



ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΔΗΜΟΚΡΑΤΙΑ
ΝΟΜΟΣ ΜΕΣΣΗΝΙΑΣ
ΔΗΜΟΣ ΚΑΛΑΜΑΤΑΣ
ΣΥΜΠΑΡΑΣΤΑΤΗΣ ΤΟΥ ΔΗΜΟΤΗ ΚΑΙ ΤΗΣ ΕΠΙΧΕΙΡΗΣΗΣ

ΕΙΔΙΚΗ ΠΡΟΤΑΣΗ

2/2020

(Άρθο 77 παρ. 5 εδ. δ' του Ν.3852/2010 όπως τροποποιήθηκε με το ν. 4623/2019)

Προς κ. Αθανάσιο Βασιλόπουλο Δήμαρχο Καλαμάτας

Θέμα : *Η εξωδικαστική διάπλωση του περιεχομένου εκκρεμών (η μη) συμβάσεων που οφείλεται στο έκτακτο και απρόβλεπτο γεγονός της εμφάνισης του κορωνοϊού COVID-19.*

Ενδεικτική βιβλιογραφία : 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*, έκδ. 2η, Εκδ. Ιωαν., Ν. Ζαχαρόπουλου, Αθήναι 1995, Καραμπατζός, *Η απρόοπτη μεταβολή των συνθηκών στην αμφοτεροβαρή 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, του ίδιου, *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 δικαιопραξιών*, 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, Γ.Φερετζάκης, *Επίτομος Σχολιασμένος Αστικός Κώδικας, Τόμ. I & II*, Εκδ.Αρναούτη 2015.

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 μέρος, και – κατά τούτο – είναι προϊόν της ιδιωτικής αυτονομίας των μερών, οφείλουν να υπηρετούνται από τα μέρη. 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 όπως της εμφάνισης του κορωνοϊού COVID-19 (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.

Ο Συμπαραστάτης του Δημότη και της Επιχείρησης εξετάζει την δυσχέρεια εκπληρώσεως 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 κελεύσματα 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. *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». Σπουδαία θέση επιφυλλάσσεται στην αρχή *pacta sunt servanda* στο σύγχρονο δικαιοσύνη μας σύστημα, αφού η απαρέγκλιτη εκτέλεση των συμφωνημένων δηλώνει σεβασμό προς τη βούληση των μερών, και, επομένως, στη συνταγματικής περιοχής 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 δικαίου, και όχι άδικα αν σκεφτεί κανείς ότι με την απαγόρευση οιασδήποτε ετερόνομη ύστερης μεταβολής του περιεχομένου που έδωσαν τα μέρη στη συμφωνία τους κατά το χρόνο της σύναψης, υπηρετείται η ασφάλεια και η σταθερότητα των συναλλαγών, 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 ευμάρεια .

Κ. Τσάτσος, *Το πρόβλημα της ερμηνείας του δικαίου*, 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. 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 συνθηκών, 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 προγραμματισμός) του δανειστή ως προς την κτήση της παροχής. 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.

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 ηθική. Η *clausula rebus sic stantibus* απετέλεσε τη βάση επί της οποίας στηρίχθηκαν άλλες θεωρίες στο χώρο της ετερόνομης αναπροσαρμογής των συμβάσεων. (Κουμάνη, *Η αναπροσαρμογή των συμβατικών όρων στις επαγγελματικές μισθώσεις κατά τις ΑΚ 388 και 288, λόγω ανατροπής του δικαιοπρακτικού θεμελίου*, Αρμενόπουλος 2006, 1864, 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, ΧρΙΔ 2017, 401 επ. 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 ουσιωδώς, 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.

Ο περιορισμός 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 γένει – 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 κπλ.

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

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, δηλαδή σε συμβάσεις οι οποίες γεννούν δικαιώματα και υποχρεώσεις για αμφοτέρα τα συμβαλλόμενα μέρη και στην οποία υπάρχει παροχή και αντιπαροχή. 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 αναιρετικό 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 αναιρετικού 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». 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 συμβάσεις. Γίνεται δεκτό ότι ο νομοθετικός λόγος προς εφαρμογή της διάταξης συντρέχει και επί συμφώνου, καθώς και επί συμφώνου προαιρέσεως όταν με αυτό σκοπείται η κατάρτιση αμφοτεροβαρούς σύμβασης, αφού, διαφορετικά, θα ήταν άσκοπο και επαχθές 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 νόμου (για παράδειγμα στην αδικοπραξία). Άλλωστε, η διάταξη δεν αφήνει περιθώριο να δοθεί τέτοια ερμηνεία δεδομένου ότι το γράμμα της κάνει λόγο για «σύμβαση». (Βαθρακοκόιλη, *ΕρΝομΑΚ άρθρο 388, αρ. 9, Απ. Γεωργιάδη, Ενοχικό Δίκαιο Γενικό Μέρος, 1999, αρ. 341· Καραμπατζό, 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· Καρακώστα, Ερμηνεία-Σχόλια-Νομολογία ΑΚ, αρ. 982· ενδεικτικά ΑΠ 1138/1990, ΕΕΝ/1991, Αρχές των Διεθνών Εμπορικών Συμβάσεων – UNIDROIT, άρθρο 6.2.1-3· Σχέδιο ενός Κοινού Πλαισίου Αναφοράς – DCFR, άρθρο III. – 1:110, Ραψομανίκης, Έννομες συνέπειες και πεδίο εφαρμογής του άρθρου 388 Ασπ. Κώδικα, ΕΕΝ 1978, 627, Απ. Γεωργιάδης, Σύμφωνο Προαίρεσης, σ. 191 επ., Σακκέτα, όπ. π., αρ. 22, Χελιδόνης, όπ. π., § 9· Σταθόπουλος, Γενικό Ενοχικό Δίκαιο, § 22 αρ.13. Εφαθ 1666/1981, ΕλλΔνη 1981, 245), αμφισβητείται 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 ετεροβαρές και όχι αμφοτεροβαρές σύμβαση και, επομένως, δεν εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής της διάταξης του άρθρου ΑΚ 388, που κάνει σαφώς λόγο για αμφοτεροβαρή σύμβαση. 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 γε 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 δανείσματος και, συνεπώς, το έντοκο δάνειο κατατάσσεται στις αμφοτεροβαρείς συμβάσεις.*

Η πρόσφατη νομολογία, που με αφορμή τις συμβάσεις δανείου σε ελβετικό φράγκο έχει

εξετάσει ιδιαιτέρως 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 ρευστότητάς της διεθνούς οικονομίας (αντίθετοι οι Βαθρακοκόιλης, 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.

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 γ' αυτούς. Είναι σημαντικό τα νομικά ή πραγματικά αυτά περιστατικά να θεωρήθηκαν από αμφοτέρωτα 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 αρκεί. 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 τύπου. Τέτοια περιστατικά είναι συνήθως η νομισματική σταθερότητα (π.χ. η στάθμη του τιμαρίθμου) κ.ο.κ.

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' όρους και καταρτίζονται τοιούτου είδους συμβάσεις». 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». 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 υπαιτιότητα. 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. Επί του ερωτήματος που εξετάζεται εν προκειμένω, η άποψη 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 344 . 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.

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 νομολογία. 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 άποψη, η οποία είναι μάλλον κρατούσα στη νομολογία, 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 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 τον κίνδυνο 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 υποστηριχθεί ότι η ΑΚ 388 προστατεύει μόνο τους καλόπιστους και όχι τους υπαίτιους συναλλασσόμενους 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 άλλοις, *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 388, 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 αντιπαροχής. 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 βάση αξιολόγησης των περιστατικών που μεταβλήθηκαν. 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. 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 παραδεκτή, η δε ουσιαστική βασιμότητά της καταλείπεται, όπως πάντα, στην κρίση του δικαστή.

Το έκτακτο γεγονός 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. *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 προβλεπτικότητας* . 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 βούλησης.

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 οικονομία. 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 ποιοτική 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.*

Δεν περιγράφεται επακριβώς τι αποτελεί και 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»*. Δημιουργείται, λοιπόν, μια διάσταση μεταξύ της αρχικής συμβατικής ρύθμισης και της μεταγενέστερης πραγματικότητας.

Όσον αφορά τα κριτήρια συγκεκριμενοποίησης της υπέρμετρης επάχθειας έχει υποστηριχθεί 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 δεν 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.

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 δικαιοπρακτικού θεμελίου συμβαλλομένου διαπλαστικής αγωγής, η οποία θα επιφέρει τη διάπλαση της σύμβασης μέσω της δικαστικής απόφασης, με το περιεχόμενο. 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.

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 γ' αυτούς⁶². Είναι σημαντικό τα νομικά ή πραγματικά αυτά περιστατικά να θεωρήθηκαν από αμφοτέρωτα 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 αρκεί.

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 τύπου. Τέτοια περιστατικά είναι

συνήθως η νομισματική σταθερότητα.

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.

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».

Στο ερώτημα πως 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 Καθηγητή 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*. Έχει υποστηριχθεί από τον Καθηγητή Παπανικολάου 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, νομολογίας και μέρους

της θεωρίας 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 θεωρίας, 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, (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), Δωρή, *Η δικαστική διάπλαση του περιεχομένου εκκρεμών συμβάσεων σε περιόδους οικονομικής κρίσης*, ΧρΙΔ 2012, 245.

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 υπαιτιότητα. 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.

Επί του ερωτήματος που εξετάζεται εν προκειμένω, η άποψη 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 344. 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 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.

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

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 κείται εκτός της ανθρώπινης προβλεπτικότητας. 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 γνώσεις. 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 βούλησης. 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.

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 οικονομία. 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 ποιοτική 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 πίστης. 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 επάχθεια, αρκεί προκειμένου να επέλθουν οι έννομες συνέπειες της ΑΚ 388.

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»*. 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 ελάσσονος έντασης και να οδηγεί απλώς σε ανεκτή δυσχέρεια εκπλήρωσης, με αποτέλεσμα να μην είναι δυνατή η εφαρμογή του ΑΚ 388.

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, υποκειμενική 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.

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, παραλλάσσουν κάθε φορά ανάλογα με τη φύση των περιστατικών. *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 διάταξη. Τέλος, κριτήριο εξωσυμβατικής φύσης, το οποίο λαμβάνεται ιδιαίτερα υπόψη από τη νομολογία 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.*

Η γαλλική 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. 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 διαπραγματεύσεως 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*), 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 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 όφελος. 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 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.

Πέρα όμως από την ως άνω συναγόμενη υποχρέωση αναδιαπραγμάτευσεως 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.

Πρέπει να σημειωθεί ότι σε περίπτωση αναπροσαρμογής οφείλεται να προτιμάται μία λύση με την ηπιότερη μορφή επεμβάσεως. Η αναπροσαρμογή πρέπει να μην φέρει λύσεις επαχθέστερες ως προς την συμβατική ελευθερία (στις περιπτώσεις δε που όπου το νέο περιεχόμενο της σύμβασης βασίζεται σε μία νέα ετερόνομη αξιολόγηση). 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 ερμηνεύουμε 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).

Ο ΣΥΜΠΑΡΑΣΤΑΤΗΣ ΤΟΥ ΔΗΜΟΤΗ ΚΑΙ ΤΗΣ ΕΠΙΧΕΙΡΗΣΗΣ

ΓΙΩΡΓΟΣ ΦΕΡΕΤΖΑΚΗΣ

ΚΟΙΝΟΠΟΙΗΣΗ :

Προς όλες τις Διευθύνσεις του Δήμου Καλαμάτας

Γενική Γραμματέα του Δήμου Καλαμάτας

Επαγγελματικό Επιμελητήριο Μεσσηνίας