

ΕΚΦΑΝΣΕΙΣ ΚΑΙ ΟΡΙΑ ΤΗΣ ΕΛΕΥΘΕΡΙΑΣ ΤΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ*

*Αικ. Καραμάλη/Κ.-Α. Γιαννακούλα/Διον. Γαστεράτου/
Χ.-Ι. Χατζηδημητρίου/Β.-Π. Κουκουλέτσου
φοιτητές Α΄ έτους Μεταπτυχιακού Προγράμματος Νομικής του Α.Π.Θ.*

Εποπτεία, εισαγωγή και επίμετρο

Γ. Δέλλιος

Αν. Καθηγητής Νομικής ΑΠΘ

Διάγραμμα

- I. Εισαγωγή (Γ. Δέλλιος)
- II. Ο δικαστικός έλεγχος της καταχρηστικής άρνησης σύναψης σύμβασης (*Αικατερίνη Καραμάλη, υπότρ. ΙΚΥ*)
- III. Ο δικαστικός έλεγχος των συμβάσεων «καταστρατήγησης» κανόνων αναγκαστικού δικαίου (*Κωνσταντίνος - Δημήτριος Γιαννακούλας*)
- IV. Ο δικαστικός έλεγχος ΓΟΣ που επιδρούν στη διαμόρφωση του τιμήματος (*Διονυσία Γαστεράτου*)
- V. Η δικαστική αναπροσαρμογή του τιμήματος σε περιπτώσεις ουσιώδους μεταβολής των συνθηκών σύναψης της σύμβασης (*Χαρίλαος - Ιωάννης Χατζηδημητρίου*)
- VI. Η δικαστική αντιμετώπιση ζητημάτων σε μη ρυθμισμένες από το νόμο μορφές συμβάσεων (*Βάια - Παρασκευή Κουκουλέτσου*)
- V. Επίμετρο (Γ. Δέλλιος)

I. Εισαγωγή

1. Η γενικότερη αρχή της αυτονομίας της ιδιωτικής βούλησης θεμελιώνεται στο συνταγματικό δικαίωμα της αυτοδιάθεσης (άρθρ. 5 § 1 Συντ.) και έτσι, τελικά, στην ίδια την ανθρώπινη αξία (άρθρ. 2 § 1 Συντ.). Εκδήλωση της αρχής αυτής στο πεδίο του ενοχικού δικαίου αποτελεί η ειδικότερη αρχή της ελευθερίας των συμβάσεων (ΑΚ 361), που αναλύεται στην ελευθερία του ατόμου να συνάπτει ή να μη

* Τα εξεταζόμενα ζητήματα αποτελούν μια από τις επιμέρους θεματικές του α΄ έτους του προγράμματος μεταπτυχιακών σπουδών του Τομέα αστικού, αστικού δικονομικού και εργατικού δικαίου της Νομικής Σχολής του ΑΠΘ. Οι φοιτητές που επέλεξαν να εκπονήσουν εργασίες σχετικές με τη θεματική αυτή κατά το ακαδημαϊκό έτος 2007/8, συνέπτυξαν στη συνέχεια τα πονήματά τους με στόχο μια κατά το δυνατό σύντομη ενιαία παρουσίαση. Η προσπάθεια αυτή, το αποτέλεσμα της οποίας ευγενώς προσφέρθηκε να φιλοξενήσει το περιοδικό Digesta, είχε πρωταρχικά εκπαιδευτικό σκοπό. Ως εκ τούτου οι επιμέρους συμβολές, κάθε μία ξεχωριστά, δεν έχουν φιλοδοξίες πρωτοτυπίας. Ωστόσο η ενιαία παρουσίασή τους, ως ενδεικτικών πτυχών της ίδιας ευρύτερης θεματικής, ευελπιστούμε ότι θα συμβάλει στην ανάδειξη της ευρύτητας των αναγκών οριοθέτησης της συμβατικής ελευθερίας και «διόρθωσης» ή συμπλήρωσης του συμβατικού οικοδομήματος από τον δικαστή.

Γ. Δέλλιος

συνάπτει μια σύμβαση και στην ελευθερία του να καθορίζει το περιεχόμενό της. Η μεν ελευθερία σύναψης αναφέρεται στο αν και στο με ποιον αντισυμβαλλόμενο θα συναφθεί η σύμβαση, η δε ελευθερία καθορισμού του περιεχομένου αναφέρεται στο τι θα συμφωνηθεί, δηλαδή στους όρους που, κατά τη βούληση των συμβαλλομένων, θα ρυθμίζουν τις μεταξύ τους σχέσεις. Απόρροια αυτών των δύο ειδικότερων ελευθεριών είναι η δεσμευτικότητα της σύμβασης για τα συμβαλλόμενα μέρη (*pacta sunt servanda*). Αυτή ενισχύεται από την αρχή του ατύπου των δικαιοπραξιών (ΑΚ 158) και από την ανυπαρξία κλειστού αριθμού ειδών συμβάσεων, γεγονός που καταρχήν επιτρέπει την έγκυρη σύναψη σύμβασης με οποιοδήποτε περιεχόμενο και όχι αποκλειστικά με περιεχόμενο που προβλέπεται σε κάποιον από τους ρυθμισμένους στο νόμο συμβατικούς τύπους (βλ. λ.χ. τις λεγόμενες «μικτές» ή τις «άτυπες» ή «ανώνυμες» συμβάσεις)¹.

2. Οι παραπάνω εκφάνσεις της ελευθερίας των συμβάσεων και της αυτοδέσμευσης του ατόμου δεν ισχύουν απεριόριστα, αλλά πρέπει να συμβαδίζουν με την ανάγκη για δικαιοσύνη στις συμβάσεις, ανάγκη που ανακύπτει τόσο χάριν προστασίας του τυχόν ασθενέστερου αντισυμβαλλομένου (λ.χ. εργαζομένου, μισθωτή, καταναλωτή) όσο και χάριν διαφύλαξης γενικότερων κοινωνικών σκοπών. Προς την κατεύθυνση αυτή ο νομοθέτης παρεμβαίνει συνήθως με διατάξεις αναγκαστικού δικαίου, είτε γενικές (λ.χ. ΑΚ 179) είτε ειδικότερες (λ.χ. άρθρ. 2-4 ν. 2251/1994), η παραβίαση των οποίων επιφέρει καταρχήν ακυρότητα των συμφωνιών (βλ. και ΑΚ 174). Παράλληλα, φραγμούς στις εν λόγω ελευθερίες θέτουν οι απαιτήσεις των χρηστών ηθών (ΑΚ 178, 919) και της συναλλακτικής καλής πίστης (ΑΚ 281, 288), όπως αυτές εξειδικεύονται από τα δικαστήρια. Αυξημένη σημασία αποκτούν και ορισμένες διατάξεις του ενδοτικού δικαίου, επειδή ακριβώς απηχούν την αντικειμενικά αναμενόμενη και εύλογη ρύθμιση. Έτσι, όταν το αντισυμβαλλόμενο μέρος εμφανίζει κοινωνικοτυπικές δυσχέρειες ή αδυναμίες διαπραγμάτευσης, όπως ο καταναλωτής, ο νομοθέτης θεωρεί ανεπίτρεπτη την απόκλιση των συμβατικών όρων από τους ενδοτικούς αυτούς κανόνες, εκτός αν συντρέχει κάποια διαφανής και εύλογη αιτιολογία (βλ. άρθρ. 2 §§ 6-7 ν. 2251/1994)².

1. Για τη θεμελίωση, τις εκφάνσεις και το περιεχόμενο της αρχής της ελευθερίας των συμβάσεων βλ. ενδεικτ. Σταθόπουλο, ΓενΕνοχΔ (2004), § 1 (αρ. 52 επ., 94 επ.) και § 13 (αρ. 1 επ., 5 επ., 25 επ.)· Απ. Γεωργιάδη, Νέες μορφές συμβάσεων της σύγχρονης οικονομίας⁴ (2000), σ. 1 επ.· Χριστοδούλου, Τα νέα συναλλακτικά μορφώματα και το κλασικό δίκαιο των συμβάσεων, Τόμ. πρακτ. 1^{ου} συνεδρ. Ένωσ. Αστικολόγων (1995), 37 επ.· Μιχαηλίδη - Νουάρο, Η κοινωνική λειτουργία των συμβάσεων στο σύγχρονο δίκαιο, τιμ. τ. Ι. Δεληγιάννη (1991), Β', σ. 4 επ.· Λιακόπουλο, Η οικονομική ελευθερία αντικείμενο προστασίας στο δίκαιο του ανταγωνισμού (1981)· Μπόσδα, Ελευθερία των συμβάσεων, ΕλλΔνη 1979, 771· Θεοδωρόπουλο, Το συναλλακτικό δίκαιο υπό την επήρεια της εξελίξεως της ζωής, ΕΕΝ 1971, 129· Παπαντωνίου, Η ελευθερία των συμβάσεων εις το σύγχρονον δίκαιον, ΕΕΝ 1965, 301· Φουρκιώτη, Το δόγμα της ελευθερίας περί το συμβάλλεσθαι, ΝΔικ 1961, 1· Ζέπο, Η κρίσις του δόγματος της ελευθερίας της συμβάσεως εν τω συγχρόνω αστικώ δικαίω, ΑΙΔ 1940, 137.

2. Για τους περιορισμούς της συμβατικής ελευθερίας βλ. ενδεικτ. Δέλλιο, Καλή πίστη και γενικοί

II. Ο δικαστικός έλεγχος της καταχρηστικής άρνησης σύναψης σύμβασης

1. Τα υποκείμενα του δικαίου υπολαμβάνονται από την έννομη τάξη σε ισότητα, καταρχήν, βάση μεταξύ τους. Κατά γενικώς ομολογούμενη όμως παραδοχή, οι διατάξεις του Ιδιωτικού Δικαίου, είτε στον ΑΚ είτε σε άλλους ειδικούς νόμους, «από την ιδέα της ευνοίας του αδυνάτου κυριαρχούνται και της προστασίας του ασθενεστερού διαποτίζονται»³. Η διαπίστωση αυτή αποκτά σημασία σε κάθε συναλλακτικό πεδίο, όπου η ελεύθερη δραστηριότητα των υπό άνισους όρους συναλλασσομένων επιτάσσει παρέμβαση της «διορθωτικής» δικαιοσύνης προς ανάπλαση των συνεπειών που η άτεγκτη εφαρμογή του δόγματος της ελευθερίας των συμβάσεων θα συνεπαγόταν υπέρ του διαπραγματευτικά ισχυρότερου μέρους και σε βάρος της ιδιωτικής αυτονομίας του διαπραγματευτικά ασθενεστερού. Υπό ορισμένες συνθήκες, η αναγκαιότητα παρέμβασης της διορθωτικής δικαιοσύνης ανακύπτει και στις περιπτώσεις καταχρηστικής άρνησης σύναψης σύμβασης. Και τούτο διότι, σε περίπτωση απουσίας ειδικών νομοθετικών διατάξεων για σύναψη «αναγκαστικής» σύμβασης, καλείται ο δικαστής να προβεί στις αναγκαίες σταθμίσεις υπό το φώς των θεμελιωδών δικαιοκτών αρχών.

2. Ως προς την καταχρηστική άσκηση του θεσμού της συμβατικής ελευθερίας⁴, επιστήμη και νομολογία δεν έχουν καταλήξει σε κοινές αποδοχές. Η θεωρία αναγνωρίζει μέσα στο ίδιο το σύστημα της ιδιωτικής αυτονομίας (ΑΚ 281, 919) την απαγόρευση κατάχρησης της συμβατικής ελευθερίας, σχεδόν ομόφωνα. Η νομολογία διστάζει να προβεί σε έλεγχο τήρησης των ορίων της ΑΚ 281 κατά την άσκηση της συμβατικής ελευθερίας, επικαλούμενη το γράμμα της διάταξης, που αναφέρε-

όροι συναλλαγών, ΝοΒ 2003, 218· *Δωρή*, Η εξειδίκευση της καλής πίστης στο άρθρο 2 ν. 2251/1994 και η σημασία της στο κοινό Αστικό Δίκαιο, ΝοΒ 2000, 737· τον *Ιδιο*, Περιορισμοί της συμβατικής ελευθερίας στις ρήτρες αποκλειστικής διεθνούς δικαιοδοσίας (1988)· *Καράση*, Η κατάχρηση θεσμού στο ιδιωτικό δίκαιο, Αφιέρ. Α. Κιάντου - Παμπούκη (1998), 239· *Παντελίδου*, Αυτοδέσμευση και αποδέσμευση στις συμβάσεις που καταρτίζονται εκτός εμπορικού καταστήματος, Τόμ. πρακτ. 1^{ου} συνεδρ. Ένωσ. Αστικολόγων (1995), 149 επ.· *Παπανικολάου*, Περί των ορίων της προστατευτικής παρεμβάσεως του δικαστή στη σύμβαση. Προς μία γενική θεωρία περί καταχρήσεως της συμβατικής ελευθερίας (1991)· τον *Ιδιο*, Το μέτρο της επάχθειας της παροχής και η έκταση της διορθωτικής επεμβάσεως του δικαστή στη σύμβαση κατ' ΑΚ 388, Αφιέρ. Α. Γαζή (1994), 477 επ.· *Καζάκο*, Αστικό δίκαιο, οικονομία της αγοράς και προστασία των καταναλωτών. Από το εργατικό δίκαιο στο δίκαιο προστασίας εξαρτημένων ομάδων (1987)· *Λιτζερόπουλο*, Κατάχρησης της γενικής ελευθερίας του ατόμου εις τας σχέσεις ιδιωτικού δικαίου, Αφιέρ. Α. Τσιριντάνη (1980), 435 επ.· *Ξυπολιά*, Η αναγκαστική σύμβασις (1971)· *Φουρκιώτη*, Η οικονομική ανισότης των συμβαλλομένων (1953)· *Δελούκα*, Οι γενικοί όροι συναλλαγών. Το πρόβλημα των συμβάσεων προσχωρήσεως (1952).

3. *Αστ. Γεωργιάδης*, Η προστασία του ασθενέστερου στο αστικό δίκαιο, ΕΝΟΒΕ 31 (1997), 39 επ. (40). Βλ. και *Ξυπολιά*, Η αναγκαστική σύμβασις, 1971, 206.

4. Για την κατάχρηση θεσμού ειδικότερα βλ. *Καράση*, Μελέτες γενικής θεωρίας δικαίου και αστικού δικαίου II (2002), 629 επ.

ται σε «δικαίωμα» και όχι σε φυσικές ευχέρειες ή ελευθερίες⁵. Ο νομολογιακός αποκλεισμός του ελέγχου της συμβατικής ελευθερίας βάσει της ΑΚ 281 καθιερώθηκε με την ΟΛΑΠ 33/1987⁶, κατά την οποία «... η εξουσία αυτή ... δεν υπόκειται στους περιορισμούς του άρθρου 281 ΑΚ, το οποίο προϋποθέτει άσκηση συγκεκριμένου δικαιώματος παρεχόμενου στο δικαιούχο από θετική διάταξη του δικαίου και αποσκοπεί στην προστασία του ιδιωτικού συμφέροντος...». Ας σημειωθούν όμως και όσα έγιναν δεκτά από την ισχυρή μειοψηφία του δικαστηρίου (δεκατεσσάρων μελών): «... ως δικαίωμα... νοείται το υπό την ευρεία έννοια, ήτοι κάθε δυνατότητα, ευχέρεια ή εξουσία της βουλήσεως που παρέχεται από την έννομη τάξη για την ικανοποίηση βιοτικού συμφέροντος, περιουσιακής ή μη φύσεως... Ειδικότερα η ως άνω ευχέρεια... δεν μπορεί να αφηθεί ανέλεγκτη από την άποψη του άρθρου 281 ΑΚ. Όταν δηλαδή ο έλεγχος αυτός επιτρέπεται για τα κατά κυριολεξία δικαιώματα, ήτοι για εκείνα των οποίων το περίγραμμα σαφώς και συγκεκριμένως καθορίζεται από το νόμο, κατά μείζονα λόγο ο ίδιος έλεγχος πρέπει να γίνει δεκτός ως περισσότερο αναγκαίος για τις εξουσίες και ευχέρειες που πηγάζουν από τη γενική ελευθερία της προσωπικότητας του ατόμου, αφού στην τελευταία περίπτωση τα όρια της δράσεώς του είναι ευρύτερα και κατ' εξοχήν ακαθόριστα, οπότε ο κίνδυνος της καταχρήσεως είναι μεγαλύτερος, άρα και ο έλεγχος με βάση τα κριτήρια του άρθρου 281 ΑΚ περισσότερο αναγκαίος. Άλλωστε ο εν λόγω έλεγχος, του άρθρου δηλαδή 281 ΑΚ, ενισχύεται ήδη και από το άρθρο 25 παράγρ.3 του Συντάγματος, που αναφέρεται γενικά και χωρίς διάκριση στην άσκηση κάθε είδους δικαιώματος, ιδιωτικού ή δημοσίου δικαίου υπό την ως άνω έννοια, περιλαμβάνουσα δηλαδή και τη γενική ελευθερία του ατόμου στον ιδιωτικό βίο, που πηγάζει από το προβλεπόμενο από τη διάταξη του άρθρου 5 παράγρ.1 του Συντάγματος ατομικό και κοινωνικό δικαίωμα της ελεύθερης ανάπτυξης της προσωπικότητας, διάταξη η οποία ισχύει όχι μόνο στις σχέσεις των πολιτών προς το κράτος, αλλά και στις σχέσεις των ιδιωτών μεταξύ τους...».

5. Αντίθετα, όταν οι φυσικές ευχέρειες ασκούνται κατά τρόπο αντίθετο στα χρηστά ήθη, η νομολογία δέχεται την εφαρμογή της ΑΚ 919, βλ. ενδεικτ. ΑΠ 925/1991 Αρμ 1992, 115· ΕφΑθ 5025/1990 ΝοΒ 1991, 79· ΕφΑθ 698/2003 ΕλλΔνη 2004, 1062 (συρροή με αξίωση του ν. 146/1914 περί αθεμίτου ανταγωνισμού)· ΕφΑθ 8843/2004 ΕλλΔνη 2006, 535· ΕφΑθ 2093/2006 ΔΕΕ 2006, 757.

6. ΕλλΔνη 1988, 98 (η οποία προκλήθηκε από αντίθετες αποφάσεις του Α' και Β' Τμήματος, βλ. ΑΠ 717/1985 ΝοΒ 1986, 560 και ΑΠ 788/1986 ΝοΒ 1988, 329). Βλ. και ΑΠ 1861/1988 ΕλλΔνη 1990, 761 (ότι η δήλωση βούλησης δεν υπόκειται σε ακύρωση και δεν αναπληρώνεται με την ΑΚ 281)· ΟΛΑΠ 27/1995 ΕλλΔνη 1996, 41· ΟΛΑΠ 5/2001 ΕλλΔνη 2001, 378· ΕφΑθ 3302/1988 ΕλλΔνη 1989, 1364· ΕφΑθ 5025/1990 ΝοΒ 1991, 79 (ότι η ειδική μορφή αδικοπραξίας του άρθρου 919 ΑΚ είναι ευρύτερη και δεν καλύπτεται εννοιολογικά από τη διάταξη του άρθρου 281 ΑΚ, που αναφέρεται μόνο σε άσκηση, όχι και σε παράλειψη δικαιώματος, νόμιμου ή συμβατικού)· ΕφΑθ 770/1991 Αρμ 1991, 343· ΕφΑθ 8843/2004 ΕλλΔνη 2006, 535· ΕφΑθ 2093/2006 ΔΕΕ 2006, 757. Για αντίθετες αποφάσεις, πριν την ΟΛΑΠ 33/1987, βλ. ΕφΑθ 8489/1990 ΕλλΔνη 1990, 1539· ΠΠρΑθ 607/1986 ΕλλΔνη 1986, 1012.

Η παραπάνω συνταγματική θεώρηση⁷ ενισχύει τη βάση αναλογίας για εφαρμογή της ΑΚ 281 και στο πεδίο των γενικών ελευθεριών⁸ ή, άλλως, επιτρέπει μια «εναρμονισμένη με το Σύνταγμα» διασταλτική ερμηνεία της επίμαχης διάταξης⁹. Αποσαφηνίζεται, πάντως, ότι η αναγωγή στο Σύνταγμα δεν επιχειρεί να εκτοπίσει αλλ' απλώς να επιβεβαιώσει¹⁰ την αστικολογική θεμελίωση της καταχρηστικής άρνησης σύναψης σύμβασης, αφού το Ιδιωτικό Δίκαιο, στη διάρκεια της μακρόχρονης εξέλιξής του, έχει αναπτύξει επαρκείς εκτιμητικούς μηχανισμούς για την αντιμετώπιση κάθε φαινομένου διαπραγματευτικής ανισότητας¹¹.

3. Σε ορισμένες περιπτώσεις, ειδικές διατάξεις ουσιαστικών νόμων ή κανονισμοί που διέπουν τη λειτουργία επιχειρήσεων ή οργανισμών κοινής ωφέλειας – προς αποφυγή του κινδύνου κατάχρησης της θέσης οικονομικής ή κοινωνικής ισχύος τους και κατά περιορισμό της ιδιωτικής αυτονομίας – θεσπίζουν ειδική πρωτογενή υποχρέωση των φορέων αυτών προς κατάρτιση σύμβασης με κάθε ενδιαφερόμενο. Πρόκειται για κρατικές επιχειρήσεις που είναι οργανωμένες ως νομικά πρόσωπα ιδιωτικού δικαίου και λειτουργούν σύμφωνα με τις αρχές της ιδιωτικής οικονομίας χάριν δημοσίου συμφέροντος, ασκώντας συνήθως μονοπωλιακά την ανατεθειμένη σε αυτές δημόσια προσφορά αγαθών ή υπηρεσιών ζωτικής σημασίας (λ.χ. ΔΕΗ, ΕΥΔΑΠ, ΟΣΕ, ΕΛΤΑ κ.λπ.). Τα πρόσωπα αυτά είναι κατά το νόμο υποχρεωμένα να συνάψουν αναγκαστική σύμβαση με οποιονδήποτε ενδιαφερόμενο, υπό τους γενικούς όρους που προβλέπονται στον κανονισμό τους (συμβάσεις *προσχωρήσεως* από την πλευρά του ενδιαφερομένου)^{12, 13}. Παράλληλα, ειδικές διατάξεις νόμων μπορεί να επιβάλλουν και σε άλλα πρόσωπα αντίστοιχη υποχρέωση κατάρτισης σύμβασης με κάθε ενδιαφερόμενο (π.χ. σε δικηγόρους, συμβολαιογράφους, δικαστικούς επιμελητές, γιατρούς, μαιείς, εμπόρους τροφίμων, σε επιχειρηματίες θεάτρων ή κινηματογράφων κ.λπ.)¹⁴.

7. Βλ. *Λιτζερόπουλο*, ό.π., 466. Ομοίως και στο σκεπτικό της μειοψηφίας της ΟΛΑΠ 33/1987.

8. Πρβλ. τη μειοψηφία της ΟΛΑΠ 33/1987 (π.π. σημ. 6).

9. Βλ. *Παπανικολάου*, Σύνταγμα και Αυτοτέλεια του Αστικού Δικαίου (2006), 65-6. Ομοίως και ο *Καράσης*, ό.π., 65-66 (ότι το άρθρ. 25 § 3 του Συντ. περιλαμβάνει και την απαγόρευση κατάχρησης θεσμών και εξειδικεύεται στα ιδιωτικό δίκαιο μέσω της ΑΚ 281, με τελεολογική επέκτασή της και στην περίπτωση αυτή).

10. Πρβλ. *Παπανικολάου*, Σύνταγμα και Αυτοτέλεια του Αστικού Δικαίου (2006), 71.

11. Βλ. *Δέλλιο*, ό.π., 387.

12. Η υποχρέωση αυτή συνάγεται ερμηνευτικά ακόμη και όταν ο οικείος νόμος ή κανονισμός δεν περιέχει ρητή πρόβλεψη. Βλ. *Παπανικολάου*, Περί των ορίων της προστατευτικής παρεμβάσεως του δικαστή στη σύμβαση (1991), 397· *Σταθόπουλος*, Γενικό Ενοχικό Δίκαιο (2004), 705.

13. Στις επιχειρήσεις που παρέχουν μονοπωλιακά προϊόντα ή υπηρεσίες δεν τίθεται καν θέμα ελεύθερου ανταγωνισμού, τον οποίο προϋποθέτει η ελευθερία των συμβάσεων (βλ. *Παπαντωνίου*, Γενικές Αρχές, 1983, 332).

14. Η υποχρέωση σύναψης σύμβασης ενδεχομένως να επιβάλλεται και κατ' ΑΚ 197-198 με τη μορφή της *in natura* αποζημίωσης (ΑΚ 297 εδ. β'), καθώς μερίδα της θεωρίας υποστηρίζει ότι η κατ'

Στις παραπάνω περιπτώσεις, αν το υπόχρεο πρόσωπο αρνηθεί να προβεί στην απαιτούμενη δήλωση βούλησης (η οποία θα έχει κατά κανόνα τη μορφή αποδοχής της σχετικής πρότασης του ενδιαφερομένου, ΑΚ 192), μπορεί να εξαναγκαστεί σε αυτήν με αγωγή του δικαιούχου (άρθρ. 949 ΚΠολΔ) ή με καταδίκη του σε αποζημίωση για μη εκπλήρωση βάσει των γενικών διατάξεων του ενοχικού δικαίου (ΑΚ 335 επ.)¹⁵. Η τελευταία περίπτωση είναι και η πλέον συνήθης στην πράξη, ιδίως αν πρόκειται για στιγμιαία σύμβαση και ο δικαιούχος δεν έχει πλέον συμφέρον στην αυτούσια εκπλήρωση της πραγματικής παροχής, δηλαδή της παροχής που θα αποτελούσε αντικείμενο της (νέας) ενοχής μετά την κατάρτιση της σύμβασης¹⁶.

Στις περιπτώσεις αυτές πρόκειται για ενοχή εκ του νόμου (ex lege), με περιεχόμενο την ειδική και πρωτογενή υποχρέωση για σύναψη σύμβασης ορισμένου περιεχομένου. Εδώ δεν μπορεί να γίνει λόγος για κατάχρηση συμβατικής ελευθερίας αν το υπόχρεο πρόσωπο αρνηθεί να προβεί στην απαιτούμενη δήλωση βούλησης. Και τούτο διότι, αφού το πρόσωπο αυτό στερείται πάντοτε και αργίσι την εξουσία να αρνηθεί τη σύναψη σύμβασης, αυτό σημαίνει ότι δεν έχει καν εξουσία άρνησης που να μπορούσε να ασκηθεί καταχρηστικά, άρα και η αντίστοιχη συμπεριφορά του συνιστά πράξη ευθέως αντίθετη στις ΑΚ 330 και 914¹⁷.

4. Κατά την επιστήμη υπάρχουν, ωστόσο, και περιπτώσεις γενικής υποχρέωσης σύναψης σύμβασης για τις οποίες δεν υπάρχει ρητή πρόβλεψη στο νόμο¹⁸. Η γενική αυτή υποχρέωση απορρέει από θεμελιώδεις αρχές του δικαίου¹⁹ που λειτουργούν ως κριτήρια συγκεκριμενοποίησης της ΑΚ 281. Με άλλα λόγια, η ΑΚ 281 αποτελεί τη διάταξη με την οποία «θετικοποιείται» ο μηχανισμός επιβολής υποχρέωσης προς σύναψη σύμβασης. Σε ανάλογο αποτέλεσμα μπορούμε υπό προϋποθέσεις να καταλήξουμε και μέσω της ΑΚ 919, όπως θα φανεί στη συνέχεια, η οποία αντιμετωπίζεται ως διάταξη ειδικότερη της ΑΚ 281, λόγω των αυστηρότερων προϋποθέσεων του πραγματικού της.

ΑΚ 198 αποζημίωση καλύπτει, υπό εξαιρετικές συνθήκες, και το διαφέρον εκπλήρωσεως. Στις εξαιρετικές αυτές περιπτώσεις δεν θα πρόκειται, ωστόσο, για εξαναγκασμό προς κατάρτιση σύμβασης με την έννοια των αναγκαστικών συμβάσεων, γιατί ο εξυπηρετούμενος κοινωνικός σκοπός στις περιπτώσεις αυτές είναι αμιγώς αποκαταστατικός και δεν ταυτίζεται με τη διανεμητική κατά κύριο λόγο λειτουργία του θεσμού της αναγκαστικής σύμβασης, βλ. Παπανικολάου, ό.π., 405-6. Για άλλες περιπτώσεις υποχρέωσης σύναψης, διακριτές από την έννοια της αναγκαστικής σύμβασης, βλ. σε Ξυπολιά, ό.π., 14-16, 21 επ.

15. Το περιεχόμενο της σύμβασης θα προσδιοριστεί βάσει των ΑΚ 288, 371 και 653 (Παπανικολάου, ό.π., 415-6).

16. Βλ. Παπανικολάου, ό.π., 411.

17. Βλ. Παπανικολάου, ό.π., 399· Σταθόπουλος, ό.π., 707.

18. Βλ. Παπανικολάου, ό.π., 434· Σταθόπουλος, ό.π., 706.

19. Όπως είναι η αρχή του κοινωνικού κράτους, η αρχή της ελεύθερης ανάπτυξης της προσωπικότητας, η αρχή της ίσης μεταχείρισης, η αρχή της εμπιστοσύνης, η αρχή της διανεμητικής δικαιοσύνης και η αρχή της διασφάλισης λειτουργίας της αγοράς (βλ. Παπανικολάου, ό.π., 443, όπου και αναφορά στο ότι η σχέση μεταξύ των κριτηρίων αυτών είναι «κινητή»).

α) *Κριτήρια καταχρηστικότητας*: Για την ανεύρεση των κριτηρίων που καθιστούν καταχρηστική την άσκηση της συμβατικής ελευθερίας στην αποθετική της λειτουργία, και θεμελιώνουν υποχρέωση για σύναψη σύμβασης, πρόσφορη είναι η προσφυγή στη ρύθμιση του άρθρου 2 του ν. 703/1977²⁰. Το άρθρο αυτό απαγορεύει στην επιχείρηση που κατέχει δεσπόζουσα θέση στην αγορά την καταχρηστική εκμετάλλευση της θέσης αυτής, με τη μορφή της αδικαιολόγητης άρνησης σύναψης σύμβασης ή την εξάρτηση της σύναψής της από την αποδοχή εκ μέρους του αντισυμβαλλομένου *πρόσθετων παροχών* (που ισοδυναμεί ουσιαστικά με άρνηση σύναψης)²¹. Στο πεδίο εφαρμογής της διάταξης αυτής θεωρείται ότι εμπίπτει και κάθε άλλη μορφή «παρεμποδιστικής κατάχρησης» (όπως η διακοπή των συμβατικών σχέσεων και το μπούκοτάζ)²². Η ρύθμιση του άρθρου 2 θεωρείται ειδικότερη εκδήλωση της ΑΚ 281 (γεγονός που ενισχύει την άποψη για εφαρμογή της ΑΚ 281 στο πεδίο των φυσικών ευχερειών) και αντανακλά, μέσω των κριτηρίων καταχρηστικότητας που αποτυπώνει, τους κοινωνικής φύσης φραγμούς του δικαίου στην αποθετική όψη της συμβατικής ελευθερίας. Τα κριτήρια του άρθρ. 2 ν. 703/1977 απηχούν γενικότερες οικονομικές αξιολογήσεις, τις οποίες οφείλει να αξιοποιεί ο δικαστής όποτε καλείται να παρέμβει προστατευτικά προς την κατεύθυνση της αναγνώρισης υποχρέωσης για σύναψη σύμβασης²³. Ειδικότερα:

αα) *Η κατοχή μονοπωλιακής ή δεσπόζουσας θέσης στην αγορά*: Το κριτήριο αυτό καθιστά καταχρηστική την άρνηση σύναψης σύμβασης από πρόσωπο που κατέχει *de jure* ή *de facto* μονοπωλιακή ή δεσπόζουσα θέση στην αγορά. Ως δεσπόζουσα θέση θεωρείται η θέση κάθε επιχειρηματία που προσφέρει δημοσίως αγαθά ή υπηρεσίες στο κοινό (λ.χ. δικηγόροι, φαρμακεία, εστιατόρια κ.λπ.), εφόσον *in concreto* – ακόμη και αν η θέση υπεροχής του ενός συμβαλλομένου προκύπτει από την υποκειμενική ανάγκη του συγκεκριμένου αντισυμβαλλομένου – συντρέχει το στοιχείο της *αδυναμίας αξιόσιμης καταφυγής του ενδιαφερομένου σε άλλον προμηθευτή της ίδιας παροχής*. Είναι φανερό στην περίπτωση αυτή πως η εξάρτηση από την παροχή αναιρεί τη συμβατική ελευθερία του προσβλέποντος σ' αυτήν και κα-

20. Βλ. Παπανικολάου, ό.π., 418. Ομοίως κατ' αποτέλεσμα Καραλής, ό.π., 659.

21. Όπως γίνεται δεκτό και από τη νομολογία, η παραβίαση του άρθρ. 2 έχει ως συνέπεια τη δυνατότητα σύναψης σύμβασης μέσω των ΑΚ 914 και 297, βλ. ενδεικτ. Εφαθ 8843/2004 ΕλλΔνη 2006, 535.

22. Πρβλ. και το άρθρο 86 της ΣΕΚ (για την απαγόρευση, στο μέτρο που μπορεί να επηρεάσει το εμπόριο μεταξύ κρατών μελών, της καταχρηστικής εκμετάλλευσης από μια ή περισσότερες επιχειρήσεις της δεσπόζουσας θέσης τους μέσα στην κοινή αγορά ή σε σημαντικό τμήμα της). Πρβλ. και Εφαθ 1565/2006 ΔΕΕ 2006, 762 (άρνηση πώλησης φαρμάκων από αποκλειστικό διανομέα προς όλες τις φαρμακαποθήκες, για να περιοριστεί το παράλληλο εμπόριο, επειδή στην Ελλάδα, λόγω κρατικού παρεμβατισμού, τα εν λόγω φάρμακα πωλούνται σε χαμηλότερη τιμή).

23. Αν και η ρύθμιση του άρθρου 2 δεν είναι εξαντλητική, για τις υπόλοιπες περιπτώσεις η υποχρέωση σύναψης σύμβασης θα κριθεί βάσει των διατάξεων του ΑΚ, οι οποίες κρίνονται πρόσφορύτερες για το σκοπό αυτό (Παπανικολάου, ό.π., 420).

θιστά επιβεβλημένη την παρέμβαση της έννομης τάξης προς αντιστάθμιση της συναλλακτικής ανισότητας. Παράλληλα, το πρόσωπο που προσφέρει στο κοινό αγαθά ή υπηρεσίες δημιουργεί την εύλογη πεποίθηση σε κάθε ενδιαφερόμενο, ότι αυτός μπορεί να απευθυνθεί στο πρόσωπο αυτό για τη προμήθεια ενός αγαθού ή μιας υπηρεσίας, πεποίθηση που τελικά διαψεύδεται από την καταχρηστική συμπεριφορά του άλλου μέρους. Τόσο δε μεγαλύτερη είναι εδώ η ανάγκη αντίδρασης της έννομης τάξης, όσο ζωτικότερης σημασίας για το αντισυμβαλλόμενο μέρος είναι τα αγαθά ή οι υπηρεσίες, των οποίων η εξασφάλιση επιδιώκεται μέσω της σύναψης σύμβασης με τον προμηθευτή τους²⁴.

ββ) *Η φύση της ικανοποιητέας ανάγκης*: Το κριτήριο της δεσπόζουσας θέσης δεν αρκεί από μόνο του για να θεμελιώσει την υποχρέωση κατάρτισης σύμβασης, αν δεν συνδυασθεί και με άλλα στοιχεία που θα καθιστούν την άρνηση σύναψης κοινωνικά μη αποδεκτή συμπεριφορά. Αμφισβήτηση υπάρχει ως προς το αν ως τέτοιο επιπρόσθετο στοιχείο πρέπει να εκληφθεί η απαίτηση να ικανοποιείται, μέσω της αναγκαστικής σύμβασης, κάποια σπουδαία βιοτική ανάγκη ή αν αντιθέτως αρκεί οποιαδήποτε κανονική ανάγκη αναφορικά με τα αγαθά που χρειάζεται καθημερινά ο μέσος άνθρωπος για τη διαβίωσή του. Κατά τη μάλλον ορθότερη άποψη²⁵, η βασική ratio της γενικής υποχρέωσης σύναψης σύμβασης εξακολουθεί να υφίσταται και στις περιπτώσεις που η αυθαίρετη άρνηση οδηγεί τον ενδιαφερόμενο σε στέρηση αγαθών ή υπηρεσιών που καλύπτουν συνήθεις βιοτικές ανάγκες (λ.χ. κινηματογράφος, υπηρεσίες συνεργείου αυτοκινήτων κ.λπ.), καθώς η λειτουργία της συμβατικής τάξης της αγοράς διαταράσσεται και εδώ. Έτσι – και με τη συνδρομή και των υπόλοιπων κριτηρίων που εξετάζονται εδώ – θα πρόκειται για καταχρηστική άρνηση σύναψης όταν επιδιώκεται η κάλυψη έκτακτων αναγκών (λ.χ. επισκευή αυτοκινήτου από το μοναδικό συνεργείο της εθνικής οδού), όχι όμως και όταν ο ενδιαφερόμενος διαπραγματεύεται την κτήση αγαθών πολυτελείας, γιατί στην περίπτωση αυτή θεωρείται πλέον απροσπέλαστο το πεδίο της ιδιωτικής αυτονομίας του ισχυρότερου μέρους. Επισημαίνεται ακόμη, όσον αφορά τα αγαθά ή τις υπηρεσίες, ότι θα πρέπει να προορίζονται από τη φύση τους για αόριστο αριθμό προσώπων και να μη συναρτώνται με προσωπικές ιδιότητες του ενδιαφερομένου (π.χ. τραπεζική πίστωση).

γγ) *το αδικαιολόγητο της άρνησης*: Η έλλειψη αποχρώντος λόγου που να δικαιολογεί την άρνηση σύναψης σύμβασης καθιστά την άρνηση καταχρηστική. Το «αδικαιολόγητο» της άρνησης αποτελεί αόριστη νομική έννοια που συγκεκριμενοποιείται από τον δικαστή, σύμφωνα με τα δεδομένα κάθε περίπτωσης και μετά από προσεκτική στάθμιση των εκατέρωθεν συμφερόντων. Όπως σημειώνεται²⁶, για την

24. Βλ. Παπανικολάου, ό.π., 421 επ· Σταθόπουλος, ό.π., 707.

25. Βλ. Παπανικολάου, ό.π., 428· Καραύση, ό.π., 659· Παπαντωνίου, ό.π., 335.

26. Βλ. Παπανικολάου, ό.π., 432.

ύπαρξη αντικειμενικά δικαιολογημένου λόγου άρνησης θα πρέπει ο προβαλλόμενος λόγος να σχετίζεται με την ίδια τη σύμβαση και να μην ανάγεται σε στοιχεία έξω από αυτήν (λ.χ. η έλλειψη αναγκαίων ειδικών γνώσεων στο πρόσωπο του ενδιαφερομένου καθιστά δικαιολογημένη την άρνηση, όχι όμως και η διαφορά πολιτικών πεποιθήσεων).

β. Η θεμελίωση στην ΑΚ 281: Ο θεσμός της συμβατικής ελευθερίας, ακόμη και στην αποθετική του μορφή, επιτελεί μια κοινωνική λειτουργία, η οποία έγκειται στη διασφάλιση της δυνατότητας σε κάθε μέρος για αυτόνομη συμμετοχή στη συμβατική διαδικασία ανταλλαγής των αγαθών. Τυχόν προφανής²⁷ υπέρβαση του κοινωνικού αυτού σκοπού, βάσει των κριτηρίων καταχρηστικότητας που εξετάστηκαν παραπάνω, καθιστούν την άσκηση της συμβατικής ελευθερίας στην αποθετική της όψη καταχρηστική και άρα, σύμφωνα πάντα με τη θεωρία, απαγορευμένη κατ' ΑΚ 281²⁸. Με τη θεμελίωση της καταχρηστικής άρνησης στην ΑΚ 281 ανοίγει ο δρόμος για την προσφυγή και στα άρθρα 914 επ. Εφόσον συντρέχουν και οι λοιπές προϋποθέσεις της ΑΚ 914 (ή/και της 919), γεννάται αξίωση προς αποκατάσταση της ζημίας που τυχόν επήλθε στην περιουσία του προσώπου που επιδιώκει τη σύναψη της σύμβασης²⁹. Αν πρόκειται για ηθική βλάβη, η ικανοποίηση της θα επιδιωχθεί βάσει της ΑΚ 932.

Πέραν τούτων, όμως, η καταχρηστική άρνηση σύναψης, ως παράνομη παράλειψη, δημιουργεί υποχρέωση προς άρση της παρανομίας και για την περίπτωση που θα εξακολουθήσει να προκαλείται και στο μέλλον ζημία στον ενδιαφερόμενο³⁰. Η άρση της παράνομης κατάστασης δεν μπορεί να ικανοποιηθεί αλλιώς παρά μόνο με κατάρτιση της προτεινόμενης σύμβασης (μέσω καταδίκης σε αντίστοιχη δήλωση βούλησης - άρθρ. 949 ΚΠολΔ)³¹. Εφόσον, δηλαδή, απαγορεύεται η άρνηση σύναψης της σύμβασης, δεν μπορεί παρά να επιτάσσεται η σύναψή της. Τέλος, όπως

27. Ενόψει της – αυτονόητης για την ασφάλεια των συναλλαγών – προϋπόθεσης να μην επεμβαίνει ο δικαστής διορθωτικά στην άσκηση μιας νομικής εξουσίας, παρά μόνο όταν πρόκειται για έκδηλη υπέρβαση των ορίων της, το στοιχείο του «προφανούς» δεν αποτελεί αυτοτελή προϋπόθεση (βλ. Παπανικολάου, ό.π., 178).

28. Βλ. Παπανικολάου, ό.π., 440. Ομοίως Καραάσης, ό.π., 658 (για καταχρηστική άρνηση σύναψης ή ανανέωσης μιας σύμβασης)· Παπαντωνίου, ό.π., 335· Σταθόπουλος, ό.π., 706.

29. Βλ. Κορνηλάκη, ό.π., 490-1, 502-3.

30. Βλ. Παπανικολάου, ό.π., 162, 180, ότι οι έννομες συνέπειες της ΑΚ 281 διακρίνονται για την «ελαστικότητά» τους, καθώς αναζητούνται αυτοτελώς σε κάθε συγκεκριμένη περίπτωση (π.χ. ακυρότητα της δικαιοπραξίας) και ότι δεν αρκεί από μόνο του το άρθρο 281 για τη στήριξη αξίωσης αποζημίωσης. Έτσι, το πρόσωπο που βλάπτεται από την κατάχρηση έχει αξίωση για άρση των ενεργειών που συνιστούν την καταχρηστική άσκηση της νομικής εξουσίας και για παράλειψή τους στο μέλλον.

31. Βλ. Παπανικολάου, ό.π., 444· Καραάσης, ό.π., 659· Ξυπολιά, ό.π., 121-6 (ο οποίος αποδέχεται την ύπαρξη αξίωσης σύναψης μόνο για αποτροπή συνέχισης της ζημίας στο μέλλον, εφόσον έχει προηγηθεί άρνηση σύναψης που συνιστά διαρκή πηγή κινδύνων και για το μέλλον - βλ. και στην επόμενη υποσημ.)· Σταθόπουλο, ό.π., 709.

υποστηρίζει μία άποψη³², η αξίωση σύναψης μπορεί να ασκηθεί και προληπτικά (69 § 1 περίπτωση ε' και στ' ΚΠολΔ), δηλαδή πριν λάβει χώρα η καταχρηστική άρνηση, εφόσον με βεβαιότητα προσδοκάται ότι η κατάχρηση θα εκδηλωθεί στο μέλλον³³. Η προληπτική αυτή αξίωση θεμελιώνεται στη γενικότερη αρχή ότι ανταποκρίνεται πλήρως στους σκοπούς του δικαίου η πρόληψη της προσβολής των έννομων αγαθών απ' ότι η καταστολή της. Εφόσον η αγωγή γίνει δεκτή, η σύμβαση θεωρείται καταρτισθείσα, το δε ειδικότερο περιεχόμενό της προσδιορίζεται βάσει των άρθρων 200 και 288 του ΑΚ³⁴.

γ) *Η θεμελίωση στην ΑΚ 919*: Αντιθέτως, η προσπάθεια στήριξης της γενικής υποχρέωσης σύναψης σύμβασης στην αδικοπρακτική αξίωση αποζημίωσης της ΑΚ 919 σε συνδυασμό με την ΑΚ 297 εδ. β', την οποία αποδέχεται και η νομολογία³⁵, επιδέχεται αντίλογο³⁶. Ειδικότερα, καθώς το πραγματικό της διάταξης απαιτεί την ύπαρξη δόλου, που θα πρέπει μάλιστα να αποδείξει ο ενάγων που επιδιώκει τη σύναψη της σύμβασης, η εφαρμογή της διάταξης αυτής θέτει σε κίνδυνο τον προστατευτικό σκοπό του θεσμού της αναγκαστικής σύμβασης. Πρόσθετα προβλήματα δημιουργούνται και από το γεγονός ότι κατά κανόνα δεν συντρέχει η προϋπόθεση της ήδη επελθούσας ζημίας στο πρόσωπο του ενδιαφερομένου, αφού πρόκειται για επιδίωξη αποτροπής μιας μέλλουσας να επέλθει ζημίας. Δεν μπορεί επομένως να γίνεται λόγος για *in natura* αποκατάσταση της ζημίας, αφού αποκαταστατέα ζημία δεν έχει ακόμη υπάρξει. Με άλλα λόγια, θα πρόκειται για μια μορφή προληπτικής έννομης προστασίας, με την οποία δεν συμβιβάζεται η αποκαταστατική λειτουργία της αποζημίωσης. Υπό τα δεδομένα αυτά, υποστηρίζεται εναλλακτικά ότι, εφόσον η άρνηση σύναψης σύμβασης προκαλεί ή – κατά τους κανόνες της πρόσφορης αιτιότητας – θα προκαλούσε στο μέλλον ζημία στον ενδιαφερόμενο κατά τρόπο αντίθετο στα χρηστά ήθη, η γενική υποχρέωση σύναψης μπορεί να θεμελιωθεί στην απορρέουσα από το άρθρο 919 ΑΚ υποχρέωση προς αποτροπή της ζημίας³⁷. Την

32. Βλ. Παπανικολάου, ό.π., 444-5. Αντίθετα κατά τον Ξυπολιά (ό.π., 130) δεν γεννάται αξίωση σύναψης όταν υπάρχει βάσιμος φόβος ότι θα εκδηλωθεί στο μέλλον η καταχρηστική άρνηση (είτε αυτή έχει προηγουμένως εκδηλωθεί και υπάρχει φόβος επανάληψής της, είτε όχι). Διότι, στην περίπτωση αυτή, δεν έχει γεννηθεί ακόμη, πριν την άρνηση, η υποχρέωση σύναψης.

33. Π.χ. άρνηση εκτέλεσης μελλοντικών παραγγελιών.

34. Βλ. Σταθόπουλο, ό.π., 709.

35. Βλ. ενδεικτ. Εφαθ 8843/2004 ΕλλΔνη 2006, 535 (υποχρέωση σύναψης ως *in natura* αποζημίωση): Εφαθ 2093/2006 ΔΕΕ 2006, 757 («η διάταξη του άρθρου 919 ΑΚ ... διευρύνει την έννοια της καταχρήσεως δικαιώματος, ώστε δεν περιορίζεται η έννοια αυτή, όπως στο άρθρο 281 ΑΚ, στην άσκηση συγκεκριμένου δικαιώματος εκ του νόμου ή της δικαιοπραξίας, αλλά καταλαμβάνει και κάθε πράξη ή παράλειψη εκ της γενικής ατομικής ελευθερίας, τις λεγόμενες φυσικές ευχέρειες, δηλαδή τις εξουσίες που απολαύει κάθε πρόσωπο με ικανότητα δικαίου και δικαιοπραξίας»).

36. Βλ. Παπανικολάου, ό.π., 436-8.

37. Βλ. Ξυπολιά, ό.π., 121 επ., με την έννοια του πρωτεύοντα κανόνα δικαίου που απορρέει από το

εκπλήρωση της τελευταίας αυτής υποχρέωσης – η οποία εκλαμβάνεται και ως ανεξάρτητη από την ύπαρξη πταίσματος – μπορεί να επιδιώξει ο ενδιαφερόμενος με την (οιονεί αρνητική) αγωγή προς παράλειψη. Με τη μορφή της προληπτικής έννομης προστασίας (69 ΚΠολΔ), η αξίωση παράλειψης της παράνομης άρνησης σημαίνει αξίωση θετικής πράξης, δηλαδή αξίωση για σύναψη σύμβασης. Η κατά τον τρόπο αυτό εφαρμογή της ΑΚ 919 εμφανίζει το πλεονέκτημα ότι καθιστά περιττή την προσφυγή στις περισσότερο αόριστες έννοιες της ΑΚ 281³⁸.

4. Τέλος, όταν η καταχρηστική συμπεριφορά εκδηλώνεται ταυτόχρονα και κατά τρόπο που προσβάλλει την προσωπικότητα του άλλου μέρους, καλούνται σε εφαρμογή και οι διατάξεις των άρθρων 57-59 του ΑΚ³⁹. Στις ειδικότερες αυτές περιπτώσεις της «υποτιμητικής διάκρισης», όπου εκδηλώνεται περιφρονητική συμπεριφορά προς τα μέλη μιας συγκεκριμένης ομάδας προσώπων (πολιτικού κόμματος, φυλής, θρησκείας κ.λπ.), ο αδικαιολόγητος χαρακτήρας της άρνησης θεωρείται δεδομένος και η τελευταία, με τη συνδρομή και των λοιπών κριτηρίων που εξετάστηκαν, αναμφίβολα καταχρηστική. Ωστόσο ζήτημα ανακύπτει όταν το πρόσωπο, σε βάρος του οποίου εκδηλώνεται η περιφρόνηση, έχει τη δυνατότητα να προσφύγει σε άλλον προμηθευτή της ίδιας παροχής, όταν δηλαδή δεν συντρέχει η προϋπόθεση της αδυναμίας αξιόσιμης καταφυγής του ενδιαφερομένου σε εναλλακτικές λύσεις. Με αναγωγή στη ratio της αναγκαστικής σύμβασης, που θέλει αυτήν να εξυπηρετεί πρωτίστως το συμφέρον του ενδιαφερομένου για απόλαυση της παροχής, υποστηρίζεται πως οι περιπτώσεις αυτές πρέπει να αντιμετωπιστούν αποκλειστικά βάσει των ΑΚ 57-59⁴⁰. Όπως σημειώνεται, «...η εμμονή στη δυνατότητα ενεργοποίησης του θεσμού της αναγκαστικής σύμβασης και στις περιπτώσεις αυτές θα οδηγούσε σε παρέκβαση της λειτουργίας του, αφού το μόνο ουσιαστικό συμφέρον που θα δικαιολογούσε εδώ την επιβολή υποχρέωσης προς σύναψη θα ήταν εκείνο της ηθικής ικανοποίησης του προσώπου, εις βάρος του οποίου γίνεται η υποτιμητική διάκριση. Αλλά το συμφέρον ακριβώς αυτό προστατεύεται ήδη επαρκώς με τις διατάξεις περί προσβολής της προσωπικότητας»⁴¹.

άρθρο 919 του ΑΚ για παρεμπόδιση συνέχισης της ζημίας. Στην περίπτωση αυτή ο συγγραφέας δέχεται και προληπτική άσκηση της αντίστοιχης αξίωσης.

38. Βλ. Σταθόπουλο, ό.π., 706. Αντίθετος ο Παπανικολάου, ό.π., 177 και 439 (ευκολότερη η οδός της ΑΚ 281 γιατί δεν προϋποθέτει ζημία και πρόθεση).

39. Για νομολογημένες περιπτώσεις άσκησης φυσικών ευχερειών κατά τρόπο αντίθετο στα χρηστά ήθη (ν. 146/1914, άρθρ. 919 του ΑΚ), που συνιστούν ταυτόχρονα και προσβολή της προσωπικότητας, βλ. ενδεικτ. Εφαθ 698/2003 ΕλλΔνη 2004, 1062· Εφαθ 5136/2005 ΔΕΕ 2005, 939.

40. Βλ. Παπανικολάου, ό.π., 434

41. Βλ. Παπανικολάου, ό.π., 434. Θεωρώ ωστόσο πως, με την ίδια λογική που και η άρση της παραιομίας στα πλαίσια της ΑΚ 281 γίνεται μέσω επιβολής υποχρέωσης σύναψης, έτσι και εδώ, η άρση της προσβολής της προσωπικότητας, δηλαδή η ανατροπή του αιτιατού της (βλ. Παπαστερίου, Γενικές Αρχές, Ια, 1994, 180· Κορνηλάκης, ό.π., 666-7), επιτυγχάνεται μόνο μέσω επιβολής της συμπεριφοράς

III. Ο δικαστικός έλεγχος των συμβάσεων «καταστρατήγησης» ή «παράκαμψης» κανόνων αναγκαστικού δικαίου

1. Η θέσπιση απαγορευτικών ή επιτακτικών κανόνων δικαίου στόχο έχει να αποκλείσει κάθε συμπεριφορά που άμεσα ή έμμεσα αντιβαίνει στους κανόνες αυτούς. Ειδικότερη περίπτωση έμμεσης αντίθεσης στους κανόνες δικαίου αποτελούν οι συμβάσεις που συνάπτονται προς καταστρατήγηση ή «περιγραφή» του νόμου⁴²

εκείνης που ευθυγραμμίζεται με τις αξιολογήσεις του δικαίου. Δηλαδή, εφόσον η άρνηση σύναψης είναι προϊόν υποτιμητικής διάκρισης, η «εξυγίανση» της τελευταίας αντιστοιχεί σε βούληση κατάρτισης της σύμβασης. Εξάλλου, οι διατάξεις περί προσβολής της προσωπικότητας αναγνωρίζουν ηθικό μεν συμφέρον (ΑΚ 59), δίδεται όμως προβάδισμα στην ίδια την ανατροπή της προσβολής (ΑΚ 57), ως εξάλειψη της «πηγής του κακού». *Με την ανατροπή της προσβολής βαρύνεται το πρόσωπο που προσέβαλε την προσωπικότητα του άλλου.* Δεν μπορεί, συνεπώς, ο προσβάλλον να απεκδυθεί της αντίστοιχης υποχρέωσής του επειδή υπάρχει άλλος δυνατικός προμηθευτής της επιδιωκόμενης παροχής, στον οποίο οφείλει, κατά την άποψη αυτή, να προσφύγει ο προσβληθείς. Διότι έτσι μετακυλιεται ουσιαστικά η ευθύνη του προσβάλλοντος στον προσβληθέντα. Η τιθέμενη προϋπόθεση αδυναμίας αξιόσιμης καταφυγής του ενδιαφερομένου σε άλλο πρόσωπο αποσαφηνίζει την ανάγκη συνδρομής συνθηκών «δομικής» διαπραγματευτικής ανισότητας, προκειμένου να λειτουργήσει ο μηχανισμός της αναγκαστικής σύμβασης. Όμως, το πρόσωπο του οποίου η προσωπικότητα έχει προσβληθεί, δεν έχει πλέον μόνο συμφέρον να εξασφαλίσει την αρχικά επιδιωκόμενη παροχή, αλλά λόγω του στοιχείου της υποτιμητικής συμπεριφοράς που έχει παρεισφρήσει, επιδιώκει τώρα να «αποκαταστήσει» την προσβεβλημένη προσωπικότητά του έναντι του συγκεκριμένου προσώπου που προβαίνει σε μείωσή της, αξιώνοντας από το τελευταίο σεβασμό της ανθρώπινης αξιοπρέπειάς του. Η προστασία της ανθρώπινης αξιοπρέπειας, εδώ, πέραν του γεγονότος ότι αναιρεί το «αξιώσιμο» της καταφυγής του ενδιαφερομένου σε άλλο πρόσωπο, δεν συνδυάζεται καν με την προβληματική των αναγκαστικών συμβάσεων που λειτουργούν σε πεδία διαπραγματευτικά άνισων συναλλασσομένων. «Δομική» ανισότητα δεν υφίσταται εν προκειμένω. Αντίθετα, η προστασία της ανθρώπινης αξιοπρέπειας, μέσω της ΑΚ 57, είναι αυτή που καθιστά επιβεβλημένη τη δικαστική παρέμβαση με την επιβολή της υποχρέωσης για σύναψη σύμβασης.— Πρβλ. και *Δέλλιο* (Προστασία των καταναλωτών και σύστημα του Ιδιωτικού Δικαίου Ι, Ο καταναλωτής ως υποκείμενο έννομης προστασίας, 2005, σελ. 374), που τονίζει ότι σε περίπτωση προσβολής της ανθρώπινης αξιοπρέπειας, γίνεται δεκτή η άμεση τριτενέργεια των συνταγματικών δικαιωμάτων στις ιδιωτικές έννομες σχέσεις, και ότι (σελ. 369) «...λ.χ. η ελευθερία του εσιάτορα να συμβάλλεται κατά βούληση (5 § 1 Σ) υποχωρεί άνευ ετέρου μπροστά στην ανθρώπινη αξία του αλλοδαπού, με τον οποίο ο εσιάτορας αρνείται να συμβληθεί λόγω της καταγωγής του (5 § 2 και 2 § 1 Σ)». Πρβλ. και την οδηγία 2000/43 «περί εφαρμογής της αρχής της ίσης μεταχείρισης προσώπων ασχέτως φυλετικής ή εθνοτικής τους καταγωγής» (προοίμιο, αριθμ. 12: «προκειμένου να εξασφαλιστεί η ανάπτυξη δημοκρατικών και ανεκτικών κοινωνιών οι οποίες θα επιτρέπουν τη συμμετοχή παντός, ασχέτως φυλετικής ή εθνοτικής καταγωγής, μια συγκεκριμένη δράση στον τομέα των διακρίσεων λόγω φυλετικής ή εθνοτικής καταγωγής πρέπει να ...καλύπτει τομείς όπως ...οι κοινωνικές παροχές και η πρόσβαση σε αγαθά και υπηρεσίες»).

42. *Μπαλής*, Γενικές Αρχές, σ. 171· *Σημαντήρας*, Γενικές Αρχές, σ. 440· *Παπαντωνίου*, Γενικές Αρχές, σ. 426· *Βαθρακοκόλης*, ΑΚ (Α' τόμ.), σ. 262-263· *Απ. Γεωργιάδης*, Γενικές Αρχές, σ. 460· *Καράσης*, Εγχειρίδιο Γενικών Αρχών - Δίκαιο της δικαιοπραξίας, σ. 134· ο ίδιος σε Γεωργιάδη - Σταθόπουλου ΑΚ Ι, άρθρ. 174, αρ. 7· ο ίδιος, Γενικές Αρχές Ι, σ. 148· *Σπυριδάκης*, Εγχειρίδιο Αστικού Δικαίου Ι - Γενικές Αρχές, σ. 183.

(*in fraudem legis*⁴³), οι οποίες είναι τυπικά άψογες, οδηγούν όμως στο ίδιο επιλήψιμο αποτέλεσμα με αυτές που αντίκεινται ευθέως στους κανόνες δικαίου. Καταστρατήγηση μπορεί να λάβει χώρα σε βάρος κάθε διάταξης αναγκαστικού δικαίου. Χαρακτηριστικές περιπτώσεις καταστρατήγησης στο αστικό δίκαιο είναι λ.χ.: η καταπιστευτική μεταβίβαση της κυριότητας κινητού πράγματος με παράδοση της νομής με αντιφώνηση, αντί της σύστασης ενεχύρου⁴⁴, η πώληση πράγματος με συμφωνία μεταγενέστερης εξώνησης, με σκοπό την συγκάλυψη τοκογλυφικών δανείων⁴⁵, οι συμφωνίες με βάση τις οποίες η άσκηση αξίωσης αποκλείεται αν πληρωθεί διαλυτική αίρεση, με σκοπό την απαγορευμένη σύντηξη του χρόνου παραγραφής (275 ΑΚ)⁴⁶, η σύναψη σύμβασης μεταξύ του αντιπροσώπου και του πληρεξουσίου του, με σκοπό την καταστρατήγηση του άρθρου 235 ΑΚ, το οποίο απαγορεύει την αυτοσύμβαση⁴⁷ κ.λπ. Συνηθισμένες είναι και οι συμβάσεις, με τις οποίες επιδιώκεται η παράκαμψη φορολογικών κανόνων⁴⁸. Χαρακτηριστικό των καταστρατηγητικών συμβάσεων είναι ότι παραβιάζουν έμμεσα τους κανόνες αναγκαστικού δικαίου. Υπάρχουν ωστόσο και περιπτώσεις όπου η απαγόρευση καταστρατήγησης του νόμου έχει γίνει περιεχόμενο ειδικού κανόνα δικαίου. Αυτό συμβαίνει όταν το επιβάλλουν ιδιαίτεροι λόγοι, όπως η αναγνωρισμένη δομική ανισότητα διαπραγματευτικής θέσης μεταξύ των μερών και η συνακόλουθη ανάγκη προστασίας ενός από αυτά⁴⁹ ή η ανάγκη προστασίας γενικότερων συμφερόντων, όπως η ασφάλεια των συναλλαγών⁵⁰.

43. Από τον λατινικό όρο *fraus*, ο οποίος στο ρωμαϊκό δίκαιο δηλώνει την «περιγραφή» ή «βλάβη» ή «ζημία» της έννομης τάξης.

44. Έτσι ο οφειλέτης διατηρεί την φυσική εξουσία επί του πράγματος με τελικό αποτέλεσμα να δημιουργείται στους τρίτους λανθασμένη εικόνα για την πιστοληπτική ικανότητά του (*Δέλλιος*, Το φαινόμενο των συμβάσεων «καταστρατήγησης» εννόμων ρυθμίσεων - Σύγχρονα ζητήματα αστικού δικαίου πέρα από τον ΑΚ, 1ο συνέδριο Ένωσης Αστικολόγων, τόμ. Πρακτικών 1995, σ. 80· *Σημαντήρας*, Γενικές Αρχές, σ. 440. Αντίθετος ο *Καράσης*, σε Γεωργιάδη - Σταθόπουλου ΑΚ Ι, άρθρ. 174, αρ. 7).

45. *Δέλλιος*, ο.π. (1995), σ. 79.

46. *Καράσης*, σε Γεωργιάδη - Σταθόπουλου ΑΚ, άρθρ. 174, αρ. 7.

47. *Καράσης*, Εγχειρίδιο Γενικών Αρχών - Δίκαιο της δικαιοπραξίας, σ. 134· ο ίδιος σε Γεωργιάδη - Σταθόπουλου ΑΚ, άρθρ. 174, αρ. 7.

48. Χαρακτηριστικό παράδειγμα αποτελεί η περίπτωση αγοράς μακροπρόθεσμων τίτλων του Δημοσίου (*Repos*) από τράπεζες με συμφωνία της επαναγοράς αυτών και πάλι από τις τράπεζες με προκαθορισμένο τίμημα. Οι με αυτόν τον τρόπο συναλλασσόμενοι επετύγχαναν στην ουσία μια κατάθεση με υψηλό επιτόκιο, χωρίς ωστόσο οι «καταθέσεις» αυτές να υπόκεινται στην φορολογία καταθέσεων, παρακάμπτοντας έτσι τις διατάξεις του άρθρ. 21 ν. 1921/1991 (*Δέλλιος*, ο.π., 1995, σ. 77).

49. Άρθρ. 8 ν. 2112/1920 επί συμβάσεων εργασίας ορισμένου χρόνου, οι οποίες δεν δικαιολογούν τον χαρακτήρα τους, δεδομένου ότι ο εργαζόμενος καλύπτει πάγιες και διαρκείς ανάγκες του εργοδότη, και συνάπτονται με σκοπό την καταστρατήγηση των διατάξεων για τη νόμιμη αποζημίωση της καταγγελίας της σύμβασης εργασίας αορίστου χρόνου (ΑΠ 109/2006 ΝοΒ 2006,1097· ΑΠ 1204/2003 ΕλλΔνη 2003,160).

50. Άρθρ. 17 ν. 5325/1932 και άρθρ. 22 ν. 5060/1933 για συναλλαγματική και επιταγή αντίστοιχα,

2. Επειδή οι καταστρατηγητικές πρακτικές τείνουν να καταστήσουν τον εύπλαστο χαρακτήρα του δικαίου των συμβάσεων μέσο παράκαμψης των έννομων ρυθμίσεων⁵¹, καθίσταται ζωτικής σημασίας η ανάγκη για *διάγνωση της καταστρατήγησης* με σκοπό την αποτελεσματική αντιμετώπισή της. Για τη διάγνωση αυτή η κρατούσα άποψη υποστηρίζει την αντικειμενική θεωρία⁵². Σύμφωνα με αυτή μια σύμβαση καταστρατηγεί τον νόμο όταν αντικειμενικά αντιβαίνει στο σκοπό μιας απαγορευτικής ή επιτακτικής διάταξης, χωρίς μεν να απαιτείται από τα μέρη πρόθεση καταστρατήγησης της, αλλά και χωρίς να λαμβάνονται υπόψη τα ιδιαίτερα στοιχεία και οι εξατομικευμένες συνθήκες της υπό κρίση περίπτωσης. Η θέση αυτή οδηγεί σε μια ιδιαίτερα αυστηρή αντιμετώπιση των συμβάσεων, αφού έτσι οι συμβάσεις αποκόπτονται από τις πραγματικές καταστάσεις με τις οποίες συνδέονται και τις οποίες κλήθηκαν να ρυθμίσουν. Άλλη γνώμη, με ελάχιστη απήχηση, υποστηρίζει την ακραία υποκειμενική θεωρία, με βάση την οποία απαιτείται δόλος των μερών προς καταστρατήγηση του νόμου, δηλαδή πρόθεση καταστρατήγησης.

Η ορθότερη γνώμη για την διάγνωση της καταστρατήγησης προβάλλει τη συνολική αξιολόγηση της κάθε σύμβασης, την «ουσιαστική τυπολογική σύλληψη της υπό κρίση συναλλαγής με βάση την οικονομική της θεώρηση, σε συνδυασμό με την ερμηνεία του σκοπού των διατάξεων που καλούνται σε εφαρμογή»⁵³. Κατά την άποψη αυτή, αφενός πρέπει να διαπιστώνεται η πραγματική βούληση του νομοθέτη και ο σκοπός του καταστρατηγούμενου κανόνα δικαίου, αφετέρου πρέπει να συνεκτιμώνται οι πραγματικές καταστάσεις με τις οποίες συνδέεται η σύμβαση⁵⁴, τα ιδιαίτερα περιστατικά και οι ειδικές συνθήκες που επιδρούν με τον ένα ή άλλο τρόπο σε αυτή⁵⁵. Επιβάλλεται επίσης να ληφθεί υπόψη και η *in concreto* πρόθεση των μερών⁵⁶, ιδίως ως προς το αποτέλεσμα που επεδίωξαν τα μέρη με την συγκεκριμένη σύμβαση. Υπό το πρίσμα αυτό δεν αποκλείεται, αν συντρέχουν ιδιαίτεροι λόγοι που συνδέονται συνήθως με το είδος ή τον τρόπο λειτουργίας της συναλλαγής, να απο-

που απαγορεύουν την προβολή «προσωπικών» ενστάσεων κατά του κοιμιστή, εκτός εάν ο κοιμιστής κατά την κτήση της συναλλαγματικής ενήργησε εν γνώσει προς βλάβη του οφειλέτη (ΑΠ 1456/2007 ΕΕμπΔ 2008, 322· ΑΠ 904/2006 ΝοΒ 2006, 1803).

51. Δέλλιος, ο.π. (1995), σελ. 83.

52. Μπαλής, Γενικές Αρχές, σ. 172· Βαθρακοκόιλης, ΑΚ (Α' τόμ.), σ. 263· Απ. Γεωργιάδης, Γενικές Αρχές, σ. 460· Καραύσης, Εγχειρίδιο Γενικών Αρχών - Δίκαιο της δικαιοπραξίας, σ. 134· ΑΠ 1311/1990 ΕΕΝ 1991, 549.

53. Δέλλιος, ο.π. (1995), σ. 81.

54. Παπαντωνίου, Γενικές Αρχές, σ. 426, όπου γίνεται αναφορά σε ειδικές συνθήκες που δικαιολογούν και νομιμοποιούν την σύμβαση.

55. Για παράδειγμα οι κρατούσες κατά την κατάρτιση της σύμβασης εμπορικές και συναλλακτικές συνήθειες ή το είδος και η φύση των παροχών.

56. Καραύσης, σε Γεωργιάδη - Σταθόπουλου ΑΚ, άρθρ. 174, αρ. 7. Συμβιβαστικός είναι και ο Σημαντήρας (Γενικές Αρχές, σ. 441), ο οποίος, διαφοροποιούμενος τόσο από την αντικειμενική όσο και από την υποκειμενική θεωρία, διατυπώνει μια ενδιάμεση θεωρία.

δειχθεί ότι μια αρχικά ύποπτη για καταστρατήγηση σύμβαση είναι τελικά σύμφωνη με τα συναλλακτικά ήθη ή τις εμπορικές συνήθειες και, άρα, δεν είναι επιλήψιμη⁵⁷.

Τη λύση αυτή υποδεικνύει το ίδιο το αρ. 174 ΑΚ, με την επιφύλαξη που διατυπώνεται στη φράση «αν δεν συνάγεται κάτι άλλο», δηλαδή κάποια άλλη συνέπεια εκτός της ακυρότητας. Η επιφύλαξη αυτή παρέχει στον δικαστή την ευχέρεια να εκτιμήσει *in concreto* τα πραγματικά περιστατικά και τις ιδιαίτερες συνθήκες της υπό κρίση περίπτωσης, ώστε να μην οδηγείται άνευ ετέρου στην κήρυξη της δικαιοπραξίας ως άκυρης⁵⁸. Όμως η κρατούσα σε θεωρία⁵⁹ και νομολογία⁶⁰ άποψη ερμηνεύει αλλιώς αυτή την επιφύλαξη, προσθέτοντας στη φράση «αν δεν συνάγεται κάτι άλλο» τη φράση «από την απαγορευτική διάταξη». Έτσι ερμηνευόμενη η επιφύλαξη του αρ. 174 ΑΚ καθιστά το άρθρο αυτό εντελώς άκαμπτο και περιορίζει υπέρμετρα τον δικαστή, με αποτέλεσμα να δημιουργούνται *in abstracto* απαγορεύσεις, χωρίς να εξετάζονται τα συγκεκριμένα και ιδιαίτερα στοιχεία της κάθε περίπτωσης.

Η υποστηριζόμενη ενδιάμεση άποψη για τη διάγνωση της καταστρατήγησης συμβάλλει στην ορθή αντιμετώπιση του φαινομένου των καταστρατηγητικών συμβάσεων με τρόπο συνολικό: Έτσι, αν καταστρατηγείται επιτακτικός κανόνας δικαίου, θα ληφθεί υπόψη ο σκοπός στον οποίο απέβλεψαν τα μέρη και θα αναζητηθεί η καλυπτόμενη δικαιοπραξία κατ' ΑΚ 138 παρ. 2, οπότε τη λύση θα δώσει η ρύθμιση για την εικονικότητα⁶¹. Αν πάλι καταστρατηγείται απαγορευτικός κανόνας δικαίου, η συνολική θεώρηση της καταστρατηγητικής σύμβασης θα έχει ως αποτέλεσμα την υπαγωγή της τελευταίας στον απαγορευτικό κανόνα δικαίου και την ακυρότητά της κατ' ΑΚ 174, μιας και σε αυτές τις περιπτώσεις η ρύθμιση για την εικονικότητα δεν μπορεί να δώσει λύση⁶².

Απευκταία θα ήταν μια γενικευμένη νομοθετική απαγόρευση των συμβατικών μορφωμάτων που χρησιμοποιούνται για την παράκαμψη των κανόνων δικαίου⁶³,

57. ΑΠ 377/1974 ΝοΒ 1974, 1367· ΑΠ 1539/1983 ΕΕΝ 1984, 592 = ΕλλΔνη 1984, 1161.

58. Χατζηνικολάου, Έννοια και λειτουργία του άρθρ. 174 ΑΚ, Αρμ 1981, σ. 740-741.

59. Μπαλής, Γενικές Αρχές 1961, σ. 169· Παπαντωνίου, Γενικές Αρχές, σ. 426· Σημαντήρας, Γενικές Αρχές, σ. 439· Απ. Γεωργιάδης, Γενικές Αρχές, σ. 458· Καρασής, Εγχειρίδιο Γενικών Αρχών - Δίκαιο της δικαιοπραξίας, σ. 135· ο ίδιος σε Γεωργιάδη - Σταθόπουλου ΑΚ, άρθρ. 174 αρ. 7.

60. Με πιο πρόσφατη την ΟΛΑΠ 16/2004 ΕλλΔνη 2004, 1322. Επίσης ΕφΠατρ 363/2001 ΑχΝομ 2001, 6· ΕφΑθ 14073/1988 ΕΕΝ 1989, 307.

61. Για παράδειγμα τα μέρη εικονικά συνάπτουν σύμβαση πώλησης, αντί για δωρεά, για να παρακάμψουν την φορολογία της δωρεάς που είναι υψηλότερη, οπότε η πώληση θα φορολογηθεί ως δωρεά.

62. Εδώ οι δηλώσεις βούλησης είναι πραγματικές και όχι φαινομενικές, ώστε να υπαχθούν στο άρθρ. 138 ΑΚ. Εξάλλου, όταν καταστρατηγούνται απαγορευτικές διατάξεις μέσω συμβάσεων, η εικονικότητα δεν μπορεί να οδηγήσει στην εγκυρότητα της καλυπτόμενης σύμβασης, αφού η καλυπτόμενη είναι απαγορευμένη από το νόμο, οπότε δεν πληρούνται οι προϋποθέσεις για το έγκυρο αυτής (Δέλλιος, ό.π., 1995, σ. 81-82).

63. Μόνο εξαιρετικά ίσως, σε περιπτώσεις όπου συντρέχουν ιδιαίτεροι λόγοι, όπως ακριβώς συμ-

δεδομένου ότι η διάγνωση της καταστρατήγησης πραγματοποιείται *in concreto*. Υπάρχουν παραδείγματα νομοθετικής παρέμβασης και ρύθμισης φαινομένων καταστρατήγησης, χωρίς επιτυχία⁶⁴. Σε τέτοιες περιπτώσεις, ελλοχεύει ο κίνδυνος να πληγεί ανεπανόρθωτα η ασφάλεια των συναλλαγών.

3. *Συμβάσεις καταστρατήγησης και ΑΚ 281*: Η συμβατική ελευθερία, ως έννομη κατάσταση, συνιστά ειδικότερη εκδήλωση της γενικής ανθρώπινης ελευθερίας στο πεδίο των συναλλακτικών σχέσεων. Ως θεσμός διέπεται από ένα πλέγμα κανόνων δικαίου με στόχο την πραγμάτωση ενός διαρκούς σκοπού, δηλαδή να παρέχει στα άτομα τη δυνατότητα να ρυθμίζουν αυτόνομα τις σχέσεις τους. Έτσι η συμβατική ελευθερία εξειδικεύεται περαιτέρω σε ειδικότερους θεσμούς, τις έννομες σχέσεις, από τις οποίες απορρέουν δικαιώματα και υποχρεώσεις. Εν όψει του ότι η άσκηση των δικαιωμάτων υπόκειται στους περιορισμούς του αρ. 281 ΑΚ, η άσκηση της συμβατικής ελευθερίας αλλά και κάθε φυσικής ευχέρειας – που, ως θεσμοί, είναι έννοιες υπερκείμενες των δικαιωμάτων – πρέπει να υπόκειται σε ανάλογους περιορισμούς⁶⁵. Εξάλλου, η καταγραφή της απαγόρευσης κατάχρησης δικαιώματος ως συνταγματικής επιταγής (αρ. 25 παρ. 3 Σ), σημαίνει ότι η απαγόρευση αυτή καταλαμβάνει το δικαίο σε όλη του την έκταση, συνεπώς και τους δικαιοϊκούς θεσμούς, μεταξύ των οποίων και το θεσμό της συμβατικής ελευθερίας⁶⁶. Το αντίθετο θα ερχόταν σε σύγκρουση με το τελολογικό σύστημα της έννομης τάξης⁶⁷. Η άσκηση της συμβατικής ελευθερίας υπό τους περιορισμούς του αρ. 281 ΑΚ συμβάλλει ουσιαδώς στην κάλυψη της ανάγκης για δικαιοσύνη στις συναλλαγές. Δικαιοσύνη όχι μόνο «εσωτερική», στα πλαίσια της έννομης σχέσης και για χάρη του δομικά ασθενέστερου αντισυμβαλλομένου, αλλά και δικαιοσύνη «εξωτερική» - γενικότερη, για

βαίνει στα άρθρ. 8 παρ. 3 ν. 2112/1920, 17 ν. 5325/1932 και 22 ν. 5060/1933.

64. Ενδεικτικά για την αντιμετώπιση του φαινομένου φοροδιαφυγής μέσω των Repos, το άρθρ. 19 παρ 11 ν. 2214/1994 εξομοίωσε την φορολογία των εισοδημάτων από Repos με αυτή των καταθέσεων. Αυτό το μέτρο ώθησε την αγορά στην ανακάλυψη νέων τρόπων αποφυγής και της νέας αυτής φορολογικής διάταξης. Πλέον η συμφωνία επαναγοράς των τίτλων από τις τράπεζες ήταν σιωπηρή, μια «συμφωνία κυρίων». Η αποτυχία της νομοθετικής ρύθμισης οδήγησε το Υπουργείο Οικονομικών στην έκδοση εγκυκλίου προς τις ΔΟΥ με εντολή να παρακρατούν το φόρο ακόμα και στις περιπτώσεις που στις συμβάσεις αγοράς Repos δεν υπάρχει ρητή συμφωνία επαναγοράς. Αποτέλεσμα ήταν η δημιουργία ενός φαύλου κύκλου, επικίνδυνου για τις συναλλαγές (Δέλλιος, ο.π., 1995, σ. 78). Άλλο παράδειγμα επικίνδυνης για τις συναλλαγές επέμβασης είναι η με αρ. πρωτ. 1099970/59/0015 εγκύκλιος του Υπουργείου Οικονομίας και Οικονομικών που απαγόρευσε τον συμψηφισμό των εκατέρωθεν απαιτήσεων μεταξύ των εμπόρων όταν αυτές υπερέβαιναν τα 15000 ευρώ (Παμπούκη, Στρεβλώσεις των συναλλαγών με φορολογικές ρυθμίσεις, ΕπισκΕΔ 2003, 593-595).

65. Για τη θεμελίωση της καταχρηστικής άσκησης της συμβατικής ελευθερίας βλ. Παπανικολάου, Κατάχρηση της συμβατικής ελευθερίας (1986), 13-17.

66. Καραύης, Μελέτες γενικής θεωρίας δικαίου και αστικού δικαίου II, σ. 655.

67. Καραύης, ο.π., σ. 656.

χάρη ευρύτερων κοινωνικοοικονομικών επιδιώξεων⁶⁸.

Η κατάχρηση θεσμού εμφανίζεται συχνά ως μέσο καταστρατήγησης έννομων ρυθμίσεων⁶⁹. Σε ορισμένες περιπτώσεις η καταστρατήγηση επιτυγχάνεται μέσω της καταχρηστικής εκμετάλλευσης της συμβατικής ελευθερίας, ως γενικότερου θεσμού⁷⁰, ενώ σε άλλες περιπτώσεις μέσω της καταχρηστικής εκμετάλλευσης ειδικότερων θεσμών, των έννομων σχέσεων⁷¹. Η ελληνική νομολογία, παρά την άρνηση υπαγωγής της συμβατικής ελευθερίας στον έλεγχο του αρ. 281 ΑΚ, αναγνωρίζει περιπτώσεις κατάχρησης έννομης σχέσης. Χαρακτηριστικό παράδειγμα αποτελεί η καταχρηστική εκμετάλλευση της νομικής προσωπικότητας ή η καταχρηστική επίκληση της αυτοτέλειας του νομικού προσώπου, οπότε και γίνεται λόγος για ανάγκη «άρσης» ή «κάμψης» της νομικής προσωπικότητας ή για ανάγκη «παραμερισμού» της αυτοτέλειας του νομικού προσώπου. Στις περιπτώσεις αυτές, φυσικά πρόσωπα ιδρύουν εμπορικές εταιρίες, οι οποίες φαινομενικά είναι αυτοτελείς και ασκούν εμπορικές πράξεις, ενώ στην πραγματικότητα το φυσικό πρόσωπο που ίδρυσε ή ελέγχει την εταιρία ασκεί τις εμπορικές πράξεις για δικό του λογαριασμό και χρησιμοποιεί καταχρηστικά τη νομική προσωπικότητα της εταιρίας με απώτερο σκοπό την καταστρατήγηση κανόνων αναγκαστικού δικαίου, που προβλέπουν την προσωπική του ευθύνη. Η διοχέτευση της επιχειρηματικής δραστηριότητας των φυσικών προσώπων μέσω των εταιρικών τύπων και η χρήση της νομικής προσωπικότητας της εμπορικής εταιρίας ως «μηχανισμού απορρόφησης» των δυσμενών συνεπειών της επιχειρηματικής δραστηριότητας, είναι καταρχήν σκοπός θεμιτός που συμβαδίζει με την κοινωνικοοικονομική αποστολή του θεσμού της εμπορικής εταιρίας⁷². Η

68. Σταθόπουλος, Γενικό Ενοχικό Δίκαιο (2004), σ. 698.

69. Καράσης, ο.π., σ. 691-700.

70. Η καταπιστευτική μεταβίβαση της κυριότητας κινητού πράγματος με παράδοση της νομής με αντιφώνηση αντί της σύναξης ενεχύρου, η πώληση πράγματος με συμφωνία μεταγενέστερης εξόνησης με σκοπό την συγκάλυψη τοκογλυφικών δανείων, συμφωνίες με βάση τις οποίες η άσκηση αξίωσης αποκλείεται αν πληρωθεί διαλυτική αίρεση, με σκοπό την απαγορευμένη σύντμηση του χρόνου παραγραφής (275 ΑΚ) κ.λπ. αποτελούν περιπτώσεις καταστρατήγησης, μέσω κατάχρησης της συμβατικής ελευθερίας, της δυνατότητας που έχουν τα μέρη να επιλέγουν συμβατικά μορφώματα για τη ρύθμιση των σχέσεών τους.

71. Χαρακτηριστική περίπτωση καταχρηστικής εκμετάλλευσης έννομης σχέσης και συγκεκριμένα του εταιρικού θεσμού, που χρησιμοποιείται καθ' υπέρβαση του σκοπού του προς καταστρατήγηση του νόμου, αποτελεί το φαινόμενο της ίδρυσης νομικών προσώπων στη Ελλάδα από αλλοδαπά φυσικά πρόσωπα, με σκοπό την απόκτηση εμπραγμάτων δικαιωμάτων σε παραμεθόριες περιοχές, εν όψει της σχετικής απαγόρευσης (π.δ. 22/24.6.1927, ν. 1892/1990 άρθρ. 25 επ.) για αλλοδαπά φυσικά και νομικά πρόσωπα. Βλ. σχετ. ΟΛΑΠ 425/1983 ΝοΒ 1983, 1595, η οποία όμως έλυσε το ζήτημα όχι μέσω της κατάχρησης της νομικής προσωπικότητας αλλά με τη θεωρία του ελέγχου, μια θεωρία με εξαιρετικό χαρακτήρα που εφαρμόζεται μόνο στα πλαίσια του δικαίου καταστάσεως αλλοδαπών, βλ. Κουτσογράδη, Κτήση ακινήτου από αλλοδαπό (;) νομικό πρόσωπο σε παραμεθόρια περιοχή, ΕλλΔνη 1992, 281.

72. ΕφΠειρ 348/2005 ΝοΒ 2006, 246· ΕφΠειρ 1021/2005 ΠειρΝομ 2006, 147· ΕφΠειρ 213/2007

συγκέντρωση ακόμη και όλων των εταιρικών μεριδίων ή μετοχών μιας εμπορικής εταιρίας σε ένα φυσικό πρόσωπο, που έτσι ελέγχει απόλυτα την εταιρία, δεν απαγορεύεται⁷³, το νομικό πρόσωπο διατηρεί την αυτοτέλειά του και δεν ταυτίζεται με το κυρίαρχο φυσικό πρόσωπο⁷⁴. Σε εξαιρετικές περιπτώσεις, όμως, όταν πέρα από τον μεγάλο βαθμό οικονομικής συμμετοχής συντρέχουν και σοβαρές ενδείξεις κατάχρησης του θεσμού της νομικής προσωπικότητας από το κυρίαρχο φυσικό πρόσωπο, η εμμονή στην αυτοτέλεια του νομικού προσώπου αντιτίθεται στην καλή πίστη και υπερακοντίζει τον κοινωνικοοικονομικό σκοπό του εν λόγω θεσμού. Τότε υπάρχει στην ουσία ταύτιση του νομικού προσώπου με τον υποκείμενο φορέα του, από τον οποίο εξαρτάται η ύπαρξη και η εξακολούθηση των εργασιών του νομικού προσώπου⁷⁵. Συνεπώς πρέπει να παραμεριστεί η νομική προσωπικότητα και το φυσικό πρόσωπο που ελέγχει την εταιρία να υποστεί, ως έμπορος, τις δυσμενείς συνέπειες της επιχειρηματικής δραστηριότητάς του και να ευθύνεται προσωπικά για τα χρέη της εταιρίας. Ως ενδείξεις κατάχρησης της νομικής προσωπικότητας αναγνωρίζονται από τη νομολογία συγκεκριμένα πραγματικά περιστατικά, όπως η χρήση της εταιρίας ως παρένθετου προσώπου⁷⁶, η ανεπαρκής χρηματοδότησή της⁷⁷, η σύγχυση ατομικής και εταιρικής περιουσίας⁷⁸, η εικονικότητα του νομικού προσώπου που δεν διαθέτει συναλλακτική οργάνωση και δράση⁷⁹ και η συνολική συμπεριφορά του κυρίαρχου φυσικού προσώπου, ιδίως όταν αυτό δρά χρησιμοποιώντας την ύπαρξη της εταιρίας ως «προέκταση» ή «μέσο» των ατομικών του συναλλακτικών δραστηριοτήτων⁸⁰ ή δηλώνοντας την εμπορική του ιδιότητα⁸¹. Στις περιπτώσεις αυτές η κατάχρηση θεσμού συνιστά τον σκοπό της καταστρατήγησης⁸². Εφόσον η καταστρατήγηση έχει στόχο την ματαίωση εφαρμογής κανόνα αναγκαστικού δικαίου και ο κανόνας αυτός ανήκει σε ένα σύνολο κανόνων που ρυθμίζουν μια έννομη κατάσταση ή έννομη σχέση, δηλαδή έναν θεσμό, η παράκαμψη αυτού του κανόνα σημαίνει και κατάχρηση του θεσμού, τον οποίο κατοχυρώνει ο εν λόγω κανόνας.

ΕΕμπΔ 2007,671.

73. Πλέον επιτρέπεται και η σύσταση μονοπρόσωπης ΑΕ, μετά την τροποποίηση του άρθρ. 1 ν. 2190/1920 από το άρθρ. 3 του ν. 3604/2007.

74. ΟΛΑΠ 17/1994 ΕΕμπΔ 1995, 343· ΟΛΑΠ 5/1996 ΝοΒ 1997, 203.

75. ΑΠ 521/1988 ΕΕμπΔ 1988, 593· ΑΠ 1046/1990 ΕΝΔ 1991, 15· ΑΠ 218/1996 ΕΕμπΔ 1996, 536.

76. ΕφΑθ 5367/2003 ΕλλΔνη 2004, 1502· ΕφΑθ 4714/2004 ΕΕμπΔ 2005, 729.

77. ΕφΠειρ 1021/2005 ΠειρΝομ 2006, 147· ΕφΘεσ 1885/2005 Αρμ 2006, 1046.

78. ΕφΠειρ 1021/2005 ΠειρΝομ 2006, 147.

79. ΕφΠειρ 403/2002 ΕΝΔ 2002, 129· ΕφΠειρ 213/2007 ΕΕμπΔ 2007,671.

80. ΑΠ 1046/1990 ΕΝΔ 1991, 15.

81. ΑΠ 1046/1990 ΕΝΔ 1991, 15· ΕφΠειρ 1021/2005 ΠειρΝομ 2006, 147.

82. Καράσης, ο.π., σ. 700.

IV. Ο δικαστικός έλεγχος των γενικών όρων συναλλαγών που επιδρούν στη διαμόρφωση του τιμήματος

Η εκτεταμένη χρησιμοποίηση των γενικών όρων συναλλαγών⁸³ εκ μέρους των προμηθευτών στο πλαίσιο των έννομων σχέσεων τους με τους καταναλωτές κατά τις τελευταίες δεκαετίες είχε ως αποτέλεσμα τη μετεξέλιξη της παραδοσιακής έννοιας της αρχής της αυτονομίας της ιδιωτικής βούλησης. Έτσι, στις μέρες μας, αρκετές φορές η δικαιοπρακτική ελευθερία υποβιβάζεται στην απλή δυνατότητα του οικονομικώς ασθενέστερου συμβαλλομένου να προσχωρήσει ή όχι σε μία εκ των προτέρων συνταγμένη από το άλλο μέρος σύμβαση, στη διαμόρφωση του περιεχομένου της οποίας δεν συμμετείχε⁸⁴. Το αξίωμα, λοιπόν, ότι η ατομική σύμβαση κατά κανόνα αντανάκλα και εξυπηρετεί τα συμφέροντα αμφοτέρων των συναλλασσομένων φαίνεται να εκλείπει στην περίπτωση της μαζικής προσφοράς τυποποιημένων υπηρεσιών ή αγαθών, στην οποία ο πελάτης καταλήγει να επωμίζεται τους εκάστοτε κινδύνους ή τα βάρη, τα οποία, αν εφαρμόζονταν οι προβλεπόμενοι στο νόμο και ήδη αντικαθιστάμενοι από τους Γ.Ο.Σ. κανόνες ενδοτικού δικαίου, θα τα έφερε η επιχείρησή⁸⁵. Ως εκ τούτου, ο μέσος καταναλωτής – διαθέτοντας λιγιστά μέσα αυτοπροστασίας εξαιτίας της απουσίας εξειδικευμένων γνώσεων και του περιορισμένου χρόνου για ενδελεχή εξέταση της πρότασης του προμηθευτή ή για συ-

83. Ως γενικούς όρους των συναλλαγών (βλ. άρθρο 2 παρ. 1 του ν. 2251/1994 όπως τροποπ. από το ν. 3587/2007) η θεωρία ορίζει τους προδιατυπωμένους συμβατικούς όρους, που καθορίζονται μονομερώς και κατά τρόπο ενιαίο και προορίζονται για ομοιόμορφη πολλαπλή χρήση σε απροσδιόριστο αριθμό συμβάσεων, βλ. ενδεικτ. *Δέλλιο*, Προστασία των καταναλωτών και σύστημα του Ιδιωτικού Δικαίου II (2001), σ. 9-10· τον *ίδιο*, Η προστασία του καταναλωτή στις τραπεζικές συναλλαγές, ΝοΒ 1992, 815· *Καράση*, Γενικοί όροι συναλλαγών - Δικαστική προστασία (1992), σ. 13· *Παπανικολάου*, Περί των ορίων της προστατευτικής παρεμβάσεως του δικαστή στη σύμβαση (1991), σ. 341· *Καράκωστα*, Δίκαιο προστασίας καταναλωτή (2008), σ. 89-90· *Μεντή*, Γενικοί όροι συναλλαγών σε καταναλωτικές και εμπορικές συμβάσεις (2000), σ. 19· *Γαζετά*, Γενικοί όροι συναλλαγών - Δικαστική προστασία (2001), σ. 52· *Λωρή*, Η εξειδίκευση της καλής πίστης στο άρθρο 2 του ν. 2251/1994 για την προστασία των καταναλωτών και η σημασία της στο κοινό αστικό δίκαιο, ΝοΒ 2000, 742· *Γαρδούνη*, Οι καταχρηστικές ρήτρες που σχετίζονται με το τίμημα των καταναλωτικών συμβάσεων, ΧρΙΔ 2004, 24.

84. Βλ. *Δέλλιο*, Ατομική και συλλογική προστασία των καταναλωτών από την έλλειψη ουσιαστικής διαπραγμάτευσης των όρων της σύμβασης (2008), σ. 6-7· τον *ίδιο*, Προστασία των καταναλωτών και σύστημα του Ιδιωτικού Δικαίου I (2005), σ. 294-295· τον *ίδιο*, Προστασία II (2001), σ. 11-30 και 41-44· *Αλεξανδρίδου*, Δίκαιο προστασίας του καταναλωτή - ελληνικό και κοινοτικό, τεύχ. II (1996), σ. 85-86· *Μεντή*, Γενικοί όροι συναλλαγών (2000), σ. 3-4· *Γαζετά*, ό.π., σ. 59· *Καράκωστα*, ό.π., σ. 88· *Παπανικολάου*, Περί των ορίων (1991), σ. 124-127 και 323-328.

85. Βλ. *Δέλλιο*, Ατομική και συλλογική προστασία (2008), σ. 1-2 και 5-8· τον *ίδιο*, Προστασία II (2001), σ. 36 και 93-94· *Γαζετά*, ό.π., σ. 57-58· *Καράση*, Γενικοί όροι (1992), σ. 34-35· *Παπανικολάου*, Περί των ορίων (1991), σ. 334-335.

γκριτική αναζήτηση εναλλακτικών λύσεων – τελεί συχνά σε υποδεέστερη θέση από εκείνην του επαγγελματία, με αποτέλεσμα να διαπιστώνεται ουσιαστική διαπραγματευτική και δικονομική ανισότητα μεταξύ τους⁸⁶. Αυτή ακριβώς η διατάραξη της εξισωτικής δικαιοσύνης, η οποία επιτάσσει μια ισόρροπη κατανομή των εκατέρωθεν δικαιωμάτων και υποχρεώσεων των συμβαλλομένων στη βάση αντικειμενικών κριτηρίων, καθώς και η επερχόμενη παθολογία της αδέσμευτης συμβατικής επιλογής, καθιστούν αναγκαίο τον προστατευτικό δικαστικό έλεγχο των Γ.Ο.Σ. προς το σκοπό άρσης τυχόν άδικης για το ανίσχυρο μέρος συμφωνίας⁸⁷. Το σημαντικότερο – και κατά σειρά τελευταίο στάδιο – της παρέμβασης του δικαστή (μετά τη διαπίστωση της ένταξης των Γ.Ο.Σ. στη σύμβαση και την ερμηνεία τους) περιλαμβάνει τον άμεσο έλεγχο του κύρους του περιεχομένου τους, που λαμβάνει χώρα τόσο στην ατομική δίκη μεταξύ προμηθευτή και μεμονωμένου καταναλωτή όσο και στη συλλογική αγωγή μιας ένωσης καταναλωτών κατά συγκεκριμένου επαγγελματία⁸⁸. Πρόκειται για την κρίση αναφορικά με την ενδεχόμενη καταχρηστικότητα και τη συνακόλουθη ακυρότητα των Γ.Ο.Σ., η οποία σχηματίζεται βάσει: α) μιας γενικής ρήτηρας καταχρηστικότητας στο άρθρο 2 παρ. 6, που συνιστά εξειδίκευση της αρχής της συναλλακτικής καλής πίστης κατά τα άρθρα 281 και 288 Α.Κ. προς το σκοπό απαγόρευσης της αθέμιτης άσκησης του θεσμού της συμβατικής ελευθερίας στο πλαίσιο των καταναλωτικών συναλλαγών⁸⁹ και β) ενός μακροσκελούς ενδεικτικού καταλόγου (γνωστού ως “black list”) στην παρ. 7 του άρθρου 2, που εμπερικλείει τριάντα δυο περιπτώσεις *per se* καταχρηστικών ρητρών. Η πλήρωση της νομοτυπικής μορφής μιας εξ αυτών καταφάσκει κατ’ αμάχητο τεκμήριο την καταχρηστικό-

86. Έτσι Δέλλιος, Προστασία ΙΙ (2001), σ. 31-69· ο ίδιος, Καλή πίστη και γενικοί όροι συναλλαγών, ΝοΒ 2003, 222-223· Δωρής, ό.π., 742-743.

87. Βλ. σχετ. Δέλλιο, Ατομική και συλλογική προστασία (2008), σ. 4-5· τον ίδιο, Προστασία ΙΙ (2001), σ. 5-8· τον ίδιο, Καλή πίστη και γενικοί όροι συναλλαγών, ό.π., 219 και 223-224· Καρασή, Γενικοί όροι (1992), σ. 35-36· Αλεξανδρίδου, ό.π., σ. 87· Καρακώστα, ό.π., σ. 89· Παπανικολάου, Οι καταπλεονεκτικές δικαιοπραξίες (1983), σ. 129· Τον ίδιο, Περί των ορίων (1991), σ. 339-340 και 351.

88. Βλ. αναλυτικά για το ζήτημα αυτό Δέλλιο, Ατομική και συλλογική προστασία (2008), σ. 171-254· τον ίδιο, Η προστασία του καταναλωτή, ΝοΒ 1992, 811 και 823· Γαζετά, ό.π., σ. 78-103· Καρασή, Γενικοί όροι (1992), σ. 128-136· Καρακώστα, ό.π., σ. 102-116· Αλεξανδρίδου, ό.π., σ. 92-100· Μεντή, Γενικοί όροι συναλλαγών (2000), σ. 60-155· Παπανικολάου, Περί των ορίων (1991), σ. 369-391· Δωρή, ό.π., 747-754· Γαρδούνη, ό.π., 29 και 33.

89. Βλ. ΟΛΑΠ 15/2007 ΧρΙΔ 2007, 427· ΑΠ 1495/2006 ΔΕΕ 2006, 1307-8· ΑΠ 430/2005 ΔΕΕ 2005, 461· ΑΠ 1011/2004 ΕλλΔνη 2007, 134· ΑΠ 1101/2004 ΔΕΕ 2005, 719· ΑΠ 1219/2001 ΔΕΕ 2001, 1130· ΑΠ 1030/2001 ΧρΙΔ 2001, 612· ΑΠ 1401/1999 ΔΕΕ 2000, 192· ΕφΑθ 1558/2007 ΕλλΔνη 2007, 902· ΕφΑθ 776/2006 ΕλλΔνη 2006, 1492· ΕφΑθ 2386/2006 ΧρΙΔ 2007, 612· ΕφΠειρ 109/2005 ΕλλΔνη 2006, 913· ΕφΑθ 5253/2003 ΕΕμπΔ 2003, 646· ΕφΑθ 3811/1998 ΔΕΕ 1998, 1097· ΠΠΡΑθ 711/2007 ΔΕΕ 2007, 1336· ΠΠΡΘεσ 36104/2006 Αρμ 2007, 570· ΠΠΡΑθ 142/2006 ΔΕΕ 2006, 516· ΠΠΡΑθ 2253/2003 ΝοΒ 2004, 426· ΠΠΡΑθ 1119/2002 ΔΕΕ 2003, 424· ΜΠΡΑθ 4593/2005 ΔΕΕ 2006, 518· ΕιρΘεσ 1797/2007 Αρμ 2007, 743· ΕιρΘεσ 5985/2006 Αρμ 2006, 1739.

τητα του επίμαχου όρου, δίχως ν' απαιτείται η επίκληση και της παρ. 6 του ίδιου άρθρου. Στο πεδίο του ελέγχου του περιεχομένου των Γ.Ο.Σ. γίνεται παγίως δεκτό πως υπάγονται και οι ρήτρες που τροποποιούν την ενδοτικού χαρακτήρα νομοθετική πρόβλεψη για την εκάστοτε συναλλαγή ή, όταν αυτή ελλείπει, εισάγουν σχετική ρύθμιση, τα λεγόμενα *accidentalialia negotii*⁹⁰. Το ερώτημα όμως που ανακύπτει είναι κατά πόσο επιτρέπεται να ελέγχονται ως προς το περιεχόμενό τους με τα ίδια κριτήρια και ουσιώδη στοιχεία της δικαιοπραξίας (*essentialia negotii*), που επί ανταλλακτικών συμβάσεων αναδεικνύουν τη σχέση αναλογίας μεταξύ παροχής και αντιπαροχής και αποτελούν κατά κανόνα αντικείμενο ελεύθερης διαπραγματεύσεως⁹¹.

2. Κατά τις προπαρασκευαστικές εργασίες για την ψήφιση της κοινοτικής οδηγίας 93/13/EK «για τις καταχρηστικές ρήτρες στις συμβάσεις που συνάπτονται με καταναλωτές»⁹², οι συζητήσεις στις οικείες Επιτροπές περιστρέφονταν γύρω από την αναγνώριση των αγοραστών ως οικονομικής ομάδας με εγγενή διαπραγματευτική κατωτερότητα. Κατ' αποτέλεσμα, οι εκδοθείσες Προτάσεις των ετών 1990 και 1992 προέβλεπαν ένα διευρυμένο δικαστικό έλεγχο των όρων εκείνων, που άπτονταν της έκτασης των αμοιβαίων παροχών των μερών και συνακόλουθα του ύψους του συνολοποιημένου τιμήματος⁹³. Τελικά, όμως, η απόλυτη αυτή τοποθέτηση δεν επικράτησε, εξαιτίας κυρίως των δυσμενών επιδράσεών της στην ομαλή λειτουργία του ανταγωνισμού. Πράγματι, οι καταναλωτές θα κατέληγαν να συναλλάσσονται δίχως συγκριτική έρευνα των προσφορών του εκάστοτε εμπορικού χώρου, καθώς η δυνατότητα εκ των υστέρων παρέμβασης του εφαρμοστή του δικαίου θα αποκαθιστούσε την πιθανή αδιαφορία τους ως προς την αναζήτηση της οικονομικά συμφερότερης για τους ίδιους προσφοράς. Παράλληλα, οι προμηθευτές θα επεδείκνυαν μια δικαιοπρακτική συμπεριφορά που θα εναρμονιζόταν με τις υποκειμενικές αντιλήψεις του δικαστή για την αγοραία τιμή του αγαθού, ενώ οι πραγματικές τάσεις του καταναλωτικού κοινού δεν θα ήταν δεκτικές εκτίμησης. Για τους λόγους αυτούς, το κείμενο των Προτάσεων εγκαταλείφθηκε και αντικαταστάθηκε από την ισχύουσα διάταξη του άρθρου 4 παρ. 2 της οδηγίας, που *καταρχήν απαγορεύει τον έλεγχο των όρων αναφορικά με τη σχέση παροχής και αντιπαροχής. Ο έλεγχος επι-*

90. Βλ. ιδίως *Δέλλιο*, Προστασία II (2001), σ. 410· *Καράση*, Δίκαιο της δικαιοπραξίας (1996), σ. 11-12.

91. Ήδη ο νομοθέτης με το άρθρο 2 παρ. 10 επεξέτεινε την εφαρμογή του ν. 2251/1994 και στους όρους εκείνους που δεν χαρακτηρίζονται ως Γ.Ο.Σ., αλλά ούτε ήταν προϊόν ελεύθερης δικαιοπρακτικής επιλογής.

92. Προσαρμογή της ελληνικής νομοθεσίας στην ανωτέρω οδηγία έγινε με το άρθρο 2 του ν. 2251/1994.

93. Βλ. *Δέλλιο*, Ατομική και συλλογική προστασία (2008), σ. 124· *τον ίδιο*, Προστασία II (2001), σ. 358· *Μεντή*, Γενικοί όροι συναλλαγών (2000), σ. 71, υποσ. 160· *τον ίδιο*, Γενικοί όροι τραπεζικών καταναλωτικών συμβάσεων, ΧρΙΔ 2001, 562, υποσ. 28.

τρέπεται εξαιρετικώς, μόνον αν η συγκεκριμένη ρήτρα δεν είναι επαρκώς σαφής και κατανοητή, ανάγοντας έτσι το σεβασμό της αρχής της διαφάνειας σε πρωταρχική υποχρέωση των προμηθευτών⁹⁴. Οι δικαιολογητικές βάσεις της ρύθμισης αυτής είναι αδρομερώς οι εξής: Η κατάρτιση της σύμβασης κατά κανόνα έπεται μιας διαπραγμάτευσης των μερών, τουλάχιστον για τον ακριβή προσδιορισμό των ουσιωδών στοιχείων της. Ειδικότερα, στις δικαιοπραξίες περιουσιακού δικαίου δεν διαφεύγουν της προσοχής των συμβαλλομένων όσοι όροι συνέχονται με το είδος, την έκταση και την ποιότητα των ανταλλασσόμενων παροχών (*essentialia negotii*), σε αντίθεση με δευτερεύοντα θέματα ή την τύχη της ανώμαλης εξέλιξης της ενοχής. Ομοίως και το ύψος του τιμήματος αξιολογείται από τους καταναλωτές, διαμορφώνοντας μάλιστα κατά τρόπο σχεδόν αποκλειστικό τη δικαιοπρακτική τους συμπεριφορά. Αυτός ο σταθερός τρόπος ενέργειάς τους έχει αντίκτυπο στη χάραξη της πολιτικής των επαγγελματικών φορέων, οι οποίοι προνοούν ώστε τα προϊόντα ή οι υπηρεσίες τους να καθίστανται ευρέως γνωστά μέσω της διαφήμισης, ενώ μοιραία να ανταγωνίζονται μεταξύ τους ως προς το επίμαχο σημείο των τιμών των διατιθέμενων αγαθών. Στην περίπτωση αυτή, η διαφάνεια του όρου που αφορά το τίμημα δεν αμφισβητείται σοβαρά, οπότε οι αγοραστές δεν έχουν παρά να εντοπίσουν τις εναλλακτικές λύσεις που τους παρουσιάζονται και να επιλέξουν την πιο ευνοϊκή⁹⁵. Η θέση τους ως υποκειμένων των υπό σύναψη συμβάσεων δεν χαρακτηρίζεται εδώ ως ιδιαίτερος μειονεκτική και κατ' επέκταση δεν δικαιολογείται αυξημένη έννομη προστασία τους, ούτε παρίσταται αναγκαία η επέμβαση του δικαστή προς διόρθωση του τιμήματος. Ακόμα κι αν διαπιστωθεί η ύπαρξη γνωσιολογικού ελλείμματος σε βάρος τους, αυτό θα οφείλεται συνηθέστατα στην προσωπική τους αμέλεια ή αδιαφορία, οι οποίες και καταλογίζονται στη σφαίρα αυτοευθύνης τους⁹⁶. Ωστόσο, η θέση αυτή δεν μπορεί να γίνει δεκτή αδιακρίτως: Το αντάλλαγμα συχνά δεν προσδιορίζεται με διαφάνεια και ως εκ τούτου το διαπραγματευτικά ανίσχυρο μέρος αδυνατεί να υπολογίσει τις επιπτώσεις της συγκεκριμένης ρήτρας στη συνολική οικονομική του επιβάρυνση. Κατ' επέκταση, η αναζήτηση από το καταναλωτικό κοινό εναλλακτικών προσφορών δεν ευνοείται και ο ανταγωνισμός νοθεύεται. Το ίδιο

94. Έτσι Δέλλιος, Ατομική και συλλογική προστασία (2008), σ. 124-125· ο ίδιος, Προστασία II (2001), σ. 365· Μεντής, Γενικοί όροι συναλλαγών (2000), σ. 71-72· ο ίδιος, Γενικοί όροι τραπεζικών καταναλωτικών συμβάσεων, ό.π., 562· Λελεντζή, Ο έλεγχος του περιεχομένου των γενικών όρων συναλλαγών (άρθρο 2, παρ. 6 και 7 ν. 2251/1994) κατά την πρόσφατη νομολογία του Αρείου Πάγου, ΝοΒ 2002, 288 και ιδίως υποσ. 85 και 291.

95. Βλ. για όλα τα παραπάνω Δέλλιο, Ατομική και συλλογική προστασία (2008), σ. 122-123· τον ίδιο, Προστασία II (2001), σ. 359-361· Δημητριάδη, Η προστασία των καταναλωτών από επαχθείς συμβατικές ρήτρες (1991), σ. 227-228· Λελεντζή, ό.π., σ. 291-292.

96. Για την ιδιάζουσα η αμερικανική δικαστηριακή πρακτική στο ζήτημα αυτό βλ. αντί άλλων Δέλλιο, Προστασία II (2001), σ. 362-364· Δημητριάδη, ό.π., σ. 17 και 226, υποσ. 6.

συμβαίνει και με τις μονοπωλιακές ή ολιγοπωλιακές επιχειρήσεις ή και τις κατέχουσες δεσπόζουσα θέση, ήτοι εκείνες που έχουν τόσο σημαντικό ποσοστό συμμετοχής στην αγορά, ώστε να παραλύουν τον υγιή ανταγωνισμό επηρεάζοντας μονομερώς τους κανόνες του^{97, 98}.

Στο ν. 2251/1994 δε συναντάται ρητή απαγόρευση του δικαστικού ελέγχου των όρων που αφορούν το τίμημα μιας σύμβασης. Η μόνη διάταξη που φαίνεται να σχετίζεται με το εξεταζόμενο ζήτημα, είναι εκείνη του άρθρου 2 παρ. 6 εδ. α. Από το πεδίο εφαρμογής της, όμως, παρατηρούμε ότι απουσιάζει ένας τελολογικά αναγκαίος περιορισμός για τις υπό κρίση περιπτώσεις⁹⁹. Αναπλήρωση του αναγκαίου αυτού περιορισμού πραγματοποιείται μέσω τελολογικής συστολής του περιεχομένου της διάταξης ώστε ο έλεγχος των όρων να μην καταλαμβάνει καταρχήν το εύλογο του τιμήματος σε σχέση με την παροχή. Όταν όμως η επίμαχη ρήτρα είναι αδιαφανής και ο ανταγωνισμός μεταξύ των επιχειρήσεων στρεβλώνεται, τότε εξαλείφεται η δυνατότητα αυτοπροστασίας του καταναλωτή και γεννάται ανάγκη ελεγκτικής παρέμβασης για διασφάλιση της ουσιαστικής δικαιοσύνης.

3. *Η στάση της νομολογίας:* Πριν τη θέσπιση των ειδικών νομοθετημάτων για την προστασία του καταναλωτή, τα ελληνικά δικαστήρια μόνον κατ' εξαίρεση προέβαιναν σε ανοιχτό έλεγχο του περιεχομένου των Γ.Ο.Σ. Η τακτική αυτή μαρτυρούσε αφενός την εμμονή τους στην αρχή της τήρησης των συμπεφωνημένων και αφετέρου την πεποίθηση ότι δεν νομιμοποιούνταν να παρεμβαίνουν δραστικά στο συμβατικό οικοδόμημα¹⁰⁰. Προς επίλυση των διαφορών που αναφύονταν ενώπιόν τους, λοιπόν, κατέφευγαν στη μέθοδο της συστατικής ερμηνείας και στον περιορισμό του γλωσσικού νοήματος της εκάστοτε επίμαχης ρήτρας υπέρ του καταναλωτή¹⁰¹. Με την εισαγωγή όμως του ν. 2251/1994 ο δικαστής απέκτησε ένα χρήσιμο εργαλείο για την ουσιαστική διαπίστωση του εύλογου ή μη χαρακτήρα του περιεχομένου των Γ.Ο.Σ. με στόχο τη διαφύλαξη των δικαιολογημένων προσδοκιών του ασθενέστερου συμβαλλομένου. Σε αδρές γραμμές, η νομολογία ακολουθεί την εξής πορεία για την κατάφαση της νομιμότητας ενός Γ.Ο.Σ.: α) Ανατρέχει πρώτα στην ειδική ρύθμιση του άρθρου 2 παρ. 7, προκειμένου να ερευνηθεί αν η επίδικη ρήτρα εμπίπτει στο βεληνεκές της ώστε να θεωρηθεί αυτοδικαίως καταχρηστική. Σε περίπτωση αρνητικής απάντησης, αξιοποιεί τα κριτήρια των εδ. α' και

97. Βλ. Δέλλιο, Ατομική και συλλογική προστασία (2008), σ. 123-124· τον ίδιο, Προστασία II (2001), σ. 361-362. Ομοίως Λελεντζή, ό.π., 292.

98. Για τους ορισμούς της μονοπωλιακής και δεσπόζουσας θέσης μιας επιχείρησης στην αγορά βλ. ενδεικ. Κοτσίρη, Δίκαιο ανταγωνισμού (2001), σ. 368 και 505-524.

99. Δέλλιος, Ατομική και συλλογική προστασία (2008), σ. 125-126· ο ίδιος, Προστασία II (2001), σ. 367-371 και 391-392.

100. Πρβλ. Δέλλιο, ΝοΒ 1992, 814, υποσ. 18 και 823-824· Λελεντζή, ό.π., 275.

101. Δηλωτικές της τάσης αυτής της νομολογίας είναι ιδίως οι ΕφΠειρ 1198/1995 ΔΕΕ 1996, 173· ΠΠρΑθ 6521/1995 ΔΕΕ 1996, 949· ΠΠρΘεσ 2121/1991 Αρμ 1991, 756.

β' της παρ. 6 του άρθρου 2 προκειμένου να ελέγξει – *in concreto* πλέον – τυχόν σημαντική διατάραξη των δικαιωμάτων και των υποχρεώσεων των μερών. β) Λαμβάνει υπόψη της την τήρηση της αρχής της διαφάνειας, η οποία υποχρεώνει τον προμηθευτή να περιγράφει ευκρινώς στον πελάτη όλες τις παραμέτρους που επηρεάζουν τη συνολική οικονομική του επιβάρυνση. γ) Επιδιώκει να εξασφαλίσει την ελευθερία δικαιοπρακτικού αυτοκαθορισμού του ανυποψίαστου συμβαλλομένου, δίχως να παραγνωρίζει τη θετική συμβολή των Γ.Ο.Σ. στην παραγωγικότερη οργάνωση των επιχειρήσεων και στην κατοχύρωση της άμυνας των επαγγελματιών απέναντι σε δύστροπους πελάτες¹⁰². Ακολούθως γίνεται επιλεκτική αναφορά στο σκεπτικό ορισμένων θεμελιωδών δικαστικών αποφάσεων που ασχολήθηκαν με τον έλεγχο του τιμήματος καταναλωτικών αγαθών και ιδίως υπηρεσιών. Πρόκειται για την ΑΠ 1219/2001 για τις συμβάσεις παροχής πιστωτικών καρτών, τις ΑΠ 1030/2001 και ΑΠ 1401/1999 για τις ασφαλιστικές συμβάσεις καθώς και την ΑΠ 296/2001 για τις συμβάσεις κινητής τηλεφωνίας¹⁰³. Ειδικότερα:

Σε διαφορά μεταξύ ενάγουσας ένωσης καταναλωτών και συγκεκριμένης Τράπεζας, η ΑΠ 1219/2001 έκρινε άκυρο τον όρο ότι «ο λογαριασμός της πιστωτικής κάρτας θα χρεώνεται με συμβατικό τόκο¹⁰⁴ στις περιπτώσεις τμηματικών εξοφλήσεων (καταβολών σε δόσεις), ο οποίος θα καθορίζεται εκάστοτε από την τράπεζα». Κύρια βάση για τη θεμελίωση της δικαστικής κρίσης αποτέλεσε το άρθρο 281 ΑΚ και όχι ευθέως το άρθρο 2 παρ. 6 του ν. 2251/1994, που συνιστά νομοθετική εξειδίκευση της πρώτης διάταξης. Ειδικότερα έγινε δεκτό ότι η απελευθέρωση των τραπεζικών επιτοκίων από διοικητικές παρεμβάσεις του παρελθόντος¹⁰⁵ αποβλέπει στην ενίσχυση του ανταγωνισμού και στη συμπίεση των τραπεζικών επιτοκίων σε ύψος μι-

102. Βλ. για όλα τα παραπάνω Δέλλιο, Ατομική και συλλογική προστασία (2008), σ. 273· τον ίδιο, Νομολογιακές εξελίξεις σχετικά με τον έλεγχο του περιεχομένου των όρων τραπεζικών πιστωτικών συμβάσεων, ΕπισκεΔ 2005, 4 και 10· Λελεντζή, ό.π., 278-279 και 287-290· Μεντή, Γενικοί όροι τραπεζικών καταναλωτικών συμβάσεων, ό.π., 561.

103. Βλ. παραπάνω υποσ. 89.

104. Το επιτόκιο της πιστωτικής κάρτας εμπίπτει στην έννοια του τιμήματος, αφού συνιστά το αντάλλαγμα για την χρήση χρημάτων που παρέχει η Τράπεζα στον πελάτη, όπως ακριβώς συμβαίνει και επί δανειοληπτικής σύμβασης. Βλ. σχετ. Ρούσσο, Τόκος χορηγήσεων και ρήτρες τόκου σε τραπεζικούς Γ.Ο.Σ., ΧρίΔ 2004, 888· Λελεντζή, ό.π., 289.

105. Μέχρι τη θέσπιση του ν. 1266/1982 η άσκηση της πιστωτικής πολιτικής ανήκε αποκλειστικά στο Κράτος και διευθυνόταν από την τότε αρμόδια Νομισματική Επιτροπή. Το έργο της αφορούσε τον καθορισμό των χρηματοδοτήσεων ανά κλάδους παραγωγής, του συνολικού ποσού των χορηγητέων πιστώσεων, καθώς και τις προϋποθέσεις παροχής δανείου ή πραγματοποίησης καταθέσεων από και προς τα τραπεζικά ιδρύματα. Με την ένταξη της χώρας στο σύστημα του ενιαίου ευρωπαϊκού νομίσματος, δρομολογήθηκε η διαδικασία απεξάρτησης των χρηματοδοτήσεων και των επιτοκίων από την κηδεμονία της κυβέρνησης με την ανάδειξη της Τράπεζας της Ελλάδος ως φορέα των συναφών διαδικασιών. Ολοκληρώθηκε δε με την ΠΔΤΕ 2523/12.06.2003, οπότε και συμπεριλήφθησαν όλες οι μορφές καταναλωτικής πίστης. Βλ. Ρούσσο, ό.π., 884-888.

κρότερο εκείνου των ανώτατων εξωτραπεζικών, όπως αυτά καθορίζονται με νόμο. Επί αντίθετης πρακτικής των πιστοδοτικών ιδρυμάτων, καταφάσκει καταχρηστική άσκηση του θεσμού του ελεύθερου καθορισμού των επιτοκίων λόγω υπέρβασης του κοινωνικού και οικονομικού σκοπού του¹⁰⁶. Τέτοια καταχρηστική άσκηση διαπιστώθηκε και στην εν λόγω υπόθεση. Επιπροσθέτως, το Ακυρωτικό θεμελίωσε τη σκέψη του και στην απαγόρευση θέσης αόριστων ή απροσδόκητων ρητρών στη σύμβαση δυνάμει του άρθρου 2 παρ. 7. περ. ια' του ν. 2251/1994¹⁰⁷. Με την ίδια απόφαση άκυρος κρίθηκε και ο όρος ότι η Τράπεζα μπορεί να επιβάλει κατά την κρίση της οποτεδήποτε έξοδα κίνησης σε κάθε λογαριασμό πιστωτικής κάρτας που δεν παρουσιάζει υπόλοιπο ανώτερο από το κατώτατο όριο, που η ίδια θα καθορίζει. Αυτός παραβιάζει το άρθρο 2 παρ. 6 και 7 εδ. ε' και ιη', και στερείται προδήλως διαφάνειας. Έτσι, ο πελάτης αγνοεί το αν, πότε και γιατί θα καταλογιστούν δαπάνες κατάθεσης ή ανάληψης στο λογαριασμό του καθώς και το ύψος αυτών¹⁰⁸.

Στην ΑΠ 1030/2001¹⁰⁹ έγινε δεκτός ο ισχυρισμός της αναιρεσείουσας ένωσης καταναλωτών κατ' ασφαλιστικής επιχείρησης για καταχρηστικότητα του όρου που επέτρεπε να «διατηρεί η εταιρία το δικαίωμα αλλαγής των ασφαλιστρών της κάλυψης σε οποιαδήποτε ημερομηνία ανανέωσής της». Η θέση αυτή βασίστηκε στην α-

106. Βλ. Δέλλιος, Ατομική και συλλογική προστασία (2001), σ. 275-291 και ιδίως σ. 290· τον ίδιο, Νομολογιακές εξελίξεις, ΕΕμπΔ 2005, 7-8· Καράκωστα, ό.π., σ. 124-132 και ιδίως σ. 125· Μεντή, Γενικοί όροι τραπεζικών καταναλωτικών συμβάσεων, ό.π., 567-568· Γαρδούνη, ό.π., 32· Αλεντζή, ό.π., 290-291, που πάντως δέχεται την ακυρότητα του όρου στην περίπτωση της διακύμανσης (μη σταθερού) επιτοκίου.

107. Contra ο Ρούσσος, ό.π., 889-892, ο οποίος αποκρούει εν προκειμένω την εφαρμογή του άρθρου 2 παρ. 7 περ. ια' με το επιχείρημα ότι η αοριστία του τόκου των μελλοντικών πιστοδοτήσεων – ακόμα και χωρίς την πρόβλεψη εύλογων κριτηρίων για το μεταγενέστερο υπολογισμό του – είναι δικαιολογημένη. Αρκεί ο τόκος να έχει σαφώς προσδιοριστεί κατά την κατάρτιση της σύμβασης. Αντιθέτως, την ακυρότητα του επίμαχου όρου θεμελιώνει στον ισχυρισμό ότι η επιβολή ενός τόσο υψηλού επιτοκίου, που μάλιστα παραπλανά με το χαρακτηρισμό του ως συμβατικού, αφινιδιάζει τον καταναλωτή, ο οποίος αδυνατεί αφενός να συλλάβει την έννοια και τις συνέπειες της κρίσιμης ρήτρας και αφετέρου να την συσχετίσει με τα ισχύοντα επιτόκια υπερημερίας. Επομένως, αυτή δεν ενσωματώνεται καν στη σύμβαση, εξαιτίας μη συνδρομής των προϋποθέσεων του άρθρου 2 παρ. 1. Επικουρικά προβάλλεται και η πρόσκρουση στην ΠΔΤΕ 2501/2002, που επιτάσσει τις Τράπεζες να παρέχουν στους συναλλασσομένους τις απαραίτητες πληροφορίες για να σχηματίσουν πλήρη εικόνα για τις προσφερόμενες υπηρεσίες ή τα προϊόντα ήδη κατά το προσυμβατικό στάδιο.

108. Έτσι Δέλλιος, Ατομική και συλλογική προστασία (2001), σ. 278· τον ίδιο, Νομολογιακές εξελίξεις, ΕΕμπΔ 2005, 6· Καράκωστα, ό.π., σ. 124· Μεντή, Γενικοί όροι τραπεζικών καταναλωτικών συμβάσεων, ό.π., 564-565· Γαρδούνη, ό.π.

109. Από τους γενικούς όρους ασφάλισης (ζωής, ασθένειας, ατυχημάτων, πυρός, μεταφοράς κ.τ.λ.) ιδιαίτερη κατηγορία συνιστούν εκείνοι, που αφορούν την υποχρεωτική ασφάλιση της αστικής ευθύνης από αυτοκινητικά ατυχήματα. Διότι στην περίπτωση αυτή οι σχετικοί Γ.Ο.Σ. απηχούν διατάξεις αναγκαστικού δικαίου και είναι ως εκ τούτου ανεπίτρεπτη η τροποποίησή τους με συμφωνία των μερών ή μονομερώς από τον ασφαλιστή. Βλ. ΑΠ 1101/2004, ΕλλΔνη 2007, 480· Δέλλιος, Ατομική και συλλογική προστασία (2008), σ. 333-334· Καράκωστα, ό.π., σ. 136.

ντίθεση της επίδικης ρήτρας στο άρθρο 2 παρ. 7 περ. ε' και ια' ν. 2251/1994. Πράγματι, η αναπροσαρμογή της αντιπαροχής του ασφαλισμένου (δηλαδή το ύψος των ασφαλιστρών που οφείλει να καταβάλει στον ασφαλιστή έναντι της αποδοχής του κινδύνου από αυτόν) πρέπει να διατυπώνεται στο ασφαλιστήριο συμβόλαιο κατά τρόπο διαφανή και ορισμένο. Μόνον τότε ο ασφαλισμένος μπορεί να αντιληφθεί το μέτρο της αύξησης και να εκτιμήσει το σύμφωνο αυτής προς τη ρήτρα που την προβλέπει¹¹⁰. Κάθε μονομερής άσκηση του σχετικού δικαιώματος από τον προμηθευτή καθιστά αβέβαιη την έκταση των οικονομικών υποχρεώσεων του αντισυμβαλλομένου του και ως εκ τούτου πρέπει να απαγορεύεται. Αδιάφορη είναι η τυχόν παρεχόμενη στον καταναλωτή δυνατότητα να καταγγείλει τη σύμβαση μέσα σε ορισμένη προθεσμία.

Στην ΑΠ 1401/1999 το δικαστήριο απασχόλησε η εγκυρότητα ή μη όρου σε σύμβαση ασφάλισης ζωής, ο οποίος είχε ως εξής: «*Η εταιρία έχει το δικαίωμα να αυξήσει το ασφάλιστρο στην επέτειο του ασφαλιστηρίου την πλησιέστερη προς την 50^η επέτειο της γεννήσεως του ασφαλιζομένου κατά ποσοστό 50%, με την προϋπόθεση ότι η ηλικία του ασφαλιζομένου κατά την έναρξη ισχύος [της ασφαλιστικής κάλυψης] ήταν μικρότερη των σαράντα πέντε ετών*». Το ασφάλιστρο, ως ουσιώδες στοιχείο της ασφαλιστικής σύμβασης, πρέπει να είναι εκ των προτέρων σαφώς καθορισμένο. Ωστόσο, η διακύμανση του ασφαλιστρών δικαιολογείται κατ' εξαίρεση, όταν ο ίδιος ο ασφαλιστικός κίνδυνος είναι μεταβλητός, οπότε συντρέχει κατά νόμο ειδικός και σπουδαίος λόγος (επιχείρημα *e contrario* από το άρθρο 2 παρ. 7 περ. ε' ν. 2251/1994). Έτσι, επί ασφάλισεων ζωής η αύξηση της πιθανότητας επέλευσης του ασφαλιστικού κινδύνου (για παράδειγμα η εμφάνιση μιας σοβαρής ασθένειας στον ηλικιωμένο ασφαλισμένο) οδηγεί σε επιτρεπτή αναπροσαρμογή του ασφαλιστρών, η οποία συμβάλλει στη διατήρηση μιας αντικειμενικής ισορροπίας μεταξύ των παροχών των μερών. Συνεπώς, η επίμαχη ρήτρα κρίθηκε έγκυρη¹¹¹.

Τέλος, με την ΑΠ 296/2001 κρίθηκε άκυρος ως καταχρηστικός, δυνάμει του άρθρου 2 παρ. 6 και 7 περ. ε' και ια' του ν. 2251/1994, ο όρος ότι «*η εταιρία (κινη-*

110. Βλ. *Δέλλιος*, Ατομική και συλλογική προστασία (2008), σ. 335-357 και ιδίως 336-338· *Καράκωστα*, ό.π., σ. 136-138· *Λελεντζή*, ό.π., 290· *Μεντή*, Γενικοί όροι τραπεζικών καταναλωτικών συμβάσεων, ό.π., 565.

111. Όμως *Λελεντζή*, ό.π., 275, υποσ. 7. Ως προς το ειδικότερο ζήτημα της διαφάνειας του όρου, που δεν εξετάστηκε από το Ακυρωτικό, ενδιαφέρουσες παρατηρήσεις κάνει ο *Δέλλιος*, Προστασία II (2001), σ. 430-432. Υποστηρίζει, δηλαδή, ότι ο επίδικος όρος τελικά αντιτίθεται στο άρθρο 2 παρ. 6, διότι: α) αναγράφεται στο παράρτημα της κύριας σύμβασης και έτσι απέχει χωρικά από τη βασική ρήτρα καθορισμού του ασφαλιστρών. Η αρχή της προβλεψιμότητας, άρα, δεν τηρείται και ο καταναλωτής δε μπορεί να έχει ενιαία αντίληψη για την έκταση των συνολικών οικονομικών υποχρεώσεων του β) η βεβαιότητα της επίδρασής του στο τίμημα κατά το χρόνο κατάρτισης της σύμβασης αμφισβητείται με το αιτιολογικό ότι ο μέσος συναλλασσόμενος δύσκολα θα επικεντρώσει την προσοχή του σε έναν όρο που θα αναδιαμορφώσει την παροχή του μετά από χρόνια.

τής τηλεφωνίας) διατηρεί το δικαίωμα αναπροσαρμογής του τιμοκαταλόγου» και ότι «οποιαδήποτε αύξηση τιμών θα ισχύει μετά την πάροδο δυο ετών από τη σχετική εξαγγελία και δημοσιοποίηση. Οι καινούριες αναπροσαρμοζόμενες τιμές θα εφαρμόζονται σε όλες ανεξαιρέτως τις συμβάσεις, συμπεριλαμβανομένων και αυτών που βρίσκονται στο στάδιο της ολοκλήρωσης». Πράγματι αυτή η ρήτρα επεφύλασσε στον προμηθευτή το δικαίωμα μονομερούς τροποποίησης ενός ουσιώδους στοιχείου της σύμβασης, όπως είναι ο τιμοκατάλογος, χωρίς προδιαγεγραμμένα κριτήρια, που να είναι εύλογα για τον καταναλωτή¹¹². Παρεχόταν, λοιπόν, μια δυνατότητα αυθαίρετης αναπροσαρμογής των τιμών σε βάρος του καλόπιστου (ενεργού ή υποψήφιου) συνδρομητή κινητής τηλεφωνίας, που αντίκειται στα άρθρα 288 και 388 Α.Κ. και δεν υπαγορεύεται από κανένα σοβαρό λόγο. Κατ' επέκταση, το τίμημα έμενε αόριστο και ανατρεπόταν η ομαλή λειτουργία του συμβατικού μηχανισμού¹¹³.

V. Η δικαστική αναπροσαρμογή του τιμήματος σε περιπτώσεις ουσιώδους μεταβολής των συνθηκών σύναψης της σύμβασης

1. Από την αρχή της ιδιωτικής αυτονομίας (5 § 1 Συντ) και από την ειδικότερη εκδήλωσή της, την αρχή της ελευθερίας των συμβάσεων (361 ΑΚ) απορρέει, μεταξύ άλλων, και η αρχή της πιστής τήρησης του συμβατικού λόγου (γνωστή ως *Pacta sunt servanda*). Αυτή οδηγεί στην παραδοχή ότι η μεταβολή των συνθηκών υπό τις οποίες καταρτίστηκε η σύμβαση δεν πρέπει καταρχήν να επηρεάζει την εκτέλεση της τελευταίας σύμφωνα με τους συνομολογημένους όρους, ακριβώς επειδή η κατάρτισή της ήταν αποτέλεσμα της ελεύθερης βούλησης των συμβαλλομένων. Ωστόσο, δεν είναι λίγες οι φορές όπου, σε περιπτώσεις ουσιώδους μεταβολής των συνθηκών που επικρατούσαν κατά τη σύναψη της σύμβασης, η άκαμπτη προσήλωση στον κανόνα της τήρησης των συμφωνημένων οδηγεί σε υπέρμετρη ζημία του ενός μέρους προς όφελος του άλλου. Στο σημείο αυτό αναδεικνύεται μια ιδιαίτερη σημασία των άρθρων 288 και 388 ΑΚ.

2. Το ζήτημα ξεκινά από τη ρύθμιση του άρθρου 288 ΑΚ, η οποία καθιερώνει την αρχή της καλόπιστης εκπλήρωσης της παροχής. Η διάταξη αυτή εισάγει γενική ρήτρα, στο πραγματικό της οποίας υπάγεται αόριστος αριθμός περιπτώσεων¹¹⁴.

112. Βλ. *Δέλλιο*, Ατομική και συλλογική προστασία (2008), σ. 357-362· *Καράκωστα*, ό.π., σ. 134-135· *Μεντή*, Γενικοί όροι τραπεζικών καταναλωτικών συμβάσεων, ό.π., 565· *Γαρδούνη*, ό.π., 31-32.

113. Ως *obiter dictum* θεωρήθηκε από μερίδα της επιστήμης η επίκληση της γενικής διάταξης του άρθρου 388 ΑΚ. Πρβλ. *Λελεντζή*, ό.π., 281, υποσ. 48.

114. Οι γενικές ρήτρες αποτελούν την πληρέστερη απόδειξη της νομοθετικής σκοπιμότητας των εκουσίων κενών, αφού μέσω αυτών επιτυγχάνεται η αντιμετώπιση κοινωνικών αναγκών, τις οποίες και η πλέον περιπτωσιολογική νομοθετική ρύθμιση θα αδυνατούσε να προβλέψει (*Παπαντωνίου*, Η καλή πίστις εις το Αστικόν Δίκαιον, 1957, σ.145). Βλ. και *Παπαστερίου*, Γενικές Αρχές του Αστικού Δικαίου, Τόμος Ι/α (1994), σ. 72· *Βόγκλη*, Κίνδυνοι κατά τη συγκεκριμενοποίηση των γενικών ρητρών, ΔΕΕ 2003, σ. 757, οι οποίοι τονίζουν ότι οι γενικές ρήτρες συμβάλλουν αποφασιστικά στην προσαρμογή

Από τη διατύπωσή της συνάγεται ότι κριτήρια της συναλλακτικής συμπεριφοράς αποτελούν η καλή πίστη και τα συναλλακτικά ήθη. Η καλή πίστη γίνεται εδώ αντιληπτή υπό την αντικειμενική της έκφανση, δηλαδή με την έννοια της ευθύτητας και εντιμότητας που απαιτούνται στις συναλλαγές¹¹⁵. Η κρίση για το εάν συγκεκριμένη συμπεριφορά ανταποκρίνεται στην αντικειμενική καλή πίστη πραγματοποιείται με βάση τις αξιολογήσεις της έννομης τάξης και τις αντιλήψεις που κρατούν στον συγκεκριμένο κλάδο συναλλαγών¹¹⁶. Τα συναλλακτικά ήθη, από την άλλη πλευρά, αποτελούν τους τρόπους ενέργειας¹¹⁷ ή τις συνήθειες που κρατούν στις συναλλαγές¹¹⁸ και συνιστούν προσδιοριστικά στοιχεία της καλής πίστης (ΑΚ 288, 388, 197, 200)¹¹⁹.

Λόγω της αοριστίας της γενικής ρήτρας καθίσταται επιβεβλημένη η συγκεκριμενοποίησή της από τον δικαστή, προκειμένου να καταστεί δυνατή η επιβολή μιας έννομης συνέπειας ουσιαστικού δικαίου. Η συγκεκριμενοποίηση αυτή επιτυγχάνεται με κανόνες εξειδίκευσης «τους οποίους πρέπει να διατυπώσει ο δικαστής με την αξιολογική του κρίση σε κάθε ατομική περίπτωση, για το εάν και ποια συμπεριφορά ανταποκρίνεται στην ειλικρίνεια και εντιμότητα των συναλλαγών με βάση τα επιμέρους αξιολογικά κριτήρια που περιέχονται στους νόμους καθώς και από τις αντικειμενικές, δηλαδή τις γενικά παραδεκτές στην κοινωνία αντιλήψεις»¹²⁰. Κατά την εξειδίκευση της γενικής ρήτρας, ο εφαρμοστής του δικαίου έχει δικαιολογική εξουσία, αφού θέτει «ενδιάμεσους» κανόνες δικαίου, εκτιμώντας τις ιδιομορφίες της κάθε περίπτωσης¹²¹. Κατά τη διαδικασία αυτή ο δικαστής κατά πρώτο λόγο θα στηριχθεί σε αντικειμενικά κριτήρια¹²² και όχι στις υποκειμενικές του αντιλήψεις.

του δικαίου στις κοινωνικές εξελίξεις και παράλληλα παρέχουν στο δικαστή τη δυνατότητα να αποφεύγει τις προφανώς άδικες λύσεις.

115. ΟΛΑΠ 927/1982 ΕλλΔνη 1983, 45· ΑΠ 982/2002 Α΄ Δημ. ΝΟΜΟΣ· ΑΠ 1507/2001 ΝοΒ 2002, 1658 = ΧρΙΔ 2001, 812· ΑΠ 63/2000 ΕλλΔνη 2000, 758· ΑΠ 250/1998 ΝοΒ 1999, 772· ΑΠ 1028/1990 ΝοΒ 1991, 1380· ΑΠ 1064/1972 ΕΕΝ 1973, 459· ΜΠρΘεσ 27644/2002 Αρμ 2003, 195.

116. ΟΛΑΠ 927/1982 ΕλλΔνη 1983, 45· ΟΛΑΠ 9/1997 ΝοΒ 1997, 762· ΑΠ 982/2002 Α΄ Δημ. ΝΟΜΟΣ· ΑΠ 63/2000 ΕλλΔνη 2000, 758· ΑΠ 250/1998 ΝοΒ 1999, 772· ΑΠ 1028/1990 ΝοΒ 1991, 1380· ΑΠ 187/1990 ΝοΒ 1991, 913.

117. ΑΠ 678/1996 ΕΕΝ 1997, 38 = ΕλλΔνη 1998, 593.

118. ΕφΑθ 2449/1960 ΕΕΝ 1961, 225.

119. ΕφΑθ 2449/1960 ΕΕΝ 1961, 225

120. Δέλλιος, Η «φαινομενική» αιτιολογία δικαστικών αποφάσεων με απλή επίκληση γενικών ρητρών του Αστικού Κώδικα, Αρμ 1992, 863.

121. Παπαντωνίου, ό.π., σ. 149· Γεωργιάδης, ΕνοχΔ ΓενΜ ΙΙ (2003), σ. 4-5, σημ. 17. Στην τελευταία αυτή σημείωση τονίζεται ότι «ο νομοθέτης καταφεύγει στην εισαγωγή γενικών ρητρών, όταν δεν επιθυμεί ορισμένη έννοια να έχει συγκεκριμένο, πάγιο περιεχόμενο, ώστε να είναι δυνατή η εκ μέρους του εφαρμοστή του δικαίου εννοιολογική προσαρμογή της για την αντιμετώπιση των ποικίλων περιπτώσεων που εμφανίζει η συναλλακτική ζωή».

122. ΟΛΑΠ 927/1982 ΕλλΔνη 1983, 45· ΟΛΑΠ 9/1997 ΝοΒ 1997, 762· ΑΠ 982/2002 Α΄ Δημ. ΝΟΜΟΣ· ΑΠ 713/2002 ΝοΒ 2003, 33· ΑΠ 63/2000 ΕλλΔνη 2000, 758· ΑΠ 250/1998 ΝοΒ 1999, 772· ΑΠ 1028/1990 ΝοΒ 1991, 1380· ΑΠ 187/1990 ΝοΒ 1991, 913.

Εργαλείο του αποτελούν οι αρχές που διέπουν την έννομη τάξη, όχι μόνον εκείνες που έχουν συνταγματική περιωπή, αλλά και εκείνες που περιέχονται στους απλούς νόμους καθώς και εκείνες που είναι γενικά παραδεκτές στην κοινωνία¹²³. Μεθοδολογική σπουδαιότητα έχει η συστηματική ερμηνεία των διατάξεων αλλά και οι διακρίσεις ομάδων περιπτώσεων που έχουν διαμορφωθεί από πάγια νομολογία. Αυτές οι ομάδες περιπτώσεων «προκύπτουν από την κατ' επανάληψη διατύπωση (ενδιάμεσων) κανόνων που έχουν το ίδιο ή όμοιο αποτέλεσμα και αφορούν περιπτώσεις με όμοια χαρακτηριστικά»¹²⁴. Αξίζει πάντως να σημειωθεί πως ο δικαστής δεν θα πρέπει να αρκείται σε απλή επίκληση της γενικής ρήτρας του άρθρου 288 ΑΚ και θα πρέπει να πείθει με την επιχειρηματολογία του ότι η προκρινόμενη λύση συμβαδίζει με τη νομοθετική επιλογή και συνάμα είναι δίκαιη. Συνεπώς, απαιτείται να έχει η δικαστική απόφαση όσο το δυνατό πληρέστερη αιτιολογία, διαφορετικά ανοίγει ο δρόμος για τη θεμελίωση του αναιρετικού λόγου του άρθρου 559 αρ. 19 ΚΠολΔ¹²⁵.

Ο κανόνας του άρθρου 288 ΑΚ είναι αναγκαστικού δικαίου, με συνέπεια να είναι άκυρη η εκ των προτέρων ρητή ή σιωπηρή παραίτηση ενός μέρους από την παρεχόμενη με το άρθρο 288 ΑΚ προστασία¹²⁶. Εντούτοις, έγκυρη θεωρείται η ειδική συμφωνία ανάληψης συγκεκριμένου κινδύνου, ο οποίος και θα επέλθει από μελλοντική μεταβολή των συνθηκών. Σε περίπτωση όμως που η μεταβολή αυτή είναι δυσβάστακτη για το συμβαλλόμενο μέρος που έχει αναλάβει τον κίνδυνο, τότε έχει και πάλι εφαρμογή η διάταξη του άρθρου 288 ΑΚ, ειδάλως θα είχαμε ανεπίτρεπτη παραίτηση από αυτή¹²⁷. Η κυριότερη και πρακτικά σπουδαιότερη συνέπεια εφαρμογής της γενικής ρήτρας του άρθρου 288 ΑΚ, την οποία κάνει παγίως δεκτή η νομολογία¹²⁸, είναι ότι η καλή πίστη λειτουργεί τόσο προς συμπλήρωση των δικαιοπρακτικών δηλώσεων βούλησης όσο και προς διόρθωση αυτών, ιδίως στις περι-

123. Βόγκλης, Μέθοδοι συγκεκριμενοποίησης των γενικών ρητρών, ΔΕΕ 2004, 19· Σταθόπουλος, ΓενΕνοχΔ (2004), 208, *Ο ίδιος*, σε Αστικό Κώδικα Γεωργιάδη - Σταθόπουλου, ΓενΕνοχ ΙΙ (άρθρα 287-495), 1980, 28.

124. Βόγκλης, *ό.π.*, ΔΕΕ 2004, σ. 20. Χαρακτηριστική ομάδα περιπτώσεων στην οποία το άρθρο 288 ΑΚ έχει το ίδιο έννομο αποτέλεσμα είναι αυτή που αφορά στην αναπροσαρμογή του μισθώματος.

125. Δέλλιος, *ό.π.*, Αρμ 1992, σ. 865. Η επίκληση της αρχής της καλής πίστης δίνει απλώς μια κατευθυντήρια γραμμή, η οποία χρήζει εξειδίκευσης ώστε να ανταποκρίνεται στα πραγματικά περιστατικά της υπό κρίση διαφοράς.

126. Καρακώστας, Αστικός Κώδικας ΙΙΙ (2006), σ. 9. Η σχετική συμφωνία των μερών θα είναι άκυρη βάσει των άρθρων 3 και 174 ΑΚ.

127. ΟΛΑΠ 927/1982 ΕλλΔνη 1983, 45· ΑΠ 250/1998 ΝοΒ 1999, 772· ΑΠ 1038/1998 ΕλλΔνη 1998, 1591· ΑΠ 187/1990 ΝοΒ 1991, 913. Αυτονόητο είναι ότι η εκ των υστέρων παραίτηση είναι καθ' όλα δυνατή από τη στιγμή που θα πρόκειται για κεκτημένο απαλλοτριωτό δικαίωμα.

128. ΟΛΑΠ 927/1982 ΕλλΔνη 1983, 45· ΑΠ 1487/2005 ΝοΒ 2006, 1625· ΑΠ 932/2004 ΕλλΔνη 2005, 1665· ΑΠ 415/2004 ΝοΒ 2005, 674· ΑΠ 982/2002 Α' Δημ. ΝΟΜΟΣ· ΑΠ 250/1998 ΝοΒ 1999, 772· ΑΠ 1038/1998 ΕλλΔνη 1998, 1591· ΑΠ 1346/1993 ΕλλΔνη 1994, 1597· ΑΠ 187/1990 ΝοΒ 1991, 913· ΑΠ 1028/1990 ΝοΒ 1991, 1380· ΕφΛαρ 770/2003 Α' Δημ. ΝΟΜΟΣ· ΕφΑθ 699/1997 ΕλλΔνη 1998, 1625· ΕφΑθ 11536/1986 ΕλλΔνη 1987, 1332· ΜΠρΘεσ 14447/1998 Αρμ 1998, 1187.

πτώσεις εκείνες που λόγω συνδρομής ειδικών συνθηκών μεταβλήθηκαν οι προϋποθέσεις εκπλήρωσης των συμβατικών παροχών. Με απλά λόγια, όταν σημειώνεται ουσιώδης μεταβολή των συνθηκών που ίσχυαν κατά την κατάρτιση της σύμβασης, τότε η καλή πίστη δικαιολογεί την παρέκκλιση από την αρχική ρύθμιση της ενοχικής σχέσης και μάλιστα τόσο από τη συμβατική όσο και από την ενδεχόμενη νομοθετική της ρύθμιση¹²⁹. Έτσι, ο δικαστής χρησιμοποιώντας τη διάυλο του άρθρου 288 ΑΚ και όντας οπλισμένος με δικαιοπλαστική εξουσία, επεμβαίνει διορθωτικά στη σύμβαση, αναπροσαρμόζοντας αυτήν, με στόχο την αποφυγή προφανώς άδικων συνεπειών και την προσαρμογή του συμβατικού οικοδομήματος στη νέα πραγματικότητα¹³⁰. Ωστόσο, η διορθωτική επέμβαση στη σύμβαση δεν είναι άνευ ετέρου επιτρεπτή και θα πρέπει να πραγματοποιείται μόνον εφόσον συντρέχει ιδιαίτερα σοβαρός λόγος και να στηρίζεται σε αντικειμενικά κριτήρια¹³¹.

3. Ειδικά για την περίπτωση της *απρόοπτης* μεταβολής των συνθηκών που επικρατούσαν κατά τη σύναψη της σύμβασης, ο έλληνας νομοθέτης έχει θεσπίσει την διάταξη του άρθρου 388 ΑΚ. Όπως η διάταξη του άρθρου 288 ΑΚ, έτσι αυτή του άρθρου 388 ΑΚ είναι διάταξη αναγκαστικού δικαίου, θέση την οποία κάνει αποδεκτή η νομολογία¹³² και την οποία η θεωρία στηρίζει στη σκέψη ότι η ΑΚ 388 δεν αποτελεί παρά εξειδίκευση της ΑΚ 288¹³³. Ωστόσο ο αναγκαστικός χαρακτήρας

129. ΟΛΑΠ 927/1982 ΕλλΔνη 1983, 45· ΑΠ 415/2004 ΝοΒ 2005, 674· ΑΠ 1171/2004 ΕλλΔνη 2005, 154· ΑΠ 982/2002 Α' Δημ ΝΟΜΟΣ· ΑΠ 250/1998 ΝοΒ 1999, 772· ΑΠ 902/1995 ΝοΒ 1997, 983· ΑΠ 1346/1993 ΕλλΔνη 1994, 1597· ΑΠ 187/1990 ΝοΒ 1991, 913· ΑΠ 1028/1990 ΝοΒ 1991, 1380· ΑΠ 1064/1972 ΕΕΝ 1973, 459· ΕφΛαρ 770/2003 Α' Δημ ΝΟΜΟΣ· ΕφΑθ 5492/2001 ΕλλΔνη 2003, 553· ΕφΑθ 699/1997 ΕλλΔνη 1998, 1625· ΕφΠειρ 1343/1995 ΕλλΔνη 1996, 1658· ΕφΑθ 13210/1988 ΝοΒ 1989, 1237· ΕφΑθ 11536/1986 ΕλλΔνη 1987, 1332· ΜΠρΑθ 1240/2005 ΑρχΝ 2007, 494· ΜΠρΘεσ 14447/1998 Αρμ 1998, 1187.

130. Βόγκλης, ό.π., ΔΕΕ 2003, 757.

131. ΟΛΑΠ 927/1982 ΕλλΔνη 1983, 45· ΟΛΑΠ 9/1997 ΝοΒ 1997, 762· ΑΠ 136/2006 ΝοΒ 2006, 827· ΑΠ 2045/2006 ΕλλΔνη 2007, 1421· ΑΠ 1113/2005 ΝοΒ 2006, 195· ΑΠ 415/2004 ΝοΒ 2005, 674· ΑΠ 1171/2004 ΕλλΔνη 2005, 154· ΑΠ 1129/2004 ΕλλΔνη 2005, 156· ΑΠ 982/2002 Α' Δημ. ΝΟΜΟΣ· ΑΠ 713/2002 ΝοΒ 2003, 33· ΑΠ 1808/2001 ΝοΒ 2002, 1691· ΑΠ 63/2000 ΕλλΔνη 2000, 758· ΑΠ 250/1998 ΝοΒ 1999, 772· ΑΠ 1038/1998 ΕλλΔνη 1998, 1591· ΑΠ 581/1997 ΕλλΔνη 1998, 120· ΑΠ 187/1990 ΝοΒ 1991, 913· ΑΠ 1028/1990 ΝοΒ 1991, 1380.

132. ΟΛΑΠ 350/1985 ΕλλΔνη 1985, 468.

133. Καραμπατζός, *Απρόοπτη μεταβολή των συνθηκών στην αμφοτεροβαρή σύμβαση* (2006), 397 επ· Γεωργιάδης, ό.π., 138· Σταθόπουλος, ό.π., 1246· ο ίδιος σε ΑΚ, ό.π., 368· Καρακώστας, ό.π., 530-531· Ξυπολιάς, *Ο αναγκαστικός χαρακτήρας της ΑΚ 388*, ΝοΒ 1984, 1685· Ατσαλάκης, *Κύρος της ρήτρας περί μη εφαρμογής του άρθρου 388 ΑΚ περί απρόοπτου μεταβολής των συνθηκών*, ΝοΒ 1956, 345-346· Γαζής, *Παραίτησις από του άρθρου 388 ΑΚ*, ΝοΒ 1975, 707· Λέκκας, *Μεταβολή των συνθηκών κατ' άρθρο 388 ΑΚ - Χαρακτήρας διατάξεως και προστασία εν παραίτησει*, ΝοΒ 1966, 482-483. Θα ήταν αντιφατικό να δεχθούμε ότι είναι άκυρη οποιαδήποτε εκ των προτέρων συμφωνία παραίτησης από την προστασία του άρθρου 288 ΑΚ και ταυτόχρονα να απορρίπτουμε τον αναγκαστικό χαρακτήρα του άρθρου 388 ΑΚ, το οποίο δεν αποτελεί τίποτε άλλο παρά εξειδίκευση της ρύθμισης του άρθρου 288 ΑΚ.

του άρθρου 388 ΑΚ δεν καθιστά άνευ ετέρου άκυρη τη συμφωνία βάσει της οποίας ένας εκ των συμβαλλομένων αναλαμβάνει ορισμένο κίνδυνο από συγκεκριμένη επελθούσα μεταβολή. Και τούτο διότι με τη συμφωνία αυτή, η οποία τείνει στον καταμερισμό της ευθύνης, αίρεται το στοιχείο του απροβλέπτου¹³⁴. Το κύρος του επίμαχου συμβατικού όρου για ανάληψη του κινδύνου θα κριθεί υπό το πρίσμα των άρθρων 178, 179 και 281 ΑΚ, ενώ ο όρος θα πρέπει να εμφανίζει και υψηλό βαθμό σαφήνειας και εξειδίκευσης του κινδύνου που αναλαμβάνεται, όπως επιβάλλει ο αναγκαστικός χαρακτήρας της ΑΚ 388¹³⁵. Βέβαια η εφαρμογή της εν λόγω διάταξης δεν είναι δεδομένη σε κάθε περίπτωση όπου παρατηρείται ουσιώδης μεταβολή των συνθηκών, αλλά εξαρτάται από την πλήρωση αυστηρών προϋποθέσεων. Πιο συγκεκριμένα, απαιτείται η συνδρομή α) αμφοτεροβαρούς σύμβασης, β) μεταγενέστερης μεταβολής περιστατικών στα οποία τα μέρη στήριζαν τη σύναψή της¹³⁶, γ) μεταβολής των συνθηκών οφειλόμενης σε έκτακτους και απρόβλεπτους λόγους, δ) ως συνέπεια της μεταβολής η εκπληρωτέα παροχή να καθίσταται υπερμέτρως επαχθής και ε) η σύμβαση να είναι εν όλω ή εν μέρει ανεκτέλεστη¹³⁷.

Αναπόφευκτα τίθεται το ερώτημα, κατά πόσο απομένει πεδίο για εφαρμογή του άρθρου 288 ΑΚ σε περίπτωση απρόοπτης μεταβολής των συνθηκών, ενόψει της ύπαρξης της ειδικής διάταξης του άρθρου 388 ΑΚ. Η πάγια σχετική νομολογία¹³⁸

134. Καραμπατζός, ό.π., 401-402· Ατσαλάκης, ό.π., 346· Γαζής, ό.π., 707· Ξυπολιάς, ό.π., 1690. Βλ. και ΟΛΑΠ 350/1985 ΕλλΔνη 1985, 468· ΕφΘεσ 301/1994 Αρμ 1994, 268. Εάν όμως κριθεί ότι, παρά την ύπαρξη της συμβατικής πρόβλεψης για την ανάληψη του κινδύνου, η επελθούσα μεταβολή είναι ιδιαίτερα μεγάλη (σε συνδυασμό και με άλλα στοιχεία), τότε το θιγόμενο μέρος δικαιούται της προστασίας του άρθρου 288 ΑΚ.

135. Καραμπατζός, ό.π., 432· Ξυπολιάς, ό.π., 1693.

136. Αν η μεταβολή των συνθηκών υπήρχε ήδη κατά τη σύναψη της σύμβασης, τότε σύμφωνα με την ορθότερη άποψη έχουμε κοινή πλάνη ως προς τα παραγωγικά αίτια της βουλήσεως, η οποία και αντιμετωπίζεται με τη συνδρομή των άρθρων 140, 141, 142 και 154 ΑΚ. Βλ. ΟΛΑΠ 5/1990 ΝοΒ 1990, 1318· Καραμπατζός, ό.π., 64-65 και ειδικά σημ. 206· Κουμάνη, Η αναπροσαρμογή των συμβατικών όρων στις επαγγελματικές μισθώσεις κατά τις ΑΚ 388 και 288, λόγω ανατροπής του δικαιοπρακτικού θεμελίου, Αρμ 2006, 1862.

137. ΑΠ 678/1996 ΕΕΝ 1997, 38 = ΕλλΔνη 1998, 593· ΑΠ 73/1994 ΕλλΔνη 1995, 373· ΠΠρΑθ 4941/2004 ΕΕμπΔ 2004, 516. Στην αντίθετη περίπτωση, δεν υπάρχουν περιθώρια εφαρμογής του άρθρου 388 ΑΚ, εφόσον η αναδρομική λύση ή αναπροσαρμογή δεν ισχύει όταν ο οφειλέτης της υπέρμετρα επαχθούς παροχής εκπλήρωσε αυτήν με επιφύλαξη των δικαιωμάτων του που πηγάζουν από την εν λόγω διάταξη.

138. ΟΛΑΠ 927/1982 ΕλλΔνη 1983, 45· ΟΛΑΠ 9/1997 ΝοΒ 1997, 762· ΑΠ 1171/2004 ΕλλΔνη 2005, 154· ΑΠ 756/2003 ΝοΒ 2004, 242· ΑΠ 982/2002 Α' Δημ. ΝΟΜΟΣ· ΑΠ 1659/2002 ΝοΒ 2003, 1217· ΑΠ 1038/1998 ΕλλΔνη 1998, 1591· ΑΠ 73/1994 ΕλλΔνη 1995, 373· ΑΠ 671/1994 ΕλλΔνη 1995, 1130· ΑΠ 1028/1990 ΝοΒ 1991, 1380· ΕφΘεσ 2678/2006 Αρμ 2007, 1168· ΕφΘεσ 391/2005 Αρμ 2005, 1025· ΕφΘεσ 1122/2004 Αρμ 2006, 889· ΕφΛαρ 770/2003 Α' Δημ. ΝΟΜΟΣ· ΕφΑθ 5492/2001 ΕλλΔνη 2003, 553· ΕφΑθ 699/1997 ΕλλΔνη 1998, 1625· ΕφΠατρ 8/1997 Αρμ 1997, 758· ΕφΑθ 5746/1997 Αρμ 2000, 1225· ΕφΘεσ 2452/1996 Αρμ 1996, 1321· ΕφΠειρ 1343/1995 ΕλλΔνη 1996, 1658·

τάσσεται υπέρ της δυνατότητας εφαρμογής της διάταξης του άρθρου 288 ΑΚ και επί αμφοτεροβαρών συμβάσεων, όταν δεν συντρέχουν οι αυστηρές προϋποθέσεις της νομοτυπικής μορφής του άρθρου 388 ΑΚ. Από την επισκόπηση της νομολογίας παρατηρείται ότι εκείνες οι προϋποθέσεις του πραγματικού του άρθρου 388 ΑΚ που συνήθως δεν συντρέχουν (και άρα καλείται τότε σε εφαρμογή το άρθρο 288 ΑΚ) είναι το μη προβλεπτό της μεταβολής και το ανυπαίτιο της μη πρόβλεψής της. Τότε το δικαστήριο μπορεί να εξετάσει το ενδεχόμενο αναπροσαρμογής της οφειλόμενης παροχής, στηριζόμενο στο άρθρο 288 ΑΚ. Εξάλλου, το άρθρο 288 ΑΚ εφαρμόζεται και σε εκείνες τις περιπτώσεις που δεν υπάγονται στο πεδίο εφαρμογής του άρθρου 388 ΑΚ, ήτοι στις ετεροβαρείς συμβάσεις και στις μονομερείς δικαιοπραξίες, ενώ διεκδικεί εφαρμογή και σε εκείνες τις αμφοτεροβαρείς συμβάσεις, στις οποίες έχει συναφθεί ειδική συμφωνία ανάληψης συγκεκριμένου κινδύνου, εφόσον η μετά την επέλευση της μεταβολής εκπλήρωση της παροχής συνεπάγεται υπέρβαση του, βάσει της γενόμενης πρόβλεψης, αναληφθέντος κινδύνου ζημίας¹³⁹.

Συντρεχουσών των αυστηρών προϋποθέσεων του άρθρου 388 ΑΚ ο οφειλέτης αποκτά το διαπλαστικό δικαίωμα να ζητήσει από το δικαστήριο τη δικαστική λύση (μερική ή ολική) ή την αναπροσαρμογή της σύμβασης, έτσι ώστε να επέλθει αποκατάσταση της διαταραχθείσας ισορροπίας παροχής – αντιπαροχής, που οφείλεται στην απρόοπτη μεταβολή των συνθηκών. Σε αντιστοιχία με το άρθρο 288 ΑΚ, και η ρύθμιση του άρθρου 388 ΑΚ συνιστά κανόνα δικαίου που περιέχει γενική ρήτρα, με αποτέλεσμα να ανακύπτει και εδώ η ανάγκη συγκεκριμενοποίησής της, ενόψει της εκάστοτε ατομικής περίπτωσης. Ο εφαρμοστής του δικαίου θα πρέπει να δώσει εδώ έμφαση στο στοιχείο της υπέρμετρης επάχθειας της παροχής και ταυτόχρονα να συνεκτιμήσει το βαθμό του απροβλέπτου, το είδος της σύμβασης, την περιουσιακή κατάσταση των μερών, κ.λπ.¹⁴⁰.

4. *Το παράδειγμα της «αναπροσαρμογής μισθώματος»:* Ένα από τα συνηθέστερα πεδία εφαρμογής των άρθρων 288 και 388 ΑΚ είναι εκείνο των επαγγελματικών

ΕφΑθ 6727/1994 ΕλλΔνη 1995, 1613· ΕφΑθ 5487/1994 ΕλλΔνη 1995, 1614· ΜΠρΑθ 1240/2005 ΑρχΝ 2007, 494· ΜΠρΘεσ 12700/2003 Αρμ 2006, 717· ΜΠρΘεσ 17392/2002 Αρμ 2003, 637· ΜΠρΚαβ 20/2001 Αρμ 2002, 1481· ΜΠρΘεσ 14447/1998 Αρμ 1998, 1187· ΜΠρΠειρ 131/1996 Αρμ 1996, 1339· ΜΠρΠειρ 820/1995 Αρμ 1996, 160· ΜΠρΠειρ 19/1994 Αρμ 1995, 628· ΕπΔρ 2/2005 Αρμ 2005, 1595.

139. ΟΛΑΠ 927/1982 ΕλλΔνη 1983, 45· ΑΠ 250/1998 ΝοΒ 1999, 772· ΑΠ 676/1994 ΝοΒ 1995, 825· ΑΠ 1346/1993 ΕλλΔνη 1994, 1597· ΑΠ 187/1990 ΝοΒ 1991, 913· ΑΠ 1028/1990 ΝοΒ 1991, 1380. Εν προκειμένω, η εμμονή στην εκπλήρωση της συμφωνηθείσας παροχής θεωρείται αντίθετη προς την απαιτούμενη στις συναλλαγές ευθύτητα και εντιμότητα και κατ' επέκταση δικαιολογείται η προσφυγή στο άρθρο 288 ΑΚ όταν δεν συντρέχει η βασική προϋπόθεση του άρθρου 388 ΑΚ, ήτοι το απρόβλεπτο της μεταβολής.

140. Παπανικολάου, Το μέτρο της επάχθειας της παροχής και η έκταση της διορθωτικής επεμβάσεως του δικαστή στη σύμβαση κατ' ΑΚ 388, ΝοΒ 1985, 947 επ.· Καραμπατζός, ό.π., 68 και 422-423.

μισθώσεων¹⁴¹, ιδίως σε σχέση με την αναπροσαρμογή του οφειλόμενου μισθώματος. Αυτή διέπεται κατά κύριο λόγο από το άρθρο 7 του π.δ. 34/1995. Ειδικότερα, στην πρώτη παράγραφο του άρθρου 7 ρυθμίζεται η συμβατική αναπροσαρμογή του μισθώματος και σε περίπτωση που η σχετική συμβατική ρήτρα είναι άκυρη ή δεν υπάρχει τέτοια, τότε εφαρμογή έχουν οι παράγραφοι 2 και 3 του ίδιου άρθρου (νόμιμη αναπροσαρμογή). Τέλος, σύμφωνα με το άρθρο 7 § 4 «σε κάθε περίπτωση μπορεί να ζητηθεί αναπροσαρμογή του μισθώματος με τη συνδρομή του άρθρου 388 του Αστικού Κώδικα». Η αναπροσαρμογή του μισθώματος κατά το άρθρο 388 ΑΚ απαιτεί την επέμβαση του δικαστηρίου (δικαστική αναπροσαρμογή), η οποία λειτουργεί αυτόνομα σε σχέση με τη συμβατική και τη νόμιμη αναπροσαρμογή (άρθρο 7 §§ 1-3 του π.δ. 34/1995)¹⁴². Εν προκειμένω όμως, για την αναπροσαρμογή του μισθώματος απαιτείται να πληρούται το εξαιρετικό πραγματικό του άρθρου 388 ΑΚ και ιδίως να αποδεικνύεται ότι η μεταβολή των περιστατικών στα οποία οι συμβαλλόμενοι στηρίζαν τη σύναψη της σύμβασης είναι ανυπαίτια και οφείλεται σε έκτακτους και απρόβλεπτους λόγους¹⁴³. Κατ' αποτέλεσμα, λοιπόν, το άρθρο 388 ΑΚ βρίσκει εφαρμογή σε σπάνιες περιπτώσεις, αν αναλογιστεί κανείς και το γεγονός ότι οι προϋποθέσεις του πληρούνται δυσχερέστερα στις συμβάσεις με μακρά διάρκεια και λειτουργία, όπως συμβαίνει και στην επαγγελματική μίσθωση, η οποία έχει νόμιμη διάρκεια δωδεκαετή (άρθρο 5 § 1 του π.δ. 34/1995) ή δεκαεξαετή (άρθρο 61 περ. δ' του π.δ. 34/1995).

Ενόψει των δυσχερειών εφαρμογής του άρθρου 388 ΑΚ, στην πράξη γίνεται ευρεία χρήση της δυνατότητας προσφυγής στη διάταξη του άρθρου 288 ΑΚ για την αναπροσαρμογή του οφειλόμενου μισθώματος¹⁴⁴. Δεν πρέπει να προβληματίζει το

141. Η επαγγελματική μίσθωση μπορεί να οριστεί ως μίσθωση πράγματος ακινήτου, η οποία συνάπτεται για να ασκηθεί σε αυτό δραστηριότητα προστατευμένη από το π.δ. 34/1995.

142. *Αρχανιωτάκης*, Η επαγγελματική μίσθωση (Τόμος Ι) - Στοιχεία, κατάρτιση και μεταβολές κατά τη λειτουργία της σύμβασης (2002), 461. Μάλιστα, η δικαστική αναπροσαρμογή δεν μπορεί να αποκλειστεί με συμφωνία των μερών, έστω και μεταγενέστερη της κατάρτισης της μισθωτικής σύμβασης, γεγονός που προκύπτει από τον αναγκαστικό χαρακτήρα του άρθρου 388 ΑΚ.

143. *Αρχανιωτάκης*, ό.π., 464· *Κουμάνης*, ό.π., Αρμ 2006, 1864/5.

144. ΟλΑΠ 9/1997 ΝοΒ 1997, 762· ΑΠ 633/2007 ΝοΒ 2007, 2066· ΑΠ 2045/2006 ΕλλΔνη 2007, 1421· ΑΠ 1113/2005 ΝοΒ 2006, 195· ΑΠ 1487/2005 ΝοΒ 2006, 1625· ΑΠ 1129/2004 ΕλλΔνη 2005, 156· ΑΠ 1171/2004 ΕλλΔνη 2005, 154· ΑΠ 1659/2002 ΝοΒ 2003, 1217· ΑΠ 63/2000 ΕλλΔνη 2000, 758· ΑΠ 494/1999 ΕλλΔνη 1999, 1085· ΑΠ 1038/1998 ΕλλΔνη 1998, 1591· ΕφΘεσ 391/2005 Αρμ 2005, 1025· ΕφΘεσ 1122/2004 Αρμ 2006, 889· ΕφΛαρ 770/2003 Α' Δημ. ΝΟΜΟΣ· Εφαθ 3494/2003 ΑρχΝ 2005, 97· Εφαθ 5492/2001 ΕλλΔνη 2003, 553· Εφαθ 699/1997 ΕλλΔνη 1998, 1625· ΕφΠατρ 8/1997 Αρμ 1997, 758· Εφαθ 5746/1997 Αρμ 2000, 1225· ΕφΘεσ 2452/1996 Αρμ 1996, 1321· ΕφΠειρ 337/1995 ΕλλΔνη 1995, 1616· ΕφΠειρ 1343/1995 ΕλλΔνη 1996, 1658· Εφαθ 6796/1994 ΕλλΔνη 1995, 1614· Εφαθ 6727/1994 ΕλλΔνη 1995, 1613· Εφαθ 5487/1994 ΕλλΔνη 1995, 1614· ΜΠρΑθ 1590/2004 ΝοΒ 2005, 519· ΜΠρΘεσ 29248/2004 Αρμ 2006, 66· ΜΠρΘεσ 12700/2003 Αρμ 2006, 717· ΜΠρΘεσ 17932/2002 Αρμ 2003, 637· ΜΠρΘεσ 32962/2001 Αρμ 2002, 1453· ΜΠρΚαβ

γεγονός ότι το άρθρο 7 § 4 του π.δ. 34/1995 αναφέρεται στην αναπροσαρμογή του μισθώματος μόνο δυνάμει του άρθρου 388 ΑΚ, καθώς η αποκλειστική αυτή αναφορά του νόμου οφείλεται στο ότι η ΑΚ 388 αποτελεί τυπική περίπτωση εφαρμογής της καλής πίστης επί αμφοτεροβαρών συμβάσεων και δεν υποδηλώνει βούληση αποκλεισμού της αναπροσαρμογής του μισθώματος υπό τις προϋποθέσεις της εφαρμοστέας σε κάθε οφειλή διάταξης του άρθρου 288 ΑΚ¹⁴⁵. Ειδικότερα, προϋποθέσεις για την αναπροσαρμογή του μισθώματος βάσει του άρθρου 288 ΑΚ είναι¹⁴⁶:

α) μόνιμη μεταβολή των συνθηκών κατά το διάστημα από τη σύναψη της επαγγελματικής μίσθωσης ή από το χρόνο της τυχόν προγενέστερης συμβατικής ή νόμιμης αναπροσαρμογής μέχρι το χρόνο της αγωγής, ανεξάρτητα από το υπαίτιο, έκτακτο και απρόβλεπτο των λόγων που προξένησαν την εν λόγω μεταβολή, β) ουσιώδης απόκλιση (αύξηση ή μείωση) κατά το χρόνο άσκησης της αγωγής ανάμεσα στο από την καλή πίστη και τα συναλλακτικά ήθη επιβαλλόμενο μίσθωμα αφενός, και στο αρχικά συνολοποιηθέν ή το μετ' αναπροσαρμογή καταβαλλόμενο μίσθωμα αφετέρου, σε τρόπο ώστε η διατήρησή του να επιφέρει ζημία στον ενάγοντα, η οποία να υπερβαίνει τον αναλαμβανόμενο με τον αρχικό ή τον μετ' αναπροσαρμογή ορισμό του μισθώματος κίνδυνο, και γ) αιτιώδης σύνδεσμος (συνάφεια) μεταξύ της μεταβολής των συνθηκών και της ουσιώδους απόκλισης του μισθώματος. Χαρακτηριστικά νομολογιακά παραδείγματα, όπου αποφασίστηκε η μείωση του οφειλόμενου μισθώματος με βάση τη διάταξη του άρθρου 288 ΑΚ αποτελούν οι ΕφΑθ 1791/2000¹⁴⁷ και ΕφΘεσ 3184/2000¹⁴⁸. Και στις δύο περιπτώσεις επρόκειτο για κινηματογραφικές επιχειρήσεις στις οποίες οι μισθωτές – ενάγοντες επικαλέστηκαν ότι από την κατάρτιση των μισθωτικών συμβάσεων μέχρι τη γένεση της διαφοράς είχαν μεσολαβήσει περιστατικά βάσει των οποίων επήλθε ουσιώδης μείωση της μισθωτικής αξίας του μισθίου, που καθιστούσε το συμφωνηθέν μίσθωμα (για κάθε ένα κινηματογράφο) δυσανάλογο προς τη χρήση του μισθίου, ενώ αξίζει να σημειωθεί ότι το μίσθωμα είχε συμφωνηθεί σε ποσοστό επί των εκδιδόμενων εισιτηρίων. Περιστατικά στα οποία οφείλονταν η παραπάνω ουσιώδης μείωση της μισθωτικής αξίας ήταν η ιδιαίτερος σημαντική μείωση του αριθμού των εκδιδόμενων εισιτηρίων, γεγονός που με τη σειρά του ήταν επακόλουθο ποικίλων λόγων (πχ εμφάνιση

20/2001 Αρμ 2002, 1481· ΜΠρΘεσ 14447/1998 Αρμ 1998, 1187· ΜΠρΔρ 8/1997 Αρμ 1997, 761· ΜΠρΠειρ 131/1996 Αρμ 1996, 1339· ΜΠρΠειρ 820/1995 Αρμ 1996, 160· ΜΠρΠειρ 19/1994 Αρμ 1995, 628· ΜΠρΑθ 1509/1993 Αρμ 1995, 22· ΕιρΔρ 2/2005 Αρμ 2005, 1595.

145. ΟΛΑΠ 9/1997 ΝοΒ 1997, 762· ΑΠ 63/2000 ΕλλΔνη 2000, 758. Βλ. και ΑΠ 633/2007 ΝοΒ 2007, 2066· ΑΠ 1113/2005 ΝοΒ 2006, 195· ΑΠ 328/2004 ΕλλΔνη 2004, 1461· ΕφΘεσ 2676/2006 Αρμ 2007, 1168· ΕφΑθ 5440/2003 ΕλλΔνη 2005, 263· ΕφΑθ 3494/2003 ΑρχΝ 2005, 97· ΜΠρΑθ 1590/2004 ΝοΒ 2005, 519.

146. ΑΠ 2045/2006 ΕλλΔνη 2007, 1421. Βλ. και *Αρχανιωτάκη*, ό.π., 470-472.

147. ΕφΑθ 1971/2000 ΑρχΝ 2001, 424. Βλ. και *Καραμπατζό*, ό.π., 382 επ.

148. ΕφΘεσ 3184/2000 ΑρχΝ 2000, 429. Βλ. και *Καραμπατζό*, ό.π., 386 επ.

των πολυκινηματογράφων, στροφή του κοινού στην τηλεόραση, αδυναμία εξεύρεσης θέσεως στάθμευσης), η αύξηση των λειτουργικών δαπανών των κινηματογραφικών επιχειρήσεων και το χαμηλότερο μίσθωμα το οποίο κατέβαλαν άλλοι κινηματογράφοι σε ανάλογες περιοχές.

5. Το παράδειγμα της «αναπροσαρμογής του εργολαβικού ανταλλάγματος» σε συμβάσεις δημοσίων έργων: Οι διατάξεις των άρθρων 288 και 388 ΑΚ βρίσκουν εφαρμογή και στο πεδίο των διοικητικών συμβάσεων και μάλιστα προκειμένου να αντιμετωπισθούν ζητήματα που μένουν αρρήθμιστα από την ειδική νομοθεσία, τις κανονιστικές διατάξεις και τους συμβατικούς όρους που διέπουν τις συμβάσεις αυτές¹⁴⁹. Το φαινόμενο της ουσιαδούς μεταβολής των συνθηκών δεν είναι άγνωστο στις διοικητικές συμβάσεις και η νομολογία των διοικητικών δικαστηρίων δέχεται την αναπροσαρμογή των οικονομικών όρων της σύμβασης ή την επιδίκαση αποζημίωσης στον αντισυμβαλλόμενο βάσει των άρθρων 288 και 388 ΑΚ¹⁵⁰. Ειδική κατηγορία διοικητικών συμβάσεων αποτελούν τα δημόσια έργα (ν. 1418/1984, ν. 889/1979, π.δ. 609/1985 κ.λπ.), όπου το πρόβλημα εφαρμογής των άρθρων 288 και 388 ΑΚ προβάλλει εντονότερα ενόψει των ρυθμίσεων των άρθρων 5 § 13¹⁵¹ και 10 § 10¹⁵² του ν. 1418/1984. Η ορθή ερμηνεία των συγκεκριμένων διατάξεων οδηγεί στο συμπέρασμα ότι ο περιλαμβανόμενος σ' αυτές αποκλεισμός εφαρμογής των άρθρων 288 και 388 ΑΚ αφορά τις εργασίες εκείνες για τις οποίες έλαβε χώρα αναθεώρηση των τιμών πριν από την εκτέλεσή τους, όχι όμως και τις εργασίες εκείνες οι οποίες, παρά την αύξηση του κόστους τους, δεν πρόλαβαν να επανακοστολογηθούν πριν από την εκτέλεση¹⁵³. Συμμεριζόμενη την παραπάνω άποψη, η νομολογία¹⁵⁴ κάνει δεκτή την προσφυγή στις διατάξεις των άρθρων 288 και 388 ΑΚ για την αναπροσαρμογή του εργολαβικού ανταλλάγματος, εφόσον αυτές αποδίδουν γενική

149. Σπηλιωτόπουλος, Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου (2001), 204-205· Κοϊμτζόγλου, Η δυνατότητα εφαρμογής των άρθρων 200, 288 και 388 ΑΚ στις διοικητικές συμβάσεις, Αρμ 1994, 634· Ο ίδιος, Οι λειτουργίες της καλής πίστης στο πλαίσιο των διοικητικών συμβάσεων, Αρμ 1995, 1394.

150. ΣτΕ 4326/2000 ΔιΔικ 2001, 1071· ΣτΕ 4775/1997 Αρμ 1998, 236· ΔΕφαθ 118/2004 Α' Δημ. ΝΟΜΟΣ· Βλ. όμως και ΔΕφαθ 2888/1996 ΔιΔικ 1997, 1463· ΔΕφαθ 4372/1989 ΔιΔικ 1990, 1388, όπου και προκρίνεται η εφαρμογή της αρχής του αποβλέπτου έναντι των άρθρων 288 και 388 ΑΚ.

151. «Στις συμβάσεις κατασκευής δημοσίων έργων εφαρμόζονται οι διατάξεις του Αστικού Κώδικα, εφόσον δεν ορίζεται διαφορετικά στο νόμο αυτόν ή στα εκτελεστικά του διατάγματα».

152. «Πέρα από την προβλεπόμενη στις διατάξεις του άρθρου αυτού αναθεώρηση τιμών αποκλείεται η αναπροσαρμογή του εργολαβικού ανταλλάγματος ή η διάλυση των συμβάσεων δημοσίων έργων, κατ' εφαρμογή των άρθρων 288 ή 388 του Αστικού Κώδικα, ένεκα της αυξομείωσης των τιμών».

153. Τζίκα - Χατζοπούλου, Κατασκευή Δημοσίων Έργων (1993), 120-121· Καράκωστας, ό.π., 533 και ειδικά σημ. 94.

154. ΣτΕ 1430/2007 Α' Δημ. ΝΟΜΟΣ· ΣτΕ 2993/2006 Α' Δημ. ΝΟΜΟΣ· ΣτΕ 1093/2005 Α' Δημ. ΝΟΜΟΣ· ΣτΕ 3021/2005 Α' Δημ. ΝΟΜΟΣ· ΣτΕ 552/2004 Α' Δημ. ΝΟΜΟΣ· ΔΕφίωαν 366/1995 ΔιΔικ 1997, 980. Βλ. όμως και ΣτΕ 483/2004 Α' Δημ. ΝΟΜΟΣ· ΑΠ 662/1994 ΕλλΔνη 1995, 1072· Εφαθ 4422/1993 ΝοΒ 1994, 67· Διαιτητική απόφαση 13/2000 ΕλλΔνη 2001, 528, οι οποίες και απορρίπτουν την εφαρμογή των άρθρων 288 και 388 ΑΚ.

αρχή του δικαίου και άρα εφαρμόζονται και επί συμβάσεων δημοσίων έργων. Αναπόφευκτα όμως ανακύπτει εδώ ενδεχόμενος κίνδυνος ανατροπής του προγράμματος των δημοσίων έργων, σε περίπτωση που διαταχθεί η λύση της σύμβασης για το μη εκτελεσθέν μέρος της. Για το λόγο αυτό έχει διατυπωθεί η άποψη¹⁵⁵ ότι θα πρέπει να προτιμάται η αναθεώρηση των τιμών κατ' άρθρο 10 § 10 του ν. 1418/1984, που επιβάλλει στα διοικητικά όργανα την άμεση αναπροσαρμογή των τιμών.

VI. Η δικαστική αντιμετώπιση ζητημάτων σε μη ρυθμισμένες από το νόμο μορφές συμβάσεων – Η λύση της σύμβασης δικαιόχρησης με τακτική καταγγελία του δότη

1. Δημιούργημα της σύγχρονης οικονομίας αποτελεί η σύμβαση δικαιόχρησης (franchising), δηλαδή η σύμβαση διαρκούς συνεργασίας μεταξύ δύο ανεξάρτητων επιχειρήσεων που από άποψη οικονομικής λειτουργίας συνιστά μια μέθοδο προώθησης προϊόντων ή υπηρεσιών, βάσει της οποίας η μια επιχείρηση (δικαιοπάροχος ή δότης), παραχωρεί στην άλλη (δικαιοδόχο ή λήπτη), έναντι άμεσου ή έμμεσου οικονομικού ανταλλάγματος, το δικαίωμα εκμετάλλευσης του λεγόμενου «συνόλου» ή «πακέτου» δικαιόχρησης, με σκοπό την εμπορία συγκεκριμένων τύπων προϊόντων ή την παροχή υπηρεσιών σε τελικούς χρήστες. Ως «πακέτο» δικαιόχρησης νοείται ένα σύνολο δικαιωμάτων βιομηχανικής ή και πνευματικής ιδιοκτησίας, τα οποία αφορούν εμπορικά σήματα ή επωνυμίες, διακριτικά γνωρίσματα, πρότυπα χρήσης, διπλώματα ευρεσιτεχνίας, τεχνογνωσία ή και άλλα συμβατικά δικαιώματα, όπως δικαιώματα προμήθειας προϊόντων από συγκεκριμένους παραγωγούς, δικαιώματα χρήσης και εκμετάλλευσης καταστημάτων, εξοπλισμού κ.λπ.¹⁵⁶ Η σύμβαση αυτή αποτελεί το πλαίσιο με το οποίο ρυθμίζονται οι κύριες υποχρεώσεις των μερών, εκείνες δηλαδή που είναι αναγκαίες για την επίτευξη του οικονομικού σκοπού του franchising και οι οποίες συνίστανται για μεν τον δότη στην υποχρέωση του για οργανωτική και τεχνολογική ένταξη του λήπτη στο υπάρχον σύστημα (δίκτυο) διανομής και τη διαρκή στήριξη του, για δε τον λήπτη στην υποχρέωση του

155. Τζίκα - Χατζοπούλου, ό.π., 121.

156. Για την έννοια της σύμβασης δικαιόχρησης βλ. ενδεικτ. Απ. Γεωργιάδη, Νέες Μορφές Συμβάσεων της Σύγχρονης Οικονομίας (2000), 193· Αλεπάκο, Νομική φύση και ιδιαιτερότητες της σύμβασης δικαιόχρησης, ΝοΒ 1995, 936· Γιαννακάκη, Νομικό καθεστώς και πρακτική της σύμβασης δικαιόχρησης στην Ελλάδα, ΔΕΕ 1997, 1047· Αγαλλοπούλου, Βασικές Έννοιες Αστικού Δικαίου (2003), 388· Λαζαρίδη, Σύγχρονες Μορφές Χρηματοδότησης - Franchising (2000), 17 επ. και από τη νομολογία ΕφΑθ 2817/2007 ΔΕΕ 2007, 972· ΕφΑθ 5916/2006 ΔΕΕ 2007, 221· ΕφΑθ 302/2006 ΔΕΕ 2006, 513· ΕφΑθ 8572/2006 ΔΕΕ 2007, 609· ΕφΘεσ 1043/1998 ΔΕΕ 1998, 491· ΠΠρΑθ 1154/2003 ΕΕμπΔ 2003, 340· ΠΠρΑθ 1156/2003 ΔΕΕ 2004, 66· ΠΠρΑθ 13118/1995 ΕΕμπΔ 1996, 183· ΜΠρΘεσ 9925/2005 Αρμ 2005, 1068· ΜΠρΑθ 6280/2004 ΔΕΕ 2005, 602· ΜΠρΑθ 1047/2003 Α' Δημ. ΤΝΠ Νόμος· ΜΠρΑθ 1596/2003 ΧρΙΔ 2004, 536.

για εφάπαξ καταβολή ενός ποσού εισόδου του στο σύστημα και περιοδική καταβολή του συμφωνημένου «τιμήματος»¹⁵⁷.

2. Η σύμβαση δικαιόχρησης, απόρροια της ελευθερίας των συμβάσεων (άρθρο 361 ΑΚ), παραμένει αρρήθμιστη από τον έλληνα νομοθέτη παρά τη διαδεδομένη χρήση της και ως εκ τούτου φέρνει συχνά τον δικαστή αντιμέτωπο με το δυσχερές ζήτημα της επιλογής ή της διατύπωσης κατάλληλων κανόνων για τη ρύθμιση των ζητημάτων που ανακύπτουν. Το πρόβλημα της αναζήτησης του κατάλληλου ρυθμιστικού πλαισίου κάθε αρρήθμιστης από το νόμο σύμβασης (δικαιώματα και υποχρεώσεις των μερών, συνέπειες της ανώμαλης εξέλιξης κ.λπ.) επιλύεται κατά κανόνα με προσφυγή, κατά σειρά α) στη ρητώς διατυπωμένη ή κατόπιν ερμηνείας της σύμβασης ανευρισκόμενη βούληση των μερών ή β) με ευθεία ή ανάλογη εφαρμογή διατάξεων που διέπουν κάποια «συγγενή» επώνυμη σύμβαση ή γ) με εφαρμογή των κανόνων του Γενικού Μέρους του Ενοχικού Δικαίου (ΑΚ 287-495) ή και των Γενικών Αρχών (ΑΚ 1-286), ή δ) όταν όλοι οι παραπάνω τρόποι αδυνατούν να οδηγήσουν σε μια εύλογη ρύθμιση, με δικαιοπλασία του δικαστή που έχει τη μορφή της λεγόμενης «συμπληρωτικής ερμηνείας της σύμβασης», η οποία διενεργείται με βάση αντικειμενικά κριτήρια, συναγόμενα από το αξιολογικό σύστημα της όλης έννομης τάξης¹⁵⁸.

Η πολλαπλή ετερογένεια των στοιχείων που συνθέτουν τη σύμβαση δικαιόχρησης, προσδίδοντας σε αυτή το χαρακτήρα μικτής σύμβασης, επιβαρύνει το έργο του εφαρμοστή του δικαίου. Η σύμβαση δικαιόχρησης αποτελεί, κατά την πάγια νομολογία των ελληνικών δικαστηρίων¹⁵⁹, ένα συγκερασμό ουσιωδών στοιχείων συμβατικών τύπων, και πιο συγκεκριμένα στοιχείων μίσθωσης προσοδοφόρου αντικειμένου (άρθρο 683 επ. ΑΚ), σύμβασης παροχής ανεξάρτητων υπηρεσιών (άρθρο 648 επ. ΑΚ) και εντολής (άρθρο 713 ΑΚ). Η νομολογία εκκινώντας από τη «θεωρία της απορρόφησης» κάνει αποδεκτό ότι «...χωρίς να αποκλείεται η εφαρμογή των διατάξεων που ρυθμίζουν το συγκεκριμένο είδος (μίσθωση έργου, πώληση), το κρίσιμο ζήτημα είναι ο προσδιορισμός του χαρακτήρα ο οποίος προέχει στην όλη συμβατική σχέση...». Στη συνέχεια όμως αναγνωρίζει εμμέσως την ανεπάρκεια της θεωρίας αυτής και καταλήγει στο ότι «οι κανόνες που διέπουν το τμήμα αυτό της συμβάσεως εφαρμόζονται πρωτευόντως στη συμβατική σχέση, οι δε κανόνες που διέπουν τα υπόλοιπα τμήματα δεν αγνοούνται αλλά εφαρμόζονται συμπληρωματικώς»¹⁶⁰. Στην περίπτωση δε του franchising, αποτελεί κοινή παραδοχή τόσο της

157. Για τις επιμέρους υποχρεώσεις των συμβαλλόμενων μερών βλ. *Απ. Γεωργιάδη*, ό.π., 208 επ.· *Αλεπάκο*, ό.π., 936 επ.· *Γιαννακάκη*, ό.π., 1053 επ.· *Θεμελή*, Η Σύμβαση του Franchising, Αφιέρωμα εις Κων. Βαβούσκο Β' (1990), 104 επ.· Εφαθ 8572/2006 ΔΕΕ 2007, 609.

158. Βλ. ενδεικτ. *Π. Κορηλάκη*, Ειδικό Ενοχικό Δίκαιο Ι (2002), 13 επ.

159. Εφαθ 2817/2007 ΔΕΕ 2007, 972· Εφαθ 5916/2006 ΔΕΕ 2007, 221· Εφαθ 8572/2006 ΔΕΕ 2007, 609· Εφαθ 302/2006 ΔΕΕ 2006, 513· ΜΠρΘεσ 9925/2005 Αρμ 2005, 1068· ΠΠρΑθ 1156/2003 ΔΕΕ 2004, 66· ΜΠρΑθ 1596/2003 ΧρΙΔ 2004, 536.

160. Εφαθ 2817/2007 ΔΕΕ 2007, 972· Εφαθ 8572/2006 ΔΕΕ 2007, 609· ΠΠρΑθ 1154/2003

νομολογίας¹⁶¹ όσο και της θεωρίας¹⁶², ότι ο προέχων χαρακτήρας συνίσταται στην παροχή υπηρεσιών και στην παραχώρηση άυλων αγαθών.

Κατά τα λοιπά, η προσφυγή στη βούληση των μερών συχνά αποδεικνύεται ανεπαρκής στη σύμβαση δικαιοχρησίας. Και τούτο διότι ο χαρακτήρας αυτής ως σύμβασης προσχώρησης¹⁶³ θέτει υπό αμφισβήτηση την εγκυρότητα των προδιατυπωμένων όρων που επιβάλλει ο δότης στον λήπτη και καθιστά την διά των όρων αυτών εκφραζόμενη βούληση των μερών αμφίβολη νομιμοποιητική βάση για την επίλυση των προβλημάτων που αναφέρονται κατά τη λειτουργία ή κατά τη λύση της σύμβασης. Ο ν. 2251/1994 δεν εφαρμόζεται άμεσα στις σχέσεις δότη - λήπτη. Ο χαρακτήρας όμως της σύμβασης franchising ως σύμβασης προσχώρησης ανοίγει το δρόμο για την αναλογική εφαρμογή των αρχών που ισχύουν και εφαρμόζονται στον έλεγχο των ΓΟΣ (π.χ. αρχή της διαφάνειας, εν αμφιβολία ερμηνεία των ΓΟΣ σε βάρος του συντάκτη τους - δότη) παρέχοντας στον εφαρμοστή του δικαίου πρόσθετα εργαλεία κατά τον έλεγχο του κύρους των συμβατικών όρων, πέραν των διατάξεων των άρθρων 174, 178, 179, 281, 371-374 ΑΚ και των άρθρων 1, 2 του ν. 703/1977. Ως δίαυλος για την εφαρμογή των προαναφερθεισών αρχών κατά τον έλεγχο του περιεχομένου της σύμβασης franchising μπορεί να χρησιμεύσει η γενική ρήτρα του άρθρου 281 ΑΚ, αφού οι περιεχόμενες στο άρθρο 2 παρ. 6 του ν. 2251/1994 ρυθμίσεις δεν συνιστούν άλλο, παρά εξειδικεύσεις αυτής¹⁶⁴.

Άλλη πτυχή της σύμβασης δικαιοχρησίας, που επηρεάζει αναμφίβολα το πλέγμα των εφαρμοστέων σε αυτήν κανόνων δικαίου, είναι ο διαρκής χαρακτήρας της. Η διάρκεια που χαρακτηρίζει τη συνεργασιακή σχέση που εγκαθιδρύεται με τη σύμβαση δικαιοχρησίας επιβάλλει την εφαρμογή των βασικών αρχών του δικαίου των διαρκών ενοχών του Αστικού Κώδικα (π.χ. καταγγελία αντί για υπαναχώρηση) και αναδεικνύει την απόρρευσα από το άρθρο 288 ΑΚ υποχρέωση καλόπιστης συμπεριφοράς των μερών (υποχρέωση πίστης) ως βάση για την αναγνώριση παρεπόμενων για αμφοτέρους τους συμβαλλομένους υποχρεώσεων που καταλαμ-

ΕΕμπΔ 2003, 340· ΜΠρθεσ 9925/2005 Αρμ 2005, 1068· ΜΠρΑθ 6280/2004 ΔΕΕ 2005, 602· ΜΠρΑθ 1047/2003 ΔΕΕ 2003, 554· ΜΠρΑθ 1596/2003 Χριδ 2004, 536· ΜΠρΑθ 13118/1995 ΕΕμπΔ 1996, 183.

161. Βλ. την προηγούμενη υποσημείωση.

162. Απ. Γεωργιάδης, Η Σύμβαση Franchising, ΝοΒ 1991, 204.

163. Η σύμβαση δικαιοχρησίας χαρακτηρίζεται ως σύμβαση προσχώρησης επειδή ο λήπτης υπογράφει συνήθως μια σύμβαση - πλαίσιο που επεξεργάστηκε ο δότης, η οποία είναι κοινή για το σύνολο των ληπτών του δικτύου (τυποποιημένη σύμβαση). Η πλειοψηφία των όρων της, ειδικά στο franchising υπαγωγής, δεν αποτελεί προϊόν διαπραγμάτευσης αλλ' αποτέλεσμα μονομερούς επιβολής τους από τον δότη του franchise. Για το χαρακτήρα της σύμβασης δικαιοχρησίας ως σύμβασης προσχώρησης βλ. Απ. Γεωργιάδη, Νέες Μορφές⁴ (2000), σελ. 224· Αλεπάκο, ό.π., σ. 944· Γκοτσοπούλου, Νομικά Ζητήματα των Συμβάσεων Δικαιοχρησίας (Franchising), Digesta 2000-2001· Αγαλλοπούλου, ό.π. σ. 389. Βλ. όμως και αντίθετη άποψη σε Κωστάκη, Franchising - Νομική και Επιχειρηματική Διάσταση (2000) σ. 320.

164. Βλ. Απ. Γεωργιάδη, Νέες Μορφές (2000), σ. 224 επ.

βάνουν χρονικά όχι μόνο τη συμβατική αλλά και τη μετασυμβατική περίοδο¹⁶⁵. Στον ιδιαίτερο αυτό ρυθμιστικό ρόλο που επιτελεί η ΑΚ 288 συντείνει και ο έντονα προσωπικός και εμπιστευτικός χαρακτήρας της σύμβασης δικαιόχρησης¹⁶⁶.

Το ρυθμιστικό πλαίσιο της σύμβασης δικαιόχρησης συμπληρώνεται από την αναλογική εφαρμογή ορισμένων από τις διατάξεις του π.δ. 219/1991 «περί εμπορικών αντιπροσώπων». Το franchising ομοιάζει με τη σύμβαση εμπορικής αντιπροσωπείας στο βαθμό που και με τις δύο αυτές συμβάσεις ιδρύεται ένα οργανωμένο σύστημα διανομής με σκοπό την αποτελεσματικότερη προώθηση ορισμένων προϊόντων στην αγορά. Η βασική όμως διαφορά έγκειται στο ότι ο εμπορικός αντιπρόσωπος συμβάλλεται στο όνομα και για λογαριασμό του εμπόρου που αντιπροσωπεύει, ενώ ο λήπτης Franchising συμβάλλεται πάντοτε στο δικό του όνομα, για δικό του λογαριασμό και με δικό του κίνδυνο. Δυσκολότερη καθίσταται η διάκριση στην περίπτωση του εξουσιοδοτημένου εμπορικού αντιπρόσωπου, ο οποίος είναι εξουσιοδοτημένος να πωλεί τα προϊόντα του αντιπροσωπευομένου στο δικό του όνομα και για δικό του λογαριασμό – όπως ακριβώς και ο λήπτης του πακέτου Franchise. Η ειδοποιός διαφορά των δύο αυτών μορφών διεπιχειρησιακής συνεργίας είναι ποσοτική και θα πρέπει να αναζητηθεί στον βαθμό της ενσωμάτωσης του εξουσιοδοτημένου αντιπρόσωπου στο σύστημα διανομής, βαθμός ο οποίος είναι κατά κανόνα μικρότερος από αυτόν του λήπτη franchising¹⁶⁷. Οι προϋποθέσεις της αναλογίας συντρέχουν, δεδομένου του στενού βαθμού συγγένειας που εμφανίζουν οι δύο αυτές μορφές εμπορικής συνεργασίας, συνάμα δε προσφέρουν και λύσεις που, όπως θα δούμε, φαίνεται να καλύπτουν επιτυχώς τις ρυθμιστικές ανάγκες του franchising, σε αρκετά σημεία.

3. Η λύση της σύμβασης δικαιόχρησης με τακτική καταγγελία του δότη

Η λύση του Franchising με τακτική καταγγελία του δότη εμφανίζει ένα διττό προβληματισμό: Από το ένα μέρος βρίσκεται το άξιο προστασίας δικαίωμα του δότη για επιχειρηματικό αυτοκαθορισμό και ελεύθερη επιλογή συνεργατών, είναι δε απολύτως θεμιτή και συνάδει προς την οικονομία της ελεύθερης αγοράς η προσπάθεια του δότη να αυξήσει τα κέρδη του, ακόμα και όταν αυτό επιτυγχάνεται τελικά σε βάρος του λήπτη (π.χ. όταν η λύση της σύμβασης αποσκοπεί στη μετέπειτα δραστηριοποίηση του δότη στην περιοχή που δραστηριοποιούνταν μέχρι τώρα ο λήπτης)¹⁶⁸. Από το άλλο μέρος όμως ο λήπτης, όντας κατά τεκμήριο ασθενέστερος σε

165. Απ. Γεωργιάδης, Νέες Μορφές (2000), σ. 206 επ. και 236· Αλεπάκος, ό.π., σ. 943· Κωστάκης, ό.π., σ. 315.

166. Θεμελή, ό.π., σ. 97 επ.· Αλεπάκος, ό.π., σ. 943· πρβλ. ΔΕΚ, απόφ. 28.1.1986, C-161/84, Pronuptia, Συλλογή 198, σ. 353 επ.

167. Για όλα τα παραπάνω βλ. ενδεικτ. Εφαθ 302/2006 ΔΕΕ 2006, 513· ΠΠραθ 1156/2003 ΔΕΕ 2004, 66· Εφαθ 7371/2003 ΕπισκεΔ 2004, 438.

168. Από τη διεθνή εμπειρία προκύπτει άλλωστε ότι στην πράξη οι περισσότερες καταγγελίες συμβάσεων franchising εκ μέρους του δότη δεν οφείλονται στην αποτυχημένη δραστηριότητα του λή-

σύγκριση με το δότη, προβαίνει συνήθως σε σημαντικές επενδύσεις ή άλλες δαπάνες καθ' υπόδειξη ή προτροπή του δότη, τις οποίες και πρέπει να αποσβέσει. Καθίσταται έτσι εμφανής η ανάγκη προσδιορισμού μιας κατώτατης διάρκειας ζωής της σύμβασης, πριν από την παρέλευση της οποίας η τυχόν γενόμενη εκ μέρους του δότη καταγγελία θα προσέκρουε σε ζωτικά συμφέροντα του λήπτη. Ωστόσο ο εκ των προτέρων καθορισμός ενός ομοιόμορφου ελάχιστου ορίου διάρκειας για όλες γενικά τις συμβάσεις franchising δεν φαίνεται δυνατός¹⁶⁹ αλλά ούτε και επιθυμητός. Αντ' αυτού αναγκαίος κρίνεται ο ad hoc δικαστικός προσδιορισμός της εκάστοτε εύλογης κατώτατης διάρκειας, για τον υπολογισμό της οποίας θα λαμβάνονται υπόψη από τον εφαρμοστή του δικαίου διάφορα κριτήρια, όπως ο οικονομικός κλάδος στον οποίο ανήκουν οι επιχειρήσεις, οι τυχόν ιδιομορφίες της σύμβασης, οι συνοδευόμενες αυτήν περιστάσεις και κυρίως η εντός της διάρκειας αυτής δυνατότητα του λήπτη να αποσβέσει τις επενδύσεις του¹⁷⁰.

Ενώ η ανάγκη δικαστικής προστασίας του λήπτη από μια επίζημια γι' αυτόν τακτική καταγγελία της σύμβασης θεωρείται δεδομένη, διχογνωμία επικρατεί ως προς τη νομική θεμελίωση και το περιεχόμενο της προστασίας αυτής. Πρόσφορη νομική βάση για την προστασία του λήπτη θα μπορούσαν να αποτελέσουν τα άρθρα 281 και 288 του ΑΚ, καθώς η παρά τη μη απόσβεση των επενδύσεων τακτική καταγγελία μπορεί να θεωρηθεί ότι παραβιάζει τη συναλλακτική καλή πίστη, παραβίαση η οποία αξιολογούμενη στο πλαίσιο των ΑΚ 281 και 174 συνεπάγεται την ακυρότητα της καταγγελίας¹⁷¹. Όμως η κατάφαση της καταχρηστικότητας – και η εξ αυτής απαγγελόμενη ακυρότητα της καταγγελίας – δεν είναι πάντοτε ευχερής, στο βαθμό που προϋποθέτει την κατόπιν στάθμιση των αντικρουόμενων συμφερόντων των μερών παραδοχή μιας προφανούς υπεροχής των συμφερόντων του λήπτη. Παράλληλα, όπως και στις προσωπικές εμπορικές εταιρίες, η ακυρότητα της καταγγελίας δεν είναι πάντοτε σκόπιμη, αφού η επιτυχία μιας διαρκούς σύμβασης συναρτάται εκ των πραγμάτων από τη δυνατότητα ομαλούς και απρόσκοπτης διαρκούς συνεργασίας των μερών, προϋπόθεση η οποία δεν μπορεί να θεωρηθεί ότι συντρέχει όταν το ένα μέρος έχει καταγγείλει τη σύμβαση. Για το λόγο αυτό προτείνεται από μέρος της θεωρίας ως σκοπιμότερη (έναντι της ακυρότητας της καταγγε-

πη, αλλά στην πρόθεση τους να δραστηριοποιηθούν οι ίδιοι στη συγκεκριμένη γεωγραφική περιοχή π.χ. μέσω ενός υποκαταστήματος, επανξάνοντας έτσι τα κέρδη τους. Πολλές φορές δε, η συνεργασία στο πλαίσιο του franchising αποτελεί κατ' ουσία επιχειρηματική στρατηγική του δότη που αποσκοπεί στην προετοιμασία της σκοπούμενης μελλοντικής δραστηριοποίησής του σε μια αγορά. Βλ. σχετ. Απ. Γεωργιάδη, Νέες Μορφές (2000), 241.

169. Την αναλογική εφαρμογή του άρθρου 634 ΑΚ – και της προβλεπόμενης σε αυτό υποχρεωτικής ελάχιστης τετραετούς διάρκειας – αποκλείει εκ προοιμίου η διάταξη του άρθρου 638 ΑΚ, η οποία εξαιρεί την εφαρμογή αυτής από τη μίσθωση προσοδοφόρου αντικειμένου.

170. Απ. Γεωργιάδης, Νέες Μορφές (2000), 241.

171. Απ. Γεωργιάδης, ό.π., 242.

λίας και της αναγκαστικής παράτασης της λειτουργίας της σύμβασης), η αναγνώριση μεν της εγκυρότητας της καταγγελίας, ακόμα και αν αυτή έγινε ενόσω δεν είχαν ακόμα αποσβεσθεί οι επενδύσεις του λήπτη, με παράλληλη όμως αναγνώριση αξίωσης αποζημίωσης του λήπτη για το σύνολο των μη αποσβεσθεισών επενδύσεών του. Έτσι η λύση της ακυρότητας της καταγγελίας θα ακολουθείται μόνο κατ' εξαίρεση σε περίπτωση συνδρομής πρόσθετων στοιχείων που υποδεικνύουν αντίθεση της καταγγελίας στα χρηστά ήθη (άρθρα 178,179 ΑΚ)¹⁷².

Σε κάθε περίπτωση τα μέρη μπορεί να έχουν συμπεριλάβει στη σύμβαση τους κάποιο σχετικό όρο, βάσει του οποίου το καταρχήν υπαρκτό δικαίωμα τακτικής καταγγελίας θα μπορεί να ασκηθεί μόνο μετά την πάροδο συγκεκριμένου χρονικού διαστήματος (κατώτατη υποχρεωτική διάρκεια της σύμβασης Franchising). Ωστόσο τυχόν όρος με τέτοιο περιεχόμενο υπόκειται σε διπλό έλεγχο: Αφενός μεν πρέπει να ελέγχεται το κατά πόσο η προβλεπόμενη κατώτατη υποχρεωτική διάρκεια είναι πράγματι επαρκής για την απόσβεση των επενδύσεων του λήπτη και, σε περίπτωση που δεν είναι, η τήρηση της προθεσμίας αυτής από τα μέρη δεν θα πρέπει να στερεί από το δικαστή τη δυνατότητα επιδίκασης αποζημίωσης ή απαγγελίας της ακυρότητας της καταγγελίας. Αφετέρου δε η διάρκεια αυτή θα πρέπει να ελέγχεται και αντίστροφα. Διότι αν είναι πολύ μεγάλη, θα οδηγεί σε υπέρμετρο περιορισμό του δικαιώματος τακτικής καταγγελίας και, κατ' επέκταση, και της οικονομικής ελευθερίας του δότη, κατά τρόπο που ενδέχεται να προσκρούει στα χρηστά ήθη (ΑΚ 178, 179).

Τέλος με βάση τα γενικώς ισχύοντα περί τακτικής καταγγελίας, αυτή γίνεται υπό προθεσμία ή είναι απρόθεσμη, ανάλογα με τους ειδικούς ορισμούς του νόμου (π.χ. άρθρα 609-610, 669-670 ΑΚ) ή της σύμβασης¹⁷³. Ειδικότερα στη σύμβαση δικαιόχρησης, ελλείψει συμβατικής πρόβλεψης και δεδομένης της απουσίας ειδικού νομοθετικού πλαισίου, τίθεται το ερώτημα της ανάγκης τήρησης ή μη κάποιας προθεσμίας. Σε περίπτωση καταφατικής απάντησης¹⁷⁴ ανακύπτει η ανάγκη προσδιορισμού της προθεσμίας αυτής. Η κάλυψη του κενού ορθότερο είναι να γίνει με αναλογική εφαρμογή των διατάξεων του άρθρου 8 § 3 επ. του π.δ. 219/1991 για

172. Βλ. *Απ. Γεωργιάδη*, ό.π., σ. 243 με περαιτέρω παραπομπές στη γερμανική θεωρία και *Κωστάκη*, ό.π. σ. 291 επ. Ο τελευταίος μάλιστα θεωρεί το άρθρο 288 ΑΚ ως επιπρόσθετη νομική βάση για την αναγνώριση αξίωσης αποζημίωσης υπέρ του λήπτη σε περίπτωση που η καταγγελία έγινε ενόσω ο λήπτης δεν είχε προλάβει να αποσβέσει τις επενδύσεις του, προκρίνοντας ως κύρια νομική βάση για την προστασία του λήπτη από μια τέτοια καταγγελία (άκαιρη ή άδικη) την αναλογική εφαρμογή των άρθρων 676 § 2, 722 και 725 § 2 ΑΚ, όπου η επαπειλούμενη ποινή είναι ακριβώς αυτή της υποχρέωσης αποζημίωσης και όχι της ακυρότητας της καταγγελίας. Ομοίως και *Αυγητίδης*, Η αποζημίωση πελατείας στη σύμβαση Franchising, *ΕπισκΕΔ* 1998, 353.

173. *Αστ. Γεωργιάδης*, *Ενοχικό Δίκαιο - Γενικό Μέρος* II (2002), 311.

174. Βλ. *Κωστάκη*, ό.π., 290.

τους εμπορικούς αντιπροσώπους¹⁷⁵. Την αναλογία αυτή επιτρέπει και επιβάλλει η ιδιαίτερως αυξημένη ανάγκη προστασίας του λήπτη, η οποία είναι ίσως και μεγαλύτερη από την ανάγκη προστασίας του εμπορικού αντιπροσώπου.

4. Προβλήματα μετά τη λύση της σύμβασης δικαιόχρησης

α) Στην πλειοψηφία των περιπτώσεων ο λήπτης, κατά τη διάρκεια λειτουργίας της σύμβασης franchising, συμβάλλει με την προσωπική του εργασία στην αύξηση της πελατείας του δικτύου. Από την πελατεία αυτή ο λήπτης αποξενώνεται κατά κανόνα μετά τη λύση της σύμβασης, αφού οι πελάτες του συστήματος franchising είναι συνήθως καταναλωτές επώνυμων προϊόντων ή υπηρεσιών που φέρουν το σήμα του δότη, άρα η πιθανότητα να ακολουθήσουν τον πρώην λήπτη σε τυχόν νέα δραστηριότητα, ακόμα και αν παρακαμφθεί η υποχρέωση παράλειψης μετασυμβατικού ανταγωνισμού, είναι πρακτικά μηδαμινή. Έτσι εκείνος που ωφελείται τελικά από τη διεύρυνση της πελατείας είναι ο δότης του συστήματος. Η ωφέλεια αυτή του δότη είναι δεδομένη και συνίσταται είτε σε άμεση και προσωπική εκμετάλλευση της δημιουργηθείσας νέας πελατείας με μεταγενέστερη δραστηριοποίηση του ίδιου του δότη στη συγκεκριμένη περιοχή ή στη δυνατότητα επιβολής υψηλότερων entry fees ή royalties σε νέους συνεργάτες - λήπτες που θα δραστηριοποιηθούν στην περιοχή του αποχωρήσαντος παλαιού λήπτη¹⁷⁶. Το πρόβλημα της «αποζημίωσης πελατείας» έχει ήδη εντοπίσει και αντιμετωπίσει ο νομοθέτης στο πλαίσιο των συμβάσεων εμπορικής αντιπροσωπείας (άρθρο 9 του π.δ. 219/1991). Αλλά και στο πεδίο του Αστικού Κώδικα έκδηλη είναι η νομοθετική πρόνοια για το ζήτημα της αποκατάστασης της υπεραξίας από διαρκείς ενοχές, π.χ. στο άρθρο 630 § 3 ΑΚ το οποίο εφαρμόζεται στη μίσθωση αγροτικού κτήματος, στην επίμορτη αγροληψία (βλ. άρθρο 641 § 2 ΑΚ) αλλά και στη μίσθωση προσοδοφόρου αντικειμένου (βλ. άρθρο 638 ΑΚ). Η αναμφίβολη τυπολογική συγγένεια της σύμβασης franchising με τη σύμβαση εμπορικής αντιπροσωπείας¹⁷⁷ και τη μίσθωση προσοδοφόρου αντικειμένου συνηγορεί υπέρ της αναγνώρισης μιας *απαίτησης του λήπτη για αποζημίωση πελατείας*¹⁷⁸. Ελλείπει όμως ρητής νομοθετικής ρύθμισης, δυσκολίες εμφανίζονται

175. Κωστάκης, ό.π., 291· βλ. και Απ. Γεωργιάδη, Νέες Μορφές (2000), 245 ο οποίος θεωρεί πρόσφορη επίσης και την προσφυγή στη νομοθετική σκέψη των άρθρων 609 και 610 ΑΚ (σε συνδυασμό με άρθρα 638 και 620 ΑΚ), εφόσον όμως ληφθεί παράλληλα υπόψη και η πραγματική διάρκεια λειτουργίας της σύμβασης μέχρι και το χρόνο της καταγγελίας της.

176. Αυγητίδης, ό.π., 354.

177. Η ανάγκη προστασίας του λήπτη μετά τη λύση της σύμβασης franchising είναι μεγαλύτερη από εκείνη του εμπορικού αντιπροσώπου, καθώς ο πρώτος είναι αποκλειστικά εξαρτημένος από τον δότη ενώ ο εμπορικός αντιπρόσωπος έχει τη δυνατότητα να αντιπροσωπεύει και άλλους «οίκους».

178. Βλ. ωστόσο την ΠΠρΑθ 1156/2003 ΔΕΕ 2004, 66, όπου το δικαστήριο, αφού προέβη αρχικώς σε νομικό χαρακτηρισμό της επίδικης σύμβασης ως σύμβασης franchising (θεωρώντας ως μη δεσμευτικό το χαρακτηρισμό που είχαν προσδώσει σε αυτήν τα συμβαλλόμενα μέρη ως σύμβαση εμπορικής αντιπροσωπείας) απέρριψε ως μη νόμιμο το αίτημα για αποζημίωση πελατείας, με την αιτιολογία

τόσο ως προς τη νομική της θεμελίωση όσο και ως προς τον τρόπο καθορισμού του ύψους της. Ορθότερη εμφανίζεται η προσφυγή στην αναλογική εφαρμογή του άρθρου 630 § 3 ΑΚ και του άρθρου 9 του π.δ. 219/1991¹⁷⁹. Όμως η ανάγκη σεβασμού των ιδιαιτεροτήτων που εμφανίζει η σύμβαση franchising απαιτεί προσοχή κατά τη μεταφορά και εφαρμογή των προαναφερθείσων διατάξεων. Ειδικότερα, δεδομένης της επιχειρηματικής ανεξαρτησίας των μελών ενός συστήματος franchising, προβληματικός εμφανίζεται ο καθορισμός του ύψους της εν λόγω αποζημίωσης: Αν πρόκειται για Franchising διανομής προϊόντων¹⁸⁰, μπορεί να επιχειρηθεί, λόγω της εμφανιζόμενης συγγενείας του προς τη σύμβαση εμπορικής αντιπροσωπείας, η προσφυγή στο άρθρο 9 § 1 εδ. β' του π.δ. 219/1991, αρκεί να ληφθεί ως βάση υπολογισμού της αξίωσης αποζημίωσης ο ετήσιος μέσος όρος κερδών¹⁸¹ του λήπτη κατά την τελευταία πενταετία ή το τυχόν μικρότερο διάστημα της συνεργασίας του με το δότη. Τα κέρδη αυτά προκύπτουν από τη διαφορά της τιμής αγοράς των προϊόντων του συστήματος με την τιμή (μετα)πώλησής τους από τον λήπτη στο καταναλωτικό κοινό, αφαιρουμένων των περιοδικά καταβληθέντων στον δότη ποσών που αντιστοιχούν στα διαρκή δικαιώματά του. Έτσι τα κέρδη αυτά πλησιάζουν εννοιολογικά προς την «αμοιβή» του εμπορικού αντιπροσώπου κατά την έννοια του π.δ. 219/1991. Επιπρόσθετα θα πρέπει να υπολογισθούν και άλλα δεδομένα, όπως π.χ. η προσέλευση πελατείας στο δίκτυο, η συμβολή στην ενδυνάμωση της φήμης του συστήματος, η τυχόν σύναψη συμφωνιών με πελάτες οι οποίες θα αρχίσουν να εκτελούνται μετά τη λύση της σύμβασης κ.λπ. Ιδιαίτερα θα πρέπει να ληφθεί υπόψη η τυχόν αναληφθείσα συμβατικά από τον λήπτη υποχρέωση μετασυμβατικού μη ανταγωνισμού. Αν όμως πρόκειται για Franchising υπηρεσιών¹⁸² η αναδρομή στο άρθρο 9 § 1 εδ. β' του π.δ. 219/1991 δεν φαίνεται πρόσφορη, καθώς εδώ δεν πρόκειται για αγορά και μεταπώληση αγαθών και έτσι δεν υπάρχει καταρχήν αναλογία

ότι στη σύμβαση δικαιόχρησης δεν προβλέπεται τέτοια αποζημίωση.

179. Αντίθετα απρόσφορη αποδεικνύεται η προσφυγή στις διατάξεις του αδικαιολόγητου πλουτισμού (ΑΚ 904 επ.), καθώς η λυθείσα σύμβαση αποτελεί νόμιμο λόγο πλουτισμού. Η αύξηση της πελατείας συνιστά ωφέλεια της περιουσίας του δότη, ωστόσο η ωφέλεια αυτή δεν μπορεί να αναζητηθεί ως παροχή για αιτία που έληξε, γιατί για την εφαρμογή του άρθρου 904 § 1 εδ. β' απαιτείται η για απρόβλεπτους λόγους λήξη της αιτίας της παροχής. Βλ. *Απ. Γεωργιάδη*, ό.π., σ. 255· *Ανγητίδη*, ό.π., σ. 355· *Κωστάκη*, ό.π., σ. 306.

180. Στο franchising διανομής, την πιο συνηθισμένη μορφή δικαιόχρησης, ο λήπτης πωλεί σε τελικούς καταναλωτές, δηλαδή λιανικά, ένα ή περισσότερα προϊόντα ορισμένης κατηγορίας (π.χ. ενδύματα) μέσα σε κατάστημα που φέρει το διακριτικό σήμα του δότη.

181. Αντί του «μέσου όρου των αμοιβών» που προβλέπει το γράμμα του νόμου στο άρθρο 9 § 1 εδ. β' του π.δ. 219/1991.

182. Στο franchising υπηρεσιών ο δικαιοδόχος χρησιμοποιώντας το διακριτικό γνώρισμα, ή ακόμα και το σήμα του δικαιοπαρόχου, παρέχει υπηρεσίες σε τελικούς χρήστες σύμφωνα με τις οδηγίες που παίρνει από αυτόν π.χ. ξενοδοχεία υψηλού επιπέδου, επιχειρήσεις ενοικίασης ή επισκευής αυτοκινήτων, ταξιδιωτικά γραφεία.

με την «αμοιβή» του εμπορικού αντιπροσώπου. Στην περίπτωση αυτή η αποζημίωση του λήπτη θα πρέπει να είναι εύλογη κατ' άρθρο 288 ΑΚ και να υπολογίζεται με βάση την εκτίμηση της ωφέλιμης για το δότη μετενέργειας της δραστηριότητας του λήπτη, της πελατείας που έφερε ο λήπτης στο σύστημα, της φήμης που δημιούργησε κ.λπ.¹⁸³. Αναφορικά με τη νομική φύση της εν λόγω αποζημίωσης αξίζει να σημειωθεί ότι αυτή συνιστά αντάλλαγμα, δηλαδή αποτελεί ένα είδος αντιπαροχής του δότη για την ωφέλεια που αυτός αποκόμισε από τον λήπτη, και ως εκ τούτου είναι ανεξάρτητη από άλλες αμιγώς αποζημιωτικού χαρακτήρα αξιώσεις του λήπτη (πρβλ. άρθρο 9 § 1 εδ. γ' του π.δ. 219/1991)¹⁸⁴.

β) Είναι σύνηθες στην πράξη, η λύση μιας σύμβασης franchising να βρίσκει τον λήπτη με ένα μεγάλο αριθμό αδιάθετων εμπορευμάτων καθώς και ανταλλακτικών ή εξαρτημάτων στα χέρια του. Με δεδομένη τη μετασυμβατική υποχρέωση του λήπτη για απόδοση του τεχνολογικού και οργανωτικού εξοπλισμού και για παράλειψη χρήσης του σήματος και του διακριτικού τίτλου του δότη, ο λήπτης δεν έχει καν το δικαίωμα να διαθέσει αυτά τα εμπορεύματα στην αγορά. Έτσι όμως δημιουργείται μια εξαιρετικά ανεπιεικής κατάσταση για τον λήπτη. Για το λόγο αυτό γίνεται δεκτό ότι, μετά τη λύση της σύμβασης franchising, γεννάται υποχρέωση του δότη να αναλάβει τα αδιάθετα εμπορεύματα ή έστω να παράσχει την υποστήριξή του για τη διάθεση τους από το λήπτη¹⁸⁵. Η ανάληψη των αδιάθετων εμπορευμάτων από το δότη αυτή υλοποιείται με την καταβολή στο λήπτη χρηματικού ποσού ίσου με την αξία τους κατά τη δεδομένη χρονική στιγμή¹⁸⁶. Η νομική θεμελίωση της υποχρέωσης αυτής του δότη ερείδεται στη μετενέργεια της υποχρέωσης πίστης (άρθρο 288 ΑΚ)¹⁸⁷. Αποτελεί δηλαδή εξειδίκευση της καλόπιστης συμπεριφοράς που οφείλουν να επιδεικνύουν τα συμβαλλόμενα μέρη, υποχρέωση η οποία διέπει τη σύμβαση franchising – όπως και κάθε διαρκή ενοχική σχέση – σε όλα της τα στάδια, άρα και στο μετασυμβατικό. Η υποχρέωση όμως αυτή υπόκειται, κατά την ορθότερη γνώμη, τόσο σε εξαιρέσεις όσο και σε περιορισμούς¹⁸⁸. Έτσι, ο δότης δεν υπέχει την προαναφερθείσα υποχρέωση σε περίπτωση που η γενόμενη από αυτόν καταγγελία θεμελιώνεται σε σπουδαίο λόγο αναγόμενο σε υπαιτιότητα του λήπτη, καθώς και σε περίπτωση λύσης της σύμβασης με τακτική καταγγελία του λήπτη. Αντίστοιχα, περιορισμένη εμφανίζεται η υποχρέωση αυτή όταν ο λήπτης, από δική του κακή εκτίμηση της κινητικότητας της αγοράς, βρίσκεται να έχει στην κατοχή του ιδιαίτε-

183. Έτσι και Απ. Γεωργιάδης, Νέες Μορφές (2000), σ. 255· Αυγητίδης, ό.π., σ. 365· Κωστάκης, ό.π., σ. 305.

184. Βλ. αντί άλλων Αυγητίδη, ό.π., σ. 358 και 365.

185. Απ. Γεωργιάδης, ό.π., 251· Δ. Κωστάκης, ό.π., 310.

186. Κωστάκης, ό.π., 310.

187. Κωστάκης, ό.π., 310· για τη λειτουργία της υποχρέωσης πίστης στη σύμβαση franchising βλ. αναλυτ. σε Απ. Γεωργιάδη, ό.π., 206 επ.

188. Κωστάκης, ό.π., 310.

ρα μεγάλες ποσότητες αδιάθετων εμπορευμάτων. Ο περιορισμός αυτός είναι θεμιτός και τελεί σε αρμονία με τη φύση της σύμβασης franchising, ως σύμβασης ριψοκίνδυνου χαρακτήρα, αφού ο λήπτης σε κάθε περίπτωση είναι ανεξάρτητος επαγγελματίας και ως εκ τούτου υπεύθυνος για τις επιχειρηματικές του αποφάσεις.

VII. Επίμετρο

Από τις παραπάνω αναπτύξεις μιας σειράς προβλημάτων διαφορετικής προέλευσης που ανακύπτουν στην πράξη γύρω από τη συμβατική ελευθερία, αναδεικνύεται, πιστεύουμε, η συνεκτική λειτουργία της αρχής της *συναλλακτικής καλής πίστης* στο πεδίο του Ιδιωτικού Δικαίου. Στην αρχή αυτή είδαμε να θεμελιώνεται, άλλοτε με δικαιοθετική βάση την ΑΚ 281 και άλλοτε την ΑΚ 288, η υπό προϋποθέσεις αναγνώριση μιας γενικής υποχρέωσης για σύναψη σύμβασης (βλ. π.π. υπό II), η απαγόρευση της καταστρατήγησης αναγκαστικών κανόνων ή θεσμών με καταρχήν επιτρεπτές συμφωνίες ή συμπεριφορές (βλ. π.π. υπό III), η απαγόρευση της θέσης και χρήσης καταχρηστικών όρων συναλλαγών (βλ. π.π. υπό IV), η αναπροσαρμογή του τιμήματος σε περιπτώσεις ουσιωδούς μεταβολής των συνθηκών χωρίς τις εξαιρετικές προϋποθέσεις της ΑΚ 388 (βλ. π.π. υπό V) και η αντιμετώπιση ορισμένων ζητημάτων σε μη ρυθμισμένες από το νόμο μορφές συμβάσεων, όπως λ.χ. η αναγνώριση υποχρέωσης του δότη για ανάληψη των αδιάθετων εμπορευμάτων του λήπτη μετά τη λύση της σύμβασης δικαιοχρησίας (βλ. π.π. υπό VI).

Η διαπίστωση αυτή δεν στερείται σημασίας, αφού ο χώρος του ελέγχου της συμβατικής αδικίας χαρακτηρίζεται από τη διατύπωση συχνών αιτιάσεων για «έλλειψη συστημικής συνοχής»¹⁸⁹, δηλαδή για έλλειψη νομοθετημένων κριτηρίων, βάσει των οποίων ο δικαστής θα δικαιούται και θα υποχρεούται ν' απομακρυνθεί από την αρχή της τήρησης των συμφωνημένων και να συμπληρώσει, να διορθώσει, να ακυρώσει ή ακόμη και να αναπληρώσει μια σύμβαση. Ακριβώς στο σημείο αυτό οι προηγηθείσες αναπτύξεις θα μπορούσαν να αξιολογηθούν και ως διαπιστωτικές της ικανότητας της συναλλακτικής καλής πίστης, ως νομοθετημένου κριτηρίου (ΑΚ 281, 288), να λειτουργεί, εξειδικευόμενη στο εκάστοτε ζήτημα, και να προσφέρει λύσεις ουσιαστικά εύλογες και δικαιοθετικά θεμελιωμένες, επιτρέποντας έτσι να μην αντιμετωπίζεται η ελευθερία των συμβάσεων ως κανόνας και οι διορθωτικές παρεμβάσεις σ' αυτήν ως εξαιρέσεις ή περιορισμοί, αλλ' «αμφότερα να αποτελούν στοιχεία της αυτής διαλεκτικής ενότητας»¹⁹⁰, δηλαδή αλληλοσυμπληρούμενες όψεις της αρχής της ιδιωτικής αυτονομίας, αναδεικνύοντας έτσι και την ύπαρξη της επιζητούμενης συστημικής συνοχής.

189. Βλ. τις επισημάνσεις του *Sp. Simitis*, Die Bedeutung von System und Dogmatik-dargestellt an rechtsgeschäftlichen Problemen des Massenverkehrs, AcP 1972, 131 επ. και σχετ. *Δέλλιο*, Καλή πίστη και γοσ, ΝοΒ 2003, 218 (219).

190. Βλ. *Παπαντωνίου*, Η ελευθερία των συμβάσεων εις το σύγχρονον Δίκαιον, ΕΕΝ 1965, 301 (308)· τον *Ίδιο*, Η καλή πίστις εις το Αστικόν Δίκαιον (1957), 76 επ.

Digesta - Freelaw.gr