

**ΠΑΝΤΕΙΟΝ ΠΑΝΕΠΙΣΤΗΜΙΟ ΚΟΙΝΩΝΙΚΩΝ ΚΑΙ
ΠΟΛΙΤΙΚΩΝ ΕΠΙΣΤΗΜΩΝ**

ΠΡΟΓΡΑΜΜΑ ΜΕΤΑΠΤΥΧΙΑΚΩΝ ΣΠΟΥΔΩΝ ΓΕΝΙΚΟΥ ΤΜΗΜΑΤΟΣ

ΔΙΚΑΙΟΥ

Κατεύθυνση: **Ιδιωτικό Δίκαιο και Ευρωπαϊκή Ενοποίηση**

Διπλωματική Εργασία

*Θέμα: « **Η ποινική ρήτρα και ειδικότερα το ζήτημα της υπέρμετρης
ποινής κατ'άρθρον 409 ΑΚ** »*

Επιβλέπουσα Καθηγήτρια: κα Βιργινία Θεοδωροπούλου-Δένδια

Αθήνα 2007

Ιωάννης Σ. Τσουκαλάς

Η παρούσα αφιερώνεται εξαιρετικά:

στους γονείς μου Σπυρίδωνα και Αναστασία

στον αδελφό μου Νικόλα

στον ακαδημαϊκό δάσκαλο κύριο Νάσο Μπασαγιάννη

ΠΡΟΛΟΓΟΣ

Η εργασία αυτή υποβλήθηκε ως διπλωματική, στην κρίση τριμελούς επιτροπής που ορίστηκε από το Γενικό Τμήμα Δικαίου, της κατεύθυνσης του Ιδιωτικού Δικαίου, του Παντείου Πανεπιστημίου. Την τριμελή επιτροπή αποτελούσαν οι καθηγητές του Παντείου Πανεπιστημίου κ.κ. Β. Θεοδωροπούλου – Δένδια και Ν. Μπασαγιάννης καθώς επίσης και ο καθηγητής του Εθνικού Καποδιστριακού Πανεπιστημίου Αθηνών Α. Χατζής. Ευχαριστώ θερμά τα μέλη της Επιτροπής για την ευμενή τους κρίση.

Επίσης, θα ήθελα να ευχαριστήσω ξεχωριστά και από τη θέση αυτή την επιβλέπουσα καθηγήτριά μου κα. Β. Θεοδωροπούλου - Δένδια, για την συμβουλευτική της λειτουργία και τις παρατηρήσεις της σε ζητήματα περιεχομένου και διατύπωσης της εργασίας μου, ιδιαίτερος δε τον καθηγητή κ. Ν. Μπασαγιάννη, του οποίου η πολύπλευρη φροντίδα και συμπαράσταση, η υπομονή και το ενδιαφέρον του καθ' όλη τη διάρκεια της συγγραφής, η γόνιμη σκέψη και η εποικοδομητική κριτική συνέβαλαν καθοριστικά στην εκπόνηση αυτής της διπλωματικής.

Ευχαριστώ ομοίως τον καθηγητή κ. Α. Χατζή για τον πολύτιμο χρόνο που μου αφιέρωσε και τις καίριες παρατηρήσεις του, όπως επίσης και για την εισαγωγή μου δια των συγγραμμάτων του στον χώρο της Οικονομικής Ανάλυσης του Δικαίου.

Τις ευχαριστίες μου θα ήθελα να εκφράσω εν κατακλείδι προς όλους τους διδάσκοντες της κατεύθυνσης του Ιδιωτικού Δικαίου, του Γενικού Τμήματος Δικαίου, του Παντείου Πανεπιστημίου για τον πνευματικό μόχθο, τον οποίον κατέβαλαν αφειδώς καθ' όλη τη διάρκεια του διετούς κύκλου σπουδών στα πλαίσια του προγράμματος μεταπτυχιακών σπουδών: «Δίκαιο και Ευρωπαϊκή Ενοποίηση».

Ιωάννης Σ. Τσουκαλάς
Αθήνα, Ιανουάριος 2007

ΠΙΝΑΚΑΣ ΠΕΡΙΕΧΟΜΕΝΩΝ

ΕΙΣΑΓΩΓΗ

Α. Γενικά.....	1
Β. Οι απόψεις θεωρίας και νομολογίας ως προς τον σκοπό της ποινικής ρήτηρας.....	2
Γ. Βασικά εννοιολογικά στοιχεία και η δικαιολογητική βάση της ποινικής ρήτηρας.....	3

ΚΕΦΑΛΑΙΟ Ι. ΠΕΡΙΕΧΟΜΕΝΟ ΤΗΣ ΠΟΙΝΙΚΗΣ ΡΗΤΡΑΣ

Α. Το στοιχείο της ενοχής	
1. Ίδρυση της ενοχής.....	6
2. Ιδιαίτερα χαρακτηριστικά της συμφωνίας για την ποινική ρήτρα.....	8
3. Υπαγωγή της συμφωνίας για την ποινική ρήτρα στις γενικές περί συμβάσεων διατάξεις.....	9
4. Συμβαλλόμενα μέρη.....	9
5. Αντικείμενο της ποινικής ρήτηρας.....	10
6. Κατάπτωση της ποινής.....	11
Β. Το στοιχείο του παρεπομένου	
1. Η αναγκαιότητα προϋφιστάμενης κύριας ενοχής.....	12
2. Οι συνέπειες του παρεπόμενου χαρακτήρα της ποινικής ρήτηρας.....	13
Γ. Το στοιχείο της ζημίας	
1. Η σημασία της διάταξης ΑΚ 405 § 2.....	17
2. Σχέση ΑΚ 405 § 2 με ΑΚ 281 και 409.....	17

ΚΕΦΑΛΑΙΟ ΙΙ. ΔΙΑΚΡΙΣΗ ΤΗΣ ΠΟΙΝΙΚΗΣ ΡΗΤΡΑΣ ΑΠΟ

ΣΥΓΓΕΝΕΙΣ ΘΕΣΜΟΥΣ

Α. Αρραβώνας	
1. Έννοια του αρραβώνα.....	20
2. Σχέση αρραβώνα και ποινικής ρήτηρας.....	20
3. Ποινική ρήτρα εν ευρεία εννοία.....	21

B. Μη γνήσια ποινική ρήτρα	
1. Έννοια της μη γνήσιας ποινικής ρήτρας.....	22
2. Σχέση μη γνήσιας και γνήσιας ποινικής ρήτρας.....	22
Γ. Ποινική ρήτρα μεταμέλειας	
1. Έννοια της ποινικής ρήτρας μεταμέλειας.....	23
2. Σχέση ποινικής ρήτρας μεταμέλειας και ποινικής ρήτρας.....	24
Δ. Ρήτρα κράτησης της ληφθείσας παροχής	
1. Έννοια της ρήτρας κράτησης της ληφθείσας παροχής.....	26
2. Σχέση ρήτρας κράτησης της ληφθείσας παροχής και ποινικής ρήτρας....	26
Ε. Κατ' αποκοπήν αποζημίωση	
1. Έννοια της κατ' αποκοπήν αποζημίωσης.....	27
2. Διάκριση ποινικής ρήτρας και κατ' αποκοπήν αποζημίωσης.....	28

ΚΕΦΑΛΑΙΟ ΙΙΙ. ΠΟΙΝΙΚΗ ΡΗΤΡΑ ΚΑΙ ΑΞΙΩΣΕΙΣ ΑΠΟ ΤΗΝ

ΚΥΡΙΑ ΕΝΟΧΗ

A. Ποινική ρήτρα και αξίωση εκπλήρωσης	
1. Ποινική ρήτρα για μη εκπλήρωση	30
2. Ποινική ρήτρα για μη προσήκουσα εκπλήρωση.....	31
B. Ποινική ρήτρα και αξίωση αποζημίωσης	
1. Ποινική ρήτρα για μη εκπλήρωση.....	33
2. Ποινική ρήτρα για μη προσήκουσα εκπλήρωση.....	34

ΚΕΦΑΛΑΙΟ ΙV. ΜΕΙΩΣΗ ΤΗΣ ΥΠΕΡΜΕΤΡΗΣ ΠΟΙΝΗΣ

A. Το δικαίωμα μείωσης της ποινής	
1. Ο νομικός συλλογισμός για την εφαρμογή της ΑΚ 409.....	35
2. Δικαιολογητικός λόγος της ΑΚ 409	38
3. Φύση του δικαιώματος μείωσης της ποινής και σχέση του προς συγγενείς διατάξεις	40
B. Κριτήρια μείωσης της ποινής κατ' ΑΚ 409	
1. Τα κριτήρια μείωσης της ποινής.....	50
2. Έκταση ελέγχου κατ' ΑΚ 409.....	55
Γ. Περιεχόμενο-Χρόνος μείωσης της ποινής	
1. Περιεχόμενο του αιτήματος μείωσης της ποινής.....	56

2. Χρόνος υποβολής του αιτήματος μείωσης της ποινής.....	56
3. Χρόνος κρίσης του δυσαναλόγου.....	58
Δ. Συγκριτική θεώρηση της ποινικής ρήτρας και των οικονομικών σκοπών, που αυτή εξυπηρετεί, υπό την εποπτεία της Οικονομικής Ανάλυσης του Δικαίου.....	61

**ΚΕΦΑΛΑΙΟ V. ΑΝΑΣΚΟΠΗΣΗ ΤΩΝ ΑΝΩΤΕΡΩ ΘΕΣΕΩΝ
ΤΗΣ ΘΕΩΡΙΑΣ ΕΞΕΙΔΙΚΕΥΜΕΝΩΝ ΥΠΟ
ΤΟ ΠΡΙΣΜΑ ΕΠΙΚΑΙΡΗΣ ΝΟΜΟΛΟΓΙΑΣ**

A. Πώληση πράγματος με τον όρο παρακράτησης της κυριότητας και 409 ΑΚ....	67
B. Σύμβαση χρηματοδοτικής μίσθωσης (leasing) και 409 ΑΚ.....	69
Γ. Προσύμφωνο - εργολαβικό συμβόλαιο και 409 ΑΚ.....	69
Δ. Πώληση ημιτελούς διαμερίσματος και 409 ΑΚ.....	71
Ε. Σύμβαση πώλησης με τη διαλυτική αίρεση της αποπληρωμής του πιστωθέντος μέρους του τιμήματος και 409 ΑΚ.....	72
Στ. Σύμβαση μεσιτείας και 409 ΑΚ.....	72
Ζ. Σύμβαση μίσθωσης και 409 ΑΚ.....	73
Η. Ποινικές ρήτρες υπέρ του Ελληνικού Δημοσίου και 409 ΑΚ.....	75
Θ. Ρήτρες περί μη ανταγωνισμού και 409ΑΚ.....	76
Ι. Σύμβαση προμήθειας υγρών καυσίμων, προς μεταπώληση και 409 ΑΚ.....	77
 ΣΥΜΠΕΡΑΣΜΑΤΑ – ΠΡΟΒΛΗΜΑΤΙΣΜΟΙ.....	78
 ΒΙΒΛΙΟΓΡΑΦΙΑ.....	82

ΣΥΝΤΟΜΟΓΡΑΦΙΕΣ

ΑΙΔ	Αρχείον Ιδιωτικού Δικαίου
ΑΚ	Αστικός Κώδικας
ΑΠ	Άρειος Πάγος
ανάτ.	Ανάτυπον
αντίθ.	αντίθετος
αρ.	αριθμός
αρθρ.	άρθρο
Αρμ	Αρμενόπουλος
ΑρχΝομ	Αρχείο Νομολογίας
βλ.	βλέπε
γαλλΑΚ	γαλλικός Αστικός Κώδικας
ΓενΑρχ	Γενικές Αρχές
γερμΑΚ	γερμανικός Αστικός Κώδικας
Δ	Δίκη
Δνη	Δικαιοσύνη
εδ.	εδάφιο
EEN	Εφημερίς Ελλήνων Νομικών
Εισ.	Εισαγωγή
έκδ.	έκδοση
ΕλλΔνη	Ελληνική Δικαιοσύνη
επ.	επόμενα
Ειρ	Ειρηνοδικείο
ΕΕργΔ	Επιθεώρηση Εργατικού Δικαίου
ΕρμΑΚ	Ερμηνεία Αστικού Κώδικα
Εφ	Εφετείο
Θ ή Θεμ	Θέμις
κεφ.	Κεφάλαιο
κλπ.	και τα λοιπά
ΚΠολΔ	Κώδικας Πολιτικής Δικονομίας
ΜονΠρωτ	Μονομελές Πρωτοδικείο
ν. ή Ν.	νόμος
ν.δ.	νομοθετικό διάταγμα
ΝΔικ	Νέο Δίκαιο
ΝοΒ	Νομικό Βήμα
ΟΛΑΠ	Ολομέλεια Αρείου Πάγου
ό.π.	όπου προηγούμενα
παρ.	παράγραφος
παρακ.	παρακάτω
παραπ.	παραπάνω
π.δ.	προεδρικό διάταγμα
περ.	περίπτωση
ΠολΠρωτ	Πολυμελές Πρωτοδικείο
πρβλ.	πράβαλε
σελ. ή σ.	σελίδα
σημ.	σημείωση
τεύχ.	τεύχος
τόμ. ή τ.	τόμος
υποσ.	υποσημείωση

ENGLISH SUMMARY of DESERTATION**Topic: “Penal clauses - excessive penalties pursuant to article 409 CC”**

Within the scope and during execution of a main contract, the contracting parties quite often select to include and adopt a penal clause, whereby the debtor undertakes to provide the creditor with additional consideration (usually an amount of money) in case of failure by the debtor to duly perform his obligations from the main contract, regardless of whether such failure has caused damage to the creditor's interests. Thus, this is a secondary obligation, in the sense that it is contingent upon the existence of a major obligation whereas its role is primarily to enhance the major obligation as it is an additional means adopted by the parties to ensure smooth performance of their contractual relationship. Failure by the debtor to perform or to duly perform his obligations is normally the only prerequisite for the forfeiture of a penal clause agreed between the parties.

Until recently, the view prevailing in both Greek theory and case law was that penal clauses constitute private civil sanctions. The basis of this view is found in article 405 para. 2 CC, whereby the penalty will be forfeited even if no damage has been caused to the creditor, the creditor being in any case discharged of the burden to prove damage equal to the amount of the penalty forfeited. Thus, the penal clause is not a damage restoration mechanism serving the creditor's interests, since the forfeiture of the penalty does not relate to the existence of damage, but only to the parties' explicit wish to enhance the creditor's right to demand performance of the major obligation contracted.

This paper distinguishes the penal clause from other similar provisions of the Greek law, e.g. earnest money, penal clause of repentance, clause of detention of consideration and lump sum compensation.

An essential prerequisite for the reduction of a penal clause down to the reasonable extent, - so that the penal clause does not work as a means of unjust enrichment of the creditor against the debtor, with the law's tolerance - is the clause's nature as disproportional; i.e. not all clauses deviating from the reasonable extent are subject to reduction, but only those deviating considerably from it and exceeding the limits considered acceptable in accordance with good faith and the moral conventions. Hence, the law accepts the possibility that a penal clause could be rather high.

The provisions of article 409 CC on the reduction of penal clauses constitute an innovation of modern legislation, and must be viewed within the context of bona fide performance of the contractual obligations and disburdening the debtor. Such a reduction is applied by the competent Court, which is called to give the obscure concept of “excessive penalty” a precise definition and meaning. According to the prevailing theory, after taking into consideration the overall contractual relationship and its qualitative characteristics, the extent to which a penalty is disproportional should be assessed based on the following criteria:

- (a) The extent to which the debtor’s obligation has been breached;
- (b) The creditor’s interest affected by such breach (including any financial or moral interest or even any distant damaging effect of such breach and any other justified interest);
- (c) The degree of the debtor’s fault;
- (d) The benefit gained by the debtor from his failure to perform or duly perform his contractual obligation;
- (e) The value of the penalty compared to the value of the creditor’s consideration and
- (f) The financial standing of the contracting parties, as well as their moral and social relationship. The lack of damage caused to the creditor or the extent of such damage caused is not taken into account in applying article 409 CC, because, pursuant to article 405 para. 2 CC, the penalty will forfeit regardless of whether damage has been caused to the creditor.

In applying article 409 CC the Court should bear in mind that although article 409 CC aims to protect the debtors from excessive and unjustified – in terms of good faith – commitments, penal clauses should serve as legal means to enhance the creditor’s position and this objective should on no account be circumvented or set aside by reducing the penalty.

ΕΙΣΑΓΩΓΗ

Α. Γενικά

Συνήθης στη συναλλακτική πρακτική είναι η συνομολόγηση ρήτρας, στο πλαίσιο και κατά την κατάρτιση κύριας σύμβασης, με το παρακάτω περιεχόμενο: ο οφειλέτης υπόσχεται, σε περίπτωση που δεν εκπληρώσει τις υποχρεώσεις του από την κύρια σύμβαση, να καταβάλει στο δανειστή άλλη πρόσθετη παροχή (συνήθως χρηματικό ποσό) ανεξάρτητα από την ύπαρξη ζημίας του τελευταίου. Συχνότατα περιεχόμενο της ρήτρας συνιστούν οι ακόλουθες προβλέψεις:

αα) η υποχρέωση του οφειλέτη για την καταβολή της πρόσθετης παροχής γεννάται ανεξάρτητα από τη συνδρομή υπαιτιότητας του για την παραβίαση των κύριων συμβατικών του υποχρεώσεων και

ββ) ο δανειστής δικαιούται να αξιώσει, πλέον της συμφωνηθείσας πρόσθετης παροχής, εκπλήρωση της παροχής από την κύρια σύμβαση ή πλήρη αποζημίωση για τη ζημία που τυχόν υπέστη από την παραβίαση των κύριων συμβατικών του υποχρεώσεων από τον οφειλέτη.

Η ρήτρα αυτή καλείται ποινική ρήτρα και ρυθμίζεται στις διατάξεις των άρθρων 404-409 ΑΚ.

Στην παρούσα εργασία, θα ασχοληθούμε αδρομερώς με:

αα) την αναζήτηση και τον εντοπισμό του τελολογικού προσανατολισμού της ποινικής ρήτρας

ββ) την οριοθέτηση της έννοιας της ποινικής ρήτρας και τη διάκριση της από συγγενείς θεσμούς

γγ) τη διαμόρφωση των σχέσεων των μερών από τη στιγμή που καταπίπτει και καθίσταται απαιτητή η ποινή και παράλληλα γεννώνται οι αξιώσεις του δανειστή από την κύρια σύμβαση (εκπλήρωσης της παροχής ή αποζημίωσης για μη εκπλήρωση)

και ειδικότερα δε με:

δδ) τη μείωση της υπέρμετρης ποινής, η οποία αποτελεί και τον πυρήνα των αναζητήσεών μας.

Τα περισσότερα από τα προβλήματα που σχετίζονται με την ποινική ρήτρα απορρέουν από την όχι πάντα νομοτεχνικά άψογη ρύθμιση του θεσμού (όσον αφορά τη δομή και τη διατύπωση των κανόνων δικαίου) αλλά και από το γεγονός ότι οι κανόνες των ΑΚ 404-409 είναι κατά βάση και στο μεγαλύτερο μέρος τους ενδοτικού δικαίου, με αποτέλεσμα την πολύμορφη εμφάνιση της ποινικής ρήτρας στις

συναλλαγές. Η τελευταία μπορεί να ικανοποιεί μεν τα πολυποίκιλα συμφέροντα των μερών στη σύγχρονη οικονομική ζωή, δυσχεραίνει όμως το έργο του ερμηνευτή και εφαρμοστή του δικαίου.

B. Οι απόψεις θεωρίας και νομολογίας ως προς τον σκοπό της ποινικής ρήτρας.

α. Στην ελληνική θεωρία¹ και νομολογία² κρατούσα μέχρι προσφάτως φαίνεται η άποψη ότι η ποινική ρήτρα αποτελεί ιδιωτική αστική ποινή. Αφετηρία για το χαρακτηρισμό αυτό αποτελεί η διάταξη της ΑΚ 405 § 2, σύμφωνα με την οποία η ποινή καταπίπτει ακόμα και αν ο δανειστής δεν έχει υποστεί καμμία ζημία. Αφού λοιπόν η ποινή οφείλεται ανεξάρτητα από την ύπαρξη ζημίας του δανειστή, πρόκειται, κατά την άποψη αυτή, για επιβολή περιουσιακού κακού στον εν αδίκω ευρισκόμενο οφειλέτη (δράστη), που παραβίασε τις συμβατικές του υποχρεώσεις έναντι του αδικουμένου δανειστή. Με την ποινική λειτουργία της, κατά την κρατούσα άποψη, η ποινική ρήτρα εξυπηρετεί τους ακόλουθους σκοπούς:

αα) Προτρέπει τον οφειλέτη σε (ομαλή) εκπλήρωση της παροχής του, με την απειλή κατάπτωσης της ποινής.

ββ) Απαλλάσσει το δανειστή από το βάρος απόδειξης της μέχρι του ύψους της ποινής επελθούσας ζημίας του.

γγ) Καλύπτει και την ηθική ζημία, που τυχόν υπέστη ο δανειστής και της οποίας η αποκατάσταση δεν είναι δυνατή αν λείπουν οι προϋποθέσεις της ΑΚ 932.

β. Υποστηρίζεται επίσης, ότι η ποινική ρήτρα έχει μικτό χαρακτήρα. Είναι δηλαδή αφενός ιδιωτική ποινή, διότι περιέχει απειλή κακού σε βάρος του αντισυμβαλλομένου που παραβίασε τις συμβατικές του υποχρεώσεις, ακόμα και αν δεν συντρέχουν οι προϋποθέσεις της αποζημίωσης και αφετέρου κατ' αποκοπήν αποζημίωση (προκαθορισμένη), προκειμένου να αποφύγει ο δανειστής την απόδειξη της ζημίας του, που καλύπτεται από το ποσό της ποινής.

Η άποψη αυτή παρουσιάζεται διαφοροποιημένη κυρίως ως προς το πρώτο σκέλος της, υπό την εξής μορφή: Γίνεται δεκτό ότι η ποινική ρήτρα έχει διπλή λειτουργία (*doppelte Funktion*), ότι δηλαδή αφενός λειτουργεί ως μέσο πίεσης του οφειλέτη και αφετέρου ως μέσο εξασφάλισης και ελάφρυνσης του δανειστή, που δεν

¹ Βλ. Σπυριδούλα-Αγγελική Ε. Λιώση, Η αξίωση από την ποινική ρήτρα και η σχέση της με τις αξιώσεις εκπλήρωσης και αποζημίωσης, Εκδ. Αντ. Ν. Σάκκουλα, Αθήνα-Κομοτηνή 1993, σελ. 3 επ., καθώς επίσης και εκεί παραπομπές στις αντίστοιχες υποσημειώσεις.

² Βλ. **ΕφΑρ. 439/1980** ΕλλΔνη 23, 71, **ΕφαΘ 3831/1975** ΕλλΔνη 17, 108, **ΕφαΘ 7074/1974** Αρμ 28, 796, **ΕφαΘ 2245/1968** Αρμ 23, 288, **Εφθεσ 764/1953** ΕΕΝ 22, 134.

χρειάζεται να αποδείξει τη μέχρι του ποσού της ποινής επελθούσα ζημία του.

Γ. Βασικά εννοιολογικά στοιχεία και η δικαιολογητική βάση της ποινικής ρήτρας

α. Προκειμένου να εντοπίσουμε το σκοπό της ποινικής ρήτρας είναι χρήσιμο να αναφερθούμε στα κύρια εννοιολογικά της στοιχεία, που είναι τα ακόλουθα³:

αα) Η ποινική ρήτρα είναι ενοχή, έννομη δηλ. σχέση με περιεχόμενο την υποχρέωση του οφειλέτη να καταβάλει την ποινή στο δανειστή σε περίπτωση που δεν εκπληρώσει τις υποχρεώσεις του από την κύρια σύμβαση, προϋποθέτει δηλαδή τη συμβατική συνομολόγηση της ποινής.

ββ) Με την ποινική ρήτρα ο οφειλέτης αναλαμβάνει, ασκώντας την ιδιωτική του αυτονομία, υποχρέωση που αποσκοπεί στην προστασία του εννόμου συμφέροντος του δανειστή για ομαλή εκπλήρωση της παροχής του (του οφειλέτη) από την κύρια σύμβαση. Είναι επομένως παρεπόμενη ενοχή, με την έννοια ότι προϋποθέτει την ύπαρξη κύριας ενοχής, έχουσα χαρακτήρα ενισχυτικό ως προς τη δεύτερη, με την έννοια ότι τα μέρη συνομολογούν ένα πρόσθετο μέσο για την προστασία της ομαλότητας στις συμβατικές στους σχέσεις. Ένα μέσο δηλαδή, που από την μια, επάγεται δυσμενείς συνέπειες για τον προσβολέα-οφειλέτη δημιουργώντας του πρόσθετη και ιδιαίτερη ευθύνη-υποχρέωση για προστασία και αποκατάσταση του εννόμου συμφέροντος του δανειστή για ομαλή εκπλήρωση της ενοχής, γεγονός που αποτελεί και το δικαιολογητικό λόγο ύπαρξής της [υπό το πρίσμα του (ΑΚ 405§2)] και από την άλλη, ενισχύει αντιστοίχως συμβατικά τη θέση του δανειστή, ο οποίος αποκτά μια πρόσθετη αξίωση, δίπλα στις αξιώσεις του από την κύρια σύμβαση (εκπλήρωσης και αποζημίωσης)⁴ και συνεπώς μια πρόσθετη

³ Βλ. Σπυριδούλα-Αγγελική Ε. Λιώση, ό.π., σελ. 11 επ. και εκεί παραπομπές.

⁴ Σημειωτέον πάντως ότι η ύπαρξη αξιώσεων ή η επέλευση ζημίας από την κύρια σύμβαση, αλλά και κατά μείζονα λόγο το ύψος της τυχόν επελθούσης ταύτης, (έστω δηλαδή κι αν το ύψος της ζημίας είναι μικρότερο της οικονομικής αξίας της ποινής) δεν συνιστούν προϋπόθεση της κατάπτωσης και του απαιτητού της ποινής, γεγονός που αποτελεί και το κυριώτερο εννοιολογικό στοιχείο της, αλλά τούτο επέρχεται ανεξαρτήτως αυτών και αυτοδικαίως με την υπαίτια αδυναμία εκπλήρωσης του οφειλέτη ή την περιαγωγή του σε υπερημερία, δι' αυτού δε συνάγεται, ότι ο σκοπός για τον οποίο τίθεται η ποινική ρήτρα δεν είναι αποζημιωτικός-αποκαταστατικός-εξισωτικός και διακρίνεται έτσι από τις λοιπές αποζημιωτικές συμβάσεις (π.χ. αυτές της κατ' αποκοπήν αποζημίωσης), οι οποίες συνομολογούνται επί τη βάση της επέλευσης κάποιας ή ορισμένου ύψους ζημίας στο πλαίσιο του συμβατικού δεσμού, προκειμένου να επέλθει η κατάπτωσης της ποινής και επομένως αποκλίνουν συμβατικά από τον κανόνα της 405§2. Επιπλέον δε και συναφώς προς τα ανωτέρω, στις αποζημιωτικές συμβάσεις εν αντιθέσει με τις ποινικές ρήτρες χωρεί ανταπόδειξη του οφειλέτη πως ο δανειστής δεν υπέστη ζημία, ενώ χαρακτηριστικό είναι επίσης, ότι στις περισσότερες των περιπτώσεων εμφάνισής τους, τα μέρη σκοπούν στην αποφυγή εφαρμογής της ΑΚ 409.

εξασφάλιση συνδεδεμένη και με βελτίωση της δικονομικής του θέσης σε περίπτωση ανώμαλης εξέλιξης της κύριας ενοχής, με την συνακόλουθη απαλλαγή του δανειστή από το βάρος απόδειξης ζημίας του για το ποσό μέχρι το ύψος της ποινής.

Από την πλευρά του οφειλέτη η ποινική ρήτρα παρίσταται ως επιπλέον ευθύνη για προστασία και αποκατάσταση του έννομου συμφέροντος του δανειστή για ομαλή εκπλήρωση της ενοχής (σε περίπτωση που αυτό προσβληθεί), υποστηριζόμενη μάλιστα η άποψη, ότι η ποινική ρήτρα έχει προληπτική λειτουργία και σκοπεί τον εκφοβισμό, τον εξαναγκασμό και την απειλή του οφειλέτη, ο οποίος, προκειμένου να αποφύγει την κατάπτωση της ποινής, θα εκπληρώσει με συνέπεια τις συμβατικές του υποχρεώσεις⁵. Από την άλλη βέβαια του παρέχεται η δυνατότητα, εάν συμφωνήσουν τα μέρη (ΑΚ 406 εδ.β και 407 εδ.β) να αποκλειστεί συμβατικά η δυνατότητα στο δανειστή αποκατάστασης της τυχόν υπάρχουσας περαιτέρω ζημίας του.

γγ) Με το χαρακτηρισμό της ως σύμβασης ενισχυτικής της κύριας ενοχής, η ποινική ρήτρα εντάσσεται σε μία ευρύτερη κατηγορία μορφωμάτων που αποσκοπούν στην εξασφάλιση του δανειστή. Στην κατηγορία αυτή εντάσσονται και η εγγύηση και οι εμπράγματα ασφάλειες. Η ποινική ρήτρα πάντως παρέχει στο δανειστή μικρότερο βαθμό εξασφάλισης από αυτόν που παρέχουν οι προαναφερόμενες εγγύηση και εμπράγματα ασφάλειες και αυτό γιατί παρέχει στο δανειστή ενοχική αξίωση εναντίον του οφειλέτη από την κύρια σύμβαση. Αντίθετα στη μεν εγγύηση η εξασφάλιση συντελείται με την παρεμβολή τρίτης (ξένης προς τον οφειλέτη) υπέγγυας περιουσίας, στις δε εμπράγματα ασφάλειες με την παροχή εμπράγματων δικαιωμάτων (στα οποία ισχύουν οι εξουσίες παρακολούθησης και προτίμησης και η αρχή της χρονικής προτεραιότητας).

Ως εκ τούτου ο χαρακτηρισμός της ποινικής ρήτρας ως σύμβασης (ρήτρας) ενισχυτικής της κύριας είναι προσφορότερος από αυτόν της εξασφαλιστικής σύμβασης, γιατί η σύμβαση της ποινικής ρήτρας δεν παρέχει εξασφάλιση του δανειστή με την έννοια που την παρέχουν οι προσωπικές και οι εμπράγματα ασφάλειες. Η ποινική ρήτρα πάντως υπερέχει από τις προαναφερόμενες προσωπικές και εμπράγματα ασφάλειες στο βαθμό που παρέχει μία επιπλέον αξίωση στο δανειστή.

⁵ Αυτός, από φόβο ότι θα πρέπει να πληρώσει ένα μεγάλο ποσό, εξαναγκάζεται να εκπληρώσει την ενοχή του έγκαιρα και κατά τρόπο προσήκοντα (απειλητικός, **ποινικός χαρακτήρας** της ποινικής ρήτρας). Αν, αντίθετα, το ποσό είναι πολύ χαμηλό σε σχέση με τη ζημία, επιτρέπει στον οφειλέτη να απαλλαγεί από την ευθύνη του, προσφέροντας μόνο το συνομολογημένο ποσό της ποινής. Βλ. Χρυσάνθη Θεμελή, «Ο προσδιορισμός της ποινικής ρήτρας από τον Δικαστή», Αρμ.1985, τεύχ.11, σ.929 και 937 με τις εκεί παραπομπές.

δδ) Η μη εκπλήρωση των υποχρεώσεων που απορρέουν από την κύρια ενοχή αποτελεί όρο για την κατάπτωση της ποινής.

εε) Η υποχρέωση καταβολής της ποινής είναι ανεξάρτητη από την ύπαρξη ζημίας του δανειστή, η ποινή δηλ. καταπίπτει ακόμα και αν ο δανειστής δεν έχει υποστεί καμμία ζημία (ΑΚ 405 § 2), απαλλασσόμενος από το βάρος απόδειξης ζημίας του για το ποσό μέχρι το ύψος της ποινής.

β. Το τελευταίο αυτό εννοιολογικό στοιχείο αποτελεί και το βασικό χαρακτηριστικό στοιχείο της ποινικής ρήτρας, αυτό που σηματοδοτεί το χαρακτήρα της και τη λειτουργία της. Η ύπαρξη του μας οδηγεί στα ακόλουθα συμπεράσματα σχετικά με το χαρακτήρα της ποινικής ρήτρας:

αα) Η ποινική ρήτρα δεν αποτελεί μηχανισμό αποκατάστασης της ζημίας του δανειστή, αφού η κατάπτωση της ποινής αποδεδειγμένα από την ύπαρξη ζημίας του δανειστή και

ββ) Η ποινική ρήτρα αποτελεί τη συμβατικά εκπεφρασμένη βούληση των μερών για ενίσχυση της θέσης του δανειστή, αφού αυτός, αφ' ενός μεν δικαιούται να απαιτήσει την ποινή που κατέπεσε, ακόμη και αν δεν υπέστη ζημία και επομένως δεν έχει αξίωση αποζημίωσης από την κύρια σύμβαση, αφετέρου δε επιτρέπεται να προβλέψει συμβατικά, ότι θα μπορεί να ασκήσει σωρευτικά τις αξιώσεις του και από την κύρια σύμβαση και την ποινική ρήτρα κατ'απόκλιση από τις (ΑΚ 406-407), οι οποίες συνιστούν ενδοτικού δικαίου διατάξεις και υπακούουν κυρίως στην αρχή της εύνοιας προς τον οφειλέτη, χωρίς να αναιρούν πάντως το βασικό χαρακτήρα της ποινικής ρήτρας ως σύμβασης ενισχυτικής της κύριας ενοχής. Στις περιπτώσεις αυτές δεν πρόκειται για αδικαιολόγητο πλουτισμό του δανειστή, αφού η κατάπτωση της ποινής συνδέεται, άμεσα με το έννομο συμφέρον του δανειστή για ομαλή εξέλιξη της ενοχής. Το συμφέρον αυτό του δανειστή δεν είναι ανεπίδεκτο χρηματικής αποτίμησης και οπωσδήποτε έχει κάποια οικονομική αξία (έστω ότι δεν υπάρχει άλλη ζημία) που συνίσταται στην εμπλοκή του δανειστή σε χρονοβόρες και δαπανηρές εξώδικες και δικαστικές ενέργειες φέροντας και τον κίνδυνο της δυσμενούς έκβασης της ενώπιον του δικαστηρίου επιδίωξης των αξιώσεων του από την κύρια σύμβαση και στην εν γένει επίπτωση της ανώμαλης εξέλιξης της ενοχής στην περιουσία του. Στο προστατευόμενο έννομο συμφέρον του δανειστή πρέπει να εντάξουμε και την ηθική βλάβη που υφίσταται ο δανειστής από την ανώμαλη εξέλιξη της συμβατικής σχέσης. Η ηθική βλάβη συναρτάται άμεσα μεν με το πρόσωπο του δανειστή, αφού απορρέει από την προσβολή αγαθών που συνδέονται με το πρόσωπο του, έμμεσα

όμως, μπορεί να αφορά και την περιουσία του⁶. Αλλά και εκτός αυτού η χρηματική ικανοποίηση ηθικών αξιών είναι στόχος που συνάδει με το ισχύον δικαιοσύνη μας σύστημα⁷.

Ανεξάρτητα από τα παραπάνω ο «πλουτισμός» του δανειστή δικαιολογείται από τη συμβατική βούληση και αυτό αρκεί στο δίκαιο μας, υπό το κράτος της αρχής της ιδιωτικής αυτονομίας. Σε περίπτωση πάντως, που η ωφέλεια του δανειστή δεν παρίσταται ως εξισορρόπηση των επιπτώσεων της συμβατικής παραβίασης από τον οφειλέτη, αλλά ως εκμετάλλευση του τελευταίου, λειτουργεί ως ασφαλιστική δικλείδα η αναγκαστικού δικαίου διάταξη του άρθρου 409 ΑΚ⁸.

Το μέτρο μάλιστα και ο βαθμός της ενίσχυσης του δανειστή, εκφράζεται κυρίως στο ύψος της ποινής, αλλά και στις προβλεπόμενες προϋποθέσεις κατάπτωσης και στη σχέση μεταξύ της αξίωσης στην ποινή και των αξιώσεων από την κύρια σύμβαση. «Συνιστά δε η ποινική ρήτρα αποτέλεσμα και έκφραση της σύγκρουσης των εκατέρωθεν συμφερόντων των μερών και της συμβατικής κατανομής και ανάληψης κινδύνων και υποχρεώσεων⁹».

ΚΕΦΑΛΑΙΟ Ι. ΠΕΡΙΕΧΟΜΕΝΟ ΤΗΣ ΠΟΙΝΙΚΗΣ ΡΗΤΡΑΣ

Α. Το στοιχείο της ενοχής

1. Ίδρυση της ενοχής

α. Η ποινική ρήτρα είναι συμφωνία¹⁰ μεταξύ δανειστή και οφειλέτη στα πλαίσια κύριας ενοχής, δηλαδή σύμβαση¹¹. Στη συνήθη περίπτωση αποτελεί

⁶ Πρβλ. ΑΠ 380/1983 ΝοΒ 31, 1579.

⁷ Ο περιορισμός που θέτει η ΑΚ 299 με την παραπομπή της σε ειδικό νόμο και του οποίου η σκοπιμότητα *de lege ferenda* είναι μάλλον αμφίβολη δεν περιλαμβάνει και την περίπτωση που οι συμβαλλόμενοι καθορίζουν το ύψος της χρηματικής ικανοποίησης της ηθικής βλάβης του πληγέντος μέρους (ΑΚ 299 συνδ. ΑΚ 361).

⁸ Ίδια τούτο μπορεί να παρουσιαστεί στις **συμβάσεις προσχώρησης**, όπου, οι διάφορες ρήτρες, και φυσικά η ποινική, επιβάλλονται από το οικονομικά ισχυρότερο μέρος, που συνήθως είναι ο δανειστής, η δε συναίνεση του οφειλέτη δεν εκφράζεται παρά με μια απλή υπογραφή. Οι συμβάσεις αυτές άπαξ και καταρτισθούν είναι εξολοκλήρου αντιτάξιμες στον οφειλέτη, ο οποίος υποτίθεται ότι συναίνεσε για όλο το περιεχόμενο αυτών, (ακόμη και αν δεν έτυχε της επιβεβλημένης πληροφόρησης για τα λεγόμενα «ψιλά» γράμματα του περιθωρίου) έτσι δε υποχρεώνεται να συμμορφώνεται προς αυτό και να το σέβεται. Πλασματική λοιπόν η συμβατική ελευθερία ως προς τον οφειλέτη, ο οποίος δεν κάνει τίποτα άλλο παρά να προσχωρεί στο νόμο του δανειστή. Στις συμβάσεις προσχώρησης π.χ., οι ποινικές ρήτρες επιβάλλονται μονομερώς, συντάσσονται εκ των προτέρων και συνήθως λόγω του υπέρογκου ποσού τους αποτελούν υπέρμετρη καταπίεση του ασθενέστερου οφειλέτη. Βλ. Χρυσάνθη Θεμελή, όπ., σ.929.

⁹ Βλ. Σπυριδούλα-Αγγελική Ε. Λιώση, όπ., σελ. 19, στιχ. 15^{ος}.

¹⁰ Η ποινική ρήτρα καταρτίζεται ρητά ή σιωπηρά. Βλ. Π.Χρ.Φίλιο, Ενοχικό Δίκαιο, Γενικό Μέρος, 2^η έκδοση, Αθήνα - Κομοτηνή 1996, σελ. 358 και εκεί υπ' αριθμ. 1 παραπομπή.

¹¹ Βλ. Σπυριδούλα-Αγγελική Ε. Λιώση, όπ., σελ. 17 επ., καθώς και τις εκεί παραπομπές στις αντίστοιχες υποσημειώσεις.

συμβατικό όρο,¹² που συνομολογείται και εντάσσεται στο πλαίσιο ευρύτερης-κύριας σύμβασης και αφορά την τήρηση των υποχρεώσεων που απορρέουν απ' αυτή, χωρίς όμως κάτι τέτοιο να είναι αναγκαίο. Αφού είναι δυνατόν οι κύριες υποχρεώσεις να ιδρύονται με μονομερή δικαιοπραξία,¹³ εφόσον η τελευταία μπορεί να συστήσει ενοχή, είτε εν ζωή, (π.χ. να συνοδεύει δημόσια προκήρυξη, σύσταση ιδρύματος ή έκδοση ανωνύμου χρεογράφου) είτε αιτία θανάτου (π.χ. κληρονομούμενος επιβάλλει ποινή στο βεβαρημένο με κληροδότημα κληρονόμο του αν δεν εκπληρώσει έγκαιρα την κληροδοσία) ή να προέρχονται από τον ίδιο τον νόμο (από αδικοπραξία ή αδικαιολόγητο πλουτισμό). Αρκεί δηλαδή και απαιτείται η ύπαρξη κύριας ενοχής, ενώ η ποινή συμφωνείται για την εξασφάλιση τήρησης εν γένει των συμβατικών υποχρεώσεων του οφειλέτη, δηλ. οποιασδήποτε συμβατικής υποχρέωσης και όχι μόνο της κύριας υποχρέωσης παροχής¹⁴.

β. Η ποινική ρήτρα είναι δυνατό να καταστεί συμβατικό περιεχόμενο με βάση διάταξη νόμου¹⁵. Στην περίπτωση αυτή, ο νόμος θα καθορίζει και το ύψος της ποινής

¹² Η λέξη ρήτρα είναι νοηματικά ταυτόσημη με την έκφραση συμβατικός όρος και ως εκ τούτου ενδεικτική του χαρακτήρα της ποινικής ρήτρας. Αντίστοιχα ισχύουν για τον όρο *Vertragsstrafe* (*Konventionalstrafe*) του γερμΑΚ, *clause penale* του γαλλΑΚ και *penalty clauses* του αγγλοσαξονικού δικαίου.

¹³ Βλ. σχετ. Αστ.Κ.Γεωργιάδη, *Ενοχικό Δίκαιο*, Γενικό Μέρος, τεύχ. II, β' έκδοση, Θεσ/κη 1993, σελ.38 επ.

¹⁴ Βλ. Σπυριδούλα-Αγγελική Ε. Λιώση, *ό.π.*, σελ. 2, παρ. 3^η.

¹⁵ Βλ. αντί πολλών **αρθρ. 82 Κώδικα Συναλλαγών Ηλεκτρικής Ενέργειας**, έτους 2001, το οποίο στα πλαίσια απελευθέρωσης της εν λόγω Αγοράς προσδιορίζει τις προϋποθέσεις κατάπτωσης και το μέγεθος της ποινής υπέρ του Διαχειριστή του Συστήματος εις βάρος εκείνου του υπόχρεου κατόχου αδείας προμήθειας η παραγωγής ηλεκτρικής ενέργειας, ο οποίος δεν τηρεί τις εντολές κατανομής σύμφωνα με τον Κώδικα του Συστήματος. Στο **αρθρ. 44 Αλιευτικού Κώδικα**, όπου καθορίζεται η απόσταση της προστατευτικής ζώνης από τα εκμισθούμενα σε ιδιώτες ιχθυοτροφεία εντός της οποίας απαγορεύεται η διενέργεια αλιείας, παράβαση του οποίου πλην των άλλων συνεπειών, συνεπάγεται για τους μισθωτές την επιβολή προστίμου, λόγω ποινικής ρήτρας. Εν συνέχεια στα **αρθρ. 30, 116, 117 Κώδικα Φορολογίας Καπνού**, στα οποία ορίζεται αντιστοίχως, κατά πρώτον η δυνατότητα απαίτησης της αρμόδιας Αρχής πληρωμής υπέρ αυτής ποινικής ρήτρας από αξιόχρεο εγγυητή στην περίπτωση που ο καπνέμπορος δεν τηρήσει τα προβλεπόμενα κατά τη διαδικασία μεταφοράς του καπνού, κατά δεύτερον ομοίως και εκ τρίτου αναφέρεται στην περίπτωση της αποστολής των καπνών στο εξωτερικό με ταυτό περιεχόμενο. Επίσης στο **αρθρ. 28 Ν. 3316/2005** περί ανάθεσης και εκτέλεσης δημοσίων συμβάσεων εκπόνησης μελετών και παροχής συναφών υπηρεσιών, γίνεται αναφορά στις ποινικές ρήτρες που καταπίπτουν υπέρ του κυρίου του έργου και πώς αυτές υπολογίζονται, όταν ο ανάδοχος παραβιάζει με υπαιτιότητά του τις προθεσμίες της σύμβασης. Ομοίως στο **αρθρ. 5 Ν. 3263/2004** περί μειοδοτικού συστήματος ανάθεσης δημοσίων έργων γίνεται λόγος για τις ποινές που καταπίπτουν, εάν ο ανάδοχος υπερβεί με υπαιτιότητά του τη συνολική και τις τυχόν τεθείσες τμηματικές προθεσμίες κατασκευής του έργου, ενώ στο **αρθρ. 3§2β Ν. 2164/1993** περί ρυθμίσεων για την εκτέλεση έργων μεταφοράς, προμήθειας νερού και ενίσχυσης των υδραγωγείων της ΕΥΔΑΠ προς αντιμετώπιση της λειψυδρίας του Λεκανοπεδίου Αττικής γίνεται λόγος για πρόσθετη ποινική ρήτρα πλέον της μέγιστης τριαύτης που προβλέπεται από τη διακήρυξη του διαγωνισμού. Τέλος σ' αυτή την ενδεικτική σταχυολόγηση νομοθετικών ρυθμίσεων αναφέρουμε και το **αρθρ. 11 Π.Δ. 194/1979** με συναφές περιεχόμενο προς τα ανωτέρω, καθώς επίσης και το **αρθρ 1§3 Α.Ν. 233/1945** (η ισχύς του παρατάθηκε με το άρθρ. 8§3 Ν.1266/1982 και μετά την κατάργηση της Νομισματικής Επιτροπής) στο οποίο επιφυλάσσεται προς εξασφάλιση της τήρησης των όρων της παροχής των πιστώσεων προς

που επιβάλλεται. Το γεγονός ότι η ποινή εκπορεύεται από τη νομοθετική βούληση και επομένως αποκλείεται η δυνατότητα αυθαιρεσίας του δανειστή, δεν σημαίνει ότι εκλείπει το πεδίο εφαρμογής της ΑΚ 409. Αντίθετα είναι πάντα δυνατό, στη συγκεκριμένη περίπτωση, η ποινική ρήτρα να οδηγεί σε καταδυνάστευση ή και εξουθένωση του οικονομικά ασθενέστερου οφειλέτη, οπότε και μπορούμε να εφαρμόσουμε για την προστασία του τη διάταξη του άρθρου 409 ΑΚ, σχετικά με τη δικαστική διάπλαση προσήκουσας ποινής, εκτός αν ο ίδιος ο (τυπικός) νόμος προβλέπει κάτι διαφορετικό, οπότε όμως θα μπορεί να ελεγχθεί ενδεχομένως για αντισυνταγματικότητα (άρθρο 5 § 1 Συντ.). Προκειμένου για νόμους ελάσσονος τυπικής ισχύος ερευνητέο είναι κατ' αρχήν το εύρος της νομοθετικής εξουσιοδότησης (άρθρο 43 § 2 εδ. 1 Συντ.) που πρέπει να ερμηνεύεται στενά ώστε να μην οδηγεί σε κατάργηση της ΑΚ 409. Ο νομοθετικός καθορισμός της ποινής (και η από το νομοθέτη προηγούμενη στάθμιση των συγκρουόμενων καταστάσεων και συμφερόντων των μερών) θα αποτελεί πάντως έναν ακόμη λόγο, ώστε ο δικαστής να παρέχει στον οφειλέτη με επιφυλακτικότητα, περίσκεψη και φειδώ την κατ' ΑΚ 409 προστασία.

2. Ιδιαίτερα χαρακτηριστικά της συμφωνίας για την ποινική ρήτρα

Πρόκειται για σύμβαση ετεροβαρή¹⁶ με την οποία ιδρύεται ενοχική υποχρέωση μόνο σε βάρος του οφειλέτη και αντίστοιχα δικαίωμα υπέρ του δανειστή. Η ποινική ρήτρα αποσκοπεί στην ενίσχυση κύριας ενοχής και θα μπορούσε να υπαχθεί στην ευρύτερη κατηγορία των συμβάσεων, που έχουν ως αιτία τους την εξασφάλιση της κύριας ενοχής. Ο αιτιώδης χαρακτήρας της ποινικής ρήτρας εκδηλώνεται στην αρχή του παρεπομένου της προϋφιστάμενης κύριας ενοχής, αφού, αν λείπει η αιτία δηλ. η ενίσχυση της κύριας ενοχής, η ποινική ρήτρα είναι άνευ αντικειμένου.

Η ποινική ρήτρα είναι σύμβαση υποσχετική, με την οποία ιδρύεται ενοχικό δικαίωμα και συναινετική, δηλ. για την επέλευση του δικαιοπρακτικού αποτελέσματος αρκεί η συναίνεση των μερών. Τίποτα δεν αποκλείει το αντικείμενο της να καταβάλλεται ταυτόχρονα με την κατάρτιση της στο δανειστή. Χαρα-

βιομηχανικές, γεωργικές, τραπεζικές κ.α. επιχειρήσεις, η δυνατότητα του Γενικού Συμβουλίου της Τραπέζης της Ελλάδος να καθορίζει και ποινική ρήτρα υπέρ του Δημοσίου, ως δημόσιο έσοδο.

¹⁶ Βλ. **ΕφαΘ 8789/1983** Αρχ Νομ 36, 161 σύμφωνα με την οποία, καίτοι παρεπόμενη συμφωνία η ποινική ρήτρα παράγει αυτοτελή ενοχή και δεν γίνεται αμοτεροβαρής σύμβαση, ακόμα και αν συμφωνείται για εξασφάλιση απαίτησης που πηγάζει από αμοτεροβαρή σύμβαση.

κτηριστική περίπτωση όπου η ποινή προκαταβάλλεται¹⁷, με ευρεία διάδοση στις συναλλαγές (μισθώσεις κατοικιών), είναι η συμφωνία με την οποία ο μισθωτής καταθέτει στον εκμισθωτή του ακινήτου χρηματικό ποσό που δεν υπερβαίνει το ύψος δύο μηνιαίων μισθωμάτων, για την περίπτωση που παραβεί τις συμβατικές του υποχρεώσεις από τη μίσθωση και ανεξάρτητα από την ύπαρξη ζημίας του εκμισθωτή¹⁸. Αν όμως προβλεφθεί ότι ο εκμισθωτής θα παρακρατήσει από το ποσό που βρίσκεται στα χέρια του ό,τι του οφείλει ο μισθωτής, τότε πρόκειται για αποζημιωτική συμφωνία, αφού σταθερό σημείο αναφοράς είναι η ζημία του εκμισθωτή. Κρίσιμη δηλ. σε τελευταία ανάλυση είναι η ανεύρεση και ερμηνεία της βούλησης των μερών.

3. Υπαγωγή της συμφωνίας για την ποινική ρήτρα στις γενικές περί συμβάσεων διατάξεις

Κατά κανόνα η ποινική ρήτρα συνομολογείται ταυτόχρονα με την κύρια σύμβαση. Η «ποινική ρήτρα» που τυχόν συνομολογείται πριν από τη σύναψη της κύριας σύμβασης αποτελεί ανυπόστατη δικαιοπραξία, αφού η ενίσχυση κύριας σύμβασης αποτελεί *conditio sine qua non* της έννοιας της ποινικής ρήτρας ή δικαιοπραξία τελούσα υπό την αίρεση της κατάρτισης κύριας σύμβασης ή ενδεχομένως μη γνήσια ποινική ρήτρα. Σε περίπτωση που η κύρια σύμβαση συναφθεί εκ των υστέρων θα πρόκειται ή για επικύρωση της ποινικής ρήτρας, αν συντρέχουν οι προϋποθέσεις της ΑΚ 183 ή για πλήρωση της αίρεσης. Η ποινική ρήτρα μπορεί επίσης να αφορά μελλοντική ή υπό αίρεση κύρια σύμβαση¹⁹. Μετά τη σύναψη της κύριας σύμβασης είναι δυνατή η συνομολόγηση ποινικής ρήτρας αν δεν έχει επέλθει η συμβατική παραβίαση και συνακόλουθα η προσβολή του έννομου συμφέροντος εκπλήρωσης του δανειστή. Για παράδειγμα, σε πώληση είδους δεν έχουν εμφανισθεί τα πραγματικά ελαττώματα του πράγματος, ή ο δανειστής παραχωρεί νέα προθεσμία εκπλήρωσης και ταυτόχρονα τα μέρη συνομολογούν ποινική ρήτρα για κάθε ημέρα καθυστέρησης μετά την πάροδο άπρακτης της νέας προθεσμίας.

4. Συμβαλλόμενα μέρη

Συμβαλλόμενα μέρη στην ποινική ρήτρα είναι ο δανειστής και ο οφειλέτης κύριας ενοχής ως δανειστής και οφειλέτης αντίστοιχα της ποινικής ρήτρας. Προκειμένου για αμφοτεροβαρή κύρια σύμβαση, όπου κάθε συμβαλλόμενος είναι

¹⁷ Βλ. Π.Χρ.Φίλιο, ό.π., σελ. 360 και εκεί παραπομπές.

¹⁸ Βλ. Σπυριδούλα-Αγγελική Ε. Λιώση, ό.π., σελ. 22 και εκεί παραπομπές.

¹⁹ Πρβλ. ΑΚ 1210 και 1258, περί μελλοντική απαίτησης επί ενεχύρου και υποθήκης αντιστοίχως.

ταυτόχρονα οφειλέτης της παροχής που τον βαρύνει και δανειστής της αντιπαροχής, μπορεί κάθε συμβαλλόμενος, ως οφειλέτης, να υποσχεθεί ποινή.

5. Αντικείμενο της ποινικής ρήτηρας

α. Σύμφωνα με τη διάταξη του άρθρου 404 ΑΚ «ο οφειλέτης δύναται να υποσχεθεί στο δανειστή ως ποινή χρηματικό ποσό ή κάτι άλλο». Ο νόμος δηλ. δεν θέτει κάποιο περιορισμό, τουλάχιστον ευθέως, για την παροχή που μπορεί να αποτελέσει αντικείμενο της ποινικής ρήτηρας. Τέτοιος όμως περιορισμός προκύπτει ερμηνευτικά από το σύνολο των διατάξεων για την ποινική ρήτρα σε συνδυασμό με τη φύση της και το σκοπό που εξυπηρετεί. Έτσι, ενώ γίνεται γενικά δεκτό, ότι και παροχές χωρίς περιουσιακή αξία μπορούν να αποτελέσουν αντικείμενο ενοχής, κάτι τέτοιο δεν ισχύει για την ποινική ρήτρα. Αυτής το αντικείμενο (η ποινή) πρέπει να είναι αποτιμητό σε χρήμα²⁰, όπως προκύπτει από το σύνολο των διατάξεων των άρθρων 406, 407 και 409 ΑΚ. Σύμφωνα με αυτές η ποινή:

αα) «αντικαθιστά» την κύρια παροχή (ΑΚ 406 § 1),

ββ) αποτελεί το ελάχιστο ποσό αποζημίωσης, εφόσον αποκαθίσταται η επιπλέον της ποινής αποδεικνυόμενη ζημία (ΑΚ 406 § 2 και 407 εδ. β) και

γγ) παρέχεται η δυνατότητα δικαστικής μείωσης της υπέρμετρης ποινής στο προσήκον μέτρο (ΑΚ 409). Με βάση τα παραπάνω είναι εμφανές ότι ποινή μη αποτιμητή σε χρήμα, αφενός δεν μπορεί να επιτελέσει την ενισχυτική της σύμβασης λειτουργία της, όπως αυτή καθορίζεται στα άρθρα 406 και 407 ΑΚ και αφετέρου δεν μπορεί να υπαχθεί στο δικαστικό έλεγχο κατ' ΑΚ 409 είτε λόγω έλλειψης κριτηρίων με βάση τα οποία θα προσδιορισθεί το προσήκον μέτρο, στο οποίο και θα μειωθεί η ποινή, είτε κυρίως λόγω αδυναμίας να μειωθεί η ποινή στο προσήκον μέτρο.

Συμβατικοί όροι, σύμφωνα με τους οποίους ο οφειλέτης υπόσχεται την καταβολή κάποιας παροχής χωρίς περιουσιακή αξία (που δεν επιδέχεται δηλ. χρηματική αποτίμηση) δεν αποτελούν ποινική ρήτρα. Σχετικά παραδείγματα θα μπορούσε να σκεφθεί κανείς την περίπτωση που ο οφειλέτης υπόσχεται σε περίπτωση παραβίασης των συμβατικών του υποχρεώσεων να προβεί σε σχετικό δημοσίευμα στον ημερήσιο τύπο, ή η χήρα οφειλέτης υπόσχεται να δώσει στο δανειστή το πορτραίτο του μακαρίτη συζύγου της. Στα παραδείγματα αυτά δεν πρόκειται για ποινικές ρήτρες, αφού μόνο το στοιχείο ότι προβλέπουν δυσμενείς συνέπειες για τον

²⁰ Τα περισσότερα πάντως αγαθά στη σύγχρονη ζωή με την τάση χρηματικής αποτίμησης και εμπορευματοποίησης των πάντων που τη χαρακτηρίζα έχουν οικονομική αξία.

οφειλέτη δεν είναι αρκετό για να καταστήσει τους όρους αυτούς ποινικές ρήτρες²¹. Ο έλεγχος των όρων αυτών, που θα ερμηνευθούν κατ' ΑΚ 173, 200 θα χωρίσει κατά τις γενικές διατάξεις των ΑΚ 174, 178, 179 και 281, 288.

β. Παρόλο λοιπόν, που ως ποινή συμφωνείται κυρίως χρηματικό ποσό, η ποινή μπορεί επίσης να συνίσταται σε δικαίωμα, είτε απόλυτο, όπως της κυριότητας²² και τα άλλα εμπράγματα δικαιώματα, είτε ενοχικό, όπως απαίτηση, παραχώρηση της χρήσης πράγματος, παροχή υπηρεσιών, υποχρέωση ενέργειας ή παράλειψης. Η ποινή μπορεί να συνίσταται και σε παραίτηση από ενοχικό δικαίωμα. Τέτοια είναι η περίπτωση, όταν μεταξύ εργοδότη και εργολάβου συμφωνείται ότι σε περίπτωση καθυστέρησης των οικοδομικών εργασιών ο οικοπεδούχος-εργοδότης δικαιούται να καταγγείλει τη σύμβαση και να κηρύξει έκπτωτο τον εργολάβο, παρακρατώντας υπέρ εαυτού και τις γινόμενες μέχρι τότε κατασκευές με τα αντίστοιχα ποσοστά ιδιοκτησίας του οικοπέδου, που ακόμα δεν έχουν μεταβιβασθεί στον εργολάβο ή σε πρόσωπα υποδειχθέντα από αυτόν²³. Νοητή τέλος είναι η περίπτωση, όπου η ποινή συνίσταται σε υπόσχεση ίδρυσης ή απόσβεσης ενοχικής σχέσης.

γ. Η ποινή δεν χρειάζεται οπωσδήποτε να είναι ορισμένη· μπορεί να είναι, όπως κάθε παροχή, και οριστή. Ο προσδιορισμός της ποινής μπορεί να ανατεθεί συμβατικά είτε σε τρίτο, είτε σε κάποιον από τους συμβαλλομένους, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 371-373 ΑΚ. Από τις διατάξεις αυτές πρόβλημα παρουσιάζει η εφαρμογή της ΑΚ 371 περί αοριστίας παροχής και ειδικά σε σχέση με την κατ' ΑΚ 409 παρεχόμενη δυνατότητα δικαστικής μείωσης της ποινής στο προσήκον μέτρο.

6. Κατάπτωση της ποινής

Οι προϋποθέσεις με την πλήρωση των οποίων καταπίπτει η ποινή σε περίπτωση παραβίασης των συμβατικών υποχρεώσεων του οφειλέτη και καθίσταται αυτή απαιτητή²⁴ καθορίζονται στο άρθρο 405 § 1 ΑΚ, σύμφωνα με το οποίο «η ποινή καταπίπτει αν ο οφειλέτης αδυνατεί υπαίτια να εκπληρώσει την παροχή ή αν περιέλθει σε υπερημερία»²⁵. Από τη διατύπωση του άρθρου, η οποία είναι σαφώς

²¹ Όπως έχει ήδη ειπωθεί, η ποινική ρήτρα καλύπτει το σύνολο του διαφέροντος του δανειστή που συνδέεται με την εκπλήρωση της κύριας σύμβασης.

²² Βλ. ΑΠ 575/1966 ΑρχΝομ 18, 96.

²³ Βλ. ΟΛΑΠ 56/1990 ΝοΒ 39, 382, ΑΠ 428/1979 ΝοΒ 27, 1455.

²⁴ Οι προϋποθέσεις κατάπτωσης της ποινής δεν συνιστούν αίρεση υπό την οποία τελεί ως δικαιοπραξία η ποινική ρήτρα, βλ όμως αντίθ. ΑΠ 38/1970 ΑρχΝομ 21, 446=ΕλλΔνη 11, 580, σύμφωνα με την οποία η αξίωση από την ποινική ρήτρα είναι υπό αναβλητική αίρεση, υφισταμένη ως νόμιμη προσδοκία και γεννάται από την κατάπτωση.

²⁵ Σχετικά με το περιεχόμενο της αγωγής κατάπτωσης της ποινικής ρήτρας ο δανειστής, απαιτώντας την ποινή, οφείλει να επικαλεσθεί και να αποδείξει: α) την εκπληρωτέα κύρια σύμβαση και την

επηρεασμένη από την όλη δομή της ρύθμισης της παθολογίας των ενοχών στον ΑΚ, όπου ρυθμίζεται μόνο η (υπαίτια²⁶) αδυναμία παροχής και η υπερημερία, προκύπτει ότι οι διαλαμβανόμενες σε αυτό προϋποθέσεις αφορούν την κατάπτωση της ποινής, όταν η ποινική ρήτρα έχει συμφωνηθεί για την περίπτωση της μη εκπλήρωσης, όπως μάλιστα αυτή διακρίνεται από τον νόμο (ΑΚ 404, 406, 407) μεταξύ ποινικής ρήτρας που έχει συμφωνηθεί για την περίπτωση της μη εκπλήρωσης και ποινικής ρήτρας που έχει συμφωνηθεί για την περίπτωση της μη προσήκουσας εκπλήρωσης της παροχής.

Εν τοιαύτη περιπτώσει ο δανειστής υποχρεούται να επικαλεστεί, όχι όμως και να αποδείξει, τη μη εκπλήρωση της παροχής. Την υπαιτιότητα την επικαλείται μεν ο δανειστής, αλλά δεν υποχρεούται να την αποδείξει γιατί το βάρος μεταφέρεται στον οφειλέτη να επικαλεσθεί ότι έχει εκπληρώσει την παροχή ή ότι δεν βαρύνεται με υπαιτιότητα για την καθυστέρηση²⁷. Αυτό προκύπτει από την αρνητική διατύπωση του άρθρου 342 ΑΚ

B. Το στοιχείο του παρεπομένου

1. Η αναγκαιότητα προϋφιστάμενης κύριας ενοχής

Αναγκαία προϋπόθεση για την ύπαρξη και εγκυρότητα της ποινικής ρήτρας είναι η ύπαρξη έγκυρης κύριας ενοχής μεταξύ των συμβαλλομένων²⁸. Η ανάγκη ύπαρξης κύριας ενοχής προκύπτει ήδη από το γράμμα της ΑΚ 404, στο οποίο γίνεται

συμφωνία περί της ποινής ρήτρα, β) τις προϋποθέσεις είτε της υπερημερίας του οφειλέτη (δηλ. το απαιτητό της παροχής και την όχληση εκτός εάν αυτή δεν χρειάζεται διότι η είναι εκπληρωτέα σε παρελθόνουσα δήλη ημέρα), είτε της υπαιτίας αδυναμίας παροχής, είτε της μη προσήκουσας εκπλήρωσης της παροχής, γ) τα περιστατικά τα οποία επέφεραν την κατάπτωση της ποινικής ρήτρας, δ) αίτημα να υποχρεωθεί ο εναγόμενος να καταβάλει ορισμένο χρηματικό ποσό. Ο δε **εναγόμενος** από την πλευρά του μπορεί να προβάλει: α) ότι έχει εκπληρώσει προσηκόντως την παροχή, β) ότι η αδυναμία παροχής δεν προέρχεται από υπαιτιότητα του, γ) ότι η καθυστέρηση της παροχής οφείλεται σε γεγονός για το οποίο δεν έχει ευθύνη, δ) ότι η κύρια παροχή και η ποινική ρήτρα είναι άκυρες (408 ΑΚ), ε) ένσταση μείωσης της ποινής κατ' αρθ. 409 ΑΚ. Βλ. Ι. Κατρά, Αγωγές Αστικού Κώδικα και Ενστάσεις, Αθήνα – Κομοτηνή 2005, σελ.307. Βλ **ΕφΘεσ 287/1991** Αρμ 45.1193, **ΕφΘεσ 1730/1987** ό.π., **Εφαθ 930/1986** Αρχ Ν 37.577.

²⁶ Συνεπώς ανυπαίτια αδυναμία εκπλήρωσης της κύριας παροχής (π.χ. το πωληθέν αυτοκίνητο καταστράφηκε τυχαίως) δεν επιφέρει κατάπτωση της ποινής, **πλην αντιθέτου συμφωνίας των μερών**. Βλ κατωτέρω σελ. 51 και εκεί παραπομπή 113.

Έχει νομολογηθεί πάντως ότι η οικονομική ή ταμειακή δυσχέρεια του οφειλέτη, η πτώχευση του και η απρόοπτη μεταβολή των συνθηκών (πριν από την έκδοση της σχετικής διαπλαστικής αποφάσεως) δεν αποτελούν γεγονότα αποκλείοντα την υπαιτιότητα του οφειλέτη (**ΑΠ 78/1953** ΝοΒ 1953,109 **ΑΠ 592/1954** ΝοΒ 1954,1131 **ΑΠ 390/1958** ΕΕΝ 1959,787 **ΑΠ 854/1977** ΝοΒ 1978,199). Ομοίως και η βαρεία ασθένεια ομορρυθμού εταίρου, ενόψει του ότι μπορούσε να αναπληρωθεί από άλλο ομορρυθμό εταίρο (**ΕφΘεσ 287/1991** Αρμ. 1991,1193). Βλ. σχετ. Αστ.Κ.Γεωργιάδη, ό.π. τεύχ.ΙΙ, σελ.163.

²⁷ Βλ **ΕφΘεσ 1864/1999** Αρμ 1999.1054, **ΕφΘεσ 287/1991** ό.π., **ΕφΛαρ 1188/1990** Αρμ 1992.999, **ΕφΘεσ 1543/1990** Αρμ 1991.850, **ΕφΘεσ 1730/1987** ό.π., **ΠολΠρΘεσ 21825/1995** Αρμ 1996.992, **ΠολΠρΘεσ 347/1991** Αρμ 1991.273.

²⁸ Βλ. Σπυριδούλα-Αγγελική Ε. Λιώση, ό.π. σελ. 50 επ. και εκεί παραπομπές.

λόγος για οφειλέτη και δανειστή, όπως και για μη εκπλήρωση ή μη προσήκουσα εκπλήρωση της παροχής, άρα για προϋφιστάμενη ενοχή κατ' ΑΚ 287. Επίρρωση της αναγκαιότητας αυτής παρέχει επίσης η διάταξη του άρθρου 408 ΑΚ.

Περαιτέρω η αναγκαιότητα της κύριας ενοχής προκύπτει από το σκοπό και τη λειτουργία της ποινικής ρήτρας, όπως προκύπτει από το νόμο. Αν λείπει η κύρια ενοχή, η ποινική ρήτρα καθίσταται άνευ αντικειμένου, αφού εκλείπει το έννομο αγαθό, την προστασία του οποίου σκοπεί η ποινική ρήτρα. Πιο συγκεκριμένα, αν λείπει η κύρια ενοχή, εκλείπει κατά λογική αναγκαιότητα και το έννομο συμφέρον του δανειστή για εκπλήρωση της και η ανάγκη προστασίας και αποκατάστασης του συμφέροντος αυτού σε περίπτωση προσβολής του, που επιτυγχάνεται με την ποινική ρήτρα. Σύμφωνα επομένως με τα πιο πάνω, μπορεί να γίνει λόγος για παρεπόμενο χαρακτήρα της ποινικής ρήτρας ή αλλιώς για την αρχή του παρεπομένου και με αυτό θα νοείται ο εννοιολογικά και λειτουργικά αναγκαίος συσχετισμός της ποινικής ρήτρας με μια προϋφιστάμενη ενοχή, χωρίς την οποία δεν είναι δυνατό καν να νοηθεί.

2. Οι συνέπειες του παρεπόμενου χαρακτήρα της ποινικής ρήτρας

Από τον παρεπόμενο χαρακτήρα της ποινικής ρήτρας απορρέουν οι εξής συνέπειες:

α. Ο αιτιώδης χαρακτήρας της, αφού αν λείπει η αιτία, δηλαδή η ενίσχυση της κύριας ενοχής, η ποινική ρήτρα είναι άνευ αντικειμένου.

β. Η επέκταση της εξουσίας αντιπροσώπευσης, η οποία αφορά την πληρεξουσιότητα για την σύναψη της κύριας σύμβασης και στην συνομολόγηση της ποινικής ρήτρας.

γ. Η δυνατότητα συνομολόγησης της ποινικής ρήτρας ως μη γνήσιας σύμβασης υπέρ τρίτου δοθείσης της τελολογικής και λειτουργικής σύνδεσης ποινικής ρήτρας και κύριας σύμβασης, οπότε σε περίπτωση κατάπτωσης της ποινής ο ίδιος ο τρίτος δεν έχει δικαίωμα να απαιτήσει την καταβολή της ποινής για τον εαυτό του, παρά μόνο ο δανειστής από την κύρια σύμβαση σε αυτόν.

δ. Ομοίως και πρωτίστως η κατάπτωση της ποινής όταν η παραβίαση των συμβατικών υποχρεώσεων του οφειλέτη οφείλεται σε υπαιτιότητά του, απορρέει από τον παρεπόμενο χαρακτήρα της ποινικής ρήτρας, καθόσον η ποινική ρήτρα συνιστά παρεπόμενη ενοχή και είναι τελολογικά και λειτουργικά δικαιολογημένο η επαύξηση της ευθύνης του οφειλέτη (που συμφωνείται με αυτή) να υπάγεται (κατ' αρχήν) στους ίδιους κανόνες που ισχύουν για τη γέννηση της ευθύνης από την κύρια σύμβαση.

ε. Επιπλέον και η κατανομή του βάρους απόδειξης αναφορικά με τη συνδρομή των προϋποθέσεων κατάπτωσης της ποινής, σε περίπτωση που η ποινή έχει συμφωνηθεί για μη (προσήκουσα) εκπλήρωση συμβατικών υποχρεώσεων του οφειλέτη, ακολουθεί τους κανόνες της ενδοσυμβατικής ευθύνης και συγκεκριμένα ότι ισχύει για τις αξιώσεις από την κύρια ενοχή.

Έτσι ο δανειστής βαρύνεται να επικαλεσθεί και να αποδείξει, πλέον της συνομολόγησης της κύριας ενοχής και της ποινικής ρήτηρας, την αδυναμία παροχής (αν ισχυρίζεται ότι η ποινή κατέπεσε λόγω αδυναμίας παροχής), το ληξιπρόθεσμο της κύριας απαίτησης και την όχληση του οφειλέτη ή τη συμφωνία και την πάροδο της δήλης ημέρας (αν επικαλείται υπερημερία του οφειλέτη), ή το πραγματικό της μη προσήκουσας εκπλήρωσης. Αν η κύρια παροχή συνίσταται σε παράλειψη, τότε ο δανειστής βαρύνεται να αποδείξει την τέλεση της πράξης.

στ. Ο παρεπόμενος χαρακτήρας της ποινικής ρήτηρας αφορά την τύχη της και τις εκδηλώσεις της μέχρι το χρόνο κατάπτωσης της ποινής. Μετά το χρόνο αυτό υφίστανται ως αυτοτελείς αξιώσεις οι αξιώσεις από την κύρια σύμβαση (εκπλήρωσης και αποζημίωσης) και η αξίωση στην ποινή. Οι διατάξεις των ΑΚ 406, 407 αφορούν τη σχέση μεταξύ των πιο πάνω αξιώσεων, αν και εφόσον έχουν γεννηθεί και συνυπάρχουν. Οι κανόνες των ΑΚ 406, 407 δεν θέτουν ρητά ως προϋπόθεση για την ύπαρξη αξίωσης στην ποινή την ύπαρξη αξιώσεων από την κύρια ενοχή, αλλά δεδομένου ότι όλες αυτές οι αξιώσεις σκοπούν την εκπλήρωση (με ευρεία έννοια) της κύριας ενοχής, ρυθμίζουν τη σχέση των αξιώσεων αυτών σε περίπτωση που συντρέχουν. Κατ' ουσία δηλ. οι ΑΚ 406, 407 προϋποθέτουν αυτοτελή την αξίωση στην ποινή, ρύθμιση που είναι σύμφωνη και με το σκοπό της ποινικής ρήτηρας. Ο τελευταίος επιβάλλει, από τη στιγμή που προσβάλλεται το έννομο συμφέρον του δανειστή, το οποίο εξασφαλίζεται με την ποινική ρήτρα, και πληρούνται οι προϋποθέσεις κατάπτωσης της ποινής, να υφίσταται αυτοτελής αξίωση στην ποινή²⁹.

ζ. Ως κεφαλαιώδη συνέπεια της ακυρότητας της κύριας δικαιοπραξίας και ως αυτονόητο επακόλουθο της αρχής του παρεπομένου, η ΑΚ 408 προβλέπει την ακυρότητα της ποινικής ρήτηρας, εισάγοντας μάλιστα ερμηνευτικό κανόνα, πέρα από τη χρήσιμη διευκρινιστική της λειτουργία ως προς το παρεπόμενο, που προκύπτει από την όλη λειτουργία και ρύθμιση της ποινικής ρήτηρας, σύμφωνα με τον οποίο, η

²⁹ Σύμφωνα με το σκοπό της ποινικής ρήτηρας αρκεί ότι κατά το χρόνο που γεννήθηκε η αξίωση στην ποινή (κατάπτωση της ποινής) υφίστατο έννομο συμφέρον του δανειστή για εκπλήρωση και το συμφέρον αυτό επλήγη από λόγους αναγόμενους στο πρόσωπο του οφειλέτη.

εκ των υστέρων συνομολόγησε της ποινικής ρήτηρας εν γνώσει της ακυρότητας της κύριας σύμβασης δεν σημαίνει ότι τα μέρη ήθελαν ή επεδίωκαν την ίση της ακυρότητας και άρα, αν κάτι τέτοιο δεν προκύπτει σαφώς, η κύρια σύμβαση παραμένει άκυρη, παρά τη συνομολόγηση της ποινικής ρήτηρας, εν γνώσει της ακυρότητας της κύριας ενοχής. Σκοπός επομένως της ΑΚ 408 είναι (και) η προστασία του οφειλέτη από την έμμεση ισχυροποίηση άκυρης κύριας σύμβασης, ενώ η παρά τη ρύθμιση της ΑΚ 408 καταβληθείσα ποινή αναζητείται κατά τις διατάξεις για τον αδικαιολόγητο πλουτισμό.

η. Επίσης είναι δυνατή η απαγόρευση από το νόμο ενίσχυσης της κύριας ενοχής με συνομολόγηση ποινικής ρήτηρας. Η απαγόρευση μπορεί να είναι ρητή, όπως επί παραδείγματι ρητώς από την ΑΚ 1346§2 ή να προκύπτει ερμηνευτικά από τη ρύθμιση της κύριας ενοχής, όπου ο νομοθέτης αποδοκιμάζει τη δέσμευση του οφειλέτη για λόγους προστασίας του (ΑΚ 159§2, 498, 847) ή αποδοκιμασίας των συνθηκών σύναψης κάποιων ατελών (φυσικών) ενοχών (ΑΚ 844-845)³⁰.

θ. Ως προς τη συνομολόγηση ποινικής ρήτηρας για την ενίσχυση κύριας ατελούς³¹ ενοχής ή κύριας απαίτησης που έχει παραγραφεί, παρατηρούμε ότι αν και από τη διατύπωση της διάταξης της ΑΚ 404 αλλά και την όλη δομή της ρύθμισης της ποινικής ρήτηρας στον ΑΚ προκύπτει ότι η έγκυρη συνομολόγηση ποινικής ρήτηρας, προϋποθέτει κύρια ενοχή κατά την έννοια της ΑΚ 287, εν τούτοις θα πρέπει να γίνει δεκτό, με διασταλτική ερμηνεία της ΑΚ 404, ότι αρκεί να υφίσταται και ατελής ενοχή και αξίωση που έχει παραγραφεί. Έρεισμα για την κατά τα πιο πάνω ερμηνεία αποτελεί η διαπίστωση ότι και οι ατελείς ενοχές, όπως και οι κύριες αξιώσεις που έχουν υποπέσει σε παραγραφή, αποτελούν νόμιμη αιτία για τη διατήρηση της παροχής που οικειοθελώς κατέβαλε ο οφειλέτης.

ι. Σχετικά με τις συνέπειες της απόσβεσης της κύριας ενοχής, αυτές διαφοροποιούνται ανάλογα με το αν ο αποσβεστικός λόγος (π.χ. συμψηφισμός) επήλθε πριν ή

³⁰ Αντίθετα στην περίπτωση των υποχρεώσεων «από ιδιαίτερο ηθικό καθήκον ή από λόγους ευπρέπειας» (ΑΚ 906), που είναι επίσης ατελείς ενοχές, δεν συντρέχει κάποιος λόγος (αποδοκιμασία συνθηκών σύναψης, προστασίας του οφειλέτη) που να επιβάλλει την ακυρότητα της ποινικής ρήτηρας. Τουναντίον η καθιέρωση ατελούς ενοχής στην περίπτωση αυτή συνδέεται με την παροχή νόμιμης αιτίας διατήρησης του πλουτισμού του «δανειστή», οπότε η ενίσχυση της θέσης του με συνομολόγηση ποινικής ρήτηρας είναι θεμιτή.

³¹ Θέματα ατελών ενοχών, υπό το δίκαιο του ΑΚ, είναι κυρίως τα ακόλουθα: α) Αξιώσεις που έχουν παραγραφεί (ΑΚ 272§2), β) Ενοχές από παίγνιο ή παράνομο στοίχημα (ΑΚ 844, 845), γ) Ενοχή από τέλεση γάμου (ΑΚ 1346), δ) Παροχές του γονέως στο τέκνο που υπερβαίνουν το επιβαλλόμενο μέτρο (ΑΚ 1509) και ε) Παροχές που δίνονται από ιδιαίτερο ηθικό καθήκον ή από λόγους ευπρέπειας (ΑΚ 906). Κύριο αποτέλεσμα της ατελούς ενοχής, σε κάθε περίπτωση απαντώμενο, είναι ο αποκλεισμός αναζητήσεως των εκουσίως καταβληθέντων, δηλ. «η δημιουργία τίτλου διατηρήσεως του πλουτισμού». Βλ. σχετ. Αστ.Κ.Γεωργιάδη, ό.π. τεύχ.Ι, σελ.38 επ.

μετά την κατάπτωση της ποινής. Αν η απόσβεση επήλθε πριν από την κατάπτωση της ποινής, η ποινική ρήτρα ακολουθεί την τύχη της κύριας ενοχής με την έννοια ότι συναποσβέννυται. Αν η απόσβεση επήλθε μετά την κατάπτωση της ποινής, η αξίωση στην ποινή υφίσταται ως αυτοτελής αξίωση, αφού υφίστατο κατά το χρόνο της κατάπτωσης της ποινής προστατευόμενο έννομο αγαθό, το οποίο προσβλήθηκε και τέθηκε σε λειτουργία η ποινική ρήτρα ως μηχανισμός ενίσχυσης της κύριας σύμβασης. Το πραγματικό δηλ. που απαιτείται να πληρωθεί για τη γέννηση της αξίωσης στην ποινή έχει ήδη πληρωθεί (ΑΚ 405 § 1). Ενδέχεται όμως η απόσβεση της κύριας ενοχής να καταλαμβάνει και την ποινική ρήτρα. Μπορεί δηλ. τα μέρη, αν από τη βούληση τους εξαρτάται η απόσβεση, να θέλησαν την απόσβεση και της ποινικής ρήτρας (ζήτημα πραγματικό).

ια. Όσον αφορά την παραγραφή των αξιώσεων από την κύρια σύμβαση, αν συμπληρώθηκε πριν καταπέσει η ποινή, τότε ο οφειλέτης δεν έχει καν υποχρέωση εκπλήρωσης της παροχής από την κύρια ενοχή και κατά συνέπεια η ποινική ρήτρα είναι άνευ αντικειμένου και δεν μπορεί να γίνει λόγος για κατάπτωση της ποινής. Αν όμως η παραγραφή επήλθε μετά την κατάπτωση της ποινής, τότε η αξίωση στην ποινή παραμένει ισχυρή, αφού δεν είναι παρεπόμενη αξίωση κατ' ΑΚ 274, καθόσον για τη γέννηση της δεν απαιτείται η ύπαρξη κύριας αξίωσης, παρά μόνο την ύπαρξη κύριας ενοχής. Η αξίωση στην ποινή αποτελεί επομένως αυτοτελή αξίωση και υπόκειται σε δική της παραγραφή, δηλ. κατ' αρχήν 20ετή (ΑΚ 249), που αρχίζει από την κατάπτωση της. Αν οι αξιώσεις από την κύρια σύμβαση υπόκεινται σε βραχύτερη παραγραφή (π.χ. ΑΚ 554, 602, 693), τότε ο σκοπός του νόμου που επέβαλε τη βραχύτερη παραγραφή θα καταλαμβάνει και την αξίωση στην ποινή, αφού αυτή συνδέεται άμεσα με την παραβίαση της κύριας σύμβασης.

ιβ. Αναφορικά με τις συνέπειες εκχώρησης της κύριας απαίτησης, σύμφωνα με την κρατούσα άποψη, αν εκχωρηθεί (η απαίτηση) από την κύρια σύμβαση, θεωρείται κατ' αρχήν ότι συνεκχωρείται και η απαίτηση από την ποινική ρήτρα. Όμοια όρος για το ανεκχώρητο της κύριας απαίτησης κατ' ΑΚ 466 θα καταλαμβάνει, αν από την ερμηνεία δεν προκύπτει κάτι διαφορετικό, και την αξίωση στην ποινή. Είναι δυνατή όμως και η αυτοτελής εκχώρηση της τελευταίας είτε πριν³² είτε μετά την κατάπτωση της ποινής.

³² Με δεδομένη τη λειτουργική σύνδεση κύριας ενοχής και ποινικής ρήτρας θα μπορούσε να υποστηρίξει κανείς ότι δεν είναι δυνατή η αυτοτελής εκχώρηση της απαίτησης στην ποινή πριν από την κατάπτωση της ποινής. Παρόμοια άποψη όμως θα οδηγούσε *de lege ferenda* σε αδικαιολόγητη

ιγ. Τέλος σύμφωνα με την κρατούσα στη θεωρία³³ και νομολογία³⁴ άποψη και ως συνέπεια της αρχής του παρεπομένου η ποινική ρήτρα υποβάλλεται στο νόμιμο τύπο που απαιτείται για την κύρια σύμβαση, επομένως παρότι δεν είναι τυπική δικαιοπραξία, εάν η κύρια σύμβαση υποβάλλεται σε συστατικό τύπο πρέπει τον αυτόν να περιβληθεί και η περί ποινής συμφωνία³⁵, διαφορετικά θεωρείται άκυρη³⁶.

Γ. Το στοιχείο της ζημίας

1. Η σημασία της διάταξης ΑΚ 405 § 2

Η υπαίτια μη εκπλήρωση ή μη προσήκουσα εκπλήρωση αποτελεί, κατά τα προρρηθέντα, τη μοναδική προϋπόθεση από την οποία εξαρτάται κατά κανόνα η κατάπτωση της ποινής. Δεν απαιτείται δηλ. να επήλθε οποιαδήποτε περαιτέρω συνέπεια από την ανώμαλη εξέλιξη των συμβατικών σχέσεων και κυρίως δεν απαιτείται η επέλευση ζημίας, η οποία εξακολουθεί βέβαια να αποτελεί προϋπόθεση για τη γέννηση (δευτερογενούς) αξίωσης αποζημίωσης από την κύρια σύμβαση.

Με την έννοια αυτή, ο κανόνας της ΑΚ 405 § 2 είναι ανεπίδεκτος αποκλίσεων και η κατάπτωση της ποινής, ανεξάρτητα από την επέλευση ζημίας, αποτελεί το κυριότερο εννοιολογικό στοιχείο της ποινικής ρήτρας, αυτό που τη χαρακτηρίζει από τελολογική και λειτουργική άποψη.

2. Σχέση ΑΚ 405 § 2 με ΑΚ 281 και 409

α. Σχέση ΑΚ 405 § 2 και 281. Τη νομολογία έχει απασχολήσει το πρόβλημα αν μπορεί ο οφειλέτης να επικαλεσθεί τη διάταξη του άρθρου 281 ΑΚ (κατάχρηση δικαιώματος) προκειμένου να εμποδίσει (να ματαιώσει) την άσκηση του δικαιώματος

αντίθεση με τα συμφέροντα του δανειστή. Πιο συγκεκριμένα θα στερούσε το δανειστή από την εκμετάλλευση της οικονομικής αξίας της ποινής και μάλιστα αδικαιολόγητα αφού η εκχώρηση δεν έχει κάποια δυσμενή επίπτωση στη θέση του οφειλέτη. Αλλά και *de lege lata* (ΑΚ 361) δεν μπορεί να γίνει δεκτή μια τέτοια άποψη (πρβλ. τη δυνατότητα εκχώρησης μελλοντικών ή υπό αίρεση απαιτήσεων, ΑΚ 361 συνδ. 455).

³³ Βλ. Σπυριδούλα-Αγγελική Ε. Λιώση, ό.π., σελ. 61 επ. και εκεί παραπομπές.

³⁴ Βλ. **ΕφαΘ 689/1979** Αρμ 34, 13, **ΕφαΘ 2831/1975** Αρμ 29, 836, **Εφθρ 22/1956** Αρμ 10, 643, **ΑΠ 286/1933** θεμ. ΜΔ, 538.

³⁵ Έτσι για παράδειγμα η ποινική ρήτρα, που προστίθεται σε εμπράγματα δικαιοπραξία, υπόκειται στο συστατικό τύπο του συμβολαιογραφικού εγγράφου (369 ΑΚ). Ο ίδιος ο τύπος επιβάλλεται περαιτέρω, σύμφωνα με το άρθρ. (164 ΑΚ) και για κάθε τροποποίηση της προστιθέμενης σε εμπράγματα δικαιοπραξία συμφωνίας περί ποινικής ρήτρας. Σύμφωνα πάντως τόσο με την θεωρία όσο και με την νομολογία, δεν αποτελούν τροποποιήσεις και συνεπώς δεν υπάγονται στον απαιτούμενο από το άρθρ. (ΑΚ 164) τύπο, όροι οι οποίοι **καταργούν** ολικά ή μερικά την αρχική συμφωνία ή περιέχουν **παραίτηση** από αυτήν, εκτός εάν ο νόμος απαιτεί τύπο και για την κατάργηση ή την παραίτηση καθεαυτή. Βλ. σχετ. Πάρι Αρβανιτάκη, Προαποδεικτική προσαγωγή και αποδεικτική δύναμη εγγράφων, Η πολιτική δικονομία από την θεωρία στην πράξη, Β' έκδοση, Θεσ/κη 1996, σελ.325 επ., Αστ.Κ.Γεωργιάδη, ό.π. τεύχ. ΙΙ, σελ. 162.

³⁶ Διαφορετική είναι η περίπτωση όπου η κύρια ενοχή είναι άκυρη, λόγω μη τήρησης του τύπου, οπότε και η ποινική ρήτρα είναι άκυρη κατ' ΑΚ 408.

του δανειστή στην ποινή που κατέπεσε, όταν ο δανειστής δεν έχει υποστεί ζημία. Πάγια είναι η θέση της νομολογίας³⁷ ότι ο οφειλέτης δεν έχει αυτή τη δυνατότητα γιατί από την ερμηνεία της ΑΚ 405 § 2 (αλλά και των ΑΚ 406 § 2 και 407) προκύπτει ότι, αφού η ποινή καταπίπτει και χωρίς την ύπαρξη ζημίας, το δικαίωμα στην ποινή που κατέπεσε δεν ασκείται καταχρηστικά λόγω του ότι ο δανειστής δεν υπέστη ζημία. Η θέση αυτή της νομολογίας είναι ορθή³⁸, τουλάχιστον κατ' αρχήν και υπό τον περιορισμό ότι αυτό που υπονοούν τα δικαστήρια μας είναι ότι δεν αρκεί το γεγονός ότι ο δανειστής δεν υπέστη ζημία, προκειμένου να θεωρηθεί ότι ασκεί το δικαίωμα στην ποινή που κατέπεσε καταχρηστικά.

Σύμφωνα με το άρθρο 281 ΑΚ «η άσκηση του δικαιώματος απαγορεύεται όταν υπερβαίνει προφανώς τα όρια που τίθενται από την καλή πίστη, τα χρηστά ήθη, τον κοινωνικό ή οικονομικό σκοπό του δικαιώματος». Το ερώτημα που τίθεται εν προκειμένω είναι αν η άσκηση του δικαιώματος στην ποινή που κατέπεσε είναι καταχρηστική σύμφωνα με την ΑΚ 281 επειδή ο δανειστής δεν υπέστη ζημία και μόνο για το λόγο αυτό. Η απάντηση πρέπει να έχει ως σημείο αναφοράς αφενός την ερμηνεία της ΑΚ 281 και αφετέρου το σκοπό και τη λειτουργία της ποινικής ρήτρας, όπως αυτή εκφράζεται στις διατάξεις των ΑΚ 404 επ. και μορφοποιείται στη συναλλακτική ζωή.

Στο άρθρο 281 ΑΚ ο νομοθέτης θέτει τη γενική αρχή ότι η κατάχρηση δικαιώματος απαγορεύεται και επίσης θέτει τα κριτήρια με βάση τα οποία ο δικαστής θα διατυπώσει την κρίση ότι στη συγκεκριμένη περίπτωση υπάρχει ή όχι κατάχρηση δικαιώματος. Για να είναι καταχρηστική η άσκηση δικαιώματος πρέπει να αντίκειται στις επιταγές που απορρέουν από την καλή πίστη, τα χρηστά ήθη και τον κοινωνικό ή οικονομικό σκοπό του δικαιώματος και η αντίθεση να είναι προφανής. Με τη συνολολόγηση της ποινικής ρήτρας, όπως και από το άρθρο 405 § 2 ΑΚ προκύπτει, ότι οι συμβαλλόμενοι σκοπούν να παράσχουν στο δανειστή μία πρόσθετη αξίωση, ενισχύοντας με τον τρόπο αυτό τη θέση του. Η ενίσχυση αυτή παρέχεται στο δανειστή ανεξάρτητα από την τυχόν ύπαρξη αξιώσεων του από την κύρια σύμβαση. Η άσκηση της αξίωσης στην ποινή δηλ. δικαιολογείται από το σκοπό της ποινικής ρήτρας, ακόμα και αν ο δανειστής δεν έχει υποστεί καμμία ζημία, εφόσον προσβλήθηκε το ασφαλιζόμενο με την ποινική ρήτρα έννομο αγαθό του δανειστή για

³⁷ Βλ. ΑΠ 477/1976 ΑρχΝομ 27, 790, ΑΠ 385/1975 ΝοΒ 23,1157 = ΑρχΝομ. 26, 652 = ΝΔικ 32, 110 = ΕλλΔνη 17, 222, ΕφΑΘ 3831/1975 ΕλλΔνη 17,108.

³⁸ Βλ. Σπυριδούλα-Αγγελική Ε. Λιώση, ό.π., σελ. 65 επ. και εκεί παραπομπές.

ομαλή εκπλήρωση της σύμβασης. Μόνη λοιπόν η ανυπαρξία ζημίας του δανειστή δεν αρκεί για να κριθεί η άσκηση του δικαιώματος στην ποινή ως προφανώς αντίθετη στις επιταγές της καλής πίστης, των χρηστών ηθών και του κοινωνικού ή οικονομικού σκοπού του δικαιώματος και άρα ως καταχρηστική. Ενισχυτική αυτής της θέσης είναι και η επισήμανση ότι η κατάπτωση της ποινής συνδέεται κατά κανόνα με πράξεις ή παραλείψεις για τις οποίες ο δανειστής ευθύνεται προσωπικά ή πάντως εμπίπτουν στη δική του σφαίρα κινδύνου και ελέγχου. Ως εκ τούτου θα ήταν αντίθετο στην τεολογία της ΑΚ 281 να μπορεί ο οφειλέτης, επικαλούμενος την ανυπαρξία ζημίας του δανειστή, να άρει την από δική του αντισυμβατική συμπεριφορά προκύπτουσα ευθύνη του. Για τους λόγους αυτούς η εφαρμογή της ΑΚ 405 § 2 δεν μπορεί να αποκλεισθεί με μόνη την επίκληση της ΑΚ 281. Το πιο πάνω συμπέρασμα βέβαια δεν αποκλείει την *in concreto* έρευνα μήπως (και) εξ άλλων λόγων η άσκηση του δικαιώματος στην ποινή είναι καταχρηστική³⁹. Καταχρηστική είναι η άσκηση του δικαιώματος στην ποινή στην περίπτωση που η συνομολόγηση της ποινικής ρήτρας δεν εκφράζει θεμιτή ανάληψη κινδύνου εκ μέρους του οφειλέτη στο πλαίσιο της ελευθερίας των συμβάσεων, αλλά παρίσταται ως κατάχρηση της συμβατικής ελευθερίας⁴⁰. Στην περίπτωση αυτή η έλλειψη ζημίας του δανειστή θα αποτελεί ένα από τα στοιχεία για την κατάφαση της καταχρηστικής άσκησης δικαιώματος σύμφωνα με την ΑΚ 281.

³⁹ Ειδικότερα:

α) Η καλή πίστη (ΑΚ 288) επιβάλλει ο δανειστής να ανέχεται ασήμαντες καθυστερήσεις στην εκπλήρωση της παροχής και γενικότερα ασήμαντες προσβολές των συμβατικών του υποχρεώσεων από τον οφειλέτη. Στην περίπτωση αυτή, αφού κατά καλή πίστη δεν συντρέχει περίπτωση παραβίασης των συμβατικών υποχρεώσεων του οφειλέτη και πάντως δεν γεννάται ευθύνη του για την ανώμαλη εξέλιξη της ενοχής, είναι συνεπέστερο να πούμε πως δεν πληρούται καν η προϋπόθεση κατάπτωσης της ποινής.

β) Αν ο δανειστής προκαλέσει με οποιοδήποτε τρόπο τη συμβατική παραβίαση εκ μέρους του οφειλέτη, ενδέχεται να συνιστά καταχρηστική άσκηση δικαιώματος εκ μέρους του η αξίωση του στην ποινή (ΑΚ 281). Αυτό θα κρίνεται στη συγκεκριμένη περίπτωση και με βάση το σύνολο των περιστατικών που προκάλεσαν τη συμβατική παραβίαση, με αποφασιστικό κριτήριο το βαθμό της «συμβολής» του δανειστή στην πραγμάτωση της συμβατικής παραβίασης. Εδώ υπάγονται και οι περιπτώσεις που ο δανειστής δεν δίνει καμμία σημασία στην τήρηση της συμπεριφοράς για την οποία συμφωνήθηκε η ποινική ρήτρα, όπως και η επί μακρῶ χρονικό διάστημα ανοχή της συμπεριφοράς του οφειλέτη (περιπτώσεις αποδυνάμωσης δικαιώματος) Πρβλ. και ΕφΘεσ 942/1985 Αρμ 39, 1048 (η μη σύμπραξη του δανειστή συνιστά λόγο άρσης της υπαιτιότητας), ΕφΘεσ 2173/1981 ΕλλΔνη 23, 500. **Οποσδήποτε όμως η «συμμετοχή», ή «συμβολή» του δανειστή στην κατάπτωση της ποινής θα αποτελεί ένα από τα κριτήρια για τον προσδιορισμό του προσήκοντος μέτρου και τη μείωση της ποινής κατ' ΑΚ 409.**

⁴⁰ Σύμφωνα με την κρατούσα πάντως άποψη στη νομολογία η ΑΚ 281 δεν καλύπτει και τις περιπτώσεις κατάχρησης της συμβατικής ελευθερίας. Έτσι ΟΛΑΠ 33/1987 ΝοΒ 36, 324, με αντίθετο σχόλιο Δωρή σελ. 326 επ.

β. Σχέση ΑΚ 405 § 2 και 409. Η νομολογία αποφαινεται παγίως⁴¹ και ορθά⁴², σύμφωνα και με τα πιο πάνω, πως από μόνη της η επίκληση της ανυπαρξίας ζημίας του δανειστή δεν συνιστά λόγο μείωσης της ποινής κατ' ΑΚ 409.

ΚΕΦΑΛΑΙΟ ΙΙ. ΔΙΑΚΡΙΣΗ ΤΗΣ ΠΟΙΝΙΚΗΣ ΡΗΤΡΑΣ ΑΠΟ ΣΥΓΓΕΝΕΙΣ ΘΕΣΜΟΥΣ

A. Αρραβώνας

1. Έννοια του αρραβώνα

Σύμφωνα με το άρθρο 402 ΑΚ αρραβώνας είναι σύμβαση που καταρτίζεται με τη δόση του περιουσιακού στοιχείου που συνιστά το αντικείμενο του αρραβώνα και τη συμφωνία των συμβαλλομένων ότι σε περίπτωση υπαίτιας παραβίασης των υποχρεώσεων από την (κύρια) σύμβαση, ο υπαίτιος δότης χάνει τον αρραβώνα, ενώ, αν υπαίτιος είναι ο λήπτης, αποδίδει το διπλάσιο του αρραβώνα. Αντικείμενο του αρραβώνα μπορεί να είναι χρήματα ή άλλο κινητό (ή και ακίνητο) ενσώματο αντικείμενο, όπως και απαίτηση⁴³.

2. Σχέση αρραβώνα και ποινικής ρήτρας

α. Ο αρραβώνας αποτελεί συμβατική μορφή που παρουσιάζει πολλές ομοιότητες αλλά και ορισμένες διαφορές από την ποινική ρήτρα. Οι ομοιότητες μεταξύ αρραβώνα και ποινικής ρήτρας εντοπίζονται:

αα) στην ομοιότητα των σκοπών του αρραβώνα και της ποινικής ρήτρας,

ββ) στη μη καθιέρωση σ' εμάς τεκμηρίου αμάχητης ζημίας ενόψει της ΑΚ 403

και γγ) στην όμοια με την ποινική ρήτρα λειτουργία του αρραβώνα κατά τις ΑΚ 402-403. Οι ομοιότητες αυτές δικαιολογούν την πλήρωση των κενών που παρουσιάζει η ρύθμιση του αρραβώνα (χρόνος κατάπτωσης, πλημμελής εκπλήρωση, μείωση υπέρμετρου αρραβώνα) με ανάλογη εφαρμογή των διατάξεων για την ποινική ρήτρα. Οι διαφορές μεταξύ αρραβώνα και ποινικής ρήτρας εντοπίζονται στα εξής σημεία: αα) ο αρραβώνας αντίθετα από την ποινική ρήτρα έχει αμφιμερή λειτουργία και ββ) ενώ η ποινική ρήτρα είναι υποσχετική σύμβαση, ο αρραβώνας καταρτίζεται με τη δόση κάποιου περιουσιακού στοιχείου (re καταρτιζόμενη σύμβαση).

⁴¹ Βλ. ενδεικτικά ΑΠ 35/1965 ΝοΒ 13, 737, ΑΠ 562/1972 ΝοΒ 20, 1423, ΑΠ 303/1982 ΝοΒ 31,45.

⁴² Βλ. Σπυριδούλα-Αγγελική Ε. Λιώση, ό.π., σελ. 67 επ. και εκεί παραπομπές.

⁴³ Βλ. Σπυριδούλα-Αγγελική Ε. Λιώση, ό.π., σελ. 69 επ. και εκεί παραπομπές.

β. Στην πραγματικότητα οι δύο συμβάσεις (αρραβώνας και ποινική ρήτρα) έχουν τον ίδιο σκοπό. Ο σκοπός του αρραβώνα είναι, όπως και της ποινικής ρήτρας, σύμφωνα με όσα δεχθήκαμε πιο πάνω, η ενίσχυση της κύριας σύμβασης με την ανάληψη πρόσθετης υποχρέωσης προστασίας εκ μέρους του οφειλέτη του έννομου συμφέροντος του δανειστή για εκπλήρωση. Τα άρθρα 402, 403 ΑΚ δεν αφορούν το χαρακτήρα και το σκοπό του αρραβώνα, αλλά αναφέρονται στη σχέση η οποία αναπτύσσεται μετά την κατάπτωση του αρραβώνα μεταξύ της αξίωσης από τον αρραβώνα και της αξίωσης αποζημίωσης και αντιστοιχούν επομένως στα άρθρα 406, 407 ΑΚ. Θα μπορούσαμε επομένως, με αφετηρία την ταυτότητα σκοπού μεταξύ των δύο συμβάσεων να θεωρήσουμε τον αρραβώνα ως ειδικότερη μορφή της ποινικής ρήτρας. Αυτό δεν σημαίνει ότι παραβλέπουμε τις ιδιομορφίες του αρραβώνα. Οι ιδιομορφίες όμως αυτές δεν συνιστούν την ειδοποιό διαφορά μεταξύ αρραβώνα και ποινικής ρήτρας, εφόσον και η ποινική ρήτρα μπορεί να συμφωνηθεί ότι λειτουργεί αμφιμερώς και επίσης μπορεί να καταρτισθεί με ταυτόχρονη δόση της ποινής, οπότε, όπως και στον αρραβώνα, όταν καταπέσει η ποινή, ο δανειστής-λήπτης δικαιούται να την κρατήσει.

γ. Ο αρραβώνας λοιπόν αποτελεί μορφή της ποινικής ρήτρας, η οποία έχει σωρευτικά δύο χαρακτηριστικά:

αα) «δόση» κάποιου περιουσιακού στοιχείου και

ββ) αμφιμερή ενέργεια. Ο όρος αρραβώνας μπορεί να διατηρηθεί και θα χαρακτηρίζει εφεξής εκείνη τη μορφή της ποινικής ρήτρας που θα παρουσιάζει σωρευτικά τα δύο παραπάνω στοιχεία και αυτό για λόγους που υπαγορεύονται από τη συναλλακτική πρακτική, στην οποία ο όρος έχει συνδεθεί με το παραπάνω περιεχόμενο.

3. Ποινική ρήτρα εν ευρεία έννοια

Διαμορφώνεται έτσι η ποινική ρήτρα με ευρεία έννοια, στην οποία μπορούν να υπαχθούν οι εξής ειδικότερες συμβατικές μορφές: **α)** η ποινική ρήτρα των ΑΚ 404 επ. (ετερομερής - υπόσχεση), **β)** η με ταυτόχρονη καταβολή της ποινής καταρτιζόμενη ποινική ρήτρα (ετερομερής), **γ)** η αμφιμερής ποινική ρήτρα (υπόσχεση) και **δ)** η αμφιμερής με ταυτόχρονη καταβολή της ποινής καταρτιζόμενη ποινική ρήτρα, δηλ. ο αρραβώνας.

B. Μη γνήσια ποινική ρήτρα

1. Έννοια της μη γνήσιας ποινικής ρήτρας

Είναι η υπόσχεση παροχής σε περίπτωση που ο οφειλέτης προβεί σε κάποια πράξη, για την παράλειψη της οποίας δεν έχει αναλάβει υποχρέωση, ή παραλείψει κάτι, του οποίου όμως την τέλεση δεν έχει αναλάβει συμβατικά. Θα μπορούσε δηλ. κανένας να μιλήσει για «ποινική ρήτρα» για την οποία όμως δεν υφίσταται αντίστοιχη κύρια σύμβαση και η μόνη υφιστάμενη ενοχή είναι αυτή της (μη γνήσιας) ποινικής ρήτρας: π.χ. υπόσχομαι ως «ποινή» δεκαπέντε χιλιάδες ευρώ αν πριν από την πάροδο ενός μήνα αναχωρήσω για την Αμερική. Ως παραδείγματα μη γνήσιας ποινικής ρήτρας θα μπορούσαν επίσης να αναφερθούν τα ακόλουθα: υπόσχομαι να σου πληρώσω 1000€ αν παρευρεθώ αύριο στις ιπποδρομίες, ή αν χαρτοπαίζω, ή αν ανοίξω μαγαζί στην τάδε οδό⁴⁴, αποθεραπευμένος αλκοολικός υπόσχεται σε κάποιο φίλο του την πληρωμή ενός ποσού σε μια κοινωφελή οργάνωση για την περίπτωση που θα ξαναρχίσει να πίνει, κάποιος υπόσχεται να μην καπνίζει, να εμφανισθεί ή να μην εμφανισθεί σε μια συγκέντρωση. Εφόσον πάντως λείπει το στοιχείο της κύριας σύμβασης δεν υπάρχει ποινική ρήτρα. Γι' αυτό ονομάζεται από την κρατούσα γνώμη μη γνήσια ποινική ρήτρα, στην οποία εφαρμόζονται ανάλογα εκείνες οι διατάξεις των ΑΚ 404 επ., που δεν προϋποθέτουν κύρια ενοχή (π.χ. ΑΚ 409), αφού ο σκοπός που εξυπηρετεί η μη γνήσια ποινική ρήτρα είναι ίδιος με αυτόν της ποινικής ρήτρας.

2. Σχέση μη γνήσιας και γνήσιας ποινικής ρήτρας

Όπως καθορίστηκε πιο πάνω σχετικά με τη φύση και το σκοπό της ποινικής ρήτρας, είναι φανερό ότι δεν υπάρχει έδαφος ανάπτυξης εντός αυτής για τη μη γνήσια ποινική ρήτρα και τούτο, διότι αν δεν υπάρχει κύρια σύμβαση [παράγουσα τέλεια ή έστω και ατελή ενοχή, ως προς το στοιχείο του εξαναγκασμού του οφειλέτη (μη αγωγήμη)], τότε δεν μπορούμε να μιλάμε καν για ποινική ρήτρα, αφού αν δεν υπάρχει κύρια σύμβαση, την οποία αυτή καλείται να ενισχύσει, εκλείπει και το έννομο συμφέρον του δανειστή για εκπλήρωση.

Συνήθως από τη συνομολόγηση της ποινικής ρήτρας θα μπορούμε να συναγάγουμε την ύπαρξη έστω και κάποιας ατελούς ενοχής (κατ' ΑΚ 173, 200), ή την ύπαρξη ατελούς ενοχής, την οποία τα μέρη ηθελημένα δεν διαμόρφωσαν σε (τέλεια) ενοχή, προκειμένου να αποφύγουν την αγωγήμη αξίωση εκπλήρωσης. Στην περίπτωση αυτή, της φυσικής ενοχής από σύμβαση, η ποινική ρήτρα είναι ενισχυτική

⁴⁴ Βλ. Σπυριδούλα-Αγγελική Ε. Λιώση, ό.π., σελ. 74 και εκεί παραπομπές.

αυτής της μορφής ενοχής. Τίποτα όμως δεν αποκλείει στη συγκεκριμένη περίπτωση, παρά τη διατύπωση της (μη γνήσιας) ποινικής ρήτηρας (ως μίας οφειλόμενης παροχής μίας ενοχής), να συνάγεται κατ' ΑΚ 173 και 200 η ύπαρξη τέλειας ενοχής, η οποία ιδρύεται ή αναγνωρίζεται και ενισχύεται με την ποινική ρήτρα. Αν επομένως δεν υπάρχει καμμία σύμβαση, παράγουσα τελεία ή ατελή ενοχή, προς ενίσχυση της οποίας συνομολογείται η ποινική ρήτρα, τότε δεν υπάρχει μη γνήσια ποινική ρήτρα.

Στις περιπτώσεις λοιπόν των ανωτέρω παραδειγμάτων, λόγω του περιεχομένου των υποσχέσεων, είναι αμφίβολο αν πρόκειται για συμβάσεις, που να παράγουν έστω και μη εξαναγκαστή (μη αγωγήμη) απαίτηση για την εκπλήρωσή τους, αφού δεν μπορεί να πει κανείς με βεβαιότητα αν οι συμβαλλόμενοι είχαν βούληση δικαιοπρακτικής δέσμευσης. Η διάκριση μεταξύ γνήσιας και μη γνήσιας ποινικής ρήτηρας, υπό το πρίσμα της κρατούσας άποψης, δέχεται ουσιαστικά την αυτοτιμωρία του οφειλέτη για πράξεις ή παραλείψεις του, χωρίς οποιαδήποτε αναφορά σε έννομο συμφέρον του δανειστή, εκεί που κανονικά θα έπρεπε να βλέπει κανείς μόνο συμβάσεις υπό αίρεση, με ή χωρίς αιτία. Στην πρώτη περίπτωση, όπου υπάρχει αιτία, π.χ. δωρεά, ο οφειλέτης θα προστατεύεται κατά τις γενικές διατάξεις των ΑΚ 209, 178, 179, 288 και 904 και δεν θα εφαρμόζονται οι ΑΚ 404 επ., οι οποίες είναι διατάξεις που ρυθμίζουν τη λειτουργία ενός νομικού μορφώματος που εξυπηρετεί συγκεκριμένους σκοπούς και έχει συγκεκριμένο στόχο, την ομαλότητα στη συναλλακτική ζωή. Ενώ στη δεύτερη περίπτωση που δεν υπάρχει αιτία η προστασία του οφειλέτη θα χωρήσει κατ' ΑΚ 904 επ.

Γ. Ποινική ρήτρα μεταμέλειας

1. Έννοια της ποινικής ρήτηρας μεταμέλειας

Σύμφωνα με το άρθρο 398 ΑΚ «αν ο ένας από τους συμβαλλομένους επιφύλαξε στον εαυτό του την υπαναχώρηση έναντι καταβολής ποινής, η υπαναχώρηση είναι ανίσχυρη εφόσον έγινε χωρίς σύγχρονη καταβολή της ποινής και ο άλλος την απέκρουσε για το λόγο αυτό χωρίς υπαίτια καθυστέρηση». Η επιφύλαξη δικαιώματος υπαναχώρησης σε έναν από τους συμβαλλομένους, έναντι καταβολής ποινής, αποτελεί την ποινική ρήτρα μεταμέλειας ή άλλως ποινή μεταμέλειας⁴⁵. Η ποινική ρήτρα μεταμέλειας γίνεται απαιτητή όταν ο οφειλέτης ασκήσει το (συμβατικό) δικαίωμα του να υπαναχωρήσει από τη σύμβαση και η καταβολή της συναρτάται άμεσα με την ύπαρξη έγκυρης ή μη έγκυρης υπαναχώρησης. Έγκυρη

⁴⁵ Βλ. Σπυριδούλα-Αγγελική Ε. Λιώση, ό.π., σελ. 77 και εκεί παραπομπές.

είναι η υπαναχώρηση, αν καταβληθεί η ποινή μεταμέλειας ή αν δεν καταβληθεί και το άλλο μέρος δεν αποκρούσει αμελλητί για το λόγο αυτό την υπαναχώρηση. Αντίθετα είναι άκυρη, αν το άλλο μέρος αποκρούσει αμελλητί την υπαναχώρηση σε περίπτωση μη ταυτόχρονης καταβολής της ποινής μεταμέλειας.

Η παραπάνω ρήτρα, κατά την κρατούσα γνώμη, διαφέρει από την ποινική ρήτρα ως προς το σκοπό που εξυπηρετεί, με σπουδαιότερη πρακτική συνέπεια ότι λόγω της τελολογικής διαφοράς δεν μπορεί να εφαρμοσθεί στην ποινική ρήτρα μεταμέλειας η ΑΚ 409. Σύμφωνα πάντα με την κρατούσα γνώμη, ενώ σκοπός της ποινικής ρήτρας είναι η άσκηση πίεσης στον οφειλέτη προκειμένου να εκπληρώσει την (κύρια) σύμβαση και η απαλλαγή του δανειστή από το βάρος απόδειξης ζημίας (μέχρι το ποσό της ποινής), σκοπός της ποινικής ρήτρας μεταμέλειας είναι η παροχή δυνατότητας στον οφειλέτη της να υπαναχωρήσει από τη σύμβαση. Ουσιαστικά οι έννομες συνέπειες της συμβατικής υπαναχώρησης (ΑΚ 389-401) επεκτείνονται με την παροχή πρόσθετης αξίωσης στον αντισυμβαλλόμενο του υπαναχωρούντος στην ποινή μεταμέλειας, η οποία σκοπεί την παροχή «ανταλλάγματος» στον αντισυμβαλλόμενο εκείνου στον οποίο παραχωρήθηκε δικαίωμα υπαναχώρησης. Δικαίωμα υπαναχώρησης και ποινή μεταμέλειας τελούν με τη θεώρηση αυτή σε ένα είδος, θα μπορούσε να πει κανείς, «ανταλλακτικής» σχέσης.

2. Σχέση ποινικής ρήτρας μεταμέλειας και ποινικής ρήτρας

α. Στην πραγματικότητα οι δύο ρήτρες (ποινική ρήτρα και ποινική ρήτρα μεταμέλειας) εξυπηρετούν όχι αντίθετους αλλά παραπλήσιους σκοπούς. Ο σκοπός της ποινικής ρήτρας είναι, όπως τον ορίσαμε πιο πάνω, η ενίσχυση της κύριας σύμβασης, με τη μορφή της προστασίας του έννομου συμφέροντος του δανειστή για (ομαλή) εκπλήρωση της. Η προστασία αυτή εκδηλώνεται με την υποχρέωση του οφειλέτη να καταβάλει μία πρόσθετη παροχή σε περίπτωση προσβολής του παραπάνω έννομου συμφέροντος του δανειστή, η οποία (προσβολή) επέρχεται με την παραβίαση από τον οφειλέτη των συμβατικών του υποχρεώσεων. Ο σκοπός της ποινικής ρήτρας μεταμέλειας είναι παρόμοιος. Και εδώ υπάρχει έννομο συμφέρον του κάθε συμβαλλομένου να εκπληρωθεί η σύμβαση. Αν ο οφειλέτης, ασκώντας το σχετικό συμβατικό του δικαίωμα, υπαναχωρήσει από τη σύμβαση, εμποδίζει την ικανοποίηση του έννομου συμφέροντος του δανειστή, αφού η σύμβαση λύεται. Η παραβίαση δηλ. της σύμβασης στην περίπτωση της ποινικής ρήτρας και η λύση της σύμβασης στην περίπτωση της ποινικής ρήτρας μεταμέλειας έχουν όμοιο αποτέλεσμα: την προσβολή του έννομου συμφέροντος για εκπλήρωση της παροχής

εκ μέρους του αντισυμβαλλομένου. Επομένως οι δύο ρήτρες έχουν παρόμοιο σκοπό: Η ποινική ρήτρα την εξασφάλιση του δανειστή, που πάντως θα έχει αξίωση στην ποινή που κατέπεσε. Η ποινική ρήτρα μεταμέλειας την εξισορρόπηση ανάμεσα αφενός στην παροχή διαπλαστικού δικαιώματος στον ένα συμβαλλόμενο να λύσει τη σύμβαση και αφετέρου στο έννομο συμφέρον του αντισυμβαλλομένου του για το δικό του δικαίωμα στην αντιπαροχή (ως δανειστή), που καταλήγει και πάλι σε προστασία του ως δανειστή. Ο πυρήνας δηλ. παραμένει ο ίδιος: στη βάση και των δύο συμβάσεων (συμβατικών ρητρών), βρίσκεται το έννομο συμφέρον του αντισυμβαλλομένου να εκπληρωθεί η σύμβαση και η (συμβατική) προστασία του.

β. Επειδή ο σκοπός των δύο συμβάσεων είναι, σύμφωνα με τα παραπάνω, παραπλήσιος, μπορεί κατ' αναλογία να εφαρμοσθεί και στην ποινή μεταμέλειας το άρθρο 409 ΑΚ για τη δικαστική μείωση της ποινής. Η κρατούσα γνώμη πάντως αποκρούει τη δυνατότητα αυτή με το επιχείρημα ότι, αν ο δικαιούμενος σε υπαναχώρηση κρίνει την ποινή υπέρμετρη, δεν έχει παρά να εμμείνει στη σύμβαση. Το επιχείρημα όμως αυτό δεν θα πρέπει να θεωρηθεί ακαταμάχητο.⁴⁶ Η απόκρουση εφαρμογής της ΑΚ 409, κατά την κρατούσα γνώμη, σε περίπτωση υπέρμετρης ποινής μεταμέλειας, μπορεί να καθιστά στην ουσία, υπό την επίδραση κάποιων συντρεχουσών περιστάσεων, ανενεργό το συμβατικό δικαίωμα υπαναχώρησης. Περαιτέρω, ενώ η ΑΚ 409 προστατεύει τον ασυνεπή οφειλέτη από υπερβολική κύρωση της ασυνέπειας του, εδώ αφήνεται απροστάτευτος, από ανάλογα υπέρμετρα βάρη, ο συμβαλλόμενος που επιχειρεί να αποδεσμευθεί από τις συμβατικές του υποχρεώσεις με την άσκηση ενός συμβατικά αναγνωριζόμενου σ' αυτόν διαπλαστικού δικαιώματος υπαναχώρησης.

Η κατά την ΑΚ 409 «δυσαναλογία» και το «προσήκον μέτρο» θα κριθούν και θα προσδιορισθούν εδώ με αναφορά κυρίως στην τυχόν ζημία του δανειστή της ποινικής ρήτρας μεταμέλειας από τη λύση της σύμβασης και στην αντίστοιχη ενδεχομένως ωφέλεια του οφειλέτη από την άσκηση του συμβατικού του δικαιώματος υπαναχώρησης. Πρέπει πάντως να επισημανθεί ότι στην περίπτωση της ποινικής ρήτρας μεταμέλειας, επειδή η ποινή αποτελεί τη μόνη ικανοποίηση για το δανειστή, θα μπορεί αυτή να κυμαίνεται σε υψηλότερο επίπεδο σε σχέση με το επίπεδο της υπαγόμενης ευθέως στην ΑΚ 409 ποινικής ρήτρας.

⁴⁶ Βλ. Σπυριδούλα-Αγγελική Ε. Λιώση, ό.π., σελ. 79.

γ. Σε περίπτωση που η ερμηνεία της σχετικής ρήτρας θα αφήνει αμφιβολίες για το αν πρόκειται για συνομολόγηση ποινής κατ' ΑΚ 404 επ. ή ποινής μεταμέλειας, είναι ορθό να γίνεται δεκτό ότι έχει συνομολογηθεί ποινική ρήτρα⁴⁷. Ο χαρακτηρισμός μιας ρήτρας ως ποινικής ρήτρας μεταμέλειας πρέπει να γίνεται όταν από την ερμηνεία της σύμβασης συνάγεται ότι τα μέρη απέβλεψαν με την επίμαχη ρήτρα να δημιουργήσουν συμβατικά έναν αντίρροπο μηχανισμό προστασίας υπέρ εκείνου έναντι του οποίου ασκείται το συμβατικά παρασχεθέν δικαίωμα υπαναχώρησης. Η συνομολόγηση ποινικής ρήτρας μεταμέλειας θα πρέπει δηλαδή, ως κάτι το εξαιρετικό, να συνάγεται ερμηνευτικά με κάποια βεβαιότητα από τη σύμβαση.

Δ. Ρήτρα κράτησης της ληφθείσας παροχής

1. Έννοια της ρήτρας κράτησης της ληφθείσας παροχής

Στη ρήτρα αυτή, σε περίπτωση δηλ. που ο δανειστής υπαναχωρώντας (νόμιμη υπαναχώρηση) από τη σύμβαση κρατεί το ληφθέν μέρος της παροχής, κατά ρητή νομοθετική επιταγή (ΑΚ 400) εφαρμόζονται οι διατάξεις για την ποινική ρήτρα⁴⁸. Προϋποθέσεις εφαρμογής της διάταξης είναι η υπαναχώρηση του δανειστή σε περίπτωση υπαίτιας προσβολής της σύμβασης εκ μέρους του οφειλέτη (στο σημείο αυτό έγκειται και η ομοιότητα με την ποινική ρήτρα) και η συμφωνία των μερών για κράτηση του ληφθέντος μέρους της παροχής από το δανειστή⁴⁹. Η διάταξη εφαρμόζεται, κατά διασταλτική ερμηνεία, και στην περίπτωση που ο δανειστής υπαναχωρεί και όχι μόνο κρατεί το ληφθέν μέρος της παροχής, αλλά έχει επιπλέον και δικαίωμα να αξιώσει και τις υπόλοιπες δόσεις, που έχει συμφωνηθεί να καθίστανται αμέσως απαιτητές.

2. Σχέση ρήτρας κράτησης της ληφθείσας παροχής και ποινικής ρήτρας

α. Εδώ πρόκειται πράγματι για ποινική ρήτρα (η νομοθετική παραπομπή είναι διευκρινιστική και κατά τούτο χρήσιμη), εφόσον και εδώ η βούληση των μερών είναι η προστασία του έννομου συμφέροντος του δανειστή για εκπλήρωση, πέρα και ανεξάρτητα από τις αξιώσεις εκπλήρωσης και αποζημίωσης⁵⁰. Αποφασιστικής σημασίας είναι το ότι ούτως ή άλλως (από υπαιτιότητα του οφειλέτη ή και χωρίς αυτή), προσβλήθηκε το παραπάνω προστατευόμενο αγαθό.

⁴⁷ Βλ. ΑΠ 601/1971 ΑρχΝομ 23, 105=ΕλλΔνη 13, 456.

⁴⁸ Βλ. Δ. Μπόσδα, Αναγόραστο, ΝοΒ 27,1421 (ιδιαίτερα για την εφαρμογή της ΑΚ 409), ΕφαΘ 8128/1980 ΝοΒ 29, 351, ΑΠ 274/1981 ΝοΒ 29, 1493, ΕφαΘ 59/1963 ΝοΒ 12, 412, ΕφαΘ 268/1976 ΝοΒ 24, 640, ΕφαΘ 563/1968 ΝοΒ 16, 860.

⁴⁹ Βλ. Σπυριδούλα-Αγγελική Ε. Λιώση, ό.π., σελ. 85.

⁵⁰ Βλ. ΜονΠρωτΛορ 88/1969 ΝοΒ 18,197.

Εννοιολογική διαφορά από την ποινική ρήτρα δεν υπάρχει και αυτό γιατί μπορεί να λείπει το στοιχείο της υπόσχεσης κάποιας παροχής, υπάρχει όμως η δόση κάποιας παροχής, αφού αντικείμενο εδώ της ποινικής ρήτρας είναι η μεταβίβαση απαίτησης υπό αίρεση. Πρόκειται για την απαίτηση που έχει ο οφειλέτης για επιστροφή της παροχής του κατ' ΑΚ 389, 904, η οποία τελεί υπό την αίρεση της άσκησης υπαναχώρησης εκ μέρους του δανειστή.

β. Το σύνηθες πεδίο εφαρμογής της ρήτρας αυτής είναι οι συμβάσεις χρηματοδοτικής μίσθωσης (leasing) και οι πωλήσεις με δόσεις και ιδίως οι πωλήσεις αυτοκινήτων, όπου η ρήτρα παρουσιάζεται και με πιο δραστική μορφή (κατάπτωση και αξίωση του δανειστή και επί του υπολοίπου της οφειλής που καθίσταται ληξιπρόθεσμο και απαιτητό). Ο χαρακτηρισμός από τα μέρη της ρήτρας ως κατ' αποκοπήν αποζημίωσης (για ζημίες που συνδέονται με την παραχώρηση της χρήσης του πράγματος όπως φθορά, βλάβες, μείωση της αξίας του) ή ως μισθώματος για την παραχώρηση της χρήσης του πράγματος δεν επιδρά στη δυνατότητα ελέγχου της ρήτρας κατ' ΑΚ 409 για το επιπλέον ποσό, για το ποσό δηλ. που υπερβαίνει την κάλυψη των προαναφερόμενων ζημιών⁵¹.

Ε. Κατ' αποκοπήν αποζημίωση

1. Έννοια της κατ' αποκοπήν αποζημίωσης

Υπό τον όρο κατ' αποκοπήν αποζημίωση νοούνται όλες εκείνες οι συμβάσεις, το ελάχιστο περιεχόμενο των οποίων συνίσταται στη συμφωνία των συμβαλλομένων ότι ο ένας από αυτούς (δανειστής), σε περίπτωση που ο αντισυμβαλλόμενος του (οφειλέτης) παραβιάσει τις συμβατικές του υποχρεώσεις, θα δικαιούται ως αποζημίωση το καθοριζόμενο στη σύμβαση χρηματικό ποσό. Το ποσό αυτό μπορεί να ορισθεί είτε ως η μόνη αποζημίωση από την παραβίαση της σύμβασης είτε ως το ελάχιστο ποσό αποζημίωσης που μπορεί να αξιώσει ο δανειστής, χωρίς να χρειάζεται να αποδείξει αντίστοιχη ζημία και χωρίς να αποκλείεται η δυνατότητα απόδειξης μεγαλύτερου ύψους ζημίας. Κρατούσα στη Γερμανία είναι η γνώμη⁵² ότι προκειμένου να γεννηθεί η αξίωση από τη σύμβαση κατ' αποκοπήν αποζημίωσης απαιτείται η ύπαρξη ζημίας του δανειστή. Η κατ' αποκοπήν αποζημίωση, ως σύμβαση με την οποία τα μέρη (προ)καθορίζουν το ποσό της αποκαταστατέας ζημίας, σκοπεί

⁵¹ Βλ. τις ΕφΑΘ 1269/1977 ΝοΒ 25, 1197, ΑΠ 227/1964 ΝοΒ 12, 681=ΝΔικ 21, 77, ΕφΑΘ 775/1970 Αρμ 24, 809 οι οποίες θεωρούν (ορθά) ως ποινή «το πέραν του αντιστοιχούντος εις την συμφωνηθείσαν αποζημίωσιν χρήσεως ποσόν».

⁵² Βλ. Σπυριδούλα-Αγγελική Ε. Λιώση, ό,π, σελ. 97 και εκεί παραπομπές.

την απαλλαγή του δανειστή από το βάρος απόδειξης της μέχρι του ποσού της κατ' αποκοπήν αποζημίωσης ζημίας του⁵³.

2. Διάκριση ποινικής ρήτρας και κατ' αποκοπήν αποζημίωσης

Οι ομοιότητες και οι διαφορές μεταξύ ποινικής ρήτρας και κατ' αποκοπήν αποζημίωσης εντοπίζονται από τη γερμανική θεωρία στα εξής σημεία:

α. Ομοιότητες:

αα) Τόσο η ποινική ρήτρα όσο και η κατ' αποκοπήν αποζημίωση προϋποθέτουν παραβίαση υποχρεώσεων από την κύρια σύμβαση.

ββ) Και οι δύο παρέχουν στο δανειστή ένα ελάχιστο ποσό αποζημίωσης. Η ποινή οδηγεί πρακτικά στην παροχή στο δανειστή του ελάχιστου ποσού αποζημίωσης που μπορεί να απαιτήσει, χωρίς να χρειάζεται να αποδείξει αντίστοιχη ζημία του, ενώ μπορεί, εκτός αντίθετης συμφωνίας, να αποδείξει μεγαλύτερου ύψους ζημία. Όμοια η σύμβαση κατ' αποκοπήν αποζημίωσης μπορεί να προβλέπει τόσο δυνατότητα ανταπόδειξης μεγαλύτερης ζημίας όσο και να την αποκλείει.

β. Διαφορές:

αα) Ενώ η ποινική ρήτρα σκοπεί, κατά την κρατούσα γνώμη, αφενός μεν την άσκηση πίεσης στον οφειλέτη, προκειμένου να εκπληρώσει τις συμβατικές του υποχρεώσεις, αφετέρου δε την απαλλαγή του δανειστή από το βάρος απόδειξης της μέχρι το ποσό της ποινής ζημίας του, η κατ' αποκοπήν αποζημίωση έχει αποκλειστικά αποζημιωτική λειτουργία, αφού με αυτή ρυθμίζονται οι μεταξύ των μερών αξίωση και υποχρέωση αποζημίωσης αντίστοιχα.

ββ) Ενώ για την κατάπτωση της ποινής και τη γέννηση της αντίστοιχης αξίωσης δεν απαιτείται η ύπαρξη ζημίας του δανειστή, η γέννηση αξίωσης από τη συμφωνία κατ' αποκοπήν αποζημίωσης προϋποθέτει ζημία του δανειστή.

γ. Κριτήρια διάκρισης: Η θεωρητικά διαυγής και λογικά ορθή διάκριση μεταξύ ποινικής ρήτρας και κατ' αποκοπήν αποζημίωσης στην πράξη παρουσιάζει δυσκολίες, γιατί αφενός μεν δεν είναι πάντα εύκολο να εξακριβωθεί η βούληση των συμβαλλομένων⁵⁴, αφετέρου δε το ποσό που ορίζεται αποτελεί την ελάχιστη και πάντως μπορεί να αποτελέσει ακόμη και τη μόνη αποζημίωση του δανειστή και στις δύο συμβάσεις.

⁵³ Η κατ' αποκοπήν αποζημίωση έχει παράλληλα και κάποια πλεονεκτήματα για τον οφειλέτη, που γνωρίζει εκ των προτέρων ποια ζημία θα υποχρεωθεί ενδεχομένως να αποκαταστήσει.

⁵⁴ Αν σκοπούσαν δηλ. μόνο τη ρύθμιση των σχέσεων τους σε περίπτωση ζημίας (κατ' αποκοπήν αποζημίωση) ή επιπλέον, κατά την κρατούσα γνώμη, την άσκηση πίεσης στον οφειλέτη, προκειμένου να διασφαλισθεί η ομαλή εξέλιξη της κύριας συμβατικής σχέσης (ποινική ρήτρα).

Ως καταλληλότερο κριτήριο για τη διάκριση μεταξύ των πιο πάνω συμβατικών μορφών προκρίνεται το ύψος του προβλεπόμενου ποσού:⁵⁵ όσο περισσότερο το ποσό προσανατολίζεται στην τυπικά αναμενόμενη ζημία σε περίπτωση συμβατικής παραβίασης, τόσο πλησιέστερα βρισκόμαστε σε κατ' αποκοπήν αποζημίωση. Αντίθετα, θα πρόκειται για ποινική ρήτρα όταν το ποσό υπερβαίνει αυτό της αναμενόμενης ζημίας, οπότε η ρήτρα κρίνεται ότι σκοπεί παράλληλα ή και κυρίως στην άσκηση πίεσης στον οφειλέτη για συνεπή εκπλήρωση.

Σε περίπτωση αμφιβολίας η γνώμη της θεωρίας δίδεται για το αν θα πρέπει να θεωρηθεί πως πρόκειται για κατ' αποκοπήν αποζημίωση, αφού αυτή είναι ευνοϊκότερη για τον οφειλέτη ή να γίνει δεκτό, ότι πρόκειται για ποινική ρήτρα, κυρίως γιατί πρόκειται για τη συνηθέστερα εμφανιζόμενη και άρα καθιερωμένη στην αντίληψη των συναλλασσομένων συμβατική μορφή, αλλά και γιατί εξυπηρετεί πληρέστερα τα συμφέροντα του δανειστή, χωρίς να δημιουργεί κίνδυνο υπέρμετρης βλάβης του οφειλέτη που προστατεύεται με την ΑΚ 409.

δ. Έλεγχος της κατ' αποκοπήν αποζημίωσης: Στενά συνδεδεμένο με το πρόβλημα της σχέσης ποινικής ρήτρας και κατ' αποκοπήν αποζημίωσης είναι αυτό της προστασίας του οφειλέτη (χωρίς βέβαια αποδυνάμωση της ευνοϊκής θέσης του δανειστή) σε περίπτωση που το συμφωνηθέν ποσό της αποζημίωσης είναι υπέρμετρα υψηλό. Οι λύσεις που προτείνονται είναι:

αα) ευθεία ή ανάλογη εφαρμογή της διάταξης για τη δικαστική μείωση της υπέρμετρης ποινής (ΑΚ 409).

ββ) εφαρμογή των γενικών διατάξεων για τον έλεγχο των ανεπιεικών συμβατικών όρων.

γγ) ακυρότητα της σύμβασης, αν το ποσό δεν προσανατολίζεται ούτε προς το ποσό της πραγματικής ούτε προς το ποσό της τυπικά αναμενόμενης ζημίας, με αποτέλεσμα να βαρύνεται πλέον ο δανειστής να αποδείξει την πραγματική του ζημία.

ΚΕΦΑΛΑΙΟ ΙΙΙ. ΠΟΙΝΙΚΗ ΡΗΤΡΑ ΚΑΙ ΑΞΙΩΣΕΙΣ ΑΠΟ ΤΗΝ ΚΥΡΙΑ ΕΝΟΧΗ

A. Ποινική ρήτρα και αξίωση εκπλήρωσης

⁵⁵ Ο χαρακτηρισμός της σύμβασης από τα μέρη αν και ενδεικτικός δεν μπορεί να θεωρηθεί αποφασιστικός.

1. Ποινική ρήτρα για μη εκπλήρωση

α. Τη σχέση μεταξύ αξίωσης στην ποινή και αξίωσης εκπλήρωσης της παροχής καθορίζει το εδάφιο α, του άρθρου 406 ΑΚ, σύμφωνα με το οποίο «σε περίπτωση που η ποινή συμφωνήθηκε για την περίπτωση της μη εκπλήρωσης της παροχής, ο δανειστής, αν απαιτήσει την ποινή που κατέπεσε, αποκλείεται να ζητήσει την εκπλήρωση της παροχής». Από τη διατύπωση της διάταξης προκύπτει ότι αυτή αποκλείει τη σωρευτική άσκηση των αξιώσεων στην ποινή και στην παροχή και κατά συνέπεια τη σωρευτική ικανοποίηση του δανειστή, αφού αν ο δανειστής αξιώσει (ή κατά μείζονα λόγο λάβει) την ποινή αποκλείεται να ζητήσει την εκπλήρωση της παροχής⁵⁶.

Η διάταξη της (ΑΚ 406 εδ.1) εκφράζει την προσπάθεια του νομοθέτη για προστασία του οφειλέτη. Συγκεκριμένα, ο νομοθέτης ξεκινά από την αντίληψη ότι η ποινή αντικατοπτρίζει το οικονομικό μέγεθος (την οικονομική αξία) που συνιστά για το δανειστή η εκπλήρωση της παροχής. Όταν η παροχή δεν εκπληρώνεται, ενώ είναι δυνατή, και επομένως ο δανειστής έχει αξίωση εκπλήρωσης, τυχόν σωρευτική αξίωση στην ποινή και στην παροχή θα σήμαινε ότι ο δανειστής θα μπορούσε να λάβει την αξία της παροχής (τουλάχιστον) δύο φορές: ενυπάρχουσα στην ποινή και ως παροχή. Η διάταξη της (ΑΚ 406 εδ.α) επομένως ως δικαιολογητική βάση σκοπεί την προστασία του οφειλέτη. Δεν αίρει όμως το χαρακτήρα της ποινικής ρήτρας ως ενισχυτικής της κύριας σύμβασης, εφόσον ο δανειστής μπορεί να αξιώσει την ποινή, το ποσό της οποίας συνήθως υπερβαίνει το ύψος της παροχής⁵⁷ και πάντως δεν βαρύνεται ο δανειστής με απόδειξη ζημίας.

Η ratio της διάταξης δεν την καθιστά αναγκαστικού δικαίου διάταξη, που απαγορεύει τη σώρευση παροχής και ποινής (ΑΚ 406 εδ.α) ή τη σώρευση ποινής και αποζημίωσης (ΑΚ 406 εδ.β), αφού η τελευταία υπεισέρχεται στη θέση της αδύνατης παροχής ως δευτερογενής αξίωση (υποκατάστατο).

Ο κατ' αναγκαστικό δίκαιο αποκλεισμός της σώρευσης θα οδηγούσε σε αδικαιολόγητη «υπερπροστασία» του οφειλέτη. Για την προστασία του οφειλέτη υπάρχει όμως πάντα ως *ultimum refugium* η διάταξη της ΑΚ 409 και ασφαλώς η σωρευτική ικανοποίηση του δανειστή και η κατά περίπτωση υπερβολική ενίσχυσή

⁵⁶ Βλ. Σπυριδούλα-Αγγελική Ε. Λιώση, ό.π., σελ. 111 επ. και εκεί παραπομπές.

⁵⁷ Για το λόγο αυτό ο δανειστής συνήθως ασκεί την αξίωση στην ποινή, εκτός αν με την εκπλήρωση της παροχής συναρτώνται ιδιαίτερα συμφέροντα του δανειστή που δεν μπορεί να καλύψει το χρηματικό ποσό της ποινής.

του, θα συνεκτιμηθεί για τη μείωση της ποινής και ενδεχομένως θα περισταλεί. Περαιτέρω ο κατ' αναγκαστικό δίκαιο αποκλεισμός της σώρευσης παραγνορίζει το γεγονός ότι η οικονομική σύγκλιση των δύο αξιώσεων (στο βαθμό που καταλήγουν στον προσπορισμό της αξίας της παροχής στο δανειστή) βασίζεται στη βούληση των συμβαλλομένων και αποτελεί έκφραση της ιδιωτικής τους αυτονομίας, που κατά τα ήδη ρηθέντα δεν υπάρχει λόγος να τρωθεί.

β. Κρατούσα πάντως είναι η γνώμη πως όσον αφορά τη σχέση μεταξύ της αξίωσης στην ποινή και της αξίωσης εκπλήρωσης της παροχής, πρόκειται για διαζευκτική συρροή αξιώσεων. Οι συντρέχουσες δηλ. αξιώσεις (στην ποινή και στην παροχή) ασκούνται διαζευκτικά από το δανειστή, που επιλέγει μεταξύ της μιας ή της άλλης και δεν υφίσταται διαζευκτική ενοχή. Στην περίπτωση δηλ. αυτή ο δανειστής έχει δύο (συντρέχουσες) αξιώσεις που πηγάζουν από δύο αυτοτελείς ενοχές (την κύρια ενοχή και την ποινική ρήτρα) και ασκούνται διαζευκτικά. Αντίθετα στην περίπτωση της διαζευκτικής ενοχής υπάρχει μία μόνο ενοχή, την παροχή της οποίας, μεταξύ δύο ή περισσότερων διαζευκτικά προβλεπόμενων, προσδιορίζει ένας από τους συμβαλλομένους.

γ. Η σημασία επομένως του άρθρου (406 εδ.α) εξαντλείται στη θέσπιση της αρχής του αποκλεισμού της σωρευτικής ικανοποίησης του δανειστή. Η αρχή όμως αυτή δεν διαμορφώνεται ως απόλυτη αρχή από την οποία δεν επιτρέπεται απόκλιση, αφού η (ΑΚ 406 εδ.α) είναι ενδοτικού δικαίου. Επιπλέον ο νομοθέτης, αν και σκοπεί με την εν λόγω διάταξη την προστασία του οφειλέτη, δεν αίρει το χαρακτήρα της ποινικής ρήτρας ως σύμβασης με την οποία ενισχύεται η θέση του δανειστή. Γι' αυτό παραχωρεί στο δανειστή δικαίωμα επιλογής μεταξύ της παροχής και της ποινής (που μπορεί —και συνήθως— υπερβαίνει κατά πολύ το ύψος της παροχής). Ο αποκλεισμός της σωρευτικής ικανοποίησης του δανειστή δεν σημαίνει δηλ. ότι αποκλείεται κατά περίπτωση η ικανοποίηση του δανειστή να υπερβαίνει το διαφέρον εκπλήρωσης (θετικό διαφέρον), την ικανοποίηση δηλαδή που θα επιτυγχάνονταν αν δεν είχε μεσολαβήσει η ανώμαλη εξέλιξη της συμβατικής σχέσης⁵⁸.

2. Ποινική ρήτρα για μη προσήκουσα εκπλήρωση

Σύμφωνα με το άρθρο (ΑΚ 407 εδ.α) «αν η ποινή συμφωνήθηκε για την περίπτωση της μη προσήκουσας και ιδίως της μη έγκαιρης εκπλήρωσης της παροχής,

⁵⁸ Η οποία έγκειται στην μη εκπλήρωση ή μη προσήκουσα εκπλήρωση της δεσμεύουσας τα μέρη προϋφιστάμενης (έγκυρης) ενοχής, αποκαταστατέα δε ζημία είναι η τελούσα σε αιτιώδη σύνδεσμο προς το μη λαβόν χώρα θετικό γεγονός, την εκπλήρωση της συμβάσεως. Βλ Αστ. Κ. Γεωργιάδης, ο.π., τεύχ.Ι, σελ.137επ.

ο δανειστής έχει δικαίωμα να απαιτήσει, εκτός από την ποινή που κατέπεσε, και την εκπλήρωση της παροχής». Όπως από τη διάταξη προκύπτει, παρά την ευρύτητα της διατύπωσης, αφετηρία του νομοθέτη για τον καθορισμό της σχέσης των αξιώσεων αποτελεί η μη έγκαιρη εκπλήρωση.

Πραγματικά, κατ' αρχήν στην περίπτωση της μη έγκαιρης εκπλήρωσης, όπου ο οφειλέτης είναι υπερήμερος ως προς την εκπλήρωση της παροχής, μπορεί να έχει ο δανειστής (πλέον της αξίωσης στην ποινή) αξίωση εκπλήρωσης. Αξίωση εκπλήρωσης (και αξίωση στην ποινή για μη προσήκουσα εκπλήρωση) μπορεί να έχει επίσης ο δανειστής στην περίπτωση που αποκρούσει τη μη προσήκουσα εκπλήρωση, όπως και στην περίπτωση της μερικής εκπλήρωσης.

Στις λοιπές περιπτώσεις της πλημμελούς εκπλήρωσης όπου η κύρια παροχή έχει περιέλθει στο δανειστή, δεν μπορεί να μιλήσει κανείς για αξίωση εκπλήρωσης. Στις περιπτώσεις αυτές ο δανειστής έχει άλλες (μερικότερες συνήθως) αξιώσεις, όπως άρσης της πλημμέλειας (διόρθωσης ή αντικατάστασης της παροχής, συμπλήρωσης της ελλειπούς παροχής, εκ νέου εκπλήρωση στον προσήκοντα τόπο) μείωσης του τιμήματος, αποζημίωσης για μη εκπλήρωση και αποζημίωσης για περαιτέρω ζημιές. Για τη σχέση των αξιώσεων αυτών με την αξίωση στην ποινή η (ΑΚ 407 εδ.α) δεν διαλαμβάνει κάτι σχετικό.

Όταν οι συμβαλλόμενοι συνομολογούν ποινική ρήτρα για μη προσήκουσα εκπλήρωση της παροχής (και ευρύτερα πλημμελή εκπλήρωση), αποχωρίζουν το στοιχείο του προσήκοντος της εκπλήρωσης από την έννοια της εκπλήρωσης της παροχής και το ανάγουν σε ιδιαίτερο έννομο συμφέρον, με αυτοτελή για το δανειστή οικονομική αξία, που αντικατοπτρίζεται στην αξία της ποινής. Η ποινή επομένως για μη προσήκουσα εκπλήρωση και η αξίωση εκπλήρωσης κατατείνουν στην ικανοποίηση δύο διαφορετικών οικονομικών συμφερόντων του δανειστή.

Περαιτέρω, και αυτό συνήθως παραβλέπεται, η (εκ των υστέρων) εκπλήρωση δεν καθιστά εκ των υστέρων προσήκουσα την εκπλήρωση της παροχής. Η οποιαδήποτε μεταγενέστερη επέμβαση ή ενέργεια, προς την κατεύθυνση της άρσης της πλημμέλειας, μπορεί να επιφέρει την αποκατάσταση της οικονομικής πληρότητας και οντότητας της παροχής, όχι όμως και να καταστήσει προσήκουσα την εκπλήρωση. Αρκεί να σκεφθούμε το χρόνο που μεσολαβεί μέχρι την άρση της πλημμέλειας, για να καταλάβουμε ότι η εκπλήρωση δεν μπορεί εκ των υστέρων να καταστεί προσήκουσα. Η ποινή δηλ. ικανοποιεί οριστικά απολεσθείσες αξίες και συμφέροντα του δανειστή και αυτό είναι προφανές στην περίπτωση της ποινής για μη

έγκαιρη εκπλήρωση, όπου η ποινή τίθεται στη θέση του χρόνου που παρήλθε ανεπιστρεπτί. Δεν μπορούμε άρα να μιλήσουμε για σωρευτική ικανοποίηση του δανειστή, παρά για σώρευση των αξιώσεων στην ποινή και την παροχή.

B. Ποινική ρήτρα και αξίωση αποζημίωσης

1. Ποινική ρήτρα για μη εκπλήρωση

α. Σύμφωνα με το άρθρο (ΑΚ 406 εδ.β) ΑΚ «αν ο δανειστής αντί για εκπλήρωση έχει δικαίωμα αποζημίωσης μπορεί να απαιτήσει την ποινή που κατέπεσε, καθώς και την επιπλέον αποδεικνυόμενη ζημία». Η διάταξη ρυθμίζει την περίπτωση που ο δανειστής δεν έχει μεν αξίωση εκπλήρωσης, έχει όμως (κατά τις γενικές διατάξεις των ΑΚ 335 επ., 380 επ.⁵⁹) δικαίωμα αποζημίωσης. Η διατύπωση της διάταξης είναι μάλλον ατυχής, καθώς θα μπορούσε να δημιουργήσει τη λανθασμένη (με επιχείρημα *e contrario* από την ΑΚ 405 εδ.β) εντύπωση πως η αξίωση στην ποινή προϋποθέτει την ύπαρξη ζημίας. Στην πραγματικότητα, το περιεχόμενο της (ΑΚ 406 εδ.β) εξαντλείται στην παροχή δυνατότητας στο δανειστή, αν υφίσταται δικαίωμα αποζημίωσης του, να μπορεί να αξιώσει πλήρη αποζημίωση, στο ποσό της οποίας όμως θα συνυπολογισθεί το ποσό της ποινής⁶⁰. Από τη ρύθμιση της (ΑΚ 406 εδ.β) προκύπτουν ειδικότερα τα πιο κάτω αναφορικά με τη σχέση αξίωσης αποζημίωσης και αξίωσης στην ποινή:

αα) Ο νομοθέτης, κατ' επέκταση και συνεπή εφαρμογή της αρχής του αποκλεισμού της σωρευτικής ικανοποίησης του δανειστή⁶¹, που διατύπωσε στο εδ.α του ίδιου άρθρου, ορίζει ότι ο δανειστής δεν μπορεί να αξιώσει και την ποινή και πλήρη αποζημίωση. Η διάταξη του άρθρου (ΑΚ 406 εδ.β) είναι πάντως ενδοτικού δικαίου και μπορεί να συμφωνηθεί τόσο σωρευτικά αξίωση στην ποινή και αξίωση πλήρους αποζημίωσης, όσο και αποκλεισμός του δικαιώματος περαιτέρω αποζημίωσης.

ββ) Παράλληλα όμως ο νομοθέτης δεν παραβιάζει την αρχή της πλήρους ικανοποίησης του δανειστή-ζημιωθέντος, η οποία κρατεί στο δίκαιο της αποζημίωσης και γι' αυτό ορίζει ότι ο δανειστής μπορεί να αξιώσει την επιπλέον αποδεικνυόμενη

⁵⁹ Βλ. δε ειδικότερα ΑΚ 343 § 2 και 383, που αναφέρονται στην υπερημερία του οφειλέτη.

⁶⁰ Βλ. Σπυριδούλα-Αγγελική Ε. Λιώση, ό.π., σελ. 123 επ. και εκεί παραπομπές.

⁶¹ Τηρουμένων των αναλογιών (*mutatis mutandis*) ισχύουν για την εδώ εξεταζόμενη παράγραφο όσα υποστηρίχθηκαν και για το εδάφιο α της εν λόγω διάταξης, αφού η αξίωση αποζημίωσης συνιστά στην πραγματικότητα μετασχηματισμό της αξίωσης εκπλήρωσης (υπείσρχεται στη θέση της αδύνατης παροχής ως δευτερογενής αξίωση - υποκατάστατο) και κυρίαρχο μέγεθος για τον προσδιορισμό της ζημίας εξακολουθεί να είναι η αξία της παροχής.

ζημία του, έχων και το βάρος της απόδειξης.

γγ) Στις πιο πάνω διαπιστώσεις πρέπει να επαναλάβουμε ότι, σε αρμονία με τη διάταξη της (ΑΚ 405 εδ.β), από τη διάταξη της (ΑΚ 406 εδ.β) προκύπτει πως ο δανειστής μπορεί να αξιώσει οπωσδήποτε την ποινή, ακόμα και αν το ύψος της υπερβαίνει το ύψος της (ενδεχόμενης) ζημίας του. Η ποινή αποτελεί δηλ. κατ' αποτέλεσμα την ελάχιστη ικανοποίηση που δικαιούται να αξιώσει ο δανειστής σε περίπτωση μη εκπλήρωσης.

2. Ποινική ρήτρα για μη προσήκουσα εκπλήρωση

Σύμφωνα με το άρθρο (ΑΚ 407 εδ.β) «έχει (ο δανειστής) επίσης το δικαίωμα να απαιτήσει και την επιπλέον αποδεικνυόμενη ζημία από τη μη προσήκουσα εκπλήρωση». Η διαμόρφωση της διάταξης από νομοτεχνική άποψη ως δεύτερο εδάφιο του άρθρου 407 ΑΚ και η χρησιμοποίηση της λέξης «επίσης» στο κείμενο της οδηγούν στο συμπέρασμα ότι ο δανειστής έχει τα δικαιώματα του εδ. α και δικαίωμα αποζημίωσης για την επιπλέον αποδεικνυόμενη ζημία του. Δηλ. ο δανειστής μπορεί να αξιώσει την ποινή, την εκπλήρωση της παροχής και την επιπλέον αποδεικνυόμενη ζημία του⁶². Η διάταξη είναι κατά τούτο εύστοχη, ότι δηλ. καλύπτει τη (συνήθη) περίπτωση συνύπαρξης αξίωσης αποζημίωσης για περαιτέρω ζημιές και αξίωση εκπλήρωσης σε περίπτωση μη προσήκουσας εκπλήρωσης. Η σημασία της έγκειται στο ότι καθιερώνει και στην περίπτωση της ποινικής ρήτρας για μη προσήκουσα εκπλήρωση, τον αποκλεισμό της σωρευτικής ικανοποίησης του δανειστή⁶³, δεν απομακρύνεται όμως από την αρχή της πλήρους ικανοποίησης του δανειστή, που κρατεί στο δίκαιο της αποζημίωσης⁶⁴. Ακριβώς η διατήρηση αλώβητης της αρχής της πλήρους ικανοποίησης του δανειστή για τη ζημία που υπέστη (αλλά και μόνο αυτή⁶⁵)

⁶² Βλ. Εφαθ 1890/2003 ΕλλΔνη 45,250 Εφαθ 4137/1971 Αρμ 26, 315, Εφατγ 98/1969 ΕλλΔνη 11, 137.

⁶³ Βλ. ΠολΠρωτΑθ 2093/1971 ΑρχΝομ 22, 660, Εφαθ 5226/1984 ΑρχΝομ 36, 42, Εφαθ 6163/1982 ΑρχΝομ 35, 520.

⁶⁴ Και γι' αυτό ορίζει ότι ο δανειστής μπορεί να αξιώσει την επιπλέον αποδεικνυόμενη ζημία του.

⁶⁵ Κατά διαφορετική προσέγγιση, που παρεκκλίνει από «το γράμμα» της διάταξης του (ΑΚ 407) υπο το πρίσμα της συστηματικής ερμηνείας (Βλ Κ. Σταμάτη, Η θεμελίωση των νομικών κρίσεων, Εισαγωγή στη μεθοδολογία του Δικαίου, γ' έκδοση, Θεσ/κη 1997, σελ.232) σε συνδυασμό με τον ενδοτικό χαρακτήρα της μπορεί να συμφωνηθεί ότι ο δανειστής, για την περίπτωση της μη προσήκουσας εκπλήρωσας των εκ της συμβάσεως υποχρεώσεων του οφειλέτη, έχει σωρευτικώς αξίωση για την ποινή και αξίωση για πλήρη αποζημίωση και όχι μόνο για το ποσό που αυτή υπερβαίνει το ποσό της ποινικής ρήτρας. Βλ. ΑΠ 462/92 ΕλλΔνη 34,1338, Εφαρ 443/03 αδημ. Εκ του ίδιου ελατηρίου κινούμενη, δηλαδή της αρχής της ελευθερίας των συμβάσεων (ΑΚ 361), ορμώμενη όμως από την αντίθετη προς τα ανωτέρω βούληση των μερών, πηγάζει και η αντίθετος υποστηριζόμενη άποψη, ότι ο δανειστής, στην περίπτωση της μη προσήκουσας εκπλήρωσης της

αποτελεί στη σύλληψη του νομοθέτη τη δικαιολογία για την επιβολή της απαγόρευσης σώρευσης των αξιώσεων στην ποινή και πλήρους αποζημίωσης, σε συνάρτηση βέβαια με την προσπάθεια προστασίας του οφειλέτη. Αφού ο δανειστής μπορεί να αποζημιωθεί και να ικανοποιηθεί πλήρως, κρίνεται σκόπιμο για λόγους προστασίας του οφειλέτη, να έχει αξίωση μόνο περαιτέρω αποζημίωσης, για το τμήμα δηλ. εκείνο της ζημίας του που δεν το καλύπτει το ποσό της ποινής⁶⁶. Ο δανειστής μπορεί επομένως, είτε να αξιώσει την ποινή, ακόμα και αν δεν υφίσταται καμμία ζημία του, (ΑΚ 405 § 2) είτε να αξιώσει πλήρη αποζημίωση, στο ποσό της οποίας όμως θα συνυπολογισθεί και το ποσό της ποινής.

ΚΕΦΑΛΑΙΟ IV. ΜΕΙΩΣΗ ΤΗΣ ΥΠΕΡΜΕΤΡΗΣ ΠΟΙΝΗΣ

A. Το δικαίωμα μείωσης της ποινής

1. Ο νομικός συλλογισμός για την εφαρμογή της ΑΚ 409

Πριν προχωρήσουμε στην εξέταση του σημαντικότερου ίσως από τα θέματα που σχετίζονται με την εφαρμογή του άρθρου 409 ΑΚ, το οποίο αφορά τα κριτήρια με τα οποία θα προσδιορισθεί το προσήκον μέτρο και θα μειωθεί η ποινή, θα πρέπει για λόγους πληρότητας να ασχοληθούμε με το νομικό συλλογισμό για την εφαρμογή του κανόνα της ΑΚ 409. Ο συλλογισμός, όπως εμφανίζεται στη νομολογία⁶⁷, έχει την εξής μορφή:

Μείζων πρόταση: ο κανόνας της ΑΚ 409, ο οποίος εξειδικεύεται με τον εξής συνήθως τρόπο: Η ποινή είναι δυσανάλογα μεγάλη όταν συντρέχουν περιστατικά, όπως τα α, β, γ... κ.λ.π. (κριτήρια του δυσαναλόγου).

Ελάσσων πρόταση: Η συγκεκριμένη ποινή, όπως προκύπτει από τα περιστατικά α, β, γ... κ.λ.π. είναι (ή δεν είναι) δυσανάλογα μεγάλη

Συμπέρασμα: Άρα η συγκεκριμένη ποινή πρέπει (ή δεν πρέπει) να μειωθεί στο χ ποσό (=προσέκον μέτρο).

Εξετάζοντας εγγύτερα τον κανόνα της ΑΚ 409 διαπιστώνουμε ότι αυτός περιέχει δύο αξιολογικές-νομικές έννοιες: η μία είναι η έννοια της δυσανάλογα

παροχής, θα περιορίζεται στην ποινική ρήτρα που συμφωνήθηκε και δεν θα δικαιούται να αξιώσει και την επιπλέον αποδεικνύομενη από την αιτία αυτή ζημία. ΑΠ 1053/01 ΕλλΔνη 44,498.

⁶⁶ Βλ. ΜονΠρωτΚιλκ 93/1985 ΝοΒ 33, 1734, ΠολΠρωτΘεσ 166/1979 Αρμ 34,109 (ΑΚ 407 εδ. β ενδ. δικ.).

⁶⁷ Βλ. παρακ. υποσ. 108.

μεγάλης ποινής⁶⁸ και περιέχεται στο πραγματικό της ΑΚ 409 και η δεύτερη είναι η έννοια του μέτρου της ποινής που αρμόζει (προσήκον μέτρο) και περιέχεται στην έννομη συνέπεια⁶⁹. Αναγκαία προϋπόθεση για τη μείωση της ποινής στο προσήκον μέτρο, ώστε να μην καταστεί η συμφωνηθείσα ποινή μέσο προς πλουτισμό του δανειστού εις βάρος του οφειλέτου με την ανοχή της έννομης τάξεως, είναι ο χαρακτήρας της ως δυσανάλογα μεγάλης, με την έννοια της γεωμετρικής αναλογίας.

Φαίνεται δηλ. κατ' αρχήν ότι ο δικαστής σχηματίζοντας το νομικό συλλογισμό, σε πρώτη φάση εξειδικεύει τη νομική έννοια της δυσανάλογα μεγάλης ποινής και χαρακτηρίζει (ή όχι) της συγκεκριμένη ποινή ως δυσανάλογα μεγάλη και σε δεύτερη φάση προσδιορίζει το προσήκον μέτρο στο οποίο και θα μειώσει την ποινή (αν την έχει κρίνει δυσανάλογα μεγάλη). Στην πραγματικότητα όμως κάτι τέτοιο δεν συμβαίνει επειδή για να κριθεί ότι η συγκεκριμένη ποινή είναι ή όχι δυσανάλογα μεγάλη, πρέπει να έχει προηγηθεί ο καθορισμός του μέτρου προς το οποίο θα συγκριθεί η ποινή και θα αποκαλύψει το δυσανάλογο ή μη χαρακτήρα της. Διαφορετικά πρόκειται για λογικά πρωθύστερο σχήμα⁷⁰, εάν πρώτα κρίνουμε και χαρακτηρίζουμε την ποινή ως δυσανάλογα μεγάλη (δυσανάλογα μεγάλη με βάση ποιο μέτρο;) και κατόπιν προσδιορίζουμε την προσήκουσα ποινή. Με άλλη

⁶⁸ Σε γενικές γραμμές ο όρος «δυσανάλογα μεγάλη» στην γραμματική του ερμηνεία σημαίνει ότι το ποσό της ρήτρας υπερβαίνει με αντικειμενικά κριτήρια το ορθό και δίκαιο μέτρο. Σημειωτέον επίσης, ότι ο έλληνας νομοθέτης, με τη διάταξη του άρθρου 409 ΑΚ, προβλέπει μόνο την περίπτωση της υπέρμετρα μεγάλης ποινής και το δικαίωμα του δικαστή να μειώσει αυτήν προκειμένου να αποκαταστήσει τη δικαιοσύνη και ισότητα στη συμβατική σχέση. Αντίθετα δεν θεώρησε, προφανώς, αναγκαίο να επεμβαίνει ο δικαστής με την έννοια της αύξησης του ποσού της ποινής, όταν διαπιστώνεται ότι είναι πολύ χαμηλά, σε σημείο που να μην έχει καμμία σχέση με την αξία της πραγματικής ζημίας του δανειστή. Έτσι δεν μπορεί, με βάση τις διατάξεις τις σχετικές με την ποινική ρήτρα, να αποφασίσει για αύξηση αυτής όσο και αν το ποσό της θεωρείται ανεπαρκές. Η παράλειψη αυτή του νομοθέτη οφείλεται, είτε στο γεγονός, ότι η περίπτωση μιας ελάχιστης ποινής θα είναι πολύ σπάνια στις καθημερινές συναλλαγές, είτε στο ότι οι ήδη υπάρχουσες διατάξεις του Αστικού Κώδικα, εξασφαλίζουν την προστασία και του δανειστή. Η προσφυγή στο άρθρο 332.ΑΚ, π.χ., καθιστά ανενεργή μια ελάχιστη ποινή, αν αποδειχθεί δόλος ή βαρεία αμέλεια από την πλευρά του οφειλέτη που την επέβαλε, οπότε η αποκατάσταση της ζημίας θα είναι ολόκληρη. Εάν δηλ., η ποινική ρήτρα με το υπέρμετρα χαμηλό ποσό της παίζει ρόλο περιοριστικής ρήτρας της ευθύνης του οφειλέτη για παράβαση των συμβατικών του υποχρεώσεων μέχρι το ποσό αυτό, αυτή είναι άκυρη αν η μη-εκπλήρωση οφείλεται σε δόλο ή βαρεία αμέλεια του οφειλέτη. Το άρθρο 330 ΑΚ επιτρέπει εκ μέρους των συμβαλλομένων αύξηση, περιορισμό ή ακόμη και τέλεια απαλλαγή της ευθύνης του οφειλέτη. Αλλά το άρθρο 332 ΑΚ θεσπίζει κανόνα αναγκαστικού δικαίου και κηρύσσει άκυρη κάθε τέτοια συμφωνία που από πριν αποκλείει ή περιορίζει την ευθύνη από δόλο ή βαρεία αμέλεια. Επομένως, ποινική ρήτρα με πάρα πολύ χαμηλό ποσό είναι έγκυρη μόνον όταν υπάρχει ελαφρά αμέλεια, όπως εξάλλου και κάθε άλλη περιοριστική ή απαλλακτική της ευθύνης ρήτρα. Βλ. Χ. Θεμελή, ό.π., σ.931 και εκεί παραπομπή υπ' αριθμ 3 και σ.933 με εκεί παραπομπές.

⁶⁹ Για τη διχονομία περί του αν η έννοια του προσήκοντος μέτρου είναι νομική βλ. αφενός μεν ότι η έννοια του προσήκοντος μέτρου δεν είναι νομική: **ΑΠ 215/1955** ΝΔικ 11, 469 = ΑρχΝομ 6, 402 = Δνη 1955, 315, **ΑΠ 920/1976** ΝοΒ 25, 351 = ΕλλΔνη 18, 355, **ΑΠ 1472/1984** ΝοΒ 33, 1007, **ΑΠ 109/1982** ΝοΒ 30, 1257=ΕΕΝ 1983, 37, **ΑΠ 340/1983** ΝοΒ 31, 1579, αφετέρου δε (**ορθά**) ότι η έννοια του προσήκοντος μέτρου είναι νομική: **ΑΠ 350/1958**, ό.π.

⁷⁰ Έτσι και Τσάτσος, σχόλιο υπό την ΑΠ 215/1955 Δνη, ό.π.

διατύπωση πρώτα αποφαινεται ο δικαστής ότι η ποινή αποκλίνει από το προσήκον μέτρο και μετά ασχολείται με τον καθορισμό του μέτρου αυτού!

Επιπλέον οι έννοιες της δυσανάλογα μεγάλης ποινής και του προσήκοντος μέτρου της ποινής (της προσήκουσας ποινής) είναι αντίθετες, με την έννοια ότι ποινή προσήκουσα δεν είναι δυσανάλογα μεγάλη και αντίστροφα ποινή δυσανάλογα μεγάλη δεν μπορεί να είναι προσήκουσα.

Πρέπει επίσης να επισημάνουμε ότι στην πράξη κατά το σχηματισμό της δικανικής κρίσης στη συνείδηση του δικαστή η κρίση για το δυσανάλογο χαρακτήρα της συγκεκριμένης ποινής σημαίνει ότι έχει ήδη και ταυτόχρονα προσδιορίζει αυτός στη σκέψη του το προσήκον μέτρο της ποινής.

Στην πραγματικότητα ο δικαστής προσδιορίζει την κατά καλή πίστη⁷¹ προσήκουσα ποινή στη συγκεκριμένη περίπτωση και στη συνέχεια, αν η ποινή υπερβαίνει υπέρμετρα την προσήκουσα, προβαίνει σε μείωση της κατά το αντίστοιχο ποσό. Δεν υπόκειται σε μείωση κάθε ποινή που αποκλίνει από το προσήκον μέτρο, αλλά μόνο αυτή που είναι δυσανάλογα μεγάλη ως προς το προσήκον μέτρο, δηλ. η υπέρμετρη ποινή. Το αν η συμφωνηθείσα ποινή είναι ή όχι υπέρμετρη σε σχέση με την προσήκουσα θα κριθεί στη συγκεκριμένη περίπτωση. Ο δικαστής λαμβάνει υπόψη του τα πραγματικά περιστατικά της συγκεκριμένης περίπτωσης τόσο για να προσδιορίσει την προσήκουσα ποινή όσο και για να αποφανθεί αν η συγκεκριμένη ποινή είναι ή όχι υπέρμετρη σε σχέση με την προσήκουσα και να προβεί ή όχι σε μείωσή της. Η παρεμβολή από το νομοθέτη της έννοιας της δυσανάλογα μεγάλης ποινής δηλώνει τη νομοθετική επιλογή να μην υπόκειται σε μείωση κάθε ποινή που αποκλίνει από την προσήκουσα αλλά μόνο εκείνη της οποίας η απόκλιση εκφεύγει των άκρων ορίων που μπορούν να γίνουν δεκτά κατά την καλή πίστη και τα χρηστά ήθη⁷². Ο νομοθέτης σε συμφωνία προς την ΑΚ 405 § 2 και το σκοπό της ποινικής

⁷¹ Ο δικαστής, πάνω απ' όλα, πρέπει να έχει υπόψη του ότι η ποινική ρήτρα αποτελεί μια από τις εκδηλώσεις της ελευθερίας των συμβάσεων, η οποία πρώτιστα έχει ανάγκη προστασίας. Μόνον δε όταν το μέγεθος της ποινής προσκρούει καταφανώς **στο περί δικαίου αίσθημα, την επιείκεια και την καλή πίστη**, πρέπει να παραμερίζει αυτή την ελευθερία. Κατά τον Αριστοτέλη επιείκεια είναι ό,τι είναι δίκαιο έξω από το γραπτό νόμο. Βλ. Χ. Θεμελή, ό.π., σ.931 και εκεί παραπομπή υπ' αριθμ 6.

⁷² Βέβαια όταν η ποινή που συνομολογείται για την εξασφάλιση χρηματικής απαιτήσεως, (π.χ. δανείου) υπερβαίνει το εκάστοτε επιτρεπόμενο ανώτατο όριο του νόμιμου τόκου, που τίθεται απ' τη νομοθεσία είναι κατά το υπερβάλλον, **άκυρη**. Βλ. Α. Γεωργιάδης, Ενοχικό Δίκαιο, Γενικό Μέρος, Αθήνα 1999, σελ. 218, υπ' αριθμ.25 παραπομπή, Αστ. Κ. Γεωργιάδης, ό.π., τόμ. ΙΙ, σελ.148 επ. 5.

Και τούτο γιατί από τις διατάξεις των αρθ. 293, 294, 345 και 404 ΑΚ προκύπτει ότι επί χρηματικής οφειλής, ως κύριας παροχής, η συνομολόγηση, σε περίπτωση υπερημερίας του οφειλέτη περί την εκπλήρωση της, επί πλέον του θεμιτού τόκου και πρόσθετου χρηματικού ποσού ως ποινικής ρήτρας, αντιβαίνει στις διατάξεις αυτές, με τις οποίες απαγορεύεται και είναι άκυρη η συνομολόγηση ποσών ή άλλων ανταλλαγμάτων πλέον του νόμιμου τόκου υπερημερίας, **εκτός αν συμφωνήθηκαν**

ρήτρας, προσπάθησε να διατηρείται κατά το δυνατό αλώβητη η συμβατική βούληση, όπως αυτή εκφράζεται στη συνομολόγηση της ποινικής ρήτρας. Περαιτέρω θα μπορούσαμε βάσιμα να υποστηρίξουμε ότι με τη ρύθμιση της ΑΚ 409 αφού δεν υπόκειται σε μείωση, καθίσταται «προσήκουσα» με ευρεία έννοια και η ποινή που δεν αποκλίνει υπέρμετρα από την προσήκουσα. Ο νομοθέτης αποδέχεται δηλ. ότι η ποινή μπορεί να κυμαίνεται σε υψηλά επίπεδα.

Πρακτικά το αποτέλεσμα δεν αλλάζει είτε ακολουθήσουμε το νομικό συλλογισμό, όπως έχει διαμορφωθεί από την κρατούσα γνώμη είτε δεχθούμε την εδώ επιχειρούμενη διαφοροποίηση, εφόσον και κατά την κρατούσα γνώμη, ως δυσανάλογα μεγάλη χαρακτηρίζεται η ποινή που εκφεύγει των άκρων ορίων που μπορούν να γίνουν δεκτά κατά καλή πίστη, αποκλίνει επομένως υπέρμετρα από την προσήκουσα. Από τα πιο πάνω είναι προφανές ότι είναι κοινά τα κριτήρια κρίσης του δυσαναλόγου κατά την κρατούσα γνώμη με αυτά του προσδιορισμού του προσήκοντος μέτρου και του χαρακτηρισμού της ποινής ως υπέρμετρης, όπως επίσης ότι ο δικαστής στον ίδιο χρόνο θα αναχθεί τόσο για να κρίνει το δυσανάλογο κατά την κρατούσα γνώμη όσο και για να προσδιορίσει το προσήκον μέτρο και να διαπιστώσει την υπέρμετρη ή μη απόκλιση από αυτό της συγκεκριμένης ποινής.

2. Δικαιολογητικός λόγος της ΑΚ 409

α. Σύμφωνα με το άρθρο 409 ΑΚ «αν η ποινή που συμφωνήθηκε είναι δυσανάλογα μεγάλη μειώνεται, ύστερα από αίτηση του οφειλέτη, από το δικαστήριο, στο μέτρο που αρμόζει. Αντίθετη συμφωνία δεν ισχύει». Η ρύθμιση αυτή είναι παρόμοια με τη ρύθμιση του γαλλΑΚ, όπως και του γερμΑΚ⁷³.

Η διάταξη του άρθρου 409 ΑΚ αποτελεί καινοτομία των νεότερων νομοθεσιών, στο πνεύμα της αρχής της καλόπιστης εκπλήρωσης των ενοχών και της εύνοιας προς τον οφειλέτη, ενώ το ρωμαϊκό δίκαιο δεν γνώριζε αντίστοιχη διάταξη.

β. Ως δικαιολογητικός λόγος και βάση της διάταξης θεωρείται η κοινωνική ανάγκη προστασίας του οικονομικά ασθενέστερου οφειλέτη από την εκμετάλλευση

προς κάλυψη πραγματικής πέραν του τόκου υπερημερίας ζημίας του δανειστή. Συνεπώς, για να είναι ορισμένο το δικόγραφο της αγωγής με την οποία διώκεται η κατανήφιση συνομολογηθείσης ποινικής ρήτρας για την καθυστέρηση χρηματικής κύριας παροχής, ο ενάγων πρέπει να εκθέτει με σαφήνεια γεγονότα, από τα οποία να προκύπτει ότι στη συγκεκριμένη περίπτωση υπέστη και συγκεκριμένη πραγματική ζημία, η οποία δεν καλύπτεται από το ποσό του τόκου υπερημερίας. Βλ **ΕφαΘ 9607/99** αδημ..

⁷³ Βλ. Σπυριδούλα-Αγγελική Ε. Λιώση, ό.π., σελ. 133 επ. και εκεί παραπομπές.

του σε θέση οικονομικής ισχύος ευρισκόμενου δανειστή⁷⁴, ο οποίος και επιβάλλει συνήθως στην πράξη την ποινική ρήτρα,⁷⁵ ο οποίος (οφειλέτης) στο όνομα της ελευθερίας των συμβάσεων αλλά και της αρχής *pacta sunt servanda*, θα κινδύνευε να υποστεί υπέρμετρα επαχθείς θυσίες, δια τούτο και η διάταξη του άρθρου 409 ΑΚ είναι αναγκαστικού δικαίου^{76 77}, όπως ρητά αναφέρεται στο δεύτερο εδάφιο της διάταξης, σύμφωνα με το οποίο «αντίθετη συμφωνία — δηλ. περί αποκλεισμού του δικαιώματος του οφειλέτη να ζητήσει μείωση της ποινής — δεν ισχύει». Συνάδει επίσης αυτός ο χαρακτήρας του κανόνα της ΑΚ 409, ως κανόνας αναγκαστικού δικαίου, με το σκοπό της ποινικής ρήτρας, ως ενισχυτικής της κύριας σύμβασης. Η ενίσχυση της θέσης του δανειστή δεν επιτρέπεται να υπερβαίνει τα τασσόμενα με τη διάταξη αυτή όρια, που είναι σε τελευταία ανάλυση όρια επιβαλλόμενα από την καλή πίστη. Διαφορετικά δεν πρόκειται για πραγμάτωση του συμβατικού σκοπού, αλλά για υποταγή του ασθενέστερου συμβαλλομένου στον ισχυρότερο αντισυμβαλλόμενο του.

Η διάταξη του άρθρου 409 ΑΚ αποτελεί κατά την κρατούσα άποψη:

αα) εκδήλωση της αρχής της καλής πίστης, ευρισκόμενη σε αρμονία με τις διατάξεις των άρθρων 281, 288 και 388 ΑΚ, που επιβάλλουν την κατά καλή πίστη εκπλήρωση της ενοχής και οριοθετούν την άσκηση των δικαιωμάτων του δανειστή και ββ) μερικό περιορισμό της αρχής της ελευθερίας των συμβάσεων με τη μορφή

⁷⁴ Βλ. ΕφΘρ 17/1951 Θ ΞΒ, 14=Αρμ 6, 182, ΕφΘεσ 529/1954 υπό την ΕφΘεσ 639/1955 Αρμ 10, 43, ΕφΠατρ . 81/1959 ΑρχΝομ 10, 582, ΕφΛαρ 131/1956 ΑρχΝομ 7, 573, ΕφΑθ 287/1960 ΝοΒ 8, 644, ΕφΘεσ 507/1962 ΝοΒ 11, 114, ΕφΘεσ 798/1953 Αρμ 8, 39, ΕφΘεσ 439/1964 Αρμ 19, 55.

⁷⁵ Κάτι τέτοιο συμβαίνει κυρίως στις συμβάσεις προσχώρησης, στις οποίες ο οφειλέτης δεν έχει δυνατότητα επέμβασης στη διαμόρφωση του συμβατικού κειμένου, το οποίο αποδέχεται στο σύνολο του, καταρτίζοντας τη σύμβαση προσχώρησης.

⁷⁶ Βλ. ΑΠ 562/1972, ό.π.. Δεν χωρεί επιγενόμενη παραίτηση μετά την κατάπτωση της ποινής, αντίθ. ΕφΘεσ 66/1952 Αρμ 6, 311. Η διάταξη εφαρμόζεται και σε συμβάσεις που διέπονται από το αλλοδαπό δίκαιο (αρθρ. 33 ΑΚ) και σε ποινικές ρήτρες που συνομολογήθηκαν πριν από την έναρξη ισχύος του ΑΚ (αρθρ. 26 ΕισΝΑΚ).

⁷⁷ Η διάταξη της (ΑΚ 409) αποτελεί κανόνα δημοσίας τάξεως υπό την έννοια της (ΑΚ 3), γιατί προστατεύει τον οφειλέτη και υπό την έννοια της (ΑΚ 33), γιατί ενσαρκώνει ανώτερη ηθική αρχή. Ενόψει του χαρακτήρα της διάταξης ως έντονης δημόσιας τάξης και της φύσης της ως ειδικότερης έκφανσης της γενικής αρχής της απαγόρευσης κάθε προφανούς, κατά την άσκηση των ιδιωτικών δικαιωμάτων, υπέρβασης των ορίων που τάσσονται από την καλή πίστη, τα χρηστά ήθη και τον κοινωνικό και οικονομικό σκοπό του δικαιώματος (281 ΑΚ), θα πρέπει να αποκρούεται η εκτέλεση στην Ελλάδα απόφασης αλλοδαπού δικαστηρίου με την οποία, στα πλαίσια ενδοσυμβατικής ευθύνης, επιδικάζεται, πέρα από την πραγματική ζημία, χρηματική κύρωση, ως ιδιωτική ποινή υπέρ του δανειστή, εφόσον στη συγκεκριμένη κάθε φορά περίπτωση, η ποινή αυτή είναι, βάσει των κριτηρίων που αναφέρονται κατωτέρω, υπέρμετρη. Γιατί κατά τούτο η εκτέλεση της απόφασης αυτής θα αντέβαινε στην ελληνική δημόσια τάξη. Οφείλει άρα το δικαστήριο, προκειμένου να μορφώσει την κρίση του σχετικά με την αντίθεση ή μη της αλλοδαπής απόφασης, που επιδικάζει τέτοια «ποινή», προς την εγχώρια δημόσια τάξη, να αξιολογήσει την αλλοδαπή αυτή απόφαση από την άποψη του υπέρμετρου της ποινής που επιδικάζει. Παράλειψη της αξιολόγησης αυτής ενέχει παραβίαση της νομικής έννοιας της «δημόσιας τάξης», η ορθή ερμηνεία και εφαρμογή της οποίας ελέγχεται αναιρετικώς βάσει του λόγου του άρθρ 559 αρ 1 ΚΠολΔ. Βλ. Β.Βαθρακοκοίλη, ΕΡΝΟΜΑΚ, τόμ.Β΄, Αθήνα 2003, σ.447 παρ.2 και εκεί υπ' αριθ. 1 παραπομπή, καθώς και σ. 450 παρ.11, Ολ ΑΠ 17/1999 Δνη 40/1288.

της παροχής στο δικαστή διαπλαστικής εξουσίας να μειώσει το ποσό της ποινής στο προσήκον μέτρο. Κατά νεότερη δε προσέγγιση και συμπληρωματική προς τις ανωτέρω αποτελεί:

γγ) εκδήλωση της αρχής της επιείκειας και της αναλογικότητας⁷⁸ (που είναι και αυτή ειδικότερη έκφραση της καλής πίστης)⁷⁹. Η αρχή αυτή⁸⁰ επιβάλλει την ύπαρξη αναλογίας μεταξύ του προβλεπόμενου μέσου (εδώ, της ποινικής ρήτρας) και του επιδιωκόμενου σκοπού. Όταν η ποινική ρήτρα είναι υπέρογκη, υπάρχει ακριβώς η δυσαναλογία μέσου και σκοπού. Εφόσον ο σκοπός τον οποίον εξυπηρετεί η ποινική ρήτρα μπορεί να ικανοποιηθεί και με ηπιότερα μέσα, δηλαδή με μικρότερο ποσό, επιβάλλεται η μείωση της στο προσήκον μέτρο. Δεδομένου μάλιστα ότι η αρχή της αναλογικότητας έχει σήμερα ρητή συνταγματική κατοχύρωση στη διάταξη του άρθρου 25 § 1 εδ. 4 Συντ. (με ισχύ και στις σχέσεις μεταξύ ιδιωτών, Σύντ. 25 § 1 εδ. 3), η μείωση της υπέρμετρης ποινής αποτελεί και συνταγματική επιταγή⁸¹.

γ. Η άσκηση από το δικαστή της διαπλαστικής εξουσίας⁸² μείωσης της ποινής περικλείει τον κίνδυνο περιορισμού της αποτελεσματικότητας της ποινής, αν η μείωση είναι σημαντική. Ο νομοθέτης αποδέχθηκε τον πιο πάνω κίνδυνο και πάντως τον θεώρησε περιορισμένο και μικρότερης σημασίας από τον κίνδυνο της αυθαιρεσίας του δανειστή. Εξακολουθεί βέβαια να αποτελεί αντικείμενο ερευνάς κατά πόσο οι γενικές διατάξεις των άρθρων 178, 179, 281, 288 και 388 ΑΚ αρκούσαν για να περιστείλουν το δεύτερο κίνδυνο, της αυθαιρεσίας του δανειστή.

3. Φύση του δικαιώματος μείωσης της ποινής και σχέση του προς συγγενείς διατάξεις

α. Η ΑΚ 409 ως έκφραση της αρχής της καλής πίστης.

⁷⁸ ΑΠ 81/2004 ΝοΒ 2004.1384.

⁷⁹ Βλ. Μ. Σταθόπουλο, Γενικό Ενοχικό Δίκαιο, Αθήνα – Θεσ/κη, 2004, σελ. 1269 και εκεί παραπομπές.

⁸⁰ Έχει δύο όψεις μία διαδικαστική, δικονομικό εργαλείο στα χέρια του Δικαστή, με σταθμιστική ενέργεια, αφού του επιτρέπει να σταθμίσει ή να ζυγίσει διάφορα συγκρουόμενα έννομα αγαθά, γι' αυτό και παραπέμπει στην ιδέα της ισορροπίας και μια ουσιαστική, η οποία ενσαρκώνει θεμελιώδεις αξίες του δικαϊκού μας συστήματος, όπως η διανεμητική δικαιοσύνη και παραπέμπει στην ιδέα του προσήκοντος μέτρου ή της εύλογης σχέσης. Βλ. Α. Μανιτάκη, Κράτος δικαίου και δικαστικός έλεγχος της Συνταγματικότητας, τόμ. Ι, Θεσ/κη 1994, σελ. 210επ. και εκεί παραπομπές.

⁸¹ Άρα διάταξη νόμου προβλέπουσα αποκλεισμό της εφαρμογής της ΑΚ 409 (βλ. π.χ. τη διάταξη του άρθρου 2 § 5 του ν.δ. 588/1948 «περί ελέγχου της πίστωσης» που προστέθηκε με το αρθρ. 1 του ν.δ. 979/1979 και που εν τω μεταξύ καταργήθηκε με το αρθρ. 12 § 8 ν. 2548/1997) θα ήταν αντισυνταγματική. Θα πρέπει ακόμη να γίνει δεκτό ότι η ΑΚ 409 μπορεί να εφαρμοσθεί αναλογικά, σύμφωνα με τον ευρύ σκοπό της, ακόμη και σε ποινικές ρήτρες μη συμφωνημένες (δηλαδή μη περιληφθείσες στη σύμβαση), αλλά επιβληθείσες ευθέως με διοικητική πράξη. Βλ. Μ. Σταθόπουλο, ό.π., σελ. 1270 και εκεί παραπομπή υπ' αριθμ 39, 1271.

⁸² Βλ. ΑΠ 350/1958 ΝοΒ 6, 1041.

Το βασικό πρόβλημα που γεννάται είναι αν η διάταξη της ΑΚ 409 αποτελεί έκφραση και εξειδίκευση της γενικής ρήτηρας της καλής πίστης ή απορρέει από τη γενική ρήτρα των χρηστών ηθών και το συναφές με αυτό πρόβλημα που αφορά τη σχέση της ΑΚ 409 με τις προαναφερόμενες διατάξεις, όπως επίσης και την ΑΚ 281⁸³.

Το κριτήριο των χρηστών ηθών (και αναφερόμαστε ειδικά στο περιουσιακό-ενοχικό δίκαιο) έχει περιορισμένο ρόλο στον έλεγχο των ανεπιεικών συμβατικών ρητρών. Επειδή εκφράζει την έσχατη αποδοκιμασία του νομοθέτη σε συγκεκριμένη συμπεριφορά με ηθική απαξία, είναι λιγότερο ελαστικό, μεταβάλλεται με αργότερους ρυθμούς και φυσικά προσαρμόζεται δυσκολότερα στην κοινωνική εξέλιξη (που ούτως ή άλλως σε θέματα ηθικής γνωρίζει βραδύτερη εξέλιξη) από την καλή πίστη. Η τελευταία είναι ένα σύνολο επιταγών συναλλακτικής εντιμότητας, που θα μπορούσε να χαρακτηριστεί ως εξειδικευμένος κώδικας συμπεριφοράς μεταξύ προσώπων που συνδέονται μεταξύ τους με συναλλακτική σχέση. Πρόκειται για ένα δεοντολογικό κώδικα ρύθμισης των σχέσεων των συναλλασσομένων, που ξεκινά από τον αμοιβαίο σεβασμό των αντιτιθέμενων συμφερόντων τους και φτάνει μέχρι την υποχρέωση προστασίας των συμφερόντων και των αγαθών του άλλου μέρους. Οι επιταγές δηλ. της καλής πίστης, επειδή απευθύνονται σε πρόσωπα που βρίσκονται σε συναλλακτική σχέση, η οποία επιβάλλεται να λειτουργήσει και να εξελιχθεί ομαλά (πράγμα που σημαίνει ότι μεταξύ των μερών θα πρέπει να υπάρχει ένα *minimum* εμπιστοσύνης και σεβασμού των εκατέρωθεν συμφερόντων), είναι επιταγές αυστηρές και δεκτικές περισσότερης εξειδίκευσης σε σχέση μ' αυτές των χρηστών ηθών. Η γενική ρήτρα της καλής πίστης εμφανίζει έτσι μεγαλύτερη προστατευτική εμβέλεια από τη γενική ρήτρα των χρηστών ηθών. Δεν θα πρέπει άλλωστε να μείνει απαρατήρητο ότι ο ίδιος ο νομοθέτης εξειδικεύοντας τη γενική ρήτρα των χρηστών ηθών με το άρθρο 179 ΑΚ προσανατολίζεται σε δύο *ακραίες* περιπτώσεις:

αα. την υπέρμετρη δέσμευση της ελευθερίας του προσώπου (ΑΚ 179 εδ. α) και

ββ. τις εκμεταλλευτικές δικαιοπραξίες (ΑΚ 179 εδ. β), στις οποίες απαιτείται σε αντίθεση προς το αντικειμενικό κριτήριο της καλής πίστης και η συνδρομή του υποκειμενικού στοιχείου, της πρόθεσης εκμετάλλευσης. Υπό το πρίσμα αυτό γίνεται φανερό ότι συμπεριφορά που αντίκειται στα χρηστά ήθη αντίκειται οπωσδήποτε και στην καλή πίστη, ενώ το αντίστροφο δεν συμβαίνει πάντα. Η καλή πίστη επομένως

⁸³ Βλ. Σπυριδούλα-Αγγελική Ε. Λιώση, ό.π., σελ. 135 επ. και εκεί παραπομπές.

είναι προσφορότερο μέσο για την αντιμετώπιση ανεπιεικών συμβατικών ρυθμίσεων, δεδομένου ότι προσφέρει ευρύτερη δυνατότητα προστασίας στο ασθενέστερο μέρος.

Τα κριτήρια εξειδίκευσης της γενικής ρήτρας των χρηστών ηθών είναι ανελαστικότερα σε σχέση με αυτά της καλής πίστης, στα οποία ο νομοθέτης καταφεύγει συνήθως όταν θέλει να επιτύχει επεικική λύση. Είναι δε χαρακτηριστικό ότι η συναλλακτική⁸⁴ καλή πίστη και όχι τα χρηστά ήθη αποτελούν κριτήρια του θεμελιώδους σημασίας για το ενοχικό δίκαιο άρθρου 288 ΑΚ, όπως επίσης συναφώς και του άρθρου 388 ΑΚ.

Με βάση τα παραπάνω και ακριβώς επειδή η καλή πίστη, με συγκεκριμένες και αυστηρές επιταγές στο χώρο των συναλλαγών και με αναγωγή σε αντικειμενικά κριτήρια προσφέρει ευρύτερη προστασία στον οφειλέτη, είναι συνεπές να δεχθούμε ότι η διάταξη του άρθρου 409 ΑΚ, προσανατολισμένη σε ένα κριτήριο αντικειμενικό αποτελεί έκφραση της αρχής της καλής πίστης, αφού με αυτή — με τρόπο πολύ πιο εύπλαστο απ' αυτόν που χαρακτηρίζει τα χρηστά ήθη (ΑΚ 178 και 179) — ο νομοθέτης δίνει τη δυνατότητα διάσωσης της ενοχικής σχέσης (ποινικής ρήτρας) με την παροχή εξουσίας διάπλασης της στο δικαστή.

Είναι διαφορετικό το θέμα ότι στη συγκεκριμένη περίπτωση της ποινικής ρήτρας, η καλή πίστη κρίνει ελαστικότερα την έννοια της υπέρμετρης ποινής και μπορεί να θεωρήσει ανεκτή και σύμφωνη με τις επιταγές της την μεγάλη (υψηλή) ποινή. Από την άποψη αυτή μπορεί κανείς βέβαια να πει ότι τα όρια μεταξύ καλής πίστης και χρηστών ηθών δεν είναι τόσο εύκολα διακριτά.

β. Διαπλαστικό το δικαίωμα μείωσης της ποινής κατ' ΑΚ 409.

αα) Αν η ποινή που συμφωνήθηκε είναι δυσανάλογα μεγάλη, τότε ο οφειλέτης αποκτά το διαπλαστικό δικαίωμα να ζητήσει τη δικαστική μείωση της ποινής. Η μείωση της δυσανάλογα μεγάλης ποινής δεν γίνεται από το δικαστή αυτεπάγγελτα, αλλά απαιτείται η προβολή σχετικού αιτήματος από τον οφειλέτη⁸⁵. Η διάταξη της ΑΚ 409 παρέχει στο δικαστή τη διαπλαστική εξουσία τροποποίησης της ενοχικής σχέσης από την ποινική ρήτρα ως προς το ύψος της ποινής⁸⁶. Στο σημείο αυτό έγκει-

⁸⁴ Η οποία αποτελεί το κριτήριο της «ορθής» συμπεριφοράς στις συναλλαγές, ρυθμίζει συγκεκριμένη σχέση κατά το «αληθές» και επιβάλλει τη στάθμιση των αντιτιθεμένων σε κάθε περίπτωση συμφερόντων ανάλογα προς την κοινωνική τους αξία. Βλ. Δ. Η. Παπαστερίου, Γενικές Αρχές του Αστικού Δικαίου, τ. Ι/α, Θεσ/κη, 1994, σ.49 επ. και εκεί παραπομπές

⁸⁵ Πρβλ. και Πολ. Πρωτ. Θεσ 5236/1962 Αρχ.Νομ 14, 572 που απορρίπτει ως νομικά αβάσιμη αγωγή του δανειστή με αίτημα να αναγνωρισθεί ότι η ποινή που κατέπεσε είναι εύλογη και δίκαιη.

⁸⁶ Την εκ του άρθρου 409 Α.Κ. εξουσία του για τη μείωση της ποινής, ο δικαστής πρέπει να την ασκήσει μέσα στα πλαίσια των αξιολογικών σταθμίσεων της εννόμου τάξεως, δοθέντος ότι η έννομη τάξη με βάση την αρχή της ελευθερίας των συμβάσεων αναγνωρίζει στα άτομα την δυνατότητα

ται και μία βασική διαφορά της ΑΚ 409 από την ΑΚ 288, της οποίας τα αποτελέσματα επέρχονται κατ' αρχήν αυτοδικαίως. Ομοιότητα εμφανίζει αντίστροφα προς το σημείο αυτό η ΑΚ 409 με την ΑΚ 388. Το αίτημα του οφειλέτη μπορεί να προβληθεί⁸⁷ είτε με αγωγή είτε με ανταγωγή (διαπλαστική)⁸⁸ είτε κατ' ένσταση⁸⁹ και πρέπει να περιλαμβάνει εκείνα τα πραγματικά περιστατικά, από τα οποία προκύπτει το υπέρμετρο της ποινής και η ανάγκη μείωσης της, διαφορετικά απορρίπτεται ως αόριστη⁹⁰. Ο οφειλέτης μπορεί να προβάλει το σχετικό αίτημα σε κάθε στάδιο της διαδικασίας⁹¹ ακόμα και κατά την αναγκαστική εκτέλεση⁹² και μετά την καταβολή της ποινής⁹³. Βέβαια υπάρχει και μερίδα της θεωρίας⁹⁴, και της νομολογίας⁹⁵ αυξανομένης τελευταίως η οποία αντιστρατεύεται την ανωτέρω παγιωμένη μέχρι

συνομολογήσεως ποινικής ρήτρας ως παρεπόμενης κυρώσεως για την περίπτωση της υπαίτιας αλλοιώσεως της κυρίας ενοχής. Βλ **ΕφΘεσ 2974/1998** Δνη 40.1392=Αρμ 53.30.

⁸⁷ Βλ. Γ. Ταμπάκης, εις Α. Γεωργιάδη - Μ. Σταθόπουλο, ΑΣΤΙΚΟΣ ΚΩΔΙΞ, Ερμηνεία κατ' άρθρο – Νομολογία - Βιβλιογραφία, τόμ.ΙΙ, σ.423.

⁸⁸ Ο οφειλέτης δεν μπορεί να ασκήσει αναγνωριστική αγωγή, ενόψει της φύσης του δικαίωματος ως διαπλαστικού. Βλ. Γ.Μητσόπουλο, Η αναγνωριστική αγωγή κατά το ελληνικόν δικονομικόν δίκαιον, ανάλ.1989, σ.131, **ΑΠ 412/71** ΝοΒ 19,1010.

⁸⁹ Βλ. αντί άλλων **ΑΠ 1460/2005**, ΝοΒ 2006.555=Δνη 47.185, **ΑΠ 303/1982** ΝοΒ 31, 45, **ΑΠ 35/1965** ΝοΒ 13, 737=ΑρχΝομ 24, 12=ΕλλΔνη 7, 185=ΝΔικ 22, 10, **ΕφαΘ 4487/01** αδημ., **ΕφαΘ 10479/99** ΕλλΔνη 43,1491, **ΕφαΘ 8398/1982** Αρμ 37, 329, **ΕφαΘ 302/1958** Αρμ 14, 39 = Αρ-χΝομ 10,275, **ΕφαΘ 800/1954** ΝΔικ 10,338. **Εξάιρεση** αποτελούν οι **Εφθεσ 86/1953** Θ ΞΔ, 620 (αντίθ. σχόλιο Ατσαλάκη) και ΕιρΓιαν **330/1956** Αρμ 11, 686 σύμφωνα με τις οποίες το δικαίωμα του οφειλέτη ασκείται μόνο με αγωγή ή ανταγωγή και όχι κατ' ένσταση.

⁹⁰ Βλ. **ΑΠ 407/1975** ΝοΒ 23, 1172, **ΑΠ 562/1972**, ΝοΒ 20, 1423=ΑρχΝομ 12, 156=ΕλλΔνη 14, 352=ΝΔικ 29, 129, **ΑΠ 35/1965**, ό.π., **ΕφαΘ 591/1979** Αρμ 33, 860, **Εφθεσ 1788/1980** Αρμ 35, 201, **ΕφαΘ 10237/1978** ΝοΒ 27, 1497, **Εφθεσ 312/1978** Αρμ 32, 790, **ΜονΠρΒολ 2544/2001** Αρμ. 2002.1596. Δεν χρειάζεται πάντως να προσδιορίζεται στην αγωγή ποιο θα ήταν το εύλογο ποσό της ποινής: **ΕφαΘ 8437/1980** ΝοΒ 29, 356, **Εφθεσ 705/1969** Αρμ 24, 200, **ΕφαΘ 302/1958**, ό.π. Αντίθετες (Contra) οι **ΕφαΘ 8398/1982**, ό.π. και **ΕφΚερκ 130/1983** Αρμ 38, 107. Πρβλ. και **ΕφαΘ 1700/1973** ΕλλΔνη 15, 174 κατά την οποία πρέπει ο εναγόμενος να αποδείξει ποιο ποσό είναι το προσήκον μέτρο.

⁹¹ Βλ. **ΑΠ 96/1984** ΝοΒ 33.243, **ΕφαΘ 10479/1999** ΕλλΔνη 43.1490, **Εφθεσ 2974/1998** ό.π., **ΕφαΛαρ 146/1985** Αρμ 39, 382,**Εφθεσ 4101/1983** Αρμ 38.311, **ΕφαΘ 3280/1980** ΝοΒ 28.1224, **Εφθεσ 1535/1980** Αρμ 35, 111, **ΕφαΘ 2302/1970** Αρμ 25, 120, **ΕφΠατρ 215/1961** ΝΔικ 18, 309.

Εξάιρεση η **ΕφΠατρ 268/1957** ΕΕΝ 25, 478, αντίθ. η **ΕφαΘ 10188/1984** ΝοΒ 33,104 σύμφωνα με την οποία το αίτημα της μείωσης της ποινής δεν μπορεί, καίτοι δημόσιας τάξης να προβληθεί κατ' έφεση σύμφωνα με τα άρθρα 527, 269 ΚΠολΔ, εκτός αν μπορεί να εφαρμοσθεί το άρθρο 523 § 3 ΚΠολΔ.

⁹² Βλ. **ΕφαΘ 4307/1999** ό.π., **ΕφαΘ 4148/1975** ΝοΒ 23, 1196 **ΕφαΥγ 5/1972** ΝοΒ 20, 338 = Αρμ 26, 223 **ΕφαΘ 1721/1957** ΝοΒ 6, 239.

⁹³ Βλ. **ΑΠ 572/1966** ΝοΒ 15, 899 = ΑρχΝομ 18, 96 = ΝΔικ 23, 378, **ΕφαΘ 3280/1980** ΝοΒ 28, 1224, **ΕφαΘ 1872/1972** Αρμ 26, 927, **ΠολΠρωτΛαρ 142/1971** ΑρχΝομ 22, 853, **ΕφαΘ 6163/1982** ΑρχΝομ 35, 520, Η δυνατότητα αφορά την περίπτωση της μη οικειοθελούς καταβολής της ποινής.

⁹⁴ Βλ. Χ.Απαλαγάκη, Η πολιτική Δικονομία από τη θεωρία στην πράξη. Θέματα Εμβανθύσεως, Β'έκδοση, Θεσ/κη 1996, σελ. 85, όπου επισημαίνει μεν το γεγονός, ότι οι κανόνες δημοσίας τάξεως υπάγονται στους προνομιακούς ισχυρισμούς, που κατ'άρθρ.269§1 ΚΠολΔ περ.β' εξετάζονται αυτεπαγγέλτως και προτείνονται σε κάθε στάση της δίκης, όμως η γενική αυτή αρχή επιδέχεται εξαιρέσεις, Κ.Μπέη, Πολιτική Δικονομία, Κατ'άρθρον ερμηνεία, σ.1166-1167, Χ.Απαλαγάκη, Σχόλιο, Αρμ.38,311 επ., Σ.Σαμουήλ Η έφεσις, (κατά τον ΚΠολΔ), 1986, σ.166.

⁹⁵ Βλ. **ΑΠ 695/90** ΝοΒ 40.68, **ΟΛΑΠ 572/83** ΝοΒ 32.48, **ΕφαΘ 8233/04** ΕλλΔνη 46.1550, **ΕφαΘ 180/2004** ΕλλΔνη 46.582, **Εφθεσ 746/86** Αρμ ΜΑ.45.

πρότινος άποψη σημειώνοντας, ότι ο χαρακτήρας μιας διάταξης ως δημόσιας τάξης δεν αποτελεί αναγκαίο προσδιοριστικό στοιχείο καθορισμού και του παραδεκτού του χρόνου προβολής της στη δίκη, αλλά συνέπεια έχει το ανεπίτρεπτο αποκλεισμού της με αντίθετη συμφωνία των συμβαλλομένων, γιατί κείται έξω από τα όρια της αυτονομίας της ιδιωτικής βούλησης. Από καμία διάταξη νόμου, δηλαδή του ΚΠολΔ ή άλλου δεν ορίζεται ότι οι ενστάσεις που στηρίζονται σε κανόνες δημόσιας τάξης του ουσιαστικού δικαίου λαμβάνονται υπόψη αυτεπαγγέλτως ή μπορούν να προτείνονται σε κάθε στάση της δίκης⁹⁶. Συνεπώς, κατά την άποψη αυτή η ένσταση μείωσης της υπέρμετρης ποινικής ρήτρας, όπως άλλωστε και η κατεξοχήν δημόσιας τάξης ένσταση κατάχρησης δικαιώματος, υπόκειται στον περιορισμό των (άρθρ 269, 527 ΚπολΔ) ως προς το χρόνο προβολής της

ββ) Διάπλαση σε περίπτωση μη διαιρετής παροχής: Η ΑΚ 409 ορίζει ότι «... η ποινή μειώνεται... στο μέτρο που αρμόζει». Ο τρόπος με τον οποίο επέρχεται η μείωση της ποινής είναι κατ' αρχήν η αριθμητική μείωση του ποσού της ποινής. Προς αυτόν τον τρόπο είναι προσανατολισμένος ο νομοθέτης της ΑΚ 409, εφόσον κατ' αυτόν η ποινή είναι κυρίως χρηματικό ποσό (βλ. ΑΚ 404, 406 και 407). Ο τρόπος αυτός προσιδιάζει κάθε φορά που αντικείμενο της ποινής είναι διαιρετή παροχή. Όταν όμως αντικείμενο της ποινής είναι αδιαίρετη παροχή (π.χ. μεταβίβαση κυριότητας ακινήτου), τότε η μείωση θα μπορούσε να επέλθει είτε με υποχρέωση του οφειλέτη να μεταβιβάσει ποσοστό μόνο του δικαιώματος του κυριότητας επί του ακινήτου ή αν κάτι τέτοιο είναι ανεπιεικές για τον οφειλέτη, θα μπορούσε να προτείνει κανείς μετατροπή από το δικαστή του αντικειμένου της ποινής σε χρηματικό ποσό. Το τελευταίο είναι σύμφωνο προς το χαρακτήρα της ποινικής ρήτρας, που σκοπεί να ενισχύσει τη θέση του δανειστή και όχι να προσπορίσει αυτός κάποια συγκεκριμένη παροχή ως περιουσιακό αντικείμενο και βέβαια προς το σκοπό της ΑΚ 409. Η πρακτική δυσχέρεια μείωσης της ποινής δεν είναι λόγος αποκλεισμού της προστασίας του οφειλέτη. Εναπόκειται στον Δικαστή να βρει τρόπο μείωσης⁹⁷.

γ. Όσον αφορά τη σχέση της διάταξης του άρθρου 409 ΑΚ με τις διατάξεις των άρθρων 178 και 179, 281, 288, 388 και 371 ΑΚ και τη διάταξη του άρθρου 2§7

⁹⁶ Με αποτέλεσμα την αφαίρεση του προνομιακού χαρακτήρα προβολής της εν λόγω ενστάσεως σε κάθε στάση της δίκης, ως κανόνα δημοσίας τάξεως και υπαγωγή της (ΑΚ 409) στους περιορισμούς του συγκεντρωτικού συστήματος των (άρθρ. 269, 527 ΚπολΔ). Βλ Πάρι Αρβανιτάκη, Το ius pönorum στην έκκλητη δίκη, Η πολιτική δικονομία από τη θεωρία στην πράξη, ό.π., σελ. 443.

⁹⁷ Βλ Μ. Σταθόπουλο, ό.π., σελ. 1269 επ..

περ. λ του Ν. 2251/1994, αυτή, σύμφωνα και με τα παραπάνω, διαμορφώνεται ως εξής:

α) Σχέση ΑΚ 409 και 178, 179 (Δικαιοπραξία αντίθετη προς τα χρηστά ήθη).

Σύμφωνα με το άρθρο 178 ΑΚ «δικαιοπραξία αντίθετη στα χρηστά ήθη είναι άκυρη». Η αντίθεση στα χρηστά ήθη μπορεί να προκύπτει είτε από το περιεχόμενο της δικαιοπραξίας είτε από το περιεχόμενο της σε συνδυασμό με τα συνοδούντα τη δικαιοπραξία περιστατικά.

Σύμφωνα με το άρθρο 179 ΑΚ «άκυρη ως αντίθετη στα χρηστά ήθη είναι ιδίως η δικαιοπραξία με την οποία δεσμεύεται υπερβολικά η ελευθερία του προσώπου ή η δικαιοπραξία με την οποία εκμεταλλεύεται κάποιος την ανάγκη, την κουφότητα ή την απειρία του άλλου και πετυχαίνει έτσι να συνομολογήσει ή να πάρει για τον εαυτό του ή τρίτο, για κάποια παροχή, περιουσιακά ωφελήματα, που κατά τις περιστάσεις, βρίσκονται σε φανερή δυσαναλογία προς την παροχή».

Τα άρθρα 178, 179 ΑΚ αφορούν δηλ. τον έλεγχο του κύρους της δικαιοπραξίας ή επιμέρους όρων της, όπως είναι και η ποινική ρήτρα⁹⁸. Η εφαρμογή τους προηγείται επομένως της εφαρμογής του άρθρου 409 ΑΚ, που παρέχει διαπλαστική εξουσία στο δικαστή για την αλλοίωση με δικαστική απόφαση έγκυρου συμβατικού όρου (μείωση της ποινής).

Δεδομένου όμως ότι τα χρηστά ήθη, ως κριτήρια ελέγχου της συμβατικής ρύθμισης, μόνον ακραίες περιπτώσεις αντισυναλλακτικής συμπεριφοράς καταλαμβάνουν, θα είναι σπάνιο η ποινική ρήτρα να είναι ως συμβατική ρύθμιση άκυρη κατ' εφαρμογήν των ΑΚ 178, 179. Συγκεκριμένα θα μπορούσε να θεωρηθεί ως αντίθετη στη διάταξη του άρθρου 179 εδ. β ΑΚ ποινική ρήτρα που «επιβάλλει» ο δανειστής, εκμεταλλευόμενος την ανάγκη, κουφότητα ή απειρία του οφειλέτη. Σε μια τέτοια περίπτωση, θα ήταν άκυρη η ποινική ρήτρα και δεν θα είχε κατ' αρχήν νόημα η εφαρμογή της ΑΚ 409, εκτός αν ήθελε θεωρηθεί ότι η μείωση της ποινής στο προσήκον μέτρο θα ήρε και το αναγκαίο για την εφαρμογή της ΑΚ 179 στοιχείο της φανερής (μη υπάρχουσας πλέον μετά τη διάπλαση της ΑΚ 409) δυσαναλογίας των ωφελημάτων από την ποινική ρήτρα προς την παροχή.

Εκτός από την παραπάνω εξαιρετική περίπτωση είναι δύσκολο να σκεφθεί κανείς ποινική ρήτρα αντίθετη στα χρηστά ήθη και πάντως χωρίς πρακτική σημασία, αν σκεφθούμε το σύνηθες περιεχόμενο των ποινικών ρητρών και των συμβάσεων που

⁹⁸ Βλ. Εφαθ 800/1954 ΝΔικ 10, 338, Εφαθ 166/1953 ΕΕΝ 20, 488, Εφαθ 651/1960 ΕλλΔνη 1, 423.

ενισχύουν. Η υπερβολικά υψηλή ποινή δεν αρκεί, χωρίς τη συνδρομή και άλλων περιστάσεων, για να κριθεί η ποινική ρήτρα ως αντίθετη στις ΑΚ 178, 179.

ββ) Σχέση ΑΚ 409 και 281 (Κατάχρηση δικαιώματος).

i) Κοινό σημείο των δύο διατάξεων είναι η παροχή ενός μέσου άμυνας στον οφειλέτη με τον καθορισμό των ορίων εντός των οποίων η άσκηση του δικαιώματος είναι επιτρεπτή⁹⁹. Έτσι η μεν ΑΚ 281 διαλαμβάνει ότι «η άσκηση του δικαιώματος απαγορεύεται αν υπερβαίνει προφανώς τα όρια που επιβάλλουν η καλή πίστη ή τα χρηστά ήθη, ή ο κοινωνικός ή οικονομικός σκοπός του δικαιώματος», η δε ΑΚ 409 ότι «αν η ποινή που συμφωνήθηκε είναι δυσανάλογα μεγάλη μειώνεται... στο μέτρο που αρμόζει...». Επιπλέον και οι δύο διατάξεις συνιστούν έκφραση της καλής πίστης, στο βαθμό που αυτή επιτάσσει η άσκηση των δικαιωμάτων του ενός μέρους να μην αποβαίνει υπέρμετρα επαχθής για το άλλο. Από την άποψη αυτή και οι δύο διατάξεις σκοπούν την απάμβλυνση των αποτελεσμάτων της άσκησης της ιδιωτικής αυτονομίας, χωρίς πάντως να οδηγούν σε αναίρεση της, αφού η εφαρμογή τόσο της ΑΚ 281 όσο και της ΑΚ 409 προϋποθέτει προφανή αντίθεση στα ανεκτά κατά την καλή πίστη¹⁰⁰ όρια.

ii) Αν ο οφειλέτης δεν επικαλεσθεί την ΑΚ 409 και δεν ζητήσει μείωση της ποινής, επικαλεσθεί όμως την ΑΚ 281 και θέσει υπόψη του δικαστηρίου τα πραγματικά εκείνα περιστατικά που στοιχειοθετούν την έννοια της κατάχρησης δικαιώματος (εδώ της καταχρηστικής άσκησης του δικαιώματος ποινικής ρήτρας)¹⁰¹, τότε ο δικαστής θα κηρύξει την άσκηση του δικαιώματος του δανειστή καταχρηστική, ως προς το μέρος εκείνο και μόνο της ποινής που υπερβαίνει το προσήκον μέτρο (υπερβάλλον), δεδομένου ότι η άσκηση του δικαιώματος μέχρι το εν λόγω (προσήκον) μέτρο δεν εμπίπτει στο πραγματικό της ΑΚ 281 αφού δεν υπερβαίνει προφανώς τα όρια τα επιβαλλόμενα από τη διάταξη αυτή.

iii) Όσον αφορά το χρόνο κατά τον οποίο εκδηλώνεται η λειτουργία των ΑΚ 409 και 281 πρέπει να παρατηρήσουμε ότι, ενώ κατ' αρχήν η λειτουργία της διάταξης του άρθρου 409 ΑΚ ανάγεται στο χρόνο εκπλήρωσης της ποινής, η λειτουργία της

⁹⁹ Βλ. και Π. Παπανικολάου, Περί των ορίων της προστατευτικής παρεμβάσεως του δικαστή στη σύμβαση, 1991, σελ. 175,257, ο οποίος θεωρεί ότι η ΑΚ 409 αποτελεί ειδικό πραγματικό της καταχρηστικής άσκησης της συμβατικής ελευθερίας και συγκεκριμενοποίηση της εκφρασμένης στην ΑΚ 281 γενικότερης αρχής της εξισωτικής συμβατικής δικαιοσύνης.

¹⁰⁰ Η τα χρηστά ήθη ή τον κοινωνικό ή οικονομικό σκοπό του δικαιώματος προκειμένου για την ΑΚ 281.

¹⁰¹ Βλ. Α.Γεωργιάδη, εις Α. Γεωργιάδη - Μ. Σταθόπουλο, ΑΣΤΙΚΟΣ ΚΩΔΙΞ, Ερμηνεία κατ' άρθρο - Νομολογία - Βιβλιογραφία, αρθρ. 281 αρ. 33, ότι ο δικαστής μπορεί να λάβει αυτεπάγγελτα υπόψη του την κατάχρηση δικαιώματος. Βλ. επίσης ΠΠρΑθ 8509/99 ΑρχΝ 2003.667.

ΑΚ 281 ανάγεται στο χρόνο άσκησης του δικαιώματος από το δικαιούχο του, δηλ. σε χρόνο που οπωσδήποτε έπεται του χρόνου εκπλήρωσης.

iv) Όσον αφορά τη διαφορετική δικονομική τους αντιμετώπιση ενόψει και της «εύνοιας»¹⁰² που χαίρει (σύμφωνα με πάγια νομολογία) η διάταξη της ΑΚ 409 στο δικονομικό πεδίο, αρκεί να επισημάνουμε τη δυνατότητα προβολής του αιτήματος από την ΑΚ 409 και επίκλησης των πραγματικών περιστατικών που καθιστούν την ποινή υπέρμετρη, σε κάθε στάδιο της διαδικασίας, ενώ για την άσκηση της ένστασης καταχρηστικής άσκησης δικαιώματος υποβάλλονται κατά την πρώτη συζήτηση στο ακροατήριο όχι μόνο τα πραγματικά περιστατικά που τη θεμελιώνουν αλλά και αίτημα απόρριψης της αγωγής¹⁰³.

γγ) Σχέση ΑΚ 409 και 288 (Συναλλακτική καλή πίστη). Από όσα μέχρι τώρα έχουμε πει είναι προφανές ότι η διάταξη του άρθρου 409 ΑΚ αποτελεί ειδική έκφραση και εκδήλωση της αρχής της καλής πίστης. Η παρεχόμενη από την ΑΚ 409 προστασία θα μπορούσε ενδεχομένως να παρασχεθεί στον οφειλέτη, και αν ακόμη δεν υφίστατο η ειδική ρύθμιση της ΑΚ 409, κατ' εφαρμογή της διάταξης ΑΚ 288, γιατί η καλή πίστη κατ' ΑΚ 288 επιτρέπει και επιβάλλει, μεταξύ άλλων, την αναπροσαρμογή του ύψους της παροχής, δηλαδή την αύξηση ή τη μείωση της, αν το συμφωνημένο ύψος της παροχής δεν δικαιολογείται από τις συνθήκες του χρόνου εκπλήρωσης (αντίστοιχη η ΑΚ 409 § 1) και τη γενική αυτή ρήτρα, ως θεμελιώδη κατευθυντήριο κανόνα του ειδικού δικαίου, θα εκαλείτο να συγκεκριμενοποιήσει ο δικαστής αν δεν υπήρχε η ειδική διάταξη του άρθρου 409 ΑΚ, σε κάθε περίπτωση υπέρμετρης (δυσανάλογα μεγάλης) ποινικής ρήτρας.

Με βάση όλα όσα ήδη εκτέθηκαν θα μπορούσε επίσης να ειπωθεί ότι η ΑΚ 409 επιτελεί συναφώς και μια διευκρινιστική λειτουργία, ως προς το περιεχόμενο των επιταγών της καλής πίστης στην περίπτωση της ποινικής ρήτρας. Με τη διάταξη της ΑΚ 409 ο νομοθέτης διευκρινίζει δηλ. ότι προσήκουσα μπορεί να είναι και υψηλή ακόμα ποινή και ότι σε μείωση υπόκειται μόνο εκείνη η ποινή που είναι δυσανάλογα μεγάλη (υπέρμετρη), εκφεύγει δηλαδή των άκρων ορίων που μπορούν να είναι ανεκτά κατά την καλή πίστη στις συναλλαγές. Με τη διεύρυνση ουσιαστικά των ορίων και την κατ' αποτέλεσμα ελαστικότερη αντιμετώπιση των ποινικών ρητρών η διάταξη του άρθρου 409 ΑΚ διασώζει τη λειτουργία της ποινικής ρήτρας ως θεσμού,

¹⁰² Βλ. Σπυριδούλα-Αγγελική Ε. Λιώση, ό.π., σελ. 145 επ. και εκεί παραπομπές.

¹⁰³ Εξαιρετικά η ένσταση της ΑΚ 281 μπορεί να ασκηθεί σε μεταγενέστερο στάδιο κατ' εφαρμογή των διατάξεων ΚΠολΔικ 269 και 527.

προστατεύοντας ταυτόχρονα τον οφειλέτη από ανεπιεικείς συμβατικές ρυθμίσεις, πράγμα που αποτελεί έναν ανταποκρινόμενο στα πράγματα συγκερασμό συγκρουόμενων συμφερόντων.

Οι δύο διατάξεις (ΑΚ 288 και 409) διαφοροποιούνται από τον τρόπο επέλευσης των αποτελεσμάτων τους. Τα αποτελέσματα της ΑΚ 288 επέρχονται (κατ' αρχήν) αυτοδικαίως, ενώ αντίθετα η επέλευση των αποτελεσμάτων της ΑΚ 409 επέρχεται με την έκδοση σχετικής δικαστικής διαπλαστικής απόφασης. Ενώ δηλ. στην περίπτωση της ΑΚ 288 ο δικαστής (κατά κανόνα) αναγνωρίζει τη δημιουργία πρόσθετων υποχρεώσεων ή δικαιωμάτων που επιβάλλονται από την καλή πίστη σε κάποιο χρονικό σημείο κατά τη διάρκεια της ζωής της ενοχής, στην περίπτωση της ΑΚ 409 ο δικαστής διαπλάσσει με την απόφαση την έννομη σχέση και ανακαθορίζει εν μέρει τη σύμβαση. Η καλή πίστη στην ΑΚ 409 δεν μπορεί να αναπτύξει τα αποτελέσματα της χωρίς δικαστική απόφαση.

δδ) Σχέση ΑΚ 409 και 388 (Απρόοπτη μεταβολή των συνθηκών). Και οι δύο διατάξεις αποτελούν έκφραση της αρχής της καλής πίστης και προϋποθέτουν δικαστική διαπλαστική απόφαση για την επέλευση των αποτελεσμάτων τους, οι ειδικές προϋποθέσεις όμως εφαρμογής της διάταξης του άρθρου 388 ΑΚ, που απαιτεί μεταξύ άλλων την ύπαρξη αμφοτεροβαρούς σύμβασης¹⁰⁴, δεν επιτρέπουν την εφαρμογή της ΑΚ 388 στην ποινική ρήτρα. Η μεταγενέστερη συνομολόγηση όμως υπέρμετρης ποινής μπορεί να συμβάλει στην πλήρωση των προϋποθέσεων συνδρομής της ΑΚ 388.

εε) Σχέση ΑΚ 409 και 371 (Αοριστία παροχής). Η ΑΚ 409 εφαρμόζεται και στην περίπτωση που την ποινή καθορίζει ο δανειστής ή τρίτος, όχι όμως και όταν, μετά την κατάπτωση της, έχει καθορισθεί με αίτημα του οφειλέτη από το δικαστήριο. Το τελευταίο προκειμένου να προβεί σε καθορισμό της ποινής κατά δίκαιη κρίση, θα αναχθεί στα ίδια κριτήρια, που θα εφαρμόζε και για την μείωση της ποινής κατ' ΑΚ 409, αφού η μείωση της ποινής στο προσήκον μέτρο κατ' ΑΚ 409 δεν μπορεί παρά να συνάδει με το μέτρο της ποινής που θα ορίσει ο δικαστής κατά δίκαιη κρίση. Δίκαιη κρίση δηλ. δεν μπορεί παρά να είναι κρίση κατ' εφαρμογή των κριτηρίων της

¹⁰⁴ Βλ. Μ. Σταθόπουλο, εις Α. Γεωργιάδη - Μ. Σταθόπουλο, ΑΣΤΙΚΟΣ ΚΩΔΙΞ, Ερμηνεία κατ' άρθρο - Νομολογία - Βιβλιογραφία, αρθρ. 388 αρ. 1 επ., ίδια αρ. 8. **Η ποινική ρήτρα δεν είναι αμφοτεροβαρής σύμβαση** και ούτε καθίσταται αμφοτεροβαρής ακόμα και αν ενισχύει αμφοτεροβαρή κύρια σύμβαση. Επομένως η ΑΚ 388 δεν μπορεί να εφαρμοσθεί. Βλ. εξάλλου Σταθόπουλο, ό.π., αρθρ. 288 αρ. 41.

καλής πίστης. Αντίθετα θα μπορεί να εφαρμοσθεί η ΑΚ 409 αν ο προσδιορισμός από το δικαστήριο γίνει πριν από την κατάπτωση της ποινής.

στστ) Σχέση ΑΚ 409 και άρθρου 2 § 7 περ. λ του ν. 2251/1994. Σύμφωνα με το (άρθρο 2 § 7 περ. λ του ν. 2251/1994) για την προστασία του καταναλωτή «Σε κάθε περίπτωση καταχρηστικοί είναι ιδίως οι όροι που: ... λ) επιβάλλουν στον καταναλωτή, σε περίπτωση μη εκπλήρωσης της παροχής του, υπέρμετρη οικονομική επιβάρυνση ...». Οι καταχρηστικοί Γενικοί Όροι Συναλλαγών που έχουν περιληφθεί σε σύμβαση με καταναλωτή και οι οποίοι έχουν ως αποτέλεσμα τη διατάραξη της ισορροπίας των δικαιωμάτων και υποχρεώσεων των συμβαλλομένων σε βάρος του καταναλωτή, απαγορεύονται και είναι άκυροι σε κάθε περίπτωση πάντως κρίνονται, αφού ληφθούν υπ'όψιν η φύση των αγαθών ή υπηρεσιών που αφορά η σύμβαση, ο σκοπός της, το σύνολο των ειδικών συνθηκών κατά τη σύναψη της και όλες οι υπόλοιπες ρήτρες της σύμβασης ή άλλης σύμβασης από την οποία αυτή εξαρτάται(άρθρο 2 § 6 ν. 2251/1994). Και τούτο διότι από την στάθμιση αυτή είναι πιθανό να καταδειχθεί ότι οι δυσμενείς επιπτώσεις για τον καταναλωτή αντισταθμίζονται ικανοποιητικά από άλλους όρους ή από το σύνολο των όρων της σύμβασης, τα συμφέροντα του οποίου διασφαλίζονται έτσι ικανοποιητικά και δεν συντρέχει δια τούτο λόγος ακυρότητας των λοιπών όρων της σύμβασης. Σημειωτέον δε ότι ο προμηθευτής δεν μπορεί να επικαλεσθεί από μόνος του την ακυρότητα ολόκληρης της σύμβασης, για το λόγο ότι ένας ή περισσότεροι γενικοί όροι είναι άκυροι ως καταχρηστικοί και να αφίσταται έτσι των υποχρεώσεων που προκύπτουν απ'αυτή (άρθρα 2 § 8 ν. 2251/1994). Από όσα έχουμε ήδη πει για το εννοιολογικό περιεχόμενο της ποινικής ρήτρας, προκύπτει ότι αυτή εμπίπτει στην έννοια του (άρθρου 2 § 7 περ. λ του ν. 2251/1994), αφού μπορεί να συνιστά υπέρμετρη οικονομική επιβάρυνση (δυσανάλογα μεγάλη ποινή) που επιβάλλεται στον καταναλωτή σε περίπτωση μη σωστής εκπλήρωσης της αντιπαροχής, δηλ. στον καταναλωτή ως οφειλέτη για την εκπλήρωση της παροχής του. Επομένως αν η ποινή που συμφωνήθηκε είναι υπέρμετρη (υπερβολικά υψηλή), η ποινική ρήτρα είναι άκυρη, εκτός αν οι δυσμενείς επιπτώσεις για τον καταναλωτή αντισταθμίζονται ικανοποιητικά από άλλους όρους ή από το σύνολο των όρων της σύμβασης. Στην περίπτωση αυτή η ποινική ρήτρα είναι έγκυρη, υπόκειται όμως σε μείωση κατ' ΑΚ 409. Ο έλεγχος κατ' άρθρο 2 § 7 περ. λ του ν. 2251/1994 και αρθρο 2 § 6 ν. 2251/1994 αφορά επομένως την εγκυρότητα συμβατικού όρου και προηγείται της

μείωσης της ποινής κατ' ΑΚ 409¹⁰⁵. Κατ' αποτέλεσμα η προστασία που παρέχουν οι διατάξεις του ν. 2251/1994 είναι δραστικότερη, αφού κατ' αυτές η συνέπεια της καταδυνάστευσης του οφειλέτη-καταναλωτή είναι η ακυρότητα του συμβατικού όρου.

B. Κριτήρια μείωσης της ποινής κατ' ΑΚ 409

1. Τα κριτήρια μείωσης της ποινής

Ο νόμος αρκείται στο γενικό και αφηρημένο κανόνα της δυσαναλόγως μεγάλης ποινής η οποία πλήττει την ίση και δίκαιη στάθμιση των εκατέρωθεν συμφερόντων¹⁰⁶, χωρίς να προσδιορίζει ένα πλαίσιο κριτηρίων ή να ορίζει κατευθυντήριους κανόνες για τη διαπίστωση του υπέρμετρου της ποινής. Το έργο αφήνεται στο Δικαστήριο που καλείται να προσδώσει σε αόριστη έννοια συγκεκριμένο περιεχόμενο, η απόφαση του οποίου υπόκειται στον αναιρετικό έλεγχο του Αρείου Πάγου¹⁰⁷. Σύμφωνα με την κρατούσα γνώμη,¹⁰⁸ αφού ληφθεί υπ' όψιν η όλη ενοχική σχέση και τα ποιοτικά χαρακτηριστικά της, τα κριτήρια με βάση τα οποία θα κριθεί το δυσανάλογο της ποινής είναι:

αα) η έκταση της συμβατικής παράβασης του οφειλέτη,

ββ) το από αυτήν πληγέν συμφέρον του δανειστή, (στο οποίο συμπεριλαμβάνεται το περιουσιακό, το ηθικό του συμφέρον και τα απώτερα ακόμα επιβλαβή γενικώς αποτελέσματα, τα οποία είχε γι' αυτόν η μη εκπλήρωση της παροχής, καθώς επίσης και κάθε άλλο δικαιολογημένο συμφέρον του)

γγ) ο βαθμός του πταίσματος του οφειλέτη,

¹⁰⁵ Contra Βλ ΑΠ 1219/2001 Δνη 42.1609, στην οποία αναφέρεται ότι οι «ρήτρες έκπτωσης», δηλ. αυτές που υπό ορισμένες προϋποθέσεις καθιστούν το αντισυμβαλλόμενο μέρος αμέσως έκπτωτο του δικαιώματός του, κατ' αρχήν δεν φέρουν χαρακτήρα ποινικής ρήτρας, (αφήνοντας ανοιχτό το ενδεχόμενο in concreto να χαρακτηριστούν τοιαύτες) αλλ' όμως υπόκεινται σε έλεγχο αν είναι καταχρηστικές, λόγω υπέρμετρης οικονομικής επιβάρυνσης βάσει του άρθρου 2 § 6 και 7 περ. λ του ν. 2251/1994.

¹⁰⁶ Βλ ΕφΘεσ 2974/1998 ό.π. ΠΠρΑθ 8509/1999 ό.π.

¹⁰⁷ «...όσον αφορά την βάσει των ως άνω κριτηρίων ορθήν υπαγωγήν των ανελέγκτως δεκτών γενομένων ως αποδειχθέντων πραγματικών περιστατικών εις την νομικήν έννοιαν της διατάξεως ταύτης, ουχί όμως και ως προς τον προσδιορισμόν του ποσού, κατά το οποίον πρέπει να μειωθεί η ποινική ρήτρα». Βλ. ΑΠ 1705/2002 ΝοΒ 44.1639, ΑΠ 948/2002 ΝοΒ 2003.247=EEN 2003.549=Δνη 43.1690, ΑΠ 109/1982 ό.π. Επομένως στον ΑΠ ο μόνος έλεγχος που επιφυλάσσεται είναι αυτός της νόμιμης βάσεως, αν δηλ. ορθά ο δικαστής της ουσίας υπήγαγε τα ανέλεγκτα δεκτά γενόμενα από αυτόν πραγματικά περιστατικά στη νομική έννοια «δυσανάλογα μεγάλη» του άρθρου 409 ΑΚ. Βλ. Χ. Θεμελή, ό.π., σ.933 και εκεί υπ' αριθμ 19 παραπομπή.

¹⁰⁸ Βλ. ΑΠ 1460/2005 ό.π., ΑΠ 1705/2002 ό.π., ΑΠ 948/2002 ό.π., ΑΠ 762/2000 ΕλλΔνη 42.153, ΑΠ 1439/1997 ΕλλΔνη 1998.376, ΑΠ 340/1983, ό.π., ΑΠ 303/1982, ό.π., ΑΠ 920/1976, ό.π., ΑΠ 1472/1984, ό.π., ΑΠ 562/1972, ό.π., ΑΠ 35/1965, ό.π., ΑΠ 1525/1980 ΝοΒ 29, 870, ΑΠ 428/1979 ΝοΒ 27, 1456, ΑΠ 69/1981 ΝοΒ 29, 1261, ΑΠ 109/1982, ό.π., ΕφΑΘ 1269/1977 ΝοΒ 25, 1197, ΕφΑΘ 10237/1978, ό.π., ΕφΑΘ 639/1955, ό.π., ΕφΑΘ 697/1977 Αρμ 31, 341, ΕφΑΘ 5260/1977 Αρμ 31, 640.

δδ) το όφελος, το οποίο ο οφειλέτης πορίζεται από τη μη (προσήκουσα) εκπλήρωση της ενοχής,

εε) το μέγεθος της ποινής σε σύγκριση προς την αξία της αντιπαροχής του δανειστή και τέλος

στστ) η οικονομική κατάσταση των μερών, όπως επίσης και η ηθική και κοινωνική σχέση τους¹⁰⁹. Μόνη η μη επέλευση ζημίας στο δανειστή ή το μέγεθος αυτής δεν λαμβάνονται υπόψη για την εφαρμογή της ΑΚ 409, αφού κατ' ΑΚ 405 § 2 η ποινή καταπίπτει ανεξάρτητα από την ύπαρξη ζημίας¹¹⁰.

Η παραπάνω τυπολογία ως προς τα τελλογικά κριτήρια για τη διαπίστωση του δυσανάλογου χαρακτήρα της ποινής είναι πάντως ενδεικτική¹¹¹ και δεν είναι αναγκαίο να λαμβάνονται υπόψη σε κάθε περίπτωση όλα τα εν λόγω κριτήρια¹¹². Δεν υπάρχει δηλ. ούτε αποκλειστικότητα ούτε δεσμευτικότητα των κριτηρίων (αφού στην περίπτωση για παράδειγμα που κατά τη συμφωνία των μερών η κατάπτωση της ποινής επέρχεται ανεξάρτητα από την ύπαρξη υπαιτιότητας του οφειλέτη, δεδομένου ότι η ΑΚ 405§1 είναι ενδοτικού δικαίου και επομένως συμφωνία των συμβαλλομένων ότι η ποινή θα καταπίπτει και αν ακόμη ο οφειλέτης δεν είναι υπαίτιος της πληρώσεως της αιρέσεως, υπό την οποία η ποινή τελεί, είναι έγκυρη¹¹³ και άρα ο βαθμός του πταίσματος αυτού δεν μπορεί να συνιστά κριτήριο για την εφαρμογή της ΑΚ 409)¹¹⁴.

Σχετικά με τα κριτήρια αυτά μπορούμε να παρατηρήσουμε τα ακόλουθα:

ι) Το κριτήριο της έκτασης της συμβατικής παράβασης του οφειλέτη αποκτά σημασία στην περίπτωση που ο οφειλέτης έχει εκπληρώσει κάποιο τμήμα της κύριας παροχής ή ευθύνεται για μερική μόνο μη προσήκουσα εκπλήρωση. Παραβίαση των

¹⁰⁹ Βλ ΠολΠρΑθ 6446/2005 Αρμ 2005.2000, ΠΠρΑθ 8509/1999 ό.π.

¹¹⁰ Σημειωτέον, ότι η άσκηση του δικαιώματος στην ποινή, που έχει καταπέσει δεν συνιστά καταχρηστική άσκηση, επειδή ο δανειστής δεν υπέστη καμία ζημία. Βλ ΑΠ 477/1960 ΝοΒ 24.1053, ΠΠρΑθ 8509/1999 ό.π.

¹¹¹ Βλ ΠΠρΑθ 8811/1997 ΑρχΝομ 49.64, όπου το δικαστήριο δύναται να εκλάβει στην κρίση του κάθε στοιχείο το οποίο κατά τη συνολική θεώρηση της ενοχής οδηγεί στην πείθουσα κρίση ότι η ποινή είναι δυσανάλογη διότι πλήττει την ίση (δίκαιη) στάθμιση των εκατέρωθεν συμφερόντων.

¹¹² Βλ. Σπυριδούλα-Αγγελική Ε. Λιώση, ό.π., σελ. 151 επ. και εκεί παραπομπές.

¹¹³ Για παράδειγμα, σε μια σύμβαση πώλησης μπορεί να συμφωνηθεί ότι θα καταπίπτει η συνομολογηθείσα ποινική ρήτρα, και αν ακόμη το αντικείμενο που πωλήθηκε καταστράφηκε τυχαία και όχι από πταίσμα του πωλητή. Βλ. σχετ. Απ. Γεωργιάδη, ό.π., σελ. 215, Αστ. Κ. Γεωργιάδη, ό.π. τεύχ.ΙΙ, σελ.163, υπ' αριθμ.4 και εκεί υπ' αριθμ 56 παραπομπή.

¹¹⁴ Στο αστικό δίκαιο η διάκριση δόλου-αμελείας δεν έχει όση στο ποινικό δίκαιο πρακτική σημασία, εφόσον, κατά κανόνα, πλην εντελώς εξαιρετικών περιπτώσεων, όπου ο νομοθέτης του ΑΚ για τη δημιουργία ευθύνης απαιτεί την ύπαρξη δόλου (π.χ. ΑΚ 729, 1911 αριθμ.2,3), «...ο οφειλέτης ενέχεται...για κάθε αθέτηση της υποχρέωσής του από δόλο ή αμέλεια...» (ΑΚ 330 εδ.α). Βλ σχετ. Αστ. Κ. Γεωργιάδη, ό.π., σελ. 79.

συμβατικών του υποχρεώσεων στο σύνολο τους συνηγορεί για υψηλότερο-αυστηρότερο μέτρο ποινής¹¹⁵.

ii) Το ηθικό και περιουσιακό συμφέρον του δανειστή που προσβλήθηκε με την ανώμαλη εξέλιξη των συμβατικών σχέσεων και οι γενικότερες επιβλαβείς συνέπειες που είχε για το δανειστή η ανώμαλη εκπλήρωση της σύμβασης συνιστούν ασφαλώς ένα από τα βασικότερα κριτήρια προσδιορισμού του μέτρου της ποινής¹¹⁶.

iii) Ο βαθμός του πταίσματος του οφειλέτη. Αναφερόμαστε κυρίως στη διάκριση¹¹⁷ μεταξύ ελαφράς¹¹⁸ και βαρείας αμέλειας, γιατί, αν ο οφειλέτης προκάλεσε εξ αμέσου δόλου την συμβατική παραβίαση, η εφαρμογή της ΑΚ 409 συνήθως θα αποκλείεται και η ποινή θα καταπίπτει, με εξαίρεση και σε συνάρτηση προς τα πραγματικά περιστατικά, όταν ο οφειλέτης ενεργεί μεν με ενδεχόμενο δόλο, όμως παρά ταύτα *in concreto* (η ποινή) καταλήξει να θεωρηθεί δυσανάλογα μεγάλη.

¹¹⁵ Βλ. ΑΠ 1185/1992 ΕλλΔνη 1994.432, όπου αποτιμάται σε χρήμα το μέρος της παροχής, που δεν εκπληρώθηκε εμπρόθεσμα σε συνδυασμό με τον χρόνο της καθυστέρησης, ΑΠ 920/1976, ό.π., που λαμβάνει υπ' όψιν μεταξύ των άλλων την ομαλή λειτουργία της συμβατικής σχέσης σε διαρκή ενοχή (μίσθωση) κατά το χρόνο (δετία) πριν από την κατάρτιση, Εφαθ 5669/2001 ΕλλΔνη 43.246, Εφαθ 697/1977, ό.π. που λαμβάνει υπ' όψιν μεταξύ άλλων την εκτέλεση εργασιών και παράδοση εμπροθέσμως του ενός εκ των δύο τμημάτων του τεχνικού έργου, που είχε αναλάβει ο οφειλέτης εργολάβος.

¹¹⁶ Βλ. ΑΠ 322/1988 ΝοΒ 1989.249, όπου αναφέρεται στα απώτερα επιβλαβή αποτελέσματα από την αθέτηση, ΑΠ 340/1983, ό.π., ΑΠ 69/1981, ό.π., όπου η ζημία του δανειστή συνίσταται και σε μείωση της εμπορικής του πίστης από την αδυναμία του να εκπληρώσει ανειλημμένες συμβατικές υποχρεώσεις έναντι πελατών, ΑΠ 109/1982, ό.π., η οποία αποδέχεται τις σκέψεις του δευτεροβάθμιου δικαστηρίου ότι δηλ. «το συμφέρον του Δημοσίου ως δανειστού προς προσήκουσαν εκπλήρωσιν της εις αυτό εκάστοτε οφειλομένης παροχής τυγχάνει μείζον έναντι του ιδίου συμφέροντος των ιδιωτών, λόγω των δημοσίων αναγκών, ας πρόκειται τούτο να ικανοποιηθή, ότι εις την περίπτωσιν ταύτην το ανώτατον όριον της υπέρ του Δημοσίου ως δανειστού καταπεσούσης ποινής, τυγχάνει υψηλότερον του αντιστοίχου τοιούτου υπέρ του ιδιώτου».

¹¹⁷ Η πρακτική σημασία της διάκρισης εδράζεται στο νόμο, ο οποίος σε ορισμένες περιπτώσεις (π.χ. ΑΚ 355, 499§1, 732, 811, 1083, 1593) για την δημιουργία ενδοσυμβατικής ευθύνης δεν αρκείται σε ελαφρά αμέλεια, αλλά απαιτεί την ύπαρξη βαρείας. Βλ. σχετ. Αστ. Κ. Γεωργιάδη, ο.π., σελ. 87επ.

¹¹⁸ Η ελαφρά αμέλεια υποδιαιρείται σε **ελαφρά αφηρημένη** (*culpa levis in abstracto*) και **ελαφρά συγκεκριμένη** (*culpa levis in concreto*) αμέλεια με την κατωτέρω εννοιολογική διαφοροποίηση. Κατά την μεν πρώτη, την πλέον αντικειμενικοποιημένη, η οποία αποτελεί και τον κανόνα, όπως μάλιστα εμφανίζεται και στο άρθρ. της ΑΚ 330 εδ. β και λαμβάνει χώρα όταν το πρόσωπο δεν επιδεικνύει την επιμέλεια, που καταβάλλει συνήθως ο μέσος επιμελής και συνετός άνθρωπος, ο τυπικός εκπρόσωπος του οικείου κύκλου στον οποίο ο οφειλέτης ανήκει, οι ατομικές ιδιότητές του, ικανότητες ή μειονεξίες του και λοιπά υποκειμενικά στοιχεία δεν λαμβάνονται υπόψη για την εκτίμηση αν η κρινόμενη συμπεριφορά είναι ή όχι αμελής. Ο κανόνας αυτός δεν είναι, όμως, ανεξάρτητος. Σε εύριθμες περιπτώσεις ο νόμος, από εύνοια προς τον οφειλέτη, για την ίδρυση ευθύνης απαιτεί την ύπαρξη συγκεκριμένης ελαφράς αμέλειας, οπότε το υποκειμενικό στοιχείο ανακτά τον αποφασιστικό του ρόλο. Στις περιπτώσεις αυτές κριτήριο δεν αποτελεί η επιμέλεια του μέσου συνετού ανθρώπου, αλλά η επιμέλεια που συνήθως επιδεικνύει ο ίδιος ο οφειλέτης στις ατομικές του υποθέσεις, την «εν τοις ιδίοις επιμέλειαν» (*diligentia quam in suis*). Θέματα, στα οποία για την ίδρυση ευθύνης ο νόμος απαιτεί ελαφρά συγκεκριμένη αμέλεια και στα οποία κυριαρχεί η μεταξύ των μερών σχέση εμπιστοσύνης, αφορούν στα άρθρα: (ΑΚ 746, 823, 1396, 1531, 1937). Βλ. σχετ. Αστ. Κ. Γεωργιάδη, ο.π., τεύχ. Ι, σελ. 89επ.

Κατά τα λοιπά δεν θα πρέπει πάντως να λαμβάνεται υπόψη ο βαθμός του πταίσματος για τους εξής ειδικότερους λόγους:

αα) Σύμφωνα με τον κανόνα του άρθρου 330 ΑΚ η συμβατική ευθύνη είναι ανεξάρτητη από το βαθμό υπαιτιότητας του οφειλέτη (δόλου ή αμελείας). Αν θεωρήσουμε το βαθμό υπαιτιότητας κριτήριο προσδιορισμού του μέτρου της ποινής, ουσιαστικά παρακάμπτουμε τον παραπάνω κανόνα, όπως θα έπρεπε να εφαρμοσθεί στην ποινική ρήτρα, ως ρήτρα με την οποία ο οφειλέτης αναλαμβάνει την υποχρέωση προστασίας του έννομου συμφέροντος του δανειστή για εκπλήρωση ανεξαρτήτως υπαιτιότητάς του ή μη.

ββ) Η καλή πίστη επιτάσσει, ο οφειλέτης να ευθύνεται όμοια για όλα τα γεγονότα που εντάσσονται στη σφαίρα ελέγχου και κινδύνου του (εκτός από αυτά για τα οποία δεν τον βαρύνει υπαιτιότητα) και αυτό γιατί στο ενοχικό δίκαιο ενδιαφέρει περισσότερο αυτό καθ' εαυτό το γεγονός της συμβατικής παραβίασης και οι συνέπειες του και λιγότερο ή και καθόλου η υποκειμενική στάση¹¹⁹ του οφειλέτη απέναντι στο γεγονός και τις αιτίες που το προκάλεσαν.

γγ) Ο συνυπολογισμός του βαθμού υπαιτιότητας αποτελεί ουσιαστικά απόρροια του χαρακτηρισμού της ποινικής ρήτρας ως ιδιωτικής ποινής, μια άποψη που αποδοκιμάζεται σήμερα από μερίδα της θεωρίας.

iv) Το όφελος, το οποίο ο οφειλέτης πορίζεται από την παραβίαση των συμβατικών του υποχρεώσεων¹²⁰, αποτελεί σημαντικό κριτήριο, ακριβώς γιατί η

¹¹⁹ Σύμφωνα με την άποψη που επικρατεί σήμερα, «μέτρο συμπεριφοράς» του οφειλέτη θα πρέπει να αποτελέσει καταρχήν το αφηρημένο αντικειμενικό πρότυπο του μέσου συνετού και επιμελούς ανθρώπου και με βάση αυτό το πρότυπο να καθορίζονται οι κανόνες συμπεριφοράς, με άλλα λόγια η επιμέλεια που πρέπει να καταβάλλεται κάθε φορά, σύμφωνα με τις υγιείς αντιλήψεις των «συναλλαγών». Το παραπάνω καθαρά αντικειμενικό κριτήριο υποκειμενικοποιείται εν μέρει από την κρατούσα άποψη, γιατί γίνεται δεκτό ότι «πρότυπο» θα πρέπει ν' αποτελέσει, όχι γενικά ο μέσος συνετός άνθρωπος αλλ' ο μέσος τυπικός εκπρόσωπος του «κύκλου» (από άποψη επαγγέλματος, μόρφωσης, περιβάλλοντος, ηλικίας κτλ.) στο οποίο ανήκει ο οφειλέτης, χωρίς να εξετάζεται το αν ο συγκεκριμένος δράστης ήταν ή όχι σε θέση να επιδείξει την επιμέλεια που θα έδειχνε με τις ίδιες συνθήκες το παραπάνω αφηρημένο «πρότυπο» ή το αν έκανε ό,τι του ήταν δυνατό για ν' αποφύγει την πρόκληση της ζημίας. Και είναι φανερό, ότι για τον δράστη που, εξαιτίας των προσωπικών του ιδιοτήτων, αδυνατεί να επιδείξει την επιμέλεια αυτή, η αντικειμενικοποίηση της έννοιας της αμέλειας σημαίνει ουσιαστικά και αντικειμενικοποίηση της ευθύνης του. Βλ. σχετ. Ιω.Γ.Δεληγιάννη & Π.Κ.Κορνηλάκη, Ειδικό Ενοχικό ΙΙΙ, Θεσ/κη 1992, σελ.160 επ.

¹²⁰ Βλ. **ΕφΑθ 5260/1977**, ό.π., όπου το όφελος του οφειλέτη (εργολάγου-πωλητή) από τη νομότυπη κατάρτιση του επιδίκου προσυμφώνου πωλήσεως διαμερίσματος, συνίσταται σε πείσπραξη από τον αγοραστή και εκμετάλλευση επί σειρά μηνών της προκαταβολής χρηματικού ποσού ύψους 335.000 δρχ. ως έναντι του συνολικού τιμήματος που θα καταβάλλονταν κατά τον προσυμφωνηθέντα χρόνο συντάξεως του οριστικού συμβολαίου, μηδέποτε όμως τούτου συνταχθέντος εξ υπαιτίου και αντισυμβατικής αρνήσεώς του, **ΑΠ 69/1981**, ό.π., όπου το όφελος του οφειλέτη (εργολάβου-εκμισθωτή), ο οποίος δεν προέβη εγκαίρως στην έκδοση οικοδομικής αδείας και περαιτέρω ανέγερσης και παράδοσης της χρήσης του μισθίου κατά την προσυμφωνημένη έναρξη της μισθώσεως περιερχόμενος σε υπερημερία επί δίμηνο, συνίσταται στη χρησιμοποίηση του προκαταβληθέντος από

καλή πίστη αποκρούει τη δυνατότητα να αποκομίζει ο οφειλέτης οφέλη από την παραβίαση των συμβατικών του υποχρεώσεων. Προχωρώντας περαιτέρω θα μπορούσαμε βάσιμα να υποστηρίξουμε ότι το όφελος αυτό αποτελεί όριο, κάτω από το οποίο δεν θα μπορεί να μειωθεί η ποινή, γιατί διαφορετικά επιβραβεύεται η αντισυμβατική συμπεριφορά. Θα ήταν δηλ. ανακόλουθο από τη μία να αναγνωρίζεται και να θεσμοθετείται η ποινική ρήτρα ως ενισχυτικός μηχανισμός για την εκπλήρωση της σύμβασης και από την άλλη ο οφειλέτης με τη μείωση της ποινής να αποκερδαίνει τη διαφορά μεταξύ του οφέλους από τη μη εκπλήρωση και της μειωμένης ποινής.

ν) Το μέγεθος της ποινής σε σύγκριση προς το μέγεθος της αντιπαροχής του δανειστή¹²¹. Το κριτήριο έχει εφαρμογή μόνο στις αμφοτεροβαρείς συμβάσεις.

vi) Η οικονομική κατάσταση των μερών¹²², για την οποία, ως κριτήριο καθορισμού του προσήκοντος μέτρου, απαιτούνται οι ακόλουθες διευκρινίσεις:

αα) Η οικονομική κατάσταση των μερών δεν πρέπει να αντιμετωπίζεται στενά, αλλά πρέπει να συσχετίζεται με την γενικότερη κατάσταση της οικονομίας. Έτσι σε περιόδους οικονομικής στενότητας ευκολότερα θα κρίνεται μία ποινή δυσανάλογα μεγάλη, από ότι σε περιόδους πληθωρισμού και μείωσης της πραγματικής αξίας του νομίσματος.

ββ) Σημαντική είναι η διακρίβωση από το δικαστή των άκρων ορίων της οικονομικής αντοχής του οφειλέτη και η συναφής με αυτή διακρίβωση της θυσίας του οφειλέτη, με την έννοια ότι ποινή που υπερβαίνει το μεγαλύτερο δυνατό όριο που μπορεί να απαιτηθεί από τον συγκεκριμένο κάθε φορά οφειλέτη είναι δυσανάλογα μεγάλη.

τον μισθωτή κατά την κατάρτιση της μισθωτικής σύμβασης χρηματικού ποσού 202.000 δρχ. για τη μεταίωση επισπευδομένου πλειστηριασμού άλλης ακίνητης περιουσίας του.

¹²¹ Βλ. **ΕφαΘ 697/1977**, ό.π., όπου σε μία σύμβαση μισθώσεως έργου υπό τους σε αυτή αναφερομένους ειδικούς όρους και συμφωνίες, το ποσό της ποινής ανερχόμενο σε 150.000 δρχ. εν συγκρίσει προς την εκ 420.000 δρχ. εργολαβική αμοιβή, που όφειλε ο εργοδότης εάν η σύμβαση εκτελούνταν και το συμφωνηθέν έργο κατασκευάζονταν και παραδίδονταν εμπροθέσμως, αποτελεί πλέον του 1/3 της συμφωνηθείσας πληρωμής, το κέρδος δε του εργολάβου υπολογιζόμενο δεν είναι ανώτερο του 30% της αμοιβής του, ήτοι 126.000 δρχ. και ως εκ τούτου κρίνεται δυσανάλογα μεγάλο το ποσό της συνομολογηθείσας ποινικής ρήτρας, **ΑΠ 109/1982**, ό.π., όπου η ποινή που κατέπεσε υπέρ του Δημοσίου και εις βάρος ιδιώτη μικροβιομηχάνου ανερχόμενη σε 4.066.635 δρχ. στα πλαίσια συμβάσεων έργου που ανέλαβε να εκπληρώσει ο δεύτερος εξ αυτών και τις οποίες εκτέλεσε εκπροθέσμως, αποτελεί το 17% της αξίας της όλης αντιπαροχής του δανειστή-Δημοσίου προς τον οφειλέτη-ιδιώτη συμποσούμενης στο ποσό των 26.219.099 δρχ., ποσοστό που θεωρήθηκε υπερβολικό από το κρίναν Δικαστήριο.

¹²² Βλ. **ΕφαΘ 697/1977**, ό.π., όπου δανειστής είναι η ΔΕΗ «λίαν εύρωστος οικονομική επιχείρησις» και οφειλέτης ιδιώτης «μετρίας οικονομικής καταστάσεως».

Η κρατούσα γνώμη παραγνωρίζει ή πάντως δεν κάνει σαφή την εφαρμογή του κριτηρίου του ύψους της παροχής¹²³ που μαζί με το κριτήριο της ζημίας που υπέστη ο δανειστής αποτελούν δύο από τα πιο σημαντικά κριτήρια για την εφαρμογή της ΑΚ 409. Τα δύο αυτά μεγέθη συνιστούν το οικονομικό περιεχόμενο των αξιώσεων εκπλήρωσης και αποζημίωσης του δανειστή και επομένως η ποινή, ως το οικονομικό περιεχόμενο της αξίωσης από την ποινική ρήτρα, πρέπει οπωσδήποτε να προσδιορίζεται και από τα δύο παραπάνω μεγέθη. Πιο συγκεκριμένα, το μέτρο της ποινής πρέπει να καθορισθεί σε τέτοιο ύψος ώστε η αξίωση από την ποινική ρήτρα να μην καθίσταται θεωρητική και αφηρημένη ενίσχυση της θέσης του δανειστή, αποδυναμωμένη από το οικονομικό της περιεχόμενο¹²⁴. Η ενίσχυση δηλ. της θέσης του δανειστή δεν μπορεί και δεν πρέπει (κατ' εφαρμογήν της ΑΚ 409) να εξαντλείται στο γεγονός ότι ο δανειστής έχει την αξίωση στην ποινή. Αν συμβεί κάτι τέτοιο και η αξίωση στην ποινή αποδυναμωθεί όσον αφορά το οικονομικό της περιεχόμενο, τότε η ενίσχυση της θέσης του δανειστή αναιρείται κατ' αποτέλεσμα.

2. Έκταση ελέγχου κατ' ΑΚ 409

α. Κατά την εφαρμογή της ΑΚ 409 ο δικαστής δεν πρέπει να παραγνωρίζει ότι ναι μεν η ΑΚ 409 σκοπεί την προστασία του οφειλέτη από υπερβολικές και αδικαιολόγητες κατά την καλή πίστη δεσμεύσεις, από την άλλη όμως πλευρά, η ποινική ρήτρα ως θεσμός σκοπεί την ενίσχυση της θέσης του δανειστή και ο σκοπός αυτός δεν μπορεί να παρακάμπτεται ή να παραμερίζεται με τη μείωση της ποινής¹²⁵. Η στάθμιση που έγινε από το νομοθέτη, ο οποίος έμμεσα προσδιόρισε το ύψος της ποινής που είναι ανεκτό κατά την καλή πίστη, είναι κατά τούτο δεσμευτική για το δικαστή, ο οποίος δεν μπορεί να αποκλίνει και να κρίνει αυστηρότερα την ποινή. Ο

¹²³ Βλ. όμως και ΕφΛαρ 146/1985 Αρμ 39,382 όπου συνεκτιμάται το γεγονός ότι η ποινή αποτελεί το 50% περίπου της συνολικής οφειλόμενης παροχής του οφειλέτη με τις περιορισμένες οικονομικές του δυνατότητες.

¹²⁴ Ο δικαστής δεν πρέπει να οδηγήσει την ποινή μέχρι το ποσό της ζημίας του δανειστή, διότι η ποινή είναι δεδομένο ότι αποβλέπει στην προστασία των συμφερόντων του πιστωτή και συνεπώς δεν πρέπει να απαγγέλλεται τέτοια μείωση ώστε αυτός να μένει στην ουσία απροστάτευτος με την ποινή και αυτή να χάνει πλέον την σπουδαιότητα και χρησιμότητα της. Αυτό εξάλλου αναφέρεται και στην αιτιολογική έκθεση του Εισηγητή του προσχεδίου του ενοχικού δικαίου, κατά τον οποίο σαν «προσήκον μέτρον» δεν νοείται η ζημία του δανειστή, διότι η κατάπτωση επέρχεται και χωρίς ζημία αυτού. Έτσι, λοιπόν, το «προσήκον μέτρον» πρέπει να αναζητηθεί σε σημείο λογικό μεν αλλά πολύ ανώτερο από την αξία της ζημίας του δανειστή. Αυτή τη μέθοδο θα μπορούσαμε να ονομάσουμε «σύστημα ελεύθερης μείωσης της ποινής» αλλά μέχρι ενός ορίου οπωσδήποτε ανώτερου της αξίας της ζημίας του δανειστή, το οποίο θα καθορίζεται διαφορετικά για κάθε περίπτωση. Διότι, εάν μείωση στο «προσήκον μέτρον» σημαίνει υποβιβασμό της ποινής με μαθηματική ακρίβεια στο επίπεδο της πραγματικής ζημίας, αυτή η λύση θα ήταν, χωρίς αμφιβολία, αντίθετη στην έννοια και σκοπιμότητα της ποινικής ρήτρας. Βλ. Χ. Θεμελή, ό.π., σ.932.

¹²⁵ Βλ. Σπυριδούλα-Αγγελική Ε. Λιώση, ό.π., σελ. 155 επ. και εκεί παραπομπές.

σκοπός και η λειτουργία δηλ. που επιτελεί η ποινική ρήτρα και ο συναφής με τα παραπάνω κίνδυνος που αναλαμβάνει ο οφειλέτης δικαιολογούν την αυξημένη ευθύνη του οφειλέτη και μία υψηλή ποινή. Στην προκειμένη περίπτωση οι επιταγές της καλής πίστης που αφορούν την ποινική ρήτρα είναι ελαστικότερες και επιεικέστερες προς την πλευρά της διατήρησής της, ανέπαφης (της ποινικής ρήτρας) και αυτό ακριβώς εκφράζει και η διάταξη της ΑΚ 409, παρόλο που η διατύπωση της δεν είναι η καλύτερη δυνατή.

β. Η χρησιμότητα της ΑΚ 409 έγκειται, πέρα από το ότι αίρει τις τυχόν αμφιβολίες και δυσχέρειες που θα μπορούσαν να προκύψουν για τη μείωση της ποινής κατ' εφαρμογή της γενικής ρήτρας της καλής πίστης, και στο ότι αποτελεί το νομοθετικό έρεισμα για την τελολογικά επιβεβλημένη διαφοροποίηση των επιταγών της καλής πίστης κατά τον έλεγχο του ύψους της ποινής προς μία κατεύθυνση ποιο ήπιας εφαρμογής τους.

Γ. Περιεχόμενο-Χρόνος μείωσης της ποινής

1. Περιεχόμενο του αιτήματος μείωσης της ποινής

Αυτό πρέπει να περιορίζεται στην επανάληψη του γράμματος του νόμου, να ζητεί δηλαδή τη μείωση της ποινής στο μέτρο που αρμόζει (προσήκον), ενώ δεν απαιτείται και αριθμητικός προσδιορισμός της αιτουμένης μείωσης, γιατί αυτό αφορά την δικαιοπλαστική εξουσία και διακριτική ευχέρεια του Δικαστή. Απαιτείται όμως η επίκληση από τον οφειλέτη συγκεκριμένων γεγονότων, τα οποία θεμελιώνουν το «δυσαναλόγως μέγαν της ποινής¹²⁶» και σε περίπτωση αμφισβητήσεώς τους, να αποδείξει αυτά, μη αρκούντως, μόνο του περιστατικού, ότι η ζημία του δανειστή είναι μικρότερη της συμφωνημένης ποινής¹²⁷, ούτε της απλής ρητής επίκλησης του γεγονότος ότι η ποινή είναι δυσανάλογα μεγάλη, υπερβολικά υπέρμετρη και εξοντωτική¹²⁸. Και τούτο, γιατί διαφορετικά το αίτημα απορρίπτεται σαν αόριστο¹²⁹.

2. Χρόνος υποβολής του αιτήματος μείωσης της ποινής

Κρίσιμο χρονικό σημείο για την υποβολή του σχετικού αιτήματος, όπως ερμηνευτικά και τελολογικά προκύπτει για το ελληνικό δίκαιο, είναι ο χρόνος κατάπτωσης της ποινής. Πριν από την κατάπτωση της ποινής ο οφειλέτης δεν μπορεί

¹²⁶ Βλ. Γ. Ταμπάκης, ό.π., σ.423.

¹²⁷ Βλ. ΑΠ 1460/2005 ό.π., ΑΠ 303/1982 ό.π., Μ.ΠρΒολ. 2544/2001 Αρμ 56.1596, ΠΠρΚαβ 249/1997 Αρμ 53.826.

¹²⁸ Βλ. Εφαθ 180/2004, Εφαθ 8398/1992 Αρμ ΛΖ.329, Εφαθ 2167/1986 ΕλλΔνη 28.127, Εφαθ 1788/1980 Αρμ ΛΕ.201.

¹²⁹ Βλ. ανωτέρω σελ. 43 και εκεί παραπομπή υπ'αρ. 90.

να ζητήσει τη μείωση της¹³⁰, με κυριότερο επιχείρημα ότι από το χρόνο κατάρτισης της ποινικής ρήτηρας και μέχρι την κατάπτωση της ποινής δεν υπάρχουν τα στοιχεία που θα ληφθούν υπόψη για τη θεμελίωση της κρίσης περί του δυσαναλόγου, σύμφωνα με το σκοπό της ποινικής ρήτηρας και φυσικά κατά τον παραπάνω χρόνο δεν ανακύπτει πρόβλημα προστασίας του οφειλέτη, ο οποίος ενδεχομένως και να αποφύγει την κατάπτωση της ποινής με την ομαλή εκπλήρωση των συμβατικών του υποχρεώσεων.

Σύμφωνα με το σκοπό της ποινικής ρήτηρας, ο οποίος, όπως τον ορίσαμε πιο πάνω, είναι η ενίσχυση της θέσης του δανειστή, προκειμένου να κριθεί κατά πόσο η συγκεκριμένη ποινή υπηρετεί τον πιο πάνω σκοπό ή αποτελεί αθέμιτη επιβολή της βούλησης του ενός από τους συμβαλλόμενους, δηλ. του δανειστή, θα αποβλέψουμε σε κριτήρια του χρόνου που εκδηλώνεται η ενισχυτική της λειτουργία και που οπωσδήποτε δεν είναι προγενέστερος του χρόνου κατάπτωσης της ποινής. Θα ήταν ανακόλουθο να μπορεί ο οφειλέτης να ζητήσει τη μείωση της ποινής πριν από την κατάπτωση της, δεδομένου ότι από τα δύο κυριότερα κριτήρια για τη διαμόρφωση της σχετικής κρίσης, το μεν ύψος της κύριας παροχής του οφειλέτη ως οικονομικό μέγεθος μεταβάλλεται με την πάροδο του χρόνου, η δε ζημία του δανειστή εκδηλώνεται το πρώτον με τη μη (προσήκουσα) εκπλήρωση της παροχής, που ενεργοποιεί και την κατάπτωση της ποινής. Αλλά και γενικότερα η επίδραση και οι συνέπειες της μη (προσήκουσας) εκπλήρωσης, που στο σύνολο τους λαμβάνονται υπόψη για το σχηματισμό της κρίσης περί του δυσαναλόγου, εμφανίζονται από και με την κατάπτωση της ποινής.

Κατά την καλή πίστη εξάλλου, της οποίας ειδική έκφραση αποτελεί ο κανόνας του άρθρου 409 ΑΚ, το ύψος της παροχής κρίνεται κατά το χρόνο εκπλήρωσης της, το χρόνο δηλ. που η ποινή καθίσταται εκπληρώσιμη και απαιτητή¹³¹.

Σε εξαιρετικές περιπτώσεις θα μπορούσε πάντως να γίνει δεκτό ότι είναι δυνατή η μείωση της ποινής και πριν από την κατάπτωση της, αφού ο νόμος δεν το απαγορεύει, όταν υπάρχει έννομο συμφέρον του οφειλέτη π.χ. μείωση της «εμπορευσιμότητας» της σύμβασης, λόγω της πρόβλεψης υπέρμετρης ποινής και γενικότερα εκτιμήσεις για μέλλουσα ζημία. Η εφαρμογή τότε της ΑΚ 409 θα γίνεται με αναγωγή του δικαστή

¹³⁰ Βλ. Σπυριδούλα-Αγγελική Ε. Λιώση, ό.π., σελ. 156 επ. και εκεί παραπομπές.

¹³¹ Σχετικά με το απαιτητό της παροχής δεν χρειάζεται όχληση, όταν αυτή είναι εκπληρωτέα σε δήλη ημέρα. Βλ. ΕφΑθ 7721/02 αδημ..

στις συνθήκες που θα υφίστανται κατά το χρόνο κατάπτωσης της ποινής, στο μέτρο που μπορεί να τις προβλέψει. Εξάλλου, η μείωση είναι δυνατό να ζητηθεί και μετά την καταβολή όλης ή μέρους της ποινής, εφόσον βέβαια κριθεί ότι το γεγονός της καταβολής δεν αποτελεί στοιχείο υπέρ της έλλειψης δυσαναλογίας¹³².

3. Χρόνος κρίσης του δυσαναλόγου

α. Περισσότερα προβλήματα παρουσιάζει ο προσδιορισμός του χρόνου κατά τον οποίο θα κριθεί το δυσανάλογο. Αν και η νομολογία¹³³ έχει πάγια θέση στο σχετικό πρόβλημα, ωστόσο η λύση του προβλήματος δεν είναι ούτε τόσο εύκολη ούτε τόσο αυτονόητη, όσο παρουσιάζεται. Συγκεκριμένα γίνεται δεκτό ότι χρόνος κατά τον οποίο κρίνεται το δυσανάλογο της ποινής είναι αυτός της παροχής δικαστικής προστασίας, δηλ. ο χρόνος έκδοσης της απόφασης του πρωτοβάθμιου δικαστηρίου. Είναι δυνατόν όμως να λαμβάνονται υπόψη, κατά περίπτωση και προγενέστερα περιστατικά¹³⁴. Η παράλειψη αναφοράς στην απόφαση του χρόνου κατά τον οποίο κρίνεται το δυσανάλογο, αποτελεί λόγο αναίρεσης κατ' άρθρο 559 αρ. 19 ΚΠολΔικ¹³⁵.

Λογικά και άσχετα από τον σχηματοποιημένο και μάλλον ασαφή προσδιορισμό του χρόνου κατά τον οποίο κρίνεται το δυσανάλογο, ως κρίσιμα χρονικά σημεία μπορούν να θεωρηθούν:

αα) ο χρόνος κατάπτωσης της ποινής,

ββ) ο χρόνος άσκησης της αξίωσης στην ποινή και

γγ) ο χρόνος παροχής δικαστικής προστασίας, δηλ. της έκδοσης της δικαστικής απόφασης. Ο χρόνος συνομολόγησης της ποινικής ρήτηρας δεν μπορεί να θεωρηθεί αποφασιστικός, σύμφωνα και με όσα υποστηρίχθηκαν πιο πάνω για το χρόνο υποβολής του αιτήματος μείωσης της ποινής.

Από τους παραπάνω τρεις αναφερόμενους χρόνους ορθότερο είναι να λαμβάνεται υπόψη ο χρόνος εκπλήρωσης της ποινής¹³⁶ (όπου ως χρόνος εκπλήρωσης της ποινής νοείται ο χρόνος κατά τον οποίο αυτή καθίσταται ληξιπρόθεσμη και απαιτητή), και αυτό για τους ακόλουθους λόγους:

¹³² Βλ. Μ. Σταθόπουλο, ό.π., σελ. 1270 και εκεί παραπομπή υπ' αριθμ 39, 1273.

¹³³ Βλ. ΑΠ 1472/1984, ό.π., ΑΠ 1525/1980, ό.π., ΑΠ 920/1976, ό.π., ΑΠ 407/1975, ό.π. ΕφΑΘ 8437/1980, ό.π., ΕφΑΘ 5669/2001 Δνη 43.246.

¹³⁴ Βλ. ΑΠ 407/1975, ό.π., ΑΠ 340/1983 ό.π., ΕφΑΘ 5669/2001 ό.π.

¹³⁵ Βλ. ΑΠ 407/1975, ό.π., ΑΠ 1525/1980, ό.π.

¹³⁶ Βλ. Σπυριδούλα-Αγγελική Ε. Λιώση, ό.π., σελ. 158 επ .

Κατά τον χρόνο εκπλήρωσης έχουν εμφανισθεί όλα εκείνα τα στοιχεία, που κατά την καλή πίστη θεμελιώνουν το δυσανάλογο χαρακτήρα της ποινής. Περαιτέρω κατά το χρόνο εκείνο είναι δυνατόν να ικανοποιηθεί και ο σκοπός της ποινικής ρήτρας ως θεσμού, που είναι η ενίσχυση της θέσης του δανειστή. Συγκεκριμένα για τον προσδιορισμό του ύψους της ποινής θα ληφθούν υπόψη οι συνέπειες από τη μη (προσθήκουςα) εκπλήρωση της παροχής και η κατάσταση που έχει διαμορφωθεί σε βάρος του δανειστή, ώστε να ικανοποιηθεί και η ανάγκη ενίσχυσης της θέσης του με τον προσδιορισμό της ποινής σε τέτοιο ύψος, που να μην αναιρείται κατ' αποτέλεσμα, με τη μείωση ή την εκμηδένιση του οικονομικού της περιεχομένου, η παροχή της πρόσθετης αξίωσης στην ποινή.

Η κρατούσα γνώμη παραγνωρίζει το γεγονός ότι ήδη κατά το χρόνο εκπλήρωσης της ποινής έχουν διαμορφωθεί οι επιταγές της καλής πίστης που αφορούν το ύψος της ποινής, οι οποίες όμως δεν είναι ενεργείς χωρίς τη διαπλαστική επέμβαση του δικαστή. Η δικαστική αυτή διάπλαση είναι αναγκαία επειδή, ενόψει των προστατευόμενων εκατέρωθεν συμφερόντων και του συσχετισμού της ποινικής ρήτρας προς την κύρια ενοχή, το προσήκον μέτρο δεν είναι εύκολο να προσδιορισθεί χωρίς παρεμβολή της δικαστικής εξουσίας. Η παρεμβολή αυτή επιβάλλεται και για λόγους ασφάλειας των συναλλαγών. Η κρατούσα γνώμη παραγνωρίζει επίσης ότι γενικότερα κατά την καλή πίστη (ΑΚ 288) η αυξομείωση του ύψους της παροχής επιτρέπεται και εφαρμόζεται μόνο σε περιπτώσεις που οι συνθήκες του χρόνου εκπλήρωσης επιβάλλουν απόκλιση από το ύψος της παροχής που συμφωνήθηκε. Αντίθετα σε καμμία περίπτωση δεν λαμβάνονται υπόψη οι συνθήκες του χρόνου έκδοσης της δικαστικής απόφασης. Διαφορετική ρύθμιση δεν προκύπτει ούτε δικαιολογείται από τη διάταξη του άρθρου 409 ΑΚ.

Η κρατούσα γνώμη μοιάζει επίσης να αγνοεί το γεγονός ότι κατά το χρόνο έκδοσης της απόφασης (=χρόνος κρίσης του δυσαναλόγου) ο δικαστής αναγκαστικά εκτιμά προγενέστερα πραγματικά περιστατικά.¹³⁷ ¹³⁸ Το δυσανάλογο δηλ. κρίνεται στην πραγματικότητα κατά το χρόνο προσαγωγής και υποβολής στην κρίση του δικαστή των πραγματικών περιστατικών που θεμελιώνουν το αίτημα μείωσης της ποινής (χρόνος α' συζήτησης) και όχι κατά το χρόνο έκδοσης της απόφασης. Κατά τον τελευταίο χρόνο τα πραγματικά περιστατικά μπορεί και να έχουν μεταβληθεί.

¹³⁷ Βλ. ΑΠ 340/1983 ΝοΒ 1983.1579, ΑΠ 407/1975 ΝοΒ 1975.1172.

¹³⁸ Όπως ο χρόνος κατάρτισης προσυμφώνου Βλ. ΑΠ 1525/1980 ΝοΒ 1981.871, ΕφΘεσ 2197/2003 Αρμ. 2004.1536.

Αυτό όμως είναι έξω από τη γνώση και τη δυνατότητα γνώσης του δικαστή, αφού στην πολιτική μας δικονομία ισχύει το συζητητικό σύστημα. Σύμφωνα με τα παραπάνω θα ήταν ορθότερο και συνεπέστερο για την κρατούσα γνώμη να ορίσει ότι κρίνει το δυσανάλογο σύμφωνα με τα στοιχεία του χρόνου επίκλησης και προσαγωγής των σχετικών στοιχείων από τους διαδίκους για τη θεμελίωση της δικαστικής κρίσης. Η φύση της απόφασης εξάλλου ως διαπλαστικής δεν αρκεί για να καλύψει την ενδεχόμενη μεταβολή μεταξύ του χρόνου υποβολής των πραγματικών περιστατικών και έκδοσης της απόφασης. Στην πραγματικότητα δηλ. μόνο πλασματικά ο δικαστής λαμβάνει υπόψη του τις συνθήκες έκδοσης της απόφασης.

β. Χρόνος εκπλήρωσης της ποινής όμως είναι συνήθως ο χρόνος κατάπτωσης αυτής αφού από το χρόνο αυτό η ποινή είναι εκπληρώσιμη και απαιτητή. Εξαιρετικά για την περίπτωση που η ποινική ρήτρα έχει συμφωνηθεί για μη εκπλήρωση και έχει εφαρμογή ο κανόνας του άρθρου 406 § 1 ΑΚ (δεν έχουν δηλ. συμφωνήσει τα μέρη σωρευτικά αξίωση του δανειστή στην ποινή και την παροχή) χρόνος εκπλήρωσης της ποινής είναι αυτός της άσκησης από το δανειστή του δικαιώματος επιλογής. Από τη στιγμή που ο δανειστής αξιώνει την ποινή αυτή είναι απαιτητή και ληξιπρόθεσμη και (ενδεχομένως) το ύψος της διαφοροποιείται από το συμφωνηθέν, κατά την καλή πίστη.

Σύμφωνα επομένως με τα παραπάνω, κρίσιμος χρόνος με βάση τα στοιχεία του οποίου θα κριθεί το δυσανάλογο είναι ο χρόνος εκπλήρωσης (=κατ' αρχήν χρόνος κατάπτωσης) της ποινής.

Επειδή όμως ο Δικαστής κατ' ΑΚ 409 έχει διαπλαστική ενέργεια και συνεπώς αυξημένη δυνατότητα επέμβασης και διαμόρφωσης του συμβατικού όρου, ως προς κάποιο από τα στοιχεία του (ύψος της ποινής), δεν αποκλείεται να λάβει υπόψη του και μεταγενέστερα της κατάπτωσης γεγονότα, εφόσον αυτά καθιστούν εκ των υστέρων δυσανάλογα μεγάλη την ποινή ή και αντίστροφα της στερούν αυτό το χαρακτήρα, που ενδεχομένως είχε κατά το χρόνο της κατάπτωσης. Επομένως οι τυχόν μεταβαλλόμενες συνθήκες μετά τη συνομολόγηση της ποινικής ρήτρας και την κατάπτωσή της, που μπορεί να έχουν επίπτωση στο δυσανάλογο και οι οποίες θα πρέπει επίσης να λαμβάνονται υπ' όψιν (πρβλ. και ΑΚ 388) είναι πιθανόν εν τέλει να καθιστούν μη αναγκαίο σχολαστικισμό τον καθορισμό εκ των προτέρων του

ακριβούς χρόνου κρίσης του δυσαναλόγου, τουλάχιστον γι' αυτές τις περιπτώσεις. Ο δικαστής θα κρίνει το θέμα *in concreto*¹³⁹.

Δ. Συγκριτική θεώρηση της ποινικής ρήτρας και των οικονομικών σκοπών, που αυτή εξυπηρετεί, υπό την εποπτεία της Οικονομικής Ανάλυσης του Δικαίου

Ο θεσμός της μείωσης της υπέρμετρης ποινής στο προσήκον μέτρο, συναφώς με τον μεταγενέστερο κανόνα “Equity rule”¹⁴⁰ περί δικαίου προσαρμογής της, όπως ισχύει εκ των υστέρων στο αγγλοσαξονικό δίκαιο¹⁴¹ (*Common law*), εισήχθη από τον Γερμανικό Αστικό Κώδικα. Τόσο στον προαναφερόμενο όσο και στον Ελβετικό ΑΚ η ποινική ρήτρα αποτελεί το ελάχιστο ποσό αποζημίωσης, εάν ο δανειστής μπορεί να αποδείξει την επιπλέον ζημία του. Η δε γαλλική έννομη τάξη μέχρι το 1975 βρίσκονταν εγγύτερα στο ρωμαϊκό δίκαιο και στην ελευθερία της βούλησης των συμβαλλομένων να συμφωνούν οποιοδήποτε ποσό ποινικής ρήτρας¹⁴², μετά όμως από αυτή την χρονολογία η τροποποίηση που έλαβε χώρα την προσέθεσε στην χορεία και των υπολοίπων εννόμων τάξεων του ηπειρωτικού δικαίου, που αναγνωρίζουν στο Δικαστή αιτιολογημένα τη δυνατότητα μείωσης της ποινής, λαμβάνοντας πάντως υπόψη το σκοπό για τον οποίο αυτή συμφωνήθηκε από τα συμβαλλόμενα μέρη.

Τα μέλη της Επιτροπής από την πλευρά τους στον ευρωπαϊκό νόμο των συμβάσεων κατόρθωσαν να συνδυάσουν τα καλύτερα στοιχεία των δύο διαφορετικών ευρωπαϊκών νομικών οικογενειών στο άρθρο 4.508 περί συμφωνηθείσας πληρωμής για τη μη εκτέλεση (μια “επανεπιβεβαίωση” του ανωτέρω νόμου και του προδρόμου σε έναν ευρωπαϊκό αστικό κώδικα):

(1) Όπου η σύμβαση ορίζει ότι ένα συμβαλλόμενο μέρος που αποτυγχάνει να εκτελέσει την παροχή πρόκειται να καταβάλει στο αντισυμβαλλομένο του ένα προκαθορισμένο ποσό θα απονεμηθεί το συμφωνημένο ποσό ανεξάρτητα από την πραγματική απώλεια του δανειστή.

(2) Εντούτοις, παρά οποιαδήποτε αντίθετη συμφωνία το ποσό της ποινής μπορεί να μειωθεί σε ένα λογικό μέτρο, εάν αυτή κριθεί υπέρμετρη σε σχέση με την απώλεια του δανειστή από την μη εκπλήρωση και τις λοιπές περιστάσεις.

¹³⁹ Βλ. Μ. Σταθόπουλο, ό.π., σελ. 1272 επ.

¹⁴⁰ A.N.Hatzis, *International Review of Law and Economics*, Having the cake and eating it too: efficient penalty clauses in Common and Civil contract law, vol. 22 (2003), σελ 381 επ.

¹⁴¹ Ο θεσμός της μείωσης της υπέρμετρης ποινής στο *Common law*, δεν ισχύει στα εμπορικά συμβόλαια όπου η ποινική ρήτρα αν κριθεί υπέρμετρη θεωρείται συλλήβδην άκυρη.

¹⁴² Βλ. αρθρ 1152 Γαλ Ναπολεόντειου Κώδικα.

Όσον αφορά τις ποινικές ρήτρες οι δικαστές του common law μέχρι πρόσφατως σε αντίθεση με τους συναδέλφους τους του ηπειρωτικού δικαίου δεν τις εφαρμόζαν, μέχρι που στο δίκαιο των συμβάσεων το αγγλοσαξονικό δίκαιο (*common law*) ξεκίνησε τελευταίως να αντιγράφει το ηπειρωτικό δίκαιο (*civil law*) επικρατώντας μια πιο φιλική προσέγγιση. Στις ΗΠΑ οι δικαστές, όπου κάνουν αποδεκτή την ποινική ρήτρα διακατεχόμενοι από πραγματισμό και πρακτικό πνεύμα για την ταχύτερη και αποτελεσματικότερη εξυπηρέτηση των ενοχικών σχέσεων, το ποσό της ποινής το προσαρμόζουν ανάλογα με τις πραγματικές τιμές που ισχύουν σε κάθε περίπτωση στις συναλλαγές. Αν το ποσό είναι μεγάλο το ονομάζουν ποινική ρήτρα μη επιδικάσιμη και την μειώνουν στη συνηθισμένη τιμή αποζημίωσης. Σε περίπτωση μάλιστα που θεωρηθεί έγκυρη ο δανειστής μπορεί να ζητήσει και πρόσθετο ποσό, που θα καλύπτει την πραγματική του ζημία. Δύσκολα στο αγγλοσαξονικό δίκαιο να επιδικασθεί ποινική ρήτρα αν όντως δεν υπήρξε πραγματική ζημία, ενώ το ποσό που εμπεριέχει θα πρέπει σε κάθε περίπτωση να είναι λογικό.

Τόσο στο αμερικάνικο, όσο και στο αγγλικό Δίκαιο δεν επιδικάζεται αποζημίωση για σωφρονιστικούς λόγους, δηλαδή τίποτα περισσότερο από το ποσό της αποζημίωσης, που καλύπτει την πραγματική βλάβη. Διαφέρουν όμως στο ότι το αμερικάνικο υπολογίζει βάσει της συναλλακτικής λογικής, την πραγματική ζημία, ενώ το αγγλικό με βάσει και την καλή πίστη που υπήρχε μεταξύ των συμβαλλομένων τη στιγμή της συμφωνίας σχετικά με τον εκ των προτέρων και εντός λογικών πλαισίων προκαθορισμό της ζημίας που θα μπορούσε να προκύψει. Πάντως και στις δύο ανωτέρω δικαιοϋσφαιρίες, όταν επιδικάζονται τέτοιου είδους ρήτρες επιδικάζονται συνηθέστερα σε συμφωνίες μεταξύ εμπόρων. Χαρακτηριστικό είναι το γεγονός, ότι τα Δικαστήρια του *Common law* ειδικά στην Αγγλία μέσω της πρόσφατης νομολογίας τους, παρατηρούμε να τείνουν να υιοθετήσουν περισσότερο το μοντέλο του *Civil law*.

Σχετικά με την οικονομική κριτική της ποινικής ρήτρας στις εμπορικές συναλλαγές θεωρείται, ότι είναι ότι καλύτερο, γιατί οι συναλλασσόμενοι μπορούν να υπολογίσουν το μέγεθος της ζημίας που μπορεί να προκύψει και έχουν τη δυνατότητα έτσι να καλυφθούν. Παράλληλα μέσω της ποινικής ρήτρας, όπως προβλέπεται στο Ηπειρωτικό δίκαιο αποφεύγεται η ασφαλιστική κάλυψη από τρίτο μέρος, που και μεγαλύτερο κόστος συναλλαγών έχει και περιλαμβάνει το ελάχιστο μόνο της αποζημίωσης, χωρίς να συμπεριλαμβάνει το επιπλέον όπως κάνει ο Αστικός

Κώδικας, θα αντιμετώπιζε προβλήματα στην αξιολόγηση των ζημιών που δεν είναι χρηματικές και κατά πάσα πιθανότητα θα πλήρωνε μεγάλο ασφάλιστρο αν υπήρχε σημαντική διαφοροποίηση μεταξύ αγοραίας και υποκειμενικής αξιολόγησης. Στην περίπτωση αυτή, δηλαδή ο δανειστής είναι διατεθειμένος να πληρώσει το ασφάλιστρο (premium) με τη μορφή της αυξημένης τιμής σε σχέση με την τιμή της αγοράς. Μάλιστα, ο οφειλέτης αποτελεί τον ιδανικό ασφαλιστή στη συγκεκριμένη περίπτωση, καθώς ελέγχει - ίσως και απόλυτα - τον τρόπο εκτέλεσης της σύμβασης και με μικρό κόστος μπορεί να επιδείξει κάποια μεγαλύτερη προσοχή και φροντίδα. Εφόσον λοιπόν ο δανειστής έχει ήδη «πληρώσει» για την πρόσθετη ασφάλιση, η μη εφαρμογή της σύμβασης οδηγεί σε ελλιπή αποζημίωση, ανατρέποντας την ισορροπία που τα συμβαλλόμενα μέρη έχουν δημιουργήσει¹⁴³.

Με την ποινική ρήτρα, ξέρεις τι μπορείς να περιμένεις σε οποιαδήποτε αναποδιά μειώνοντας το ρίσκο και απλουστεύοντας τις συνέπειες της μη εκπλήρωσης της παροχής από τον οφειλέτη. Επίσης σε περίπτωση υπαναχώρησης οποιουδήποτε μέρους από τη σύμβαση υπάρχει δυνατότητα επαναδιαπραγμάτευσης, ενώ είναι ιδιαίτερος επιβοηθητικός θεσμός για την κατάρτιση συμβάσεων από τους νέους και άπειρους επαγγελματίες, που δεν μπορούν να παρέξουν άλλα εγγύα ποιότητας της εργασίας τους και αξιοπιστίας. Έτσι ο αντισυμβαλλόμενος δανειστής τους εμπιστεύεται ευκολότερα.

Όσοι κριτικάρουν το Αγγλοσαξονικό Δίκαιο στο συγκεκριμένο κομμάτι του, πιστεύουν ότι με το να μην επιδικάζει ποινικές ρήτρες δεν αποζημιώνει επαρκώς το συμβαλλόμενο μέρος, υπέρ του οποίου κατέπεσε η ποινή και δεν μπορεί έτσι να εγκαθιδρυθεί στην αγορά αίσθημα ασφάλειας των συναλλαγών και αξιοπιστίας μεταξύ των συμβαλλομένων. Σε μεγάλο βαθμό επίσης αυξάνει το διοικητικό και δικαστηριακό κόστος και το κόστος των συναλλαγών, ενώ ενθαρρύνει και οπορτουניστική συμπεριφορά και γενικότερα η διαπραγμάτευση γίνεται μη αποδοτική και ανεπαρκής, αφού δεν αποκρυσταλλώνεται ποιο ρίσκο θα αναλάβει το κάθε συμβαλλόμενο μέρος και έτσι αποθαρρύνει ιδιαίτερα τις συμφωνίες με αντικείμενο ιδιαίτερα μεγάλης αξίας. Ενώ εκ του αντιθέτου επιχείρημα υποστηρίζει ότι η κατάπτωση μεγάλης ποινική ρήτρα οδηγεί σε μεγαλύτερη βεβαιότητα εκπλήρωσης της παροχής, επειδή ο άλλος δεν θα διακινδυνεύσει μια ανώμαλη εξέλιξη της ενοχής.

¹⁴³ Αρ. Χατζής, Η οικονομική ανάλυση του Δικαίου των συμβάσεων, Digesta 2003, σελ. 322 επ.

Ο Miceli υποστηρίζει, ότι σε περίπτωση ανώμαλης εξέλιξης της ενοχής η ποινική ρήτρα βοηθά να καλυφθεί το αναμενόμενο κέρδος για το οποίο είχαν αρχικά δεσμευθεί τα μέρη, οπότε ένα όριο στην αποζημίωση είναι καλό γιατί έτσι προστατεύει από την υπέρμετρη δέσμευση. Ειδικά βέβαια στις καταναλωτικές συμβάσεις προσχώρησης, στις οποίες οι καταναλωτές δεν έχουν δύναμη διαπραγματεύσεως, ούτε πολλές φορές την απαιτούμενη γνώση και πληροφόρηση η ρήτρα συνήθως είναι υπέρμετρη, χωρίς να προέρχεται από ουσιαστική συμφωνία των μερών και ενισχύεται έτσι το μονοπώλιο, αυτό είναι κι ένα από τα επιχειρήματα των θιασωτών του αγγλοσαξωνικού δικαίου, το οποίο δεν περιορίζει την ελευθερία των συμβάσεων, όπως υποστηρίζει ο Atiyah. Βέβαια κι αυτές οι ποινικές ρήτρες δεν είναι όλες υπέρμετρες ex ante.

Κάποιες ποινικές ρήτρες από την άλλη παίζουν συγκεκριμένο κοινωνικο-οικονομικό ρόλο στα πλαίσια συμβάσεων μεγάλων εταιρειών στις οποίες και για λόγους ανταγωνισμού και κατοχύρωσης θέσης στην αγορά η οφειλέτιδα εταιρεία αποδέχεται αντικειμενικά υπέρμετρη ποινή με τη θέλησή της όμως, προκειμένου να διαγκωνιστεί στην κούρσα της επιλογής κάποιον ισχυρό οικονομικό της αντίπαλο.

Υπάρχουν επίσης κι άλλες ποινικές ρήτρες που εκ πρώτοis όψεως φαίνονται υπέρμετρες, όμως εξυπηρετούν συγκεκριμένη λειτουργία, όπως για παράδειγμα αντικαθιστούν την κακή φήμη μιας εταιρείας. Ο Clarkson, ο οποίος πιστεύει, ότι μπορεί η εφαρμογή των ποινικών ρητρών να δημιουργήσει ένα πρόβλημα «ηθικού κινδύνου» (moral hazard) φοβούμενος τις περιπτώσεις, που προβλέπουν ως αποζημίωση πολύ μεγαλύτερη από την πραγματική ζημία, κάτι που συμβαίνει συχνά και μάλιστα σε εκείνες τις περιπτώσεις, όπου μετά την αρχική συμφωνία επήλθε αλλαγή του προσδοκώμενου κέρδους, το οποίο στην πορεία μειώθηκε. Σε αυτές τις περιπτώσεις ο δανειστής προτιμά και καμιά φορά επιδιώκει με αντισυμβατική συμπεριφορά να μην εκπληρωθεί η παροχή γιατί η είσπραξη της ποινής είναι πολύ πιο προσοδοφόρα από το πιθανό κέρδος εάν η σύμβαση εξελιχθεί ομαλώς, οπότε και θα πρέπει η ρήτρα να ακυρώνεται από το Δικαστήριο.

Ερχόμενοι τέλος στα καθ'ήμας, είναι χαρακτηριστικό ότι η ελληνική θεωρία θεωρεί το άρθρο 409 ΑΚ ως περιοριστικό της συμβατικής ελευθερίας. Αυτό οφείλεται στο γεγονός ότι δεν έχει δοθεί ιδιαίτερη σημασία στον οικονομικό σκοπό της ποινικής ρήτρας, η οποία θεωρείται απλώς ένα μέσο ενίσχυσης της θέσης του δανειστή, μια ιδιωτική αστική ποινή. Η ποινική ρήτρα όμως δεν έχει σαν στόχο την τιμωρία, αλλά αποτελεί ένα εργαλείο που σκοπό έχει κυρίως τον ενοχικό προ-

καθορισμό της οφειλόμενης αποζημίωσης για την περίπτωση της ανώμαλης εξέλιξης της κύριας ενοχής - σε πολλές δε περιπτώσεις, μπορεί να τεθεί με πρωτοβουλία του οφειλέτη.

Καταρχήν, θα πρέπει να προβούμε στον εξής διαχωρισμό ανάμεσα στις ποινικές ρήτρες¹⁴⁴:

(α) Αυθαίρετες ποινικές ρήτρες. Οι ρήτρες αυτές έχουν σαν σκοπό να υποχρεώσουν τον οφειλέτη να εφαρμόσει τη σύμβαση, θα λέγαμε «εκβιαστικά». Η ποινική ρήτρα σ' αυτές τις περιπτώσεις δεν εξυπηρετεί κανέναν οικονομικό σκοπό και συμπεριλαμβάνεται στη σύμβαση χωρίς τη συναίνεση του οφειλέτη, ο οποίος πιθανόν και να αγνοεί την ύπαρξη της. Τέτοιου είδους ποινικές ρήτρες είναι συνηθέστερες στις καταναλωτικές συμβάσεις, π.χ. στους γενικούς όρους συναλλαγών των τραπεζών και πολλές φορές είναι συγκαλυμμένες (π.χ. ρήτρες ανατοκισμού, ποινή πρώιμης αποπληρωμής, κ.λπ.). Οι αυθαίρετες ποινικές ρήτρες μπορούν να επισημανθούν σχετικά εύκολα από το δικαστή, όχι μόνο διότι εισάγονται αυθαίρετα, χωρίς να εξυπηρετούν οικονομικό σκοπό και χωρίς τη συναίνεση του οφειλέτη, αλλά και διότι δεν υπάρχει η αντίστοιχη αντιπαροχή από την πλευρά του δανειστή. Στις περιπτώσεις αυτές, η ποινική ρήτρα δεν αποτελεί αντικείμενο διαπραγμάτευσης και προστίθεται στη σύμβαση διότι υπάρχει μια αποτυχία της αγοράς, είτε λόγω μονοπωλίου, είτε λόγω κάποιας άλλης ατέλειας, κυρίως λόγω ασύμμετρης πληροφόρησης. Οι αυθαίρετες ποινικές ρήτρες είναι αναποτελεσματικές και θα πρέπει να μειώνονται στο προσήκον μέτρο, ακόμα και να ακυρώνονται από το δικαστήριο στην περίπτωση που δεν εξυπηρετούν κάποιο οικονομικό συγκεκριμένο σκοπό

(β) Ποινικές ρήτρες που εξυπηρετούν κάποιο οικονομικό σκοπό (ασφάλιση, αξιοπιστία, κατανομή κινδύνου, υποκειμενικές αξιολογήσεις). Στις αγορές που λειτουργούν ανταγωνιστικά και στις συμβάσεις μεταξύ επιχειρήσεων, κατά τεκμήριο οι ποινικές ρήτρες εξυπηρετούν κάποιο οικονομικό σκοπό και έχουν τεθεί συναινετικά. Η μη εφαρμογή τους ή η μείωση τους από το δικαστήριο είναι οικονομικά αναποτελεσματική, όσο υψηλές κι αν φαίνονται σε κάποιον που δεν γνωρίζει καλά τα δεδομένα της συγκεκριμένης αγοράς. Θα ωφελήσει το συγκεκριμένο οφειλέτη, στον οποίο θα δοθεί ουσιαστικά ένα δώρο (windfall) από το δικαστήριο, καθώς ο δανειστής έχει ήδη εκπληρώσει της δικές του υποχρεώσεις, συμπεριλαμβανομένων εκείνων που αντιστοιχούν στην ποινική ρήτρα. Ωστόσο, η μη εφαρμογή ή η μείωση

¹⁴⁴ Αρ. Χατζής, Η οικονομική ανάλυση του Δικαίου των συμβάσεων, Digesta 2003, σελ. 322 επ.

ποινικών ρητρών που είναι οικονομικά αποτελεσματικές δεν θα βλάψει τόσο τους δανειστές όσο τους οφειλέτες, οι οποίοι δεν θα έχουν πλέον τη δυνατότητα να αξιοποιήσουν ένα σημαντικότατο συμβατικό εργαλείο (ιδιαίτερα οι νέοι επαγγελματίες, οι μικρές επιχειρήσεις, όλοι όσοι δεν έχουν τη δυνατότητα να προσφέρουν άλλου είδους εγγυήσεις και φυσικά όσοι αξιολογούν διαφορετικά από την αγορά το αντικείμενο της σύμβασης).

(γ) Υπάρχει όμως και ένα τρίτο είδος ποινικής ρήτρας, που στην πραγματικότητα υπάγεται στη δεύτερη κατηγορία. Θα πρέπει όμως να εξεταστεί ξεχωριστά. Οι ρήτρες αυτές είναι οικονομικά αποτελεσματικές, αποτελούν αντικείμενο διαπραγμάτευσης, εξυπηρετούν έναν οικονομικό σκοπό και η αυξημένη προστασία που προσφέρουν στον δανειστή αντανακλάται στο τίμημα. Όμως, ενώ φαίνονται λογικές *ex ante*, κρίνονται υπέρμετρες *ex post*. Συναντώνται συνήθως σε συμβάσεις ατόμων που απεχθάνονται τον κίνδυνο και θέλουν να τον κατανείμουν οπωσδήποτε *ex ante* ή στις συμβάσεις που το ένα μέρος θέλει να δηλώσει την αξιοπιστία του. Χαρακτηριστική είναι η περίπτωση όπου η ποινή καταπίπτει, αλλά δεν έχει υποστεί καμία ζημία ο δανειστής (που ρυθμίζει το άρθρο ΑΚ 405, εδ. β). Όμως εδώ η υπεραποζημίωση που προσφέρει η ποινική ρήτρα οφείλεται στο γεγονός ότι κατά την κατάρτιση της σύμβασης ήταν δύσκολο να προβλεφθεί ή να υπολογιστεί με ακρίβεια η ζημία. Η πραγματική ζημία θα μπορούσε να είναι πολύ μεγαλύτερη ή πολύ μικρότερη της συμβατικά καθορισμένης. Σε καμία περίπτωση δεν θα πρέπει το υπερβάλλον της ζημίας ποσό να χαρακτηριστεί ως ποινή. Τα μέρη έχουν κατανείμει τον κίνδυνο και δεδομένου ότι οι συμβάσεις αποτελούν το σημαντικότερο μέσο κατανομής των κινδύνων σε μια σύγχρονη οικονομία, η μη εφαρμογή ή η μείωση της αποζημίωσης θα οδηγούσε σε απαξίωση της έννοιας της σύμβασης και θα αφαιρούσε από τα μέρη μια δυνατότητα που σαφώς επιθυμούν να διαθέτουν. Το δεύτερο εδάφιο του άρθρου 405 αποδεικνύει πως με την άποψη αυτή συμφωνεί και ο συντάκτης του Αστικού Κώδικα.

Τέλος, είναι χαρακτηριστικό ότι το προτεινόμενο κείμενο του Ευρωπαϊκού Αστικού Κώδικα εξυπηρετεί ακόμα καλύτερα την οικονομική ερμηνεία, καθώς κάνει λόγο για συμβατικά καθορισμένη αποζημίωση και αναφέρεται σε «άλλες περιστάσεις» (other circumstances) .

ΚΕΦΑΛΑΙΟ V. ΑΝΑΣΚΟΠΗΣΗ ΤΩΝ ΑΝΩΤΕΡΩ ΑΠΟΨΕΩΝ ΤΗΣ ΘΕΩΡΙΑΣ ΕΞΕΙΔΙΚΕΥΜΕΝΩΝ ΥΠΟ ΤΟ ΠΡΙΣΜΑ ΕΠΙΚΑΙΡΗΣ ΝΟΜΟΛΟΓΙΑΣ

Η διάταξη ΑΚ 409, η οποία συνιστά γενική ρήτρα ή κατευθυντήριο κανόνα¹⁴⁵ δημοσίας τάξεως παρέχει στο δικαστή αντικειμενικά και ασφαλή κριτήρια αξιολογικής σταθμίσεως για την ανεύρεση του ορθού μέτρου κατά την άσκηση της δικαιοπλαστικής του εξουσίας. Την εξουσία αυτή πρέπει να την ασκήσει ο δικαστής μέσα στα πλαίσια των αξιολογικών σταθμίσεων της έννομης τάξης σε συνδυασμό με την ίση και δίκαιη στάθμιση των συμφερόντων. Σε σχέση με τα ήδη ρηθέντα ενδεικτικώς σχολιάζουμε αντί πολλών τις κάτωθι δικαστικές αποφάσεις τις οποίες για λόγους συστηματικούς τις έχουμε χωρίσει περιπτωσιολογικά ανάλογα με τη συνάφεια της ελάσσονος πρότασης (πραγματικά περιστατικά – τομείς βιοτικών σχέσεων και οικονομικής δραστηριότητας) του δικανικού συλλογισμού των:

Α. Πώληση πράγματος με τον όρο παρακράτησης της κυριότητας και 409 ΑΚ

Προσπάθεια για καταστρατήγηση της διάταξης (ΑΚ 409) παρατηρείται πολύ συχνά σε διάφορες συμβάσεις. Χαρακτηριστικό και αξιοσημείωτο παράδειγμα αποτελούν οι πωλήσεις αυτοκινήτων με τον όρο της παρακράτησης κυριότητας από τον πωλητή, μέχρι την αποπληρωμή του τιμήματος και ιδιαίτερα οι πωλήσεις αυτοκινήτων με καταβολή του τιμήματος σε δόσεις¹⁴⁶. Στους τυποποιημένους όρους των εν λόγω συμβάσεων, εκ του έχοντος ενδοτικό χαρακτήρα άρθρου (ΑΚ 532), επαναλαμβάνεται στερεότυπα ο όρος ότι σε περίπτωση μη εμπρόθεσμης πληρωμής έστω και μιας δόσης, η μεν σύμβαση κηρύσσεται άκυρη και ανίσχυρη, με τον πωλητή να ασκεί με έγγραφη δήλωσή του προς τον αγοραστή το δικαίωμα υπαναχώρησης από την σύμβαση, το δε πράγμα (εν προκειμένω όχημα) περιέρχεται και πάλι σ' αυτόν, ενώ εξάλλου το μέρος του τιμήματος που καταβλήθηκε κατά την υπογραφή του συμβολαίου και μετά, με την πληρωμή των δόσεων που έληξαν μέχρι την αφαίρεση του πράγματος (είτε συναινετικά, είτε με αναγκαστική εκτέλεση), καταπίπτει υπέρ του πωλητή. Ορισμένες συμβάσεις σταματούν εδώ, (δηλαδή στην παρακράτηση των καταβληθεισών δόσεων, ως αποζημίωση του πωλητή για τη χρήση του πράγματος), ενώ άλλες, σαν να μην εξασφάλιζε ο ανωτέρω όρος τις νόμιμες

¹⁴⁵ Βλ. Γ. Ταμπάκη, ό.π., σ.420.

¹⁴⁶ Βλ. Χ. Θεμελή, ό.π., σ.930.

αξιώσεις του πωλητή, επεκτείνουν ακόμη περισσότερο τις συνέπειες από τη μη πληρωμή και μιας δόσης, και κηρύσσουν ληξιπρόθεσμες και απαιτητές και τις υπόλοιπες πληρωτέες δόσεις. Καταπλεονεκτών στις εν λόγω συμβάσεις ο πωλητής φέρεται σ' αυτές ότι δικαιούται να εισπράξει ολόκληρο το τίμημα, ως μίσθωμα της χρήσης και ως συμφωνημένη αποζημίωση για τις φθορές και τις βλάβες του πράγματος (αυτοκινήτου) μέχρι τον χρόνο της αφαίρεσης. Φανερό είναι ότι με αυτόν τον όρο επιδιώκεται η καταστρατήγηση του δικαστικού ελέγχου του αρθρ. 409 ΑΚ. Δεν υπάρχει αμφιβολία ότι η αιτία για την οποία οφείλεται ολόκληρο το τίμημα, αφορά ποινική ρήτρα, και θα εφαρμοσθεί κατά συνέπεια η διάταξη του άρθρου 409 ΑΚ. Το ίδιο ισχύει και στην περίπτωση, που πωλητής παρακρατήσει σαν αποζημίωση για τη φθορά και τις βλάβες του αυτοκινήτου και σαν μίσθωμα χρήσης του, μόνο το καταβληθέν ποσό μέχρι την ημερομηνία δήλωσης υπαναχώρησης εκ μέρους του.

Η αποκάλυψη της αληθινής έννοιας του ως άνω όρου και της πραγματικής θέλησης των συμβαλλομένων είναι καθήκον του δικαστή. Μέχρι σήμερα τουλάχιστον η νομολογία, κατά την πλειοψηφία της, έχει οδηγηθεί στην ορθή ερμηνεία αυτού του όρου και δεν έχει παρασυρθεί από την ψευδή και κατ' επίφαση αιτία της αποζημίωσης και του μισθώματος, ορίζοντας σαφώς ότι η ρήτρα ανάληψης του πωληθέντος και παρακράτησης των καταβληθεισών δόσεων ή ακόμη και της απαίτησης των μη καταβληθεισών τοιαύτων, εν είδει αποζημίωσης για τη χρήση του πράγματος «υπόκειται στον κανόνα του άρθρου 409 ΑΚ περί μείωσης της υπέρμετρης ποινής, κατά το οποίον εάν η συμφωνηθείσα ποινή είναι δυσαναλόγως μεγάλη, αιτήσεως του οφειλέτου μειούται υπό του δικαστηρίου εις το προσήκον μέτρον.¹⁴⁷» Κατά το σκεπτικό του Εφετείου Αθηνών¹⁴⁸ κριτήριο για να αχθεί σε απόφαση μείωσης της ποινής αποτελεί η σύγκριση της συνολομολογηθείσας ποινής (συμποσούμενης στο παρακρατηθέν ποσό της προκαταβολής ως και στις ληφθείσες μέχρι της αφαιρέσεως του οχήματος δόσεις), προς το τίμημα του πωληθέντος και αφαιρεθέντος οχήματος, η οποία θα πρέπει να είναι δυσαναλόγως μεγάλη. Αντίθετη συμφωνία λόγω του αναγκαστικού χαρακτήρα του άρθρ. (409 εδ β) δεν χωρεί¹⁴⁹.

¹⁴⁷ Βλ ΑΠ 274/1981, ΕΕΝ 48, 1025, ΕφαΘ 4115/1979 αδημ. Τίμημα: 1.173.000 δρχ, Ποινή: (προκαταβολή 300.000δρχ + καταβληθείσες δόσεις 90.984 δρχ)=390.984 δρχ, Μείωση ποινής: 250.000 δρχ, Υπόλοιπο προς καταβολή: 140.984 δρχ.

¹⁴⁸ Βλ ΕφαΘ 263/2001 αδημ.

¹⁴⁹ Βλ ΕφαΘ 4949/1978, ΕλλΔνη 19,1978. Επίσης βλ σχετ. ΕφαΘ 59/1963, ΝοΒ 12.416, ΠρΔρ 261/1951, ΕΕΝ 21.850, ΠρΑΘ 12445/1955, ΝοΒ 3,874. Αντίθετες (Contra): Πρθεσ 854/1983, ΝοΒ 32.1249 ΕφαΘ 1269/1977 ΝοΒ 25.1197.

B. Σύμβαση χρηματοδοτικής μίσθωσης (leasing) και 409 ΑΚ

Συναφές πρόβλημα ανακύπτει και με τις συμβάσεις χρηματοδοτικής μίσθωσης, οι οποίες με τον ν. 1665/1986 καθιερώθηκαν και στην Ελλάδα. Με τον όρο αυτό αποδόθηκε στα ελληνικά ο διεθνής γνωστός όρος «Leasing», ένας σύγχρονος οικονομικό - νομικός θεσμός, όπου η εκμισθώτρια ανώνυμη εταιρία, η οποία έχει αποκλειστικό σκοπό τη διενέργεια τέτοιων εργασιών, υποχρεούται να παραχωρεί έναντι μισθώματος τη χρήση πράγματος κινητού ή ακινήτου ή και των δύο μαζί που προορίζεται αποκλειστικά για την επιχείρηση ή το επάγγελμα του αντισυμβαλλομένου της, παρέχοντας στον αντισυμβαλλόμενο της συγχρόνως το δικαίωμα είτε να αγοράσει το πράγμα, είτε να ανανεώσει τη μίσθωση για ορισμένο χρόνο. Τυχόν όρος στη σύμβαση χρηματοδοτικής μίσθωσης ότι σε περίπτωση υπερημερίας ως προς την πληρωμή του μισθώματος γίνονται απαιτητές όλες οι υπόλοιπες δόσεις του μισθώματος (μέχρι το τέλος της συμφωνημένης διάρκειας της σύμβασης) ασκείται δηλαδή σωρευτικά και αξίωση καταβολής μελλοντικών μισθωμάτων, πέραν των ήδη ληξιπρόθεσμων και της παραλαβής των μισθίων πραγμάτων, πρέπει να κριθεί ως ποινική ρήτρα (ΑΚ 404) οπότε θα εφαρμοσθεί η διάταξη του άρθρου 409 ΑΚ υπόκειται άνευ ετέρου σε μείωση του ζητουμένου ποσού στο προσήκον μέτρο από το δικαστήριο. Αποκλεισμός εφαρμογής της διάταξης αυτής με αντίθετη συμφωνία είναι άκυρος, διότι πρόκειται για κανόνα δημόσιας τάξης¹⁵⁰.

Ειδικότερα δε το δικαίωμα του (τέως) μισθωτή να ζητήσει από το δικαστήριο την (πλήρη ή μερική) απαλλαγή του κατά το άρθρο 409 ΑΚ για κατάγνωση σε βάρος του δυσανάλογης ποινικής ρήτρας, θα κριθεί με βάση κυρίως τις συνθήκες και περιστάσεις που επικρατούν κατά το χρόνο της ενεργοποίησης εκ μέρους της εταιρίας Leasing του οικείου όρου (ήτοι του χρόνου καταγγελίας της μίσθωσης), χωρίς να αποκλείεται να προβληθούν και να ληφθούν υπόψη και περιστάσεις προγενέστερου χρόνου¹⁵¹.

Γ. Προσύμφωνο - εργολαβικό συμβόλαιο και 409 ΑΚ

Η οικοδομική κατασκευή με το σύστημα της αντιπαροχής, μια πρακτική άκρως διαδεδομένη, όπου ο εργολάβος αναλαμβάνει να κατασκευάσει και να

¹⁵⁰ ΕφΑθ 5636/2003 ΕλλΔνη 2004.267, ΕφΘεσ 2974/1998 ΕλλΔνη 40.1392, ΕφΠειρ 221/1998 ΕλΔ 39.933.

¹⁵¹ Βλ ΕφΘεσ 2974/1998 Αρμ 53,30, επίσης Π. Μάζη, σχόλια υπό την υπ' αριθμ. ΠΠρΑθ 5106/96, Δ 28,621 και ιδίως 628).

αποπερατώσει ιδίω δαπάναις οριζόντιες ιδιοκτησίες σε συγκεκριμένο χώρο, εντός προθεσμίας, να αποδώσει κάποια ή κάποιες εξ αυτών στον οικοπεδούχο, ενώ αυτός με τη σειρά του αναλαμβάνει την υποχρέωση να μεταβιβάσει ποσοστό επί του οικοπέδου ως εργολαβική αμοιβή. Σε περίπτωση υπαίτιας καθυστέρησης παράδοσης της αντιπαροχής πέραν της ταχθείσης προθεσμίας, υποχρεούται ο εργολάβος να καταβάλει στον οικοπεδούχο μηνιαίως χρηματική αποζημίωση για κάθε οριζόντια ιδιοκτησία. Εάν ο εργολάβος σταματήσει τις εργασίες ανοικοδόμησης για προσωπικούς λόγους, δηλαδή με δική του υπαιτιότητα ή δεν λάβει την οικοδομική άδεια εγκαίρως ή δεν αρχίσει τις οικοδομικές εργασίες στον προβλεπόμενο χρόνο ή δεν παραδώσει την αντιπαροχή ή δεν αποπερατώσει τις οριζόντιες ιδιοκτησίες, μπορεί ο οικοπεδούχος να τον κηρύξει έκπτωτο, με έγγραφη δήλωση του, οπότε παραμένει υπέρ του αναποζημιώτα η εκδοθείσα στο μεταξύ άδεια αναγέρσεως, καθώς και κάθε ανεγερθέν τμήμα των υπό ανέγερση οριζοντίων ιδιοκτησιών, υποχρεωμένου μάλιστα του εργολάβου στην καταβολή προς τον οικοπεδούχο προσυμφωνημένο ποσό, που καταπίπτει, λόγω της εκ των προτέρων συνομολογούμενης ποινικής ρήτρας και αναπόδεικτης αποζημίωσης. Υπό αυτά τα πλαίσια στην επίδικη περίπτωση που εξετάζουμε,¹⁵² η εξέλιξη της ενοχής δεν ήταν ομαλή λόγω υπερημερίας του εργολάβου. Εν προκειμένω, ενώ μέχρι την πάροδο της συμφωνηθείσας δήλης ημέρας παράδοσης των σχετικών διαμερισμάτων (τα οποία εάν είχαν παραδοθεί, εγκαίρως, θα απέφεραν για τους οικοπεδούχους μίσθωμα μεγαλύτερο του ποσού, που είχαν συμφωνήσει με τον εργολάβο να λαμβάνουν μηνιαίως, ως ποινή για το κάθε διαμέρισμα., λόγω υπερημερίας εκπλήρωσης της παροχής του) οι οικοπεδούχοι είχαν μεταβιβάσει στον εργολάβο, ως εργολαβική αμοιβή ποσοστό επί του οικοπέδου, από την άλλη ο εργολάβος, με το να μην ολοκληρώνει, το έργο κατά τον προσυμφωνηθέντα χρόνο, ωφελήθηκε τουλάχιστον κατά το ποσό το οποίο θα είχε δαπάνησε; αν είχε εγκαίρως εκτελέσει το έργο. Υπό τα περιστατικά αυτά και ιδίως ενόψει του μεγέθους της συμφωνηθείσας ποινής σε σύγκριση με την αξία της αντιπαροχής του δανειστή, της οικονομικής κατάστασης των μερών, των από την αθέτηση της σύμβασης πληγέντων συμφερόντων του δανειστή-οικοπεδούχου, της έκτασης της συμβατικής παράβασης του οφειλέτη-

¹⁵² Βλ. ΕφΘεσ 2197/2003, Αρμ. 2004.1536, όπου το μεταβιβασθέν ποσοστό επί του οικοπέδου ως εργολαβική αμοιβή: 40%, υπολειπόμενο: 14%, ποινή καταπεσούσα στον εργολάβο: 100.000 δρχ για κάθε διαμέρισμα μηνιαίως, λόγω υπερημερίας, αριθμός διαμερισμάτων, που όφειλε να κατασκευάσει και να παραδώσει: 2, μήνες υπερημερίας: 37, Σύνολο καταπεσούσης ποινής: 7.400.000 δρχ., ποσό που ωφελήθηκε ο εργολάβος από την μη έγκαιρη εκπλήρωση: 2.206.500 δραχ

εργολάβου, του βαθμού του πταίσματος και της ωφέλειας του οφειλέτη από τη μη εκτέλεση της σύμβασης, η συνομολογηθείσα ποινή δεν είναι δυσαναλόγως μεγάλη και το Εφετείο Θεσ/κης απέρριψε ως αβάσιμη την προβληθείσα σχετική ένσταση περί μειώσεως της ποινικής ρήτρας¹⁵³.

Δ. Πώληση ημιτελούς διαμερίσματος και 409 ΑΚ

Το Εφετείο Αθηνών¹⁵⁴ διαλαμβάνει σχετικώς, ότι από τις διατάξεις των άρθρων 340, 341, 342, 404. 405, 686 και 700 ΑΚ προκύπτει ότι **α) επί της συμφωνημένης με τη σύμβαση έργου ποινικής ρήτρας, αν ο εργοδότης δεν άσκησε το δικαίωμα υπαναχώρησης, που θα είχε ως αποτέλεσμα την αναδρομική κατάργηση των αποτελεσμάτων της συμβάσεως, η ποινή καταπίπτει στις περιπτώσεις υπερημερίας ή υπαίτιας αδυναμίας του εργολάβου να παραδώσει το έργο, σε περίπτωση δε ορισμού με τη σύμβαση δήλης ημέρας η ποινή καταπίπτει, αν δεν συνομολογήθηκε κάτι άλλο, με μόνη την παρέλευση της δήλης ημέρας, β) ο εργοδότης δεν βαρύνεται με την απόδειξη πταίσματος του εργολάβου, ο οποίος πρέπει προς απαλλαγή του να αποδείξει ότι η καθυστέρηση οφείλεται σε γεγονός για το οποίο δεν ευθύνεται και γ) η κατάπτωση της ποινής, επέρχεται ανεξαρτήτως υπάρξεως ζημίας του εργοδότη από την μη παράδοση ή μη εμπρόθεσμη παράδοση του έργου.** Όσον αφορά τη λειτουργία του αρθρ. 409 ΑΚ στην εν λόγω σύμβαση, το δικαστήριο σχηματίζει την κρίση του για το υπέρμετρο της ποινής από τα περιστατικά που συντρέχουν στη συγκεκριμένη περίπτωση κατά τα ήδη ρηθέντα ανωτέρω, κάνει όμως μνεία και σε ‘να κριτήριο, που ανταποκρίνεται στον μικτό χαρακτήρα της συμβάσεως (πώληση ημιτελούς διαμερίσματος + σύμβαση έργου, που αφορά της εργασίες αποπεράτωσής του). Τουτέστιν το δικαστήριο κάνει ρητή αναφορά στο μέρος της παροχής που δεν εκπληρώθηκε εμπρόθεσμα αποτιμώντας το σε χρήμα, επιπλέον στον χρόνο της καθυστέρησης, αλλά και στα άωτερα επιβλαβή αποτελέσματα από την αθέτηση.

¹⁵³ Βλ. επίσης τη συναφή **ΑΠ 1201/1989** αδημ., όπου εξετάζεται πλην άλλων ο βαθμός του πταίσματος του εργολάβου (ο οποίος δεν είναι ιδιαίτερα μεγάλος, εν όψει της σημαντικής αύξησης των τιμών των οικοδομικών υλικών, που επήλθε, από το χρόνο της κατάρτισης της σύμβασης, μέχρι το χρόνο, που συμφωνήθηκε για την αποπεράτωση της οικοδομής), αυτός δε δεν είχε καμιά απολύτως ωφέλεια από την αθέτηση των συμβατικών του υποχρεώσεων, δεδομένου ότι οι οικοπεδούχοι μέχρι την υπαναχώρηση δεν είχαν μεταβιβάσει σ'αυτόν ή σε τρίτα πρόσωπα ποσοστά συγκυριότητας στο παραπάνω οικόπεδό τους, από το σύνολο της αντιπαροχής του. Επίσης εξετάστηκε η οικονομική κατάσταση των μερών, η οποία αποδείχθηκε μετρίου επιπέδου καθόσον οι οικοπεδούχοι είναι συνταξιούχοι υπάλληλοι, ενώ ο εργολάβος, μετά την έκπτωσή του από την εργολαβία είναι απλός εργάτης και επομένως έκανε δεκτή την ένσταση περί μειώσεως της ποινικής ρήτρας

¹⁵⁴ **Εφαθ 5669/2001** ΕλλΔνη 43.246.

Ε. Σύμβαση πώλησης με τη διαλυτική αίρεση της αποπληρωμής του πιστωθέντος μέρους του τιμήματος και 409 ΑΚ

Ο ΑΠ¹⁵⁵ στο σκεπτικό του αναφέρει, ότι αν συμφωνήθηκε, σε σύμβαση πώλησεως με τη διαλυτική αίρεση της αποπληρωμής του πιστωθέντος μέρους του τιμήματος, ότι σε περίπτωση μη εμπρόθεσμης καταβολής τον υπολοίπου τιμήματος ο πωλητής έχει δικαίωμα υπαναχωρήσεως και παρακρατεί ως ποινική ρήτρα το μέρος του τιμήματος που καταβλήθηκε, ο ενάγων αγοραστής που ζητεί τη μείωση της ποινικής ρήτρας, η οποία κατέπεσε, ως δυσανάλογα μεγάλης και την απόδοση του χρηματικού ποσού που υπερβαίνει το αρμόζον μέτρο, με το νόμιμο τόκο από το χρόνο που ο πωλητής άσκησε το δικαίωμα της συμβατικής υπαναχωρήσεως, πρέπει να ισχυρισθεί και να αποδείξει, ότι ο πωλητής λήπτης της παροχής, από τότε (δηλαδή από της υπαναχωρήσεως) προέβλεπε ή όφειλε να προβλέψει την κατοπινή αναζήτηση από τον υποψήφιο αγοραστή.

Στ. Σύμβαση μεσιτείας και 409 ΑΚ

Στην εν λόγω σύμβαση και ειδικότερα επί ακινήτων ο νόμιμα διορισμένος μεσίτης παίρνει την εντολή να μεσολαβήσει και υποδειξεί αγοραστή εντός συγκεκριμένης προθεσμίας, αντί αμοιβής επί της πραγματικής αξίας στην οποία θα επωλείτο το ακίνητο και αυτής μάλιστα ακριβώς προσδιορισμένης, τόσο ως προς το ανώτερο, όσο και ως προς το κατώτερο επίπεδο στα οποία μπορεί αυτή να κυμανθεί.. Επίσης στους όρους του εγγράφου συμφωνητικού, δυνατόν να περιλαμβάνεται επιπλέον, όπως συμβαίνει στην παρούσα δικαστική απόφαση,¹⁵⁶ πουπραγματευόμαστε και αυτός της κατάπτωσης της αμοιβής ακόμη και χωρίς να καταρτισθεί η σύμβαση της πώλησης, εάν ο εντολέας αποκρούσει την προσφορά του αγοραστού παρότι αυτή τυγχάνει εντός της συμφωνημένης τιμής και γίνεται καθ' υπόδειξη του μεσίτη. Στην επίδικη περίπτωση εις εκτέλεση της εντολής ο μεσίτης

¹⁵⁵ Βλ. Α.Π. 948/2002 ό.π.

¹⁵⁶ Βλ. ΕφΘεσ 1369/2000 Αρμ 2002.532, όπου προθεσμία προς τον μεσίτη για υπόδειξη αγοραστή 6 μήνες, αμοιβή 2% επί της πραγματικής αξίας της πώλησης, η τιμή πώλησης του διαμερίσματος θα έπρεπε να ανέλθι στα 38.000.000 δραχμές και να μη είναι κατώτερη των 33.500.000 δραχμών, σε περίπτωση υπαναχώρησης της εντολέως συμφωνήθηκε ότι θα πληρώσει επιπλέον και σωρευτικώς: α) την αμοιβή έναντι του μεσίτη, που θα βάρυνε τον υποδειχθέντα αγοραστή και β) ποινική ρήτρα εκ ποσοστού 2% επί της πραγματικής αξίας (προσφερθέντος τιμήματος) του ακινήτου. Μετά την υπαναχώρηση της εντολέως οφειλόμενο ποσό: τόσο η δική της αμοιβή όσο και εκείνη του αγοραστή προς τον μεσίτη, καθώς και η καταπεσούσα ποινή, ήτοι 2.100.000 δραχμές (35.000.000 X 2% + 35.000.000 X 2% + 35.000.000 X 2%). Η μείωση, που επήλθε στο προσήκον μέτρο ήταν σε ποσοστό 0,50% επί της πραγματικής αξίας του ακινήτου, δηλαδή σε 525.000 δρχ.

αναζήτησε και εντόπισε υποψήφιο αγοραστή, ο οποίος βρήκε της αρεσκείας του το διαμέρισμα και δήλωσε στην εντολέα, ότι θέλει να το αγοράσει και σε τιμή εντός των ορίων, που η ίδια είχε θέσει, πλην όμως αυτή απέκρουσε την προσφορά και ισχυρίστηκε, ότι δεν επιθυμεί πλέον να πωλήσει το περί ου ο λόγος ακίνητο και κατήγγειλε τη σύμβαση με εξώδικο ανακαλώντας την εντολή, την οποία προηγουμένως ο μεσίτης εκτέλεσε κανονικά. Κατά συνέπεια η εντολέας οφείλει τόσο τη δική της αμοιβή προς τον μεσίτη, όσο και εκείνη του αγοραστή προς αυτόν, καθώς και την καταπεσούσα ποινή, σύμφωνα με την καταρτισθείσα σύμβαση. Κατόπιν αυτών το Εφετείο Θεσ/κης, αφού αποδέχθηκε τις κατ'άρθρ. 409 και 707 ΑΚ ενστάσεις τις οφειλέτιδος διαμόρφωσε την τελική του κρίση, λαμβάνοντας όμως υπ'όψιν και ότι ο δανειστής-μεσίτης δεν υποβλήθηκε σε ιδιαίτερους κόπους και προσπάθειες για την ανεύρεση αγοραστών του διαμερίσματος, ούτε διέθεσε πολύ χρόνο για την επίδειξη του σε τρίτους, αλλά ούτε και υπεβλήθη σε ιδιαίτερες δαπάνες για την εκτέλεση της εντολής. Επίσης, αποδείχθηκε ότι η οικονομική κατάσταση της οφειλέτιδος-εντολέως είναι πενιχρή, καθότι χαμηλοσυνταξιούχος, χωρίς κανένα οικονομικό ή άλλο όφελος, το οποίο να αποκόμιζε από τις ενέργειες του μεσίτη, αφού το διαμέρισμα δεν πουλήθηκε και εξακολουθεί να αποτελεί την οικογενειακή στέγη της κόρης και του γαμβρού της. Μετά ταύτα, το Εφετείο ήχθη στην κρίση, ότι τόσο η συμφωνηθείσα αμοιβή όσο και η ποινική ρήτρα είναι δυσανάλογα μεγάλες σε σχέση με την παραπάνω διαμεσολάβηση και πρέπει, λαμβανομένης υπόψη και της κακής οικονομικής κατάστασης της οφειλέτιδος, να μειωθούν στο προσήκον μέτρο.

Z. Σύμβαση μίσθωσης και 409 ΑΚ

Σχετικά με την συνομολόγηση ποινικής ρήτρας σε βάρος του εκμισθωτή για την περίπτωση που με υπαιτιότητα του η μίσθωση λυθεί πριν από την πάροδο του συμπεφωνημένου χρόνου ή αρνηθεί ο εκμισθωτής να παραδώσει το μίσθιο ασχολείται η παρούσα δικαστική απόφαση¹⁵⁷ κατά την οποία ο εκμισθωτής ο οποίος αρχικώς μίσθωσε ένα κατάστημα για επαγγελματική χρήση για 15 έτη και με το σύνολο των μισθωμάτων να του προκαταβάλλονται, εν συνεχεία κατέστη υπερήμερος αρνούμενος να παραδώσει τη χρήση του. Ο αιτών-οφειλέτης-εκμισθωτής, ισχυρίστηκε ότι η ποινική ρήτρα¹⁵⁸ είναι δυσανάλογα μεγάλη και πρέπει να μειωθεί στο ύψος ενός μόνο μισθώματος, ισχυρισμός που κρίθηκε εντελώς αόριστος, γιατί στην

¹⁵⁷ Βλ **ΜονΠρΒολ 2544/2001** Αρμ. 2002.1596.

¹⁵⁸ 20.000.000 δρχ

αίτησή του για μείωση της ποινής ως υπέρμετρης θα έπρεπε για την πληρότητα της αιτήσεως του να επικαλεσθεί ορισμένα πραγματικά περιστατικά, εξαιτίας των οποίων η ποινή εμφανίζεται ως δυσανάλογα μεγάλη. Δεν αρκεί δηλαδή μόνη η επίκληση του γεγονότος ότι ο δανειστής-μισθωτής δεν υπέστη ζημιά από την μη παράδοση ή ότι η ζημιά του είναι μικρότερη από τη συμφωνηθείσα ποινική ρήτρα, αφού κατ' άρθρο 405 ΑΚ η ποινή καταπίπτει και όταν ο δανειστής δεν υφίσταται ζημιά.¹⁵⁹

Ακολούθως σε συναφή απόφαση ο ΑΠ¹⁶⁰ κάνει λόγο για τα κριτήρια που πρέπει να λάβει υπόψη του το δικαστήριο της ουσίας για τη μόρφωση δικαστικής κρίσης σε σχέση με τον προσδιορισμό του περιεχομένου της αόριστης νομικής έννοιας «δυσανάλογα μεγάλης ποινής» και το μέτρο που αρμόζει, χωρίς να στέκεται απλώς στη μη επέλευση της ζημιάς ή στο περιορισμένο μέγεθος της και τα οποία (κριτήρια) είναι τα συντρέχοντα σε κάθε περίπτωση περιστατικά και ιδιαίτερα το μέγεθος της ποινής σε σύγκριση με την αξία της αντιπαροχής του δανειστή, η οικονομική κατάσταση των μερών, η έκταση της συμβατικής παραβάσεως του οφειλέτη, ο βαθμός του πταίσματος του και η τυχόν ωφέλεια που αποκόμισε από τη μη εκπλήρωση της παροχής και κάθε άλλο δικαιολογημένο συμφέρον του δανειστή που επλήγη από την αθέτηση των συμβάσεων, καθώς και τα απώτερα γενικώς επιβλαβή αποτελέσματα της αθέτησης, που είχε για τον τελευταίο η μη εκπλήρωση της παροχής¹⁶¹. Τα κριτήρια αυτά αποτελούν στοιχεία της ιστορικής βάσης της σχετικής αγωγής ή ένστασης. Σημειωτέον δε ότι η κρίση του δικαστηρίου της ουσίας ελέγχεται κατά το άρθρ.559 αρ.1 και 19 του ΚπολΔ για την ορθή υπαγωγή στα ανωτέρω κριτήρια του άρθρ.409 ΑΚ των περιστατικών που έγιναν δεκτά, δεν ελέγχεται όμως ο προσδιορισμός του ποσού, κατά το οποίο θα μειωθεί η ποινική ρήτρα.

Συνακόλουθα το Εφετείο Θεσ/κης σε άλλη του απόφαση¹⁶², που αφορά συνομολογηθείσα ποινική ρήτρα¹⁶³ για την περίπτωση καθυστέρησης παράδοσης του μισθίου από το μισθωτή λόγω λήξεως της μισθώσεως, βαρύνουσα σημασία στην κρίση του παίζει το γεγονός ότι οι οφειλέτες-μισθωτές «είναι πανεπιστημιακής

¹⁵⁹ Βλ ΑΠ 1439/1997 ΕλλΔνη 39.376, ΑΠ 35/1965 ΝοΒ 13.737, ΕφΑθ 3389/1996 ΕλλΔνη 37.1968, ΕφΑθ 2167/1986 ΕλλΔνη 28.127, ΕφΘεσ 1730/1987 Αρμ 42. 566, ΠολΠρΑθ 8811/1997 ΑρχΝ 1998.64.

¹⁶⁰ Βλ ΑΠ 1705/2002 ΝοΒ 44.1639.

¹⁶¹ Βλ. ΑΠ 762/2000 ΕλλΔνη 42.153, ΑΠ 1439/1997 ό.π., ΑΠ 105/1997 ΕλλΔνη 39.125, ΕφΑθ 43/1996 ΔΕΕ 4(1998)196.

¹⁶² Βλ ΕφΘεσ 2497/1999 Αρμ 2000.194.

¹⁶³ Καταβολή ποσού ίση με το 1/15 του μηνιαίου μισθού για κάθε ημέρα καθυστέρησης απόδοσης.

μορφώσεως και απολύτως ικανοί προς διαπραγμάτευση και ανάληψη συμφωνιών αυτού του είδους, είχαν δε πλήρη και σαφή αντίληψη περί των συμφωνουμένων». Είναι ευνόητο επίσης για το Δικαστήριο, ότι η ενδεχόμενη ανάγκη τους προς εξεύρεση στέγης δεν καθιστά καταχρηστική τη σχετική περί ποινικής ρήτρας συμφωνία, η οποία άλλωστε είναι συνήθης στις σχετικές μισθωτικές συμβάσεις και το ύψος της καθορίζεται στα πλαίσια της ελευθερίας των συμβάσεων, δεν έχει δε καμία σημασία το επικαλούμενο γεγονός της ανελλιπούς εκ μέρους αυτών πληρωμής των μισθωμάτων (η οποία εξάλλου ήταν συμβατική υποχρέωση τους), αφού η ανωτέρω ποινική ρήτρα συμφωνήθηκε όχι για την περίπτωση καθυστέρησης πληρωμής των μισθωμάτων, αλλά για την περίπτωση μη έγκαιρης παράδοσης του μισθίου. Δεν μπορεί επομένως σε καμιά περίπτωση να γίνει λόγος περί αδικαιολογήτου πλουτισμού της εκμισθώτριας από τη σχετική επιδίκαση πρωτοδίκως σ' αυτήν του ποσού της ποινικής ρήτρας που συμφωνήθηκε, όταν μάλιστα το πρωτόδικο δικαστήριο μείωσε το ποσό της, λόγω της δυσαναλογίας του προς το καταβαλλόμενο μίσθωμα¹⁶⁴.

Η. Ποινικές ρήτρες υπέρ του Ελληνικού Δημοσίου και 409 ΑΚ

Κατά το άρθρο 2 παρ. 5 του ν.δ. 588/1948 «περί ελέγχου της πίστωσης», που προστέθηκε με το άρθρο 1 παρ. 1 του ν.δ. 979/1971, σε κάθε χρηματοδότηση με μορφή δανείων κ.λπ., που χορηγείται κατά τις διατάξεις του νόμου αυτού, θα συμφωνείται, με ευθύνη των χρηματοδοτουσών τραπεζών, μεταξύ αυτών και των χρηματοδοτούμενων ποινική ρήτρα υπέρ του Ελληνικού Δημοσίου για κάθε παράβαση των όρων της χρηματοδοτήσεως, όπως καθορίζεται ειδικώς κάθε φορά με αποφάσεις της Νομισματικής Επιτροπής. Ο νόμος μάλιστα ορίζει ρητώς ότι οι με αποφάσεις της Ν.Ε. καθοριζόμενες ποινικές ρήτρες υπέρ του Ελληνικού Δημοσίου καταπίπτουν υπέρ αυτού, όπως προβλέπεται με τις ίδιες αποφάσεις, και δεν υπόκεινται στους περιορισμούς των κειμένων διατάξεων περί ορίου συμβατικού τόκου και τόκου υπερημερίας, ως και αυτές που προβλέπονται από το άρθρο 409 Α.Κ. Μετά την δια του άρθρου 1 του ν. 1266/1982 κατάργηση της Ν.Ε. και των Υποεπιτροπών, οι αρμοδιότητες τους ασκούνται με πράξεις του Διοικητή της Τράπεζας της Ελλάδος ή των οργάνων της κατ' εξουσιοδότηση του Διοικητή στο πλαίσιο της κυβερνητικής πολιτικής.

¹⁶⁴ Από 8.000 δρχ. σε 5.000 δρχ. ημερησίως.

Σύμφωνα με το πραγματικό της πρόσφατης σχετικά απόφασης του ΑΠ¹⁶⁵ μια ΑΕ, χρηματοδοτήθηκε από Χρηματοπιστωτικό Ίδρυμα με σύμβαση μεταξύ αυτών, με την οποία συμφωνήθηκε και η κατάπτωση ποινικής ρήτρας υπέρ του Ελληνικού Δημοσίου σε βάρος της σε περίπτωση παραβάσεως απ' αυτή των κανόνων που ισχύουν για τη χρηματοδότηση της οικονομίας. Πράγματι κατά την κρίση του Δικαστηρίου η χρηματοδοτηθείσα επιχείρηση παρέβη τους κανόνες, που κατ' εξουσιοδότηση των ως άνω διατάξεων εξέδωσε η Υποεπιτροπή Δανείων και Συναλλάγματος και ορθώς με αποφάσεις των Επιτροπών της Τράπεζας της Ελλάδος, αποφασίσθηκε η κατάπτωση της συμφωνημένης ποινικής ρήτρας, δεν έχει δε εφαρμογή εν προκειμένω η διάταξη του άρθρου 409 Α.Κ. κατά ρητή πρόβλεψη του ν.δ. 588/1948¹⁶⁶. Επιπροσθέτως ο ΑΠ απάντησε στους ισχυρισμούς της ΑΕ, ότι κακώς δεν εφαρμόσθηκε στην ένδικη περίπτωση από το δευτεροβάθμιο Δικαστήριο η διάταξη του άρθρου 409 Α.Κ., καθόσον αυτή υπερισχύει των διατάξεων του ν.δ. 588/1948 και η σχετική διάταξη αυτού αντιβαίνει στα άρθρα 5, 2, 4 και 116 του Συντάγματος, ότι το εν λόγω ν.δ. έχει ισχύ νόμου και η δι' αυτού εισαγόμενη γενική εξαίρεση δεν αντιβαίνει στην αρχή της ισότητας, δεν εμποδίζει την ανάπτυξη της προσωπικότητας και δεν θίγει την αξία του ανθρώπου¹⁶⁷.

Θ. Ρήτρες περί μη ανταγωνισμού και 409ΑΚ

Η συνομολόγηση ποινικής ρήτρας κατά την κατάρτιση της σύμβασης εργασίας στην περίπτωση που ο μισθωτός διενεργήσει ανταγωνιστικές πράξεις σε βάρος του εργοδότη απασχόλησε το Πολυμελές Πρωτοδικείο της Αθήνας¹⁶⁸. Από τα σημαντικότερα ζητήματα που θέτουν νομικούς προβληματισμούς είναι αυτό της δέσμευσης του μισθωτού από τη συνομολόγηση τέτοιου είδους ρητρών, ο περιορισμός, με άλλα λόγια, της επαγγελματικής του ελευθερίας και πόσο νόμιμος είναι αυτός, σε σχέση βεβαίως με τα αξία προστασίας συμφέροντα του εργοδότη, όπως η διατήρηση και αύξηση της πελατείας του, η εξασφάλιση απόρρητων επαγγελματικών του μυστικών κλπ. Δε χωρά αμφιβολία πως η επιβολή μιας δυσβάσταχτης ρήτρας δεν κοστίζει τίποτε στον εργοδότη, ενώ περιορίζει σοβαρά την

¹⁶⁵ ΑΠ 1766/1998 ΕΕΝ 2000.309.

¹⁶⁶ Αντίθετη (Contra) η θεωρία, βλ ανωτέρω παραπομπή 81.

¹⁶⁷ Ομοίως βλ ΑΠ 1207/1991 αδημ., ΑΠ 1490/1987 ΕΕΝ 55.813.

¹⁶⁸ Βλ ΠολΠρΑθ 6446/2005 Αρμ 2005.2000: διάρκεια ισχύος απαγόρευσης συμπίπτουσα με τον συμβατικό χρόνο + 1 έτος, απόσταση απαγόρευσης άσκησης ανταγωνιστικής δραστηριότητας 1000 μέτρα, συνομολογημένη ποινική ρήτρα ποσού 11.738,31 ευρώ, μείωση στο προσήκον μέτρο οριζόμενο στο ποσό των 5.000 ευρώ.

επαγγελματική ελευθερία τον μισθωτού που, μολαταύτα, είναι αναγκασμένος να τη δεχθεί, προκειμένου να εξασφαλίσει, τη θέση εργασίας.

Εστιάζοντας στο ζήτημα αυτό το Δικαστήριο έκρινε πως τέτοιου είδους αποζημίωση δεν οφείλεται πάντοτε, αλλά εξαρτάται από το αν οι περιορισμοί που τίθενται στο μισθωτό είναι δυσβάσταχτοι.. Συγκεκριμένα ο δανειστής διατηρεί φροντιστήριο μέσης εκπαίδευσης και προχώρησε στην κατάρτιση σύμβασης εξαρτημένης εργασίας ορισμένου χρόνου και μερικής απασχόλησης με καθηγητές, προκειμένου να απασχοληθούν στην επιχείρησή του. Στη σύμβαση του κάθε οφειλέτης είχε περιληφθεί ως όρος ότι αυτός, για συγκεκριμένο χρονικό διάστημα, δεν θα είχε δικαίωμα να ιδρύσει φροντιστήριο μέσης εκπαίδευσης, μόνος του ή σε συνεργασία με άλλο πρόσωπο, σε καθορισμένη απόσταση από το φροντιστήριο του δανειστή, διαφορετικά είχε οριστεί ποινική ρήτρα σε βάρος κάθε εναγομένου, επιφυλασσομένου του δικαιώματος του ενάγοντος και για αποζημίωση. Η ρήτρα αυτή, κρίθηκε λαμβανομένης υπόψη της περιορισμένης χρονικής διάρκειας της και της τοπικής της έκτασης, ότι συνιστά εύλογη και όχι υπέρμετρη δέσμευση της ελευθερίας εργασίας ή επαγγέλματος των οφειλετών και δεν αντίκειται, όπως εκείνοι υποστηρίζουν, στις διατάξεις των αρθρ. 178, 179 και 281 ΑΚ, αλλά ούτε και σε συνταγματικές διατάξεις. Όταν όμως οι καθηγητές-οφειλέτες παραβίασαν τον περί ου ο λόγος συμβατικό όρο και κατέπεσε σε βάρος του καθενός η ποινή αυτή, το Δικαστήριο απεφάνθη, ότι είναι δυσανάλογα μεγάλη, ενόψει της κοινωνικής σχέσης των μερών (εργοδότη-εργαζομένου), του βαθμού πταίσματος των εναγομένων και εκ του γεγονότος ότι η πρόβλεψη της ρήτρας δεν συνοδεύονταν με οικονομικό αντάλλαγμα ως προς τους οφειλέτες-καθηγητές και πρέπει, κατά παραδοχή της σχετικής νόμιμης ένστασης των εκ του αρθρ. 409 ΑΚ, να μειωθεί στο προσήκον μέτρο.

I. Σύμβαση προμήθειας υγρών καυσίμων, προς μεταπώληση και 409 ΑΚ

Στον ΑΠ¹⁶⁹ οδηγήθηκε αστική υπόθεση αναφορικά με παράβαση συμβατικής υποχρέωσης, που αφορούσε την προμήθεια από συγκεκριμένη εταιρεία παραγωγής και εμπορίας πετρελαιοειδών ακριβώς προσδιορισμένων ανά κατηγορία ελαχίστων ποσοτήτων υγρών καυσίμων σε πρατηριούχο και κατάπτωση της συμπεφωνημένης ποινικής ρήτρας, λόγω μη πώλησης αυτών των ποσοτήτων. Σ' αυτά τα συμβατικά πλαίσια το δικαστήριο παρατήρησε, ότι ο οφειλέτης έχει καταρχήν την υποχρέωση

¹⁶⁹ Βλ ΑΠ 136/2006 ΝοΒ 2006.827.

εκπλήρωσης της παροχής, όπως απαιτεί η καλή πίστη, αφού ληφθούν υπόψη και τα συναλλακτικά ήθη (288 ΑΚ), εκτός εάν εξαιτίας της συνδρομής ειδικών συνθηκών (388 ΑΚ) η εμμονή στην εκπλήρωση της παροχής είναι αντίθετη προς την ευθύτητα και εντιμότητα, που επιβάλλονται στις συναλλαγές. Τότε είναι δυνατόν αυτή η εμμονή του δανειστή στην εκπλήρωση της παροχής να περιορίζεται με βάση αντικειμενικά κριτήρια κατά τις αντιλήψεις που κρατούν στις συναλλαγές, στο επίπεδο εκείνο το οποίο ανταποκρίνεται στις απαιτήσεις της συναλλακτική πίστης. Εν προκειμένω, το δικαστήριο της ουσίας¹⁷⁰ έκανε δεκτή την ένσταση περιορισμού της ποινής κατ'άρθρον (409 ΑΚ) ερειδόμενο σ' αυτή του την απόφαση στο γεγονός ότι ναι μεν η αποδιδόμενη παράβαση οφείλεται κατά ένα μέρος και σε υπαιτιότητα του οφειλέτη, δεδομένου ότι λειτουργούσε παράλληλα και άλλα δύο πρατήρια υγρών καυσίμων, με αποτέλεσμα αυτός και η οικογένειά του να έχουν τόση απασχόληση, ώστε να διαθέτουν περιορισμένο χρόνο για τη λειτουργία και του επίμαχου πρατηρίου με αναγκαία συνέπεια την περιορισμένη κατανάλωση από αυτό, από την άλλη όμως η μη εκπλήρωση των υποχρεώσεών του οφειλόταν, κατά το υπόλοιπο μέρος, και σε περιστατικά απρόβλεπτα (θέση σε κυκλοφορία Νέας Εθνικής Οδού μετά την κατάρτιση της σύμβασης που είχε σαν αποτέλεσμα να μειωθεί η κίνηση οχημάτων έμπροσθεν του επίμαχου πρατηρίου), ενώ και οι υποχρεώσεις τις οποίες ανέλαβε ο οφειλέτης με τη σύμβαση (πώληση προκαθορισμών ποσοτήτων υγρών καυσίμων, ως ελαχίστων ορίων, κατά κατηγορία) ήταν ιδιαίτερα μεγάλες και αυτός δεν είχε τη δυνατότητα να τις περιορίσει, όπως φαίνεται από το περιεχόμενο της όλης συμβάσεως.

ΣΥΜΠΕΡΑΣΜΑΤΑ - ΠΡΟΒΛΗΜΑΤΙΣΜΟΙ

Με όσα αναπτύχθηκαν στο πλαίσιο αυτής της διπλωματικής εργασίας επιχειρήθηκε να καταδειχθεί εν πρώτοις ο σκοπός και η λειτουργία της ποινικής ρήτηρας. Ενός θεσμού, που αποτελεί ζωντανή έκφραση της αυτονομίας της βουλήσεως και ειδικότερα της ελευθερίας των συμβάσεων, με σημαντική πρακτική εφαρμογή και σημασία, καθώς επίσης να καταστεί δυνατή η συναγωγή ορισμένων συμπερασμάτων ειδικότερα δε, όσον αφορά τον πυρήνα αυτών που

¹⁷⁰ Βλ ΕφΑθ 4274/2001 αδημ.

πραγματευθήκαμε και αφορούν το θέμα της υπέρμετρης ποινής κατ'άρθρον 409 ΑΚ. Τα συμπεράσματα αυτά είναι αδρομερώς τα ακόλουθα:

α) Η σημασία της αναγραφής των άρθρων 404 επ. στον Αστικό μας Κώδικα, έγκειται κυρίως στη χρήσιμη διευκρινιστική τους λειτουργία σχετικά με το σκοπό της ποινικής ρήτηρας, εφόσον οι περισσότερες από αυτές είναι διατάξεις ενδοτικού δικαίου. Ιδιαίτερη σημασία έχουν οι διατάξεις των άρθρων 405 § 2 ΑΚ και 409 ΑΚ. Η μιν, ΑΚ 405 § 2 καθιστά ευκρινή τον τελολογικό προσανατολισμό της ποινικής ρήτηρας, αποδεσμεύοντας την κατάπτωση από την ύπαρξη ζημίας του δανειστή και κατά συνέπεια την ποινική ρήτρα από το σκοπό της αποκατάστασης της ζημίας του δανειστή. Η δε, διάταξη του άρθρου 409 ΑΚ παρέχει στο δικαστή τη διαπλαστική εξουσία μείωσης της υπέρμετρης ποινής. Ο δικαστής για τον χαρακτηρισμό μιας ποινής ως δυσανάλογα μεγάλης θα λάβει υπόψη τόσο τον σκοπό και τη λειτουργία αυτής, όσο και ορισμένα άλλα κριτήρια κοινωνικά και οικονομικά.

β) Η υπέρμετρη ποινή υπόκειται σε μείωση από το δικαστήριο. Δεν μειώνεται δηλ. οποιαδήποτε ποινή, που ενδεχομένως υπερβαίνει ακόμη και τα όρια που επιβάλλονται από την καλή πίστη, αλλά μόνο η ποινή εκείνη που είναι δυσανάλογα μεγάλη πλήττοντας την ίση και δίκαιη στάθμιση των εκατέρωθεν συμφερόντων. Για την ανεύρεση του προσήκοντος μέτρου της ποινής λαμβάνεται υπόψη το σύνολο των περιστάσεων που συνδέονται με την παραβίαση των συμβατικών υποχρεώσεων από την κύρια σύμβαση και την κατάπτωση της ποινής, κυρίως κατά το χρόνο κατάπτωσης, χωρίς να αποκλείεται να ληφθούν υπόψη και μεταγενέστερα περιστατικά, εφόσον έχουν κάποια επιρροή στο χαρακτήρα της ποινής ως υπέρμετρης ή μη.

Σε κάθε περίπτωση πάντως, σχετικά με το αν η ποινή είναι υπέρμετρη ή μη (δυσανάλογα μεγάλη σε σχέση με την προσήκουσα), τούτο κρίνεται βάσει των πραγματικών περιστατικών, και εξέτασης της όλης ενοχικής σχέσης και των ποιοτικών χαρακτηριστικών της, που θα λάβει υπόψη του ο δικαστής στην συγκεκριμένη περίπτωση (*ad hoc*), βοηθούμενος από τα εξής κριτήρια:

αα) την έκταση της συμβατικής παράβασης του οφειλέτη,

ββ) το από αυτήν πληγέν συμφέρον του δανειστή, (στο οποίο συμπεριλαμβάνεται το περιουσιακό, το ηθικό του συμφέρον και τα απώτερα ακόμα επιβλαβή γενικώς αποτελέσματα, τα οποία είχε γι' αυτόν η μη εκπλήρωση της παροχής, καθώς επίσης και κάθε άλλο δικαιολογημένο συμφέρον του)

γγ) τον βαθμό του πταίσματος του οφειλέτη,

δδ) το όφελος, το οποίο ο οφειλέτης πορίζεται από τη μη (προσθήκουσα) εκπλήρωση της ενοχής,

εε) το μέγεθος της ποινής σε σύγκριση προς την αξία της αντιπαροχής του δανειστή και τέλος

στστ) την οικονομική κατάσταση των μερών, όπως επίσης και την ηθική και κοινωνική σχέση τους. Μόνη η μη επέλευση ζημίας στο δανειστή ή το μέγεθος αυτής δεν λαμβάνονται υπόψη για την εφαρμογή της ΑΚ 409.

Για να επιτύχει όμως η ποινική ρήτρα τον επιδιωκόμενο σκοπό της, ως πεδίο ισορροπίας αντιτιθεμένων συμφερόντων, στα πλαίσια της αρχής της εύνοιας προς τον οφειλέτη και της προστασίας του από υπερβολικές και αδικαιολόγητες δεσμεύσεις από την μια, αλλά και της ενίσχυσης της θέσης του δανειστή και της καλόπιστης εκπλήρωσης και ομαλής εξέλιξης και λειτουργικότητας των ενοχών από την άλλη, που είναι απόρροια της αυτονομίας των ατόμων να συνάπτουν ελεύθερα τις συμβάσεις τους και να καθορίζουν το περιεχόμενο τους (άρθρο 361 ΑΚ), με απώτερο δικαιοπολιτικό στόχο, αφενός την οικονομική πρόοδο, αφετέρου την κοινωνική ειρήνη και συνοχή, απαραίτητη προϋπόθεση είναι μια σχετική οικονομική και κοινωνική ισότητα μεταξύ των αντισυμβαλλομένων, που θα εξασφαλίζει την ισοδύναμη στάθμιση των δικαιωμάτων και υποχρεώσεων τόσο του δανειστή όσο και του οφειλέτη. Η ισότητα όμως αυτή φαλκιδεύεται στη σημερινή εποχή, όπου οι κλασικές μορφές συμβάσεων δίνουν ολοένα και περισσότερο τη θέση τους σε άλλες σύγχρονες μορφές, [π.χ. συμβάσεις προσχώρησης (γενικοί όροι των συναλλαγών) κλπ.] που εξυπηρετούν μεν ταχύτερα και ίσως αποτελεσματικότερα τις συναλλαγές, έπαψαν όμως να ερείδονται στην αρχή της ελευθερίας των συμβάσεων, εφόσον η ελεύθερα καταρτιζόμενη σύμβαση δεν αποτελεί πια τον μοναδικό παραγωγικό λόγο των ενοχών και η έλλειψη ισορροπίας των οικονομικών δυνάμεων στην κατάρτιση των διαφόρων προκατασκευασμένων συμβάσεων με τον πολλάκις άδικο και υπερβολικό χαρακτήρα των ποινών που επιβάλλουν, θριαμβεύει. Τοιουτοτρόπως η απόδειξη ύπαρξης ή μη του δυσαναλόγου της ποινής δεν είναι σε κάθε περίπτωση εύκολη υπόθεση.

Η δυσκολία έγκειται εκτός των άλλων, τόσο στην ιδιομορφία πολλών συμβάσεων, όσο και στην περιπτώσιολογία των ενοχών τις οποίες οι ποινικές ρήτρες διαφυλάσσουν, με αποτέλεσμα συχνά να είναι δύσκολη η υπαγωγή τους (των ποινικών ρητρών) από το Δικαστή σε αντικειμενικοποιημένα κριτήρια μείωσής τους, τα οποία να λειτουργούν αυτοματοποιημένα κατά περίπτωση ως εκμαγεία δικανικής

σκέψης, δύσκολα δηλαδή μπορούν να ανευρεθούν αντικειμενικά κριτήρια αξιολογικής σταθμίσεως, για την ανεύρεση του ορθού μέτρου κατά την άσκηση της δικαιοπλαστικής του εξουσίας.

Καταρχήν βέβαια, η γνώση τέτοιων κριτηρίων είναι σίγουρα χρήσιμη μεθοδολογικά για την επίλυση ενός προβλήματος ύπαρξης ή μη υπέρμετρης ποινής, όχι όμως κατά τρόπο αποκλειστικό και μη επιδεχόμενο άλλων λύσεων, αφού η ανώμαλη εξέλιξη κάθε ενοχής δεν επιδέχεται πλήρη αντικειμενικοποίηση όλων της των παραμέτρων. Πρωτίστως στα πλαίσια της ενίσχυσης του δανειστή μέσω της ποινικής ρήτρας, παρατηρούμε ότι η μη εκπλήρωση της συμβάσεως από πλευράς του οφειλέτη μπορεί να έχει μη ευκόλως οικονομικά μετρήσιμα αποτελέσματα και αντικειμενικώς αποδεδειγμένα -με τιμολόγια, άλλου είδους μέσα απόδειξης, δυνατότητα χρηματικής αναγωγής της ζημίας-, τα οποία άπτονται της συναισθηματικής φύσεως του δανειστή και της εξατομικευμένης ευαισθησίας του για την ανώμαλη εξέλιξη της συγκεκριμένης κάθε φορά ενοχής, με αρνητικές ψυχολογικές συνέπειες στην προσωπικότητά του. Υπό άλλες συνθήκες πάλι, οι συνέπειες είναι χρηματικά μετρήσιμες μεν, αλλά δύσκολα υπαγόμενες σε προπλασματικές λύσεις, όπως για παράδειγμα η προστασία αγαθού ιδιαίτερης φήμης, εξαρτώμενης από το είδος, την ποιότητα και το μέγεθος του αγαθού, ή η διατήρηση της πελατείας μετά την διασπορά στην αγορά κακής φήμης, λόγω αναξιόπιστης και αφερέγγυας συμπεριφοράς από την μη εκτέλεση της σύμβασης σε συνάρτηση με το μέγεθος και την ποιότητα της επιχείρησης (παρόν), αλλά και την ύπαρξη επενδυτικών σχεδίων για την ανάπτυξή της (μέλλον). Τέτοιου είδους συμβάντα αν και δύσκολα μετρήσιμα χρηματικώς *in abstracto*, κατά περίπτωση εξεταζόμενα (*in concreto*) δύναται να καταστήσουν την καταπεσούσα ποινή προσήκουσα, διότι διαφορετικά θα οδηγούμασταν σε ατιμωρησία του οφειλέτη, ασχέτως με το αν παρέχουν επιπλέον τη δυνατότητα στον δανειστή αναζήτησης του διαφυγόντος κέρδους και περαιτέρω αποζημιώσεως εκ δικαιοπρακτικής ευθύνης.

Εν κατακλείδι μέσω του (ΑΚ 409) ο Δικαστής επωμίζεται το δύσκολο, πλην ωραίο έργο της διαφύλαξης των ηθικών και κοινωνικών επιδιώξεων της καλόπιστης εκπλήρωσης των ενοχών και της διάπλασης τους κατά δίκαιο και ορθό μέτρο, όπου διαπιστώνει υπέρογκη και δυσβάσταχτη για τον οφειλέτη ποινική ρήτρα, λαμβάνοντας όμως παράλληλα υπόψη και το συμφέρον του δανειστού, προς εκπλήρωση της συμβάσεως και των ευρύτερων συμφερόντων του, που έλκονται εξ αυτής.

ΒΙΒΛΙΟΓΡΑΦΙΑ

ΕΛΛΗΝΙΚΗ

- | | |
|---|--|
| Αγαλλοπούλου Π. | Βασικές Έννοιες Αστικού Δικαίου, τομ.Π, Ενοχικό Δίκαιο, 3 ^η έκδ.
Σχόλιο ΑρχΝομ 5,177. |
| Αδάμος Σ. | Σχόλιο Αρμ 38,311. |
| Απαλαγάκη Χ. | Ενοχικόν Δίκαιον, τόμ. Β, 1956. |
| Αποστολίδης Κ. | Σχόλιο Θ ΞΔ, 620. |
| Ατσαλάκης Στ. | Σχόλιο Θ ΞΔ, 1029. |
| » | Εγχειρίδιο Αστικού Δικαίου, Ε' έκδ., 1995 |
| Βαβούσκος Κ. | ΕΡΝΟΜΑΚ ΑΚ, Γενικό Ενοχικό, τόμ Β, 2003 |
| Βαθρακοκοίλης Β. | Ο δικαστικός έλεγχος της πειθαρχικής εξουσίας του εργοδότη, ΕΕργΔ 8,90. |
| Βασιλείου Β. | Η πολιτική Δικονομία από την θεωρία στην πράξη, Θέματα Εμβανθύσεως, β' έκδ., 1996. |
| Γέσιου-Φαλτσή Π.- Απαλαγάκη Χ. –
Αρβανιτάκης Π. – Σοφιαλίδης Απ. | Σύμφωνον προαιρέσεως και δικαίωμα προαιρέσεως (Option), 1970. |
| Γεωργιάδης Απ. | Η χρηματοδοτική μίσθωση (ν.1665/1986), ΝοΒ 35,1521. |
| » | Ενοχικό Δίκαιο, Γενικό Μέρος, 1999 |
| » | Αστικός Κώδιξ, Κατ' άρθρο ερμηνεία, Ι έως και VII (1978-1991) Βρέλλης άρθρ. 847, Γεωργιάδης αρθρ. 281, Καλογερά αρθρ. 274, Παπανικολάου αρθρ. 389, 398-400, Σταθόπουλος αρθρ. 287-288, 330, Εισ. αρθρ. 335-348, αρθρ. 335-336, 382, 388, Σχινάς αρθρ. 532, Ταμπάκης αρθρ. 402-409, Τραυλός-Τζανετάτος αρθρ. 652. |
| Γεωργιάδης Αστ. | Ενοχικό Δίκαιο, Γενικό Μέρος II, β' έκδοση, 1993 |
| » | Ενοχικό Δίκαιο, Γενικό Μέρος II, Γ' έκδ., 2000. |
| Γεωργίου Κ. | «Συρροή αξιώσεων» ποινικής ρήτηρας και αποζημίωσης, ΕλλΔνη 28,1417. |
| Δεληκωστόπουλος Στ. | Η αυτονομία της ιδιωτικής βουλήσεως. Αι δικονομικαί συμβάσεις, 1965. |
| Λελούκας Ν. | Οι γενικοί όροι συναλλαγών, 1952. |
| Διαμαντάκος Στ. | Πειθαρχικαί ποιναί και σύμβασις εργασίας ΕΕΝ 20,904. |
| » | Αστικά Μελέται, 1967. |
| Δροσοπούλου Σ. | Στοιχεία Αστικού Δικαίου, 1995. |
| Δωρής Φ. | Περιορισμοί της συμβατικής ελευθερίας |

- »
ΕρμΑΚ
Ερμηνεία του Αστικού Κώδικα, 1949 επ. Γαζής αρθρ. 398, Ζέπος Εισ. αρθρ. 847-870, Σόντης αρθρ. 402-409, Τσιριντάνης αρθρ. 287.
- Ζέπος Π.
»
Ενοχικόν Δίκαιον, Α μέρος, Γενικόν, 2η έκδ., 1955.
Επί του «ποινικού» χαρακτήρος του αρραβώνος και της ποινικής ρήτρας, ΕΕΝ 21,793.
- Θεμελή Χρ.
»
Ο προσδιορισμός της ποινικής ρήτρας από το δικαστή, Αρμ 39,929.
- Ξηρός Ηλ.
Καργάδος Π.
Υπέμετρος ποινική ρήτρα, ΝΔικ 3,235.
Γνησία ένστασις, διαπλαστικόν δικαίωμα ή καταχρηστική ένστασις, ΝοΒ 38,953.
- Κατράς Ι.
»
Αγωγες Αστικού Κώδικα και Ενστάσεις, 2005.
- Καυκάς Κ.
»
Ενοχικόν Δίκαιον, Β Ειδικό μέρος, 1982.
Περί αρραβώνος, ΝΔικ 7,305.
- Κλαμαρής Ν.
»
Η καταχρηστική άσκησης δικαιώματος εν τω αστικώ δικονομικώ δικαίω, 1980.
Μία ιδιόρρυθμος σύμβασις: το leasing, Ελλ Δνη 17,5.
- Κουτσουμάρης Θ.
»
Σχόλιο ΕΕΝ 21.639.
- Λάμπας Ελ.
Λιακόπουλος Αθ.
Λιτζερόπουλος Αλ.
Μαγκάκης Γ.-Α.
Ζητήματα Εμπορικού Δικαίου, 1985.
Στοιχεία Ενοχικού Δικαίου, 1960.
Ποινικό Δίκαιο (διάγραμμα γενικού μέρους), 2η έκδ., 1982.
- Μελάς Β.
Μητσόπουλος Γ.
»
Σχόλιο ΕΕΝ 20,153.
Η αναγνωριστική αγωγή κατά το ελληνικόν δικονομικόν δίκαιον, 1947 (ανατ. 1989).
Προβλήματα του εκουσίου πλειστηριασμού Δ 8,189.
- Μήτσου Γρ.
»
Αστική ποινική ρήτρα και εργατική πειθαρχική ποινή, Τιμ. τόμος Λιτζερόπουλου, 1985,95.
- Μιχαηλίδης-Νουάρος Γ.
»
Ρήτραι εκπτώσεως και οι επ' αυτών ισχύοντες γενικοί κανόνες, ΕΕΝ 24,857.
- Μπαλής Γ.
»
Ενοχικόν Δίκαιον, Γενικόν Μέρος, 3η έκδ., 1960.
»
Γενικάί αρχαί του αστικού δικαίου, 8η έκδ., 1961.
»
Ο αρραβών και η ποινική ρήτρα ιδίως κατά τον Κώδικα, ΑΙΔ 10,6.
»
Γνωμοδότηση Θ ΝΓ, 275.

- Μπαρμπαλιάς Π. Συμβολή εις την διδασκαλίαν περί αρραβώνος, ΝΔικ 27,340 επ., 488 επ., 28,4 επ.
- Μπέης Κ. Πολιτική δικονομία, Κατ' άρθρον ερμηνεία, 1973.
- » Εισαγωγή στη δικονομική σκέψη, 3η έκδ., 1981.
- » Αι διαδικασίαι ενώπιον του Μονομελούς Πρωτοδικείου, 1969.
- » Η ανίσχυρος διαδικαστική πράξις, 1968.
- » Σημείωση, ΝοΒ 16,663.
- Μπόσδας Δ. Αναγόραστο, ΝοΒ 27,1421.
- » Είδη εγγυήσεως, ΕλλΔνη 11,10.
- » Μείωσις ποινικής ρήτηρας, ΕΕΝ 19,367.
- Ορφανίδης Γ. Το επιτρεπτό των αποδεικτικών συμβάσεων, 1988.
- Παπανικολάου Π. Οι καταπλεονεκτικές δικαιοπραξίες, 1983.
- » Περί των ορίων της προστατευτικής παρεμβάσεως του δικαστή στη σύμβαση, 1991.
- Παπαντωνίου Ν. Η καλή πίστις εις το Αστικόν Δίκαιον 1957.
- » Γενικές αρχές του αστικού δικαίου, 2η έκδ. (ανατ.), 1982.
- Παπαποστόλου Ν. Ζητήματα από το Ν. 1665/86 για τη χρηματοδοτική μίσθωση (Leasing), ΝοΒ 36, 1563.
- Πράτσικας Χρ. Γνωμοδότηση Θ ΝΓ, 276.
- Σαμουήλ Σ. Η έφεσις (κατά τον ΚΠολΔ), 1986.
- Σημαντήρας Κ. Γενικαί άρχου του αστικού δικαίου, 2η έκδ., 1976.
- Σπυριδάκης Ι. Σχόλιο ΝοΒ 24,973.
- » Σημείωση ΝοΒ 29,1572.
- » Ενοχικό Δίκαιο, Γενικό Μέρος, 2004.
- Σταθόπουλος Μ. Γενικό Ενοχικό Δίκαιο, τεύχ. Ι, 1982, τεύχ. ΙΙ, 1983.
- » Περί της μεθόδου ερμηνείας της δηλώσεως βουλήσεως, ΝΔικ 25,1.
- » Διαπλαστική απόφασις και πρόκλησις αυτής δι' ενστάσεως, ΝοΒ 26,1.
- » Υπαναχώρησις και αποζημίωσις, Τιμ. τόμος Λιτζερόπουλου, 1985.
- » Γενικό Ενοχικό Δίκαιο, 2004.
- Σφακιανός Γ. Αστικό Δίκαιο, Γενικές Αρχές, 11^η έκδ.
- Τούσης Α. Γενικαί αρχαί του αστικού δικαίου, 1962
- » Ενοχικό Δίκαιο, 1973.
- Τριανταφυλλόπουλος Κ. - Μακρόπουλος Ι. Τσάτσος Θ. Φίλιος Π. Γνωμοδότηση Θ ΝΓ, 273.
- Σχόλιο Δνη 1955,317.

»	Ενοχικό Δίκαιο, Γενικό μέρος, 1987.
»	Ειδικό Ενοχικό Δίκαιο, 1981.
Φίλιου Π.	Ενοχικό Δίκαιο, Γενικό Μέρος, 1996.
»	Ενοχικό Δίκαιο, Γενικό Μέρος, 2004.
Χατζής Αρ.	Η οικονομική ανάλυση του Δικαίου των συμβάσεων, <i>Digesta</i> 2003, σελ. 322 επ.
Χρυσστομίδου -Κατσαρού Ν.	Μία νέα για την Ελλάδα σύμβαση: το Leasing, Αρμ 32,526.

ΞΕΝΗ

Atiyah, P. S.	(1990) Freedom of contract and the new right. In <i>Essays on contract</i> (3rd éd., pp. 355-385). Oxford University Press.
Barnett, R.E.	(1996) The death of reliance. <i>Journal of Legal Education</i> 46, 518-536.
Butler, H. N.	(1998) <i>Economic analysis for lawyers</i> . Durham, NC: Carolina Academic Press.
Calamari, J. D., & Perillo, J. M.	(1987) <i>Trie law of contracts</i> (3rd ed.). St. Paul, MN: West Publishing.
Che, Y.-K., Chung, T.Y.	(1999) Contract damages and cooperative investments. <i>Rand Journal of Economics</i> 30, 84-105.
Chireistein, M. A.	(1998) <i>Concepts and case analysis in the law of contracts</i> (3rd ed.). New York: Foundation Press.
Chung, T.-Y	(1992) On the social optimality of liquidated damage clauses: An economic analysis. <i>Journal of Law, Economics, & Organization</i> 8, 280-305.
De Geest, G., & Wuyts, F.	(2000) Penalty clauses and liquidated damages. In B. Bouckaert & G. De Geest (Eds.), <i>Encyclopedia of law and economics</i> (Vol. III, pp. 141—161). Cheltenham, UK: Edward Elgar.
Hatzis, A. N.	(1993) Some uses of the wealth-maximization criterion as a tool for the interpretation of statutory Law. Unpublished manuscript, University of Chicago Law School.
Hatzis, A.N.	(1999) ATI economic theory of Greek contract law. Unpublished Ph.D. Thesis, University of Chicago, Chicago.
Hatzis, A. N.	(2000) Rights and obligations of third

- | | |
|---------------------------------|---|
| Hatzis, A. N. | parties. In B. Bouckaerl & G. De Geest (Eds.), <i>Encyclopedia of law and economics</i> (Vol. III, pp. 200-222). Cheltenham, UK: Edward Elgar. |
| Hatzis, A. N. | (2002) The anti-theoretical nature of civil law contract scholarship and the need for an economic theory. <i>Commentaries in Law & Economics</i> (forthcoming). |
| Hatzis, A. N. | (2003) Economic analysis of law: A European perspective. Cheltenham, UK: Edward Elgar. |
| Hatzis, A. N. | (2003) Having the cake and eating it to: efficient penalty clauses in Common and Civil law. <i>International Review of Law and Economics</i> , vol. 22, σελ. 381επ. |
| Kronman, A. T., & Posner, R. A. | (1979) <i>The economics of contract law</i> . Boston: Little, Brown & Co. |
| Marsh, P. D. V. | (1994) <i>Comparative contract law (England, France, Germany)</i> . Aldershot: Gower. |
| Miceli, T. J. | (1997) <i>Economics of the law: Torts, contracts, property, litigation</i> . Oxford: Oxford University Press. |
| Polinsky, A.M. | (1983) Risk sharing through breach of contract remedies. <i>Journal of Legal Studies</i> 12,427-444. |
| Polinsky, A. M. | (1989) <i>An introduction to law and economics</i> (2nd ed.). Boston: Little, Brown & Co. |
| Posner, R.A. | (1980) The ethical and political basis of the efficiency norm in common law adjudication, <i>llofstra</i> |
| Posner, R.A. | (1998) <i>Economic analysis of law</i> (5 th ed.). New York: Aspen Law & Business. |
| Posner, E.A. | (2000) A theory of contract law under conditions of radical judicial error. <i>Northwestern University Law Review</i> 94, 749-774. |