

ΤΟ ΠΛΕΓΜΑ ΘΕΣΜΩΝ ΚΑΙ ΣΥΝΕΠΕΙΩΝ
ΣΤΗΝ ΠΑΘΟΛΟΓΙΑ ΤΗΣ ΕΝΟΧΗΣ

[Το ειδικότερο παράδειγμα της υπαναχώρησης και της αποζημίωσης]¹

Απόστολος Χελιδόνης

Επίκ. Καθηγητής στη Νομική Σχολή ΔΠΘ

I. Εισαγωγικά

Ο όρος ανώμαλη ή παθολογική εξέλιξη της ενοχής² ηχεί στα αυτιά ενός νομικού μάλλον παράδοξα. Ο όρος «παθολογία» παραπέμπει περισσότερο στα δεδομένα της ιατρικής επιστήμης παρά της νομικής. Πολιτογραφήθηκε όμως στην ελληνική θεωρία του ιδιωτικού δικαίου³, επειδή περιγράφει με ιδιαίτερα εμφατικό τρόπο ένα κρίσιμο φαινόμενο της συναλλακτικής ζωής, δηλαδή το ενδεχόμενο να εμφανισθούν παρενέργειες κατά το στάδιο εκπλήρωσης των συμβατικών ενοχών ή των ενοχικών σχέσεων που προβλέπονται από το νόμο⁴. Εκδοχές της ανώμαλης εξέλιξης της ενοχής αποτελούν ως γνωστό η αδυναμία παροχής, η υπερημερία οφειλέτη και η πλημμελής εκπλήρωση της παροχής, στην οποία ανήκει ειδικότερα η μερική αδυναμία παροχής, η ελαττωματική παροχή αλλά και ο θεσμός της θετικής παράβασης της ενοχής⁵. Όλες αυτές οι έννοιες συναπαρτίζουν τον ευρύτερο θεσμό της αθέτησης της υποχρέωσης, όπως αυτός καταγράφεται σε προγραμματικό επίπεδο στο άρθρ. 330 ΑΚ⁶. Για λόγους συστηματικής πληρότητας υπάγεται ωστόσο στο δίκαιο της ανώμαλης εξέλιξης της ενοχής και η ευθύνη από τις διαπραγματεύσεις που αποτελεί ως γνωστό το προστάδιο της ΑΚ 288 και η οποία στο πλαίσιο λειτουργίας της συναφθείσης συμβάσεως επιβιώνει μέσα από το σκεπτικό της θετικής

1. Το κείμενο αποδίδει ομιλία μου, επ' ευκαιρία του προγράμματος τακτικών διαλέξεων της Ένωσης Αστικολόγων. Η ομιλία αυτή έλαβε χώρα την 21^η Μαρτίου 2007. Επειδή το εν λόγω κείμενο γράφτηκε για να εκφωνηθεί σε ακροατήριο, έχει ύφος αφηγηματικό που δεν είναι σύνηθες σε τυπωμένο κείμενο, στο οποίο προστέθηκαν πάντως αρκετές παράγραφοι που δεν παρουσιάστηκαν τότε προφορικά, λόγω της αναπόφευκτης σε κάθε προφορική ανάπτυξη πίεσης χρόνου. Το κείμενο εμπλουτίστηκε επίσης με ενδεικτική βιβλιογραφία, προκειμένου να διευκολυνθεί ο αναγνώστης που θα ήθελε να εντυφώσει περισσότερο στα θέματα που τίγονται.

2. Η ενοχή ολοκληρώνεται ομαλά με καταβολή της παροχής, πρβλ. *Απ. Γεωργιάδη*, Ενοχικό Δίκαιο - Γενικό Μέρος, 1999, § 22 αρ. 1 σ. 227.

3. Για το συγκεκριμένο όρο και τον προβληματισμό, σε ό,τι αφορά ειδικότερα την επιλογή ανάμεσα στους όρους «μη εκπλήρωση» και τον ευρύτερο και ορθότερο όρο που επιλέγει τελικά ο ελληνικός αστικός κώδικας περί «μη αθέτησης υποχρέωσης» στην ΑΚ 330, βλ. *Αστ. Γεωργιάδη*, Ενοχικό Δίκαιο - Γενικό Μέρος, II, ε' εκδ., 2007, σ. 51 επ.

4. Για το ότι και οι ενοχές εκ του νόμου αποτελούν αντικείμενο του ενοχικού δικαίου, βλ. *Σταθόπουλο*, Γενικό Ενοχικό Δίκαιο, 2004, σ. 2· πρβλ. επίσης ΑΠ 310/1993, ΕλλΔνη 1994, 1528.

5. *Σταθόπουλος*, σε ΑΚ Γεωργιάδη/Σταθόπουλου, Εισαγ. άρθρ. 335-348, αρ. 8 επ.

6. *Σταθόπουλος*, σε ΑΚ Γεωργιάδη/Σταθόπουλου, άρθρ. 330, αρ. 26 επ.

παράβασης της ενοχής⁷, η θεωρία περί έκλειψης του δικαιοπρακτικού θεμελίου με κυριότερο εδώ παράδειγμα την απρόοπτη μεταβολή των συνθηκών της ΑΚ 388⁸ αλλά και η υπερημερία δανειστή⁹, η οποία δεν συνιστά κατά κυριολεξία παθολογία της ενοχής¹⁰.

Η αναφορά που έγινε στην κεντρική έννοια της αθέτησης της υποχρέωσης επιβεβαιώνει αμέσως - αμέσως το γεγονός ότι ο ελληνικός αστικός κώδικας ξεκινά για κάθε ενοχική σχέση από την παραδοχή της υποχρέωσης προς εκπλήρωση ορισμένης βασικής παροχής¹¹, η μη καταβολή της οποίας περιγράφεται ακολούθως ως παθολογική εξέλιξη της ενοχής. Η υποχρέωση αυτή προβλέπεται από το εναρκτήριο άρθρο του δεύτερου βιβλίου του αστικού κώδικα, δηλαδή την ΑΚ 287¹². Με την πρόβλεψη αυτή καθίσταται στον έλληνα νομικό εξ αρχής σαφές ότι πρωταρχικής σημασίας για το δίκαιο της ανώμαλης εξέλιξης της ενοχής είναι το ερώτημα αν και πότε επέρχεται η μετάβαση από τη βασική αξίωση προς παροχή που γεννά κάθε ενοχική σχέση στα έννομα βοηθήματα που αποκαθιστούν την παθολογία της ενοχής¹³.

II. Το σύστημα παθολογίας της ενοχής

Ενόψει αυτής της καίριας παρατήρησης διαπιστώνεται εν συνεχεία ότι ο ελληνικός νόμος γνωρίζει μεν τη γενική έννοια περί αθέτησης της υποχρέωσης, αλλά προβλέπει ταυτόχρονα και μια εξειδικευμένη περιπτώσιολογία παθολογικής εξέλι-

7. Μπόσδα, Θετικές παραβάσεις της συμβάσεως, ΕλλΔνη 1980, 193 επ.· αναλυτικά Φ. Χριστοδούλου, Η πλημμέλεια της συμβατικής παροχής, 1973.

8. Σταθόπουλου, Αδυναμία παροχής και υπερημερία του δανειστή - οριακές περιπτώσεις ΤιμΤομ Μιχαηλίδη - Νουάρου, Β', 1987, σ. 452 επ.· Καραμπατζού, Η απρόοπτη μεταβολή των συνθηκών, 2007· Σταθόπουλου, Γενικό Ενοχικό Δίκαιο, 2004, σ. 1223 επ.

9. Αφουζενίδη, Συνέπειες υπερημερίας του κατά την σύμβαση δανειστού επί αμφοτεροβαρών συμβάσεων, πότε ο τοιούτος δανειστής υπέχει τας συνεπείας υπερημέρου οφειλέτου, ΝοΒ ΙΖ', 1169 επ.· Χριστοφορίδη, Υπερημερία δανειστού και οφειλέτου επί αμφοτεροβαρών συμβάσεων, ΝοΒ ΙΗ', 376 επ.

10. Σταθόπουλου, Γενικό Ενοχικό Δίκαιο, 2004, σ. 1036.

11. Σταθόπουλου, Γενικό Ενοχικό Δίκαιο, 2004, σ. 100.

12. Σταθόπουλου, Γενικό Ενοχικό Δίκαιο, 2004, σ. 55 επ. και 1038, όπου και η συστηματικώς κρίσιμη υπόδειξη ότι η αξίωση αυτούσιας εκπλήρωσης αποτελεί βασικό κανόνα των γερμανικών επιρροής δικαίων στα οποία ανήκει και το ελληνικό ιδιωτικό δίκαιο.

13. Το συμπέρασμα του κυρίως κειμένου αφήνουν να εννοηθεί και οι ακόλουθες αναπτύξεις του Σταθόπουλου, Γενικό Ενοχικό Δίκαιο, 2004, σ. 1040: «Η αξίωση μάλιστα για αυτούσια εκπλήρωση της παροχής προηγείται ... της άσκησης των δευτερογενών δικαιωμάτων, με την έννοια ότι, εφόσον είναι δυνατή, ούτε ο οφειλέτης μπορεί να απαλλαγεί από την υποχρέωση ούτε ο δανειστής μπορεί να προσφύγει, προσπερνώντας την αυτούσια ικανοποίησή του, στα δευτερογενή δικαιώματά του»· πρβλ. και Πουλιάδη, Συρροή κανόνων ειδικού και γενικού ενοχικού δικαίου στην αστική ευθύνη του πωλητή Ι, σ. 1997, σ. 3 επ.· Χελιδόνη, Η μετάβαση από την αξίωση αυτούσιας εκπλήρωσης στην αποζημίωση - Μια πρόταση βελτίωσης και του αστικού κώδικα, σε Δωρή/Χελιδόνη (επιμ.), Ζητήματα εφαρμογής της σύμβασης της Βιέννης για τις διεθνείς πωλήσεις κινητών πραγμάτων (ν. 2532/97), 2004, σ. 109 επ.

ξης της ενοχής, στην οποία επισυνάπτει ακριβώς τις ειδικότερες έννομες συνέπειες προς αποκατάσταση της παθολογίας¹⁴. Προς συζήτηση είναι βέβαια το ερώτημα αν αυτή η περιπτώσιολογία είναι αναγκαία δίπλα στη γενική έννοια περί αθέτησης της υποχρέωσης. Το ερώτημα αυτό δεν επιδέχεται μια ενιαία απάντηση. Κρισιμότερο είναι να κατανοηθεί ότι η αθέτηση της υποχρέωσης δικαιολογεί κατά βάση την αξίωση αποζημίωσης, την υπαναχώρηση, την αξίωση για το περιελθόν και τη μείωση του τιμήματος ή την αξίωση επιδιόρθωσης και αντικατάστασης. Ήδη η αναφορά σε αυτά τα τελευταία βοηθήματα καθιστά σαφές ότι ακόμη και αν καταργήσει κανείς την τυπολογία παθολογίας, η ίδια επιστρέφει από την πίσω πόρτα, καθώς οι έννομες συνέπειες που προσάπτει ο νόμος στα βοηθήματα τα οποία αποκαθιστούν την παθολογία με εξαίρεση την αποζημίωση δεν είναι πάντοτε οι ίδιες για κάθε παράδειγμα τυπολογίας. Υπό την έννοια αυτή, δεν φαίνεται λοιπόν να κερδίζει έδαφος¹⁵ η εξάλειψη της τυπολογίας από τον αστικό κώδικα και η υιοθέτηση στο μέλλον του μοντέλου της Σύμβασης της Βιέννης για τις διεθνείς πωλήσεις κινητών πραγμάτων που γνωρίζει μόνο την έννοια της συμβατικής παράβασης και τη διαφοροποίηση ανάμεσα στην ουσιώδη και τη μη ουσιώδη παράβαση¹⁶. Η συλλογιστική αυτή απασχόλησε πράγματι την ελληνική θεωρία κατά την προπαρασκευή του ν. 3043/2002 που τροποποίησε πρόσφατα το δίκαιο της πώλησης στον αστικό κώδικα¹⁷.

Κεντρική θέση στην περιπτώσιολογία παθολογίας του ελληνικού αστικού κώδικα¹⁸ έχει η έννοια της αδυναμίας παροχής¹⁹. Με πολύ πρωτοποριακό όμως τρόπο ο έλληνας ιστορικός νομοθέτης του αστικού κώδικα απομακρύνθηκε εξ αφορμής

14. Για την ιστορική ανάπτυξη αυτής της τυπολογίας βλ. Σταθόπουλο, Γενικό Ενοχικό Δίκαιο, 2004, σ. 1033 επ.

15. Δικαιολογημένες οι σχετικές επιφυλάξεις του Παπανικολάου, σε Παπανικολάου, Το νέο δίκαιο της ευθύνης του πωλητή, 2003, αρ. 206 επ.· πρβλ. όμως και Σταθόπουλο, Γενικό Ενοχικό Δίκαιο, 2004, σ. 50, που υποστηρίζει ότι «(σ) χρόνος έχει ωριμάσει για έναν επανέλεγχο της σχέσης ειδικών ρυθμίσεων προς το γενικό δίκαιο» και υπό το πνεύμα αυτό αναφέρει στη σ. 52 ότι: «(ε)πί της ουσίας η μεταρρυθμιστική προσπάθεια θα έπρεπε να αποβλέπει, μεταξύ άλλων ... (σ)την ενοποίηση των σήμερα προβλεπόμενων ειδικών μορφών ανώμαλης εξέλιξης της ενοχής (αδυναμία παροχής, υπερημερία του οφειλέτη, νομικά ή πραγματικά ελαττώματα στην πώληση κλπ.) σε μια ενιαία ρύθμιση “αθέτησης ενοχικών υποχρεώσεων” που θα προβλέπει διαφοροποιήσεις μόνο όταν αυτές χρειάζονται. Η ενοποίηση αυτή έχει επιτευχθεί για τις διεθνείς πωλήσεις κινητών από τη Σύμβαση της Βιέννης που στη θέση των πολλών μορφών παραβάσεων των υποχρεώσεων του οφειλέτη προβλέπει την ενιαία αθέτηση της σύμβασης».

16. Χελιδόνη, Η ουσιώδης συμβατική παράβαση (άρθρ. 25 Σύμβασης της Βιέννης), ΕπισκΕΔ 2002, 663 επ.

17. Σταθόπουλου, Γενικό Ενοχικό Δίκαιο, 2004, σ. 3· Κορνηλάκη, Ειδικό Ενοχικό Δίκαιο Ι, 2002, σ. 94 επ.

18. Για τη βασική τριάδα τύπων παθολογίας (αδυναμία παροχής, υπερημερία οφειλέτη και πλημμέλεια της παροχής) βλ. αναλυτικά Σταθόπουλο, Γενικό Ενοχικό Δίκαιο, 2004, σ. 1035.

19. Πρόκειται για την πιο ακραία περίπτωση ανώμαλης εξέλιξης της ενοχής, βλ. Απ. Γεωργιάδη, Ενοχικό Δίκαιο - Γενικό Μέρος, 1999, § 22 Π αρ. 4, σ. 228.

των άρθρων 335 και 362 ΑΚ²⁰ από το ρωμαϊκό κανόνα: *impossibilium nulla obligatio*²¹. Έτσι, και η αρχική αντικειμενική αδυναμία παροχής δεν ανατρέπει σήμερα κατά τον αστικό κώδικα το κύρος της σύμβασης αλλά μπορεί, υπό προϋποθέσεις, να οδηγήσει σε αποζημιωτική ευθύνη, αν και δεν είναι απόλυτα ξεκαθαρισμένο σε τι μπορεί να συνίσταται πράγματι το θετικό διαφέρον σε αυτά τα συμφραζόμενα (η μη εκπλήρωση μιας παροχής που κανείς δεν μπορεί να εκπληρώσει δεν έχει συνήθως μια σαφή αγοραστική αξία²²). Η αποζημιωτική ευθύνη είναι κατά κανόνα πταισματική²³ – γεγονός που ισχύει και για την υπερημερία οφειλέτη – με εξαίρεση την περίπτωση της μίσθωσης πράγματος και της ευθύνης για τα νομικά ελαττώματα²⁴, όπου εξακολουθεί να γίνεται ακόμη δεκτή η αντικειμενική αποζημιωτική ευθύνη του εκμισθωτή. Ισχύει συνεπώς η αρχή της πταισματικής ευθύνης, η οποία συνιστά απόρροια του νομικού διαφωτισμού και του φυσικού δικαίου του 17^{ου} αιώνα²⁵, ενώ σε καμία περίπτωση δεν αποτελεί επιταγή της αυστηρής συστηματικής λογικής. Την αρχή αυτή σε αυτή τη γενικότητα αγνοούσε πράγματι το κλασικό ρωμαϊκό δίκαιο, που δεν διαμόρφωσε ποτέ μια γενικευμένη έννοια περί *culpa*, όπως επίσης αγνοούν και σήμερα ακόμη τα αγγλοσαξωνικά δίκαια αλλά και τα σύγχρονα κείμενα ενοποίησης του δικαίου των συμβάσεων με χαρακτηριστικότερο παράδειγμα τη Σύμβαση της Βιέννης για τις διεθνείς πωλήσεις κινητών πραγμάτων. Η τελευταία ακολουθεί εν προκειμένω μέσω του άρθρ. 74 ένα άλλο σκεπτικό, δηλαδή αυτό της προβλέψιμης ζημίας εκ μέρους του οφειλέτη (*contemplation rule*)²⁶, το οποίο δεν συμεριζείται ο ελληνικός αστικός κώδικας. Η πταισματική αρχή δεν ακολουθήθηκε όμως από το ελληνικό δίκαιο, όπως και να έχει το πράγμα, με απόλυτη αυστηρό-

20. Ο Σταθόπουλος, Γενικό Ενοχικό Δίκαιο, 2004, σ. 1041, επικρίνει τη διάκριση ανάμεσα στην αρχική και την επιγενόμενη αδυναμία παροχής ως προϊόν της εξεζητημένης γερμανικής ακριβολογίας. Αυτό είναι εν μέρει ορθό. Η γερμανική θεωρία ήθελε πάντως με αυτό να καταδείξει ότι η αρχική αδυναμία εξομοιώνεται με παθολογία αλλά δεν είναι κατά κυριολεξία αθέτηση υποχρέωσης, αφού πριν το χρόνο συνολογησης της σύμβασης, στον οποίο κατά την εν λόγω θεωρία εκτιμάται η παθολογία, υποχρέωση ακόμη δεν υπάρχει. Η περίπτωση αυτή αγγίζει συστηματικά τη συλλογιστική του προσυμβατικού πταίσματος.

21. Φίλιου, Ενοχικό Δίκαιο - Γενικό Μέρος, 4^η εκδ. 2007, § 120 Α, σ. 264· *Chelidonis*, *Impossibilium nulla obligatio* - Aus der Sicht der Pandektistik und des griechischen Rechts, *ZvgIRW* 2002, 501 επ.

22. Για το ότι η τιμή αγοράς είναι κατά βάση το συνηθέστερο περιεχόμενο του θετικού διαφέροντος, πρβλ. *Σπυριδάκη*, Ενοχικό Δίκαιο - Γενικό Μέρος, 2004, αρ. 90.2.

23. Φίλιου, Ενοχικό Δίκαιο - Γενικό Μέρος, 4^η εκδ. 2007, § 151· *Σταθόπουλου*, Γενικό Ενοχικό Δίκαιο, 2004, σ. 256 επ.· *Απ. Γεωργιάδη*, Ενοχικό Δίκαιο - Γενικό Μέρος, 1999, § 23 1 ε, σ. 238 επ.· *Rabut* - *Κανέλλου*, Η έννοια του πταίσματος εν τω αστικό δικαίω, 1952· *Κωσταρά*, Ο δόλος εν τω αστικό κώδικι, ΕΕΝ μ' 662 επ.

24. *Κορνηλάκη*, Ειδικό Ενοχικό Δίκαιο Ι, 2002, σ. 209 επ.

25. *Σταθόπουλου*, Γενικό Ενοχικό Δίκαιο, 2004, σ. 28 επ., αναλυτικά 323 επ.

26. *Σταθόπουλου*, Γενικό Ενοχικό Δίκαιο, 2004, σ. 470, με πλούσιες παραπομπές σε ξένη βιβλιογραφία· *Κορνηλάκη*, Ειδικό Ενοχικό Δίκαιο Ι, 2002, σ. 138.

τητα. Η αρχή αυτή υποχωρεί στην περίπτωση της ενοχής γένους αλλά και της ευθύνης για το πταίσμα τρίτου (βοηθός εκπλήρωσης - προστηθείς)²⁷, όπως επίσης με βάση την ΑΚ 344 § 2 στην περίπτωση της απώλειας της παροχής στο στάδιο της υπερημερίας του οφειλέτη²⁸. Αμβλύνεται δε έμμεσα περαιτέρω με την αντιστροφή του βάρους απόδειξης στην ΑΚ 335²⁹.

Η πταισματική ευθύνη ξεθωριάζει ακόμη περισσότερο από το σκεπτικό της αντικειμενικής αμέλειας, με βάση την οποία ο οφειλέτης οφείλει να επιδείξει την επιμέλεια που αναμένεται από το μέσο συναλλασσόμενο του οικείου εκάστοτε επαγγελματικού χώρου³⁰. Καθοριστικό ρόλο για το περιεχόμενο της επιμέλειας παίζουν, υπό το πρίσμα αυτό, οι αντιλήψεις των συναλλαγών, όπως επίσης η ειδικότερη συμφωνία των μερών³¹. Αυτός είναι και ο λόγος για τον οποίο κατά τις προπαρασκευές του ν. 3043/2002 η θεωρία προβληματίσθηκε, χωρίς ωστόσο να γίνει δεκτό, ως προς το ζήτημα του αν είναι ενδεδειγμένη η κατάργηση της έννοιας της συνολομοιομένης ιδιότητας³² ή η εξομοίωση στη μεταχείριση πραγματικού και νομικού ελαττώματος³³, αφού η έννοια του πραγματικού ελαττώματος στηρίζεται πλέον με βάση την ΑΚ 535 σε υποκειμενικά πρωτίστως κριτήρια³⁴. Η αντίρρηση ως προς

27. Μπόσδα, Η ρήτρα εξ αλλοτρίων πράξεων κατά τον ΑΚ, Θεμ. Ξ', 393 επ.· Γαζή, Περί την έννοια του βοηθού εκπλήρωσεως και του προστηθέντος σε Εράνιον Μαριδάκη ΙΙ, 1963, σ. 237 επ.· του ίδ., Η υπό του οφειλέτου χρησιμοποίησις ετέρων προσώπων εν τη εκπλήρωσει της παροχής, ΤιμΤ ΑΠ 1963, 285 επ.· Φλώρου, Αδυναμία παροχής, ευθύνη οφειλέτου, βοηθός εκπλήρωσεως, ΕλλΔνη 1961, 919 επ.

28. ΑΠ 465/1994, ΝοΒ ΜΓ', 543· 339/1982, ΝοΒ Α', 1459· 726/1969, ΝοΒ ΙΗ', 655· ΕφΑθ 5467/1988, ΕλλΔνη 1991, 1677· Κωσταρά, Η επιμέλεια του οφειλέτου εν ταις συμβατικαίς ενοχαίς, ΝοΒ ΙΣΤ, 1027 επ.· Γαζής, ΕρμΑΚ 344 αρ. 3· Απ. Γεωργιάδη, Ενοχικό Δίκαιο - Γενικό Μέρος, 1999, § 25 ΙΙ 3 αρ. 24, σ. 275 επ.

29. Πρόκειται για νόθο αντικειμενική ευθύνη, βλ. λ.χ. ΑΠ 635/1975 ΝοΒ ΚΔ' 46· 777/1975 ΝοΒ ΚΔ' 151· 472/1979 ΝοΒ ΚΖ' 1472· Φίλιου, Ενοχικό Δίκαιο - Γενικό Μέρος, 4^η εκδ. 2007, § 124 Β, σ. 271· Σταθόπουλου, Γενικό Ενοχικό Δίκαιο, 2004, σ. 418.

30. ΑΠ 118/2006 ΕλλΔνη 2007, 117· Απ. Γεωργιάδη, Ενοχικό Δίκαιο - Γενικό Μέρος, 1999, § 23 ΙΙ 3 αρ. 21.

31. Σταθόπουλου, Γενικό Ενοχικό Δίκαιο, 2004, σ. 230 επ., 302.

32. Κατά τον Απ. Γεωργιάδη, Ενοχικό Δίκαιο - Ειδικό Μέρος Ι, 2004, § 9 ΙΙ αρ. 17, σ. 80 επ.: «.. η ορολογία του ΑΚ για πραγματικά ελαττώματα και συνολομοιομένες ιδιότητες διατηρήθηκε και για λόγους παράδοσης».

33. Βλ. Νικολόπουλο, Η υπαναχώρηση στην πώληση, 2006, σ. 156. Η εξομοίωση που δεν έγινε, ήταν ωστόσο αναγκαία εξαιτίας της διαφορετικής μεταχείρισης νομικών και πραγματικών ελαττωμάτων στις ΑΚ 516 επ. και 534 επ. και τις δυσκολίες ένταξης ορισμένων περιστατικών στη μία και την άλλη κατηγορία· πρβλ. ΑΠ 270/1989, ΕλλΔνη 31, 336 επ.· 29/1990, ΕλλΔνη 32, 53· ΕφΑθ 2934/1991, ΕλλΔνη 1991, 1674· 4434/1986, ΕλλΔνη 1986, 1341· αναλυτικός σχολιασμός από Ρούσσο, σε Παπανικολάου, Το νέο δίκαιο της ευθύνης του πωλητή, 2003, σ. 351 επ. και Απ. Γεωργιάδη, Ενοχικό Δίκαιο - Ειδικό Μέρος, 2004, § 9 ΙΙ αρ. 27, σ. 83.

34. Απ. Γεωργιάδη, Ενοχικό Δίκαιο - Ειδικό Μέρος Ι, 2004, § 9 ΙΙ αρ. 19· ο Ρούσσο, σε Παπανι-

αυτή την έννοια ήταν ότι το στοιχείο της αντικειμενικής επιμέλειας ενυπάρχει ήδη στο υπόβαθρο της δικαιοπρακτικής συμφωνίας. Η κατασκευή της συνομολογημένης ιδιότητας υponοεί απλώς την εγγυητική διάσταση της ευθύνης, αλλά αυτό θα μπορούσε να αντιμετωπισθεί με μια διόρθωση της γλωσσικής διατύπωσης της ΑΚ 330, αφού η όλη προβληματική δεν περιορίζεται μόνο στο πλαίσιο της πώλησης, της μίσθωσης πράγματος ή της σύμβασης έργου.

Τη δύναμη επιβίωσης του μοντέλου της πταισματικής αποζημιωτικής ευθύνης επιβεβαίωσε περαιτέρω πρόσφατα η νέα διατύπωση της ΑΚ 543 στην πώληση μετά την τροποποίηση που επέφερε ο ν. 3043/2002³⁵. Υπό το πρίσμα αυτό, παραμένει αδιευκρίνιστο γιατί δεν εξαλείφθηκε παράλληλα και η ΑΚ 467³⁶ που προβλέπει ακόμη την αντικειμενική αποζημιωτική ευθύνη για την εκχώρηση απαίτησης από επαχθή αιτία, σε ό,τι αφορά την ύπαρξη της εκχωρηθείσης απαίτησης. Δεν είναι σαφές γιατί ο πωλητής μιας απαίτησης θα πρέπει να ευθύνεται αντικειμενικά, αν δεν έχει αναλάβει σαφώς ρητά ή σιωπηρά εγγυητική ευθύνη για την ύπαρξη της απαίτησης.

Για την επιγενόμενη αδυναμία γινόταν από τα χρόνια ακόμη του ρωμαϊκού δικαίου αντίθετα δεκτό ότι γεννάται, όταν αυτή είναι υπαίτια, αποζημιωτική ευθύνη³⁷. Μια συζήτηση, όπως τη γνώρισε η γερμανική θεωρία, με βάση την οποία η επιγενόμενη αδυναμία παροχής γεννά αντικειμενική αποζημιωτική ευθύνη («Garantiehafteung»)³⁸, δεν συμερίστηκε ποτέ η ελληνική επιστήμη. Ειδικά για τις αμφοτεροβαρείς συμβάσεις η ΑΚ 382³⁹ ορίζει λοιπόν ενόψει αυτού του τύπου παθολογίας ότι ο δανειστής μπορεί να ζητήσει διαζευκτικά είτε την καταβολή συμβατικής αποζημίωσης είτε να αποχωρήσει από τη σύμβαση, υπαναχωρώντας. Το ίδιο σκεπτικό ισχύει ερμηνευτικά περαιτέρω για την αρχική αδυναμία παροχής. Σε αντιδιαστολή ωστόσο προς τη χρηματική παροχή, όπου εξ ορισμού δεν νοείται εδώ αδυναμία – περίπτωση με την οποία εξομοιώνεται *de facto* και η ενοχή γένους, όπου η αδυνα-

κολού, Το νέο δίκαιο της ευθύνης του πωλητή, 2003, αρ. 480, επισημαίνει ότι το νέο άρθρο 535 «μετατοπίζει το κέντρο βάρους της αξιολογήσεως από το πράγμα, την παροχή που ήταν ως τώρα το επίκεντρο, στη συμφωνία των συμβαλλομένων...». Κατά τον Φίλιο, Ενοχικό Δίκαιο - Ειδικό Μέρος, τ. 1, 7^η εκδ., 2007, § 7 Β Ι, σ. 84: «Η έλλειψη μάλιστα συνομολογημένης ιδιότητας αποτελεί συγχρόνως και πραγματικό ελάττωμα. Γιατί το πράγμα δεν έχει ιδιότητα, την οποία πρέπει να έχει σύμφωνα με το περιεχόμενο της σύμβασης, δηλ. δεν ανταποκρίνεται στη σύμβαση».

35. Καραμπατζός, σε Παπανικολάου, Το νέο δίκαιο της ευθύνης του πωλητή, 2003, αρ. 382 επ.

36. Ο αντικειμενικός χαρακτήρας της ευθύνης της ΑΚ 467 παρέχει ακόμη και σήμερα επιχείρημα για την άποψη ότι η ευθύνη του πωλητή για τα νομικά ελαττώματα είναι αντικειμενική, πρβλ. Απ. Γεωργιάδη, Ενοχικό Δίκαιο - Ειδικό Μέρος Ι, 2004, § 6 αρ. 13, σ. 49.

37. ΑΠ 601/1964, ΝοΒ 1968, 187· 136/1968, ΝοΒ 1968, 614· ΕφΘεσ 286/1967, ΝοΒ 1967, 753· ΕφΑθ 2338/1970, ΕλλΔνη 1971, 213· Σταθόπουλου, Γενικό Ενοχικό Δίκαιο, 2004, σ. 1146.

38. Emmerich, Das Recht der Leistungsstörungen, 6^η εκδ., 2005, σ. 20 επ.

39. Σταθόπουλος, σε ΑΚ Γεωργιάδη/Σταθόπουλου, άρθρ. 382 αρ. 5 επ.

μία παροχής χωρίς να αποκλείεται, είναι μάλλον απίθανη⁴⁰, αν η παροχή είναι υλική και ακριβώς προς άρση των αμφιβολιών ως προς το αν υπάρχει ή όχι αδυναμία, η ΑΚ 339⁴¹ προβλέπει ειδικότερα ότι ο δανειστής θα πρέπει να εγείρει προηγουμένως την αγωγή γι' αυτούσια εκπλήρωση, αν δεν θέλει να δει να του απορρίπτεται η αγωγή αποζημίωσης⁴². Η διάταξη αυτή αποτελεί άλλη μια επιβεβαίωση της αρχής του favor contractus. Προκειμένου ν' αποφευχθεί όμως η άσκηση επανειλημμένων αγωγών, ενδείκνυται σε αυτή την περίπτωση η επικουρική δικονομική άσκηση⁴³ εκ μέρους του δανειστή τόσο της αγωγής γι' αυτούσια εκπλήρωση όσο και της αγωγής αποζημίωσης. Προς αποφυγή αυτού του κινδύνου συστήνεται επίσης στον οφειλέτη η χρήση του σκεπτικού της υπερημερίας, δηλαδή της θέσης προθεσμίας προς εκπλήρωση σε περίπτωση αβεβαιότητας ως προς την ύπαρξη αδυναμίας, ώστε να ασκείται εκ των υστέρων εκ μέρους του απευθείας η αγωγή αποζημίωσης⁴⁴.

Το θέμα της αρχικής αδυναμίας παροχής δεν παρουσιάζει στην ελληνική έννομη τάξη την ένταση που εμφάνισε σε άλλες θεωρίες εξαιτίας κυρίως του γεγονότος ότι η ελληνική επιστήμη δέχτηκε από νωρίς ορθά ότι ο χρόνος αποτίμησης της παθολογίας δεν είναι ο χρόνος συνολολόγησης της σύμβασης αλλά αυτός της εκπλήρωσης της παροχής⁴⁵. Επίσης, θεωρητικό και μόνο ενδιαφέρον παρουσιάζει πλέον το ζήτημα αν το πταίσμα του οφειλέτη σε αρχική αδυναμία – αρχική παθολογία ενοχής αποτελούν ως γνωστό και τα πραγματικά και νομικά ελαττώματα στην πώληση, τη μίσθωση πράγματος και τη σύμβαση έργου – είναι πταίσμα κατά τις διαπραγματεύσεις ή πταίσμα με την έννοια της ΑΚ 330. Η ΑΚ 335 και η ΑΚ 362 αλλά και οι ειδικές ΑΚ 543 κλπ. ξεκαθαρίζουν με σαφήνεια ότι ο οφειλέτης ευθύνεται και στην περίπτωση της αρχικής υπαίτιας αδυναμίας για θετικό⁴⁶ και όχι για αρνητικό διαφέρον, όπως συμβαίνει στην ευθύνη από τις διαπραγματεύσεις⁴⁷.

Πολύ μεγαλύτερη πρακτική σημασία σε σχέση με την αδυναμία παροχής εμφανίζει, από το άλλο μέρος, η υπερημερία οφειλέτη, καθώς αυτή ανακύπτει συχνότερα στην πράξη και αφορά πάντοτε τις χρηματικές παροχές. Η υπερημερία οφειλέτη

40. Καλλιμόπουλου, Το δίκαιο του χρήματος, 1993, σ. 411 επ.· Σταθόπουλου, Γενικό Ενοχικό Δίκαιο, 2004, σ. 1058. Η οικονομική δυσχέρεια δεν αποτελεί αδυναμία παροχής και δεν απαλλάσσει τον οφειλέτη, πρβλ. Αστ. Γεωργιάδη, Ενοχικό Δίκαιο - Γενικό Μέρος II, ε' εκδ., 2007, σ. 55.

41. Απ. Γεωργιάδη, Ενοχικό Δίκαιο - Γενικό Μέρος, 1999, § 24 III αρ. 34, σ. 266.

42. ΑΠ 41/2002 ΕλλΔνη 2003, 373· Φίλιου, Ενοχικό Δίκαιο - Γενικό Μέρος, 4^η εκδ. 2007, § 139 Α I, σ. 298.

43. Βλ. Σταθόπουλο, Γενικό Ενοχικό Δίκαιο, 2004, σ. 1071.

44. Φίλιου, Ενοχικό Δίκαιο - Γενικό Μέρος, 4^η εκδ. 2007, § 140 Α I, σ. 301.

45. Σταθόπουλου, Γενικό Ενοχικό Δίκαιο, 2004, σ. 1043.

46. Η δευτερογενής αυτή ευθύνη προς αποζημίωση αποκαλείται ενδοσυμβατική ή ευθύνη από προϋφιστάμενη ενοχή, βλ. ιδιαιτέρως Σταθόπουλο, Γενικό Ενοχικό Δίκαιο, 2004, σ. 417 επ.

47. Καραύση, Ερμηνευτικές παρατηρήσεις στο νέο άρθρο 543 εδ. 2 ΑΚ, ΧρΙΔ 2003, 769 επ.· Σταθόπουλου, Γενικό Ενοχικό Δίκαιο, 2004, σ. 1047.

ρυθμίζεται στις γενικές διατάξεις των ΑΚ 340 επ. και ειδικά για τις αμφοτεροβαρείς συμβάσεις στις ΑΚ 383-385. Η καίρια νομοτεχνική διαφορά της υπερημερίας οφειλέτη από την αδυναμία παροχής έγκειται πράγματι στο γεγονός ότι η πρώτη, προκειμένου να επιτραπεί η μετάβαση από την βασική αξίωση προς εκπλήρωση σε έννομα βοηθήματα που αποκαθιστούν την παθολογία, δηλαδή την αποζημίωση και την υπαναχώρηση, απαιτεί τη θέση εκ μέρους του δανειστή προθεσμίας προς εκπλήρωση, η άπρακτη παρέλευση της οποίας δικαιολογεί και μόνο την αυτόματη έκλειψη της υποχρέωσης προς εκπλήρωση⁴⁸. Στην αδυναμία παροχής η κύρια υποχρέωση προς εκπλήρωση της παροχής εκλείπει αντίθετα με μόνη την εμφάνιση της αδυναμίας⁴⁹. Ειδικά για την υποκειμενική αδυναμία παροχής θα πρέπει όμως να γίνει δεκτό ότι η αξίωση για αυτούσια εκπλήρωση εκλείπει μόνο όταν είναι βέβαιο ότι ο οφειλέτης αδυνατεί να προμηθευθεί την οφειλόμενη παροχή ή όταν ο τρίτος στον οποίο η παροχή κατέληξε με υπαιτιότητα του οφειλέτη δεν είναι πρόθυμος να την επιστρέψει παρά μόνο μετά την καταβολή ενός υπέρογκου ποσού. Η υποκειμενική αδυναμία θα πρέπει να εξομοιώνεται δηλαδή, σε ό,τι αφορά τη μετάβαση από την αυτούσια εκπλήρωση στην αποζημίωση, με τη ρωμαϊκή *difficultas dandi*⁵⁰, έτσι ώστε σε μια ενοχή είδους όσο βαρύτερο είναι το πταίσμα του οφειλέτη για την απώλεια της παροχής τόσο πιο αναγκαίο θα πρέπει να θεωρείται ότι ο οφειλέτης είναι υποχρεωμένος να καταβάλει υψηλότερο για την προμήθεια ή επαναπόκτηση της απωλεσθείσας παροχής τίμημα, ώστε να διασώζεται κατά το δυνατό η αξίωση για αυτούσια εκπλήρωση.

Δικαιοπολιτικά σκοπιμότερο θα ήταν πάντως να μην εκλείπει άμεσα στην υπερημερία οφειλέτη μετά την άπρακτη παρέλευση προς εκπλήρωση, όπως γίνεται σήμερα δεκτό⁵¹, η υποχρέωση προς παροχή αλλά να παρέχεται στον οφειλέτη και πάλι η δυνατότητα εκπλήρωσης. Με τον τρόπο αυτό λαμβάνεται καλύτερα μέριμνα της αρχής: *favor contractus*, την οποία υιοθετεί προγραμματικά ο νόμος, κατ' απόκλιση προς το αγγλοσαξωνικό μοντέλο, με την ΑΚ 287 αλλά και με τις ΑΚ 337, 339 και 343 που σε περίπτωση μερικής αδυναμίας παροχής παρέχουν στο δανειστή την ευχέρεια να παραμείνει στη σύμβαση, όταν αυτός κρίνει ότι κάτι τέτοιο ανταποκρίνεται καλύτερα στα συμφέροντά του⁵². Δεν θα ξεχάσω την απορία κάποιας

48. Σταθόπουλος, σε ΑΚ Γεωργιάδη/Σταθόπουλου, άρθρ. 383 αρ. 5 επ.

49. Μπαλή, Ενοχικών Δίκαιον - Γενικών Μέρους, εκδ. β', 1954, § 49· Γαζής, ΕρμΑΚ άρθρ. 336 αρ. 5.

50. Πρβλ. *Ehmann/Sutschet*, *Modernisiertes Schuldrecht*, 2002, σ. 50 επ.· *Canaris*, σε E. Lorenz, *Karlsruher Forum*, 2003, σ. 11, 17, 24 επ.· *Mattheus*, σε M.Schwab/C.-H.Witt (Hrsg.), *Einführung in das neue Schuldrecht*, 2002, σ. 80 επ., 94 επ.

51. Απολύτως κρατούσα γνώμη, πρβλ. Φίλιο, Ενοχικό Δίκαιο - Γενικό Μέρος, 4^η εκδ., 2007, § 259 Β, σ. 520· Σταθόπουλο, Γενικό Ενοχικό Δίκαιο, 2004, σ. 1174· Αστ. Γεωργιάδη, Ενοχικό Δίκαιο - Γενικό Μέρος II, ε' εκδ., 2007, σ. 53 επ.

52. Απ. Γεωργιάδη, Ενοχικό Δίκαιο - Γενικό Μέρος, 1999, § 29 III 2 γ· Μιχαηλίδης - Νουάρος, ΕρμΑΚ 380 αρ. 18.

φοιτήτριας, η οποία, όταν επιλύαμε ένα σχετικό πρακτικό θέμα κατά τη διδασκαλία του Γενικού Ενοχικού Δικαίου στη Νομική Σχολή Θράκης, αδυνατούσε δικαιολογημένα να αντιληφθεί γιατί δεν θα μπορούσε δήθεν ο οφειλέτης να εκπληρώσει αυτούσια την παροχή του ακόμη και μετά την άπρακτη παρέλευση της προθεσμίας προς εκπλήρωση, όταν με αυτή την επιγενόμενη εκπλήρωση συμφωνεί και ο δανειστής. Ο τελευταίος είναι παραδόξως υποχρεωμένος τότε να υπαναχωρήσει από τη σύμβαση ή να ζητήσει αποζημίωση, παρά το γεγονός ότι αμφότεροι οι συμβαλλόμενοι ενδιαφέρονται έστω και την υστάτη ώρα για την ολοκλήρωση της σύμβασης. Η αυτοδίκαιη παύση της υποχρέωσης προς εκπλήρωση δικαιολογείται πολύ λογικά πράγματι μόνο μετά την έμπρακτη άσκηση ενός εννόμου βοηθήματος εκ μέρους του δανειστή⁵³, δηλαδή είτε με την έγερση της συμβατικής αποζημίωσης είτε με την άσκηση του διαπλαστικού δικαιώματος της υπαναχώρησης είτε, τέλος, με τη σόρευση αυτών των δύο βοηθημάτων στο πλαίσιο της γενικής ΑΚ 387 ή και σήμερα στο πλαίσιο της ολοκληρωμένης για την πώληση ΑΚ 543⁵⁴.

Προθεσμία προς εκπλήρωση περιττεύει με βάση την ΑΚ 401⁵⁵ ως γνωστό στην περίπτωση της ακριβόχρονης παροχής. Ανάλογα ισχύουν στο πλαίσιο της ΑΚ 385 για την περίπτωση της σοβαρής και οριστικής άρνησης του οφειλέτη να καταβάλει την παροχή⁵⁶. Αντίθετα, στο ζήτημα της προσωρινής αδυναμίας παροχής ενδείκνυται η θέση προθεσμίας προς εκπλήρωση με αναλογική εφαρμογή της ΑΚ 383 και πριν το ληξιπρόθεσμο⁵⁷. Μετά την άπρακτη παρέλευση της τελευταίας ο δανειστής θα πρέπει να μπορεί να προβεί σε υπαναχώρηση ή αναζήτηση αποζημίωσης, χωρίς να χρειάζεται να περιμένει να οριστικοποιηθεί η αδυναμία παροχής. Με τον τρόπο αυτό η προσωρινή αδυναμία εξομοιώνεται έμμεσα με την υπερημερία οφειλέτη, με το πρόσθετο πλεονέκτημα ότι η υπαναχώρηση ανεξαρτητοποιείται επίσης από την πνιγηρή προϋπόθεση του παύσιματος. Το όλο θέμα δεν ρυθμίζεται με ρητή διάταξη στο νόμο, αφού δεν καλύπτεται ούτε από τη γλωσσική διατύπωση της ΑΚ 385.

Η περίπτωση της ακριβόχρονης παροχής ήταν σημειωτέον για πολύ καιρό η

53. Παρόμοιος ο προβληματισμός του Ρούσσου σε Παπανικολάου, Το νέο δίκαιο της ευθύνης του πωλητή, 2003, σ. 360 επ., για τη σχέση της πρωτογενούς αξίωσης για παροχή με τα άλλα βοηθήματα της ΑΚ 540 μέχρι την άσκηση ενός από αυτά.

54. Πρβλ. Ρούσσο σε Παπανικολάου, Το νέο δίκαιο της ευθύνης του πωλητή, 2003, σ. 318: «Σημαντική πρόοδος επιτελείται με τις νέες διατάξεις σε επίπεδο διαμορφώσεως των δικαιωμάτων του αγοραστή. Δογματική καινοτομία αποτελεί εδώ η νέα ρύθμιση του άρθρου 543 ΑΚ, η οποία επιτρέπει για πρώτη φορά ρητώς την σόρευση της αξιώσεως αποζημίωσης με τα άλλα δικαιώματα του αγοραστή που προβλέπονται στο άρθρο 540 ΑΚ».

55. ΑΠ 67/1998, ΝοΒ 47, 403.

56. ΑΠ 429/2001, ΕλλΔνη 2001, 163· 631/1969, ΝοΒ ΙΗ', 435· 508/1959, ΝοΒ Η', 248 επ· 339/1982, ΝοΒ Λ', 1459· ΕφΘεσ 32/1994 Αρμ ΜΘ', 458 επ· 979/1982, Αρμ ΛΣΤ', 882.

57. Σπυριδάκη, Ενοχικό Δίκαιο - Γενικό Μέρος, 2004, αρ. 119.5· Γαζής, ΕρμΑΚ άρθρ. 335-348 αρ. 42· Σταθόπουλος, σε ΑΚ Γεωργιάδη/Σταθόπουλου, άρθρ. 335-336 αρ. 4· ΑΠ 356/1976 ΝοΒ ΚΔ' 874.

μόνη που αναιρούσε ρητά στο νόμο τον κανόνα της εξάρτησης της υπαναχώρησης από το πταίσμα του οφειλέτη κατ' απόκλιση των κεντρικών διατάξεων των ΑΚ 382 και 383⁵⁸. Το σκεπτικό αυτό μεταφέρθηκε πρόσφατα με την ΑΚ 540 και στην υπαναχώρηση της πώλησης, ενώ έντονα προβληματίζει την ελληνική θεωρία το ερώτημα αν το ίδιο σκεπτικό θα πρέπει να ισχύσει με αναλογία δικαίου σε κάθε περίπτωση υπαναχώρησης. Υπέρ αυτής της άποψης τάσσονται αναμφίβολα τα σοβαρότερα συστηματικά και δικαιοπολιτικά επιχειρήματα. Η υπαναχώρηση συνδέθηκε – είναι αλήθεια – με το πταίσμα για ιστορικούς λόγους, δηλαδή επειδή το ίδιο ίσχυσε και για την αποζημίωση. Τα δύο βοηθήματα έχουν όμως μια άλλη λειτουργία και έναν άλλο προσανατολισμό⁵⁹. Το ένα διακόπτει τη λειτουργία της σύμβασης, ενώ το άλλο τη συνεχίζει με άλλες, υποκαταστατικές παροχές. Η υπαναχώρηση έχει να κάνει με την πρωτογενή αξίωση προς παροχή⁶⁰, την οποία καταργεί. Το πταίσμα δεν έχει εδώ εμφανώς καμία θέση⁶¹.

Η υπερημερία οφειλέτη, η δεύτερη κλασική περίπτωση παθολογίας που γνωρίζει ο νόμος, διαφέρει από την αδυναμία παροχής εκτός όμως από την τάξη προθεσμίας και ως προς ένα άλλο, κρίσιμο σημείο. Συγκεκριμένα, πριν τάξει ο δανειστής προθεσμία προς εκπλήρωση, ο τελευταίος έχει τη δυνατότητα να σωρεύσει την αξίωση προς αυτούσια εκπλήρωση της παροχής και με το διαφέρον καθυστέρησης⁶². Στην αδυναμία παροχής αντίθετα δεν νοείται αξίωση γι' αυτούσια εκπλήρωση. Η υπερημερία οφειλέτη είναι κατά την κοινή πρακτική αντίληψη ο βασικότερος αλλά όχι, όπως θα δούμε, και ο μόνος τύπος παθολογίας της ενοχής, στον οποίο η αυτούσια εκπλήρωση μπορεί να συνυπάρξει με συμβατική αποζημίωση⁶³. Μετά την άπρακτη παρέλευση της προθεσμίας προς εκπλήρωση δεν είναι δυνατή η αγωγή γι' αυτούσια εκπλήρωση αλλά μόνο η άσκηση αποζημίωσης ή υπαναχώρησης, το δε διαφέρον καθυστέρησης αποτελεί πλέον κομμάτι του θετικού διαφέροντος.

58. Περίπτωση ανατιολόγητης υπαναχώρησης δέχεται όμως η νομολογία (αν και το θέμα αμφισβητείται) και για την ΑΚ 686· πρβλ. ΑΠ 201/1971, ΝοΒ 19, 1971= ΕΕΝ 38, 415· βλ. και *Νικολόπουλο*, Η υπαναχώρηση στην πώληση, 2006, σ. 64· σ' αυτές τις περιπτώσεις είναι δυνατή η σόρευση της υπαναχώρησης με εδλογη αποζημίωση· ΑΠ 746/1994, ΕλλΔνη 37, 148· 1006/1974, ΝοΒ 23, 606· 437/1968, ΝοΒ 16, 1062· Εφαθ 2338/1970, ΕλλΔνη 12, 213.

59. Έτσι και ο *Ρούσσο*, σε Παπανικολάου, Το νέο δίκαιο της ευθύνης του πωλητή, 2003, σ. 434.

60. Η οποία επίσης δεν προϋποθέτει πταίσμα, πρβλ. *Σταθόπουλο*, Γενικό Ενοχικό Δίκαιο, 2004, σ. 59.

61. Για μια de lege lata απαλλαγή της υπαναχώρησης από το πταίσμα ακόμη και στις γενικές διατάξεις ήδη ο *Κουμάνης*. Η μη εκπλήρωση της ενοχικής σύμβασης κατά τον ΑΚ, 2002, σ. 170 επ., 189 επ. Με τη θέση αυτή, που είναι μεν δικαιοπολιτικά ορθή, δύσκολα όμως στηρίζεται στο νόμο, αφού ουσιαστικά τον καταργεί διορθώνοντάς τον, σύμφωνα στο μεταξύ και ο *Σταθόπουλος*, Γενικό Ενοχικό Δίκαιο, 2004, σ. 1182, αναλυτικά 1184 επ.

62. *Σταθόπουλος*, σε ΑΚ Γεωργιάδη/Σταθόπουλου, άρθρ. 343 αρ. 4· *Απ. Γεωργιάδη*, Ενοχικό Δίκαιο - Γενικό Μέρος, 1999, § 24 ΙΙ αρ. 10, σ. 260.

63. *Σταθόπουλου*, Γενικό Ενοχικό Δίκαιο, 2004, σ. 119· *Αστ. Γεωργιάδη*, Ενοχικό Δίκαιο - Γενικό Μέρος ΙΙ, 2007, σ. 71.

Για το θέμα αν η αθέτηση υποχρέωσης της ΑΚ 330 καλύπτει και την πλημμελή εκπλήρωση της παροχής⁶⁴, όπως επίσης το αν ενδείκνυται η αναλογική εφαρμογή των διατάξεων είτε της αδυναμίας παροχής είτε της υπερημερίας οφειλέτη στην προκειμένη περίπτωση, έχουν ειπωθεί πολλά στην ελληνική θεωρία⁶⁵. Η καταφατική απάντηση αποτελεί ως γνωστό την πάγια θέση της τελευταίας. Μελλοντική τροποποίηση των διατάξεων του γενικού ενοχικού δικαίου δεν θα πρέπει ωστόσο να λησμονήσει να προβλέψει ρητά την αποζημιωτική ευθύνη ως έννομη συνέπεια για κάθε αθέτηση υποχρέωσης, νομοτεχνικό έλλειμμα που βαραίνει ακόμη την ΑΚ 330, δίνοντας αφορμή για αδικαιολόγητες αμφιβολίες⁶⁶. Η περίπτωση της θετικής παράβασης της ενοχής, που υπονοείται με την παραπάνω διάταξη, είναι ακριβώς το δεύτερο παράδειγμα στο οποίο η αξίωση για εκπλήρωση μπορεί να συνυπάρξει με συμβατική αποζημίωση. Η διαφορά από την υπερημερία οφειλέτη έγκειται ακριβώς στο ότι η αποζημίωση δεν συνιστά θετικό διαφέρον ισοτιμίας των παροχών αλλά διαφέρον ακεραιότητας. Στο πέμπτο κεφάλαιο (ΑΚ 374 επ.) που αναφέρεται στις αμφοτεροβαρείς συμβάσεις, θα πρέπει επίσης να προβλεφθεί μια νέα διάταξη, η οποία θα ορίζει ότι η ουσιώδης παράβαση ορισμένης υποχρέωσης επιμελείας μπορεί να δικαιολογήσει εκτός από την αποζημιωτική αξίωση – γι' αυτό δεν υπάρχει καμία αμφιβολία – και το δικαίωμα υπαναχώρησης του δανειστή⁶⁷. Κλασικό είναι το σχολικό παράδειγμα του ελαιοχρωματιστή, ο οποίος ενώ βάφει καπνίζει και λερώνει διαρκώς τα έπιπλα του ιδιοκτήτη και παρά τις επανειλημμένες συστάσεις του εργοδότη δεν συμμορφώνεται με τις υποδείξεις του τελευταίου. Δεν υπάρχει λόγος

64. Αυτή αποτελεί τον πιο πολυσυλλεκτικό τύπο παθολογίας, αφού περιλαμβάνει όσα περιστατικά δεν μπορούν να υπαχθούν στην αδυναμία παροχής και την υπερημερία οφειλέτη, πρβλ. *Απ. Γεωργιάδη*, Ενοχικό Δίκαιο - Γενικό Μέρος, 1999, § II αρ. 8, σ. 229.

65. Αναλυτική παρουσίαση από *Κουμάνη*, Η μη εκπλήρωση της ενοχικής σύμβασης κατά τον ΑΚ, 2002, σ. 77 επ., 108 επ.· πρβλ. και *Σταθόπουλο*, Γενικό Ενοχικό Δίκαιο, 2004, σ. 1102 επ.· *Απ. Γεωργιάδη*, Ενοχικό Δίκαιο - Γενικό Μέρος, 1999, § 22 III αρ. 12, σ. 230 επ. και κυρίως 280 επ. Από την παλαιότερη βιβλιογραφία βλ. κυρίως *Γαζή*, Η μη εκπλήρωση της ενοχικής σύμβασης, 1940· *Λιτζερόπουλο*, Το περὶ αμφοτεροβαρών συμβάσεων τμήμα του Σχεδίου Ενοχ. Δικαίου, Θεμ. 1937, 102 επ.· *Ζέπο*, Ενοχικόν Δίκαιον, 2^η εκδ., τ. I, Γενικόν Μέρος, 1955, σ. 497 επ.

66. Πρβλ. ενδεικτικά *Φίλιο*, Ενοχικό Δίκαιο - Γενικό Μέρος, 4^η εκδ. 2007, § 136 Α: «(ο νομοθέτης) δεν καθόρισε όμως τις συνέπειες κλπ. της αθέτησης. Άρα καταρχήν τα ίδια ζητήματα γεννιούνται και στον ΑΚ».

67. Υπέρ του δικαιώματος υπαναχώρησης και σε περίπτωση παράβασης παρεπόμενης υποχρέωσης ο *Σταθόπουλος*, Γενικό Ενοχικό Δίκαιο, 2004, σ. 220. Ο *Αστ. Γεωργιάδης*, Ενοχικό Δίκαιο - Γενικό Μέρος II, ε' εκδ., 2007, σ. 84, υποστηρίζει ότι, εφόσον γίνεται δεκτό ότι η πλημμελής εκπλήρωση με τη μορφή πρόσκρουσης στην ΑΚ 2888 δικαιολογεί αναλογική εφαρμογή των ΑΚ 382 επ. είναι δυνατή και η άσκηση υπαναχώρησης για όλη τη σύμβαση, ενώ ο *Απ. Γεωργιάδης*, Ενοχικό Δίκαιο - Γενικό Μέρος, 1999, § 26 II αρ. 9, σχολιάζει σχετικά: «Στην περίπτωση αυτή δεν παρέχεται κατ' αρχήν δικαίωμα υπαναχώρησης, εκτός αν η πλημμέλεια είναι τόσο σοβαρή, ώστε να ματαιώνεται ο σκοπός της σύμβασης»· βλ. επίσης *τον ίδ.*, Ενοχικό Δίκαιο - Ειδικό Μέρος I, 2004, § 7 III αρ. 13, σ. 61.

να παραμένει σε μια τέτοια περίπτωση ο εργοδότης δεσμευμένος σε μια ενοχλητική και επικίνδυνη σύμβαση. Θα πρέπει να του δοθεί ακριβώς η δυνατότητα ν' αποχωρήσει έγκαιρα από αυτή, αναζητώντας τις υπηρεσίες άλλου, επιμελέστερου εργολάβου, προκειμένου να αποτρέψει μελλοντικές ζημιές του, ενώ παράλληλα θα πρέπει να μπορεί να ζητήσει αυτός και αποζημίωση για τις ζημιές που ήδη υπέστη.

III. Οι έννομες συνέπειες μετά την παθολογία ενοχής

α. Το συναλλάγμα⁶⁸

Σε κάθε παθολογία ενοχής ο νόμος προβλέπει, όπως λέχθηκε, έννομα βοηθήματα που αποκαθιστούν το δυσάρεστο περιστατικό της παθολογίας. Σε καμία όμως περίπτωση η συνέπεια δεν μπορεί να είναι τόσο δραστική, ώστε να διατάσσεται η καθολική έκλειψη του κύρους της σύμβασης. Γεννιούνται απλώς δευτερογενείς αποκαταστατικές αξιώσεις, όπως είναι η αποζημιωτική αξίωση ή η αξίωση για το περιελθόν⁶⁹ και ειδικά για τις αμφοτεροβαρείς συμβάσεις παρέχεται επιπλέον και το διαπλαστικό δικαίωμα της υπαναχώρησης, που, όπως θα δούμε, δεν καταργεί τη σύμβαση. Σε ό,τι αφορά τον κρίσιμο τύπο των αμφοτεροβαρών συμβάσεων το ζήτημα ενδιαφέρει επίσης και από μια άλλη σκοπιά, δηλαδή ενόψει της τύχης της αντιπαροχής. Η ελληνική θεωρία δέχεται εδώ ότι τόσο η οριστική αδυναμία παροχής όσο και η άπρακτη παρέλευση της προθεσμίας προς εκπλήρωση στην υπερημερία οφειλέτη επιφέρουν την αυτόματη εξαφάνιση όχι μόνο της κύριας υποχρέωσης για παροχή αλλά εξ αφορμής του αιρετικού συναλλάγματος που διέπει τις αμφοτεροβαρείς συμβάσεις και της υποχρέωσης για την αντιπαροχή⁷⁰. Η θέση αυτή είναι απόρροια του συνθέματος συμφερόντων που εμφανίζει κάθε ανταλλακτική σύμβαση στο πλαίσιο του *do ut des*. Υπό την έννοια αυτή, γίνεται δεκτό ότι στις αμφοτεροβαρείς συμβάσεις ο οφειλέτης φέρει τον κίνδυνο της αντιπαροχής⁷¹, ενώ στις ετεροβαρείς συμβάσεις ο δανειστής φέρει τον κίνδυνο της παροχής. Ισχύει δηλαδή ο κανόνας: *casum sentit dominus*⁷². Σε πολιτικο-οικονομικό επίπεδο ο τελευταίος κανόνας αναθέτει, με πιο απλά λόγια, στον οφειλέτη το επενδυτικό βάρος της απώλειας της παροχής του. Δεν ισχύει λοιπόν σε προγραμματικό πεδίο για το σύγχρονο δίκαιο ο αντίθετος ρωμαϊκός κανόνας: *periculum est emptoris*. Απόκλιση από την

68. Για την έννοια του συναλλάγματος και τη διάκριση ανάμεσα σε γενετικό, αιρετικό και λειτουργικό συναλλάγμα, βλ. *Απ. Γεωργιάδη*, *Ενοχικό Δίκαιο - Ειδικό Μέρος I*, 2004, § 5 II αρ. 25-26, σ. 41 επ.· *Αστ. Γεωργιάδη*, *Ενοχικό Δίκαιο - Γενικό Μέρος II*, 2007, σ. 103· *Χελιδόνη*, *Υπαναχώρηση και αποζημίωση*, 2007, σ. 523 επ.

69. *Φίλιου*, *Ενοχικό Δίκαιο - Γενικό Μέρος*, 4^η εκδ., 2007, § 125 Γ, σ. 275.

70. *Απ. Γεωργιάδη*, *Ενοχικό Δίκαιο - Ειδικό Μέρος I*, 2004, § 5 II αρ. 26, σ. 42.

71. Για το ότι το βασικό πρόβλημα στις αμφοτεροβαρείς συμβάσεις έγκειται στον προσδιορισμό της τύχης της αντιπαροχής σε περίπτωση ανώμαλης εξέλιξης της ενοχής, πρβλ. κυρίως *Απ. Γεωργιάδη*, *Ενοχικό Δίκαιο - Γενικό Μέρος*, 1999, § 29 I αρ. 2, σ. 307 επ.

72. *Φίλιου*, *Ενοχικό Δίκαιο - Γενικό Μέρος*, 4^η εκδ., 2007, § 252 Α II, σ. 509· *Απ. Γεωργιάδη*, *Ενοχικό Δίκαιο - Ειδικό Μέρος I*, 2004, § 8 I αρ. 3, σ. 64 επ.

αρχή αυτή προβλέπει εξαιρετικά ο νόμος για την περίπτωση της μετάθεσης του κινδύνου με τις ΑΚ 524-525 για την πώληση ή τις 698-699 για τη σύμβαση έργου πριν την παραλαβή του έργου⁷³. Από αυτό τον κανόνα αφίσταται ο νόμος πέραν του περιστατικού της μετάθεσης του κινδύνου και όταν για την απώλεια της παροχής υπεύθυνος είναι ο δανειστής, όπως αποδεικνύει η ΑΚ 381 § 2, ενώ μετάθεση του κινδύνου σε βάρος του δανειστή προβλέπεται και στην πώληση κληρονομίας (ΑΚ 1946 § 2) αλλά και στις περιπτώσεις προστασίας του εργαζομένου στη σύμβαση εργασίας (ΑΚ 656 επ.), που αξιώνουν μια άλλου είδους στάθμιση συμφερόντων για λόγους κοινωνικής πρόνοιας. Το ζήτημα της μετάθεσης του κινδύνου ανακύπτει βεβαίως πρακτικά, όταν ανάμεσα στη συνολολόγηση της σύμβασης και την παράδοση της παροχής μεσολαβεί κάποιο χρονικό διάστημα.

β. Η αποζημίωση

Η συμβατική αποζημίωση αποτελεί ως γνωστό τον κανόνα στο ελληνικό δίκαιο, σε ό,τι αφορά την αποκατάσταση της παθολογίας⁷⁴. Συνήθως αποδίδεται με τον όρο: θετικό διαφέρον⁷⁵. Με το βοήθημα αυτό ο δανειστής ζητά ειδικότερα από τον οφειλέτη να περιοριστεί οικονομικά σε κατάσταση όμοια με αυτή που θα υπήρχε αν η κύρια υποχρέωση για παροχή εκπληρωνόταν κανονικά⁷⁶, δηλαδή με την καταβολή της ΑΚ 416. Εμπνευστής της αντίληψης περί υπολογισμού του διαφέροντος υπήρξε στα μέσα του 19^{ου} αιώνα ο Fr. Mommsen ο οποίος διατύπωσε τη θεωρία της υποθετικής διαφοράς, με βάση την οποία θα πρέπει να αποτιμάται η περιουσιακή κατάσταση του δανειστή με την παθολογία και η ίδια περιουσιακή κατάσταση χωρίς την παθολογία⁷⁷. Η διαφορά των δύο περιουσιακών ποσοτήτων συνιστά ακριβώς το περιεχόμενο της αποζημιωτικής αξίωσης. Η θεωρία της υποθετικής διαφοράς αποτελεί την κυρίαρχη αντίληψη και του ελληνικού αποζημιωτικού δικαίου για

73. *Αστ. Γεωργιάδη*, Ενοχικό Δίκαιο - Γενικό Μέρος II, ε' εκδ., 2007, σ. 116.

74. *Φίλιου*, Ενοχικό Δίκαιο - Γενικό Μέρος, 4^η εκδ. 2007, § 126 Α Ι σ. 275· *Σταθόπουλου*, Γενικό Ενοχικό Δίκαιο, 2004, σ. 79 και 118.

75. Πρβλ. τις αναλυτικές αναπτύξεις του *Σταθόπουλου*, Γενικό Ενοχικό Δίκαιο, 2004, σ. 420 επ. Ο *Μιχαηλίδης - Νουάρος*, Ενοχικών Δίκαιον (Πανεπ. Παραδόσεις), 1959, σ. 36, κάνει λόγο για «εκτελεστικό διαφέρον» ή «εκ της μη εκτελέσεως της συμβάσεως διαφέρον» βλ. και *Αστ. Γεωργιάδη*, Ενοχικό Δίκαιο - Γενικό Μέρος II, ε' εκδ., 2007, σ. 55 επ· *Ρούσσο* σε Παπανικολάου, Το νέο δίκαιο της ευθύνης του πωλητή, 2003, σ. 377.

76. *Φίλιου*, Ενοχικό Δίκαιο - Γενικό Μέρος, 4^η εκδ., 2007, § 174 Α, σ. 364· *Απ. Γεωργιάδη*, Ενοχικό Δίκαιο - Γενικό Μέρος, 1999, § 24 Π 3 αρ. 22: «Κατά συνέπεια, η αδυναμία δεν επιφέρει απόσβηση της ενοχής αλλά αλλοίωση του περιεχομένου της».

77. Για την πολιτογράφηση του όρου διαφέρον στην ορολογία της ελληνικής θεωρίας, πρβλ. *Κ. Τριανταφυλλόπουλο*, Ελληνικόν Ενοχικόν Δίκαιον, - Γενικόν Μέρος, I, 2^η εκδ., 1938, § 6 αρ. 1 επ. 5· *Μπαλή*, Ενοχικόν Δίκαιον - Γενικόν Μέρος, εκδ. β', 1954, § 23· *Λιτζερόπουλο*, ΕρμΑΚ εισαγ. άρθρ. 297-300, αρ. 1 και 15· επίσης *Σταθόπουλο*, Γενικό Ενοχικό Δίκαιο, 2004, σ. 408 επ.

την αποτίμηση κάθε τύπου αποζημίωσης και όχι μόνο για το θετικό διαφέρον⁷⁸. Το μεγάλο πλεονέκτημα αυτής της θεωρίας είναι πράγματι το ότι, σε αντιδιαστολή προς τις αντιλήψεις του ρωμαϊκού δικαίου, το θετικό διαφέρον δεν περιορίζεται πλέον στην αντικειμενική αξία της παροχής⁷⁹, δηλαδή στη λεγόμενη *vera rei aestimatio* που αποδίδει το *damnum emergens*⁸⁰ και το διαφυγόν κέρδος (*lucrum cessans*)⁸¹ αλλά συνεκτιμά συμψηφιστικά και όλα τα πλεονεκτήματα και μειονεκτήματα που αναπτύσσει στην περιουσία του δανειστή με αφορμή το δυσάρεστο περιστατικό της παθολογίας. Υπό το πρίσμα αυτό, θετικό διαφέρον συνιστά όχι μόνο η αξία της παροχής και το διαφυγόν κέρδος (αυτά μπορούν να αποκληθούν θετικό διαφέρον με τη στενή έννοια του όρου) αλλά και άλλα κονδύλια, όπως είναι το διαφέρον καθυστέρησης, το διαφέρον από τη στέρηση χρήσης πράγματος⁸², οι ματαιωμένες δαπάνες ενόψει της αξιοποίησης της οφειλόμενης παροχής ή η ζημία σε άλλα περιουσιακά αγαθά του δανειστή (τα οποία θα μπορούσαν να αποκληθούν θετικό διαφέρον με την ευρεία έννοια του όρου)⁸³. Το θετικό διαφέρον με τη στενή έννοια του όρου αποτελεί αναμφίβολα την ελάχιστη ζημία που μπορεί να αναζητήσει ο δανειστής⁸⁴.

Το θετικό διαφέρον είναι χρηματικού υποβάθρου⁸⁵, συνεπώς δεν νοείται κατ' αρχάς φυσική αποκατάσταση της ζημίας με την έννοια της ΑΚ 297⁸⁶, καθώς διαφορετικά θα υπήρχε ο κίνδυνος, η αποζημιωτική αξίωση να εξομοιωθεί λειτουργικά

78. Δεν ενδιαφέρει λοιπόν η βλάβη του συγκεκριμένου αγαθού αλλά η συνολική αρνητική επίδραση που ασκεί το ζημιόγνο γεγονός στην περιουσία του ζημιωθέντος, βλ. Σταθόπουλο, Γενικό Ενοχικό Δίκαιο, 2004, σ. 432 επ.· ΑΠ 172/1969, ΝοΒ 1969, 836· 45/1973, ΝοΒ 1973, 742· 807/1973 ολομ., ΝοΒ 1974, 321· 1286/1976, ΝοΒ 1977, 906· 89/1978, ΝοΒ 1977, 906· 89/1978, ΕΕΝ 1978, 463· 394/1997, ΝοΒ 1998, 1425.

79. Το θετικό διαφέρον ως θετική ζημία αντανακλά είτε την αγοραστική αξία του πράγματος είτε την αξία επισκευής είτε τη διαφορά από σύμβαση κάλυψης, πρβλ. και Φίλιου, Ενοχικό Δίκαιο - Γενικό Μέρος, 4^η εκδ., 2007, § 180 Γ, σ. 373· ΕφΑθ 5731/1985 ΕλλΔνη 1985, 1356.

80. ΕφΑθ 6192/1992 ΝοΒ ΜΑ', 308 επ.· 1642/2000 ΕλλΔνη 2001, 173· Φίλιου, Ενοχικό Δίκαιο - Γενικό Μέρος, 4^η εκδ., 2007, § 172 Α, σ. 362.

81. ΑΠ 894/2004 ΕλλΔνη 2004, 1663 επ.· 736/2004 ΕλλΔνη 2006, 1069 επ.· 645/2004 ΕλλΔνη 2006, 95 επ.· 998/2003 ΕλλΔνη 2004, 1597· 154/1994 ΕλλΔνη 1995, 1055 επ.· 20/1992 ολομ ΝοΒ ΜΑ' 85 επ.· ΕφΑθ 451/1973 ΝοΒ ΚΑ', 506· ΕφΘεσ 283/1994 Αρμ ΜΗ', 659· αναλυτικά Παπαδοπούλου - Κλαμαρή, Σκέψεις για θέματα «παρανόμου» διαφυγόντος κέρδους, ΕλλΔνη 2006, 1631 επ.

82. Φίλιου, Ενοχικό Δίκαιο - Γενικό Μέρος, 4^η εκδ. 2007, § 169 Β Ι, σ. 355· Π. Σούρλα, Αποζημίωση για στέρηση χρήσης πράγματος ΝοΒ ΛΓ', 728 επ.

83. Αναλυτικά για τη διάκριση ανάμεσα σε θετικό διαφέρον με τη στενή και ευρεία έννοια του όρου, Φίλιου, Ενοχικό Δίκαιο - Γενικό Μέρος, 4^η εκδ., 2007, § 174 Α, σ. 365.

84. Ρούσσο, σε Παπανικολάου, Το νέο δίκαιο της ευθύνης του πωλητή, 2003, σ. 445.

85. Την πρόταση της λογιστικής ζημίας εισάγει η ΑΚ 297 εδ. 1, βλ. και Σταθόπουλο, Γενικό Ενοχικό Δίκαιο, 2004, σ. 452.

86. ΑΠ 1232/2002, ΕλλΔνη 2004, 397 επ.· 1595/2001, ΕλλΔνη 2002, 748 επ.· 14/1997 ολομ., ΝοΒ ΜΣΤ', 42· 9/1995 ολομ. πλειοψ., ΕλλΔνη 1995, 1520 επ.

με την αξίωση για αυτούσια απόδοση της παροχής⁸⁷. Ωστόσο, εξαιρετικά θα μπορούσε κανείς να αποδεχτεί στην περίπτωση της ενοχής γένους ή και σε ενοχή είδους που έχει ως αντικείμενο πράγματα αντικαταστατά και τη φυσική αποκατάσταση της ζημίας, υπό τον όρο ότι ο δανειστής είναι σε θέση να δικαιολογήσει στη συγκεκριμένη περίπτωση συμφέρον για αυτού του είδους την αποκατάσταση, εφόσον αυτή δεν θα παραβιάζει και το συμφέρον του οφειλέτη.

Ανάμεσα στην αθέτηση υποχρέωσης και στην επέλευση ζημίας θα πρέπει περαιτέρω να υπάρχει αιτιώδης συνάφεια⁸⁸, η δε ζημία να ανάγεται στο πταίσμα του οφειλέτη. Η έκταση της αποζημίωσης σε περίπτωση δικαστικής διαφοράς, δηλαδή όταν ο οφειλέτης δεν ανταποκρίνεται οικειοθελώς στο αποζημιωτικό αίτημα του δανειστή, προσδιορίζεται ως γνωστό κατά την τελευταία συζήτηση της αγωγής αποζημίωσης στο ακροατήριο⁸⁹. Στο στάδιο αυτό αποτιμάται εκ των πραγμάτων από το δικαστήριο οριστικά η ζημία. Επειδή όμως η αποζημίωση με τη στενή έννοια του όρου περιορίζεται μόνο στην αγοραστική - αντικειμενική αξία της παροχής ο δανειστής μπορεί στο σημείο αυτό να βοηθηθεί πράγματι και με την αξίωση για το περιελθόν. Τον επιβοηθητικό ρόλο του τελευταίου μηχανισμού καταδεικνύει το παράδειγμα της διπλής πώλησης. Ας υποθέσουμε δηλαδή ότι με τον πρώτο αγοραστή ο πωλητής συμφώνησε τίμημα ίσο με την αγοραστική αξία της παροχής, π.χ. 100 Ευρώ. Ο δεύτερος αγοραστής δέχτηκε ακολούθως να καταβάλει για τους δικούς του λόγους ή και λόγω των διαπραγματευτικών ικανοτήτων του πωλητή μεγαλύτερο του κανονικού τιμήματος, π.χ. 120 Ευρώ. Ο πωλητής παρέδωσε, όπως αναμενόταν, το πράγμα στο δεύτερο αγοραστή. Αν ο πρώτος αγοραστής ασκήσει ακολούθως αγωγή αποζημίωσης θα περιορισθεί αναγκαστικά στα 100 Ευρώ, αφού αυτή είναι η αντικειμενική αξία του πράγματος. Η ΑΚ 382, η οποία παραπέμπει στις έννομες δυνατότητες της ΑΚ 380 που ρυθμίζει την ανυπαίτια αδυναμία παροχής και για την επιγενόμενη υπαίτια αδυναμία, παρέχει λοιπόν στο δανειστή την ευχέρεια να αναζητήσει αυτός το υψηλότερο περιελθόν. Η γνώμη μου είναι ακριβώς εδώ το ότι το υπέρτερο τίμημα συνιστά περιελθόν με την έννοια της ΑΚ 338. Πρόκειται για το λεγόμενο *commodum ex negotiatione* που αντιδιαστέλλεται προς το *commodum ex*

87. Φίλιου, Ενοχικό Δίκαιο - Γενικό Μέρος, 4^η εκδ., 2007, § 261 Β Ι, σ. 525· Ζερβογιάννη, Επαναφορά της προηγούμενης κατάστασης ως τρόπος αποκατάστασης της ζημίας, 2006.

88. Πρβλ. γενικά Αργυριάδη, Περί της σημασίας της αιτιώδους συνάφειας εις το ασφαλιστικών δικαίων, Νομικά Θέματα Ι, 1978, σ. 219 επ· Καργάδου, Σκέψεις επί των κριτηρίων αποδείξεως της αιτιώδους συνάφειας, ΝοΒ, ΛΣΤ', 1544 επ· Μαιwald, Σκέψεις επί του προβλήματος της αιτιότητας στο δίκαιο, ΝοΒ ΛΒ', 432 επ· Σταμούλη, Το πρόβλημα της αιτιώδους συνάφειας εις το δίκαιο, 1961· Φουντεδάκη, Το πρόβλημα του αιτιώδους συνδέσμου στην ιατρική ευθύνη, ΕλλΔνη 1994, 1226 επ· Λιάπη, Η αιτιώδης συνάφεια στην ευθύνη από ενημερωτικό δελτίο, ΔΕΕ 2003, 138 επ· Σταθόπουλο, Γενικό Ενοχικό Δίκαιο, 2004, σ. 410.

89. Αφουξενίδη, Ο χρόνος αποτιμήσεως του οφειλομένου πράγματος, 1953· του ίδ., Το επιβοηθητικό αίτημα του εκ προοιμίου προσδιορισμού της αξίας της παροχής κλπ., ΝοΒ Β', 539 επ.

re⁹⁰. Για το ότι θα πρέπει να αποδοθεί το *commodum ex negotiatione* ομιλεί ήδη το επιχείρημα ότι διαφορετικά θα διανοιγόταν υπέρ του οφειλέτη η δυνατότητα να κερδοσκοπεί σε βάρος της περιουσίας του δανειστή (ο τελευταίος απέκτησε ήδη την ενοχική αξίωση για το πράγμα, η οποία πρακτικά ισοδυναμεί σε οικονομικό επίπεδο με κάθε ευκαιρία αξιοποίησης του πράγματος)⁹¹. Ο πωλητής χωρίς να το θέλει, ενεργεί στη δεύτερη πώληση τρόπον τινά ως αντιπρόσωπος του πρώτου αγοραστή. Η αναγωγή στο σκεπτικό του περιελθόντος έχει περαιτέρω ένα πρόσθετο πλεονέκτημα για το δανειστή, δηλαδή δεν απαιτείται πλέον πταίσμα του οφειλέτη σε αντιδιαστολή προς την αποζημιωτική αξίωση για την αναζήτηση του μεγαλύτερου τιμήματος. Αναγκαίο όμως είναι να υπάρξει εδώ αιτιώδης συνάφεια ανάμεσα στη συμπεριφορά του οφειλέτη που προκάλεσε την αδυναμία και στην κτήση του περιελθόντος.

Από τα παραπάνω προκύπτει ότι η ΑΚ 382⁹² παρέχει πράγματι μια ποικιλία ενόνμων αντιδράσεων υπέρ του δανειστή ενάντια στο δυσάρεστο περιστατικό της παθολογίας. Συγκεκριμένα μπορεί αυτός⁹³: α) να ζητήσει αποζημίωση, β) η αποζημίωση να περιλαμβάνει, σωρευόμενη με την υπαναχώρηση, διαζευκτικά το θετικό ή το αρνητικό διαφέρον, ζήτημα που θα σχολιασθεί και παρακάτω, γ) μπορεί να ζητήσει αντί για αποζημίωση το υπέρτερης αξίας περιελθόν, δ) μπορεί να απαλλαγεί στο πλαίσιο του αιρετικού συναλλάγματος από την καταβολή της δικής του αντιπαροχής, ε) μπορεί να προβεί σε υπαναχώρηση από τη σύμβαση, στ) μπορεί να επιλέξει ανάμεσα στη μικρή και τη μεγάλη αποζημίωση κατά τον προσδιορισμό του θετικού διαφέροντος, αν πρόκειται για ελαττωματικό πράγμα ή μερική αδυναμία παροχής και ζ) μπορεί να επιλέξει ανάμεσα στη θεωρία της διαφοράς και αυτή της ανταλλαγής κατά τον προσδιορισμό του θετικού διαφέροντος. Οι δύο τελευταίες δυνατότητες σχολιάζονται επίσης παρακάτω. Το θετικό διαφέρον περιλαμβάνει δε την αξία της παροχής και το διαφυγόν κέρδος, δηλαδή το θετικό διαφέρον με τη στενή έννοια του όρου και το διαφέρον ακεραιότητας⁹⁴, δηλαδή τη ζημία που υπέστη ο δανειστής από την πλημμέλεια της παροχής σε άλλα περιουσιακά αγαθά του, το οποίο

90. Πρβλ. *Μπαλή*, Ενοχικών Δίκαιον - Γενικών Μέρους, β' εκδ., 1954, § 50 αρ. 4· *Φίλιο*, Ενοχικό Δίκαιο - Γενικό Μέρος, 4^η εκδ. 2007, § 125 Γ, σ. 274· βλ. όμως και *Σταθόπουλο*, σε ΑΚ Γεωργιάδη/Σταθόπουλου, άρθρ. 338 αρ. 7.

91. Σύμφωνα με αυτό το σκεπτικό ο *Απ. Γεωργιάδης*, Ενοχικό Δίκαιο - Γενικό Μέρος, 1999, § 24 Π 3 αρ. 33: «Σκοπός της ΑΚ 338 είναι αφενός η αποτροπή πλουτισμού του οφειλέτη, ο οποίος και θα απαλλασσόταν λόγω ανυπαίτιας αδυναμίας και θα παρακρατούσε το περιελθόν και αφετέρου η προστασία του δανειστή, ο οποίος έχασε την αξίωση εκπλήρωσης»· πρβλ. όμως και *Σταθόπουλο*, Γενικό Ενοχικό Δίκαιο, 2004, σ. 1052, ο οποίος θεωρεί ότι το κέρδος που πέτυχε ο πωλητής στη δεύτερη πώληση, ενόσω είναι απόρροια των διαπραγματευτικών του δεινοτήτων, δεν συνιστά περιελθόν.

92. *Αστ. Γεωργιάδη*, Ενοχικό Δίκαιο - Γενικό Μέρος II, ε' εκδ., 2007, σ. 122 επ.

93. *Φίλιο*, Ενοχικό Δίκαιο - Γενικό Μέρος, 4^η εκδ., 2007, § 254, σ. 513 επ.· *Μιχαηλίδης - Νουάρος*, ΕρμΑΚ άρθρ. 382 αρ. 12, 14.

94. Για το ότι το διαφέρον ακεραιότητας είναι μέρος και του θετικού αλλά και του αρνητικού διαφέροντος, βλ. *Σταθόπουλο*, Γενικό Ενοχικό Δίκαιο, 2004, σ. 428.

αποκαλείται και «υπερθετικό διαφέρον» καιρό από κάποιους έλληνες συγγραφείς κατά κυριολεκτική αλλά, όπως μου φαίνεται, αδόκιμη μεταφορά στην ελληνική γλώσσα του γερμανικού όρου: *übererfüllungsmäßiges Interesse*⁹⁵.

Το θετικό διαφέρον μπορεί να αναζητηθεί, όπως αναφέρθηκε, και με τη μορφή της μικρής αποζημίωσης ή με το σκεπτικό της μεγάλης αποζημίωσης⁹⁶. Η αντιδιαστολή αυτή έχει νόημα σε περίπτωση πλημμέλειας της παροχής με τη μορφή πραγματικών και νομικών ελαττωμάτων αλλά και στην περίπτωση της μερικής αδυναμίας παροχής. Αμφότερες οι περιπτώσεις αποδίδουν κλασικά παραδείγματα έμμεσης λειτουργικής σώρευσης της αποζημίωσης με την υπαναχώρηση. Στη μικρή αποζημίωση ο δανειστής διατηρεί ως γνωστό την προβληματική παροχή, υπαναχωρώντας ή ζητώντας αποζημίωση για το ανεκπλήρωτο κομμάτι της σύμβασης. Πρόκειται για τη λεγόμενη μερική υπαναχώρηση που αντιδιαστέλλεται προς την καθολική υπαναχώρηση. Αν για το κομμάτι της σύμβασης που πλήττει η παθολογία, εφαρμόσει ο δανειστής τη θεωρία της διαφοράς υπάρχει σώρευση της υπαναχώρησης με την αποζημίωση⁹⁷. Αν ο δανειστής επιλέξει τη μεγάλη αποζημίωση η σώρευση αυτή είναι ακόμη πιο χαρακτηριστική, αφού ο δανειστής επιστρέφει τότε την ελαττωματική ή ανεπαρκή παροχή, ζητώντας αποζημίωση για το σύνολο της ανεκπλήρωτης παροχής. Η ελληνική θεωρία δέχεται στην περίπτωση αυτή ορθά ότι η άσκηση της μεγάλης αποζημίωσης είναι όμως δυνατή μόνο αν το ελάττωμα είναι ουσιώδες, καθώς το ίδιο απαιτείται και για την υπαναχώρηση στην πώληση. Ο λόγος είναι ότι η μεγάλη αποζημίωση θα μπορούσε διαφορετικά να καταστρατηγήσει το σκεπτικό της υπαναχώρησης⁹⁸.

Ένα από τα σκοτεινά και διφορούμενα ζητήματα, σε ό,τι αφορά την αποτίμηση της θετικής ζημίας, όταν πρόκειται για θετικό διαφέρον, είναι το ζήτημα αν μπορεί ο δανειστής να ζητήσει αντί της αξίας του πράγματος, την αποκατάσταση των δαπανών που έκανε ο ίδιος για την συνολολόγηση της σύμβασης και κυρίως ενόψει της περαιτέρω αξιοποίησης του πράγματος. Η αντίληψη αυτή, που έχει ένα ευρύ χρονικά κύκλο ζωής σε άλλες έννομες τάξεις, είναι σχετικά καινούρια⁹⁹ στην ελλη-

95. Για το διαφέρον ακεραιότητας βλ. Σταθόπουλο, Γενικό Ενοχικό Δίκαιο, 2004, σ. 425 και τις εκεί μεταφραστικές απόπειρες· Κ. Χριστοδούλου, Οι επιπτώσεις της μεταρρύθμισης του δικαίου της πώλησης (ν. 3043/2002) στο λοιπό ενοχικό δίκαιο, Dig. 2003, 389 επ.· προσφάτως επίσης Νικολόπουλο, Η υπαναχώρηση στην πώληση, 2006, σ. 243.

96. Πρβλ. Ρούσσο, σε Παπανικολάου, Το νέο δίκαιο της ευθύνης του πωλητή, 2003, σ. 419 επ.

97. Σταθόπουλος, σε ΑΚ Γεωργιάδη/Σταθόπουλου, άρθρ. 387 αρ. 1.

98. Φίλιου, Ενοχικό Δίκαιο - Ειδικό Μέρος, τ. 1, 7^η εκδ., 2007, § 12 II 1 β, σ. 127· Κορνηλάκη, Ειδικό Ενοχικό Δίκαιο I, 2002, σ. 291-292.

99. Εκτενής παρουσίαση της όλης συλλογιστικής ήδη από Βαλτούδη, Πώληση επιχείρησης, 2005, σ. 274 επ. Επίκειται επίσης η δημοσίευση – την ώρα που γράφονται αυτές οι γραμμές – της πολύ ενδιαφέρουσας εισήγησης στην Ένωση Αστικολόγων του κ. Βάγια Παναγιωτόπουλου με θέμα: «Η αποκατάσταση των ανώφελων δαπανών», η οποία επικεντρώνεται στο φλέγον αυτό μοντέρνο ζήτημα για τη σκέψη του αστικού δικαίου.

νική θεωρία ως κομμάτι του θετικού διαφέροντος¹⁰⁰. Ας δώσουμε ένα παράδειγμα: Ο Α, μανιώδης συλλέκτης πινάκων ζωγραφικής, αγόρασε έναν πίνακα αξίας 2.000 Ευρώ από κάποια γκαλερί. Παράλληλα προμηθεύθηκε και μια ηλεκτρονική εγκατάσταση ασφαλείας για το συγκεκριμένο πίνακα αξίας 3.000 Ευρώ. Ο πίνακας δεν παραδόθηκε στον συλλέκτη. Το ερώτημα που ανακύπτει εδώ είναι το εξής: Μπορεί σε αυτή την περίπτωση να ζητήσει ο συλλέκτης αντί για τα 2.000 τα 3.000 Ευρώ που ξόδεψε για το σύστημα ασφαλείας; Οι δαπάνες αυτές συνιστούν λογικά αρνητικό διαφέρον¹⁰¹. Το ελληνικό δίκαιο δεν αγνοεί βεβαίως γενικά την αποκατάσταση δαπανών που ανακύπτουν στο πλαίσιο της συμβατικής ευθύνης, δηλαδή δαπανών που σχετίζονται αιτιωδώς με το περιστατικό της παθολογίας, όπως επιβεβαιώνει και η ΑΚ 547 για τα έξοδα της πώλησης. Δεν διαθέτει όμως μία διάταξη που να υποχρεώνει σε απόδοση των δαπανών που έγιναν προς αξιοποίηση του πράγματος αλλά αποδείχτηκαν μάταιες λόγω της παθολογίας. Πράγματι το σκεπτικό της θεωρίας της υποθετικής διαφοράς, για το οποίο έγινε λόγος παραπάνω, και το οποίο διέπει την αποτίμηση κάθε ζημίας¹⁰² δεν εμποδίζει την αποκατάσταση και αυτής της χειροπιαστής ζημίας με μια επιφύλαξη, την οποία επισήμανε ορθά ο καθηγητής κ. Σταθόπουλος. Ο τελευταίος εκτιμά ότι σε αυτές τις περιπτώσεις δυνατή είναι η διαζευκτική αναζήτηση είτε της αξίας της παροχής ως θετικού διαφέροντος είτε των ανώφελων δαπανών ως αρνητικού διαφέροντος. Δεν μπορούν να αναζητηθούν δηλαδή αμφότερα τα κονδύλια¹⁰³. Ο καθηγητής κ. Ρούσσος προβληματίστηκε έντονα σε πρόσφατη δημοσίευσή του πάνω στο παραπάνω σκεπτικό¹⁰⁴, εκτιμώντας ότι οι ανώφελες δαπάνες συνιστούν ήδη μια μορφή ελάχιστης ζημίας του δανειστή, ειδικά όταν ο τελευταίος αντιμετωπίζει αποδεικτικές δυσχέρειες, σε ό,τι αφορά τον προσδιορισμό της αντικειμενικής αξίας της ανεκπλήρωτης παροχής. Ο Ρούσσος διαβλέπει ορθά στις ματαιωμένες δαπάνες μια άλλη μορφή αποτίμησης του διαφυγόντος κέρδους, θέση που θυμίζει τη γερμανική θεωρία περί απόσβεσης (*Rentabilitätsvermutung*)¹⁰⁵. Η τελευταία υπονοεί με δύο λόγια το εξής εύλογο: Οι ματαιωμένες δαπάνες για την αξιοποίηση του πράγματος θα αποσβεσθούν έτσι ή αλλιώς στο

100. Ο Σταθόπουλος, Γενικό Ενοχικό Δίκαιο, 2004, σ. 475, χαρακτηρίζει τις ματαιωμένες δαπάνες ως μορφή έμμεσης οικονομικής ζημίας («pure economic loss»)· γι' αυτόν τον τελευταίο τύπο ζημίας πρβλ. γενικά Ζερβογιάννη, Καθαρώς οικονομικές ζημίες, ΚριτΕ 2003, 205 επ.

101. Φίλιου, Ενοχικό Δίκαιο - Γενικό Μέρος, 4^η εκδ., 2007, § 174 Β, σ. 365.

102. Για το ότι η θεωρία της υποθετικής διαφοράς δεν αποτιμά μόνο τη βλάβη στο συγκεκριμένο αγαθό, αλλά συνυπολογίζεται και η τυχόν επίπτωση γενικά στην περιουσία του ζημιωθέντος, βλ. Απ. Γεωργιάδη, Ενοχικό Δίκαιο - Γενικό Μέρος, 1999, § 10 Π 1 α· Σπυριδάκη, Ενοχικό Δίκαιο - Γενικό Μέρος, 2004, αρ. 63.3· Φίλιο, Ενοχικό Δίκαιο - Γενικό Μέρος, 4^η εκδ., 2007, § 171 Γ, σ. 361.

103. Σταθόπουλος, Γενικό Ενοχικό Δίκαιο, 2004, σ. 1149 επ.

104. Ρούσσος, σε Παπανικολάου, Το νέο δίκαιο της ευθύνης του πωλητή, 2003, σ. 447 επ.

105. Ρούσσος, Χαρακτηριστικά και περιεχόμενο των αξιώσεων του αγοραστή στο νέο δίκαιο της πωλήσεως, ΧρΙΔ 2004, 577 επ.

μέλλον μέσω των κερδών που αναμένεται ότι θα αποφέρει η αξιοποίηση του πράγματος. Γι' αυτό δεν συνιστούν στο χρόνο που γίνονται ακόμη ζημία. Η θεώρηση αυτή είναι πειστική, ιδίως όταν πρόκειται για παροχή με οικονομικό αντίκρυσμα, αφού αφήνει να διαφανεί ότι η ματαιωμένη δαπάνη μπορεί να εξομοιωθεί λειτουργικά με διαφυγόν κέρδος, αγγίζει όμως τα όριά της όταν πρόκειται για παροχή με άυλο περιεχόμενο¹⁰⁶, της οποίας δεν είναι δυνατή η οικονομική αξιοποίηση, π.χ. έξοδα μετακίνησης¹⁰⁷ και διανυκτέρευσης σε άλλη πόλη προς απόλαυση μιας μουσικής εκδήλωσης, η οποία ματαιώνεται. Η παρακολούθηση της μουσικής εκδήλωσης στοχεύει στην προσωπική απόλαυση, συνεπώς είναι άυλη και μη επιδεκτική αποτίμησης, δεν αναμένεται δε να υπάρξει κάποιο άλλο, απώτερο κέρδος στο μέλλον, ώστε να ισχυρισθεί κανείς με βασιμότητα ότι θα αποσβεσθούν οι δαπάνες που έγιναν στο μεταξύ για την παρακολούθηση αυτής της εκδήλωσης. Θα πρέπει και τότε να αποδοθούν οι εν λόγω δαπάνες. Η απάντηση θα πρέπει να είναι καταφατική, αφού οι δαπάνες συνιστούν μια χειροπιαστή¹⁰⁸ για το δανειστή οικονομική επιβάρυνση, δηλαδή ζημία¹⁰⁹. Ο Ρούσσος είναι πάντως επιφυλακτικός ως προς το αν η ελληνική ρύθμιση επιτρέπει γενικά την αναζήτηση ματαιωμένων δαπανών¹¹⁰.

Σε πρόσφατη εργασία μου με τίτλο «Υπαναχώρηση και αποζημίωση: Συμβολή στην ερμηνεία της ΑΚ 387 υπό το φως της νέας ΑΚ 543»¹¹¹ εκφράζω, σε ό,τι αφορά αυτό το τελευταίο ζήτημα την άποψη, ότι το σκεπτικό της αποκατάστασης των

106. Το ότι και παροχές με ηθική αξία μπορούν να καταστούν αντικείμενο ενοχής, πρβλ. Σταθόπουλο, Γενικό Ενοχικό Δίκαιο, 2004, σ. 107, Ζέπο, Ενοχικών Δίκαιον, 2^η εκδ., τ. Ι, Γενικών Μέρους, § 6 V σ. 149 επ.· Αιτιολ.Εκθ.Σχ.Εν, σ. 173 αρ. 1· ΕφΠατρ 89/1958, ΝοΒ 1959, 94· ΕφΘεσ 97/1965, ΝοΒ 1965, 503· ΠρΑθ 10024/1950, ΑρχΝ 1951, 212· ΕιρΦαρσ 353/1969, ΑρχΝ 1970, 164.

107. Σταθόπουλου, Γενικό Ενοχικό Δίκαιο, 2004, σ. 439, που κάνει λόγο για «εμπορευματοποίηση» ηθικών αγαθών, ενόσω αυτά αποτιμώνται σε χρήμα.

108. Πρβλ. και τη γενικότερη προβληματική της ηθικής βλάβης με χειροπιαστές συνέπειες στην περιουσία του ζημιωθέντος, ΑΠ 74/1965, ΝοΒ 1965, ΝοΒ 1965, 821· 629/1961, ΝοΒ 1962, 367.

109. Η ελληνική θεωρία είναι σε αυτό το θέμα έντονα επιφυλακτική, πρβλ. ενδεικτικά Φίλιο, Ενοχικό Δίκαιο - Γενικό Μέρος, 4^η εκδ., 2007, § 183 Β ΙΙ, σ. 378, ο οποίος κατ' αποτέλεσμα συμφωνεί όμως με το εδώ εκτιθέμενο σκεπτικό: «Η αποκατάσταση των πιο πάνω δαπανών είναι άκρως αμφισβητούμενη. Ορθότερο είναι να γίνει δεκτό ότι αυτές καταρχήν δεν αποκαθίστανται, γιατί δε συνδέονται αιτιωδώς με κάποια συγκεκριμένη ζημία, λείπει ο αιτιώδης σύνδεσμός τους με αυτήν: Κανένας δεν είναι υποχρεωμένος να αποκαταστήσει τα πρόσθετα μέτρα ασφαλείας τα οποία παίρνει ο άλλος για να περιφρουρήσει γενικά την περιουσία του. Εξάιρεση όμως πρέπει να γίνει δεκτή για τις περιπτώσεις εκείνες που η δαπάνη συνδέεται στενά, αγγίζει τη συγκεκριμένη ζημία».

110. Πρβλ. τη συμβολή του σε Παπανικολάου, Το νέο δίκαιο της ευθύνης του πωλητή, 2003, σ. 448: «Υπάρχουν και γνήσιες δαπάνες ματαιώσεως με την έννοια ότι ο σκοπός τους ματαιώνεται οριστικά με την αποτυχία της πώλησεως .. π.χ. ο αγοραστής είχε διαθέσει ένα σημαντικό ποσό για να εκπαιδεύσει δύο από τους υπαλλήλους του στο χειρισμό ενός μηχανήματος. Οι ... (εκπαιδευτικές) δαπάνες, των οποίων ο σκοπός ματαιώθηκε μετά την αποτυχία της πρώτης πώλησεως, δεν περιλαμβάνονται κατά βάση στην κατ' ΑΚ 543 αξίωση αποζημίωσης» (Η πλαγιογράμμιση δική μου).

111. Εκδ., 2007, σ. 686 επ.

ματαιωμένων δαπανών θα πρέπει να ισχύσει και για την ύλη παροχής, της οποίας είναι δύσκολη η περιουσιακή αποτίμηση. Το πρόβλημα λοιπόν δεν φαίνεται να είναι, κατά τη γνώμη μου, τόσο η αποκατάσταση αυτών των δαπανών όσο το σε πόση έκταση αυτές τελικά θα αποκατασταθούν. Όταν πρόκειται για ανώφελες δαπάνες που δεν ξεπερνούν την αντικειμενική αξία της παροχής, δεν φαίνεται να υπάρχει καμία εύλογη ένσταση για την αποκατάστασή τους. Τι γίνεται όμως, όπως ακριβώς στο παράδειγμά μας, όταν οι ανώφελες δαπάνες υπερβαίνουν την αξία της παροχής; Θα καταλογισθεί και εδώ όλο το ποσό των δαπανών; Η γνώμη μου είναι ότι η αποτιμητική ευχέρεια του δικαστή που εισάγει η ΑΚ 387 για την αποζημίωση που σωρεύεται με την υπαναχώρηση μπορεί να φανεί σε αυτά τα συμφραζόμενα χρήσιμη. Εμπνευσθείς από τις πολύ καίριες παρατηρήσεις του καθηγητή κ. Δωρή για την αρχή της αναλογικότητας¹¹², διατύπωσα τη γνώμη ότι η εκτιμητική ευχέρεια που εισάγει η ΑΚ 387 δεν είναι στην πραγματικότητα τίποτε άλλο από μια ακόμη έκφραση της γενικότερης συνταγματικής αρχής περί αναλογικότητας¹¹³. Αν δηλαδή ο δανειστής ζητήσει την αποκατάσταση των ανώφελων δαπανών ο δικαστής θα μπορούσε να επιδικάσει εδώ τόσες δαπάνες από αυτές που επιχείρησε πράγματι ο δανειστής όσες τελικά τελούν σε σχέση αναλογίας προς την αντικειμενική αξία της μη εκπληρωθείσης παροχής. Ο δανειστής δεν μπορεί για παράδειγμα να ζητήσει στο παράδειγμά μας πιθανώς και τα 3.000 Ευρώ για το σύστημα ασφαλείας που αγόρασε. Το ποσό αυτό μπορεί όμως να αυξάνει στο πλαίσιο ενός ελαστικού συστήματος¹¹⁴ αποτίμησης της ζημίας με τη βοήθεια κριτηρίων όμοιων με αυτά που ισχύουν στη συλλογιστική της αποκατάστασης της ηθικής βλάβης ή του υπολογισμού του συντρέχοντος πταίσματος: Έτσι όσο βαρύτερο είναι το πταίσμα του οφειλέτη και όσο ισχύτερη η περιουσιακή κατάσταση του δανειστή, τόσο η προς καταλογισμό ζημία θα πρέπει να προσεγγίζει τις πραγματικές δαπάνες ή και ελαφρώς να υπερβαίνει την αντικειμενική αξία της παροχής. Οι αποκαθιστάμενες δαπάνες όμως δεν θα πρέπει να αποκλίνουν θεαματικά από την αντικειμενική αξία της ανεκπλήρωτης παροχής. Κλείνοντας την υπαινικτική μου αναφορά στο καίριο αυτό ζήτημα, σπεύδω να συμπληρώσω ότι η αποκατάσταση αυτών των δαπανών δεν θα πρέπει σε καμία περίπτωση να οδηγήσει σε υπεραποζημίωση του δανειστή, δηλαδή σε διπλή αποκατάσταση της ίδιας ζημίας αλλά θα πρέπει να συναρμοσθεί με την πάγια αρχή του ελλη-

112. Πρβλ. το άρθρο του «Η αρχή της αναλογικότητας στη νομολογία των πολιτικών δικαστηρίων» στον τόμο «Κράτος Δικαίον και Αρχή της Αναλογικότητας» του περιοδικού «Δικαιώματα του Ανθρώπου», σ. 25 επ.: επίσης του *ιδ.*, Η αρχή της αναλογικότητας στο πεδίο ρύθμισης των ιδιωτικού δικαίου σχέσεων και ιδιαίτερα στο αστικό δίκαιο, ΤιμΤ ΣτΕ, 2004, σ. 229 επ.

113. Σύμφωνα με τη νέα διατύπωση του άρθρ. 25 § 1 εδ. 3 Σ τα συνταγματικά δικαιώματα «ισχύουν και στις σχέσεις μεταξύ ιδιωτών στις οποίες προσιδιάζουν» πρβλ. Σταθόπουλο, Γενικό Ενοχικό Δίκαιο, 2004, σ. 16· επίσης Σταθόπουλο/Ανγουσιανάκη, Εισαγωγή στο Αστικό Δίκαιο, 1992, σ. 63 επ.

114. Γι' αυτή τη μεθοδολογική πρακτική βλ. Παπανικολάου, Μεθοδολογία Ιδιωτικού Δικαίου και Ερμηνεία των Δικαιοπραξιών, 2000, σ. 103 επ.

νικού αποζημιωτικού δικαίου που αξιώνει την καθολική αποκατάσταση μόνο κάθε ορατής, υπαρκτής και επιβεβαιωμένης ζημίας¹¹⁵. Έτσι, δεν μπορούν να αναζητηθούν για παράδειγμα τόσο οι ματαιωμένες δαπάνες όσο και η αξία της παροχής. Σε αυτό το σημείο η ελληνική θεωρία τάσσεται ορθά και κατηγορηματικά υπέρ της διάζευξης.

Ιδιαίτερα προβλήματα δημιουργεί πέραν τούτου ο προσδιορισμός του διαφέροντος καθυστέρησης, στον οποίο εντάσσεται συνήθως η αποκατάσταση της ζημίας από τη διακοπή της λειτουργίας ορισμένης επιχείρησης. Το ζήτημα αυτό δεν μπορεί όμως να θιγεί περαιτέρω από τη θέση αυτή. Οι κυριότερες εκδοχές του διαφέροντος καθυστέρησης είναι ως γνωστό τα έξοδα για τη δικαστική επιδίωξη της απαίτησης προς εκπλήρωση της παροχής αλλά και ο τόκος υπερημερίας σε περίπτωση χρηματικής παροχής. Στην κατηγορία του διαφέροντος καθυστέρησης ανήκουν όμως και οι ζημίες που υφίσταται ο δανειστής εξαιτίας του ότι λόγω της καθυστέρησης αδυνατεί να ανταποκριθεί σε άλλες υποχρεώσεις που ανέλαβε έναντι άλλων συμβαλλομένων. Στην κατηγορία του διαφέροντος καθυστέρησης θα μπορούσε βέβαια να εντάξει κανείς και τη ζημία από τη στέρηση χρήσης της παροχής για όσο χρόνο καθυστερεί η παράδοσή της, η οποία συνιστά κατά την ΑΚ 345 § 2 μια ελάχιστη ζημία και με βάση την ΑΚ 808 τη μόνη ζημία, που μπορεί να αξιώσει ο δανειστής¹¹⁶.

Μ' ένα σκεπτικό που θα αναλυθεί καλύτερα παρακάτω σημειώνεται εδώ μόνο το ότι η προγραμματική διάταξη της ΑΚ 382, για την οποία έγινε λόγος, εισάγει τη διάζευξη της αποζημίωσης προς την υπαναχώρηση¹¹⁷. Το σκεπτικό αυτό απλώς αμβλύνει ως προς τις συνέπειές του η ΑΚ 387 που εισάγει μειωμένη αποζημίωση, όταν υπάρχει σώρευση με την υπαναχώρηση. Προς την παραπάνω κατασκευή αντιφάσκει νοηματικά σήμερα όμως η νέα διατύπωση της ΑΚ 543 που επιτρέπει την πλήρη σώρευση των δύο βοηθημάτων. Το πρακτικό αντίκρουσμα αυτής της νέας διάταξης είναι, κατά τη γνώμη μου, ότι η θεωρία της διαφοράς, που αποτελεί από καιρό τον κανόνα στη νομολογική αποτίμηση του θετικού διαφέροντος και στην ελληνική έννομη τάξη, βρήκε επιτέλους το πολυπόθητο έρεισμά της και στο κείμενο του νόμου¹¹⁸. Η πλήρης σώρευση δεν φαίνεται όμως να αλλάζει κάτι στο κρίσιμο ζήτημα της σχέσης της θεωρίας της διαφοράς προς τη θεωρία της ανταλλαγής και κυρίως την κυριαρχία της λεγόμενης ενδιάμεσης θεωρίας που εναποθέτει στο δα-

115. Σταθόπουλος, σε ΑΚ Γεωργιάδη/Σταθόπουλου, άρθρ. 297-298, αρ. 65.

116. Φίλιου, Ενοχικό Δίκαιο - Γενικό Μέρος, 4^η εκδ. 2007, § 133 α, σ. 287· Καθάρειου, Η υπερημερία του οφειλέτου και τα εξ αυτής δικαιώματα του δανειστή ΕΕΝ κζ' 641 επ· Γ. Σχινά, Απαίτησις αποζημίωσης επί υπερημερίας οφειλέτου ΕΕΝ κζ' 833 επ· Κ. Τριανταφυλλόπουλου, Ξένον νόμισμα και τόκοι υπερημερίας, ΕφΕλλΑλλ.Νομ 1958, 305 επ.

117. Χελιδόνη, Υπαναχώρηση και αποζημίωση, 2007, σ. 26 επ.

118. Πρβλ. Σταθόπουλο, Γενικό Ενοχικό Δίκαιο, 2007, σ. 1157· για την ανάγκη σώρευσης βλ. από την παλαιότερη βιβλιογραφία Μιχαηλίδη - Νουάρο, ΕρμΑΚ 380-387, αρ. 26 επ· Μαντζούφα, Ενοχικόν Δίκαιον, 3^η εκδ., 1959, § 19 Π Β 4· από τη νομολογία βλ. ΕφΑθ 1089/53, ΝοΒ 1954, 726· 4436/1971, Αρμ 1972, 328· 86/1971, Αρμ 1972, 328· 86/1971, ΕΕΝ 1971, 755· 1102/1983, ΕλλΔνη 1983, 819.

νειστή να αποφασίσει το ποια μέθοδος θα ακολουθηθεί από αυτόν για την αποτίμηση του θετικού διαφέροντος με τη στενή έννοια του όρου.

Περιγράφοντας με δύο λόγια τις θεωρίες με τις οποίες αποτιμάται το θετικό διαφέρον¹¹⁹, θα λέγαμε ότι η θεωρία της ανταλλαγής υπονοεί το ότι μόνο στη θέση της αδύνατης παροχής υπεισέρχεται η υποκαταστατική αποζημιωτική αξίωση σε βάρος του οφειλέτη¹²⁰. Ο δανειστής μπορεί δηλαδή να εγείρει την αποζημιωτική αξίωση στη θέση της αδύνατης παροχής, αλλά ο ίδιος εξακολουθεί να οφείλει την υλική αντιπαροχή του, όπως συνέβαινε και πριν την εμφάνιση της παθολογίας. Με τον τρόπο αυτό η σύμβαση ανταλλαγής¹²¹, όπου και έχει κατά βάση νόημα η εφαρμογή της θεωρίας της ανταλλαγής, μετατρέπεται έμμεσα σε σύμβαση πώλησης. Η θεωρία της ανταλλαγής έχει σε αυτή την περίπτωση νόημα, ακριβώς επειδή εδώ μόνο μπορεί να ανακύψει το ενδεχόμενο ο δανειστής να θεωρήσει ότι η ανταλλαγή που έκανε με το συγκεκριμένο οφειλέτη είναι η πιο συμφέρουσα διάθεση της δικής του υλικής αντιπαροχής. Ας δώσουμε ένα παράδειγμα: Ο Α ανταλλάσσει το ποδήλατό του με το μεταχειρισμένο αυτοκίνητο του Β. Ο Β δεν παραδίδει τελικά το αυτοκίνητο. Ο Α θα επιλέξει εδώ λογικά τη θεωρία της ανταλλαγής, καθώς είναι σαφές ότι κανείς άλλος αντισυμβαλλόμενος δεν θα δεχόταν να αποκτήσει ένα ποδήλατο, παρέχοντας ως αντάλλαγμα ένα μεταχειρισμένο αυτοκίνητο¹²². Η διάθεση του ποδηλάτου που έκανε ο Α είναι λοιπόν η καλύτερη δυνατή. Σε περίπτωση χρηματικής παροχής το σκεπτικό της θεωρίας της ανταλλαγής δεν φαίνεται να έχει κάποιο νόημα, αφού η χρηματική παροχή είναι πάντοτε καλά αξιοποιήσιμη¹²³.

Η θεωρία της διαφοράς¹²⁴, από το άλλο μέρος, ξεκινά από το δεδομένο – ακριβώς όπως και η υπαναχώρηση – ότι με την εμφάνιση της αδυναμίας εκλείπουν αμοιβαία τόσο η αδύνατη παροχή όσο και η υποχρέωση για την δυνατή ακόμη αντιπαροχή. Για το λόγο αυτό υποστηρίζεται ότι η θεωρία της διαφοράς συνιστά έτσι ή αλλιώς απόρροια του αιρετικού συναλλάγματος. Εδώ όμως συμβαίνει το εξής: Αν μεν η αντιπαροχή είναι μικρότερης αντικειμενικής αξίας από την αδύνατη παροχή, η αποζημίωση έχει ως περιεχόμενο αυτή τη διαφορά αξίας των δύο παροχών. Αν πάλι η αντιπαροχή είναι υπέρτερης αξίας από την αδύνατη παροχή, τότε ο δανειστής δεν έχει να λάβει κάτι ως αποζημίωση, δηλαδή πρακτικά η αποζημίωση ισούται τότε με μηδέν. Η θεωρία της διαφοράς συμψηφίζει, με άλλα λόγια, τις αξίες των δύο παροχών, γεννώ-

119. Βλ. αναλυτικά σχετικά με το θέμα αυτό Ρούσσο, σε Παπανικολάου, Το νέο δίκαιο της ευθύνης του πωλητή, 2003, σ. 442 επ.

120. Γι' αυτό και ο Φίλιος, Ενοχικό Δίκαιο - Γενικό Μέρος, 4^η εκδ., 2007, § 255 Β Ι, σ. 514, κάνει λόγο για «θεωρία υποκατάστασης»· πρβλ. και Σπυριδάκη, Ενοχικό Δίκαιο - Γενικό Μέρος, 2004, αρ. 163.3· πρβλ. επίσης Σταθόπουλο, σε ΑΚ Γεωργιάδη/Σταθόπουλου, άρθρ. 382 αρ. 42 επ.

121. Σταθόπουλου, Γενικό Ενοχικό Δίκαιο, 2004, σ. 1158.

122. Αναλυτικά από Αστ. Γεωργιάδη, Ενοχικό Δίκαιο - Γενικό Μέρος ΙΙ, ε' εκδ., 2007, σ. 125 επ.

123. Φίλιου, Ενοχικό Δίκαιο - Γενικό Μέρος, 4^η εκδ., 2007, § 255 Α, σ. 514.

124. Βλ. Σταθόπουλο, σε ΑΚ Γεωργιάδη/Σταθόπουλου, άρθρ. 382 αρ. 11 επ.

ντας τελικά μια νέα μονομερή αποζημιωτική αξίωση υπέρ του δανειστή. Ο υποβόσκων συμψηφισμός δεν έχει όμως σε τίποτε να κάνει με την αντίστοιχη συμψηφιστική λογική στον αλληλόχρεο λογαριασμό, αφού εδώ ο δανειστής δεν μπορεί να ζητήσει κάτι ως αποζημίωση, αν η διαφορά αξίας των παροχών αποβαίνει σε βάρος του.

Η ενδιάμεση θεωρία¹²⁵ επιδιώκει στη συνέχεια να συνταιριάζει ακριβώς τις δύο παραπάνω μεθόδους υπολογισμού του θετικού διαφέροντος κατά τον εξής τρόπο, δηλαδή αφήνοντας στο δανειστή να εφαρμόσει στη συγκεκριμένη περίπτωση όποια από τις δύο αυτές μεθόδους τον εξυπηρετεί καλύτερα. Η ενδιάμεση θεωρία είναι πράγματι κυρίαρχη στο ελληνικό αποζημιωτικό δίκαιο. Ουσιαστικά όμως αυτή έχει νόημα, όπως λέχθηκε, μόνο στις συμβάσεις ανταλλαγής.

As σημειωθεί επίσης ότι, επειδή ακριβώς η θεωρία της διαφοράς ενέχει ήδη εν μέρει στη λειτουργία της αποτελέσματα όμοια με αυτά της υπαναχώρησης, καθώς διαλύει, όπως και η υπαναχώρηση, τις κύριες υποχρεώσεις για παροχή, γίνεται δεκτό από την ελληνική θεωρία ότι δεν είναι δυνατή η μετάβαση από τη θεωρία της διαφοράς στη θεωρία της ανταλλαγής¹²⁶. Η απόλυτη κυριαρχία της θεωρίας της διαφοράς στη νομολογιακή πράξη¹²⁷ οδήγησε περαιτέρω πολλούς έλληνες συγγραφείς στο να υποστηρίζουν δικαιολογημένα ότι δεν έχει κυριολεκτικά νόημα η διάζευξη υπαναχώρησης και αποζημίωσης¹²⁸, όπως αυτή καταγράφεται προγραμματικά στην ΑΚ 382 και την ΑΚ 383. Η πλήρης σώρευση το πλεονέκτημα που εισφέρει είναι το να προσδώσει τελικά, όπως είναι αναγκαίο, στο καταργητικό των κύριων παροχών περιεχόμενο της θεωρίας της διαφοράς, που είναι μια απτή πραγματικότητα

125. Αυτή αποκαλείται και «περιορισμένη θεωρία της διαφοράς», πρβλ. *Φίλιο*, Ενοχικό Δίκαιο - Γενικό Μέρος, 4^η εκδ., 2007, § 255 Β ΙΙ, σ. 515, και είναι απολύτως κρατούσα στην ελληνική θεωρία και νομολογία: πρβλ. Εφαθ 1102/83 ΕλλΔνη 1983, 819 επ. με σχόλιο Ανδρουτσόπουλου· 4436/1971, Αρμ 26, 328· 86/1971, ΕΕΝ 38, 755· Πρ Θεσ 5554/1967, ΑρχΝ 19, 55· *Σπυριδάκη*, Ενοχικό Δίκαιο - Γενικό Μέρος, 2004, αρ. 163.3 (γ)· *Μπαλή*, Ενοχικών Δίκαιον - Γενικών Μέρους, β' εκδ., 1954, § 84 αρ. 5· *Λιτζερόπουλο*, Στοιχεία Ενοχικού Δικαίου, 1960, § 209 Α· *Απ. Γεωργιάδη*, Ενοχικό Δίκαιο - Γενικό Μέρος, 1999, § 29 ΙΙΙ 5 β, σ. 314 επ.· *Σταθόπουλο*, σε ΑΚ Γεωργιάδη/Σταθόπουλου, άρθρ. 382, αρ. 15.

126. Αναλυτικά από *Σταθόπουλο*, Γενικό Ενοχικό Δίκαιο, 2004, σ. 22· *Κ. Τριανταφυλλόπουλο*, Το ζήτημα των δύο Αστικών Κωδίκων, ΝΔικ 1946, 17· *Λιτζερόπουλο*, Το περί αμφοτεροβαρών συμβάσεων τμήμα του Σχεδίου Ενοχικού Δικαίου, Θεμ. 1937, 111 επ.· *Γαζή*, Η μη εκπλήρωση της ενοχικής συμβάσεως, 1940, σ. 213.

127. Βλ. ενδεικτικά ΑΠ 1246/2003, ΕλλΔνη 2003, 396 επ.· 1236/1993, ΕλλΔνη 1995, 135· 807/1973 ολομ., ΝοΒ ΚΒ' 321· 657/1962 ολομ., ΝοΒ ΙΑ' 555 επ.· ΕφΠειρ 145/2002, ΕλλΔνη 2004, 494· Εφαθ 7718/1991, ΕλλΔνη 1992, 850 επ.· για τη θεωρία της διαφοράς ως μεθόδου αποτίμησης του θετικού διαφέροντος βλ. γενικά *Μπαλή*, Ενοχικών Δίκαιον - Γενικών Μέρους, β' εκδ., 1954, § 23· *Απ. Γεωργιάδη*, Ενοχικό Δίκαιο - Γενικό Μέρος, 1999, § 10 ΙΙ 1 α· *Σπυριδάκη*, Ενοχικό Δίκαιο - Γενικό Μέρος, 2004, αρ. 63.3· *Λιτζερόπουλο*, ΕρμΑΚ εισαγ. άρθρ. 297-300 αρ. 1· *Φίλιο*, Ενοχικό Δίκαιο - Γενικό Μέρος, 4^η εκδ., 2007, § 171 Α, σ. 359 επ.

128. Βλ. κυρίως *Σταθόπουλο*, Γενικό Ενοχικό Δίκαιο, 1984, σ. 1155, με περαιτέρω βιβλιογραφικές αναφορές.

τα, απλώς και την αναστροφική των παροχών ενέργεια¹²⁹.

Κλείνοντας την αναφορά στο θετικό διαφέρον, ας μου επιτραπούν ακόμη δύο λόγια για το θέμα του συγκεκριμένου¹³⁰ και αφηρημένου υπολογισμού της ζημίας: Ο όρος αφηρημένη ζημία έχει πράγματι πολλές σημασίες στο δόγμα του αποζημιωτικού δικαίου. Κατά βάση με την παραπάνω έννοια υπονοείται συνήθως το ότι ο οφειλέτης αποστερείται της δυνατότητας να ανταποδείξει στη συγκεκριμένη περίπτωση ότι ο δανειστής υπέστη μικρότερη ζημία ή δεν υπέστη καμία ζημία. Με την έννοια αυτή ο όρος παρατηρείται για παράδειγμα στο άρθρ. 76 της Σύμβασης της Βιέννης για τις διεθνείς πωλήσεις κινητών πραγμάτων ή κατά τον υπολογισμό της ζημίας στο δίκαιο της πνευματικής ιδιοκτησίας, όπου προβλέπεται η διπλή καταβολή του συμφωνηθέντος τιμήματος ως ζημίας του πνευματικού δημιουργού. Αυτή όμως η αντίληψη της αφηρημένης ζημίας είναι άγνωστη στον αστικό κώδικα. Ο τελευταίος γνωρίζει επ' ευκαιρία του διαφυγόντος κέρδους μια άλλη εκδήλωση του αφηρημένου χαρακτήρα της ζημίας. Η ΑΚ 298 § 2 ορίζει συγκεκριμένα ότι ως διαφυγόν κέρδος είναι «εκείνο που προσδοκά κανείς με πιθανότητα σύμφωνα με τη συνηθισμένη πορεία των πραγμάτων ή τις ειδικές περιστάσεις και ιδίως τα προπαρασκευαστικά μέτρα που έχουν ληφθεί». Πρόκειται δηλαδή για ένα εύλογα αναμενόμενο κέρδος που θα προκύψει κατά πρόσφορη αιτιότητα¹³¹ από την περαιτέρω διάθεση του πράγματος εκ μέρους του δανειστή¹³². Στην ουσία το διαφυγόν κέρδος αποτελεί κατ' ακρίβεια εκδοχή υποθετικής αλλά βέβαιης μελλοντικής ζημίας¹³³. Αυτό συνιστά μια καθοριστική διαφορά του διαφυγόντος κέρδους από την αφηρημένη ζημία με την πρώτη έννοια, που περιγράφηκε παραπάνω. Στο διαφυγόν κέρδος η ζημία είναι πράγματι επιδεκτική ανταπόδειξης εκ μέρους του οφειλέτη, ο οποίος μπορεί να αποδείξει ότι ο δανειστής στη συγκεκριμένη περίπτωση δεν θα επέτυγχανε ή τουλάχιστο δεν θα το κατάφερνε σε αυτή την έκταση το κέρδος που ο ίδιος επικαλείται. Βάση της υποθετικής ζημίας του διαφυγόντος κέρδους είναι λοιπόν μια μελλοντική σύμβαση κάλυψης από την οποία ανακύπτει ότι η τιμή μεταπώλησης του πράγματος από το δανειστή είναι μικρότερη από την τιμή μεταπώλησης που θα επέτυγχανε αν δεν ελάμβανε χώρα το περιστατικό της παθολογίας. Η διαφορά μεταξύ των δύο αυτών τιμών συνιστά ακριβώς το διαφυγόν κέρδος. Η δυνατότητα διαφυγόντος κέρδους ενισχύεται έντονα προφανώς σε περίπτωση ύπαρ-

129. Σταθόπουλος, σε ΑΚ Γεωργιάδη/Σταθόπουλου, άρθρ. 382 αρ. 16.

130. Αυτή η μέθοδος υπολογισμού αποτελεί τον κανόνα για το ελληνικό αποζημιωτικό δίκαιο, πρβλ. Σταθόπουλο, Γενικό Ενοχικό Δίκαιο, 2004, σ. 434 και κυρίως 462 επ.

131. Για την causa adequata, βλ. Λιτζερόπουλο, ΕρμΑΚ 297, αρ. 43 α· Σταθόπουλο, Γενικό Ενοχικό Δίκαιο, 2004, σ. 510.

132. Φίλιου, Ενοχικό Δίκαιο - Γενικό Μέρος, 4^η εκδ., 2007, § 175, σ. 366 επ.

133. ΑΠ 1137/1990, ΕΕΝ 1991, 444· Μιχαηλίδη - Νουάρος, άρθρ. 383 αρ. 26 επ· Κανελλοπούλου, Η προσβολή της πιθανότητας ως περιουσιακή ζημία ή ως ηθική βλάβη - Σκέψεις με αφορμή υποθέσεις ιατρικής ευθύνης για απώλεια ευκαιρίας επιβίωσης ή αποφυγής σωματικής βλάβης, ΚριτΕ 2003, 253 επ.

ξης οργανωμένης αγοράς για τη διάθεση του προϊόντος, ενώ περιορίζεται ή εξαλείφεται σε περίπτωση απουσίας ανάλογης αγοράς.

Ένα από τα περισσότερο διαφορούμενα σημεία στη συλλογιστική του διαφυγόντος κέρδους είναι και το χρονικό σημείο στο οποίο θα υπολογισθεί η υποθετική σύμβαση κάλυψης από την οποία θα ανακούσει το διαφυγόν κέρδος. Το ζήτημα δεν ρυθμίζεται με ρητή διάταξη στο νόμο. Η θεωρία εκτιμά ότι ο δανειστής μπορεί να επιλέξει ανάμεσα σε δύο χρονικά σημεία, δηλαδή είτε το χρόνο κατά τον οποίο η παροχή καθίσταται ληξιπρόθεσμη είτε το χρόνο κατά τον οποίο ανακύπτει η παθολογία. Ο τελευταίος αυτός χρόνος είναι κατά βάση ο χρόνος εμφάνισης της αδυναμίας της παροχής και σε περίπτωση υπερημερίας οφειλέτη ο χρόνος λήξης της προθεσμίας προς εκπλήρωση της ΑΚ 383 που τάσσει ο δανειστής¹³⁴. Η δυνατότητα επιλογής ανάμεσα στα δύο αυτά χρονικά σημεία ενισχύει όμως εμφανώς την κερδοσκοπική διάθεση του δανειστή (π.χ. του αγοραστή στην πώληση), ο οποίος μπορεί να επιλέξει πράγματι ένα υψηλότερο ενδιάμεσο τίμημα ανάμεσα στα δύο αυτά χρονικά σημεία. Το ενδεχόμενο αυτό ενισχύεται όταν ειδικότερα η τιμή κυμαίνεται. Αυτή η κερδοσκοπική διάθεση του δανειστή δεν είναι εν τούτοις κάτι το οποίο φαίνεται να αντίκειται κατ' αρχάς στο νόμο, αφού ενόσω τρέχει η προθεσμία προς εκπλήρωση ο δανειστής δεν είναι εκ των πραγμάτων υποχρεωμένος να προβεί σε σύμβαση κάλυψης στο μικρότερο δυνατό τίμημα υπέρ του οφειλέτη παρά μόνο με τις ακραίες προϋποθέσεις του συντρέχοντος πταίσματος της ΑΚ 300¹³⁵. Υπό την έννοια της δυνατότητας ανταπόδειξης που εισάγει ρητά η ΑΚ 298 § 2 θα πρέπει λοιπόν να γίνει δεκτό ότι η υποθετική σύμβαση κάλυψης θα πρέπει να υπολογίζεται κατά κανόνα με βάση την αγοραστική αξία του πράγματος κατά το χρόνο εμφάνισης της παθολογίας, δηλαδή κατά το χρόνο εμφάνισης της αδυναμίας παροχής ή της άπρακτης παρέλευσης της προθεσμίας προς εκπλήρωση¹³⁶. Αν, παρ' όλα αυτά, ο δανειστής αναζητά ένα μεγαλύτερο τίμημα που είχε το πράγμα σε προγενέστερο χρόνο, δηλαδή από το χρόνο που η παροχή κατέστη ληξιπρόθεσμη έως το χρόνο εμφάνισης της παθολογίας, ο δανειστής είναι αυτός που θα πρέπει τότε να αποδεί-

134. Πρβλ. *Φίλιο*, Ενοχικό Δίκαιο - Γενικό Μέρος, 4^η εκδ., 2007, § 261 Β ΙΙ. Ειδικά στην πώληση, ο πωλητής μπορεί να ζητήσει κατά το χρόνο αυτό τη διαφορά ανάμεσα στο τίμημα και τη μικρότερη αξία του πράγματος· βλ. και ΑΠ 154/1989 ΕλλΔνη 1991, 957 επ.· πρβλ. επίσης *Μπαλτάκο*, Η αξίωση αποζημίωσης κατ' άρθρο 383 ΑΚ, ΑρχΝ ΜΒ', 625 επ. Ο αγοραστής από το άλλο μέρος μπορεί να ζητήσει τη διαφορά ανάμεσα στο τίμημα και την αντικειμενική (αγοραία) αξία του πράγματος· ΑΠ 1436/1979 ΝοΒ ΚΗ', 1040.

135. ΑΠ 22/1995 ολομ., ΕΕΝ 1995, 155· αναλυτική παρουσίαση του όλου συλλογισμού από *Σταθόπουλο*, Γενικό Ενοχικό Δίκαιο, 2004, σ. 464 και 1175· *Αστ. Γεωργιάδη*, Ενοχικό Δίκαιο - Γενικό Μέρος ΙΙ, ε' εκδ., 2007, σ. 131 επ.· *Απ. Γεωργιάδη*, Ενοχικό Δίκαιο - Γενικό Μέρος, 1999, § 30 ΙΙΙ αρ. 12, σ. 322 επ.

136. Αυτό είναι σύμφωνο και με την αρχή ότι κρίσιμος χρόνος για την επέλευση της ζημίας είναι ο χρόνος επέλευσής της· ΑΠ 9/1995 ολομ., ΕλλΔνη 1995, 1520· 15/1996, ΝοΒ 1997, 433· 14/1997, ΝοΒ 1998, 43· ΕφΘεσ 38/1998, ΕπισκεΔ 1998, 456.

ξει¹³⁷ ότι θα προέβαινε πράγματι σε σύμβαση κάλυψης κατά τον ενδιάμεσο χρόνο, στον οποίο ήταν υψηλότερο το τίμημα¹³⁸. Με αυτό το σκεπτικό υπονοείται τελικά ότι, ενώ υπό κανονικές συνθήκες το βάρος ανταπόδειξης ως προς το ότι ο δανειστής δεν θα επετύγχανε το διαφυγόν κέρδος φέρει κατά βάση ο οφειλέτης, όταν αποτελεί αντικείμενο ισχυρισμού ότι το διαφυγόν κέρδος θα επερχόταν σε χρόνο προγενέστερο του χρόνου εμφάνισης της παθολογίας, το βάρος απόδειξης του τελευταίου ισχυρισμού θα φέρει ο ίδιος ο δανειστής. Κατόπιν τούτου αληθεύει, υπό μία έννοια, το ότι το διαφυγόν κέρδος είναι τύπος αφηρημένης ζημίας.

Σε ό,τι αφορά τη θετική ζημία, δηλαδή την αξία της ανεκπλήρωτης παροχής, ο κανόνας είναι αντίθετα ο συγκεκριμένος υπολογισμός της ζημίας. Σε αυτή την περίπτωση δεν λαμβάνεται υπόψη μια αφηρημένη αλλά μια δεδομένη και βέβαιη σύμβαση κάλυψης του δανειστή, όταν ο τελευταίος λόγω της μη εκπλήρωσης φροντίζει να προμηθευθεί την ίδια παροχή από τρίτο προμηθευτή, διαφορετικά αποδίδεται η αντικειμενική αξία της παροχής. Η ζημία εν προκειμένω έγκειται ακριβώς στη διαφορά ανάμεσα στο τίμημα της ανεκπλήρωτης σύμβασης και το υψηλότερο τίμημα που υποχρεώθηκε να καταβάλει ο δανειστής κατά τη σύμβαση κάλυψης που επιχείρησε μετά την εμφάνιση της παθολογίας, προκειμένου να προμηθευθεί άλλη παρόμοια με την ανεκπλήρωτη παροχή.

γ. Η υπαναχώρηση

Ας δούμε τώρα τι ισχύει στο άλλο κλασικό βοήθημα αποκατάστασης της παθολογίας σε μια αμφοτεροβαρή σύμβαση, δηλαδή την υπαναχώρηση¹³⁹. Η νεότερη

137. Θα συνεκτιμηθούν λοιπόν μεταγενέστερα περιστατικά που θα είχαν επίπτωση στο ύψος της ζημίας, πρβλ. *Λιακόπουλο*, Η οικονομική ελευθερία ως αντικείμενο προστασίας στο δίκαιο του ανταγωνισμού, 1981, σ. 309 επ· *Κοινογέρη - Μανωλεδάκη*, Οικογενειακό Δίκαιο, β' εκδ., 1998, σ. 35, υποσ. 20, 40 επ· *Δωρή*, Σχόλιο ΝοΒ 1998, 46· *Αρχανιωτάκη*, Σχόλιο, ΕπισκΕΔ 1998, 426 επ.

138. Η κρατούσα γνώμη στην ελληνική θεωρία δέχεται ότι ο δανειστής έχει το δικαίωμα να απαιτήσει αποζημίωση κατ' επιλογή με βάση την αγοραία αξία του πράγματος είτε κατά το χρόνο της υπερημερίας είτε κατά το χρόνο της κατανήφισης στην πρώτη συζήτηση στο ακροατήριο· βλ. ΑΠ 508/1959 ΝοΒ Η', 248. Επίσης δέχεται ότι σε περίπτωση που θα καταστραφεί το πράγμα κατά τη διάρκεια της υπερημερίας, μπορεί ο οφειλέτης να ανταποδείξει ότι ο δανειστής θα εκποιούσε το πράγμα πριν την πρώτη συζήτηση. Στην περίπτωση αυτή ο χρόνος για τον υπολογισμό της αποζημίωσης είναι ο υποθετικός χρόνος εκποίησης του πράγματος· ΑΠ 100/1970 ΝοΒ ΙΗ', 808· αναλυτικά από *Φίλιο*, Ενοχικό Δίκαιο - Γενικό Μέρος, 4^η εκδ., 2007, § 261 Β ΙΙΙ, σ. 526. Ο *Ρούσσο*, σε Παπνικολάου, Το νέο δίκαιο της ευθύνης του πωλητή, 2003, σ. 445-446, σχολιάζει σχετικά: «Για τον υπολογισμό της ζημίας καλύψεως ως κρίσιμος χρόνος θα ληφθεί υπόψη το χρονικό σημείο, στο οποίο ευλόγως αναμένεται ότι ο αγοραστής θα προβεί στη σύναψη άλλης συμβάσεως στη θέση της αποτυχούσας πώλησης. Για τον υπολογισμό του διαφυγόντος κέρδους ως κρίσιμος χρόνος θα ληφθεί υπόψη το χρονικό σημείο, στο οποίο πιθανολογείται ότι θα προέβαινε στην προγραμματισθείσα μεταπώληση ο αγοραστής».

139. Η υπαναχώρηση ισχύει μόνο επί αμφοτεροβαρών συμβάσεων, βλ. *Σταθόπουλο*, Γενικό Ενοχικό Δίκαιο, 2004, σ. 1201. Το βοήθημα αυτό θεωρείται το δραστηκότερο σε σχέση με κάθε άλλο προ-

εκτίμηση της ελληνικής θεωρίας, σε ό,τι αφορά τη νομική δράση της υπαναχώρησης, είναι ακριβώς το ότι αυτή δεν καταργεί πλέον τη σύμβαση και μάλιστα *ex tunc*, όπως γινόταν παλαιότερα δεκτό¹⁴⁰, αλλ' ότι καταργεί απλώς τις κύριες υποχρεώσεις για παροχή¹⁴¹. Η υπαναχώρηση απλώς μεταθέτει τη σύμβαση σε ένα εκκαθαριστικό στάδιο επιστροφής των ήδη καταβληθεισών παροχών και δεν καταργεί τη σύμβαση¹⁴² για αιτία που έληξε¹⁴³, εξομοιώνοντας την τελευταία έμμεσα με άκυρη σύμβαση¹⁴⁴. Αυτό το σκεπτικό προκρίνει και η νέα ΑΚ 547 για την ειδική υπαναχώρηση της πώλησης¹⁴⁵. Παρατηρήθηκε παραπάνω ότι η αποδοχή της θεωρίας της διαφοράς κατά την αποτίμηση του θετικού διαφέροντος συνιστά έτσι ή αλλιώς μια ακόμη επιβεβαίωση της έμμεσης σώρευσης της υπαναχώρησης με την αποζημίωση, αφού και η θεωρία της διαφοράς καταργεί τις κύριες υποχρεώσεις για παροχή, όπως και η υπαναχώρηση, και επιπλέον επιτρέπει την ανάπτυξη της συμψηφιστικής δράσης της αποζημίωσης. Ο δανειστής μπορεί έτσι να σωρεύσει την υπαναχώρηση με αποζημίωση που αφορά παράβαση υποχρεώσεων επιμελείας σε βάρος άλλων περιουσιακών του στοιχείων με βάση την ΑΚ 288¹⁴⁶. Ο δανειστής δεν μπορεί όμως,

βλεπόμενο στο νόμο, αφού διακόπτει τη λειτουργία της σύμβασης, πβλ. *Ρούσσο* σε Παπανικολάου, Το νέο δίκαιο της ευθύνης του πωλητή, 2003, σ. 377.

140. Πρβλ. χαρακτηριστικά ΑΠ 418/1973, ΝοΒ ΚΑ', 1306· 236/1992, ΕΕΝ 1992, ΕΕΝ 60, 633· 696/1982, ΝοΒ 31, 659· 52/1970, ΝοΒ 18, 781· 524/1962, ΝοΒ 11, 219· ΕφΑθ 1825/1988, ΕλλΔνη 1989, 1244· βλ. και *Νικολόπουλου*, Η υπαναχώρηση στην πώληση, 2006, σ. 39.

141. Η άποψη αυτή κυριαρχεί στην ελληνική θεωρία μετά από μια ρηξικέλευθη μελέτη του *Σταθόπουλου*, Υπαναχώρηση και αποζημίωση, Αφιέρωμα στον Αλ. Λιτζερόπουλο, τ. Β', 1985, σ. 465 επ· βλ. και *Ρούσσο*, σε Παπανικολάου, Το νέο δίκαιο της ευθύνης του πωλητή, 2003, σ. 419 επ.

142. Η άποψη της ακύρωσης χαρακτηρίζει όμως ακόμη τη νομολογία, ΑΠ 1047/2005, ΕλλΔνη 2007, 205 επ· 1031/2004, ΕλλΔνη 2007, 205· 948/2002, ΕλλΔνη 2002/1690 επ· 696/1982, ΝοΒ ΛΑ', 659· 52/1970 ΝοΒ ΙΗ', 781· ΕφΘεσ 588/1983 Αρμ ΛΗ', 199· ΠολΠρΘεσ 2510/1990 Αρμ ΛΕ', 163 επ· βλ. επίσης ΑιτΕκθΠρσγΕν σ. 195, 196· *Μπαλή*, Ενοχικών Δίκαιον - Γενικών Μέρους, β' εκδ., 1954, 91 αρ. 1, 3· *Γαζή*, ΕρμΑΚ εισαγ. άρθρ. 389-401 αρ. 3 επ., άρθρ. 389 αρ. 8 επ.

143. Έτσι ΑΠ 481/1960, ΝοΒ Θ', 227 επ· ΕφΘεσ 1241/1980, Αρμ ΜΔ', 540.

144. Κρατούσα σήμερα άποψη, βλ. π.χ. *Απ. Γεωργιάδη*, Ενοχικό Δίκαιο - Γενικό Μέρος, 1999, § 52 IV 2 αρ. 25· *Κορνηλάκη*, Ειδικό Ενοχικό Δίκαιο I, 2002, § 46 I 1· *Σταθόπουλο*, Γενικό Ενοχικό Δίκαιο, 2004, § 21 V αρ. 116 επ· *Παπανικολάου*, σε ΑΚ Γεωργιάδη/Σταθόπουλου, άρθρ. 389 αρ. 5 επ.

145. *Φίλιου*, Ενοχικό Δίκαιο - Ειδικό Μέρος, τ. 1, 7^η εκδ., 2007, § 11 Γ 1, σ. 122: «Η ρύθμιση του άρθρου 547 αποκλείει στο σημείο αυτό ως ειδικότερη τη διάταξη του άρθρου 389 § 2 (απόδοση κατά τις διατάξεις για τον αδικαιολόγητο πλουτισμό)»· πρβλ. και *Ρούσσο*, σε Παπανικολάου, Το νέο δίκαιο της ευθύνης του πωλητή, 2003, σ. 422· *Κορνηλάκη*, Ειδικό Ενοχικό Δίκαιο I, 1992, σ. 280· *του ιδ.*, Ζητήματα εφαρμογής της σύμβασης της Βιέννης στις διεθνείς πωλήσεις κινητών πραγμάτων - Το εισαγόμενο ρυθμιστικό πλαίσιο - Το δικαίωμα υπαναχώρησης από τη σύμβαση, ΚριτΕ 2002, 133, 146-147.

146. *Απ. Γεωργιάδη*, Ενοχικό Δίκαιο - Γενικό Μέρος, 1999, § 52 III 2 αρ. 25: «Γίνεται γενικά δεκτό ότι, παρά την άσκηση υπαναχώρησης, η αξίωση για αποκατάσταση της ζημίας που προκλήθηκε σε ένα από τα μέρη λόγω της παράβασης από τον αντισυμβαλλόμενο του των παρεπόμενων υποχρεώσεων προστασίας που πηγάζουν από την καλή πίστη διατηρείται»· βλ. και ΑΠ 492/2001, ΕλλΔνη 42, 1637· *Νικολόπουλο*, Η υπαναχώρηση στην πώληση, 2006, σ. 23.

όπως αφήνει να εννοηθεί πλέον η εύστοχη διατύπωση της νέας ΑΚ 543, να επιτύχει υπεραποζημίωση, δηλαδή να αποζημιωθεί δύο φορές για την ίδια ζημία, συνεπώς δεν μπορεί να ζητήσει να του επιστραφεί ως αποζημίωση και η αξία της παροχής που επιστρέφεται έτσι ή αλλιώς αυτούσια στο πλαίσιο της υπαναχώρησης.

Η άποψη αυτή για τη νέα ΑΚ 543 δεν συμφωνεί όμως με το σκεπτικό της ΑΚ 389 των γενικών διατάξεων που παραπέμπει για την υπαναχώρηση στο μηχανισμό του αδικαιολογήτου πλουτισμού, λόγος που ενίσχυσε το σκεπτικό της διάζευξης ανάμεσα στην υπαναχώρηση και την αποζημίωση, αφού με την υπαναχώρηση η σύμβαση θα πρέπει να εκλείπει πλήρως, αλλιώς δεν θα είχε νόημα η αναγωγή στον αδικαιολόγητο πλουτισμό. Σώρευση υπαναχώρησης και αποζημίωσης υπάρχει εξ ορισμού στην περίπτωση παθολογίας επί χρηματικών ενοχών, αφού η χρηματική παροχή αποτελεί την ελάχιστη ζημία του δανειστή και συνιστά μέρος της αξιούμενης αποζημίωσης.

Ας μου επιτραπεί να παρεμβάλω εδώ ένα σκοτεινό σημείο από τη συλλογιστική της υπαναχώρησης, πριν εξετασθεί περαιτέρω το ζήτημα της σώρευσης, δηλαδή η θέση ότι η υπαναχώρηση καταργεί τις κύριες υποχρεώσεις για παροχή. Η προφανής αυτή αλήθεια έχει το νόημά της στη συμβατική υπαναχώρηση, είναι αμφίβολο όμως αν εκφράζει κάτι στη νόμιμη υπαναχώρηση, αφού σε αυτή λόγω ακριβώς του αιρετικού συναλλάγματος είτε σε περίπτωση αδυναμίας είτε σε περίπτωση άπρακτης παρέλευσης της προθεσμίας προς εκπλήρωση στην υπερημερία οφειλέτη οι υποχρεώσεις για παροχή εκλείπουν άμεσα και αυτοδίκαια. Αυτό το σημείο έκανε μερίδα της γερμανικής θεωρίας να υποστηρίζει με μια δόση υπερβολής ότι η νόμιμη υπαναχώρηση είναι ουσιαστικά ένα περιττό βοήθημα¹⁴⁷. Νόμιμη υπαναχώρηση κατά κυριολεξία δεν υπάρχει. Αυτό βέβαια δεν αληθεύει, ενόσω διαπιστώνει κανείς ότι η υπαναχώρηση ενδιαφέρει, επειδή αυτή διευκολύνει την επιστροφή των καταβληθεισών ήδη παροχών. Ο προβληματισμός όμως θίγει ένα καίριο σημείο: Αν πράγματι γίνει δεκτό το αιρετικό συνάλλαγμα χωρίς περιορισμούς, διαπιστώνεται ότι δεν μπορεί να εφαρμοσθεί τελικά η θεωρία της ανταλλαγής, στις περιπτώσεις που αυτή έχει πράγματι νόημα, δηλαδή όταν ο δανειστής θέλει να απαλλαγεί από τη δική του παροχή, επειδή εκτιμά ότι η σύμβαση που έκανε αποτελεί πράγματι την πιο συμφέρουσα διάθεση για την υλική παροχή του (αυτό συμβαίνει κυρίως, όπως διαπιστώθηκε ήδη, σε συμβάσεις ανταλλαγής). Η γνώμη μου είναι λοιπόν ότι θα πρέπει να γίνει εδώ δεκτό το αιρετικό συνάλλαγμα με κάποιους όρους, δηλαδή θα πρέπει να ισχύσει σκεπτικό ανάλογο του περιελθόντος της ανυπαίτιας αδυναμίας παροχής. Σε αμφοτέρες τις περιπτώσεις η αδυναμία της παροχής δεν θα πρέπει δηλαδή να οδηγεί σε αυτόματη έκλειψη της αντιπαροχής αλλά η υποχρέωση αυτή θα πρέπει τρόπον τινά να ηρεμεί μέχρις ότου αποφασίσει ο δανειστής να μη ζητήσει το

147. *Leser*, Der Rücktritt vom Vertrag, 1975· *Kaiser*, Die Rückabwicklung Verträge wegen Nicht- und Schlechterfüllung nach BGB, 2000· *Oetker*, Das Dauerschuldverhältnis und seine Beendigung, 1994.

περιελθόν ή να εφαρμόσει τη θεωρία της διαφοράς¹⁴⁸. Μόνο τότε θα πρέπει να γίνει δεκτό ότι εκλείπει οριστικά η υποχρέωση για καταβολή της αντιπαροχής. Αν αντίθετα γίνει δεκτό χωρίς όρους το αιρετικό συνάλλαγμα, έτσι ώστε οι υποχρεώσεις για παροχή να εκλείπουν αμοιβαία και άμεσα με μόνη την εμφάνιση της παθολογίας, αναφύεται ένα συστηματο-λογικό πρόβλημα. Αναρωτιέται δηλαδή κανείς εύλογα σε ανάλογα συμφραζόμενα σε ποια νομική βάση θα στηριχθεί τελικά η αναζήτηση του περιελθόντος ή η απαλλαγή από την αντιπαροχή με βάση τη θεωρία της ανταλλαγής, αφού η σύμβαση θα έχει τότε ουσιαστικά ανατραπεί¹⁴⁹;

Ερχόμαστε τώρα στο ζήτημα της σώρευσης των δύο βοηθημάτων: Η ΑΚ 382 εισάγει ως γνωστό την αρχή της διάζευξης ανάμεσα στην υπαναχώρηση και την αποζημίωση¹⁵⁰. Η θέση αυτή υπήρξε απόρροια του σκεπτικού που κυριάρχησε κατά το χρόνο θέσης σε ισχύ του αστικού κώδικα ότι δηλαδή η υπαναχώρηση διαλύει πλήρως και αναδρομικά τη σύμβαση, ώστε να εκλείπει ταυτόχρονα και η νομική βάση από την οποία θα ξεπηδήσουν οι συμβατικές αποζημιωτικές αξιώσεις¹⁵¹. Το αυστηρό αυτό σκεπτικό επεχείρησε να αμβλύνει ο ιστορικός νομοθέτης με τη συμβιβαστική λύση της ΑΚ 387 που εισάγει, όπως γίνεται δεκτό, εύλογη¹⁵² αποζημίωση¹⁵³. Η νομική φύση αυτής της τελευταίας αποτέλεσε ένα από τα πιο διαφορούμενα ζητήματα για τη θεωρία του ελληνικού ενοχικού δικαίου. Η κρατούσα γνώμη δέχεται, ακολουθώντας τη διατύπωση της ΑΚ 387, ότι πρόκειται εδώ ουσιαστικά για διαφέρον εκπλήρωσης. Μεμονωμένες φωνές όμως, όπως ήταν αυτές των Μαντζούφα και Φουρκιώτη¹⁵⁴, ισχυρίστηκαν ότι το διαφέρον αυτό δεν μπορεί να είναι κάτι άλλο από αρνητικό διαφέρον¹⁵⁵, αφού η σύμβαση εκλείπει πλήρως μετά την άσκηση της

148. Βλ. *Φίλιο*, Ενοχικό Δίκαιο - Γενικό Μέρος, 4^η εκδ., 2007, § 252 Α ΙΙ, σ. 510, ο οποίος κάνει λόγο για «συγκρατημένη αξίωση».

149. Ο *Φίλιος*, Ενοχικό Δίκαιο - Γενικό Μέρος, 4^η εκδ., 2007, § 252 Γ Ι, σ. 510, υποστηρίζει ότι «η ενοχή αναβιώνει με τροποποιημένο περιεχόμενο, αν ο δανειστής απαιτήσει το περιελθόν», ενώ ο *Σταθόπουλος*, Γενικό Ενοχικό Δίκαιο, 2004, σ. 1168, εκλαμβάνει το περιελθόν ως εκδοχή της in natura αποζημίωσης.

150. ΕφΔωδ 85/1993 Αρμ ΜΗ', 258 επ., 261· *Σταθόπουλος*, Γενικό Ενοχικό Δίκαιο, 2004, σ. 1038· *Απ. Γεωργιάδη*, Ενοχικό Δίκαιο - Γενικό Μέρος, 1999, § 29 ΙΙΙ 5 αρ. 24, σ. 314 επ.

151. Βλ. και *Νικολόπουλο*, Η υπαναχώρηση στην πώληση, 2006, σ. 231: «Ο λόγος για τον οποίο θεοπίσθησε η ΑΚ 387 § 1 δεν επικεντρώθηκε στην ανατροπή της διάζευξης μεταξύ πλήρους αποζημίωσης και υπαναχώρησης, αλλά στην άμβλυνση της σκληρότητας του διαζευκτικού συστήματος μέσω της παρεχόμενης δυνατότητας μιας επιεικούς ενδιάμεσης λύσης».

152. Για την έννοια της εύλογης αποζημίωσης, πρβλ. *Σταθόπουλο*, Γενικό Ενοχικό Δίκαιο, 2004, σ. 517.

153. Για το ότι η εύλογη αποζημίωση αποτιμάται με τη βοήθεια μιας ελαστικής μεθόδου περισσότερων κυμαινόμενων κριτηρίων, τα οποία επηρεάζουν την έκταση της αποζημίωσης ανάλογα με την ένταση και τη βαρύτητα της εμφάνισής τους στη συγκεκριμένη περίπτωση, πρβλ. *Φίλιο*, Ενοχικό Δίκαιο - Γενικό Μέρος, 4^η εκδ., 2007, § 177 Α, σ. 368 επ.

154. Λεπτομερής παρουσίαση από *Χελιδόνη*, Υπαναχώρηση και αποζημίωση, 2007, σ. 53 επ.

155. Για τη διάκριση ανάμεσα στο θετικό και το αρνητικό διαφέρον, πρβλ. *Σταθόπουλο*, Γενικό Ενοχικό Δίκαιο, 2004, σ. 422· *Ν. Θηβαίο*, Περί του αρνητικού της συμβάσεως διαφέροντος, 1931· *Α.*

υπαναχώρησης, όπως αφήνει να εννοηθεί και η αναγωγή μέσω της ΑΚ 389 στον αδικαιολόγητο πλουτισμό. Στη θέση αυτή ασκήθηκε έντονη κριτική κυρίως από τον Σταθόπουλο, ο οποίος ισχυρίστηκε¹⁵⁶ εύλογα ότι είναι δικαιοπολιτικά άστοχο να γίνει δεκτό ότι η υπαναχώρηση μπορεί να διακόψει κάθε δυνατότητα αναζήτησης θετικού διαφέροντος, αφού έτσι ο δανειστής θα στερούνταν τη δυνατότητα να αναζητήσει την αποκατάσταση τουλάχιστον ζημιών που προήλθαν από την παράβαση εκ μέρους του οφειλέτη και υποχρεώσεων επιμελείας, που δεν έχουν σε τίποτε να κάνουν με την *stricto sensu* ανταλλαγή των παροχών. Επιπλέον ο Σταθόπουλος υποστήριξε πειστικά ότι ακόμη και αν γίνει δεκτό ότι η ΑΚ 387 εισάγει αρνητικό διαφέρον αυτό δεν μπορεί να υπερβαίνει σε έκταση το θετικό διαφέρον, διότι μόνο αυτό το τελευταίο ανέμενε να λάβει ο δανειστής σε περίπτωση μη εκπλήρωσης της παροχής¹⁵⁷. Ο δανειστής δεν μπορεί π.χ. να ζητήσει άλλο μεγαλύτερο διαφυγόν κέρδος λόγω της μη κατάρτισης παρόμοιας σύμβασης με άλλο προμηθευτή. Ο ίδιος θα πρέπει να επιβαρυνθεί με την ελλείπουσα αξιοπιστία του προμηθευτή που επέλεξε τελικά.

Για να διευκολυνθεί όμως η αναζήτηση θετικού διαφέροντος μετά την άσκηση υπαναχώρησης επιστρατεύθηκε από την ελληνική θεωρία ένα νομοτεχνικό επιχείρημα, δηλαδή διατυπώθηκε η γνώμη – και αυτή φαίνεται να είναι σήμερα η κρατούσα αντίληψη – ότι η παραπομπή μέσω της ΑΚ 389 στον αδικαιολόγητο πλουτισμό δεν αφορά στις προϋποθέσεις του εν λόγω θεσμού αλλά μόνο στις συνέπειές του¹⁵⁸. Υποστηρίζεται δηλαδή ότι η υπαναχώρηση δεν ανατρέπει τη σύμβαση, συνεπώς δεν εκλείπει η νόμιμη αιτία της σύμβασης και μάλιστα αναδρομικά αλλά η υπαναχώρηση δανείζεται απλώς από τον αδικαιολόγητο πλουτισμό την αναστροφική των παροχών δράση¹⁵⁹. Το νομοτεχνικό αυτό σκεπτικό παρά την εντύπωση που σε μια πρώτη ματιά προκαλεί, προσκρούει όμως σε ένα νομοτεχνικό εμπόδιο, το οποίο θέτει η διατύπωση της ΑΚ 387. Η τελευταία κάνει λόγο για εκτιμητική δράση του δικαστή κατά την αποτίμηση του διαφέροντος που σωρεύεται με την υπαναχώρηση. Αυτή η εκτιμητική δράση θεωρούνταν πάντα ότι υπονοούσε εύλογη,

Γιαννακόπουλο, Περί του διαφέροντος εμπιστοσύνης, 1934· Αιτζερόπουλο, ΕρμΑΚ άρθρ. 298, αρ. 30· Ζέπο, Ενοχικόν Δίκαιον, 2^η εκδ., 1955, τ. Ι, σ. 265 επ· Μπαρμπαλιά, Σκέψεις επί της θεωρίας του Jhering περί του αρνητικού της συμβάσεως διαφέροντος, ΝΔικ 1974, 360 επ.

156. Γενικό Ενοχικό Δίκαιο, 2004, σ. 1163: «Το λογικό υπόβαθρο της διάξευξης “αποζημίωση ή υπαναχώρηση” δεν είναι ακαταμάχητο. Με την υπαναχώρηση συνήθως ο δανειστής επιθυμεί μόνο τη δική του απαλλαγή από την υποχρέωση για την αντιπαροχή, όχι και οποιαδήποτε απαλλαγή του αντισυμβαλλομένου του. Ο νόμος θα μπορούσε να διαπλάσσει τις συνέπειες της υπαναχώρησης έτσι, ώστε να επέρχεται απόσβεση μόνο των υποχρεώσεων του υπαναχωρούντος».

157. Γενικό Ενοχικό Δίκαιο, 2004, σ. 1163.

158. Βλ. ιδίως για το άρθρο 389 § 2 (συνέπειες υπαναχώρησης): ΑΠ 661/1974, ΝοΒ ΚΓ', 275 επ· 104/1971 ΝοΒ ΙΘ', 593· 605/1972, ΝοΒ Κ', 1444 επ.

159. Κατά το σκεπτικό της καταγγελίας, για την οποία δεν υπήρξε ποτέ καμία αμφιβολία ότι μπορεί να σωρευθεί με αποζημίωση, βλ. Φ. Χριστοδούλου, Η πλημμέλεια της συμβατικής παροχής, 1973, σ. 177 επ· Απ. Γεωργιάδη, Ενοχικό Δίκαιο - Γενικό Μέρος, 1999, § 52 Ι αρ. 4, σ. 512.

δηλαδή μειωμένη αποζημίωση¹⁶⁰. Κατά την κρατούσα γνώμη της ελληνικής θεωρίας, την οποία εκφράζει παραστατικά ο Σταθόπουλος, ενόψει της αποζημίωσης της ΑΚ 387 ο δικαστής είναι αναγκασμένος να θέτει λοιπόν διαζευκτικά ως βάση υπολογισμού είτε το αρνητικό είτε το θετικό διαφέρον και κατόπιν να μειώνει εύλογα το παραπάνω ποσό¹⁶¹. Όποιο εγχειρίδιο ενοχικού δικαίου και να ανοίξει κανείς θα δει να διατυπώνεται πράγματι αυτή ακριβώς η άποψη, η οποία έγινε δεκτή από τους περισσότερους συγγραφείς αλλά και από την ελληνική νομολογία¹⁶². Η γνώμη μου όμως είναι στο θέμα αυτό διαφορετική και έχει συγκεκριμένα ως εξής: ενόσω η υπαναχώρηση με το σκεπτικό του Σταθόπουλου αλλά και του καθηγητού κ. Παπανικολάου που τοποθετήθηκε στο ίδιο θέμα εξ αφορμής του σχολιασμού εκ μέρους του των διατάξεων περί υπαναχώρησης στην Ερμηνεία των Γεωργιάδη - Σταθόπουλου¹⁶³, δεν καταργεί τη σύμβαση δεν δικαιολογείται σε καμία περίπτωση η θέση περί εύλογης, δηλαδή μειωμένης αποζημίωσης στην ΑΚ 387. Αν θέλουμε να είμαστε εδώ συνεπείς θα πρέπει με βάση την αρχή της καθολικής αποκατάστασης της περιουσιακής ζημίας¹⁶⁴ να αποδώσουμε πλήρες θετικό διαφέρον στον ατυχή και ανυπαίτιο δανειστή που ασκεί προηγουμένως την υπαναχώρηση¹⁶⁵. Το παράδοξο εντείνεται ενόψει του ότι το σκεπτικό της πλήρους σώρευσης αποζημίωσης και υπαναχώρησης αποδέχεται πλέον πλήρως η νέα διατύπωση της ΑΚ 543 ειδικά υπέρ του αγοραστή στην πώληση, με τη λογική εξαίρεση ότι η αποζημίωση δεν μπορεί να περιλαμβάνει την αξία της παροχής που επιστρέφεται, το λεγόμενο διαφέρον ι-

160. Βλ. ΟΛΑΠ 568/1975, ΝοΒ 1975, 1080· 1093/1973, ΝοΒ 1974, 776· 80/1978, ΝοΒ 1978, 1354· 679/1988, ΝοΒ 1989, 1425· 1417/1999, ΕλλΔνη 2000, 767· Εφαθ 5183/2001, ΕλλΔνη 2002, 245· 3906/2002, ΕλλΔνη 2003, 224· *Μπαλιή*, Ενοχικών Δίκαιον - Γενικών Μέρους, 3^η εκδ., 1969, § 85 αρ. 7 σ. 304· *Ζέπο*, Ενοχικών Δίκαιον, 2^η εκδ., 1955, τ. Ι, σ. 547· *Μιχαηλίδη - Νουάρο*, ΕρμΑΚ, άρθρ. 387, αρ. 3· *Σόντη*, Σχόλιο, ΝΔικ 1949, 150· *Σταθόπουλο*, Γενικό Ενοχικό Δίκαιο, 2004, σ. 1162.

161. *Σταθόπουλο*, Γενικό Ενοχικό Δίκαιο, 2004, σ. 1162 επ.

162. Βλ. ΑΠ 679/1988, ΕλλΔνη 30, 759· 1417/1999, ΕλλΔνη 2000, 767 επ.· 558/1075 ολομ., ΝοΒ ΚΓ', 1080 επ.· 631/1969, ΝοΒ ΙΗ', 435· *Φίλιο*, Ενοχικό Δίκαιο - Γενικό Μέρος, 4^η εκδ., 2007, § 261 Γ, σ. 527· *Θεοδωρόπουλο*, Η υπαναχώρησης του δανειστού από της συμβάσεως εν υπερημερία του οφειλέτου, 1967· *Απ. Γεωργιάδη*, Ενοχικό Δίκαιο - Γενικό Μέρος, 1999, § 29 ΙΙΙ 5 αρ. 28: «Για τον υπολογισμό της αποζημίωσης αυτής λαμβάνεται υπόψη είτε το θετικό διαφέρον είτε το αρνητικό διαφέρον ανάλογα με τις περιστάσεις, έτσι ώστε να καθορισθεί η αποκαταστατέα θετική ζημία, χωρίς να αποκλείεται όμως και η λήψη υπόψη του τυχόν διαφυγόντος κέρδους. Αφού γίνει αυτός ο υπολογισμός, ο δικαστής θα μειώσει το ποσό κατά την εύλογη κρίση του»· βλ. και *Σταθόπουλο*, σε ΑΚ Γεωργιάδη/Σταθόπουλου, άρθρ. 387 αρ. 3.

163. Εισαγ. άρθρ. 389-401 αρ. 10· πρβλ. και *Γαζή*, ΕρμΑΚ 389-401 αρ. 21· *Βοσκίδη*, Σχόλιο, ΕΕΝ 1965, 572· ΠρΘεσ 2390/1957, ΝΔικ 1957, 547· *Καρακατσάνη*, σε ΑΚ Γεωργιάδη/Σταθόπουλου, Εισαγ. άρθρ. 416-454 αρ. 2.

164. Την αρχή της καθολικής αποκατάστασης της περιουσιακής ζημίας («όλα ή τίποτε») ο *Σταθόπουλος*, Γενικό Ενοχικό Δίκαιο, 2004, σ. 460 επ., 515 επ., την ανάγει στην ηθική έννοια της αποκαταστατικής δικαιοσύνης (iustitia commutativa)· πρβλ. επίσης *Λιτζερόπουλο*, Τρία θεμελιώδη προβλήματα της αστικής ευθύνης εις τα σύγχρονα δίκαια και τον ελληνικόν ΑΚ, ΑΙΔ 1940, 158 επ., 193 επ.

165. *Χελιδόνη*, Υπαναχώρηση και αποζημίωση, 2007, σ. 677 επ.

σοτιμίας των παροχών. Κατόπιν τούτου με τη νέα ΑΚ 543 η αντίφαση με την παλαιότερη ΑΚ 387 όχι μόνο δεν αίρεται αλλά εντείνεται.

Στην μνημονευθείσα παραπάνω εργασία μου για την υπαναχώρηση και την αποζημίωση αποπειράθηκα να καταδείξω ότι το σκεπτικό της πλήρους σώρευσης της υπαναχώρησης και της αποζημίωσης είναι πράγματι η μόνη δικαιοπολιτικά εύλογη λύση για το δανειστή, ο οποίος δεν φέρει καμία ευθύνη για τη μη εκπλήρωση και ο οποίος δεν πρέπει σε καμία περίπτωση να τιμωρείται για την άσκηση της υπαναχώρησης με τη στέρηση του δικαιώματος αναζήτησης παράλληλα και θετικού διαφέροντος¹⁶⁶. Προσπάθησα δε με αυτή την ευκαιρία να καταδείξω ότι το σκεπτικό της διάζευξης ήταν άγνωστο στο κλασικό ρωμαϊκό δίκαιο και δεν υιοθετήθηκε από τις περισσότερες προηγμένες έννομες τάξεις, επικράτησε δε μόνο στη γερμανική πανδεκτιστική επιστήμη του 19^{ου} αιώνα για ιστορικούς κυρίως λόγους και από εκεί παρεισέφρησε κατόπιν στον γερμανικό αστικό κώδικα και μέσω αυτού και στον ελληνικό αστικό κώδικα, που ατυχώς δεν θέλησε να απομακρυνθεί στο σημείο αυτό από τις γερμανικές δοξασίες παρά τις έντονες φωνές κριτικής που ακούστηκαν έγκαιρα, δηλαδή κατά το χρόνο θέσης σε ισχύ του ελληνικού αστικού κώδικα κυρίως από τους Κ. Τριανταφυλλόπουλο, Λιτζερόπουλο και Γαζή που τάχθηκαν ανοιχτά και ανεπιφύλακτα υπέρ της πλήρους σώρευσης¹⁶⁷. Το αποτέλεσμα ήταν ο ατυχής και σκοτεινός συμβιβασμός της ΑΚ 387 με πρωτοβουλία του Γ. Μπαλή¹⁶⁸. Η γερμανική πανδεκτιστική επιστήμη κατέληξε όμως στη λύση της διάζευξης, όχι για συστηματικούς αλλά για δικαιοπολιτικούς λόγους. Αυτοί ήταν με δύο λόγια οι εξής: επειδή η γερμανική επιστήμη διαφοροποιήθηκε από το γαλλικό μοντέλο της δικαστικής υπαναχώρησης που ήταν μια εμφανώς μη λειτουργική λύση, επειδή περιήγαγε το δανειστή σε μακρά ανασφάλεια¹⁶⁹ μέχρι να εκδικαστεί η υπόθεση ως

166. Με τη θέση στο κείμενο σύμφωνος και ο Σταθόπουλος, Γενικό Ενοχικό Δίκαιο, σ. 1163, ο οποίος υποστηρίζει ότι: «(ε)κείνο που συνάγεται από το πνεύμα της ΑΚ 387 § 1 είναι, ότι ο νόμος δεν ήθελε να δίδεται στον υπαναχωρούντα πλήρες θετικό διαφέρον, μολονότι έτσι παρουσιάζεται ασυνεπής, αφού είναι η αποζημίωση με την έννοια της θεωρίας της διαφοράς που πρακτικά οδηγεί σ' αυτό που αποκλείεται με την ΑΚ 387 § 1»· πρβλ. και ΕφΠατρ 165/1956, ΕΕΝ 1956, 836.

167. Χελιδόνη, Υπαναχώρηση και αποζημίωση, 2007, σ. 101 επ., 266 επ.

168. Για τις επιδράσεις του ελβετικού δικαίου στη λύση που προέκρινε ο Μπαλής, βλ. Σταθόπουλο, Γενικό Ενοχικό Δίκαιο, 2004, σ. 1160 επ.

169. Πρβλ. και το σχετικό σχολιασμό του Απ. Γεωργιάδη, Ενοχικό Δίκαιο - Γενικό Μέρος, 1999, § 22 Π αρ. 19, για τη γαλλική εκδοχή υπαναχώρησης: «Η αδυναμία του δανειστή να απαλλαγεί από τις συμβατικές του υποχρεώσεις πριν από τη δικαστική λύση της σύμβασης προκαλεί συχνά ανεπιεική αποτελέσματα, καθώς εξαναγκάζει τον δανειστή να παραμένει δεσμευμένος στη σύμβαση, εωσότου εκδοθεί η τελική απόφαση. Για αυτό γίνεται δεκτό ότι ο δανειστής δεν παραβιάζει τις συμβατικές υποχρεώσεις του, αν αρνηθεί να εκπληρώσει τη δική του παροχή λόγω της μη εκπλήρωσης της οφειλόμενης σ' αυτόν αντιπαροχής, και δικαιούται να προβεί στην κατάρτιση σύμβασης κάλυψης. Στην πράξη η δυσχέρεια αυτή αντιμετωπίζεται με τη συνομολόγηση συμβατικών ρητρών για υπαναχώρηση από τη σύμβαση, εφόσον συντρέξουν συγκεκριμένα περιστατικά (pacte comissoire)».

προς το αν δεσμεύεται αυτός από τη σύμβαση, εφόσον «αξιώσει» υπαναχώρηση, αφού το δικαστήριο μπορεί και να μην κάνει δεκτό τελικά το αίτημά του, διαμόρφωσε ανταποκρινόμενη στα κελεύσματα της εμπορικής πράξης την υπαναχώρηση ως μονομερές διαπλαστικό δικαίωμα¹⁷⁰. Φοβούμενη όμως ότι θα κατηγορηθεί ως ιδιαίτερα φιλική προς τον έμπορο - πωλητή, προέβη στη συνέχεια συμβιβαστικά στη διάζευξη της υπαναχώρησης προς την αποζημίωση. Το σκεπτικό ήταν ότι ο τελευταίος δεν θα πρέπει να απολαμβάνει τα πλεονεκτήματα της σώρευσης αλλά θα πρέπει να αρκεστεί στα πλεονεκτήματα της άσκησης είτε της υπαναχώρησης είτε της αποζημίωσης. Η διάζευξη δεν ήταν συνεπώς σε καμία περίπτωση απόρροια της αυστηρής συστηματικής λογικής. Η διασύνδεση αργότερα της υπαναχώρησης με τον αδικαιολόγητο πλουτισμό προσπάθησε να δώσει απλώς συστηματικό έρεισμα σε αυτή τη δικαιολογική επιλογή, ενώ ούτε η *actio redhibitoria* ούτε η *lex commissoria* με την οποία συνδέθηκε το νεοπαγές βοήθημα της υπαναχώρησης είχε κάποια σχέση στο κλασικό ρωμαϊκό δίκαιο με τον αδικαιολόγητο πλουτισμό. Κατάλοιπο αυτής της θεώρησης είναι ακόμη η ΑΚ 531 που απαγορεύει την άσκηση της υπαναχώρησης σε περίπτωση πίστωσης του τιμήματος, εκτός και αν έχει μεσολαβήσει επιφύλαξη κυριότητας. Το σκεπτικό της διάζευξης δεν έπεισε βέβαια ποτέ τη θεωρία, αναιρέθηκε δε έμμεσα και σταδιακά με τη νομολογιακή εδραίωση της θεωρίας της διαφοράς αλλά και με τη διαμόρφωση του σκεπτικού της μεγάλης αποζημίωσης, της σώρευσης της υπαναχώρησης με την περαιτέρω ζημία και, στις μέρες μας – τουλάχιστο στην αλλοδαπή –, με το σκεπτικό της αναζήτησης υπαναχώρησης σωρευτικά με τις ματαιωμένες δαπάνες. Πρόσφατα δε, δηλαδή το 2002, το ελεγχόμενο σκεπτικό της διάζευξης εγκατέλειψε οριστικά τον κόσμο της γερμανικής θεωρίας, αφού αναιρέθηκε και επίσημα από την γενναία αλλαγή και αναμόρφωση του γερμανικού ενοχικού δικαίου¹⁷¹. Η νέα § 325 γερμΑΚ εισάγει πλέον χωρίς περιορισμούς την πλήρη σώρευση υπαναχώρησης και αποζημίωσης, καταργώντας μάλιστα την αντίστοιχη της ελληνικής ΑΚ 531¹⁷² § 454 γερμΑΚ. Στον ελληνι-

170. Ο βασικός στόχος της υπαναχώρησης είναι να απαλλαγεί ο δανειστής αμοτεροβαρούς σύμβασης από την υποχρέωση καταβολής της αντιπαροχής, προκειμένου να τη διαθέσει αυτός με συμφερότερο τρόπο σε άλλο ενδιαφερόμενο, πρβλ. *Σταθόπουλο*, Γενικό Ενοχικό Δίκαιο, 2004, σ. 1176. Δεν είναι όμως σύμφωνος με αυτή τη συλλογιστική αυτή ο *Ρούσσος*, σε Παπανικολάου, Το νέο δίκαιο της ευθύνης του πωλητή, 2003, σ. 543, κατά τον οποίο: «(η) θεωρία του διαπλαστικού δικαιώματος καταλογίζει ένα πρόωρο πλεονέκτημα στον αγοραστή και, σε περίπτωση που αποδειχθεί ως μη δικαιωματική η άσκηση των δικαιωμάτων του, οδηγούμαστε ουσιαστικώς σε ανατροπή της ανατροπής». Τέτοιος φόβος βέβαια δεν υπάρχει, επειδή η υπαναχώρηση σε μια τέτοια περίπτωση δεν αναπτύσσει καμία ενέργεια.

171. Πρβλ. αναλυτικά *Haas/Medicus/Rolland/Schäfer/Wendtland*, Das Neue Schuldrecht, 2002, passim.

172. Η διάταξη αυτή είναι πάντως ενδοτικού χαρακτήρα, συνεπώς η εφαρμογή της μπορεί να αποκλεισθεί και σε μας με ιδιαίτερη συμφωνία των μερών, βλ. *Κορνηλάκη*, Ειδικό Ενοχικό Δίκαιο Ι, 2002, σ. 216.

κό αστικό κώδικα αντίθετα, παρά τη νέα βελτιωμένη ΑΚ 543, το σκεπτικό της διάζευξης των ΑΚ 382 και 383 δεσπάζει ακόμη με τις ασυνέπειες και τις ανεπάρκειές του, ενώ παραμένει η προβληματική¹⁷³ ΑΚ 531¹⁷⁴.

Έχοντας αυτά υπόψη, πρότεινα λοιπόν για την υπαναχώρηση και την αποζημίωση να αναιρεθεί πλήρως και από την ελληνική θεωρία το ενοχλητικό και ανεπαρκές σκεπτικό της μειωμένης αποζημίωσης της ΑΚ 387¹⁷⁵, έτσι ώστε να εναρμονιστεί ολοκληρωμένα πια η διάταξη αυτή με τη σύγχρονη ΑΚ 543 και την αντίστοιχη τάση των διεθνών νομοθετικών κειμένων ενοποίησης του συμβατικού δικαίου. Αυτό κρίνω ότι είναι μεθοδολογικά εφικτό μέσα από μια άλλη ερμηνευτική προσέγγιση του εκτιμητικού ρόλου του δικαστή, όπως τον επιτάσσει η ΑΚ 387. Εξέφρασα έτσι την άποψη ότι η εκτιμητική δράση του δικαστή στην αποτίμηση της αποζημίωσης που σωρεύεται με την υπαναχώρηση δεν μπορεί να σημαίνει μειωμένη αποζημίωση, όπως γίνεται μέχρι σήμερα δεκτό. Η σωρευόμενη με την υπαναχώρηση αποζημίωση θα πρέπει να αποκαθίσταται πλήρως, καθώς αυτό επιβάλλει η αρχή της καθολικής αποκατάστασης της περιουσιακής ζημίας, που γίνεται δεκτή από το ελληνικό δίκαιο, και συνιστά θετικό διαφέρον¹⁷⁶. Η εκτιμητική δράση του δικαστή θα πρέπει συνεπώς στην ΑΚ 387 να έχει ένα άλλο νόημα. Με την εκτιμητική δράση του δικαστή ο νόμος σε τελολογικό επίπεδο θα πρέπει να υπονοεί ότι με τη βοήθεια του δικαστή αποτιμώνται μόνο εκείνα τα αποζημιωτικά κονδύλια που κείνται εξ ορισμού στα όρια μεταξύ περιουσιακής και προσωπικής ζημίας, δηλαδή γεννούν από την ίδια τους τη φύση εκτιμητικές δυσχέρειες επακριβούς προσδιορισμού του περιεχομένου τους¹⁷⁷. Ο δικαστής μπορεί έτσι να εκτιμά με βάση το σκεπτικό της επιείκειας που εισάγει η ΑΚ 387 πόσες για παράδειγμα από τις ματαιωμένες δαπάνες με βάση την αρχή της αναλογικότητας μπορούν να σωρευθούν με την υπαναχώρηση ή σε πόση έκταση η τέρηση χρήση¹⁷⁸ πράγματος ή οι κατεστραμμένες διακοπές μπορούν να αποκατασταθούν δίπλα στην υπαναχώρηση. Όλα αυτά τα κονδύλια δεν

173. Κριτική για τη σκοπιμότητα αυτής της διάταξης και από Φίλιο, Ενοχικό Δίκαιο - Ειδικό Μέρος, τ. 1, 7^η εκδ., 2007, § 3 Α ΙΙ 2, σ. 58.

174. Η υπαναχώρηση της ΑΚ 532 θεωρείται συμβατική και όχι νόμιμη· πρβλ. Γαζή, ΕρμΑΚ 532, αρ. 54· Χριστακάκου, Ενημερωτικό σημείωμα, ΧρΙΔ 2006, 504. Ο Ι. Σχινάς σε ΑΚ Γεωργιάδη/Σταθόπουλου, άρθρ. 532 αρ. 87, θεωρεί τον όλο προβληματισμό ως ψευδοπρόβλημα. Το βέβαιο είναι ότι η υπαναχώρηση της ΑΚ 532 μπορεί να σωρευθεί με την εύλογη αποζημίωση της ΑΚ 387· ΕφΑθ 10664/1987, ΕλλΔνη 31, 1675· ΜΠρΒολ 290/2001, ΑρχΝ ΝΔ 686· Βλ. επίσης Νικολόπουλο, Η υπαναχώρηση στην πώληση, 2006, σ. 60.

175. Πρβλ. και Σταθόπουλο, Γενικό Ενοχικό Δίκαιο, 2004, σ. 426: «Αρνητικό διαφέρον δεν σημαίνει περιορισμένη αποζημίωση σε σχέση με την πραγματική ζημία. Τόσο αυτό όσο και το θετικό διαφέρον περιλαμβάνουν κατ' αρχήν πλήρη ανόρθωση της ζημίας που προκλήθηκε».

176. Βλ. και Σταθόπουλο, Γενικό Ενοχικό Δίκαιο, 2004, σ. 1170.

177. Χελιδόνη, Υπαναχώρηση και αποζημίωση, 2007, σ. 673 επ.

178. Για αυτό τον τύπο αποζημιωτικού κονδυλίου, πρβλ. ΕφΑθ 10693/1984 ΕπΣυγκΔικ ΙΓ', 366 επ· 10462/1984 ΕπΣυγκΔ ΙΓ', 372 επ· 4205/1983 ΕπΣυγκΔ ΙΑ', 499 επ· ΠρΑθ 3053/1978, ΝοΒ ΚΖ', 106.

είναι σαφές αν μπορούν να υπαχθούν απευθείας στην κατηγορία της προσωπικής ή της περιουσιακής ζημίας, ωστόσο διαθέτουν μια σαφή περιουσιακή βάση¹⁷⁹, την οποία δεν μπορεί να αγνοήσει ο νόμος στο πλαίσιο της θεωρίας της υποθετικής διαφοράς που γίνεται δεκτή για το περιεχόμενο της αποζημίωσης: ο δανειστής προέβη ήδη σε δαπάνες¹⁸⁰, στερήθηκε έμπρακτα τη χρήση ενός πράγματος κατά το χρόνο της επισκευής του ή δεν μπόρεσε να απολαύσει τις διακοπές του για λόγους που ανάγονται στον οφειλέτη.

Υποστήριξα επίσης και κάτι άλλο για τη συλλογιστική της σχέσης ανάμεσα στη συμβατική αποζημίωση και την υπαναχώρηση μετά την εισαγωγή της πλήρους σώρευσης στην ΑΚ 543¹⁸¹: Παρά τη θέσπιση της εν λόγω διάταξης εξακολουθεί να γίνεται από την ελληνική θεωρία δεκτό¹⁸² ότι η άσκηση της αποζημίωσης επιτρέπει μεν, όπως γινόταν δεκτό και παλαιότερα, τη μετάβαση στην υπαναχώρηση, δεν μπορεί όμως να ισχύσει το αντίστροφο, δηλαδή δεν είναι δυνατή η μετάβαση από την υπαναχώρηση στην αποζημίωση, επειδή δήθεν η υπαναχώρηση διαπλάθει μια νέα έννομη κατάσταση που διακόπτει τη λειτουργία της σύμβασης¹⁸³. Το σκεπτικό αυτό δεν συμφωνεί όμως με την πλήρη σώρευση της υπαναχώρησης και της αποζημίωσης, όπως την προβλέπει πλέον η νέα ΑΚ 543. Θα πρέπει δηλαδή εφεξής να προτιμηθεί η άποψη ότι, ενόσω η υπαναχώρηση δεν διαλύει όλη τη σύμβαση αλλά απλώς καταργεί τις κύριες υποχρεώσεις για παροχή, είναι λογικά δυνατή η μετάβαση και από την υπαναχώρηση ακόμη στην αποζημίωση, όπως και η μετάβαση από τη θεωρία της διαφοράς στη θεωρία της ανταλλαγής κατά την αποτίμηση του θετικού διαφέροντος, υπό τον όρο ότι ο οφειλέτης της αποζημίωσης δεν προέβη ήδη σε δαπάνες για την επιστροφή της δικής του, ληφθείσης παροχής ή για την απόδοση

179. Για τον όλο προβληματισμό και την επίκριση εμπορευματοποίησης προσωπικών ζημιών στο ειδικότερο παράδειγμα της στέρησης χρήσης πράγματος, βλ. *Φλούδα*, Αστική ευθύνη εξ αυτοκινητικών ατυχημάτων, εκδ. β', 1985, § 143 β· ΕφΑθ 2622/1982 ΝοΒ ΛΖ', 112· επίσης *Αυγουστιανάκη*, Σχόλιο, ΝοΒ 1985, 1230.

180. *Φίλιου*, Ενοχικό Δίκαιο - Γενικό Μέρος, 4^η εκδ., 2007, § 183 Α, σ. 377.

181. *Χελιδόνη*, Υπαναχώρηση και αποζημίωση, 2007, σ. 656.

182. Βλ. *Απ. Γεωργιάδη*, Ενοχικό Δίκαιο - Ειδικό Μέρος Ι, 2004, § 9 IV 7 αρ. 128, σ. 113· *Ρούσσο* σε Παπανικολάου, Το νέο δίκαιο της ευθύνης του πωλητή, 2003, σ. 384: «Αν επί παραδείγματι δεχθούμε, ότι η δήλωση του αγοραστή, ότι υπαναχωρεί από την πώληση, αποτελεί άσκηση διαπλαστικού δικαιώματος η επερχόμενη με την άσκηση του δικαιώματος αυτού κατάργηση της συμβατικής ενοχής αποκλείει φυσιολογικά την μεταπήδηση του αγοραστή σε άλλα δικαιώματα, όπως μείωση του τιμήματος ή διόρθωση ή αντικατάσταση ή αποζημίωση.» Το πρόβλημα της ανάγκης μετάβασης ξεπερνά εδώ ο Ρούσσο με άλλο τρόπο, δηλαδή με τη βοήθεια της κατασκευής του περί διαπλαστικής αξιώσεως για την υπαναχώρηση, έτσι ώστε μέχρι να τελεσιδικήσει η κρίση για το νόμιμο της υπαναχώρησης να είναι δυνατή η μετάβαση στην αποζημίωση (βλ. ίδια σελίδα του κειμένου του Ρούσου in fine)· πρβλ. *Κορνηλάκη*, Ειδικό Ενοχικό Δίκαιο Ι, 2002, σ. 254.

183. Βλ. *Μπαλή*, Ενοχικόν Δίκαιον - Γενικόν Μέρος, 3^η εκδ., 1969, § 84 αρ. 3· *Μιχαηλίδη - Νουάρο*, ΕρμΑΚ 382, αρ. 12· *Απ. Γεωργιάδη*, Ενοχικό Δίκαιο - Γενικό Μέρος, 1999, § 29 αρ. 29.

της αποζημίωσης. Μετάβαση από το ένα βοήθημα στο άλλο δεν μπορεί εκ των πραγμάτων να είναι δυνατή μόνο μετά από συμφωνία των μερών για το πόση αποζημίωση θα πρέπει ακριβώς να δοθεί στη συγκεκριμένη περίπτωση ή μετά την τελευταία συζήτηση στο ακροατήριο της αγωγής αποζημίωσης, όπου και αποτιμάται οριστικά από το δικαστήριο η έκταση της τελευταίας¹⁸⁴. Επίσης, υποστήριξα ότι σε τελική ανάλυση δυνατή δεν μπορεί να είναι παρά μόνο η μετάβαση στην καθολική υπαναχώρηση μετά την άσκηση μικρής αποζημίωσης και όχι αντίστροφα, αφού με την τελευταία ο δανειστής αφήνει σαφώς να εννοηθεί ότι επιθυμεί να παραμείνει στη σύμβαση και δεν θέλει πλήρη ανατροπή των αποτελεσμάτων της¹⁸⁵. Αρκείται συνεπώς στην μερική υπαναχώρηση¹⁸⁶. Το σκεπτικό αυτό εξακολουθεί όμως να μη γίνεται δεκτό από την ελληνική θεωρία και μετά τη νέα ΑΚ 543, η οποία επιμένει στη μη μετάβαση από την υπαναχώρηση στην αποζημίωση παρά την αποδοχή της πλήρους σώρευσης από την εν λόγω διάταξη¹⁸⁷. Η εμμονή στο σκεπτικό αυτό δεν είναι ωστόσο δικαιολογημένη, αφού η υπαναχώρηση και μεν διαπλάθει μια νέα κατάσταση, αυτή όμως δεν είναι σε καμία περίπτωση η διάλυση της σύμβασης. Η ανάγκη πλήρους αποκατάστασης των πληγέντων από την παθολογία συμφερόντων του δανειστή καθιστά επιτακτική όχι μόνο την εδραίωση της πλήρους σώρευσης ανάμεσα στην υπαναχώρηση και την αποζημίωση και στις γενικές διατάξεις αλλά επιβάλλει να γίνει παράλληλα δεκτό και το ότι είναι εφικτή η ελεύθερη μετάβαση από το ένα βοήθημα στο άλλο, μέχρις ότου επιτευχθεί η πλήρης ικανοποίηση του δανειστή, υπό τον όρο όμως ότι δεν πλήττεται εξ αυτού του λόγου οικονομικά κανένα από αυτούς¹⁸⁸. Ο διαπλαστικός χαρακτήρας της υπαναχώρησης¹⁸⁹ δεν μπορεί να γίνει

184. Αναλυτικά από *Αστ. Γεωργιάδη*, Ο χρόνος υπολογισμού της ζημίας, σε ΤιμΤ Γαζή, 1994, σ. 111 επ.: *Νίκα*, Ο κρίσιμος χρόνος υπολογισμού της ζημίας στις αδικοπραξίες, Αρμ 2001, 3 επ.

185. Ανάλογο το σκεπτικό και ενόψει της σχέσης υπαναχώρησης και μείωσης του τιμήματος, πρβλ. *Ρούσσο* σε Παπανικολάου, Το νέο δίκαιο της ευθύνης του πωλητή, 2003, σ. 393: «Οποιος ζητεί μείωση του τιμήματος, διαδηλώνει σαφώς τη βούλησή του ότι εμμένει στη σύμβαση και κρατεί το πράγμα, έστω με τα ελαττώματα που έχει».

186. ΑΠ 216/1978, ΝοΒ ΚΖ', 49 επ.· 568/1975 ολομ., ΝοΒ ΚΓ', 1080· ΕφΑθ 1252/1979, Αρμ ΛΓ', 1007 επ. με παρατηρήσεις Κορνηλάκη· πρβλ. και *Μιχαηλίδη - Νουάρο*, ΕρμΑΚ άρθρ. 387 αρ. 6 και 9.

187. Πρβλ. κυρίως *Σταθόπουλο*, Γενικό Ενοχικό Δίκαιο, 2004, σ. 1166· *Αστ. Γεωργιάδη*, Ενοχικό Δίκαιο - Γενικό Μέρος II, ε' εκδ., 2007, σ. 126: «Το δικαίωμα υπαναχώρησης είναι κατά τη φύση του διαπλαστικό. Μόνη η άσκησή του, δηλαδή η περιέλευση της σχετικής βουλήσεως του δανειστή στον οφειλέτη, επιφέρει διάλυση της συμβάσεως. Συνεπώς μεταγενέστερη μεταβολή γνώμης και άσκηση άλλου δικαιώματος (π.χ. αποζημιώσεως) δεν είναι πλέον δυνατή».

188. Ανάλογη είναι η κρατούσα αντίληψη πλέον στη Γερμανία μετά τη νέα § 325 γερμΑΚ, που εισάγει την πλήρη σώρευση υπαναχώρησης και αποζημίωσης στο αποκαλούμενο γενικό ενοχικό δίκαιο, πρβλ. *Emmerich*, Das Recht der Leistungsstörungen, 6^η εκδ., 2005, σ. 183 επ. με περαιτέρω βιβλιογραφικές υποδείξεις.

189. ΑΠ 335/1959 ολομ., ΝοΒ 1084· 1069/1979, ΝοΒ 28, 489· ΕφΑθ 6647/1975, ΝοΒ 24, 323· επ' αυτού επίσης *Σόντη*, Μεταγραφή και συμβατική υπαναχώρησης, Αρμ ΛΣΤ', 85 επ.· *Σταθόπουλο*,

ένα στενόχωρο επιχείρημα στα χέρια της θεωρίας, ώστε να αποτρέπεται η μετάβαση, όταν με αυτή δεν διακυβεύεται κανένα συμφέρον του άλλου μέρους. Τα δύο βοηθήματα θα πρέπει να συμπληρώνουν το ένα το άλλο προς όφελος του δανειστή και δεν θα πρέπει να αναιρείται, διακόπτεται ή να παρακωλύεται η κοινή τους δράση¹⁹⁰.

Γενικό Ενοχικό Δίκαιο, 2004, σ. 1196 επ.· *Απ. Γεωργιάδη*, Ενοχικό Δίκαιο - Γενικό Μέρος, 1999, § 52 I αρ. 1, σ. 511· *Νικολόπουλου*, Η υπαναχώρηση στην πώληση, 2006, σ. 27.

190. Θα πρέπει δηλαδή να ισχύσει ό,τι γίνεται δεκτό για το δικαίωμα επιλογής του δανειστή ενόψει των δικαιωμάτων της ΑΚ 382 ή της ΑΚ 540 (επ' αυτού αναλυτικά από *Απ. Γεωργιάδη*, Ενοχικό Δίκαιο - Γενικό Μέρος, 1999, § 29 III 5 αρ. 29, σ. 316 επ.), χωρίς εξαίρεση για την υπαναχώρηση, όπως γίνεται μέχρι τώρα δεκτό, παρά μόνο με τους όρους που εκτέθηκαν παραπάνω.