφή της σύμβασης, πραγματοποιήθηκε η πρόβλεψη³⁷⁹ ότι θα επερχόταν μια ραγδαία πτώση των αξιών στην αγορά ακινήτων και τα νέα δεδομένα έδειχναν ότι οι ελάχιστες τιμές πώλησης που είχαν ενσωματωθεί στη σύμβαση δεν θα ήταν πλέον επιτεύξιμες, με αποτέλεσμα η κατασκευάστρια εταιρεία να αρνηθεί να ξεκινήσει τις εργασίες. Η εταιρεία Gold Group ενήγαγε την εργολάβο για αθέτηση της σύμβασης, και η τελευταία αντέτεινε ότι οι ελάχιστες τιμές είχαν συμπεριληφθεί στη σύμβαση ως όρος για τη δέσμευση της, και άρα η τελευταία δεν δεσμευόταν πλέον και επικουρικά,

³⁷⁵ Η προσέγγιση αυτή ενδεχομένως παραπέμπει στη διδασκαλία περί του ορίου θυσίας που χρησιμοποιείται για τη διάκριση εκείνων των ακραίων περιπτώσεων που κατά την ημεδαπή διάκριση υπάγονται στην έννοια της οικονομικής αδυναμίας παροχής.

³⁷⁶ Για τις επιπτώσεις της παγκόσμιας οικονομικής κρίσης του 2007-2008 στην οικονομία του Ηνωμένου Βασιλείου και την επανεξέταση της θέσης του common law για το πραγματικό της δυσχέρειας εκπλήρωσης, βλ. αναλυτικά *Yeung, Huang, Certainty Over Clemency : English Contract Law in the Face of Financial Crisis*, σε *The Effects of Financial Crises on the Binding Force of Contracts - Renegotiation, Rescission or Revision*, τ. 17, *Ius Comparatum, Global Studies of Comparative Law*, (2016), σ. 285- 305.

³⁷⁷ Έτσι, *Mckendrick, Contract Law*, (2013), σ. 255.

³⁷⁸ *Gold Group Properties v. BDW Trading* (2010) EWHC 323. Βλ. σχετικά *Yeung, Huang*, ό.π., σ. 288.

³⁷⁹ Ο ισχυρισμός περί frustration απορρίφθηκε, μεταξύ άλλων, και επί τη βάση της μη πλήρωσης της προϋπόθεσης του «επιγενόμενου γεγονότος» (frustrating event), καθώς η επιθυμία των κατασκευαστών να αποδεσμευθούν από τη σύμβαση, βασίστηκε μόνο στις σχετικές προβλέψεις περί μείωσης των τιμών.

ότι λόγω της (επερχόμενης) ραγδαίας μεταβολής των τιμών της αγοράς, η σύμβαση είχε λυθεί επί τη βάση της frustration.

Ο δικαστής *Coulson* απέρριψε τον ισχυρισμό της εναγομένης δεχόμενος ότι δεν πληρούνταν μια σειρά προϋποθέσεων της frustration. Ως προς το εδώ εξεταζόμενο ζήτημα, περί του αν η ουσιώδης δυσχέρεια εκπλήρωσης μπορεί να οδηγήσει σε λύση της σύμβασης, απάντησε αρνητικά καθώς δεν ήταν σαφές πόσο θα έπρεπε να πέσουν οι τιμές για να θεωρηθεί ότι η σύμβαση έχει λυθεί. Η εφαρμογή του κριτηρίου της «ριζικής μεταβολής της φύσης της υποχρέωσης» παρουσίαζε και εδώ πρακτικές δυσκολίες. Το δικαστήριο επανέλαβε, και επιβεβαίωσε την ισχύ του καλά θεμελιωμένου στην αγγλική νομολογία κανόνα, ότι οι συμβαλλόμενοι δεν μπορούν να επικαλούνται τον απαλλακτικό λόγο της frustration για να αποδεσμευθούν από ζημιογόνες εμπορικές συμφωνίες.

βγ. *Ενδιάμεσο συμπέρασμα*

Σε μια συσχέτιση της προσέγγισης του πραγματικού της δυσχέρειας εκπλήρωσης στις συγκρινόμενες έννομες τάξεις μπορούν να παρατηρηθούν τα ακόλουθα. Η σημαντική δυσχέρεια εκπλήρωσης αποτελεί τον πυρήνα των περιπτώσεων έκλειψης του δικαιοπρακτικού θεμελίου που ενεργοποιούν τον διορθωτικό μηχανισμό της ΑΚ 388. Αντίθετα, κατά το αγγλικό δίκαιο, σχεδόν στο σύνολο των σχετικών αποφάσεων, η δυσχέρεια εκπλήρωσης αναφέρεται ως πραγματικό μη ικανό να επιφέρει τη λύση της σύμβασης, χαράσσοντας τα αυστηρά όρια της frustration ως απαλλακτικού λόγου.

Η εκ πρώτης όψεως αντίθετη προσέγγιση των δύο εννόμων τάξεων παρουσιάζει κατ' αρχήν μια σημαντική αναλογία, τη διάρθρωση εξαιρετικά αυστηρών προϋποθέσεων για την υποχώρηση της αρχής της υποχρεωτικότητας των συμβάσεων. Το ελληνικό δίκαιο δέχεται μεν το πραγματικό της δυσχέρειας εκπλήρωσης ως ικανό να δικαιολογήσει την επέμβαση της έννομης τάξης, τάσσει όμως, μεταξύ άλλων, την αυστηρή προϋπόθεση να έχει καταστεί η παροχή «υπέρμετρα επαχθής» για τον οφειλέτη. Αντίστοιχα, η αγγλική νομολογία δεν απορρίπτει μεν ευθέως το πραγματικό της δυσχέρειας εκπλήρωσης ως δυνατό απαλλακτικό λόγο, αλλά χρησιμοποιώντας το κριτήριο της «ριζικής μεταβολής της φύσης της υποχρέωσης» θέτει πολύ υψηλότερα τον πήχη σε σχέση με το ελληνικό δίκαιο, ως προς την απαιτούμενη ένταση βαθμού

πληρώσεως του στοιχείου της επάχθειας, αφήνοντας ουσιαστικά απροσπάτευτο τον οφειλέτη.

Δεδομένου ότι η δυσχέρεια εκπλήρωσης επιδέχεται περισσότερες διαβαθμίσεις, η αντιμετώπιση κάθε σταδίου παρίσταται ως εξής: Κατ' αρχήν, η απλή δυσχέρεια δεν θα δικαιολογεί σε καμία από τις δύο έννομες τάξεις ανακούφιση του οφειλέτη. Η πρακτική διαφοροποίηση έγκειται στην κάλυψη των ενδιάμεσων περιπτώσεων σοβαρής ανατροπής της οικονομικής ισορροπίας της σύμβασης : η σημαντική/υπέρμετρη δυσχέρεια κατά το αγγλικό δίκαιο θα θεωρείται ανεπαρκής να οδηγήσει στη λύση της σύμβασης³⁸⁰, ενώ κατά το ελληνικό θα δικαιολογεί την επέμβαση του δικαστή όταν θα πληρούται,μεταξύ άλλων, η προϋπόθεση της υπέρμετρης επάχθειας της παροχής, κατά την *in concreto* εξειδίκευση της εν λόγω αόριστης νομικής έννοιας. Τέλος, η δυσχέρεια που προσλαμβάνει ακραία μορφή θα προσεγγίζει το πραγματικό της οικονομικής αδυναμίας κατά την ημεδαπή διάκριση³⁸¹, ενώ κατά την αγγλική προσέγγιση, εφόσον πληρούται το κριτήριο της «ριζικής μεταβολής της φύσης της υποχρέωσης» ενδεχομένως να οδηγεί σε απαλλαγή λόγω *frustration*³⁸².

Πράγματι, η παραδοχή της νομολογίας ότι για την κατάφαση της *frustration* απαιτείται να είναι «εξαιρετικά ανεπιεικής» η εμμονή στην εκπλήρωση³⁸³ και αυστηρή προσέγγιση της «ριζικής μεταβολής της φύσης της υποχρέωσης» παραπέμπουν στις ακραίες εκείνες περιπτώσεις που η παροχή είναι μεν φυσικώς δυνατή αλλά η εμμονή της έννομης τάξης προς εκπλήρωση θα οδηγούσε σε υπέρβαση του αξιώσιμου απ' τον οφειλέτη ορίου οικονομικής θυσίας, υπαγόμενες κατά το ελληνικό δίκαιο στην οικονομική αδυναμία παροχής³⁸⁴. Η τελευταία, νοούμενη ως διεύρυνση της αδυναμίας παροχής επί τη βάση της ΑΚ 288 επιφέρει την αυτοδίκαιη απαλλαγή του οφειλέτη, όπως και στην περίπτωση της *frustration*. Συνεπώς, εάν η δυσχέρεια εκπλήρωσης νοηθεί ως ένα πραγματικό που ανάλογα με την ένταση των γεγονότων που την προκαλούν

³⁸⁰ Όπως διαπιστώνει ο *Andrews*, ό.π., σ. 456 : «It might even be the law that no increase in expense can ever amount to frustration, no matter how severe the hardship to the affected party».

³⁸¹ Βλ. *Παπανικολάου*, σε Αφιέρωμα στον Α. Γαζή (1994), σ. 490, *Σταθόπουλο*, ό.π., § 22 αρ. 26.

³⁸² Κατά τον *Treitel*, *The law of contract* (2003), σ. 880, ενδεχομένως η υπόθεση *Taylor v. Caldwell* δεν ήταν μια «καθαρή» υπόθεση φυσικής αδυναμίας, καθώς ο συναυλιακός χώρος θα μπορούσε θεωρητικά να ανακατασκευαστεί εγκαίρως για τις προγραμματισθείσες συναυλίες, ωστόσο δεν θα ήταν εύλογο να απαιτηθεί απ' τον οφειλέτη η καταβολή των απαιτούμενων ανυπολόγιστων εξόδων.

³⁸³ *Λόρδος Denning MR, "The Eugenia"* (1964) 2 QB 226 : «It must be more than merely more onerous or more expensive. It must be positively unjust to hold the parties bound».

³⁸⁴ Βλ. *Σταθόπουλο*, ό.π., § 19, αρ. 57-59. Για τη θεωρία περί του ορίου θυσίας βλ. *Καραμπατζό*, ό.π. αρ. 12 επ. Βλ. και *Treitel*, ό.π., σ. 880, κατά τον οποίο η έννοια της «αδυναμίας» εξαρτάται εν μέρει από τις δυνατότητες της τεχνολογίας και εν μέρει από τον βαθμό του κόπου και εξόδων που μπορούν εύλογα ν' απαιτηθούν απ' τον οφειλέτη.

κλίνει άλλοτε προς την αδυναμία παροχής και άλλοτε προς την έκλειψη του δικαιοπρακτικού θεμελίου³⁸⁵, η αποδοχή του πραγματικού κατά τη frustration κινείται προς την πρώτη κατεύθυνση³⁸⁶ ενώ κατά την ΑΚ 388 προς τη δεύτερη.

Ως προς τον τρόπο εξειδίκευσης από τον δικαστή των αόριστων νομικών εννοιών της «υπέρμετρης επάχθειας» αφενός και της «ριζικής μεταβολής της φύσης της υποχρέωσης» αφετέρου, για να διαπιστωθεί αν ικανοποιείται ο αξιούμενος από την έννομη τάξη βαθμός δυσχέρειας, μπορούν να παρατηρηθούν τα εξής: Και στις δύο περιπτώσεις εμφολωρεί το στοιχείο της σύγκρισης, στην πρώτη περίπτωση μεταξύ της αρχικής και της τωρινής σχέσης της αξίας παροχής-αντιπαροχής³⁸⁷ και στην δεύτερη μεταξύ του χαρακτήρα της υποχρέωσης όπως περιγράφεται στη σύμβαση και όπως κατέστη υπό τις νέες συνθήκες³⁸⁸. Η εξειδίκευση της έννοιας της υπέρμετρης επάχθειας της παροχής θα χωρήσει τεολογικά³⁸⁹ επί τη βάσει όλων των κριτηρίων που είναι πρόσφορα να οδηγήσουν σε μια *in concreto* δίκαιη κρίση. Αντίθετα, δεδομένου ότι η θεωρητική βάση της frustration και περαιτέρω της θεωρίας της «ριζικής μεταβολής» δεν είναι σαφώς προσδιορισμένη, δεν υφίστανται συγκεκριμένα κριτήρια για την διάκριση από τον δικαστή μεταξύ των περισσότερων διαβαθμίσεων μεταβολής της φύσης της υποχρέωσης³⁹⁰. Η αιτιολόγηση του κριτηρίου με τη φράση «Δεν ήταν αυτό που υποσχέθηκα να κάνω», «*Non heac in foedera veni*»³⁹¹ υποδηλώνει ενδεχομένως ότι δικαιολογητικός λόγος της λύσης της σύμβασης είναι η διάψευση του τρόπου με τον οποίο λειτούργησε η ιδιωτική αυτονομία του πληττόμενου συμβαλλόμενου. Συνεπώς, κατά την κατάφαση της ύπαρξης ή μη «ριζικής μεταβολής της φύσης της υποχρέωσης» ο δικαστής θα επιδοθεί στην ερμηνεία της σύμβασης και στη σύγκριση της εκπλήρωσης όπως είχε συμφωνηθεί και όπως κατέστη υπό τις νέες συνθήκες. Ωστόσο, από τη σχετική νομολογία, δεν φαίνεται να λαμβάνει υπ' όψη μόνο συμβατικά κριτήρια που απαιτούνται για την εξεύρεση του αληθούς νοήματος της συμβατικής δήλωσης αλλά και εξωσυμβατικά, όπως λ.χ το ενδεχόμενο κέρδος του

³⁸⁵ Έτσι, *Καραμπατζός*, ό.π., αρ. 9.

³⁸⁶ Το 1918, η επιτροπή ενός Οργανισμού Εμπορίου, δήλωσε χαρακτηριστικά: «(increased costs do not frustrate contracts)...unless to an enormous and extravagant extent...so great as to amount to physical prevention», βλ. *Morgan*, ό.π., σ. 124.

³⁸⁷ Έτσι, *Παπανικολάου*, ό.π. σ. 491.

³⁸⁸ Βλ. *McKendrick*, *Contract Law, Texts Cases and Materials*, σ. 877.

³⁸⁹ Βλ. *Παπανικολάου*, ό.π., σ. 481.

³⁹⁰ *Rapsomanikis*, ό.π., σ. 593 : «The umpire did not decide the frustration issue, expressing puzzlement over how to distinguish the “positively unjust” from the simply unjust and the “radically different” from the simply different».

³⁹¹ *Λόρδος Radcliff*, *Davis Contractors Ltd v. Fareham UDC* (1956) AC 696.

οφειλέτη από τυχόν λύση της σύμβασης³⁹² προσέγγιση που αποκαλύπτει ότι δεν βαρύνει μόνο η διάσωση της ιδιωτικής αυτονομίας την κρίση του δικαστή αλλά η συντέλεση της frustration θα πρέπει να οδηγεί σε ένα γενικά δίκαιο και αποδεκτό από την έννομη τάξη αποτέλεσμα.

γ. Ματαίωση του σκοπού χρήσεως της παροχής – Frustration of purpose

Η μεταβολή των κρίσιμων περιστατικών που αποτέλεσαν το κοινό θεμέλιο της σύμβασης μπορεί να οδηγεί στη ματαίωση του σκοπού χρήσεως της παροχής απ' τον δανειστή, συνιστώντας μια ειδική εκδήλωση της ΑΚ 388 που έχει τύχει ξεχωριστής επεξεργασίας από τη θεωρία.

Για την κατανόηση του εν λόγω ειδικού πραγματικού κρίνεται απαραίτητη η διασαφήνιση της έννοιας του σκοπού χρήσης της παροχής. Κατά τη θεωρία³⁹³, ο σκοπός της ενοχής διακρίνεται σε *άμεσο*, ο οποίος συνίσταται στην ίδια την εκπλήρωση και *έμμεσο*, ο οποίος συνιστά τον σκοπό χρήσης της συγκεκριμένης παροχής. Στο παράδειγμα της μίσθωσης μιας αίθουσας αποκλειστικά για τη χρήση της σε συγκεκριμένη εκδήλωση που ματαιώνεται, ο άμεσος σκοπός στον οποίο αποβλέπει ο δανειστής είναι η εκπλήρωση, δηλαδή η παραχώρηση της χρήσης του μισθίου. Η εκπλήρωση συνιστά τον άμεσο σκοπό της ενοχής, ο οποίος αποτελεί και περιεχόμενο της σύμβασης. Η χρησιμοποίηση της αίθουσας για την εκδήλωση συνιστά τον έμμεσο σκοπό της ενοχής ή σκοπό χρήσης της παροχής, τον λόγο για τον οποίο απέβλεψε ο δανειστής στην παροχή, τον τρόπο με τον οποίο ήθελε να την αξιοποιήσει. Ο σκοπός χρήσης της παροχής διακρίνεται περαιτέρω³⁹⁴ σε αντικειμενικό και υποκειμενικό. Ο αντικειμενικός σκοπός χρήσης αφορά τις αντικειμενικώς προσδοκώμενες ιδιότητες μιας παροχής³⁹⁵ ανάλογα με το γένος της, τον σκοπό που προορίζεται να εξυπηρετήσει κατά την καλή πίστη (λ.χ η αίθουσα εκδήλωσης να είναι κατάλληλη για τη συμφωνημένη χρήση). Ο υποκειμενικός σκοπός χρήσης ανάγεται στα παραγωγικά αίτια της βούλησης του δανειστή, τα κίνητρα και τους σχεδιασμούς του (λ.χ

³⁹² Βλ. Tsakiroglou & Co. Ltd. V. Noble Thorl GmbH (1962) κατά την οποία το δικαστήριο συνυπολόγισε το ενδεχόμενο κέρδος του οφειλέτη από τη λύση της σύμβασης καθώς θα μπορούσε να πωλήσει το δεσμευμένο για τη σύμβαση εμπόρευμα στη νέα σημαντικά αυξημένη αγοραία τιμή του, βλ. Καραμπατζό, όπ.π., αρ. 352-354.

³⁹³ Κουμάνης, Η μη εκπλήρωση της ενοχικής σύμβασης κατά τον ΑΚ, (2002), σ. 120-125.

³⁹⁴ Κουμάνης, όπ.π.

³⁹⁵ Βλ. και Καραμπατζό, όπ.π., αρ. 171.

χρησιμοποίηση της αίθουσας για συγκεκριμένη εκδήλωση), συνεπώς, κατ' αρχήν, δεν ενδιαφέρει το δίκαιο.

Συνεπώς, όσον αφορά στον έμμεσο σκοπό της ενοχής, ήτοι τον σκοπό χρήσεως της παροχής, εφόσον ανάγεται μόνο στα παραγωγικά αίτια της βούλησης του δανειστή, τότε εκείνος και μόνο φέρει τον κίνδυνο ματαίωσής του³⁹⁶. Ωστόσο, η ματαίωση του σκοπού χρήσεως της παροχής μπορεί να έχει έννομες συνέπειες και για τον οφειλέτη, εφόσον ο σκοπός αυτός έχει καταστεί δικαϊκά αξιόλογος, όταν δηλαδή αποτέλεσε ρητώς ή σιωπηρώς περιεχόμενο της σύμβασης³⁹⁷. Δικαιϊκά αξιόλογος όμως, μπορεί να καταστεί ο σκοπός χρήσεως της παροχής και όταν δεν αποτέλεσε περιεχόμενο της σύμβασης αλλά αποτέλεσε τμήμα του κοινού δικαιοπρακτικού θεμελίου.

Ειδικά στην περίπτωση που ο υποκειμενικός σκοπός χρήσης έχει καταστεί δικαϊκά αξιόλογος επειδή αποτέλεσε τμήμα του κοινού θεμελίου της σύμβασης, δηλαδή κατ' αρχήν ήταν διαγνωστός και από το άλλο μέρος και παράλληλα αποτελούσε κατά την καλή πίστη ουσιώδες περιστατικό για τη λειτουργία της σύμβασης, τότε, σε περίπτωση ματαίωσής του, υποστηρίζεται ότι ο δανειστής της παροχής θα μπορεί να προστατευτεί επικαλούμενος την ΑΚ 388 για κατάλληλη αναπροσαρμογή ή λύση της σύμβασης³⁹⁸. Η περίπτωση αυτή θα πρέπει να διακρίνεται από τις περιπτώσεις αδυναμίας αποδοχής της παροχής από τον δανειστή³⁹⁹ οι οποίες εντάσσονται στην αδυναμία παροχής. Αυτονόητο είναι ότι για την εφαρμογή της ΑΚ 388 θα πρέπει εκτός απ' τις λοιπές προϋποθέσεις να πληρούνται και το στοιχείο της υπέρμετρης επάχθειας της παροχής, συνεπώς η ματαίωση του σκοπού χρήσεως της παροχής θα πρέπει να επιφέρει τέτοια ανατροπή στην οικονομική ισορροπία της σύμβασης που να μην είναι ανεκτή κατά την καλή πίστη⁴⁰⁰. Η ανατροπή αυτή θα

³⁹⁶ Κουμάνης, όπ.π., σ. 123 : «Η πραγμάτωση του σκοπού χρήσης δεν αφορά τις συμβατικές υποχρεώσεις και άρα ο φορέας τους-οφειλέτης δεν πρέπει να φέρει τον κίνδυνο από την αποτυχία επίτευξής του».

³⁹⁷ Στην περίπτωση αυτή είτε η επίτευξή του θα έχει αναχθεί σε περιεχόμενο της υποχρέωσης και συνεπώς θα βαρύνει τον οφειλέτη, είτε η επίτευξή του θα έχει αναχθεί σε αίρεση και με τη ματαίωσή του, η σύμβαση θα λύεται αυτομάτως. Βλ. Κουμάνη, όπ.π., σ. 123, Καραμπατζό, όπ.π., αρ. 175, 525.

³⁹⁸ Υπερ της δυνατότητας εφαρμογής της ΑΚ 388 επί ματαίωσης του σκοπού χρήσεως της παροχής τάσσεται ο Σταθόπουλος, σε Τιμ. Τομ. Γ. Μιχαηλίδη-Νουάρου (1987), σ. 468, 478.

³⁹⁹ Λ.χ γιατρός καλείται να εξετάσει ασθενή ο οποίος πριν την παροχή των σχετικών υπηρεσιών πεθαίνει. Οι περιπτώσεις αυτές, όπου παρίσταται αδύνατο το ίδιο το αποτέλεσμα της παροχής, γίνεται δεκτό ότι εντάσσονται στη (διευρυμένη) έννοια της αδυναμίας παροχής, η οποία περιλαμβάνει εκτός από περιπτώσεις αδυναμίας προσφοράς και περιπτώσεις αδυναμίας αποδοχής της παροχής. Αντίθετα, στις περιπτώσεις ματαίωσης του σκοπού χρήσης της παροχής, το αποτέλεσμα της παροχής είναι ακόμα δυνατό, συνεπώς θα πρέπει να αποχωριστούν από τις προηγούμενες περιπτώσεις αδυναμίας και να γίνει δεκτή η αντιμετώπισή τους στο πλαίσιο της ΑΚ 388 η οποία προσφέρει και την ενδιάμεση δυνατότητα αναπροσαρμογής της σύμβασης, βλ. Καραμπατζό, όπ.π., αρ. 152, 169, Σταθόπουλο, όπ.π., σ. 467.

⁴⁰⁰ Αντίθετος ο Παπανικολάου, σε Αφιέρωμα στον Α.Γαζή, (1994), σ. 490-491, κατά τον οποίο, οι εδώ εξεταζόμενες περιπτώσεις κατά τις οποίες η αντιπαροχή κατέστη από πλευράς οικονομικής αξίας άχρηστη για τον οφειλέτη δεν επιφέρουν υπέρμετρη επάχθεια της παροχής.

έγκειται στο ότι κατά τη σύναψη της σύμβασης η παροχή του δανειστή ήταν εύλογη σε σχέση με την αντιπαροχή, εν όψει του συγκεκριμένου σκοπού χρήσεως στον οποίο απέβλεπε, (ο οποίος, για την εφαρμογή της διάταξης θα πρέπει να αναγόταν κατ' αντικειμενική κρίση στο κοινό θεμέλιο της σύμβασης). Με τη ματαίωσή του, θα εκλείπει ουσιαστικά το στοιχείο στο οποίο θεμελιωνόταν η αρχική υποκειμενική ισορροπία των παροχών, επερχόμενης έτσι της ανατροπής της. Η εφαρμογή της ΑΚ 388 μπορεί να προστατεύσει ουσιαστικά τον πληττόμενο από τη ματαίωση του σκοπού δανειστή, οδηγώντας λ.χ στην αναπροσαρμογή της σύμβασης και την ανάλογη μείωση της αντιπαροχής που οφείλει⁴⁰¹.

Το πραγματικό της ματαίωσης του σκοπού χρήσεως της παροχής εισήχθη στην αγγλική έννομη τάξη ως δυνητικός απαλλακτικός λόγος, με την θεμελιώδη απόφαση των υποθέσεων της ενθρονίσεως, *Krell v. Henry* (1903). Για την υπόθεση αυτή έγινε λόγος ανωτέρω, στο πλαίσιο εξέτασης της επέκτασης εφαρμογής του απαλλακτικού λόγου της frustration και σε περιπτώσεις όπου η παροχή παραμένει δυνατή⁴⁰². Στην υπο κρίση ενότητα θα προσεγγίσουμε αυτοτελώς το πραγματικό της ματαίωσης του σκοπού χρήσεως της παροχής, τον τρόπο με τον οποίο η νομολογία το επεξεργάστηκε δογματικά αλλά και τον τρόπο με τον οποίο έχει εφαρμοσθεί από την πρώτη αναγνώρισή του, έως σήμερα.

Το εν λόγω πραγματικό αποδίδεται με τον όρο «frustration of purpose», (ματαίωση του σκοπού χρήσεως της παροχής) και σύμφωνα με τη θεωρία⁴⁰³, αφορά περιπτώσεις κατά τις οποίες ένεκα απρόβλεπτης μεταβολής των συνθηκών, η παροχή του οφειλέτη παραμένει μεν δυνατή, έχει όμως καταστεί «άχρηστη» για τον δανειστή κατά τρόπο ώστε να μην μπορεί ν' αξιωθεί απ' αυτόν να την αποδεχθεί και να πληρώσει το αντίτιμο. Πράγματι, σύμφωνα με τα πραγματικά περιστατικά της *Krell v. Henry*, η αναβολή των εκδηλώσεων ενθρονίσεως κατέστησε «άχρηστη» για τον δανειστή την χρήση του διαμερίσματος με θέα στην οδό Pall Mall, καθώς δεν θα μπορούσε πλέον να παρακολουθήσει απ' τους εξώστες του τη βασιλική πομπή. Στο σημείο αυτό ωστόσο θα πρέπει να γίνει μια σημαντική διευκρίνιση, για την καλύτερη κατανόηση των προϋποθέσεων πληρώσεως του εν λόγω πραγματικού.

⁴⁰¹ Παράδειγμα εφαρμογής της ΑΚ 388 επί πραγματικού ματαίωσης του σκοπού χρήσης της παροχής αποτελεί η ΕφΑθ 1338/2000 ΑρχΝ 2001, 27, η «υπόθεση διαφημιστικών πινακίδων του ΟΑΚΑ», βλ. *Καραμπταζό*, ό.π., αρ. 515, 578.

⁴⁰² Για τα πραγματικά περιστατικά βλ. αναλυτικά ανωτέρω, ενότητα IV.2.

⁴⁰³ Η εν λόγω προσέγγιση του πραγματικού ανάγεται στον *Treitel*, *The law of contract*, (2003), σ. 885 και αποκαλύπτει μια αξιολόγηση που ενδεχομένως βασίζεται στην επιείκεια : «...he should no longer be bound...».

Το αποφασιστικό στοιχείο στην κρίση του δικαστηρίου να θεωρήσει τη σύμβαση λυμένη λόγω αναβολής των εορτασμών της ενθρονίσεως ήταν το ότι η σύμβαση δεν είχε απλά αντικείμενο την παραχώρηση της χρήσης του διαμερίσματος, αλλά εκμίσθωση του διαμερίσματος προς το σκοπό παρακολούθησης της βασιλικής πομπής, σκοπός προς τον οποίο *απέβλεπαν και τα δύο μέρη*, κατά τρόπο ώστε να έχει αναχθεί σε κοινό θεμέλιο αυτής⁴⁰⁴. Ο σκοπός αυτός δεν είχε μεν αποτελέσει ρητό η σιωπηρό περιεχόμενο της σύμβασης, ωστόσο από το σύνολο των περιστάσεων⁴⁰⁵ (διαφήμιση της θέας εν όψει της ενθρόνισης, υψηλό μίσθωμα, χρόνος της παροχής κατά τις συγκεκριμένες ημέρες της ενθρόνισης), συναγόταν ότι ο σκοπός παρακολούθησης της ενθρόνισης ενδιέφερε τόσο τον εκμισθωτή όσο και τον μισθωτή : «it is the coronation procession and it is the relative position of the room which is the purpose of the contract *as much for the lessor as the hirer*»⁴⁰⁶.

Το δικαστήριο υπογράμμισε τον χαρακτήρα του σκοπού χρήσης του διαμερίσματος ως κοινού και για τα δύο μέρη παραθέτοντας ένα αντίθετο παράδειγμα. Κατά το παράδειγμα αυτό, σε περίπτωση που κάποιος ανέθετε σε ένα ταξί να τον μεταφέρει σε συγκεκριμένη περιοχή όπου θα διεξαγόταν ιπποδρομία, με τυχαία επιλογή του συγκεκριμένου ταξί, χωρίς το αντίτιμο να επηρεάστηκε με κάποιο τρόπο από τον σκοπό της διαδρομής και στη συνέχεια ο εν λόγω αγώνας ματαιωνόταν, από τα προπαρατεθέντα περιστατικά, τίποτα δεν θα συνηγορούσε υπέρ του ότι το «κίνητρο» μίσθωσης του ταξί ήταν ικανό από μόνο του να αναγάγει την πραγματοποίηση των ιπποδρομιών σε κοινό θεμέλιο της σύμβασης⁴⁰⁷.

Το εν λόγω παράδειγμα υποδηλώνει ότι θα πρέπει να απέβλεψε και ο οφειλέτης στον σκοπό χρήσης της παροχής απ' τον δανειστή, για να μπορεί να γίνει λόγος για το κοινό θεμέλιο της σύμβασης. Συνεπώς, η ακριβέστερη προσέγγιση του πραγματικού της frustration of purpose, όπως έγινε δεκτό στην *Krell v. Henry* και σε άλλες υποθέσεις της ενθρονίσεως επιφέροντας τη λύση της σύμβασης, διατυπώνεται από τον *Treitel*⁴⁰⁸,

⁴⁰⁴ *Vaughan Williams LJ, Krell v. Henry* (1903), ό.π.: «The taking place of those processions... was regarded by both contracting parties as the foundation of the contract...».

⁴⁰⁵ Βλ. και *Coffman, Macdonald*, ό.π., σ. 522.

⁴⁰⁶ *Vaughan Williams LJ*, ό.π.

⁴⁰⁷ *Mckendrick*, *Contract Law*, σ. 260. Οι *Chandler, Brown*, ό.π., σ. 203, παραλάσσουν το παράδειγμα με ενδεικτικά στοιχεία ως προς το πότε ο σκοπός χρήσης της παροχής θα αναγόταν στο θεμέλιο της σύμβασης: «(a passengers') motive and the contracts' object could become inseparable if ... the railway company had advertised in the following way: "Travel in style to the British Open. First class seats at second class prices"».

⁴⁰⁸ Βλ. *Treitel*, *Frustration and Force Majeure*, παρ. 7-014, όπου υποστηρίζει ότι οι προσεγγίσεις του πραγματικού που αναφέρονται στη ματαίωση του σκοπού και των δύο μερών, είναι προτιμότερες από εκείνες που αναφέρονται μόνο στο σκοπό χρήσης της παροχής απ' τον δανειστή.

κατά τον οποίο, η μεταβολή των συνθηκών θα πρέπει να εμποδίσει το ένα μέρος να παράσχει και το άλλο να αποκτήσει αυτό που είχαν συμφωνήσει κατά τη σύμβαση. Θα πρέπει ακόμα να σημειωθεί ότι η αποδοχή της frustration υπο την ειδικότερη μορφή της frustration of purpose ως απαλλακτικού λόγου επί περιπτώσεων δυνατής παροχής, φάνηκε αρχικά να στηρίζεται στο ίδιο δογματικό θεμέλιο στο οποίο είχε στηριχθεί και η προγενέστερη *Taylor v. Caldwell*, δηλαδή στη θεωρία του σιωπηρού όρου⁴⁰⁹, ωστόσο η απόφαση θεμελιώνεται τελικά «στην έκλειψη μιας κατάστασης πραγμάτων που εκλήφθηκαν και από τα δύο μέρη ως το θεμέλιο της σύμβασης»⁴¹⁰.

Για να επιφέρει η ματαίωση του σκοπού χρήσεως της παροχής τη λύση της σύμβασης δεν αρκεί η μερική, αλλά απαιτείται η ολική ματαίωσή του. Το συμπέρασμα αυτό προκύπτει από την υπόθεση *Herne Bay Steamboat Co v. Hutton* (1903)⁴¹¹ μια ακόμα από τις υποθέσεις της ενθρονίσεως. Ρητώς αναγραφόμενος σκοπός της σύμβασης μίσθωσης πλοίου ήταν να διατεθεί στο κοινό για την παρακολούθηση της επιθεώρησης του ναυτικού στόλου απ' τον βασιλιά και για την πραγματοποίηση ημερήσιας κρουαζιέρας γύρω απ' τον στόλο (χωρίς το ενδεχόμενο ματαίωσής του να συναρτάται με συγκεκριμένες έννομες συνέπειες). Με την αναβολή των εορτασμών της ενθρονίσεως, ματαιώθηκε τμήμα μόνο του σκοπού της σύμβασης, καθώς η πραγματοποίηση της κρουαζιέρας ήταν ακόμα δυνατή. Κατά τη θεωρία, η αντίθετη σε σχέση με την *Krell v. Henry* κρίση περί frustration, οφειλόταν στο γεγονός ότι τμήμα του σκοπού της σύμβασης μπορούσε ακόμα να επιτευχθεί⁴¹².

Μετά τις υποθέσεις της ενθρονίσεως, δεν εντοπίζεται στην αγγλική νομολογία εφαρμογή του πραγματικού της frustration of purpose σε νεότερη υπόθεση, με αποτέλεσμα να έχει πλέον θεωρητική μόνο αξία, δικαιολογούμενο μόνο υπο τα ιδιαίτερα πραγματικά περιστατικά υπό τα οποία αναδείχθηκε. Κατά μια άποψη, τα

⁴⁰⁹ Ο *Λόρδος Williams*, ό.π., έθεσε το ζήτημα ως εξής : «The real question in this case is the extent of the application...of the principle which has been adopted...in the case of *Taylor v. Caldwell*».

⁴¹⁰ *Λόρδος Williams*, ό.π. : «If the contract becomes impossible of performance by reason of the non-existence of a state of things assumed by both contracting parties as the foundation of the contract, there will be no breach of the contract thus limited.»

⁴¹¹ *Herne Bay Steamboat Co v. Hutton*, (1903), 2 KB 683, CA

⁴¹² Έτσι *Burrows*, ό.π., σ. 662, αρ. 2, *Mckendrick*, Contract Law, σ. 260. Από πρόσφατη νομολογία βλ. *North Shore Ventures Ltd v. Anstead Holdings Inc*, (2010) EWHC 1485. Επί σύμβασης δανείου, μέρος της ποσότητας του δανείου δεσμεύτηκε από τις κρατικές αρχές λόγω ελέγχων για παράνομες οικονομικές δραστηριότητες της πιστώτριας εταιρείας. Η δανειολήπτρια ισχυρίστηκε ότι η σύμβαση είχε λυθεί βάσει της frustration με το επιχείρημα ότι η διαθεσιμότητα των χρημάτων εντασσόταν στο θεμέλιο της σύμβασης, ως γεγονός απαραίτητο για την επίτευξη των σκοπών της (σκοποί ρητά αναγραφόμενοι στη σύμβαση). Κατά την εναγόμενη, η έλλειψη διαθεσιμότητας επέφερε και ματαίωση του σκοπού της. Ένα από τα επιχειρήματα του δικαστηρίου για την απόρριψη του ισχυρισμού ήταν ότι μεγάλη ποσότητα των χρημάτων παρέμενε ακόμα διαθέσιμη : «The loan agreement was either frustrated in its entirety or not at all».

δικαστήρια διστάζουν να το εφαρμόσουν προκειμένου να μην καθιερωθεί η επίκληση του ως διέξοδος των συμβαλλομένων από μια κακή συμφωνία⁴¹³, ωστόσο η απαίτηση περι του να έχει ματαιωθεί ο σκοπός και των δύο μερών, θα μπορούσε ενδεχομένως να άρει τις όποιες επιφυλάξεις⁴¹⁴. Αντιπροσωπευτικό παράδειγμα από τη νομολογία για την απροθυμία εφαρμογής της frustration of purpose συνιστά η απόφαση *Amalgamated Investment and Property* (1977)⁴¹⁵. Σύμβαση πώλησης κτηρίου (το οποίο είχε διαφημιστεί ως κατάλληλο για εργασίες ανέπλασης), κατά την οποία σκοπός του αγοραστή⁴¹⁶ ήταν να αξιοποιήσει το ακίνητο επενδυτικά, έγινε δεκτό ότι παραμένει ισχυρή, ακόμα και όταν το ακίνητο χαρακτηρίστηκε διατηρητέο λόγω της ιδιαίτερης αρχιτεκτονικής και ιστορικής αξίας του, πράξη που είχε ως αποτέλεσμα τη μείωση της αξίας του από 1.710.000 λίρες σε μόλις 200.000 λίρες, αποκλείοντας έτσι την επενδυτική του αξιοποίηση. Στην εν λόγω υπόθεση, το δικαστήριο απέρριψε τον ισχυρισμό περί frustration παρ' όλο που ματαιώθηκε ο σκοπός χρήσεως της παροχής του αγοραστή, τον οποίο γνώριζε και στον οποίο λογικά απέβλεπε για να εισπράξει υψηλότερο τίμημα ο πωλητής. Κατά την προσέγγιση αυτή, ο κίνδυνος χαρακτηρισμού ενός κτηρίου ως διατηρητέου είναι εγγενής στο δικαίωμα ιδιοκτησίας και συνδέεται με τον κίνδυνο χρήσης της παροχής. Συνεπώς τον κίνδυνο αυτό θα πρέπει να φέρει ο δανειστής. Αν ο κίνδυνος μετουσιωθεί σε ζημία, τότε η ζημία θα πρέπει να παραμείνει σ' εκείνον στον οποίο επιπίπτει, δηλαδή τον αγοραστή⁴¹⁷. Το ενδεχόμενο αναγωγής του σκοπού επενδυτικής αξιοποίησης του ακινήτου στο κοινό θεμέλιο της σύμβασης, δεν άσκησε καμία επιρροή στην κρίση του δικαστηρίου.

γα. *Ενδιάμεσο συμπέρασμα*

Το πραγματικό της ματαίωσης του σκοπού χρήσεως της παροχής αποτελεί μια ειδική περίπτωση εφαρμογής της ΑΚ 388. Η διαφοροποίησή του σε σχέση με το κλασσικό πραγματικό δυσχέρειας εκπληρώσεως έγκειται στο ότι η παροχή του δανειστή καθίσταται υπέρμετρα επαχθής λόγω της ματαίωσης του σκοπού χρήσης της

⁴¹³ Βλ. *Treitel*, *The law of contract*, σ. 881.

⁴¹⁴ Πρβλ. *Mckendrick*, *Contract Law, Texts Cases and Materials*, σ. 902.

⁴¹⁵ *Amalgamated Investment and Property Co Ltd v. John Walker & Son Ltd* (1977) 1 W.L.R 164.

⁴¹⁶ Ο σκοπός του αγοραστή είχε καταστεί γνωστός στον πωλητή. Ειδικότερα, το ενδεχόμενο χαρακτηρισμού του κτηρίου ως ιστορικής αξίας είχε συζητηθεί κατά τις διαπραγματεύσεις, με την πωλήτρια να παρίσταται καθυσηχαστική, χωρίς όμως να προκύπτει, κατά την κρίση του δικαστηρίου, ότι ανέλαβε το σχετικό κίνδυνο, ούτε ότι θα έπρεπε να τον αναλάβει (με αποδοχή της frustration και μετατόπιση της ζημίας).

⁴¹⁷ Βλ. *Morgan*, *όπ.π.*, σ. 123.

αντιπαροχής. Στην περίπτωση αυτή, ο οφειλέτης μπορεί ακόμα να εκπληρώσει (ο άμεσος σκοπός της ενοχής παραμένει δυνατός), ωστόσο η παροχή του δεν έχει πλέον αξία για τον δανειστή καθώς ο τελευταίος δεν μπορεί να την αξιοποιήσει όπως υπολόγιζε (ματαίωση έμμεσου σκοπού ή σκοπού χρήσης της παροχής). Η αρχική υποκειμενική ισοδυναμία των παροχών ανατρέπεται, καθώς εκλείπει ο λόγος για τον οποίο ο δανειστής θεωρούσε εύλογη την παροχή του προς τον οφειλέτη. Αντίστοιχα, στο αγγλικό δίκαιο, το πραγματικό της ματαίωσης του σκοπού χρήσεως της παροχής αποτελεί ξεχωριστή κατηγορία του ευρύτερου απαλλακτικού λόγου της frustration. Κατά τη θεωρία⁴¹⁸, η διαφοροποίηση της frustration of purpose έγκειται στο ότι προβάλλεται συνήθως ως ένσταση από τον δανειστή, τον λήπτη αγαθών και υπηρεσιών, με το επιχείρημα ότι η παροχή του οφειλέτη έχει πλέον καταστεί «άχρηστη» γι' αυτόν, λόγω της ματαίωσης της δυνατότητας να τη χρησιμοποιήσει όπως υπολόγιζε.

Όσον αφορά στα στοιχεία που συγκροτούν το πραγματικό της ματαίωσης του σκοπού χρήσεως της παροχής, και στις δύο έννομες τάξεις τονίζεται ότι ο υπό κρίση σκοπός θα πρέπει να ήταν νομικώς κρίσιμος⁴¹⁹. Κατά την ελληνική προσέγγιση, ο υποκειμενικός σκοπός χρήσης της παροχής αποκτά δικαιοϊκά αξιόλογο χαρακτήρα, όταν ήταν διαγνωστός και από το άλλο μέρος, και κατά την καλή πίστη συνάγεται ότι εντάχθηκε στο κοινό θεμέλιο της σύμβασης. Αντίστοιχα, στην αγγλική έννομη τάξη τονίζεται ότι για να επιφέρει το εν λόγω πραγματικό την αυτοδίκαιη λύση της σύμβασης θα πρέπει ο σκοπός που ματαιώθηκε να ήταν κοινός, κατά τρόπο ώστε να είχε ενταχθεί στο θεμέλιο της σύμβασης («regarded by both contracting parties as the foundation of the contract»⁴²⁰), χωρίς η έννοια του «θεμελίου» να ταυτίζεται ορολογικά

⁴¹⁸ Βλ. Treitel, The law of contract, όπ.π., σ. 885.

⁴¹⁹ Νομικώς κρίσιμος θα είναι ο σκοπός χρήσεως, όχι μόνο όταν αποτελεί τμήμα του θεμελίου της σύμβασης, αλλά και όταν εντάσσεται ρητά ή σιωπηρά στο περιεχόμενό της (διαπίστωση που επιτυγχάνεται με την ερμηνεία της σύμβασης και κατά λογική αναγκαιότητα προηγείται της διερεύνησης της τυχόν ένταξης του σκοπού στο κοινό θεμέλιο της σύμβασης). Αν ο σκοπός χρήσεως εντάσσεται στο περιεχόμενο της σύμβασης, διαφοροποιούνται οι έννομες συνέπειες καθώς αν η επίτευξή του καταστεί περιεχόμενο της υποχρέωσης του οφειλέτη θα εφαρμόζονται οι διατάξεις περί ανώμαλης εξέλιξης / breach of contract ενώ αν έχει αναχθεί ρητά σε προϋπόθεση ισχύος θα εφαρμόζονται οι διατάξεις περί αιρέσεων. Υπάρχει ακόμα περίπτωση ο σκοπός να αναγράφεται στη σύμβαση, χωρίς η ματαίωσή του να συνδέεται με συγκεκριμένες έννομες συνέπειες. Σε συνεκτίμηση αυτής της διαφοροποίησης, κατά την *Krell v. Henry* επισημάνθηκε ότι ο σκοπός χρήσεως ήταν εκτός συμβάσεως, αλλά μπορούσε παρά ταύτα να επηρεάσει τη λειτουργία της : « (the foundation of the contract) will limit the operation of the general words...there will be no breach of the contract thus limited».

⁴²⁰ Λόρδος Williams, *Krell v. Henry* (1903), όπ.π.

με την γερμανικής προελεύσεως έννοια του δικαιοπρακτικού θεμελίου, έχοντας όμως το ίδιο περιεχόμενο ⁴²¹.

Για τη διαπίστωση αυτή παρίσταται κρίσιμη η κατανόηση του σκοπού της σύμβασης, ανάγκη που τονίζεται και στις δύο έννομες τάξεις⁴²². Κατά την ελληνική προσέγγιση, θα εκτιμηθούν υποκειμενικά και αντικειμενικά κριτήρια για να διαπιστωθεί η στήριξη αμφοτέρων των μερών στο συγκεκριμένο σκοπό παροχής (όπως ισχύει γενικά για τη διαπίστωση των περιστατικών που συνιστούν το αντικειμενικό δικαιοπρακτικό θεμέλιο). Αντίστοιχα κατά την αγγλική προσέγγιση, η κρίσιμη διαπίστωση θα γίνει «τόσο με τη βοήθεια των όρων της σύμβασης όσο και οποιουδήποτε στοιχείου που είναι διαγνωστό από αμφότερα τα μέρη και προκύπτει από τις συνοδεύουσες την κατάρτιση της σύμβασης περιστάσεις»⁴²³.

Επιπρόσθετα, και στις δύο έννομες τάξεις, δεν αρκεί η ματαίωση του σκοπού χρήσεως της παροχής να επέφερε απλή διατάραξη της οικονομικής ισορροπίας της σύμβασης, αλλά θα πρέπει να πληρούται ο εκάστοτε απαιτούμενος βαθμός διατάραξης. Για την εφαρμογή της ΑΚ 388, απαιτείται η ματαίωση του σκοπού χρήσης της παροχής να έχει καταστήσει υπέρμετρα επαχθή την παροχή του δανειστή. Αντίστοιχα, και στο αγγλικό δίκαιο γίνεται επίκληση του κριτηρίου της «ριζικής μεταβολής της φύσης της υποχρέωσης», παρ' ότι διατυπώθηκε και εφαρμόστηκε κυρίως επί περιπτώσεων δυσχέρειας εκπλήρωσης⁴²⁴.

Θα πρέπει ακόμη να σημειωθεί μια σημαντική διαφοροποίηση μεταξύ της προσέγγισης των δύο εννόμων τάξεων. Κατά την αγγλική θεώρηση, για την πλήρωση του πραγματικού θα πρέπει να έχει επέλθει πλήρης ματαίωση του σκοπού χρήσεως της παροχής⁴²⁵. Η μερική ματαίωση του σκοπού, παρότι μπορεί να επιφέρει σοβαρή διατάραξη της οικονομικής ισορροπίας της σύμβασης, δεν μπορεί να οδηγήσει σε ανακούφιση του οφειλέτη. Αντίθετα, κατά την ημεδαπή προσέγγιση, ακόμα και μερική ματαίωση του σκοπού, εφόσον καθιστά υπέρμετρα επαχθή την παροχή είναι ικανή για

⁴²¹ Οι υποθέσεις της ενθρονίσεως ανάγονται στο έτος 1903 ενώ η ανάλογη με τη γερμανική διδασκαλία περί δικαιοπρακτικού θεμελίου έννοια “foundation of contract” εντοπίζεται στην αγγλική νομολογία το έτος 1916 στην απόφαση *Tamplin Steamship Co. v. Anglo-Mexican Petroleum Products Co.* Βλ. ανωτέρω VII. 1

⁴²² Βλ. Καραμπατζός, ό.π., αρ. 181, *Chandler, Brown*, ό.π., σ.203 : «It is necessary to identify the “object” of the contract... This requires a separation from the parties’ motives».

⁴²³ *Λόρδος Williams, Krell v. Henry* (1903), ό.π.

⁴²⁴ Βλ. *Poole*, ό.π., σ. 481 : «...it would be a radically different performance from that originally envisaged by both parties...»

⁴²⁵ *Poole*, ό.π., σ. 482 : « The contract will not be frustrated unless it is wholly devoid of purpose for both parties».

την ενεργοποίηση της ΑΚ 388, που προσφέρει και την ενδιάμεση λύση της αναπροσαρμογής της σύμβασης, ανάλογα με τη σοβαρότητα της γενόμενης ανατροπής. Η λύση αυτή προσφέρει αποτελεσματικότερη και πιο ουσιαστική προστασία στα μέρη, συνεπικουρούμενη απ' την κατάστρωση της προστασίας με τη μορφή του αγωγικού διαπλαστικού δικαιώματος. Η παρεμβολή της δικαστικής κρίσης επιτρέπει την *in concreto* και σύμφωνα με την αρχή της επιείκειας αναπροσαρμογή, ενώ αντίθετα ο άκαμptos κανόνας της αυτοδίκαιης λύσης επί *frustration* είναι επόμενο ότι θα πρέπει να δικαιολογείται από ανάλογα σοβαρές διαταράξεις της οικονομικής ισορροπίας της σύμβασης.

Στην πράξη, ενώ η αγγλική νομολογία αναγνώρισε το εξεταζόμενο πραγματικό στις υποθέσεις της ενθρονίσεως, έκτοτε, όχι μόνο δεν έχει επαναλάβει την εφαρμογή του, αλλά και επισημαίνει ότι το πεδίο εφαρμογής του δεν θα πρέπει να επεκταθεί⁴²⁶. Αντίθετα, η ελληνική νομολογία δεν διστάζει να το εφαρμόσει στο πλαίσιο της ΑΚ 388.

Συμπερασματικά, ο κανόνας ότι τον κίνδυνο χρήσης της παροχής τον φέρει ο δανειστής, μπορεί να καμφθεί κατά την ημεδαπή θεώρηση, υπό τις προϋποθέσεις της ΑΚ 388. Στον αντίποδα, στην αγγλική έννομη τάξη, ο κανόνας αυτός έχει προσλάβει απόλυτο χαρακτήρα, στο πλαίσιο της ανάγκης για περιφρούρηση της «ιερότητας» των συμβάσεων.

VIII. Οι έννομες συνέπειες

1. Η Υποχρέωση αναδιαπραγμάτευσης

Στο ελληνικό δίκαιο γίνεται δεκτό ότι από την υποχρέωση καλόπιστης εκπλήρωσης της ενοχής απορρέει η παρεπόμενη υποχρέωση των μερών, σε περίπτωση ουσιώδους μεταβολής των συνθηκών, να προσέρχονται σε σοβαρές και ειλικρινείς διαπραγματεύσεις προς εξεύρεση μιας κοινά αποδεκτής συμβιβαστικής λύσης, προσπάθεια που θα πρέπει να προηγείται της προσφυγής στην δικαστική επίλυση της διαφοράς⁴²⁷. Συνεπώς, δυνάμει της ΑΚ 288, καθιερώνεται ως πρωτεύουσα έννομη συνέπεια της έκλειψης του δικαιοπρακτικού θεμελίου η υποχρέωση των μερών προς αναδιαπραγμάτευση, η οποία ως υπηρετούσα την ιδιωτική αυτονομία προηγείται της προσφυγής στον διορθωτικό μηχανισμό της ΑΚ 388. Η συναγωγή της εν λόγω

⁴²⁶ *North Shore Ventures Ltd v. Anstead Holdings Inc*, (2010) EWHC 1485.

⁴²⁷ Βλ. διεξοδικά Καραμπατζό, Η ρύθμιση περι απρόβλεπτης μεταβολής των συνθηκών στο «Σχέδιο ενός κοινού πλαισίου αναφοράς» και η υποχρέωση αναδιαπραγμάτευσεως, ΝοΒ 58 (2010) σ. 629 επ.

υποχρέωσης δεν οδηγεί σε καταστρατήγηση του πραγματικού της ΑΚ 388 αλλά τελεί σε συμφωνία με την τελολογία που διέπει την εν λόγω διάταξη⁴²⁸, κατά την οποία η παρέμβαση του δικαστή στο περιεχόμενο της σύμβασης δικαιολογείται μόνο όταν η ιδιωτική βούληση δεν παρέχει σχετική λύση. Κατά την προσέγγιση αυτή, συνέπεια της έκλειψης του δικαιοπρακτικού θεμελίου είναι η γέννηση υποχρέωσης αναδιαπραγμάτευσης και συνακόλουθα, προϋπόθεση εφαρμογής του διορθωτικού μηχανισμού της ΑΚ 388 είναι η έλλειψη εκ των υστέρων κατανομής της ζημίας απ' τα ίδια τα μέρη⁴²⁹.

Ειδικότερα, κατά τον Καραμπατζό⁴³⁰, πρόκειται για μια υποχρέωση συμπεριφοράς και όχι αποτελέσματος, με περιεχόμενο την καλόπιστη διεξαγωγή διαπραγματεύσεων και όχι τον εξαναγκασμό των μερών να προχωρήσουν σε συμφωνία. Η μη ανταπόκριση κάποιου μέρους στο καθήκον διαπραγμάτευσης (άρνηση συμμετοχής ή επίδειξη κακόπιστης συμπεριφοράς) επισύρει την ευθύνη του για αποζημίωση και χορηγεί στο πληγέν από τη μεταβολή των συνθηκών μέρος δικαίωμα επίσχεσης και ενδεχομένως δικαίωμα έκτακτης καταγγελίας της σύμβασης εφόσον το επιτάσσει η καλή πίστη. Τέλος, η *ex lege* συναγωγή της υποχρέωσης αναδιαπραγμάτευσης δεν σημαίνει ότι θα ήταν χωρίς σημασία η συμπερίληψη σχετικής ρήτρας που θα προσδιορίζει ειδικά το οφειλόμενο από τα μέρη συνεργατικό καθήκον⁴³¹. Ανάλογη λειτουργία επιτελούν οι *hardship clauses* στο αγγλικό δίκαιο, όπως θα διαπιστωθεί παρακάτω. Μια ρήτρα με συναφές περιεχόμενο θα παρέχει ως πλεονέκτημα τη σαφήνεια, εξειδικεύοντας τον τρόπο (λ.χ συμμετοχή τρίτου μέρους), τη διάρκεια, τις συνέπειες από την παραβίαση του εν λόγω καθήκοντος, κατά τρόπο που θ' ανταποκρίνεται στη βούληση των μερών⁴³².

Αντίθετα, στο αγγλικό δίκαιο, δεν φαίνεται να καθιερώνεται ως συνέπεια της *frustration* η υποχρέωση αναδιαπραγμάτευσης, ούτε από την ειδική νομολογιακή διαμόρφωση του θεσμού, ούτε από τους γενικούς κανόνες του *common law*. Μάλιστα, όχι μόνο δεν εντοπίζεται αντίστοιχη υποχρέωση αλλά η λειτουργία της *frustration* φαίνεται να αποκλείει στα μέρη και την ίδια τη δυνατότητα διαπραγμάτευσης.

⁴²⁸ Βλ. Καραμπατζό, ό.π., σ. 634.

⁴²⁹ Το Σχέδιο ενός Κοινού Πλαισίου Αναφοράς, στο άρ. ΙΙΙ.-1:110 για την απρόβλεπτη μεταβολή των συνθηκών, με την παρ. (3)(δ), αναγορεύει ρητά, σε προϋπόθεση προσφυγής στη δικαστική επέμβαση, την προηγούμενη προσπάθεια του οφειλέτη για εξεύρεση συμβιβαστικής λύσης μέσω διαπραγματεύσεων.

⁴³⁰ Ό.π. σ. 630 επ..

⁴³¹ Για την προτίμηση των μερών να προβλέπουν ρητά στη σύμβαση παρεπόμενες υποχρεώσεις που άλλως θα συνάγονταν από την ΑΚ 288, βλ. Σταθόπουλο, ό.π., § 3, αρ. 43.

⁴³² Βλ. Καραμπατζό, ό.π., σ. 635 επ.

Συγκεκριμένα, η frustration εκδηλώνεται ως η αυτοδίκαιη έννομη συνέπεια της λύσης της σύμβασης όταν συντρέξουν οι τασσόμενες από την έννομη τάξη προϋποθέσεις. Όπως θα εκτεθεί αναλυτικά κατωτέρω⁴³³, τα μέρη απαλλάσσονται από τις συμβατικές υποχρεώσεις όταν επέλθει το γεγονός που είναι ικανό να επιφέρει τη λύση της σύμβασης (frustrating event) ανεξαρτήτως της γνώσης τους για την επέλευση του κρινόμενου γεγονότος και ανεξαρτήτως της μεταγενέστερης συμπεριφοράς τους⁴³⁴. Ακόμη και αν τα μέρη συνεχίσουν να συμπεριφέρονται σαν να μη συνέβη το κρινόμενο γεγονός, το δικαστήριο μπορεί να δεχθεί ότι η σύμβαση έχει ήδη λυθεί λόγω frustration⁴³⁵. Συνεπώς, ο τρόπος επέλευσης της frustration φαίνεται ότι αποκλείει στα μέρη ακόμα και την ίδια τη δυνατότητα διαπραγμάτευσης⁴³⁶. Πράγματι, όπως έχει παρατηρηθεί στη νομολογία⁴³⁷, ακόμα και αν τα μέρη προσέλθουν σε διαπραγματεύσεις μετά τη μεταβολή των συνθηκών, κάποιο εξ' αυτών μπορεί στη συνέχεια να υπονομεύσει τη διαπραγματευτική διαδικασία ισχυριζόμενο (βασίμως) ότι η σύμβαση έχει ήδη λυθεί λόγω frustration και πως η εν λόγω έννομη συνέπεια δεν αναιρείται από τη μεταγενέστερη συμπεριφορά του⁴³⁸.

Η εν λόγω έννομη συνέπεια παρίσταται ασυμβίβαστη με την εικαζόμενη βούληση των μερών και περαιτέρω με την ίδια τη θεωρία του implied term⁴³⁹. Πράγματι, θα ήταν προτιμότερο για τα μέρη να έχουν τη δυνατότητα να προσέλθουν σε διαπραγματεύσεις μετά τη μεταβολή των συνθηκών παρά να έρχονται αντιμέτωπα με τη λύση της σύμβασης ανεξαρτήτως της θέλησής τους. Για το λόγο αυτό η έννομη συνέπεια της frustration έχει επικριθεί ως «διαψεύδουσα τις εύλογες προσδοκίες των μερών και άγουσα σε αχρείαστες δικαστικές διενέξεις»⁴⁴⁰. Εξ' αντιδιαστολής συνάγεται ότι στις περιπτώσεις δυσχέρειας εκπληρώσεως που δύσκολα συνιστούν πραγματικό ικανό να επιφέρει τη λύση της σύμβασης, τα μέρη έχουν το δικαίωμα (όχι όμως την υποχρέωση) να αναδιαπραγματευτούν τους όρους της σύμβασης και το

⁴³³ Βλ. ενότητες VIII.2, VIII.3β.

⁴³⁴ *Hirji Mulji v. Cheong Yue Co Ltd* (1926) A.C 497.

⁴³⁵ *The Agathon* (1982) 2 Lloyd's Rep 211

⁴³⁶ Έτσι, *Stannard, Frustrating Delay*, 46 M.L.R., (1983), σ. 746.

⁴³⁷ Βλ. *Hirji Mulji v. Cheong Yue Co Ltd*, όπ.π. Η υπόθεση αφορούσε συμφωνία ναύλωσης πλοίου, το οποίο κατασχέθηκε απ' το κράτος πριν διατεθεί στους ναυλωτές. Τα μέρη, μετά τη μεταβολή των συνθηκών προσήλθαν σε διαπραγματεύσεις, οι οποίες κατέληξαν σε αδιέξοδο. Οι εναγόμενοι επικαλέστηκαν μια ρήτρα της σύμβασης περί υπαγωγής στη διαιτησία και οι ενάγοντες αντέτειναν ότι η σύμβαση, ήδη από την κατάσχεση του πλοίου, είχε λυθεί λόγω frustration και ότι η μεταγενέστερη συμμετοχή τους σε διαπραγματεύσεις δεν αναιρούσε το γεγονός αυτό, βλ. και *Stannard*, όπ.π.

⁴³⁸ Βλ. *Mckendrick, Force Majeure and Frustration...*, σ. 44-45.

⁴³⁹ Βλ. *Morgan*, όπ.π., σ. 141. Βλ. και κατωτέρω, υπό VIII.2.

⁴⁴⁰ Βλ. *Stannard*, όπ.π.

δικαστήριο δεν εμποδίζεται να επικυρώσει τη νέα συμφωνία⁴⁴¹. Η παρατήρηση αυτή οδηγεί στην ακόλουθη διαπίστωση: Όταν συμβαίνει το έλασσον, ήτοι μια απλή ή σοβαρή διατάραξη της οικονομικής ισορροπίας των παροχών, τα μέρη δύνανται να διαπραγματευτούν, ενώ όταν συμβαίνει το μείζον, και οι νέες συνθήκες καθιστούν την υποχρέωση κάτι το «ουσιωδώς διαφορετικό» τα μέρη δεν έχουν λόγο ως προς την τύχη της σύμβασης, ούτε μπορούν να την περισώσουν, ερχόμενα αντιμέτωπα με την αυτοδίκαιη λύση της.

Το εν λόγω αποτέλεσμα συνιστά οξύμωρο σχήμα εν όψει της συνολικής διάρθρωσης του θεσμού της frustration που προτάσσει τη βούληση των μερών και αποδίδει εντόνως εξαιρετικό χαρακτήρα στην επέμβαση της έννομης τάξης. Πράγματι, ο αποκλεισμός της δυνατότητας των μερών να διαπραγματευτούν μια λύση που να επιτρέπει τη συνέχιση της σύμβασης και την κατανομή της ζημίας με τον τρόπο που τα ίδια επιθυμούν, δεν συμβιβάζεται με τις αυστηρές προϋποθέσεις του θεσμού, την έλλειψη εξουσίας αναπροσαρμογής και τη σημασία που αποδίδεται στον προληπτικό συμβατικό σχεδιασμό, στοιχεία που κατατείνουν στη διαφύλαξη του «ιερού» χαρακτήρα της σύμβασης και περαιτέρω στην προστασία της ιδιωτικής αυτονομίας.

Σε αντιπαράβολή με το ελληνικό δίκαιο, καθίσταται εξεταστέα τυχόν συναγωγή υποχρέωσης καλόπιστης διαπραγμάτευσης από τις γενικές αρχές του common law⁴⁴². Το αγγλικό δίκαιο δεν αναγνωρίζει αντίστοιχο με την ημέτερη ΑΚ 288 γενικό κανόνα καλόπιστης εκπλήρωσης των ενοχικών υποχρεώσεων, από τον οποίο θα μπορούσε να απορρεύσει ειδικότερα η υποχρέωση αναδιαπραγμάτευσης σε περίπτωση έκλειψης του δικαιοπρακτικού θεμελίου. Η πρώτη άμεση αναγνώριση της αρχής της καλής πίστης έγινε με το ειδικό νομοθέτημα Unfair Terms in Consumer Contract Regulations 1999⁴⁴³ όπως αυτό έχει αντικατασταθεί με το Consumer Rights Act 2015⁴⁴⁴, προκαλώντας έντονο θεωρητικό διάλογο. Η ανωτέρω νομοθετική αναφορά υποχρέωσε τους Άγγλους νομικούς να μιλήσουν για πρώτη φορά «ανοιχτά» για την αρχή της καλής πίστης και

⁴⁴¹ Βλ. *Mckendrick*, ό.π., σ. 54 : « The courts are willing... to allow contracting parties to engage in “self-help” in circumstances where it could *not* be argued that the contract has been frustrated...in upholding the renegotiation of a contract after the occurrence of an unforeseen event».

⁴⁴² Ακόμα και αν αναγνωριζόταν μια τέτοια γενική υποχρέωση, η εφαρμογή της θα αποκλειόταν στην περίπτωση της frustration από την ειδική έννομη συνέπεια της αυτοδίκαιης λύσης της σύμβασης. Ωστόσο, η εξέταση της θέσης του common law στο εν λόγω ζήτημα παρίσταται αναγκαία για λόγους πληρότητας της σύγκρισης.

⁴⁴³ Βλ. *Burrows*, ό.π., σ. 299 ο οποίος φρονεί ότι θεσμοί όπως το promissory estoppel συνιστούν μια κεκαλυμμένη μόνο αναγνώριση της γενικής αρχής της καλής πίστης.

⁴⁴⁴ Στο αρ. 62 ορίζεται ότι «A term is unfair if, contrary to the requirement of good faith, it causes a significant imbalance in the parties’ rights and obligations under the contract to the detriment of the consumer».

να προσδιορίσουν το περιεχόμενό της⁴⁴⁵. Η ερμηνεία της δεν έγινε υπό «εθνικούς όρους» αλλά της αποδόθηκε το περιεχόμενο που της αποδίδει το ηπειρωτικό δίκαιο, στο οποίο ανάγεται. Έμενε να προσδιορισθεί αν η αναφορά της στο ειδικό νομοθέτημα καθιστούσε σκόπιμη ή αναγκαία τη γενική αναγνώρισή της στο αγγλικό δίκαιο, με την κρατούσα άποψη να είναι αρνητική. Οι φωνές που τάσσονται υπέρ της γενικής αναγνώρισης της αρχής της καλής πίστης προσκρούουν στην θεμελιώδη απόφαση *Walford v. Miles* (1992)⁴⁴⁶, όπου κρίθηκε ότι το αγγλικό δίκαιο δεν αναγνωρίζει την εγκυρότητα μιας ρήτρας με περιεχόμενο την υποχρέωση καλόπιστης διαπραγμάτευσης. Η Βουλή των Λόρδων δέχθηκε ότι μια συμφωνία καλόπιστης διαπραγμάτευσης δεν είναι ισχυρή υπό το αγγλικό δίκαιο όντας «μη επιτεύξιμη στην πράξη και εγγενώς ασυμβίβαστη με τη θέση του διαπραγματευόμενου μέρους (στην οποία ακριβώς) έγκειται η αβεβαιότητα»⁴⁴⁷. Κατά τον *Mckendrick*⁴⁴⁸, το επιχείρημα ότι δεν μπορεί να αναληφθεί υποχρέωση με περιεχόμενο την καλόπιστη διαπραγμάτευση, η οποία είναι ασαφής και ασυμβίβαστη με τον ίδιο τον εγγενώς αβέβαιο χαρακτήρα της διαπραγμάτευσης, είναι σφαλερό, καθώς παραγνωρίζει τόσο τη συμβατική ελευθερία όσο και τα ενδεχόμενα πλεονεκτήματα της ισχύος τέτοιων συμφωνιών για τις συναλλαγές. Ο ίδιος καταλήγει ότι δεδομένης της ανάγκης για ευελιξία και συνεργατικότητα στις διαρκείς συμβάσεις, θα ήταν θεμιτό να αναθεωρηθεί η θέση της νομολογίας ως προς την ισχύ ρητών και σιωπηρών συμφωνιών καλόπιστης διαπραγμάτευσης.

Αντίθετα, μια ρήτρα με περιεχόμενο την υποχρέωση διαπραγμάτευσης, ως ακολουθητέας διαδικασίας, χωρίς προσδιορισμό ως προς την συμφωνία της με τις αρχές της καλής πίστης, θα είναι έγκυρη υπό το αγγλικό δίκαιο. Ιδιαίτερα διαδεδομένη στην πρακτική είναι η χρήση των *hardship clauses* (ρήτρες δυσχέρειας εκπληρώσεως)⁴⁴⁹, που προβλέπουν την εκκίνηση διαδικασίας διαπραγματεύσεων σε περίπτωση ανατροπής της οικονομικής ισορροπίας της σύμβασης. Συνεπώς, στην

⁴⁴⁵ Για τον θεωρητικό διάλογο και τα επιχειρήματα υπέρ και κατά της αναγνώρισης της γενικής αρχής της καλής πίστης βλ. αναλυτικά *Mckendrick*, *Contract Law, Texts Cases and Materials*, σ. 489 επ.

⁴⁴⁶ *Walford v. Miles* (1992) 2 AC 128. Η υπόθεση αφορούσε μια συμφωνία αποκλειστικής συνεργασίας κατά την οποία οι εναγόμενοι φέρονταν να έχουν συμφωνήσει να μη συναλλαχθούν με τρίτο μέρος για την πώληση των υπηρεσιών τους για όσο χρόνο διαπραγματεύονταν με τους ενάγοντες. Οι τελευταίοι ισχυρίστηκαν ότι η σύμβαση έπρεπε να ερμηνευθεί ως εμπεριέχουσα θετική υποχρέωση των εναγομένων να επιδείξουν καλόπιστη συμπεριφορά στις διαπραγματεύσεις.

⁴⁴⁷ Λόρδος *Ackner*, ό.π.

⁴⁴⁸ Βλ. *Mckendrick*, σε *Good Faith in Contract and Property* (Forte, 1999), σ. 51-52.

⁴⁴⁹ Για την απόδοση του όρου στα ελληνικά βλ. *Καραμπατζό*, *Απρόβλεπτη μεταβολή των συνθηκών...*, αρ. 375. Σχετικά με τις *hardship clauses* βλ. *Burrows*, ό.π., σ. 665, *Mckendrick*, *Contract Law*, σ. 256, *τον ίδιο* σε *Contract Law, Texts Cases and Materials*, σ. 397-398.

προβληματική της frustration, ναι μεν δεν ιδρύεται υποχρέωση διαπραγμάτευσης από τον νόμο ή το common law, μπορεί να ιδρυθεί όμως δυνάμει συμφωνίας των μερών. Τα δύο ουσιώδη στοιχεία του περιεχομένου μιας hardship clause είναι ο προσδιορισμός των γεγονότων που κατά τη ρήτρα επιφέρουν ανατροπή της οικονομικής ισορροπίας της σύμβασης (ορισμός της hardship) και ο καθορισμός συγκεκριμένης διαδικασίας διαπραγμάτευσης που θα πρέπει να ακολουθηθεί απ' τα μέρη. Η ρήτρα θα πρέπει επίσης να προβλέπει μια διαδικασία ή έναν μηχανισμό που θα καλείται σε εφαρμογή με σκοπό την αναπροσαρμογή της σύμβασης, σε περίπτωση που αποβεί άκαρπη η διαπραγμάτευση των μερών. Τέτοιοι μηχανισμοί μπορεί να είναι πρόβλεψη της παρέμβασης τρίτου μέρους, διαιτητή ή ειδικού εμπειρογνώμονα όχι όμως και παρέμβαση του δικαστή. Παράδειγμα ως προς τη χρήση των hardship clauses προσφέρει η υπόθεση *Superior Overseas Development Co. v. British Gas Co.* (1982)⁴⁵⁰. Η χρήση των hardship clauses αντισταθμίζει τα μειονεκτήματα της frustration επιτρέποντας τη συνέχιση της λειτουργίας της σύμβασης και την αναπροσαρμογή της είτε από τα ίδια τα μέρη, είτε κατά τη διαδικασία που εγκρίνουν τα μέρη.

Εκτός του πεδίου των δύο συγκρινόμενων εννόμων τάξεων, θα πρέπει να σημειωθεί ότι η αποκρυσταλλωμένη διεθνώς τάση προτάσσει την υποχρέωση αναδιαπραγμάτευσης στο επίπεδο των συνεπειών της ανατροπής του δικαιοπρακτικού θεμελίου⁴⁵¹. Η διαπίστωση αυτή προκύπτει από τις ρητές σχετικές ρυθμίσεις ενοποιητικών κειμένων όπως το Σχέδιο ενός Κοινού Πλαισίου Αναφοράς, οι Αρχές του Ευρωπαϊκού Δικαίου των συμβάσεων και οι αρχές του UNIDROIT⁴⁵². Παράλληλα, σε επίπεδο εθνικών εννόμων τάξεων, η αιτιολογική έκθεση της Μεταρρυθμίσεως του γερμανικού ενοχικού δικαίου αναφέρεται ρητά στην υποχρέωση αναδιαπραγμάτευσης,

⁴⁵⁰ *Superior Overseas Development Co. v. British Gas Co.* (1982) 1 Lloyd's Rep. 262. Σε σύμβαση με αντικείμενο την πώληση φυσικού αερίου, τα μέρη ενσωμάτωσαν μια hardship clause με το εξής περιεχόμενο : « (α) Σε περίπτωση που κάποιο από τα μέρη αντιμετωπίσει ουσιώδη δυσχέρεια εκπλήρωσης... δικαιούται να ξεκινήσει διαδικασία διαπραγματεύσεων καλώντας τον αντισυμβαλλόμενο του να συζητήσουν ενδεχόμενη δίκαιη αναπροσαρμογή των τιμών. (β) εάν εντός τριών μηνών οι διαπραγματεύσεις δεν φέρουν αποτέλεσμα, οποιοδήποτε από τα μέρη μπορεί να αναθέσει την αναπροσαρμογή των τιμών σε ειδικό εμπειρογνώμονα... (γ) ο εμπειρογνώμων θα αποφασίσει περί της πραγματοποίησης ή μη της αναπροσαρμογής και το ύψος αυτής... η σχετική απόφαση θα αναπτύσσει τα αποτελέσματά της 6 μήνες μετά την εκκίνηση της διαδικασίας διαπραγματεύσεων».

⁴⁵¹ Βλ. αναλυτικά *Καραμπατζό, όπ.π., σ. 628-629.*

⁴⁵² Η ρύθμιση των Αρχών της Επιτροπής Lando (αρ. 6:111) αναγνώριζε ρητώς αξίωση αποζημίωσης επί άρνησης συμμετοχής ή κακόπιστης διακοπής των διαπραγματεύσεων και επικρίθηκε ως ιδιαίτερα αυστηρή, γι' αυτό και στο αντίστοιχο άρθρο του DCFR, η διάταξη δεν κάνει λόγο για υποχρέωση αναδιαπραγμάτευσης, αλλά η αποτυχία ειλικρινούς προσπάθειας διαπραγμάτευσης ανάγεται σε προϋπόθεση για τη δικαστική επέμβαση. Αντίστοιχη είναι και η ρύθμιση των Αρχών του UNIDROIT. Βλ. v. *Bar, Clive, Principles Definitions and Modern Rules of European Private Law* (2009), σ. 713.

ενώ το γαλλικό Conseil d' État αναφέρεται σ' ένα γενικό «συνεργατικό πρότυπο» (formule de collaboration) η ανάγκη εφαρμογής του οποίου υποστηρίζεται και για τις συμβάσεις ιδιωτικού δικαίου.

α. *Ενδιάμεσο συμπέρασμα*

Στο ελληνικό δίκαιο, ως πρωτεύουσα έννομη συνέπεια της έκλειψης του δικαιοπρακτικού θεμελίου παρίσταται, η εκ της ΑΚ 288 παρεπόμενη υποχρέωση των μερών προς αναδιαπραγμάτευση των όρων της σύμβασης. Αντίθετα, στο αγγλικό δίκαιο, ως (αναπόφευκτη) έννομη συνέπεια της πλήρωσης των προϋποθέσεων της frustration παρίσταται ο αποκλεισμός ακόμα και της δυνατότητας διαπραγμάτευσης για τους συμβαλλομένους.

Η εκ διαμέτρου αντίθετη προσέγγιση των δύο εννόμων τάξεων ξενίζει, δεδομένου ότι και οι δύο προτάσσουν τη συμβατική ελευθερία και την ιδιωτική αυτονομία κατά τη στάθμιση των ανταγωνιζόμενων αρχών. Μόνο η λύση του ελληνικού δικαίου φαίνεται να ανταποκρίνεται στην εν λόγω στάθμιση καθώς όχι μόνο δίνει τη δυνατότητα, αλλά παράλληλα επιβάλλει στα μέρη την καλόπιστη διεξαγωγή διαπραγματεύσεων για την εξεύρεση μιας κοινά αποδεκτής λύσης, ώστε η δικαστική διάπλωση να καθίσταται το ύστατο καταφύγιο, μόνο όταν η ιδιωτική βούληση αδυνατεί να παράσχει λύση για την επερχόμενη μεταβολή. Αντίθετα, κατά τη frustration, ο αποκλεισμός της δυνατότητας εξεύρεσης κοινής λύσης πριν την δραστική έννομη συνέπεια της λύσης της σύμβασης δεν συμβιβάζεται με την όλη αντιμετώπιση του θεσμού που διαπνέεται από την ιδέα της αυτοευθύνης των συμβαλλομένων και την έλλειψη νομιμοποίησης του δικαστή να επεμβαίνει στη σύμβαση.

Η ex lege προκύπτουσα υποχρέωση του ελληνικού δικαίου έχει ως περιεχόμενο την κατά την καλή πίστη διεξαγωγή διαπραγματεύσεων για την εξεύρεση κοινά αποδεκτής λύσης, πριν την προσφυγή στην δικαστική επέμβαση. Στο αγγλικό δίκαιο αντίθετα, κατ' αρχήν δεν αναγνωρίζεται ως γενική αρχή η καλή πίστη, από την οποία θα μπορούσε να απορρεύσει μια υποχρέωση με παρόμοιο περιεχόμενο. Ειδικά ως προς τις ρήτρες με περιεχόμενο την κατά την καλή πίστη διαπραγμάτευση, στην θεμελιώδη απόφαση *Walford v. Miles* κρίθηκε ότι δεν είναι ισχυρές υπό το αγγλικό δίκαιο, με την αιτιολογία ότι το περιεχόμενό τους δεν συμβιβάζεται με την εγγενώς ανταγωνιστική σχέση των μερών κατά τις διαπραγματεύσεις. Ωστόσο, η υποχρέωση διαπραγμάτευσης

των μερών, με εξειδικεύσεις ως προς την ακολουθητέα διαδικασία σε περίπτωση ανατροπής της οικονομικής ισορροπίας της σύμβασης, χωρίς προσδιορισμό ως προς τον καλόπιστο χαρακτήρα της, αποτελεί χαρακτηριστικό περιεχόμενο των hardship clauses, η χρήση των οποίων είναι ιδιαίτερα διαδεδομένη στον αγγλοσαξονικό χώρο. Συνεπώς, η υποχρέωση αναδιαπραγμάτευσης μπορεί να ιδρυθεί στο αγγλικό δίκαιο μόνο δυνάμει της ιδιωτικής βούλησης, χωρίς να μπορεί να αξιωθεί ο σύμφωνος με την καλή πίστη χαρακτήρας της, ενώ αντίθετα στο ελληνικό δίκαιο η ίδια η υποχρέωση απορρέει από την καλή πίστη και η ιδιωτική βούληση μπορεί είτε να την αποκλείσει, είτε να την εξειδικεύσει.

2. Ο χαρακτήρας της έννομης προστασίας

Μια ακόμη ουσιώδης διαφορά των δύο συγκρινόμενων εννόμων τάξεων έγκειται στη φύση της παρεχόμενης έννομης προστασίας σε περίπτωση απρόβλεπτης μεταβολής των συνθηκών. Με τη συνδρομή των νόμιμων προϋποθέσεων, ο πληττόμενος συμβαλλόμενος αποκτά, δυνάμει της ΑΚ 388, το διαπλαστικό δικαίωμα να ζητήσει τη δικαστική λύση ή αναπροσαρμογή της σύμβασης, ενώ με τη συνδρομή των αντίστοιχων προϋποθέσεων της frustration, η σύμβαση λύεται αυτοδικαίως, ανεξαρτήτως της βούλησης των μερών.

Ειδικότερα, κατά την ΑΚ 388, το διαπλαστικό δικαίωμα του συμβαλλόμενου για τον οποίο η εκπλήρωση κατέστη υπέρμετρα επαχθής, ασκείται δικαστικά με αγωγή, ανταγωγή ή ένσταση και ο οφειλέτης σταματά να δεσμεύεται από τους αρχικούς όρους της σύμβασης μόνο με τη συντέλεση της διάπλασης⁴⁵³. Η απόφαση του δικαστηρίου είναι διαπλαστική γιατί διαμορφώνει μια νέα νομική κατάσταση, είτε προσδίδοντας στη σύμβαση νέο περιεχόμενο, είτε προχωρώντας στη λύση της⁴⁵⁴. Αντίθετα, όπως επισημαίνεται από τη νομολογία⁴⁵⁵ «η frustration δεν είναι δικαίωμα, είναι ένα νομικό δόγμα...κατά τη λειτουργία του οποίου τερματίζεται η απορρέουσα από τη σύμβαση νομική σχέση των μερών». Αντιπροσωπευτικό παράδειγμα για την λειτουργία της frustration αποτελεί η υπόθεση *Hirji Mulji v Cheong Yue Steamship Co Ltd* (1926)⁴⁵⁶. Η υπόθεση αφορούσε ένα ναυλοσύμφωνο, δυνάμει του οποίου θα παρεχόταν η χρήση ενός πλοίου για διάστημα δέκα μηνών από την ημερομηνία της παράδοσης. Πριν τον

⁴⁵³ Βλ. Σταθόπουλο, όπ.π., § 22 αρ. 31.

⁴⁵⁴ Βλ. Παλιού, όπ.π., § 88 II αρ. 7.

⁴⁵⁵ *B.P Exploration Co. (Libya) Ltd V. Hunt* (1979) 1 WLR 783

⁴⁵⁶ *Hirji Mulji v Cheong Yue Steamship Co Ltd* (1926), όπ.π.

ορισθέντα χρόνο εκπλήρωσης, το πλοίο κατασχέθηκε από την κυβέρνηση και οι ιδιοκτήτες ρώτησαν τους ναυλωτές αν θα επιθυμούσαν ακόμη να χρησιμοποιήσουν το πλοίο μετά την άρση της κατάσχεσης. Οι ναυλωτές απάντησαν καταφατικά, αλλά όταν το πλοίο αποδεσμεύθηκε, 2 χρόνια μετά, αρνήθηκαν να το χρησιμοποιήσουν και ισχυρίστηκαν ότι η σύμβαση είχε λυθεί λόγω frustration. Οι εκναυλωτές αντέτειναν ότι δεν μπορούσε να γίνει επίκληση της frustration αφού οι αντισυμβαλλόμενοι τους δήλωσαν ότι προτίθενται να κάνουν χρήση του πλοίου παρά τη μεταβολή των συνθηκών. Το δικαστήριο δικάωσε τους ναυλωτές, δεχόμενο ότι η σύμβαση λύθηκε αυτοδίκαια κατά τον χρόνο της επέλευσης της μεταβολής των συνθηκών (όταν κατασχέθηκε το πλοίο), ανεξαρτήτως της μεταγενέστερης συμπεριφοράς των μερών. Κατ' αυτό, η εφαρμογή της frustration δεν εξαρτάται από την επιλογή των μερών, επομένως ακόμα και αν συνεχίσουν να αντιμετωπίζουν τη σύμβαση ως υφιστάμενη μετά τη μεταβολή των συνθηκών, το δικαστήριο μπορεί να διαπιστώσει ότι η σύμβαση έχει ήδη λυθεί⁴⁵⁷. Στην απόφαση αυτή, ο *Λόρδος Sumner*, αντιδιέστειλε τη λύση της σύμβασης λόγω αθέτησης της σύμβασης και λόγω frustration επισημαίνοντας ότι στην πρώτη περίπτωση το αθώο μέρος έχει δικαίωμα να αποδεχθεί την αθέτηση και να αντιμετωπίσει τη σύμβαση ως μη λυθείσα (affirmation of the contract), ενώ στη δεύτερη η σύμβαση λύεται ανεξαρτήτως της επιλογής των μερών. Κατ' αυτόν, με τη συνδρομή των νόμιμων προϋποθέσεων η σύμβαση λύεται «αμέσως, αυτοδικαίως και χωρίς να απαιτείται καμία άλλη ενέργεια... ανεξαρτήτως των συμβαλλομένων, της ιδιοσυγκρασίας και των συμφερόντων τους»⁴⁵⁸.

Κατά της αυτοδίκαιης επέλευσης των εννόμων συνεπειών της frustration η θεωρία έχει ασκήσει δριμεία κριτική. Η αυτοδίκαιη (by operation of law) λύση της σύμβασης φαίνεται να στερεί από τα μέρη ακόμα και την δυνατότητα διαπραγματεύσεως⁴⁵⁹. Οι δυσκολίες αυτής της προσέγγισης αναδεικνύονται και αναφορικά με τις περιπτώσεις λύσης της σύμβασης λόγω καθυστέρησης εκπλήρωσης⁴⁶⁰. Γίνεται δεκτό ότι μια σύντομη καθυστέρηση στην εκπλήρωση δεν οδηγεί σε λύση της σύμβασης λόγω frustration ενώ μια μεγάλη καθυστέρηση μπορεί να έχει αυτό το αποτέλεσμα. Ο προσδιορισμός του σημείου στο οποίο η καθυστέρηση

⁴⁵⁷ Βλ. σχολιασμό της ως ανω απόφασης από *Koffman, MacDonald*, όπ.π., σ. 538.

⁴⁵⁸ «Frustration brings the contract to an end, forthwith, without more and automatically...irrespective of the individuals concerned, their temperaments... their interest and circumstances », *Λόρδος Sumner*, όπ.π.

⁴⁵⁹ *Mckendrick*, Force Majeure and Frustration..., σ. 44. Βλ. αναλυτικά ανωτέρω, υπό VIII, 1.

⁴⁶⁰ *Mckendrick*, όπ.π.

είναι ικανή να επιφέρει τη λύση είναι δυσχερής, και εδώ η παραδοχή περί αυτοδίκαιης λύσης λόγω frustration προκαλεί δυσκολίες⁴⁶¹. Αντίστοιχα προβλήματα αναφορικά με τον χρόνο συντέλεσης της frustration, προκύπτουν όταν γίνεται επίκλησή της επί τη βάση του πραγματικού της δυσχέρειας εκπλήρωσης (το οποίο όπως θα διαπιστωθεί κατωτέρω γίνεται σπανίως δεκτό από τη νομολογία), λόγω ραγδαίας πτώσης των τιμών της αγοράς⁴⁶².

Το σημαντικότερο όμως σημείο της κριτικής κατά της αυτοδίκαιης λύσης αφορά την ασυμβατότητά της με δύο από τις διατυπωθείσες θεωρίες για το δογματικό θεμέλιο της frustration. Γίνεται δεκτό ότι η αυτοδίκαιη λύση δεν εξυπηρετεί την εικαζόμενη βούληση των μερών καθώς κρίνεται απίθανο, αν τα μέρη είχαν ερωτηθεί κατά τη σύναψη της σύμβασης, να επέλεγαν αυτό τον τρόπο αντιμετώπισης της απρόβλεπτης μεταβολής⁴⁶³. Επίσης, ο άκαμptos αυτός κανόνας, μη καταλείποντας κανένα πεδίο διακριτικής ευχέρειας στον δικαστή, δεν φαίνεται να εξυπηρετεί ούτε τη θεωρία της δίκαιης λύσεως⁴⁶⁴. Κατά τη θεωρία, η αιτία της περιορισμένης εφαρμογής της frustration έγκειται ακριβώς στις «δρακόντειες» αυτές έννομες συνέπειές της⁴⁶⁵.

Από τη βασική αυτή διάσταση στο είδος της επέμβασης των δύο εννόμων τάξεων παρέπονται και άλλες διαφοροποιήσεις. Το διαπλαστικό δικαίωμα για την υποβολή αίτησης λύσης ή αναπροσαρμογής γεννάται μόνο υπέρ του συμβαλλομένου που τελεί σε υπερβολική δυσχέρεια εκπλήρωσης, ενώ αντίθετα, τη λύση της σύμβασης λόγω frustration, μπορεί να την επικαλεστεί και ο δανειστής. Σύμφωνα με τον Σταθόπουλο⁴⁶⁶, κατά την ΑΚ 388, ο δικαστής, κατά την άσκηση της διαπλαστικής εξουσίας του, δεσμεύεται κατ' αρχήν από το περιεχόμενο του αιτήματος λόγω της αρχής της συζήτησης (ΚΠολΔ 106) και συνεπώς δεν μπορεί ν' αποφασίσει κάτι περισσότερο ή διαφορετικό απ' ό,τι ζητείται. Ωστόσο, δεδομένου ότι ο καθορισμός του προσφορότερου μέτρου (λύση ή αναπροσαρμογή), γίνεται κατά μια διαδικασία συγκεκριμενοποίησης της αρχής της καλής πίστης, η αρχή της συζήτησης θα πρέπει να

⁴⁶¹ Stannard, ό.π., σ. 744

⁴⁶² Βλ. απόφαση *Gold Group Properties v. BDW Trading* (2010) EWHC 323, όπου έγινε επίκληση της frustration λόγω (πρόβλεψης περί) ραγδαίας πτώσης των τιμών στην αγορά των ακινήτων. Ο δικαστής Coulson LJ δήλωσε χαρακτηριστικά: «How many of the prices had to fall below the line before the Agreement was frustrated? One? Two? All of them?... All of this simply demonstrates the insuperable practical difficulties of alleging frustration in circumstances such as these».

⁴⁶³ Έτσι, Morgan, ό.π., σ. 12141, Λόρδος Denning, *The Eugenia* (1964), ό.π.

⁴⁶⁴ Βλ. Morgan, ό.π.

⁴⁶⁵ Βλ. Mckendrick, *Contract Law, Texts Cases and Materials*, σ. 867 : «The Draconian consequences of frustration inhibit its wider use».

⁴⁶⁶ Βλ. Σταθόπουλο, ό.π., § 22 αρ. 32.

εφαρμόζεται με κάποια «ελαστικότητα», και ο δικαστής θα πρέπει να λαμβάνει υπόψη τα συμφέροντα και των δύο μερών, επομένως και του ευνοούμενου απ' την μεταβολή των συνθηκών⁴⁶⁷. Αντίθετα, συντρεχουσών των προϋποθέσεων της frustration, η σύμβαση λύεται ακόμα και επί αντίθετης βούλησης των μερών (εκτός αν υπήρχε ειδική συμβατική ρήτρα), χωρίς το δικαστήριο να έχει σχετική εξουσία αναπροσαρμογής και επομένως χωρίς να μπορεί να προωθήσει μια λύση που να λαμβάνει υπόψη το συμφέρον και των δύο μερών. Τέλος, όσον αφορά τον χρόνο έναρξης της διάπλασης, ο Έλληνας δικαστής έχει την εξουσία να καθορίσει το χρονικό σημείο έναρξής της, ορίζοντάς το κατά κανόνα για το μέλλον, αλλά σε εξαιρετικές περιπτώσεις και αναδρομικά, εφόσον μια τέτοια ρύθμιση ανταποκρίνεται κατά την καλή πίστη στις εύλογες προσδοκίες των μερών⁴⁶⁸. Αντίθετα, η νέα κατάσταση κατά τη frustration, δηλαδή η λύση της σύμβασης και η απαλλαγή των μερών απ' τις μελλοντικές τους υποχρεώσεις από τη σύμβαση, θα συντελείται πάντα στο ίδιο χρονικό σημείο, κατά την συντέλεση του συγκεκριμένου «frustrating event», ανεξαρτήτως της γνώσης ή της βούλησης των μερών⁴⁶⁹.

Κατά την αντιπαραβολή του χαρακτήρα της έννομης προστασίας των δύο δικαίων, από τη μια έχουμε τη γέννηση και άσκηση ενός διαπλαστικού δικαιώματος και την κατά την καλή πίστη άσκηση της διαπλαστικής εξουσίας του δικαστή, ώστε η διαμορφούμενη με τη διαπλαστική απόφαση νέα κατάσταση να λαμβάνει υπόψη το συμφέρον και των δύο μερών, και από την άλλη την άκαμπτη διαμόρφωση της frustration ως αυτοδίκαιης έννομης συνέπειας, με δυσκολίες ως προς τη διαπίστωση της επέλευσής της, που κατά την κριτική της θεωρίας διαψεύδει σε κάθε περίπτωση τις εύλογες προσδοκίες των μερών⁴⁷⁰.

⁴⁶⁷ Βλ. αναλυτικά Παπανικολάου, σε Αφιέρωμα στον Α. Γαζή, (1994), σ. 506-507 για το πιο θα είναι το προκρινόμενο με βάση την καλή πίστη μέτρο, ανάλογα με το περιεχόμενο του αιτήματος σε συνδυασμό με τη στάση του δανειστή.

⁴⁶⁸ Βλ. Σταθόπουλο, όπ.π., § 22 αρ. 34.

⁴⁶⁹ Βλ. Andrews, όπ.π., σ. 446.

⁴⁷⁰ Κατά τον Stannard, όπ.π., σ. 746: «It is difficult to conceive a rule so perverse, or so calculated to defeat legitimate expectations or lead to unnecessary litigation».

3. Η έκταση της διαπλαστικής εξουσίας του δικαστή

α. Αναπροσαρμογή της σύμβασης

Η κατά την ΑΚ 388 παροχή εξουσίας στον δικαστή να επεμβαίνει διαπλαστικά στους όρους της σύμβασης επιβάλλεται μεν δογματικά από τις αρχές της επιείκειας και της καλής πίστης, αποτελεί δε, το αποτελεσματικότερο μέσο για την πραγμάτωσή τους. Πράγματι, το μέτρο της αναπροσαρμογής, δίνει τη δυνατότητα στον δικαστή να μεταβάλει τον υφιστάμενο συμβατικό δεσμό κατά τον τρόπο που απαιτεί η «δικαιοσύνη της ατομικής περίπτωσης». Υπερ της δικαιοπολιτικής ορθότητας της χορήγησης διαπλαστικής εξουσίας στον δικαστή στις εξεταζόμενες περιπτώσεις συνηγορεί και η ρύθμιση του ευρωπαϊκού «Σχεδίου ενός Κοινού Πλαισίου Αναφοράς», στο σχετικό άρθρο του οποίου⁴⁷¹, προβλέπεται δυνατότητα του δικαστηρίου «να τροποποιήσει την υποχρέωση ώστε να την καταστήσει εύλογη και δίκαιη ενόψει των νέων συνθηκών».

Τα ζητήματα που χρήζουν προσδιορισμού είναι η έκταση της διορθωτικής επέμβασης του δικαστή στη συμβατική ρύθμιση, τα πρόσφορα κριτήρια για την εξειδίκευση της αόριστης έννοιας του «προσήκοντος μέτρου» και τέλος η φύση των μέτρων που δύναται να λάβει στο πλαίσιο της εξουσίας του. Ως προς το πρώτο ζήτημα, ανακύπτει το ερώτημα αν αποτέλεσμα της διάπλασης θα πρέπει να είναι η κατανομή της ζημίας (που προέκυψε από την απρόβλεπτη μεταβολή) μεταξύ των μερών, ή η ολική μετατόπισή της στον δανειστή⁴⁷². Κατά την κρατούσα γνώμη⁴⁷³, η αρχή της καλής πίστης που διαπνέει την ΑΚ 388 υπαγορεύει την αποκατάσταση της διαταραχθείσας ισορροπίας παροχής και αντιπαροχής κατά τρόπο ώστε να επιδιώκεται μια δίκαιη εξίσωση των εκατέρωθεν συμφερόντων. Η διορθωτική επέμβαση του δικαστή θα πρέπει να κατατείνει προς τη δημιουργία μιας νέας δίκαιης συμβατικής ρύθμισης με την οποία θα επιτυγχάνεται μια επιεικής κατανομή της ζημίας⁴⁷⁴. Κατά

⁴⁷¹ Άρθρο III.-1:110.

⁴⁷² Βλ. Παπανικολάου, σε Αφιέρωμα στον Α. Γαζή (1994), σ. 481, 504.

⁴⁷³ Έτσι, Σταθόπουλος, όπ.π., § 22 αρ. 33, Παπανικολάου, όπ.π., σ. 508, Λιτζερόπουλος, όπ.π., σ. 304, Καραμπατζός, ΧρΙΔ ΙΒ/2012, σ. 431.

⁴⁷⁴ «Ο δικαστής εκτιμών ελευθέρως τας συνθήκας θα διαρρυθμίση την σύμβαση αναζητών επιεικείς λύσεις, κατανέμων μεταξύ των συμβαλλομένων την επελθούσαν ζημίαν», ΕφΘεσ 219/1963 ΕΕΝ (1964), 737.

τον *Σακέττα*⁴⁷⁵, ο δικαστής «ενεργεί μάλλον ως συμβιβαστής προς αποφυγήν υπερβολικής αδίκου ζημίας του οφειλέτου ή αδικαιολογήτου πλουτισμού του ετέρου συμβαλλομένου». Ωστόσο, το ότι κατά την ερμηνεία της διάταξης προκρίνεται η άποψη περί κατανομής της ζημίας δεν σημαίνει ότι η μετακύλιση της ζημίας στον δανειστή δεν θα μπορούσε να συνιστά την *ad hoc* δίκαιη λύση.

Ο δικαστής δεν υποχρεούται κατά την άσκηση της διαπλαστικής εξουσίας του να αποκαταστήσει πλήρως την αρχική ισορροπία των εκατέρωθεν παροχών καλύπτοντας λ.χ. όλη τη ζημία του οφειλέτη. Γι' αυτό επισημαίνεται από την θεωρία ότι η αγωγή από την ΑΚ 388 δεν συνιστά αγωγή αποζημίωσης⁴⁷⁶. Αν ο δικαστής θεωρήσει επιεικέστερη την κατανομή της ζημίας, κατά λογική αναγκαιότητα θ' αφήσει μέρος αυτής εις βάρος του αιτούντος την εφαρμογή του άρθρου⁴⁷⁷. Εφόσον ο δικαστής δεν υποχρεούται να αναπροσαρμόσει τη σύμβαση κατά τρόπο ώστε να επαναφέρει την αρχική υποκειμενική ισοδυναμία των παροχών, η αναπροσαρμογή συνιστά κατ' αρχήν ετερόνομη ρύθμιση⁴⁷⁸. Ωστόσο, για λόγους σεβασμού της ιδιωτικής αυτονομίας, αφετηρία της σχετικής κρίσης θα είναι η υποκειμενική αξιολόγηση ως προς τις εκατέρωθεν παροχές, δηλαδή το αρχικό περιεχόμενο της συμβατικής ρύθμισης, όπως αυτό εκφράζει τη βούληση των μερών. Συνεπώς, χρησιμοποιούμενα κριτήρια για τον προσδιορισμό του «προσέκοντος μέτρου» αναπροσαρμογής της σύμβασης θα είναι τόσο η υποκειμενική όσο και η αντικειμενική ισοδυναμία των παροχών, υπαγορευόμενα από την ιδιωτική αυτονομία και την καλή πίστη αντίστοιχα⁴⁷⁹.

Οι δικαιοηθικές αρχές αυτές προσδιορίζουν το φάσμα όλων των χρησιμοποιούμενων κριτηρίων για την εξειδίκευση της αόριστης νομικής έννοιας της αναγωγής της παροχής στο «προσέκον μέτρο». Ο δικαστής προβαίνει σε μια αξιολογική στάθμιση των εκατέρωθεν συμφερόντων χρησιμοποιώντας τα ίδια κριτήρια που προσφέρονται για την εξειδίκευση της αόριστης έννοιας της «υπέρμετρης επάχθειας»⁴⁸⁰. Εκκινεί από τη συμβατική ρύθμιση εξετάζοντας το περιεχόμενό της, της συνθήκες σύναψης και τον σκοπό που επεδίωκαν τα μέρη. Για τον προσδιορισμό του τρόπου κατανομής της ζημίας εξετάζει τον λόγο που προκάλεσε την μεταβολή των συνθηκών και τον βαθμό του απρόβλεπτου. Η διαμορφούμενη απόκλιση από το

⁴⁷⁵ *Σακέττα*, ΕρμΑΚ, αρ. 388, αρ. 60.

⁴⁷⁶ Βλ. *Σταθόπουλο*, ό.π., *Καραμπατζό*, ό.π.

⁴⁷⁷ Πρβλ. *Σακέττα*, ό.π., αρ. 61.

⁴⁷⁸ Βλ. *Καραμπατζό*, Απρόοπτη μεταβολή των συνθηκών..., αρ. 37, *Παπανικολάου*, ό.π.

⁴⁷⁹ Βλ. *Παπανικολάου*, Μεθοδολογία του ιδιωτικού δικαίου..., αρ. 534, *τον ίδιο*, σε Αφιέρωμα στον Α. Γαζή (1994), σ. 485, 496.

⁴⁸⁰ *Παπανικολάου*, σε Αφιέρωμα στον Α. Γαζή (1994), σ. 481, 509.

περιεχόμενο της συμβατικής ρύθμισης θα δικαιολογείται μόνο στο μέτρο που επιβάλλεται από την καλή πίστη⁴⁸¹.

Τέλος, όσον αφορά στο είδος των μέτρων που δύναται να λάβει ο δικαστής για την επίτευξη μιας δίκαιης έκβασης της διαφοράς, παρατηρούνται τα ακόλουθα. Σύμφωνα με την παλαιότερη θέση της νομολογίας, το γράμμα του νόμου περί αναγωγής της παροχής στο προσήκον μέτρο, υπαγορεύει ότι αποτέλεσμα της διάπλασης μπορεί να είναι μόνο η μείωση της παροχής, ως επιτρέπущα την ανακούφιση του οφειλέτη και όχι η επιβολή πρόσθετης επιβάρυνσης στον δανειστή (λ.χ με αύξηση της αντιπαροχής)⁴⁸². Η θέση αυτή έχει εγκαταλειφθεί σήμερα καθώς η θεωρία ακολουθώντας την τελεολογική ερμηνεία της διάταξης⁴⁸³ τάσσεται υπέρ μιας ευρείας διαπλαστικής εξουσίας του δικαστή, επιτρέπущα τη μείωση της παροχής, την αύξηση της αντιπαροχής, ή συνδυασμό των δύο μέτρων⁴⁸⁴. Ακόμη, ο σκοπός της διάταξης δικαιολογεί την εξουσία του δικαστή να λάβει και οποιοδήποτε άλλο μέτρο πρόσφορο να οδηγήσει σε μια δίκαιη έκβαση της διαφοράς όπως λ.χ να χορηγήσει νέα προθεσμία εκπλήρωσης, να επιτρέψει την εκπλήρωση σε δόσεις, να τροποποιήσει άλλους συμβατικούς όρους⁴⁸⁵.

Στην αγγλική έννομη τάξη αντίθετα, ισχύει ο κανόνας του common law «courts do not make contracts for the parties» κατά τον οποίο ο δικαστής δεν έχει την εξουσία να επεμβαίνει στη σύμβαση ως άλλος δικαιοπρακτών. Συνεπώς στην περίπτωση πλήρωσης των προϋποθέσεων της frustration, το δικαστήριο δεν έχει την εξουσία να επιτρέψει να συνεχίσει να λειτουργεί η σύμβαση προσαρμόζοντας τους όρους της στις μεταβληθείσες συνθήκες⁴⁸⁶. Το ερώτημα ως προς την εξουσία αναπροσαρμογής του δικαστηρίου τέθηκε ευθέως και απορρίφθηκε ρητώς από τη Βουλή των Λόρδων στην απόφαση *British Movietonews Ltd v. London and District Cinemas Ltd* (1952)⁴⁸⁷ όπου επισημαίνεται ότι στην περίπτωση της frustration «η σύμβαση σταματά να δεσμεύει τα μέρη, όχι επειδή το δικαστήριο έχει την εξουσία να αμβλύνει τους όρους της, αλλά επειδή η σύμβαση κατά το αληθές της νόημα δεν εφαρμόζεται στη νέα κατάσταση».

⁴⁸¹ Βλ. Σταθόπουλο, ό.π.

⁴⁸² Βλ. Καραμπατζό, ό.π., αρ. 538 και τις εκεί παραπομπές στη νομολογία.

⁴⁸³ Έτσι, Σταθόπουλος, ό.π., § 22 αρ. 37, Παπανικολάου, ό.π., σ. 504 και Φίλιος, ό.π., § 275 Α, ο οποίος βασίζεται περαιτέρω και στην ιστορική ερμηνεία της διάταξης.

⁴⁸⁴ Βλ. Γεωργιάδη, ό.π., § 33 III 1, Μπαλή, ό.π., § 89, αρ. 8, Λιτζερόπουλο, ό.π., Σακέττα, ό.π., αρ. 60.

⁴⁸⁵ Βλ. συγγραφείς στις ανωτέρω δύο υποσημειώσεις.

⁴⁸⁶ Βλ. Mckendrick, Force Majeure and Frustration..., σ. 44.

⁴⁸⁷ *British Movietonews Ltd v. London and District Cinemas Ltd* (1952) AC 166. Βλ. και Κορνηλάκη, ό.π., σ. 19.

Η εν λόγω θέση του common law ανάγεται στη δογματική θεώρηση της λειτουργίας των συμβάσεων και τις δικαιοπολιτικές σκοπιμότητες που αυτή εξυπηρετεί. Όπως διαπιστώθηκε παραπάνω, το common law αντιμετωπίζει τη σύμβαση ως εργαλείο πραγμάτωσης της ιδιωτικής αυτονομίας και περιορίζει τον ρόλο του δικαστή στην εξασφάλιση της τήρησης του συμβατικού βουλήματος. Για να λειτουργεί η σύμβαση ως αποτελεσματικό συναλλακτικό εργαλείο η έννομη τάξη θέτει στην ανώτερη βαθμίδα της ιεράρχησης των δικαιοηθικών αρχών του contract law την ιδιωτική αυτονομία και περαιτέρω την υποχρεωτικότητα των συμβάσεων («sanctity of contracts»). Τα δικαστήρια πρέπει να διασφαλίζουν την τήρηση των συμβάσεων, που σημαίνει ότι, πρώτον, θα πρέπει να περιφρουρείται η δεσμευτικότητα των υποχρεώσεων και δεύτερον, τα δικαστήρια δεν έχουν εξουσία να αναπροσαρμόζουν όρους που τους φαίνονται άδικοι ή μη εύλογοι: «parties must be held to their bargains»⁴⁸⁸. Η λειτουργία των συμβάσεων ως όργανο πραγμάτωσης της ιδιωτικής αυτονομίας στο συναλλακτικό πεδίο δεν θα πρέπει να επιδέχεται εξωτερικές παρεμβάσεις. Η επικράτηση των φιλελεύθερων-ατομικιστικών αντιλήψεων έναντι των κοινωνιστικών ιδεών εκδηλώνεται με την αντίληψη περί της έλλειψης εξουσίας του δικαστή να επεμβαίνει στη σύμβαση. Η τάση αυτή, εκδηλώνεται και στο πεδίο των εννόμων συνεπειών της frustration⁴⁸⁹. Η μη χορήγηση εξουσίας αναπροσαρμογής της σύμβασης δηλώνει την επικράτηση της ασφάλειας και σταθερότητας των συναλλαγών έναντι της ανάγκης για κρίσεις επιείκειας⁴⁹⁰. Συνεπώς, η ακαμψία των εννόμων συνεπειών της frustration δεν ανάγεται τόσο στην έλλειψη εξουσίας του δικαστή προς ανακούφιση του οφειλέτη, όσο στην ανεπάρκεια δογματικής θεμελίωσης της ανάγκης για ανακούφιση του οφειλέτη⁴⁹¹.

Συνεπεία της έλλειψης δυνατότητας αναπροσαρμογής της σύμβασης, επι απρόβλεπτης μεταβολής των συνθηκών θα ισχύσει ο κανόνας «όλα ή τίποτα»⁴⁹². Ο πληγείς από τη μεταβολή των συνθηκών συμβαλλόμενος θα πρέπει να εκπληρώσει τις συμβατικές του υποχρεώσεις όπως είχαν συμφωνηθεί, εκτός αν πληρούνται οι εξαιρετικά αυστηρές προϋποθέσεις της frustration που θα οδηγήσουν σε αυτοδίκαιη λύση της σύμβασης. Η έλλειψη ενδιάμεσης δυνατότητας και η «δρακόντεια» συνέπεια

⁴⁸⁸ Για την υπογράμμιση της διττής σημασίας του κανόνα βλ. Adams, Brownsword, όπ.π., σ. 209.

⁴⁸⁹ Η εν λόγω τάση περιγράφεται με τον όρο «non-interventionism» από τους Adams, Brownsword, όπ.π., σ. 208.

⁴⁹⁰ Πρβλ. Mckendrick, Contract Law, Texts Cases and Materials, σ. 928-929.

⁴⁹¹ Έτσι, Chapman, Michigan Law Review, τ. 59, No. 1 (1960), σ. 98-122.

⁴⁹² Βλ. Καραμπατζό, όπ.π., αρ. 345.

της αυτοδίκαιης λύσης της σύμβασης ευθύνονται για την περιορισμένη ανάπτυξη του θεσμού της frustration, δικαιολογώντας παράλληλα την μεγάλη αυστηρότητα των προϋποθέσεών της⁴⁹³. Μια περαιτέρω συνέπεια της αυστηρής τάσης του common law είναι η μετατόπιση του κέντρου βάρους στον προληπτικό συμβατικό σχεδιασμό. Τα μέρη θα πρέπει να φροντίζουν να καλύψουν με συμβατικές ρήτρες περισσότερα ενδεχόμενα στο πλαίσιο της αυτοευθύνης τους και να μη στηρίζονται στην ενδεχόμενη «ανακούφισή» τους από το δικαστήριο: «they cannot rely on the courts to act as their saviour»⁴⁹⁴. Προς επίρρωση της άποψης αυτής, η θεωρία αμφισβητεί ότι τα δικαστήρια είναι σε καλύτερη θέση να καταναείμουν εκείνα τον κίνδυνο εκ των υστέρων, απ' ό,τι τα ίδια τα μέρη που είναι τα ίδια υπεύθυνα για το περιεχόμενο της σύμβασης⁴⁹⁵.

Παρά το γεγονός ότι η θέση περί μη παρέμβασης του δικαστή στη σύμβαση είναι καλά θεμελιωμένη, δε λείπουν και οι απόψεις που χαρακτηρίζουν την έλλειψη εξουσίας αναπροσαρμογής ως «σημαντική αδυναμία» ιδίως όταν πρόκειται για διαρκείς συμβάσεις⁴⁹⁶.

β. Λύση της σύμβασης

Κατά το ελληνικό δίκαιο, ο δικαστής δύναται, αντί της αναπροσαρμογής, να προκρίνει τη λύση της σύμβασης, εξολοκλήρου ή κατά το μέρος που δεν εκτελέστηκε ακόμη. Κατά το γράμμα της ΑΚ 388, εάν αποφασισθεί η λύση της σύμβασης επέρχεται απόσβεση των υποχρεώσεων παροχής που πηγάζουν απ' αυτήν και οι συμβαλλόμενοι έχουν αμοιβαία υποχρέωση να αποδώσουν τις παροχές που έλαβαν κατά τις διατάξεις για τον αδικαιολόγητο πλουτισμό. Εδώ θα πρέπει να διακρίνουμε⁴⁹⁷: Εάν η εκτέλεση δεν είχε ξεκινήσει πριν τον χρόνο επέλευσης της διάπλασης, τότε επί ολικής λύσης αυτή ματαιώνεται. Εάν κάποιες παροχές εκπληρώθηκαν και διατάχθηκε ολική λύση, η σύμβαση λύεται αναδρομικά και τα μέρη επανέρχονται στην προ της εκπλήρωσης κατάσταση αποδίδοντας τα ληφθέντα. Τέλος, εάν ο δικαστής προκρίνει τη μερική λύση και διατηρηθεί το εκτελεσθέν μέρος, υπολογίζεται η αξία του και διατάσσεται η πληρωμή της ή η απόδοση του υπερβάλλοντος.

⁴⁹³ Έτσι, *Mckendrick*, Contract Law, Texts Cases and Materials, σ. 867.

⁴⁹⁴ Βλ. *Mckendrick*, όπ.π., σ. 928.

⁴⁹⁵ Βλ. *Morgan*, όπ.π., σ. 131.

⁴⁹⁶ Βλ. *Mckendrick*, Force Majeure and Frustration, σ. 44.

⁴⁹⁷ Για τις επιμέρους περιπτώσεις βλ. *Σακέττα*, όπ.π., αρ. 64.

Η λύση της σύμβασης κατά τη frustration, διαφέρει κατ' αρχήν, όπως αναφέρθηκε, γιατί δεν επέρχεται με διαπλαστική απόφαση, αλλά αυτοδικαίως, κατά τον χρόνο της συντέλεσης του γεγονότος που είναι ικανό να την επιφέρει (frustrating event). Μια ακόμη σημαντική διαφορά παρατηρείται σε σχέση με τις έννομες συνέπειες της λύσης. Ενώ η (ολική) λύση κατά την ΑΚ 388 επιφέρει απόσβεση των εκατέρωθεν υποχρεώσεων, κατά τον αγγλικό νομολογιακό κανόνα η λύση ενεργεί *ex nunc*, διατηρούνται σε ισχύ οι υποχρεώσεις που γεννήθηκαν και κατέστησαν ληξιπρόθεσμες πριν το γεγονός που προκάλεσε τη λύση της σύμβασης, και τα μέρη απαλάσσονται μόνο από τις μελλοντικές τους υποχρεώσεις⁴⁹⁸. Ο κανόνας αυτός οδηγεί σε ανεπιεικείς λύσεις, για την άμβλυνση των οποίων υφίσταται νομοθετική ρύθμιση, όπως θα δούμε κατωτέρω (ενότητα VIII. 4β). Μια ακόμη σημαντική διαφορά των δύο εννόμων τάξεων έγκειται στο ότι το αγγλικό δίκαιο δεν αναγνωρίζει την μερική λύση της σύμβασης (partial frustration) καθώς οι έννομες συνέπειες της frustration αφορούν πάντα το σύνολο της σύμβασης και όχι τη συγκεκριμένη υποχρέωση που επηρεάστηκε απ' το απρόβλεπτο γεγονός. Κατά την κριτική της θεωρίας, απαιτείται η διαμόρφωση ενός ξεχωριστού δόγματος που να επιτρέπει την απαλλαγή από συγκεκριμένες υποχρεώσεις, χωρίς να απαιτείται να λυθεί η σύμβαση ως σύνολο⁴⁹⁹.

4. Τύχη παροχών που εκπληρώθηκαν πριν τη λύση

α. Η ΑΚ 388 § 2

Το ζήτημα ρυθμίζεται με ρητή νομοθετική διάταξη προς άρση κάθε αμφισβήτησης. Η λύση της σύμβασης δεν έχει εμπράγματα αποτελέσματα, αλλά γεννώνται αμοιβαίες ενοχικές υποχρεώσεις απόδοσης των παροχών που εκπληρώθηκαν κατά τις ειδικές διατάξεις των αρ. 904 επ. ΑΚ, λόγω λήξασας αιτίας⁵⁰⁰.

β. Οι αυστηρές συνέπειες του case law και η άμβλυνση αυτών με τη ρύθμιση του Law Reform(Frustrated Contracts) Act 1943

Όπως αναφέρθηκε, στη frustration, η λύση της σύμβασης λειτουργεί *ex nunc*, επομένως τα δικαιώματα και οι υποχρεώσεις που γεννήθηκαν προ του γεγονότος που επέφερε τη λύση παραμένουν σε ισχύ. Η παλαιότερη νομολογιακή εφαρμογή του

⁴⁹⁸ Βλ. *Koffman, MacDonald*, όπ.π., σ. 539., *Καραπατζό*, όπ.π., αρ. 394.

⁴⁹⁹ Βλ. *Mckendrick*, Force Majeure and Frustration, όπ.π., σ. 46.

⁵⁰⁰ Βλ. *Σταθόπουλο*, όπ.π., § 22 αρ. 35.

ανωτέρω κανόνα, ανέδειξε μια σειρά αποτελεσμάτων που κάθε άλλο παρά ανταποκρίνονταν στο περί δικαίου αίσθημα⁵⁰¹.

Οι ανεπιεικείς συνέπειες του παραδοσιακού νομολογιακού κανόνα απεικονίζονται στην απόφαση *Chandler v. Webster*⁵⁰² που αποτελεί μια από τις υποθέσεις της ενθρονίσεως. Ο ενάγων μίσθωσε ένα διαμέρισμα απ' το οποίο θα παρακολουθούσε τη στέψη του βασιλιά έναντι 140 λιρών, ποσό που ορίστηκε αμέσως πληρωτέο. Κατέβαλλε τις 100 λίρες, και πριν προλάβει να εξοφλήσει πλήρως το μίσθωμα, οι εορτασμοί της ενθρόνισης αναβλήθηκαν. Στη συνέχεια ενήγαγε τον εκμισθωτή για την επιστροφή της προκαταβολής αλλά το δικαστήριο απέρριψε το αίτημά του με την αιτιολογία ότι εφόσον το σύνολο του μισθώματος ήταν ήδη απαιτητό πριν την αναβολή των εκδηλώσεων ο μισθωτής εξακολουθούσε να είναι υπεύθυνος για την καταβολή όλου του ποσού. Επομένως όχι μόνο δεν θα του επιστρεφόταν το ποσό των 100 λιρών αλλά θα έπρεπε να καταβάλλει και τις υπολοιπούμενες 40 λίρες. Το δικαστήριο τόνισε ότι, δεδομένου ότι η frustration απαλάσσει τα μέρη από τις μελλοντικές μόνο υποχρεώσεις, το γεγονός της μη χρησιμοποίησης απ' τον μισθωτή του διαμερίσματος, δηλαδή της έκλειψης της αντιπαροχής (failure of consideration) δεν επιδρά στην υποχρέωση του για το μίσθωμα.

Τα ανεπιεική αποτελέσματα αυτής της λύσης προκάλεσαν την κριτική της θεωρίας και ακολούθησε η πρόταση της Επιτροπής Νομοθετικής Αναθεώρησης (Law Revision Committee) για νομοθετική ρύθμιση των εννόμων συνεπειών⁵⁰³. Ωστόσο, ήδη πριν τη θέσπιση του 1943 Act, η νομολογία, με την απόφαση *Fibrosa (1943)*⁵⁰⁴ υιοθέτησε μια πιο επιεική -με αρκετές όμως ακόμη ελλείψεις- θέση. Το δικαστήριο, ανατρέποντας το dictum της *Chandler v. Webster* έκρινε ότι η ολική έκλειψη της αντιπαροχής (total failure of consideration) απαλάσσει τα μέρη απ' την εκπλήρωση και δικαιολογεί την επιστροφή τυχόν προκαταβολών. Η υπόθεση αφορούσε μια σύμβαση κατασκευής μηχανημάτων απο μια αγγλική εργολήπτρια εταιρεία σύμφωνα με τις εξατομικευμένες προδιαγραφές της εργοδότης πολωνικής εταιρείας. Η σύμβαση προέβλεπε ότι μετά την κατασκευή τους, τα μηχανήματα θα έπρεπε να παραδοθούν στην πολωνική πόλη Γκντίνια. Η αντιπαροχή ορίστηκε σε 4.600 λίρες, εκ των οποίων οι 1.600 ήταν προκαταβλητέες. Πριν την ολοκλήρωση της κατασκευής, η πολωνική

⁵⁰¹ Βλ. *Koffman, MacDonald*, όπ.π., σ. 539.

⁵⁰² *Chandler v. Webster* (1904) 1 K.B. 493.

⁵⁰³ Βλ. *Koffman, MacDonald*, όπ.π.

⁵⁰⁴ *Fibrosa Spolka Akcyjna v Fairbairn Lawson Combe Barbour Ltd* (1943) AC 32.

πόλη καταλήφθηκε απ' τον γερμανικό (εχθρικό προς τον αγγλικό) στρατό και η σύμβαση θεωρήθηκε λυθείσα ως αποτελούσα απαγορευμένη συναλλαγή με τον εχθρό (trading with the enemy). Τα μηχανήματα δεν παραδόθηκαν ποτέ στην εργοδότρια και το δικαστήριο έκρινε ότι η ολική έκλειψη της αντιπαροχής δικαιολογεί την επιστροφή της προκαταβολής και την απαλλαγή από τις υφιστάμενες υποχρεώσεις.

Παρά τη συμβολή της απόφασης αυτής στον μετριασμό των ανεπιεικών συνεπειών του νομολογιακού προηγούμενου παρατηρούνται οι ακόλουθες αδυναμίες⁵⁰⁵. Με την υιοθετούμενη λύση ακολουθείται απαρεγγλίτως ο κανόνας «η ζημία παραμένει σε εκείνον στον οποίο επιπίπτει» (the loss lies where it falls) καθώς το σύνολο της ζημίας επιπίπτει στον εργολάβο που μέχρι τη λύση της σύμβασης είχε προχωρήσει τις διαδικασίες κατασκευής, και εξακολουθεί να φέρεται απ' αυτόν, καθώς δεν λαμβάνει κανένα αντάλλαγμα, ούτε διατηρεί αξία της προκαταβολής ίση με το έως τότε κόστος κατασκευής. Ακόμη, είναι δυσχερής η εξεύρεση άλλου αγοραστή, δεδομένου ότι τα μηχανήματα είχαν κατασκευαστεί κατά παραγγελία, με εξατομικευμένα χαρακτηριστικά. Μια επιπλέον αδυναμία της προσέγγισης αυτής έγκειται στο γεγονός ότι δέχεται απαλλαγή από τις συμβατικές υποχρεώσεις μόνο στην περίπτωση της ολικής έκλειψης της αντιπαροχής. Στο εν λόγω παράδειγμα, αν η πολωνική εταιρεία είχε παραλάβει πριν τη λύση μέρος των μηχανημάτων (μερική έκλειψη της αντιπαροχής), θα εξακολουθούσε να ευθύνεται για το σύνολο της προκαταβολής (ανεξαρτήτως της αξίας τους).

Οι προπαρατεθείσες αδυναμίες της προσέγγισης του common law κατέστησαν αναγκαία τη νομοθετική ρύθμιση των εννόμων συνεπειών της frustration με το Law Reform (Frustrated Contracts) Act 1943. Οι προβλέψεις του νομοθετήματος αυτού, συνιστούν ενδοτικό δίκαιο⁵⁰⁶, ενώ από το πεδίο εφαρμογής του εξαιρούνται σημαντικά είδη συμβάσεων, όπως τα ναυλοσύμφωνα και οι ασφαλιστικές συμβάσεις⁵⁰⁷. Για την κατανόηση των επιμέρους ρυθμίσεων αυτού του νομοθετήματος η θεωρία επιχείρησε να προσδιορίσει τον σκοπό του⁵⁰⁸. Το τιθέμενο ερώτημα είναι αν με αυτό επιχειρήθηκε απλώς η αντιμετώπιση φαινομένων αδικαιολόγητου πλουτισμού ή περαιτέρω η κατανομή ζημιών. Αν ισχύει το δεύτερο, τότε ίσως επιχειρήθηκε νομοθετικά η επιδίωξη περισσότερο δίκαιων λύσεων, αποτέλεσμα στο οποίο θα μπορούσε να έχει

⁵⁰⁵ Όπως έχουν επισημανθεί ομόφωνα από την θεωρία, βλ. *Treitel*, *The law of contract*, σ. 911, *Burrows*, όπ.π., σ. 678, *Mckendrick*, όπ.π., σ. 226.

⁵⁰⁶ Αρ. 2 (3).

⁵⁰⁷ Άρθρα 2(5)α (με την εξαίρεση των χρονοναυλοσυμφώνων) και 2(5)β αντίστοιχα.

⁵⁰⁸ Βλ. *Mckendrick*, όπ.π., σ. 228.

οδηγήσει και η απονομή εξουσίας αναπροσαρμογής στον δικαστή. Σε μια από τις λιγοστές αποφάσεις της αγγλικής νομολογίας όπου εφαρμόζονται οι ρυθμίσεις του 1943 Act, αναφέρεται⁵⁰⁹ ότι «ο θεμελιώδης σκοπός που διαπνέει το Act είναι η αποτροπή του αδικαιολόγητου πλουτισμού ενός συμβαλλόμενου εις βάρος του άλλου μέρους...και όχι η κατανομή της ζημίας μεταξύ των μερών».

Η παράθεση των βασικών ρυθμίσεων του 1943 Act, είναι διαφωτιστική για την διαπίστωση του βασικού σκοπού του. Στο άρθρο 1(2) τίθεται ο γενικός κανόνας ότι αποσβέννυνται οι χρηματικές υποχρεώσεις που ήταν ληξιπρόθεσμες πριν τη λύση της σύμβασης και ότι είναι επιστρεπτές τυχόν προκαταβολές, ανεξαρτήτως του αν υπάρχει ολική ή μερική έκλειψη της αντιπαροχής. Προβλέπεται ακόμη, ότι στο αίτημα για επιστροφή της προκαταβολής μπορεί να αντιταχθεί ως άμυνα η διατήρηση μέρους του ποσού για την κάλυψη από τον οφειλέτη εξόδων στα οποία προέβη στο πλαίσιο της εκπλήρωσης.

Η ανωτέρω νομοθετική πρόβλεψη τροποποιεί τον νομολογιακό κανόνα ότι οι έννομες συνέπειες της frustration αναπτύσσονται μόνον *ex nunc*. Μετριάζει τις ανεπιεικείς συνέπειες του *common law*, επιτρέποντας την επιστροφή των προκαταβολών ανεξαρτήτως ολικής ή μερικής έκλειψης της αντιπαροχής. Τέλος, η πρόβλεψη για διατήρηση μέρους της προκαταβολής απόκειται στη διακριτική ευχέρεια του δικαστηρίου («if it considers it just to do so») και δεν μπορεί να υπερβαίνει το ποσό των γενόμενων εξόδων. Τίθεται το ερώτημα εάν η τελευταία αυτή πρόβλεψη αποσκοπεί σε μια δίκαιη κατανομή της ζημίας μεταξύ των μερών ή έχει απλώς αποκαταστατικό χαρακτήρα.

Η νομολογία επιχείρησε να δικαιολογήσει την ανωτέρω ρύθμιση με όρους του δικαίου του αδικαιολόγητου πλουτισμού. Έτσι, η δυνατότητα παρακράτησης μέρους της προκαταβολής για έξοδα εκπλήρωσης παραλληλίστηκε με την ένσταση του δικαίου της restitution, υπό τον τίτλο «defence of change of position»⁵¹⁰. Σκοπός της ένστασης, που αναγνωρίστηκε νομολογιακά μόλις το 1991 είναι να διασφαλίσει ότι ο λήπτης αδικαιολόγητου πλουτισμού δεν υποχρεούται να τον αποδώσει όταν τον απώλεσε όντας καλόπιστος⁵¹¹. Η ρύθμιση του Act όμως συναντά κάποιους περιορισμούς, όπως ότι το ποσό πρέπει να έχει διατεθεί μόνο για λόγους που ανάγονται στην εξυπηρέτηση

⁵⁰⁹ *Goff J, B.P Exploration Co (Libya) v. Hunt* (1979) 1 W.L.R 783.

⁵¹⁰ *Goff J, B.P Exploration v. Hunt*, όπ.π., «The allowance for expenses is probably best rationalized as a statutory recognition of the defence of change of position».

⁵¹¹ Βλ. *Burrows*, όπ.π., σ. 688.

της σύμβασης, όπως και ότι ανώτατο ύψος του ποσού που θα διατηρηθεί απ' τον οφειλέτη θα είναι αυτό της προκαταβολής (περιορισμοί που δεν ισχύουν στην *defence of change of position*). Συνεπώς, η δικαιολόγηση του άρθρου «*in restitutionary terms*» βοηθά στην κατανόηση του σκοπού του, μπορεί όμως να οδηγήσει και σε σύγχυση⁵¹². Ως προς την *ratio* της κατανομής της ζημίας, παρατηρούνται τα ακόλουθα: Το γεγονός ότι ο οφειλέτης που προέβη σε έξοδα εκπλήρωσης, μπορεί να τα αξιώσει μόνο με τη μορφή της άμυνας έναντι αιτήματος για επιστροφή προκαταβολής και όχι επι τη βάσει αυτοτελούς αιτήματος⁵¹³ κάθε άλλο παρά ανταποκρίνεται σε έναν σκοπό δίκαιης κατανομής ζημιών⁵¹⁴. Ακόμη, η αποκατάσταση εξόδων εκπλήρωσης εξαρτάται από την ύπαρξη υποχρέωσης προκαταβολής και κατά λογική αναγκαιότητα θα έχει ως ανώτατο όριο το ύψος της προκαταβολής. Συνεπώς, λόγω του συνόλου των προαναφερθέντων περιορισμών δεν θα μπορούσε να ειπωθεί με ακρίβεια ούτε ότι ο νομοθέτης αποσκοπούσε γενικά στη δίκαιη κατανομή ζημιών ούτε στην αποτροπή φαινομένων αδικαιολόγητου πλουτισμού με την έννοια της γενικής αρχής του *unjust enrichment*⁵¹⁵.

Ένα ακόμη ζήτημα που τίθεται αφορά στον τρόπο άσκησης της διακριτικής ευχέρειας του δικαστηρίου ως προς τον προσδιορισμό του ύψους της προκαταβολής που θα μπορεί να διατηρήσει ο οφειλέτης. Το ζήτημα αυτό απασχολεί το δικαστήριο στην υπόθεση *Gamerco SA v. ICM* (1995)⁵¹⁶. Η ενάγουσα, εταιρεία διοργάνωσης συναυλιών, συμφώνησε με την εταιρεία-*manager* του γκρουπ *Guns n' Roses* τη διεξαγωγή μιας συναυλίας σε ποδοσφαιρικό γήπεδο και προκατέβαλλε για το σκοπό αυτό το ποσό των 412.500 λιρών, βάσει της σύμβασης. Λίγες ημέρες πριν τη συναυλία, κρίθηκε ότι το γήπεδο δεν πληρούσε τις προδιαγραφές ασφαλείας και η χρήση του απαγορεύθηκε. Η ακύρωση της συναυλίας επέφερε τη λύση της σύμβασης λόγω *frustration* και οι διοργανωτές άσκησαν αγωγή βάσει του αρ. 1(2) του 1943 Act για την επιστροφή της προκαταβολής. Τέθηκε το ζήτημα εάν θα έπρεπε να επιστραφεί το σύνολο της προκαταβολής δεδομένου ότι η ICM είχε πραγματοποιήσει έξοδα ύψους 50.000 λιρών. Κατ' άσκηση της διακριτικής του ευχέρειας, το δικαστήριο δέχθηκε στην κρινόμενη υπόθεση ότι ήταν επιστρεπτέο το σύνολο της προκαταβολής στη

⁵¹² *Mckendrick*, *οπ.π.*, σ. 232.

⁵¹³ *Mckendrick*, *οπ.π.*, σ. 233-234.

⁵¹⁴ *Chandler, Brown*, *Law of Contract, Questions & Answers*, (2007-8), σ. 214.

⁵¹⁵ Έτσι, *Burrows*, *οπ.π.* σ. 689 .

⁵¹⁶ *Gamerco S.A v. ICM/Fair Warning (Agency) Ltd* (1995) WLR 1226, Queen's Bench Division

διοργανώτρια εταιρεία καθώς η ίδια είχε πραγματοποιήσει πολλαπλάσια έξοδα (450.000 λίρες) σε σχέση με την εταιρεία manager του μουσικού συγκροτήματος.

Ο δικαστής *Garland*, πραγματευόμενος το ζήτημα του τρόπου άσκησης της διακριτικής ευχέρειας του δικαστηρίου βάσει του αρ. 1(2) του Act, παρέθεσε τις σχετικές απόψεις. Κατά μια άποψη, το μέρος που έλαβε την προκαταβολή, θα έπρεπε να διατηρήσει το σύνολο του ποσού (total retention), καθώς η ίδια η πρόβλεψή της λογικά αποσκοπούσε στην κάλυψη από σχετικές ζημίες⁵¹⁷. Κατ' άλλη άποψη⁵¹⁸, θα έπρεπε να γίνεται ισότιμη κατανομή της ζημίας (equal division), δηλαδή να αποδίδεται μόνο το μισό της προκαταβολής. Προκρίτέα και περισσότερο σύμφωνη με το γράμμα της διάταξης θεωρήθηκε η άποψη περι ευρείας διακριτικής ευχέρειας του δικαστηρίου (broad discretion) ως προς τον προσδιορισμό του ύψους της προκαταβολής που θα επιστρέφεται κάθε φορά. Το δικαστήριο «αναλαμβάνει τον ρόλο εξεύρεσης μιας δίκαιης λύσης και άμβλυνσης της αρχής της παραμονής της ζημίας σε εκείνον στον οποίο επιπίπτει».

Στο άρθρο 1(3) του 1943 Act, τίθενται οι προϋποθέσεις για την χορήγηση ανταλλάγματος για κάποιο (μη χρηματικό) όφελος («valuable benefit») που προσφέρθηκε από τον ένα συμβαλλόμενο στον άλλο, κατά τη λειτουργία της σύμβασης⁵¹⁹. Το άρθρο ορίζει ότι το δικαστήριο, στο μέτρο που το κρίνει δίκαιο και λαμβάνοντας υπόψη τις ιδιαίτερες περιστάσεις, μπορεί να επιδικάσει κάποιο χρηματικό ποσό στον συμβαλλόμενο εκείνο από τις ενέργειες του οποίου ο έτερος προσπορίστηκε κάποιο όφελος. Η διάταξη αυτή έχει θέσει ποικίλα ερμηνευτικά ζητήματα, ως προς τον προσδιορισμό του τι συνιστά «όφελος», τον χρόνο αποτίμησης της αξίας του και τον τρόπο προσδιορισμού του δίκαιου ποσού που θα επιδικαστεί γι' αυτό.

Αντιπροσωπευτικό παράδειγμα απο τη νομολογία για την εφαρμογή του εν λόγω άρθρου συνιστά η απόφαση *B.P Exploration Co (Libya) v. Hunt*⁵²⁰. Η υπόθεση προέκυψε από μια σύμβαση μεταξύ της πετρελαϊκής εταιρείας BP και του επιχειρηματία Hunt με αντικείμενο την απόκτηση του μισού μεριδίου μιας άδειας εξορύξεως πετρελαίου στη Λιβύη, κυριότητας του Hunt. Το αντίτιμο για την άδεια θα

⁵¹⁷ Η θέση αυτή προωθήθηκε απ' την Επιτροπή Νομοθετικής Αναθεώρησης το 1939.

⁵¹⁸ Η προσέγγιση αυτή ακολουθείται ρητά απ' το British Columbia Frustrated Contracts Act 1974 και κατ' αρχήν απ' το South Australian Frustrated Contracts Act 1988.

⁵¹⁹ Με το άρθρο αυτό τροποποιείται η θέση του common law, κατά την οποία ο συμβαλλόμενος που εκπλήρωσε κάποια παροχή πριν τη frustration (λ.χ ο εργολάβος που εγκατέστησε μέρος ενός μηχανήματος στο εργοστάσιο του εργοδότη), δεν λαμβάνει κάποιο αντάλλαγμα για το μέρος της εκπληρωθείσας παροχής. Βλ. *Appleby v. Myers* (1867) L.R 2 C.P 651.

⁵²⁰ *B.P Exploration Co (Libya) v. Hunt* (1979) 1 WLR 783. Βλ. σχετικά, *Treitel*, όπ.π., σ. 913 επ, *Burrows*, όπ.π., σ. 681 επ, *Chandler, Brown*, όπ.π., σ. 214-215.

καταβαλλόταν τόσο σε χρήμα όσο και σε πετρέλαιο. Η BP θα χορηγούσε τα απαραίτητα κεφάλαια και τον εξοπλισμό για την εξεύρεση και εξόρυξη του πετρελαίου. Όταν θα ξεκινούσε η εξαγωγή του πετρελαίου, τα κέρδη θα μοιράζονταν, αλλά τα 3/8 του μεριδίου του Hunt θα αποδίδονταν για κάποιο διάστημα στη BP μέχρι την κάλυψη κατά ποσοστό 125% των αρχικών της εξόδων (reimbursement oil). Λίγο διάστημα αφότου άρχισε η επιτυχής εξόρυξη πετρελαίου, η κυβέρνηση της Λιβύης απαλλοτρίωσε τα μερίδια και των δύο συμβαλλομένων, με αποτέλεσμα η σύμβαση να λυθεί λόγω frustration. Η BP άσκησε αγωγή με νομική βάση το αρ. 1(3) του 1943 Act, ζητώντας να της αποδοθεί ένα *δίκαιο ποσό* (award of a just sum) με την αιτιολογία ότι εξ' αιτίας των ενεργειών της (επένδυση κεφαλαίων, έρευνα, εξοπλισμός) που είχαν ως αποτέλεσμα την εύρεση και επιτυχή εξόρυξη πετρελαίου, ο αντισυμβαλλόμενός της ωφελήθηκε, ωφέλεια που συνίστατο στην αύξηση της αξίας του μεριδίου του (valuable benefit), ενώ εκείνη δεν είχε αποσβέσει ακόμα το κόστος της επένδυσής της, έχοντας εισπράξει μόνο το 1/3 του συμφωνηθέντος reimbursement oil. Το αίτημα έγινε δεκτό (επικυρώθηκε δε τόσο από το Εφετείο όσο και από τη Βουλή των Λόρδων) και η σχετική δικαστική κρίση είναι χαρακτηριστική τόσο για την ερμηνεία της έννοιας του οφέλους (valuable benefit) όσο και για τον τρόπο υπολογισμού του δίκαιου ποσού που μπορεί να επιδικάσει σε αντιστάθμισμά του, το δικαστήριο.

Ο δικαστής Garland δέχθηκε ότι κατά την εξέταση ενός αιτήματος υπό το αρ. 1(3) του 1943 Act ο δικαστής θα πρέπει πρώτα να προσδιορίζει το πολύτιμο όφελος, και στη συνέχεια να υπολογίζει την αξία του και ένα δίκαιο ποσό σε αντιστάθμισμά του. Ως γενικό κανόνα έθεσε ότι το πολύτιμο όφελος του αρ. 1 (3) δεν αντιστοιχεί στο κόστος εκπλήρωσης του ενάγοντος και στις παραχθείσες απ' αυτόν υπηρεσίες αλλά στο αποτέλεσμα των ενεργειών του («end product»). Στην υπό κρίση περίπτωση, το αποτέλεσμα της επένδυσης της BP ήταν η αύξηση της αξίας του μεριδίου του Hunt. Όπως ορίζεται ρητά στο αρ. 1(3), ο δικαστής κατά τον προσδιορισμό του δίκαιου ποσού, θα πρέπει να συνεκτιμά τις συνέπειες της frustration επί του οφέλους. Συνεπώς, λαμβανομένης υπόψη της καταβληθείσας αποζημίωσης λόγω απαλλοτρίωσης, η αύξηση της αξίας της άδειας του Hunt που αποδιδόταν στην επένδυση της BP, υπολογίστηκε σε 85 εκατομμύρια δολάρια. Ωστόσο, για τον τον υπολογισμό του δίκαιου ποσού που θα έπρεπε να δοθεί στη BP, το δικαστήριο δεν έλαβε καν υπόψη το ανωτέρω υπολογισθέν ύψος του οφέλους. Αντίθετα, χρησιμοποίησε ως κριτήριο το αντιστάθμισμα (ως συμβολή προς τον Hunt) που θα δικαιούτο η BP για τις παροχές

της ως επενδύτριας, ήτοι το κόστος των υπηρεσιών της⁵²¹. Υπολόγισε κατ' αρχήν το κόστος της επένδυσης της BP για λογαριασμό του Hunt (αντίτιμο για αγορά μεριδίου άδειας, κόστος εργασιών έρευνας και εξόρυξης δια του δύο) το οποίο ανερχόταν σε 98 εκ. δολάρια, αφαιρώντας στη συνέχεια την αξία του reimbursement oil που είχε ήδη λάβει (63 εκ. δολάρια). Το εναπομείναν ποσό (35 εκ. δολάρια) επιδικάστηκε στη BP ως δίκαιο ποσό για τη συμβολή της στην αύξηση της αξίας του μεριδίου του Hunt.

Η εφαρμογή του αρ.1(3) στην εν λόγω απόφαση επικρίθηκε από τη θεωρία⁵²² ως εμπεριέχουσα ένα λογικό σφάλμα. Ειδικότερα, δεν παρατηρείται κανένας σύνδεσμος μεταξύ του υπολογισμού της αξίας του πολύτιμου οφέλους και του προσδιορισμού του δίκαιου ποσού που θα έπρεπε να δοθεί σε αντιστάθμισμά του. Κατά την ανάλυση του Goff, Φαίνεται ότι ο Hunt προσπορίστηκε δύο διαφορετικά οφέλη, το πρώτο αφορούσε στην αύξηση της αξίας του μεριδίου του, και το δεύτερο στην αποτίμηση της αξίας των υπηρεσιών της BP στο μέτρο που ωφέλησαν τον ίδιο. Ενώ αρχικά ο δικαστής αναγνώρισε ως πολύτιμο όφελος την αύξηση της αξίας του μεριδίου του Hunt, στην πράξη δεν αποκατέστησε τον πλουτισμό αυτόν, αλλά το ποσό που αντιστοιχούσε στο κόστος των παρεχόμενων από τη BP υπηρεσιών. Το Εφετείο επικύρωσε την απόφαση και χωρίς να λάβει θέση για τα κριτήρια που χρησιμοποίησε ο Goff για τον προσδιορισμό του δίκαιου ποσού, υπογράμμισε ως στοιχείο καθοριστικού χαρακτήρα, την ευρεία διακριτική ευχέρεια του δικαστή ως προς τον προσδιορισμό του : «what is just is what the trial judge thinks is just». Συνεπώς, ελλείπει, συγκεκριμένων κριτηρίων που να γίνονται ευρύτερα αποδεκτά απ' τη νομολογία, και με την τοποθέτηση του κέντρου βάρους στη διακριτική ευχέρεια του δικαστή καθίσταται εξαιρετικά δυσχερής η πρόγνωση του τι θα συνιστά δίκαιο ποσό, σε υποθέσεις με αντικείμενο την παροχή υπηρεσιών πριν τη λύση της σύμβασης⁵²³.

5. *Ενδιάμεσο Συμπέρασμα*

Η προβληματική των εννόμων συνεπειών συνέχεται με την έκταση της επέμβασης της έννομης τάξης στο περιεχόμενο και τη λειτουργία της σύμβασης όταν

⁵²¹ Το δικαστήριο, για τον υπολογισμό του δίκαιου ποσού, χρησιμοποιεί ένα κριτήριο (το κόστος εκπλήρωσης του δανειστή), που είχε απορρίψει νομικότερα για τον υπολογισμό του οφέλους, βλ. *Treitel*, όπ.π. σ. 914.

⁵²² Βλ. *Ball*, *Enrichment at the claimant's expense*, σ. 193-195.

⁵²³ Βλ. *Mckendrick*, *Contract Law, Texts Cases and Materials*, σ. 920-921.

πληρούνται οι εκάστοτε τιθέμενες προϋποθέσεις. Στο επίπεδο της εξέτασης των προϋποθέσεων αναζητήθηκαν τα *de lege lata* και *de lege ferenda* επιχειρήματα περί της δέουσας κατανομής του κινδύνου μιας απρόβλεπτης μεταβολής των συνθηκών⁵²⁴. Στο επίπεδο των εννόμων συνεπειών γίνεται κατ' ακριβολογία λόγος για την προκρινόμενη κατανομή της επελθούσας ζημίας (μετά την πραγμάτωση του κινδύνου)⁵²⁵. Η λύση της σύμβασης λόγω διάπλασης κατά την ΑΚ 388 και κατά τη *frustration* συνεπάγεται, κατ' αρχήν, μετακύλιση της ζημίας από τον οφειλέτη που διαφορετικά θα έπρεπε να εκπληρώσει την επαχθή παροχή ή θα ενεχόταν για αθέτηση της σύμβασης, στον δανειστή. Με την αναπροσαρμογή προκρίνεται κατ' αρχήν η κατανομή της ζημίας αλλά δεν αποκλείεται και η πλήρης μετακύλισή της στον δανειστή. Αναζητείται η επιλεγόμενη οδός από κάθε μια από τις συγκρινόμενες έννομες τάξεις : Προκρίνεται η πλήρης επιβάρυνση με τη ζημία του μέρους στο οποίο επιπίπτει («letting the loss lie where it falls»), ή η κατανομή της μεταξύ των μερών και με ποιο τρόπο πραγματώνεται η προκρινόμενη λύση;

Κατά το ελληνικό δίκαιο χορηγείται διαπλαστική εξουσία στον δικαστή για λύση ή αναπροσαρμογή της σύμβασης, ενώ η επιλογή του προσήκοντος μέτρου πραγματοποιείται ύστερα από λήψη υπ' όψη του περιεχομένου του αιτήματος του πληγέντος μέρους αλλά και τη στάθμιση των συμφερόντων και των δύο μερών. Αντίθετα, η *frustration* γίνεται αντιληπτή ως αυτοδίκαιη έννομη συνέπεια που γεννάται με τη συνδρομή των τιθέμενων προϋποθέσεων και επιφέρει τη λύση της σύμβασης *ex nunc*, ανεξαρτήτως της γνώσης, της επιθυμίας ή των συμφερόντων των μερών. Δικονομικά προβάλλεται ως άμυνα του εναγομένου σε αγωγή με την οποία καλείται να καταβάλλει αποζημίωση για αθέτηση της σύμβασης (*breach of contract*).

Η αντίθεση των δύο εννόμων τάξεων αναδεικνύεται με την θεώρηση της σχέσης των δύο μέτρων (λύσης-αναπροσαρμογής). Κατά την ελληνική προσέγγιση, το προβάδισμα θα πρέπει να δίνεται στην επιλογή της αναπροσαρμογής ως ηπιότερου μέτρου, και προσφορότερου να οδηγήσει στην πραγμάτωση του σκοπού των μερών, ενώ η λύση της σύμβασης θεωρείται επαχθέστερη και κατ' αρχήν ανεπαρκής από μόνη της για την επιδίωξη μιας *in concreto* δίκαιης λύσης⁵²⁶. Κατά την αγγλική προσέγγιση, η δικαστική αναπροσαρμογή της σύμβασης αντιμετωπίζεται ως εντονότερη προσβολή

⁵²⁴ Πότε θα πρέπει να εξακολουθήσει να ευθύνεται ο οφειλέτης προς εκπλήρωση/ αποζημίωση λόγω μη εκπλήρωσης και πότε θα προκρίνεται η ανακούφιση/απαλλαγή του.

⁵²⁵ Για την ορολογική διευκρίνιση της διάστασης κατανομής κινδύνου-επελθούσας ζημίας βλ. Καραμπατζό, ό.π. αρ. 57.

⁵²⁶ Βλ. Παπανικολάου, σε Αφιέρωμα στον Α.Γαζή (1994), σ. 505, Σακέττα, Ερμ ΑΚ388 αρ. 60.

της αρχής της ιερότητας των συμβάσεων σε σχέση με τη λύση και για τον λόγο αυτό δεν επιτρέπεται⁵²⁷.

Η έκταση των εννόμων συνεπειών συνέχεται και με την προβληματική του δικαιοδογματικού θεμελίου του θεσμού⁵²⁸. Στο ελληνικό δίκαιο, η πραγμάτωση των επιταγών της επιείκειας προϋποθέτει την πρόσδοση ευρείας διαπλαστικής εξουσίας στον δικαστή. Ο «κοινωνιστικός» χαρακτήρας της ΑΚ 388 συνηγορεί υπέρ της πρόβλεψης δυνατότητας αναπροσαρμογής των παροχών και κατανομής της ζημίας μεταξύ των μερών. Αντίθετα, η σύγχυση στον αγγλοσαξωνικό χώρο ως προς το θεμέλιο της frustration, σε συνδυασμό με τον ακραιφνώς φιλελεύθερο χαρακτήρα του δικαίου των συμβάσεων, δικαιολογούν την περιοριστική προσέγγιση στο επίπεδο των εννόμων συνεπειών.

Το μέτρο της αναπροσαρμογής, ήτοι της ευθείας επέμβασης του Έλληνα δικαστή στο περιεχόμενο της σύμβασης, συνιστά μια οδό κατάλληλη για τη δίκαιη επιδίωξη των συμφερόντων και των δύο μερών καθώς δίνει στον δικαστή τη δυνατότητα να αποκαταστήσει τη διαταραχθείσα ισορροπία παροχής και αντιπαροχής κατά τρόπο που να ανταποκρίνεται στην καλή πίστη. Όπως αναλύθηκε, η ΑΚ 388 φαίνεται να προκρίνει κατ' αρχήν μια κατανομή της ζημίας μεταξύ των μερών ύστερα από ad hoc αξιολόγηση των συμφερόντων τους και των περιστάσεων από τον δικαστή. Αντίθετα, η αγγλική έννομη τάξη, μη χορηγώντας στο δικαστή εξουσία αναπροσαρμογής της σύμβασης εμφανίζει ακαμψία στο επίπεδο των εννόμων συνεπειών καθώς η αναπροσαρμογή συνιστά τον κατεξοχήν πρόσφορο τρόπο για την in concreto κατανομή ζημιών και αποφυγή φαινομένων αδικαιολόγητου πλουτισμού⁵²⁹.

Στο ελληνικό δίκαιο, η επιλογή της λύσης της σύμβασης, παρότι ομοιάζει άκαμπτη, μπορεί επίσης να οδηγήσει σε μια δίκαιη in concreto κατανομή της ζημίας καθώς ο δικαστής στο πλαίσιο της ευρείας διαπλαστικής εξουσίας του, μπορεί να διατάξει παράλληλα και οποιοδήποτε άλλο μέτρο απαραίτητο κατά την κρίση του για την δίκαιη έκβαση της διαφοράς, ακόμα και να επιβάλλει την υποχρέωση καταβολής

⁵²⁷ Έτσι, *Treitel*, Frustration and Force Majeure, παρ. 15-038.

⁵²⁸ Έτσι, *Hay*, όπ.π., σ. 347: «Should relief take the form of ... termination... or adjustment? The answer might depend on the basic approach to contract law. An approach seeking social justice may require adjustment of the contract in the interest of both parties», σ. 350 : «On the remedies side... English law has tended to be restrictive... principally because of the theoretical approach to the basic problem».

⁵²⁹ Βλ. *Morgan*, όπ.π., σ. 148.

ορισμένου ποσού στον δανειστή εν είδει αποζημίωσης⁵³⁰. Κατά τ' άλλα, όπως ορίζεται ρητά στην ΑΚ 388, η λύση επιφέρει απόσβεση των συμβατικών υποχρεώσεων και γεννά αμοιβαίες ενοχικές υποχρεώσεις απόδοσης των παροχών που εκπληρώθηκαν κατά τις 904 επ. ΑΚ. Αντίθετα, στο αγγλικό δίκαιο παρατηρείται σύγχυση ως προς τις συνέπειες της λύσης της σύμβασης επί των συμβατικών υποχρεώσεων, την τύχη των παροχών που ήδη εκπληρώθηκαν, και την δυνατότητα κατανομής ζημιών.

Κατά την παραδοσιακή θέση του common law η λύση ενεργεί *ex nunc*, επομένως οι γεννημένες υποχρεώσεις και δικαιώματα των μερών μέχρι τη λύση της σύμβασης παραμένουν σε ισχύ, ενώ παροχές που εκπληρώθηκαν μέχρι αυτό το χρονικό σημείο, δεν αναζητούνται. Οι ανεπιεικείς συνέπειες του κανόνα αυτού αναδείχθηκαν κατά τη νομολογιακή εφαρμογή του και μετριάσθηκαν νομοθετικά με το Law Reform (Frustrated Contracts) Act 1943. Εκεί ορίζεται ρητά ότι αποσβήνονται χρηματικές υποχρεώσεις που έπρεπε να εκπληρωθούν πριν τη λύση της σύμβασης ενώ το ίδιο πρέπει να θεωρηθεί ότι ισχύει και για τις λοιπές υποχρεώσεις κατά την ορθότερη ερμηνεία, αν και δεν ορίζεται ρητά⁵³¹.

Σκοπός του νομοθετήματος ήταν να ρυθμίσει ειδικά τις έννομες συνέπειες της frustration. Οι εξαιρετικές ρυθμίσεις του διαπνέονται από τον σκοπό αποτροπής φαινομένων αδικαιολόγητου πλουτισμού⁵³² παρουσιάζοντας όμως αποκλίσεις από τον γενικό κανόνα περί αδικαιολόγητου πλουτισμού (*unjust enrichment*) του common law όπως γίνεται αντιληπτός σήμερα. Στο αρ. 1(2) προβλέπεται η επιστροφή προκαταβολών, κατ' απόκλιση του προγενέστερου case law. Ωστόσο, δύο άλλες ρυθμίσεις του νομοθετήματος φαίνεται να βαίνουν πέραν του ανωτέρω σκοπού χορηγώντας στον δικαστή μια – περιορισμένη έστω – εξουσία κατανομής ζημιών. Πρόκειται για την στο ίδιο άρθρο πρόβλεψη της διακριτικής ευχέρειας του δικαστή, να διατάξει την διατήρηση από τον οφειλέτη μέρους της προκαταβολής σε περίπτωση πραγματοποίησης εξόδων προς εκπλήρωση της σύμβασης. Η πρόβλεψη αυτή θα μπορούσε κατ' αρχήν να εξηγηθεί με όρους του δικαίου του αδικαιολόγητου πλουτισμού παρουσιάζοντας όμως σημαντικές αποκλίσεις⁵³³, η σημαντικότερη των

⁵³⁰ Έτσι, Σταθόπουλος, *ό.π.*, § 22 αρ. 36, 38, Παπανικολάου, *ό.π.*, σ. 505 σημ. 115. Η δυνατότητα του δικαστή να καταδικάσει το ευνοούμενο από τη λύση μέρος σε καταβολή εύλογης αποζημίωσης προβλεπόταν ρητά στο ΠροσχΓΑ (αρ. 94 § 2), βλ. Σακέττα, *ό.π.*, αρ. 56.

⁵³¹ Βλ. Mckendrick, *Force Majeure and Frustration*, σ. 238, Treitel, *ό.π.*, σ. 916.

⁵³² Το εν λόγω άρθρο έχει χαρακτηριστεί ως «πρώιμη νομοθετική καθιέρωση περίπτωσης αδικαιολόγητου πλουτισμού», δεδομένου ότι η νομολογιακή αναγνώριση του *unjust enrichment* επήλθε πολύ αργότερα, μόλις το 1991, βλ. Morgan, *ό.π.*, σ. 141, 143.

⁵³³ Η ρύθμιση παρουσιάζει αναλογίες με την ένσταση του δικαίου του αδικαιολόγητου πλουτισμού υπό τον όρο «defence of change of position», η οποία προβάλλεται από τον πλουτίσαντα όταν έχει απωλέσει,

οποίων έγκειται στην πρόσδοση διακριτικής ευχέρειας στον δικαστή. Ακόμη, κατά το αρ. 1(3), ο δικαστής μπορεί να επιδικάσει, εκτιμώντας το σύνολο των περιστάσεων, ένα *δίκαιο ποσό* στον συμβαλλόμενο εκείνο από τις ενέργειες του οποίου ο άλλος προσπορίστηκε κάποιο μη χρηματικό όφελος. Η εφαρμογή του άρθρου προσκρούει σε ποικίλες ερμηνευτικές δυσκολίες. Το σημείο που τελικά υπογραμμίζεται από τη θεωρία είναι ότι ενώ η ρύθμιση του άρθρου απηχεί σε ένα βαθμό αρχές του αδικαιολόγητου πλουτισμού, η πρόσδοση ευρείας διακριτικής ευχέρειας στον δικαστή συνηγορεί υπέρ της - περιορισμένης έστω- εξουσίας του για κατανομή ζημιών⁵³⁴.

Συνεπώς, στην περίπτωση της λύσης, στο ελληνικό δίκαιο, οι εκατέρωθεν παροχές επιστρέφονται κατά τις διατάξεις για τον αδικαιολόγητο πλουτισμό και οι λοιπές ζημίες παραμένουν σ' εκείνον στον οποίο επιπίπτουν (αν δεν υφίσταται άλλος νόμιμος λόγος ευθύνης), εκτός αν ο δικαστής κρίνει απαραίτητο να διατάξει οποιοδήποτε άλλο μέτρο ικανό να συμβάλλει στη δίκαιη έκβαση της διαφοράς (λ.χ την καταβολή εύλογης αποζημίωσης). Η δίκαιη κατανομή της ζημίας επιτυγχάνεται μέσω της ευρείας διαπλαστικής εξουσίας του δικαστή. Αντίθετα, στο αγγλικό δίκαιο, ισχύει κατ' αρχήν ο κανόνας «the loss lies where it falls» καθώς δεν χορηγείται στο δικαστή εξουσία αναπροσαρμογής της σύμβασης για κατανομή ζημιών. Το ειδικό νομοθέτημα που ρυθμίζει τις έννομες συνέπειες της λύσης, εμπεριέχει εξαιρετικές ρυθμίσεις που εν μέρει αποτρέπουν φαινόμενα αδικαιολόγητου πλουτισμού και εν μέρει συνιστούν απόκλιση από τον ανωτέρω κανόνα, χορηγώντας στον δικαστή περιορισμένη εξουσία κατανομής ζημιών, όταν εισφέρθηκαν στη σύμβαση χρηματικά ή μη οφέλη⁵³⁵.

Το νομοθέτημα αυτό έχει επικριθεί για τις ελλείψεις και τις κακοτεχνίες του, σε τέτοιο βαθμό ώστε οι συμβαλλόμενοι ενθαρρύνονται να αποκλείουν συμβατικά την

όντας καλόπιστος, μέρος ή το σύνολο του πλουτισμού κατά τον χρόνο που καλείται να τον επιστρέψει. Η ένσταση αυτή μπορεί να προβληθεί για οποιονδήποτε λόγο απώλειας του πλουτισμού, ενώ στην περ. του αρ. 1(2) του Act, «απώλεια» του πλουτισμού, ήτοι της προκαταβολής, δικαιολογείται και άρα το ποσό που αναλώθηκε δεν επιστρέφεται, μόνο αν έχει τη μορφή εξόδων για τον σκοπό της εκπλήρωσης της σύμβασης. Ακόμη, αν ο οφειλέτης δεν είχε λάβει ή δεν του οφειλόταν προκαταβολή και παρά ταύτα πραγματοποίησε έξοδα προς εκπλήρωση της σύμβασης, δεν έχει αυτοτελή αγωγή αναζήτησής τους. Βλ. *Mckendrick, Force Majeure and Frustration...*, σ. 231, 233.

⁵³⁴ Ο *Goff J* στην (μοναδική) νομολογιακή ερμηνεία του αρ. 1(3), στην απόφαση *B.P v. Hunt*, διακηρύσσει ότι σκοπός του άρθρου είναι η αποφυγή φαινομένων αδικαιολόγητου πλουτισμού. Κατά τον προσδιορισμό του *δίκαιου ποσού*, ακολουθεί μια συλλογιστική που αντιστοιχεί στον προσδιορισμό της αξίας των παρασχεθεισών υπηρεσιών, σε μια «quantum meruit» αγωγή (που ομοιάζει με μια δική μας αγωγή αδικαιολόγητου πλουτισμού). Το Εφετείο όμως δεν υιοθετεί παρόμοιο κριτήριο αλλά υπογραμμίζει την ευρεία διακριτική ευχέρεια του δικαστή ως προς τον προσδιορισμό του δίκαιου ποσού ύστερα από *ad hoc* εκτίμηση των περιστάσεων. Βλ. *Mckendrick, όπ.π.*, σ.228, 238, *τον ίδιο*, σε *Contract Law, Texts Cases and Materials*, σ. 920-921.

⁵³⁵ Έτσι, *Morgan, όπ.π.*, σ. 150.

εφαρμογή του⁵³⁶. Όπως επισημαίνεται από τη θεωρία, οι force majeure clauses, προσφέρονται, εκτός από τον προσδιορισμό των γεγονότων που αποκλείουν/ επιτρέπουν τη frustration, για τον προσδιορισμό από τα μέρη των επιθυμητών εννόμων συνεπειών μιας απρόοπτης μεταβολής. Η «ελαστικότητα» των ρητρών αυτών μπορεί να αντιμετωπίσει αποτελεσματικά την «ακαμψία» των εννόμων συνεπειών του common law⁵³⁷. Η αύξηση του συναλλακτικού κόστους της σύνταξης προσεκτικά σχεδιασμένων συμβατικών ρητρών, αντισταθμίζεται, κατά την αγγλοσαξονική προσέγγιση, από την ασφάλεια δικαίου που παρέχει αυτή η λύση. Αντίθετα, η χορήγηση εξουσίας στον δικαστή να δράσει «ως άλλος δικαιοπρακτών», απορρίπτεται ως έχουσα ανυπολόγιστο κόστος για την ασφάλεια των συναλλαγών. Συνεπώς, η σκιαγράφηση του προβλήματος δεν αποδίδεται με το ερώτημα, αν το αγγλικό δίκαιο επιτρέπει ή όχι την αναπροσαρμογή της σύμβασης, αλλά, ευστοχότερα, με το ερώτημα, ποιος παρίσταται περισσότερο νομιμοποιημένος να προβεί στην αναπροσαρμογή, το δικαστήριο ή οι συμβαλλόμενοι⁵³⁸;

IX. Σύγχρονες τάσεις και αξιολόγηση των υιοθετούμενων λύσεων

1. Ελληνική έννομη τάξη: Η τάση για αναγνώριση μιας ευρείας εξουσίας αναπροσαρμογής του δικαστή

α. Η εφαρμογή της γενικής ρήτρας της ΑΚ 288 αντί του ειδικού πραγματικού της ΑΚ 388

Δεδομένου ότι η ΑΚ 388 αφορά μόνο τις αμφοτεροβαρείς συμβάσεις, η γενική ρήτρα καλόπιστης εκπλήρωσης των ενοχών, ΑΚ 288, εφαρμόζεται στην περίπτωση της απρόβλεπτης μεταβολής των συνθηκών υπό τις οποίες καταρτίστηκε μια ετεροβαρής σύμβαση ή μια μονομερής δικαιοπραξία.

Ωστόσο, ως σύγχρονη τάση κατά την αντιμετώπιση της εδώ εξεταζόμενης προβληματικής από την ελληνική νομολογία, έχει αποκρυσταλλωθεί, ήδη από τις αρχές τις δεκαετίας του 80, η εφαρμογή και *επι αμφοτεροβαρών συμβάσεων*, της γενικής ρήτρας ΑΚ 288, αντί του ειδικού πραγματικού της ΑΚ 388. Με την απόφαση της Ολομέλειας του ΑΠ 927/1982, νομολογήθηκε ότι η ΑΚ 288 λειτουργεί όχι μόνο ως συμπληρωματική, αλλά και ως διορθωτική ρήτρα των δηλώσεων βούλησης, στις

⁵³⁶ Βλ. *Morgan*, όπ.π., σ. 151.

⁵³⁷ Βλ. *Mckendrick*, *Force Majeure and Frustration...*, σ. 44.

⁵³⁸ Πρβλ. *Mckendrick*, *Contract Law*, αρ. 14.9.

περιπτώσεις που ένεκα μεταβολής των συνθηκών, η εκπλήρωση των συμφωνημένων κατέστη δυσβάστακτη για έναν απ' τους συμβαλλομένους. Κατά τη θέση αυτή, που έχει καταστεί παγία πλέον στη νομολογία⁵³⁹, η ΑΚ 288 έχει έδαφος εφαρμογής στην περίπτωση που δεν πληρούνται δύο από τις βασικές προϋποθέσεις της ΑΚ 388, ήτοι το *απρόβλεπτο* της μεταβολής και το *ανυπαίτιο* της μη πρόβλεψής της. Η εφαρμογή της ΑΚ 288 αντί της ΑΚ 388 συνεπάγεται συχνά και την παραγνώριση της προϋπόθεσης της «υπέρμετρης επάχθειας», καθώς όπως έχει δεχθεί η νομολογία, στο πλαίσιο της γενικής ρήτρας αρκεί απλή επάχθεια της παροχής ή απλώς προφανής δυσαναλογία μεταξύ των εκατέρωθεν παροχών⁵⁴⁰.

Στην πιο πρόσφατη νομολογία γίνεται επίκληση της διορθωτικής λειτουργίας της ΑΚ 288 κυρίως επί συμβάσεων εμπορικής μίσθωσης που συνήφθησαν προ ή κατά τις απαρχές της κρίσης. Ειδικότερα, γίνεται δεκτό ότι κατ' εφαρμογή της εν λόγω ρήτρας θα πρέπει λχ να γίνεται αναπροσαρμογή μισθώματος όταν το συμβατικά συμφωνημένο ύψος του αποτελεί «ιδιαίτερα επαχθή» παροχή κατά τον χρόνο εκπλήρωσης, ακόμα και σε περιπτώσεις που κρίθηκε ότι ήταν πράγματι *προβλέψιμη* κατά τον χρόνο σύναψης της σύμβασης η μεταβολή συγκεκριμένων οικονομικών δεδομένων στα οποία στηρίχθηκαν τα μέρη⁵⁴¹.

Η στάση αυτή της νομολογίας έχει επικριθεί έντονα από τη θεωρία⁵⁴², με την αιτιολογία ότι οδηγεί σε καταστρατήγηση της λογικής-συστηματικής σχέσης μεταξύ της γενικής ρήτρας ΑΚ 288 και του ειδικού πραγματικού της ΑΚ 388, παραγνωρίζοντας τον ίδιο τον λόγο θέσπισης της ΑΚ 388 ως εξαιρετικής διάταξης με την οποία εξειδικεύονται τα κριτήρια της καλής πίστης, ειδικά για την περίπτωση της εκ των υστέρων ανατροπής του δικαιοπρακτικού θεμελίου στην αμοτεροβαρή σύμβαση. Ο ιστορικός νομοθέτης προέβη σε ειδική νομοθετική αξιολόγηση των αντιμαχόμενων συμφερόντων, θέτοντας εξαιρετικά αυστηρές προϋποθέσεις για την κάμψη της αρχής *pacta sunt servanda*. Κατά την ρητώς εκφρασθείσα στο πραγματικό της ΑΚ 388 νομοθετική βούληση, το πληττόμενο εκ της μεταβολής των συνθηκών μέρος δεν θα έπρεπε να απολαύει προστασίας στις ακόλουθες περιπτώσεις: όταν

⁵³⁹ Ενδεικτικά, ΑΠ 1487/2005 ΝοΒ 2006, 394, ΑΠ 1289,1290/2011 ΤΝΠ Νόμος, ΑΠ 1271/2012 ΤΝΠ Νόμος, ΑΠ 334/2015 ΤΝΠ Νόμος, ΑΠ 1088/2017 ΤΝΠ Νόμος.

⁵⁴⁰ Βλ. ΕφΑθ 6054/1994 ΕΔΠ 1995, 131, ΑΠ 763/2003 ΝοΒ 2004, 242, *Καραμπατζό*, ΧρΙΔ ΙΒ/2012 σ. 430,431.

⁵⁴¹ Βλ. σχετικά σχολιασμό της απόφασης υπ' αριθμ. 34/2011 του ΜΠρΚαλαμ από τον *Καραμπατζό*, Οικονομική κρίση και αναπροσαρμογή των συμβατικών παροχών, ΧρΙΔ ΙΓ/2013, σ. 94 επ.

⁵⁴² Βλ. αναλυτικά *Καραμπατζό*, όπ.π., σ. 94-96, *τον ίδιο*, σε *Απρόβλεπτη Μεταβολή...* (2006), αρ. 478 επ., 507, 547, *Παπανικολάου*, *Μεθοδολογία...* (2000), αρ. 219.

προέβλεψε τη μεταβολή των συνθηκών αλλά δεν φρόντισε για τη συμπερίληψη σε αυτήν ειδικής ρήτρας κατανομής του συγκεκριμένου κινδύνου ή όταν υπαιτίως δεν προέβλεψε την μεταβολή κρίσιμων περιστατικών ή συνετέλεσε σε αυτήν, καθώς και όταν η παροχή του σε σχέση με την αντιπαροχή εμφανίζει απλώς σχέση σοβαρής δυσαναλογίας. Ωστόσο, κατά τις παραδοχές της νομολογίας, οι επιταγές της καλής πίστης μπορεί να επιβάλουν την αναπροσαρμογή της σύμβασης ακόμα και σε αυτές τις περιπτώσεις. Όπως παρατηρεί ο *Λιάπης*⁵⁴³, είναι εξαιρετικά αμφίβολο το κατά πόσον η προστασία του υπαίτιου και επιπόλαιου οφειλέτη ή η αναπροσαρμογή της σύμβασης ακόμα και επί απλής διατάραξης της συμβατικής ισορροπίας, συνάδουν με το περιεχόμενο και τα κελεύσματα της ίδιας της καλής πίστης και της συναλλακτικής εντιμότητας.

Κατά τον *Σταθόπουλο*⁵⁴⁴, η διορθωτική επέμβαση του δικαστή στη σύμβαση δυνάμει της ΑΚ 288 θα πρέπει να έχει και αυτή εξαιρετικό χαρακτήρα και να επιτρέπεται μόνο με τη συνδρομή κάποιου σπουδαίου λόγου. Ειδικά επί των αμφοτεροβαρών συμβάσεων, η γενική ρήτρα θα τυγχάνει εφαρμοστέα αντι της ΑΚ 388, χωρίς να παραβιάζεται η λογική-συστηματική μεταξύ τους σχέση, μόνον όταν, παρά την μη πλήρωση κάποιου στοιχείου του πραγματικού της τελευταίας, λ.χ του απρόβλεπτου ή του υπέρμετρου χαρακτήρα της επάχθειας, συντρέχει κάποιο «πρόσθετο στοιχείο»⁵⁴⁵, λ.χ η επαπειλούμενη οικονομική καταστροφή του οφειλέτη, που καθιστά την εμμονή της έννομης τάξης στην εκπλήρωση, μη ανεκτή κατά την καλή πίστη.

β. Ο κίνδυνος υπονόμευσης της ασφάλειας των συναλλαγών

Η ανωτέρω περιγραφείσα προστατευτική τάση της νομολογίας απέναντι στον πληττόμενο εκ της μεταβολής των συνθηκών συμβαλλόμενο, με την εφαρμογή της ΑΚ 288 και την ευθεία ή και έμμεση καταστρατήγηση του πραγματικού της ΑΚ 388, δεδομένης και της συχνότητας της επίκλησης των ανωτέρω διατάξεων από τους πληγέντες λόγω της οικονομικής κρίσης συμβαλλομένους, εγκυμονεί σοβαρούς κινδύνους για τη σταθερότητα των συναλλαγών. Η κατάσταση της ΑΚ 388 ως

⁵⁴³ Η οικονομική κρίση και το δίκαιο των συμβάσεων, ΔΕΕ, 1/2011, σ. 16-17.

⁵⁴⁴ ΑΚ Γεωργιάδη/Σταθόπουλου, 288, αρ. 17.

⁵⁴⁵ Παπανικολάου, σε Αφιέρωμα στον Α. Γαζή (1994), σ. 498, *τον ίδιο*, σε Μεθοδολογία... (2000), αρ.235, Καραμπατζό, ΧρΙΔ ΙΓ/2013 σ.36.

διάταξης με εξαιρετική εφαρμογή και αυστηρές προϋποθέσεις, επιβεβαιώνει τον κανόνα, την ανάγκη πιστής εφαρμογής του αρχικού συμβατικού περιεχομένου, για χάρη της ασφάλειας των συναλλαγών. Κατά την τρέχουσα περίοδο, όπου οι συνέπειες της οικονομικής κρίσης μεταβάλλουν τα δεδομένα υπό τα οποία συνήφθησαν προϋφιστάμενες αυτής συμβάσεις, η επίκληση των ρητρών επιείκειας ΑΚ 288 και ΑΚ 388, έχει προσλάβει γενικευμένη μορφή, συνεπώς η ερμηνεία και εφαρμογή τους από τον δικαστή θα πρέπει να γίνεται με ακόμα μεγαλύτερη σύνεση για να μην κλονιστεί η πίστη των συμβαλλομένων στη σταθερότητα των συναλλαγών.

Όπως είχε ήδη επισημάνει ο Μπαλής⁵⁴⁶, εάν ο κανόνας στην εδώ εξεταζόμενη προβληματική ήταν η μεταβολή του περιεχομένου της σύμβασης υπέρ του οφειλέτη, αυτό ενδεχομένως θα συνεπαγόταν την ασυνέπεια του δανειστή προς τους δικούς του οφειλότες, κλονίζοντας έτσι τις δομές του ίδιου του ενοχικού δικαίου. Οι προσδοκίες των συμβαλλομένων για την αποτελεσματικότητα της σύμβασης ως συναλλακτικού εργαλείου προσλαμβάνουν θεμελιώδη σημασία για τη σταθερότητα των συναλλαγών. Κατά τον Ζέπο⁵⁴⁷, οι δύο βασικοί κίνδυνοι που συνδέονται με την αφειδή εφαρμογή των ρητρών επιείκειας, είναι ο *κίνδυνος διαφθοράς των οφειλετών*, οι οποίοι με την ελπίδα ότι θα απαλλαγούν απ' τις συμβατικές τους υποχρεώσεις εάν συναντήσουν δυσχέρεια στην εκπλήρωση, προβαίνουν σε υποσχέσεις που δεν προτίθενται να τηρήσουν, και ο *κίνδυνος διστακτικότητας των δανειστών* οι οποίοι φοβούνται ότι θα βρεθούν ζημιωμένοι από ενδεχόμενη ασυνέπεια των οφειλετών, που θα θεωρηθεί δικαιολογημένη κατά την εφαρμογή των ρητρών επιείκειας.

Πράγματι, από την οπτική της Συμπεριφορικής Οικονομικής Ανάλυσης του δικαίου⁵⁴⁸, η υποχρεωτικότητα των συμβάσεων ενισχύει την «ασφάλεια προσανατολισμού» των συμβαλλομένων, ήτοι την εμπιστοσύνη των μερών στην ομαλή λειτουργία της συμβατικής δέσμευσης, ενθαρρύνοντας τους μελλοντικούς δανειστές να συναλλάσσονται ανεπιφύλακτα. Μια γενικευμένη αφειδής εφαρμογή των ρητρών επιείκειας υποδαυλίζει το φαινόμενο της «στρατηγικής αθέτησης των υποχρεώσεων»⁵⁴⁹, ήτοι του πολλαπλασιασμού των ασυνεπών οφειλετών που συναλλάσσονται στην ίδια αγορά και αθετούν τις υποχρεώσεις τους μιμούμενοι τους

⁵⁴⁶ Ενοχικόν Δίκαιον, (1969), σ. 309

⁵⁴⁷ Frustration of Contract in Comparative Law..., M.L.R., (1948), σ. 46, «a certain corruption of promisors... and a certain hesitation of promises... are two main dangers accompanying every solution leading to the acceptance of the principle of frustration of contracts».

⁵⁴⁸ Καραμπατζός, Ιδιωτική Αυτονομία και Προστασία του Καταναλωτή, μια συμβολή στην Συμπεριφορική Οικονομική Ανάλυση του Δικαίου, (2016), σ. 209-211.

⁵⁴⁹ Βλ. Καραμπατζό, ό.π., σ. 210.

ανταγωνιστές τους. Επιπρόσθετα, η διάψευση της εμπιστοσύνης των συναλασσομένων στην ομαλή λειτουργία της σύμβασης ενέχει τον κίνδυνο της καθολικής συνομολόγησης «ψευδών υποσχέσεων», καθιστώντας την ελεύθερη βούληση του αποδέκτη της υπόσχεσης σε μέσο για την εξυπηρέτηση ιδίων σκοπών, υπονομεύοντας έτσι την ίδια την έννοια της «υπόσχεσης»⁵⁵⁰. Έτσι, η τήρηση των υποσχέσεων ανάγεται σε υπέρτατη δικαϊκή αρχή, συνιστώντας τόσο τη σύννομη, όσο και την ηθικά σωστή συμπεριφορά του συναλασσομένου⁵⁵¹.

Συνεπώς, εν όψει της σημασίας της αρχής της τήρησης των συμπεφωνημένων, ως θεμέλιου του ενοχικού δικαίου, ως εργαλείου για την ασφάλεια των συναλλαγών και την οικονομική ευημερία και ως ηθικής συμπεριφοράς, θα πρέπει η κάμψη της, με τη μορφή της εφαρμογής των ρητρών επιείκειας, να γίνεται με φειδώ και με έναν βαθμό «συντηρητισμού»⁵⁵², πολλώ δε μάλλον κατά την τρέχουσα περίοδο της οικονομικής κρίσης, όπου παρατηρείται καθολική επίκλησή τους.

2. Αγγλική έννομη τάξη: Η περιορισμένη πρακτική αξία της frustration και οι εναλλακτικές προσεγγίσεις

Ο θεσμός της frustration έχει χαρακτηριστεί ως μια ήκιστα ικανοποιητική προσπάθεια των νομικών να ανταποκριθούν στις ανάγκες της συναλλακτικής πρακτικής⁵⁵³. Πράγματι, η θεωρία αμφισβητεί την αποτελεσματικότητα του θεσμού, και η ασκηθείσα κριτική καταλήγει συχνά στη διατύπωση προτάσεων αναθεώρησης ή κατάργησής του.

Το πρώτο σημείο της κριτικής εντοπίζεται στην δυσχέρεια προσδιορισμού των ορίων της frustration⁵⁵⁴. Όπως καταδείχθηκε αναλυτικά ανωτέρω, παρά την «παλαιότητα» του δόγματος, υφίσταται θεωρητική αντιπαράθεση αναφορικά με το δικαιοθεωρητικό θεμέλιο του θεσμού, αβεβαιότητα που αντανakλάται και στις δικαστικές αποφάσεις που άλλοτε αποδίδουν τη λειτουργία του στην ιδιωτική βούληση και άλλοτε στις επιταγές της δικαιοσύνης. Όπως εύστοχα παρατηρεί ο *Mckendrick*⁵⁵⁵,

⁵⁵⁰ Καραμπατζό, όπ.π., σ. 210-σ.211.

⁵⁵¹ Κόντος, Η καντιανή ηθική της υπόσχεσης, σ. 133-134.

⁵⁵² Όπως είχε ήδη επισημάνει ο *Zepos*, όπ.π.

⁵⁵³ *Rogers, Frustration and Force Majeure*, *Mckendrick* (ed.), σ. 245.

⁵⁵⁴ Βλ. ενδεικτικά *Mckendrick*, όπ.π., σ. 37, *Mogan*, όπ.π., σ. 132.

⁵⁵⁵ *Force Majeure and Frustration of Contract...* (1995), σ. 39, όπου μεταξύ άλλων αναφέρει «uncertainty is...inherent in the doctrine of frustration».

η αβεβαιότητα που περιβάλλει τη δογματική βάση της frustration έχει ως σημαντική πρακτική συνέπεια, την αδυναμία πρόγνωσης της κατάφασής της από το δικαστήριο. Συνεπώς, η ασάφεια καταλαμβάνει και τον προσδιορισμό και την αποκρυστάλλωση συγκεκριμένων προϋποθέσεων για την επέλευση της frustration, δημιουργώντας έτσι *ασφάλεια δικαίου* ως προς το ρυθμιζόμενο από τον συγκεκριμένο νομολογιακό κανόνα τμήμα εννόμων σχέσεων.

Σε συνέχεια της ασκηθείσας κριτικής, έχουν προταθεί διάφορες εναλλακτικές προσεγγίσεις για την αντιμετώπιση της εδώ εξεταζόμενης προβληματικής, άλλες περισσότερο μετριοπαθείς και άλλες μάλλον ριζοσπαστικές. Η πρώτη εναλλακτική προσέγγιση, ρίχνει το βάρος στην προληπτική νομική, θεωρώντας ότι η κατανομή μελλοντικών κινδύνων θα πρέπει ν' ανήκει στην αποκλειστική αρμοδιότητα των μερών. Όπως παρατηρείται, θα υπήρχε μεγαλύτερη ασφάλεια δικαίου εάν ο ρόλος του δικαστή περιοριζόταν σ' αυτόν της *ερμηνείας* μιας *force majeure clause*, παρά στον προσδιορισμό μιας δίκαιης λύσης στην εκάστοτε ατομική περίπτωση⁵⁵⁶. Δεν λείπουν και οι πιο φανατικοί υπέρμαχοι των «πρακτικών αυτοβοήθειας» των μερών, (*self-help, self-reliance*), οι οποίοι προτείνουν ανεπιφύλακτα την κατάργηση της frustration λόγω της ασάφειάς της, αντιδιαστέλλοντας την ασφάλεια του κανόνα της *strict liability* και την ανάγκη ενίσχυσης της αυτοευθύνης των μερών- οι συμβαλλόμενοι που επιθυμούν μια ιδιαίτερη κατανομή των κινδύνων απ' αυτή που θα επέλθει με τον κανόνα “*the loss lies where it falls*”, θα πρέπει να τη διαπραγματευτούν ειδικά και να συμφωνήσουν γι' αυτή⁵⁵⁷.

Μια διαφορετική προσέγγιση που έχει υποστηριχθεί από μερίδα της αγγλικής θεωρίας προτείνει την αντιμετώπιση της εδώ εξεταζόμενης προβληματικής από τον θεσμό του “*estoppel by conduct*”⁵⁵⁸. Κατά την άποψη αυτή, για την ανακούφιση του οφειλέτη σε περιπτώσεις υπερβολικής δυσχέρειας εκπλήρωσης, θα αρκούσε αυτός να αποδείξει ότι διαψεύστηκαν οι κοινές υποθέσεις των μερών που αποτέλεσαν τη βάση της σύμβασης, κατά τέτοιο τρόπο ώστε να καθίσταται «ανήθικο» απ' τον δανειστή να ισχυρισθεί ότι η εκπλήρωση υπό τις νέες συνθήκες ανταποκρίνεται στις αρχικές κοινές προσδοκίες των μερών. Κατά την άποψη αυτή, η λύση του *estoppel* θα κατέλυε τις δυσκολίες απόδειξης της «ριζικής μεταβολής της φύσης της υποχρέωσης»,

⁵⁵⁶ *Mckendrick*, όπ.π. Βλ. και *Morgan*, όπ.π., σ. 139 «If the courts can work with rather than against the draftsmen of such clauses, the case of doing without the doctrine of frustration altogether... would be strengthened».

⁵⁵⁷ *Sykes*, *The Doctrine of Commercial Impracticability in a Second-Best World* (1990).

⁵⁵⁸ *Rogers*, σε *Force Majeure and Frustration of Contract...* (ed. *Mckendrick*), σ. 245-255.

ανακουφίζοντας τον οφειλέτη σε περιπτώσεις υπερβολικής δυσχέρειας που παραδοσιακά παραμένουν εκτός του πεδίου εφαρμογής της frustration, καθώς και το παράδοξο της αυτοδίκαιης συντέλεσης της τελευταίας, ανεξάρτητα από τη βούληση των μερών.

Τέλος, μια ριζικά διαφορετική προσέγγιση στην εδώ εξεταζόμενη προβληματική είναι αυτή της Οικονομικής Ανάλυσης του Δικαίου⁵⁵⁹. Η θέση της ΟΑΔ για την αντιμετώπιση της απρόβλεπτης μεταβολής των συνθηκών, ξεκινάει από την «αποδόμηση» της θεωρητικής αντιμετώπισης του ζητήματος με την κατασκευή των τριών πραγματικών (κατά το αμερικανικό δίκαιο) της impossibility, της impracticability και της frustration, με την αιτιολογία ότι δεν πρόκειται για περιπτώσεις με λειτουργική διαφοροποίηση, αλλά για ένα κοινό πρόβλημα. Πρόκειται για το πρόβλημα της *δέουσας κατανομής της ζημίας*, όταν η εκπλήρωση κατέστη, λόγω επιγενόμενης μεταβολής των συνθηκών, οικονομικά ασύμφορη⁵⁶⁰. Η απάντηση στο πρόβλημα δίδεται με τη θέσπιση κριτηρίων για τον συμβαλλόμενο εκείνο που αποτελεί τον ισχυρότερο πόλο ανάληψης του κινδύνου (superior risk-bearer). Εάν δυνάμει των κριτηρίων αυτών, τον κίνδυνο αναλαμβάνει ο δανειστής, τότε θα πρέπει να λύεται η σύμβαση, ενώ εάν τον αναλαμβάνει ο οφειλέτης, θα εφαρμόζονται οι κανόνες της αθέτησης της σύμβασης (breach of contract)⁵⁶¹.

Η δυσχέρεια στην εφαρμογή των κανόνων που διέπουν τη λειτουργία της frustration αναδεικνύεται με αφορμή το ενδεχόμενο επίκλησής της για την αντιμετώπιση καινοφανών νομικών ζητημάτων στον αγγλοσαξωνικό χώρο, όπως ο τρόπος με τον οποίο θα επηρεάσει η ενδεχόμενη αποχώρηση της Αγγλίας από την Ευρωπαϊκή Ένωση υφιστάμενες εμπορικές και καταναλωτικές συμβάσεις. Η θεωρία⁵⁶², διερευνά σε υποθετικό ακόμα επίπεδο την προσφορότητα του συγκεκριμένου νομολογιακού κανόνα να παράσχει λύσεις στα προβλήματα που θα ανακύψουν. Με την αφορμή αυτή, επισημαίνεται η δυσκολία εφαρμογής του κριτηρίου της «ριζικής μεταβολής της φύσης της υποχρέωσης»(λ.χ αναφορικά με τη θέση του οφειλέτη αν κληθεί να εκπληρώσει μια σύμβαση προμήθειας αγαθών χωρίς να μπορεί να επικαλεστεί πλέον τις θεμελιώδεις ελευθερίες της εσωτερικής αγοράς), ή η δυσκολία

⁵⁵⁹ Βλ. αναλυτικά, Posner, Rosenfield, Impossibility and Related Doctrines in Contract Law: An Economic Analysis, 6 Journal of Legal Studies, (1977), σ. 83-118

⁵⁶⁰ Βλ. Posner, Rosenfield, όπ.π., σ. 86.

⁵⁶¹ Βλ. Posner, Rosenfield, όπ.π., σ. 90 επ. και Καραμπατζό, σε Απρόβλεπτη Μεταβολή..., σ. 314.

⁵⁶² Βλ. ενδεικτικά, MacMillan, The impact of Brexit upon English Contract Law, (2016), King's Law Journal, 27:3, 420-430

προσδιορισμού του στοιχείου της προβλεψιμότητας (λ.χ. ανάλογα με τον χρόνο σύναψης των συμβάσεων σε σχέση με το δημοψήφισμα) ή οι δυσκολίες αναγωγής της προστατευτικής νομοθεσίας υπέρ των καταναλωτών σε σιωπηρό όρο ισχύος της σύμβασης (implied term)⁵⁶³. Ο σχετικός προβληματισμός έχει μεν υποθετικό χαρακτήρα, αλλά αναδεικνύει την ανασφάλεια που περιβάλλει τον νομολογιακό κανόνα της frustration⁵⁶⁴, αλλά και την αμφίβολη αποτελεσματικότητά του για την αντιμετώπιση σύγχρονων φαινομένων που επαναφέρουν στο προσκήνιο του contract law την προβληματική της απρόβλεπτης μεταβολής των συνθηκών.

X. Συμπεράσματα

Η επιχειρηθείσα συγκριτική αντιπαράθεση των υιοθετούμενων λύσεων στην εδώ εξεταζόμενη προβληματική δεν αποσκοπεί στην κατάδειξη της αποτελεσματικότερης ή της επιτυχέστερης λύσης. Άλλωστε, μια τέτοιου περιεχομένου κριτική αποτίμηση των ευρημάτων μιας συγκριτικής έρευνας δεν θεωρείται μεθοδολογικά θεμιτή, δεδομένου ότι τα κριτήρια στα οποία θα βασίζεται, θα έχουν αναπόφευκτα σχετικό χαρακτήρα, απηχώντας τις αξιολογήσεις του συστήματος δικαίου του ερμηνευτή⁵⁶⁵. Σε συνείδηση των παραπάνω αντιρρήσεων, αλλά και των ιδιοτελειών της κάθε έννομης τάξης, εν είδει τελικού συμπεράσματος, θα επιχειρηθεί σε ένα πρώτο επίπεδο η συνολική επισκόπηση των λύσεων για τη διαπίστωση των βασικών σημείων σύγκλισης και απόκλισης, και σε ένα δεύτερο επίπεδο, η αναγωγή των ευρημάτων στις βασικές αξιολογήσεις που διέπουν το δίκαιο των συμβάσεων σε κάθε μια από τις συγκρινόμενες έννομες τάξεις.

Η συγκριτική θεώρηση των υιοθετούμενων λύσεων, ενισχύει κατ' αρχήν τη διαπίστωση, ότι παρά τις επιμέρους διαφοροποιήσεις, υφίστανται κάποιες κοινές θεμελιώδεις παραστάσεις περί δικαιοσύνης στις συγκρινόμενες έννομες τάξεις⁵⁶⁶. Πράγματι, στο συγκεκριμένο πρόβλημα της απρόβλεπτης μεταβολής των συνθηκών, και οι δύο έννομες τάξεις, θεωρούν δίκαιο, σε κάποιες εξαιρετικές περιπτώσεις να υποχωρεί η θεμελιώδης (και για τα δύο συστήματα του δικαίου των συμβάσεων) αρχή

⁵⁶³ MacMillan, όπ.π., σ. 422.

⁵⁶⁴ MacMillan, όπ.π., σ. 429.

⁵⁶⁵ Βρέλλης, Συγκριτικό Δίκαιο, σ. 62, Constantinesco, Traité de droit comparé, τ.ΙΙ, La méthode comparative, σ. 276.

⁵⁶⁶ Πρόκειται για μια απώτερη διαπίστωση που προκύπτει συνήθως από μια δικαιοσυγκριτική μελέτη. Βλ. παραπάνω ενότητα ΙΙ.

pacta sunt servanda. Ωστόσο, οι αξιολογήσεις που θεμελιώνουν τη δικαιοσύνη αυτού του αποτελέσματος και η οριοθέτηση των προϋποθέσεων και των εννόμων συνεπειών για την επέλευσή του, είναι σημεία που παρουσιάζουν πλήθος μερικότερων ομοιοτήτων και αποκλίσεων που καταδείχθηκαν ανωτέρω.

Βασική ομοιότητα της προσέγγισης των δύο εννόμων τάξεων είναι η *επικουρική λειτουργία* τόσο του διορθωτικού μηχανισμού της ΑΚ 388, όσο και του απαλλακτικού λόγου της frustration, ήτοι η «ενεργοποίησή» τους, μόνο με την απουσία ειδικής συμβατικής ρύθμισης για την κατανομή του κινδύνου. Ωστόσο, ενώ η συμβατική κατανομή κινδύνων αποτελεί απλώς μια *αρνητική προϋπόθεση* για την εφαρμογή της ΑΚ 388, στον αγγλοσαξωνικό χώρο αποτελεί τον *κανόνα* στη συναλλακτική πρακτική. Η έννομη τάξη αξιώνει από τα μέρη να προβλέπουν και να εκτιμούν μελλοντικούς κινδύνους, σε τέτοιο βαθμό, ώστε να μην νομιμοποιείται ο δικαστής να προβαίνει εκ των υστέρων σε κατανομή της ζημίας, εφόσον δεν το έπραξαν τα ίδια τα μέρη. Το ελληνικό δίκαιο υιοθετεί μια πιο «κοινωνιστική» προσέγγιση καθώς με το να προσδίδει αναγκαστικό χαρακτήρα στην ΑΚ 388, εξασφαλίζει την προστασία *κάθε* συμβαλλομένου από μια πράγματι *απρόβλεπτη* μεταβολή των συνθηκών, ακόμα και εκείνων που δεν είχαν τη δυνατότητα να προσφύγουν στην προληπτική νομική, χωρίς να αξιώνει από τους συμβαλλομένους «την ικανότητα πρόβλεψης ενός προφήτη». Θα μπορούσε να ειπωθεί ότι η κάθε μια έννομη τάξη θα ενίσχυε ενδεχομένως το «οπλοστάσιο» των λύσεών της, εάν, χωρίς να αναιρεί τα βασικά χαρακτηριστικά της δικής της προσέγγισης, αφουγκραζόταν τα πλεονεκτήματα της αντίστροφης προσέγγισης, ήτοι η ημεδαπή έννομη τάξη την ενθάρρυνση της αυτοευθύνης των συμβαλλομένων, και η αγγλική έννομη τάξη, τις θετικές συνέπειες μιας πιο «μετριοπαθούς» φιλελεύθερης προοπτικής.

Σε επίπεδο αξιολόγησης των αντιμαχόμενων συμφερόντων, και οι δύο έννομες τάξεις καταρχήν προτάσσουν τη συμβατική πίστη και επιτρέπουν την υποχώρησή της υπό αυστηρές προϋποθέσεις. Η διαφοροποίηση τους στο πεδίο των προϋποθέσεων εκδηλώνεται στα ακόλουθα σημεία: Η προϋπόθεση της μεταβολής των συνθηκών συλλαμβάνεται με μεγαλύτερη ευρύτητα κατά το ελληνικό δίκαιο. Η διαπίστωση του αν το συγκεκριμένο περιστατικό ήταν κρίσιμο ή όχι, θα εξαρτηθεί από την υπαγωγή του στην έννοια του αντικειμενικού δικαιοπρακτικού θεμελίου. Αντίθετα, κατά την αγγλική προσέγγιση η εν λόγω προϋπόθεση προσεγγίζεται μόνο εκ του αποτελέσματος, δεν ενδιαφέρει ο χαρακτήρας του περιστατικού που μεταβλήθηκε-αρκεί να μην ήταν περιεχόμενο της σύμβασης- θα πρέπει όμως να συνεπάγεται αδυναμία παροχής,

δυσχέρεια εκπλήρωσης ή ματαίωση του σκοπού χρήσεως της παροχής. Ωστόσο, ακόμα και αυτή η διατύπωση μπορεί να είναι παραπλανητική καθώς τα πραγματικά της δυσχέρειας εκπλήρωσης ή της ματαίωσης του σκοπού χρήσεως της παροχής σχεδόν αναγνωρίζονται μόνο σε θεωρητικό επίπεδο. Η δυσχέρεια εκπλήρωσης που είναι ικανή ν' αποτελέσει «frustrating event», οριοθετείται απ' την έννοια της «ριζικής μεταβολής της φύσης της υποχρέωσης», η οποία αντιστοιχεί σε περιπτώσεις ακραίας αδυναμίας. Επι ουσιώδους δυσχέρειας εκπλήρωσης, ο οφειλέτης μένει απροστάτευτος κατά την αγγλική θεώρηση, ενώ αντίθετα οι ίδιες περιπτώσεις ενδεχομένως να υπάγονται στην κατ' ΑΚ 388 έννοια της «υπέρμετρης επάχθειας», κατά την εξειδίκευσή της από τον δικαστή. Συνακόλουθα, το πραγματικό της frustration of purpose ενώ αναγνωρίστηκε παλαιότερα στη νομολογία, πλέον έχει περιπέσει σε αχρησία. Αξιοσημείωτη είναι ακόμη η διαφορά στον τρόπο με τον οποίο οι δύο έννομες τάξεις προσεγγίζουν την αρνητική προϋπόθεση της υπαιτιότητας. Η έννοια του self-induced event που αποκλείει τη frustration, συλλαμβάνεται με ιδιαίτερα ευρύ τρόπο, περιλαμβάνοντας ακόμα και περιπτώσεις κατά τις οποίες ο συμβαλλόμενος που την επικαλείται ενήργησε με το αντικειμενικώς αξιώσιμο μέτρο επιμέλειας, ενώ η ίδια συμπεριφορά καθ' ημάς δεν θα κρινόταν ως αμέλεια.

Η εξέταση των υιοθετούμενων λύσεων στο πεδίο των εννόμων συνεπειών, απηχεί τα επιδιωκόμενα από κάθε έννομη τάξη αποτελέσματα, και συναρτάται με τη δογματική δικαιολόγηση της επέμβασης της κάθε έννομης τάξης. Συγκεκριμένα, εκτός από τις περιπτώσεις που η ΑΚ 388 εκδηλώνει τον αναγκαστικό της χαρακτήρα, η διάρθρωση της εκ της ΑΚ 388 προστασίας ως δικαιώματος, δεκτικού εκ των υστέρων παραιτήσεως καθιστά δυνατή την επίκληση της προστασίας της έννομης τάξης και υποδηλώνει σεβασμό προς την ιδιωτική αυτονομία. Η ανακύπτουσα εκ της ΑΚ 288 παρεπόμενη υποχρέωση καλόπιστης διαπραγμάτευσης, πριν την προσφυγή στη δικαστική κρίση, υπηρετεί επίσης την αρχή της ιδιωτικής αυτονομίας, παρέχοντας μια τελευταία δυνατότητα στα μέρη να επιλύσουν αυτόνομα την ανακύψασα διαφορά. Ακόμη, η διάρθρωση της εκ του αρ. ΑΚ 388 προστασίας ως αγωγικού διαπλαστικού δικαιώματος και η απονομή σχετικής διαπλαστικής εξουσίας στον δικαστή, εξυπηρετεί και συνάμα δικαιολογείται από το δογματικό θεμέλιο της διάταξης, την in concreto πραγμάτωση επιεικών κρίσεων.

Στον αντίποδα, η διάρθρωση της frustration ως αυτοδίκαιης έννομης συνέπειας, καταδείχθηκε ότι κάθε άλλο παρά ανταποκρίνεται στη βούληση των μερών. Ο τρόπος λειτουργίας της frustration αποκλείει ακόμα και τη δυνατότητα αναδιαπραγμάτευσης

των συμβατικών όρων. Συνεπώς, τυχόν εξεύρεση συμβιβαστικής λύσης θα είναι δυνατή, μόνο σε περίπτωση που η υποχρέωση αναδιαπραγμάτευσης έχει καταστεί περιεχόμενο σχετικής συμβατικής ρήτηρας. Ο χαρακτήρας της frustration ως αυτόματης έννομης συνέπειας, και η έλλειψη της νομιμοποίησης του δικαστή να αναδιαμορφώσει τους συμβατικούς όρους, δυσχεραίνει την επίκληση της δικαιοσύνης και της επιείκειας ως δογματικού θεμελίου του θεσμού. Ακόμη, δεδομένης της αντίληψης περί του «ιερού» χαρακτήρα των συμβάσεων, θα ανέμενε κανείς η κάμψη της αρχής αυτής να επέρχεται με τον ηπιότερο δυνατό τρόπο, ώστε ν' ανταποκρίνεται κατά το δυνατόν στην υποθετική βούληση των μερών. Κατά το ελληνικό δίκαιο, η εν λόγω απαίτηση βρίσκει έκφραση με την αρχή της αναλογικότητας, η οποία διαπνέει το σύνολο των προϋποθέσεων του αρ. 388⁵⁶⁷, αλλά εξυπηρετείται και με την εκ του αρ. 288 ΑΚ συναγωγή υποχρέωσης αναδιαπραγμάτευσης, που αποτελεί την ηπιότερη δυνατή συνέπεια της ανατροπής του δικαιοπρακτικού θεμελίου⁵⁶⁸. Ωστόσο, ειδικά η έννομη συνέπεια της λύσης της σύμβασης, ενώ κρίνεται επαχθέστερη από την αναπροσαρμογή κατά την ημεδαπή αξιολόγηση, θεωρείται ηπιότερη κατά την αγγλική θεωρία και νομολογία, ακριβώς επειδή δεν συνιστά επέμβαση ενός τρίτου μέρους, του δικαστή, στο αρχικό συμβατικό περιεχόμενο.

Η frustration μπορεί να ευδοκιμήσει σε πρακτικά τόσο λίγες περιπτώσεις που φαίνεται να μην αναγνωρίζεται ουσιαστικά υποχώρηση της αρχής *pacta sunt servanda*. Αλλά ακόμα και όταν αναγνωρίζεται, μάλλον παρίσταται ως επιβαλλόμενη προς προστασία της διαβρωμένης ιδιωτικής αυτονομίας (*Non haec in foedera veni*). Οι κρατούσες θεωρίες προτάσσουν την ερμηνεία της σύμβασης, με σκοπό τη διερεύνηση «υπαγωγής» της υποχρέωσης υπό τις νέες συνθήκες στην έκταση της αρχικώς αναληφθείσας υποχρέωσης. Δεδομένου ότι μόνο μια «ριζικά διαφορετική» υποχρέωση θα δικαιολογεί απόκλιση από το συμβατικό πρόγραμμα, στην πράξη, προστατεύεται σχεδόν σε κάθε περίπτωση, η συμβατική βούληση έτσι όπως εκφράστηκε στη σύμβαση. Συνεπώς, τόσο οι λόγοι που επιβάλλουν τη frustration, όσο και η αυστηρή διάρθρωση των προϋποθέσεών της, αποτελούν δύο όψεις του ίδιου νομίσματος και αποσκοπούν στην περιφρούρηση της «ιερότητας» των συμβάσεων.

Η θεωρία της «δίκαιης λύσεως» που θεμελιώνει τη λειτουργία της frustration στις ιδέες της δικαιοσύνης και της επιείκειας, δεν τυγχάνει ευρείας αποδοχής, λόγω

⁵⁶⁷ Σταθόπουλος, ό.π., § 1 αρ. 62.

⁵⁶⁸ Καραμπατζός, σε ΝοΒ 58 (2010), σ. 636.

της ασάφειας που τη χαρακτηρίζει, καθώς δεν εξειδικεύεται με τη μορφή κάποιας δικαιιοθητικής αρχής, όπως καθ' ημάς με την επίκληση της διορθωτικής συμβατικής δικαιοσύνης, ούτε συνδέεται με τη διατύπωση συγκεκριμένων κριτηρίων για τον αποχωρισμό εκείνων των περιπτώσεων που θα παρίσταται «άδικη» η εμμονή της έννομης τάξης στην εκπλήρωση.

Σωρευτικά, οι αυστηρές και δυσχερώς ικανοποιήσιμες προϋποθέσεις της frustration και η εντεύθεν σπάνια αποδοχή της στη νομολογία, οι αντιφατικές και μη ανταποκρινόμενες στις ανάγκες των συναλλαγών έννομες συνέπειες, η ασάφεια του δογματικού της θεμελίου και η ασκηθείσα κριτική από τη θεωρία, είναι στοιχεία που συνηγορούν υπέρ της θέσης του *Trebilcock*⁵⁶⁹ ότι το δόγμα της frustration δεν κλονίζει τελικά την φιλελεύθερη προοπτική του δικαίου των συμβάσεων. Η διασφάλιση του τρόπου με τον οποίο λειτούργησε η ιδιωτική αυτονομία των μερών και η ανάγκη περιφρούρησης της ασφάλειας των συναλλαγών αποτελούν θεμελιώδη αξιολογική βάση του αγγλικού δικαίου των συμβάσεων, η οποία δεν φαίνεται να υποχωρεί κατά τη στάθμισή της με τις επιταγές της δικαιοσύνης.

Συμπερασματικά, οι διορθωτικοί μηχανισμοί της AK 388 και της frustration, ενώ φαίνεται να συγκλίνουν, παρουσιάζουν βασικές αποκλίσεις που ανάγονται στην διαφορετική αξιολογική αφετηρία των συγκρινόμενων εννόμων τάξεων. Ειδικότερα, το στενό πεδίο εφαρμογής της frustration, η έλλειψη αναγνώρισης διαπλαστικής εξουσίας του δικαστή στο επίπεδο των εννόμων συνεπειών, και η αξίωση από τους συμβαλλομένους να προβλέπουν οι ίδιοι και να κατανέμουν αυτοδύναμα πιθανούς μελλοντικούς κινδύνους, δικαιολογούνται από τον βασικό άξονα της αγγλοσαξωνικής προσέγγισης, τη θεώρηση της σύμβασης *αποκλειστικά* ως εργαλείου πραγμάτωσης της ιδιωτικής αυτονομίας. Στον αντίποδα, κατά το ελληνικό δίκαιο, η σύμβαση δεν συλλαμβάνεται μόνο ως μηχανισμός που οδηγεί στην προαγωγή της αρχής της ιδιωτικής αυτονομίας, παρότι η αρχή αυτή διατηρεί την πρωτοκαθεδρία της στο σύστημα του συμβατικού δικαίου, αλλά προσλαμβάνει και κοινωνικό χαρακτήρα, ως μηχανισμός που οδηγεί στην αυτόνομη και δίκαιη επιδίωξη των συνδεόμενων με τη σύμβαση συμφερόντων⁵⁷⁰. Για τη διασφάλιση της κοινωνικής λειτουργίας της σύμβασης η έννομη τάξη επιτρέπει και επιβάλλει τη λήψη υπόψη και εξωσυμβατικών

⁵⁶⁹ *Trebilcock*, *The Fall and Rise of Freedom of Contract*, ed. *Buckley*, (1999), σ. 78 «contractual excuses such as the doctrine of frustration...seem mostly to implicate *in only marginal ways* the larger philosophical debates over the virtues and vices of laissez faire as to the appropriate social and economic role of private markets and of the institution of contracting that facilitates their operation».

⁵⁷⁰ *Παπανικολάου*, *Περί των ορίων...*, σ. 270, 274.

αξιολογήσεων⁵⁷¹. Ειδικότερα, τα αξιολογικά κριτήρια της καλής πίστης επιβάλλουν την εξέταση του αποτελέσματος μιας απρόβλεπτης μεταβολής των συνθηκών επί των συμβατικών υποχρεώσεων.

Η αποκλίνουσα θεώρηση της λειτουργίας της σύμβασης δικαιολογεί και την διαφορετική αντιμετώπιση του ρόλου του δικαστή επί μιας απρόβλεπτης μεταβολής των συνθηκών. Στην περίπτωση του αγγλικού δικαίου, ο δικαστής θα πρέπει να διασφαλίσει την τήρηση των συμπεφωνημένων, αποκλειόμενης οποιασδήποτε δυνατότητας παρέμβασής του στο περιεχόμενο της σύμβασης (*courts do not make contracts for the parties*), ενώ κατά την ελληνική προσέγγιση, απονέμεται διαπλαστική εξουσία στον δικαστή, τα όρια άσκησης της οποίας συμπροσδιορίζονται από τις ίδιες τις αρχές που τη νομιμοποιούν, την καλή πίστη και την ιδιωτική αυτονομία.

⁵⁷¹ Για την πρόσδοση κοινωνικής λειτουργίας στη σύμβαση στα ηπειρωτικά δίκαια, σε αντιδιαστολή με την αγγλοσαξωνική προσέγγιση, βλ. *Hay*, όπ.π., σ. 346-347, *Rapsomanikis*, όπ.π., σ. 560.

ΒΙΒΛΙΟΓΡΑΦΙΑ

Ελληνική Βιβλιογραφία:

- Βρέλλης, Σπυρίδων*, Συγκριτικό Δίκαιο, (1988)
- Γαζής, Ανδρέας*, Γενικά Αρχαί του Αστικού Δικαίου, Τεύχος Α΄, Εισαγωγή, (1970)
- Γεωργιάδης, Απόστολος*, Ενοχικό Δίκαιο, Γενικό Μέρος, (2015)
- Δωρής, Φίλιππος*, Η μικρο-συγκριτική νομική έρευνα και η χρησιμότητά της στην ερμηνεία του ελληνικού ιδιωτικού δικαίου, ΝοΒ 31, 609
- Ζέπος, Παναγιώτης*, Ενοχικόν Δίκαιον, Α΄, Μέρος Γενικών, 2η εκδ, (1955)
- Θεοδωρόπουλος, Παύλος*, Η εξουσία του δικαστού επι της απροβλέπτου μεταβολής των συνθηκών των συμβάσεων, ΕλλΔνη (1960)
- Καραμπατζός, Αντώνιος*, Απόβλεπτη μεταβολή των συνθηκών στην αμοτεροβαρή σύμβαση, Εκδ. Αντ. Ν. Σάκκουλα, (2006)
- Καραμπατζός, Αντώνιος*, Η ρύθμιση περί απόβλεπτης μεταβολής των συνθηκών στο «Σχέδιο ενός Κοινού Πλαισίου Αναφοράς» και η υποχρέωση αναδιαπραγματεύσεως, ΝοΒ 58, (2010), σ. 623
- Καραμπατζός, Αντώνιος*, Ιδιωτική Αυτονομία και Προστασία του Καταναλωτή, μια συμβολή στην Συμπεριφορική Οικονομική Ανάλυση του Δικαίου, (2016)
- Καραμπατζός, Αντώνιος*, Οικονομική κρίση και αναπροσαρμογή των συμβατικών παροχών, ΧρΙΔ ΙΓ/2013, σ. 92
- Κορνηλάκης, Άγγελος*, Η αθέτηση της αμοτεροβαρούς σύμβασης, (2009)
- Κουμάνης, Σταμάτης*, Η μη εκπλήρωση της ενοχικής σύμβασης κατά τον ΑΚ, Εκδ. Σάκκουλα, (2002)
- Λιάπης, Δημήτρης*, Η διαμόρφωση των συμβάσεων, Εκδ. Σάκκουλα, (2003)
- Λιάπης, Δημήτρης*, Η οικονομική κρίση και το δίκαιο των συμβάσεων, ΔΕΕ, 1/2011, σ. 15
- Λιτζερόπουλος, Αλέξανδρος*, Στοιχεία Ενοχικού Δικαίου, (1960)
- Μιχαηλίδης-Νουάρος, Γεώργιος*, Η κοινωνική λειτουργία των συμβάσεων στο σύγχρονο δίκαιο, σε Τιμ. Τομ. Δεληγιάννη, Β΄ μέρος (1991), σ. 3
- Μπαλής, Γεώργιος*, Ενοχικόν Δίκαιον, Γενικών Μέρους, (1969)
- Μπέης, Κώστας*, Το πρόβλημα του δικαίου και των ηθικών αξιών, (1997)
- Ξυπολιάς, Κωνσταντίνος*, Ο αναγκαστικός χαρακτήρας της ΑΚ 388, ΝοΒ 32, σ. 1687

Παπανικολάου, Παναγιώτης / Ρούσσοι, Κλεάνθης / Χριστοδούλου, Κωνσταντίνος / Καραμπατζός, Αντώνιος, Το νέο δίκαιο της ευθύνης του πωλητή, (2003)

Παπανικολάου, Παναγιώτης, Το μέτρο της επάχθειας της παροχής και η έκταση της διορθωτικής επεμβάσεως του δικαστή στη σύμβαση κατ' ΑΚ 388, σε Αφιέρωμα στον Α.Γαζή (1994), σ. 477

Παπανικολάου, Παναγιώτης, Μεθοδολογία του Ιδιωτικού Δικαίου και Ερμηνεία των Δικαιοπραξιών, (2000)

Παπανικολάου, Παναγιώτης, Περί των ορίων της προστατευτικής παρέμβασης του δικαστή στη σύμβαση, (1991)

Σακέττας, Ιωάννης, Ερμηνεία άρθρου 388 ΑΚ, σε Ερμηνεία του Αστικού Κώδικος *Σούρλας, Παύλος*, Φιλοσοφία του Δικαίου, (2000)

Σπυριδάκης, Ιωάννης- Περράκης, Ευάγγελος, Αστικός Κώδιξ, τ. Β/1, (ερμηνεία κατ' άρθρο), (1977)

Σπυριδάκης, Ιωάννης, Ενοχικό Δίκαιο, Γενικό Μέρος, (2004)

Σταθόπουλος, Μιχάλης, Αδυναμία Παροχής και υπερημερία του δανειστή – Οριακές Περιπτώσεις, σε Τιμ. Τομ. Γ. Μιχαηλίδη – Νουάρου (1987), σ. 453

Σταθόπουλος, Μιχάλης, Γενικό Ενοχικό Δίκαιο, 4η εκδ, (2004)

Φίλιος, Παύλος, Ενοχικό Δίκαιο, Γενικό Μέρος, 6^η εκδ., (2011)

Ξενόγλωσση Βιβλιογραφία:

Adams, John / Brownsword, Roger, The ideologies of Contract, Legal Studies, (1987)
τ. 7 (2), σ. 205

Atiyah, Patrick, The Rise and Fall of Freedom of Contract, (1985)

Burrows, Andrew, A casebook on contract, (2011)

Constantinesco, Léontin-Jean, Traité de droit comparé, τ.Ι , Introduction au droit comparé, (1972)

Constantinesco, Léontin-Jean, Traité de droit comparé, τ.ΙΙ, La méthode comparative, (1975)

Forte, Angelo, Good Faith in Contract and Property Law, (1999)

Hay, Peter, Frustration and its Solution in German Law, Am. J. Comp. L. (1961), σ. 345.

Ibbetson, David, A Historical Introduction to the Law of obligations, (2001)

Jaluzot, Béatrice, Méthodologie du droit comparé : bilan et prospective, *Revue International de Droit Comparé*, (2005), τ.57, σ. 29

Koffman, Lawrence / MacDonald, Elizabeth, The law of contract, Oxford University Press, (2007)

MacMillan, Catharine, The impact of Brexit upon English Contract Law, (2016) , *King's Law Journal*, 27:3, σ. 420

MacMillan, Catharine, English Contract Law and the Great War : The Development of a Doctrine of Frustration, *Comparative Legal History*, τ. 2, (2014), σ. 278

Mckendrick, Ewan, Contract Law, 10th ed., Palgrave Macmillan, (2013)

Mckendrick, Ewan, Contract Law, Texts Cases and Materials , 2nd ed, Oxford University Press, (2005)

Mckendrick, Ewan, Force Majeure and Frustration of Contract, 2nd ed, Lloyd's Press, (1995)

Mckendrick, Ewan, Principles of the English Law of Obligations, ed. Burrows , Oxford University Press, (2016)

McMeel Gerard, The construction of contracts, Interpretation, Implication and Rectification, (2007)

Morgan, Jonathan, Great Debates in Contract Law, Palgrave Macmillan, (2012)

Morgan, Jonathan, Great Debates in Contract Law, Palgrave Macmillan, (2012)

Posner, Richard / Rosenfield, Andrew, Impossibility and Related Doctrines in Contract Law: An Economic Analysis, 6 *Journal of Legal Studies*, (1977), σ. 83

Rapsomanikis, Michael, Frustration of Contract in International Trade law and comparative law, 18 *Duquesne L.R* (1979-1980), σ. 551.

Stannard, J.E, Frustrating Delay, 46 *M.L.R.*, (1983), σ. 746

Trebilcock, Michael, The Fall and Rise of Freedom of Contract, ed. *Buckley*, (1999)

Van Reenen,TP, Major theoretical problems of modern comparative legal methodology, *Comparative International Law Journal South Africa* , τ. 28, (1995), σ. 175

Yeung, Horace / Huang, Flora, Certainty Over Clemency : English Contract Law in the Face of Financial Crisis, The Effects of Financial Crises on the Binding Force of Contracts - Renegotiation, Rescission or Revision, τ. 17, *Ius Comparatum, Global Studies of Comparative Law*, (2016), σ. 285

Zepos, Panagiotis, Frustration of Contract in Comparative Law and in the new Greek Civil Code, *M.L.R.*, (1948) , σ. 36

