

ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΔΗΜΟΚΡΑΤΙΑ



ΕΘΝΙΚΟ ΚΑΙ ΚΑΠΟΔΙΣΤΡΙΑΚΟ
ΠΑΝΕΠΙΣΤΗΜΙΟ ΑΘΗΝΩΝ
ΝΟΜΙΚΗ ΣΧΟΛΗ

Τομέας Α' Ιδιωτικού Δικαίου
Πρόγραμμα Μεταπτυχιακών Σπουδών Αστικού Δικαίου
Πανεπιστημιακό Έτος: 2015-2016

Διπλωματική Εργασία
της Κοζμάϊ Ελένη του Πέτρου
Α.Μ. 1355

**Η αναπροσαρμογή των συμβάσεων επί τη βάση των άρθρων ΑΚ 388 και
288, ιδίως σε περιόδους οικονομικής κρίσης**

Επιβλέποντες

Βάγιας Παναγιωτόπουλος
Γεώργιος Γεωργιάδης
Αριστείδης Χιωτέλλης

Αθήνα, Μάιος 2018

Copyright © [Ελένη Κοζμάϊ], 2018

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.

Πρόλογος

Αντικείμενο εξέτασης της παρούσας εργασίας αποτελεί η αναπροσαρμογή των συμβάσεων σε περίπτωση απρόοπτης μεταβολής των συνθηκών, συνεπεία της οποίας μεταβάλλεται κατά το χρόνο εκτέλεσης της σύμβασης η ισορροπία των συμβατικών παροχών που είχαν επιθυμήσει και συμφωνήσει τα μέρη κατά το χρόνο σύναψης της σύμβασης. Στην πρώτη ενότητα επιχειρείται μία προσέγγιση των επιμέρους, αντικρουόμενων αρχών που καλούνται οι εφαρμοστές της εκάστοτε έννομης τάξης να λάβουν υπόψη. Στη συνέχεια, εξετάζεται η αντιμετώπιση του ζητήματος σε αλλοδαπές έννομες τάξεις. Σε επόμενη ενότητα εξετάζονται οι προϋποθέσεις εφαρμογής της διάταξης του άρθρου ΑΚ 388, και καταβάλλεται μια προσπάθεια ανάδειξης θεμάτων που έχουν απασχολήσει την θεωρία και τη νομολογία. Τούτο επιτυγχάνεται μέσω αναδρομής στην ιστορία της διάταξης και στις γόνιμες απόψεις που έχουν εκφραστεί από θεωρητικούς του ιδιωτικού – κυρίως – δικαίου, και κυρίως μέσω εμβάθυνσης στις προϋποθέσεις εφαρμογής της, υπό το φως αφενός των εννοιών που περιλαμβάνει στο γράμμα της η διάταξη, και αφετέρου της κρίσιμης και ιδιαίτερας ενδιαφέρουσας πρόσφατης νομολογίας των ελληνικών δικαστηρίων. Της ανάλυσης αυτής έπεται η διερεύνηση των εννόμων συνεπειών εφαρμογής του άρθρου ΑΚ 388 σε συνδυασμό με ορισμένες σχετικές δικονομικές παρατηρήσεις. Τέλος, εξετάζεται η δικαιοϊκή σχέση της διάταξης του άρθρου ΑΚ 288 – λαμβανομένων υπόψη περιπτώσεων αυτοτελούς εφαρμογής της τελευταίας – με αυτή του ΑΚ 388.

Περιεχόμενα

1. Εισαγωγή	1
2. Οι ανταγωνιζόμενες, και εκ πρώτης όψεως συγκρουόμενες, αρχές στο πλαίσιο της θεωρίας του δικαιοπρακτικού θεμελίου.....	2
2.1. Εισαγωγή.....	2
2.2. Pacta sunt servanda και η αρχή της ασφάλειας των συναλλαγών	2
2.3. Οι αρχές της επιείκειας και της διορθωτικής συμβατικής δικαιοσύνης.....	5
3. Δικαιοσυγκριτική εξέταση της ρύθμισης του ζητήματος της απρόοπτης μεταβολής των συνθηκών	8
3.1. Η γερμανική έννομη τάξη	8
3.1.1. Πριν την αναθεώρηση του BGB το έτος 2002	8
3.1.2. Οι προϋποθέσεις για την ανατροπή του δικαιοπρακτικού θεμελίου στον BGB	9
3.1.3. Οι έννομες συνέπειες στο πλαίσιο της διάταξης του άρθρου 313 BGB στις περιπτώσεις ανατροπής του δικαιοπρακτικού θεμελίου	10
3.2. Η Γαλλική Έννομη Τάξη	10
3.2.1. Η Γαλλική νομολογία	10
3.2.2. Η νεοεισαχθείσα διάταξη του άρθρου 1195 Cc	12
3.3. Η Αγγλική Έννομη Τάξη	14
3.3.1. Ο θεσμός της frustration.....	14
3.3.2. Προϋποθέσεις εφαρμογής της frustration.....	14
3.3.3. Οι έννομες συνέπειες εκ της εφαρμογής του θεσμού της frustration.....	15
3.4. Σχέδιο Ευρωπαϊκού Αστικού Κώδικα – Draft Common Frame of Reference (στο εξής: DCFR).....	15
3.4.1. Η νομική ισχύς του Draft Common Frame Of Reference	15
3.4.2. Η ρύθμιση της ανατροπής του δικαιοπρακτικού θεμελίου στο DCFR	16
4. Η απρόοπτη μεταβολή των συνθηκών στις αμφοτεροβαρείς συμβάσεις - Η ΑΚ 388 και οι προϋποθέσεις εφαρμογής της	18
4.1. Εισαγωγικές παρατηρήσεις - Η ιστορία της διάταξης	18
4.2. Οι επιμέρους προϋποθέσεις εφαρμογής της ΑΚ 388	22
4.2.1. Αμφοτεροβαρής σύμβαση	23
4.2.2. Μεταβολή των συνθηκών - του δικαιοπρακτικού θεμελίου	25
4.2.3. Επιγενόμενη μεταβολή των συνθηκών.....	26
4.2.5. Ο έκτακτος και απρόβλεπτος χαρακτήρας της μεταβολής των συνθηκών	34
4.2.6. Η υπέρμετρη επάχθεια της παροχής.....	37

4.2.7. Περαιτέρω κριτήρια συγκεκριμενοποίησης της υπέρμετρης επάχθειας	40
4.3. Έννομες συνέπειες	41
4.3.1. Η υποχρέωση των μερών για αναδιαπραγμάτευση	42
4.3.2. Η υποχρέωση ανοχής εκ μέρους του δανειστή της επαχθούς παροχής.....	44
4.3.3. Η διάπλαση της σύμβασης - Οι εξουσίες του δικαστή.....	44
4.4. Δικονομικές παρατηρήσεις	45
5. Η σχέση της ΑΚ 388 προς την ΑΚ 288	46
5.1. Εφαρμογή της ΑΚ 288 σε περιπτώσεις όπου δεν συντρέχουν οι προϋποθέσεις του ειδικού πραγματικού της ΑΚ 388	46
5.2. Περιπτώσεις αυτοτελούς εφαρμογής της ΑΚ 288	51
5.2.1 Επί ετεροβαρών συμβάσεων	51
5.2.2. Επί αρχικής ελλείψεως του δικαιοπρακτικού θεμελίου	52
6. Επίλογος.....	52
7. Βιβλιογραφία	54
7.1. Συγγράμματα – Μονογραφίες – Ερμηνευτικά Συγγράμματα.....	54
7.1.1. Ελληνική.....	54
7.1.2. Ξενόγλωσση	55
7.2 Αρθρογραφία.....	56
7.2.1. Ελληνική.....	56
7.2.2. Ξενόγλωσση	57
7.3. Νομολογία.....	57

1. Εισαγωγή

Στο χώρο των συμβάσεων κυριαρχεί μια αρχή που καθιερώθηκε από τους κλασικούς ρωμαϊκούς χρόνους. Δεν είναι άλλη από την αρχή «pacta sunt servanda». Τα συμφωνηθέντα πρέπει να τηρούνται σε όλο το βίο του συμβατικού δεσμού. Οι όροι της σύμβασης, δεδομένου ότι αποτέλεσαν αντικείμενο ελεύθερης διαπραγμάτευσης από το μέρη, και – κατά τούτο – είναι προϊόν της ιδιωτικής αυτονομίας των μερών, οφείλουν να υπηρετούνται από τα μέρη. Στο αυστηρό αγγλικό δίκαιο γίνεται λόγος για ιερότητα του συμβατικού δεσμού – principle of sanctity of contract και η αρχή αποδίδεται με την μεστή φράση «a deal's a deal». Στο γαλλικό δίκαιο των συμβάσεων, πριν την πρόσφατη αναθεώρησή του το 2016 – η οποία υποδηλώθηκε από την ανάγκη ενίσχυσης της συμβατικής δικαιοσύνης – η σύμβαση θεωρούνταν νόμος για τα συμβαλλόμενα μέρη, υποδηλώνοντας έτσι την αδιαπραγμάτευτη αμεταβλητότητα των όρων (η προϊσχύουσα μορφή της διάταξης 1134 §1 Cc ανέγραφε «Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites»).

Η μακροβιότητα της αρχής οφείλεται, κατά τη γνώμη μου, στο γεγονός ότι ανέκαθεν αντιμετωπιζόταν ως απαραίτητη συνθήκη προκειμένου να εξασφαλίζεται η περιπόθητη ασφάλεια που αναζητούν όσοι μετέχουν στη συναλλακτική ζωή. Οι συναλλασσόμενοι επιδιώκουν να καταστήσουν την έκθεσή τους στη συναλλακτική ζωής όσο το δυνατό πιο άμοιρη κινδύνων και απαλλαγμένη από απρόβλεπτες και τυχαίες καταστάσεις που θα τους αιφνιδιάσουν.

Βεβαίως, όπως σε κάθε διάσταση της ανθρώπινης πραγματικότητας, έτσι και στις συμβατικές σχέσεις, η μεταβλητότητα των πραγμάτων είναι το μόνο βέβαιο. Στον Αστικό Κώδικα, στη διάταξη του άρθρου ΑΚ 388 έχει τεθεί ένα αυστηρό πραγματικό, προκειμένου να αντιμετωπίζεται η περίπτωση της ανώμαλης εξέλιξης της συμβατικής ενοχής, που οφείλεται σε έκτακτο και απρόβλεπτο γεγονός (που δεν προβλέφθηκε και δεν ήταν δυνατό να προβλεφθεί) από τα μέρη, και έχει ως συνέπεια η παροχή του οφειλέτη να καθίσταται υπέρμετρα επαχθής, κατά τρόπο που η εμμονή του αντισυμβαλλόμενου στην εκπλήρωσή της να είναι αντίθετη στην ευθύτητα και εντιμότητα που επιβάλλονται στις συναλλαγές.

2. Οι ανταγωνιζόμενες, και εκ πρώτης όψεως συγκρουόμενες, αρχές στο πλαίσιο της θεωρίας του δικαιοπρακτικού θεμελίου

2.1. Εισαγωγή

Η προβληματική που εξετάζεται στην παρούσα εργασία, δηλαδή η δυσχέρεια εκπλήρωσης της παροχής λόγω απρόβλεπτης μεταβολής των συνθηκών και η διερεύνηση του ενδεχομένου αναπροσαρμογής ή και λύσης της σύμβασης (υπό τις προϋποθέσεις που τίθενται στη διάταξη του άρθρου ΑΚ 388), επειδή προβλέπεται ως εξαιρετικό δίκαιο στον Αστικό Κώδικα, έρχεται σε σύγκρουση με άλλες κορυφαίες δικαιοπολιτικές αρχές του ιδιωτικού δικαίου και της έννομης τάξης γενικότερα. Γι' αυτό και κάθε προσπάθεια κατανόησης και μελέτης της εν λόγω προβληματικής, δεν μπορεί παρά να δίνει τον απαραίτητο χώρο στα κειμήσια των συγκρουόμενων αυτών αρχών και στην κατανόηση των όσων πρεσβεύουν. Στην μελέτη των αρχών αυτών, που ακολουθεί ευθύς αμέσως, θα καταδειχθεί η κεντρική θέση που κατέχουν οι αρχές αυτές στον ιδιωτικό, και δη στο συμβατικό, χώρο και θα αποπειραθεί να αναδειχθεί ότι οι αρχές αυτές είναι μόνο *prima facie* συγκρουόμενες, σε κάθε δε περίπτωση, η σχέση τους είναι διαλεκτική και όχι αντιθετική, και ως τέτοια οφείλει να αντιμετωπίζεται, δεδομένου ότι μέσα στο πλαίσιο των αρχών αυτών εντοπίζεται και αναπτύσσει την ενέργειά της η διάταξη του άρθρου ΑΚ 388.

2.2. *Pacta sunt servanda* και η αρχή της ασφάλειας των συναλλαγών

«Θεμέλιο της δικαιοσύνης είναι η πίστη, ήτοι το σταθερό και αληθές των δηλώσεων και των συμφωνιών»¹. Η αρχή ότι η *fides*, η πίστη στα συμφωνηθέντα αποτελεί θεμέλιο της δικαιοσύνης, έχει μια διαχρονική αναγνώριση στην ιστορία του δικαϊκού χώρου, και ήδη από τους κλασικούς ρωμαϊκούς χρόνους καθιερώθηκε ως αρχή *pacta sunt servanda*, ήτοι η αρχή του απαραβιάστου των συμβάσεων ή αρχή της συμβατικής πίστης². Το δόγμα *pacta sunt servanda* και η αυστηρότατη αντίληψη του απόλυτου σεβασμού των συμβάσεων³ έχουν, συγκεκριμένα, τις καταβολές τους στο πραιτορικό δίκαιο⁴, στο πλαίσιο του οποίου γινόταν δεκτό ότι η δυσχέρεια περί την εκπλήρωση των υποχρεώσεων, όσο έντονη και αν ήταν, δεν

¹ «Fundamentum autem est iustitiae fides, id est dictorum conventorumque constantia et veritas», *Cicero*, *De Officiis*, I §23.

² Σταθόπουλος, Γενικό Ενοχικό Δίκαιο, 2004, § 22, αρ. 1.

³ Πρβλ. Λιτζερόπουλο, Η νομολογία ως παράγων διαπλάσεως του ιδιωτικού δικαίου, σ. 244, με περαιτέρω παραπομπές.

⁴ Βλ. Μπόσδα, Το αμετάβλητον των συνθηκών ως αλάλητος όρος της σύμβασης, ΝοΒ 1971, 150, με περαιτέρω παραπομπές.

ελευθέρωνε τον υπόχρεο συμβαλλόμενο. Πολλούς αιώνες αργότερα, ο μεγάλος εκπρόσωπος της σχολής του φυσικού δικαίου Thomas Hobbes (1588-1679) θα υπογραμμίσει, επίσης, τη σπουδαιότητα της αρχής της τήρησης των συμβατικών συμφωνημένων, την οποία, ανάγοντας σε νόμο του φυσικού δικαίου, τον τρίτο αμέσως μετά την αναζήτηση της ειρήνης από τον άνθρωπο και την αυτοπροστασία του καθώς και τον αυτοπεριορισμό της ελευθερίας του⁵, τη συνδέει με τη δικαιοσύνη και την ειρήνη⁶.

Σπουδαία θέση επιφυλλάσσεται στην αρχή *pacta sunt servanda* και στο σύγχρονο δικαϊκό μας σύστημα, αφού η απαρέγκλιτη εκτέλεση των συμφωνημένων δηλώνει σεβασμό προς τη βούληση των μερών, και, επομένως, στη συνταγματικής περιωπής δικαιοπολιτική αρχή της ιδιωτικής αυτονομίας (Σ. 5 παρ. 1), ειδικότερη εκδήλωση της οποίας συνιστά η αρχή της ελευθερίας των συμβάσεων (ΑΚ 361). Πράγματι, οι συμβάσεις των οποίων η σύναψη περιβάλλεται από ένα τέτοιο πλέγμα διατάξεων, και, συνεπώς, το ειδικότερο περιεχόμενό τους διαμορφώνεται με την ελεύθερη βούληση των συμβαλλομένων και αποτελεί εξειδίκευση της ικανότητάς τους για αυτοκαθορισμό, δεν μπορεί παρά να γεννούν συμβατικές υποχρεώσεις για την εκπλήρωση των οποίων οι συμβαλλόμενοι θα υπέχουν προσωπική ευθύνη, η οποία, βεβαίως, μπορεί να ιδωθεί ως απότοκος του προπεριγραφέντος καθεστώτος ελευθερίας. Η αρχή του σεβασμού του συμβατικού λόγου έχει χαρακτηριστεί ως θεμέλιο του ενοχικού δικαίου⁷, και όχι άδικα αν σκεφτεί κανείς ότι με την απαγόρευση οιασδήποτε ετερόνομης ύστερης μεταβολής του περιεχομένου που έδωσαν τα μέρη στη συμφωνία τους κατά το χρόνο της σύναψης, υπηρετείται η ασφάλεια και η σταθερότητα των συναλλαγών⁸, και, επομένως, προωθείται η συναλλακτική δραστηριότητα των κοινωνιών του δικαίου (οι οποίοι αισθάνονται ότι από το συμβατικό δεσμό δεν θα προκύψουν εις βάρος του υποχρεώσεις τις οποίες εκείνοι δεν είχαν προβλέψει) και ενισχύεται η γενικότερη οικονομική ανάπτυξη και ευμάρεια⁹.

⁵ Αραβαντινός, Εισαγωγή στην επιστήμη του δικαίου, σ. 180-181.

⁶ Hobbes, *Leviathan*, XIV passim, και χαρακτηριστικώς: «*what I lawfully covenant, I cannot lawfully break*» και XV passim, ιδίως «From that law of nature by which we are obliged to transfer to another such rights as, being retained, hinder the peace of mankind, there followeth a third; which is this: that *men perform their covenants made; without which covenants are in vain*, and but empty words; and the right of all men to all things remaining, *we are still in the condition of war. And in this law of nature consisteth the fountain and original of justice*» (η πλαγιογράμμιση δική μου).

⁷ Βλ. Σακκέτα, ΕρμΑΚ 388, 1 (σ. 509).

⁸ Βλ. σε Λιτζερόπουλο, όπ.π., σ. 244, όπου οι πιο ένθερμοι από τους υποστηρικτές της αρχής *pacta sunt servanda* θεωρούν ότι η αρχή ετάχθη «*φρουρός της ασφάλειας των συναλλαγών*» (η πλαγιογράμμιση δική μου), και αρνούνται την κάμψη της ακόμα και σε περιπτώσεις σημαντικής υποτιμήσεως του νομίματος.

⁹ Βλ. και Κ. Τσάτσο, Το πρόβλημα της ερμηνείας του δικαίου, σ. 223, ο οποίος κάνει λόγο για ενίσχυση της ασφάλειας των συναλλαγών και την σταθερότητα της οικονομίας.

Ωστόσο, ενώ η αξία της αρχής της τήρησης του συμβατικού λόγου είναι αδιαμφισβήτητη, αυτό που θα πρέπει να τεθεί εν αμφιβόλω είναι, κατά πόσο η αρχή αυτή εξυπηρετεί τους σκοπούς της όταν εμμένουμε σε μια αυστηρή και τυπολατρική εφαρμογή της. Είναι πιθανό ότι μια ανελαστική αντίληψη περί το – αναντίρρητα σπουδαίο – αυτό δόγμα, επιφέρει τα αντίστροφα αποτελέσματα υποσκάπτοντας, εν τέλει, την ασφάλεια των συναλλαγών και τη συναλλακτική ζωή γενικότερα. Πράγματι, στη θεωρία έχει υποστηριχθεί – με πειστικά επιχειρήματα – η θέση¹⁰, η οποία βρίσκει σύμφωνη και τη γράφουσα, ότι η παντελής απόρριψη της δυνατότητας για μια θεσμική επέμβαση και αναθεώρηση του συμβατικού δεσμού και η επικράτηση της αντίληψης ότι η συμβατική ενοχή διακατέχεται από μια *διεφθαρμένη συναλλακτική συνείδηση*¹¹ και ρυθμίζεται από ένα αυστηρά ανελαστικό πλέγμα διατάξεων, στο οποίο ο συναλλασσόμενος εκτίθεται και εγκλωβίζεται σε μελλοντικούς και απρόβλεπτους κινδύνους με – κατά το μάλλον ή ήττον – ιδιαίτερα επαχθείς συνέπειες, μπορεί κάλλιστα να λειτουργήσει αποτρεπτικά και, εν τέλει, να αποθαρρύνει τον εν δυνάμει συναλλασσόμενο από την σύσταση συμβατικών ενοχών. Έτσι, οι μακροπρόθεσμες συνέπειες για την οικονομία θα είναι αρνητικές, σε αντίθεση με τις πράγματι επιδιωχθείσες από την αρχή *pacta sunt servanda*.

Γι' αυτό το λόγο μπορεί βάσιμα να υποστηριχθεί ότι η δικαιοπολιτική αρχή ότι τα συμφωνηθέντα πρέπει να τηρούνται, με την πρόβλεψη της δυνατότητας και την παράλληλη κατάστρωση ενός αυστηρά διαγεγραμμένου πραγματικού, ως εξαιρετικού δικαίου το οποίο επιτρέπει στους συμβαλλομένους στην περίπτωση μιας απρόοπτης μεταβολής των εξωσυμβατικών συνθηκών, συνεπεία της οποίας διαταράσσεται άρδην η αρχική συμβατική ισορροπία, να απευθυνθούν στο δικαστή προκειμένου ο τελευταίος, ως «reasonable third party», να αναπροσαρμόσει τους όρους της σύμβασης ή ακόμη και να αποδεσμεύσει παντελώς τα μέρη από αυτή (ΑΚ 388), αποτελεί συνδυασμό ο οποίος στην πραγματικότητα προάγει, έτι περαιτέρω, την ασφάλεια των συναλλαγών και τη συναλλακτική δραστηριότητα γενικότερα. Κατ' αυτόν τον τρόπο, καλλιεργείται στους δυνητικούς δανειστές η εμπιστοσύνη ότι οι δυνητικοί οφειλέτες τους δεν θα απαλλάσσονται από τις υποχρεώσεις τους ύστερα από μια απλή μεταβολή των συνθηκών¹², παρά μόνον α) για εξαιρετικούς λόγους και β) κατόπιν κρίσης ενός τρίτου προς τη σύμβαση μέρους, το οποίο περιβάλλεται με τα εχέγγυα της αμεροληψίας και της αντικειμενικότητας, κι επομένως προστατεύεται η προσδοκία (και ο οικονομικός

¹⁰ Για περαιτέρω επιχειρηματολογία και ανάλυση βλ. *Καραμπατζός*, Η απρόοπτη μεταβολή των συνθηκών στην αμοτεροβαρή σύμβαση, 2006 σ. 30 επ.

¹¹ *Καραμπατζός*, *οπ. π.*, σ. 31.

¹² *Καραμπατζός*, *όπ.π.*, σ. 29

προγραμματισμός) του δανειστή ως προς την κτήση της παροχής¹³. Η κατάσταση αυτή, αντιστρόφως ιδωμένη, δημιουργεί στους εν δυνάμει συναλλασσόμενους την εμπιστοσύνη ότι η εμπλοκή τους σε μια συμβατική ενοχή δεν σημαίνει κατ' ανάγκη και έκθεση αυτών σε απρόβλεπτους μελλοντικούς κινδύνους με εξαιρετικά επαχθείς συνέπειες, από τις οποίες δεν παρέχεται καμία νομοθετική δυνατότητα να αποστούν. Και πάλι, λειτουργεί έτσι ως αποτελεσματικό εργαλείο για την απαλλαγή των εν δυνάμει συμβαλλομένων από περιττούς δισταγμούς και επιφυλάξεις και, εν τέλει, ενθαρρύνει την είσοδό τους σε μια συμβατική σχέση. Στην πραγματικότητα, επομένως, η πρόβλεψη της δυνατότητας αποκλίσεως από την αρχή *pacta sunt servanda*, υπό εξαιρετικά, όμως, αυστηρές και ρητώς προδιαγεγραμμένες από το νομοθέτη προϋποθέσεις, υπηρετεί την ασφάλεια των συναλλαγών και, εν τέλει, την οικονομία στο σύνολό της.

2.3. Οι αρχές της επιείκειας και της διορθωτικής συμβατικής δικαιοσύνης¹⁴

Μια πρώτη έκφανση της αρχής της επιείκειας αποτελεί η θεωρία της «παραμονής των πραγμάτων ούτως εχόντων», δηλαδή η *clausula rebus sic stantibus*, σύμφωνα με την οποία η σύμβαση δεσμεύει τα μέρη μόνο εφόσον οι εξωσυμβατικές συνθήκες που ίσχυαν κατά το χρόνο της σύναψης της σύμβασης παραμένουν ίδιες και κατά το χρόνο της εκπλήρωσης της παροχής. Ειδικότερα, σε περίπτωση, δηλαδή, μεταβολής των συνθηκών αυτών, η δέσμευση παύει να υφίσταται. Ουσιαστικά, η θεωρία αυτή χρησίμευε ως έννομο βοήθημα σε περιπτώσεις κατά τις οποίες η εμμονή στην εκτέλεση των συμφωνηθέντων συνιστούσε αδικαιολόγητη καταπίεση του υπόχρεου, ως αντίθετη στην επιείκεια και την αρμόζουσα στις συναλλαγές ηθική¹⁵. Η *clausula rebus sic stantibus* απετέλεσε τη βάση επί της οποίας στηρίχθηκαν άλλες θεωρίες στο χώρο της ετερόνομης αναπροσαρμογής των συμβάσεων^{16, 17}.

¹³ Βλ. Κουμάνη, Η αναπροσαρμογή των συμβατικών όρων στις επαγγελματικές μισθώσεις κατά τις ΑΚ 388 και 288, λόγω ανατροπής του δικαιοπρακτικού θεμελίου, Αρμενόπουλος 2006, 1864.

¹⁴ Βλ. τη δημοσιευμένη περίληψη της ομιλίας του Καθηγητή Westermann με τίτλο «Η επιείκεια κατά τον Αριστοτέλη σε περιόδους οικονομικής κρίσης», που εκφωνήθηκε στην Ακαδημία Αθηνών στις 31.01.2017 κατά την επίσημη υποδοχή του ως Ξένου Εταίρου, μεταφρασμένη από τους μαθητές του Αντώνη Καραμπατζό, Αθηνά Ξυνοπούλου, Βιργινία Παράκη και Γεώργιο Σιγανίδη, ΧρΙΔ 2017, 401 επ.

¹⁵ Βλ. Σακκέτα, ό.π., αρ. 3 (σ. 510).

¹⁶ Καραμπατζός, ό.π., σ. 33, με περαιτέρω παραπομπές: Λιτζερόπουλος ό.π., σ. 245.

¹⁷ Η Ολομέλεια του Συμβουλίου της Επικρατείας έκρινε με επανειλημμένες αποφάσεις της ότι «η επένδυση σε ομόλογα και λοιπούς τίτλους εκδόσεως ή εγγυήσεως κρατών, ως έννομη σχέση παροχής οικονομικής πίστης, δεν είναι απαλλαγμένη του κινδύνου της σύννομης περιουσιακής απώλειας. [...] Τούτο, διότι από την έκδοση του τίτλου μέχρι τη λήξη του μεσολαβεί συνήθως ικανό χρονικό διάστημα, κατά το οποίο ενδέχεται να συμβούν γεγονότα απρόβλεπτα που περιορίζουν ουσιαστικά, ακόμη και μέχρι εκμηδενισμού, τις οικονομικές δυνατότητες του κράτους - εκδότη ή εγγυητή των τίτλων. Όταν συμβαίνουν τέτοια γεγονότα, το κράτος νομίμως επιδιώκει επαναδιαπραγμάτευση βάσει της ρήτρας “*rebus sic stantibus*”, η οποία οριοθετεί τη γενική αρχή του δικαίου “*pacta sunt servanda*”....» (ΣΤΕ 1116/2014, σκ. 24), Αρμενόπουλος 2014, 815, ΝΟΜΟΣ.

Μολονότι γνώρισε και ακμαίες μέρες στην ιστορία της, με την επικράτηση των ιδεών του Διαφωτισμού και τη διάδοση του οικονομικού φιλελευθερισμού κατά τον 19^ο αιώνα αρχίζει να απορρίπτεται πλήρως.

Ως γενικευμένη, ωστόσο, αρχή παρουσιάζεται η αρχή της επιείκειας (αριστοτελικής προέλευσης¹⁸), και μαζί με την αρχή της διορθωτικής εξισωτικής δικαιοσύνης, υπηρετούν ως εργαλεία γεφύρωσης του χάσματος που υπάρχει μεταξύ της αναγκαίας γενικότητας του νόμου και της αναγκαίας ατομικότητας των κοινωνικών φαινομένων¹⁹ (το οποίο είχε ήδη διαπιστωθεί από τους Ρωμαίους). Απότοκος αυτής της γενικότητας είναι ότι ο νομοθέτης τείνει σε όμοια μεταχείριση των ανομοίων, και αυτή ακριβώς η αυστηρότητα του δικαίου γεννά την ανεπιείκεια. Η διόρθωση αυτού του «κακού» συνίσταται στην «αυτεπανόρθωση» του δικαίου δια της εξατομίκευσης των επιταγών αυτού, χωρίς όμως να παραβιάζεται κάποια θετική διάταξη δικαίου²⁰. Άλλωστε, η λήψη υπόψη των ατομικών διαφορών είναι γνώρισμα της επιείκειας. Επομένως, η επιείκεια, με την έννοια της εξατομικευμένης δικαιοσύνης, συνίσταται στη μη εφαρμογή ενός κοινού και αφηρημένου μέτρου ισότητας αλλά στην αξιολογική στάθμιση, σε κάθε συγκεκριμένη περίπτωση, των συμφερόντων των συμβαλλομένων από αντικειμενική σκοπιά^{21, 22}. Αποστολή της δε είναι – ενόψει συγκεκριμένων περιπτώσεων – να απαμβλύνει τις αδικίες που συνεπάγεται η γενικότητα του νόμου και να επιβάλλει έτσι *ουσιαστικά* δίκαιες κρίσεις. Συγκεκριμένα, στην περίπτωση της απροόπτου μεταβολής των συνθηκών που επικρατούσαν κατά το χρόνο της ανάληψης των συμβατικών υποχρεώσεων από τα μέρη, με συνέπεια η παροχή του οφειλέτη να καθίσταται υπέρμετρα επαχθής, οι αρχές της επιείκειας και της διορθωτικής δικαιοσύνης επιβάλλουν την *in concreto* επέμβαση του δικαστή (δεν θα μπορούσε, άλλωστε, να είναι διαφορετικά, καθότι μιλάμε για εξειδίκευση γενικών ρητρών), προκειμένου να αποκατασταθεί η διασαλευθείσα ισορροπία και η δικαιοσύνη στο πρόσωπο του «αδικημένου» (βλαπτόμενου) συμβαλλομένου. Η δυσχέρεια επίλυσης του προβλήματος απαλλαγής του οφειλέτη, μολονότι δεν υπάρχει *φυσική* αδυναμία παροχής, αποδίδεται ακριβώς στην σύγκρουση της επιείκειας προς την ασφάλεια των συναλλαγών που αυτή επιφέρει²³. Στην πραγματικότητα, όμως, όταν κάνουμε λόγο για διατάραξη της υποκειμενικής ισορροπίας της σύμβασης, της συγκεκριμένης, δηλαδή,

¹⁸ «ἐστὶ δὲ τὸ ἐπιεικὲς τὸ παρά τὸν γεγραμμένον νόμον δίκαιον», Ηθικά Νικομάχεια, V. 1137 b, 14.

¹⁹ Για το ζήτημα της επιείκειας ως ερμηνευτικού εργαλείου του δικαίου βλ. το κεφάλαιο περί την κλασική και ελεύθερα ερμηνεία του δικαίου (Κεφάλαιον ΣΤ, σ. 186 επ.) Κ. Τσάτσος, *όπ.π.*

²⁰ Κ. Τσάτσος, *όπ.π.*, σ. 226.

²¹ Βλ. Απ. Γεωργιάδη, Γενικό Ενοχικό Δίκαιο, § 14 αρ. 5.

²² «το επιεικὲς ταυτίζεται με το αντικειμενικὸς ὀρθό», *Stammler*.

²³ Αιτζερόπουλος, Στοιχεία Ενοχικού Δικαίου II, σ. 195.

ισοδυναμίας των παροχών που τα μέρη επιθυμούσαν να υπάρχει όταν συνήψαν τη σύμβαση, και εν τέλει για μια παροχή η οποία από τα πράγματα καθίσταται μη αξιόσιμη, ή εν πάση περιπτώσει η εμμονή στην αξίωσή της είναι ανεπιεικής και αντίθετη στη συναλλακτική ηθική, αυτό που υπολανθάνει είναι ότι το περιεχόμενο της νέας σχέσης δεν ανταποκρίνεται πλέον στην βούληση ενός τουλάχιστον από τα συμβαλλόμενα μέρη, και άρα έχει διαρραγεί η αρχή της ιδιωτικής αυτονομίας²⁴. Η επέμβαση, επομένως, του δικαστή θα πρέπει να θεωρηθεί ως μια προσπάθεια αποκατάστασης της ιδιωτικής αυτονομίας, κατά την οποία, βεβαίως, δεν γίνεται ακριβής αναπαραγωγή της αρχικής βούλησης των συμβαλλομένων μερών, αλλά μια ετερόνομη – καταρχήν – διάπλαση του περιεχομένου της συμβάσεως κατ' εφαρμογή της αρχής της επιείκειας και της καλής πίστης²⁵. Οι εξεταζόμενες, λοιπόν, αρχές δεν αντιτίθενται στον κανόνα της τήρησης των συμφωνημένων, αλλά στην πραγματικότητα συγκεκριμενοποιούν το πραγματικά ηθελημένο περιεχόμενο της συμβάσεως και αποκαθιστούν την διαταραχθείσα συμβατική ισορροπία²⁶, και, κατά συνέπεια, υπηρετούν εν τέλει, έστω και κατά προσέγγιση, την αρχή της ιδιωτικής αυτονομίας.

Ο περιορισμός αυτός της αρχής της ιδιωτικής αυτονομίας και η τάση αποδέσμευσης από την αρχή *pacta sunt servanda*, βρίσκουν νομοθετική αποτύπωση όχι μόνο στην διάταξη του άρθρου ΑΚ 388, αλλά και σε πλείονες διατάξεις που διασπείρονται στον Αστικό Κώδικα, οι οποίες, βεβαίως, εισάγονται ως εξαιρετικό δίκαιο και, ίσως, μαρτυρούν μια περιοριστική αντίληψη περί συμβατικής ελευθερίας. Αυτή, ωστόσο, η θεώρηση της συμβατικής ελευθερίας παρουσιάζεται αναγκαία προκειμένου να αμβλυνθεί ο ατομιστικός χαρακτήρας του δικαίου των συμβάσεων – και του ιδιωτικού δικαίου εν γένει²⁷ – και να προληφθούν ή, εν πάση περιπτώσει, να αντιμετωπιστούν αποτελεσματικά και με όρους δικαιοσύνης τα προβλήματα και αδιέξοδα που αυτός δημιουργεί. Παραδείγματα τέτοιων διατάξεων στον ελληνικό Αστικό Κώδικα αποτελούν οι γενικές διατάξεις των άρθρων ΑΚ 178, 179, 200, 281, 288 και 409, οι

²⁴ Βλ. Μπαλή, *Ενοχικόν Δίκαιον*, § 87 «*Ἡ ἀρχή του ἀπαραβάτου της συμβάσεως (pacta sunt servanda) εἶναι ἀπαραγκλίτως τηρητέα, καθό ἀποτελόνσα το βάθρον της ἐννόμου τάξεως [...]. Ἐν τούτοις, ἡ ἀρχή pacta sunt servanda προϋποθέτει ὅτι βασιλεύει πλήρης ἡ αὐτονομία της ιδιωτικής βουλήσεως εἰς τὰς ιδιωτικὰς συναλλαγὰς και, πρό παντός, εἰς την ιδιωτικὴν αὐτονομίαν*».

²⁵ Βλ. ΑΠ 16/1983, ΝοΒ 1983, 1368, όπου, αναφέρεται ότι οι διατάξεις των άρθρων ΑΚ 200, 288 και 388 επιτρέπουν τη διάσπαση των αρχών της ελευθερίας των συμβάσεων και του απαραβίαστου αυτών, επιτρέποντας στο δικαστή να αποκαταστήσει την διασαλευθείσα ισορροπία της σύμβασης κατ' εφαρμογήν των αρχών της ισότητας και της επιείκειας (και, επομένως, και της καλής πίστης και των συναλλακτικών ηθών).

²⁶ Ότι η ΑΚ 388 εξυπηρετεί την αρχή της ιδιωτικής αυτονομίας συμφωνεί και ο Παπανικολάου σε «*Το μέτρο της επάχθειας της παροχής και η έκταση της διορθωτικής επεμβάσεως του δικαστή στη σύμβαση κατ' ΑΚ 388*» σε Αφιέρωμα στον Γαζή, 1994, 477. Εύστοχη η παρατήρησή του ότι η διάταξη δεν επιτάσσει την πλήρη αποκατάσταση της αρχικής ισορροπίας παροχής και αντιπαροχής, αλλά αντίθετα την κατανομή της ζημίας που προέκυψε από την απρόοπτη μεταβολή των συνθηκών ανάμεσα στα μέρη.

²⁷ Βλ. *Κασίμης*, *Απρόοπτος μεταβολή των συνθηκών (άρθρο 388 του Αστικού Κώδικος)*, ΑρχΝ 1952, 150, 198.

οποίες ικανοποιούν την αρχή της επιείκειας, που εκδηλώνεται, κυρίως, ως μια αδήριτη ανάγκη επιείκειας υπέρ του οφειλέτη.

Όσον αφορά συγκεκριμένα στη διάταξη του άρθρου ΑΚ 388, η οποία κυρίως θα μας απασχολήσει στην παρούσα μελέτη, η τελολογία της ενδεικνύει ότι πρόκειται για μια διάταξη εντός της οποίας εγκιβωτίζεται μια αξιολογική στάθμιση μεταξύ αντικρουόμενων συμφερόντων, όπου το προβάδισμα, όμως, είναι σαφώς υπέρ της αρχής της διατήρησης των συμφωνημένων.

Αυτό που επιχειρήθηκε να αναδειχθεί εν συντομία ανωτέρω είναι ότι στην προβληματική της δυσχέρειας εκπλήρωσης της συμβατικώς αναληφθείσας παροχής, η οποία φέρει σε σύγκρουση τις αρχές της επιείκειας και της διορθωτικής συμβατικής δικαιοσύνης προς την ασφάλεια των συναλλαγών, θα πρέπει να αναλογιστούμε ότι ενδέχεται αυτή η σύγκρουση να είναι μόνο *prima facie* και ότι οι αρχές αυτές ίσως να υπηρετούν η μια την άλλη. Εν πάση περιπτώσει, ακόμα κι αν κανείς δύσκολα μπορεί να πειστεί γι' αυτό που πρεσβεύει η ως άνω θέση, ότι δηλαδή οι αρχές αυτές αλληλοϋπηρετούνται, δεν μπορεί ωστόσο παρά να αποδεχτεί ότι η σχέση τους, για λόγους ουσιαστικής δικαιοσύνης, θα πρέπει να ιδωθεί ως διαλεκτική, και όχι ως αντιθετική. Επομένως, ο ερμηνευτής του δικαίου, και πόσο μάλλον ο δικαστής ως θεσμικός ερμηνευτής και εφαρμοστής του δικαίου, οφείλει να τις λαμβάνει υπόψη του σε κάθε στάδιο τελολογικής – αξιολογικής προσέγγισης της ουσιαστικά δίκαιης λύσης και να τις σταθμίζει με τέτοιο τρόπο, ώστε να καθιερώνει μεταξύ τους μια σχέση πρακτικής αρμονίας και δίκαιου συμβιβασμού, πράγμα το οποίο αποτελεί βασική αποστολή κάθε έννομης τάξης²⁸.

3. Δικαιοσυγκριτική εξέταση της ρύθμισης του ζητήματος της απρόοπτης μεταβολής των συνθηκών

3.1. Η γερμανική έννομη τάξη

3.1.1. Πριν την αναθεώρηση του BGB το έτος 2002

Πριν το 2002, οπότε και ο γερμανός αστικός νομοθέτης αναθεώρησε το γερμανικό ενοχικό δίκαιο, ο γερμανικός BGB δεν προέβλεπε διάταξη αντίστοιχη με την διάταξη του άρθρου ΑΚ 388. Η γερμανική νομολογία ενστερνιζόταν περισσότερο την αρχή *pacta sunt*

²⁸ Σταθόπουλος, όπ.π., § 5 αρ. 29.

sevanda παρά την αρχή της επιείκειας και οι περιπτώσεις ανατροπής του δικαιοπρακτικού θεμελίου αντιμετωπιζόνταν, ως εκ τούτου, από τη γερμανική νομολογία με αρκετή φειδώ. Η γερμανική νομολογία περιορίστηκε στη διατύπωση εξειδικευμένων – τυπικών πραγματικών περιστατικών τα οποία συνιστούν περιπτώσεις ανατροπής του δικαιοπρακτικού θεμελίου. Έτσι, η νομολογιακή τάση που επικράτησε ήταν η περιφρούρηση της ασφάλειας των συναλλαγών και της ασφάλειας δικαίου με τον αναπότρεπτο περιορισμό του πεδίου εφαρμογής του θεσμού του δικαιοπρακτικού θεμελίου. Συνήθης ήταν η προσφυγή στην επίκληση γενικής ρήτρας της καλής πίστης που εδράζεται στο άρθρο 242 BGB.

3.1.2. Οι προϋποθέσεις για την ανατροπή του δικαιοπρακτικού θεμελίου στον BGB

Από 1^{ης} Ιανουαρίου 2002, οπότε και τέθηκε σε ισχύ το νέο δίκαιο, θεσπίστηκε ρητή διάταξη στο γερμΑΚ για το δικαιοπρακτικό θεμέλιο της σύμβασης και την αντιμετώπιση της άρδην ανατροπής αυτού, ήτοι η ισχύουσα διάταξη του άρθρου 313 BGB²⁹. Οι προϋποθέσεις που προέβλεψε ο γερμανός νομοθέτης για την εφαρμογή της είναι οι εξής:

α) Οι συνθήκες οι οποίες μεταβλήθηκαν πρέπει να τέθηκαν από τα μέρη ως θεμέλιο της σύμβασης (αντίστοιχα, ΑΚ 388: «..τα περιστατικά στα οποία τα μέρη κυρίως στήριζαν τη σύναψη της σύμβασης...»)³⁰.

β) Η μεταβολή των συνθηκών πρέπει να είναι επιγενόμενη (αντίστοιχα ΑΚ 388: «...μεταβλήθηκαν ύστερα...»).

γ) Η μεταβολή πρέπει να είναι «schwerwiegend», δηλαδή σημαντική.

δ) Ο κίνδυνος που εξαιτίας της μεταβολής επιρρίπτεται στο ένα μέρος οφείλει να υπερβαίνει τα όρια που θέτουν οι συμβατικές ή οι νομοθετικές ρυθμίσεις περί της κατανομής του.

ε) Η μεταβολή πρέπει να είναι τέτοιας σπουδαιότητας, ώστε η εμμονή στην αρχική συμφωνία και στην εκπλήρωσή της από τον συμβαλλόμενο στον οποίο επιρρίπτεται ο κίνδυνος να μην είναι δυνατή, να φαντάζει παράλογη (Unzumutbarkeit).

στ) Η επιγενόμενη μεταβολή πρέπει να είναι απρόβλεπτη, με την έννοια ότι αν την είχαν προβλέψει τα μέρη δεν θα είχαν προβεί στην κατάρτιση της σύμβασης με το αυτό περιεχόμενο.

²⁹ Για αναλυτική ερμηνεία της διάταξης, βλ. B. S. Markesinis, Hannes Unberath, Angus Johnston, Lord Bingham, Gunter Hirsch, The German Law of Contract, A Comparative Treatise, 2006, 324 επ (Chapter 7).

³⁰ Να μην υπάρχει, δηλαδή, περίπτωση της clausula rebus sic stantibus.

Όπως προκύπτει από τα ανωτέρω, σε συνδυασμό και με την ανάπτυξη της ΑΚ 388 που ακολουθεί, η γερμανική διάταξη του άρθρου 313 BGB είναι πληρέστερη από την ελληνική ΑΚ 388. Πράγματι, σε αντίθεση με την ελληνική ΑΚ 388, η οποία, όπως θα αναλυθεί στη συνέχεια, ορίζει ρητώς στο γράμμα της ότι εφαρμόζεται μόνο σε αμφοτεροβαρείς συμβάσεις, η διάταξη του άρθρου 313 BGB καταλαμβάνει όλες τις δικαιοπραξίες. Άλλη βασική διαφορά των διατάξεων είναι ότι η γερμανική §313 BGB ρυθμίζει ρητώς στην παράγραφο 2 και την περίπτωση της έλλειψης του υποκειμενικού δικαιοπρακτικού θεμελίου. Αντιθέτως, όπως ήδη αναδείχθηκε, κατά την κρατούσα άποψη στην ελληνική θεωρία, το υποκειμενικό δικαιοπρακτικό θεμέλιο δεν καλύπτεται από το γράμμα της ΑΚ 388, αλλά εμπίπτει μόνο στο περιεχόμενο της γενικότερης ρήτρας της ΑΚ 288.

3.1.3. Οι έννομες συνέπειες στο πλαίσιο της διάταξης του άρθρου 313 BGB στις περιπτώσεις ανατροπής του δικαιοπρακτικού θεμελίου

Οι έννομες συνέπειες προβλέπονται στην παράγραφο 3 της γερμανικής §313 BGB, και η ρύθμιση αυτών βρίσκεται σε πλήρη αντιστοιχία με την ΑΚ 388. Πράγματι, το προβάδισμα δίνεται στην αναπροσαρμογή της σύμβασης. Αντιθέτως, η λύση της σύμβασης προβλέπεται ως *ultimum refugium* στο οποίο μπορεί να προσφύγει ο δικαστής στην περίπτωση που η αναπροσαρμογή είτε δεν είναι εφικτή είτε δεν μπορεί να θεωρηθεί ανεκτή για οποιοδήποτε από τα συμβαλλόμενα μέρη.

3.2. Η Γαλλική Έννομη Τάξη

3.2.1. Η Γαλλική νομολογία

Ανέκαθεν, το γαλλικό δίκαιο και η πάγια νομολογία των γαλλικών δικαστηρίων έδιναν σταθερά το προβάδισμα στην αρχή της ιδιωτικής αυτονομίας και την αρχή *pacta sunt servanda* με απόλυτο τρόπο. Η σύμβαση στη γαλλική δικαστηριακή πρακτική έχει ισχύ νόμου για τα συμβαλλόμενα μέρη (και μόνο για αυτά, βάσει της αρχής της σχετικότητας των ενοχών). Πριν την αναθεώρηση του δικαίου των συμβάσεων με το Διάταγμα 131/2016, ο γάλλος νομοθέτης εξέφραζε ρητά και συνειδητά μια αρνητική στάση έναντι της θεωρίας της διατήρησης των συνθηκών αμετάβλητων, τονίζοντας ότι οι συμβατικοί όροι αποτελούν νόμο για τους συμβληθέντες³¹. Αποτέλεσμα της αυστηρότητας της γαλλικής νομολογίας και του απόλυτου σεβασμού της δεσμευτικότητας των ενοχών, ήταν να μην αφήνεται καθόλου χώρος στο

³¹ Βλ. παλαιό άρθρο 1134 § 1 Cc «Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites.».

ενδεχόμενο τροποποίησης ή λύσης της σύμβασης συνεπεία απρόβλεπτης μεταβολής των συνθηκών. Έτσι αναπτύχθηκε μια πολύ συνήθης συναλλακτική πρακτική στις συναλλαγές, ήτοι τα μέρη να εισάγουν στη σύμβαση ρήτρες περί «αυτομάτου αναπροσαρμογής της παροχής» (όπως ρήτρα πολέμου, ρήτρα μεταβολής της νομισματικής ισοτιμίας, ρήτρα μεταβολής της φορολογικής νομοθεσίας, ή ακόμα και ρήτρα περί λύσεως της σύμβασης χωρίς ανάγκη προσφυγής στη δικαιοσύνη).

Παρ' όλα αυτά, τα διοικητικά γαλλικά δικαστήρια έχουν κάνει μερικώς δεκτή τη θεωρία του απροβλέπτου (*théorie de l'imprévision*)³². Σύμφωνα με την εν λόγω θεωρία, η αναπροσαρμογή των όρων της σύμβασης δικαιολογείται μόνο επί απρόβλεπτης μεταβολής των περιστάσεων που επικρατούσαν κατά την κατάρτιση της σύμβασης, με δυσμενείς συνέπειες για τον ένα συμβαλλόμενο. Η μεταβολή, ωστόσο, πρέπει να είναι τέτοιας εντάσεως ώστε να καθίσταται βέβαιο ότι αν ο βλαπτόμενος από αυτή συμβαλλόμενος είχε τη δυνατότητα να την προβλέψει, δεν θα προέβαινε σε σύναψη της σύμβασης με τους αυτούς όρους. Η θεωρία του απροβλέπτου επικράτησε μόνο στο χώρο των διοικητικών διαφορών και αναπτύχθηκε από τη νομολογία του Conseil d'État³³. Ειδικότερα, το Conseil d'État έχει κάνει δεκτή μία μερική κάμψη της αρχής της συμβατικής πίστεως αναγνωρίζοντας μια περιορισμένη δυνατότητα της δικαστικής κρίσης να επέμβει στα συμφωνηθέντα στο πεδίο των διοικητικών συμβάσεων.

Το δικαστήριο φαίνεται, ωστόσο, να απαιτεί να έχει επέλθει ανατροπή της συμφωνηθείσας οικονομικής ισορροπίας και να υπάρχει μια διαπιστωμένη ανάγκη να αποκατασταθεί η διασαλευθείσα ισορροπία. Ένα σημαντικό κριτήριο που θέτει η γαλλική νομολογία προκειμένου να επέμβει η δικαστική κρίση στο συμβατικό δεσμό, είναι να εξυπηρετείται μέσω αυτής το σπουδαίο γενικό συμφέρον των πολιτών για την παροχή της υπηρεσίας ή του αγαθού που εξυπηρετεί η σύμβαση. Σε πολλές διοικητικές συμβάσεις προβλέπονται πολλές φορές δικονομικές ρήτρες, οι οποίες παρέχουν στα μέρη το δικαίωμα να άγουν την έννομη σχέση ενώπιον του διοικητικού δικαστή, προκειμένου ο τελευταίος να αναπροσαρμόσει προσηκόντως και με εχέφρονα κρίση το συμβατικό περιεχόμενο.

³² Βλ. Καραμπατζό, Απρόβλεπτη μεταβολή των συνθηκών στην αμφοτεροβαρή σύμβαση, 2006, 211 επ.

³³ Λιτζερόπουλος, όπ. π., σ. 238 επ.· Σταθόπουλος, όπ. π., § 22 αρ. 9.

3.2.2. Η νεοεισαχθείσα διάταξη του άρθρου 1195 Cc

Παρά τη σθεναρή αντίσταση που προέβαλλε η γαλλική νομολογία στη δυνατότητα της εκ των υστέρων και ετερόνομης αναπροσαρμογής της σύμβασης και της προσκόλλησης στην αρχή ότι η σύμβαση είναι νόμος για τους συμβαλλομένους³⁴, στην τελευταία αναμόρφωση του δικαίου των συμβάσεων που προέβη ο γάλλος νομοθέτης με το Διάταγμα 131/2016, εισήγαγε μια καινοτόμο διάταξη, αντίστοιχη αυτής του άρθρου ΑΚ 388.

Συγκεκριμένα, πρόκειται για το νεοεισαχθέν άρθρο 1195 Cc, με ημερομηνία ισχύος την 1.10.2016. Η διάταξη προβλέπει μια πολυεπίπεδη διάστρωση των δυνατοτήτων που έχουν τα συμβαλλόμενα μέρη, προκειμένου να αντιμετωπίσουν την απρόοπτη μεταβολή των συνθηκών, στα οποία τα μέρη στήριζαν τη διαμόρφωση του περιεχομένου της σύμβασής τους. Το γράμμα της διάταξης του άρθρου 1195 Cc (*Imprévision*) έχει ως εξής:

«Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation.

En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent, ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation. A défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe.»

Το νεοεισαχθέν άρθρο 1195 Cc, προβλέπει μια διαβάθμιση ως προς τις υποχρεώσεις που γεννώνται για τα μέρη σε περίπτωση που απρόβλεπτα γεγονότα καταστήσουν την παροχή υπέρμετρα επαχθή. Είναι ιδιαιτέρως ενδιαφέρον ότι, σε περίπτωση μεταβολής των συνθηκών που ίσχυαν όταν τα μέρη στήριζαν τη σύμβαση, ο γάλλος νομοθέτης επέλεξε να δώσει το προβάδισμα και πάλι στην αυτονομία των μερών. Έτσι, σε ένα πρώτο στάδιο, η παράγραφος 1 του άρθρου 1195 Cc, προβλέπει ότι το μέρος το οποίου η παροχή καθίσταται υπέρμετρα επαχθής και το μέρος αυτό δεν είχε αποδεχθεί τον εν λόγω κίνδυνο κατά τη σύναψη της σύμβασης, έχει τη δυνατότητα να ζητήσει από το άλλο μέρος να αναδιαπραγματευτούν τους

³⁴ Βλ. παλαιό άρθρο 1134§1 Cc.

συμβατικούς όρους³⁵. Η δεύτερη παράγραφος εκθέτει τις συνέπειες της αποτυχίας των μερών να εισέλθουν σε διαπραγμάτευση ή να επιτύχουν ένα επιθυμητό αποτέλεσμα από τη διαπραγμάτευση. Έτσι, τα συμβαλλόμενα μέρη έχουν τη δυνατότητα να συμφωνήσουν τη λύση της σύμβασης σε ορισμένο χρόνο ή να ζητήσουν από κοινού από το δικαστή να τροποποιήσει τους όρους της σύμβασης. Σε ένα επόμενο, τρίτο επίπεδο, αν τα μέρη αποτύχουν να συμφωνήσουν, ο δικαστής μπορεί να αναπροσαρμόσει ή και τερματίσει τη σύμβαση κατόπιν αιτήσεως ενός μόνον από τα μέρη.

Η νεοεισαθγείσα διάταξη του άρθρου 1195 του Cc, αντιστρέφει την μακράς παράδοσης αρχή που είχε τεθεί από την απόφαση «Cana de Carponne» του Cour de Cassation, ότι οι όροι της σύμβασης πρέπει να τηρούνται απαραγκλίτως. Έχει λεχθεί³⁶ ότι η εισαγωγή της διάταξης στην γαλλική έννομη τάξη προωθεί τη συμβατική δικαιοσύνη, αφού επιτρέπει στα μέρη να αποκαταστήσουν σημαντικές ανισορροπίες που ανακύπτουν κατά το βίο του συμβατικού τους δεσμού και λειτουργεί ως αντίβαρο στην αρχή της δεσμευτικότητας των ενοχών. Θα μπορούσαμε μάλιστα να πούμε ότι όλη η μεταρρύθμιση του δικαίου των συμβάσεων που επήλθε με το Διάταγμα 2016/131, τείνει ευήκοον ούς σε όσους έκαναν λόγο για ανάγκη απαγκίστρωσης από την αρχή της απαρέγκλιτης τήρησης των συμβατικών συμφωνηθέντων ανεξαρτήτως των συνθηκών που επικρατήσουν στο μέλλον και στην υιοθέτηση λιγότερο ανελαστικών ρυθμίσεων³⁷.

Η ρύθμιση που αποτυπώνεται στο άρθρο είναι εμπνευσμένη – ιδίως στο βαθμό που προτάσσει την αναδιαπραγμάτευση από τα ίδια τα μέρη – από την παράγραφο 1 του άρθρου 313 του BGB, το άρθρο 1467 του Ιταλικού Αστικού Κώδικα, το άρθρο 6.2.2. των αρχών της UNIDROIT, και το άρθρο 6:111 των Θεμελιωδών Κανόνων του Ευρωπαϊκού Δικαίου των Συμβάσεων (principles of european contract law) (αρχές της Επιτροπής Lando).

³⁵ Solène Rowan, The new French law of contract, LSE Research Online, http://eprints.lse.ac.uk/75815/1/Rowan_New%20French%20law_2017.pdf, 12 (τελευταία επίσκεψη 5.4.2018).

³⁶ Solène Rowan, οπ.π., 13.

³⁷ Βλ. και το νέο περιεχόμενο του άρθρου 1134 «L'erreur sur les qualités essentielles du cocontractant n'est une cause de nullité que dans les contrats conclus en considération de la personne» σε αντίθεση με το παλαιό «Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites.».

3.3. Η Αγγλική Έννομη Τάξη

3.3.1. Ο θεσμός της frustration

Εν αντιθέσει με το γραπτό ηπειρωτικό δίκαιο, το αγγλικό δίκαιο (common law), στη συντριπτική πλειοψηφία του, δεν είναι αποτυπωμένο σε γραπτό κείμενο αλλά βασίζεται στο νομολογιακό προηγούμενο (precedent) που έχει σχηματισθεί για ουσιωδώς όμοιες υποθέσεις (είναι, δηλαδή, ένα case law) αλλά και στο εθιμικό δίκαιο. Ωστόσο, και στο αγγλικό common law, συναντάμε τις θεμελιώδεις δικαιοηθικές αρχές στις οποίες βασίζεται το ηπειρωτικό δίκαιο και οι οποίες αναφέρθηκαν ήδη ανωτέρω σε διάφορα σημεία. Τέτοιες αρχές είναι η αρχή της καλής πίστης, της αυτονομίας της ιδιωτικής βούλησης και της εξισωτικής συμβατικής δικαιοσύνης.

Ο πολύ σημαντικός θεσμός που έχει αναπτυχθεί στο αγγλικό δίκαιο και μας ενδιαφέρει στην παρούσα ενότητα, είναι αυτός της «frustration»· θεσμός αντίστοιχος της ανατροπής του αντικειμενικού δικαιοπρακτικού θεμελίου. Η περίπτωση της frustration, είναι μια περίπτωση ανώμαλης εξέλιξης της σύμβασης με τη μορφή της ανατροπής του δικαιοπρακτικού θεμελίου, η οποία – όταν διαπιστωθεί – επιφέρει ως νομική συνέπεια τη λύση της σύμβασης. Προβλέπεται, δηλαδή, στο αγγλικό δίκαιο περίπτωση λύσης της σύμβασης, ακόμη και αν δεν έχει επισημώσει κάποιος breach of contract, δηλαδή κάποια μορφή αθέτησης της σύμβασης, και είναι η μοναδική εκ του νόμου προβλεπόμενη δυνατότητα απαλλαγής του οφειλέτη από τις συμβατικές του υποχρεώσεις. Όπως είναι, επομένως, φανερό, το αγγλικό δίκαιο με την ανάπτυξη του θεσμού της «frustration», προτάσσει την αρχή της επιείκειας έναντι της αρχής της pacta sunt servanda.

3.3.2. Προϋποθέσεις εφαρμογής της frustration

Όσον αφορά στις προϋποθέσεις εφαρμογής της frustration, αυτές παρουσιάζουν πολλά κοινά με τις προϋποθέσεις που προβλέπονται στο άρθρο ΑΚ 388. Συγκεκριμένα, απαιτείται να επέλθουν αντικειμενικώς μη προβλέψιμα γεγονότα. Ωστόσο, η αγγλική νομολογία στο πλαίσιο της «frustration» κάνει δεκτή την απαλλαγή του οφειλέτη ακόμη και όταν τα γεγονότα που έχουν επισυμβεί είναι προβλέψιμα (το οποίο είναι αδύναμο στο πλαίσιο της ΑΚ 388). Περαιτέρω, η μεταβολή πρέπει να μην οφείλεται σε υπαιτιότητα των μερών και η παροχή πρέπει είτε να έχει καταστεί αδύνατη (φυσική ή νομική αδυναμία ή ματαίωση του σκοπού της σύμβασης) είτε να έχει μεταλλαχθεί ουσιωδώς και σε βαθμό τέτοιο ώστε να πρόκειται πλέον για διαφορετική παροχή. Ωστόσο, τα αγγλικά δικαστήρια δεν κάνουν δεκτή την απαλλαγή του

οφειλέτη σε περιπτώσεις όπου, λόγω απρόοπτης μεταβολής των συνθηκών, έχει επέλθει υπερβολική δυσχέρεια εκπλήρωσης εκ μέρους του οφειλέτη. Αξίζει να σημειωθεί ότι, σε κάθε περίπτωση, τα αγγλικά δικαστήρια επιφυλάσσουν για τον εαυτό τους τη δυνατότητα να παρέμβουν στο συμβατικό δεσμό μόνο σε οριακές περιπτώσεις, που αγγίζουν, δηλαδή, το πραγματικό της ανυπαίτιας αδυναμίας παροχής.

3.3.3. Οι έννομες συνέπειες εκ της εφαρμογής του θεσμού της frustration

Σε αντίθεση με τις έννομες συνέπειες του προβλέπει η ΑΚ 388, η οποία παρέχει τη δυνατότητα στο δικαστή να προβεί σε μεταρρύθμιση των συμβατικών υποχρεώσεων, στο πλαίσιο της αγγλικής frustration η μόνη επιλογή που διατίθεται στον δικαστή είναι η κατάλυση του συμβατικού δεσμού, ενώ δεν προβλέπεται η δυνατότητα της αναπροσαρμογής αυτού.

Ωστόσο, επειδή τα αποτελέσματα αυτά κρίθηκαν ανεπιεική, σε μια προσπάθεια μετριασμού αυτών ψηφίστηκε το Law Reform (Frustrated Contract) Act 1943. Το Law Reform (Frustrated Contracts) Act 1943 είναι ένας γραπτός νόμος του Ηνωμένου Βασιλείου ο οποίος ρυθμίζει ακριβώς τα δικαιώματα και τις υποχρεώσεις των μερών που έχουν συμμετάσχει σε μια σύμβαση της οποίας το δικαιοπρακτικό θεμέλιο έχει μεταβληθεί άρδην εξαιτίας της επέλευσης γεγονότων απρόβλεπτων, που δεν αποδίδονται σε υπαιτιότητα των μερών, με αποτέλεσμα η παροχή για το ένα μέρος να είναι αδύνατη ή να έχει μεταβληθεί ουσιωδώς (frustrated contracts). Στο πλαίσιο του εν λόγω νόμου προβλέφθηκε η δυνατότητα επιστροφής των καταβληθέντων, καθώς και η δυνατότητα συμψηφισμού τους με τα έξοδα που έγιναν για την εκπλήρωση της παροχής από το άλλο μέρος. Ο νόμος προβλέπει, επίσης, τη δυνατότητα να επιδικασθεί κάποιο ποσό σε περίπτωση που ο αντισυμβαλλόμενος έχει αποκομίσει οποιοδήποτε όφελος πριν λυθεί η σύμβαση· σε κάθε περίπτωση, το επιδικασθέν ποσό οφείλει να είναι εύλογο, δηλαδή να μην υπερβαίνει το όφελος της άλλης πλευράς.

3.4. Σχέδιο Ευρωπαϊκού Αστικού Κώδικα – Draft Common Frame of Reference³⁸ (στο εξής: DCFR)

3.4.1. Η νομική ισχύς του Draft Common Frame Of Reference

Το Σχέδιο ενός Κοινού Πλαισίου Αναφοράς αποτελεί ένα ενοποιητικό κείμενο ιδιωτικού δικαίου που επεξεργάστηκε και συντάχθηκε από μια επιτροπή 200 περίπου νομομαθών από

³⁸Για το Περιεχόμενο του Σχεδίου βλ.. αναλυτικά von Bar/Clive/Schulte-Nölke et al., Principles Definitions and Model Rules of European Private Law – Draft Common Frame of Reference (DCFR) – Interim Outline Edition

όλα τα ευρωπαϊκά κράτη υπό την αιγίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης (εντολέας του έργου ήταν η Ευρωπαϊκή Επιτροπή). Πρόκειται για ένα πρότυπο προς ενοποίηση των ευρωπαϊκών εννόμων τάξεων ως προς το δίκαιο των ενοχών, περιλαμβάνοντας και συμβάσεις που συστηματικά εντάσσονται στο δίκαιο προστασίας του καταναλωτή. Περιέχει αρχές, ορισμούς και πρότυπα νόμων του ευρωπαϊκού ιδιωτικού δικαίου των ενοχών, και όλα αυτά προέρχονται από διάφορες πηγές. Πρόκειται, δηλαδή, για μια «*ακαδημαϊκή καταγραφή ενός κοινού πλαισίου πρότυπων κανόνων*»³⁹ για τη ρύθμιση των ενδοσυμβατικών και εξωσυμβατικών ενοχών. Βάση του Σχεδίου απετέλεσαν οι Θεμελιώδεις Κανόνες του Ευρωπαϊκού Δικαίου των Συμβάσεων (principles of european contract law), που συντάχθηκαν από τη λεγόμενη Επιτροπή Lando. Το Κοινό Πλαίσιο Αναφοράς δημιουργήθηκε ως ένα «προαιρετικό εργαλείο» (optional instrument). Η Επιτροπή έχει προσδώσει στο DCFR το χαρακτηριστικό όρο «εργαλειοθήκη», ένα σύνολο «πρότυπων κανόνων» με καθοδηγητική απλώς λειτουργία για τις έννομες τάξεις. Τα μέρη της σύμβασης θα μπορούν να επιλέξουν ελεύθερα το δίκαιο του DCFR ως το δίκαιο που θα διέπει τη συναλλαγή τους, ενώ θα χρησιμοποιείται ως ένα μη δεσμευτικό εργαλείο από Ευρωπαίους και εθνικούς νομοθέτες. Σκοπός δεν ήταν, επομένως, να θεσπιστεί ως ένα απευθείας δεσμευτικό κείμενο για τους νομοθέτες των κρατών μελών. Το DCFR δεν έχει αποκτήσει ακόμη κανονιστική ισχύ. Πρόκειται, για μία δέσμη προανατολισμών, χωρίς καμία νομικά δεσμευτική ενέργεια, οι οποίοι μπορεί απλά να λειτουργήσουν ως πηγή έμπνευσης για το νομοθέτη.

3.4.2. Η ρύθμιση της ανατροπής του δικαιοπρακτικού θεμελίου στο DCFR

Η απρόβλεπτη μεταβολή των συνθηκών σε μια συμβατική σχέση ρυθμίζεται στο άρθρο III. 1:110 του τρίτου βιβλίου του DCFR, το οποίο είναι αφιερωμένο στο γενικό ενοχικό δίκαιο.

Το γράμμα του άρθρου έχει ως εξής:

(I) An obligation must be performed even if performance has become more onerous, whether because the cost of performance has increased or because the value of what is to be received in return has diminished.

(Munich, 2008): House of Lords, European Union Committee, 12th Report of Session 2008–09, European Contract Law: the Draft Common Frame of Reference, June 2009.

³⁹ Καραμπατζός, Η ρύθμιση περί απρόβλεπτης μεταβολής των συνθηκών στο «Σχέδιο ενός Κοινού Πλαισίου Αναφοράς» και η υποχρέωση αναδιαπραγμάτευσης, ΝοΒ 2010, 623.

(2) If, however, performance of a contractual obligation or of an obligation arising from a unilateral juridical act becomes **so onerous** because of an **exceptional change** of circumstances that it would be **manifestly unjust** to hold the debtor to the obligation **a court may**: (a) **vary** the obligation in order to make it reasonable and equitable in the new circumstances; or (b) **terminate** the obligation at a date and on terms to be determined by the court.

(3) Paragraph (2) applies only if: (a) the change of circumstances occurred after the time when the obligation was incurred; (b) the debtor did not at that time take into account, and could not reasonably be expected to have taken into account, the possibility or scale of that change of circumstances; (c) the debtor did not assume, and cannot reasonably be regarded as having assumed, the risk of that change of circumstances; and (d) the debtor has attempted, reasonably and in good faith, to achieve by negotiation a reasonable and equitable adjustment of the terms regulating the obligation.

Όπως προκύπτει από το γράμμα της διάταξης, το πεδίο εφαρμογής της φαίνεται να είναι κατά πολύ ευρύτερο από το ΑΚ 388, καθώς καλύπτει κάθε υφιστάμενη ενοχική υποχρέωση και όχι μόνο το πεδίο των αμφοτεροβαρών συμβάσεων. Η γενική αρχή από την οποία εκκινεί ο συντάκτης του άρθρου αποτυπώνεται στην παράγραφο (1) είναι η εμμονή στην εκπλήρωση της παροχής, ακόμα και αν τελικά η εκπλήρωση αποκλίνει από τις αρχικές προβλέψεις των μερών και αποβεί περισσότερο επαχθής. Στην παράγραφο (2) καταστρώνεται με λεπτομέρεια το πραγματικό και οι έννομες συνέπειες της απρόοπτου διατάραξης του συμβατικού δεσμού. Ως απρόοπτη μεταβολή των συνθηκών ικανή να επιτρέψει την κάμψη της εκπλήρωσης της συμβατικής υποχρέωσης, ορίζεται η ύπαρξη εξαιρετικής μεταβολής («exceptional change») και υπέρμετρης επάχθειας ως προς την παροχή («performance...becomes so onerous»).

3.4.2.1. Ειδικότερες προϋποθέσεις για την κατάφαση της συνδρομής της ανατροπής του δικαιοπρακτικού θεμελίου

Στην παράγραφο (3) του άρθρου III. 1:110 προβλέπονται ειδικότερες προϋποθέσεις που απαιτούνται προκειμένου να καμφθεί η εκπλήρωση της εκπλήρωσης της παροχής, και είναι οι εξής: i) η μεταβολή να επήλθε μετά τη γένεση της υποχρέωσης (...after the time when the obligation was incurred), ii) η μεταβολή πρέπει να ήταν απρόβλεπτη τόσο ως προς την έλευση όσο και ως προς τη σπουδαιότητά της (the debtor did not at that time take into account, and could not reasonably be expected to have taken into account, the possibility or

scale of that change), iii) η κίνδυνος που επήλθε πρέπει να μην περιλαμβάνεται στους συμβατικούς ανειλημμένους κινδύνους από τον οφειλέτη (the debtor did not assume, and cannot reasonably be regarded as having assumed, the risk), iv) να έχει προηγηθεί προσπάθεια από τον οφειλέτη της παροχής για καλόπιστη αναπροσαρμογή των όρων που διέπουν την παροχή μέσω διαπραγματεύσεων πριν την αναζήτηση αναπροσαρμογής μέσω του εν λόγω άρθρου (the debtor has attempted, reasonably and in good faith, to achieve by negotiation a reasonable and equitable adjustment of the terms regulating the obligation.).

Όπως καθίσταται σαφές, το άρθρο III.1:110 του DCFR εκθέτει τις προϋποθέσεις αναπροσαρμογής της σύμβασης με μεγαλύτερη πληρότητα και σαφήνεια από τη διάταξη του άρθρου ΑΚ 388. Επίσης, η ρύθμιση του DCFR εφαρμόζεται σε κάθε δικαιοπραξία, ετεροβαρή ή αμφοτεροβαρή, αναγνωρίζει τη δυνατότητα κατανομής των κινδύνων εκ μέρους των μερών, ενώ επιβάλλει ρητώς στα μέρη την υποχρέωση αναδιαπραγματεύσεως πριν καταφύγουν τελικώς στη δικαστική κρίση.

3.4.3. Οι έννομες συνέπειες από την κατάφαση συνδρομής της ανατροπής του δικαιοπρακτικού θεμελίου

Στο πεδίο των εννόμων συνεπειών σε περίπτωση απρόοπτης μεταβολής των συνθηκών, η ρύθμιση της παραγράφου (2) του άρθρου III. 1:110 ομοιάζει με αυτή της ΑΚ 388, καθότι προβλέπει ότι το δικαστήριο έχει την ευχέρεια είτε να τροποποιήσει την παροχή κατά τρόπο ώστε να καταστεί εύλογη και να βρίσκεται σε ισορροπία με την αντιπαροχή στο πλαίσιο των νέων συνθηκών (a court may: (a) vary the obligation in order to make it reasonable and equitable in the new circumstances) είτε να λύσει, ακόμη, το συμβατικό δεσμό or (b) terminate the obligation at a date and on terms to be determined by the court). Παρέχεται, δηλαδή, μια ευρεία διακριτική ευχέρεια στη δικανική εκτίμηση κατά την τελική απόφαση για τη λειτουργία της σύμβασης.

4. Η απρόοπτη μεταβολή των συνθηκών στις αμφοτεροβαρείς συμβάσεις - Η ΑΚ 388 και οι προϋποθέσεις εφαρμογής της

4.1. Εισαγωγικές παρατηρήσεις - Η ιστορία της διάταξης

Το φαινόμενο της εντελώς απροσδόκητα αναστάτωσης των υφισταμένων κατά την κατάρτιση της σύμβασης συνθηκών, σοβαρότητας τέτοιας ώστε να καθίσταται βέβαιο ότι αν τα

μέρη είχαν προβλέψει τη μεταβολή το μέρος που πλήττεται από αυτή δεν θα προέβαινε στη σύναψη της σύμβασης με τους αυτούς όρους, συνοδεύει την ανθρώπινη ύπαρξη καθ' όλη την ιστορία της. Δεν θα μπορούσε, άλλωστε, να είναι διαφορετικά, δεδομένου ότι ο αστάθμητος παράγοντας για τον οποίο ουσιαστικά γίνεται λόγος εδώ, δεν είναι άλλος από την τυχαιότητα και το ευμετάβλητο των ανθρώπινων πραγμάτων. Ωστόσο, όπως αναλύθηκε ήδη σε προηγούμενο σημείο (ανωτέρω υπό 2.1.), ο χώρος των συμβάσεων περιχαράκωνεται – ήδη από τους κλασσικούς ρωμαϊκούς χρόνους – από το αυστηρό δόγμα του *pacta sunt servanda*. Είναι ενδιαφέρον να εξετάσουμε τις θεωρητικές κατασκευές μέσω των οποίων το δίκαιο προσπάθησε, κατά καιρούς, να ανταποκριθεί στο δικαιοπολιτικό αίτημα για προστασία του συμβαλλομένου που επλήγη από την τυχαία και απρόβλεπτη μεταβολή των συνθηκών, οι οποίες κρατούσαν κατά το χρόνο της συμβατικής δέσμευσης και επί των οποίων τα μέρη στηρίζαν τους υπολογισμούς τους για τη διαμόρφωση του περιεχομένου της σύμβασης. Βεβαίως, στο πλαίσιο της παρούσας εργασίας μια τέτοια ανάλυση δεν μπορεί παρά να είναι περιορισμένη, ο αναγνώστης μπορεί, ωστόσο, να προσφύγει στην παραπεφθεύσα βιβλιογραφία για το πολύ ενδιαφέρον αυτό ζήτημα.

Όπως έχει ήδη ειπωθεί, στο ρωμαϊκό δίκαιο επικρατούσε η αυστηρή εφαρμογή της αρχής *pacta sunt servanda*. Επομένως, η δυσχέρεια καταβολής – όσο έντονη και αν ήταν – δεν ελευθέρωνε τον υπόχρεο, παρά μόνο η άνευ υπαιτιότητας πλήρη αδυναμία παροχής. Έτσι, μόνο σε ειδικά θέματα⁴⁰ προβλεπόταν, εν πνεύματι επιείκειας προς τον οφειλέτη, η απόκλιση από την αρχή της τήρησης των συμφωνηθέντων λόγω μεταγενέστερης μεταβολής των συνθηκών.

Κατά τους νεότερους, κυρίως, χρόνους διαπλάσθηκαν διάφορες επιστημονικές θεωρίες⁴¹, οι οποίες προσπάθησαν να δώσουν λύση στο εξεταστέο πρόβλημα. Μια εξ αυτών είναι αυτή της *clausula rebus sic stantibus*⁴², η οποία ωστόσο θεωρήθηκε ότι λόγω της γενικότητάς της κλονίζει ιδιαίτερα την ασφάλεια των συναλλαγών και γι' αυτό το λόγο δεν επικράτησε. Στη συνέχεια, αναπτύχθηκε από τον Windscheid η *θεωρία της προϋπόθεσης* (*Vorraussetzung*), η οποία γειτνιάζει με την *clausula rebus sic stantibus*, και απορρίφθηκε, επίσης, ως υπονομεύουσα τις συμβάσεις και επαγόμενη κίνδυνο για την ασφάλεια και την εμπιστοσύνη στις συναλλαγές. Συγκεκριμένα, αυτό που υποστηρίχθηκε με την εν λόγω θεωρία

⁴⁰ Βλ. Σακκέτα, ΕρΝομΑΚ, άρθρο 388, αρ. 3.

⁴¹ Για μια σύντομη αλλά περιεκτική ανάλυση αυτών καθώς και παραλλαγών τους βλ. Μπόσδα, όπ. π., σ. 150 επ.

⁴² Η οποία ως επιστημονική θεωρία διδάχθηκε από τον Bartolus. Περισσότερα για τη θεωρία βλ. ανωτέρω υπό 2.2.

είναι ότι η δήλωση βούλησης, η οποία παρεσχέθει όταν ίσχυαν κάποιες συγκεκριμένες συνθήκες, θα δεσμεύει τον δηλούντα στο μέλλον υπό την προϋπόθεση ότι κατά το χρόνο εκπλήρωσης θα ισχύει μια ορισμένη κατάσταση, παρούσα ή μέλλουσα, νομική ή πραγματική, θετική ή αρνητική. Ο όρος της συνδρομής ορισμένης κατάστασης περιορίζει κατ' αυτόν τον τρόπο, τη βούληση του δηλούντος χωρίς, ωστόσο, να αναπτύσσεται σε πλήρη αίρεση, καθότι ο δηλών δεν φτάνει μέχρι του σημείου να εξαρτήσει το αποτέλεσμα της σύμβασης από την κατάσταση αυτή. Διαφέρει κατά την προγενέστερη *clausula rebus sic stantibus* κατά το ότι, εν προκειμένω, απαιτείται ο αντισυμβαλλόμενος να έχει γνώση ή έστω δυνατότητα γνώσης των συνθηκών υπό τις οποίες έγινε η δήλωση βούλησης. Ένας από τους πολέμιους της θεωρίας της προϋπόθεσης, ο Paul Ernst Wilhelm Oertmann, ήταν αυτός που ανέπτυξε τη *θεωρία του δικαιοπρακτικού θεμελίου*, στο πλαίσιο της οποίας διδάσκεται ότι θεμέλιο κάθε δικαιοπραξίας είναι η αντίληψη ενός ή και όλων των συμβαλλομένων ότι κατά τη στιγμή της σύναψης υπάρχουν ή πρόκειται στο μέλλον να υπάρξουν ορισμένα γεγονότα, και επί της οποίας είναι δυνατό να θεωρηθεί, κατά την καλή πίστη και τα συναλλακτικά ήθη, ότι τα μέρη στήριξαν τη βούλησή τους. Η θεωρία αυτή, η οποία ουσιαστικά διδάσκει ότι η πλάνη των δικαιοπρακτούντων ως προς την ύπαρξη ή επέλευση στο μέλλον των περιστατικών επί των οποίων στήριξαν τη σύμβαση επιδρά στην τύχη της τελευταίας, μολονότι μπορούσε εύκολα να θέσει εν κινδύνω την ασφάλεια των συναλλαγών (με την απόδοση σ' αυτή της εννοίας ότι λαμβάνεται υπόψη και η πλάνη η στρεφόμενη περί τα απλά παραγωγικά αίτια της βούλησης) επικράτησε στην γερμανική νομολογία και θεωρία. Άλλοι, προκειμένου να δώσουν μια ικανοποιητική απάντηση στο ερώτημα ποια θα είναι η τύχη της υπέρμετρα επαχθούς παροχής, προσπάθησαν να διευρύνουν την έννοια της αδυναμίας παροχής και να εντάξουν σ' αυτή και την υπερβολική δυσχέρεια εκπλήρωσης. Αυτό που υποστηρίχθηκε δηλαδή ήταν ότι, μολονότι η εκπλήρωση της παροχής είναι καθ' εαυτή δυνατή, με την έννοια ότι δεν κάνουμε λόγο για φυσική αδυναμία παροχής, υπάρχει μια *νομική έννοια* αδυναμίας παροχής, η οποία είναι δυνατό να οδηγήσει σε απαλλαγή του οφειλέτη, αν η εμμονή στην εκπλήρωση προσβάλλει το περί δικαίου αίσθημα, λαμβανομένης υπόψη της καλής πίστης και, ειδικότερα, το όριο της θυσίας, την οποία το δίκαιο είναι δυνατό να αναμένει από τον οφειλέτη κατά την εκπλήρωση της παροχής. Στη συνέχεια, ακολούθησε μια τάση αντικειμενικοποίησης⁴³ των κριτηρίων αναπροσαρμογής ή λύσης της σύμβασης, και, προς το σκοπό αυτό, έγινε ιδιαίτερη χρήση της αρχής της καλής πίστης. Ως αντικειμενική διδασκαλία χαρακτηρίζεται και η γαλλικής προελεύσεως *θεωρία του απροβλέπτου* (*théorie de l' imprévision*), σύμφωνα με την οποία η

⁴³ Βλ. Σακκέτα, όπ. π., αρ. 6 (σ. 511).

αναπροσαρμογή των όρων της σύμβασης δικαιολογείται μόνο επί απρόβλεπτης μεταβολής⁴⁴ των περιστάσεων που επικρατούσαν κατά την κατάρτιση της σύμβασης, με δυσμενείς συνέπειες για τον ένα συμβαλλόμενο, και – υπό αυτό της το νόημα – διατρέχει άλλωστε όλες τις προαναφερθείσες θεωρίες, επικράτησε, όμως, μόνο στο χώρο των διοικητικών διαφορών και αναπτύχθηκε από τη νομολογία του Conseil d'État ⁴⁵.

Στην ελληνική έννομη τάξη, η θεωρία ανταποκρίθηκε αμέσως και σχεδόν ομοφώνως στο αίτημα για μια επιεική αντιμετώπιση του αδικημένου από τη μεταβολή των πραγμάτων οφειλέτη. Από τη νομολογία η εφαρμογή των αρχών εγκαινιάστηκε με αφορμή υποθέσεις, οι οποίες αφορούσαν διατροφές εκ του νόμου και συμβάσεις προμηθειών, και αφού προηγήθηκε μια σημαντική υποτίμηση του νομίσιματος από το 1920. Τότε τα δικαστήρια της ουσίας άρχισαν να συνειδητοποιούν ότι με το πρόσχημα ότι η συμβατική σχέση οφείλει να παραμένει άθικτη δεν είναι δυνατό να νομιμοποιούνται ανυπόφορες αδικίες. Έχει λεχθεί ότι «η σημειωθείσα επί του ζητήματος τούτου, παρά την αντίδραση του Αρείου Πάγου, ριζοσπαστικότητας και ολίγων έστω κατωτέρων δικαστηρίων, αποδεικνύει ότι οι έλληνες δικασταί εξοικειώνονται πλέον με την σκέψιν, ότι υπό ωρισμένας προϋποθέσεις καθίσταται θεμιτή η χειραφέτησις από των κειμένων διατάξεων προς τον σκοπόν μιας αυτοτελούς διαπλαστικής επεξεργασίας του δικαίου»⁴⁶. Η αντίσταση του Αρείου Πάγου κατά της τολμηρής αυτής τάσης των κατωτέρων δικαστηρίων ήταν σθεναρή, εμμένοντας στην απόλυτη ισχύ των συμβάσεων.

Η επιεικής αυτή στάση που επικράτησε στη θεωρία και σε μέρος της νομολογίας, επηρέασε και τον νομοθέτη της εποχής, με αποτέλεσμα να εκδοθούν αρκετοί νόμοι⁴⁷, οι οποίοι απέβλεπαν στον διακανονισμό των αυστηρών ανεπιεικών συνεπειών που προέκυπταν σε μια σύμβαση από την απρόοπτη μεταβολή των εξωσυμβατικών συνθηκών. Οι νόμοι αυτοί αφορούσαν κυρίως συμβάσεις δημοσίου δικαίου. Με την ψήφιση και θέση σε ισχύ του Αστικού Κώδικα το 1946, παρά τον δισταγμό⁴⁸ που προκάλεσε η θέσπισή της στην συντακτική επιτροπή κατά τις προπαρασκευαστικές εργασίες του Κώδικα, υιοθετήθηκε κατά την τελική επεξεργασία του κειμένου το άρθρο ΑΚ 388, το οποίο προβλέπει τις προϋποθέσεις υπό τις οποίες είναι δυνατό να επέλθει δικαστική λύση ή αναπροσαρμογή της σύμβασης σε περίπτωση που εμφιλοχωρήσει απρόβλεπτη μεταβολή των συνθηκών, περιορίζοντας τη σημασία των ως

⁴⁴ Η οποία, ωστόσο, πρέπει να είναι τέτοιας εντάσεως ώστε να καθίσταται βέβαιο ότι αν ο βλαπτόμενος από αυτή συμβαλλόμενος είχε τη δυνατότητα να προβλέψει, δεν θα προέβαινε σε σύναψη της σύμβασης με τους αυτούς όρους.

⁴⁵ Λιτζερόπουλος, όπ. π., σ. 238 επ.· Σταθόπουλος, όπ. π., § 22 αρ. 9.

⁴⁶ Λιτζερόπουλος, Η νομολογία ως παράγων διαπλάσεως του ιδιωτικού δικαίου, 245.

⁴⁷ Ν. 409/1914· Ν. 842/1917· 4293/1929· 5505/1932· 5615/1932· 6434/1934 κ.α.

⁴⁸ Βλ. Σακκέτα, όπ. π., §§ 13, 14 και 15 με περαιτέρω παραπομπές.

άνω διδασκαλιών στο πλαίσιο της ιστορικής ερμηνείας της ΑΚ 388. Η διάταξη αποτελεί, κατά γενική παραδοχή, συγκεκριμενοποίηση της αρχής της καλής πίστης και καταστρώνει έναν κανόνα δικαίου που τόσο το πραγματικό όσο και οι έννομες συνέπειες είναι – κατά το μάλλον ή ήττον – σαφείς⁴⁹.

4.2. Οι επιμέρους προϋποθέσεις εφαρμογής της ΑΚ 388

Η νομοθετική πρόβλεψη της δυνατότητας για ετερόνομη αναπροσαρμογή ή λύση της σύμβασης λόγω μεταβολής των συνθηκών ανευρίσκεται στη διάταξη του άρθρου ΑΚ 388, η οποία συστηματικά εντάσσεται στο δεύτερο βιβλίο του Αστικού Κώδικα, που είναι αφιερωμένο στο Ενοχικό Δίκαιο, και συγκεκριμένα στο Πέμπτο Κεφάλαιο του βιβλίου το οποίο τιτλοφορείται «Αρχές για τις Αμφοτεροβαρείς Συμβάσεις». Το γράμμα της διάταξης καταστρώνει ένα αυστηρώς προδιαγεγραμμένο πραγματικό και, στην παρούσα ενότητα της εργασίας, θα γίνει μια επιμέρους εξέταση των συγκεκριμένων προϋποθέσεων, καθώς και των εννόμων συνεπειών που δύναται να επιφέρει η εφαρμογή της διάταξης. Θα πρέπει εξ αρχής να λεχθεί ότι η συνδρομή των προϋποθέσεων εξετάζεται σε κάθε περίπτωση *in concreto*, στοχευμένα και εξατομικευμένα σε κάθε συγκεκριμένη περίπτωση και σε κάθε συγκεκριμένη σύμβαση. Γι' αυτό και η επίκληση της νομικής βάσης του άρθρου ΑΚ 388 (αλλά και του ΑΚ 288) σε επίπεδο συλλογικής αγωγής δεν έχει γίνει δεκτή⁵⁰.

Άρθρο 388 ΑΚ: *Απρόοπτη μεταβολή των συνθηκών*

«Αν τα περιστατικά στα οποία κυρίως, ενόψει της καλής πίστης και των συναλλακτικών ηθών, τα μέρη στήριζαν τη σύναψη αμφοτεροβαρούς σύμβασης, μεταβλήθηκαν ύστερα, από λόγους που ήταν έκτακτοι και δεν μπορούσαν να προβλεφθούν, και από τη μεταβολή αυτή η παροχή του οφειλέτη, ενόψει και της αντιπαροχής, έγινε υπέρμετρα επαχθής, το δικαστήριο μπορεί κατά την κρίση του με αίτηση του οφειλέτη να την αναγάγει στο μέτρο που αρμόζει και να αποφασίσει τη λύση της σύμβασης εξολοκλήρου ή κατά το μέρος που δεν εκτελέστηκε ακόμη.

Αν αποφασιστεί 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.»

⁴⁹ Βεβαίως, όπως συμβαίνει με κάθε νομοθετικό κείμενο, αυτό σε καμία περίπτωση δε σημαίνει ότι περιττεύει η ερμηνεία της.

⁵⁰ Βλ. ΠολΠρΑθ 334/2016, ΕΕμπΔ 2016, 410.

4.2.1. Αμφοτεροβαρής σύμβαση

Όπως ρητώς απαιτεί το γράμμα της και προκύπτει από την συστηματική της ένταξη στο σώμα του ΑΚ, η διάταξη του άρθρου ΑΚ 388 εφαρμόζεται μόνο σε *αμφοτεροβαρείς συμβάσεις*⁵¹, δηλαδή σε συμβάσεις οι οποίες γεννούν δικαιώματα και υποχρεώσεις για αμφότερα τα συμβαλλόμενα μέρη και στην οποία υπάρχει παροχή και αντιπαροχή⁵². Ο δε χαρακτηρισμός της σύμβασης ως αμφοτεροβαρούς, που πρέπει να προηγηθεί προκειμένου να χωρίσει εφαρμογή επί αυτής της διάταξης του ΑΚ 388, αποτελεί νομικό ζήτημα και, επομένως, υπόκειται στον ανααιρετικό έλεγχο του Αρείου Πάγου. Η εκτίμηση, ωστόσο, του περιεχομένου της σύμβασης ως προς την ύπαρξη των πραγματικών περιστατικών των οποίων έγινε η υπαγωγή στον κανόνα δικαίου είναι, βεβαίως, μόνο εκτίμηση περί τα πράγματα και, ως τέτοια, εκφεύγει του ανααιρετικού ελέγχου. Η επιλογή αυτή του νομοθέτη να περιορίσει την εφαρμογή της διάταξης μόνο επί αμφοτεροβαρών συμβάσεων αιτιολογείται και δικαιολογείται από τον σκοπό της, από το γεγονός, δηλαδή, ότι «*με την ΑΚ 388 διώκεται ακριβώς η ισοστάθμιση ή εξισορρόπηση των εκατέρωθεν παροχών μιας αμφοτεροβαρούς σύμβασης, σύμφωνα με τις αρχές της επιείκειας και της διορθωτικής συμβατικής δικαιοσύνης*»⁵³. Ενδιαφέρον είναι ότι η διεθνής τάση είναι τα πραγματικά της απρόοπτης μεταβολής των συνθηκών να εφαρμόζονται σε κάθε υφιστάμενη ενοχική υποχρέωση, δηλαδή και στις ετεροβαρείς συμβάσεις⁵⁴. Γίνεται δεκτό ότι ο νομοθετικός λόγος προς εφαρμογή της διάταξης συντρέχει και επί προσυμφώνου, καθώς και επί συμφώνου προαιρέσεως όταν με αυτό σκοπείται η κατάρτιση αμφοτεροβαρούς σύμβασης, αφού, διαφορετικά, θα ήταν άσκοπο⁵⁵ και επαχθές⁵⁶ για τον δεσμευόμενο από το σύμφωνο προαιρέσεως να αναμένει την κατάρτιση της οριστικής σύμβασης προκειμένου να έχει τη δυνατότητα να ζητήσει την νομική προστασία που απορρέει από την ΑΚ 388. Η εφαρμογή της διάταξης προϋποθέτει, βεβαίως, έγκυρη ενοχική σύμβαση και δεν νοείται επί ενοχών εκ του νόμου⁵⁷ (για παράδειγμα στην αδικοπραξία). Άλλωστε, η διάταξη δεν αφήνει περιθώριο να δοθεί τέτοια ερμηνεία δεδομένου ότι το γράμμα της κάνει λόγο για «σύμβαση». Περαιτέρω,

⁵¹ Βλ. Βαθρακοκόλλη, ΕρΝομΑΚ άρθρο 388, αρ. 9· Απ. Γεωργιάδη, Ενοχικό Δίκαιο Γενικό Μέρος, 1999, αρ. 341· Καραμπατζός, όπ. π., σ. 61· Σταθόπουλο, όπ. π. §22, αρ. 13· τον ίδιο σε Γεωργιάδη-Σταθόπουλο, άρθρο 388, αρ. 8· Μπαλή, όπ. π., § 88· Χελιδόνη, σε Γεωργιάδη ΣΕΑΚ, 388, αρ. 8· Σακκέτα, όπ. π., §§ 20, 21 και 22· Καράκωστα, Ερμηνεία-Σχόλια-Νομολογία ΑΚ, αρ. 982· ενδεικτικά ΑΠ 1138/1990, ΕΕΝ/1991, 445.

⁵² Για τα εννοιολογικά στοιχεία της αμφοτεροβαρούς σύμβασης και τη διάκρισή της από συγγενείς έννοιες βλ. Σταθόπουλο, Γενικό Ενοχικό Δίκαιο, §14 αρ. 30· Παπαστερίου – Κλαβανίδου, Το δίκαιο της Δικαιοπραξίας, 2008, 59 επ·

⁵³ Καραμπατζός, όπ. π., σ. 61.

⁵⁴ Βλ. Αρχές των Διεθνών Εμπορικών Συμβάσεων – UNIDROIT, άρθρο 6.2.1-3· Σχέδιο ενός Κοινού Πλαισίου Αναφοράς – DCFR, άρθρο III. – 1:110·

⁵⁵ Ραγομανίκης, Έννομες συνέπειες και πεδίο εφαρμογής του άρθρου 388 Αστ. Κώδικα, ΕΕΝ 1978, 627.

⁵⁶ Βλ. Απ. Γεωργιάδης, Σύμφωνο Προαίρεσης, σ. 191 επ., Σακκέτα, όπ. π., αρ. 22.

⁵⁷ Χελιδόνης, όπ. π., § 9· Σταθόπουλος, Γενικό Ενοχικό Δίκαιο, § 22 αρ.13. ΕφΑθ 1666/1981, ΕλλΔνη 1981, 245

αμφισβητείται⁵⁸ η εφαρμογή της επί μονομερών δικαιοπραξιών, ενώ δεν γίνεται δεκτή επί ετεροβαρών συμβάσεων, για τις οποίες (ετεροβαρείς συμβάσεις και μονομερείς δικαιοπραξίες), αν ανακύψει θέμα απρόοπτης μεταβολής των συνθηκών, η αναπροσαρμογή μπορεί, κατά βάση, να επιδιωχθεί με προσφυγή στην ΑΚ 288 ή με ερμηνεία της δήλωσης βούλησης κατά τις ΑΚ 173 και 200.

Σημειώνεται ότι ως προς τις τραπεζικές συμβάσεις δανείου, η άποψη της νομολογίας ήταν ότι δεν χωρεί εφαρμογή του άρθρου ΑΚ 388, με τη σκέψη ότι το δάνειο είναι ετεροβαρής και όχι αμοτεροβαρής σύμβαση και, επομένως, δεν εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής της διάταξης του άρθρου ΑΚ 388, που κάνει σαφώς λόγο για αμοτεροβαρή σύμβαση⁵⁹. Η κριτική που έχει ασκηθεί σε αυτή την άποψη είναι ότι παραβλέπει πως ετεροβαρή χαρακτηριστικά εμφανίζει μόνο η σύμβαση δανείου που περιγράφεται στο άρθρο ΑΚ 806 (η τυπολογικά απλούστερη μορφή του *re* καταρτιζόμενου άτοκου δανείου), ενώ στη σύγχρονη πραγματικότητα το έντοκο δάνειο των τραπεζικών πιστωτικών συμβάσεων προβλέπει πάντα υποχρέωση καταβολής τόκου από το δανειολήπτη ως αντάλλαγμα για τη χρήση του δανείσματος⁶⁰ και, συνεπώς, το έντοκο δάνειο κατατάσσεται στις αμοτεροβαρείς συμβάσεις. Η πρόσφατη νομολογία, που με αφορμή τις συμβάσεις δανείου σε ελβετικό φράγκο έχει εξετάσει ιδιαίτερος τη συγκεκριμένη μορφή σύμβασης, δέχεται ότι η τραπεζική σύμβαση εντόκου δανείου αποτελεί αμοτεροβαρή και όχι ετεροβαρή σύμβαση. Επομένως, γίνεται μεν δεκτή η συνδρομή της προϋπόθεσης του αμοτεροβαρούς χαρακτήρα της σύμβασης εντόκου δανείου, ωστόσο οι αγωγές των δανειοληπτών γίνονται δεκτές επί τη βάση άλλων νομικών βάσεων, κυρίως σε αυτή του άρθρου 1 του ν. 2251/1994, χαρακτηρίζοντας τη ρήτρα αποπληρωμής του δανείου με την ισοτιμία ευρώ και ελβετικού φράγκου κατά το χρόνο της εξόφλησης ως αδιαφανή ρήτρα, και δεν δέχονται ότι η οικονομική κρίση που πλήττει τη χώρα μας την τελευταία δεκαετία αποτελεί από μόνη της έκτακτο και απρόβλεπτο γεγονός ικανό να δικαιολογήσει την εφαρμογή της ΑΚ 388, ιδίως στις παρούσες συνθήκες ρευστότητας της διεθνούς οικονομίας⁶¹.

⁵⁸ Αντίθετοι οι *Βαθαρακοκόιλης*, όπ. π., §9· *Σταθόπουλος* σε Γεωργιάδη-Σταθόπουλο, άρθρο 388, §8 και σε Γενικό Ενοχικό Δίκαιο, § 22 αρ. 13, ενώ ο *Χελιδόνης*, ΣΕΑΚ, αρ. 8, υποστηρίζει ότι η εφαρμογή της ΑΚ 388 επί μονομερών δικαιοπραξιών δεν μπορεί να αποκλεισθεί εξ ορισμού.

⁵⁹ Βλ. ΑΠ 798/1989, ΕλλΔνη 1990, 1249· και πιο πρόσφατη η απόφαση ΠολΠρΞάνθης 20/2017, ΝΟΜΟΣ.

⁶⁰ *Αυγητίδης* σε ΣΕΑΚ (τ. Ι), επιμέλεια Απ. Γεωργιάδης, άρθρο 806-809, 12.

⁶¹ ΕφΘεσσαλ 2613/2017· ΕφΘρακ 21/2017· ΠολΠρΛαμ 7/2017· ΠολΠρΛαμ 28/2017· ΠολΠρΛαμ 50/2017· Βλ. και *Χασάπη*, Δάνεια σε ελβετικό φράγκο – Μια συμβολή στο δίκαιο των χρηματικών ενοχών υπό το πρίσμα του ουσιαστικού αστικού δικαίου, 2016, 161 επ.

4.2.2. Μεταβολή των συνθηκών - του δικαιοπρακτικού θεμελίου

Στην έννοια του δικαιοπρακτικού θεμελίου θεωρείται ότι εμπίπτουν περιστατικά, τα οποία αποτέλεσαν τη βάση για τους υπολογισμούς και τη διαμόρφωση του συμβατικού περιεχομένου από τους συμβαλλομένους, δηλαδή περιστατικά τα οποία είναι θεμέλιο της σύμβασης καθώς και καταστάσεις στην επέλευση των οποίων αποβλέπουν και οι δυο συμβαλλόμενοι. Ανατροπή του δικαιοπρακτικού θεμελίου σημαίνει, ακριβώς, μεταβολή της αρχικής οικονομίας της ενοχικής σχέσης. Κρίσιμα, ωστόσο, δεν είναι όλα τα περιστατικά που λαμβάνουν υπόψη τα μέρη κατά το χρόνο δημιουργίας του ενοχικού δεσμού αλλά μόνο εκείνα στα οποία κυρίως στηρίχθηκαν τα μέρη, όσα δηλαδή αποτέλεσαν κοινό δικαιοπρακτικό θεμέλιο γι' αυτούς⁶². Είναι σημαντικό τα νομικά ή πραγματικά αυτά περιστατικά να θεωρήθηκαν από *αμφοτέρα* τα μέρη, σιωπηρώς έστω, αλλά κατά ευδιάγνωστο, πάντως, τρόπο, ως εκείνα που κυρίως οδήγησαν στη σύναψη της σύμβασης, που αποτέλεσαν το θεμέλιο της συμβάσεως, ως όρο της ισχύος της, υπό την έννοια ότι τα μέρη δεν θα προέβαιναν στην κατάρτισή της, εάν γνώριζαν τη μεταβολή που επρόκειτο να επέλθει· το ότι ο ένας μόνο εκ των συμβαλλομένων απέδωσε σ' αυτά πρωταρχική σημασία, δεν αρκεί⁶³.

Ο νομοθέτης λαμβάνει υπόψη το σκοπό της σύμβασης και την υποκειμενική σπουδαιότητα των περιστατικών, ωστόσο δεν αρκείται σ' αυτή. Σε περίπτωση δε που υπάρχει μόνο η υποκειμενική σπουδαιότητα, η έκπτωση του δικαιοπρακτικού θεμελίου μπορεί να συνιστά κοινή πλάνη. Ο προσδιορισμός των κρίσιμων για το σχηματισμό του δικαιοπρακτικού θεμελίου περιστατικών, τα οποία μπορεί να είναι αρίφνητα, βασίζεται τόσο σε υποκειμενικά στοιχεία της σύμβασης – ο σκοπός καθώς και άλλες συνθήκες – όσο και στους αντικειμενικούς όρους της καλής πίστης και των συναλλακτικών ηθών υπό τους οποίους καταρτίζονται, συνήθως, οι συμβάσεις του εξεταζόμενου τύπου⁶⁴. Τέτοια περιστατικά είναι συνήθως η νομισματική σταθερότητα⁶⁵ (π.χ. η στάθμη του τιμαρίθμου), η νομοθετική

⁶² Σταθόπουλος, Γενικό Ενοχικό Δίκαιο, § 22 αρ. 15, 16, 17.

⁶³ Καραμπατζός, όπ. π., σ. 63.

⁶⁴ ΕφΑθ 3260/1982, Αρμ. 1983, 477: «η μεταβολή των περιστατικών επί των οποίων κυρίως, λαμβανομένης υπ' όψει της καλής πίστεως και των χρηστών ηθών, εστήριξαν οι συμβληθέντες την απόφασίν των περί καταρτίσεως της συμβάσεως. Ο προσδιορισμός εκάστοτε των τοιούτων περιστατικών είναι ζήτημα πραγματικών, εξαρτώμενων, το μεν εκ των υποκειμενικών συνθηκών και όρων της συμβάσεως και άλλων υποκειμενικών συνθηκών των μερών, το δε εκ των αντικειμενικών όρων της καλής πίστεως και των συναλλαγματικών ηθών υφ' ους όρους και καταρτίζονται τοιούτου είδους συμβάσεις» (η υπογράμμιση δική μου).

⁶⁵ Βλ. ενδεικτικά ΑΠ 1733/1986, ΝοΒ 1057, 1057 «Τα γεγονότα αυτά (ο πόλεμος Αιγύπτου-Ισραήλ και η παγκόσμια κρίση του πετρελαίου με τη μεγάλη αύξηση της τιμής του) έφεραν απότομη και μεγάλη αύξηση σε όλα τα είδη και το κόστος της ζωής γενικότερα και κατ' αυτόν τον τρόπο η παροχή της πωλήτριας εναγούσης έγινε[...]υπέρμετρα επαχθής.[...] πρέπει να αναπροσαρμοσθεί κατά 30%»· ΑΠ 382/1997, ΝοΒ 1998, 513 «Τέτοια απρόοπτη μεταβολή των περιστατικών πάνω στην οποία στηρίχθηκαν τα μέρη είναι δυνατό να αποτελέσει και η υποτίμηση του εγχώριου νομίσματος, όταν είναι σημαντική, υπερβαίνουσα κατά πολύ τις

σταθερότητα⁶⁶ (κυρίως η φορολογική και δασμολογική νομοθεσία), η ασφάλεια της χώρας, η ειρήνη, οι συνθήκες καιρικές συνθήκες της εποχής και του τόπου της παροχής ή, γενικότερα «η κατά το χρόνο σύναψης της σύμβασης συναρέσασα στα μέρη ισορροπία κατ' αξίαν μεταξύ παροχής και αντιπαροχής⁶⁷» κ.α. Τονίζεται ότι όταν κάνουμε λόγο για δικαιοπρακτικό θεμέλιο, αναφερόμαστε σε εξωσυμβατικά περιστατικά, δηλαδή, περιστατικά τα οποία δεν έγιναν περιεχόμενο της σύμβασης, αφού σε αντίθετη περίπτωση δεν υπάρχει ανάγκη προσφυγής στην ΑΚ 388, διότι η αθέτηση όρου της σύμβασης επιφέρει τις συνέπειες της ανώμαλης εξέλιξης της συμβατικής ενοχής (ΑΚ 335επ.). Ακριβέστερα, η ανατροπή του δικαιοπρακτικού θεμελίου αποτελεί περίπτωση ανώμαλης εξέλιξης της ενοχής, δεν συνιστά, όμως, μορφή μη εκπλήρωσης, διότι δεν συντρέχει ακριβώς το ουσιώδες στοιχείο της μη συμμόρφωσης του οφειλέτη στις συμβατικές του δεσμεύσεις.

Επομένως, τα περιστατικά που τα μέρη έλαβαν υπόψη για τη σύναψη της σύμβασης, δεν είναι καθεαυτά κρίσιμα. Η διάταξη του άρθρου ΑΚ 388 αποχωρίζει ορισμένα, τα οποία μπορεί να αποκτήσουν σημασία, διότι είναι εκείνα ακριβώς στα οποία κυρίως στηρίχθηκαν τα μέρη και αποτέλεσαν βάθρο της σύμβασης. Είναι σημαντικό να λεχθεί ότι επιθυμίες ή παραστάσεις του ενός συμβαλλόμενου, οι οποίες ωστόσο δεν έγιναν ή δεν μπορούσαν να γίνουν αντιληπτές από τον αντισυμβαλλόμενο του, δεν αποτελούν κοινό δικαιοπρακτικό θεμέλιο, ακόμη και αν είναι ουσιώδεις για τον πρώτο. Σε αυτή την ερμηνεία συνηγορεί και η στενή διατύπωση της διάταξης, που αναγράφει «τα μέρη στήριξαν».

4.2.3. Επιγενόμενη μεταβολή των συνθηκών

4.2.3.1. Μεταβολή των συνθηκών μετά τη σύναψη της σύμβασης

Η διάταξη του άρθρου ΑΚ 388 απαιτεί οι κρίσιμες συνθήκες, που συνιστούν – κατά τα ως άνω εκτεθέντα – το δικαιοπρακτικό θεμέλιο της σύμβασης, να μεταβλήθηκαν *εκ των υστέρων*, δηλαδή *μετά τη σύναψη της σύμβασης*. Πρέπει δε να γίνει δεκτό ότι η προϋπόθεση αυτή πληρούται και σε περίπτωση που η σύμβαση τελεί υπό αναβλητική αίρεση⁶⁸, αφού και

συνθήκες νομισματικές διακυμάνσεις και ανατρέπουσα τους οικονομικούς υπολογισμούς των συμβαλλομένων κατά τρόπο ώστε να αντίκειται η εκτέλεση της σύμβασης στο δίκαιο, την ηθική και τη διεύουσα τις συναλλαγές καλή πίστη»· ΑΠ 1138/1990, ΕΕΝ 1991, 445, όπου ωστόσο απαιτεί η υποτίμηση του νομίσματος να είναι τόσο μεγάλη, που να ανατρέπει του υπολογισμούς των μερών κατά την καλή πίστη και τα συναλλακτικά ήθη.

⁶⁶ Βλ. ενδεικτικά ΑΠ 716/1992, ΕΕΝ 1993, 542 «κατά τη διάρκεια δε της εκτελέσεως της σύμβασης αυτής επέρχεται μεταβολή του νομοθετικού καθεστώτος (αύξηση τέλους χαρτοσήμου από 2,4 σε 3,6), που ανατρέπει τα δεδομένα, στα οποία στηρίχθηκαν οι συμβαλλόμενοι, με αποτέλεσμα να υφίσταται ο ένας των συμβαλλομένων σημαντική ζημία, έστω και υπό μορφή απώλειας μέρους του προσδοκώμενου κέρδους».

⁶⁷ Μπαλής, όπ. π., § 88 αρ. 2.

⁶⁸ Σταθόπουλος, Γενικό Ενοχικό Δίκαιο, § 22 αρ. 19.

εν προκειμένω η συμβατική αυτοδέσμευση έχει προηγηθεί και, επομένως, τα αποτελέσματά της δεν εξαρτώνται από τη βούληση των μερών αλλά από την πλήρωση της αίρεσης. Αντίθετα, για την ταυτότητα του νομικού λόγου, διαφορετική λύση δικαιολογείται σε περίπτωση εξουσιαστικής αίρεσης⁶⁹ και μόνο σε βάρος του συμβαλλομένου από την βούληση του οποίου εξαρτάται η πλήρωση της αίρεσης.

Το ερώτημα, ωστόσο, που – μολονότι δεν αποτελεί αυστηρώς ζήτημα της παρούσης εργασίας – οφείλει για λόγους πληρότητας να απαντηθεί, είναι πώς θα αντιμετωπιστεί η αντίθετη περίπτωση, κατά την οποία, δηλαδή, η μεταβολή δεν είναι μεταγενέστερη της σύναψης της σύμβασης – και, εξ αυτού του λόγου, σημειολογικά ορθότερο είναι να γίνεται λόγος για *έλλειψη* και όχι *έκπτωση* ή *έκλειψη* του δικαιοπρακτικού θεμελίου. Επομένως, πρόκειται για κοινή πλάνη περί τα παραγωγικά αίτια της βούλησης, ή, άλλως, για *έλλειψη του υποκειμενικού δικαιοπρακτικού θεμελίου*. Σε αυτό το μη ρυθμιζόμενο ρητά στον ΑΚ πρόβλημα επιδιώκουν να δώσουν απάντηση διάφορες θεωρίες. Αρχικά πρέπει να λεχθεί ότι το γράμμα της διάταξης είναι σαφές ως προς το ότι σ' αυτή αντιμετωπίστηκε ρητά μόνο η ανατροπή του αντικειμενικού δικαιοπρακτικού θεμελίου, κι έτσι οφείλει να εφαρμοστεί. Ωστόσο, κατά τον Σταθόπουλο η νομοθετική επιλογή που αποτυπώνεται στη διάταξη πάσχει δικαιοπολιτικής αιτιολόγησης, αφού η καλή πίστη επιβάλλει, κατά μείζονα μάλιστα λόγο, τη μη διατήρηση και λειτουργία της σύμβασης όταν εξαρχής ελλείπει το κοινό για τους συμβαλλομένους δικαιοπρακτικό θεμέλιο. Δεν πρέπει να ξεχνάμε, όμως, ότι με την διάταξη του άρθρου ΑΚ 388 υιοθετείται εξαιρετικό δίκαιο και, επομένως, πρέπει να γίνεται στενή και αυστηρή (συσταλτική) ερμηνεία αυτής, με στόχο τη διατήρηση της εξαίρεσης αυτής στο ορισμένο πλαίσιο που την εντάσσει ο νομοθέτης, σύμφωνα με την αρχή *singularia non sunt extendenda*⁷⁰. Οι οποιοσδήποτε, λοιπόν, νομικές κατασκευές θα πρέπει να προσεχθούν ιδιαίτερα. Εξ αυτού ακριβώς του λόγου πρέπει να αμφισβητηθεί η ορθότητα της απόφασης 1680/1980 του Εφετείου Θεσσαλονίκης⁷¹, η οποία έκρινε ότι και σε περίπτωση που βάση της σύμβασης αποτέλεσαν ψευδείς παραστάσεις στη δημιουργία των οποίων δεν συνέβαλε ο

⁶⁹ Αίρεση η πλήρωση της οποίας εξαρτάται από τη βούληση και τη συμπεριφορά ενός από τα μέρη της σύμβασης, περισσότερα για την έννοια και τη λειτουργία της βλ. *Απ. Γεωργιάδης*, Γενικές Αρχές Αστικού Δικαίου, σ. 452.

⁷⁰ Εγγύτερα για την ερμηνεία των εξαιρετικών διατάξεων βλ. *Engisch*, Εισαγωγή στη νομική σκέψη (7^η έκδοση 1977), σε μετάφραση Σπινέλλη (1999), σ. 126· *Κοτρώνη*, *Singularia non sunt extendenda* προσέγγιση στην ερμηνεία των κανόνων εξαιρετικού δικαίου στο πλαίσιο του ιδιωτικού δικαίου, Αρμενόπουλος 2008, σ. 3επ.

⁷¹ ΕφΘεσσαλ. 1680/1980, Αρμενόπουλος 1981, 550. «*Κατά τήν έννοιαν τής διατάξεως ταύτης τό κύρος τής καταρτισθείσης συμβάσεως δύνανται νά επηρεάσουν κατ' εξαίρεσιν και αί ψευδείς παραστάσεις ή ματαιωθείσαι προσδοκίαι, συμβαλλομένου τινός, καί αν ακόμη κατ' ουδέν συνετέλεσεν εις τήν πρόκλησιν τών ψευδών παραστάσεων ή τήν ματαιώσιν τών προσδοκιών ο αντισυμβαλλόμενος, εφ' όσον αί έν λόγω παραστάσεις ή προσδοκίαι απετέλεσαν τό βάθρον εφ' ου εστήριζαν αμφοτέροι οί συμβαλλόμενοι τήν καταρτισθείσαν σύμβασιν*».

αντισυμβαλλόμενος, χωρεί ευθεία εφαρμογή της διάταξης του άρθρου ΑΚ 388. Η δε αιτιολογία της απόφασης ότι η εμμονή του αντισυμβαλλομένου στην εκπλήρωση της παροχής προσκρούει στην αρχή της καλής πίστης και, επομένως, χωρεί εφαρμογή της ΑΚ 388 χωρίς να πληρούνται όλες οι προϋποθέσεις της είναι, μάλλον, επικίνδυνη για την ασφάλεια των συναλλαγών και καταλήγει σε έννομα αποτελέσματα στα οποία μπορούσε να καταλήξει και διαμέσου εφαρμογής άλλων διατάξεων, π.χ. ΑΚ 288 και 281, χωρίς να θέσει σε αχρείαστο κίνδυνο την ασφάλεια των συναλλαγών. Τέλος, η μνεία στο κείμενο της απόφασης ότι η εφαρμογή εν προκειμένω του άρθρου ΑΚ 388 επί ελλείψεως του υποκειμενικού δικαιοπρακτικού θεμελίου γίνεται μόνο κατ' εξαίρεση, δεν είναι – κατά τη γνώμη μου – ικανή να περισώσει την ορθότητα της απόφασης, δεδομένου ότι η διάταξη έχει ακριβώς υιοθετηθεί ως εξαιρετικό δίκαιο και, σύμφωνα με τα όσα αναφέρθηκαν ως άνω, η ερμηνεία και η εφαρμογή της είναι αυστηρώς οριοθετημένη.

Περαιτέρω, έχει υποστηριχθεί από τον Παπανικολάου⁷² η άποψη ότι και για την αντιμετώπιση της αμφίπλευρης πλάνης περί τα παραγωγικά αίτια της βούλησης μπορούμε να εφαρμόσουμε αναλογικά την ΑΚ 388, υπό την προϋπόθεση ότι συντρέχει το στοιχείο της υπέρμετρης επάχθειας της παροχής. Το επιχείρημα που προβάλλεται είναι ότι οι διατάξεις περί πλάνης δεν είναι ικανές να δώσουν τη συχνά επιθυμητή αναπροσαρμογή της σύμβασης, θέση, βεβαίως, που οφείλει να αντιπαλέψει τα επιχειρήματα περί αυστηρής ερμηνείας των εξαιρετικών διατάξεων δικαίου. Η θέση της παλαιότερης, κυρίως, νομολογίας⁷³ και μέρους της θεωρίας⁷⁴ ήταν ότι στις περιπτώσεις αυτές διαπιστώνεται νομοθετικό κενό το οποίο πληρούται με εφαρμογή της ΑΚ 288. Αντίθετα, σύμφωνα με την πιο πρόσφατη νομολογία και σημαντικό μέρος της θεωρίας⁷⁵, εν προκειμένω προτιμότερο είναι να εφαρμόζονται οι διατάξεις περί ακυρωσίας, και συγκεκριμένα λόγω ουσιώδους πλάνης (ΑΚ 140 επ.). Όπως είναι γνωστό, πλάνη προς τη δήλωση η οποία παρέχει το δικαίωμα στον πλανηθέντα να ζητήσει την ακύρωση της δικαιοπραξίας στοιχειοθετείται όταν υπάρχει διάσταση μεταξύ της βούλησης και της δήλωσης του δικαιοπρακτούντος. Ωστόσο, κατά ρητή νομοθετική επιλογή (ΑΚ 143), όταν η πλάνη αναφέρεται αποκλειστικά στα παραγωγικά αίτια της βούλησης αποκλείεται η,

⁷² Παπανικολάου, Το μέτρο της επάχθειας της παροχής και η έκταση της διορθωτικής επεμβάσεως του δικαστή στη σύμβαση κατ' ΑΚ 388, Αφιέρωμα στον Α. Γαζή (1994), 479-480.

⁷³ ΑΠ 1064/1972, ΝοΒ 1973, 629.

⁷⁴ Βλ. Κουμάνη, *οπ. π.*, σ. 1866, 1875-1876· και πιο πρόσφατα Δωρή, Η δικαστική διάπλαση του περιεχομένου εκκρεμών συμβάσεων σε περιόδους οικονομικής κρίσης, ΧρΙΔ 2012, 245.

⁷⁵ Βλ. Σακκέτα, *οπ. π.*, αρ. 16 και 39· Σταθόπουλο, Γενικό Ενοχικό Δίκαιο, § 22 αρ. 21-23· Σπυριδάκη, Σχόλιο επί της ΟΛΑΠ 5/1990, ΝοΒ 1990, 1320-1321· Ραγομανίκη, *οπ. π.*, σ. 627· Παπαντωνίου, Η καλή πίστις εις το Αστικό Δίκαιο (1957), σ. 172. Όλοι δε υποστηρίζουν την παράλληλη εφαρμογή και των διατάξεων των άρθρων ΑΚ 200, 281 και 288.

ευθεία έστω, εφαρμογή των διατάξεων, διότι η εν λόγω πλάνη δεν πληροί την προϋπόθεση του ουσιώδους (ΑΚ 140-141). Το ζήτημα απασχόλησε την Ολομέλεια του Αρείου Πάγου, η οποία με την απόφαση 5/1990⁷⁶ έκρινε ότι τα παραγωγικά αίτια είναι καταρχήν *επουσιώδη* «εκτός αν τα παραγωγικά αυτά αίτια συζητήθηκαν πριν από την κατάρτιση της δικαιοπραξίας και απετέλεσαν, κατά το πνεύμα των μερών, βάση ή προϋπόθεση για τη δικαιοπραξία ή δικαιολογείται τούτο εκ της καλής πίστεως και των συναλλακτικών ηθών, οπότε πλέον πρόκειται για πλάνη ουσιώδη ως προς το περιεχόμενο της βουλήσεως». Ο Άρειος Πάγος έκρινε, δηλαδή, ότι η εξωτερίκευση της πλάνης αποτελεί ένα κριτήριο για το ουσιώδες ή μη της πλάνης. Έτσι, όταν η πλάνη του πλανηθέντος γίνεται γνωστή ή διαγνώσιμη για τον αποδέκτη της δήλωσης, αυτό της προσδίδει μια αντικειμενικότητα, η οποία πρέπει να αξιολογηθεί προς την κατεύθυνση της ακυρωσίας, λαμβανομένου, μάλιστα, υπόψη ότι η πλάνη αναφέρεται σε θεμελιώδεις περιστάσεις επί των οποίων τα μέρη στηρίζαν τη δικαιοπραξία, η δε κρισιμότητα αυτή ενισχύεται όχι μόνο από το πνεύμα των διατάξεων περί πλάνης αλλά και, κατά κύριο μάλιστα λόγο, από τη γενική ρήτρα της καλής πίστης του άρθρου ΑΚ 288.

4.2.3.2. Μεταβολή του δικαιοπρακτικού θεμελίου κατά την υπερημερία του οφειλέτη⁷⁷

Το επιτρεπτό της εφαρμογής του άρθρου ΑΚ 388 σε περιπτώσεις όπου η απρόοπτη μεταβολή των συνθηκών επέρχεται κατά το διάστημα που ο οφειλέτης έχει περιέλθει σε υπερημερία ως προς την παροχή του, είναι ένα ζήτημα επί του οποίου έχουν υποστηριχθεί αντίθετες μεταξύ τους απόψεις. Αυτό είναι διαφορετικό του ζητήματος εάν η καθυστέρηση ληξιπρόθεσμης παροχής, η οποία είχε ήδη καταστεί υπέρμετρα επαχθής συνεπεία απρόοπτης μεταβολής των συνθηκών με την έννοια του άρθρου ΑΚ 388, περιάγει τον οφειλέτη της σε υπερημερία. Επί του εν λόγω ζητήματος η απάντηση οφείλει να είναι αρνητική αφού ο οφειλέτης δεν θα βαρύνεται με υπαιτιότητα⁷⁸. Άλλωστε, λόγω της ανατροπής του δικαιοπρακτικού θεμελίου και της συνεπεία αυτής υπέρμετρης επάχθειας, ο οφειλέτης θα δυσκολεύεται τόσο πολύ να εκπληρώσει, ώστε η καλή πίστη να μην ανέχεται τη δημιουργία υπερημερίας του στην περίπτωση αυτή.

⁷⁶ ΝοΒ 1990, 1318.

⁷⁷ Για την διεξοδική εξέταση του ζητήματος βλ. Σπυριδάκη, Απρόοπτη μεταβολή συνθηκών κατά τη διάρκεια της υπερημερίας του οφειλέτη, ΝοΒ 1978, 1016· Παπανικολάου, σε Αφιέρωμα στον Α. Γαζή (1994), σ. 501 επ.

⁷⁸ Βλ. ΕφΘεσ 534/1995, ΝΟΜΟΣ. Εάν δε ο οφειλέτης βαρύνεται με πταίσμα ως προς την μεταβολή των συνθηκών, τότε δεν συντρέχουν καν οι προϋποθέσεις εφαρμογής της ΑΚ 388.

Επί του ερωτήματος που εξετάζεται εν προκειμένω, η άποψη⁷⁹ που δέχεται την δυνατότητα επίκλησης της προστασίας της διάταξης του άρθρου ΑΚ 388 υποστηρίζει ότι αυτή η ερμηνεία είναι σύμφωνη τόσο με το γράμμα της όσο και με τη βούληση του νομοθέτη, όπως αυτή εκφράστηκε στη διάταξη. Συγκεκριμένα, η άποψη στηρίζεται αφενός στην αρχή *ubi lex non distinguit non est nobis distinguere* και αφετέρου στην παραδοχή ότι η σπουδαιότητα των αρχών της επιείκειας και της διορθωτικής δικαιοσύνης που εγκολπώνεται το άρθρο ΑΚ 388 είναι τέτοια, που δεν μας επιτρέπει να τις παραμερίσουμε ενόψει του κανόνα ότι ο υπερήμερος οφειλέτης ευθύνεται για κάθε αμέλεια και για τα τυχαία γεγονότα που θα επισυμβούν κατά τη διάρκεια της υπερημερίας του, όπως προβλέπει η διάταξη του άρθρου ΑΚ 344⁸⁰. Το πρώτο επιχείρημα αυτής της άποψης, όπως διατυπώνεται από τον Μπαλή, ο οποίος τάσσεται υπέρ της εφαρμογής της διάταξης, είναι ότι «ο νόμος δεν κάμνει διαστολήν τινά αν η μεταβολή επήλθεν πρό πάσης υπερημερίας του οφειλέτου, ή αν εχώρησε διαρκούσης της υπερημερίας τούτου. Συνεπώς πρέπει να δεχθώμεν ότι το άρθρον ΑΚ 388 έχει εφαρμογήν και όταν η μεταβολή επήλθε διαρκούσης της υπερημερίας του οφειλέτου» χωρίς, ωστόσο, να αποστερείται ο δανειστής της υπερήμερης παροχής από την άσκηση των δικαιωμάτων που του παρέχουν οι διατάξεις των άρθρων ΑΚ 383-385. Το δεύτερο επιχείρημα της άποψης μας υπενθυμίζει έτι μια φορά ότι η διάταξη του άρθρου ΑΚ 388 αποτελεί εξειδίκευση της αρχής της καλής πίστης (ΑΚ 288), η οποία – και οι επιμέρους εκφάνσεις της – δεν αδρανεύει κατά την υπερημερία, αλλά ο δικαιολογητικός λόγος της εφαρμογής της ΑΚ 288 στην περίπτωση της υπερημερίας του οφειλέτη ισχύει και για την εφαρμογή της ΑΚ 388, κι επομένως, σύμφωνα με την άποψη αυτή, η νομοθετική βούληση – τουλάχιστον καταρχήν – είναι υπέρ της εφαρμογής της διάταξης και στην υπερημερία του οφειλέτη. Η ίδια άποψη υποστηρίζει ότι η διάταξη του άρθρου ΑΚ 388 αποτελεί βασικό κανόνα αναγκαστικού δικαίου που επιτρέπει στην Πολιτεία την άσκηση της διορθωτικής και της προστατευτικής λειτουργίας της δικαιοσύνης προς αποκατάσταση της ισορροπίας της σύμβασης, και, επομένως, ο γενικός και *in abstracto* αποκλεισμός της εφαρμογής του σε περίπτωση υπερημερίας του οφειλέτη αντιβαίνει στη λειτουργία της διάταξης μέσα στο σύστημα της – *de lege lata* – ρυθμίσεως των συμβατικών ενοχών. Το επιχείρημα αυτό, άλλωστε, στηρίζεται και στο γράμμα της διάταξης, αφού δίνει τη δυνατότητα στο δικαστή να επιτρέψει ή να αποκλείσει «...κατά την κρίση του...» την εφαρμογή της

⁷⁹ Μπαλής, όπ. π., § 88 αρ. 4· Σταθόπουλος, Γενικό Ενοχικό Δίκαιο, § 22 αρ. 28· ο ίδιος, σε Γεωργιάδη-Σταθόπουλο, άρθρ. 388 αρ. 17 και 344 αρ. 3· Παπαντωνίου όπ. π., σ. 179-180· Καραμπατζός, όπ. π., σ. 65· Σπυριδάκης, όπ. π., 1016 επ. Ραγομανίκης, Έννομες συνέπειες και πεδίο εφαρμογής του άρθρου 388, ΕΕΝ 1978, 625, Αστ. Γεωργιάδης, Ενοχικό Δίκαιο, 2011, σελ.139-140.

⁸⁰ Άλλωστε, κατά Μεντή, σκοπός της ΑΚ 388 είναι η απάμβλυνση της επάχθειας, η οποία μπορεί να πλήττει τον υπερήμερο οφειλέτη εξίσου, βλ. Γ. Μεντή, Άμυνα και Ελευθέρωση του Υπερχρεωμένου Οφειλέτη, Η πορεία προς μια νέα συσχέτιση στα όρια μεταξύ αστικού δικαίου και νέου πτωχευτικού δικαίου, 2012, 126 επ.

διάταξης όταν κρίνει ότι ο υπερήμερος πρέπει είναι άξιος ή μη, αντίστοιχα, της προστασίας που παρέχει η διάταξη. Θα πρέπει, επομένως, ο δικαστής να κρίνει πάντα *in concreto* την εφαρμογή ή μη της διάταξης υπέρ του υπερήμερου οφειλέτη, όπως, άλλωστε, κρίνονται όλες οι προϋποθέσεις της διάταξης.

Ο Άρειος Πάγος έχει κρίνει με πρόσφατη απόφασή του ότι ο υπερήμερος οφειλέτης δεν εμποδίζεται κατ' αρχήν από τη διάταξη του άρθρου ΑΚ 344 να επικαλεστεί την προστασία που παρέχει η διάταξη του άρθρου ΑΚ 388 (και ΑΚ 288), με τη σκέψη ότι «... η μη εφαρμογή της ΑΚ 388 (ή 288), που αποτελεί ειδική εκδήλωση της γενικής αρχής της καλής πίστης, δεν δικαιολογείται στην περίπτωση του υπερήμερου οφειλέτη. Το συμπέρασμα αυτό δεν ανατρέπει η διάταξη του άρθρου 344 εδάφ. β' ΑΚ ("*...ευθύνεται επίσης για τα τυχαία γεγονότα, εκτός αν αποδείξει ότι η ζημία θα επερχόταν και αν η παροχή εκπληρωνόταν έγκαιρα*") , η οποία ιδρύει ευθύνη του υπερήμερου οφειλέτη για τα κατά τη διάρκεια της υπερημερίας τυχηρά που πλήττουν άμεσα την παροχή και όχι για τα τυχηρά που διαταράσσουν τη μεταξύ παροχής και αντιπαροχής ισορροπία, περίπτωση που ανεξαιρέτα ρυθμίζει η ΑΚ 388 (ή 288).». Παρόμοια σκέψη εντοπίζεται και σε παλαιότερη νομολογία⁸¹.

Η άποψη αυτή αναφορικά με το πρώτο επιχείρημα, ότι δηλαδή του νομοθέτη μη διακρίνοντος ουδείς δύναται να διακρίνει, έχει δεχτεί την κριτική ότι είναι ένα εννοιοκρατικό επιχείρημα, το οποίο δεν μπορεί να είναι αποφασιστικής σημασίας, αφού η μη διάκριση από τον νομοθέτη δεν συνηγορεί ούτε υπέρ ούτε κατά της εφαρμογής της διάταξης, αντιθέτως διανοίγει την ερμηνευτική οδό. Το επιχείρημα αυτό, ωστόσο, είναι χρήσιμο στο βαθμό που ενδεικνύει το αδικαιολόγητο του *in abstracto* αποκλεισμού της διάταξης.

Η αντίθετη άποψη⁸², η οποία είναι μάλλον κρατούσα στη νομολογία⁸³, στηρίζεται στο γεγονός ότι οι διατάξεις των άρθρων ΑΚ 344 και η ΑΚ 388 περιέχουν αμφοτέρως νομοθετική αξιολόγηση ως προς την κατανομή των ζημιών που προκαλούνται από τυχαία περιστατικά που επέρχονται κατά το διάστημα της υπερημερίας του οφειλέτη, για να καταλήξει στο συμπέρασμα ότι, λαμβανομένης υπόψη της ειδικότητας της ΑΚ 344 έναντι της ΑΚ 388, είναι δογματικά επιτρεπτή μια τελολογική συστολή του πεδίου εφαρμογής της τελευταίας για τους

⁸¹ ΕφΛαρ 172/2014, Δικογραφία 2015· ΕφΑθ 9781/82 ΝοΒ 1983, 375, ΕφΠειρ 486/81 ΑρχΝομ 34, 198.

⁸² Παπανικολάου, σε Αφιέρωμα στον Α. Γαζή (1994), σ. 501 επ· Μπόσδας, όπ. π., σ. 155· Σακκέτας, όπ. π., αρθρ. 388, αρ. 54· Ζέπος, Ενοχικό Δίκαιο Ι, 561.

⁸³ ΕφΠειρ(Ναυτ) 379/2015, «ΝΟΜΟΣ»· ΜονΠρΘεσσαλ 1180/2014, «ΝΟΜΟΣ», ΜονΠρΑθ 1863/2014, ΕφΑΔ 2015, 130· ΜονΠρΚαβ 20/2001, Αρμενόπουλος 2002, 1481, οι οποίες στηρίζονται στο έτερο επιχείρημα που επικαλείται η άποψη που αρνείται την εφαρμογή της ΑΚ 388, ότι δηλαδή η διάταξη προστατεύει μόνο τον καλόπιστο, όχι και τον υπερήμερο – υπαίτιο οφειλέτη, επί του οποίου βλ. αμέσως παρακάτω· ΕφΑθ 6858/1997, ΝοΒ 1978, 1071.

κινδύνους που αντιμετωπίζονται από την ΑΚ 344 εδ. β'. Η μεταβολή των συνθηκών κατά το χρόνο της υπερημερίας αποτελεί, κατά την άποψη αυτή, περίπτωση τυχαίου περιστατικού του κίνδυνου του οποίου αναλαμβάνει ο υπερήμερος οφειλέτης. Το επιχείρημα αυτό ενισχύεται από τη σκέψη ότι η μετακύλιση του κινδύνου στον υπερήμερο οφειλέτη μέσω της ΑΚ 344 εδ. β' λειτουργεί ως μια εκ των ειδικών συνθηκών ανάληψη του συγκεκριμένου κινδύνου έναν εκ των συμβαλλομένων, με αποτέλεσμα η νέα διαμορφωθείσα κατάσταση να αποκλείει την εφαρμογή του άρθρου ΑΚ 388. Και αυτό διότι προϋπόθεση για την εφαρμογή του ΑΚ 388 είναι να μην έχει γίνει κατανομή των κινδύνων και καθ' οιονδήποτε τρόπο ανάληψη του κινδύνου της επερχόμενης μεταβολής από κάποιον συμβαλλόμενο. Τέλος, έχει υποστηριχθεί⁸⁴ ότι η ΑΚ 388 προστατεύει μόνο τους καλόπιστους και όχι τους υπαίτιους συναλασσόμενους⁸⁵ και, περαιτέρω, ότι δεν είναι δυνατό σε μια έννομη τάξη, η οποία αντιμετωπίζει με δυσμένεια την υπερημερία – όπως είναι φανερό από το πλέγμα των διατάξεων που ρυθμίζουν τις έννομες συνέπειες της υπερημερίας (ΑΚ 343 επ. και ΑΚ 383επ.) – ο νομοθέτης να επιβραβεύει τον υπερήμερο οφειλέτη μέσω μιας άλλης διάταξης, εγείροντας, συν τοις άλλοις⁸⁶, προβλήματα αξιολογικής αντινομίας εντός της εννόμου τάξεως.

Η κριτική που έχει ασκηθεί ως προς το τελευταίο αυτό επιχείρημα είναι ότι αποτελεί σφάλμα των οπαδών της άποψης αυτής η εξομοίωση του υπερήμερου οφειλέτη με τον κακόπιστο οφειλέτη. Άλλωστε, ακόμη και ο κακόπιστος οφειλέτης μπορεί να επικαλεστεί την προστασία της ΑΚ 388⁸⁷, υπό την προϋπόθεση βέβαια ότι η κακοπιστία δεν συνδέεται με την μεταβολή των συνθηκών, αλλά απλώς με την καθυστέρηση της παροχής. Ως προς το πρώτο επιχείρημα λέγεται ότι η ευθύνη του οφειλέτη είναι μεν αυξημένη κατά το χρόνο της υπερημερίας του, καθότι φέρει τον κίνδυνο και για τα τυχαία γεγονότα, ωστόσο, πρέπει να πρόκειται για γεγονότα τα οποία πλήττουν άμεσα την παροχή του, που προκαλούν, δηλαδή, αδυναμία παροχής, χειροτέρευση ή μείωση της αξίας της, και όχι γενικότερα τυχηρά τα οποία πλήττουν την ισορροπία παροχής και αντιπαροχής⁸⁸.

⁸⁴ Βλ. Σακκέτα, ΕρμΑΚ 388, αρ. 54· Ζέπο, Ενοχικό Δίκαιο Ι, σ. 561.

⁸⁵ Η υπερημερία όμως απαιτεί να βαρύνεται με πταίσμα ο υπερήμερος συμβαλλόμενος, άλλως κάνουμε λόγο για (ανυπαίτια) καθυστέρηση της παροχής η οποία δεν επιφέρει κάποια έννομη συνέπεια εις βάρος του αντισυμβαλλόμενου που καθυστέρησε την εκπλήρωση της παροχής (ΑΚ 342 η οποία παραπέμπει σιωπηρώς στην ΑΚ 330).

⁸⁶ Τι είδους δικαιοπολιτική ανάγκη μπορεί να αιτιολογήσει –πόσο μάλλον να δικαιολογήσει- την επιβράβευση από την έννομη τάξη της μη τήρησης των όρων του νόμου και της σύμβασης ως προς την εκπλήρωση των κύριων συμβατικών υποχρεώσεων από τους συμβαλλόμενους;

⁸⁷ Σπυριδάκης, όπ.π., 1017.

⁸⁸ Σπυριδάκης, όπ.π. 1019, ο οποίος ωστόσο δέχεται ότι υπάρχουν και κάποιες περιπτώσεις στις οποίες η ΑΚ 344 β' αποκλείει την εφαρμογή της ΑΚ 388, όταν δηλαδή τα έκτακτα και απρόβλεπτα περιστατικά πλήττουν άμεσα την παροχή του υπερήμερου οφειλέτη.

Μια μέση λύση που έχει προταθεί είναι η εφαρμογή ή όχι της προστασίας που παρέχει η διάταξη του άρθρου ΑΚ 388 να αποφασιστεί επί τη βάσει αξιολόγησης των περιστατικών που μεταβλήθηκαν⁸⁹. Έτσι, αν πρόκειται για μεταβολή η οποία οφείλεται σε ανωτέρα βία, τότε ο υπερήμερος οφειλέτης θα δικαιούται της προστασίας της ΑΚ 388· διαφορετικά, θα καταστρατηγούνταν η ΑΚ 344, η οποία απαιτεί ο οφειλέτης να απαλλάσσεται για γεγονότα ανώτερης βίας. Στις άλλες περιπτώσεις, ωστόσο, θα πρέπει η απόφαση να αφήνεται στην *ad hoc* εκτίμηση του δικάζοντος και κριτήρια τόσο για την εφαρμογή ή όχι της διάταξης όσο και για το μέτρο της αναπροσαρμογής της σύμβασης (για την πρώτη περίπτωση) θα αποτελέσουν ο βαθμός πταίσματος, ο χρόνος της καθυστέρησης και η ζημία του δανειστή, καθώς και άλλα ειδικά περιστατικά.

Προσωπική μου θέση είναι ότι ο *in abstracto* αποκλεισμός της προστασίας που επιφυλάσσει η ΑΚ 388 θα πρέπει σε κάθε περίπτωση να μην γίνει δεκτός. Η άποψη που αρνείται την εφαρμογή της διάταξης προβάλλει, πράγματι, ένα ορθό επιχείρημα, αυτό της αυξημένης ευθύνης για τον υπερήμερο οφειλέτη που πηγάζει από την ΑΚ 344 εδ. β'. Η απαγκίστρωση από την ΑΚ 344 εδ. β' είναι δυσχερής, δεδομένου ότι δεν μπορεί να δικαιολογηθεί αξιολογικά η απαλλαγή του υπερήμερου οφειλέτη από την υπερμέτρως *επαχθή* παροχή την στιγμή που φέρει τον κίνδυνο της *ολοσχερούς καταστροφής* της⁹⁰. Άλλωστε, η στενή ερμηνεία που δόθηκε ανωτέρω για τα τυχηρά, ότι δηλαδή πρόκειται μόνο για εκείνα που πλήττουν άμεσα την παροχή ενώ δεν συμπεριλαμβάνονται και όσα πλήττουν την ισορροπία της σύμβασης, δεν μπορεί να σταθεί, δεδομένου ότι, όπως ο ίδιος ο Σπυριδάκης παραδέχεται⁹¹, η ΑΚ 344 εδ. β' αυτοτελώς δεν καλύπτει και την υπέρμετρη δυσχέραση της παροχής· *σε συνδυασμό, όμως, με την ΑΚ 388* πρέπει ακριβώς να καλύπτει μόνο αυτή την περίπτωση, έτσι ώστε το υπερμέτρως *επαχθές* της παροχής να αποτελεί την εξειδίκευση της αυξημένης ευθύνης για τον υπερήμερο οφειλέτη. Εντούτοις, συμφωνώ με την πρώτη άποψη ως προς το ότι οι αρχές της επιείκειας και της διορθωτικής δικαιοσύνης, όπως αυτές εξειδικεύονται στη διάταξη του άρθρου ΑΚ 388, είναι υπερβολικά σημαντικές για να παραμερίζονται από την ενδοτικού δικαίου διάταξη της ΑΚ 344. Η επιείκεια και η συναλλακτική καλή πίστη της ΑΚ 388 πρέπει να αποτελέσουν το πλαίσιο επί του οποίου θα κριθούν και οι δυσμενείς συνέπειες της υπερημερίας του οφειλέτη. Επομένως, η *δυνατότητα επίκλησης* της διάταξης πρέπει να γίνεται

⁸⁹ *Ραγομανίκης*, Έννομες συνέπειες και πεδίο εφαρμογής του άρθρου 388 Ασπ. Κώδικα, ΕΕΝ 1978, 625.

⁹⁰ Ισχύει, βεβαίως, ότι από οικονομικής άποψης δυσχερέστερες συνέπειες για τον υπερήμερο μπορεί να έχει κάποτε η υπέρμετρη *επάχθεια* παρά η *ολοσχερής καταστροφή* της παροχής. Βλ. *Καραμπατζό*, *όπ. π.*, σ. 65, με παραδείγματα.

⁹¹ *Όπ. π.*, σ. 1018.

παραδεκτή, η δε ουσιαστική βασιμότητά της καταλείπεται, όπως πάντα, στην κρίση του δικαστή.

4.2.5. Ο έκτακτος και απρόβλεπτος χαρακτήρας της μεταβολής των συνθηκών

Επόμενος όρος εφαρμογής που θέτει ο νομοθέτης για την εφαρμογή της διάταξης του άρθρου ΑΚ 388 είναι ότι η επιγενόμενη μεταβολή του δικαιοπρακτικού θεμελίου της αμφοτεροβαρούς σύμβασης πρέπει να αποδίδεται σε λόγους όχι δημιουργούμενους με τη θέληση των διαδίκων. Η ανατροπή του θεμελίου πρέπει να οφείλεται σε λόγους *έκτακτους και μη δυνάμενους να προβλεφθούν*. Οι λόγοι αυτοί μπορεί να έχουν είτε τοπικό είτε γενικό χαρακτήρα («μεγάλο» δικαιοπρακτικό θεμέλιο), μπορεί να είναι γενικοί ή ακόμα και ατομικοί, δηλαδή να βρίσκονται σε σύνδεσμο με το πρόσωπο ενός μόνο από τα μέρη (παραδείγματος χάριν βαριά ασθένεια ενός από τα μέρη), ενώ δεν απαιτείται να πρόκειται για περιστατικά ανώτερης βίας.

Ως έκτακτα χαρακτηρίζονται τα περιστατικά που δεν επέρχονται κατά τη συνήθη ή κανονική πορεία των πραγμάτων, αλλά προκαλούνται από ασυνήθιστα – φυσικά, πολιτικά, κοινωνικά ή οικονομικά – γεγονότα, ενώ γεγονότα *τυχαία που, όμως, συνήθως συμβαίνουν* ούτε έκτακτα ούτε απρόβλεπτα μπορούν να χαρακτηριστούν⁹². Το έκτακτο, επομένως, δικαιολογεί την αδυναμία των μερών για πρόβλεψη της επέλευσής τους και την πεποίθηση στην διατήρηση της σταθερότητας της υπάρχουσας κατάστασης.

Ως προς το απρόβλεπτο πρέπει να λεχθεί ότι σε περίπτωση που ο εν λόγω κίνδυνος είχε αναληφθεί συμβατικά από τον οφειλέτη, με ειδικό όρο στη σύμβαση, τότε δεν συντρέχει καν η εν λόγω προϋπόθεση και, βεβαίως, δεν είναι δυνατό να εφαρμοστεί η διάταξη του άρθρου ΑΚ 388. Πάντως, η ανάληψη κινδύνου εκ μέρους του οφειλέτη επαυξάνει το όριο της ευθύνης του *κατά την κατάρτιση* της σύμβασης, συνεπώς *σε αυτό το χρονικό σημείο* το επαχθές ή μη της παροχής κρίνεται σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων ΑΚ 178-179 και 281 αλλά και από τις διατάξεις των άρθρων του ν. 2251/1994, εφόσον συντρέχουν και οι λοιπές προϋποθέσεις εφαρμογής του νόμου. Αν η *επάχθεια επέλθει κατά την εκτέλεση* της σύμβασης, τότε χωρεί η ερμηνεία της *επάχθειας* με βάση τις διατάξεις των άρθρων ΑΚ 288 και 388, και τα όρια του αναληφθέντος κινδύνου.

⁹² Εφαθ 12241/1995, ΤΝΠ Νόμος· ΜΠρΘεσσαλ. 17392/2002, Αρμενόπουλος 2003, 637, η υποτίμηση του νομίματος μπορεί να κριθεί ως έκτακτο και απρόβλεπτο περιστατικό ικανό να οδηγήσει στις έννομες συνέπειες της ΑΚ 388 *μόνο αν τα μέρη στήριζαν σε αυτή* (τη διατήρηση της ισοτιμίας) *τη σύμβαση*.

Απρόβλεπτα είναι περιστατικά μέλλοντα εν σχέση με το χρόνο σύναψης της σύμβασης τα οποία δεν μπορούσε κανείς να προβλέψει ούτε να υπολογίσει την επέλευσή τους, καθότι κείνται εκτός της ανθρώπινης προβλεπτικότητας⁹³. Το προβλεπτό θα κριθεί με ποικίλα κριτήρια, όπως οι διανοητικές ικανότητες, η μόρφωση, η συναλλακτική πείρα των συμβαλλομένων, οι ειδικές σχέσεις που παρείχαν πρόσβαση σε πληροφορίες ή ακόμα και οι τυχόν ειδικές γνώσεις⁹⁴. Έτσι, ενδέχεται περιστατικά τα οποία γενικώς είναι αντικειμενικά αδύνατο να προβλεφθούν, να θεωρηθούν στη συγκεκριμένη περίπτωση ως δυνάμενα να προβλεφθούν λόγω, παραδείγματος χάριν, της σχέσης ενός εκ των συμβαλλομένων με την κυβέρνηση ή επειδή είναι γνώστης της συγκεκριμένης αγοράς, ενώ, αντίστροφα, περιστατικά τα οποία γενικώς είναι ευκόλως προβλέψιμα, μπορεί να κριθούν ως μη δυνάμενα να προβλεφθούν εν προκειμένω λόγω του χαμηλού επίπεδου μόρφωσης ενός εκ των συμβαλλομένων. Ο χαρακτηρισμός των λόγων που επιφέρουν τη μεταβολή ως έκτακτων και απρόβλεπτων, οφείλει να γίνεται πάντα με τα αντικειμενικά κριτήρια της καλής πίστης και των συναλλακτικών ηθών. Έτσι, δεν μπορεί να αρκέσει η απλή σκέψη ή υπόθεση των μερών ότι μπορεί να συμβεί το έκτακτο γεγονός το οποίο εν τέλει επήλθε, αν αυτή δεν συνεκτιμήθηκε από τα μέρη στη διαμόρφωση της δικαιοπρακτικής τους βούλησης⁹⁵. Αν, ωστόσο, υπάρχει πταίσμα ενός συμβαλλόμενου ως προς τη μη πρόβλεψη, τότε η προϋπόθεση του απρόβλεπτου δεν πληρείται και, επομένως, αποκλείεται η εφαρμογή της ΑΚ 388. Είναι, περαιτέρω, δυνατό να έχει μεν προβλεφθεί το περιστατικό αλλά η επερχόμενη ανατροπή να είναι τέτοιας έκτασης, ώστε να συνεπάγεται υπέρβαση του αναληφθέντος εκ της πρόβλεψης κινδύνου, με αποτέλεσμα να θεωρείται ότι και σ' αυτή την περίπτωση συντρέχει η εξεταζόμενη προϋπόθεση⁹⁶. Έχει κριθεί ότι τα μέτρα λιτότητας και οι φορολογικές επιβαρύνσεις και η επιβολή άλλων οικονομικών βαρών των τελευταίων ετών δεν στοιχειοθετούν περιστατικά έκτακτα και απρόβλεπτα⁹⁷, ιδίως όταν η σύναψη της σύμβασης έχει γίνει τα τελευταία χρόνια που προηγήθηκαν της κρίσης. Οι περιστάσεις, όμως, αυτές αντιμετωπίζονται στο πλαίσιο της διάταξης του ΑΚ 288, και επομένως, για παράδειγμα στο πεδίο των συμβάσεων εμπορικών

⁹³ Βαθρακοκόιλης, ΕρΝομΑΚ, άρθρο 388, §12.

⁹⁴ Βλ. Σακκέτα, όπ. π., άρθρο 388, αρ. 42, με πλείονα παραδείγματα.

⁹⁵ Σταθόπουλος, Γενικό Ενοχικό Δίκαιο, § 22 αρ. 25, ο ίδιος σε Γεωργιάδη-Σταθόπουλο

⁹⁶ ΟΛΑΠ 927/1982, ΝοΒ 1983, 214 («συνεπάγεται υπέρβαση του, βάσει της γενομένης πρόβλεψης, αναληφθέντος υπό τούτου κινδύνου ζημίας») · βλ και Καρμπατζό, Οικονομική Κρίση και Αναπροσαρμογή των συμβατικών παροχών, ΧρΙΔ 2013, 92 επ.

⁹⁷ Αντίθετα έχει κρίνει, όμως, η ΜονΠρΛαμ 277/11, ΑρχΝ 2012, 166.

μισθώσεων, τα δικαστήρια κάνουν δεκτό ότι επιτρέπεται με βάση το ΑΚ 288 η αναπροσαρμογή του μισθώματος⁹⁸.

Τέλος, ως προς την εξεταζόμενη προϋπόθεση εφαρμογής του άρθρου ΑΚ 388, τονίζεται ότι, μολονότι δεν παρουσιάζει κάποια ερμηνευτική δυσχέρεια, πρέπει να προσεχθεί ιδιαίτερα διότι η συνδρομή της εξετάζεται ιδιαιτέρως αυστηρά από τα δικαστήρια, αφού η ισορροπία της σύμβασης δύναται να ανατραπεί και χωρίς να έχουν μεσολαβήσει έκτακτοι και απρόβλεπτοι λόγοι, οπότε, βεβαίως, δεν χωρεί η εφαρμογή της ΑΚ 388. Ειδικότερα, έχει κριθεί ότι η υποτίμηση του νομίσματος και η μείωση της αγοραστικής δύναμης, ακόμη και εν είναι έκτακτη και απρόβλεπτη, δεν συνεπάγεται από μόνη της την εφαρμογή της ΑΚ 388, εκτός και αν τα μέρη στήριζαν τη σύμβασή τους στα περιστατικά που μεταβλήθηκαν⁹⁹.

Διαφωτιστική της εν λόγω προϋποθέσεις και εξέτασης της συνδρομής της στην παρούσα οικονομική συγκυρία είναι η σκέψη της πρόσφατης πολύ σημαντικής απόφασης του Εφετείου Αθηνών 118/2018, η οποία εξαφάνισε την 334/2016 απόφαση του Πολυμελούς Πρωτοδικείου Αθηνών, που εκδόθηκε επί συλλογικής αγωγής καταναλωτών για τα δάνεια σε ελβετικό Φράγκο. Το Εφετείο δέχεται ότι απρόβλεπτα είναι τα περιστατικά που εισχώρησαν στη σύμβαση εκ των υστέρων και «δεν ήταν δυνατόν να διαγνωσθούν, υπό ομαλές οικονομικές συνθήκες. Απρόοπτη μεταβολή των περιστατικών στα οποία στηρίχθηκαν τα μέρη μπορεί να αποτελέσει και η επιδείνωση της οικονομικής κατάστασης της Χώρας, όταν είναι έκτακτης φύσεως και τόσο μεγάλη, ώστε να υπερβαίνει τις συνήθεις ή λογικά προβλεπόμενες διακυμάνσεις της σταθερότητας και να ανατρέψει τους υπολογισμούς των μερών κατά την καλή πίστη και τα συναλλακτικά ήθη. Για να στοιχειοθετηθεί, όμως, περίπτωση εφαρμογής του άρθρου αυτού δεν αρκεί μόνη η εν λόγω επιδείνωση της οικονομικής κατάστασης της Χώρας, αλλά θα πρέπει να κριθεί σε σχέση και με τις υπόλοιπες συνθήκες και ιδίως το αναμενόμενο κέρδος από τη σύμβαση, την οικονομική κατάσταση των μερών, την εξυπηρετούμενη ανάγκη αυτών με τη σύμβαση και τις υποχρεώσεις προς τρίτους που εξαρτώνται από τη σύμβαση, έτσι ώστε οι συνέπειες από την επιδείνωση της οικονομικής κατάστασης της Χώρας να έγιναν δυσβάστακτες για το ένα των συμβαλλόμενων μερών και να υπερβαίνουν τον κίνδυνο που, κατά τις συνηθισμένες συνθήκες, αναλαμβάνει κάθε συμβαλλόμενος, όταν μάλιστα αποφασίζει σύναψη σύμβασης που πρόκειται να εκτελεστεί στο μέλλον.»

⁹⁸ Ενδεικτικά, ΜονΠρΑθ 2192/2010, Αρμενόπουλος 67, 1824· ΜονΠρΑθ 1533/2012 ΕφΑΔ 2013, 638· ΜονΠρΑθ 2061/2013, Αρμενόπουλος 67, 1237.

⁹⁹ ΑΠ 1252/86, ΕΕΝ 1987, 448.

4.2.6. Η υπέρμετρη επάθεια της παροχής

Η εξέταση της απροόπτου μεταβολής των συνθηκών μας εισάγει στην εξέταση του τελευταίου όρου εφαρμογής της ΑΚ 388, καθότι η επελθούσα μεταβολή απαιτείται να είναι τόσο ουσιώδης ώστε να διαταράσσεται βαθιά η αρχική ισορροπία της σύμβασης, κατά τρόπο ώστε αν ο συμβαλλόμενος που βλάπτεται από την μεταβολή γνώριζε αυτή κατά το χρόνο σύναψης της σύμβασης δεν θα εισερχόταν στην ενοχική σχέση με την αυτή οικονομία¹⁰⁰. Επομένως, σύμφωνα με το γράμμα του άρθρου απαιτείται, λοιπόν, συνεπεία της απρόοπτης μεταβολής των συνθηκών, η παροχή του οφειλέτη, ενόψει και της αντιπαροχής, να έγινε υπέρμετρα επαχθής.

Τι σημαίνει, όμως, υπέρμετρα επαχθής παροχή; Ο νομοθέτης δεν την προσδιόρισε αλλά προτίμησε μια αόριστη έννοια ως ποιοτική¹⁰¹ προϋπόθεση του πραγματικού του άρθρου ΑΚ 388, δηλαδή έννοια με αβέβαιο περιεχόμενο και έκταση, η συγκεκριμενοποίησή της οποίας σε κάθε ατομική περίπτωση καταλείπεται στην έμφρονα κρίση του δικαστή, ο οποίος, εκ των πραγμάτων, είναι εγγύτερα στα ανθρώπινα πράγματα απ' όσο ο νομοθέτης.

Είναι σημαντικό να λεχθεί ότι, δεν καταλείπεται χώρος εφαρμογής του άρθρου ΑΚ 388, αν μετά την μεταβολή των συνθηκών, με την έννοια που αποδόθηκε σ' αυτή ανωτέρω, η παροχή καταστεί αδύνατη, αφού προϋπόθεση προκειμένου να εφαρμοστεί η ΑΚ 388 είναι να πρόκειται για φυσικώς δυνατή παροχή, η εκπλήρωση της οποίας, ωστόσο, αντίκειται στους κανόνες της συναλλακτικής ηθικής και της καλής πίστης¹⁰². Αντιθέτως, σε περίπτωση που πρόκειται για φυσικώς αδύνατη παροχή θα εφαρμοστούν οι διατάξεις ΑΚ 355 επ., οι οποίες θέτουν το νομοθετικό πλαίσιο ρύθμισης της αδυναμίας παροχής. Ούτε, όμως, και η αντίστροφη περίπτωση κατά την οποία ο οφειλέτης θα επιβαρυνθεί περισσότερο απ' όσο υπολόγιζε κατά την σύναψη της σύμβασης, και άρα γίνεται λόγος για απλή δυσχέρεια εκπλήρωσης, η οποία βεβαίως δεν φτάνει μέχρι του σημείου ώστε να γίνεται λόγος υπέρμετρη και δυσβάστακτη επάθεια, αρκεί προκειμένου να επέλθουν οι έννομες συνέπειες της ΑΚ 388. Και αυτό διότι, όπως έχει ήδη αναλυθεί ανωτέρω υπό 2.1., ο οφειλέτης είναι υποχρεωμένος από την αρχή *pacta sunt servanda* να προχωρήσει στην εκπλήρωση των συμβατικών υποχρεώσεων ακόμη και αν πρόκειται να υποστεί οικονομική ζημία, αφού όφειλε, πριν αναλάβει τη συμβατική δέσμευση, να συνυπολογίσει τους συνήθεις κινδύνους. Περαιτέρω, εξίσου σημαντικό είναι να καταστεί

¹⁰⁰ Λιτζερόπουλος, Η νομολογία ως παράγων διαπλάσεως του ιδιωτικού δικαίου, σ. 238· Σακκέτας, όπ. π., 47.

¹⁰¹ Για τη σημασία του όρου και τη διάκρισή του από άλλα είδη προϋποθέσεων, βλ. Αραβαντινό, Εισαγωγή στην επιστήμη του δικαίου, 1983, σ. 129-130.

¹⁰² Βλ. αντί άλλων Σακκέτα, όπ. π., άρθρο 388, αρ. 46.

σαφές ότι η παροχή πρέπει να γίνει υπέρμετρα επαχθής μετά και συνεπεία της απρόοπτης μεταβολής των συνθηκών. Δηλαδή, αν η παροχή ήταν υπέρμετρα επαχθής ήδη κατά το χρόνο της σύναψης της σύμβασης, δεν χωρεί εφαρμογή της ΑΚ 388. Η τελευταία περίπτωση μπορεί, ωστόσο, να αντιμετωπιστεί με εφαρμογή των διατάξεων περί αισχροκερδούς δικαιοπραξίας (ΑΚ 179) ή ακόμα και περί πλάνης (ΑΚ 140επ.)¹⁰³, αν πληρούνται οι προϋποθέσεις εφαρμογής τους.

Οι ως άνω δύο περιπτώσεις περιγράφουν τι δεν αποτελεί υπέρμετρα επαχθή παροχή κατά την έννοια της διάταξης του άρθρου ΑΚ 388, δεν μας λένε, όμως, τι είναι τελικά μια τέτοια παροχή.

Κατά την εναργή έκφραση που μεταχειρίστηκε ο Μπαλής, θα πρέπει να έχει διασαλευτεί «η κατά το χρόνο της συμβάσεως συναρέσασα εις τα μέρη ισορροπία κατ' αξίαν μεταξύ παροχής και αντιπαροχής»¹⁰⁴. Δημιουργείται, λοιπόν, μια διάσταση μεταξύ της αρχικής συμβατικής ρύθμισης και της μεταγενέστερης πραγματικότητας, η οποία μπορεί να εκδηλωθεί με δύο, κυρίως, μορφές: είτε ως αύξηση των προϋπολογισθέντων εξόδων για την εκτέλεση της παροχής, είτε ως απομείωση του προσδοκώμενου κέρδους, κατά κανόνα της αξίας της χρηματικής αντιπαροχής. Η θέση αυτή δίνει μεν μια πρώτη κατεύθυνση για τη συνδρομή του όρου, ωστόσο δεν αρκεί καθότι, όπως αναδείχθηκε στις αμέσως προηγούμενες παραγράφους, η διατάραξη της ισορροπίας μπορεί να είναι ακραίας μορφής επάχθεια και να οδηγεί σε αδυναμία, ή να είναι ελάχιστος έντασης και να οδηγεί απλώς σε ανεκτή δυσχέρεια εκπλήρωσης, με αποτέλεσμα να μην είναι δυνατή η εφαρμογή του ΑΚ 388. Πώς θα προσδιορισθεί, επομένως, το μέτρο της επάχθειας της παροχής για να παραδεχτούμε ότι μπορεί ο οφειλέτης να ζητήσει δικαστική προστασία κατ' εφαρμογή της ΑΚ 388¹⁰⁵;

Δεδομένου ότι μιλήσαμε για εξειδίκευση της αόριστης έννοιας σε κάθε περίπτωση, επόμενο είναι ότι αυτή θα γίνει επί τη βάση των ιδιαίτερων συνθηκών του συγκεκριμένου βιοτικού πραγματικού.

Ένα πρώτο βασικό κριτήριο τίθεται ήδη από το ίδιο το γράμμα του άρθρου ΑΚ 388, αφού ο νομοθέτης απαιτεί, προκειμένου για τον προσδιορισμό της υπέρμετρης επάχθειας της παροχής σε κάθε συγκεκριμένη περίπτωση, να αποβλέψουμε και στην αντιπαροχή –

¹⁰³ Βλ. Σταθόπουλο, σε Γεωργιάδη-Σταθόπουλο,, άρθρο 388, αρ. 15.

¹⁰⁴ Ενοχικόν Δίκαιον, § 88 αρ. 4.

¹⁰⁵ Εγγύτερα για το ζήτημα της εξειδίκευσης της αόριστης έννοιας της υπέρμετρης επάχθειας βλ. Παπανικολάου, σε Αφιέρωμα στον Α. Γαζή (1994), σ. 447 επ.

προσδοκώμενη ή ήδη καταβληθείσα – που δικαιούται ο οφειλέτης αυτής. Έτσι ο νομοθέτης, διασυνδέοντας ευθέως την οφειλόμενη παροχή, η εκπλήρωση της οποίας δυσχεραίνεται υπέρμετρα πλέον, με την αντιπαροχή, δίνει την κατευθυντήρια γραμμή στον ερμηνευτή της διάταξης ότι η «συναρέσασα» στα μέρη αρχική, υποκειμενική¹⁰⁶ ισορροπία παροχής και αντιπαροχής πρέπει να έχει διαταραχθεί σε τέτοιο βαθμό, ώστε η εκπλήρωση της παροχής να παρίσταται πλέον για τον οφειλέτη μη ανεκτή από την συναλλακτική καλή πίστη (ήτοι υπέρμετρα επαχθής), χωρίς όμως να είναι ανάγκη να επαπειλείται ολοκληρωτική οικονομική καταστροφή αυτού. Για παράδειγμα, η ΜονΠρΚαβ 20/2001¹⁰⁷ αποδίδει το μη ανεκτό της παροχής, στο ότι αυτή, όπως πλέον διαμορφώθηκε μετά την απρόοπτη μεταβολή των συνθηκών, είναι αντίθετη στο αίσθημα δικαιοσύνης και την ηθική τάξη γενικά, εξαιτίας της προφανούς δυσαναλογίας μεταξύ αυτής και της αντιπαροχής, ενώ η ΑΠ 1537/1991¹⁰⁸ κάνει λόγο για αντίθεση της παροχής στην ευθύτητα και την εντιμότητα που επιβάλλονται από την καλή συναλλακτική πίστη στις συναλλαγές.

Περιστατικά τα οποία μπορεί να αξιολογήσει το δικαστήριο προκειμένου να κρίνει αν μια παροχή κατέστη πράγματι υπέρμετρα επαχθής για τον οφειλέτη, μπορεί, μεταξύ άλλων, να είναι η περιουσιακή οικονομική κατάσταση των συμβαλλομένων, οι συνθήκες κατάρτισης της σύμβασης, η εξυπηρετούμενη με τη σύμβαση ανάγκη, το αναμενόμενο κέρδος¹⁰⁹, ή και συγκεκριμένα στοιχεία συγκρίσεως της παροχής και της αντιπαροχής που να αποδεικνύουν διαταραχή της μεταξύ τους ισορροπίας¹¹⁰.

Έχει υποστηριχθεί η άποψη ότι η δυνατότητα του οφειλέτη να ζητήσει την αναγωγή της σύμβασης στο προσήκον μέτρο δεν υπάρχει όταν η παροχή έχει εκπληρωθεί ανεπιφύλακτα είτε εν όλω είτε κατά το μέρος του οποίου επιδιώκεται η αναπροσαρμογή¹¹¹ (ανάγοντας έτσι το ανεκτέλεστο της σύμβασης σε επιπλέον προϋπόθεση εφαρμογής της ΑΚ 388). Ωστόσο, ορθότερη φαίνεται η θέση που υποστηρίζει ότι η ανεπιφύλακτη εκτέλεση της σύμβασης μετά την επάχθεια, δύναται να περιορίσει την εφαρμογή του άρθρου ΑΚ 388, καθώς δυσχεραίνει

¹⁰⁶ Αντιθέτως, η όποια ανισότητα στην αντικειμενική αξία των ανταλλασσόμενων παροχών δεν ενδιαφέρει εν προκειμένω, διότι αυτή νομιμοποιείται από ουσιαστικά από την αρχή της ιδιωτικής αυτονομίας.

¹⁰⁷ Αμενόπουλος 2002, 1481, ΝΟΜΟΣ.

¹⁰⁸ Δ/νη 1993, 318, ΝΟΜΟΣ.

¹⁰⁹ ΜΠρΘεσσαλ. 17392/2002, Αρμενόπουλος 2003, 637· ΑΠ 1252/1986, ΕΕΝ 1987, 448.

¹¹⁰ ΜονΠρΘεσσαλ. 929/1990, Αρμενόπουλος 1990, 943.

¹¹¹ ΑΠ 1479/1981, ΝοΒ 1983, 823· Σακκέτας, όπ. π., αρ. 55· Παπανικολάου, σε Αφιέρωμα στον Α. Γαζή (1994), σ. 487.

την κατάφαση του όρου της επάχθειας· δεν θα πρέπει, όμως, να οδηγεί στον εκ προοιμίου αποκλεισμό της¹¹².

4.2.7. Περαιτέρω κριτήρια συγκεκριμενοποίησης της υπέρμετρης επάχθειας

Έχει υποστηριχθεί¹¹³ ότι, όπως σε κάθε περίπτωση in concreto εξειδίκευσης αόριστων εννοιών, πρέπει κι εδώ να εντοπιστούν κάποια αντικειμενικά κριτήρια τα οποία θα λειτουργήσουν επικουρικά αλλά και ελεγκτικά προς τον δικαστικό συλλογισμό – ελεγκτικά δε διότι η διαπλαστική εξουσία που παρέχει η διάταξη του άρθρου ΑΚ 388 στον δικαστή είναι εξαιρετικά ευρεία –, αλλά και για τον επιπλέον λόγο ότι διασφαλίζει, κατά το μάλλον ή ήττον, ένα βαθμό ενότητας στη νομολογία. Ο Παπανικολάου προτείνει ένα κινητό σύστημα περισσότερων κριτηρίων, τα οποία δηλαδή θα καθίστανται κάθε φορά αποφασιστικά συνδυαζόμενα μεταξύ τους. Τα κριτήρια αυτά μπορεί να είναι ενδοσυμβατικά και εξωσυμβατικά, θα πρέπει πάντα ωστόσο να ερμηνεύονται βάσει της περιεχόμενης στην ΑΚ 388 ratio legis.

Ως αντικειμενικά κριτήρια συγκεκριμενοποίησης της υπέρμετρης επάχθειας προκρίνονται τα εξής. Το ποσοτικό κριτήριο, το οποίο ενυπάρχει εγγενώς στην έννοια της επάχθειας, δεδομένου ότι μιλάμε για σύγκριση δυο οικονομικών μεγεθών. Το κριτήριο αυτό πρέπει να αντιλαμβάνεται ως το ποσοστό υπέρβασης μεταξύ της αρχικής αξίας της παροχής και της αντιπαροχής και της τωρινής, πέρα του οποίου τον κίνδυνο της επάχθειας της παροχής δεν πρέπει να φέρει ο υπόχρεος οφειλέτης. Και τούτο διότι η αντίθετη περίπτωση θα σήμαινε ότι η αμφοτεροβαρής σύμβαση απώλεσε τον ανταλλακτικό χαρακτήρα της. Η σημασία του κριτηρίου οφείλει να είναι ωστόσο μόνο ενδεικτική και να λαμβάνεται υπόψη πάντοτε μαζί με άλλα ποιοτικής φύσης στοιχεία και σύμφωνα με τον σκοπό της διάταξης. Με αυτόν τον τρόπο γίνεται η χρήση του εν λόγω κριτηρίου και από τη νομολογία των δικαστηρίων.

Ένα άλλο κριτήριο είναι ο βαθμός του απροβλέπτου που επιφέρει τη διατάραξη της ισορροπίας, παραλλάσσων κάθε φορά ανάλογα με τη φύση των περιστατικών, κατά τρόπο ώστε η περισσότερο απρόβλεπτη μεταβολή να απαιτεί μικρότερο ποσοστό επάχθειας προκειμένου να δικαιολογηθεί η επέμβαση του δικαστή στο συμβατικό δεσμό. Συνήθως, παρατηρείται ότι οι ατομικοί κίνδυνοι (π.χ. κακή πορεία των εργασιών του οφειλέτη) απαιτείται να επιφέρουν μεγαλύτερο ποσοστό επάχθειας, ενώ οι γενικοί κίνδυνοι (π.χ.

¹¹² Καραμπατζός, όπ. π., σ. 68· Σταθόπουλος, Γενικό Ενοχικό, § 22 αρ. 29.

¹¹³ Παπανικολάου, Αφιέρωμα σε Α. Γαζή (1994), 448.

πόλεμος) μικρότερο. Η δικαιολογία είναι ότι στους πρώτους υπάρχει δυνατότητα, ως ένα βαθμό, επιρροής και εξουσιάσεως του κινδύνου και, επομένως, είναι δίκαιο να καταλογιστεί στον συμβαλλόμενο.

Επόμενα κριτήρια είναι *το είδος της σύμβασης*. Δεδομένου ότι υπάρχουν συμβάσεις στον τύπο των οποίων ο κίνδυνος για κάποια απρόοπτη μεταβολή των συνθηκών είναι, κατά το μάλλον ή ήττον, εγγενής σε σχέση με άλλες πιο συντηρητικής δομής συμβάσεις (π.χ. η αγορά αξιογράφων και η μίσθωση ακινήτου, αντίστοιχα), το αναγκαίο όριο επάχθειας θα πρέπει να τοποθετηθεί ψηλά. Αλλά και το κατ' ιδείαν *περιεχόμενο της σύμβασης* αποτελεί κριτήριο, δεδομένου ότι θα πρέπει να εξετάζεται η αντικειμενική πλέον ισοδυναμία παροχής και αντιπαροχής, έτσι ώστε όσο περισσότερο επωφελής για τον οφειλέτη της επαχθούς παροχής ήταν η σύμβαση, τόσο μεγαλύτερο ποσοστό επάχθειας θα πρέπει να απαιτείται προκειμένου να εφαρμοστεί η διάταξη¹¹⁴.

Τέλος, κριτήριο εξωσυμβατικής φύσης, το οποίο λαμβάνεται ιδιαίτερα υπόψη από τη νομολογία¹¹⁵ για τον προσδιορισμό της υπέρμετρης επάχθειας, *είναι η περιουσιακή κατάσταση των συμβαλλομένων*. Η σκέψη που ενυπάρχει εδώ είναι ότι οι συμβαλλόμενοι, ως επί το πλείστον, έχουν διαφορετικό οικονομικό υπόβαθρο και, επομένως, το πότε η παροχή καθίσταται υπέρμετρα επαχθής μπορεί να διαφέρει εξαιρετικά για καθένα από αυτούς, και αυτό θα πρέπει να ληφθεί υπόψη προκειμένου να αποφασίσουμε αν πράγματι κατέστη ή όχι υπέρμετρα επαχθής η παροχή. Για παράδειγμα, η ανατίμηση των οικοδομικών υλικών αντικατοπτρίζεται διαφορετικά στην περιουσία του εργάτη απ' ό,τι σ' αυτή του μεγαλοεργολάβου, και, συνεπώς, θα απαιτηθεί μικρότερο μέτρο επάχθειας. Επισημαίνεται, όμως, ότι θα πρέπει να γίνεται πολύ εχέφρονα χρήση του εν λόγω κριτηρίου, για να μην παρερμηνεύεται η επιείκεια υπέρ του οικονομικά αδύναμου συμβαλλομένου.

4.3. Έννομες συνέπειες

Πριν υπεισέλθουμε στις έννομες συνέπειες που προβλέπει ο νομοθέτης ρητώς στο γράμμα της διάταξης του άρθρου ΑΚ 388 για τις συμβάσεις στις οποίες εκλείπει το δικαιοπρακτικό θεμέλιο, θα ήταν σκόπιμο να εξετάσουμε, εν τάχει, ποιες πρωταρχικές έννομες συνέπειες γεννώνται για τα μέρη, οι οποίες πρέπει να προηγηθούν της δικαστικής διαπλάσεως.

¹¹⁴ Το κριτήριο λαμβάνεται υπόψη από το δικαστήριο με τη μορφή κυρίως του προσδοκώμενου από τη σύμβαση κέρδους, βλ. ΑΠ 716/1992, ΕΕΝ 1993, 542.

¹¹⁵ Βλ. ΑΠ 109/1982, ΝοΒ 1982, 1257.

4.3.1. Η υποχρέωση των μερών για αναδιαπραγμάτευση

Σύγχρονη τάση σε ευρωπαϊκό και διεθνές επίπεδο, η οποία βρίσκει ιδιαίτερη απήχηση, υποστηρίζει ότι όταν μια σύμβαση, ιδιαίτερα μια μακροπρόθεσμη σύμβαση, προσπίπτει στη διάρκεια της σε σοβαρά εμπόδια, θα πρέπει αυτά να αντιμετωπιστούν από τα μέρη με *ad hoc* λύσεις, οι οποίες θα προκύψουν από καλόπιστες και έντιμες αναδιαπραγματεύσεις των αρχικών όρων. Οι απόψεις αυτές, υπερτονίζουν έτσι το συνεργατικό καθήκον των συμβαλλομένων κατά την εκτέλεση της σύμβασης, ως υποχρέωση που απορρέει από την ίδια τη φύση της συμβατικής σχέσης. Χαρακτηριστικό παράδειγμα αυτής της νέας τάσης είναι η γαλλική έννομη τάξη. Πρόκειται για μια έννομη τάξη, η οποία έχει μακρά παράδοση στην αυστηρή τήρηση της αρχής ότι η σύμβαση – ως προϊόν που έχει διαμορφωθεί από την αυτονομία των μερών – είναι «ο νόμος των μερών» (βλ. παλαιό άρθρο 1134 §1 Cc) και προέβαλλε επί αιώνες σθεναρή αντίσταση στη δυνατότητα ετερόνομης και εκ των υστέρων μεταβολής των συμβατικών υποχρεώσεων (βλ. ανωτέρω υπό 3.2). Η τροποποίηση, όμως, του γαλλικού δικαίου των συμβάσεων που επήλθε με το Διάταγμα 131/2016, εισήγαγε διάταξη παρόμοια με εκείνη του ΑΚ 388. Είναι, ωστόσο, ενδιαφέρον ότι το νεοεισαχθέν άρθρο 1195 Cc (το αντίστοιχο ΑΚ 388), προβλέπει μια διαβάθμιση στις υποχρεώσεις που γεννώνται για τα μέρη από την απρόοπτη μεταβολή των συνθηκών στα οποία στηρίχθηκε η σύμβαση. Συγκεκριμένα, σε περίπτωση μεταβολής των συνθηκών που ίσχυαν όταν τα μέρη στήριζαν τη σύμβαση, ο νομοθέτης δίνει το προβάδισμα στην υποχρέωση που γεννάται για τα μέρη να εισέλθουν σε αναδιαπραγμάτευση των συμβατικών όρων. Σε επόμενα επίπεδα προβλέπεται η δυνατότητα ετερόνομης επέμβασης του δικαστή (σε περίπτωση αποτυχίας της προσπάθειας διαπραγμάτευσης ή άρνησης του αντισυμβαλλομένου να εισέλθει σε διαπραγματεύσεις). Η υποχρέωση αναδιαπραγμάτευσης των όρων της σύμβασης προβλέπεται, επίσης, ρητώς στο άρθρο 6:111 των αρχών της Επιτροπής Lando, στο άρθρο III-1:110 του Draft Common Frame of Reference (DCFR) και στο άρθρο 6.2.3 των Αρχών των Διεθνών Εμπορικών Συμβάσεων του UNODROIT. Η θεώρηση της σύμβασης στο πλαίσιο της συνεργατικής συμβατικής θεωρίας (*relational theory of contract*)¹¹⁶, εκφράζει το κανονιστικό αίτημα της κατ' αυθεντικό τρόπο αντιμετώπισης της απρόοπτης μεταβολής του δικαιοπρακτικού θεμελίου από τα μέρη πριν αυτά αναζητήσουν μια ετερόνομη δικαστική λύση. Η θεωρία αυτή εκφράζεται στο ελληνικό δίκαιο στο γράμμα και πνεύμα της διάταξης του άρθρου ΑΚ 288, η οποία επιβάλλει τη συνεργασία και αμοιβαία αρωγή των μερών. Αυτή, βεβαίως, αναδεικνύεται, κυρίως, όταν

¹¹⁶ Για την ανάλυση της θεωρίας βλ. *Καραμπατζό*, Η απρόοπτη μεταβολή των συνθηκών στις αμοιβαίες συμβάσεις, 470 επ., (και την εκεί παραπεμπόμενη ξένη και ελληνική βιβλιογραφία).

εμφανίζονται εμπόδια ή δυσχέρειες στην εκπλήρωση και μπορεί να υποστηριχθεί ότι προκύπτει από αυτή η υποχρέωση αναδιαπραγμάτευσης, ως *παρεπόμενη συμβατική υποχρέωση* και όχι απλώς ως βάρος, ώστε να αποκατασταθεί η ιδιωτική αυτονομία και να επιτευχθεί μια αμφιμερώς συμφέρουσα νέα ισορροπία μεταξύ παροχής και αντιπαροχής. Ο οφειλέτης λοιπόν που δυσχεραίνεται υπέρμετρα στην εκπλήρωση της παροχής του, πρώτα – πρώτα οφείλει να προσφύγει στην εξεύρεση μιας λύσης μέσω λογικών και καλόπιστων αναδιαπραγματεύσεων με τον αντισυμβαλλόμενο δανειστή της παροχής του. Η σκέψη αυτή διαφυλάσσει έτι περαιτέρω την ιδιωτική αυτονομία, δεδομένου ότι η επιθυμία των μερών προηγείται της ετερόνομης επέμβαση του δικαστή.

Η τάση της νομολογίας είναι πως, ειδικά στο πλαίσιο των διαρκών συμβάσεων με έντονο το στοιχείο της εμπιστοσύνης, οι συμβαλλόμενοι οφείλουν να εργαστούν προς την ανεύρεση μια κοινώς αποδεκτής μέσης λύσης, ενώ η εμμονή του οφειλέτη στην αντιπαροχή καθίσταται καταχρηστική, εφόσον οδηγεί σε πλήρη οικονομική εξόντωση του οφειλέτη χωρίς κανένα όφελος¹¹⁷.

Ωστόσο θα πρέπει να γίνει δεκτό, ότι χάριν σεβασμού της αρχής της ιδιωτικής αυτονομίας, πρόκειται για υποχρέωση συμπεριφοράς και όχι αποτελέσματος, κι επομένως τα μέρη υποχρεούνται απλώς να επιχειρήσουν ειλικρινώς να εξεύρουν λύση, χωρίς ωστόσο να υποχρεούνται να καταλήξουν τελικά οπωσδήποτε σε κάποια συμφωνία.

Εφόσον η αναδιαπραγμάτευση αποτελεί υποχρέωση των μερών, συνδέεται και με κάποιες άμεσες έννομες συνέπειες, όπως η υποχρέωση αποζημιώσεως εάν συντρέχει ο όρος της υπαιτιότητας στο πρόσωπο του αντισυμβαλλομένου, το δικαίωμα επισχέσεως, ήτοι η αναστολή της εκπλήρωσης των συμβατικών υποχρεώσεων για όσο χρόνο το άλλο μέρος αρνείται να προσέλθει σε διαπραγματεύσεις, καθώς ακόμη και το δικαίωμα έκτακτης καταγγελίας για σπουδαίο λόγο κατά την ΑΚ 288 στο πλαίσιο των διαρκών συμβάσεων. Η μη προσέλευση σε διαπραγματεύσεις όμως, μπορεί να συνδεθεί και με έμμεσες κυρώσεις, καθώς θα ληφθεί υπόψη κατά το στάδιο της δικαστικής διάπλασης των αντιπαροχών, με σχετική

¹¹⁷ Εφαρμογή της συνεργατικής θεωρίας έκανε το Εφετείο Αθηνών, όταν έκρινε με την υπ' αριθ. 5025/1900 απόφασή του ότι «είναι αντίθετο προς τα χρηστά ήθη και την καλή πίστη όταν το πιστωτικό ίδρυμα, εκμεταλλεόμενο τη μονοπωλιακή ή εξουσιαστική θέση του απέναντι στον αντισυμβαλλόμενο του, προβαίνει, ιδιαίτερα σε κρίσιμη, οικονομικά, εποχή, σε μέτρα απηνούς διώξεως τούτου, αντί να παράσχει σ' αυτόν τις, συνηθισμένες στις τραπεζικές συναλλαγές, σε μια τέτοια εποχή, οικονομικές διευκολύνσεις». ΝοΒ 1991, 79· έτσι και η ΠρΑθ 2087/2004, ΝοΒ 2005, 1463.

εύνοια υπέρ του καλόπιστου μέρους και της δυνατότητας ακόμη και απαλλαγής του από τη σύμβαση¹¹⁸.

Η εν λόγω υποχρέωση συνάγεται τόσο από την καλή πίστη της ΑΚ 288 (σε συνδυασμό με την ΑΚ 281) όσο και από την τελολογία της ΑΚ 388, η οποία με το αυστηρό ειδικό πραγματικό της καταδεικνύει πως η δικαστική επέμβαση αποτελεί το ύστατο καταφύγιο για τα μέρη έπειτα από κάθε προσπάθεια συνεργασίας και διάσωσης της συμβάσεως.

4.3.2. Η υποχρέωση ανοχής εκ μέρους του δανειστή της επαχθούς παροχής

Πέρα όμως από την ως άνω συναγόμενη υποχρέωση αναδιαπραγματεύσεως εκ μέρους του δανειστή, υπάρχει και η απορρέουσα εκ της καλής πίστεως υποχρέωση του δανειστή για ανοχή της καθυστέρησης και χρονική παράταση του χρέους. Συνάγεται δηλαδή μία υποχρέωση εκ μέρους του δανειστή να παρέχει ένα είδος *moratorium* – ανακωχής στον οφειλέτη, δηλαδή μη καταγγελίας της συμβάσεως, αναστολής των ατομικών διώξεων, αναστολής της αναγκαστικής εκτελέσεως κ.α. Σε αυτό το χρονικό στάδιο όπου ο δανειστής απέχει από ενέργειες που θα καταστήσουν ληξιπρόθεσμη την παροχή και προσπαθεί να παρατείνει το χρέος προς εύνοια του οφειλέτη¹¹⁹, νοείται πως δεν οφείλονται τόκοι υπερημερίας αφού ο οφειλέτης δεν έχει καταστεί ακόμη υπερήμερος (ΑΚ 342).

4.3.3. Η διάπλαση της σύμβασης - Οι εξουσίες του δικαστή

Η διάταξη του άρθρου ΑΚ 388, ερειδόμενη στην αρχή της επιείκειας και της διορθωτικής συμβατικής δικαιοσύνης, απονέμει στον δικαστή μια ευρεία διαπλαστική εξουσία, η οποία άρχεται από τη δυνατότητα να αναπροσαρμόσει, ενεργώντας σαν άλλος δικαιοπρακτών για λογαριασμό και των δύο μερών, το συμβατικό περιεχόμενο στη νέα κατάσταση που διαμορφώθηκε μετά την μεταβολή των συνθηκών, και εξικνείται μέχρι την εν

¹¹⁸ Βλ. εκτενώς Καραμπατζό, όπ. π., σ. 495 επ.

¹¹⁹ Βλ. ΑΠ1252/2011, ΧρΙΔ 2012, 663: «Συνεπώς και για το λόγο αυτό η άσκηση των δικαιωμάτων τους θα πρέπει να κυριαρχείται από τις αρχές της καλόπιστης και σύμφωνης με τα χρηστά συναλλακτικά ήθη εκπλήρωσης των οφειλόμενων παροχών (ΑΚ 178, 200, 288) και να αποφεύγεται αντίστοιχα κάθε κατάχρηση στη συμπεριφορά τους. Ετσι σε περίπτωση δυσχέρειας του πιστούχου της Τράπεζας να ανταποκριθεί στις υποχρεώσεις του από την πιστωτική σύμβαση λόγω πρόσκαιρης οικονομικής αδυναμίας του, που όμως υπερβαίνει τα όρια της ανοχής του, η καλόπιστη από την πλευρά της Τράπεζας συμπεριφορά επιβάλλει σ' αυτή την υποχρέωση να ανεχθεί μια εύλογη καθυστέρηση στην εκπλήρωση της παροχής του οφειλέτη[...]. Κατά την έννοια αυτή η Τράπεζα θα πρέπει, σε περίπτωση πρόσκαιρης οικονομικής αδυναμίας του πελάτη της, να αποφύγει την εσπευσμένη καταγγελία της μεταξύ τους πιστωτικής σύμβασης και το κλείσιμο του αλληλόχρεου λογαριασμού τους, προπάντων όταν οι απαιτήσεις της είναι ασφαλισμένες με εμπράγματα ή προσωπικές ασφάλειες, ο δε πελάτης της βρίσκεται σε άμεση οικονομική εξάρτηση απ' αυτή και δεν οφείλει σε τρίτους, αφού τότε οι παραπάνω ενέργειές της προσλαμβάνουν καταχρηστικό χαρακτήρα».

μέρει ή εν όλω λύση της σύμβασης, η οποία ωστόσο πρέπει να αντιμετωπίζεται ως *ultima ratio*¹²⁰. Η αναπροσαρμογή επιδιώκοντας την αποκατάσταση της αρχικής συναρέσασας στα μέρη ισορροπίας της σύμβασης¹²¹ παρέχει ένα ευρύ μεταρρυθμιστικό πλαίσιο στο δικαστή. Συνηθέστερα στην πράξη η αναγωγή της παροχής στο προσήκον μέτρο επιτυγχάνεται με τη μείωση της παροχής του οφειλέτη, την αύξηση της αντιπαροχής του δανειστή ή τον συνδυασμό μειώσεως και αυξήσεως των εκατέρωθεν παροχών. Υπάρχει ωστόσο και πλειάδα άλλων ειδικότερων μεταρρυθμίσεων στην φαρέτρα του δικαστή, όπως η καταβολή της παροχής σε δόσεις, ο καθορισμός νέας προθεσμίας για την εκπλήρωση της παροχής, η κατανομή του οικονομικού βάρους από την μεταβολή του δικαιπρακτικού θεμελίου κατ' ίσα μέρη στους συμβαλλομένους κ.λπ, ανάλογα με το τι θεωρείται *in concreto* πρόσφορο για την εκπλήρωση του συμβατικού σκοπού και του σκοπού της διάταξης¹²², στο πλαίσιο της αρχής της αναλογικότητας. Φυσικά η εξουσία του δικαστή δεν πρέπει να εξικνείται μέχρι του σημείου να μεταβάλλεται η ουσία ή το είδος της σύμβασης, προκύπτει αυτό άλλωστε ρητώς και από το γράμμα του ΑΚ 388 που αναφέρεται σε *αναγωγή της παροχής* στο προσήκον μέτρο. Γενικά, ο δικαστής οφείλει να είναι όσο το δυνατό λιγότερο επεμβατικός στη σύμβαση και ό,τι μπορεί να περισωθεί από το περιεχόμενο της σύμβασης, πρέπει να διατηρείται¹²³. Τέλος, ενόψει της αρχής της διαθέσεως (ΚΠολΔ 106, 559αρ. 9)¹²⁴, η δικαστική διάπλαση οριοθετείται περαιτέρω από το συγκεκριμένο αίτημα του συμβαλλομένου που επικαλείται την προστασία της ΑΚ 388, κι επομένως ο δικαστής δεν μπορεί να επιδικάσει κάτι περισσότερο ή διαφορετικό απ' ό,τι αυτός ζητεί.

4.4. Δικονομικές παρατηρήσεις

Είναι σημαντικό να τονιστεί ότι οι έννομες συνέπειες που περιγράφονται ως άνω δεν επέρχονται *ipso jure* με τη συνδρομή των προϋποθέσεων του ΑΚ 388. Απαιτείται η άσκηση από τον βλαπτόμενο από την ανατροπή του δικαιπρακτικού θεμελίου συμβαλλομένου διαπλαστικής αγωγής, η οποία θα επιφέρει τη διάπλαση της σύμβασης μέσω της δικαστικής

¹²⁰ Για το ότι η αναπροσαρμογή πρέπει να προτιμάται της λύσεως γιατί αποτελεί ηπιότερη μορφή επεμβάσεως βλ. Σακκέτα, ΕρΝομΑΚ, άρθρ. 388, αρ. 60 και Παπανικολάου, *όπ. π.*, 492 για τον επιπλέον λόγο ότι εξυπηρετεί τον οικονομικό σκοπό που επεδίωξαν τα μέρη με τη σύμβαση. Ο Καραμπατζός θεωρεί ότι η αναπροσαρμογή είναι λύση επαχθέστερη για την συμβατική ελευθερία, αφού το νέο περιεχόμενο της σύμβασης θα βασίζεται σε νέα ετερόνομη αξιολόγηση (*όπ. π.*, σε υποσημείωση στην σ.40).

¹²¹ Και όχι την αποκατάσταση της ζημίας.

¹²² Βλ. Σακκέτα, ΕρΝομΑΚ, άρθρο 388, αρ. 60· Σταθόπουλο σε Γεωργιάδη-Σταθόπουλο, άρθρο 388, αρ. 60· Μπαλή, Ενοχικό Δίκαιο, § 88, αρ. 8,· Μπόσδα, Το αμετάβλητον των συνθηκών ως αλάλητος όρος της σύμβασης, ΝοΒ 1971, σ. 156-157.

¹²³ Σταθόπουλος, Γενικό Ενοχικό, § 22, αρ. 33.

¹²⁴ Βλ. Νίκα, Εγχειρίδιο Πολιτικής Δικονομίας (2012), σ.237 επ.

απόφασης, με το περιεχόμενο που εκτέθηκε αμέσως προηγουμένως. Επομένως, το άρθρο ΑΚ 388 είναι ακριβώς μια από αυτές τις «περιπτώσεις που ορίζει ο νόμος» κατά το άρθρο ΚΠολΔ 71 προκειμένου να είναι «επιτρεπτή η μεταβολή ή κατάργηση της έννομης σχέσης» από τον δικαστή. Τα αποτελέσματα της διάπλασης εκκινούν από το χρόνο άσκησης της διαπλαστικής αγωγής, μπορεί όμως κατά ρητή επιταγή στην δικαστική απόφαση να επέλθουν και αναδρομικά, μόνο σε εξαιρετικές περιπτώσεις.

5. Η σχέση της ΑΚ 388 προς την ΑΚ 288

5.1. Εφαρμογή της ΑΚ 288 σε περιπτώσεις όπου δεν συντρέχουν οι προϋποθέσεις του ειδικού πραγματικού της ΑΚ 388

Σχετικά με την ΑΚ 288, αρχικά πρέπει να παρατηρηθεί ότι ο νομοθετικός λόγος της διάταξης συναρτάται με την γενική ρήτρα της καλής πίστης, όπου, όμως, αυτή τη φορά θεσπίζεται μια *clausula generalis* για την τήρηση της καλής πίστης σε κάθε έννομη σχέση. Σύμφωνα με την κατά λέξη διατύπωσή της «ο οφειλέτης έχει την υποχρέωση να εκπληρώσει την παροχή όπως ορίζει η καλή πίστη, αφού ληφθούν υπόψη και τα συναλλακτικά ήθη». Ενδεικτική της σημασίας της διάταξης είναι και η θέση της αμέσως μετά τον ορισμό της έννοιας της παροχής, συστηματικά δε τοποθετείται στο δεύτερο βιβλίο του Αστικού Κώδικα, που είναι αφιερωμένο στο Ενοχικό Δίκαιο.

Πριν προχωρήσουμε στον εννοιολογικό προσδιορισμό και τη λειτουργία της καλής πίστης στην εκπλήρωση της συμβατικής παροχής, αλλά και στη σχέση αυτής με τη διάταξη του άρθρου ΑΚ 388, είναι απαραίτητο να προβούμε σε μια βασική διάκριση της έννοιας. Η καλή πίστη είναι έννοια με μεγάλο πλάτος, και γίνεται δεκτό ότι διακρίνουμε μεταξύ της *αντικειμενικής και της υποκειμενικής καλής πίστης*. Υποκειμενική καλή πίστη είναι μια *ιδιότητα*¹²⁵ του πράττοντος, μια ενδιάθετη ψυχική κατάσταση του ανθρώπου¹²⁶ και λέμε ότι όταν και επειδή ο κοινωνός του δικαίου *τελεί* σε καλή πίστη, τυγχάνει μιας ευμενέστερης μεταχείρισης από την έννομη τάξη. Χαρακτηριστικά παραδείγματα υποκειμενικής καλής πίστης στον ΑΚ είναι τα άρθρα 1036 και 1042. Αντιθέτως, αντικειμενική, ή άλλως, κατά τον χαρακτηρισμό που έχει αποδώσει σ' αυτή ο Μπαλής και που μας ενδιαφέρει στο πλαίσιο της παρούσας, συναλλακτική καλή πίστη, αποτελεί το *κριτήριο* βάσει του οποίου αξιολογείται η

¹²⁵ Αξίζει να προσεχθεί η επιλογή των λέξεων για καθμία έννοια της καλής πίστης.

¹²⁶ Κουμάντος, Η υποκειμενική καλή πίστη, (1958), *passim*, ειδικώς σ. 43.

κατά την εκπλήρωση της παροχής η συμπεριφορά του οφειλέτη είναι δε απολύτως αντικειμενικό κριτήριο, ήτοι ξένο από κάθε ψυχολογική κατάσταση, γνώση ή πρόθεση του πράττοντος. Ο οφειλέτης υποχρεούται να ενεργεί σύμφωνα με την καλή πίστη, σε περίπτωση δε μη συμμόρφωσης η συμπεριφορά του είναι αντισυμβατική και, επομένως, παράνομη. Καθίσταται, επομένως, φανερό από τα όσα ήδη λέχθηκαν ότι μόνο η καλή πίστη με την δεύτερη σημασία, δηλαδή η αντικειμενική καλή πίστη, αποτελεί αληθή κανόνα δικαίου¹²⁷. Παραδείγματα διατάξεων που θεσπίζουν την καλή πίστη ως γενική ρήτρα είναι τα άρθρα ΑΚ 200, 281, 288, 388, 197, 659, 706 κ.λπ. Η διατύπωσή τους ως γενικές ρήτρες και όχι ως πλήρως διαμορφωμένου κανόνα δικαίου, έχει ως αποτέλεσμα ότι δημιουργούν εκούσιο κενό και, επομένως, ο δικαστής, προκειμένου να τις εφαρμόσει, οφείλει να διαμορφώνει κάθε εκάστοτε κανόνα δικαίου που θα διέπει την υπό κρίση σχέση.

Η καλή πίστη του ΑΚ 288 περιέχει μια αυτοτελή νομοθετική επιταγή, η οποία επιβάλλει στον οφειλέτη της παροχής να παρέχει ό,τι και κατά τον τρόπο που ορίζει η συναλλακτική καλή πίστη, συμβάλλοντας έτσι στη διεύρυνση της ενοχής και τη δημιουργία προσθέτων ή παρεπόμενων υποχρεώσεων.

Αναφορικά με τη σχέση των άρθρων ΑΚ 288 και 388 πρέπει αρχικά να λεχθεί ότι, όπως έχει ήδη αναφερθεί και σε προηγούμενο σημείο της παρούσας, η δεύτερη αποτελεί πραγματικό συγκεκριμενοποίησης της καλής πίστης στις αμφοτεροβαρείς συμβάσεις. Δεδομένου ότι η ΑΚ 388 είναι δίκαιο ειδικό εν σχέση με την ΑΚ 288, δεν αμφισβητείται ότι σε περίπτωση ανατροπής του δικαιοπρακτικού θεμελίου της σύμβασης θα πρέπει να δοθεί προτεραιότητα στην εφαρμογή αυτής, αν συντρέχουν όλες οι προϋποθέσεις εφαρμογής της, όπως αυτές αναλύθηκαν ανωτέρω. Το πρόβλημα, όμως, που έχει ανακύψει απασχολώντας τόσο τη θεωρία όσο και τη νομολογία, είναι κατά πόσο είναι μεθοδολογικά θεμιτή η προσφυγή πίσω στη γενική ρήτρα, όταν κάποιο από τα στοιχεία του πραγματικού του ειδικού κανόνα δικαίου ελλείπει στην κρινόμενη ατομική περίπτωση. Εν προκειμένω ερωτάται, δηλαδή, αν είναι δυνατή η αναπροσαρμογή των συμβατικών όρων δυνάμει της ΑΚ 288, λόγω ανατροπής του δικαιοπρακτικού θεμελίου, με εφαρμογή ουσιαστικά των εννόμων συνεπειών της ΑΚ 388, σε περιπτώσεις όμως που δεν συντρέχουν οι εξαιρετικές προϋποθέσεις της τελευταίας. Το ερώτημα αυτό έχει αναδειχθεί κυρίως όταν ελλείπει η προϋπόθεση του έκτακτου και απρόβλεπτου χαρακτήρα της ανατροπής του δικαιοπρακτικού θεμελίου, καθώς και όταν αυτή

¹²⁷ Παπαντωνίου, Η καλή πίστις εις το Αστικόν Δίκαιον (1957), σ. 69.

η ανατροπή δεν κατέστησε την παροχή του οφειλέτη «υπέρμετρα επαχθή», όπως απαιτεί η αυστηρή διάταξη του ΑΚ 388.

Το προπεριγραφέν ερώτημα οφείλει κατά τον Παπανικολάου να ιδωθεί από τη σκοπιά της λογικής-συστηματικής ερμηνείας¹²⁸. Πράγματι, αν λάβουμε υπόψη ότι η ΑΚ 388 περιέχει μια ρύθμιση ειδικότερη της ΑΚ 288 και, επομένως, ότι σύμφωνα με την αρχή *lex specialis derogat lege generali*, καθώς επίσης και ότι, με κριτήριο τη λογική ενότητα που εμφανίζει το σύστημα του ΑΚ, οφείλουμε να μην ειρηνεύουμε μια διάταξη κατά τρόπο ο οποίος να μην οδηγεί λογικά στην πλήρη αχρήστευση μιας άλλης διατάξεως (αφού ο νομοθέτης δεν θα έθετε ποτέ μια διάταξη άσκοπη, η οποία, δηλαδή, δεν θα μπορούσε ποτέ να εφαρμοσθεί) είναι επιβεβλημένο να δοθεί αρνητική απάντηση στο ανωτέρω τεθειμένο ερώτημα. Διότι η αντίθετη ερμηνευτική εκδοχή θα οδηγήσει σε παράκαμψη της ειδικής νομοθετικής αξιολόγησης που εκφράζεται στην ειδική διάταξη της ΑΚ 388 – όπου ο σκοπός του νομοθέτη είναι να θέσει αυστηρές προϋποθέσεις για την κατ' εξαίρεση κατάλυση της αρχής *pacta sunt servanda* – με κίνδυνο η τελευταία να περιπέσει σε αχρησία, αντίθετα στη βούληση του νομοθέτη και την έννοια και λειτουργία του νομικού συστήματος. Σε αυτές τις περιπτώσεις, έδαφος για καταφυγή πίσω στη γενική ρήτρα υπάρχει μόνο όταν δεν συντρέχει μεν κάποια προϋπόθεση της ειδικής διατάξεως, υπάρχει, όμως, κάποιο άλλο πρόσθετο στοιχείο το οποίο να μπορεί, κατά το σκοπό της γενικής ρήτρας, να αναπληρώνει το ελλείπον στοιχείο του ειδικού πραγματικού¹²⁹. Για παράδειγμα, όταν επί μεταβολής του αντικειμενικού δικαιοπρακτικού θεμελίου μιας σύμβασης δεν συντρέχει μεν το στοιχείο του απροβλέπτου και άρα δεν μπορεί να εφαρμοστεί το ΑΚ 388, αλλά στη θέση του συντρέχει το στοιχείο της επαπειλούμενης οικονομικής καταστροφής του οφειλέτη, είναι θεμιτό ο δικαστής να αναπροσαρμόσει την παροχή στο προσήκον μέτρο ή να λύσει την σύμβαση με εφαρμογή αυτή τη φορά της γενικής ρήτρας του ΑΚ 288.

Παρά τα – ως επί το πλείστον – πειστικά επιχειρήματα της ως άνω άποψης που αρνείται την εφαρμογή του άρθρου ΑΚ 288 επί ανατροπής του αντικειμενικού δικαιοπρακτικού θεμελίου της σύμβασης όταν δεν συντρέχουν οι αυστηρές προϋποθέσεις του

¹²⁸ Παπανικολάου, Μεθοδολογία του ιδιωτικού δικαίου και ερμηνεία των δικαιοπραξιών (2000), σ.158.

¹²⁹ Μόνο δηλαδή όταν κρίνεται τελολογικά επιβεβλημένο από την *in concreto* εξέταση μιας περίπτωσης. Βλ. Κοτρώνη, *Singularia non sunt extendenda...*, Αρμενόπουλος 2008, σ. 28· Καραμπατζός, Η αναπροσαρμογή των συμβατικών παροχών, τιμητικός τόμος Δωρή (2015), Τ Ι σ. 333· Παπανικολάου, Μεθοδολογία του ιδιωτικού δικαίου και ερμηνεία των δικαιοπραξιών (2000), σ. 160· Κουμάνης, Η αναπροσαρμογή των συμβατικών όρων στις επαγγελματικές μισθώσεις κατά τις ΑΚ 388 και 288, λόγω ανατροπής του δικαιοπρακτικού θεμελίου, Αρμενόπουλος 2006, σ. 1871·

άρθρου ΑΚ 388, η κρατούσα θέση στη νομολογία¹³⁰ και στη θεωρία¹³¹, υποστηρίζει το αντίθετο. Μάλιστα, η νομολογία έχει προχωρήσει έτι περαιτέρω στη θέση εκποδών της ΑΚ 388 ως της κύριας *sedes materiae* για την ανατροπή του αντικειμενικού δικαιοπρακτικού θεμελίου, με την αντιμετώπιση της ΑΚ 288 ως του κατεξοχήν αρμόδιου για την αντιμετώπιση του πραγματικού της δυσχέρειας εκπλήρωσης κανόνα δικαίου¹³². Κύριο επιχείρημα των δικαστηρίων είναι αυτό της λειτουργίας της ΑΚ 288 ως διορθωτικής των δικαιοπρακτικών βουλήσεων ρήτρας. Υπό αυτή τη λειτουργία της, σε περιπτώσεις που λόγω συνδρομής ειδικών συνθηκών μεταβλήθηκαν οι αρχικώς καθορισθέντες όροι εκπλήρωσης, η ΑΚ 288 παρέχει στο δικαστή τη δυνατότητα, βάσει αντικειμενικών κριτηρίων που αντλούνται από την έννομη τάξη και τις κρατούσες συναλλακτικές αντιλήψεις, να τροποποιήσει την εκπληρωτέα παροχή, περιστέλλοντας ή επεκτείνοντας το μέγεθός της, ώστε αυτή να ανταποκρίνεται στις απαιτήσεις της συναλλακτικής καλής πίστης κατά το χρόνο της εκπλήρωσής της¹³³. Έτσι λοιπόν, κατά τη νομολογία του Ακυρωτικού όσο και δικαστηρίων της ουσίας, η διορθωτική λειτουργία του ΑΚ 288 εφαρμόζεται και επί προβλεφθείσης μεταβολής των συνθηκών¹³⁴ ή όταν η μη πρόβλεψη ανάγεται σε υπαιτιότητα του οφειλέτη¹³⁵, όπως, επίσης, και σε περιπτώσεις που δεν συντρέχει ο κομβικής σημασίας όρος της υπέρμετρης επάχθειας, και, επομένως, δεν υφίσταται η υπέρμετρη δυσαναλογία παροχής και αντιπαροχής, ο οποίος όρος δικαιολογεί την κάμψη του κανόνα της δεσμευτικότητας των συμβάσεων¹³⁶.

¹³⁰ ΑΠ 1088/2017, ΝΟΜΟΣ· ΑΠ 1271/2012, ΕπισκΕμπΔ 2012, 939· ΜονΠρΒολ 49/2011, ΝΟΜΟΣ· ΜονΠρΑθ 2061/2013, ΝΟΜΟΣ· ΜονΠρ Σπάρ 12/2013, ΝοΒ 2013, 2159.

¹³¹ Σταθόπουλος, Γενικό Ενοχικό Δίκαιο (2004), §5, αρ.55· Απ. Γεωργιάδης, Ενοχικό Δίκαιο, Γενικό Μέρος (1999), § 33, αρ. 8· Αστ. Γεωργιάδης Ενοχικό Δίκαιο, 13· ΑΠ 1665/1990, ΕΕΝ 58, 717· ΑΠ 481/1990, ΝοΒ 39, 921.

¹³² Την απαρχή προς την παγίωση αυτής της νομολογίας έκανε η ΑΠ 927/1982, ΝοΒ 1983, 214.

¹³³ Βλ. ΑΠ 927/1982, ΝοΒ 1983, 214· ΑΠ 2045/2006, ΝοΒ 2007, 1554.

¹³⁴ Ωστόσο, κατά τον Καραμπατζό ο Άρειος Πάγος ακόμη και όταν εφαρμόζει την ΑΚ 288 δεν παραγκωνίζει, την προϋπόθεση του απροβλέπτου, δεδομένου ότι κάνοντας λόγο η απόφαση για ανάγκη «*υπερβάσεως του, βάσει της γενόμενης προβλέψεως, αναληφθέντος κινδύνου ζημίας*», σημαίνει ότι ο κίνδυνος προβλέφθηκε μεν αλλά η έκταση και οι συνέπειές του ξεπέρασαν ουσιωδώς την αρχική πρόβλεψη. Βλ. Καραμπατζό, Οικονομική κρίση και αναπροσαρμογή των συμβατικών παροχών, ΧρΙΔ 2013, 92.

¹³⁵ Βλ. την αγόρευση του εισαγγελέως του ΑΠ Κ. Φαφούτη επί της ΑΠ 927/1982 «*ουδαμόθεν όμως προκύπτει ότι ίνα τύχη εφαρμογής η άνω διάταξις επί επελθούσης ουσιώδους μεταβολής των συνθηκών και μη προβλέψεως της μεταβολής ταύτης υπό των συμβαλλομένων, απαιτείται πλέον άνω βασικών στοιχείων (καλή πίστις – συναλλακτικά ήθη) και όπως η μη πρόβλεψις της μεταβολής ταύτης είναι ανυπαίτιος [...]. Μάλιστα δέον να αποσαφηνισθή ότι το απρόβλεπτον της μεταβολής των συνθηκών αποτελεί μίαν των προϋποθέσεων εφαρμογής του άρθ. 388, ουχί δε και του άρθ. 288, όπερ ως ελέχθη είναι εφαρμοστέον όταν δεν συντρέχουν οι όροι του άρθ. 388.*», ΝοΒ 1983, 214 215. (η υπογράμμιση δική μου).

¹³⁶ ΑΠ 716/1992, ΕΕΝ 1993, 542.

Η πολύ εύστοχη κριτική που έχει ασκηθεί στην εν λόγω θέση της νομολογίας είναι ότι καταφεύγει στην ΑΚ 288 διότι «δεν φαίνεται να έχει συνειδητοποιήσει ότι η αρχή της καλής πίστης είναι ριζωμένη στο σύστημα των κριτηρίων του ειδικού κανόνα της ΑΚ 388»¹³⁷.

Πράγματι, κατά την άποψη αυτή δεν μένει παρά τα δικαστήρια να φωτίσουν την έκταση εφαρμογής της ΑΚ 388 από τις αντλούμενες από την αρχή της καλής πίστης αξιολογήσεις, πράγμα το οποίο οφείλει, άλλωστε, να κάνει δεδομένου ότι η διάταξη συνιστά εξειδίκευση της ρήτηρας της καλής πίστης, για να διαπιστώσει ότι δεν είναι δυνατό τα κελεύσματα της καλής πίστης του εξειδικεύεται στο ΑΚ 388 να επιθυμούν κάτι αντίθετο με αυτά της γενικής ρήτηρας της καλής πίστης του ΑΚ 288. Με το να καταφάσκει, δηλαδή, προστασία σε έναν συμβαλλόμενο ο οποίος προέβλεψε την μεταβολή των συνθηκών, επί των οποίων στήριξαν τη σύμβασή τους τα μέρη, αλλά δεν φρόντισε να συμπεριληφθούν σ' αυτή όροι και μέτρα για την αντιμετώπιση των αναμενόμενων συνθηκών, προβαίνουμε σε εσφαλμένη ερμηνεία της καλής πίστης. Επιπλέον, η συναγωγή από την αρχή της καλής πίστης του κανόνα ότι το πταίσμα ενός συμβαλλομένου ως προς τη μη πρόβλεψη της μεταβολής (ο οποίος μπορεί να χαρακτηριστεί και *κακόπιστος*) δεν εμποδίζει την προστασία αυτού από την αρχή της καλής πίστης, είναι εσφαλμένη. Άλλωστε, η ΑΚ 288 δεν μπορεί να οδηγεί σε αξιολογήσεις διαφορετικές από αυτή που αποτυπώνονται στην ΑΚ 388, ότι δηλαδή η αναπροσαρμογή της σύμβασης χωρεί μόνο επί σοβαρών συμβατικών ανατροπών, επιτρέποντας αυτή και επί απλών μεταβολών των προγραμματισμένων συμβατικών ισορροπιών, σε ένα πλαίσιο, μάλιστα, όπου η αρχή *pacta sunt servanda* έχει θεμελιώδη σημασία. Είναι προφανές, λοιπόν, ότι με την επίκληση της γενικής ρήτηρας παρέχεται εν τέλει προστασία που η ίδια η αρχή της καλής πίστης δεν θα επέτρεπε να παρασχεθεί¹³⁸.

Τέλος, υπάρχει και ενδιάμεση άποψη, η οποία έχει ως βάση την παραδοχή ότι οι αρχές που εγκολπώνονται στις διατάξεις των άρθρων ΑΚ 288 και 388 πηγάζουν και εξειδικεύονται από την αρχή της συναλλακτικής καλής πίστης και, άρα, δεν δικαιολογείται να οδηγούν σε διαφορετικό πρακτικό αποτέλεσμα¹³⁹. Η άποψη αυτή υποστηρίζει αφενός ότι τα δικαστήρια δεν πρέπει να εξαντλούν την αυστηρότητά τους όταν εξειδικεύουν το άρθρο ΑΚ 388 και αφετέρου ότι δεν θα πρέπει να γίνεται ακραία επίκληση του ΑΚ 288. Υποστηρίζεται έτσι, ότι

¹³⁷ *Λιάπης*, Η οικονομική κρίση και το δίκαιο των συμβάσεων, ΔΕΕ 2011, σ. 16 επ.

¹³⁸ *Λιάπης*, *όπ. π.*, σ. 17 επ.

¹³⁹ Βλ. *Λιάπη*, Η οικονομική κρίση και το δίκαιο των συμβάσεων, ΔΕΕ, 2011, 11, αλλά και Καραμπατζό, Οικονομική κρίση και αναπροσαρμογή των συμβατικών παροχών (Παρατηρ. υπό την ΜΠρΚαλαμ 34/2011), ΝοΒ 2011, 2317· *Δέλλιος*, Εκκρεμείς τραπεζικές πιστωτικές συμβάσεις σε περιόδους οικονομικής κρίσης, ΧρΙΔ 2012, 246.

το ειδικό πεδίο εφαρμογής του ΑΚ 388 θα πρέπει να εντάσσεται με όσο το δυνατό μεγαλύτερη συνέπεια στο αξιολογικό πεδίο του ΑΚ 288, το οποίο είναι ευρύτερο. Ο Καραμπατζός, συγκεκριμένα, κάνει λόγο για «εναρμονιστική προσέγγιση της σχέσεως μεταξύ ΑΚ 388 και 288, η οποία κατατείνει στην άρση των όποιων μεταξύ τους λανθανουσών συγκρούσεων»¹⁴⁰.

5.2. Περιπτώσεις αυτοτελούς εφαρμογής της ΑΚ 288

Η γενική αρχή της καλής πίστης εφαρμόζεται αυτοτελώς στις περιπτώσεις εκείνες όπου προϋποτίθεται ότι έχει διαπιστωθεί ένα νομοθετικό κενό, το οποίο πρέπει να πληρωθεί, όπως στις περιπτώσεις που ακολουθούν.

5.2.1 Επί ετεροβαρών συμβάσεων

Οι ετεροβαρείς συμβάσεις, οι μονομερείς δικαιοπραξίες και οι ενοχές εκ του νόμου, είναι περιπτώσεις οι οποίες, όπως αναδείχθηκε ανωτέρω, δεν εμπίπτουν στο προστατευτικό πεδίο του άρθρου ΑΚ 388. Σε αυτές τις περιπτώσεις, αν εμφιλοχωρήσει απρόοπτη μεταβολή των συνθηκών, συνεπεία της οποίας επέλθει υπέρμετρη επάχθεια, προκειμένου να κριθεί η εκπλήρωση της παροχής του οφειλέτη χρήζει ευθείας εφαρμογής η ΑΚ 288.

Η νομολογία των προηγούμενων ετών, αρνούνταν μεν την εφαρμογή της διάταξης ΑΚ 388 σε περιπτώσεις δανειακών συμβάσεων, με την αιτιολογία ότι – όπως το δάνειο ρυθμίζεται στον ΑΚ (806 επ.) είναι ετεροβαρής σύμβαση. Ωστόσο, η πιο πρόσφατη νομολογία των τελευταίων δεκαετιών, όταν αναγνώριζε την ανάγκη της διορθωτικής ετερόνομης επέμβασης στο συμβατικό δεσμό, ο οποίοςς λόγω απρόβλεπτων συνθηκών είχε διαταραχθεί και γεννούσε ιδιαίτερα δυσμενείς υποχρεώσεις για τον δανειολήπτη, έθετε σε εφαρμογή την ΑΚ 288, προκειμένου να επιβάλλει στην Τράπεζα αυξημένες υποχρεώσεις πρόνοιας και προστασίας του δανειολήπτη που λόγω απρόοπτης μεταβολής των συνθηκών έχει περιέλθει σε δυσχέρεια εκπλήρωσης των υποχρεώσεών του¹⁴¹ (αυτό που ο Καραμπατζός αποκαλεί «συνεργατικό καθήκον» των μερών της δανειακής σύμβασης¹⁴²).

¹⁴⁰ Οικονομική κρίση και αναπροσαρμογή των συμβατικών παροχών (Παρατηρ. υπό την ΜΠρΚαλαμ 34/2011), ΝοΒ 2011, 2317.

¹⁴¹ ΕφΑΘ 5025/1990, ΝοΒ 1991, 79· ΠρΑΘ 2087/2004, ΝοΒ 2005/1463.

¹⁴² Απρόοπτη μεταβολή των συνθηκών στην αμοτεροβαρή σύμβαση (2006), αρ. 640-643.

5.2.2. Επί αρχικής ελλείψεως του δικαιοπρακτικού θεμελίου

Όπως αναδείχθηκε και σε προηγούμενο σημείο της παρούσας η διάταξη του άρθρου ΑΚ 288 εφαρμόζεται στις περιπτώσεις της αρχικής (εν αντιθέση με την επιγενόμενη που απαιτεί το άρθρο ΑΚ 388) ελλείψεως του δικαιοπρακτικού θεμελίου. Το άρθρο ΑΚ 288 εφαρμόζεται και σε αμοτεροβαρή σύμβαση, δηλαδή στην περίπτωση της αμφιμερούς υποκειμενικής πλάνης περί τα παραγωγικά αίτια της βουλήσεως, η οποία οδήγησε εσφαλμένα σε μία προφανή δυσαναλογία παροχής – αντιπαροχής για τα μέρη.

6. Επίλογος

Πρόσφατα εκδόθηκε η απόφαση 911/2018 από το Εφετείο Αθηνών, σκέψεις της οποίας θα αποτελέσουν – κατά τη γνώμη μου – σταθμό για τα νομικά πράγματα της χώρας. Η απόφαση εξαφάνισε την 334/2016 απόφαση του Πολυμελούς Πρωτοδικείου Αθηνών, που εκδόθηκε επί συλλογικής αγωγής καταναλωτών για τα δάνεια σε ελβετικό φράγκο. Παρά το γεγονός ότι αφορά σε συλλογική αγωγή, το δικαστήριο προέβη σε σκέψεις ουσίας ως προς την εφαρμογή των άρθρων ΑΚ 288 και 388, τα οποία είχαν προβάλει οι ενάγοντες ως νομικές βάσεις για την θεμελίωση της συνδρομής των προϋποθέσεων για την υποχώρηση της αρχής *pacta sunt servanda*. Οι σκέψεις της απόφασης που αφορούν στην ερμηνεία των εν λόγω άρθρων είναι ιδιαίτερες σημαντικές και πιστεύω ότι θα απασχολήσουν πολύ τις νομικές πένες της χώρας στο μέλλον, ακριβώς για το λόγο ότι μετατοπίζουν την οπτική γωνία από την οποία εθεάτο το ζήτημα των δανείων σε ελβετικό φράγκο (και της αναπροσαρμογής των συμβάσεων επί τη βάση των άρθρων ΑΚ 288 και 388), και, κατά τούτο, είναι μια απόφαση ρηξικέλευθη, η οποία διαφοροποιείται από την προηγούμενη νομολογία, ακόμη και των ανώτατων δικαστηρίων των ευρωπαϊκών χωρών και του ΔΕΕ, που αφορά σε αγωγές δανειοληπτών σε ελβετικό φράγκο.

Πολύ σημαντικές – κατά την γνώμη μου – σκέψεις του Εφετείου είναι εκείνες που διατυπώνονται με αφορμή το επίπεδο αναπροσαρμογή των προβληματικών συμβατικών όρων: «...καταρχήν κανόνας είναι (και πρέπει να είναι) η ασφάλεια, η σταθερότητα και η συνέχεια των συναλλαγών, που ενισχύουν την κοινωνική ειρήνη, την οικονομική ανάπτυξη και την ευημερία. Αυτές οι αξίες μπορούν να εξυπηρετηθούν μόνο μέσω της αναγνώρισης ως απόλυτου κανόνα της αρχής του αμετάβλητου των συμβατικών υποχρεώσεων και της τήρησης των συμφωνηθέντων. Η προσφυγή σε διατάξεις, που εισάγουν εξαίρεση στον κανόνα αυτό, πρέπει να γίνεται με ιδιαίτερη σύνεση και φειδώ. Μια θεώρηση, που καθιστά τη μεταβολή των συνθηκών και τη συνακόλουθη

διατάραξη της συμβατικής ισορροπίας λόγω αναπροσαρμογής της σύμβασης, παραβλέπει το γεγονός ότι γενικά μεταβολές είναι συχνότατες και τελικά σύμφυτες με την ίδια την εξέλιξη της πολιτικής, οικονομικής, νομικής και κοινωνικής ζωής ενός κράτους και δημιουργεί απόλυτο ρήγμα στην αρχή του *pacta sunt servanda*. Ειδικά στην περίπτωση των δανείων σε ελβετικό φράγκο, το άρθρο 288 ΑΚ, δεν πρέπει δογματικά να αναχθεί σε μια εύκολη λύση διάσπασης της συμβατικής σταθερότητας και δεσμευτικότητας, αλλά η εφαρμογή του μπορεί να καταφάσκειται, ως **ultimum remedium**, διόρθωσης της σύμβασης και αναπροσαρμογής των υποχρεώσεων μόνο σε εξαιρετικές περιπτώσεις, που πρέπει να κρίνονται *in concreto*, και δη όταν είναι όλως έντονη η απειλή οικονομικής καταστροφής για τον δανειολήπτη, στις οποίες και πάλι το όρθρο 288 ΑΚ θα μπορούσε να λειτουργήσει ως ένας μηχανισμός ανακούφισης, μέσω της επιλογής από το δικαστήριο μιας διόρθωσης της σύμβασης π.χ. διά της επιμήκυνσης του χρόνου αποπληρωμής ή της αναστολής για ένα χρονικό διάστημα της υποχρέωσης καταβολής δόσεων και πάντως όχι με την αιτουμένη από τις ενάγουσες - εκκαλουσες διόρθωση – αναπροσαρμογή. Η επιβάρυνση των δανειοληπτών και ο επαχθής έστω χαρακτήρας της οφειλής τους, που προέκυψε μεταγενέστερα, δεν μπορεί να αποτελέσει το αποφασιστικό κριτήριο ώστε να νοηθεί ως επιβαλλόμενη από την καλή πίστη διορθωτική επέμβαση του δικαστηρίου, βάσει της ΑΚ 283, για την αναπροσαρμογή της αντιπαροχής τους με βάση την συναλλαγματική ισοτιμία του χρόνου εκταμίευσης του δανείου, όπως αιτούνται οι ενάγουσες, ήτοι την πλήρη απαλλαγή τους από τον συναλλαγματικό κίνδυνο.».

Κατά τη γνώμη μου οι σκέψεις του Εφετείου διέπονται από συνεπή νομική θεμελίωση και νηφαλιότητα και, συνεπώς, ήταν απαραίτητες στο νομικό κόσμο της χώρας και για την αποκατάσταση των υπερβολών που – ίσως – σημειώθηκαν τα τελευταία χρόνια της κρίσης κατά την εφαρμογή των άρθρων ΑΚ 288 (κυρίως) και 388, υπό την έννοια μιας, ενδεχομένως, μονομέρειας της δικανικής κρίσης των τελευταίων ετών προς την κατεύθυνση της προστασίας του αδύναμου συναλλασσόμενου. Από την άλλη, ύστερα από όλα τα αναγνώσματα που προηγήθηκαν για τη συγγραφή της παρούσας, έχω τη στέρεη πεποίθηση ότι η διατάξεις των άρθρων ΑΚ 288 και 388 αποτελούν μια εκδήλωση της εμπιστοσύνης του νομοθέτη προς το αισθητήριο δικαιοσύνης του δικαστή, το οποίο αισθητήριο, όταν παρουσιάστηκε η ανάγκη, λειτούργησε με τον τρόπο που το θέλησε ο νομοθέτης: περιχαρακωμένο από το αυστηρό γράμμα του νόμου και διαπνεόμενο από την ανάγκη απονομής δικαιοσύνης που διαισθάνθηκε ο δικαστής. Μένει να δούμε αν οι σκέψεις του Εφετείου Αθηνών θα επικυρωθούν από τον Άρειο Πάγο.

7. Βιβλιογραφία

7.1. Συγγράμματα – Μονογραφίες – Ερμηνευτικά Συγγράμματα

7.1.1. Ελληνική

Αραβαντινός, Εισαγωγή στην επιστήμη του δικαίου, εκδ. Αντ. Σάκκουλα, 1983.

Αριστοτέλης, Ηθικά Νικομάχεια (V. 1137 b, 14).

Βαθρακοκοίλης, Ερμηνεία Νομολογία Αστικού Κώδικα, εκδ. Σάκκουλα, 2003.

Απ. Γεωργιάδης, Γενικές Αρχές Αστικού Δικαίου, εκδ. Π.Ν. Σάκκουλα, 2012.

Απ. Γεωργιάδης, Ενοχικό Δίκαιο Γενικό Μέρος, εκδ. Π.Ν. Σάκκουλα, 1999.

Απ. Γεωργιάδης, Σύμφωνο Προαιρέσεως και Δικαίωμα Προαιρέσεως, Αθήναι 1970.

Αστ. Γεωργιάδης, Ενοχικό Δίκαιο, εκδ. Σάκκουλα ΑΕ, 2011.

Π.Ι. Ζέπος, Ενοχικόν Δίκαιον, Μέρος Α΄ - Γενικόν, έκδοσις Δευτέρα, Εκδοτικός οίκος Ιωαν.

Ν. Ζαχαρόπουλου, Αθήναι 1995.

Καραμπατζός, Η απρόοπτη μεταβολή των συνθηκών στην αμοτεροβαρή σύμβαση, εκδ. Αντ. Σάκκουλα, 2006.

Καράκωστας, Ερμηνεία-Σχόλια-Νομολογία ΑΚ, Νομική Βιβλιοθήκη, 2006.

Κουμάντος, Η υποκειμενική καλή πίστης, εκδ. Γεωργίου Β. Παύλου, Αθήναι 1958.

Λιτζερόπουλος, Η νομολογία ως παράγων διαπλάσεως του ιδιωτικού δικαίου, εκδ. Αντ. Ν. Σάκκουλα, 2000.

Λιτζερόπουλος, Στοιχεία Ενοχικού Δικαίου II, εκδ. Αντ. Ν. Σάκκουλα, 2002.

Μεντής, Άμυνα και ελευθέρωση του υπερχρεωμένου οφειλέτη, Η πορεία προς μια νέα σεισάχθεια στα όρια μεταξύ αστικού δικαίου και νέου πτωχευτικού δικαίου, Δίκαιο και Οικονομία, Π.Ν. Σάκκουλας, 2010.

Μπαλής, Ενοχικόν Δίκαιον, εκδ. Αντ. Ν. Σάκκουλα, 1990.

Νίκας, Εγχειρίδιο Πολιτικής Δικονομίας, εκδ. Σάκκουλα, 2012.

Παπανικολάου, Μεθοδολογία του ιδιωτικού δικαίου και ερμηνεία των δικαιοπραξιών, εκδ. Αντ. Ν. Σάκκουλα, 2000.

Παπαντωνίου, Η καλή πίστις εις το Αστικό Δίκαιον, 1957.

Δ. Παπαστερίου, Δ. Κλαβανίδου, Δίκαιο της Δικαιοπραξίας, εκδ. Σάκκουλα, 2008.

Σακκέτας, Ερμηνεία ΑΚ.

Σταθόπουλος, Γενικό Ενοχικό Δίκαιο, εκδ. Σάκκουλα, 2004.

Κ. Τσάτσος, Το πρόβλημα της ερμηνείας του δικαίου, εκδ. Αντ. Ν. Σάκκουλα, 1978.

Χασάπης, Δάνεια σε ελβετικό φράγκο, Νομική Βιβλιοθήκη, 2016.

ΣΕΑΚ, επιμέλεια Απ. Γεωργιάδης, εκδ. Π.Ν. Σάκκουλα, 2013.

7.1.2. Ξενόγλωσση

Engisch, Εισαγωγή στη νομική σκέψη (7η έκδοση 1977), σε μετάφραση Σπινέλλη, 1999.

Hobbes, Leviathan, XIV, Of the first and second natural laws, and of contracts.

House of Lords, European Union Committee, 12th Report of Session 2008–09, European Contract Law: the Draft Common Frame of Reference, June 2009.

B. S. Markesinis, Hannes Unberath, Angus Johnston, Lord Bingham, Gunter Hirsch, The German Law of Contract, A Comparative Treatise, 2006.

von Bar/Clive/Schulte-Nölke et al., Principles Definitions and Model Rules of European Private Law – Draft Common Frame of Reference (DCFR) – Interim Outline Edition (Munich, 2008).

7.2 Αρθρογραφία

7.2.1. Ελληνική

Δέλλιος, Εκκρεμείς τραπεζικές πιστωτικές συμβάσεις σε περιόδους οικονομικής κρίσης, ΧρΙΔ 2012, 246.

Δωρή, Η δικαστική διάπλαση του περιεχομένου εκκρεμών συμβάσεων σε περιόδους οικονομικής κρίσης, ΧρΙΔ 2012, 245.

Κασίμης, Απρόοπτος μεταβολή των συνθηκών (άρθρο 388 του Αστικού Κώδικος), ΑρχΝ 1952, 150.

Καραμπατζός, Η αναπροσαρμογή των συμβατικών παροχών, τιμητικός τόμος Δωρή, Τ Ι, εκδ. Αντ. Σάκκουλα, 2015.

Καραμπατζός, Οικονομική Κρίση και Αναπροσαρμογή των συμβατικών παροχών, ΧρΙΔ 2013, 92.

Καραμπατζός, Οικονομική κρίση και αναπροσαρμογή των συμβατικών παροχών (Παρατηρ. υπό την ΜΠρΚαλαμ 34/2011), ΝοΒ 2011, 2317.

Καραμπατζός, Η ρύθμιση περί απρόβλεπτης μεταβολής των συνθηκών στο «Σχέδιο ενός Κοινού Πλαισίου Αναφοράς» και η υποχρέωση αναδιαπραγμάτευσης, ΝοΒ 2010, 623.

Κοτρώνης, *Singularia non sunt extendenda* προσέγγιση στην ερμηνεία των κανόνων εξαιρετικού δικαίου στο πλαίσιο του ιδιωτικού δικαίου, Αρμενόπουλος 2008, 3 επ.

Κουμάνης, Η αναπροσαρμογή των συμβατικών όρων στις επαγγελματικές μισθώσεις κατά τις ΑΚ 388 και 288, λόγω ανατροπής του δικαιοπρακτικού θεμελίου, Αρμενόπουλος 2006, 1864.

Λιάπης, Η οικονομική κρίση και το δίκαιο των συμβάσεων, ΔΕΕ 2011, 11.

Μπόσδας, Το αμετάβλητον των συνθηκών ως αλάλητος όρος της σύμβασης, ΝοΒ 1971, 150.

Παπανικολάου, Το μέτρο της επάχθειας της παροχής και η έκταση της διορθωτικής επεμβάσεως του δικαστή στη σύμβαση κατ' ΑΚ 388, Αφιέρωμα στον Γαζή, 1994, 477.

Σπυριδάκης, Σχόλιο επί της ΟΛΑΠ 5/1990, ΝοΒ 1990, 1320-1321.

Σπυριδάκης, Απρόοπτη μεταβολή συνθηκών κατά τη διάρκεια της υπερημερίας του οφειλέτη, ΝοΒ 1978, 1016.

Ραγομανίκης, Έννομες συνέπειες και πεδίο εφαρμογής του άρθρου 388 Αστ. Κώδικα, ΕΕΝ 1978, 625.

7.2.2. Ξενόγλωσση

Rowan, The new French law of contract, LSE Research Online, http://eprints.lse.ac.uk/75815/1/Rowan_New%20French%20law_2017.pdf.

Westermann, Η επιείκεια κατά τον Αριστοτέλη σε περιόδους οικονομικής κρίσης, ΧρΙΔ 2017, 401.

7.3. Νομολογία

ΕφΑΘ 911/2018

ΑΠ 1088/2017, ΝΟΜΟΣ

ΕφΘεσσαλ 2613/2017, ΝΟΜΟΣ

ΕφΘρακ 21/2017, ΝΟΜΟΣ

ΠολΠρΛαμ 7/2017, ΝΟΜΟΣ

ΠολΠρΛαμ 28/2017, ΝΟΜΟΣ

ΠολΠρΛαμ 50/2017, ΝΟΜΟΣ

ΠολΠρΞάν 20/2017, ΝΟΜΟΣ

ΠολΠρΑθ 334/2016, ΕΕμπΔ 2016, 410

ΕφΠειρ (Ναυτ) 379/2015, ΝΟΜΟΣ

ΟλΣτΕ 1116/2014, Αρμενόπουλος 2014, 815

ΕφΛαρ 172/2014, Δικογραφία 2015, 175

ΜονΠρΑθ 1863/2014,ΕφΑΔ 2015, 130

ΜονΠρΘεσσαλ 1180/2014, ΝΟΜΟΣ

ΜονΠρΑθ 2061/2013, Αρμενόπουλος 67, 1237

ΜονΠρΣπάρ 12/2013, ΝοΒ 2013, 2159

ΑΠ 1271/2012, ΕπισκΕμπΔ 2012, 939

ΜονΠρΑθ 1533/2012 ΕφΑΔ 2013, 638

ΑΠ1252/2011, ΧρΙΔ 2012, 663

ΜονΠρΛαμ 277/2011, ΑρχΝ 2012, 166

ΜονΠρΒολ 49/2011, ΝΟΜΟΣ

ΜονΠρΑΘ 2192/2010, Αρμενόπουλος 67, 1824

ΑΠ 2045/2006, ΝοΒ 2007, 1554

ΠρΑθ 2087/2004, ΝοΒ2005, 1463

ΜΠρΘεσσαλ. 17392/2002, Αρμενόπουλος 2003, 637

ΜονΠρΚαβ 20/2001, Αρμενόπουλος 2002, 1481

ΑΠ 382/1997, ΝοΒ 1998, 513

ΕφΑθ 6858/1997, ΝοΒ 1978, 1071

ΕφΑθ 12241/1995, ΝΟΜΟΣ

ΕφΘεσ 534/1995, ΝΟΜΟΣ

ΑΠ 716/1992, ΕΕΝ 1993, 542

ΑΠ 1537/1001, Δ/νη 1993, 318

ΑΠ 1665/1990, ΕΕΝ 58, 717

ΑΠ 1138/1990, ΕΕΝ/1991, 445

ΑΠ 481/1990, ΝοΒ 39, 921

ΑΠ (Ολ.) 5/1990, ΝοΒ 1990, 1318

ΕφΑθ 5025/1990, ΝοΒ 1991, 79

ΜονΠρΘεσσαλ. 929/1990, Αρμενόπουλος 1990, 943

ΑΠ 1537/1991, Δ/νη 1993, 318

ΑΠ 798/1989, ΕλλΔνη 1990, 1249

ΑΠ 1733/1986, ΝοΒ 1057, 1057

ΑΠ 1252/1986, ΕΕΝ 1987, 448

ΑΠ 16/1983, ΝοΒ 1983, 1368

ΟΛΑΠ 927/1982, ΝοΒ 1983, 214

ΑΠ 109/1982, ΝοΒ 1982, 1257

ΕφΑθ 9781/1982 ΝοΒ 1983, 375

ΕφΑθ 3260/1982, Αρμ. 1983, 477

ΑΠ 1479/1981, ΝοΒ 1983, 823

ΕφΑθ 1666/1981, ΕλλΔνη 1981, 245

ΕφΠειρ 486/1981 ΑρχΝομ 34, 198

ΕφΘεσσαλ 1680/1980, Αρμενόπουλος 1981, 550

ΑΠ 1064/1972, ΝοΒ 1973, 629

ΕφΠειρ 486/1981, ΑρχΝομ 34, 198