

ΠΡΟΛΟΓΟΣ

Ο αστικός κώδικας υπήρξε πρωτοπόρος σε πανευρωπαϊκό επίπεδο, καθώς πρώτος αυτός απομακρύνθηκε από τον ρωμαϊκό κανόνα *impossibilium nulla est obligatio*, όπως τον είχαν παρερμηνεύσει οι Πανδεκτιστές του 19^{ου} αιώνα, αποσυνδέοντας την προβληματική της αρχικής αντικειμενικής αδυναμίας από το κύρος της συμβάσεως.

Η απόφαση του ιστορικού νομοθέτη να την εντάξει στην καθόλου προβληματική της μη εκπλήρωσης, καταργώντας τις χαοτικές περί την αδυναμία διακρίσεις, και να ρυθμίσει κατ' ενιαίον τρόπον «την» αδυναμία, υπήρξε ορθή και οπωσδήποτε τολμηρή για την εποχή της· ένδειξη της αυτοπεποίθησης της ελληνικής επιστήμης του αστικού δικαίου. Αρκεί, άλλωστε, να αναλογισθεί κανείς ότι στο γερμανικό δίκαιο χρειάστηκε έντονος επιστημονικός διάλογος ενός και πλέον αιώνα, εωσότου τελικώς εισαχθεί και εκεί αντίστοιχη ρύθμιση.

Η επιλογή δεν ήταν πάντως αυτονόητη. Η δημόσια επιστημονική διαμάχη μεταξύ *Τριανταφυλλόπουλου* και *Μπαλή* για τον υπό θέσπιση αστικό κώδικα, αφορμή για την οποία ήταν σε σημαντικό βαθμό η προταθείσα από τον πρώτο ρύθμιση στο ζήτημα αυτό, αντικατοπτρίζει την επιρροή που πάντοτε ασκούσε η γερμανική επί της ελληνικής επιστήμης και τη δικαιολογημένη επιφυλακτικότητα στις μεγάλες αλλαγές.

Σχετική έκπληξη προκαλεί, ότι η ρηξικέλευθη μεταβολή του ελληνικού δικαίου σε ένα τέτοιας σημασίας για το ενοχικό δίκαιο αντικείμενο, δεν προκάλεσε αντίστοιχης εκτάσεως παραγωγή επιστημονικού έργου. Μελέτες για την προβληματική, σε μονογραφικό ιδίως επίπεδο, δεν δημοσιεύθηκαν μετά τη θέση σε ισχύ του κώδικα. Τα συγγράμματα του ενοχικού δικαίου εξέθεταν και εκθέτουν βεβαίως με πληρότητα την προβληματική της αρχικής αδυναμίας εντός του πλαισίου της σχετικής για την ανώμαλη εξέλιξη διδασκαλίας, καταγράφοντας με πληρότητα τις εκδοχές εμφανίσεώς της και τα κριτή-

ρια διακρίσεως της από τις λοιπές μορφές παθολογικής εξελίξεως της ενοχής, αξιοποιώντας και τον διεθνή επιστημονικό διάλογο. Ειδικότερα όμως η σχέση της αρχικής αντικειμενικής αδυναμίας προς τη δικαιοπρακτική θεωρία, δεν φαίνεται να απασχόλησε εφεξής την ελληνική επιστήμη, με εξαίρεση ίσως τους συγγραφείς που καταπιάστηκαν με την προβληματική της συρροής των περί αδυναμίας κανόνων προς τις διατάξεις για την πλάνη, και όσους ασχολήθηκαν με το ειδικότερο ζήτημα της συμβάσεως με απαγορευμένη παροχή.

Τούτο ενδεχομένως δύναται να εξηγηθεί με τη σκέψη, ότι το ζήτημα έκλεισε οριστικώς ο νομοθέτης, καθιερώνοντας τον ανεξαιρέτο κανόνα της ισχύος της συμβάσεως με αρχική αδυναμία παροχής, ώστε ιστορική και δικαιοσυγκριτική μόνον σημασία να διατηρεί πλέον το ζήτημα στην ελληνική έννομη τάξη. Ανατρέχοντας όμως κανείς στη σχετική βιβλιογραφία και νομολογία, θα διαπιστώσει ότι πολλές πτυχές της προβληματικής ήταν και παραμένουν ακόμη ομιχλώδεις. Η «λογική δύναμη» της αρχής *impossibilium nulla est obligatio* και το βάρος της νομικής παραδόσεως ώθησε και ωθεί ακόμη και σήμερα στην υιοθέτηση αντιλήψεων, οι οποίες είτε εξαιρούν συγκεκριμένες κατηγορίες συμβάσεων με αρχική αντικειμενική αδυναμία παροχής από το πεδίο εφαρμογής της ΑΚ 362, αντιμετωπίζοντάς τες ως άκυρες, είτε προκρίνουν ως συνέπεια αυτής τη δημιουργία ευθύνης προς το αρνητικό, αντί του θετικού διαφέροντος, διαπίστωση που ισχύει και για τις συμβάσεις με νόμω απαγορευμένη παροχή. Ειδικώς δε στις αμφοτεροβαρείς συμβάσεις, εμφανίζεται ενίοτε ως ελάττωμα του κύρους τους η απουσία ανταλλακτικού δεσμού επαχθών αντιπαροχών συνεπεία της αδυναμίας παροχής του ενός μέρους. Αλλά και το ερώτημα, αν είναι δυνατή η ακύρωση συμβάσεως λόγω πλάνης περί το αρχήθεν αδύνατον της παροχής, καθώς και αν συντρέχει παράλληλη ευθύνη από *culpa in contrahendo*, όταν ο υποσχεθείς γνώριζε ή υπαιτίως αγνοούσε την αδυναμία και εντούτοις κατήρτισε τη σύμβαση, δεν μπορεί να θεωρηθεί ότι έχει επαρκώς συζητηθεί.

Στη Γερμανία, αντιθέτως, τόσο κατά το μεσοδιάστημα από τη θέση σε ισχύ του γερμΑΚ του 1900 έως την αναθεώρησή του το 2002, όσο και μετά από αυτήν, η επίδραση της αρχικής αντικειμενι-

κής αδυναμίας επί του κύρους της συμβάσεως και οι συνέπειες από την ανάληψη της σχετικής δεσμεύσεως αποτέλεσε και συνεχίζει να αποτελεί αντικείμενο πλούσιου και έντονου επιστημονικού διαλόγου σε όλα τα ανωτέρω εκτεθέντα ζητήματα.

Η προβληματική απέκτησε εσχάτως τρόπον τινά και δικαιοσυγκριτικό ενδιαφέρον, καθώς τα ανώτατα δικαστήρια Ελλάδος και Γερμανίας, επιλαμβανόμενα υποθέσεων αρχικής αντικειμενικής αδυναμίας και εφαρμόζοντας όμοιο, ουσιαστικώς, δίκαιο, υιοθέτησαν αντιδιαμετρικώς αντίθετες μεταξύ τους και, κατά τη γνώμη του γράφοντος, εξίσου εσφαλμένες θέσεις.

Η επίδραση της αρχικής αντικειμενικής αδυναμίας στο κύρος της συμβάσεως και η εξ αυτής απορρέουσα ευθύνη, στις οριακές εκείνες περιπτώσεις που η ισχύς και οι έννομες συνέπειές της αμφισβητούνται, αποτελεί το αντικείμενο της ανά χείρας μελέτης.

Την αφιερώνω στον εκλιπόντα πατέρα μου, για το παράδειγμα ζωής που μας κληροδότησε. Μαζί με εκείνον -όχι τυχαία- νιώθω την ανάγκη να μνημονεύσω ιδιαιτέρως, μεταξύ των δασκάλων μου, τον καθηγητή *Φίλιππο Δωρή*, το ακαδημαϊκό και ανθρώπινο πρότυπο του οποίου έχει καθορίσει τη γενιά των μαθητών του.

Γλυφάδα, Ιούνιος 2021

§ 1

Η ΑΡΧΙΚΗ ΑΝΤΙΚΕΙΜΕΝΙΚΗ ΑΔΥΝΑΜΙΑ ΩΣ ΡΥΘΜΙΣΤΙΚΟ ΠΡΟΒΛΗΜΑ

I. ΟΙ ΕΝΑΛΛΑΚΤΙΚΕΣ ΝΟΜΟΘΕΤΙΚΕΣ ΕΠΙΛΟΓΕΣ

Η κατά την κατάρτιση της συμβάσεως υφιστάμενη αντικειμενική αδυναμία παροχής δύναται να αντιμετωπισθεί τριπτώς: είτε διά της αρνήσεως της εννόμου τάξεως να προσδώσει ισχύ στη σύμβαση· είτε διά της ματαιώσεως της ισχύος μόνον της πρωτογενούς υποχρεώσεως, της συμβάσεως αντιθέτως αναγνωριζόμενης ως ισχυρής· είτε, τέλος, εφόσον η σύμβαση καταρτίσθηκε εκ πλάνης, δια της ακυρώσεώς της. Ποίες δε οι περαιτέρω συνέπειες εκάστης εκδοχής (προϋποθέσεις και περιεχόμενο ευθύνης), αποτελεί ιδιαίτερο ζήτημα για τον νομοθέτη.

Την πρώτη οδό (ακυρότητα) ακολουθούν, μεταξύ άλλων, ιδίως το γαλλικό¹, ιταλικό², βελγικό³, ισπανικό⁴, ελβετικό⁵ και αυστριακό⁶ δίκαιο, το παλαιό (1959) ουγγρικό δίκαιο⁷, μέχρι δε το 2002 και ο γερμανικός αστικός κώδικας⁸. Στα δίκαια της γερμανικής οικογένειας η ακυρότητα υπήρξε απότοκος της παρερμηνείας των πηγών του ρωμαϊκού δικαίου από τους Πανδεκτιστές. Η ρωμαϊκή αρχή „*impossibilium nulla obligatio est*“, που αποτέλεσε το ιστορικό θεμέλιο της παλαιάς § 306 γερμΑΚ, σημαίνει βεβαίως ότι ο οφειλέτης της αντι-

1. Άρθρ. 1163 Code civil

2. Άρθρ. 1346, 1418 2 Codice civile.

3. Άρθρ. 1108 C.Civ.

4. Άρθρ. 1272, 1460 Código Civil.

5. Άρθρ. 20 OR.

6. § 878 ABGB.

7. Παλ. § 227 εδ. 2 ουγγρΑΚ.

8. Παλ. § 306 γερμΑΚ.

κειμενικώς αδύνατης, κατά τον χρόνο αναλήψεως της υποσχέσεως, παροχής δεν υποχρεούται να την εκπληρώσει. Τούτο είναι πράγματι ευνόητο, ουδόλως όμως εξαναγκάζει στην παραδοχή ότι η σύμβαση είναι άκυρη. Στο ρωμαϊκό δίκαιο εθεωρείτο πράγματι άκυρη η έχουσα αντικειμενικώς αδύνατη παροχή *stipulatio*⁹. Για τους λόγους όμως της ακυρότητας υποθέσεις μόνον μπορούν να γίνουν¹⁰. Υποστηρίζεται λόγου χάριν ότι η αιτία της ακυρότητας ανάγεται στην πρακτική αδυναμία καθορισμού της ζημίας σε ορισμένες περιπτώσεις αντικειμενικής αρχικής αδυναμίας, όπως επί υποσχέσεως μεταβίβασης ανύπαρκτου αντικειμένου ή αντικειμένου εκτός συναλλαγής¹¹. Από άλλους, πάλι, εδίδετο η ερμηνεία, ότι ο αρχικά ως ιερός θεωρούμενος χαρακτήρας της *stipulatio* θα εξομοίωνε αυτήν, έγκυρη τυχόν θεωρούμενη, με ψευδορκία, ενώ περισσότερο διαδεδομένη ακόμη ήταν η αντίληψη ότι η ακυρότητα ήταν συνέπεια της ελλείψεως πραγματικού σκοπού ή αντικειμένου της συμβάσεως¹². Ο ίδιος ο *Mommsen* δικαιολογούσε πάντως το αξίωμα με τη σκέψη, ότι τα μέρη δεν έχουν πραγματική βούληση για δικαιοπρακτική δέσμευση ή, το αυτό, ότι, εάν γνώριζαν την αδυναμία, δεν θα δεσμεύονταν¹³. Στην πώληση, όμως, επικρατούσε μεγαλύτερη ελαστικότητα¹⁴. Διότι ο πωλητής δεν υποχρεούτο μεν στην αντικειμενικώς αδύνατη παροχή, εξ αυτού όμως δεν αποκλείοταν οπωσδήποτε η ευθύνη του για το διαφέρον εκπληρώσεως. Ο *Savigny*, εξάλλου, εξαρτούσε το κύρος της συμβάσεως από την άγνοια του δανειστή για την αρχική αδυναμία¹⁵, αλλά οι εκπρόσωποι της σχολής του φυσικού δικαίου υπελάμ-

9. Ενδεικτικά μόνο βλ. *Wollschläger*, Die Entstehung der Unmöglichkeitstheorie, σ. 8 επ.· *Immenhauser*, Das Dogma von Vertrag und Delikt, σ. 291 μ.π.π.· *Arp*, Anfängliche Unmöglichkeit, σ. 66 επ.

10. *Liebs*, Römisches Recht, σ. 286· *Honsell*, Römisches Recht, σ. 285.

11. *Medicus*, SZ (Rom.) 86 (1969), 86 επ.

12. Βλ. ιδίως *Arp*, Anfängliche Unmöglichkeit, σ. 86 επ.

13. *Mommsen*, Unmöglichkeit, σ. 106.

14. Στην πώληση άλλοτε το ελάττωμα οδηγούσε στην ακυρότητα (κατεστραμμένο κατά την κατάρτιση της πωλήσεως πράγμα, πώληση πράγματος κυριότητας του αγοραστή), άλλοτε όχι (εκτός αν ο αγοραστής γνώριζε την αδυναμία (πώληση πράγματος εκτός συναλλαγής ή ελεύθερου ανθρώπου): *Wollschläger*, Die Entstehung der Unmöglichkeitstheorie, σ. 12 επ.

15. *Savigny*, Obligationenrecht II (1853), § 81 σ. 286 επ.

βαναν¹⁶ πως μια ισχυρή σύμβαση με αρχικώς αδύνατη παροχή έρχεται οπωσδήποτε σε σύγκρουση με την ιδέα της ελευθερίας της βουλήσεως, καθώς, ενόψει του ότι ένας λογικός άνθρωπος δεν θα αναλάμβανε υποχρέωση για αδύνατη παροχή, η υπόσχεση γι' αυτήν θα συνιστά προϊόν ελαττώματος στη βούληση. Και με τη σκέψη αυτή εδέχοντο ακυρότητα ακόμη και επί αρχικής υποκειμενικής αδυναμίας¹⁷, έως ότου ο *Mommsen*, και εν συνεχεία ο αποδεχθείς κατά βάσιν τη θεωρία του *Windscheid*, περιόρισαν εκ νέου την ακυρότητα στις συμβάσεις με αντικειμενικώς, μόνον, αδύνατη εξ αρχής παροχή. Η ακυρότητα, εξάλλου, απέκλειε μεν τη δημιουργία ευθύνης για το διαφέρον εκπληρώσεως, όχι όμως και ευθύνης για το αρνητικό διαφέρον, η ανακάλυψη δε της ευθύνης για *culpa in contrahendo* από τον *Jhering* παρέσχε τελικώς τη βάση της αξιώσεως του «δανειστή» της αδύνατης παροχής. Σε αυτό το ιστορικό πλαίσιο, η παλαιά § 306 γερμΑΚ εκήρυττε άκυρη τη σύμβαση με αρχική αντικειμενική αδυναμία, η δε παλαιά § 307 υποχρέωνε τον γνωρίζοντα ή υπαιτίως αγνοούντα την αδυναμία «οφειλέτη» σε αποκατάσταση του αρνητικού διαφέροντος του άλλου μέρους.

Στα δίκαια της ρωμανικής οικογένειας, πάλι, η ακυρότητα της συμβάσεως με αρχικώς αδύνατη παροχή υπήρξε απότοκος όχι μόνον αντιλήψεων αναγόμενων στο ρωμαϊκό δίκαιο, ότι το δυνατόν της παροχής κατά τον χρόνο αναλήψεως της υποσχέσεως συνιστά προϋπόθεση του κύρους της, αλλά και της επικρατήσασας εκεί συγγενούς λειτουργικά επιπρόσθετης προϋποθέσεως της αιτίας για την έγκυρη συμβατική δέσμευση, οι οποίες, αν και διακριτές κατ' αρχήν, σε μεγάλο βαθμό αλληλοκαλύπτονται¹⁸.

Η Ελλάς υπήρξε η πρώτη ηπειρωτική έννομη τάξη που επέλεξε τη δεύτερη οδό (ΑΚ 362), της αναγνώρισης δηλαδή της ισχύος της συμβάσεως, υπό την επίδραση βεβαίως της διδασκαλίας των νεωτεριστών Γερμανών νομομαθών. Ακολούθησε ο νέος (1992) ολλανδικός

16. Βλ. *Wollschläger*, Die willenstheoretische Unmöglichkeitstheorie im aristotelisch-thomistischen Naturrecht, Sympotica F. Wieacker, 1970.

17. Βλ. αναλυτικά *Würthwein*, Zur Schadensersatzpflicht, σ. 41 και σημ. 5.

18. Πρβλ. ενδεικτικά Αγγ. *Κορνηλάκη*, Η αθέτηση της αμφοτεροβαρούς σύμβασης, σ. 65-72.

αστικός κώδικας¹⁹, ο αναθεωρημένος γερμανικός αστικός κώδικας²⁰, εν μέρει δε και ο νέος ουγγρικός κώδικας (2013)²¹. Στην ίδια κατεύθυνση κινείται και η νομοθεσία των σκανδιναβικών χωρών²².

- 5 Τα δίκαια του common law εξάλλου, έχοντας υποστεί μικρή επίδραση από τη ρωμαϊκή νομική σκέψη, αντιμετώπισαν το πρόβλημα μέσα από τον μηχανισμό της ακυρώσεως, με εξαίρεση την επηρεασμένη από το γαλλικό δίκαιο ρύθμιση για την πώληση κατεστραμμένου κατά τον χρόνο καταρτίσεως της συμβάσεως αντικειμένου²³.
- 6 Μεταξύ της δεύτερης και της τρίτης λύσεως κινούνται εξάλλου οι περισσότερες σύγχρονες κωδικοποιητικές προσπάθειες σε ευρωπαϊκό και διεθνές επίπεδο²⁴. Έτσι, οι «Αρχές του Ευρωπαϊκού Δικαίου

19. Το ολλανδικό δίκαιο ρυθμίζει κατ' ενιαίο τρόπο, χωρίς οποιαδήποτε αναφορά στον χρόνο πρόκλησης της αδυναμίας, τις συνέπειες εξ αυτής, εκκινώντας από τον κανόνα ότι η σύμβαση είναι ισχυρή. Η ευθύνη του οφειλέτη κατά τα άρθρα 6:74 και 6:84 εξαρτάται δε, επίσης αδιακρίτως, από την ύπαρξη πταίσματος για την αδυναμία (όχι γνώση ή υπαίτια άγνοια αυτής επί αρχικής αδυναμίας): βλ. *Hartkamp*, Einführung in das neue niederländische Schuldrecht, Tel. I, AcP 1991, 396 επ.· *Brieskorn*, Vertragshaftung und responsabilité contractuelle, 2010, σ. 50.

20. §§ 275 και 311a γερμΑΚ.

21. Υπό την έννοια ότι κατήργησε τη διάκριση αρχικής και επιγενόμενης αδυναμίας, πλην όμως διατήρησε ως κοινή τους συνέπεια τη λύση της συμβάσεως: *Csehi*, Über die Zukunft der Unmöglichkeit im europäischen und ungarischen Zivilrecht, εις: *Heun/Lipp* (Hg.), Europäisierung des Rechts, 2007, σ. 59 επ., 74.

22. Βλ. παράθεση ρυθμίσεων στις χώρες αυτές από *Αγγ. Κορνηλάκη*, ό.π., σ. 134.

23. Sale of Goods Act § 6: "Where there is a contract for the sale of specific goods and the goods without the knowledge of the seller have perished at the time when the contract was made, the contract is void". Προηγουμένως, με αναγωγή στην υπόθεση *Couturier v. Hastie* του έτους 1856 (για την οποία βλ. *Caytas*, Der Unerfüllbare Vertrag, σ. 110-111: επρόκειτο για πώληση ποσότητας καλαμποκιού, η οποία, κατά την εσφαλμένη αντίληψη των μερών, βρισκόταν κατά τον χρόνο καταρτίσεως της σύμβασης εν πλω από τη Θεσσαλονίκη προς την Αγγλία, ενώ στην πραγματικότητα είχε ήδη εξ ανάγκης, συνεπεία υπερθέρμανσης κατά τη μεταφορά, πωληθεί στην Τυνησία), τα δικαστήρια δέχονταν λύση των συμβάσεων με τέτοιο ελάττωμα μέσω του θεσμού της ακυρώσεως.

24. Για συγκριτική θεώρηση της προβληματικής στο αμερικανικό και γερμανικό δίκαιο βλ., ενδεικτικά, *Astrid Wallow*, Risikozuweisung und Vertrags-

των Συμβάσεων» της Επιτροπής Lando (PECL) ορίζουν στο άρθρο 4:102 ότι: «*A contract is not invalid merely because at the time it was concluded performance of the obligation assumed was impossible, or because a party was not entitled to dispose of the assets to which the contract relates*»²⁵. Όμοια ουσιαστικώς ρύθμιση περιέχουν το άρθρο 3.3 των Αρχών για τις Διεθνείς Εμπορικές Συμβάσεις του UNIDROIT (PICC) και το άρθρο II.-7:102 του Σχεδίου ενός Κοινού Πλαισίου Αναφοράς για την ενοποίηση του ευρωπαϊκού ιδιωτικού δικαίου (DCFR), συμφώνως προς τα οποία η αρχική αδυναμία παροχής και η απουσία εξουσίας διάθεσης του υποσχομένου δεν συνιστούν λόγο ακυρότητας της σύμβασης. Βεβαίως, η αξίωση εκπληρώσεως αποκλείεται [άρθρο 9: 102 (2) (α) PECL, άρθρο 7.2.2 (α) UNIDROIT PICC, άρθρ. III. -3: 302 (3) (a) DCFR], η σύμβαση όμως συνιστά τη βάση για την αξίωση αποκατάστασης του θετικού διαφέροντος. Στον σχολιασμό των PECL αναφέρεται πάντως ειδικότερα, ότι συχνά θα συντρέχει περίπτωση ουσιώδους πλάνης (ιδίως κοινής), η οποία θα νομιμοποιεί τα μέρη να ελευθερωθούν από τη σύμβαση κατά το άρθρο 4:103²⁶. Ανάλογη δε ρύθμιση περιέχουν τα άρθρα 3.5 PICC και II.-7:201 DCFR.

Προς την ίδια κατεύθυνση είναι, επίσης, η ρύθμιση της Διεθνούς Συμβάσεως της Βιέννης για την πώληση κινητών (CISG). Η Σύμβαση δεν περιέχει μεν ειδικούς κανόνες για την αρχική αδυναμία, όπως όμως συνάγεται από το άρθρο 68-3, η σύμβαση είναι ισχυρή και όταν ακόμη το κατά τη μεταφορά του πωλούμενο αντικείμενο έχει ήδη καταστραφεί. Η κρατούσα γνώμη συνάγει εξ αυτού ότι η ισχύς της

haftung, Anfängliche Leistungshindernisse vor den Gerichten in den USA und in Deutschland, 2008, σ. 247 επ. και τις εκεί παραπεμπόμενες αποφάσεις, αφενός *Houston v. Northern Pac. Ry. Co.*, 123 N.W. 922 (Minn.1909) και αφετέρου BGH MDR 1960, 220 (221).

25. Η διάταξη αυτή υπήρξε εκ των βασικών προτύπων της νέας § 311^α γερμΑΚ: *Canaris, Schuldrechtsmodernisierung*, 2002, σ. 724 i.f.

26. *Illustrations* 5 και 7 στο άρθρο 4:103 PECL. Εξάλλου, σύμφωνα με το άρθρ. 4:119: «*Remedies for Non-performance*», παρέχεται η δυνατότητα της σωρευτικής επίκλησης των σχετικών δικαιωμάτων: «*A party who is entitled to a remedy under this Chapter in circumstances which afford that party a remedy for non-performance may pursue either remedy*» πρβλ. και *HKK/Schermaier*, § 275 αρ. 2 σημ. 13.

συμβάσεως σε περίπτωση αρχικής αντικειμενικής αδυναμίας δεν καταλαμβάνεται από το άρθρο 4 παρ.2 στ. α της CISG και, κατ' επέκταση, δεν αποτελεί αντικείμενο ρυθμίσεως του εθνικού δικαίου²⁷.

II. Η ΔΙΑΦΟΡΕΤΙΚΗ ΣΥΣΤΗΜΑΤΙΚΗ ΛΕΙΤΟΥΡΓΙΑ ΤΟΥΣ

- 8 Εκ των προαναφερθεισών τριών εναλλακτικών επιλογών, η πρώτη (ακυρότητας) και η τρίτη (ακυρωσία) εντάσσονται συστηματικώς στον δικαιοπρακτικό μηχανισμό και ειδικότερα στην προβληματική των ελαττωματικών δικαιοπραξιών. Στον αντίποδα, η ενδιάμεση λύση, την οποία ακολουθεί ο αστικός κώδικας και ο αναθεωρημένος γερμανικός, εκκινεί από το νομικώς ανεπίληπτον της συμβάσεως ως δικαιοπρακτικού δεσμού και αντιμετωπίζει την αρχική αδυναμία κατά τρόπον απολύτως αντίστοιχο προς την επιγενόμενη, ήτοι ως περίπτωση ανώμαλης εξελίξεως της ενοχής.
- 9 Η ιδέα που ενυπάρχει πίσω από την επιλογή αυτή, είναι ότι η υποσχηση για αδύνατη ή απαγορευμένη παροχή, καίτοι βεβαίως δεν δύναται να καταστεί εκτελεστή, δύναται και πρέπει εντούτοις να δημιουργεί ευθύνη για μη εκπλήρωση, εφόσον η αδυναμία είναι καταλογιστή στον οφειλέτη. Τούτη δε η σκέψη εξηγεί τη διαφορετική επιλογή του νομοθέτη στην περίπτωση της αρχικώς αδύνατης ή παράνομης -κατά τον χρόνο της επαγωγής- κληροδοσίας, η οποία κηρύσσεται κατά τον κώδικα άκυρη (ΑΚ 1980· βλ. όμως 1984-1985). Ο λόγος της διαφορετικής, σε σχέση προς τη σύμβαση, νομικής μεταχείρισεως της αδύνατης κληροδοσίας εξ απόψεως κύρους, έγκειται ακριβώς στο γεγονός ότι εν προκειμένω δεν είναι νοητή η γένεση δευτερογενούς αποζημιωτικής αξιώσεως κατ' ΑΚ 362-363, 365²⁸.
- 10 Η αποσύνδεση της προβληματικής της αντικειμενικής αρχικής αδυναμίας από τον δικαιοπρακτικό μηχανισμό αποτελεί προϊόν της νεότερης (κατά τον 20^ο αιώνα) επιστήμης. Το ρωμαϊκό αξίωμα *impossibilium nulla est obligatio*, που καθόριζε μέχρι τη θέση σε

27. Ότι αντίθετες απόψεις δεν επικράτησαν βλ. ενδεικτικά στον *Schlechtriem*, *Uniform Sales Law: The UN Convention on Contracts for the International Sales of Goods*, 1986, σ. 496-501.

28. Παπανικολάου, στον ΑΚ Γεωργιάδη/Σταθόπουλου, άρθρ. 1980 αρ. 1.

ισχύ του αστικού κώδικα την τύχη της δικαιοπραξίας με αρχική αδυναμία παροχής, έχει τις ρίζες του στη θεωρία της βουλήσεως²⁹ και επ' αυτής ακριβώς της βάσεως εισχώρησε, διά μέσου της ιστορικής σχολής και της διδασκαλίας των πανδεκτιστών, στις ευρωπαϊκές κωδικοποιήσεις. Μαθητής του *Savigny* ο *Bethmann-Hollweg*, συναρτούσε το πρόβλημα της αδυναμίας παροχής προς τη θεωρία της βουλήσεως ως εξής³⁰:

«Gegenstand der Forderung ist der Wille des Schuldners in einer bestimmten Richtung. Ausgeschlossen ist also von der Obligation, was gar nicht im Bereich des Willens liegt: das absolut Unmögliche. Daher ebensowohl das von vornherein Unmögliche ungültig versprochen, als durch später eintretende Unmöglichkeit die Schuld, die nun keinen Gegenstand mehr hat, aufgehoben wird».

Έτσι δικαιολογείται ότι ο *Hartmann*³¹, σε καθεστώς ρωμαϊκού δικαίου, και αργότερα ο *Jakobs*³² και ο μαθητής του *Arp*³³, υπό την ισχύ του γερμΑΚ πριν από την αναθεώρησή του (παλ. § 306 γερμΑΚ), εκκινούσαν από την αντίληψη ότι η προβληματική της αρχικής αδυναμίας παροχής, ως λόγος ακυρότητας της συμβάσεως, ανήκει συστηματικώς όχι στην παθολογία της ενοχής, αλλά στη γενική θεωρία της δικαιοπραξίας³⁴. Από την ίδια αφετηρία εκκινούν και οι ερμηνευτές

29. Ήδη η Αριστοτελική διδασκαλία για τον καταλογισμό, με τη διάκριση μεταξύ βουλήσεως και προαιρέσεως, είχε ως βάση της την αντίληψη ότι ουδείς λογικός άνθρωπος κατευθύνει τη βούλησή του εις το αδύνατον: «προαίρεσις μὲν γὰρ οὐκ ἔστι τῶν ἀδυνάτων, καὶ εἴ τις φαίη προαιρεῖσθαι, δοκοῖη ἂν ἡλίθιος εἶναι»: Ηθικά Νικομάχεια, 1111b επ.

30. *Bethmann-Hollweg*, εις: *Hasse*, *Die Culpa des Römischen Rechts*, 1838, Anhang, σ. 554.

31. *Hartmann*, *Die Obligation*, σ. 174.

32. *Jakobs*, *Unmöglichkeit und Nichterfüllung*, σ. 112 σημ. 2, ο οποίος παρατηρεί ότι η ιδέα ενυπάρχει ήδη στο έργο του *Mommsen*, ο οποίος μόνον «εξωτερικά» συνδέει τη διδασκαλία της αρχικής με την επιγενόμενη αδυναμία.

33. *Arp*, *Anfängliche Unmöglichkeit*, σ. 59 και *passim*.

34. Ότι η διάταξη εθεωρείτο τμήμα της συστηματικής του γενετικού συναλλάγματος βλ. αναλυτικά κατωτέρω, § 6.

Ενδιαφέρον από συστηματική άποψη παρουσιάζει στη δική μας έννομη τάξη το γεγονός, ότι, ενώ το άρθρο 335 ΑΚ για την επιγενόμενη αδυναμία εντάσσεται πράγματι στο κεφάλαιο για την «αδυναμία παροχής και υπερημερία του οφειλέτη», τα άρθρα 362 και 365 ΑΚ για την αρχική αδυναμία και