

**ΟΙ ΕΠΙΠΤΩΣΕΙΣ ΤΗΣ ΜΕΤΑΡΡΥΘΜΙΣΗΣ ΤΟΥ ΔΙΚΑΙΟΥ
ΤΗΣ ΠΩΛΗΣΗΣ (Ν. 3043/2002) ΣΤΟ ΛΟΙΠΟ ΕΝΟΧΙΚΟ ΔΙΚΑΙΟ***

Κωνσταντίνος Ν. Χριστοδούλου

Λέκτορας του Αστικού Δικαίου στο Πανεπιστήμιο Αθηνών

ΔΙΑΓΡΑΜΜΑ

- I. Το ζήτημα
- II. Ερμηνεία άλλων διατάξεων του ΑΚ ενόψει του ν. 3043/2002
 1. Από την πώληση σε άλλες επώνυμες συμβάσεις - Όχι «αγορανομική» ευθύνη του προμηθευτή
 2. Από το ειδικό στο γενικό ενοχικό δίκαιο
- III. Αναλογική επέκταση του ν. 3043/02 πέρα από την πώληση
 1. Από την πώληση σε άλλες επώνυμες συμβάσεις
 2. Από το ειδικό στο γενικό ενοχικό δίκαιο
- IV. Συμπεράσματα
 1. Η διάκριση σε γενικό και ειδικό ενοχικό δίκαιο
 2. Πρακτικά προβλήματα στο δίκαιο των μικτών συμβάσεων
 3. Νομοθέτης ή δικαστής (ευρωπαίος ή εθνικός);

I. Το ζήτημα

Αν και ο νομοθέτης επέλεξε κατά βάσιν τον περιορισμό του πεδίου εφαρμογής της μεταρρύθμισης μόνον σε έναν τύπο επώνυμης σύμβασης, την πώληση¹, εν τούτοις η ακτινοβολία της και στο υπόλοιπο ενοχικό δίκαιο θα είναι αναπόφευκτη, λόγω του γενικότερου ενδιαφέροντος των ζητημάτων που αφορά, αλλά και της εγγενούς – ενίοτε περιπτώσιολογικότερης του δέοντος – δομής της νομοθετικής κατάστροφωσης των ρυθμίσεων του κλάδου στον ΑΚ. Η επίδραση αυτή μπορεί μεθοδολογικά να πραγματοποιηθεί με δύο τρόπους: (1) Είτε με την ερμηνεία άλλων διατάξεων του Ενοχικού Δικαίου σε εναρμονισμό προς τις ρυθμίσεις του ν. 3043/02 (συστηματική ερμηνεία) (2) Είτε με την τελολογική συστολή άλλων διατάξεων που αντινομούν πια προς το καθιερούμενο από το ν. 3043/02 νέο σύστημα του δικαίου της ενδοσυμβατικής ευθύνης και την πλήρωση των ανακυπτόντων κενών με αναλογική εφαρμογή του νέου δικαίου της πώλησης. Είναι προφανές ότι η πρώτη περί-

* Το άρθρο αποτελεί επανεπεξεργασία παρέμβασης του συγγραφέα στο συνέδριο της Ενώσεως Αστικολόγων, καθώς και ζητημάτων από την οργανωθείσα από την ίδια Ένωση εκδήλωση στις 12.11.2003.

1. Με πεδίο εφαρμογής όμως ευρύτερο από την προταθείσα στη Γερμανία ως «*kleine Lösung*», η οποία αφορούσε αποκλειστικά το δίκαιο του καταναλωτή και δεν παράλλασε τη φυσιογνωμία των τύπων συμβάσεων του ΑΚ. Βλ. σχετικώς αναλυτικά Παπανικολάου και Παπανικολάου/Καραμπατζό, Το νέο δίκαιο της ευθύνης του πωλητή αρ. 1, 132, 282 μ.π.π.

πτωση – μεθοδολογικά όμοια προς την έμμεση τριτενέργεια – είναι και η ευκολότερα πραγματοποιήσιμη. Ο ερμηνευτής – νομολογία και θεωρία – δεν θα δυσκολευθεί να προσαρμόσει το υπόλοιπο Ενοχικό Δίκαιο στο νέο νομοθετικό πνεύμα, στο μέτρο που θα κινείται μέσα στα ασφαλή ερμηνευτικά όρια του γράμματος του νόμου². Το δεύτερο εγχείρημα είναι εκ των πραγμάτων πιο ρηξικέλευθο, αλλά πιθανότατα αναπόφευκτο, τουλάχιστον σε περιπτώσεις ακραίας αντινομίας. Αναλυτικότερα:

II. Ερμηνεία άλλων διατάξεων του ΑΚ ενόψει του ν. 3043/2002

1. Από την πώληση σε άλλες επώνυμες συμβάσεις - Όχι «αγορανομική» ευθύνη του προμηθευτή

Μετά τη νέα ΑΚ 534 θεσπίζεται ρητώς υποχρέωση παροχής πράγματος απαλλαγμένου ελαττωμάτων, ήτοι δικαιώματος διόρθωσης, οπότε η θεωρία της λεγόμενης αγορανομικής ευθύνης διαψεύδεται πλέον ολοκληρωτικά σε ολόκληρο το φάσμα των συμβάσεων προμηθείας (βλ. τα προϋφιστάμενα ΑΚ 575, 688), ως απότοκη της αρχής της καλής πίστεως³. Αλλιώς έχει το ζήτημα στις χαριστικές συμβάσεις (π.χ. δωρεά, χρησιδάνειο, εντολή), όπου η *causa donandi* ως *causa minor*⁴ δεν θα μπορούσε να δικαιολογήσει την επιβάρυνση του οφειλέτη με επιπλέον παρεπόμενες υποχρεώσεις αναγόμενες στις λεπτομέρειες της φυσιογνωμίας της παροχής (βλ. π.χ. ΑΚ 499 § 2)⁵.

2. Από το ειδικό στο γενικό ενοχικό δίκαιο

α. Καλή πίστη και donandi causa: Από τα παραπάνω συνάγεται φυσικά περαιτέρω ότι η αρχή της καλής πίστεως προσλαμβάνει διαφορετικό περιεχόμενο έναντι του χαριστικώς συμβαλλομένου.

Εννοείται πάντως ότι πρόκειται για ενδοτικό δίκαιο, αφού η οριοθέτηση της πλημμέλειας (ελαττωματικότητας) εξαρτάται από τον προσδιορισμό του μέτρου αρτιότητας - λειτουργικότητας, τ.ε. των απαιτούμενων ιδιοτήτων του πράγματος, που απόκειται αυτονόητα στη βούληση των μερών (βλ. και τη νέα ΑΚ 535 αρ. 1-2)⁶. Έτσι είναι π.χ. κάλλιστα νοητό στην πώληση να προσδιορίζουν τα μέρη ως ο-

2. Για τα όρια που θέτει το γράμμα του νόμου στην ερμηνεία βλ. α.ά. Παπανικολάου, Μεθοδολογία του Ιδιωτικού Δικαίου, αρ. 175 επ.

3. Ότι η ευθύνη για πραγματικές ελλείψεις μπορούσε έτσι κι αλλιώς να απορρέει από τη γενικότερη ευθύνη για μη εκπλήρωση βλ. α.ά. Μπαλή, ΕνΔ § 48, αρ. 9 και § 71, Ποιλιάδη, Συρροή κανόνων ειδικού και γενικού, ενοχικού δικαίου στην αστική ευθύνη, σ. 176, επ., Χριστοδούλου, Παρατηρήσεις στην ΕφΘεσ 626/1998 ΔΕΕ 12 (1998), 1239, Παπανικολάου, ό.π., αρ. 12 επ.

4. Βλ. π.χ. ΑΚ 467 § 2, 913, Σταθόπουλο, ΓενΕνΔ γ', σ. 274.

5. Για την αναλογική εφαρμογή της ΑΚ 499 και σε άλλες χαριστικές συμβάσεις π.χ. χρησιδάνειο βλ. α.ά. Ζέπο, ΕνΔ II (ΕιδΜ) § 10.Π.1.α.

6. Πρβλ. ακόμη την (ορθώς) καταργηθείσα παλαιά ΑΚ 538, που απαγόρευε την απαλλαγή από την

φειλόμενο ένα φθαρμένο προϊόν, ενώ τουναντίον είναι επίσης πιθανόν ο δωρητής να έχει συμφωνήσει ότι θα ευθύνεται αν δεν παράσχει άρτια λειτουργούν πράγμα, ευθυνόμενος μάλιστα ακόμη και για την παραμικρότερη αμέλεια.

Διαφορετική λύση τουναντίον προσήκει προκειμένου για πραγματικά ελαττώματα που συνεπάγονται έλλειψη ασφάλειας του πράγματος, ως απόρροιες συνήθως παραβάσεως κάποιου «καθήκοντος προστασίας» (Schutzpflicht). Στην περίπτωση αυτή ο οφειλέτης προμηθευτής δεν μπορεί ν' απαλλαγεί συμβατικά από τις αναγκαστικού δικαίου παρεπόμενες υποχρεώσεις του, αλλιώς η έννομη τάξη θα επέτρεπε τη διακύβευση - διακινδύνευση απόλυτων αγαθών (ή απαγορεύσεων)⁷.

Σε τελευταία ανάλυση πρόκειται για τις δύο διαφορετικές λειτουργίες της καλής πίστης, τη συμπληρωτική των δικαιοπραξιών και τη διορθωτική αυτών στο πλαίσιο των ΑΚ 200 και 288 αντιστοίχως. Τα καθήκοντα που απορρέουν από την πρώτη εκδοχή της καλής πίστης απορρέουν από την επιβαλλόμενη στις συναλλαγές ευθύτητα εντιμότητα και ειλικρίνεια, η οποία δεν επιτρέπει τη διάψευση της εύλογης εμπιστοσύνης του άλλου, εμπιστοσύνης αυξημένης όταν αυτός έχει παράσχει αντάλλαγμα. Έτσι π.χ. μολονότι στην περίπτωση πώλησεως αυτοκινήτου αναμένεται εύλογα να λειτουργεί ακώλυτα ο συμπλέκτης, είναι καθ' όλα έγκυρη η πώληση αυτοκινήτου με ελαττωματικό και επιδιορθωτέο συμπλέκτη, αρκεί κάτι τέτοιο να έχει ρητώς συμφωνηθεί. Τουναντίον τα καθήκοντα που απορρέουν από τη δεύτερη εκδοχή της καλής πίστης αφορούν στην προστασία αναπαλλοτριώτων αγαθών, με αποτέλεσμα να είναι ανεπίδεκτα κατάργησης με αντίθετη συμφωνία ακόμη και αν πρόκειται για χαριστική παροχή. Π.χ. το δωρηθέν καλλυντικό προϊόν δεν επιτρέπεται να αναδίδει καρκινογόνες αναθυμιάσεις ή το πωλούμενο σχολικό ή φροντιστηριακό βοήθημα δεν επιτρέπεται να περιέχει αισχρολογίες ή προκλητικές εικόνες, ακόμη κι αν τα μέρη συμφώνησαν σχετικώς⁸.

β. *Αποκλεισμός της ενστάσεως του μη προσηκόντως εκπληρωθέντος συναλλάγ-*

ευθύνη λόγω πραγματικών ελαττωμάτων μόνο σε περίπτωση δόλιας απόκρυψής τους. Επρόκειτο για ρύθμιση, αν όχι αντιφατική, τουλάχιστον πρακτικώς ανεφάρμοστη: Πως είναι δυνατόν ο πωλητής να πείθει τον αγοραστή να τον απαλλάξει της ευθύνης για τυχόν ελαττώματα και ταυτόχρονα να του τα έχει αποκρύψει, ήτοι να τον έχει πείσει ότι δεν υπάρχουν, δηλ. ο τελευταίος να μην υποψιασθεί καν την ύπαρξή τους;!

7. Ότι τα καθήκοντα επιμέλειας-προστασίας που οι παραβάσεις τους διευρύνουν την έννοια του παρανόμου αφορούν κατ' ουσίαν τη διακινδύνευση κάποιου απόλυτου εννόμου αγαθού ή κάποιου άλλου επιτακτικού κανόνα δικαίου βλ. *Κ. Χριστοδούλου*, Σκέψεις για την οριοθέτηση της διεύρυνσης του παρανόμου, στον ΤιμΤομ Κ. Μπέη, V, σελ. 4264-4283.

8. Η προβληματική καταδεικνύει την ενδιάμεση υβριδική φύση της καλής πίστης, άλλοτε συγγενέστερης προς τα συναλλακτικά και άλλοτε προς τα χρηστά ήθη. Με την έννοια αυτή ο σύγχρονος ορισμός της (ως συναλλακτικής ευθύτητας και εντιμότητας *Σταθόπουλος*, ΓενΕνΔ γ', σ. 86, ΑΠ 1064/72) φαίνεται να τείνει περισσότερο προς την πρώτη εκδοχή της, ενώ ο παλαιότερος (ως συμπεριφοράς «επιβαλλομένης εις τον χρηστόν και έμφρονα συναλλασσόμενο», *Μπαλής*, ΓενΑρχ⁸ & 88) φαίνεται γενικότερος.

ματος ΑΚ 374: Εξάλλου φαίνεται απίθανο να διατηρηθεί στις υπόλοιπες επώνυμες αμφοτεροβαρείς συμβάσεις ο παλαιός νομολογιακός⁹ αποκλεισμός της ένστασης της ΑΚ 374, όταν προσφέρεται ελαττωματική παροχή, αφού εξέλιπε το δογματικό θεμέλιό της άποψης αυτής, η θεωρία της αγορανομικής ευθύνης. Άλλωστε ήδη και πριν από τη μεταρρύθμιση η νομολογία είχε αρχίσει να μεταστρέφεται¹⁰.

γ. Η κατ' ΑΚ 387 § 1 αποζημίωση ως θετικό διαφέρον και πλήρης αποκατάσταση της περαιτέρω ζημίας: Επίσης μετά τη νομοθετική διευκρίνιση του ΑΚ 543 ότι η σωρευτικά προς την υπαναχώρηση προβλεπόμενη αποζημίωση αφορά το (υπερ)θετικό διαφέρον (περαιτέρω ζημία), φαίνεται απίθανο να προσδοθεί ερμηνευτικά οποιοδήποτε άλλο νοηματικό περιεχόμενο στην εύλογη αποζημίωση που οφείλεται σωρευτικά με κάθε νόμιμη υπαναχώρηση σύμφωνα με τη διάταξη του ΑΚ 387 § 1.

III. Αναλογική επέκταση του ν. 3043/02 πέρα από την πώληση

1. Από την πώληση σε άλλες επώνυμες συμβάσεις

α. Από την πώληση σε κάθε σύμβαση προμήθειας: Ενόψει και των Σ 4 § 1 και ΣυνθΕΚ 153 φαίνεται προβληματικό να ευθύνεται επαχθέστερα – ιδίως έναντι του καταναλωτή – ο πωλητής από άλλες κατηγορίες προμηθευτών, εργολάβων, εκμισθωτών κ.ά.. Η διαφοροποίηση φαίνεται να συνιστά ατέλεια στο νομοθετικό σχέδιο, μολοντί και επιβεβαιώνεται από σειρά προγενέστερων του ν. 3043/2002 διατάξεων του ΑΚ, αλλά και προκύπτει από την επίμονη άρνηση του ευρωπαϊού νομοθέτη σε εξωσυμβατικό επίπεδο να καθιερώσει το θεσμό ευθύνης του παρέχοντος υπηρεσίες αντιστοίχως προς την ευθύνη του παραγωγού τυποποιημένων προϊόντων. Αναλυτικότερα οι επιμέρους διαφοροποιήσεις της ευθύνης του πωλητή έναντι των λοιπών προμηθευτών έχουν ως εξής:

αα. Αναφορικά με το κατ' ΑΚ 537 § 2 τεκμήριο προϋπαρξής του ελαττώματος πριν από τη μετάθεση του κινδύνου: Υπό την εκτεθείσα οπτική γωνία (τ.ε. ενόψει των Σ 4 § 1 και ΣυνθΕΚ 153) φαίνεται προβληματικό να βαρύνεται ιδίως έναντι του καταναλωτή μόνο ο πωλητής και όχι και οποιοσδήποτε άλλος προμηθευτής (π.χ. ο εργολάβος) με εξάμηνο τεκμήριο προϋπαρξής τυχόν διαπιστωνόμενων πραγματικών ελλείψεων. Μάλιστα στην περίπτωση του εργολάβου η σε βάρος του αναστροφή του βάρους της απόδειξης παρίσταται ακόμη περισσότερο δικαιολογημένη, αφού, σε αντίθεση με το (μετα)πωλητή συσκευασμένου προϊόντος, ο εργολάβος προκάλεσε αυτός ο ίδιος τις πραγματικές ελλείψεις του προϊόντος και είναι υποχρεωμένος τουλάχιστον να τις γνωρίζει.

ββ. Αναφορικά με την ευθύνη για συνολοκληρωμένες ιδιότητες: Για τους λόγους που καταδεικνύονται παρακάτω (β), ο θεσμός της εγγύησης της ΑΚ 559 είναι από

9. Βλ. π.χ. ΕφΑθ 8412/1991 ΕλΔνη 33, 1497, ΕφΑθ 6979/1984 ΑρχΝ 35, 675, ΜονΠρωτΘεσ 18069/1994 Αρχ 49, 761 (όχι απόλυτος αποκλεισμός, ΕιρΚαστοριάς 156/1987 ΑρχΝ 39, 531).

10. ΑΠ 55/2000 ΕΕΝ 68, 730. ΑΠ 551/2000 ΕλΔνη 41, 1658.

την ίδια του τη φύση εφαρμόσιμος και επί της συμβάσεως έργου σχετικά με τις συννομιολογούμενες προδιαγραφές του έργου (βλ. και ΑΚ 361). Μολαταύτα πρόβλεψη υποκειμενικής και όχι αντικειμενικής ευθύνης του εργολάβου για την έλλειψη τέτοιων εγγυημένων ιδιοτήτων σε αντίθεση με την αντικειμενική ευθύνη του πωλητή δικαιολογείται κατ' αρχήν, στο μέτρο που στην πώληση η έλλειψη των συννομιολογούμενων ιδιοτήτων θα παρουσιάζεται ως αρχική (ΑΚ 543), σε αντίθεση με τη μίσθωση έργου, όπου η έλλειψη θα εμφανίζεται εκ των υστέρων, οπότε η ρύθμιση της ΑΚ 689 ταυτίζεται κατ' ουσίαν με την ΑΚ 544. Φυσικά τα μέρη δεν θα εμποδίζονται να συμφωνήσουν αντικειμενική ευθύνη του εργολάβου και για επιγενόμενες ελλείψεις (όπως και του πωλητή).

Ενόψει των σκέψεων αυτών θα πρέπει να γίνει δεκτό – με αναλογία δικαίου ή με ερμηνεία της σχετικής συμφωνίας σύμφωνα με ΑΚ 200¹¹ – ότι τέτοια ρητή συμφωνία θα περιττεύει για τη θεμελίωση αντικειμενικής ευθύνης του εργολάβου για έλλειψη συννομιολογημένων ιδιοτήτων, εφόσον το αίτιο της έλλειψης προϋφίστατο της καταρτίσεως της συμβάσεως, διαφορετικά δεν θα επρόκειτο μόνον για κραυγαλέα ανισότητα, αλλά και για αδικαιολόγητη (και άνιση) προσβολή της ιδιωτικής αυτονομίας των μερών προς συννομιολόγηση εγγύησης (Σ 4 παρ.1).

γγ. Αναφορικά με τις προϋποθέσεις της απαλλαγής του προμηθευτή από τον πελάτη του (έγκριση - ανεπιθύλακτη αποδοχή): Από την ίδια πιο πάνω σκοπιά της ισότητας όμοια αδικαιολόγητη είναι κατά ΑΚ 692 και η αποστέρηση του εγκρίναντος ελαττωματικό έργο εργοδότη καταναλωτή από τα δικαιώματά του, ακόμη και αν αυτός αγνοούσε τα ελαττώματα¹², σε αντίθεση προς τις κατά ΑΚ 545, 581 προνομιακότερη θέση του αγοραστή ή του μισθωτή, που μόνον εν γνώσει τους απεμπολούνται τα δικαιώματά τους.

δδ. Αναφορικά με το διαφορετικό μέτρο συνυπαιτιότητας του πελάτη: Το ίδιο ισχύει και για την κατά ΑΚ 537 § 1 προνομιακή θέση του βαρέως συναμελούς (συνυπαιτίου) περί το ελάττωμα αγοραστή έναντι της αδικαιολόγητα πλέον μειονεκτικότερης θέσης του μισθωτή και της ακόμη μειονεκτικότερης του εργοδότη σύμφωνα με τις ΑΚ 580 και 691 (ακόμη και για ελαφρά αμέλεια), διατάξεων αντίστοιχων προς το παλαιότερο ΑΚ 537, μη εναρμονιζόμενων πλέον προς το νέο ΑΚ 537 § 1, ήτοι επιγενόμενων ακουσίων ατελειών στο νομοθετικό «σχέδιο» (συγκεκρικαλυμμένων κενών)¹³.

εε. Αναφορικά με το διαφορετικό χρόνο παραγραφής στην προμήθεια κινητών: Ομοίως προβληματική η κατά ΑΚ 554 διετής ευθύνη του – συνήθως αγνοούντος την έλλειψη – λιανοπωλητή συσκευασμένου κινητού και όχι και του κατασκευαστή

11. Βλ. Ομοίως και παρακάτω β.ββ.inf.

12. Πολλώ μάλλον ενόψει της ακραίας θέσης της νομολογίας, που ταυτίζει την παραλαβή με την έγκριση.

13. Βλ. ομοίως παρακάτω β.ββ.inf.

του (ΑΚ 693) ή – πολλώ μάλλον – κατ' ΑΚ 560 επιμήκυνση της προθεσμίας της αναγωγικής ευθύνης του χονδρεμπόρου και όχι και του κατασκευαστή του προϊόντος. Η διαφορά αυτή – τετραπλασιασμός της προθεσμίας ευθύνης, από έξι μήνες σε δύο χρόνια –, αν και κραυγαλέοτερη από τις άλλες, είναι μολαταύτα δυσκολότερα ανατρέψιμη με τελολογική συστολή, ενόψει της αναγκαίας για το δίκαιο της παραγραφής βεβαιότητας δικαίου.

σστ. Αναφορικά με την προστασία του καταναλωτή απέναντι σε άλλους προμηθευτές (εκτός από τον πωλητή): Ακόμη όμοια αδικαιολόγητη η κατ' άρθρ. 5 ν. 2251/1994 απαγόρευση απαλλακτικών ρητρών μόνον υπέρ του ελαφρώς αμελούς επαγγελματία πωλητή και όχι και υπέρ του ελαφρώς αμελούς επαγγελματία εργολάβου ή εκμισθωτή.

ζζ. Ομοίως ατέλεια στο νομοθετικό σχέδιο συνιστά ο περιορισμός της κατά νομοθετική παραπομπή (ΑΚ 562) αναλογικής εφαρμογής της ευθύνης του πωλητή για πραγματικές ελλείψεις μόνο στις συμβάσεις προμήθειας δικαιωμάτων («εκποιήσεις επ' ανταλλάγματι»). Αιτία του σφάλματος είναι η μηχανιστική επανάληψη της διατυπώσεως της ΑΚ 520, μολονότι η τελευταία – ως ρυθμιστική της ευθύνης για νομικά ελαττώματα – μόνο επί συμβάσεων για μεταβίβαση δικαιωμάτων θα μπορούσε να εφαρμοσθεί, περιορισμός που δεν ισχύει βέβαια προκειμένου για την ευθύνη από πραγματικές ελλείψεις¹⁴.

β. Από την εγγύηση στην πώληση στη (γενική) εγγύηση των ΑΚ 847 επ.: Στο ίδιο πλαίσιο χαρακτηριστικός είναι ο αμφίδρομος τρόπος με τον οποίο διαλέγεται (επηρεάζεται και επηρεάζει) η εγγύηση της ΑΚ 559 προς την εγγύηση της ΑΚ 847. Μετά τη νομοθετική θέσπιση υποχρέωσης του πωλητή να παραδώσει πράγμα απαλλαγμένο πραγματικών ελαττωμάτων, η εγγύηση στην πώληση αποτελεί κι αυτή συνολογική οφειλής προς διασφάλιση της εκπλήρωσης μιας προϋφιστάμενης υποχρέωσης (ανταπόκρισης στη σύμβαση)¹⁵.

Έτσι υπόκειται στο ίδιο αναγκαστικό δίκαιο με αυτήν (π.χ. σε έγγραφο τύπο ΑΚ 849α αναπληρούμενο με την εκπλήρωση ΑΚ 849β¹⁶) – εφόσον δεν ορίζεται διαφορετικά (π.χ. ως προς τη δυνατότητα μηχανικής υπογραφής, όπως συμβαίνει προκειμένου για τις διαφημίσεις κατά ΑΚ 559¹⁷) –, ενώ η ευθύνη του εγγυωμένου μπορεί να υποβληθεί σε εκ των προτέρων συμβατικούς περιορισμούς (π.χ. χρονικούς ΑΚ 866, ποσοτικούς) ακόμη και πέρα από τα όρια της ΑΚ 332 και 334 § 2, πράγμα που δεν ισχύει φυσικά για τις υπόλοιπες υποσχέσεις.

14. Υπό την έποψη αυτή φαίνεται σήμερα πλέον αδικαιολόγητα επιφυλακτική η περιορισμένη αναλογική επέκταση της ΑΚ 562 από την κρατούσα γνώμη (Γαζής, ΕρμΑΚ 562 αρ 2-5, Κρητικός, σε Γεωργιάδη - Σταθόπουλου ΑΚ 562 αρ. 1-2).

15. Βλ. Παπανικολάου/Χριστοδούλου, Το νέο δίκαιο της ευθύνης του πωλητή, αρ. 786.

16. Βλ. Παπανικολάου/Χριστοδούλου, ό.π. αρ. 796-797.

17. Βλ. Παπανικολάου/Χριστοδούλου, ό.π.

Από την άλλη πλευρά γεννάται εύλογα το ερώτημα αν τον ενδοτικό δίκαιο των ΑΚ 847-869 είναι εν αμφιβολία εφαρμόσιμο και εδώ, δηλ. αν η εγγύηση της ΑΚ 559 είναι το ίδιο αιτιώδης όσο και αυτή της ΑΚ 847. Εξαρτάται και στην πώληση η εγγύηση τόσο πολύ από την αιτία της – το εξασφαλιζόμενο χρέος –, ώστε να παρέπεται (κατά κύρος ΑΚ 850, 853) και να έπεται (κατ' εκπλήρωση – αρχή της επικουρικότητας – ένσταση διζήσεως ΑΚ 855) αυτού; Φυσικά η απάντηση στο ερώτημα δεν μπορεί παρά να δίδεται κάθε φορά *in concreto*. Γενικά φυσικά η εγγύηση είναι ως υποσχετική δικαιοπραξία κατ' αρχήν αιτιώδης (ΑΚ 873 *e contr.*) με την έννοια ότι για το κύρος της προϋποτίθεται αγοραπωλησία. Όμως η εξάρτησή της από τους συγκεκριμένους όρους της αγοραπωλησίας – π.χ. χρόνο μετάθεσης του κινδύνου ως χρόνο ευθύνης, συμβατικές προδιαγραφές του πωληθέντος κ.ά. – υποχωρεί εφόσον τα ζητήματα αυτά έχουν ρητώς και ειδικώς ρυθμισθεί στο σώμα της – π.χ. με καθιέρωση ειδικής προθεσμίας ευθύνης (εγγυητικής προθεσμίας ΑΚ 556), με τη συνομολόγηση συγκεκριμένων (συνομολογουμένων) ιδιοτήτων του πράγματος και την καθιέρωση συγκεκριμένων συνεπειών της έλλειψής τους (συνήθως υποχρέωση διόρθωσης και άμεσης προσωρινής – μέχρι τη διόρθωση – ή οριστικής αντικατάστασης, σπανιότερα δε: αποζημίωσης), χωρίς αναφορά στις αντίστοιχες ρυθμίσεις της αγοραπωλησίας (ΑΚ 873 βλ. και 850β)¹⁸.

Ο όλος προβληματισμός δεν αναιρεί βέβαια λογικά την υπαγωγή της εγγύησης της ΑΚ 559 στην έννοια της κατ' ΑΚ 847 εγγύησης, αφού κάτι τέτοιο και λογικά πρωθύστερο θα ήταν και θα συνεπαγόταν κατ' αποτέλεσμα την αδυναμία εφαρμογής της ΑΚ 847 επί μη χρηματικών οφειλών, μολονότι ο νόμος δεν διακρίνει. Πράγματι τι νόημα θα μπορούσε να έχει η εξασφάλιση οποιασδήποτε μη χρηματικής απαίτησης με προσωπική ασφάλεια, παρά μιας «εγγύησης» σαν αυτήν που περιγράφεται στην ΑΚ 559¹⁹; Μολαταύτα παρέχει σε κάθε περίπτωση το έναυσμα για τις ακόλουθες πολυεπίπεδες για τη μεθοδολογία του αστικού δικαίου σκέψεις προς την κατεύθυνση της αμφίδρομης αλληλεπίδρασης ανάμεσα στους δύο θεσμούς:

αα. Στο επίπεδο της ερμηνείας των συμβάσεων η εγγύηση του κατασκευαστή ως η συνηθέστερη μορφή (Typus²⁰) του πραγματικού της ΑΚ 559 στοχεύει εμπορικά στη μεγαλύτερη δυνατή αύξηση της αξιοπιστίας και της κυκλοφορίας του προϊόντος του σαν τέτοιου, δηλ. ως εκ της προελεύσεώς του από τον συγκεκριμένο οίκο, ανεξάρτητα από το πρόσωπο του συγκεκριμένου λιανοπωλητή. Είναι προφανές ότι ένας τέτοιος σκοπός βραχυκυκλώνεται και μένει χωρίς πρακτικό αντίκρυσμα, όταν

18. Βλ. Παπανικολάου/Χριστοδούλου, *ό.π.* αρ. 795.

19. Ότι ως εκ τούτου ο θεσμός της εγγύησης της ΑΚ 559 είναι από την ίδια του τη φύση εφαρμόσιμος και επί της συμβάσεως έργου σχετικά με τις συνομολογούμενες προδιαγραφές του έργου βλ. αναλυτικότερα παραπάνω (α. ββ.).

20. Για την έννοιά του και την τυπολογική ανάλυση βλ. α.ά. Larenz/Canaris, *MethL*, σελ. 36 επ., Παπανικολάου, *Μεθοδολογία του Ιδιωτικού Δικαίου και ερμηνεία των Δικαιοπραξιών*, αρ. 137.

το κύρος και η έκταση της εγγύησης εξαρτάται συνεχώς από τη σχέση με τον τελικό πωλητή στο πλαίσιο των ΑΚ 850α, 851 και 853, πολλώ δε μάλλον όταν ο καταναλωτής θα πρέπει να αναλάβει προηγουμένως το εγχείρημα να εναγάγει τον λιανέμπορο και μάλιστα να περιμένει την έκβαση της αναγκαστικής εκτέλεσης εναντίον του στο πλαίσιο της ΑΚ 855.

Έτσι είναι σαφές γιατί ερμηνευόμενη η εγγύηση του παραγωγού κατά την αντίληψη των συναλλαγών αποκλείει σιωπηρά την εφαρμογή των ΑΚ 853 και 855 επ., αρκούμενη – από τη σκοπιά της αρχής του παρεπομένου – απλώς στην προϋπόθεση της προηγούμενης υποστατής πώλησης (ως κλάσματος των ΑΚ 851α και 853) Η εγγύηση αυτή δεν αποτελεί σε τελική ανάλυση παρά ένα ακόμη προϊόν του κατασκευαστή που κυκλοφορεί διαμέσου των εκάστοτε λιανοπωλητών χωρίς αυτοί να μπορούν να επέμβουν σ' αυτό (όπως και στα συσκευασμένα προϊόντα που πωλούν). Το ίδιο όμως συμβαίνει και στην εγγύηση της ΑΚ 847, όταν αυτή παρέχεται ως εγγυητική επιστολή²¹. Κι εδώ η εγγύηση δεν αποτελεί παρά εμπορικό προϊόν της τράπεζας με αυξημένη δυνατότητα κυκλοφορίας, προοριζόμενο να προσδώσει αξιοπιστία, αγαθό αυθύπαρκτο απέναντι στις σχέσεις των μερών.

Αντιστρόφως, όταν τρίτος εγγυώμενος τις προδιαγραφές του πωλουμένου δεν είναι ο κατασκευαστής, αλλά – κατ' ασυνήθη συγκυρία – ένας ιδιώτης π.χ. συγγενής του πωλητή, ο δε αγοραστής δεν είναι καταναλωτής τότε το ενδοτικό δίκαιο των ΑΚ 847 επ. είναι οπωσδήποτε εν αμφιβολία εφαρμοστέο, καθώς είναι εύλογο μια τέτοια διαβεβαίωση να είναι και παρεπόμενη και επικουρική, παρεχόμενη μόνον ως πρόσθετη εξασφάλιση του αγοραστή για την περίπτωση που ο πωλητής αποδειχθεί αφερέγγυος. Το ίδιο θα πρέπει να γίνει δεκτό και όταν την αξία ή τις ιδιότητες μιας πωλουμένης επιχείρησης τις εγγυάται προς την αγοράστρια εταιρία η μητρική εταιρία της πωλήτριας. Κι εδώ σκοπός της εγγύησης είναι να αυξηθεί η έναντι της αγοράστριας υπέγγρα περιουσία για την περίπτωση ανώμαλης εξέλιξης της σχέσης της με την πωλήτρια κι όχι βέβαια η άμεση εξυπηρέτηση του αγοραστή μετά την πώληση με διόρθωση, αντικατάσταση κ.λπ.

ββ. Στο επίπεδο της ιστορικής ερμηνείας: Αυτές οι περιπτώσεις μη επαγγελματικής χαρακτηριστικής εγγύησης στην πώληση είναι όντως λιγότερες στην πράξη, σχεδόν εξίσου όμως λιγότερες όπως πλέον και η μη τραπεζική εγγύηση. Έτσι στο επίπεδο της ιστορικής ερμηνείας παρατηρείται επομένως ότι, αν ο νομοθέτης των ΑΚ 847 επ. είχε προ οφθαλμών ως ρυθμιστέο τύπο την τραπεζική εγγύηση – φαινόμενο λιγότερο διαδεδομένο εκείνον τον καιρό απ' ό,τι σήμερα –, θα εκκινούσε, ενόψει των συνηθειών των συναλλαγών, από ρυθμιστικό μοντέλο αντίθετο προς αυτό της αιτιώδους εγγύησης των ΑΚ 847. Τούτο, καθώς είναι εύλογη η επίταση της ευθύνης

21. Ότι η εγγυητική επιστολή συνιστά (αναιτιώδη) εγγύηση με την έννοια της ΑΚ 847 όπου ο εγγυητής παραιτείται από όλες τις σχετικές ενστάσεις βλ. ΑΠ 653/73 ΝοΒ 22, 50 επ.

του έμπειρου επαγγελματία εγγυητή (τ.ε. του εξ επαχθούς αιτίας και κατά συνήθεια παρέχοντος εγγυήσεις) σε σχέση με του απλού ιδιώτη.

Με λίγα λόγια η διαφορά ανάμεσα στις ρυθμίσεις των ΑΚ 847 επ. και 556, 559 και η συνακόλουθη ως εκ τούτου όχι πλήρης εφαρμοσιμότητα των μεν στις δε, ήτοι του ενδοτικού δικαίου της εγγύησης στην εγγύηση του κατασκευαστή στην πώληση δεν οφείλεται σε κάποια εννοιολογική διαφορά ανάμεσα στους θεσμούς, αλλά σε ένα οφειλόμενο στην τότε άγνωστη μεταγενέστερη μεταβολή της οικονομικής πραγματικότητας επιγενόμενο ακούσιο συγκεκριμένο νομοθετικό κενό με την έννοια της ατέλειας στο νομοθετικό σχέδιο: το ότι ο νομοθέτης της ΑΚ 847 εκκινεί από το – τότε συνήθως συμβαίνον – πρότυπο του χαριστικώς και μη επαγγελματικώς δρώντος εγγυητή, ενώ σήμερα η αντικειμενική ερμηνεία της ΑΚ 559 (μολονότι το γράμμα του νόμου σιωπά και δεν διακρίνει) ανάγει ως βασικό ρυθμιστέο τύπο εγγυωμένου τον κατασκευαστή παραγωγό. Το κενό του ενδοτικού δικαίου δεν είναι όμως ανάγκη να πληρωθεί με αναλογία (*praeter legem* ερμηνεία) νόμου, αφού αρκεί προς τούτο η δύναμη των συναλλακτικών ηθών αντικειμενική ερμηνεία της συμβάσεως (ΑΚ 200), που διορθώνει το ενδοτικό δίκαιο.

γγ. Στο επίπεδο του αστικού δόγματος: Αναιτιώδης η επαγγελματικώς παρεχόμενη προσωπική ασφάλεια: Σε κάθε περίπτωση η δογματική σημασία της παραπάνω διαπιστώσεως είναι προφανής: Ενόψει των παραπάνω ο ερμηνευτής θα πρέπει να δέχεται κατ' αρχήν ως αναιτιώδη (ή έστω αναιτιωδέστερη) την προσωπική ασφάλεια που παρέχεται στον καταναλωτή από επαγγελματία ειδικευμένο προς τούτο και ως αιτιώδη την προσωπική ασφάλεια που παρέχεται από ιδιώτη, πολλώ μάλλον την παρεχόμενη χαριστικώς. Το φαινόμενο δεν είναι άγνωστο στο κλασικό αστικό δίκαιο: Ο βαθμός της εξάρτησης του κύρους μιας δικαιοπραξίας από την αιτία της εξαρτάται από το ποιόν αυτής της ίδιας της αιτίας της. Βλ. π.χ. τις αφηρημένες αναγνωρίσεις οφειλών από παίγνιο ή στοίχημα, που – αντίθετα και προς τη θέληση των μερών τους – εξακολουθούν να συνεπάγονται την ατέλεια των γεννωμένων εξ αυτών (φυσικών) ενοχών (ακόμη κι αν καταρτίσθηκε εν γνώσει της ατέλειας της αιτίας τους), σε αντίθεση προς την αφηρημένη αναγνώριση παραγεγραμμένων οφειλών, που γεννά πλήρως αγωγήμα χρέη (ακόμη κι αν καταρτίσθηκε εν αγνοία της παραγραφής).

Γενικότερα από την επιγενόμενη ακούσια ατέλεια στο νομοθετικό σχεδιασμό της ρύθμισης της εγγύησης από τη σκοπιά του αιτιώδους αυτής μπορεί πράγματι να αποκαλυφθεί το δογματικό και συστηματικό βάθος της σημασίας της πρόσφατης δομικής διαίρεσης του ιδιωτικού δικαίου σε δίκαιο προστασίας του καταναλωτή και μη: Μέχρι το ν. 3043/02 η διάκριση γινόταν αντιληπτή στην ελληνική έννομη τάξη ως συστηματική κατάταξη των σχετικών ρυθμίσεων σε διαφορετικό νομοθέτημα: στο ν. 2251/1994 (και άλλους ειδικούς νόμους) ή στον ΑΚ. Μετά τις τροποποιήσεις που επέφερε στον ΑΚ ο ν. 3043/2002 ως προς τις απαλλακτικές ρήτρες χωρίς δια-

πραγμάτευση, ως προς την μετάθεση του χρόνου έναρξης της παραγραφής των δικαιωμάτων του αγοραστή λόγω μεταπώλησης, ως προς τη δεσμευτικότητα της διαφήμισης και ως προς το αιτιώδες της εγγύησης η ερμηνευτική διαφοροποίηση του δικαίου των συμβάσεων σε καταναλωτικές και μη φαίνεται να υπεισέρχεται και στο σώμα των ρυθμίσεων του ΑΚ. Πράγματι, όπως ήδη δείχθηκε προκειμένου για την εγγύηση, μολονότι ο νόμος δεν διακρίνει, οι παραπάνω νέες ρυθμίσεις δεν δικαιολογούνται (εξίσου τουλάχιστον) όταν δεν πρόκειται για καταναλωτική σύμβαση.

Δεδομένου μάλιστα ότι το αιτιώδες της εγγύησης υπόκειται σε διαβαθμίσεις (εξάρτηση από την υπόσταση, το κύρος, την ακυρωσία, την ευδοκίμηση της εκτέλεσης της κύριας σύμβασης, δυνατότητα προβολής ενστάσεων απ' αυτήν κ.λπ.) θα μπορούσε να υποστηρίξει κανείς ότι η διαφοροποίηση του αιτιώδους της εγγύησης τρίτου ανάλογα με το αν αυτή δίδεται από επαγγελματία προς καταναλωτή είναι σε τελευταία ανάλυση κινητή²²:

Έτσι είναι εν αμφιβολία εύλογο να ευθύνεται η τράπεζα ή ο κατασκευαστής απέναντι στον καταναλωτή, ακόμη κι αν η κύρια οφειλή είναι άκυρη ή ακυρώσιμη, πράγμα που πιθανότατα δεν θα ισχύει όταν ο αγοραστής είναι έμπορος, αφού τότε ο ίδιος δεν θα δεσμεύεται να την προωθήσει περαιτέρω στους καταναλωτές, πολλώ μάλλον καθώς είναι πιθανόν η εγγύηση να μην απευθύνεται καν σ' αυτόν, αλλά στον καταναλωτή. Στην περίπτωση πάντως που η κύρια οφειλή είναι έγκυρη ο μη καταναλωτής αγοραστής δεν θα βαρύνεται να στραφεί πρώτα κατά του αμέσου πωλητή του, αφού στόχος και αυτής της εγγύησης παραμένει η αύξηση της αξιοπιστίας του προϊόντος καθ' εαυτό, άσχετα από το πρόσωπο του εμπόρου που το διακινεί.

Τουναντίον αυτός που εγγυάται λόγω των προσωπικών του δεσμών με τον υπέρ ου (συγγενικών ή εταιρικών) δεν στοχεύει στην εμπορική ενίσχυση του αντικειμένου της κύριας οφειλής (του πωληθέντος ή των υπηρεσιών – επί εγγύησης υπέρ εργολάβου –, πράγματος κ.λπ.), αλλά μόνον στην συμπλήρωση της ελλείπουσας φερεγγυότητας του υπέρ ου, οπότε στην περίπτωση αυτή θα είναι οπωσδήποτε εύλογο να ευθύνεται ο εγγυητής μόνον όταν ο υπέρ ου αποδειχθεί αφερέγγυος, προτείνοντας μέχρι τότε την ένσταση της δίζησης. Τέτοιος σκοπός του εγγυητή θα πιθανολογείται περισσότερο από τον χαριστικό παρά από τον εταιρικό χαρακτήρα της σχέσης του προς τον υπέρ ου.

2. Από το ειδικό στο γενικό ενοχικό δίκαιο

Εξάλλου δεν σπανίζουν διατάξεις του νέου (αλλά και του παλαιότερου) δικαίου της πώλησης, που απηχώντας γενικότερο πνεύμα, το γενικότερο νομοθετικό σχέδιο, είναι με την έννοια αυτή εφαρμοστέες (ή έστω στο μέτρο αυτό ληπτές υπ' όψιν) και στα κενά του συνόλου του ενοχικού δικαίου, όπως π.χ. η ΑΚ 540 σε συνδ. με

22. Με την έννοια του *Wilburg*, *Entwicklung eines beweglichen Systems im bürgerlichen Recht*, 1950.

536 (και 546) για την ευθύνη του πωλητή σε αντικατάσταση ή υπαναχώρηση λόγω καθυστέρησης στη διόρθωση του ελαττώματος, ανεξάρτητα από υπαιτιότητά του. Με την ίδια πιο πάνω λογική είναι αναλογικά πληρωτέο το κενό του γενικού ενοχικού δικαίου αναφορικά με την ανυπαίτια (απλή) καθυστέρηση στις αμφοτεροβαρείς συμβάσεις σύμφωνα με τις ΑΚ 383, 385: Κι εδώ ο δανειστής θα δικαιούται μεν να υπαναχωρήσει άμεσα, αν εξέλιπε το συμφέρον του να αναμείνει τη συμμόρφωση του οφειλέτη προς το πρωτογενές χρέος, διαφορετικά θα πρέπει να του τάξει μια εύλογη προθεσμία συμμόρφωσης.

IV. Συμπεράσματα

1. Η διάκριση σε γενικό και ενοχικό δίκαιο

Γενικότερα αναφορικά με τη διάκριση γενικού και ειδικού ενοχικού δικαίου θα αξίζει να αναφερθούν τα εξής: Η διάκριση γενικού και ειδικού ενοχικού δικαίου διακυβεύεται από την κατά βάση ομοιόμορφη ευθύνη για πραγματικά ελαττώματα στις επαχθείς επώνυμες συμβάσεις και την συνεπαγόμενη *praeier legem* διορθωτική ερμηνεία ανομοιόμορφη ευθύνη για πραγματικά ελαττώματα στις χαριστικές²³, από την κατάστρωση στο ειδικό μέρος του ενοχικού του ΑΚ θεσμών γενικότερης θεμελιώδους δογματικής σημασίας (όπως οι αδικοπραξίες, ο αδικαιολόγητος πλουτισμός και η διοίκηση αλλοτρίων), αλλά και από τη συνεχή εισαγωγή άλλων με ειδικά (αλλά θεμελιώδη) νομοθετήματα.

Πράγματι στο επίπεδο της ενδοσυμβατικής ευθύνης η διάκριση σχετικοποιείται από τη την σχεδόν ομοιόμορφη ειδική ευθύνη για νομικά και πραγματικά ελαττώματα στις επιμέρους επώνυμες συμβάσεις του ΑΚ και πολλώ μάλλον την εν αμφιβολία συμπληρωτική εφαρμογή των ρυθμίσεων τις ευθύνης του πωλητή στις ανώνυμες ανταλλακτικές συμβάσεις σύμφωνα με τη κατά ρητή νομοθετική παραπομπή (ΑΚ 562²⁴) και την ως εκ τούτου κατ' ουσίαν εξάντληση του ρυθμιστικού κενού αναφορικά με την πλημμελή εκπλήρωση στις γενικές ΑΚ 335 επ. και 380 επ.

Άλλωστε ήδη στο πλαίσιο του γενικού ενοχικού εξετάζονται οι διακρίσεις των ενοχών κατά τον γενεσιουργό τους λόγο²⁵, όπου συνήθως συμπεριλαμβάνονται και συνεξετάζονται – πολύ ορθά και πειστικά – θεσμοί καταστρωμένοι από τον ιστορικό νομοθέτη στην ύλη του ειδικού ενοχικού δικαίου, όπως οι *ex lege* ενοχές από

23. Βλ. παραπάνω υποσ. 5.

24. Βλ. και την ΑΚ 420 που όμως παραγνωρίζει το ενδεχόμενο δόσης αντί καταβολής χρέους από χαριστική αιτία και ως εκ τούτου θα υπόκειται σε αντίστοιχη τελολογική συστολή, λύση που μπορεί να επιτευχθεί και με την προβολή της ένστασης του αδικαιολόγητου πλουτισμού κατά του δανειστή που επικαλείται δικαιώματα από ελλείψεις του αντί καταβολής δοθέντος, μολονότι η αιτία του χρέους δεν θα δικαιολογούσε τέτοια ευθύνη του οφειλέτη για ελλείψεις της πρωτογενώς οφειλόμενης παροχής (π.χ. δυνάμει της ΑΚ 499 ή της ΑΚ 467).

25. Βλ. π.χ. α.ά. Σταθόπουλο, ΓενΕνΔ γ' εκδ., Κεφ. Γ', σ. 243-347.

αδικοπραξία και αδικαιολόγητο πλουτισμό, αλλά και η διοίκηση αλλοτρίων. Μια τέτοια υπαγωγή φαίνεται και εύστοχη και πειστική, πολλώ μάλλον αν σκεφθεί κανείς τη γενικότερη σημασία των θεσμών αυτών για το δίκαιο της αστικής ευθύνης, αλλά και ως υποκαταστάτων της σύμβασης (π.χ. καθώς με τη διοίκηση αλλοτρίων ιδρύεται ενοχική σχέση και ενδοσυμβατική ευθύνη χωρίς προηγούμενη κατάρτιση σύμβασης, από μόνην την πραγματική επαφή του ενός μέρος προς τις υποθέσεις του άλλου).

Εξάλλου η διάκριση σε γενικό και ειδικό ενοχικό σχετικοποιείται ολότελα, αν αναλογισθεί κανείς πρώτ' απ' όλα ότι ο αριθμός των επωνύμων συμβάσεων μεταβάλλεται εξ ορισμού συνεχώς με πρωτοβουλία του κοινού νομοθέτη, ακόμη και πέρα από τον αστικό κώδικα, με αποτέλεσμα να φαίνεται δύσκολη η δημιουργία μιας σταθερής δογματικής σπονδυλικής στήλης για το ειδικό ενοχικό δίκαιο. Έτσι κάλλιστα μπορούν να υπαχθούν στις επώνυμες αστικές συμβάσεις και συμβάσεις που ρυθμίζονται με ειδικά νομοθετήματα, όπως το time-sharing, το leasing, το forfeiting και το factoring. Ο αστικός χαρακτήρας και η (όχι μόνον ως εκ τούτου) γενικότερη δογματική σημασία των συμβάσεων αυτών αποτελεί πλέον αναμφισβήτητο κοινό τόπο²⁶.

Σε τελευταία ανάλυση αξίζει να διερωτηθεί κανείς αν η διάκριση ειδικού και γενικού ενοχικού θα παρέμενε το ίδιο λειτουργική και χρήσιμη, αν ο νομοθέτης του ΑΚ επέλεγε να παραθέσει τις ρυθμίσεις του με διαφορετική σειρά. Γι' αυτό άλλωστε και η σχετική συστηματική διάκριση ελλείπει από άλλες έννομες τάξεις, όπως η αγγλική και η γαλλική, μολονότι αυτές δεν αγνοούν φυσικά καμιά από τις επώνυμες ενοχικές συμβάσεις του ΑΚ. Ενόψει όλων των παραπάνω σκέψεων, δεν θα ήταν υπερβολική η θέση ότι η διάκριση δικαιολογείται λιγότερο από αξιολογικούς λόγους ουσίας αναγόμενους στο γενικότερο δογματικό σύστημα του ΑΚ και περισσότερο από παιδαγωγικούς - πρακτικούς λόγους, τ.ε. από την ανάγκη σταδιακής τιθάσευσης της απέραντης (λόγω της συμβατικής ελευθερίας) συναλλακτικής ποικιλίας, καθώς και μιας αντίστοιχα απέραντης νομοθετικής περιπτώσιολογικής ύλης.

2. Πρακτικά προβλήματα στο δίκαιο των μικτών συμβάσεων

26. Γι' αυτό άλλωστε και οι περισσότεροι σύγχρονοι αστικολόγοι ασχολούνται μ' αυτές. Βλ. π.χ. Απ. Γεωργιάδη, στις Νέες μορφές συμβάσεων της σύγχρονης οικονομίας *passim*. Π. Αγαλλοπούλου, Βασικές Έννοιες Αστικού Δικαίου, σελ. 365-386. Η (συνήθης) εμπορικότητα των συμβάσεων αυτών είναι είτε παράγωγη εξ υποκειμένου (στο μέτρο που θα πρέπει να καταρτίζονται από ΑΕ) και άρα – σαν τέτοια – εξωγενής και άσχετη προς την ίδια τη φύση τους, κατά τα λοιπά δε – τ.ε.: νοούμενη ως πρωτότυπη – είτε συγκυριακή [π.χ. προκειμένου για το factoring (ως καταπιστευτικής μεταβίβασης ή εξουσιοδότησης προς είσπραξη απαίτησης) μόνον αν τυχαίνει να έχει ως αιτία τη διαχείριση και όχι την εξασφάλιση του factor (οπότε θα αποτελεί απλώς μια ακόμη μορφή εμπράγματης ασφάλειας) πράγμα που ισχύει πολλώ μάλλον για το leasing], είτε αδύνατη (προκειμένου για το time sharing, αφού η – κατ' επάγγελμα από ιδιώτες – εμπορία του χρονομεριδίου απαγορεύεται, αφορά δε εμπραγματωμένο δικαίωμα = right in rem scriptum επί ακινήτου).

Οι πιο πάνω (III.1.α.αα-στστ) επισημαινόμενες ανισότητες ιδίως σε ζητήματα αναγκαστικού δικαίου (π.χ. παραγραφή, απαλλακτικές ρήτρες) θα μπορούσαν, στο μέτρο που δεν παρακάμπτονται ερμηνευτικά, να μετατρέψουν τον τόσο διαδεδομένο στην πράξη θεσμό των μικτών συμβάσεων (π.χ. προμήθειας δικτύου και λογισμικού κ.λπ.) σε τεχνική καταστρατήγησης (τ.ε. υποβολιμαίας «μετονομασίας» του κάθε είδους δικαιοπραξίας) και – τελικώς – ανασφάλειας δικαίου, αφού ο χαρακτηρισμός δεν θα απέκειτο στη βούληση των μερών, αλλά στην απρόβλεπτη από αυτά κρίση του δικαστή, ο οποίος όμως αναπόφευκτα θα κληθεί να την ελέγξει τόσο συμπληρωτικώς διαμέσου της ερμηνείας της σύμβασης σύμφωνα με ΑΚ 200, όσο και διορθωτικώς δυνάμει των ΑΚ 288, 281, Σ 25 § 3. Ήδη αναφέρθηκε εξάλλου, ότι οι παραπάνω αντινομίες δυσχερώς συμβιβάζονται με τις αρχές της ισότητας και της προστασίας του καταναλωτή (Σ 4 § 1 και ΣυνθΕΚ 153).

3. Νομοθέτης ή δικαστής (ευρωπαϊός ή εθνικός);

Για όλους τους παραπάνω λόγους γίνεται φανερό ότι το ελληνικό ενοχικό δίκαιο θα πρέπει να καταστεί ομοιογενέστερο. Στην πραγματικότητα είναι φανερό ότι το νομοθετικό σχέδιο άλλαξε, αλλά αυτή η αλλαγή του δεν ολοκληρώθηκε. Η ημιτέλεια/ατέλεια του σημερινού νομοθετικού σχεδίου δεν αποκλείεται να οδηγήσει τον ερμηνευτή σε τελολογική συστολή των παλαιότερων – σήμερα αντινομουσών – διατάξεων και πλήρωση του σχετικού γνήσιου επιγενόμενου συγκεκριμένου κενού από το νέο δίκαιο της πώλησης, όπως επιτάσσει η ΑΚ 562. Άλλωστε πολλές ειδικές ρυθμίσεις δεν είναι απότοκο ειδικών επιλογών αλλά της αναπόφευκτης περιπτώσιολογικότητας του δικαίου στις πρώτες φάσεις της δημιουργίας του.

Το ανοικτό ερώτημα είναι πλέον αν ο ερμηνευτής δικαστής θα αναλάβει να ολοκληρώσει αυτός το ημιτέλές ακόμη νομοθετικό σχέδιο ή θα αναμείνει μέχρι να σφραγίσει τη συντέλεσή του ο νομοθέτης. Για την απάντηση δεν αρκεί η γνώση του αστικού δικαίου και της μεθοδολογίας του, ούτε καν δε μόνης της κοινωνιολογίας του ιδιωτικού δικαίου, αλλ' απαιτείται και η συνεκτίμηση συνταγματικών και πολιτικών παραμέτρων, όπως η αρχή της διάκρισης των λειτουργιών ενόψει της προοπτικής ενός κράτους δικαστών (βλ. π.χ. ΔΕΚ), η άρνηση του ευρωπαϊού νομοθέτη να καθιερώσει την ευθύνη των παρεχόντων υπηρεσίες ή η ολοένα συζητούμενη προοπτική ενός ενιαίου Ευρωπαϊκού Αστικού Κώδικα των Συμβάσεων.